

I. Einleitung

Das heutige Ehe- und Kindschaftsrecht ist zwar nach wie vor weitgehend im **ABGB** geregelt, vom Originaltext des ABGB sind aber nur mehr wenige Bestimmungen in Geltung, denen keine große praktische Bedeutung zukommt. Im Wesentlichen sind dies die Regeln über das Verlöbnis (§§ 45, 46 ABGB) und einige Bestimmungen des Ehegüterrechts.¹

Als Rechtsquelle erhalten geblieben ist auch das deutsche **Ehegesetz**,² mit dem im Jahr 1938 das Recht der Eheschließung und der Ehescheidung vom nationalsozialistischen Gesetzgeber neu gefasst wurden. Dieses Gesetz enthielt eine Reihe von Bestimmungen, die nationalsozialistisches Gedankengut verkörperten. Diese Regelungen wurden zusammen mit einzelnen Bestimmungen der Durchführungsverordnungen zum EheG, die ebenfalls nationalsozialistisches Gedankengut enthalten hatten, durch das Gesetz vom 26.6.1945 über Maßnahmen auf dem Gebiete des Ehegesetzes, des Personenstandsrechtes und des Erbgesundheitsrechtes StGBI 1945/31 aufgehoben. Der restliche Teil des Ehegesetzes wurde gem § 2 R-ÜG in das Recht der Zweiten Republik übergeleitet.

Der **Reformgesetzgeber der Zweiten Republik** hat das Familienrecht grundlegend umgestaltet. Die entsprechenden Novellen waren das

- BG über die Neuordnung der Rechtsstellung des unehelichen Kindes BGBl 1970/342;
- BG, mit dem Bestimmungen über die Geschäftsfähigkeit und die Ehemündigkeit geändert werden BGBl 1973/108;
- BG über die Neuordnung der persönlichen Rechtswirkungen der Ehe BGBl 1975/412;
- BG über die Neuordnung des Kindschaftsrechts BGBl 1977/403;
- BG über Änderungen des Ehegattenerbrechts, des Ehegüterrechts und des Ehescheidungsrechts BGBl 1978/280;

1 Grundlegend umgestaltet durch das Familienrechts-Änderungsgesetz 2009.

2 Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet vom 6. Juli 1938 dRGBI 1938 I 807, kundgemacht für Österreich im GBlÖ 1938/244.

- BG über eine Änderung des Ehegesetzes BGBl 1978/303;
- BG über Änderungen des Personen-, Ehe- und Kindschaftsrechts BGBl 1983/566;
- BG, mit dem Bestimmungen zum Schutz des für einen Kredit mithaftenden Ehegatten getroffen werden BGBl 1985/481;
- BG über eine Änderung der ehenamensrechtlichen Bestimmungen im allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch (Ehenamensrechtsänderungsgesetz 1986) BGBl 1986/97;
- Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz (KindRÄG) BGBl 1989/162;
- BG über die Gleichstellung des unehelichen Kindes im Erbrecht und die Sicherung der Ehewohnung für den überlebenden Ehegatten (Erbrechtsänderungsgesetz 1989 – ErbRÄG 1989) BGBl 1989/656;
- BG, mit dem Regelungen über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung getroffen (Fortpflanzungsmedizinengesetz) sowie das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, das Ehegesetz und die Jurisdiktionsnorm geändert werden BGBl 1992/275;
- Namensrechtsänderungsgesetz BGBl 1995/25;
- BG zum Schutz vor Gewalt in der Familie BGBl 1996/759 idF BGBl I 2009/40 (2. Gewaltschutzgesetz);
- Eherechts-Änderungsgesetz 1999 (EheRÄG 1999) BGBl I 1999/125;
- Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001 (KindRÄG 2001) BGBl I 2000/135;
- Familien- und Erbrechts-Änderungsgesetz 2004 (FamErbRÄG 2004) BGBl I 2004/58;
- Familienrechts-Änderungsgesetz 2009 (FamRÄG 2009) BGBl I 2009/75;
- Eingetragene Partnerschaft-Gesetz (EPG) BGBl I 2009/135;
- Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013 (KindNamRÄG 2013) BGBl I 2013/15;
- Adoptionsrechts-Änderungsgesetz 2013 (AdRÄG 2013) BGBl I 2013/179;
- Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetz 2015 (FMedRÄG 2015) BGBl I 2015/35 und das
- 2. Erwachsenenschutz-Gesetz (2. ErwSchG) BGBl I 2017/59.

