

LAND
OBERÖSTERREICH

Amt der Oö. Landesregierung
4021 Linz • Landhausplatz 1

Geschäftszeichen:
Verf-300841/31-2012-Za

An das

Bearbeiterin: Mag. Petra Zahradnik-Uebe
Tel: (+43 732) 77 20-140 25
Fax: (+43 732) 77 20-21 17 13
E-Mail: verfd.post@ooe.gv.at

Bundesministerium für Justiz
Museumstraße 7
1070 Wien

www.land-oberoesterreich.gv.at

Linz, 5. November 2012

Kindschafts- und Namensrechts-Änderungs- gesetz 2012 - KindNamRÄG 2012; Entwurf - Stellungnahme

(Zu GZ BMJ-Z4.500/0046-I 1/2012 vom
10. Oktober 2012)

Sehr geehrte Damen und Herren!

Das Amt der Oö. Landesregierung teilt zum vorliegenden Entwurf Folgendes mit:

I. Finanzielle Auswirkungen

Der Entwurf enthält keinerlei Ausführungen, welche (möglichen) finanziellen bzw. personellen Auswirkungen für die Länder als Jugendwohlfahrtsträger (JWT) durch die geplanten Regelungen zu erwarten sind; vielmehr wird offensichtlich ausschließlich von finanziellen Auswirkungen auf den Bund ausgegangen. Eine fundierte Abschätzung möglicher Kosten für die JWT unsererseits war angesichts der kurzen Stellungnahmefrist nicht möglich, untenstehend wurde jedoch eine Einschätzung versucht, die schon die **Kostenbelastung der Länder** erahnen lässt. Auf Grund folgender Bestimmungen werden Mehraufwendungen erwartet:

§ 180 ABGB

Mehraufwendungen für die JWT resultieren vor allem aus den neu vorgesehenen Obsorge-Antragsrechten von Elternteilen, die bisher nicht mit der Obsorge betraut waren. Es ist zu befürchten, dass betroffene (derzeit allein mit der Obsorge betraute) Elternteile, die sich gegen solche Anträge wenden, meist mit einer Kindeswohlgefährdung argumentieren werden, die für den JWT im Ergebnis die Verpflichtung zur Durchführung eines Abklärungsverfahrens zur Folge haben wird. Der Entwurf enthält keine Angaben darüber, mit wie vielen derartigen Anträgen gerechnet wird. Aus öffentlichen Stellungnahmen von Standesvertretern der Familienrichter seit Bekanntwerden des gegenständlichen Entwurfs wurde aber deutlich, dass jedenfalls diese mit

einer erheblichen Anzahl derartiger Anträge rechnen, wobei die **in diesen Fällen aus deren Sicht jedenfalls notwendige Befassung des JWT auch ausdrücklich erwähnt wurde.**

Grundsätzlich muss es **Aufgabe des Gerichts selbst sein, mit den ihm zur Verfügung stehenden Ressourcen seine Verfahren abzuwickeln.** Die gesetzliche Verankerung einer Familiengerichtshilfe, die durch ihre sozialarbeiterischen, psychologischen und pädagogischen Fachkräfte in Hinkunft das Gericht in Verfahren über die Obsorge und die persönlichen Kontakte unterstützen soll (§ 106a AußStrG idF des Entwurfs), ist daher, weil davon auf Sicht eine Entlastung des JWT erhofft wird, grundsätzlich zu begrüßen. In den Erläuterungen zu den Kosten wird allerdings ausgeführt, die Familiengerichtshilfe solle schrittweise eingeführt werden (aktuell besteht nur ein Modellprojekt an einigen Gerichtsstandorten, nicht aber in Oberösterreich). Ihr Ausbau stehe ausdrücklich unter der Maßgabe der jeweiligen budgetären Möglichkeiten. Es erscheint völlig unrealistisch, dass die Personalkosten einer flächendeckend ausgebauten Familiengerichtshilfe - wie in den Erläuterungen ausgeführt - auch nur annähernd durch Kostenersparnisse im Bereich von bisher nötigen externen Gutachten und zusätzliche Einnahmen an Gerichtsgebühren ausgeglichen werden könnten. **Nach den Erläuterungen ist über die Finanzierung des Modellversuchs samt wissenschaftlicher Begleitforschung hinaus budgetär vom Bund für die Familiengerichtshilfe nicht vorgesorgt.**

