

# I. Familienrecht

## A. Einleitung

Das Familienrecht setzt sich aus jenen **Normen** zusammen, **welche die durch Ehe und Verwandtschaft begründeten Rechtsbeziehungen regeln**. Das Familienrecht regelt somit verschiedene Bereiche: Das Verlöbnisrecht und das Eherecht, das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern, die Obsorge anderer Personen (als die Eltern) und schließlich die Sachwalterschaft (ab 1.7.2018: die Vorsorgevollmacht und die Erwachsenenvertretung)<sup>1</sup> und Kuratel.

Was ist Familienrecht?

Das Kindschaftsrecht ist vor allem im ABGB (**Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch**) geregelt, und zwar in dessen dritten Hauptstück unter der Überschrift „Von den Rechten zwischen Eltern und Kindern“ (§§ 137 bis 203), im vierten Hauptstück, das Bestimmungen „Von der Obsorge einer anderen Person“ vorsieht (§§ 204 bis 230), und im fünften Hauptstück, das den „Kindesunterhalt“ regelt (§§ 231 bis 235). Daneben gibt es familienrechtliche Vorschriften in einigen Sondergesetzen (wie vor allem dem Unterhaltsvorschussgesetz, UVG<sup>2</sup>, und dem Bundes-Kinder- und Jugendhilfegesetz 2013, B-KJHG<sup>3</sup>).

Was ist Kindschaftsrecht?

Das österreichische Familienrecht wurde in den letzten Jahrzehnten schrittweise grundlegend reformiert.

Schrittweise Modernisierung des Kindschaftsrechts

- Im Kindschaftsrecht ging es dabei insb. darum, **Vater und Mutter gleichzustellen** (bis 1976 war etwa immer nur der Vater gesetzlicher Vertreter des Kindes und die Mutter für Pflege und Erziehung zuständig; gesetzlicher Vertreter eines unehelichen Kindes war immer der Jugendwohlfahrtsträger [heute Kinder- und Jugendhilfeträger] und nicht die Mutter), und um
- die Angleichung der Rechtsstellung von **ehelichen und unehelichen Kindern** (die Rechtsstellung ist nun fast völlig gleichwertig).
- Durch das FMedG 1992<sup>4</sup> und das Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 1989<sup>5</sup> erfolgte eine teilweise rechtliche Gleichstellung des **Lebensgefährten** mit dem Ehegatten (Zulassung der künstlichen Befruchtung auch für unverheiratete Paare, Obsorge auch für den im gemeinsamen Haushalt mit der Mutter lebenden Lebensgefährten).
- Die letzte Reform des Ehe- und Scheidungsrechts<sup>6</sup> hat vor allem einen unter bestimmten Voraussetzungen **verschuldensunabhängigen nachehelichen Unterhaltsanspruch** begründet.
- Das Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001 (KindRÄG 2001)<sup>7</sup> hat die Position der Kinder weiter verstärkt (vor allem Herabsetzung der Volljährigkeit auf das vollendete 18. Lebensjahr, Selbstbestimmung des Kindes bei einem medizinischen Eingriff) und die Möglichkeit der **Vereinbarung gemeinsamer Obsorge** nach Scheidung bzw. Trennung der Eltern eingeführt.
- Das Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013 (kurz: Kind-NamRÄG 2013)<sup>8</sup> führte diese Entwicklung fort, indem nunmehr die gemeinsame Obsorge auch gegen den Willen eines Elternteils möglich ist.

1 Mit 1.7.2018 tritt das 2. Erwachsenenschutz-Gesetz (kurz: ErwSchG) in Kraft. Siehe BGBl I 2017/59.

2 BGBl 1985/451.

3 BGBl I 2013/69.

4 BGBl 1992/275.

5 BGBl 1989/162.

6 BGBl I 1999/125.

7 BGBl I 2000/135.

8 BGBl I 2013/15.

### Kurzcharakteristik der elterlichen Rechte und Pflichten

Die **elterlichen Rechte und Pflichten** sind sehr weitreichend. Die Eltern haben für die Erziehung ihrer minderjährigen Kinder zu sorgen und überhaupt ihr Wohl zu fördern (§ 137 Abs 2 ABGB). Sie haben dem Kind bis zu seiner Selbsterhaltungsfähigkeit Unterhalt zu leisten (§ 231 ABGB) und für das minderjährige Kind die Obsorge auszuüben.<sup>9</sup> Diese umfasst die Pflege und Erziehung des Kindes, die Pflicht zur Vermögensverwaltung und die gesetzliche Vertretung in diesen sowie in allen anderen Angelegenheiten (§ 158 ABGB). Dabei beschränken sich diese Rechte und Pflichten nicht nur auf das minderjährige Kind. Die wechselseitigen Rechte und Pflichten bleiben teilweise das ganze Leben über bestehen und setzen sich letztlich in erbrechtlichen Ansprüchen fort. Eltern und Kinder haben einander – auf Lebenszeit – beizustehen und die Kinder haben ihren Eltern Achtung entgegenzubringen (§ 137 Abs 1 ABGB). Wird das Kind nach eingetretener Selbsterhaltungsfähigkeit wieder unterhaltsbedürftig, so lebt die Unterhaltspflicht der Eltern wieder auf. Auch das Kind kann gegenüber seinen Eltern und Großeltern unterhaltspflichtig werden (§ 234 ABGB).

