

An das
Präsidium des Nationalrates
per E-Mail
begutachtungsverfahren@parlament.gv.at



An das
Bundesministerium für Justiz
per E-Mail
team.z@bmj.gv.at

Wien, am 05. November 2012

**Bundesgesetz, mit dem das Kindschafts- und Namensrecht im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, das Außerstreitgesetz, das Ehegesetz, das Justizbetreuungsagentur-Gesetz, das Rechtspflegengesetz, das Gerichtsgebührengesetz und das Bundesgesetz zur Durchführung des Übereinkommens vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung geändert werden (Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2012 – KindNamRÄG 2012)
GZ • BMJ-Z4.500/0046-I/1/2012**

Die Vereinigung der österreichischen Richterinnen und Richter und die Bundesvertretung Richter und Staatsanwälte in der Gewerkschaft Öffentlicher Dienst (BV 23) erstatten zum angeführten Gesetzesentwurf nachstehende Stellungnahme:

Soweit der Entwurf auf rechtspolitischen Entscheidungen beruht, bleiben diese unkommentiert.

Kritisiert werden die kurze Begutachtungsfrist und die äußerst kurze Legisvakanz (vgl. Anhang 2 „Allgemeines a“).

Unerklärlich und unnötigen Aufwand - insbesondere in der täglichen richterlichen Praxis - verursachend ist die weitgehende Neuordnung und -nummerierung selbst solcher gesetzlicher Bestimmungen, die gänzlich oder inhaltlich unverändert bleiben (vgl. Anhang 1 „Vorbemerkung“ u. Anhang 2 „Allgemeines a“).

Die Einrichtung der Familiengerichtshilfe wird begrüßt (vgl. Anhang 2).

Die Neuregelung des Obsorge - Verfahrens wird zu einem erheblichen Mehrbedarf an Planstellen führen (vgl. Anhang 2 u. „Allgemeines b“).

Besonderes Augenmerk wäre auf die Übergangsbestimmungen zu legen (vgl. Anhang 2 letzte Seite).

Bezüglich der weitergehenden Details wird auf zwei Anhänge verwiesen.

Mag. Charlotte Schillhammer
Vizepräsidentin

Dr. Klaus Schröder
Vorsitzender

Anhang 1

Stellungnahme (auszugsweise) der Sektion Höchstgerichte:

Vorbemerkung:

Die weitgehende Neuordnung und -nummerierung selbst solcher gesetzlicher Bestimmungen, die (gänzlich oder inhaltlich) unverändert bleiben sollen, wird einen wohl nicht unbeträchtlichen Aufwand verursachen, welcher bei den zu erwartenden Kosten laut ErläutRV 11 f entweder nicht berücksichtigt oder nicht ausgewiesen erscheint. Zu denken ist beispielsweise an weitgehende Anpassungen im Rechtsinformationssystem (RIS) des Bundes oder etwa bei behördlichen Formblättern und Formularen. Dass insoweit eine sinnvolle Kosten-Nutzen-Relation angestellt wurde, ist den ErläutRV nicht zu entnehmen.

§ 137 ABGB:

Der Gesetzgeber meint (ErläutRV 16), es sei „selbst bei aufrechter Ehe oder Lebensgemeinschaft ... doch weithin üblich, dass die Eltern im Alltag in Obsorgeangelegenheiten des täglichen Lebens nicht erst ein Einvernehmen herstellen“. Ob diese Erkenntnis in dieser Allgemeinheit zutrifft kann dahin stehen; die nunmehr gesetzlich vorgesehene Einschränkung, wonach die Eltern die Obsorge nur mehr soweit einvernehmlich wahrzunehmen haben, als dies „tunlich und möglich“ ist, gilt aber nach dem Gesetzeswortlaut ganz generell und ist - anders als etwa in § 139 Abs 2 ABGB - gerade nicht auf Obsorgeangelegenheiten des täglichen Lebens eingeschränkt. Ob insoweit Gesetzeswortlaut und ErläutRV übereinstimmen, ist zweifelhaft.

§ 138 ABGB:

§ 138 ABGB knüpft an 178a ABGB aF an. Dem unbestimmten Gesetzesbegriff „Kindeswohl“ wird nunmehr eine weitwendige (und nahezu beliebig erweiterbare) Aufzählung kaum weniger unbestimmter leitender „Gesichtspunkte“ unterlegt. Aus dieser Liste von „Kindeswohlbestandteilen“ wird künftig jeder Verfahrensbeteiligte eine beachtliche Anzahl für die Argumentation zugunsten seines eigenen Standpunkts in Anspruch nehmen können. Ein wirklicher Mehrwert für die forensische Praxis ist aus der Neureglung nicht zu erwarten.

§ 139 ABGB:

§ 139 Abs 2 Satz 2 ABGB ist wenig praktikabel, weil die dort genannte Vertretungsmöglichkeit auf den inhaltlich kaum determinierten Fall beschränkt ist, dass „es die Umstände erfordern“. Dass diese Voraussetzung - gerade in Fällen gemeinsamer Obsorge - definitiv vorliegt, wird von den Beteiligten praktisch nicht leicht zu verifizieren sein. Da besagte Vertretungsmöglichkeit aber ohnehin nur für Obsorgeangelegenheiten des täglichen Lebens vorgesehen ist, könnte diese generell, also ohne weitere „Umstände“ eingeräumt werden, womit die Rechtssicherheit im Alltag erhöht würde.