Es ist daher zu befürchten, dass sich - wie eben medial von den Standesvertretern schon angekündigt - die Pflegschaftsgerichte in diesen neuen Verfahren nach § 180 ABGB idF des Entwurfs an den JWT wenden werden. Die Erläuterungen enthalten jedoch keinerlei Ausführungen, mit wieviel derartigen Verfahren von aktuell nicht mit der Obsorge betrauten Elternteilen gerechnet wird. Geht man von der Anzahl der Geburten in Oberösterreich von ca. 13.500 im Jahr 2011 bei einer Unehelichenquote von ca. 40 % aus, ergibt sich eine Zahl von 5.400. Nimmt man an, dass davon in ca. 70 % der Fälle aktuell keine gemeinsame Obsorge vereinbart wurde, ergibt sich eine Anzahl von ca. 3.800 Fällen, die grundsätzlich für Anträge nach § 180 ABGB idF des Entwurfs in Frage kämen. Nimmt man an, dass in zwischen 5 und 10 % dieser Fälle so massive Differenzen zwischen den betroffenen Elternteilen bestehen, dass die Kindeswohlgefährdung (zur Verhinderung der gemeinsamen Obsorge) thematisiert wird, kann man **in Oberösterreich von einer Zahl von ca. zwischen 200 und 400 zusätzlichen Abklärungsfällen für den JWT ausgehen.** Bei einem dafür notwendigen durchschnittlichen Aufwand von ca. 11 Stunden pro Fall errechnen sich zwischen 2.200 und 4.400 Stunden zusätzlicher Aufwand, woraus sich ein geschätzter **zusätzlicher Personalbedarf von zwischen 1,3 bis 2,6 PE** ergibt. (Hinsichtlich allenfalls weiterer zusätzlich notwendiger Abklärungsverfahren siehe unten die Ausführungen zu §§ 177 und 190 ABGB idF des Entwurfs.)

Dabei ist zusätzlich noch darauf hinzuweisen, dass für diese Verfahren gemäß § 180 ABGB idF des Entwurfs eine 6-monatige Phase vorgesehen ist, für die das Gericht unter Aufrechterhaltung der bisherigen Obsorgeregelung eine vorläufige Regelung treffen und schließlich, entsprechend den in dieser Zeit gemachten Erfahrungen, engültig entscheiden soll. Die Erläuterungen bleiben eine Darlegung schuldig, wer hier die Beobachtung der Situation für das Gericht vornehmen soll, geschweige denn, wer hier allenfalls in dieser Zeit die Eltern im Interesse des Kindes unterstützen soll. Selbst wenn das wohl an sich Aufgabe der Familiengerichtshilfe wäre, kann wie ausgeführt

wohl in absehbarer Zeit kaum mit deren flächendeckendem Ausbau gerechnet werden. Vom JWT können diese Tätigkeiten jedenfalls nicht geleistet werden.

Schließlich ist auch noch darauf zu verweisen, dass gegenüber der Familiengerichtshilfe Pflichten des JWT zur Auskunftserteilung vorgesehen sind (§ 106a Abs. 3 AußStrG idF des Entwurfs), die möglicherweise die erhoffte Entlastung der JWT durch die Einführung der Familiengerichtshilfe (jedenfalls zum Teil) ebenfalls relativieren.

§§ 177 Abs. 2 und 190 Abs. 2 ABGB

Mehraufwendungen für die JWT könnten auch daraus resultieren, dass nach dem Entwurf gerichtliche Genehmigungen von Vereinbarungen (etwa über die gemeinsame Obsorge, die hauptsächliche Betreuung und die persönlichen Kontakte) entfallen sollen bzw. Vereinbarungen über die gemeinsame Obsorge von außerhalb einer Ehe geborenen Kindern nun vor dem Standesamt abzuschließen sind. Ob diese Vereinbarungen auch tatsächlich dem Kindeswohl entsprechen, soll dabei zukünftig grundsätzlich von vornherein nicht mehr gerichtlich geprüft werden. Auch hier gilt: Will ein betroffener Elternteil von einer derartigen (etwa übereilt geschlossenen) Vereinbarung wieder wegkommen, wird er/sie wohl in der Regel mit einer Kindeswohlgefährdung argumentieren, was im Ergebnis ein Abklärungsverfahren des JWT auslösen wird.

