

Obsorge einer anderen Person

Astrid Deixler-Hübner/Alexander Meisinger

- I. Gesetzliche Grundlagen**
 - A. Viertes Hauptstück des ABGB
 - B. Regelungen des B-KJHG
 - C. Verfahrensrecht
- II. Obsorge iSd Vierten Hauptstücks**
 - A. Voraussetzungen
 - B. Obsorgeträger
 - C. Auswahl des Obsorgeträgers
 - 1. Personenkreis
 - 2. Ausgeschlossenheit
 - 3. Unzumutbarkeit
- III. Gutachten in Obsorgeverfahren**
- IV. Unterschiede und Gemeinsamkeiten zur Erwachsenenvertretung**
- V. Unterschiede und Gemeinsamkeiten zur Obsorge iSd Dritten Hauptstücks**
- VI. Besondere Bestimmungen**
 - A. Persönliche Angelegenheiten
 - 1. Aufenthaltsbestimmungsrecht/Recht auf persönliche Kontakte/Informationsrecht
 - 2. Medizinische Behandlungen
 - B. Vermögensrechtliche Angelegenheiten
 - 1. Vermögensverwaltung
 - 2. Anlegung von Mündelgeld
 - 3. Verfahrensrechtliche Aspekte
- VII. Haftung/Kosten/Entlohnung**
 - A. Haftung
 - B. Kosten und Entlohnung
- VIII. Rolle des Kinder- und Jugendhilfeträgers**
 - A. Stellung und Aufgaben
 - B. Einzelne Maßnahmen
 - 1. Findelkind – minderjährige unverheiratete Mutter
 - 2. Gefahr im Verzug (Interimskompetenz)
 - 3. Vertretung in einzelnen Angelegenheiten
 - C. Rückführung nach Entziehung der Obsorge
 - 1. Voraussetzungen
 - 2. Entfremdung

I. Gesetzliche Grundlagen

A. Viertes Hauptstück des ABGB

Die Obsorge einer anderen Person ist materiell-rechtlich abschließend im Vierten Hauptstück des ABGB unter dem Titel „Von der Obsorge einer anderen Person“ (§§ 204–230 ABGB) geregelt. Grds ist gem § 204 ABGB eine **andere geeignete Person** mit der Obsorge unter Beachtung des **Kindeswohls** zu betrauen, soweit nach dem Dritten Hauptstück **weder Eltern** mit der Obsorge betraut sind oder betraut werden können und **kein Fall des § 207 ABGB** („Findelkind“ bzw Kind einer minderjährigen unverheirateten Mutter) vorliegt. Vom VfGH wurde mit Ablauf des 30.9.2024 die bis dahin bestehende **Vorrangstellung der Großeltern und Pflegeeltern** in § 204 ABGB als **verfassungswidrig** aufgehoben, weil durch diese starre Priorisierung das Kindeswohl im Einzelfall nicht immer bestmöglich gefördert werden kann.¹ Dadurch bzw durch die spiegelgleichen Aufhebungen in § 178 Abs 1 Satz 2 und 3 ABGB ist es – mangels einer gesetzlichen Neuregelung – zu einer deutlichen Einschränkung des Anwendungsbereichs des Dritten Hauptstücks und daher einer **Erweiterung des Anwendungsbereichs des Vierten Hauptstücks** gekommen. Da der bisherige Vorrang von Großeltern und Pflegeeltern vor anderen geeigneten Personen stets mit dem Schutz der Familie gem Art 8 EMRK begründet wurde, ergibt sich jedoch insofern ein neues potenzielles Spannungsfeld.²

Systematisch ist die Obsorge einer anderen Person nach dem Dritten Hauptstück „Rechte zwischen Eltern und Kindern“ sowie vor dem Fünften Hauptstück „Kindesunterhalt“ normiert, womit die Einordnung der Obsorge einer anderen Person als Teil des Familienrechts zum Ausdruck kommt.

Rechtshistorisch wurde mit dem **KindRÄG 2001**³ die Obsorge für Minderjährige strukturell und terminologisch von der Sachwalterschaft für volljährige, psychisch kranke bzw geistig behinderte Menschen sowie der Kuratel abgegrenzt und das frühere Rechtsinstitut der Vormundschaft aufgehoben.⁴ Sämtliche Bestimmungen waren jedoch weiterhin im Vierten Hauptstück angesiedelt. Erst mit dem **SWRÄG 2006**⁵ wurden inhaltliche Änderungen umgesetzt, die Sachwalterschaft und Kuratelen vom Kindschaftsrecht losgelöst⁶ und in das damalige Fünfte Hauptstück des ABGB verschoben. Mit dem **KindNamRÄG 2013**⁷ wurden im Bereich des Vierten Hauptstücks weitgehend nur die Nummerierung sowie Verweise der Paragraphen angepasst, allerdings auch einige veraltete Bestimmungen aufgehoben. Das damalige Fünfte Hauptstück „Sachwalterrecht, sonstige gesetzliche Vertretung und Vorsorgevollmacht“ wurde – ohne inhaltliche Änderungen – zum Sechsten

1 VfGH G 223/2022 iFamZ 2023/90 (Beck); vgl Hörschlager/Pascher/Schmid, Obsorge, quo vadis? iFamZ 2023, 194; Meisinger in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON^{1.06} (Stand 15.04.2024, rdb.at) Vor §§ 204 ff Rz 8 ff mwN.

2 Siehe Meisinger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} Vor §§ 204 ff Rz 10 mwN.

3 Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001, BGBl I 2000/135; zu den Schwerpunkten dieser Reform ausführlicher Schauer, Rechtssystematische Bemerkungen zum Sachwalterrecht idF KindRÄG 2001, NZ 2001, 275; Hopf/Weitzenböck, Schwerpunkte des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001, ÖJZ 2001, 485 (530 ff).

4 In Deutschland (§§ 1773 ff BGB) und der Schweiz (Art 327a–327c ZGB) wird die Obsorge einer anderen Person weiterhin als Vormundschaft bezeichnet.

5 Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006, BGBl I 2006/92; zu dieser Reform ausführlicher Schwimann, Neuerungen im Obsorge-, Kuratel- und Sachwalterrecht, EF-Z 2006/40.

6 Schwimann, EF-Z 2006/40.

7 Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013, BGBl I 2013/15.

Hauptstück des ABGB. Inhaltliche Änderungen ergaben sich in § 211 Abs 1 ABGB (**Gefahr im Verzug, Maßnahmen** des KJHT⁸) und § 220 ABGB (**Anlegung von Mündelgeld** auf andere Weise⁹); zusätzlich wurde ein neuer § 221 ABGB (**Genehmigungsfreiheit** bei ordentlichem Wirtschaftsbetrieb¹⁰) eingefügt. Mit dem **2. Erwachsenenschutz-Gesetz**,¹¹ mit dem das Sechste Hauptstück unter dem Titel „Von der Vorsorgevollmacht und der Erwachsenenvertretung“ neu gestaltet wurde, erfolgte hinsichtlich des Vierten Hauptstücks eine Klarstellung, dass iZm der Vermögensverwaltung die Bestimmung des § 224 ABGB nicht für nach dem Dritten Hauptstück mit der Obsorge betraute Personen gilt.¹² Mit der **Gesamtreform des Exekutionsrechts**¹³ wurden lediglich Paragrafenverweise in § 211 Abs 2 ABGB angepasst.

Das Vierte Hauptstück gliedert sich nunmehr in folgende Bereiche:

- **Auswahl** der Person (§§ 204 und 205 ABGB)
- **Aufgaben** des Kinder- und Jugendhilfeträgers (§§ 207–212 ABGB)
- **Besondere Pflichten und Rechte** anderer mit der Obsorge betrauter Personen
 - Angelegenheiten der **Pflege und Erziehung** (§ 213 ABGB)
 - Angelegenheiten der **Vermögensverwaltung** (§ 214 ABGB)
 - Anlegung von **Mündelgeld** (§§ 215–224 ABGB)
- **Änderungen in der Obsorge** (§§ 225 und 226 ABGB)
- **Haftung** der mit der Obsorge betrauten Personen (§§ 227 und 228 ABGB)
- **Entschädigung, Entgelt und Aufwendersatz** (§§ 229 und 230 ABGB)

B. Regelungen des B-KJHG

Neben dem ABGB kommen iZm der Obsorge einer anderen Person auch das **Bundes-Kinder- und Jugendhilfegesetz**¹⁴ (**B-KJHG**) sowie die Landesgesetze zur Kinder- und Jugendhilfe – wie zB das **Oberösterreichische Kinder- und Jugendhilfegesetz**¹⁵ (**Oö-KJHG**) –

8 Vgl VIII.B.2.

9 Vgl VI.B.2.

10 Vgl VI.B.3.

11 BGBl I 2017/59; vgl etwa *Kathrein*, Das neue Erwachsenenschutzrecht – eine Einführung, in *Deixler-Hübner/Schauer* (Hrsg), Handbuch Erwachsenenschutzrecht (2018) Rz 1.1 ff; *Kathrein*, Das neue Erwachsenenschutzrecht – eine Einführung, in *Deixler-Hübner/Schauer* (Hrsg), Tagungsband Erwachsenenschutzrecht (2018) 1 ff; *Neuwirth*, Von der Entmündigung zum Erwachsenenschutz – Eckpunkte einer Entwicklung, in *Wagner* (Hrsg), Grundfragen des Erwachsenenschutzrechts (2019) 3 ff; *Barth*, Einleitung, in *Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Erwachsenenschutzrechts³ (2019) 1 ff.

12 Vgl zur Entwicklung ausführlicher *Meisinger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} Vor §§ 204 ff Rz 1 ff; *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵ (ab 2018) Vor § 204 Rz 1 ff; *Schwimann*, EF-Z 2006/40; *Hopf/Weitzenböck*, ÖJZ 2001, 485 (530).

13 GrEx, BGBl I 2021/86; siehe *Mohr/Eriksson/Michlits/Pesendorfer/Reichel*, Gesamtreform des Exekutionsrechts (2021); *Meisinger* in *Deixler-Hübner* (Hrsg), EO Kommentar (33. Lfg 2021) Heft Gesamtreform; *Meisinger* in *Deixler-Hübner* (Hrsg), EO Kommentar² (2022) Gesamtreform EO je mwN.