Nach den ErläutRV 18 soll es sich bei Vorliegen der in § 139 Abs 2 Satz 2 ABGB genannten Voraussetzungen um eine Vertretungs„pflicht“ handeln. Tatsächlich ist aber der Satz 2 (im Unterschied zu Satz 1) nicht als Pflicht, sondern nur als Möglichkeit formuliert („vertritt“ statt „hat zu vertreten“ [Satz 2]; „hat ... zu tun“ [Satz 1]); insoweit stimmen die ErläutRV mit dem Gesetzeswortlaut nicht überein.

§ 162 Abs 2 und 3 ABGB:

Der Umstand, dass bisweilen geäußerte Forderungen nach einer so genannten „Doppelresidenz“ nicht umgesetzt wurden, wie sich dies auch aus anderen Bestimmungen ergibt (vgl §§ 177, 179 Abs 2 ABGB), ist eine rechtspolitische und daher hier nicht zu beurteilende Entscheidung. Auf Basis dieser Ausgangslage sind § 162 Abs 2 und 3 ABGB ein plausibler Versuch einer (besseren) gesetzlichen Klärung der Bestimmung des Aufenthalts des Kindes bzw dessen Verlegung ins Ausland. Eine klare Entscheidungsstruktur bietet zumindest die Chance einer Problemschärfung bei der Aufenthaltsbestimmung.

§ 177 ABGB:

Da es sich bei Standesbeamten bislang wohl nicht um ausgewiesene Kenner des Obsorge-rechts handelt, diese aber zur Erteilung einer Rechtsbelehrung verpflichtet sind, müssen in diesem verantwortlichen Bereich entsprechende Ressourcen für Ausbildungsmaßnahmen bereitgestellt werden.

§ 180 Abs 1 ABGB:

Die neue „Phase der elterlichen Verantwortung“ wird wohl als verfassungskonform anzusehen sein und ist im Grundsatz eine rechtspolitische Entscheidung.

Insgesamt werden allerdings durch das neue Konzept an alle Beteiligten sehr hohe Anforderungen gestellt. Die Gerichte sollen rasch eine relativ detaillierte, durchsetzungstaugliche Regelung auf einer am Beginn des Verfahrens absehbar geringen Informationsgrundlage treffen. Während der Phase von 6 Monaten müssen die Eltern selbst die geänderte Situation verarbeiten, sich im Rahmen gemeinsamer Betreuung bewähren und sich zugleich wohl auch am gerichtlichen Verfahren beteiligen, weil ja die Beurteilungsgrundlagen für die nach Ablauf der „Phase der elterlichen Verantwortung“ zu treffende endgültige Entscheidung gewonnen werden müssen. In diesem Zusammenhang könnte erwogen werden, dem Gericht auch die Möglichkeit einer Verlängerung dieser relativ kurzen Probephase einzuräumen, was den Bewährungs- und Arbeitsdruck aller Beteiligten mildern und die Situation allenfalls entspannen könnte.

Der Neuregelung ist zu konzедieren, dass die Eltern durch das vorgeschlagene Konzept in gewissem Maße zur Zusammenarbeit und zum Wohlverhalten „gezwungen“ werden, um sich die Chance auf Beibehaltung oder Erlangung der Obsorge zu sichern. Im Fall, dass die vorläufige gerichtliche Regelung obstruiert wird, wird freilich - wie bisher - das Gericht klären müssen, welcher Elternteil dafür verantwortlich ist und ob etwa allein das Fehlverhalten eines Elternteils während der Probephase schon eine ausreichende Grundlage für die endgültige Entscheidung zugunsten der Vorstellungen des anderen Elternteils bildet.

Eine seriöse Prognose, ob die Neuregelung den damit offenbar verbundenen Erwartungen gerecht werden kann, ist derzeit nicht möglich; es erschiene daher in besonderem Maße eine begleitende – Evaluierung der Neuregelung angezeigt, die über ein bloßes Sammeln von Zahlenmaterial hinaus die faktischen Auswirkungen der Probephase auf alle Beteiligten erhebt.

§ 180 Abs 2 ABGB:

Abzuwarten bleibt, welche Anforderungen in der Praxis an eine Verhältnisänderung, die einen neuen Antrag ermöglicht, gestellt werden. Absehbar ist, dass der nach der vorläufigen Phase mit

seinem Antrag nicht durchgedrungene Elternteil die Behauptung aufstellen könnte, der andere Elternteil habe sein während der Probephase gezeigtes Wohlverhalten nach der endgültigen Entscheidung diametral zum Nachteil des Kindes geändert. Dass ein derartiges Vorbringen schon abstrakt keine Verhältnisänderung aufzeigen könnte, wird nur schwer zu argumentieren sein, sodass rasch erhobene und materiell zu prüfende Folgeanträge bei realistischer Betrachtung wohl kaum auszuschließen sein werden. Die durch das nunmehrige Konzept erst mögliche Behauptung eines während der Probephase nur zum Schein an den Tag gelegtes Wohlverhalten eines Elternteils könnte daher die Anzahl rascher Neuanträge sogar erhöhen.

