

# **With great power comes great responsibility?**

**Das Argument der Gleichheit vor dem Gesetz in der Debatte um die gemeinsame Obsorge**

***Abstract für die Teilnahme am Kongress „Momentum11: Gleichheit“, Track #7  
„Gleichheit im Recht“, 27.-30. Oktober 2011, Hallstatt (A)***

Wien, 20. Mai 2011

Lisa Schindler  
Dürwaringstraße 45/2/4  
lisa.schindler@reflex.at

# Die Bedeutung der Gleichheit vor dem Gesetz als Argument in der Obsorgedebatte

Wie jede andere Rechtsmaterie auch ist das Familienrecht ein Spiegelbild gesellschaftlicher Normen. Im Gegensatz zu den meisten anderen Bereichen finden sich allerdings im Familienrecht noch Regelungen, die eine Ungleichbehandlung der Geschlechter explizit festhalten, beispielsweise im Namensrecht: Können sich zwei Eheleute nicht auf den Namen der gemeinsamen Kinder einigen, erhalten sie jenen des Mannes.

Gerade in den letzten Jahren konnte aber gleichzeitig auch eine immer lauter werdenden Männerbewegung festgestellt werden, die eine anhaltende Diskriminierung in Bezug auf den Zugang zu ihren Kindern, auch unter Berufung auf den Gleichheitssatz beklagt.

Zentraler Ansatzpunkt dieser vermeintlichen Ungleichbehandlung ist die Forderung nach einer automatischen gemeinsamen Obsorge: Bei unehelichen Kindern, für die die Obsorge grundsätzlich bei der Mutter liegt, sowie nach einer Trennung kann eine gemeinsame Obsorge nur von beiden Elternteilen gemeinsam vereinbart und jederzeit einseitig aufgehoben werden. In etwa der Hälfte der Scheidungen kommen diese Vereinbarungen über die gemeinsame Obsorge bereits zum Tragen.

Seitens derjenigen, die eine automatische gemeinsame Obsorge fordern wird allerdings beklagt, dass in jenen Fällen, in denen es zu keiner Einigung kommt, Frauen durch die Rechtsprechung massiv bevorzugt werden und fordern daher eine automatische gemeinsame Obsorge, die nicht einseitig blockiert werden kann. Aus dieser Perspektive handelt es sich um einen klassischen Fall mittelbarer Diskriminierung: Neutrale Formulierungen, die aufgrund unsachlicher Kriterien zu einer Ungleichbehandlung führen

Aus frauenpolitischer Sicht wird dieser Forderung mit großer Sorge entgegengesehen: Aus deren Perspektive steht zu befürchten, dass in den Fällen, in denen eine gemeinsame Obsorge nicht einvernehmlich vereinbart werden kann, eine solche als Grundzustand nach einer Trennung zu einem weiteren Krisenherd in einer ohnehin konfliktreichen Situation führt.

Aus dieser Perspektive handelt es sich bei der derzeitigen faktischen Obsorgesituation nicht um eine Diskriminierung, sondern um ein Ergebnis, das sich direkt aus der derzeitigen Verteilung der Erziehungsarbeit ergibt: Die Verteilung der Obsorge wäre daher keine Diskriminierung, sondern sachlich gerechtfertigt.

Die automatische gemeinsame Obsorge würde demgegenüber nicht zu einer gerechten Verteilung von Rechten und Pflichten darstellen: Da es sich bei der gemeinsamen Obsorge um ein Recht, nicht jedoch um eine Pflicht zu einer vermehrten Wahrnehmung der Erziehungspflichten handelt, ändert sie auch nichts an der derzeitigen Ungleichverteilung.

Im Momentum-Beitrag sollen folgende Fragestellungen betrachtet werden:

- Welche Argumente können die beiden Seiten unter Betrachtung des Gleichheitssatzes für ihre Sichtweise heranziehen?
- Welche Änderungen werden durch das EGMR-Urteil notwendig?
- Welche Stellung nimmt das Kindeswohl in der Abwägung ein?
- Gibt es aus dem Bereich des Zivilvertragsrecht vergleichbare Fragestellungen, in denen eine Abwägung aus Rechten und Pflichten vorzunehmen ist?