Die Kinder- und Jugendanwaltschaften Österreichs
Information und Hilfe für Kinder und Jugendliche
www.kija.at

Zahl: KIJA 60.07-2/2016-2

An das
Bundesministerium für Justiz
Museumsstraße 7
1070 Wien
per Email: team.z@bmj.gv.at

Ergeht auch an das Präsidium des Nationalrates
begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

9. September 2016

Betreff: Stellungnahme zum Entwurf des 2. Erwachsenenschutz-Gesetzes

Bezug: BMJ-Z4.973/0059-I 1/2016

Bundesgesetz, mit dem das Erwachsenenvertretungsrecht und das Kuratorenrecht im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch geregelt werden und das Ehegesetz, das Eingetragene Partnerschaft-Gesetz, das Namensänderungsgesetz, das Bundesgesetz über Krankenanstalten und Kuranstalten, das Außerstreitgesetz, die Zivilprozessordnung, die Jurisdiktionsnorm, das Vereinssachwalter-, Patientenanwalts- und Bewohnervertretungsgesetz, das Unterbringungsgesetz, das Heimaufenthaltsgesetz, die Notariatsordnung, die Rechtsanwaltsordnung, das Gerichtsgebührengesetz und das Gerichtliche Einbringungsgesetz geändert werden (2. Erwachsenenschutz-Gesetz – 2. ErwSchG)

Sehr geehrte Damen und Herren!

Das mit dem 2. Erwachsenenschutz-Gesetz verfolgte Ziel der Förderung der Autonomie und der Stärkung eines selbstbestimmten Lebens von Menschen, die nicht mehr in der Lage sind, ihre Angelegenheiten selbst zu besorgen, ist positiv zu bewerten. In manchen Bereichen, in denen auch die Rechte von Minderjährigen Änderungen erfahren, sehen die Kinder- und Jugendanwaltschaften Österreichs aus kinderrechtlicher Sicht allerdings noch Verbesserungspotential.

Wir erlauben uns daher hinsichtlich einzelner Bestimmungen Stellung zu nehmen:

Änderungen des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB)

Zu § 158 Abs 2 ABGB – Inhalt der Obsorge

Nach der derzeit gültigen Fassung des § 158 Abs 2 ABGB hat ein Elternteil, solange er nicht voll geschäftsfähig ist, nicht das Recht und die Pflicht, das Vermögen seines Kindes zu verwalten und sein Kind zu vertreten. Dies führt in Verbindung mit § 207 ABGB dazu, dass in diesen Fällen der Kinder- und Jugendhilfeträger (KJHT) mit der Vermögensverwaltung und der gesetzlichen Vertretung betraut ist.

Nach dem Gesetzesentwurf muss nun ein Elternteil, um sein Kind vertreten und dessen Vermögen verwalten zu können, über jene Handlungsfähigkeit verfügen, die ein Handeln in eigenen Angelegenheiten erfordern würde. Dies kann, vor allem in Verbindung mit § 207 ABGB, der nach dem Gesetzesentwurf nicht geändert werden soll, zu praktischen Problemen führen. Nach der vorgeschlagenen Regelung des § 158 Abs 2 ABGB wird es fraglich sein, ob und inwieweit eine ex lege Vertretung des KJHT besteht. Dies wird somit davon abhängen, wie weit die Handlungsfähigkeit des jeweiligen Elternteils reicht. Fraglich bleibt aber nach dem Entwurf, wer, wann und wie die jeweilige Reichweite der Handlungsfähigkeit zum Beispiel der minderjährigen Eltern oder jener Eltern mit allfälligen „Schwankungen" im Gesundheitszustand feststellt und wer die gesetzliche Vertretung und die Vermögensverwaltung für den Zeitraum der Überprüfung der Handlungsfähigkeit wahrnimmt. Ob es nun zu einer ex lege Vertretung durch den KJHT kommt, bleibt offen und führt zu einer großen Rechtsunsicherheit. Aus kinderrechtlicher Sicht sind diese Fragen aber unbedingt gesetzlich zu klären und ist hier für Rechtssicherheit zu sorgen. Kinder haben das Recht, dass bei allen sie betreffenden Maßnahmen das Kindeswohl Vorrang hat! Dem Kindeswohl entspricht es, dass Klarheit darüber besteht, wem konkret welche Teile der Obsorge zukommen.