---

Sind Eltern oder Großeltern nicht im Stande, sich selbst zu erhalten, so haben sie einen Unterhaltsanspruch gegenüber ihren Kindern unter Berücksichtigung von deren Lebensverhältnissen und sonstigen Sorgepflichten. Dieser besteht allerdings nur dann, wenn sie ihrerseits ihre Unterhaltsverpflichtung gegenüber ihren Kindern niemals gröblich verletzt haben.

---

Das **Elternrecht** ist ein **absolutes Recht**,<sup>10</sup> Dritte dürfen in diese Rechte nicht unerlaubt eingreifen (§ 139 ABGB). Bei Zuwiderhandeln stehen Unterlassungsansprüche und bei Verschulden Schadenersatzansprüche zu. Gem § 162 ABGB hat der mit der Pflege und Erziehung betraute Elternteil das Recht, den Aufenthaltsort seines Kindes zu bestimmen. Die Entziehung eines Kindes aus der Gewalt des Erziehungsberechtigten ist gerichtlich strafbar (§ 195 Strafgesetzbuch [StGB]). Eltern dürfen ihren Kindern zwar Anordnungen erteilen, diese müssen aber dem Alter, der Entwicklung und der Persönlichkeit des Kindes entsprechen. Sie dürfen nicht mit unangemessenen Mitteln durchgesetzt werden, es besteht ein Züchtigungsverbot (§§ 137, 161 ABGB).

---

Die Anwendung von Gewalt oder die Zufügung körperlichen oder seelischen Leides sind unzulässig (§ 137 ABGB). Damit sind auch alle die Menschenwürde verletzende Handlungen gemeint, selbst wenn das Verhalten vom Kind im konkreten Fall nicht als „Leid“ empfunden werden sollte (EF 81.156).

---

### Beispiel

Die Eltern haben bei der Anordnung, wann ein 16-jähriges Kind nach der Schule nach Hause kommen muss, eine altersgemäße und die persönliche Entwicklung des Kindes berücksichtigende Regelung zu treffen.

Überhaupt stehen **Elternrechte nicht unbegrenzt** zu, sondern werden durch verschiedene gesetzliche Regelungen definiert und beschränkt. Das Schulpflichtgesetz etwa verpflichtet Eltern, ihre Kinder zur Schule zu schicken. Die Jugendschutz-

<sup>9</sup> Siehe zur Obsorge im Detail unten C.1., Seite 11 ff.

<sup>10</sup> Im Gegensatz dazu steht ein relatives Recht nur gegenüber einer bestimmten Person zu, mit der bspw ein Vertrag geschlossen wurde.

gesetze der Bundesländer regeln Alkohol- und Nikotinkonsum sowie die Ausgehzeiten für Kinder und Jugendliche. Schließlich behält sich der Staat eine Aufsichtsfunktion vor, die ihn dazu berechtigt, bei Kindeswohlgefährdung die Rechte der Eltern durch gerichtliche Entscheidung einzuschränken und im Extremfall ganz zu entziehen (§ 181 ABGB).

Bestimmender Grundsatz des gesamten Kindschaftsrechts ist das **Kindeswohl**. Es ist vorrangige Aufgabe der Eltern, das Wohl ihres Kindes zu fördern. Gefährden sie dieses Kindeswohl, bedeutet dies die Legitimation für den Staat, in die Familienautonomie einzugreifen. Für die Art und den Umfang des Eingriffs legt das Kindeswohl wiederum den Rahmen fest. Bei der Beurteilung des Kindeswohls sind die Persönlichkeit des Kindes und seine Bedürfnisse, besonders seine Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten sowie die Lebensverhältnisse der Eltern entsprechend zu berücksichtigen. Eine recht umfassende Definition des Kindeswohls findet sich in § 138 ABGB (zum Kindeswohl siehe weiter I.C.1.b., Seite 14).

Kindeswohl

Eine wichtige Aufgabe im Zusammenhang mit der **Aufsicht des Staates über die elterliche Pflichterfüllung** hat der Kinder- und Jugendhilfeträger (KJHT – vor dem B-KJHG 2013<sup>11</sup>: „Jugendwohlfahrtsträger“) inne. Dies ist eine Landesbehörde, der durch das Landesgesetz die Besorgung der Kinder- und Jugendhilfe zugewiesen ist („Jugendamt“). Zu den Aufgaben des KJHT im Pflegschaftsverfahren und dessen sonstiger Aufgaben siehe II.E 1.1., Seite 53.