14 Bundesgesetz über die Grundsätze für Hilfen für Familien und Erziehungshilfen für Kinder und Jugendliche, BGBl I 2013/69, das an die Stelle des früheren Jugendwohlfahrtsgesetzes, BGBl 1989/161, bzw die Landesjugendwohlfahrtsgesetze getreten ist; vgl ausführlicher *Staffe*, Das Bundes-Kinder- und Jugendhilfegesetz 2013 – Verbesserung des Schutzes von Kindern und Jugendlichen – bundeseinheitliche Qualitätsstandards, iFamZ 2013, 121.

15 Oberösterreichisches Landesgesetz über die Hilfen für Familien und Erziehungshilfen für Kinder und Jugendliche, Oö LGBl 2014/30.

zur Anwendung. Während das B-KJHG vor allem **Grundsätze, Ziele und Aufgaben** der Kinder- und Jugendhilfe regelt, bestimmen die Landesgesetze die **zuständigen Organisationseinheiten** und allfällige **weitere Aufgaben** der Länder als Träger der Kinder- und Jugendhilfe.¹⁶ Zur Vereinheitlichung der gesetzlichen Grundlagen wurde zwischen Bund und Ländern eine Vereinbarung nach Art 15a B-VG über die Kinder- und Jugendhilfe geschlossen, die am 1.1.2020 in Kraft getreten ist.¹⁷ Parallel hierzu wurden Art 12 Abs 1 Z 1 B-VG dahingehend novelliert, dass die **Kompetenz zur Grundsatzgesetzgebung** hinsichtlich der „*Mutterschafts-, Säuglings- und Jugendfürsorge*“ den **Ländern übertragen** wurde, weshalb der erste Teil des B-KJHG grundsätzlich außer Kraft getreten ist.¹⁸

C. Verfahrensrecht

Für Obsorgeverfahren iZm dem Vierten Hauptstück – wie auch iZm dem Dritten Hauptstück – gilt das Außerstreitgesetz; insb ist hier der **7. Abschnitt „Regelung der Obsorge und der persönlichen Kontakte“** (§§ 104 ff AußStrG) zu beachten.¹⁹ Die Betrauung einer anderen Person bzw des KJHT mit der Obsorge erfolgt nach §§ 204 ff ABGB **mit Beschluss** durch das Pflschaftsgericht. Bei einer Betrauung **ex lege** (vgl etwa §§ 207, 211 ABGB) bedarf es keines Beschlusses, wird dennoch ein Beschluss gefasst, so hat dieser bloß deklarative Wirkung.²⁰

In erster Instanz sind in Angelegenheiten der Obsorge streitwertunabhängig die **Bezirksgerichte sachlich zuständig** (§ 104a JN). **Örtlich** zuständig ist grds jenes Gericht, in dessen Sprengel der Minderjährige seinen **gewöhnlichen Aufenthalt** hat (§ 109 Abs 2 JN). **Besondere Bestimmungen** des Außerstreitverfahrens in Obsorge- und Kontaktrechtsangelegenheiten, die insb für den Bereich der Obsorge einer anderen Person relevant sind, betreffen bspw das Recht von über 14-jährigen Minderjährigen, selbstständig vor Gericht zu handeln und Anträge zu stellen (§ 104 AußStrG), das Recht, persönlich gehört zu werden (§ 105 AußStrG), die relative Anwaltpflicht, das Recht auf gekürzte Ausfertigungen von Beschlüssen, die Einschränkung des Verbots der *reformatio in peius* und den Ausschluss des Abänderungsverfahrens (§ 107 AußStrG) sowie Besonderheiten iZm Entscheidungen über die vom KJHT gesetzten Maßnahmen gem § 211 Abs 1 Satz 2 ABGB (siehe hierzu VIII.B.2.).²¹ In Verfahren über die Übertragung der Obsorge an eine andere Person kommt iSd § 2 AußStrG neben den Antragstellern auch jenen Personen **Parteistellung** zu, in deren **geschützte Rechtsposition eingegriffen** wird. Bislang waren daher auch Groß- und Pflegeeltern im Hinblick auf die Vorrangstellung nach dem Dritten Hauptstück uU am Verfahren zu beteiligen.²² Mit dem Wegfall dieser Vorrangstellung (siehe I.A.) wäre eine derartige geschützte Rechtsposition uE allenfalls aus Art 8 EMRK abzuleiten.²³

16 *Meisinger in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 207 Rz 1 mwN.

17 BGBl I 2019/106.

18 Krit *Weitzenböck* in *Schwimmann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) Vor § 137 Rz 3 ff.

19 Dazu näher Kapitel „Pflschaftsverfahren, Vermögensrechte Pflegebefohlener und sonstige Bestimmungen“.

20 Vgl LG Feldkirch 3 R 198/13k EFSlg 137.827 zu § 208 Abs 2 ABGB.

21 Näher hierzu etwa *Deixler-Hübner in Rechberger/Klicka* (Hrsg), AußStrG³ (2020) §§ 104, 105 und 107a; *Beck in Gitschthaler/Höllwerth* (Hrsg), AußStrG I² §§ 104, 105, 107a (Stand 1.6.2019, rdb.at).

22 8 Ob 75/21v iFamZ 2021/244 (*Beck*) = EF-Z 2022/60 (*Huter*); 1 Ob 189/18b; 4 Ob 150/16m iFamZ 2016/237 (*Fucik*) = EF-Z 2017/7 (*Lukits*); 5 Ob 68/15h iFamZ 2015/210 (*Thoma-Twaroch*).

23 Wodurch das bei *Meisinger in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 204 Rz 9 aufgezeigt, aus dem Verlust der einfachgesetzlichen Vorrangstellung resultierende Spannungsverhältnis zu Art 8 EMRK grundrechtskonform aufgelöst wäre.

II. Obsorge iSd Vierten Hauptstücks

A. Voraussetzungen

Die Obsorge umfasst gem § 158 ABGB die Bereiche **Pflege, Erziehung, Vermögensverwaltung** und **gesetzliche Vertretung** minderjähriger Kinder.²⁴ Grundsätzlich kommt die Obsorge nach dem Dritten Hauptstück **beiden Eltern gemeinsam** oder **einem Elternteil alleine** zu (siehe zur Aufhebung der früheren Vorrangstellung von Groß- und Pflegeeltern bereits I.A.), sofern kein Fall des § 207 ABGB vorliegt (siehe hierzu VIII.B.1.). Kann die Obsorge allerdings **nicht** – oder nicht vollständig – **von den Eltern** bzw **einem Elternteil ausgeübt** werden (und liegt kein Fall des § 207 ABGB vor), hat das Pflegschaftsgericht – allenfalls in Teilbereichen – nach dem Vierten Hauptstück **eine oder mehrere andere geeignete Personen** (bzw den KJHT) **mit der Obsorge zu betrauen**. Im Fall der akuten Kindeswohlgefährdung kann der KJHT allerdings auch unmittelbar Maßnahmen der Pflege und Erziehung treffen und ist in diesem Umfang ex lege vorläufig mit der Obsorge betraut (siehe VIII.B.2.).

B. Obsorgeträger

Zunächst sind nach hM, sofern nicht der KJHT ex lege mit der Obsorge betraut ist (vgl §§ 207, 211 ABGB, hierzu VIII.B.), **geeignete natürliche Personen** mit der Obsorge zu betrauen (näher zum Personenkreis sogleich). Nur wenn keine geeigneten Personen vorhanden oder zur Übernahme der Obsorge bereit sind, kann **subsidiär**²⁵ **der KJHT** mit der Obsorge betraut werden. Dem KJHT kommt allerdings **weder ein Anspruch** auf Betrauung mit der Obsorge zu²⁶ **noch** ist die Übertragung der Obsorge an eine andere Person von seiner **Zustimmung** abhängig.²⁷ Ggf kann der KJHT vorbringen, dass eine zur Wahrnehmung der Obsorge besser geeignete Person vorhanden wäre.²⁸

C. Auswahl des Obsorgeträgers

1. Personenkreis

Die Obsorge nach dem Vierten Hauptstück soll gem § 209 ABGB zunächst **Verwandten**, dem Kind **nahestehenden Personen** oder **sonst besonders geeigneten Personen** übertragen werden.²⁹ „**Besonders geeignete**“ Personen sind solche mit **besonderen Fachkenntnissen**, die im konkreten Fall zur Ausübung der Obsorge erforderlich sind

24 Vgl Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer^{1.05} § 158 Rz 1; Höllwerth in P. Bydliński/Perner/Spitzer (Hrsg), ABGB Kurzkommentar⁷ (2023) § 158 Rz 1; Weitzenböck in Schwimann/Neumayr⁸ § 158 Rz 1; Gitschthaler in Schwimann/Kodek⁵ § 158 Rz 4.

25 6 Ob 96/22v iFamZ 2022/217; RIS-Justiz RS0123509; anders die ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 71, die die Aufzählung im Gesetz als vorgegebene Reihenfolge sehen; Meisinger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} § 209 Rz 1 mwN.

26 8 Ob 523/85 EvBl 1986/81.

27 LG Linz 15 R 101/17d EFSlg 152.995; LGZ Wien 45 R 549/03y EFSlg 104.492; 47 R 2006/94 EFSlg 75.220; Meisinger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} § 209 Rz 4; Mokrejs-Weinhappel in Rummel/Lukas/Geroldinger (Hrsg), ABGB⁴ § 209 Rz 3 (Stand 1.5.2022, rdb.at).

28 7 Ob 599/91 EvBl 1992/98; LG Linz 15 R 101/17d EFSlg 152.995; LGZ Wien 45 R 549/03y EFSlg 104.492; 43 R 722/02y EFSlg 100.428; Meisinger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} § 209 Rz 4; Höllwerth in KBB⁷ § 209 Rz 2.