§ 231 Abs 4 ABGB:

Die in den ErläutRV 33 dargestellten Bedenken gegen sogenannte „Entlastungsverträge“ sind zu teilen, kann doch die Versuchung bestehen, bei deren Gestaltung die Grenzen der Sittenwidrigkeit auszuloten. Dass dabei die Gefahr einer vorschnellen, unüberlegten und nachteiligen Pflichtenübernahme bei gerichtlichen Vereinbarungen gerade im Zusammenhang „mit einer weitreichenden Regelung der vermögensrechtlichen Folgen“ nach der Scheidung tatsächlich gering sein soll, wie dies die ErläutRV 33 meinen, bleibt eine unbelegte Behauptung; im Gegenteil: je komplexer und weitreichender die Gesamtregelung, umso eher besteht die Gefahr spezifische Risiken einzelner Vereinbarungen nicht zu erkennen oder im Gesamtzusammenhang zu unterschätzen. Den Schutz bei Scheidungsfolgenvereinbarungen insoweit praktisch von der Qualität der Rechtsberatung im Einzelfall abhängig zu machen, könnte durch ein generelles Verbot derartiger „Entlastungsverträge“ vermieden werden.

§ 235 ABGB:

Dass diese Regelung (zur Gänze?) dem bisherigen § 168 ABGB entspricht (ErläutRV 33), ist offenbar ein Irrtum, sieht doch § 235 ABGB nunmehr die Verpflichtung zur Zahlung der Unterhaltskosten für die ersten acht Wochen (anstatt sechs Wochen [§ 168 ABGB aF]) nach der Entbindung vor.

§§ 106a, 106b AußStrG:

Warum der Jugendwohlfahrtsträger generell von der Pflicht zur Gewährung der Akteneinsicht ausgenommen wird (§ 106a Abs 3 AußStrG), ist nicht zuletzt im Hinblick auf die nach § 107a (insbesondere Abs 2) AußStrG zu treffenden Entscheidungen nicht nachvollziehbar.

§ 107a Abs 1 AußStrG:

Die mündliche Verhandlung des Gerichts über einen gestellten Antrag sollte nicht „tunlichst“, sondern „spätestens“ (vgl etwa § 20 Abs 1 UbG; § 13 Abs 1 HeimAufG) binnen vier Wochen erfolgen müssen.

§ 107a Abs 2 AußStrG:

Nach den ErläutRV 38 f soll nur zu beurteilen sein, ob die Maßnahme zum Zeitpunkt ihrer erstmaligen Setzung unzulässig war. Dieses Verständnis erscheint allerdings mit der bisherigen und insoweit wohl unveränderten Rechtslage nicht uneingeschränkt vereinbar:

Eine vorläufige Maßnahme nach § 215 Abs 1 Satz 2 ABGB aF kann nämlich nicht nur durch eine Verfügung des PflEGschaftsgerichts, sondern auch durch den Jugendwohlfahrtsträger selbst außer Kraft gesetzt werden. Legt der Jugendwohlfahrtsträger nach einer von ihm im Rahmen seiner Interimskompetenz getroffenen vorläufigen Maßnahme der vollen Erziehung vor der gerichtlichen Entscheidung Pflege und Erziehung des Minderjährigen wieder in die Hände des eigentlich Obsorgeberechtigten, gibt er zu erkennen, dass er die getroffene Maßnahme nicht aufrecht hält (2 Ob 177/10h). Da also der Jugendwohlfahrtsträger eine vorläufige Maßnahme iSd § 215 Abs 1 Satz 2 ABGB aF nicht nur einleiten, sondern diese auch von sich aus wieder außer Kraft setzen kann, sollte sich die nachträgliche Prüfung der Rechtmäßigkeit dieser Maßnahme nicht bloß auf den Zeitpunkt der Einleitung beschränken, sondern müsste den gesamten Zeitraum bis zu deren Beendigung umfassen.

Anhang 2

Stellungnahme (auszugsweise) der Fachgruppe Außerstreit- und Familienrecht:

Allgemeines:

a) Begleitumstände der Novelle:

Die Kürze der Begutachtungsfrist sowie die extrem kurze LegiSvakanz werden mit Bedauern zur Kenntnis genommen. Es bleibt zu hoffen, dass es dadurch zu keinen Qualitätseinbußen bei der Anwendung der neuen gesetzlichen Bestimmungen in der Praxis kommt. Klar ist, dass es nicht nur entsprechender Informations- und Schulungsveranstaltungen sondern auch eines **raschen Ausbaus der neuen verfahrensrechtlichen Instrumente** – allen voran der Familiengerichtshilfe – bedarf. Deren Fehlen würde nämlich zwangsläufig dazu führen, dass die PflEGschaftsgerichte die ihnen (neu) übertragenen Aufgaben nicht hinreichend wahrnehmen können.

Die sich aus der Novelle ergebende neue Systematik im ABGB wird als offenbar unvermeidlich zur Kenntnis genommen. Auf Grund der Änderung von fast 100 Paragraphenbezeichnungen im Bereich des Kindschaftsrechts müssen jedoch die zahlreichen bereits existierenden **Rechtssätze im RIS** möglichst rasch an die neuen Bestimmungen **angepasst** werden.

b) Zusätzlicher Personalbedarf:

Durch die Möglichkeit von Obsorge-Vereinbarungen vor dem Standesbeamten (§ 177 Abs 2 ABGB) sowie den Entfall des Erfordernisses pflEGschaftsgerichtlicher Genehmigungen von Vereinbarungen über Obsorge, persönliche Kontakte und Betreuung des Kindes (§ 190 Abs 2 ABGB) werden künftig einfache Erledigungen – vor allem im Rechtspflegerbereich – wegfallen. Mit den neuen Antragsmöglichkeiten, insbesondere nach § 180 ABGB, aber auch nach § 107a AußStrG, wird aber auf alle Familienrichter/innen und ihre Geschäftsabteilungen eine nicht unbeträchtliche Mehrarbeit im „strittigen“ PflEGschaftsbereich zukommen, die nur mit einer entsprechenden **Aufstockung der personellen Ressourcen** zu bewältigen sein wird. Dafür muss einerseits bereits ab 1.2.2013 eine Mehrzahl an Familienrichter/innen und Kanzleipersonal zur Verfügung stehen; andererseits bedarf es aber auch einer **PAR-Neuerhebung im PflEGschaftsbereich**, um die mit der Novelle verbundene