Aus kinderrechtlicher Sicht fordern die Kinder- und Jugendanwaltschaften Österreichs daher in den Fällen, in denen ein Elternteil nicht die volle Handlungsfähigkeit besitzt, eine ex lege Vertretung durch den KJHT gesetzlich einzurichten. Dem betroffenen Elternteil soll aber ein Informations- und Widerspruchsrecht zukommen. Im Falle eines Widerspruchs soll das Pflegschaftsgericht im Interesse des Kindeswohls entscheiden.

Zu § 173 ABGB

In Bezug auf § 173 ABGB ist aufgrund der geplanten Änderung des § 1034 ABGB (siehe unten) nicht klar, wer im Falle von Erziehungshilfen der gesetzliche Vertreter ist und wer die Zustimmung für medizinische Behandlungen erteilen darf. Es benötigt hier eine genaue Definition, wer in diesem Fall zustimmungsberechtigt sein wird bzw von wem konkret die Zustimmung zu erteilen ist.

Zu § 229 Satz 2 ABGB – Entschädigung

Die Kinder- und Jugendanwaltschaften Österreichs gehen davon aus, dass es sich bei der Verwendung der Wortfolge „minderjähriges Kind" lediglich um einen redaktionellen Fehler handelt, da in den Erläuterungen erwähnt wird, dass bloß vom „Kind" die Rede sein soll, wenn eine minderjährige Person gemeint ist. Wir ersuchen daher, diesen redaktionellen Fehler zu beheben.

Zu § 1034 ABGB – Gesetzliche Vertretung

Bisher wurde im § 1034 ABGB zwischen gerichtlicher und gesetzlicher Bevollmächtigung unterschieden. Gemäß § 1034 ABGB soll nun der Begriff der „gesetzlichen Vertretung" von der „gewillkürten Vertretung" abgegrenzt werden und unter dem Begriff der gesetzlichen Vertretung alles erfasst werden, bei dem die Vertretung einer gewissen gerichtlichen Kontrolle unterworfen ist. Die Verweisung auf die §§ 207, 208 und 211 Abs 1 letzter Satz ABGB soll mit Änderung des Bundesgesetzes entfallen.

Es stellt sich nun die Frage, wer im Falle von Erziehungshilfen gemäß § 208 ABGB der gesetzliche Vertreter des Kindes sein wird. Aus unserer Sicht ist es notwendig, genau zu definieren, wer dann gesetzlicher Vertreter ist. Es ist völlig unklar, in welchem Umfang der

KJHT und für welchen Bereich die gesetzlichen Vertreter (die Eltern) zuständig sein werden. Es ist nämlich sehr wohl maßgeblich, ob der Vertreter unmittelbar aufgrund des Gesetzes tätig wird (z.B. die obsorgeberechtigten Eltern oder der KJHT nach Maßgabe der §§ 207, 208 und 211), vom Gericht bestellt oder privatautonom eingesetzt wird.

Aufgrund der geplanten Gesetzesänderung liegt aus unserer Sicht eine Gesetzeslücke vor. Es wird daher angeregt, dass im § 1034 ABGB genau definiert werden soll, wer und in welchem Umfang im Falle von Erziehungshilfen gesetzlicher Vertreter eines minderjährigen Kindes sein wird. Die Einfügung einer Z 5 *„der Kinder- und Jugendhilfeträger nach §§ 207, 208 und 211 Abs 1 letzter Satz“* könnte hier für Klarheit sorgen.

Zu § 1494 ABGB – Hemmung der Verjährung

Die durch § 1494 ABGB geplante Trennung zwischen volljährigen Personen, die aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer vergleichbaren Beeinträchtigung ihrer Entscheidungsfähigkeit an der Durchsetzung ihrer Rechte gehindert ist und minderjährigen Personen in zwei Absätzen ist grundsätzlich zu begrüßen. In den Erläuterungen wird unter Hinweis auf § 207 ABGB davon ausgegangen, dass es bei Minderjährigen immer einen gesetzlichen Vertreter gibt, der nicht erst „bestellt“ werden muss. Unberücksichtigt bleiben jene Fälle, die nicht nach § 207 ABGB zu lösen sind. § 207 S 2 ABGB findet jedoch nur auf Fälle Anwendung, die in zeitlicher Nähe zur Geburt des Kindes stattfinden. Alle anderen Fälle sind nach §§ 178, 204, 209 ABGB zu lösen (vgl *Weitzenböck* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar^{3} § 207 Rz 2). Stirbt zum Beispiel die allein obsorgeberechtigte Mutter eines Kindes, so muss ein Obsorgeträger durch das Gericht bestellt werden.