29 LG Salzburg 21 R 261/07i EFSlg 117.012.

(zB Rechtsanwälte oder Notare),³⁰ nicht generell alle Verwandten und nahestehenden Personen.³¹

Da Groß- und Pflegeeltern keine Vorrangstellung nach dem Dritten Hauptstück mehr zukommt (siehe I.A., zur allenfalls nach Art 8 EMRK geschützten Rechtsposition I.C.), ist ihnen nach aktueller Rechtslage die Obsorge allenfalls nach dem Vierten Hauptstück zu übertragen. Als **Pflegeeltern iSd § 184 ABGB** (siehe zu **Pflegeeltern iSd B-KJHT** unten VIII.A.) gelten Personen, die die **Pflege und Erziehung** des Kindes bereits ganz oder teilweise besorgen und bereits eine **elternähnliche Beziehung** zum Kind aufgebaut haben bzw aufbauen wollen.³² Pflegeeltern, die die Kriterien des § 184 ABGB nicht mehr erfüllen, kommen ggf als nahestehende Personen – uU auch als „besonders geeignete“ Personen³³ – in Betracht.

Bei der Auswahl der mit der Obsorge zu betrauenden Person ist – wie stets im Kind-schaftsrecht – insbesondere auf das **Kindeswohl** zu achten (vgl § 205 Abs 1 ABGB).³⁴ Unter Kindeswohlgesichtspunkten ist nach den (demonstrativ aufgezählten) **Kriterien des § 138 ABGB**³⁵ zB die (persönliche und wirtschaftliche) Fähigkeit der mit der Obsorge zu betrauenden Person, das Kind angemessen mit Nahrung, medizinischen und sanitären Maßnahmen zu versorgen, Fürsorge, Geborgenheit und Schutz der körperlichen und seelischen Integrität zu gewährleisten, die Anlagen, Fähigkeiten und Neigungen des Kindes zu fördern usw, zu berücksichtigen. Aber auch andere Gesichtspunkte, wie zB die **Erziehungsfähigkeit** oder die **Bindungstoleranz** der mit der Obsorge zu betrauenden Person oder **kulturelle, sprachliche und religiöse Hintergründe** des Kindes bzw der Familie,³⁶ sind bei der Beurteilung der Eignung der mit der Obsorge zu betrauenden Person miteinzubeziehen. Es handelt sich stets um eine **Einzelfallentscheidung** unter Berücksichtigung der **konkreten Umstände** und des **konkreten Kindes**.³⁷ Wenn dies dem Kindeswohl entspricht, können auch **Teilbereiche** der Obsorge **auf mehrere Personen aufgeteilt** werden – bspw könnte die Pflege und Erziehung den Großeltern (oder einem Großelternanteil) und die Vermögensverwaltung einer besonders geeigneten Person übertragen werden, wenn hierfür besondere Fachkenntnisse erforderlich sind.³⁸

30 ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 71; 6 Ob 96/22v iFamZ 2022/217; RIS-Justiz RS0134069; *Meisinger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 209 Rz 2; *Höllwerth* in *KBB*⁷ § 209 Rz 2.

31 So auch *Meisinger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 209 Rz 3; *Mokrejs-Weinhappel* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*⁸ § 206 Rz 5; LG Salzburg 21 R 42/12s EFSlg 134.459; aA *Weitzenböck* in *Schwimmann/Kodek*⁵ § 206 Rz 2.

32 Ausführlicher *Deixler-Hübner* in *Kletečka/Schauer*^{1.08} § 184; *Höllwerth* in *KBB*⁷ § 184 Rz 1; *Beck*, Kindschaftsrecht³ (2021) Rz 447 ff; *Weitzenböck* in *Schwimmann/Kodek*⁵ § 184 Rz 12.

33 Siehe auch *Meisinger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 209 Rz 2; *Beck*, EF-Z 2014/128 zu 9 Ob 16/14i; 3 Ob 165/11b EF-Z 2012/67 (*Jaksch-Ratajczak*) = iFamZ 2012/53 mwN; 7 Ob 10/13s; aA wohl 6 Ob 96/22v iFamZ 2022/217.

34 *Meisinger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 205 Rz 1 mwN; *Höllwerth* in *KBB*⁷ § 205 Rz 1; *Weitzenböck* in *Schwimmann/Neumayr*⁶ § 205 Rz 1; *Weitzenböck* in *Schwimmann/Kodek*⁵ § 205 Rz 1.

35 Ausführlicher *Deixler-Hübner/Mayrhofer* in *Kletečka/Schauer*^{1.08} § 138 Rz 1 ff mwN; *Deixler-Hübner* in *Deixler-Hübner/Fucik/Mayrhofer* (Hrsg), Gewaltschutz und familiäre Krisen (2019) § 138 ABGB Rz 1 ff; *Gitschthaler* in *Schwimmann/Kodek*⁵ § 138 Rz 4 ff; *Weitzenböck* in *Schwimmann/Kodek*⁵ § 138 Rz 1 ff.

36 EGMR 27700/15, *Kilic/Österreich* iFamZ 2023/49 (*Pesendorfer*) = EF-Z 2023/33 (*Simma*); vgl auch ErläutRV 2191 BlgNR 24. GP 23; *Meisinger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 205 Rz 1; siehe auch *Mayrhofer*, Notfallplan Fremdunterbringung, in *Ferz/Salicites*, Mediation Aktiv 2014 (2014) 26 iZm Art 20 Abs 3 UN-Kinderrechtskonvention.

37 *Deixler-Hübner/Mayrhofer* in *Kletečka/Schauer*^{1.08} § 138 Rz 4 f; *Weitzenböck* in *Schwimmann/Neumayr*⁶ § 138 Rz 2 f; *Deixler-Hübner* in *Deixler-Hübner/Fucik/Mayrhofer* § 138 ABGB Rz 7.

38 Vgl iZm einem Zinshaus ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 71; siehe auch 6 Ob 96/22v iFamZ 2022/217.

Wünsche des Kindes und der Eltern – bzw im Fall einer Zuwendung an das Kind iSd § 166 ABGB jene des Zuwendenden – hinsichtlich der Auswahl der Person, der die Obsorge übertragen werden soll (zB in einem Testament), sind vom Gericht nur zu berücksichtigen, wenn und soweit sie dem Kindeswohl entsprechen.³⁹ **Wünsche des Kindes** sind gem § 160 Abs 3 ABGB umso **maßgeblicher**, je mehr dieses (alters- und reifebedingt) die **Ursache und Bedeutung der Obsorgeübertragung verstehen** kann.⁴⁰

Liegt die Eignung unter Berücksichtigung des Kindeswohls vor (zur absoluten Ausschlossenheit iSd § 205 Abs 2 ABGB sogleich), muss die in Betracht kommende Person auch **zur Übernahme der Obsorge bereit** sein. Eine grundsätzliche **Verpflichtung zur Übernahme der Obsorge** besteht für **besonders geeignete Personen**, die die Übernahme nur bei Unzumutbarkeit ablehnen können (vgl § 206 Abs 2 ABGB, zur Unzumutbarkeit II.C.3.).⁴¹ Der **KJHT** kann die Übertragung der Obsorge nur ablehnen, wenn **im Einzelfall erforderliche Fachkenntnisse** beim konkret zuständigen KJHT **nicht vorhanden** sind.⁴²

2. Ausschlossenheit

Das Gesetz sieht zwei grundsätzliche Fälle vor, in denen eine **Übertragung der Obsorge jedenfalls (absolut) ausgeschlossen** ist:⁴³

- Wenn die mit der Obsorge zu betrauende Person selbst iSd § 21 Abs 1 ABGB schutzberechtigt ist (§ 205 Abs 2 Z 1 ABGB) und
- wenn von der mit der Obsorge zu betrauenden Person eine **kindeswohlförderliche Ausübung der Obsorge nicht zu erwarten** ist (§ 205 Abs 2 Z 2 ABGB).

Der erstgenannte Ausschlussgrund gilt **unabhängig** davon, ob die **Entscheidungsfähigkeit fehlt** oder nur hinsichtlich einzelner Angelegenheiten **eingeschränkt** ist. Gegenüber der Obsorge nach dem Dritten Hauptstück – wonach iSd § 21 Abs 1 ABGB schutzbedürftige Eltern seit dem 2. ErwSchG nicht mehr generell von der Vermögensverwaltung und gesetzlichen Vertretung ausgeschlossen sind⁴⁴ – besteht für die Übertragung an eine „andere“ Person daher zu Recht ein **strengerer Maßstab**: Da die Obsorge nach dem Vierten Hauptstück – jedenfalls bis zum Erkenntnis des VfGH (siehe I.A.) – an eine Person übertragen werden soll, die grundsätzlich keinen Anspruch auf die Teilhabe an der Erziehung des Kindes hat, wurde von der hM im Anschluss an die Mat argumen-

39 LGZ Wien 42 R 427/10w EFSlg 129.465; LG Linz 15 R 381/10w EFSlg 129.466; *Mondel*, Bestimmung eines Obsorgeberechtigten im Testament? iFamZ 2019, 45; vgl auch *Meisinger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 205 Rz 2 mwN.

40 *Meisinger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 205 Rz 2; *Höllwerth* in *KBB*⁷ § 160 Rz 3; *Weitzenböck* in *Schwimmann/Neumayr*⁶ § 160 Rz 5 ff.

41 Eine „allgemeine Bürgerpflicht“ zur Übernahme der Obsorge besteht nicht (mehr), siehe *Weitzenböck* in *Schwimmann/Kodek*⁵ § 206 Rz 2; *Meisinger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 206 Rz 4 mwN.

42 *Weitzenböck* in *Schwimmann/Kodek*⁵ § 209 Rz 4.

43 Nach hM handelt es sich hierbei generell um eine demonstrative Aufzählung, vgl *Mokrejs-Weinhappel* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*⁴ § 206 Rz 8; *Höllwerth* in *KBB*⁷ § 205 Rz 3; *Weitzenböck* in *Schwimmann/Kodek*⁵ § 205 Rz 2; *Weitzenböck* in *Schwimmann/Neumayr*⁶ § 205 Rz 2; 5 Ob 89/71 EFSlg 15.516; aA *Meisinger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 205 Rz 6.

