

Sehr geehrte Damen und Herren,

nachfolgend die Stellungnahme der Kinder- und Jugendanwaltschaft Salzburg zum Außerstreitgesetz. Ist damit die Übersendung der 25 Kopien an das Präsidium des Nationalrates hinfällig? Bitte um kurze Rückmeldung.

Mit freundlichen Grüßen

Mag. Paul Arzt, Kinder- und Jugendanwalt

-----

Salzburg, am 19.10.2000

**Betreff:** Stellungnahme zum Außerstreitgesetz

Sehr geehrte Damen und Herren,

zum Entwurf eines Bundesgesetzes über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen (Außerstreitgesetz) nimmt die Kinder- und Jugendanwaltschaft Salzburg wie folgt Stellung:

**I. Positive Aspekte:**

Zunächst ist positiv herauszustreichen, dass das Außerstreitgesetz aus dem Jahr 1854 grundlegend neu geregelt und nicht nur einer punktuellen Novellierung unterzogen werden soll. Bestehende Regelungsdefizite, die bisher durch Rechtsprechung kompensiert wurden, sollen durch übersichtliche, systematische und lebensnahe Bestimmungen ersetzt werden.

Zu begrüßen ist insbesondere, dass

- alle Abstammungsverfahren, die die Klärung der Vaterschaft zum Gegenstand haben,
- ebenso alle Unterhaltsansprüche, unabhängig davon, ob es sich um minderjährige oder volljährige Kinder handelt,

nunmehr im Außerstreitverfahren abgewickelt werden. Damit entfällt einerseits die Unsicherheit, auf welchem Rechtsweg vorzugehen ist, andererseits ermöglicht es den Parteien ein weniger förmliches Einschreiten, da das "Verfahren außer Streitsachen" durch größere Flexibilität, geringere Formstrenge, Hilfeorientiertheit, Kostenersatz nach Billigkeit, Betonung einer selbstverantwortlichen Lösung des Konflikts durch die Parteien etc. geprägt ist.

Positiv sind daher diejenigen Bestimmungen, die diesem Aspekt Rechnung tragen, wie etwa

- Mitnahme einer Vertrauensperson zu Gericht
- verfahrensbeschleunigende Maßnahmen

- Ruhen und Innehalten des Verfahrens zur Inanspruchnahme außergerichtlicher Konfliktbereinigung
- die Verankerung des Vertraulichkeitsgrundsatzes in familienrechtlichen Verfahren
- der Einsatz von Besuchsbegleitern.

## **II. Kritische Aspekte:**

Aus Sicht der Kinder und Jugendanwaltschaft sind folgende Bestimmungen jedoch nicht vorrangig am Kindeswohl orientiert, sodass wir nachfolgende Änderungsvorschläge unterbreiten:

### **1. Kostenersatzanspruch im Zusammenhang mit Unterhalt (§§ 82 bis 84; 110 bis 113):**

Problematisch erscheint in diesem Zusammenhang die **unterschiedliche Behandlung von minderjährigen Kindern einerseits und volljährigen Kindern** andererseits als Unterhaltsgläubiger, indem § 110 Abs. 1 für Volljährige einen relativen Anwaltszwang normiert und Abs. 2 den Kostenersatz im Verfahren über Unterhaltsansprüche eines minderjährigen Kindes ausschließt. Insbesondere aufgrund der bevorstehenden Absenkung der Volljährigkeitsgrenze auf 18 Jahre führt dies dazu, dass auch Schüler (HTL, HAK, HBLA etc.) und mittellose Studierende ein Unterhaltsverfahren mit relativem Anwaltszwang und Kostenersatzpflicht führen müssen.

Dazu grundsätzlich:

Im vorliegenden Entwurf herrscht der Grundsatz, wonach jede Partei ihre Kosten selbst zu tragen hat, soweit kein Kostenersatz angeordnet ist. 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. Darüber hinaus hat das Gericht die **"tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten der Sache"** in der Kostenentscheidung zu berücksichtigen. Es ist zu befürchten, dass diese unpräzisen Bestimmungen zu einer sehr unterschiedlichen Rechtsprechung führen werden.

**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.**

☒ **Wir schlagen daher vor, generell im Verfahren über Unterhaltsansprüche von (minderjährigen und volljährigen) Kindern gegenüber ihren Eltern eine Kostenersatzpflicht auszuschließen. Die allgemeinen Bestimmungen des § 82 Abs. 4 über eine Kostenersatzpflicht bei Mutwillen oder Irreführung reichen aus, um allfälligen mißbräuchlichen Anträgen entgegenzutreten zu können.**

## **2. (Ähnliches gilt zum) Kostenersatzanspruch im Abstammungsverfahren (§§ 82, 92):**

Nicht neu, aber anlässlich der beabsichtigten grundlegenden Neuregelung des Abstammungsverfahrens aufzugreifen ist der Umstand, dass das Kind (unabhängig von seinem Alter) zwar das Risiko des Ausgangs 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 welchem 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."*

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 wörtlich wiedergegebenen Empfehlungen keineswegs um bindende Normen, sondern die Rechtsprechung kann durchaus davon abweichende Grundsätze entwickeln.