Das Familienrecht hat aufgrund dieser Reformen einen grundlegenden Paradigmenwechsel erfahren. Das **patriarchalische Familienmodell** des ABGB wurde durch das partnerschaftliche Familienmodell, das auf der Gleichberechtigung von Mann und Frau beruht, abgelöst. Die umfassende Autoritätsgewalt des Mannes wurde von § 91 ABGB alt, der den Mann zum „Haupt der Familie“ bestimmte, deutlich zum Ausdruck gebracht. Nach § 92 ABGB alt erhielt die Frau seinen Namen und folgte ihm in seinen Stand. Sie war verbunden, „dem Manne in seinen Wohnsitz zu folgen, in der Haushaltung und Erwerbung nach Kräften beizustehen, und soweit es die häusliche

Ordnung erfordert, die von ihm getroffenen Maßregeln sowohl selbst zu befolgen, als befolgen zu machen“. Dafür hatte sie einen von eigenen Einkünften unabhängigen Unterhaltsanspruch. Sie wurde vom Mann in allen Angelegenheiten vertreten (§ 91 ABGB alt). Dieses hierarchische System galt auch im Verhältnis der Eheleute zu ihren Kindern. Zwar sprach das ABGB bereits von „gemeinschaftlichen Rechten und Pflichten der Eltern“ (§ 139 ABGB alt), die Rollenverteilung war aber fix festgelegt. Es war die „vorzügliche Pflicht“ des Vaters, für den Unterhalt der Kinder zu sorgen. Die Pflege ihres Körpers und ihrer Gesundheit oblag hauptsächlich der Mutter (§ 141 ABGB alt). Die Kinder waren den Eltern Ehrfurcht und Gehorsam schuldig (§ 144 ABGB alt), und die Eltern waren berechtigt, „Kinder auf eine nicht übertriebene und ihrer Gesundheit unschädliche Art zu züchtigen“ (§ 145 ABGB alt). Die Kinder erhielten den Namen des Vaters, sein Wappen und seinen Stand (§ 146 ABGB alt). Sie unterstanden der „väterlichen Gewalt“ (§ 147 ABGB alt), die auch die Vermögensverwaltung und die gesetzliche Vertretung des Kindes erfasste. Selbst die Zustimmung zur Adoption eines minderjährigen ehelichen Kindes oblag allein dem Vater (§ 181 ABGB alt). War der Vater verhindert, so erhielt nicht die Mutter die gesetzliche Vertretung, sondern es war ein Vormund zu bestellen (§ 176 ABGB alt). Die Mutter kam als Vormund erst in Frage, wenn auch der Großvater väterlicherseits verhindert war, die Vormundschaft zu übernehmen (§ 198 ABGB alt). In diesem Fall war ihr aber ein Mitvormund an die Seite zu stellen (§ 211 ABGB alt). Auch das uneheliche Kind wurde nicht von der Mutter, sondern von einem Vormund vertreten (§ 166 ABGB alt). Nach Scheidung oder Trennung konnten die Eltern eine Vereinbarung darüber treffen, von welchem Teil die Erziehung übernommen werden sollte. Kam eine solche nicht zustande, musste das Gericht dafür sorgen, dass Buben bis zum vierten, Mädchen bis zum siebenten Lebensjahr von der Mutter gepflegt und erzogen wurden (§ 142 ABGB alt).³

Das **partnerschaftliche Familienmodell** des geltenden Rechts geht demgegenüber davon aus, dass die ehelichen Rechte und Pflichten von Mann und Frau gleich sind (§ 89 ABGB). Auch in Bezug auf ihre Kinder haben Eltern gleiche Rechte und Pflichten (§ 137 Abs 1 ABGB).⁴ Der Ausdruck der väterlichen Gewalt wurde durch den Begriff der Obsorge (§ 158 Abs 1 ABGB) ersetzt. Die rechtliche Position der Kinder gegenüber den Eltern wurde

3 Diese Bestimmung wurde schon durch § 6 der Kaiserlichen Verordnung vom 12. Oktober 1914 über eine Teilnovelle zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch (1. Teilnovelle) RGBI 1914/276 abgeändert. Bei Fehlen einer Einigung konnte das Gericht entscheiden, welchem Elternteil die Kinder zu „überlassen“ sind.

