

17/SN-335/ME

STELLUNGNAHME
der Rechtsanwaltskammer für Vorarlberg
zum Entwurf des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 1999
(KindRÄG 1999)

Zum vorliegenden Entwurf des KindRÄG 1999 erstattet die Vorarlberger
Rechtsanwaltskammer folgende

STELLUNGNAHME:

Zunächst wird darauf hingewiesen, dass die einzelnen Gesetzesänderungen in der
Stellungnahme nur insoweit behandelt werden, als es sich um materielle Änderungen
handelt und nicht nur um sprachlich zeitgemäßere Formulierungen oder
terminologische Bereinigungen.

I.

Änderungen des ABGB:

1.) Änderung des § 21 Abs. 2 ABGB:

Die Herabsetzung der Altersgrenze für die Erreichung der Volljährigkeit sowie der
Entfall der Unterscheidung zwischen Unmündigen und Kindern ist sinnvoll.

2.) Zu § 138 Abs. 1 ABGB:

Absolut begrüßenswert ist auch die nunmehr eröffnete Möglichkeit, ohne die
notwendige Führung eines Ehelichkeitsbestreitungsprozesses einem
Vaterschaftsanerkennntnis Wirksamkeit zu geben, gegen das der als Vater vermutete
Mann keinen Widerspruch erhoben hat. Der Entfall des unnötigen Aufwandes eines
Ehelichkeitsbestreitungsprozesses war längst überfällig.

3.) Zu § 144 ABGB:

Die Klarstellung, dass Pflege und Erziehung sowie Vermögensverwaltung auch die
gesetzliche Vertretung in diesen Bereichen umfassen, ist nach Ansicht der
Rezensentin nicht notwendig; sie schadet allerdings auch nicht.

Die Verpflichtung, alles zu unterlassen, was das Verhältnis des Kindes zum anderen Elternteil beeinträchtigt oder die Wahrnehmung von dessen Aufgaben erschwert, ist sinnvoll.

Der Entfall des letzten Satzes des derzeit geltenden § 144 ABGB ist, ausgehend vom partnerschaftlichen Gedanken der Gestaltung der Lebensverhältnisse in einer Ehe, konsequent.

4.) Zu § 145 ABGB (und anderen):

Der Austausch der Worte „dem die Obsorge zukommt“ durch „der mit der Obsorge betraut ist“ entspricht dem Gedanken der Gesetzesänderung, weniger die Rechte der Eltern, als deren Verantwortung zu unterstreichen; dem ist zuzustimmen.

§ 145 Abs. 3 :

Da es bisher in der Praxis notwendig war, allenfalls Urkunden, das minderjährige Kind betreffend, von jenen Personen einzuklagen, die bisher mit der Obsorge betraut waren, ist die Ergänzung des § 145 ABGB durch den Absatz 3 sinnvoll.

Entfall der §§ 145 b und 145 c ABGB:

Da die Obsorge in Teilbereichen übertragen werden kann, ist § 145 b überholt.

Auch die Abschaffung des § 145 c ABGB wird begrüßt, weil der Eingriff eines Dritten in die Beziehung Eltern/Kind in diesem konkreten Fall nicht wünschenswert ist und darüber hinaus der zuwendende Dritte dann, wenn er gegen die wirtschaftlichen Fähigkeiten der Eltern Bedenken hegt, anderweitig Sorge für die Sicherung des Vermögens treffen kann.

5.) Neuschaffung der § 146 c und 146 d ABGB :

Nach den allgemeinen Erläuterungen soll dem Selbstbestimmungsrecht der heranwachsenden Kindes ein wesentlich breiterer Raum eingeräumt werden, während den Eltern Befugnisse nur insoweit eingeräumt werden sollen, als es zur Erfüllung ihrer aus der Verantwortung gegenüber dem Kind resultierenden Pflichten erforderlich ist.

Gegen diese Überlegungen ist grundsätzlich nichts einzuwenden und aus diesem Grund der Absatz 1 des § 146 c, der eine Klarstellung der Position des Kind mit sich bringt, durchaus begrüßenswert.

