

Entwurf eines Bundesgesetzes über
das gerichtliche Verfahren in Rechts-
angelegenheiten außer Streitsachen
(Außerstreitgesetz - AußStrG);
Stellungnahme

Zu GZ 14.005/122-I 8/2000
des BMJ vom 14. Juli 2000

An das
Präsidium des Nationalrates
1010 W i e n

Wien, 27. September 2000

Das II. Hauptstück des Gesetzesentwurfes enthält Regelungen für das Verfahren in Familienrechts- und Sachwalterschaftssachen (§§ 87 bis 151). Von besonderem Interesse sind die Bestimmungen, in welchen Kinder und Jugendliche als Partei auftreten (sollten).

Zunächst ist als grundsätzlich positiv zu beurteilen, dass nun alle Verfahren, die die Klärung der Abstammung, der Vaterschaft, Ehelichkeit oder Bestreitung der Ehelichkeit eines Kindes betreffen, einheitlich im Außerstreitverfahren geregelt sind. Damit entfällt einerseits die Unsicherheit, auf welchem Rechtsweg vorzugehen ist, andererseits ermöglicht das Außerstreitverfahren insbesondere auch den Parteien ein weniger förmliches Einschreiten und das Vorbringen, z.B. von Beweismitteln auch noch im Rechtsmittelverfahren. Auch ist das Vorbringen von neuen Tatsachen in späteren Verfahrensabschnitten leichter. Andererseits ist auch das Handeln des Gerichtes und die Entscheidungsfindung weniger klar determiniert.

Nicht neu, aber anlässlich der beabsichtigten grundlegenden Neuregelung des Verfahrens aufzugreifen ist der Umstand, dass das **Kind (unabhängig von seinem Alter) zwar das Risiko des Ausganges des Verfahren trägt, insbesondere das Kostenrisiko (§ 82 und 92 des Entwurfes)**, es hat aber vergleichsweise wenig Möglichkeiten darauf Einfluss zu nehmen, gegen wen und mit welchen Vorbringen Anträge auf Feststellung der Vaterschaft beispielsweise gestellt werden. Hier ist es typischerweise von den Eltern, insbesondere der Mutter abhängig. Dass dadurch kollidierende Interessen gegeben sein können, ist evident.

Dies wird selbst von den erläuternden Bemerkungen eingeräumt, wenn diese empfehlen:

„Die Risiken eines unehelichen Kindes, in einem Vaterschaftsfeststellungsverfahren zu unterliegen, kann dieses nach dem neuen Recht dadurch minimieren, dass es gegen sämtliche in Betracht kommende Männer Anträge auf Feststellung der Vaterschaft stellt. Der letztlich als Vater festgestellte Mann wird wohl nicht zum Ersatz der Kosten des gesamten Verfahrens

verpflichtet werden können, weil auch die anderen Männer Anlass dafür geboten haben in das Verfahren einbezogen zu werden. In verbundenen Verfahren auf Bestreitung der Ehelichkeit und Feststellung der Vaterschaft könnte auch die Frage in die gerichtlichen Erwägungen einbezogen werden, wer ein auf die Beseitigung der Ehelichkeitsvermutung abzielendes Vaterschaftsanerkennnis (siehe § 163 e Abs. 2 ABGB, der mit dem Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 1999, JMZ 4601A/1-I/1999, im Rahmen einer allgemeinen Begutachtung vorgestellt wurde) zu Fall gebracht hat.“ (EB zu § 92).

Abgesehen davon, dass die Frage, gegen welchen Mann ein Feststellungsantrag gestellt wird und welcher „Anlass geboten“ hat, in das Verfahren einbezogen zu werden, durchaus verschiedene Fragen sind, welche nicht vom Kind abhängen, handelt es sich bei den wörtlichen wiedergegebenen Empfehlungen des BM für Justiz keineswegs um bindende Normen sondern die Rechtsprechung kann durchaus davon abweichende Grundsätze entwickeln.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass das Kostenrisiko weitestgehend ungerechtfertigten Weise vom Kind zu tragen ist. Dem könnte unseres Erachtens dadurch begegnet werden, dass beispielsweise eine **Kostenersatzpflicht des Kindes grundsätzlich ausgeschlossen wird**. Weiters zeigt sich hier - wie auch in anderen Zusammenhängen - dass grundsätzliche Bedürfnis auf **eigenständige Vertretung der Interessen des Kindes**.