Das Jugendamt

Im Folgenden wird zuerst die Begründung des Kindschaftsverhältnisses durch Abstammung, medizinisch unterstützte Fortpflanzung sowie durch Adoption dargestellt. Sodann werden die Rechtswirkungen des Kindschaftsverhältnisses, nämlich Namensrecht, Unterhalt und Obsorge, behandelt.

## B. Begründung des Kindschaftsverhältnisses

### 1. Abstammungsrecht

#### a) Mutterschaft

Als Mutter gilt gem § 143 ABGB immer die Frau, die das Kind geboren hat.

Keine Leihmutter-schaft

Die heutige Medizin eröffnet die Möglichkeit, dass eine Frau ein Kind gebärt, das nicht von ihr abstammt (etwa im Wege der Eizellspende und der Leihmutter-schaft, bei der eine Frau ein genetisch fremdes Kind austrägt, um es nach der Geburt an die genetischen oder intendierten<sup>12</sup> Eltern bzw die genetische Mutter herauszugeben). Während die **Leihmutter-schaft** in Österreich weiterhin verboten ist,<sup>13</sup> wurde mit dem Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetz 2015 (FMedRÄG 2015),<sup>14</sup> bei Fortpflanzungsunfähigkeit der Frau, die Eizellspende zugelassen. Für den Fall, dass eine solche Fortpflanzung vorgenommen wird, stellt § 143 ABGB jedenfalls klar, dass nur die Frau, die das Kind geboren hat, rechtlich als Mutter gilt. Die Frau, von der die Eizelle stammt, oder die Leihmutter kann nach österreichischem Recht (außer bei Adoption) nicht als Mutter festgestellt werden.

<sup>11</sup> BGBl I 2013/69.

<sup>12</sup> Intendierte Eltern, auch Wunscheltern, kommt vom englischen „intended parents“; es handelt sich um die Personen, auf deren Veranlassung eine künstliche Befruchtung erfolgt und die die rechtlichen und sozialen Eltern des so gezeugten Kindes werden wollen.

<sup>13</sup> § 16 Abs 2 Z 3 FMedG verbietet die Vermittlung von Personen, die bereit sind, Samen, Eizellen oder entwicklungs-fähige Zellen in sich einbringen zu lassen.

<sup>14</sup> BGBl I 2015/35 (in Kraft seit 24.2.2015).

## b) Vaterschaft

Die rechtliche Vaterschaft kann auf drei Arten begründet werden:

- durch Ehe mit der Mutter,
- Anerkenntnis oder
- Entscheidung des Gerichts (§ 144 ABGB).

<b>Ehe mit der Mutter</b>	Vater eines Kindes im Rechtssinn ist somit erstens der Mann, der zum Zeitpunkt der Geburt <b>mit der Mutter verheiratet</b> war (selbst wenn sie von diesem schon lange getrennt lebt! <sup>15</sup> ) und <b>der verstorbene Ehemann</b> der Mutter, wenn das Kind vor Ablauf des 300. Tages nach seinem Tod geboren wird. <sup>16</sup>
<b>Feststellung der Nichtabstammung vom Ehemann der Mutter</b>	Das Kind bleibt das Kind dieses Mannes, auch wenn die Ehe der Eltern in der Folge aufgelöst wird. Die durch die Ehe mit der Mutter vermittelte Abstammung des Kindes vom Ehemann der Mutter kann aber wieder aufgehoben werden, wenn das Gericht auf Antrag des Kindes oder des Mannes feststellt, dass das Kind nicht von dem Mann abstammt (§ 151 ABGB). <sup>17</sup> Die <b>Nichtabstammung</b> vom (ehemaligen) Ehemann wird außerdem festgestellt, wenn das Kind von seinem Recht Gebrauch macht, gegen einen anderen Mann einen Antrag auf Feststellung der Vaterschaft zu stellen, oder wenn ein anderer Mann ein Anerkenntnis abgibt und dieses wirksam wird. <sup>18</sup>
<b>Wie hat die Anerkenntniserklärung zu erfolgen?</b>	Die Feststellung der Vaterschaft kann zweitens durch <b>Anerkenntnis</b> erfolgen. Behauptet ein Mann, der nicht mit der Mutter des Kindes verheiratet ist, der Vater des Kindes zu sein, so kann er, um auch im Rechtssinn als Vater zu gelten, die Vaterschaft anerkennen. Dieses Anerkenntnis kann nur persönlich, und zwar in erster Linie mündlich erklärt werden. <sup>19</sup> Eine entsprechende Erklärung kann vor jedem Standesamt, vor einem Kinder- und Jugendhilfeträger (Jugendamt), vor einem Notar, vor einer österreichischen Vertretungsbehörde im Ausland (Botschaft oder Konsulat) oder vor dem Bezirksgericht abgegeben werden. Schriftliche Anerkenntnisse müssen von einer dieser Stellen beglaubigt sein. Der Anerkennende gilt aber nur dann rechtswirksam als Vater des Kindes, wenn die Urkunde über das mündlich erklärte Anerkenntnis bzw das öffentlich beglaubigte schriftliche Anerkenntnis beim Standesamt einlangt. <sup>20</sup> Der Standesbeamte wird idR Mutter und Kind (oder dessen gesetzlichen Vertreter) vom Anerkenntnis verständigen. Sie können innerhalb von <b>zwei Jahren</b> ab Kenntnis der rechtswirksamen Anerkennung bei Gericht Widerspruch einlegen. Die Frist von zwei Jahren ist gehemmt, solange das zum Widerspruch berechnigte Kind nicht entscheidungsfähig oder volljährig (18 Jahre) ist (§ 146 ABGB).
<b>Sonderfall: Das Kind hat bereits einen Vater</b>	Ein Sonderfall des Vaterschaftsanerkenntnisses (das sog „ <b>durchbrechende Vaterschaftsanerkenntnis</b> “) liegt vor, wenn das Kind bereits einen Vater im Rechtssinn hat, etwa wenn die Mutter im Zeitpunkt der Geburt ihres Kindes (noch) verheiratet

