

§ 1. Allgemeines

A. Soziale Funktion der Familie

Die Aufgaben der Familie sind wesentlich von den bestehenden sozialen und wirtschaftlichen Verhältnissen abhängig und daher auch einem stetigen Wandel unterzogen¹. Unleugbare **Kernfunktion** der Familie war und ist es, **dem Nachwuchs eine feste Grundlage für Pflege, Erziehung und Sozialisation zu bieten**. Daran können auch Ideologien und modische Zeitrends des liberalen Humanismus nichts ändern. Nach der Familie kommt die Familie². 1/1

Der Wandel von der Großfamilie (mehrere Generationen in einem Familienverband) zur Klein- (nur Eltern und Kinder, Alleinerzieher) oder Gattenfamilie (ohne Kinder) läuft mit einem ständigen und zunehmenden **Funktionsverlust** der Familie einher. Aus der ursprünglichen umfassenden Produktions-, Siedlungs-, Wirtschafts- und Wohnungsgemeinschaft (auch Erziehung, Bildung, Religionsgemeinschaft) ist derzeit eine Konsumgemeinschaft mit Resten an Bildungs- und Erziehungsaufgaben geworden. Auch die erste „Sozialisierung“ der Kinder erfolgt noch im Familienbereich. Die übrigen Aufgaben sind nun weitgehend dem Staat überantwortet. Der Prozess scheint noch nicht abgeschlossen: Nach der Altersfürsorge (früher meist im Familienverband) scheint auch die Kindererziehung überwiegend oder zur Gänze öffentliche Aufgabe zu werden (Kinderhorte; Ganztageskindergärten). Zum Teil wird sogar vertreten, dass Dritte bessere Erzieher seien. Eine ganze Reihe neuer öffentlicher Institutionen – wie Familienmediation, Kinderbeistand, Kinder- und Jugendanwälte, Familiengerichtshilfe und Kinder- und Jugendhilfeträger – versucht das Kindeswohl zu fördern. Diese vermehrten Staatsaufgaben haben zu erhöhten Steuerquoten 1/2

1 Vgl etwa *Schwenzer*, Grundlinien eines modernen Familienrechts aus rechtsvergleichender Sicht, *RabelsZ* 2007, 705 ff.

2 Vgl *Kerschmer*, Kommt nach der Familie die Familie? *RZ* 1998, 74 ff; *Beck-Gernsheim*, Was kommt nach der Familie? Alte Leitbilder und neue Lebensformen³ (2010).

und damit letztlich auch zu einer zunehmenden Abhängigkeit des Einzelnen vom Staat geführt. Die Grenze der Leistungsfähigkeit des Staates scheint bereits überschritten. Eine Reprivatisierung der originären Familienfunktionen dürfte nur möglich sein, wenn sich **beide Elternteile Haushalt und Kindererziehung** (allenfalls auch Altenpflege) **einerseits, andererseits aber auch die Erwerbstätigkeit teilen**. Die Rahmenbedingungen dafür sind aber noch entscheidend zu verbessern³.

B. Familie und Recht

I. Funktionen des Familienrechts

1/3 Wie dem Recht im Allgemeinen können auch dem Familienrecht im Wesentlichen drei Funktionen zukommen:

1. Konfliktregelung: Nach einer bisherigen starken und zunehmenden (politischen) Tendenz soll sich das Familienrecht auf bloße Rahmenbedingungen für typische Konfliktsfälle beschränken; zB Regelung der materiellen Versorgung und der Kindesobsorge nach Scheidung.

2. Präventivwirkung/Verhaltenssteuerung: Dem Familienrecht könnte die Funktion zukommen, durch sachlich sinnvolle Regeln von vornherein Konflikte in der Familie möglichst zu vermeiden und damit zu deren Stabilität beizutragen (zB verbindliche Verantwortungsstrukturen); an schuldhaftes Pflichtverletzungen knüpfen negative Rechtsfolgen an (Verschuldensprinzip bzw Verantwortungsfeststellung); diese wirken insofern präventiv und damit verhaltenssteuernd. Das Recht kann so Hilfestellung (!) bieten, um Ehekonflikte leichter überwinden zu können. Verantwortung und Solidarität sind bei den Trennungsfolgen zu beachten.

