

Diplomarbeit

Zur Erlangung des akademischen Grades
einer Magistra der Rechtswissenschaften
an der rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Karl-Franzens-Universität Graz

Der Jugendwohlfahrtsträger als Obsorgebetrauter

–

mit besonderer Berücksichtigung von Pflege und Erziehung

eingereicht von

Eva-Maria Pfandlsteiner

bei

Univ.-Prof. Dr. Susanne Ferrari

Institut für Zivilrecht, ausländisches und
internationales Privatrecht

Graz, Dezember 2010

Ehrenwörtliche Erklärung

Ich erkläre ehrenwörtlich, dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig und ohne fremde Hilfe verfasst, andere als die angegebenen Quellen nicht benutzt und die den benutzten Quellen wörtlich oder inhaltlich entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe.

.....

Graz, Dezember 2010

Versuch einer Danksagung

Essentiell für das Werden einer Diplomarbeit ist ein Thema, über das man schreiben kann. Hier möchte ich vor allem Hon.-Prof. Hopf danken, der mir für dieses Thema den gedanklichen Anstoß gab; außerdem noch Frau Prof. Ferrari, die mit mir die Idee von Hon.-Prof. Hopf aufgriff und mir half, das Thema zu konkretisieren und es letztendlich zu dem werden ließ, worüber ich schreiben konnte. Besonders danken möchte ich auch Frau Dr. Hohenwarter vom Stadtjugendamt Salzburg, die mir geduldig Fragen aus der Sicht der Praxis beantwortete. Außerdem will ich noch an CJ ein herzliches Dankeschön aussprechen, die mir den praktischen Ablauf einer jugendwohlfahrtrechtlichen Maßnahme aus Sicht eines Pflegekindes näher brachte.

Ganz besonders danken möchte ich an dieser Stelle meiner Familie, die mir Zeit meines Lebens immer beistand, mich in jeder Hinsicht unterstützte und mich durch mein Studium begleitete. Dieser Dank gebührt auch jenen Freunden von mir, die am Entstehungsprozess dieser Diplomarbeit mehr oder weniger direkt beteiligt waren, die mich mit guten Worten immer wieder aufmunterten, mir mit Rat und Tat zur Seite standen und mir in vielen kleinen Dingen eine große Hilfe waren. Ganz speziell danken möchte ich meinem lieben Team D, hier allen voran Denise, die sich immer als große Hilfe erwies. Leni gebührt auch riesiger Dank, denn ohne sie wäre ich in den Wirren von Word untergegangen. Ganz besonders gedankt sei noch allen Korrekturlesern, die ihr „Glück“ kaum fassen konnten, als ich an sie heran trat, mir aber trotzdem kommentarlos ihre Zeit und ihr Wissen schenkten. Speziell gedankt sei noch Tamara, die mir ihre Genderklausel „lieh“.

Zuletzt möchte ich noch jenen danken, die mich durch die Jahre meines Studiums begleiteten, mich prägten und zu der werden ließen, die ich heute bin. An dieser Stelle möchte ich besonders denen danken, die mich durch das letzte Jahr begleitet haben: Jing, Klara, Leni, Ralf, Verena, Denise, Ruth, Eva-Maria, Leo, Ingrid, Lucia, Franz, Astrid, Veri, Kinga, Marina, P. Markus, Betty. Ich möchte ihnen dafür danken, dass sie für mich da waren, als ich es gebraucht hatte, dass sie mich geführt und getragen haben, dass sie an mich glaubten, als ich es nötig hatte.