15 Heiratet die Mutter binnen dieses Zeitraums erneut, so ist der Mann Vater, der mit der Mutter innerhalb dieses Zeitraums zuletzt die Ehe geschlossen hat (§ 144 Abs 2 ABGB).

16 Anders als vor dem Familien- und Erbrechtsänderungsgesetz 2004 ist die Abstammung vom Ehemann der Mutter nicht in Form einer „Vermutung“ gekleidet; der Ehemann der Mutter ist vielmehr der Vater im Rechtssinn. Unmaßgeblich ist, ob das Kind, das während der Ehe oder innerhalb von 300 Tagen nach dem Tod des Ehemannes der Mutter geboren wurde, vor oder nach der Eheschließung, durch eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung oder auf natürlichem Weg gezeugt wurde.

17 Die Mutter hat kein Antragsrecht, ihr kommt aber im Verfahren Parteistellung zu (§ 82 Abs 2 Außerstreitgesetz [AußStrG]).

18 Der (ehemalige) Ehemann der Mutter kann seine Vaterstellung in diesem Fall nur wieder erlangen, wenn er gegen das Anerkenntnis Widerspruch erhebt und im Verfahren über die Unwirksamklärung des Anerkenntnisses die Abstammung vom Anerkennenden nicht erwiesen wird (§ 154 Abs 1 Z 2 ABGB).

19 Minderjährige Männer können ein Vaterschaftsanerkenntnis nur selbst abgeben und bedürfen zusätzlich der Einwilligung beider mit Obsorge ausgestatteten Eltern. Ein Anerkenntnis nur durch die Eltern (also die Großeltern des Kindes) ist nicht möglich.

20 Eine Anknüpfung an den Wohnsitz, den letzten Personenstandsfall und – in Ermangelung von Wohnsitz und Personenstandsfall – die Gemeinde Wien kommt nur bei amtswegiger Übermittlung zum Tragen. Ein zu Unrecht angerufenes Standesamt hat die Eintragung des Anerkenntnisses vorzunehmen (§ 35 Abs 5 erster Satz PStG).

ist (war). In diesem Fall gilt das Kind als vom Ehemann der Mutter abstammend. Stammt das Kind aber tatsächlich von einem anderen Mann, so kann dieser die Vermutung durch ein besonders qualifiziertes Anerkenntnis „durchbrechen“. Zusätzlich zum Anerkenntnis durch den Mann muss das Kind, das dabei durch den Kinder- und Jugendhilfeträger (Jugendamt) vertreten sein muss, dem Anerkenntnis zustimmen. Ist das Kind noch minderjährig oder nicht entscheidungsfähig (bis zum 2. ErwSchG „eigenberechtigt“), ist weiters erforderlich, dass die Mutter den Anerkennenden als Vater bezeichnet. Ein solches Anerkenntnis wird wirksam, wenn die Nachweise über das Vorliegen dieser Voraussetzungen dem Standesbeamten zukommen. Der Mann, der zuvor als Vater feststand, ist vom Standesbeamten über das Anerkenntnis zu informieren.<sup>21</sup>

Wie bereits dargelegt, können die Mutter oder das Kind bei jedem Anerkenntnis innerhalb von zwei Jahren<sup>22</sup> ab Kenntnis des Anerkenntnisses dagegen **Widerspruch** erheben;<sup>23</sup> beim gerade geschilderten Fall des „durchbrechenden Vaterschaftsanerkennnisses“ kann auch der Mann, der bislang als Vater galt, den Widerspruch erheben. Ein Widerspruch wird immer dann in Frage kommen, wenn die Person der Meinung ist, der Anerkennende sei nicht der Vater des Kindes. Der Widerspruch ist bei dem Bezirksgericht einzubringen, in dessen Sprengel das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Das Gericht wird in einem Verfahren überprüfen (vorrangig mittels DNA-Gutachten) ob der anerkennende Mann wirklich der Vater des Kindes ist.<sup>24</sup>