3. Bewusstseinsbildung: Wegen der Wechselwirkungen zwischen Recht und Gesellschaft trägt auch das jeweilige konkrete Familienrecht zur gesellschaftlichen Bewertung, zum sozialen Stellenwert von Ehe und Familie bei.

Beispiel: Die leichte Scheidbarkeit der Ehe prägt das Bild einer jederzeit (einvernehmlich) aufhebbaren Verbindung. Auch der selbst am Scheitern der Ehe Schuldige kann sich nach bestimmten Fristen einseitig vom Ehevertrag lösen (vgl Rz 2/88–90) und unter Umständen sogar Unterhalt vom schuldlosen Teil begehren (§ 68a EheG; dazu Rz 2/99a).

Die derzeitigen Liberalisierungstendenzen in der Familiengesetzgebung (Abkehr vom Verschuldensprinzip/weitgehende Gleichstellung bzw sogar materielle Besserstellung der außerehelichen Lebensgemeinschaft) haben

³ Zur steuerlichen Entlastung umfassend G. Kofler, Kinderlasten im Steuerrecht, in E. Wagner/Bergthaler (Hrsg), FS Kerschner (2013) 367.

die Ehe bereits weitgehend destabilisiert bzw deren Stellenwert stark gedrückt. Es geht (fast) nur mehr um Loyalitäts- bzw Solidaritätsbeziehungen. Kinder seien für die Heiratsfähigkeit „ohne Belang“⁴!

Rechtspolitisch sinnvoll könnte es sein, zwischen zwei oder gar mehreren Formen von Lebensgemeinschaften (vor allem solchen mit oder ohne Kinder) zu unterscheiden. Die derzeitigen Reformvorstellungen sind allerdings recht heterogen⁵. Faktum ist, dass sich die Konfliktsfälle innerhalb der Familie und damit auch die familienrechtlichen Verfahren fast beängstigend häufen.

II. Gegenstand und Rechtsquellen/Familie und Verfassung

1. Gegenstand des Familienrechts und zentrale Begriffe

Das **Familienrecht** ordnet grundsätzlich die durch Ehe, Partnerschaft und Verwandtschaft begründeten Rechtsbeziehungen. Das ABGB geht noch von einem sehr weiten Begriff der Familie aus (§ 40⁶: Stammeltern und alle Nachkommen) und knüpft die Familienverhältnisse am Ehevertrag (§ 44) an. Aufgrund der Gleichstellung der außerehelichen Kinder mit den ehelichen sind nach moderner und zutreffender Auffassung auch jene juristisch zur Familie zu zählen. Das muss wohl auch für die nach dem EPG eingetragenen Partner gelten⁷. Es werden im Familienrecht allgemein auch immer mehr Rechtsbeziehungen außerhalb von Ehe und Verwandtschaft geregelt; vgl § 139 Abs 2 (Pflicht zum Schutz des Kindeswohls und Vertretung); § 90 Abs 3 (Pflicht des Stiefelternteils zur Kindesobsorge und Vertretung).

Nach § 42 sind unter **Eltern** alle Vorfahren, unter **Kinder** alle Nachkommen zu verstehen. Der jeweilige **Normzweck** kann aber auch eine andere, meist engere Bedeutung von Eltern (etwa nur unmittelbare Vorfahren) und Kindern (nur unmittelbare Nachkommen) ergeben.

4 So *Benke*, Keine Ehe, aber ein Stück Familie, iFamZ 2010, 244 (258).

5 Vgl etwa *Kolbitsch/Stabentheiner*, Überlegungen zu einer Reform des Eherechts, iFamZ 2007, 149 ff; *Fischer-Czermak*, Reformbedarf im Familienrecht – Systematik und aktuelle Reformvorhaben, in: *Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer* (Hrsg), ABGB 2011 – Chancen und Möglichkeiten einer Zivilrechtsreform (2008) 215 ff; *Kerschmer*, Reformbedarf im Familienrecht – Zu den Prinzipien im Eherecht, in: *Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer*, ABGB 2011, 231 ff; *Fischer-Czermak*, Reformbedarf im Ehe- und Partnerschaftsrecht, JRP 2020, 15 ff.