Mehrbelastung durch neue Zeitwerte in den Pflegschaftsverfahren möglichst objektiv erfassen zu können.

c) Inhaltliche Grundsatzbemerkung:

Die flächendeckende Implementierung der Familiengerichtshilfe – und zwar ohne etwaige Vorbehalte – sowie die in § 107 Abs 3 AußStrG vorgesehenen Instrumente als adäquate Hilfsmittel für die familienrichterliche Tätigkeit begrüßt.

Zu den einzelnen Bestimmungen des Entwurfes:

Zu den §§ 93 ff ABGB:

Der Umstand, dass das neue Namensrecht nicht auch eingetragenen Partnern zu Gute kommen soll und eine **analoge Bestimmung im EPG fehlt**, könnte eine (neuerliche) Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes darstellen.

Zu § 162 ABGB:

Das **alleinige Wohnortbestimmungsrecht** des das Kind hauptsächlich betreuenden Elternteils, auch bei gemeinsamer Obsorge, wird zwar in Abs 2 klar gestellt; es wird jedoch in der Praxis – bei einem geplanten Umzug dieses Elternteils – nicht selten auf Antrag des anderen Elternteils zu einem Verfahren über die Änderung der Obsorge führen.

Sofern die Eltern (in der Regel nach ihrer Trennung) bezüglich des Aufenthalts des Kindes – eines der wichtigsten Elemente einer funktionierenden Eltern-Kind-Beziehung – kein Einvernehmen mehr erzielen können bzw. ein Elternteil beabsichtigt, den anderen durch einen Umzug in das (möglicherweise auch weiter entfernte) Ausland „vor vollendete Tatsachen zu stellen“, wird **ohnehin eine Neuregelung der Pflege und Erziehung** bzw. der gesamten Obsorge iSd § 180 notwendig werden, für die – wie auch sonst – **allein das Wohl des konkreten Kindes** die maßgebliche Entscheidungsgrundlage sein darf. Es ist daher nicht nachvollziehbar, warum der Entwurf in § 162 Abs 3 ein eigenes gerichtliches (Vorab-)Genehmigungsverfahren bezüglich der Verlegung des Wohnortes eines Kindes in das Ausland einführt. Dass in einem solchen Verfahren plötzlich nicht nur das Kindeswohl sondern auch noch näher bezeichnete Rechte (ausschließlich) des wegziehenden Elternteils als Entscheidungskriterien zu berücksichtigen sein sollen, ist gleichheitswidrig, in keiner Weise sachgerecht und widerspricht § 138. Vorgeschlagen wird zu Abs 3 die Formulierung: „*Haben die Eltern nicht vereinbart, in wessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut werden soll, so darf der Wohnort des Kindes **nur mit Zustimmung beider Elternteile** in das Ausland verlegt werden.*“

Zu § 179 Abs 2 ABGB:

Die Erfüllung der in dieser Bestimmung vorgesehenen **Verpflichtung** der Eltern, nach (nicht bloß vorübergehender?) Auflösung ihrer häuslichen Gemeinschaft vor Gericht eine Vereinbarung über die hauptsächlichliche Betreuung des Kindes zu schließen, kann **nur in jenen Fällen** überwacht werden, in denen das Gericht von der Trennung der Eltern **überhaupt Kenntnis erlangt** (siehe dazu auch die Ausführungen zu § 180, Punkt a).

Zu § 180 ABGB:a) Einleitung des Verfahrens:

Entgegen der Fassung im Entwurf sollte eine **Änderung der bisherigen Obsorgeregelung** – entsprechend dem erklärten Ziel des Gesetzesentwurfs, die Möglichkeiten der Obsorge beider Elternteile auszubauen, aus Gleichheitserwägungen sowie aus schlichten Gründen der Praktikabilität – **stets nur auf Antrag** erfolgen können.

Aus gutem Grund sieht der geltende § 177b ABGB vor, dass das Gericht bei nicht bloß vorübergehender Trennung der (nicht oder noch nicht geschiedenen) Eltern nur auf Antrag eines Elternteils über die Obsorge zu ihrem Kind entscheidet: Die **bloße Auflösung** der häuslichen Gemeinschaft der Eltern ist nämlich (abgesehen von den Schwierigkeiten, diese Auflösung im jeweiligen Einzelfall auch unzweifelhaft festzustellen) ein Umstand, von dem das Gericht – mit Ausnahme einer Ehescheidung – **nur zufällig** Kenntnis erlangt. Auch aus den Erläuterungen zum Entwurf geht nicht hervor, **wie** die österreichischen Bezirksgerichte von **jedem** Fall der Auflösung der häuslichen Gemeinschaft von Eltern minderjähriger Kinder erfahren sollen, der dann – nach dem Text des Entwurfes, wie auch schon bisher, nach § 167 Abs 1 Satz 3 idgF – zwingend zu einem amtswegigen Verfahren über die Obsorge führen müsste.