**Feststellung durch das Gericht „Abwehr“ eines Vaters?**

---

Mit Hilfe der modernen **DNA-Analyse** ist die Feststellung der Vaterschaft mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erbringen. Es muss daher mit 99,9%iger Wahrscheinlichkeit der Beweis des Ausschlusses der Vaterschaft erbracht werden.

---

Ist der mutmaßliche Vater nicht bereit, seine Vaterschaft freiwillig anzuerkennen, so kann das Kind, vertreten durch seine Mutter, oder – auf deren Wunsch<sup>25</sup> – vertreten durch den Kinder- und Jugendhilfeträger (Jugendamt), einen **Antrag auf Feststellung der Vaterschaft nach § 148 ABGB** stellen (positiver Abstammungsbeweis). Hat das Kind keinen Vater, so kann auch der Mann, der Vater werden und nicht an-

**Feststellung durch das Gericht**

- 21 Diese Regelung wurde mit dem KindRÄG 2001 eingeführt und durch das FamErbRÄG 2004 noch perfektioniert. Ihre praktische Bedeutung liegt darin, dass sie in Fällen, in denen etwa allen Beteiligten klar ist, dass der Ehemann der Mutter – weil er etwa seit langem von der Mutter getrennt lebt – nicht der Vater des Kindes sein kann, auf einfache Weise die Feststellung der Abstammungsverhältnisse ermöglicht.
- 22 Der Lauf der Frist ist gehemmt, solange die widerspruchsberechtigte Person nicht entscheidungsfähig ist oder innerhalb des letzten Jahres der Frist durch ein unvorhergesehenes oder unabdingbares Ereignis am Widerspruch gehindert ist (§ 146 Abs 2 ABGB).
- 23 Der Mutter kommt das Recht zum Widerspruch nur zu, sofern sie am Leben und entscheidungsfähig ist. Das Antragsrecht unterliegt einer zeitlichen Befristung (§ 153 ABGB). Der Antrag muss binnen zwei Jahren ab Kenntnis der Umstände, die dafür sprechen, dass das Kind nicht vom Ehemann der Mutter abstammt, gestellt werden. Diese Frist beginnt frühestens mit der Geburt des Kindes. Sie ist gehemmt, solange die antragsberechtigte Person nicht entscheidungsfähig ist.
- 24 Ein gültig abgegebenes Vaterschaftsanerkennnis kann ferner durch gerichtliche Entscheidung bei Formmängeln, Mangel an Einsichts- und Urteilsfähigkeit bzw an der gesetzlichen Vertretung (auf Seiten des Anerkennenden sowie bei Kind oder Mutter) wieder unwirksam werden. Auf Antrag des Anerkennenden ist ein Anerkenntnis für rechtsunwirksam zu erklären (§ 154 Abs 1 Z 3 ABGB), wenn er beweist, dass sein Anerkenntnis durch List, ungerechte und begründete Furcht oder Irrtum darüber veranlasst worden ist, dass das Kind von ihm abstammt, oder dass das Kind nicht von ihm abstammt und er erst nachträglich von solchen Umständen Kenntnis erlangt hat, die für die Nichtabstammung des Kindes sprechen. Diesen Antrag kann der Anerkennende längstens bis zum Ablauf von zwei Jahren nach Entdeckung der Täuschung, des Irrtums oder der genannten Umstände oder nach Wegfall der Zwangslage stellen. Diese Frist beginnt erst mit der Geburt des Kindes zu laufen.
- 25 Mit schriftlicher Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ist der Kinder- und Jugendhilfeträger in Abstammungsangelegenheiten Vertreter des Kindes (§ 208 Abs 2 ABGB). Die Vertretungsbefugnis des gesetzlichen Vertreters wird dadurch aber nicht eingeschränkt, so dass es zu konkurrierenden Rechtsakten kommen kann. Der Kinder- und Jugendhilfeträger kann den gesetzlichen Vertreter des Kindes (zumeist die Mutter) auch sonst bei der Feststellung der Vaterschaft unterstützen und ist berechtigt, Vaterschaftsanerkennnisse entgegenzunehmen.