Übers Ziel hinaus geschossen wird allerdings mit der geplanten Neuerung, dass Einwilligungen in medizinische Behandlungen das einsichts- und urteilsfähige Kind grundsätzlich selbst zu erteilen hätte; die Position der Eltern wird auf eine solche der „Erörterung“ zurückgedrängt.

Der Begriff des „einsichts- und urteilsfähigen Kindes“ ist viel zu unbestimmt. Die gesetzliche Vermutung, dass sich Einsichts- und Urteilsfähigkeit bei über 14-jährigen Kindern vorliegt, ist in diesem Bereich gefährlich.

Gerade in Situationen einer gesundheitlichen Beeinträchtigung gibt es häufig eine Vielzahl therapeutischer Möglichkeiten und denkbarer Behandlungsmethoden abzuwägen und sind erhebliche Folgen eines Tuns oder Unterlassens zu beurteilen ; oft sind schon Erwachsene überfordert. Um so mehr muß ein Kind, das noch dazu krank ist und in den meisten Fällen nicht Gelegenheit hatte, sich allumfassend zu informieren, völlig überfordert sein, wenn man ihm die Entscheidung mit allenfalls weittragenden Folgen überläßt und die Position der Eltern auf „erschöpfende Erörterungen mit dem Arzt“ reduziert. Die Bestimmung wird in der vorliegenden Form daher abgelehnt.

Ausdrücklich zu begrüßen ist die „Gefahr in Verzug-Klausel“ des Absatzes 4 des § 146 c und der § 146 d, der Einwilligungen zu Eingriffen in die Fortpflanzungsfähigkeit grundsätzlich ausschließt.

5.) Zu § 148 ABGB:

Begrüßenswert die Änderung, dass auch ein Kind ein Recht auf persönlichen Verkehr mit dem nichtbetreuenden Elternteil hat.

Die Klarstellung, dass das Kind und jeder Elternteil das Gericht zur Regelung des Besuchsrechtes anrufen können, ist sinnvoll und beseitigt die Rechtsunsicherheit, die durch unterschiedliche Rechtssprechung der einzelnen Gerichte zur Frage der Antragslegitimation des betreuenden Elternteiles in der Vergangenheit hervorgerufen worden ist.

Begrüßt wird, dass das mündige Kind aus eigener Überzeugung Besuchskontakte ausdrücklich ablehnen und das Gericht diesfalls die Ausübung des Besuchsrechtes untersagen kann.

Neu geschaffen wird die Möglichkeit, Kontakte zu Dritten durchzusetzen, wenn durch deren Unterbleiben das Wohl des Kindes gefährdet ist. Die praktische Auswirkung und Sinnhaftigkeit dieser Gesetzesbestimmung wird wohl erst in der Praxis offenbar. Da der Dritte weder Parteistellung noch Antragslegitimation hat, ist nicht auszuschließen, dass von ihm nicht erwünschte Kontakte hergestellt werden. Da die

Person des „Dritten“ auch nicht eingeschränkt ist, ist auch nicht ausschließbar, dass eine Überforderung der Kinder durch eine Vielzahl derartiger Kontakte hervorgerufen wird. Die Bestimmung sollte etwas enger formuliert werden.

6.) Zu § 149 ABGB:

Es ist wünschenswert, dass zukünftig die Befriedigung aktueller Bedürfnisse aus dem Vermögen des Kindes leichter möglich sein soll.

7.) Zu § 150 ABGB:

Die Änderung ist zu begrüßen.

8.) Zu § 154 Abs. 2 ABGB:

Nachdem die Einwilligung der Eltern in medizinische Behandlungen, die mit einer besonders schweren und nachhaltigen Beeinträchtigung der Persönlichkeit und der körperlichen Unversehrtheit verbunden sind, der pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürfen, wenn ein nicht einsichts- und urteilsfähiges Kind die Behandlung nachdrücklich und entschieden ablehnt, ist es folgerichtig, diesen Umstand in den Katalog jener wichtigen Angelegenheiten aufzunehmen, zu deren Rechtswirksamkeit die Zustimmung des anderen Elternteiles notwendig ist.