Weiters kann den Erläuterungen entnommen werden, dass das Problem weniger in der Hinderung der Wahrnehmung der Rechte, sondern vielmehr im Nichtwissen des gesetzlichen Vertreters, dass für den Vertretenen Rechte wahrzunehmen sind, liegt. Ein Problem für Vertretungshandlungen von Minderjährigen wurde somit erkannt, Klarheit oder eine Lösung, etwa durch die Hemmung der Verjährung durch Verabsäumung des gesetzlichen Vertreters zur Wahrnehmung der Rechte des Minderjährigen, wird durch die Gesetzesänderung jedoch nicht erzielt.

Änderungen des Ehegesetzes (EheG)

Zu § 1 EheG – Ehefähigkeit

Im Zuge der geplanten Änderungen des § 1 EheG wird § 3 EheG aufgehoben und zum Teil in den § 1 Abs 2 EheG aufgenommen. Die minderjährige Person bedarf demnach zur Eingehung der Ehe der Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters. Die Zustimmung desjenigen, dem seine Pflege und Erziehung zusteht (§ 3 Abs 2 EheG aF) wurde nicht übernommen.

Unklar ist daher, ob das Eingehen einer Ehe im Innenverhältnis in den Bereich der Pflege und Erziehung fällt und für den Fall, dass z.B. der KJHT mit der Pflege und Erziehung betraut ist, dieser der minderjährigen Person die Unterstützung zuteilwerden lässt um eine Entscheidung zu treffen. Unklar ist ebenso, ob für diesen Fall die Zustimmung des KJHT als gesetzlicher Vertreter im Bereich der Pflege und Erziehung und/oder die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters (Eltern) notwendig ist.

Zudem ist in diesem Zusammenhang ganz grundsätzlich zu hinterfragen, ob diese Möglichkeit der Ehefähigerklärung ab dem vollendeten 16. Lebensjahr zum einen praxisrelevant und zum anderen zeitgemäß ist. In unserer heutigen Gesellschaft ist die Möglichkeit der Eheschließung ab der Volljährigkeit aus kinderrechtlicher Sicht ausreichend. Die Option von Minderjährigen eine Ehe einzugehen, ist im Lichte des Schutzgedankens und des Kindeswohl zu hinterfragen: Denn welche Jugendliche stehen überwiegend vor der Entscheidung eine frühe Ehe einzugehen? Es würde Minderjährige entlasten, eine derart schwerwiegende Entscheidung im jungen Alter überhaupt nicht treffen zu können.

Die Kinder- und Jugendanwaltschaften Österreichs sprechen sich daher für eine Aufhebung des § 1 Abs 2 EheG aus.

Änderungen des Eingetragene Partnerschaft-Gesetzes (EPG)

Zu § 4 EPG – Partnerschaftsfähigkeit

Die Änderungen in § 4 EPG hinsichtlich der Partnerschaftsfähigkeit entsprechen im Wesentlichen jenen der Ehefähigkeit § 1 EheG (siehe oben).

Anders als bei heterosexuellen Paaren, ist es auch nach geltender Rechtslage für gleichgeschlechtliche Minderjährige ab dem vollendeten 16. Lebensjahr nicht möglich sich für partnerschaftsfähig erklären zu lassen und eine eingetragene Partnerschaft einzugehen. Diese Form der Ungleichbehandlung zwischen heterosexuellen und homosexuellen Paaren ist sachlich nicht gerechtfertigt und soll im Zuge der Gesetzesänderung hier eine Vereinheitlichung erfolgen.