6 Paragraphenangaben ohne nähere Bezeichnung betreffen stets das ABGB.

7 Siehe dazu unten § 4.

- 1/6** § 40 Satz 2 versteht unter **Verwandtschaft** das Verhältnis zwischen Stammeltern und deren Nachkommen, wobei grundsätzlich die Blutsverwandtschaft maßgeblich ist. Die Verwandtschaft kann aber auch normativ substituiert sein (Fälle: Adoption; vgl Rz 6/1 ff; Unterlassung des Antrags auf Feststellung der Nichtabstammung durch den Ehemann der Mutter; vgl Rz 3/4 ff; falsches Vaterschaftsanerkennnis; vgl Rz 3/9–12).
- 1/7** Die für viele Fragen (insb auch im Erbrecht) wichtige **Verwandtschaftsnähe** wird nach **Graden** gezählt, die sich nach der **Zahl der vermittelnden Zeugungen** richten.
- 1/8** Bei der **geraden Linie** geht es um die Verwandtschaft zwischen Vorfahren und Nachkommen. Sohn – Eltern – Großeltern – Urgroßeltern etc: Der Sohn ist etwa mit den Urgroßeltern im 3. Grad (3 Zeugungen) in gerader Linie verwandt.
- 1/9** Bei der **Seitenlinie** stammen zwei Personen von einer gemeinsamen (vermittelnden) dritten Person ab. Die Zeugungen (und damit die Grade) sind jeweils zu dieser dritten Person „hinauf“ und „herab“ zu rechnen. Der Onkel (die Tante) ist mit der Nichte (dem Neffen) im 3. Grad der Seitenlinie verwandt. Mangels Blutsverwandtschaft sind etwa der Ehegatte, der Lebenspartner, der Stiefvater und der Schwager keine Verwandten.
- 1/10** **Schwägerschaft** ist das Verhältnis zwischen dem Ehegatten und den Verwandten des anderen Ehegatten und wird wie bei der Verwandtschaft nach Graden gezählt (vgl oben Rz 1/8, 9). § 43 Abs 3 EPG sieht die Schwägerschaft auch für eingetragene Partner vor.
- 1/11** Der Gesetzgeber verwendet immer häufiger auch den Begriff der „**nahen Angehörigen**“ (zB § 1409; § 32 IO; § 4 AnfO). Welche Personen darunter fallen, ist entweder genau ausdrücklich bestimmt (zB § 72 StGB) oder nach dem Normzweck zu entscheiden; danach wird nun immer der eingetragene Partner, meist auch der außereheliche Lebensgefährte naher Angehöriger sein (zur außerehelichen Lebensgemeinschaft vgl Rz 5/1 ff).
- 1/12** Das Familienrecht kann in folgende **Sachbereiche** untergliedert werden:
- Eherecht (einschließlich Verlöbnisrecht)
 - Kindschaftsrecht
 - Eingetragene Partnerschaft
 - außereheliche Lebensgemeinschaft
 - Adoption und Pflegekindschaft
 - Obsorge einer anderen Person (früher Vormundschaft), Kuratel und Erwachsenenvertretung.

2. Familie und Verfassung⁸

Seit dem Vertrag von Lissabon, der mit 1. 12. 2009 in Kraft getreten ist, gilt auf der Ebene des europäischen Unionsrechtes die **EU-Grundrechtecharta** (GRC). Nach einer richtungsweisenden Grundsatzentscheidung des österreichischen VfGH⁹ steht diese auf einer Ebene mit der österreichischen Verfassung und dient damit umfassend als Prüfungsmaßstab für Behördenentscheidungen und Gesetze¹⁰. Art 7 GRC regelt die Achtung des Privat- und Familienlebens, Art 9 GRC das Recht, eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen. Historisch völlig eindeutig ist es, dass dieser Artikel es weder untersagt noch vorschreibt, Verbindungen von Personen gleichen Geschlechts den Status der Ehe zu verleihen (vgl. ABl EU 2007 [303/02]). Art 23 normiert die Gleichheit von Männern und Frauen, Art 24 die Rechte des Kindes und Art 25 die Rechte älterer Menschen. Gewissen verfassungsrechtlichen Schutz der Ehe und der Familie begründen daneben – teilweise parallel –¹¹ Art 8 EMRK (Achtung des Privat- und Familienlebens), Art 12 EMRK (Recht zur Eheschließung und Familiengründung) und Art 5 des 7. ZP-EMRK (gleiche Rechte der Ehegatten bei Eheschließung, während der Ehe und nach Auflösung)¹². Anders als nach Art 6 Abs 1 deutsches GG ist im österreichischen Verfassungsrecht kein ausdrückliches Verbot begründet, Ehe und Familie gegenüber anderen Lebens- und Erziehungsgemeinschaften zu benachteiligen¹³. Es wäre aller-