Die Ergänzung des Kataloges jener Rechtsgeschäfte, die der Zustimmung des anderen Elternteiles und der Genehmigung des Gerichtes bedürfen um die, auch bloß vorläufige, Fortführung eines ererbten Unternehmens ist ebenfalls sinnvoll.

Nicht mit dem sonstigen Grundsatz des Gesetzes des „neuen Selbstbewußtseins der Heranwachsenden sowie verstärkten Berücksichtigung des Willens der heranwachsenden Menschen“ in Einklang zu bringen ist die Bestimmung des Absatz 4 des § 154, wonach das volljährig gewordene Kind aus zuvor nicht mit Zustimmung des Elternteiles und Genehmigung des Pflegschaftsgerichtes abgeschlossenen Verträgen nur wirksam verpflichtet werden zu können, wenn es ausdrücklich erklärt, dass die Verpflichtungen als rechtswirksam anerkannt werden. Die bisherige Rechtsprechung, dass der volljährig Gewordene die Geschäfte stillschweigend genehmigen kann und damit die Rechtswirksamkeit des Rechtsgeschäfts eintritt, reicht aus, um die Heranwachsenden ausreichend zu schützen. Sie dient auch der Rechtssicherheit. Folge, der beabsichtigten Gesetzesänderung kann eine Vielzahl dauernd schwebender Rechtsgeschäfte sein

§ 154 b:

Diese Gesetzesbestimmung ist nur notwendig, weil im § 146 c eine – sonderbare – Handlungsfähigkeit des Minderjährigen eingeführt worden ist. Dieser in dieser Gesetzesbestimmung vorgesehene Feststellungsbescheid über eine verzögerte Entwicklung, psychische Krankheit oder geistige Behinderung ist abzulehnen.

Eine in den Erläuterungen behauptete Einschränkung, dass der Ausspruch nach § 154 b nur dann ergehen darf, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass dem Kinder anders nicht abwendbare bedeutende Nachteile drohen, ist dem Gesetzestext nicht zu entnehmen.

9.) Zu den §§ 163 c Abs. 2, 163 e und 164 ABGB:

Die Schaffung einer Möglichkeit, auch ohne Ehelichkeitsbestreitungsprozeß den biologischen Vater als Vater feststellen zu lassen bzw. ihm die Möglichkeit einzuräumen, die Vaterschaft zum gemeinsamen Kind rechtswirksam anzuerkennen, ist auf jeden Fall zu begrüßen.

Die eingebauten Sicherungsmaßnahmen, um Mißbräuchen vorzubeugen, sind ausreichend.

10.) Zu § 176 ABGB:

Durch Neuformulierung des § 176 ABGB wird die Möglichkeit geschaffen, die Obsorge nicht nur als Ganzes, sondern auch teilweise oder für einzelne Angelegenheiten zu entziehen. Eine derartige Maßnahme ist sicher sinnvoll.

Dass das Gericht nur dann Einwilligungen oder Zustimmungen durch Beschluß ersetzen kann, wenn Gefahr in Verzug ist, schränkt die bisherigen Befugnisse erheblich ein. Die einzige Maßnahme, die in solchen Fällen dem Gericht weiterhin offensteht, ist die gänzliche oder teilweise Entziehung der Obsorge.

Die Absätze 2 und 3 dienen Klarstellungen, die im Hinblick auf die Neuformulierung des § 144 ABGB eigentlich nicht notwendig sein dürften.

11.) Zu § 177 a ABGB:

Es ist ohne Zweifel richtig, dass ein richtig verstandenes gemeinsames Verantwortungsgefühl der Eltern gegenüber ihren Kindern auch im Falle der Trennung der Eltern eine ideale Lösung ist. Es erscheint aber höchst zweifelhaft, ob durch den § 177 a ABGB eine hierfür taugliche gesetzliche Grundlage geschaffen worden ist.