§ 95 Abs. 1a AußStrG

Ferner könnte aus der neu vorgesehenen (fachlich an sich zu begrüßenden) Verpflichtung von Scheidungswilligen, dem Gericht eine Bescheinigung über eine Beratung über die spezifischen aus der Scheidung resultierenden Bedürfnisse ihrer minderjährigen Kinder "bei einer anerkannten Einrichtung" vorzulegen, ein vermehrtes Herantreten mit derartigen Begehren (auch) an den JWT resultieren. Das war in der Praxis schon nach Änderung des § 95 Abs. 1 AußStrG durch BGBl. I Nr. 75/2009 zu beobachten, womit die bis dahin bestehende Aufklärungspflicht des Gerichts gegenüber nicht durch einen Rechtsanwalt vertretenen Parteien über wesentliche Scheidungsfolgen aufgehoben wurde und Parteien von Gerichten zum Teil ausdrücklich an den JWT verwiesen wurden. Dazu ist nochmals darauf hinzuweisen, dass diese Leistungen vom JWT nicht erbracht werden können.

Auch hier bleiben die Erläuterungen hinsichtlich des für diese Beratung bereit stehenden Angebots für Scheidungswillige sehr vage. Die in diesem Zusammenhang neben "freiberuflich tätigen Psychologen und Pädagogen" angeführten "etablierten Familienberatungsstellen" gibt es etwa in Oberösterreich nicht in ausreichender Zahl, wobei auch deren Aufgabenprofil, jedenfalls soweit es sich um Familienberatungsstellen in der Rechtsträgerschaft des Landes handelt, die angesprochene nachgefragte Leistung gar nicht umfasst.

Auch hier ist es **Aufgabe des Bundes**, etwa über Anhebung der Fördermittel, allenfalls auch über Änderung des Familienberatungsförderungsgesetzes, **für ein ausreichendes Angebot von**

Einrichtungen vorzusorgen, die die von ihm gesetzlich von den Scheidungswilligen geforderten Beratungen auch tatsächlich vornehmen können.

II. Anmerkungen zu einzelnen Bestimmungen

Zu § 138 ABGB

Der in dieser Bestimmung vorgenommene deutliche Ausbau der demonstrativ angeführten Kriterien zur Umschreibung des Kindeswohls wird begrüßt.

Zu § 139 ABGB

Die im letzten Satz des Abs. 2 neu vorgesehene Pflicht auch von Lebensgefährten zur Vertretung des Elternteils in Obsorgeangelegenheiten des täglichen Lebens - die aktuell nur Ehegatten trifft (§ 90 Abs. 3 ABGB idGF) - könnte im Einzelfall zu rechtlichen Unklarheiten führen. Dies etwa, wenn unklar ist, ob eine Person (schon) als Lebensgefährte im Rechtssinn (die Judikatur fordert das Vorliegen einer Lebens-, Wirtschafts- und Geschlechtsgemeinschaft) anzusehen ist, und diese Person eine Erklärung für das Kind etwa gegenüber der Schule, einem Arzt oder einem sonstigen Dritten abgibt. Für den Dritten könnte unklar sein, inwieweit diese Person tatsächlich legitimiert ist, für das Kind eine rechtswirksame Erklärung abzugeben.

Zu § 162 ABGB

Die Abs. 2 und 3 differenzieren hinsichtlich der Bestimmung des Wohnorts des Kindes danach, ob festgelegt ist, in wessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird.

Dies widerspricht allerdings § 177 Abs. 2 dritter Satz und Abs. 3, § 179 Abs. 2 und § 180 Abs. 1 ABGB idF des Entwurfs, wonach immer, wenn die Eltern nicht in häuslicher Gemeinschaft leben (wie auch nach der geltenden Rechtslage), ein Haushalt festgelegt sein muss, in dem das Kind hauptsächlich betreut wird. Das Modell der sog. "Doppelresidenz", das im Rahmen der früheren inoffiziellen Entwürfe des Justizministeriums als Möglichkeit ebenfalls enthalten war, wurde offenbar in den ggst. Entwurf nicht mehr übernommen. Diese Unstimmigkeit zwischen den angeführten Bestimmungen wäre dringend zu beseitigen.

Zu § 172 ABGB

§ 172 ABGB idF des Entwurfs stellt auf die "Einsichts- und Urteilsfähigkeit" ab, ohne aber näher festzulegen, wann (zumindest im Zweifel - vgl. etwa § 173 ABGB idF des Entwurfs) von dieser auszugehen ist. Das wäre dringend noch ergänzend klarzustellen.

Zu § 173 ABGB

Soweit die Zustimmung des mit der Pflege und Erziehung Betrauten zu einer medizinischen Behandlung vorgesehen ist, sollte im Hinblick auf § 181 Abs. 4 ABGB idF des Entwurfs in der gesamten Bestimmung die Terminologie des Abs. 3 verwendet werden (Person, "die mit Pflege und Erziehung betraut ist").