erkennen möchte, Antrag auf Feststellung der Vaterschaft stellen.<sup>26</sup> Der Antrag ist grundsätzlich bei jenem Bezirksgericht einzubringen, in dessen Sprengel das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Auch hier wird im gerichtlichen Verfahren durch DNA-Gutachten ermittelt, ob das Kind vom Mann abstammt. Nur wenn dies nicht möglich ist, soll eine Vaterschaftsfeststellung auf Grund der Zeugungsvermutung erfolgen. Hier gibt es für das Kind eine Beweiserleichterung im Wege einer widerleglichen Zeugungsvermutung: Kann das Kind beweisen, dass der Mann mit seiner Mutter innerhalb eines Zeitraums von nicht mehr als 300 und nicht weniger als 180 Tagen vor der Geburt Geschlechtsverkehr hatte, so ist der Mann als Vater festzustellen, es sei denn, er weist nach, dass das Kind nicht von ihm abstammt. Der Mann hat den vollen Ausschlussbeweis zu führen.<sup>27</sup>

---

Bei der Vaterschaftsfeststellung auf Grund der Zeugungsvermutung wird in der Praxis die Mutter befragt, ob sie im „empfangniskritischen“ Zeitraum, nämlich 300 bis 180 Tage vor der Geburt des Kindes, mit dem von ihr als Vater bezeichneten Mann ungeschützten Geschlechtsverkehr hatte und ob es andere Geschlechtspartner in dieser Zeit gab. Wird nur der Antragsgegner als potentieller Vater genannt und bestehen keine Zweifel an der Aussage der Mutter, gilt die Zeugungsvermutung und dieser Mann wird vom Gericht als Vater festgestellt.

---

„Vätertausch“ Eine weitere Möglichkeit ist der sog „**Vätertausch**“. Es handelt sich dabei um einen Sonderfall des Antrages auf Feststellung der Vaterschaft für den Fall, dass das Kind bereits einen Vater hat. In diesem Fall fällt durch die Entscheidung, dass der andere Mann der Vater ist, die Vaterschaft des ursprünglichen Vaters weg. Einen solchen Antrag kann nur das Kind stellen.<sup>28</sup>

Die **Mutter** ist grundsätzlich in jedem laufenden Verfahren als Partei zu behandeln, hat aber (außer beim Widerspruch gegen ein Vaterschaftsanerkentnis) kein eigenes Recht, ein Abstammungsverfahren einzuleiten. Sehr wohl aber kann sie als gesetzliche Vertreterin eines minderjährigen Kindes für dieses durch einen Antrag ein Verfahren einleiten.

### c) Die Elternschaft

**Elternteil statt Vater für die „Co-Mutter“** Seit 24.2.2015 können auch Frauen, die in einer gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft oder eingetragenen Partnerschaft leben, mittels medizinisch unterstützter Fortpflanzung in Österreich Kinder bekommen (siehe dazu auch unten unter 2.). Gem § 144 Abs 2 ABGB ist die Frau **Elternteil (auch „Co-Mutter“)**,

- die mit der Mutter im Zeitpunkt der Geburt des Kindes in eingetragener Partnerschaft verbunden ist oder als eingetragene Partnerin der Mutter nicht früher als 300 Tage vor der Geburt des Kindes verstorben ist oder

26 Antragsberechtigt ist das Kind gegen den Mann bzw der Mann gegen das Kind. Dieses Recht besteht unabhängig davon, ob das Kind ehelich oder unehelich ist, da damit sowohl dem Mann als auch dem Kind ermöglicht werden soll, in einem gerichtlichen Verfahren Gewissheit über die tatsächlich genetische Abstammung zu bekommen.

27 Eine solche Vaterschaftsfeststellung auf Zeugungsvermutung ist nach Ablauf von zwei Jahren nach dem Tod des Mannes nicht mehr möglich, außer das Kind weist nach, dass ihm der positive Nachweis der Vaterschaft aus Gründen, die in der Sphäre des Mannes liegen, nicht gelingt (§ 148 Abs 2 ABGB); etwa weil sich der Mann dem Zugriff des Gerichts entzieht oder weil die Erben genetisches Material verschwinden haben lassen. Für den positiven Vaterschaftsnachweis besteht keine zeitliche Befristung, diese ist auch nach mehr als zwei Jahren nach dem Tod des Mannes zulässig.

28 Der Mann, der meint, der Vater des Kindes zu sein, hat kein Antragsrecht nach § 150 ABGB. Steht bereits die Vaterschaft eines anderen Mannes fest, hat er somit nur die Möglichkeit, ein Anerkenntnis nach § 147 Abs 2 ABGB abzugeben. Dies bedeutet, dass eine Feststellung seiner Vaterschaft ohne Zustimmung des Kindes, und, solange das Kind minderjährig ist, gegen den Willen der Mutter, die ihn als Vater bezeichnen müsste, nicht möglich ist. Mit der Beschränkung der Antragslegitimation auf das Kind soll verhindert werden, dass ein Mann, der sich für den Vater des Kindes hält, sich in eine bestehende soziale Familie hineindrängen kann.

- die die Elternschaft anerkannt hat oder
- deren Elternschaft gerichtlich festgestellt ist, wenn

an der Mutter innerhalb von nicht mehr als 300 und nicht weniger als 180 Tagen vor der Geburt **eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung** durchgeführt worden ist.