Nicht zuletzt würde die im Entwurf vorgesehene Regelung einen **eklatanten Mehraufwand** für die damit befassten Gerichte bedeuten und damit – ohnehin nicht ausreichend vorhandene – familienrichterliche Ressourcen binden, ohne dass dieses amtswegige gerichtliche Einschreiten in jedem Einzelfall zur Wahrung des Kindeswohls notwendig und/oder von den Eltern erwünscht wäre.

Ein amtswegiges Vorgehen der Gerichte in Fragen der Obsorge sollte daher im Wesentlichen auf Fälle der Gefährdung des Kindeswohls (vgl. § 181 NEU) beschränkt bleiben, während eine Neuregelung der Obsorge in allen anderen Fällen von einem entsprechenden Antrag eines Elternteils abhängig sein soll. Vorgeschlagen wird folgende Formulierung vor: *„Wenn innerhalb angemessener Frist nach Auflösung der häuslichen Gemeinschaft der Eltern eine Vereinbarung nach § 179 nicht zustande kommt und ein Elternteil eine Neuregelung der Obsorge oder der hauptsächlichen Betreuung des Kindes beantragt oder wenn ein Elternteil die Übertragung der alleinigen Obsorge an ihn oder die Beteiligung an der Obsorge beantragt, hat das Gericht, sofern dies dem Wohl des Kindes entspricht, ...“*

b) „Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung“:

Es ist keineswegs in allen strittigen Pflegschaftsverfahren zu erwarten, dass mit einer solchen Entscheidung auch eine „Abkühlung der Gemüter“ verbunden ist, sodass in manchen Einzelfällen das Wohl des Kindes der Anordnung dieser Phase entgegenstehen wird.

Fest steht jedenfalls, dass es sich dabei um **keine Provisorialmaßnahme iSd § 107 Abs 2 AußStrG** handelt; dies wäre weder dem Gesetzestext noch den Erläuterungen zu entnehmen. Vielmehr wird es auch im Vorfeld einer solchen Anordnung entsprechender individueller Erhebungen bedürfen und beginnt die „Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung“ nach den Erläuterungen auch erst mit Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung zu laufen. Natürlich wird es auch in Zukunft – und in Anbetracht der nunmehr erweiterten Voraussetzungen des § 107 Abs 2 AußStrG vermutlich öfter als bisher – vorläufige Entscheidungen über Obsorge und Kontaktrecht geben. Sollte jedoch als Grundlage für eine „Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung“ etwa die Einholung eines Sachverständigengutachtens beantragt werden, so wird das Gericht einen solchen (begründe-

ten) Beweisantrag wohl nicht mit der Zulässigkeit bloß „parater Bescheinigungsmittel“ abweisen dürfen, was zur Folge haben kann, dass die „vorläufige Phase“ mitunter **erst mehrere Monate nach Antragstellung beginnen** kann. Um eine Verwechslung mit den in § 107 Abs 2 AußStrG normierten vorläufigen Maßnahmen auszuschließen, wäre daher in § 180 Abs 1 ABGB eine Umbenennung etwa in „Phase der **vorübergehenden elterlichen Verantwortung**“ zu überlegen.

In Anbetracht des zu erwartenden Aufwands, der mit der Regelung einer solchen Phase verbunden sein wird, muss die diesbezügliche Entscheidung auch im VJ-Register als „**vollwertige Obsorge-Entscheidung** („Oe“) aufscheinen (und nicht etwa nur als „vorläufige Regelung“, ohne PAR-Wert).

Die Verpflichtung, bei Anordnung dieser Phase **gleichzeitig** auch eine (strittige) Regelung hinsichtlich des **Kindesunterhalts** zu treffen, ist **weder erforderlich noch praktikabel**, weil dieser Bereich weiterhin in die Zuständigkeit der darin speziell ausgebildeten Rechtspfleger/innen fällt und in vielen Fällen ohnehin bereits ein Unterhaltsverfahren – parallel zum Obsorge- und Kontaktrechtsverfahren – anhängig ist bzw. jederzeit ein diesbezüglicher Antrag gestellt werden kann. Müsste der Richter / die Richterin für die „Beobachtungsphase“ neben den Details des Kontaktrechts und der Pflege und Erziehung auch noch diejenigen der Unterhaltsleistung festlegen, so wäre dies nicht selten – insbesondere bei unklaren Einkommensverhältnissen des Unterhaltsverpflichteten – mit einem immensen, in der täglichen Praxis nicht zu bewältigenden Erhebungsaufwand verbunden.

Der im Entwurf vorgesehene „Beobachtungszeitraum“ von sechs Monaten muss als **Mindestfrist** (mit den faktischen Auswirkungen eines Ruhens des Pflegschaftsverfahrens) verstanden werden, weil **nach Ablauf dieses Zeitraums** jedenfalls noch eine Erhebung der bisherigen Erfahrungen – als Grundlage für die endgültige Obsorge- bzw. Betreuungsregelung – vorgesehen ist.

c) Neuregelung der Obsorge (Abs 2):

Eine maßgebliche Änderung der Verhältnisse sollte wohl nicht nur in den Fällen einer endgültigen Regelung durch das Gericht nach Abs 1 sondern **auch dann** Voraussetzung für eine Neuregelung der Obsorge sein, wenn diese bislang (bloß) durch eine Vereinbarung der Eltern geregelt war, weshalb zu Abs 2 folgende Änderung vorgeschlagen wird: *„Wurde die Obsorge **durch gerichtliche Entscheidung oder durch Vereinbarung der Eltern** bereits endgültig geregelt, so kann jeder Elternteil, ...“.*