Nach wie vor zeigt die Praxis deutlich, dass Eltern, die mit ihrer Elternschaft auch nach einer Trennung verantwortlich umgehen, Beschlüsse zu einer von vielen immer wieder verlangten und von manchen Gerichten auch zuerkannten „gemeinsamen Obsorge“ nicht benötigen, während Eltern, die solche Beschlüsse fordern und zum Teil auch durchgesetzt haben, damit nicht in der Weise verantwortlich umgehen, wie es notwendig wäre.

Der Begriff der „Teilnahme an der Obsorge“ ist wesentlich zu unbestimmt.

Da eine Erklärung auf Teilnahme an der Obsorge auch ohne Begründung von jedem Teil einseitig widerrufen werden kann und damit die Teilnahme mit sofortiger Wirkung aufzuheben ist, scheinen Verhaltensweisen, dass ein Partner auf den anderen Druck mit der Drohung des Widerrufs der Erklärung auf die Teilnahme an der Obsorge ausübt, vorprogrammiert.

Offen bleibt weiters die Frage, ob die vorgesehene „Abkühlungsphase“ tatsächlich dazu führt, die Anträge auf Teilnahme an der Obsorge mit mehr Fundament auszustatten.

Klargestellt werden müßte weiters unbedingt, ob, z.B. im Rahmen einer Vereinbarung gemäß § 55 a Ehegesetz bereits zum Zeitpunkt der Scheidung gültig vereinbart werden kann, dass nach Ablauf eines Jahres ein Antrag auf Teilnahme an der Obsorge gestellt werden kann.

Wenngleich der Versuch, den nicht betreuenden Elternteil mit besseren Rechten im Rahmen der Obsorge auszustatten, verständlich ist, scheint die vorliegende Gesetzesbestimmung nicht geeignet, diesen Ansprüchen zu genügen. Wesentlich sinnvoller wäre es gewesen, die Mitwirkungsrechte des nicht betreuenden Elternteiles auszubauen und zu akzeptieren, dass die Vertretungshandlungen grundsätzlich von demjenigen zu setzen sind, der mit der Obsorge des Kindes betraut ist.

Jenen Fällen, die in der Vergangenheit Anlaß für Beschwerden gegeben haben, kann durch die veränderte Regelung der Informations- und Äusserungsrechte sowie der Sanktionen bei der Verhinderung der Besuchsrechtsausübung, wie sie im vorliegenden Gesetzesentwurf geschaffen werden, so gut begegnet werden, dass eine Teilnahme an der Obsorge nicht notwendig ist.

12.) Zu § 178 ABGB:

Die Regelung der Informations- und Äusserungsrechte wird begrüßt.

Auch die nunmehr bestehende Möglichkeit, den mit der Obsorge betrauten Elternteil bei Vereitelung des persönlichen Verkehrs durch entsprechende Maßnahmen zu disziplinieren, wird grundsätzlich gutgeheißen. Konsequenterweise wird eine korrespondierende Pflicht des nicht mit der Obsorge betrauten Elternteiles geschaffen, seine Rechte nicht mißbräulich auszuüben und ihm dann die Informations- und Äusserungsrechte abzuerkennen, wenn er durch Verweigerung des persönlichen Verkehrs ein mangelndes Interesse am Kontakt mit dem Kind dokumentiert hat.

Die Wohlverhaltensklausel des Absatz 4 schafft in Verbindung mit § 195 b Außerstreitgesetz Möglichkeiten, zukünftig herabwürdigende Verhaltensweisen gegenüber dem anderen Elternteil einzustellen. Diese Möglichkeit ist sinnvoll.

13.) Zu § 186 ABGB:

Die Legaldefinition des Begriffes „Pflegeeltern“ räumt Mißverständnisse aus und wird begrüßt.