8 Dazu nun umfassend *Schoditsch*, Gleichheit und Diversität im Familienrecht (2020); aber auch *Wenger-Haargassner*, Grundrechtecharta und Familienrecht, Dissertation 2018; *Ruppe*, Ehe für alle – Grundrechtejudikatur auf neuen Wegen, in *Grabenwarter/Holoubek*, Verfassung als Fundament des Staates (2018) 49 ff.

9 VfGH U 466/11, VfSlg 19632.

10 So etwa im Zusammenhang mit der EUUntVO oder bei der Auslegung der RomIII-VO. Vgl zu diesem eingeschränkten Anwendungsbereich im Familienrecht *Wenger-Haargassner*, Art. 24 GRC und Kindschaftsrecht, EF-Z 2020, 61.

11 Das Verhältnis zwischen GRC, EMRK und nationalen Grundrechten ist umstritten. Richtig wird es sein, der GRC wohl im Verhältnis gegenüber nationalen Grundrechten im Kollisionsfall den Vorrang zu geben; im Kollisionsfall zwischen GRC und EMRK wird letztere durchschlagen; sonst gilt das Günstigkeitsprinzip.

12 Vgl dazu *Pernthaler/Rath-Kathrein*, Der grundrechtliche Schutz von Ehe und Familie, Art 8 und 12 EMRK, in: *Machacek/Pabr/Stadler* (Hrsg), Grund- und Menschenrechte in Österreich, Band 2 (1992) 245 ff; *Gutknecht*, Grundrechtsschutz für Ehe und Familie (1989); *Berka/Binder/Kneibls*, Die Grundrechte² (2019) 258 ff; *Hinteregger*, Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht, ÖJZ 1999, 741 ff; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁶ (2016); *Baumgartner*, Welche Formen des Zusammenlebens schützt die Verfassung? Der Schutz des Familienlebens (Art 8 MRK) im Lichte der Rechtsprechung – Vorgaben für das österreichische Familienrecht, ÖJZ 1998, 761 ff.

13 Vgl aber die Rsp zum Ruhen des Unterhaltsanspruchs bei Eingehen einer außerehelichen Lebensgemeinschaft; zB OGH 10 ObS 197/98p, DRdA 1998, 446 mAnm *Kerschner*.

dings verfassungsrechtlich zulässig, die Ehe gegenüber außerehelichen Lebensgemeinschaften zu begünstigen¹⁴. Vor allem eine steuerrechtliche Begünstigung der Ehepartner könnte dem Institut der Ehe wieder maßgebliche Schubkraft verleihen¹⁵. Immer mehr aber wurden und werden Alleinerzieher und außereheliche Lebensgemeinschaften insb bei Sozialleistungen gegenüber Ehegatten bevorzugt. Bei alledem geht es nicht nur um individuelle, sondern auch um wichtige öffentliche Interessen.

Aus Art 8 EMRK leitet der VfGH ein Recht des Kindes auf Feststellung der biologischen Vaterschaft ab (vgl ZfVB 2004, 1176). Der Gesetzgeber hat deshalb § 156 aF (§ 151 nF) geändert.

Art 12 EMRK will zwar das **Institut der Ehe** nach einem europäischen Standard (Vergleich der nationalen Rechtsordnungen) garantieren (Institutsgarantie), aber doch dem nationalen Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum einräumen¹⁶. Der EGMR dehnt zwar Art 12 EMRK auf „transsexuelle Paare“ aus¹⁷, sieht aber eindeutig die Institutsgarantie nur auf „Mann und Frau“, also auf heterosexuelle Paare bezogen¹⁸. Eine fehlende Heiratsmöglichkeit für gleichgeschlechtliche Paare wäre somit keine Verletzung der EMRK. Nur 15 von 48 Vertragsstaaten kennen eine Ehe für alle. Daher besteht insofern kein „European consent“.