Ein grundlegendes Defizit des vorliegenden Entwurfes besteht darin, dass allein das Gericht auf das Kindeswohl Bedacht zu nehmen hat bzw. haben soll, dass aber gleichzeitig weitergehende Möglichkeiten vom Absehen der Einbeziehen des Minderjährigen geboten werden. Hervorgehoben sei in diesem Zusammenhang § 98, der besondere Verfahrensbestimmungen für die Genehmigung der Annahme an Kindes statt enthält. Dessen Absatz 1 lautet:

„Vor der Bewilligung der Annahme eines minderjährigen Kindes ist der Jugendwohlfahrtsträger tunlichst zu hören, es sei denn, dass durch einen damit verbunden Aufschub das Wohl des Minderjährigen gefährdet wäre.“

Es versteht sich von selbst, dass die Anhörung des Jugendwohlfahrtsträgers unterbleibt, wenn diese nicht möglich ist und unterbleiben soll, wenn dadurch ein, das Wohl des Minderjährigen gefährdender Aufschub der Entscheidung verursacht würde. Nicht ersichtlich ist jedoch, **welchen normativen Gehalt darüber hinaus das Wort „tunlichst“** haben soll.

Hingegen scheint nicht vorgesehen zu sein, dass der/die Minderjährige zu hören ist. Der Verweis in § 98 Abs. 2 auf § 116 ist nicht eindeutig, weil § 116 nicht vorsieht dass ein Minderjähriger zu hören ist, sondern wie dies zu geschehen hat.

Zu sehen ist daher, **dass der/die Minderjährige zu hören ist**. Allenfalls kann zur Frage des „wie“ auf § 116 verwiesen werden.

Der 7. Abschnitt des II. Hauptstückes des Entwurfes regelt das Verfahren im Zusammenhang mit Unterhalt (§ **110 bis 113**). Problematisch erscheint in diesem Zusammenhang die **unterschiedliche Behandlung von minderjährigen Kindern einerseits und volljährigen Kindern** andererseits als Unterhaltsgläubiger, indem § 1100 Absatz 1 für Volljährige einen relativen Anwaltszwang normiert und Absatz 2 den Kostenersatz im Verfahren über Unterhaltsansprüche eines minderjährigen Kindes

ausschließt. Insbesondere aufgrund der Absenkung der Volljährigkeitsgrenze auf 18 Jahre führt dies dazu, dass auch Schüler (HTL, HAK, HBLA etc.) und noch mehr mittellose Studierende ein Unterhaltsverfahren mit relativen Anwaltszwang und Kostenersatzpflicht führen müssen.

In diesem Zusammenhang ist auf § 82 Absatz 3 des Entwurfes zu verweisen, wonach im Verfahren über die Abstammung, über Unterhaltsansprüche zwischen volljährigen Kindern und ihren Eltern, über vermögensrechtliche Angelegenheiten aus Eheverhältnis, sohin über das Erbrecht sowie über die aus dem Miteigentum erfließenden Rechte und Verbindlichkeiten auch durch die das Verfahren verursachten und zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung, Rechtsverteidigung notwendigen tarifmäßigen Kosten der Parteienvertretung nach § 83 aufzuteilen oder zu ersetzen sind. Die Vorgehensweise des Gerichtes bei der Kostenentscheidung ist in § 83 geregelt. Demnach

... hat das Gericht ohne weitere Erhebungen nach seinem von sorgfältiger Würdigung aller Umstände geleiteten Ermessen zu entscheiden, inwieweit diese Kosten auf die Parteien im Verhältnis ihrer Anteile am Verfahrensgegenstand aufzuteilen oder, wenn sich zwei Parteien (Parteiengruppen) mit widerstreitenden Interessen gegenüberstehen, von einer Partei zu ersetzen sind. Dabei sind insbesondere der Ausgang des Verfahrens sowie die tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten der Sache zu berücksichtigen.“