Zu § 190 Abs 2 ABGB:

Die in **Satz 2** vorgeschlagene, offenbar jederzeit mögliche „Missbrauchskontrolle“ bedeutet für die Familien einen Zustand **permanenter Rechtsunsicherheit** in Bezug auf derartige Vereinbarungen und für die Gerichte – abermals – eine nicht praktikable Ausdehnung ihrer Amtswegigkeit. Da auch in diesem Bereich – sowie in Anbetracht der theoretisch jederzeitigen Möglichkeit einer wesentlichen Änderung der Verhältnisse – die Regelung des § 181 ausreichen wird, um Vereinbarungen, die dem Kindeswohl entgegen stehen, von Amts wegen zu beseitigen, spricht sich die Fachgruppe dafür aus, *den zweiten Satz in § 190 Abs 2 **ersatzlos zu streichen**.*

Alternativ dazu wäre es – im Sinne der Rechtssicherheit – zumindest erforderlich, für die Einleitung eines amtswegigen Überprüfungsverfahrens eine **Frist**, etwa zwei Monate ab Kenntnis der Vereinbarung durch das Pflegschaftsgericht, zu normieren: Liefere diese Frist ab, ohne dass das Gericht entsprechende Maßnahmen in die Wege geleitet hat, so bliebe die von den Eltern geschlossene Vereinbarung rechtswirksam.

Zu den §§ 190 Abs 3, 210 Abs 2 und 167 Abs 3 ABGB:

An Stelle der etwas missverständlichen Formulierung in § 190 Abs 3, der zufolge vor Gericht geschlossene Vereinbarungen über die Höhe gesetzlicher Unterhaltsleistungen „auch ohne gerichtliche Genehmigung wirksam“ sind, wird – auch aus Gründen der Gesetzessystematik – vorgeschlagen, am Ende des § 167 (bislang § 154) Abs 3 oder als neuen Abs 4 folgenden Passus einzufügen: „*Vereinbarungen über die Höhe gesetzlicher Unterhaltsleistungen, die vor Gericht, vor dem Jugendwohlfahrtsträger oder von diesem als Vertreter des Kindes geschlossen werden, **bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit keiner gerichtlichen Genehmigung** und sind für den Unterhaltsverpflichteten verbindlich.*“ Damit könnten sowohl § 190 Abs 3 als auch § 210 (bisher § 214) Abs 2 Satz 1 entfallen.

Zu § 220 Abs 2 ABGB:

Auch wenn der Vermögensveranlagung in „sonstigen“ Wertpapieren und Forderungen nach den Erläuterungen „große Bedeutung zukommt“, scheinen derartigen Veranlagungen in Hinkunft auf Grund der in § 220 Abs 2 Satz 1 normierten, äußerst hohen Anforderungen an die Verwaltung der Papiere – nicht zuletzt auch der geforderten Haftung des Verwalters gegenüber dem minderjährigen Kind – sehr enge Grenzen gesetzt zu sein.

Aus Sicht der Richter/innen und Rechtspfleger/innen – und damit auch aus dem Aspekt der zuletzt wiederholt virulent gewordenen Amtshaftung – aber auch für alle gesetzlichen Vertreter, die sich für eine bestmögliche Veranlagung von Mündelgeld im Sinne des Gesetzes entscheiden müssen, wäre es äußerst wünschenswert, würden das BM für Finanzen sowie das BM für Justiz von der ihnen bereits mit Art XVII KindRÄG 2001 erteilten **Verordnungsermächtigung** endlich dahin gehend Gebrauch machen, dass in der zu erlassenden und in regelmäßigen Abständen zu aktualisierenden „Mündelsicherheits-Verordnung“ die **Sicherheit konkreter Veranlagungsformen** – im Sinne eines entsprechenden Zertifikats – bestätigt (und damit die der übrigen ausgeschlossen) wird. Mit einer derartigen, generellen Festlegung der für die Veranlagung von Mündelgeld geeigneten Formen würde die bereits seit langem fällige und – angesichts der letzten Entwicklungen auf den Finanzmärkten – auch dringend notwendige Richtlinie für alle Entscheidungsträger in diesem Bereich geschaffen.

Zu den §§ 95 und 109 AußStrG:

Fraglich ist, ob mit dem Inkrafttreten dieser Regelung auch die dafür nötigen **Ressourcen** in Gestalt „anerkannter Einrichtungen“ zur Verfügung stehen werden – wobei das Gesetz offen lässt, **von wem** diese anerkannt sein müssen.

Davon abgesehen wäre jedoch eine solche Beratung – unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung – **auch in allen anderen Fällen** von Vereinbarungen über Obsorge und persönliche Kontakte, insbesondere auch bei unehelichen Kindern sachgerecht, weshalb **§ 109 AußStrG** eine ähnlich lautende Bestimmung enthalten sollte.

Zu § 106 AußStrG:

Da vor Gericht geschlossene Vereinbarungen über die Obsorge, die persönlichen Kontakte sowie die Betreuung des Kindes zu ihrer Rechtswirksamkeit künftig gemäß § 190 Abs 2 Satz 1 ABGB keiner gerichtlichen Genehmigung bedürfen, muss auch der Passus „*sowie vor der Genehmigung von Vereinbarungen über diese Angelegenheiten*“ in § 106 AußStrG **entfallen**.