Für diese Frau gelten die auf den Vater und die Vaterschaft bezugnehmenden Bestimmungen sinngemäß. Gleiches gilt für die im Verhältnis der Eltern zu ihrem Kind und zwischen den Eltern bestehenden besonderen Rechte und Pflichten.<sup>29</sup>

### Beispiel

Der andere Elternteil hat, wie der Vater, Unterhalt für das zukünftige Kind zu bezahlen (§§ 231 ff ABGB) oder kann gemeinsam mit der Mutter vor dem Standesamt die gemeinsame Obsorge bestimmen (§ 177 Abs 2 ABGB).

Gem § 145 Abs 1 ABGB ist dem Anerkenntnis der Elternschaft ein Nachweis über die an der Mutter durchgeführte medizinisch unterstützte Fortpflanzung (§ 144 Abs 2 ABGB) beizulegen.

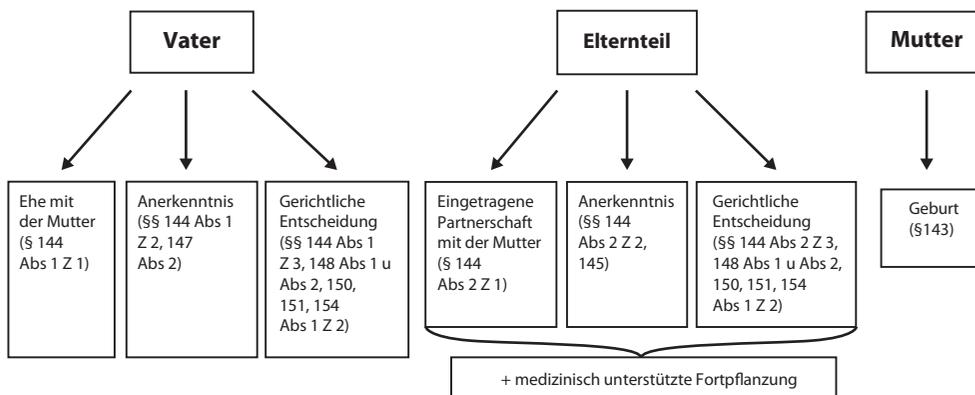


Abb 1: Begründung des Kindschaftsverhältnisses – Überblick

## 2. Medizinisch unterstützte Fortpflanzung

Als medizinische unterstützte Fortpflanzung gilt gem § 1 Fortpflanzungsmedizinengesetz (FMedG) „die Anwendung medizinischer Methoden zur Herbeiführung einer Schwangerschaft auf andere Weise als durch Geschlechtsverkehr“. Medizinisch unterstützte Fortpflanzung ist seit dem Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetz 2015 (FMedRÄG 2015) gem § 2 FMedG nur in einer Ehe, eingetragenen Partnerschaft oder Lebensgemeinschaft zulässig.<sup>30</sup> In einer Ehe oder Lebensgemeinschaft von Personen verschiedenen Geschlechts ist die medizinisch unterstützte Fortpflanzung

Wann ist sie zulässig?

<sup>29</sup> Im ABGB betrifft dies insb § 235 ABGB, wonach der Vater – bzw dann sinngemäß auch die eingetragene Partnerin oder Lebensgefährtin der Mutter – verpflichtet ist, der Mutter die Kosten der Entbindung sowie die Kosten ihres Unterhalts zu ersetzen. Auch für den Familiennamen des Kindes, die (gemeinsame) Obsorge sowie im Personenstandsrecht kommen im Verhältnis der in eingetragener Partnerschaft oder Lebensgemeinschaft lebenden Frauen zu ihrem Kind die Regelungen für Eltern oder den Elternteil (§§ 155 und 177 ABGB ff) zur Anwendung (vgl § 43 Abs 1 Z 27 EPG). So die Erläuterungen zur Regierungsvorlage (ErlRV 445 BlgNR 25. GP 13).

<sup>30</sup> In seinem Erkenntnis vom 10.12.2012, G 16/2013, G 44/2013 legte der VfGH fest, dass es verfassungswidrig ist, Frauen, die in einer gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft leben, von der Erfüllung eines Kinderwunsches durch medizinisch unterstützte Fortpflanzung auszuschließen. Diese Entscheidung eröffnet eingetragenen Partnerinnen und gleichgeschlechtlichen Lebensgefährtinnen die Möglichkeit, alle bisher zulässigen Methoden der medizinisch unterstützten Fortpflanzung in Anspruch zu nehmen. Schwulen Paaren bleibt mangels Zulassung der Leihmutterchaft die Durchführung einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung weiterhin verwehrt (siehe FN 4).

zung **nur als letzter Ausweg erlaubt**, wenn die Zeugung eines Kindes auf natürlichem Wege nicht möglich ist.<sup>31</sup>

**Besonderheiten im Abstammungsrecht** Für die medizinisch unterstützte Fortpflanzung bestehen eine Reihe abstammungsrechtlicher Sondervorschriften. Die **Zeugungsvermutung** des § 148 Abs 2 ABGB gilt auch für den Fall, dass an der Mutter innerhalb des kritischen Zeitraums (nicht mehr als 300 und nicht weniger als 180 Tage vor der Geburt) eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung vorgenommen worden ist. Vater ist der Mann, dessen Samen verwendet wurde.