Gegenüber der Kostenregelung im streitigen Zivilprozess (§§ 42 und 43 ZPO) hat das Gericht also nicht nur zu prüfen wie die Kosten auf die Parteien im Verhältnis ihrer Anteile am Verfahrensgegenstand aufzuteilen oder nach dem Erfolgsprinzip vorzugehen ist, sondern das Gericht entscheidet auch, ob nach dem Anteil am Verfahrensgegenstand und dem „Obsiegen“ vorzugehen ist. Bereits der erste Satz enthält daher 2 Gummiparagrafen“. Besonders bedenklich erscheint die Frage nach den „tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten der Sache“. Es drängt sich nämlich der Vergleich mit der Regelung des „Pauschalbeitrages“ zu den Verteidigungskosten im Falle eines Freispruches im Strafverfahren gemäß § 393a Absatz 1 StPO auf, wonach dieser Pauschalbeitrag „unter Bedachtnahme auf den Umfang und die Schwierigkeit der Verteidigung und das Ausmaß des notwendigen oder zweckmäßigen Einssatzes des Verteidigers „festzusetzen“ ist. Die Rechtssprechung zu dieser Bestimmung hat den Gerichten jede erdenkliche Freiheit (insbesondere nach unten) bei der Bemessung dieses Kostenbeitrages eingeräumt.

Im Ergebnis führt somit die Regelung der §§ 82, 83 und 110 des Entwurfes dazu, dass ein etwas über 18-jähriger Schüler seinen Unterhaltsanspruch unter Beiziehung eines Rechtsanwaltes durchzusetzen hat, wobei selbst im Falle des Erfolges keineswegs feststeht, in welchem Ausmaß ihm Verfahrenskosten ersetzt werden. Andererseits trägt er selbst auch das volle Risiko der Kostenersatzpflicht.

Das selbe gilt, wie erwähnt, auch im **Abstammungsverfahren**

Im 8. Abschnitt des II. Hauptstückes des Entwurfes (§§ 114 bis 122) sind Vorschriften über die **Regelung der Rechte, Pflichten und des persönlichen Verkehrs zwischen Eltern und minderjährigen Kindern** enthalten. Demnach können die 14- bis 18-jährigen selbständig vor Gericht handeln (§114 Absatz 1). Sie sind jedoch nur „tunlichst“ zu hören (§ 116 Absatz 1). Ihre Befragung kann auch gänzlich unterbleiben, „soweit durch sie oder durch einen damit verbundenen Aufschub der Verfügung das Wohl des Minderjährigen gefährdet würde oder im Hinblick auf die

Verständnisfähigkeit des Minderjährigen offenbar eine überlegte Äußerung zum Verfahrensgegenstand nicht zu erwarten ist“ (§ 118 Absatz 2).

Der/die Minderjährige, der/die das 10. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, kann „auch“ durch den Jugendwohlfahrtsträger, durch Einrichtungen der Jugendgerichtshilfe oder ein anderer geeigneter Weise, etwa durch Sachverständige „gehört“ werden (§ 116 Absatz 1). **Für 10- bis 114-jährige besteht eine derartige Regelung nicht, wobei sie im Gegensatz zu den 14- bis 18-jährigen auch nicht selbständig vor Gericht auftreten dürfen.**

Zu Recht verlangt der Gesetzesentwurf vor Gericht, dass es den Reifestand des/der Minderjährigen bei der Gewichtung seiner/ihrer Äußerung berücksichtigt. Die darüber hinaus vom Entwurf weiterhin aufrecht erhaltenen Altersgrenzen dienen zwar der „Effizienz und Raschheit“ (EB zu § 114) und fördern die Administrierbarkeit (EB zu § 119j), sie werden aber nicht der Tatsache gerecht, dass die Reifung, das psychische Alter nicht notwendigerweise parallel dem chronologischen Alter verläuft. Zu bemerken ist, dass der Entwurf Einschränkungen zu Lasten der Anhörung auch von älteren Minderjährigen zulässt, eine Erweiterung der Anhörungsmöglichkeit von reiferen jüngeren Minderjährigen aber nicht vorgesehen ist.