44 *Deixler-Hübner* in *Deixler-Hübner/Schauer*, HB Erwachsenenschutz Rz 7.34 f; *Eliskases*, Änderungen durch das 2. Erwachsenenschutzgesetz im Hinblick auf Persönlichkeitsrechte, in *Wagner*, Erwachsenenschutzrecht 89 (99); *Barth/Marlovits*, Personensorge, in *Barth/Ganner*³ 216 (360 f).

tiert, dass bereits ausgeschlossen ist, wer (auch nur teilweise) nicht in der Lage ist, seine Angelegenheiten für sich selbst zu besorgen.⁴⁵ Durch die Aufhebung der Übertragung der Obsorge nach dem Dritten Hauptstück insbesondere an Großeltern (siehe I.A.) – und damit nach Art 8 EMRK vom Begriff der Familie geschützte Personen – könnte sich aus dieser Einschränkung iZm der Übertragung der Obsorge nach dem Vierten Hauptstück uE unter Gesichtspunkten des Diskriminierungsverbots eventuell ein neues grundrechtliches Spannungsfeld ergeben.

Der zweite Ausschlussgrund, also wenn eine Kindeswohlfördernde **Ausübung der Obsorge** von vornherein **nicht zu erwarten** ist, zielt auf **Veranlagungen** und **Eigenschaften der mit der Obsorge zu betrauenden Person** ab (zB Pädophilie, Suchtverhalten jeglicher Art, fehlende Möglichkeiten, das Kind zu betreuen und zu versorgen).⁴⁶ Beispielhaft wird eine aufgrund einer solchen Veranlagung erfolgte **strafgerichtliche Verurteilung** angeführt; diese muss aber nicht zwingend vorliegen.⁴⁷ Im Umkehrschluss wird – da auf eine „durch eine strafgerichtliche Verurteilung zutage getretene Veranlagung oder Eigenschaft“ abgestellt wird – **nicht jede strafrechtliche Verurteilung** automatisch zum **Ausschluss** von der Übertragung der Obsorge führen.⁴⁸

Bisher wurde in der Lehre und Rsp auch vertreten, dass eine Person mit **unsittlichem Lebenswandel**,⁴⁹ **ausländischer Staatsangehörigkeit**⁵⁰ oder bestehender **Feindschaft mit den Eltern**⁵¹ nicht mit der Obsorge betraut werden darf, was allerdings zu hinterfragen ist.⁵² Jedenfalls die Ansicht, dass eine Person mit **ausländischer Staatsangehörigkeit** oder **aus einem fremden Kulturkreis**⁵³ nur aufgrund dessen gänzlich von der Übertragung der Obsorge ausgeschlossen wäre, ist aus heutiger Sicht, insbesondere – aber nicht nur – iZm EU-Staatsbürgern, hinsichtlich des geltenden Diskriminierungsverbots **nicht mehr vertretbar**.⁵⁴ Eine **Feindschaft mit den Eltern** müsste sich in einer Art und Weise manifestieren, die eben eine dem Kindeswohl entsprechenden Ausübung der Obsorge nicht erwarten lässt.⁵⁵

Gem § 206 Abs 1 ABGB sind dem Gericht **sämtliche Gründe** (daher nicht nur die absoluten Ausschlussgründe) **offenzulegen**, die die mit der Obsorge zu betrauende Person für die Übernahme der Obsorge **ungeeignet erscheinen lassen**.⁵⁶ Die Offenlegungspflicht

45 Erläuterung 1461 BgNR 25. GP 14; *Deixler-Hübner* in *Deixler-Hübner/Schauer*, HB Erwachsenenschutz Rz 7.34 f; *Deixler-Hübner*, Erwachsenenschutz in der Personensorge, in *Deixler-Hübner/Schauer*, Tagungsband Erwachsenenschutz 57 (63); *Schweighofer*, Auswirkungen des 2. Erwachsenenschutz-Gesetzes auf die Obsorge, EF-Z 2018/98.

46 *Meisinger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 205 Rz 6; vgl *Stabentheiner* in *Rummel*³ (2003) § 188 Rz 3.

47 *Meisinger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 205 Rz 4.

48 Vgl iZm dem Entzug der Obsorge gem § 181 ABGB *Weitzenböck* in *Schwimmann/Kodek*⁵ § 181 Rz 19 mwN.

49 ZBl 1931/27; *Weitzenböck* in *Schwimmann/Kodek*⁵ § 205 Rz 2 spricht sich idZ für eine einschränkende Interpretation und eine Beurteilung anhand der aktuellen gesellschaftlichen Vorstellungen aus.

50 1 Ob 681/80 JBl 1981, 434 (*Hoyer*); LG Salzburg 21 R 32/03g EFSlg 104.572.

51 3 Ob 332/54 SZ 27/159.

52 Vgl *Meisinger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 205 Rz 8; *Mokrejs-Weinhappel* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*⁴ § 206 Rz 10.

53 So *Weitzenböck* in *Schwimmann/Kodek*⁵ § 205 Rz 2.

54 Siehe auch *Meisinger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 205 Rz 8; *Mokrejs-Weinhappel* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*⁴ § 206 Rz 10.

55 3 Ob 332/54 SZ 27/159; *Meisinger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 205 Rz 8.

56 *Meisinger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 206 Rz 1 f; *Mokrejs-Weinhappel* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*⁴ § 206 Rz 11.

gilt ab Information über die Absicht zur Obsorgeübertragung und dauert auch während der Ausübung der Obsorge (für nachträglich eintretende Gründe) an. Bereits eine leicht fahrlässige Unterlassung der Offenlegungspflicht führt zu einer Haftung der mit der Obsorge betrauten bzw zu betrauenden Person gegenüber dem Kind.⁵⁷

3. Unzumutbarkeit

Besonders geeignete Personen (für sonstige geeignete Personen besteht keine Verpflichtung, siehe bereits II.C.1.) dürfen die Übernahme der Obsorge gem § 206 Abs 2 ABGB **nur ablehnen**, wenn ihnen die Übernahme **unzumutbar** wäre.⁵⁸ Zur Auslegung des Begriffs der Unzumutbarkeit sind – mangels gesonderter Regelungen im Vierten Hauptstück – nach hM die § 243 Abs 2 und § 246 Abs 3 Z 2 ABGB sinngemäß analog heranzuziehen.⁵⁹ Eine Unzumutbarkeit liegt nach hM demnach bspw bei einer **größeren Anzahl bereits erfolgter Betrauungen**⁶⁰ oder einer **Gefahr für das Privat-, Ehe- und Familienleben** vor.⁶¹ Sie ist jedoch restriktiv zu beurteilen und liegt daher **nicht** bei genereller **Arbeitsauslastung** bzw **Zeitmangel**⁶² oder bloß **mangelndem Interesse** vor.⁶³ Von Teilen der Lehre und Rsp werden auch **Interessenkollisionen** als Unzumutbarkeitsgründe angesehen.⁶⁴

Hinsichtlich der **sinngemäßen Analogie** des § 243 Abs 2 ABGB ist zu beachten, dass – im Gegensatz zu § 279 Abs 4 ABGB aF, der von einer Höchstzahl von fünf Vertretungen ausgegangen ist – für Erwachsenenvertreter grundsätzlich, solange eine ordnungsgemäße Besorgung der Vertretungen gewährleistet ist, eine absolute **Höchstzahl von fünfzehn Vorsorgevollmachten und Erwachsenenvertretungen** vorgesehen ist, wenn keine Eintragung in die Liste der **besonders geeigneten Rechtsanwälte** und **Notare** erfolgt, die uU auch eine größere Anzahl an Vertretungen übernehmen können. Mit dieser Regelung soll die **Qualität der Vertretung** durch Angehörige der juristischen Berufe **erhöht** und **Überlastung verhindert** werden.⁶⁵ Während § 279 ABGB aF daher noch eher einen geeigneten Anhaltspunkt für die Anzahl an Obsorgeübernahmen geboten hat, stellen fünfzehn Obsorgefälle im Hinblick auf das Kindeswohl uE keinen passenden Maßstab mehr dar. Allein der Umstand, dass bei Obsorgeübernahmen arbeitsintensivere Erziehungsaufgaben zu bewältigen sind und auch ein größeres Bedürfnis des Kindes nach persönlicher Nähe besteht, lässt darauf schließen, dass von einer entsprechend geringeren Anzahl an maximal zulässigen Obsorgebetrauungen auszugehen ist. Hier ist im **Einzelfall** zu prüfen, wann mehrere Obsorgebetrauungen noch mit dem

57 *Meisinger in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 206 Rz 1, 3 mwN; *Mokrejs-Weinhappel in Rummel/Lukas/Geroldinger*⁴ § 206 Rz 11.

58 *Meisinger in Kletečka/Schauer*^{1.06} § 206 Rz 4; *Weitzenböck in Schwimann/Kodek*⁵ § 206 Rz 2.

59 *Meisinger in Kletečka/Schauer*^{1.06} § 206 Rz 6 mwN; *Mokrejs-Weinhappel in Rummel/Lukas/Geroldinger*⁴ § 206 Rz 6; *Höllwerth in KBB*⁷ § 206 Rz 2; *Weitzenböck in Schwimann/Kodek*⁵ § 206 Rz 2.

60 LGZ Wien 44 R 810/90 EFSlg 62.981.

61 Siehe etwa *Meisinger in Kletečka/Schauer*^{1.06} § 206 Rz 7; *Höllwerth in KBB*⁷ § 206 Rz 2; *Weitzenböck in Schwimann/Kodek*⁵ § 206 Rz 2 und in *Schwimann/Neumayr*⁶ § 206 Rz 3 je mwN.

62 7 Ob 323/01b EFSlg 100.483; vgl aber LGZ Wien 43 R 400/91 EFSlg 66.158, hierzu *Weitzenböck in Schwimann/Kodek*⁵ § 206 Rz 2.

63 *Meisinger in Kletečka/Schauer*^{1.06} § 206 Rz 7.

64 LG Salzburg 21 R 211/02d EFSlg 100.484; *Höllwerth in KBB*⁷ § 206 Rz 2; *Weitzenböck in Schwimann/Kodek*⁵ § 206 Rz 2 und in *Schwimann/Neumayr*⁶ § 206 Rz 3; aA *Meisinger in Kletečka/Schauer*^{1.06} § 206 Rz 8.