Zu § 177 iVm § 190 ABGB

Die im § 177 Abs. 2 für außerhalb einer Ehe geborene Kinder vorgesehene Vereinbarung der gemeinsamen Obsorge der Eltern vor dem Standesbeamten, die in Zukunft auch keine gerichtliche Genehmigung erfordern soll, erscheint doch bedenklich. Nach geltender Rechtslage ist in diesem Zusammenhang eine Zuständigkeit des Pflegerschaftsgerichts vorgesehen, das zu beurteilen hat, ob die Vereinbarung im Interesse des Kindeswohls liegt. Die im Entwurf immerhin vorgesehene Möglichkeit des Widerrufs innerhalb von 8 Wochen, sowie die Verpflichtung des Standesamts, die Vereinbarung dem Gericht zu übermitteln (§ 109 Abs. 3 AußStrG idF des Entwurfs) und gegebenenfalls auch Hinweise auf Kindeswohlgefährdungen mitzuteilen, erscheint nicht ausreichend, diese Bedenken im Hinblick auf das Kindeswohl zu zerstreuen. Standesbeamte werden schon ganz grundsätzlich in der Regel keine ausreichende fachliche Kompetenz zur Wahrnehmung von Kindeswohlgefährdungen haben.

In den Erläuterungen zu § 19 RpfLG idF des Entwurfs wird - ganz zurecht - ausgeführt, wie wichtig es ist, dass sich der Richter selbst einen unmittelbaren Eindruck von den Parteien macht, um besser beurteilen zu können, ob etwa wichtige im Kindeswohl gelegene Gründe vorliegen, die gegen eine von den Eltern getroffene Vereinbarung sprechen. Dies sollte aber nicht nur - wie nun vorgesehen - im Rahmen einer gerichtlichen Missbrauchskontrolle gelten, die ja immer voraussetzt, dass irgendwer eine Kindeswohlgefährdung bei Gericht vorbringt. Aus Sicht des Kindeswohls wäre daher auch künftig zu bevorzugen, dass weiterhin jede Vereinbarung von Eltern über die gemeinsame Obsorge vom Pflegerschaftsgericht zu genehmigen ist.

Zu § 180 ABGB

Hinsichtlich der im Entwurf ausdrücklich vorgesehenen Möglichkeit für das Gericht, eine gemeinsame Obsorge auch gegen den Willen eines Elternteils anordnen zu können, bestehen ganz grundsätzlich verschiedentlich fachliche Bedenken im Hinblick auf mögliche negative Auswirkungen auf das Kindeswohl. Nicht klar ist, was die Erläuterungen meinen, wenn sie auf die Anwendung der "bisherigen Grundsätze" verweisen, wenn es um die Anordnung der Obsorge beider Elternteile geht. Eine derartige gerichtliche Anordnung gegen den Willen eines Elternteils war ja bisher eben nicht vorgesehen, was auch die angeführte OGH-Entscheidung (7 Ob 82/12b) nochmals ausdrücklich bekräftigt.

Ferner fehlt im Abs. 1 auch eine Regelung, dass das Gericht im Fall einer endgültigen Anordnung einer gemeinsamen Obsorge festzulegen hat, in welchem Ausmaß der nicht hauptsächlich betreuende Elternteil sich an der Pflege und Erziehung konkret zu beteiligen hat. Nur wenn sich

auch die Betreuungssituation im Alltag ändert - der andere Elternteil also auch die damit verbundenen Pflichten konkret zu übernehmen hat -, wird man wohl in der Regel für das Kindeswohl einen Vorteil darin sehen können, eine gemeinsame Obsorge auch gegen den Willen eines Elternteils anordnen zu können.

Hinsichtlich der Mehrbelastung der Länder wurde schon unter Punkt I hingewiesen.

Zu § 193 ABGB

Gegen die vorgesehene Herabsetzung und Vereinheitlichung des Mindestalters für Adoptivvater und -mutter sowie des Altersunterschieds zwischen Adoptiveltern und -kind bestehen grundsätzlich keine Bedenken, sofern es - wie vorgesehen - dabei bleibt, dass weitere Unterschreitungen nicht mehr möglich sind.

Zu § 231 ABGB

Die im Abs. 4 neu vorgesehene Einschränkung der Möglichkeit zu sog. "Schad- und Klagloserklärungen" zwischen den Elternteilen wird begrüßt. Allerdings sollte zumindest in den Erläuterungen klargestellt werden, dass auch derartige vor Gericht im Zuge einer Scheidung geschlossene Vereinbarungen (die nach dem letzten Halbsatz auch weiterhin zulässig sein sollen) weiterhin nicht (auch) für das betroffene Kind bindend sind, es also jedenfalls immer den ihm gesetzlich zustehenden Unterhalt von jedem Elternteil fordern kann.