Der **verfassungsrechtliche Gleichheitssatz** gebietet nach der Rsp des VfGH eine steuerliche Berücksichtigung von Unterhaltslasten gegenüber Kindern¹⁹. Die Gesetzgebung entspricht dem nur zögernd und bei weitem nicht ausreichend. Der eingeschlagene Weg über Erhöhung der Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag erscheint weder sachlich sinnvoll noch genügend²⁰. Nach dem VfGH muss auch nur die Hälfte der Unterhaltslasten steuerfrei bleiben. Der VfGH hat den Gleichheitsgrundsatz im Erkenntnis 4.12.2017, G 258, G 258–259/2017 (JBl 2018, 28 mAnm *Kerschner*) zur

14 Vgl VfGH VfSlg 10.064/1984.

15 Vgl wieder *G. Kofler* in FS Kerschner 367 ff.

16 Siehe OGH 1 Ob 641/79, EvBl 1979/234, wonach § 55 Abs 3 EheG (unbedingtes Scheidungsrecht auch des schuldigen Ehegatten nach sechsjähriger Heimtrennung; näher Rz 2/88 ff) verfassungsrechtlich unbedenklich sei.

17 Näher *Schoditsch*, Gleichheit und Diversität im Familienrecht 29 f.

18 Vgl EGMR 11.7.2002, Christine Goodwin/UK, ÖJZ 2003, 260; siehe auch *Kerschner*, Anm zu VfGH G 258/2017, JBl 2018, 18 ff; aber auch *Mautner*, Ehe und Familie für alle? (2018) 195 ff.

19 VfSlg 14.992/1997; 15.023/1997.

20 Vgl zur Frage der früheren teilweisen Anrechnung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag bei der Unterhaltspflicht bei getrennt lebenden Eltern VfGH JBl 2001, 781 (für Anrechnung im Wege einer teleologischen Reduktion des § 12a FamLAG); zu Recht dagegen aber zB OGH RZ 2002/14. Nunmehr erfolgt nach dem OGH 11.12.2019, 4 Ob 150/19s, EvBl 2020/8 die steuerliche Entlastung des Unterhaltspflichtigen ausschließlich durch den Familienbonus Plus (näher zur aktuellen Rechtslage unten Rz 3/43).

Begründung der „Ehe für alle“ bemüht, wobei – in durchaus bedenklicher Weise – die natürliche Nachkommenschaft nicht als sachliche Rechtfertigung der Unterscheidung zwischen Ehe und Eingetragener Partnerschaft gewertet worden ist²¹.

Grundsätzlich wird ein positiver verfassungsrechtlicher Schutzanspruch bezüglich Ehe und Familie gegenüber dem einfachen Gesetzgeber abgelehnt.

Verstößt eine familienrechtliche Norm bzw eine bestimmte Auslegung nun gegen die genannten EMRK-Garantien oder die GRC, konnte der Betroffene früher zwar nicht den VfGH (keine VfGH-Beschwerde gegen Entscheidungen des OGH), wohl aber den **EGMR in Straßburg** anrufen. Nur der OGH oder ein Gericht in 2. Instanz konnten sich an den VfGH wenden, wenn sie gegen eine anzuwendende familienrechtliche Norm verfassungsrechtliche Bedenken hatten. Ein entsprechendes subjektives Recht des Einzelnen bestand bislang nicht. 1/14