**Samenspende** Ist die medizinisch unterstützte Fortpflanzung aber mit dem Samen eines Dritten (sog „Samenspender“) durchgeführt worden, so ist der Mann als Vater festzustellen, der dieser medizinisch unterstützten Fortpflanzung qualifiziert in Form eines Notariatsaktes zugestimmt hat, außer dieser weist nach, dass das Kind nicht durch die medizinisch unterstützte Fortpflanzung gezeugt worden ist (§ 148 Abs 3 ABGB). Die Feststellung der Vaterschaft des Dritten ist nicht möglich (§ 148 Abs 4 ABGB).<sup>32</sup>

---

Der Samenspender wird wie die Eizellspenderin niemals Vater oder Mutter des Kindes (§§ 143 und 148 ABGB).<sup>33</sup>

---

Hat der Ehemann der Mutter einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung mit dem Samen eines Dritten in Form eines Notariatsaktes zugestimmt, so können **weder er noch das Kind die Feststellung** begehren, dass das mit dem Samen des Dritten gezeugte **Kind nicht vom Ehemann der Mutter abstammt** (§ 152 ABGB).<sup>34</sup>

Gleiches gilt für die mit der Mutter in eingetragener Partnerschaft oder Lebensgemeinschaft lebenden Frau, wobei hier vom Gesetz verlangt wird, dass an der Mutter in der für die Empfängnis kritischen Zeit von nicht mehr als 300 und nicht weniger als 180 Tagen vor der Geburt eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung durchgeführt worden ist (§ 144 Abs 2 iVm Abs 3 ABGB). Darin liegt ein wesentlicher Unterschied zur Abstammung vom Vater nach § 144 Abs 1 ABGB, wo es auf diese Voraussetzung nicht ankommt.

### 3. Adoption

#### a) Begriffsbestimmung

**Adoption** Mit der **Adoption** (Annahme an Kindesstatt) wird zwischen dem Annehmenden (Adoptivvater bzw Adoptivmutter) einerseits und dem Angenommenen (Adoptiv- oder Wahlkind) durch Vertrag **ein der leiblichen Abstammung entsprechendes Rechtsverhältnis** geschaffen.

31 Zulässig ist die homologe Insemination (Samen des Ehemanns oder des Lebensgefährten), die heterologe Insemination (Verwendung des Samens eines Dritten), wenn der Samen des Ehegatten oder Lebensgefährten nicht fortpflanzungsfähig ist, sowie die In-Vitro-Fertilisation (Verschmelzung von Ei- und Samenzelle außerhalb des Körpers der Frau) und Gametentransfer (Einbringen von entwicklungsfähigen Zellen bzw von Ei- und Samenzellen in die Gebärmutter oder den Eileiter der Frau) (§ 1 Abs 2 FMedG). Das Verbot der Eizellspende und der Verwendung des Samens eines Dritten bei In-Vitro-Fertilisation wurden mit dem FMedRÄG 2015 aufgehoben, während Leihmutterschaften weiterhin unzulässig sind (siehe FN 4).

32 Nach § 154 Abs 1 Z 2 ABGB ist außerdem eine Erklärung der Rechtsunwirksamkeit eines Anerkenntnisses wegen Widerspruchs nicht möglich, wenn im Verfahren erwiesen wird, dass das Kind durch medizinisch unterstützte Fortpflanzung mit dem Samen eines Dritten gezeugt wurde und der Anerkennende dem in Form eines Notariatsaktes zugestimmt hat.

33 Dies gilt nur für die muF in einer zugelassenen Krankenanstalt. Überlässt der Dritte den präsumptiven Eltern seinen Samen, kann der Dritte sehr wohl als Vater festgestellt werden (LG Salzburg, EF 141.117). Nach hM soll ein Anerkenntnis der Vaterschaft zulässig sein, wenn das Kind sonst rechtlich vaterlos wäre, wobei das Kind und die Mutter ein Widerspruchsrecht haben. *Nademleinsky in Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar 4. Aufl (2017) zu § 148 ABGB, Seite 84.

34 Eine solche Feststellung kommt demnach in Frage, wenn es an der qualifizierten Zustimmungserklärung fehlt oder wenn das Kind in Wahrheit nicht durch die medizinisch unterstützte Fortpflanzung gezeugt wurde.