Änderungen der Zivilprozessordnung (ZPO)

Zu § 4 ZPO – Prozessfähigkeit

Derzeit regelt der geltende § 158 Abs 2 ABGB, dass ein Elternteil, der nicht voll geschäftsfähig ist, sein Kind nicht vertreten kann. Ist einem Elternteil ein Erwachsenenvertreter bestellt, so ist er nicht voll geschäftsfähig. Der betroffene Elternteil war bisher generell von der Vertretung des Kindes ausgeschlossen, und zwar unabhängig vom Aufgabenkreis des Erwachsenenvertreters. Es ist nun vorgesehen, dass ein Elternteil dann vertretungsbefugt ist, wenn er über jene Handlungsfähigkeit verfügt, die ein Handeln in eigenen Angelegenheiten erfordern würde. Der gesetzliche Vertreter eines Minderjährigen würde auch dann, wenn für ihn selbst für alle Angelegenheiten ein Erwachsenenvertreter bestellt ist, grundsätzlich für den Minderjährigen vertretungsbefugt sein, wenn er bezogen auf die jeweils vorzunehmende Vertretungshandlung und den jeweiligen konkreten Zeitpunkt einsichts- und urteilsfähig, sowie geschäftsfähig ist.

Aufgrund der geplanten Änderung liegt ein extrem weiter gesetzlicher Interpretationsspielraum vor, welcher aus unserer Sicht nicht dem Wohl des Kindes entspricht. Es ist völlig unklar, aufgrund welcher Voraussetzungen entschieden wird, ob der gesetzliche Vertreter zum konkreten Zeitpunkt einsichts- und urteilsfähig, sowie geschäftsfähig ist. Es stellt sich die Frage, was passiert, wenn der gesetzliche Vertreter des minderjährigen Kindes zum konkreten Beurteilungszeitpunkt kurzzeitig einen „lichten Augenblick – lucidum intervallum“ hat und trotz einer zu Grunde liegenden Bewusstseinsstörung zu diesem Zeitpunkt zwar im Vollbesitz seiner geistigen Kräfte ist, jedoch während der Vertretungshandlung die Einsichts- und Urteilsfähigkeit, sowie

Geschäftsfähigkeit wieder verliert. Auch soll der gesetzliche Vertreter vertretungsbefugt und prozessfähig sein, wenn die Materie im gerichtlichen Verfahren nicht in den Aufgabenbereich des Erwachsenenvertreters fällt. Hier ist jedoch zu bedenken, ob der Aufgabenbereich des Erwachsenenvertreters mit der Materie des gerichtlichen Verfahrens verglichen werden kann bzw stellt sich die Frage, wer entscheiden kann, ob die Angelegenheit in den Aufgabenbereich des Erwachsenenvertreters fällt oder nicht. Die Ausdehnung der Vertretungsbefugnis des gesetzlichen Vertreters ist aus unserer Sicht ~~s~~ehr bedenklich.

Der Schutz des Kindeswohls hat im Vordergrund zu stehen und daher sollte die Vertretungsbefugnis des gesetzlichen Vertreters nicht ausgedehnt werden. Ein Elternteil, der nicht voll geschäftsfähig ist, sollte unabhängig vom Aufgabenbereich des Erwachsenenvertreters generell von der Vertretung des Kindes ausgeschlossen sein.

Änderungen des Erwachsenenschutzvereinsgesetzes (ESchuVG)

Zu § 4 ESchuVG – Beratung

Gemäß § 4 Abs 3 ESchuVG des Entwurfs soll den Verein in Zukunft die Pflicht treffen, das zuständige Pflegschaftsgericht zu informieren, wenn ihm eine erhebliche Gefährdung des Wohles einer betroffenen Person bekannt wird.

Laut den Erläuterungen lehnt sich das Kriterium der erheblichen Gefährdung an § 37 B-KJHG an. Gemäß § 37 B-KJHG ist von Gerichten, Behörden, Einrichtungen zur Betreuung von Kindern, sowie privaten Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe etc unverzüglich schriftlich Mitteilung an die örtlich zuständige Kinder- und Jugendhilfe zu erstatten, wenn der begründete Verdacht besteht, dass Kinder oder Jugendliche misshandelt, gequält, vernachlässigt oder sexuell missbraucht werden oder worden sind, oder ihr Wohl in anderer Weise erheblich gefährdet ist und diese konkrete erhebliche Gefährdung eines bestimmten Kindes oder Jugendlichen anders nicht verhindert werden kann.

Um die Kinderschutzkette auch in diesem Fall zu schließen wird folgende Ergänzung des § 4 ESchuVG vorgeschlagen: *„(4) Wird dem Verein die erhebliche Gefährdung des Kindeswohls nach § 37 B-KJHG bekannt, hat er unverzüglich das Pflegschaftsgericht sowie die Kinder- und Jugendhilfe zu informieren.“*

Änderung des Unterbringungsgesetzes (UbG)

§ 36 UbG

In Bezug auf § 36 UbG ist aufgrund der geplanten Änderung des § 1034 ABGB (siehe oben) nicht klar, wer im Falle von Erziehungshilfen der gesetzliche Vertreter ist und wer die Zustimmung für medizinische Behandlungen erteilen darf. Auch hier benötigt es eine genaue Definition, wer in diesem Fall zustimmungsberechtigt sein wird bzw von wem die Zustimmung zu erteilen ist.