Zu den §§ 106a, 106b und § 31 Abs 3 AußStrG:

Die rasche und bundesweite Etablierung der **Familiengerichtshilfe** wird aus familienrichterlicher Sicht **ausdrücklich begrüßt**. Unverständlich ist allerdings die Aufnahme des Passus „nach Maßgabe der budgetären, organisatorischen, technischen und personellen Möglichkeiten sowie unter Bedachtnahme auf die wirtschaftliche Vertretbarkeit“ in den § 106b AußStrG; ein derartiger Vorbehalt wäre allenfalls – sofern überhaupt erforderlich – in den Übergangsbestimmungen (§ 207i) angebracht. Es ist zwar klar, dass die Zeit bis zum Inkrafttreten des Gesetzes – leider – zu kurz ist, um das für die Familiengerichtshilfe erforderliche Personal flächendeckend zu rekrutieren; in Anbetracht der neuen Aufgaben der Pflegschaftsgerichte ab 1.2.2013 sollte diese wichtige Einrichtung jedoch **spätestens Ende 2013 allen österreichischen Bezirksgerichten** zur Verfügung stehen.

Angesichts der im Entwurf definierten vielfältigen Aufgaben der Familiengerichtshilfe, die nicht nur die Sammlung von Entscheidungsgrundlagen sondern auch die Anbahnung einer gütlichen Einigung sowie die Information der Parteien umfassen, ergeben sich wohl auch Abgrenzungs-Probleme, mit denen bisher vor allem die Jugendwohlfahrtsträger in ihrem Arbeitsalltag konfrontiert waren. Diesbezüglich sollte die Familiengerichtshilfe von Beginn an darauf achten, dass nach außen hin **ausreichend Rollenklarheit** besteht.

Es sollte sich durch die flächendeckende Einführung der Familiengerichtshilfe auch die Anzahl der – durchwegs zeitaufwendigen und teuren – Sachverständigengutachten in Pflegschaftsverfahren reduzieren. Freilich bleibt es dem Gericht im (besonders kontroversen oder komplizierten) Einzelfall weiterhin unbenommen, ein Sachverständigengutachten einzuholen; im Großteil der Fälle sollte ihm aber in Hinkunft – mit Hilfe der Familiengerichtshilfe – doch in relativ kurzer Zeit eine brauchbare und von Expertenmeinungen gestützte Entscheidungsgrundlage zur Verfügung stehen. Vorgeschlagen wird daher, **§ 31 Abs 3 Satz 2 AußStrG** wie folgt zu ergänzen: „Wenn der Richter über die nötige Fachkunde verfügt **oder ihm eine fachliche Stellungnahme der Familiengerichtshilfe vorliegt**, kann er vom Sachverständigenbeweis absehen.“

Zu § 107 AußStrG:

Die Einführung des **relativen Anwaltszwangs** sollte auf **alle Pflegschaftsverfahren**, also insbesondere auch auf Unterhaltsverfahren, ausgeweitet werden – mit Ausnahme der Vertretung durch den Jugendwohlfahrtsträger.

Die **Ausweitung der Möglichkeiten vorläufiger Entscheidungen** in den Bereichen von Obsorge und – insbesondere – persönlichen Kontakten sowie die in Abs 3 enthaltene Aufzählung **(zusätzlicher) pflegschaftsgerichtlicher Maßnahmen** „zur Sicherung des Kindeswohls“ werden ebenfalls ausdrücklich gut heißen. Auch bezüglich Letzterer bleibt zu hoffen, dass mit dem Inkrafttreten des Gesetzes ausreichend Einrichtungen zur Verfügung stehen, die die vom Gericht anzuordnenden Maßnahmen nach Z 1 bis 3 umsetzen können.

Zu § 107a AußStrG:

Hinsichtlich des **Antragsrechts** nach dieser Bestimmung sollte zunächst – zumindest in den Erläuternden Bemerkungen – klar gestellt werden, dass das **Kind** bei einer solchen Antragstellung stets nur von seinem (bisherigen) gesetzlichen Vertreter, **nicht** aber (schon auf Grund der bestehenden Interessenskollision) vom Jugendwohlfahrtsträger vertreten werden kann.

Für die **Antragstellung nach § 107a Abs 1** ist im Gesetz jedenfalls eine **Frist** (ab Zustellung des Antrags des Jugendwohlfahrtsträgers) festzusetzen, die **14 Tage bis höchstens vier Wochen** betragen könnte. Ohne eine derartige Frist könnten sich nämlich die bisher Obsorgeberechtigten bzw. das Kind im Laufe der – unter Umständen umfangreichen – gerichtlichen Erhebungen gezielt jenen Zeitpunkt für ihren Antrag und damit auch für die Entscheidung des Gerichts aussuchen, in dem die aktuelle Beweislage (im Sinne einer „Momentaufnahme“) gerade für sie und gegen die Maßnahme spricht. Da Maßnahmen nach (nunmehr) § 211 ABGB so gut wie immer massive Eingriffe in das jeweilige Privat- und Familienleben bedeuten, ist es den Betroffenen durchaus zuzumuten, darauf auch innerhalb einer angemessenen Frist durch die in § 107a Abs 1 vorgesehene Antragstellung zu reagieren. Mit einer gesetzlichen Antragsfrist wäre im Übrigen auch klar gestellt, dass im Zuge eines jeden Verfahrens über einen Antrag des Jugendwohlfahrtsträgers nach § 211 ABGB ein Antrag nach § 107a AußStrG **nur einmal möglich** ist.