4 § 137 Abs 3 ABGB alt.

aufgewertet. Das Leitprinzip der Kindererziehung ist heute das Kindeswohl, das in § 138 ABGB umfassend definiert ist. Eltern und Kinder haben einander beizustehen und mit Achtung zu begegnen (§ 137 Abs 1 ABGB). Eltern müssen das Wohl ihrer minderjährigen Kinder fördern und ihnen Fürsorge, Geborgenheit und eine sorgfältige Erziehung gewähren (§ 137 Abs 2 ABGB). Die Kinder haben immer noch den Anordnungen der Eltern Folge zu leisten (§ 161 ABGB), die Anwendung von Gewalt und die Zufügung körperlichen oder seelischen Leides sind aber unzulässig (§ 137 Abs 2 ABGB). Kinder werden somit nicht mehr als Objekte elterlicher Erziehung, sondern als Rechtssubjekte mit eigenen Rechten wahrgenommen.⁵

Das geänderte Verständnis von der Funktion und Bedeutung des Staates hat auch zu einem Wandel in der **Haltung des Staates gegenüber der Familie** und dem Familienrecht geführt. Das ABGB selbst war noch von der Auseinandersetzung mit der Kirche über die Kompetenz zur Regelung des Eherechts geprägt, die erst mit der Einführung der obligatorischen Zivilehe durch das Ehegesetz 1938 ihren Abschluss fand. Im ABGB wurde die Ehe zwar in § 44 als bürgerlich-rechtlicher Vertrag definiert, abgeschlossen wurde sie aber vor dem Seelsorger (§ 75 ABGB alt). Eine Eheschließung zwischen Christen und Nichtchristen war untersagt (§ 64 ABGB alt), und es gab unterschiedliche Regelungen für Katholiken, Protestanten und Juden. Für Katholiken war nur eine Scheidung von Tisch und Bett (§ 93 ABGB alt), aber keine Auflösung der Ehe dem rechtlichen Bande nach möglich. Für Angehörige anderer Konfessionen bestand diese Möglichkeit dagegen schon (§§ 115 f ABGB alt). Der Zweck der Familie war eindeutig festgelegt. Die Familie als „Pflanzschule gut gesinnter und brauchbarer Staatsbürger“⁶ diente hauptsächlich der „Kinderaufzucht“. Dies wurde schon in der Definition der Ehe in § 44 ABGB alt ausdrücklich festgehalten und durch weitere Regelungen, wie dem in § 60 ABGB alt vorgesehenen Ehehindernis „des immerwährenden Unvermögens, die eheliche Pflicht zu leisten“, deutlich zum Ausdruck gebracht.⁷ Noch krasser war die Instrumentalisierung der Familie durch die Nationalsozialisten. Für sie waren Ehe und Familie die „Grundlagen des völkischen Gemeinschaftslebens, von deren Kraft und Gesundheit Wert und Bestand der Volksgemeinschaft abhängen“. Der Sinn der Ehe lag „außerhalb der Individualinteressen der Ehegatten“. Ihr Ziel war die Volksvermehrung und Volkserhaltung. Die Ehe sollte ein „Hort des Kinder-

5 Vgl unter 3. Teil Kindschaftsrecht I.

6 Zeiller, Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie I (1811) § 44 Anm 2.

7 Siehe auch Zeiller, Kommentar § 60 Anm 1.

reichtums“ sein und gleichsam als „kleinste Zelle völkischen Lebens“ den Ehegatten das Erleben der Gemeinschaft vermitteln.⁸

Dem heutigen liberalen Verfassungsstaat kommt keine derartige Berechtigung zur Einflussnahme auf das Privatleben seiner Bürger und Bürgerinnen zu. Die staatliche Gesetzgebung wird durch die Verfassungsordnung, die sehr wesentlich auch durch **grundrechtliche Verbürgungen** determiniert wird, beschränkt. Art 8 EMRK schützt das Privat- und Familienleben. Art 2 des 1. ZPEMRK verpflichtet den Staat, bei der Ausübung seiner Bildungsaufgaben das Recht der Eltern zu achten, die Erziehung und den Unterricht entsprechend ihren eigenen religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen sicherzustellen. Die Gleichheit von Mann und Frau wird durch den Gleichheitssatz, der in der österreichischen Verfassung gleich mehrfach verankert ist,⁹ garantiert. Er verbietet auf der einen Seite ungerechtfertigte Diskriminierungen und erlegt dem Gesetzgeber andererseits die Verpflichtung auf, nur sachlich gerechtfertigte Regelungen zu treffen. Art 5 des 7. ZPEMRK sieht darüber hinaus vor, dass Ehegatten untereinander und in ihren Beziehungen zu ihren Kindern gleiche Rechte und Pflichten hinsichtlich der Eheschließung, während der Ehe und bei Auflösung der Ehe haben. Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union¹⁰ sieht derartige grundrechtliche Verbürgungen nun auch auf der Ebene des europäischen Unionsrechts vor.¹¹ Der Staat ist heute verpflichtet, sich in Gesetzgebung und Vollziehung unangemessener Eingriffe in das Privat- und Familienleben zu enthalten und andererseits diese Rechtssphäre durch aktives Verhalten zu schützen und zu gewährleisten.¹²