Änderungen des Heimaufenthaltsgesetzes (HeimAufG)

Die Kinder- und Jugendanwaltschaften Österreichs begrüßen im Allgemeinen, dass durch das 2. Erwachsenenschutz-Gesetz der Anwendungsbereich des Heimaufenthaltsgesetzes (HeimAufG) auch auf Einrichtungen, die unter der Aufsicht der Kinder- und Jugendhilfe stehen, ausgedehnt werden soll.

Nach dem Gesetzesentwurf sollen demnach altersuntypische Freiheitsbeschränkungen von Minderjährigen zulässig sein, wenn ein Rechtfertigungsgrund nach § 4 HeimAufG gegeben ist. Dadurch wird der Rechtsschutz bezüglich altersuntypischer Freiheitsbeschränkungen an Minderjährigen mit Beeinträchtigungen, die in einer Einrichtung unter Aufsicht der Kinder- und Jugendhilfe leben, positiv erweitert und erheblich verstärkt!

Nach dem geplanten § 3 Abs 1a HeimAufG sind alterstypische Freiheitsbeschränkungen an einem Minderjährigen keine Freiheitsbeschränkungen iSd HeimAufG.

Aus den Erläuterungen zu § 3 HeimAufG ergibt sich, dass „*bei der Beurteilung der Frage, ob es sich noch um eine alterstypische Freiheitsbeschränkung handelt, insbesondere pädagogische Aspekte berücksichtigt werden müssen. Die Entscheidung, ob eine Beschränkung der Bewegungsfreiheit eines Minderjährigen noch als Maßnahme im Rahmen der Pflege und Erziehung zu beurteilen ist, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab. Es ist kaum möglich, dafür abstrakte Abgrenzungskriterien zu definieren.*“

Dieser Aussage ist grundsätzlich zuzustimmen, doch es ist unbedingt erforderlich, sicherzustellen, dass sich die Beurteilung, ob eine Freiheitsbeschränkung noch als Maßnahme im Rahmen der Pflege und Erziehung anzusehen ist, ausschließlich am Wohl des Kindes orientiert!

Nach Art 20 UN-Kinderrechtekonvention hat ein Kind, das vorübergehend oder dauernd aus seiner familiären Umgebung herausgelöst wird oder dem der Verbleib in dieser Umgebung im eigenen Interesse nicht gestattet werden kann, Anspruch auf einen besonderen Schutz und Beistand des Staates. Diese in der UN-Kinderrechtekonvention und auch in Art. 2 Abs. 2 Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern gewährleistete Fürsorge des Staates schließt jeglicher Form von Gewalt aus! Freiheitsbeschränkungen von Kindern ohne Beeinträchtigung, die nicht alterstypisch sind, können nie sachlich gerechtfertigt sein und sind eine Form von Gewalt!

Außerdem wäre es wünschenswert, wenn Wörter wie z.B. „Processfähigkeit“ oder „Nothwendigkeit“ im 2. ErwSchG an die geltende Rechtschreibung angepasst werden.

Mit der Bitte die vorgebrachten Argumente bei der Überarbeitung des vorliegenden Entwurfes zu berücksichtigen.

Für die Kinder- und Jugendanwaltschaften Österreichs

Mag.[a] Christine Winkler-Kirchberger	Mag.[a] Denise Schiffrer-Barac	Mag.[a] Elisabeth Harasser
Kinder- und Jugendanwältin Oberösterreich	Kinder- und Jugendanwältin Steiermark	Kinder- und Jugendanwältin Tirol

Michael Rauch (V) | Elisabeth Harasser (T) | Andrea Holz-Dahrenstaedt (S) | Christine Winkler-Kirchberger (OÖ) | Gabriela Peterschofsky-Orange (NÖ) | Astrid Liebhauser (K) | Denise Schiffrer-Barac (ST) | Ercan Nik Nafs (W) | Monika Pinterits (W) | Christian Reumann (B)