65 *Kathrein in Deixler-Hübner/Schauer*, HB Erwachsenenschutz Rz 1.35; *Barth/Ganner*³ 11 (122); *Kathrein in Deixler-Hübner/Schauer*, Tagungsband Erwachsenenschutz 1 (12).

jeweiligen **Kindeswohl** vereinbar sind.⁶⁶ So wird etwa bei der Obsorge für Geschwister die Betrauung einer Person mit der Obsorge für sämtliche Kinder eher möglich sein als bei Kindern, die in keinem persönlichen Verhältnis zueinander stehen.

Liegt **kein Unzumutbarkeitsgrund** vor, kann – wenn die Übertragung der Obsorge trotz der Weigerung der in Aussicht genommenen Person dem Kindeswohl entspricht – der Beschluss auf Übertragung **gegenüber besonders geeigneten Personen** auch durch **Zwangsmittel** iSd § 79 Abs 2 iVm § 110 Abs 2 AußStrG durchgesetzt werden.⁶⁷ Darüber hinaus kommen aber ggf auch eine **Haftung** gem §§ 227 f ABGB sowie allenfalls strafrechtliche Tatbestände in Betracht.

III. Gutachten in Obsorgeverfahren

IZm der Übertragung der Obsorge werden insbesondere im Hinblick auf die bestmögliche Wahrung/Förderung des Kindeswohls idR psychologische Sachverständigengutachten einzuholen sein. Geeignete Sachverständige sollten ein Studium der **Medizin** oder **klinischen Psychologie** absolviert haben sowie eine **Facharztausbildung** bzw **praktische Erfahrung** (va) in der **Kinder- und Jugendpsychiatrie** besitzen.⁶⁸ Um die Kooperation mit der juristischen Praxis zu erleichtern, sollte der Sachverständige auch über grundlegende **juristische Kenntnisse** im Bereich der **Obsorge** und des **Verfahrensrechts** verfügen. Von einem 2009 abgehaltenen Arbeitskreis wurde idZ empfohlen, die Sachverständigenliste um ein eigenes Fachgebiet „Obsorge, Besuchsrecht, Kindeswohlgefährdung“ zu erweitern. Für die Aufnahme in diese Liste sollte – als Maßnahme der Qualitätssicherung und Qualitätssteigerung – der **Nachweis einer Prüfung** bzw eines absolvierten Lehrgangs erbracht werden.⁶⁹ In der **Liste der Gerichtssachverständigen** wurde infolgedessen das Fachgebiet „Familienpsychologie, Kinderpsychologie, Jugendpsychologie (inkl Obsorge, Besuchsrecht, Fremdunterbringung, Kindeswohl, Missbrauch, Entwicklung)“ ergänzt.⁷⁰

Auf persönlicher Ebene ist es notwendig, dass der Sachverständige das notwendige **Feingefühl** für die im Rahmen seines Gutachtens auftretenden Fragestellungen beweist sowie dazu fähig ist, das Gutachten in einer **allgemeinverständlichen Sprache** bzw **Wortwahl** zu verfassen oder mündlich zu erörtern.⁷¹ Fast selbstverständlich sollte hier auch der **Zeitraum für die Gutachtenserstellung** erwähnt werden. Dieser wird auch von Familienrichtern als wichtigster Punkt definiert.⁷²

66 So auch *Meisinger* in *Kletečka/Schauer*^{1.06} § 206 Rz 6.

67 Ausführlicher *Deixler-Hübner* in *Rechberger/Klicka*, AußStrG³ § 79 und 110; *Meisinger* in *Deixler-Hübner/Fucik/Mayrhofer* § 110 AußStrG; *Pimmer* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG I² § 79, *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG I² § 110.

68 *Gutschner/Völkl-Kernstock/Kobel/Friedrich*, Grundlagen und wichtige Kriterien für die Erstellung von Obsorgegutachten, RZ 2008, 269 (271).

69 Bericht des Arbeitskreises vom 20.11.2009, iFamZ 2010, 13 (14).

70 justizonline.gv.at/jop/web/exl-suche/sv (abgefragt am 2.3.2025).

71 Ähnlich *Gutschner/Völkl-Kernstock/Kobel/Friedrich*, RZ 2008, 269 (271); zust Bericht des Arbeitskreises vom 20.11.2009, iFamZ 2010, 13 (16).

72 *Völkl-Kernstock/Bein/Klicpera/Friedrich*, Evaluierung kinderpsychologischer und kinderpsychiatrischer Sachverständigengutachten aus Sicht österreichischer Familienrichter, FamZ 2006, 241 (243).

Grds wurde in einer 2006 durchgeführten Studie⁷³ dem Vorgehen der Familienrichter in Österreich iZm der Sachverständigenbestellung bei Obsorgeentscheidungen ein **überwiegend positiver Befund** ausgestellt. Offen blieb jedoch die Frage, ob das Gutachten **entscheidungsorientiert** oder **lösungsorientiert** erstellt werden soll; dh, ob der Sachverhalt nur beurteilt oder gemeinsam mit den betroffenen Personen auch eine Lösung erarbeitet werden soll.⁷⁴ Dieser Punkt sollte allerdings in der Zwischenzeit durch die Etablierung der Familiengerichtshilfe als obsolet betrachtet werden.

Mit dem KindNamRÄG 2013 hat sich der österreichische Gesetzgeber an sich sowohl für ein **entscheidungsorientiertes** als auch für ein **lösungsorientiertes** Vorgehen bei Obsorgeentscheidungen ausgesprochen. Dieses System bringt mehrere Vorteile. Der Sachverständige sollte sich bei Erstellung seines Gutachtens auf die wesentlichen Punkte konzentrieren und entscheidungsorientiert für den Richter das Gutachten erstellen können. Gleichzeitig soll die Familiengerichtshilfe mit den Parteien auch lösungsorientiert arbeiten. Dies dient der Vermeidung von Konfliktsituationen, indem einerseits der Sachverständige seine nötige Unabhängigkeit wahren kann und andererseits die Familiengerichtshilfe dem Gericht **zusätzliche Entscheidungsgrundlagen** liefert. Dadurch, dass die Familiengerichtshilfe – aus verfahrensrechtlicher Sicht – berichtet⁷⁵ und kein Gutachten zu erstellen hat, ist die Wahrnehmung der Familiengerichtshilfe durch die betroffenen Personen eine andere, welche uE das **lösungsorientierte Arbeiten** erleichtert.⁷⁶ In der Praxis ist idZ jedoch auch eine **Monopolstellung des KJHT**, der als Verfahrenshelfer für das Gericht fungiert, zu beobachten. Diese Monopolstellung wird ebenfalls zunehmend kritisch⁷⁷ gesehen, da der KJHT häufig im Vorfeld eines Obsorgeentziehungsverfahrens Kontakt mit den betroffenen Personen hatte und seine nötige **Objektivität** bereits **beeinflusst** sein kann.

IV. Unterschiede und Gemeinsamkeiten zur Erwachsenenvertretung

Seit der Trennung der Regelungen über die **Vertretung volljähriger, nicht entscheidungsfähiger Personen** von den Bestimmungen des Kindschaftsrechts mit dem **SWRÄG 2006** (und der späteren Novellierung durch das 2. ErwSchG, siehe bereits I.A.)⁷⁸ bezieht sich die **Obsorge** (einer anderen Person) ausschließlich auf **minderjährige Personen**, unabhängig von deren geistiger und psychischer Verfassung. Umgekehrt erfasst die **Erwachsenenvertretung** (in allen Varianten) stets **volljährige Personen**, die aufgrund einer **psychischen**

73 Völk/Kernstock/Bein/Klicpera/Friedrich, FamZ 2006, 241.

74 Völk/Kernstock/Bein/Klicpera/Friedrich, FamZ 2006, 241 (244 ff); krit Bericht des Arbeitskreises vom 20.11.2009, iFamZ 2010, 13 (14).

75 Zu den Pflichten und Befugnissen der Familiengerichtshilfe *Mayrhofer*, Verfahrensrechte Minderjähriger – sowie Obsorgerechte und -pflichten gegenüber dem Kind, in *Flossmann/Ulrich/Neuwirth/Greif* (Hrsg), Linzer Schriften zu Gender und Recht Bd 54 (2014) 124 f.

76 *Stvarnik/Spanning*, Familiengerichtshilfe: Weitere Belastung im Pflegschaftsverfahren oder rasche Hilfe? in *Ferz/Salicytes*, Mediation Aktiv 51 f.

77 *Neumayer*, Das Kindeswohl als Maßstab zur Entscheidungsfindung, iFamZ 2013, 42 (43); *Mayrhofer/Salicytes*, Worst Case Kindesabnahme, iFamZ 2015, 60.

78 Zur Entwicklung ausführlicher *Kathrein* in *Deixler-Hübner/Schauer*, HB Erwachsenenschutz Rz 1.1 ff; *Kathrein* in *Deixler-Hübner/Schauer*, Tagungsband Erwachsenenschutz 1 ff; *Barth* in *Barth/Ganner*³ 1 ff.

Krankheit oder einer **vergleichbaren Beeinträchtigung** in ihrer Entscheidungsfähigkeit eingeschränkt sind und daher einer entsprechenden Unterstützung bedürfen.

In beiden Fällen dienen die Regelungen dem **Schutz** und der **Förderung des Wohls** der jeweils vertretenen Person, weshalb zT auch die zugrunde liegenden **Wertungen herangezogen** werden können und **uU Analogien** zulässig sind (siehe bereits oben zur Unzumutbarkeit II.C.3.), sofern nicht aufgrund des Alters und der unterschiedlichen Bedürfnisse Minderjähriger und Erwachsener **andere Interessenlagen** bestehen. Teilweise sind auch direkte **Verweise angeordnet**, vgl etwa § 258 Abs 3 und 5 ABGB, wonach die Bestimmung zur Vermögensverwaltung der §§ 215–224 ABGB (siehe VI.B.) auch für die Erwachsenenvertretung und die §§ 215–221 ABGB – sofern vom Vollmachtgeber angeordnet – für die Vorsorgevollmacht sinngemäß heranzuziehen sind.⁷⁹

V. Unterschiede und Gemeinsamkeiten zur Obsorge iSd Dritten Hauptstücks

Die **Regelungen des Dritten Hauptstücks** sind grds auch iZm der Obsorge nach dem Vierten Hauptstück (uU analog) anzuwenden, sofern keine abweichenden Regelungen getroffen werden⁸⁰ – siehe beispielsweise § 173 ABGB und § 213 Abs 2 ABGB zu **medizinischen Behandlungen** (hierzu VI.A.2.).