Österreich ist diesbezüglich auch in ein dichtes Netz **völkerrechtlicher Verträge** eingebunden, die teilweise sogar im Verfassungsrang ratifiziert wurden. Dies gilt für die EMRK¹³ mitsamt den Zusatzprotokollen,¹⁴ das

8 Begründung zu dem Gesetz über die Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet vom 6.7.1938, Deutsche Justiz 1938, 1107.

9 Art 2 StGG, Art 7 Abs 1 B-VG, Art 14 EMRK.

10 ABl C 2016/202, 389.

11 Vgl Art 7 (Achtung des Privat- und Familienlebens), Art 9 (Recht, eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen), Art 23 (Gleichheit von Frauen und Männern) und Art 24 (Rechte des Kindes).

12 Ausführlich *Hinteregger*, Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht, ÖJZ 1999, 741.

13 BGBl 1958/210. Diese wurde vom Gesetzgeber erst nachträglich in den Verfassungsrang gehoben (BGBl 1964/59).

14 1. ZPEMRK BGBl 1958/210; 4. ZPEMRK BGBl 1969/434; 6. ZPEMRK BGBl 1985/138; 7. ZPEMRK BGBl 1988/628; 13. ZPEMRK BGBl III 2005/22.

Internationale Übereinkommen über die Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung¹⁵ und die UN-Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau samt Vorbehalten BGBl 1982/443. Das Europäische Übereinkommen über die Rechtsstellung der unehelichen Kinder samt Vorbehalt Österreichs¹⁶ BGBl 1980/313 steht auf Gesetzesstufe, ist aber unmittelbar anwendbar. Die UN-Konvention über die Rechte des Kindes BGBl 1993/7, die ebenfalls im einfachen Gesetzesrang ratifiziert wurde, steht dagegen unter Erfüllungsvorbehalt und kann deshalb nicht unmittelbar angewendet werden. Ihre Inhalte wurden jedoch zum Großteil im Jahr 2011 durch das BVG über die Rechte von Kindern¹⁷ in der österreichischen Bundesverfassung verankert.

Die Gleichstellung von Mann und Frau in der Familie, die Achtung des Persönlichkeitsrechts des Kindes und die Gleichstellung des unehelichen Kindes mit dem ehelichen Kind, die in Österreich erst im Jahr 1989¹⁸ auf Grund von Entscheidungen des EGMR¹⁹ weitgehend verwirklicht und mit dem KindNamRÄG 2013 abgeschlossen wurde, sind somit auch die Folge verfassungsrechtlicher Grundentscheidungen.

Der verstärkte Schutz und die Anerkennung der Privatautonomie bei der Gestaltung des Privatlebens haben zu einer deutlichen **Deregulierung** des Eherechts geführt. Das österreichische Eherecht kommt heute mit insgesamt drei Ebehindernissen (Verwandtschaft, Doppelehe, Adoption) aus. Die Ehegatten können selbst entscheiden, ob sie einen gemeinsamen Familiennamen führen wollen (§ 93 ABGB). Sie können ihre eheliche Lebensgemeinschaft frei gestalten. Ergeben sich Differenzen, so sind die Ehepartner nur einander im Rahmen eines allfälligen Scheidungsverfahrens verantwortlich. Scheidung und Scheidungsfolgen können einvernehmlich festgelegt werden. Das staatliche Recht übt hier nur mehr eine Kontrollfunktion aus.