Seit 2015 ist nun aber auch dem Einzelnen in einem Zivilverfahren der direkte Zugang zum VfGH eröffnet: Nach dem Urteil (Beschluss erster Instanz) **kann der Betroffene selbst beim VfGH einen Überprüfungsantrag** (Antrag auf Normenkontrolle, „Gesetzesbeschwerde“) einbringen (Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG). Er hat dabei zu behaupten, wegen Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm in seinen Rechten verletzt zu sein. Voraussetzung ist zudem, dass rechtzeitig gegen die Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichts ein Rechtsmittel erhoben wird. Seit 1.1.2015 können weiters alle ordentlichen Gerichte – damit auch Erstgerichte – Gesetze beim VfGH anfechten (Art 89 Abs 2, 140 Abs 1 Z 1 lit a B-VG). Bestimmte Verfahren sind von der Gesetzesbeschwerde allerdings ausgeschlossen. Dazu gehören etwa Unterhaltsvorschuss-, Exekutions- und Beweissicherungsverfahren sowie Verfahren über die Rückstellung widerrechtlich verbrachter oder zurückgehaltener Kinder („Kindesentführungen“) oder auch Insolvenzverfahren (Art 140 Abs 1 a B-VG, § 57a VfGG).

Rechtspolitisch wäre eine stärkere verfassungsrechtliche Verankerung der Ehe (positive staatliche Förderungspflicht), eine deutliche steuerliche Entlastung von Ehegatten aufgrund ihrer Unterhaltslasten, zumindest aber ein **Benachteiligungsverbot** gegenüber der außerehelichen Lebensgemein- 1/15

21 Kritisch dazu *Kerschner*, JBl 2018, 31 ff; siehe auch *Ruppe*, Ehe für alle – Grundrechtsjudikatur auf neuen Wegen, in *Grabenwarter/Holoubek*, Verfassung als Fundament des Staates (2018); dem VfGH zustimmend aber *Schoditsch*, Gleichheit und Diversität im Familienrecht 71 f.

schaft wünschenswert. Ein Reformziel könnte auch sein, das Familienrecht geschlossen im ABGB zu regeln²².

Seit 16.2.2011 gilt in Österreich das Bundesverfassungsgesetz über die Rechte der Kinder, mit dem die Inhalte der unter Erfüllungsvorbehalt stehenden UN-Konvention über die Rechte des Kindes (BGBl 1993/7) weitgehend in der österreichischen Verfassung verankert wurden.

3. Rechtsquellen

1/16 Das österreichische Familienrecht kennt derzeit **keine geschlossene Regelung**, sondern findet sich in mehreren Teilen des ABGB und in zahlreichen Nebengesetzen zum ABGB. **Hauptregelungen** sind das 1938 in Österreich eingeführte dt **EheG** (Inhalt: Eheschließung; Scheidung; Scheidungsfolgen; teilweise auch Ehegüterrecht einschließlich nahehelicher Vermögensaufteilung) und das **ABGB**:

- §§ 40–284: teilweise Eherecht; Inhalt des Ehevertrages; persönliche Ehwirkungen; Kindschaftsrecht; Recht der Obsorge einer anderen Person, Kurator- und Erwachsenenschutzrecht und Vorsorgevollmacht.
- §§ 1217–1266: Ehegüterrecht (durch das FamRÄG 2009 teilweise novelliert).

Wichtige familienrechtliche **Nebengesetze**: Unterhaltsvorschussgesetz (UVG); Unterhaltsschutzgesetz (USchG); Personenstandsgesetz 2013 (PStG); Bundes-Kinder- und Jugendhilfegesetz (B-KJHG) bzw die KJHG der Länder; Fortpflanzungsmedizinergesetz (FMedG); Gewaltschutzgesetz (GeSchG); Eingetragene Partnerschaft-Gesetz (EPG).

Weiters findet sich eine Reihe internationaler Übereinkommen mit familienrechtlichem Inhalt (zB UN-Konvention über die Rechte des Kindes, Haager Unterhaltsübereinkommen, Europäisches Übereinkommen über die Ausübung von Kinderrechten)²³. Auch das Gemeinschaftsrecht der EU tendiert zuletzt dazu, das Familienrecht formell und materiell zu vereinheitlichen; so zB zuletzt die Europäischen Güterrechtsverordnungen (näher Rz 1/19).

²² Vgl *Fischer-Czermak* in: *Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer*, ABGB 2011, 215 ff.

²³ Vgl dazu *Schütz*, Zwischenstaatliche Übereinkommen, die für die Familienrichter bedeutsam sein könnten, RZ 2001, 54 ff und umfassend *Nademeinsky/Neumayr*, Internationales Familienrecht (2007).