Teilweise wird im Vierten Hauptstück auf das Dritte Hauptstück verwiesen – siehe etwa zur **Vermögensverwaltung** §§ 164–166 ABGB, die sinngemäß auf die §§ 215–223 ABGB verweisen (mit dem 2. ErwSchG wurde klargestellt, dass § 224 für nach dem Dritten Hauptstück mit der Obsorge betraute Personen nicht gilt).⁸¹ Die Ausnahme von § 224 ABGB muss uE aus teleologischen Erwägungen auch weiterhin für Groß- und Pflegeeltern gelten, auch wenn ihnen die Obsorge nunmehr nach dem Vierten Hauptstück zu übertragen ist (siehe VI.B.2.). Sowohl Eltern als auch andere mit der Obsorge betraute Personen haben mit der „**Sorgfalt ordentlicher Eltern**“ vorzugehen bzw das Kindesvermögen zu verwalten (§ 164 ABGB bzw für das Vierte Hauptstück per analogiam).⁸²

VI. Besondere Bestimmungen

A. Persönliche Angelegenheiten

In „**wichtigen, die Person des Kindes betreffenden Angelegenheiten**“ ist, soweit nichts anderes bestimmt ist (vgl etwa § 141 Abs 4 ABGB zur Abstammung oder § 192 Abs 4 zur Annahme an Kindesstatt), eine **Genehmigung des Gerichts** einzuholen (§ 213 Abs 1 ABGB). Gem § 210 ABGB ist der KJHT generell von dieser Verpflichtung befreit.

79 *Meisinger in Kletečka/Schauer*^{1.06} §§ 215–224 Rz 3 mwN; *Weitzenböck in Schwimann/Kodek*⁵ Vor § 204 Rz 2; *Weitzenböck in Schwimann/Neumayr*⁶ Vor § 204 Rz 7.

80 ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 74.

81 *Meisinger in Kletečka/Schauer*^{1.06} §§ 215–224 Rz 3; *Mokrejs-Weinhappel in Rummel/Lukas/Geroldinger*⁴ § 224 Rz 4 mwN.

82 *Meisinger in Kletečka/Schauer*^{1.06} § 227 Rz 2 mwN; *Höllwerth in KBB*⁷ § 227 Rz 1; *Mokrejs-Weinhappel in Rummel/Lukas/Geroldinger*⁴ § 227 Rz 3 mwN; *Weitzenböck in Schwimann/Kodek*⁵ und in *Schwimann/Neumayr*⁶ jeweils § 227 Rz 1.

Die Zugänge der Kinder- und Jugendanwaltschaften Österreichs

Christine Winkler-Kirchberger

I. Rechtsgrundlagen und Aufgaben der Kinder- und Jugendanwaltschaften

- A. UN-Kinderrechtskonvention
 - 1. Zusatzprotokolle zur Kinderrechtskonvention
 - 2. Staatliche Verpflichtung zur Umsetzung der Konvention
- B. Tätigkeitsbereiche
 - 1. Individuelle Hilfen
 - 2. Prävention und Information
 - 3. Interessenvertretung
 - 4. Ständige Konferenz der Kinder- und Jugendanwält:innen

II. Kinderrechtliche Schwerpunkte im Familien- und Verfahrensrecht

- A. Vorrang des Kindeswohls
- B. Recht auf gewaltfreie Erziehung
- C. Recht des Kindes auf Kontakt zu beiden Elternteilen
 - 1. Obsorge beider Eltern als Regelfall
 - 2. Verpflichtende Elternberatung nach § 95 Abs 1a AußStrG
 - 3. Familiengerichtshilfe
 - 4. Gewalt im Zusammenhang mit Obsorge und Kontaktrecht
- D. Recht des Kindes auf altersgerechte Partizipation
 - 1. Kinderwille und Rechtsinstrument Kinderbeistand
 - 2. Kinderanwaltliche Vertrauensperson für Kinder in Institutionen

III. Ausblick und kinderrechtliche Empfehlungen

I. Rechtsgrundlagen und Aufgaben der Kinder- und Jugendanwaltschaften

Die Entwicklung der Kinder- und Jugendanwaltschaften Österreichs (kijas) steht in engem Zusammenhang mit der Unterzeichnung des internationalen Übereinkommens über die Rechte des Kindes (UN-KRK) im Jahr 1989, welches die Basis der kinderanwaltlichen Tätigkeiten bildet. **Kinderrechte** sind eine **Querschnittsmaterie** und betreffen sämtliche Lebensbereiche junger Menschen.

Erstmals wurde im Jugendwohlfahrtsgesetz 1989 die Funktion eines Kinder- und Jugendanwalts vorgesehen, wobei für den Grundsatzgesetzgeber zu diesem Zeitpunkt Beratungs- und Vermittlungsaufgaben im Vordergrund standen. Nach und nach richteten zwischen 1992 und 1994 alle Bundesländer eigene Kinder- und Jugendanwaltschaften ein. Mit dem Bundes-Kinder- und Jugendhilfegesetz 2013 wurden die Aufgaben konkretisiert und erwei-

tert, ebenso wurde die Zielgruppe auf „junge Erwachsene“ (18- bis 21-Jährige) ausgedehnt. Von der 2020 erfolgten Verfassungsänderung („Verlängerung“, BGBl I 2019/14) für den Bereich der Kinder- und Jugendhilfe, mit der die Gesetzgebungskompetenz zur Gänze den Ländern übertragen wurde, war auch die bundesgesetzliche Grundlage der Kinder- und Jugendanwaltschaften betroffen. Die ursprünglich in Ausführungsgesetzgebung erlassenen Landesgesetze gelten aufgrund einer Art-15a-Vereinbarung als solche weiter.

Aktuelle Entwicklungen

Die Beibehaltung der aktuell noch gegebenen gesetzlichen Verankerung der weiteren Kinder- und Jugendanwaltschaften in den jeweiligen Landes-Kinder- und Jugendhilfegesetzen erscheint mE nicht mehr passend und zeitgemäß. Durch die Schaffung selbstständiger Gesetzesgrundlagen sollte der rechtlichen, praktischen und organisatorischen Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendanwaltschaften Rechnung getragen werden. In Vorarlberg ist die Kinder- und Jugendanwaltschaft bereits in einem eigenen Gesetz geregelt.¹ In einigen Bundesländern stehen entsprechende Überlegungen und geplante Novellen dazu an.

A. UN-Kinderrechtskonvention

Die UN-KRK bildet die Richtlinie sämtlicher Tätigkeiten der Kijas. Am 20. November 1989² wurde sie von der Vollversammlung der Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen verabschiedet und 1992 von Österreich ratifiziert. In 54 Paragraphen statuiert dieses Übereinkommen die persönlichen, wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte des Kindes und sichert diese Rechte allen Kindern und Jugendlichen bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres zu.

Auf folgenden **Grundprinzipien** baut die UN-KRK auf: Recht auf Gleichbehandlung und Schutz vor Diskriminierung, Vorrangigkeit des Kindeswohls, Recht auf bestmögliche Entwicklungschancen sowie Berücksichtigung des Kindeswillens.

Die **Rechtsbereiche** der UN-KRK lassen sich in drei Gruppen zusammenfassen: die Rechte auf Förderung und Entwicklung („provision“), auf Schutz („protection“) sowie auf Beteiligung („participation“).

1. Zusatzprotokolle zur Kinderrechtskonvention

Die **Fakultativprotokolle** zur KRK betreffend die Beteiligung von Kindern an bewaffneten Konflikten („**Kindersoldaten**“) sowie den Verkauf von Kindern, die Kinderprostitution und die Kinderpornographie („Kinderhandel“) wurden 2002 bzw 2004 von Österreich ratifiziert.

Das dritte Fakultativprotokoll betrifft die Option einer Individualbeschwerde. Bislang ist es nicht möglich, im Falle einer Kinderrechtsverletzung in Österreich eine individuelle Beschwerde beim UN-Kinderrechtsausschuss einzulegen; die baldige Ratifizierung ist daher eine aktuelle kinderrechtliche Forderung.

1 Gesetz über die Kinder- und Jugendanwaltschaft LGBl 30/2013 idF LGBl 2/2024.

2 Der 20. November wird seither als „Internationaler Tag der Kinderrechte“ gefeiert.

2. Staatliche Verpflichtung zur Umsetzung der Konvention

Als wichtigste Umsetzungsmaßnahme Österreichs gilt das **Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern** (BVG Kinderrechte), wodurch im Jahr 2011 zentrale Kinderrechte in Verfassungsrang gehoben wurden.

Staatenberichtsprüfungsverfahren

Die Vertragsstaaten sind verpflichtet, alle fünf Jahre Berichte über ihre Maßnahmen und Fortschritte in der Umsetzung der KRK dem **UN-Kinderrechtsausschuss** vorzulegen. Um ein möglichst vollständiges Bild zur Lage im jeweiligen Land zu erhalten, ist der Ausschuss auch an ergänzenden Berichten (Schattenberichte) von nichtstaatlichen Organisationen und unabhängigen Einrichtungen interessiert. So erstatten die österreichische „National Coalition“ (Netzwerk Kinderrechte)³ und die Kinder- und Jugendanwaltschaften Österreichs jeweils Schattenberichte zum offiziellen Staatenbericht. Nach einem öffentlich zugänglichen Hearing in Genf gibt der Ausschuss dann eine kritische Stellungnahme zum Stand der Umsetzung im jeweiligen Land samt **Empfehlungen für Verbesserungen** ab (Concluding Observations).⁴

B. Tätigkeitsbereiche

Die österreichischen kijas haben die Aufgabe, die Rechte, Interessen und das Wohl von Kindern, Jugendlichen und jungen Erwachsenen wirksam zu fördern, auf deren Einhaltung zu achten und in der Öffentlichkeit zu vertreten. Die gesetzlich eingeräumte **Weisungsfreiheit der Kinder- und Jugendanwält:innen** in der Leitung der jeweiligen Landes-Kinder- und Jugendanwaltschaft bei der Erfüllung der Aufgaben soll insbesondere die Wahrnehmung von Ombudsaufgaben bei Beschwerdefällen ermöglichen und die Orientierung aller Maßnahmen ausschließlich am Interesse des Kindes gewährleisten.