Die Verpflichtung zur mündlichen Verkündung der richterlichen Entscheidung über Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Maßnahme am Ende der – in vielen Fällen wohl recht „aufgeheizten“ – Verhandlung wird für die damit befassten Richter/innen, besonders in der ersten Zeit nach dem Inkrafttreten des Gesetzes, durchaus eine Herausforderung darstellen. Sofern aber das Gericht die Maßnahme nach der Verhandlung für vorläufig zulässig erklärt, sollte es nach dem Gesetz auch die Möglichkeit bekommen, gleichzeitig eine **vorläufige Regelung des Kontaktrechts** der Eltern zu treffen. Wird die Maßnahme hingegen für unzulässig erklärt, so sollte die dreitägige Frist zur Ausführung eines Rekurses des Jugendwohlfahrtsträgers gegen diesen Beschluss wohl (nicht mit dessen Verkündung sondern) **mit Zustellung der Entscheidung** beginnen.

Zum **Antragsrecht nach § 107a Abs 2** wäre klar zu stellen, dass eine solche nachträgliche Überprüfung der Maßnahme des Jugendwohlfahrtsträgers **nur dann** beantragt werden kann, wenn die Maßnahme **derart kurz** gedauert hat, dass sie bereits beendet war, **bevor** das Gericht über den Antrag nach Abs 1 verhandelt und entschieden hat. In allen anderen Fällen – nämlich dort, wo es die Parteien verabsäumt haben, einen Antrag nach Abs 1 zu stellen – fehlt es ihnen auch am Rechtsschutzbedürfnis für eine Antragstellung nach Abs 2. Eine Antragsfrist von drei Monaten ist – aus den bereits zu Abs 1 angeführten Erwägungen – zu lang; auch im Fall des § 107a Abs 2 sollten 14 Tage bis vier Wochen ausreichen, nicht zuletzt auch im Hinblick auf die sich mit zunehmendem Zeitablauf erhöhende Schwierigkeit einer detaillierten nachträglichen Überprüfung der Maßnahme. Die Fachgruppe schlägt daher folgende Formulierung des § 107a Abs 2 vor: *„Hat der Jugendwohlfahrtsträger die Maßnahme beendet, **bevor ein Antrag nach Abs 1 gestellt werden konnte oder bevor das Gericht darüber entschieden hat**, so hat das Gericht auf Antrag des Kindes oder der Person, in deren Obsorge eingegriffen wurde, auszusprechen, ob die Maßnahme unzulässig war. Ein solcher Antrag kann innerhalb von **vier Wochen** [bzw. 14 Tagen] nach Beendigung der Maßnahme gestellt werden.“*

Zu § 107 Abs 3 AußStrG:

Nicht völlig klar ist die Formulierung *die zur Sicherung des Kindeswohls im Verfahren erforderlichen Maßnahmen*, denn es sind einerseits Fälle denkbar, wo während eines anhängigen Verfahrens z.B. die Anordnung einer Teilnahme an einem Erstgespräch über Mediation sinnvoll erscheint, andererseits könnte eine **solche Maßnahme** aber auch **erst anlässlich der Endentscheidung** angeordnet werden, um weitere Verfahren oder Vollstreckungsverfahren zu vermeiden. Dies wäre vom Gesetzestext so wohl nicht umfasst, ein Weglassen von „im Verfahren“ würde hier mehr Spielraum einräumen.

Zu § 111 AußStrG:

Im Ergebnis häufig unbefriedigend ist die im Gesetz weiterhin fehlende Regelung über die von den Parteien zu tragenden **Kosten der Besuchsbegleitung**, die bislang etwa auch dann vom „besuchsberechtigten“ Elternteil zu tragen sind, wenn die Besuchsbegleitung auf Grund einer längeren Kontaktverweigerung durch den anderen Elternteil notwendig wird. Daher schlägt die Fachgruppe eine Ergänzung des § 111 durch folgenden Satz vor: **„Die Kosten der Besuchsbegleitung sind in der Regel von beiden Elternteilen zu gleichen Teilen zu tragen.“** Da es sich dabei nicht um Verfahrenskosten handelt, stünde dieser Passus in keinem Widerspruch zu § 107 Abs 5. In jenen Ausnahmefällen, in denen die vorgeschlagene Regel nicht sachgerecht erscheint, soll es dem Gericht freilich unbenommen bleiben, einen Elternteil allein mit diesen Kosten zu belasten.

Zu § 55a Abs 2 EheG:

In der Praxis ist kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen einer fehlenden Kontaktregelung im Scheidungsfolgenvergleich und späteren Streitigkeiten über das Kontaktrecht zu erkennen; die in den Erläuterungen angestrebte streitberainigende Wirkung einer solchen Vereinbarung wird also offensichtlich überschätzt.

Übergangsbestimmungen im Allgemeinen:

Hier wäre für die Praxis doch eine gewisse Klarstellung wünschenswert, insbesondere, ob die „Abkühlphase“ nach § 180 ABGB auch bei bereits anhängigen Verfahren zur Anwendung gelangen kann oder nicht. Es kommen jetzt schon Anfragen von Parteien, ob laufende Anträge nicht zurückgezogen werden sollten, um diese nach der neuen Rechtslage mit vielleicht besseren Chancen neu einbringen zu können. Hinzuweisen ist auch noch auf den offenbaren Redaktionsfehler, wonach gemäß den Erläuternden Bemerkungen zu § 1503 ABGB die neuen kindschaftsrechtlichen Regeln erst mit 1.4.2013 in Kraft treten.