**☒ Wir schlagen daher vor, eine Kostenersatzpflicht des Kindes im Abstammungsverfahren grundsätzlich auszuschließen. Weiters zeigt sich hier - wie auch in anderen Zusammenhängen - das grundsätzliche Bedürfnis auf eigenständige Vertretung der Interessen des Kindes.**

### **3. Kosten für Besuchsbegleiter (§ 120):**

Grundsätzlich ist die Einführung der "Besuchsbegleitung" zu begrüßen, die nach dem vorliegenden Entwurf sowohl von Amts wegen als auch auf Antrag mittels Gerichtsbeschluss angeordnet werden kann (im Unterschied zum KRÄG-Entwurf 99, in dem dies nur auf Antrag vorgesehen war). Voraussetzung für einen Antrag, der auch von einem selbständig verfahrensfähigen Minderjährigen gestellt werden kann, ist die Namhaftmachung einer dafür geeigneten Person oder Stelle.

Problematisch erscheint allerdings, wie bereits in unserer Stellungnahme zum Kindschaftsrechtsänderungsgesetz 1999 angeführt, die Kostentragung durch die Parteien aus folgendem Grund:

In bestimmten Fällen ist eine Besuchsbegleitung die einzige Möglichkeit, um das Recht des Kindes auf persönlichen Kontakt mit dem nicht-obsorgepflichtigen Elternteil realisieren zu können, wobei grundsätzlich (und das geschieht im Entwurf nicht!) zwischen einer beaufsichtigten Ausübung des Besuchskontaktes und einer begleiteten Übergabe zur Ausübung des Besuchskontaktes zu unterscheiden ist.

Außerdem wäre es sinnvoll, nicht erst im Zuge eines Gerichtsverfahrens einen Antrag auf Besuchsrechtsregelung vorzusehen, sondern die Hilfestellung bereits im Vorfeld, nämlich im Rahmen der Jugendwohlfahrt, anzubieten.

**☒ Nach unseren mehrjährigen Erfahrungen in zahlreichen Einzelfällen ist zu befürchten, dass die Verpflichtung zur Kostentragung ein neuerlicher Streit- und Konfliktgrund sein wird, der binnen kurzem jeglichen weiteren Besuchskontakt vereitelt, sodass im Kindesinteresse (UN-Kinderrechtskonvention, Art. 3!) nur eine Kostentragung durch die öffentliche Hand - subsidiär für das Kind, in dessen Interesse ja letztlich diese Besuchsbegleitung veranlasst wird - zielführend sein kann.**

**4. Parteienstellung /Interessenkonflikt (§§ 19, 117, 114):**

§ 114 sieht vor, daß Minderjährige, die das 14. Lebensjahr vollendet haben, in Verfahren über Pflege und Erziehung oder über das Recht auf persönlichen Verkehr selbständig vor Gericht handeln können. Abs. 2 betrifft den - meistens durchaus tragischen - Fall, dass es zu Interessenkollisionen zwischen Minderjährigen und dem gesetzlichen Vertreter kommt, was zu einander widerstreitenden Anträgen und Vorbringen führen kann. Dabei sind - so das Gesetz - *"bei der Entscheidung alle Anträge inhaltlich zu berücksichtigen"*.

Dies ist aus unserer Sicht in mehrerlei Hinsicht unzureichend:

a) Eine - parteiliche - Vertretung der Minderjährigen ist in diesem Fall nicht vorgesehen. Vielmehr sprechen die Erläuternden Bemerkungen 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 löst dieses Problem nur teilweise, weil dieser meist vom Gericht in beratender Funktion beigezogen sein wird, etwa zur Durchführung von Erhebungen, oder aber auch bereits tief in den Konflikt verstrickt sein kann, etwa als besonderer Unterhaltssachwalter, bei vorangegangenen Kindesabnahmen etc. Darüber hinaus ist eine Anhörung des Jugendwohlfahrtsträgers nicht verpflichtend, sondern ist er gem. § 117 Abs. 1 "tunlichst" zu hören.

b) Die Beschränkung der Verfahrensfähigkeit von mündigen Minderjährigen auf Verfahren über Pflege, Erziehung und Besuchsrecht und somit der Ausschluss von vermögensrechtlichen Angelegenheiten wird gerade dem in der Praxis häufig vorkommenden Konfliktfall, nämlich dass ein Jugendlicher aus der Elternwohnung ausziehen möchte und die Eltern den Unterhalt verweigern, nicht gerecht, wobei hier an eine sehr konfliktreiche Eltern-Kind-Beziehung gedacht ist und nicht an ein Ausziehen aufgrund vorübergehender Unstimmigkeiten und Missverständnisse!