1. Individuelle Hilfen

Bei den bundesweit über 30.000 Beratungen und Begleitungen als individuelle Hilfen pro Jahr dominieren zwei Schwerpunkte: zum einen Themen rund um das familiäre Umfeld (Trennung und Scheidung der Eltern, Gewalt und Vernachlässigung usw), zum anderen Fragen rund um Kindergarten und Schule (Mobbing, Suspendierung, integrative Maßnahmen usw), wobei zunehmend die mit allen Lebensbereichen verbundenen Herausforderungen der digitalen Welt eine Rolle spielen.

2. Prävention und Information

Die Gesellschaft nachhaltig für Kinderrechte und Kinderschutz zu sensibilisieren, ist der Anspruch der kijas. Kinderechtliche Hilfen und Zugänge werden ua in spezifischen Workshop-Formaten, in theaterpädagogischen Projekten, Fortbildungen und Vorträgen sowie mittels zielgruppenspezifischer Publikationen vermittelt.⁵

3 Netzwerk Kinderrechte Österreich, Kinder haben Rechte, <https://www.kinderhabenrechte.at/> (27.2.2025).

4 Ausschuss für die Rechte des Kindes, Concluding Observations 2020, CRC/C/AUT/CO/5-6; siehe dazu auch 3./4. Staatenbericht sowie ergänzender Bericht der Kinder- und Jugendanwaltschaften, <https://www.kija.at/kinderrechte> (27.2.2025).

5 Bspw Broschüre „Damit es dir gut geht“ oder Pixi-Buch-Serie zu Kinderrechten der kijas, Bestellmöglichkeit auf <https://www.kija-ooe.at/> (27.2.2025).

3. Interessenvertretung

Die Aufgabenfelder der „Individuellen Hilfen“ und der „Prävention und Information“ sowie die Einbindung in die unterschiedlichen Netzwerke ermöglichen es, frühzeitig aktuelle Entwicklungen zu erkennen. Die Erfahrungen werden in Form von Empfehlungen und Stellungnahmen in gesellschaftspolitische Prozesse eingebracht. Es werden Projekte (mit-)initiiert und unterstützt, zudem erfolgt eine aktive Mitwirkung in Gremien mit dem Ziel, strukturelle und ursächliche Bedingungen im Sinne der Kinder, Jugendlichen und jungen Erwachsenen zu verbessern.

4. Ständige Konferenz der Kinder- und Jugendanwält:innen

Der Zusammenarbeit aller Kinder- und Jugendanwält:innen und der Bundesländer kommt eine zentrale Rolle zu und sie ist als „ständige Konferenz“ mit regelmäßigen Austauschformen organisiert. Dadurch können Synergien genützt und so zu den vielschichtigen gesellschaftspolitischen Themen Stellung bezogen sowie bei Planungs- und Gesetzesvorhaben in einer abgestimmten und konstruktiven Weise mitgewirkt werden. Positionspapiere werden auf der gemeinsamen Homepage www.kija.at veröffentlicht, auch finden sich dort Dokumentationen zu österreichweiten Tagungen und sonstigen Aktivitäten.

II. Kinderrechtliche Schwerpunkte im Familien- und Verfahrensrecht

Nachdem Österreich im Jänner 2011 zentrale Kinderrechte im BVG Kinderrechte verankert hatte, setzte das KindNamRÄG 2013 den Weg hin zu einer kindgerechten Rechtsordnung fort.⁶ Aus der kinderanwaltlichen Praxis können die damit neu geschaffenen Zugänge und die Einrichtung der Familiengerichtshilfe weitgehend positiv bewertet werden, wiewohl wichtige Reformen und Anpassungen zur Weiterentwicklung dringend notwendig erscheinen.

A. Vorrang des Kindeswohls

Das Vorrangigkeitsprinzip des Art 3 Abs 1 der UN-KRK greift das BVG Kinderrechte mit Art 1 auf:

Jedes Kind hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge, die für sein Wohlergehen notwendig sind, auf bestmögliche Entwicklung und Entfaltung sowie auf die Wahrung seiner Interessen auch unter dem Gesichtspunkt der Generationengerechtigkeit. Bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen öffentlicher und privater Einrichtungen muss das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung sein.⁷

§ 138 ABGB nennt ua folgende **Kriterien zur Beurteilung des Kindeswohls**: Neben Fürsorge, Geborgenheit und Schutz der körperlichen und seelischen Integrität sowie der

⁶ Detaillierte Ausführungen siehe *Huber*, Rechte und Pflichten zwischen Eltern und Kindern, in diesem Band.

⁷ Vgl weiterführend *Fuchs/Kristler*, Art 1 BVG Kinderrechte: Wohl des Kindes als vorrangige Erwägung, ZVG 2024, 250; *Pabel*, Das Kindeswohl im Verfassungsrecht des Bundes (und der Länder), ZVG 2024, 183.

Berücksichtigung der Meinung des Kindes werden auch die Vermeidung der Gefahr für das Kind, Übergriffe oder Gewalt selbst zu erleiden oder an wichtigen Bezugspersonen mitzerleben, genannt. Verlässliche Kontakte des Kindes zu beiden Elternteilen und wichtigen Bezugspersonen sowie sichere Bindungen zu diesen Personen und die Vermeidung von Loyalitätskonflikten und Schuldgefühlen des Kindes werden ebenso hervorgehoben.⁸

Aus kinderrechtlicher Sicht zeigt sich in dieser Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs „Kindeswohl“ eine Haltung, die den **präventiven Zugang des Familienrechts**, basierend auf pädagogischen und psychologischen Erkenntnissen zu den Bedürfnissen des Kindes, abbildet.⁹ Vor dem KindNamRÄG wurde in Gesetzesmaterien auf das „Kindeswohl“ fast ausschließlich im Zusammenhang mit einer „Kindeswohlgefährdung“ zurückgegriffen.¹⁰

Das Kindeswohl ist besonders auch bei der Regelung der Obsorge zu beachten, wie aktuell anhand der vom Verfassungsgerichtshof wegen Verfassungswidrigkeit verfügten Aufhebung des § 178 Abs 1 ABGB mit 1.10.2024 ersichtlich wurde.¹¹

B. Recht auf gewaltfreie Erziehung

Die strikte Ächtung jeder Form der **Gewalt in familienrechtlichen Beziehungen** ist die wichtigste kinderrechtliche Grundlage für eine gesunde Entwicklung des Kindes, welche der Art 19 UN-KRK abbildet. Art 5 Abs 1 Satz 1 BVG Kinderrechte lautet:

Jedes Kind hat das Recht auf gewaltfreie Erziehung. Körperliche Bestrafungen, die Zufügung seelischen Leides, sexueller Missbrauch und andere Misshandlungen sind verboten.

Im Zuge der Reform des Kindschaftsrechts im Jahr 2013 wurde durch Vorreihung des **Gewaltverbots** in der Erziehung in die einleitenden „Allgemeinen Grundsätze“ das Verbot jeglicher Arten von Gewalt unterstrichen und verdeutlicht.¹²

Gem § 137 Abs 2 ABGB haben Eltern das Wohl ihrer minderjährigen Kinder zu fördern, ihnen Fürsorge, Geborgenheit und eine sorgfältige Erziehung zu gewähren. Die Anwendung jeglicher Gewalt und die Zufügung körperlichen oder seelischen Leides sind unzulässig.¹³

8 Vgl weiterführend *Deixler-Hübner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.08} § 138 (Stand 15.9.2023, rdb.at).

9 ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 16.

10 Vgl ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 56, 58, 64, 66.

11 VfGH 9.3.2023, G 223/2022-26: Der VfGH hat beanstandet, dass der Kreis der Personen, die bei Verhinderung des mit der Obsorge betrauten Elternteils vor „anderen geeigneten Personen“ iSd §§ 204 ff ABGB bevorzugt mit der Obsorge zu betrauen sind, zu eng gezogen sei. Das Kindeswohl könne es auch gebieten, etwa (ältere) Geschwister, Tanten, Onkel, Urgroßeltern oder andere geeignete Angehörige vorrangig mit der Obsorge zu betrauen. Eine derartige dem Kindeswohl entsprechende Lösung war jedoch im Gesetz nicht vorgesehen und somit waren die genannten Bestimmungen wegen Verfassungswidrigkeit (Verstoß gegen Art 1 BVG über die Rechte von Kindern) aufzuheben. Da es seit 1.10.2024 nun keine „Rangordnung“ mehr gibt, ist alleiniges Kriterium bei der Obsorgeentscheidung das Kindeswohl. Im Sinne der Rechtssicherheit ist mE eine Neuregelung des § 178 ABGB und damit zusammenhängend auch des § 204 ABGB aber unbedingt erforderlich.

12 Vgl weiterführend *Mayrhofer*, Wohnungsschutz und Gewaltschutz in der Familie, in diesem Band.

13 Vgl weiterführend *Huber*, Kindschaftsrecht, in *Deixler-Hübner/Mayrhofer* (Hrsg), Gewaltschutzrecht (2023) 51.

Soweit tunlich und möglich sollen die Eltern die Obsorge einvernehmlich wahrnehmen. Das ABGB selbst bildet das Recht des Kindes auf gewaltfreie Erziehung nunmehr explizit ab, indem das Gericht nötigenfalls die persönlichen Kontakte zu einem Elternteil einzuschränken oder zu untersagen hat, insbesondere soweit dies aufgrund der Anwendung von Gewalt gegen das Kind oder eine wichtige Bezugsperson geboten erscheint (§ 187 Abs 2 ABGB).