Zu § 1503 ABGB

Z 1 sieht für das Inkrafttreten grundsätzlich den 1.2.2013 vor, während die Erläuterungen vom 1.4.2013 sprechen. Dies wäre entsprechend anzupassen.

Zu § 106a AußStrG

Zur Einrichtung der Familiengerichtshilfe wird auf die Ausführungen unter Punkt I verwiesen.

Dass nunmehr, anders als noch in inoffiziellen Vorentwürfen, im Abs. 3 für den JWT keine Pflicht zur Gewährung von Einsicht in die Akten an die bei der Familiengerichtshilfe tätigen Personen mehr vorgesehen ist (wie auch von der ARGE JW gefordert), wird begrüßt. Auf die mit der vorgesehenen Verpflichtung des JWT zur Auskunftserteilung verbundene allfällige Relativierung der erhofften Entlastung des JWT wurde bereits unter Punkt I hingewiesen.

Zu § 107 AußStrG

Die im Abs. 2 vorgesehene erweiterte Möglichkeit für das Gericht, vorläufige Entscheidungen in Verfahren über die Obsorge oder die persönlichen Kontakte zu treffen, wird begrüßt.

Dasselbe gilt für die im Abs. 3 vorgesehene Möglichkeit, zur Sicherung des Kindeswohls künftig auch Eltern selbst etwa zum Besuch einer Familien-, Eltern- oder Erziehungsberatung zu verpflichten. Zu klären wäre aber, inwieweit nicht auch die entsprechende Bestimmung im materiellen Recht, konkret § 181 ABGB idF des Entwurfs, der nach wie vor (wie aktuell § 176 ABGB idgF) eine Kindeswohlgefährdung durch die Eltern/sonstigen Obsorgebetrauten voraussetzt, dahingehend angepasst werden müsste, dass derartige Verfügungen eben schon zur Sicherung des Kindeswohls (ohne dass notwendigerweise eine Kindeswohlgefährdung vorliegen muss) getroffen werden können.

Zu § 107a AußStrG

Die in dieser Bestimmung vorgesehenen Antragsrechte im Zusammenhang mit Maßnahmen des Jugendwohlfahrtsträgers wegen Gefahr im Verzug sollten - wie in einem inoffiziellen Vorentwurf so auch vorgesehen ("auf Antrag einer Partei") - auch dem JWT zustehen, da auch dieser im Einzelfall ein rechtlich gerechtfertigtes Interesse an den vorgesehenen Feststellungen haben kann. Hinzuweisen ist darauf, dass in diesem Sinn nun auch die LandesjugendwohlfahrtsreferentInnenkonferenz in ihrer Tagung vom 5.10.2012 einen entsprechenden Beschluss gefasst hat.

Zu § 55a Abs. 2 EheG

Die vorgesehene Abschaffung der Möglichkeit, die Regelung der persönlichen Kontakte mit dem Kind vorzubehalten, sodass die Eltern verhalten sind, bereits zum Zeitpunkt der einvernehmlichen Scheidung eine Regelung auch über die Ausübung des Kontaktrechts zu treffen, wird begrüßt.

Zu § 19 RpfLG

Die hier vorgesehene Zuständigkeit des Richters (anstatt bisher des Rechtspflegers) wird begrüßt. Zur Abschaffung der pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung siehe Ausführungen zu § 177 ABGB.

Die Ausführungen im letzten Satz der Erläuterungen, wonach auch die Vereinbarung einer "gleichzeitigen Betreuung eines Kindes in den Haushalten beider Eltern" in die richterliche Zuständigkeit falle, können nicht nachvollzogen werden. Wie bereits zu § 162 ABGB ausgeführt, ist das Modell der sog. "Doppelresidenz" im Entwurf nicht mehr vorgesehen.

Mit freundlichen Grüßen!

Für die Oö. Landesregierung:

Dr. Eduard Pesendorfer
Landesamtsdirektor

Ergeht abschriftlich an:

1. das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst
2. alle Ämter der Landesregierungen
3. die Verbindungsstelle der Bundesländer
4. die Mitglieder der Oö. Landesregierung
5. die Direktion Finanzen
(zu Fin-081840)

Hinweis:

Wenn Sie mit uns schriftlich in Verbindung treten wollen, richten Sie Ihr Schreiben bitte an das Amt der Oö. Landesregierung, Direktion Verfassungsdienst, Landhausplatz 1, 4021 Linz, und führen Sie das Geschäftszeichen dieses Schreibens an.