§ 114 Absatz 2 des Entwurfes betrifft den - meistens durchaus tragischen - Fall, dass es zu Interessenskollisionen zwischen Minderjährigen und dem gesetzlichen Vertreter kommt, was zu einander widerstrebenden Anträgen und Vorbringen führt. Eine - parteiliche - Vertretung/ des/der Minderjährigen in diesem Fall ist nicht vorgesehen. Vielmehr sprechen die EB hier geradezu zynisch davon, es werde eine „möglichst breite Meinungsbildung und Entscheidungsgrundlage“ **sichergestellt. Dies ist mangels parteilicher Vertretung des Minderjährigen gerade nicht der Fall.** Die Einschaltung des Jugendwohlfahrtsträgers hilft ja nicht, weil dieser meist vom Gericht in beratender Funktion beigezogen sein wird, etwa zur Durchführung von Erhebungen oder bereits tief in den Konflikt verstrickt ist, etwa als besonderer Unterhaltssachwalter, bei vorangegangenen Kindesabnahmen etc.

Sollte dem Gesetzgeber tatsächlich um eine „möglichst breite Meinungsbildung und Entscheidungsgrundlage“ zu tun sein und die Sicherstellung des Kindeswohls angestrebt werden, so ist - entgegen dem erklärten Willen des Entwurfes - den unabhängigen (!) Kinder- und Jugendanwälten selbständige Parteienstellung zur Wahrung des Kindeswohls einzuräumen.

Dies ist umso wichtiger, als etwa § 116 Absatz 2 des Entwurfes dem Gericht ermöglicht, von der mangelnden Verständnisfähigkeit des Minderjährigen selbst ohne dessen Befragung auszugehen und daher eben von der Befragung abzusehen.. § 118 Absatz 1 sieht darüber hinaus vor, dass neben dem gesetzlichen Vertreter und dem Minderjährigen, Vertreter des Jugendwohlfahrtsträgers und der Jugendgerichtshilfe „teilnehmen können“. Vorgesehen ist weder, dass diese Einrichtungen geladen werden, noch dass Ihnen Äußerungsrechte zukommen. Ersichtlich ist aus dieser Bestimmung auch, dass der Jugendwohlfahrtsträger nicht als Interessen- bzw. Parteienvertreter des Minderjährigen angesehen wird.

Selbst ein über 14-Jähriger kann den persönlichen Verkehr mit den Eltern nur ablehnen, wenn dies „aus eigener Überzeugung und mit gerechtfertigten Gründen“, sowie „ausdrücklich“ geschieht (§

119 Absatz 1), selbst dann nur nach Belehrung, dass die Anbahnung oder Aufrechterhaltung des persönlichen Verkehrs mit beiden Elternteilen dem Wohl des Minderjährigen entspricht. **Das heißt, dass ein Verfahren über die Durchsetzung des persönlichen Verkehrs etwa eines 12-jährigen selbst dann nicht abubrechen ist, wenn dieser die Begegnung mit gerechtfertigten Gründen verweigert (Umkehrschluss aus § 119 Absatz 1).**

Die **Notwendigkeit der Einräumung einer Parteistellung für die Kinder- und Jugendanwaltschaft sowie die Befugnis der Parteienvertretung für Kinder und Jugendliche** ist umso wichtiger, als im allgemeinen Teil des Entwurfes weitgehend Dispositionsmöglichkeiten der Verfahrensparteien und des Gerichtes über den Gang des Verfahrens vorgesehen sind. Dies betrifft insbesondere die Regelung über das Ruhen und Innehalten des Verfahrens, über Einstweilige Maßnahmen, den Einsatz von Zwangsmitteln und das Ab sehen davon etc.

Selbst im Verfahren zur Vollstreckbarerklärung ausländischer Entscheidungen über die Regelung der Obsorge und das Recht auf persönlichen Verkehr ist die Vollstreckbarerklärung zwar auf Antrag jener Person zu verweigern, der die Obsorge für das Kind zukommt (§§ 124 Abs.2), der/die Minderjährige kann aber offenbar erst durch die Zustellung der getroffenen Entscheidung in das Verfahren einbezogen werden (§ 125 Absatz 2 des Entwurfes).

Zusammenfassend zeigt sich daher, dass das Kindeswohl ohne Einräumung einer entsprechenden verfahrensrechtlichen Stellung an die Kinder- und Jugendanwaltschaft institutionell nicht ausreichend gesichert ist.

DSA Monika Pinterits
Kinder- und Jugendanwältin

Dr. Anton Schmid
Kinder- und Jugendanwalt