*Eine Ausweitung der selbständigen Verfahrensfähigkeit auch auf vermögensrechtliche Angelegenheiten ist weder aus der KRK abzuleiten noch durch den Verfahrensgegenstand erzwungen oder praktisch wünschenswert ... würden sie doch die Pflegschaftsverfahren "heillos" überfrachten.*

(Erläuternde Bemerkungen, S. 148!) Sollte dem Gesetzgeber jedoch 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 - eine selbständige Parteienstellung zur Wahrung des Kindeswohls einzuräumen.

Die **Notwendigkeit der Einräumung einer Parteistellung samt einer unabhängigen Vertretung 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 Absehen 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 wird aber offenbar erst durch die Zustellung der getroffenen Entscheidung in das Verfahren einbezogen (§ 125 Abs. 2).

☒ **Die Kinder- und Jugendanwaltschaft fordert daher unabhängig vom Alter (also auch für die unter 14-Jährigen) in allen sie betreffenden Verfahren eine gesetzlich verankerte Parteienstellung. Angeregt wird eine Regelung, wie sie zB das deutsche FGg (§ 50) oder der "Children´s Act" (Vereinigtes Königreich) vorsehen; dabei wäre selbstverständlich für eine unabhängige Kindesvertretung (auf Kosten des Staates) vorzusorgen.**

#### **5. Anhörungsrechte (§§ 116, 117, 118):**

In eventu, sollte also der Forderung nach einer umfassenden Parteienstellung nicht entsprochen werden, sind die Anhörungsrechte auszubauen. Ein grundlegendes Defizit des vorliegenden Entwurfes besteht nämlich darin, dass weitergehende Möglichkeiten vom Absehen der Einbeziehung des Minderjährigen geboten werden.

Hervorgehoben sei in diesem Zusammenhang § 117 Abs. 1, der vorsieht, dass *der Jugendwohlfahrtsträger vor Verfügungen über Pflege und Erziehung oder über das Recht auf persönlichen Verkehr tunlichst zu hören ist, es sei denn, dass durch einen damit verbundenen Aufschub der Verfügung 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.**

§ 116 Abs. 2 des Entwurfes ermöglicht dem Gericht wiederum von der mangelnden Verständnissfähigkeit des Minderjährigen selbst ohne dessen Befragung auszugehen und daher eben von der Befragung abzusehen. Weiters ist ein Minderjähriger in einem solchen

Verfahren nur "tunlichst" zu hören.

Als weiteres Argument dafür, dass der Jugendwohlfahrtsträger nicht ausschließlich als Interessen- bzw. Parteienvertreter des Minderjährigen angesehen werden kann, ist in § 118 Abs. 1 zu finden: darin ist vorgesehen, 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.

**☒ Wir fordern also eine Miteinbeziehung eines Minderjährigen in alle ihn betreffende Verfahren durch verpflichtende Anhörung des Minderjährigen sowie des Jugendwohlfahrtsträgers. Ausnahmen sind nur begründetermaßen wegen Kindeswohlgefährdung zulässig.**

Abschließend wollen wir auch an diesem Ort unser Bedauern und Befremden zum Ausdruck bringen, dass der begleitend sich im Gesetzwerdungsstadium befindende **Entwurf zum Kindschaftsrechtsänderungsgesetz (KindRÄG 2001)** mit entscheidenden Änderungen gegenüber dem Entwurf 1999, vor allem im Bereich der Obsorge, **nicht zur Begutachtung an ExpertInnen ausgesendet** wurde, sondern bereits als Regierungsvorlage den Ministerrat passiert hat.

In der Hoffnung auf Berücksichtigung unserer Stellungnahme verbleiben wir mit freundlichen Grüßen

Mag. Paul Arzt e.h. (Kinder- und Jugendanwalt)

Dr. Andrea Holz-Dahrenstaedt e.h. (Juristin)

--

Kinder-	und	Jugendanwaltschaft	Salzburg
Ombudsoffice	for	Children	and Youth
Strubergasse	4	- A-5020	Salzburg (Austria)
Tel.:	++43-(0)662-430550	- Fax:	++43-(0)662-430590

E-mail: [kija@salzburg.co.at](mailto:kija@salzburg.co.at) - Internet: <http://www.salzburg.com/kija>