14.) Zu §§ 197 bis 190 ABGB:

Es werden nunmehr zwischen der Obsorge von Eltern, Großeltern und Pflegeeltern einerseits und der Obsorge durch andere Personen (Jugendwohlfahrtsträger, andere Verwandte oder nahestehende Personen sowie fremde Personen) unterschieden. Die Vormundschaft und die Sachwalterschaft für Minderjährige wird sinnvollerweise aufgegeben. Die Sachwalterschaft bleibt auf volljährig psychische Kranke und behinderte Menschen, die Kuratel auf Kollision sowie für Ungeborene und Abwesende und unbekannte Teilnehmer an einem Geschäft, bestehen,.

Diese Begriffsbereinigung ist sinnvoll.

Aus diesem Grund ist auch die Aufhebung der §§ 191 bis 210 mit ihren kasuistischen Regelungen wünschenswert:

15.) Zu §§ 215, 215 a ABGB:

Die Ergänzung der örtlichen Zuständigkeit des Jugendwohlfahrtsträger auch für Kinder, die österreichische Staatsbürger sind, die sich aber im Ausland aufhalten und Unterhaltsansprüche gegen einen im Inland aufhaltigen Elternteil geltend machen wollen, ist zu begrüßen.

16) Zu §§ 229 bis 234 ABGB:

Es ist durch diese Bestimmungen teilweise gelungen, die Vermögensverwaltung zu vereinfachen, von unnötigem Ballast zu befreien und unnötige Kasuistik zu vermeiden. Es werden durch diese Neuformulierung Möglichkeiten geschaffen, besser auf die Bedürfnisse des Einzelfalles einzugehen.

16.) Zu §§ 264 und 265 ABGB:

Die Klarstellung und Regelung der Haftungsfrage der mit der Obsorge betrauten Person gegenüber dem minderjährigen Kind ist sinnvoll. Das in Abweichung von der bisher geltenden Rechtslage geschaffene Mäßigungsrecht ist zu begrüßen.

Dasselbe gilt für die Neuschaffung der Entschädigung und den Entgeltes und Aufwandsersatzes. Es ist keineswegs von der Hand zu weisen, dass Aufgaben um so mehr von entsprechend qualifizierten und geeigneten Personen ausgeübt werden, je mehr (finanzieller) Anreiz dafür geboten wird.

17.) Zu §§ 271 bis 282 ABGB:

Die Änderung, dass Kollisionskuratoren nur in den Fällen materieller Kollision zu bestellen sind, ist ebenso sinnvoll, wie die Beschränkung der Sachwalterschaft auf volljährige Personen.

Die weiteren Änderungen des ABGB (§§ 805, 865, 866, 1034, 1245, 1421 und 1495) betreffen im wesentlichen terminologische Anpassungen; ihre Kommentierung unterbleibt daher.

ÄNDERUNGEN DES EHEGESETZES:

Es wird inhaltlich nur auf die Änderung des § 55 a eingegangen. Nachdem die übrigen Änderungen nur Ergebnisse der Änderungen des ABGB sind, wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf Obiges verwiesen.

Die Intention, die hinter der Änderung des § 55 a Ehegesetz steht, ist nachvollziehbar. Es scheint jedoch zweifelhaft, ob die jetzt eingeführte Verpflichtung, zumindest die Grundsätze für die Ausübung des Rechtes auf persönlichen Verkehr in der Vereinbarung zu regeln, zum gewünschten Ergebnis führt oder nicht viel mehr lediglich eine Änderung des Wortlautes der Leerformel zur Folge hat.

Die Änderungen des Unterhaltsvorschußgesetzes, der Juristiktionsnorm und der Zivilprozeßordnung werden, da sie im wesentlichen nur terminologischer Art sind, nicht weiter kommentiert.