Darüber hinaus ist es zu einer weitgehenden **Liberalisierung** der Familienbeziehungen gekommen. Ehen werden häufig geschieden und die Lebensgemeinschaft stellt heute eine gesellschaftlich akzeptierte Form des Zusammenlebens dar, die auch der Gesetzgeber mehr und mehr berücksichtigen muss.

15 BGBl 1972/377, umgesetzt mit dem BVG vom 3.7.1973 zur Durchführung des Internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung BGBl 1973/390.

16 Der zu Art 9 des Übereinkommens erklärte Vorbehalt, der das Erbrecht des unehelichen Kindes zum Nachlass des Vaters und der Verwandten seines Vaters betrifft, ist seit dem ErbRÄG 1989 bedeutungslos.

17 BGBl I 2011/4.

18 ErbRÄG 1989.

19 EGMR 6833/74, *Marckx/Belgien* EuGRZ 1979, 454; 8695/79, *Inze/Österreich* ÖJZ 1988/4 (MRK).

Die damit verbundene Auflösung des traditionellen Familienbildes hat den Gesetzgeber bereits veranlasst, spezielle Regelungen für Patchworkfamilien zu schaffen.²⁰ Den vorläufigen Höhepunkt dieser Entwicklung stellt die gesetzliche Regelung der eingetragenen Partnerschaft für gleichgeschlechtliche Paare²¹ sowie die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare und die Öffnung der eingetragenen Partnerschaft für verschiedengeschlechtliche Paare durch den VfGH²² dar. In gleichgeschlechtlichen Paarbeziehungen ist die sogenannte Stiefkindadoption möglich,²³ und gleichgeschlechtliche Paare dürfen gemeinsam Kinder adoptieren.²⁴ Seit 2015 steht Frauenpaaren die medizinisch unterstützte Fortpflanzung offen.²⁵ Die damit im Zusammenhang stehenden Regelungen zur Elternschaft der Partnerin der Mutter wurden inzwischen vom VfGH als gleichheitswidrig erachtet.²⁶ Der VfGH hat deshalb den gesamten § 144 ABGB, der auch die Abstammung vom Vater regelt, und Teile des § 145 Abs 1 ABGB (2. Satz und die Wortfolge „mit den nötigen Nachweisen“) mit Wirkung zum 1.1.2024 aufgehoben. Der Gesetzgeber ist also gefordert, den gesamten Bereich bis zu diesem Zeitpunkt neu zu regeln.

Eine analoge Entwicklung hat auch die Haltung des Staates und der Gesellschaft zur **Betreuung von behinderten Personen** genommen. Schon der Originaltext des ABGB stellte Personen, die wegen eines „Gebrechen des Geistes, oder anderer Verhältnisse wegen, ihre Angelegenheiten selbst gehörig zu besorgen unfähig“ sind, unter den Schutz der Gesetze (§ 21 ABGB alt). Zum Schutz für solche Personen sah das ABGB von 1811 die „Kuratel für Wahn- und Blödsinnige“ vor, die 1916 von der Entmündigungsordnung²⁷ abgelöst wurde. Diese galt bis 1984 und kannte nur eine pauschale Beschränkung bzw einen völligen Entzug der Geschäftsfähigkeit. Voll Entmündigte waren geschäftsunfähig und wurden durch einen Kurator vertreten. Be-

20 Vgl § 90 Abs 3 ABGB und § 139 Abs 2 ABGB.

21 BG über die eingetragene Partnerschaft (Eingetragene Partnerschaft-Gesetz – EPG) BGBl I 2009/135 idF BGBl I 2021/86.

22 VfGH G 258/2017 iFamZ 2017/196 (*Pesendorfer*) = JBl 2018, 28 (*Kerschner*) = Zak 2018/11 (*Kolmasch*) = EF-Z 2018/31 (*Höllwerth*): Aufhebung der Wortfolgen „gleichgeschlechtlicher Paare“ in § 1 EPG und „gleichen Geschlechts“ in § 2 EPG sowie der Ziffer 1 des § 5 Abs 1 EPG. Die Aufhebung trat mit 1.1.2019 in Kraft. Kundmachung der Aufhebung in BGBl I 2017/161.

23 Adoptionsrechts-Änderungsgesetz 2013 (AdRÄG 2013).

24 Das in § 191 Abs 2 ABGB und § 8 Abs 4 EPG festgelegte Verbot der gemeinsamen Adoption für eingetragene Partner wurde vom VfGH im Jahr 2014 aufgehoben: VfGH G 119/2014 ua iFamZ 2015/2 (*Schoditsch*) = JBl 2015, 237 (*Krauskopf*).