Eine wesentliche Rolle bei Gewalt im familiären Kontext kommt weiterhin dem **Kinder- und Jugendhilfeträger** zu. Neben einem breiten Hilfsangebot für Erziehungsberechtigte und Kinder kann er bei Gefahr im Verzug nach § 211 Abs 1 ABGB die erforderlichen Maßnahmen vorläufig mit Wirksamkeit bis zur gerichtlichen Entscheidung selbst treffen, also auch die Abnahme und die außerfamiliäre Unterbringung des Kindes.¹⁴

Die Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung der Rechtmäßigkeit dieser Gefahr-im-Verzug-Maßnahmen des Kinder- und Jugendhilfeträgers nach § 107a AußStrG ist im Sinne der Rechtssicherheit, sowohl für die betroffenen Kinder und Eltern als auch den Kinder- und Jugendhilfeträger im Hinblick auf eine frühzeitige individuelle Hilfeplanung.¹⁵

Trotz des rechtlich vielfach normierten Gewaltverbots zeigt die Praxis, dass das Kinderrecht auf Schutz vor Gewalt noch allzu oft missachtet wird. Beinahe jedes fünfte Kind erfährt in Österreich Gewalt in der Familie, wie aktuelle Studien und Umfragen belegen.¹⁶ Die laufende Information junger Menschen zu häuslicher Gewalt verbunden mit Hilfsangeboten nimmt daher in der kinderrechtlichen Präventionstätigkeit einen hohen Stellenwert ein.¹⁷

Die gegebenen Regelungen und Maßnahmen zum Schutz von Kindern, die von der Gewaltausübung durch einen Elternteil geprägt sind, reichen nicht weit genug. Neben kontinuierlichen bewusstseinsbildenden Maßnahmen braucht es zur Verbesserung der Lebenssituation der Kinder auch dringende rechtliche Nachschärfungen, etwa zur Gewährleistung des Ineinandergreifens der Instrumente nach dem Sicherheitspolizeigesetz, etwa Wegweisungen und Kontaktverbote, oder auch der Maßnahmen des Kinder- und Jugendhilfeträgers.

C. Recht des Kindes auf Kontakt zu beiden Elternteilen

Die UN-KRK räumt Kindern im Art 9 Abs 3 das Recht auf regelmäßige persönliche Beziehungen und Kontakte zu beiden Elternteilen ein und Art 2 Abs 1 BVG Kinderrechte normiert:

Jedes Kind hat Anspruch auf regelmäßige persönliche Beziehungen und direkte Kontakte zu beiden Elternteilen, es sei denn, dies steht seinem Wohl entgegen.

Im Jahr 2023 wurden 14.721 Ehen geschieden und 181 eingetragene Partnerschaften aufgelöst. Insgesamt waren 12.524 Minderjährige von der Ehescheidung ihrer Eltern betrof-

¹⁴ Vgl Beck, Kindschaftsrecht³ (2021) Rz 654.

¹⁵ Vgl ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 39.

¹⁶ Vgl Institut Spectra im Auftrag der kija OÖ, 3. Trendmessung zu Gewaltverbot in der Erziehung (2022), https://www.kija-ooe.at/Mediendateien/3TM_14-4296_KiJA_Report.pdf (27.2.2025).

¹⁷ Ein Beispiel dazu ist das Kooperationsprojekt der kija OÖ und des Gewaltschutzzentrums OÖ, Hinter der Fassade, <https://hinter-der-fassade.at/> (27.2.2025).

fen. Die Ex-Ehepaare hatten somit im Durchschnitt 1,18 Kinder (aller Altersstufen), mehr als die Hälfte davon jünger als 14 Jahre (9 727 bzw 55,9 %).¹⁸ Schätzungsweise ist davon auszugehen, dass ebenso viele Kinder von der Trennung ihrer nicht verheirateten Eltern betroffen waren bzw ihre Eltern nie in einem gemeinsamen Haushalt gelebt haben.

Für alle Beteiligten bringt eine Trennung oder Scheidung zahlreiche Veränderungen und Belastungen mit sich. Kinder brauchen in dieser Zeit vermehrt Zuwendung und Sicherheit. Viele Elternpaare schaffen es, gute Lösungen für ihre Kinder zu finden und nach einer Übergangsphase wieder Stabilität in den Alltag zu bringen.

Leider gibt es auch Familien, in denen die Konflikte eskalieren. Die Kinder werden zwischen den unverrückbaren Fronten verbittert streitender Eltern aufgerieben und leiden unter Verlustängsten und Loyalitätskonflikten. Obwohl das Recht des Kindes auf Kontakt zu beiden Eltern sowohl in der UN-KRK als auch im österreichischen Recht verankert ist, verlieren noch immer viele Kinder den regelmäßigen Kontakt zum getrennt lebenden Elternteil.

1. Obsorge beider Eltern als Regelfall

Auch wenn es bei Auflösung der Ehe der Übereinkunft der Eltern oder einer gerichtlichen Einzelentscheidung bedarf, wird von der Obsorge beider Eltern als Regelfall ausgegangen (§ 179 Abs 1 und 2 ABGB).¹⁹

Bei unehelich geborenen Kindern ist bei beiderseitiger Zustimmung als vereinfachter Zugang die Festlegung der Obsorge beider Eltern vor der Personenstandsbehörde möglich. Ohne das Einvernehmen mit jenem Elternteil, der mit der Obsorge betraut worden ist, kann der getrennt lebende Elternteil von unehelich geborenen Kindern die Obsorge bei Gericht beantragen.²⁰

Das Gesetz präferiert die Obsorge beider Eltern auch nach Trennung oder Scheidung bzw bei nicht verheirateten Eltern; die alleinige Obsorge eines Elternteils soll die Ausnahme sein. Dadurch soll eine weitere gesellschaftliche Sensibilisierung hin zu einer gemeinsamen elterlichen Verantwortung erfolgen. Als Vorteil der Obsorge beider Eltern zeigt sich mE, dass die **Elternverantwortung** nicht länger Verhandlungsgegenstand ist und so dazu beigetragen werden kann, dass bei Elternteilen nicht das Gefühl des Sieges oder Verlustes vorherrscht. Damit ist eine grundlegende Voraussetzung gegeben, um ein konstruktives Gesprächsklima längerfristig aufbauen zu können.

Die Obsorge beider Eltern ist jedoch kein Allheilmittel und in manchen Fällen schlicht nicht durchführbar, etwa wenn keinerlei Bindung zwischen dem Kind und dem Elternteil besteht oder wenn durch Gewalt oder Sucht eines Elternteiles das Kindeswohl gefährdet wäre.

18 Statistik Austria, Weniger Hochzeiten, mehr Scheidungen 2023, <https://www.statistik.at/fileadmin/announcement/2024/05/20240528EhenScheidungenEP2023.pdf> (27.2.2025).

19 Vgl RIS-Justiz RS0128811; vgl auch Höllwerth in *Bydlinski/Perner/Spitzer*, Kommentar zum ABGB⁷ § 179 ABGB.

20 Vgl Beck, *Kindschaftsrecht*³ Rz 468; vgl ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 24.

Die mit dem KindNamRÄG geschaffene „Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung“, wenn es den Eltern unmittelbar nach der Scheidung nicht gelingt, eine Vereinbarung über die Obsorge zu treffen (§ 180 ABGB), hat sich in der Praxis nicht bewährt. Die kinderrechtliche Kritik ist darin begründet, dass sie zum einen die Gerichte kaum anwenden und, falls doch, es in dieser Zeit meist keine begleitenden Maßnahmen für das Finden einer gütlichen Lösung gibt, sodass Entscheidungen hinausgezögert und die Verfahrensdauer verlängert werden.

2. Verpflichtende Elternberatung nach § 95 Abs 1a AußStrG

Kinder und Jugendliche brauchen auch nach der Trennung ihrer Eltern weiterhin eine stabile Beziehung zu beiden Elternteilen. Für die Erwachsenen ist dies in einer Krise, wie sie eine Trennung für die gesamte Familie darstellt, oft nur schwer zu respektieren. Die Praxis bestätigt, dass **frühzeitige Beratungs- und Unterstützungsmöglichkeiten** nachhaltige und alltagstaugliche Lösungen fördern. Mit der verpflichtenden Elternberatung vor einer einvernehmlichen Scheidung wird mit österreichweit rund 20.000 Personen jährlich eine große Zahl betroffener Eltern erreicht. Ohne Nachweis einer derartigen Beratung ist es nicht möglich, sich einvernehmlich scheiden zu lassen.

Gem § 95 Abs 1a AußStrG haben die Parteien vor Abschluss oder Vorlage einer Regelung der Scheidungsfolgen bei Gericht zu bescheinigen, dass sie sich über die spezifischen aus der Scheidung resultierenden Bedürfnisse ihrer minderjährigen Kinder bei einer geeigneten Person oder Einrichtung beraten haben lassen.

Die „*verpflichtende Beratung vor einvernehmlicher Scheidung*“ beinhaltet die große Chance, frühzeitig den Eltern die **Bedürfnisse ihrer Kinder** nahezubringen. Auch wenn dies nicht der individuelle Wille ihres Kindes sein kann, so ist doch eine möglichst authentische Vermittlung der für einen Großteil der Kinder und Jugendlichen zutreffenden Bedürfnisse möglich.

Aus kinderrechtlicher Sicht sollte diese verpflichtende Beratung auch bei strittigen Scheidungen gleich zu Beginn der Gerichtsverfahren verpflichtend sein. Durch einen solchen Automatismus könnte mE im Interesse des Kindeswohls eine lange Verfahrensdauer verkürzt und Kontaktabbrüchen vorgebeugt werden. Denn in der Praxis wird bei strittigen Scheidungen häufig das Kontaktrecht erst nach den Fragen um Obsorge und Unterhalt behandelt. Im Zuge dieser Verfahren kommt es dann oft erst durch die richterliche Anordnung zu einer Erziehungsberatung nach § 107 Abs 3 AußStG.

Standards für eine qualitätsvolle Elternberatung

Im Rahmen einer von den österreichischen Kinder- und Jugendanwaltschaften, Rainbows, dem Justizministerium und dem damaligen Bundesministerium für Familie und Jugend im Oktober 2013 veranstalteten Fachtagung in Salzburg wurden die inhaltlichen Qualitätsstandards diskutiert und von einem interdisziplinären Fachbeirat die Empfehlungen für die Beratung nach § 95 Abs 1a AußStrG für folgende drei Bereiche erarbeitet:²¹

21 *Studener-Kuras*, Elternberatung vor einvernehmlicher Scheidung, iFamZ 2013, 262; *Filler*, Kinder müssen nicht Scheidungsopfer sein, iFamZ 2013, 270.