ÄNDERUNGEN DES AUßERSTREITGESETZES:

1.) Zu §§ 182 a, 182 b, 182 c, 182 d, 182 e Außerstreitgesetz:

Die selbständige Verfahrensfähigkeit Minderjähriger ist sicherlich die logische Konsequenz aus der Verbesserung der Rechtsstellung der Minderjährigen im ABGB. Um Vorprüfungen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit, die sich langwierig gestalten können, zu vermeiden, ist in diesem Bereich – anders als bei der medizinischen Handlungsfähigkeit – auch die Einführung einer fixen Altersgrenze (konkret das 14. Lebensjahr) durchaus sinnvoll. Genauso richtig ist es, die Antragslegitimation auf die Fälle der Pflege und Erziehung sowie des Rechtes auf persönlichen Verkehr zu beschränken und die vermögensrechtlichen Angelegenheiten der selbständigen Verfahrensfähigkeit auszunehmen.

Zu einer Verkomplizierung des Verfahrens führen kann die Bestimmung des § 182 d erster Absatz, der zufolge der Jugendwohlfahrtsträger vor Verfügungen über die Pflege und Erziehung, das Recht auf persönlichen Verkehr und die Annahme an Kindesstatt tunlichst zu hören ist.

Da dem Richter praktisch kein Ermessensspielraum mehr überlassen wird, ob die Entscheidung eingeholt werden kann, und die Jugendwohlfahrtsträger – offensichtlich auch aufgrund chronischer Unterbesetzung – ohnehin ständig überlastet sind, ist mit einer erheblichen Verzögerung von Entscheidungen im Pflegschaftsverfahren zu rechnen. Die frühere Formulierung, dass der Jugendwohlfahrtsträger „erforderlichenfalls“ zu hören ist, hätte vollständig genügt. Richter sind in der Lage, die Notwendigkeit selbst zu überprüfen.

Die neu begründete besondere Verschwiegenheitspflicht (§ 182 e Außerstreitgesetz) ist begrüßenswert.

2.) Zu § 185 a Außerstreitgesetz:

Unpraktikabel ist die Bestimmung des § 185 a (3) Außerstreitgesetz. Er bildet keine ausreichende Sicherstellung dafür, dass Irrtümern bei der Obsorge und Mißbräuchen vorgebeugt wird.

Es ist ihm keinerlei Sanktion für den Fall zu entnehmen, dass eine Urkunde nicht zurückgefordert oder als verlustig gemeldet wird.

3.) Zu §§ 185 c und 185 d Außerstreitgesetz:

Absolut begrüßenswert ist die gesetzliche Darstellung, dass der persönliche Verkehr gegen den Willen eines einsichts- und urteilsfähigen Minderjährigen weder geregelt noch durchgesetzt werden soll.

Der Feststellungsbeschluß, dass ein Elternteil des persönlichen Verkehr mit dem Minderjährigen ohne gerechtfertigten Grund ablehnt, ist allerdings geeignet, statt einer Entspannung der Situation zwischen Eltern und Kind, eine Verschärfung herbeizuführen. Da allerdings an die Verweigerung des Rechtes des persönlichen Verkehrs durch einen Elternteil – sinnvollerweise – die Sanktion der Einschränkung der Informations- und Äußerungsrechte geknüpft ist, muß der Feststellungsbeschluß wohl akzeptiert werden.

Begrüßenswert ist die gesetzliche Verankerung der bereits in der Vergangenheit von einigen Pflegschaftsgerichten praktizierten Besuchsbegleitung.

4.) Zu § 193 ff Außerstreitgesetz:

Das Bemühen, die pflegschaftsgerichtliche Rechtsfürsorgepflicht im Bereich der Vermögensverwaltung gegenüber den gesetzlichen Vertretern zu reduzieren, ist anerkennenswert, der Hintergrund, nur noch bei konkreter Gefährdung des Wohles des Kindes einzugreifen, entspricht der schon bisher – mit dem Gesetz nicht immer zu vereinbarenden Praxis der Gerichte.

Die „Entrümpelung“ der Pflegschaftsrechnung ist ebenso wünschenswert, wie die Festlegung des Anspruches auf Entschädigung.