25 Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetz 2015 (FMedRÄG 2015) BGBl I 2015/35 (siehe 3. Teil Kindschaftsrecht II.A.4.).

26 VfGH 30.6.2022 G 230/2021-20.

27 Kaiserliche Verordnung vom 28. Juni 1916 über die Entmündigung RGBl 1916/207.

schränkt Entmündigte waren in ihrer Geschäftsfähigkeit mündigen Minderjährigen gleichgestellt und erhielten einen Beistand. Die Entmündigungsordnung enthielt außerdem die heute als diskriminierend eingestuften Begriffe „Entmündigung“, „Geisteskrankheit“ und „Geistesschwäche“.²⁸

Dieses starre System wurde erst im Jahr 1983 mit dem **BG über die Sachwalterschaft für behinderte Personen** geändert.²⁹ Dieses stellte das **Wohl** des psychisch kranken bzw geistig behinderten Menschen in den Mittelpunkt. Behinderte Personen sollten bei der Besorgung ihrer Angelegenheiten unterstützt werden, indem ihnen eine Person beigelegt wird, die sie bei Rechtsgeschäften vertritt. Das Gesetz ermöglichte es, den Wirkungsbereich dieses „Sachwalters“ den konkreten Bedürfnissen der betroffenen Person anzupassen. Der Aufgabenbereich des Sachwalters konnte bloß einzelne Angelegenheiten oder einen Kreis von Angelegenheiten und nur, wenn dies unvermeidlich war, alle Angelegenheiten erfassen. Der Sachwalter hatte nun auch die Aufgabe, auf das persönliche Wohlergehen der ihm anvertrauten Person zu achten und die erforderliche Personensorge sicherzustellen (§§ 268 ff ABGB alt). Die Bestellung eines Sachwalters schränkte die Autonomie der behinderten Person aber ganz wesentlich ein. Im Wirkungsbereich des Sachwalters konnte sie nicht mehr selbst rechtsgeschäftlich tätig werden, ausgenommen waren nur Rechtsgeschäfte über geringfügige Angelegenheiten des täglichen Lebens (§ 280 ABGB alt). Dies wurde bald als ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Autonomie behinderter Menschen gesehen.³⁰

In der Folge wurde der Anwendungsbereich der Sachwalterschaft deshalb sukzessive eingeschränkt. Sie erfasste nur geistig behinderte Erwachsene³¹ und durfte nur begründet werden, wenn der behinderten Person sonst ein

28 In § 1308 und § 1494 ABGB wurde der Begriff „Wahn- und Blödsinnige“ erst mit BGBl I 1999/164 durch die Bezeichnung „Personen, die den Gebrauch der Vernunft nicht haben“ ersetzt. § 1494 ABGB (nicht aber § 1308 ABGB) wurde durch das 2. ErwSchG BGBl I 2017/59 geändert.

29 BGBl 1983/136. Siehe zur Sachwalterschaft *Maurer*, Das österreichische Sachwalterrecht in der Praxis³ (2007); Zierl (Hrsg), Sachwalterrecht Kurzkommentar (2007); *Schwarz*, Praxishandbuch Vertretungsrecht (2008); Barth/Ganner (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts² (2010); *Müller/Prinz*, Sachwalterschaft und Alternativen – Ein Wegweiser² (2010); Löhnig/Schwab/Henrich/Gottwald/Kroppenberg (Hrsg), Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Europa (2011); *Pierer*, Grenzen der Vertretungsmacht des Sachwalters bei erb- und familienrechtlichen Rechtsgeschäften, EF-Z 2013, 244; *derselbe*, Grenzen der Vertretungsmacht des Sachwalters in Fragen der Personensorge, EF-Z 2014, 14; *Traar/Pesendorfer/Fritz/Barth*, Sachwalterrecht und Patientenverfügung – Kurzkommentar (2015).

30 ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 3.

31 Vgl KindRÄG 2001.

Nachteil drohte. Das **Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006**³² hat die Selbstbestimmung des Betroffenen gestärkt. Mit der **Vorsorgevollmacht** (§§ 284f–284h ABGB alt) und der **Sachwalterverfügung** (§ 279 Abs 1 ABGB alt) wurden Instrumente geschaffen, um dem Betroffenen zu ermöglichen, auf die Auswahl der Person des Vertreters Einfluss zu nehmen. Außerdem erhielten nahe Angehörige³³ von Gesetzes wegen das Recht, ihren nicht mehr selbst handlungsfähigen Angehörigen in bestimmten Angelegenheiten (Geschäfte des täglichen Lebens und einfache medizinische Behandlungen) zu vertreten (**Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger**, §§ 284b ff ABGB alt). Das Patientenverfügungsgesetz³⁴ erweiterte die Selbstbestimmung auch für den Fall schwerer Krankheit. Es ermöglicht Menschen schon im Vorhinein für den Fall, dass sie nicht mehr selbst entscheidungs- oder äußerungsfähig sind, zu bestimmen, dass sie bestimmte medizinische Behandlungen ablehnen (**Patientenverfügung**). Das 2. Erwachsenenschutz-Gesetz³⁵ hat die Selbstbestimmung von behinderten Menschen noch weiter gestärkt. Die Sachwalterschaft wurde beseitigt und durch das Instrument der **Erwachsenenvertretung** ersetzt.

Gerade im Familienrecht ist der Gesetzgeber ständig gefordert, die rechtlichen Regelungen der Lebenswirklichkeit der Menschen anzupassen. In der Literatur wird der Ruf nach umfassenden Reformen immer lauter.³⁶ Dieser

32 SWRÄG 2006 BGBl I 2006/92.

33 Eltern, Großeltern, volljährige Kinder, der im gemeinsamen Haushalt mit der vertretenen Person lebende Ehegatte oder eingetragene Partner und der Lebensgefährte, wenn er mit der vertretenen Person seit mindestens drei Jahren im gemeinsamen Haushalt lebt.

34 BGBl I 2006/55.

35 BGBl I 2017/59.

36 ZB aus der jüngeren Lit: *Deixler-Hübner*, Hat der Verschuldensanspruch als Anknüpfungstatbestand für den nahehelichen Unterhalt ausgedient? iFamZ 2016, 246; *Barth*, Ein modernes Ehe- und Partnerschaftsrecht für Österreich! iFamZ 2019, 145; *Benke*, Das EPG 2009: Fehlkonzept, Gleichheitsimpuls und offene Baustelle, iFamZ 2019, 28; *Bernat*, Die abstammungsrechtliche Zuordnung eines Kindes, das während aufrechter Ehe zweier Frauen geboren wird, EF-Z 2019, 200; *Deixler-Hübner/Etzelsdorfer*, Vom Gesetz zum Case Law, iFamZ 2020, 43; *Fischer-Czermak*, Reformbedarf im Ehe- und Partnerschaftsrecht, JRP 2020, 15; *Schoditsch*, Gleichheit und Diversität im Familienrecht (2020); *Tritremmel*, Baustelle Ehe und eingetragene Partnerschaft, ÖJZ 2020, 197; *Aichhorn*, Verweigerung der Fortpflanzung: menschenrechtswidriger Scheidungsgrund oder „nur“ ein Anachronismus? EF-Z 2021, 22; *Kolbitsch*, In guten wie in schlechten Zeiten? EF-Z 2021, 201; dazu mwN *Hinteregger* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ (Klang) EuPR § 44 Rz 16 und Vor §§ 66–69b EheG Rz 8; *Jesser-Huß* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ (Klang) EuPR Vor §§ 49–55a EheG Rz 17 ff.

betrifft vor allem das kaum verständliche Nebeneinander von Ehe und eingetragener Partnerschaft,³⁷ das anachronistische Verschuldensprinzip bei Scheidung, Aufhebung und Nichtigkeitsklärung von Ehe (und eingetragener Partnerschaft) und die an tradierte Lebensmuster anknüpfenden Regelungen des ABGB für Unterhalt und Obsorge im Kindschaftsrecht.

37 Beide Rechtsinstitute unterscheiden sich im Wesentlichen nur in der Bezeichnung. Die derzeitige gesetzliche Regelung der eingetragenen Partnerschaft wirft aber dennoch eine Reihe von schwierigen Rechtsfragen auf: Vorgangsweise bei einem Wechsel von einem Rechtsinstitut in das andere, Beachtung des Kindeswohls bei den persönlichen Rechtswirkungen der eingetragenen Partnerschaft sowie offene Fragen im Kindschaftsrecht (Abstammung, Obsorge) und im IPR.