INHALTSVERZEICHNIS

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	IV
I. EINLEITUNG	1
II. DIE OBSORGE NACH DEN §§ 144 FF ABGB	2
1. WER IST TRÄGER VON OBSORGERECHTEN UND –PFLICHTEN?	2
1.1 Die Eltern.....	2
1.2 Die Obsorge bei Verhinderung der Eltern/eines Elternteils	3
1.2.1 Betrauung des anderen Elternteils.....	4
1.2.2 Betrauung der Groß- oder Pflegeeltern	5
1.2.3 Die Betrauung einer anderen Person (§§ 187 ff ABGB).....	6
1.2.4 Der Jugendwohlfahrtsträger	7
2. WAS IST INHALT DER OBSORGE?	7
2.1 Umfang.....	7
2.2 Einvernehmlichkeitsprinzip.....	9
3. PFLEGE UND ERZIEHUNG (§§ 146 FF ABGB).....	9
3.1 Was ist von Pflege und Erziehung umfasst?.....	9
3.2 Gehorsampflicht der Kinder (§ 146a ABGB)	12
III. DER JUGENDWOHLFAHRTSTRÄGER (JWT)	13
1. RECHTSGRUNDLAGEN DES JWT.....	13
2. WAS IST DER JWT?	14
3. ÖFFENTLICHER JWT – FREIER JWT.....	15
4. ZUSTÄNDIGKEIT.....	17
4.1 Persönlicher Anwendungsbereich.....	17
4.2 Örtliche Zuständigkeit	18
5. AUFGABEN UND ANGEBOTE DES JWT.....	21
5.1 Soziale Dienste.....	21
5.1.1 Was sind soziale Dienste?.....	21
5.1.2 Arten der sozialen Dienste	22
5.1.3 Entgelt	22
5.2 Erziehungshilfen	23
5.2.1 Was sind Erziehungshilfen?.....	23
5.2.2 Meldung an den JWT	23
5.2.3 Arten von Erziehungshilfen	24
5.2.3.1 Unterstützung der Erziehung.....	24
5.2.3.2 Volle Erziehung.....	25
5.2.3.2.1 Heime und sonstige Einrichtungen	25
5.2.3.2.2 Unterbringung in einer Pflegefamilie	26
5.2.3.2.3 Die Pflegeeltern	26
5.2.4 Durchführung von Erziehungshilfen.....	27
5.2.5 Kostentragung und –ersatz.....	28
5.2.6 Ende der Erziehungshilfen	29
5.2.7 Rechtsanspruch auf Gewährung einer Erziehungshilfe?.....	29
IV. DER JWT ALS TRÄGER DER OBSORGE GEM DEN §§ 211, 213 UND 215 (1) S 2 ABGB	31
1. DIE EX LEGE BETRAUUNG NACH § 211 S 1 ABGB	31
1.1 Findelkinder	31
1.2 Anwendbarkeit.....	32
1.3 Ende der Obsorge des JWT	33
Exkurs: § 211 S 2 ABGB	33

2.	DIE BETRAUUNG NACH § 213 ABGB	34
2.1	Rangfolge und Betrauung	34
2.2	Gründe für die Verhinderung der Eltern/die Betrauung des JWT	35
2.2.1	Tod	35
2.2.2	Unbekannter Aufenthalt seit mindestens 6 Monaten	35
2.2.3	Schwierige Verbindung.....	35
2.2.4	Gänzlicher oder teilweiser Entzug der Obsorge.....	36
2.2.4.1	§ 176 ABGB als Grundlage für den Entzug der Obsorge	36
2.2.4.2	Obsorgeentzug als ultima ratio	37
2.2.4.3	Gänzlicher oder teilweiser Entzug der Obsorge	38
2.2.4.4	Kindeswohlgefährdung	39
	Exkurs: Bestellung eines Kurators (§ 213 S 2 ABGB)	42
3.	INTERIMSKOMPETENZ NACH § 215 ABS 1 S 2 ABGB	43
3.1	Selbstständiges Handeln des JWT bei Gefahr im Verzug	43
3.2	Muss der JWT handeln?	45
3.3	Verfassungswidrigkeit des § 215 (1) S 2 ABGB?	46
3.4	Rechtliche Qualifikation von Maßnahmen nach § 215 (1) S 2 ABGB	47
3.4.1	Qualifikation der Maßnahme als hoheitlich (OGH 24.06.2005, 1 Ob 49/05w)	48
3.4.2	Kritik der Lehre an der vom OGH vertretenen Rechtsansicht	50
3.4.3	Qualifikation der Maßnahme als nichthoheitlich (VfGH 20.06.2007, B 881/06)..	52
3.4.4	Praktische Konsequenzen?.....	54
V.	DER JWT IM BEREICH VON PFLEGE UND ERZIEHUNG: DIE VOLLE ERZIEHUNG	54
1.	FREIWILLIGE VOLLE ERZIEHUNG	55
1.1	Das Zustandekommen	55
1.2	Zulässigkeit freiheitsbeschränkender Maßnahmen	56
1.3	Falltypen freiheitsbeschränkender Maßnahmen	58
1.3.1	Das nächtliche Versperren der Haustüre.....	58
1.3.2	Typische, altersübliche Freiheitsbeschränkungen.....	59
1.3.3	Geschlossene Einrichtungen	59
1.4	Wer ist Träger der Obsorge bei der freiwilligen vollen Erziehung?	60
2.	VOLLE ERZIEHUNG GEGEN DEN WILLEN DER ERZIEHUNGSBERECHTIGTEN	66
3.	HAFTUNGSRECHTLICHE FRAGEN IM ZUSAMMENHANG MIT DER VOLLEN ERZIEHUNG ..	67
3.1	Haftungsrechtliche Konsequenzen bei freiwilliger Erziehungshilfe	68
3.2	Haftungsrechtliche Konsequenzen bei Erziehungshilfen gegen den Willen der Erziehungsberechtigten	69
4.	ZUR BESONDEREN RECHTSSTELLUNG VON 18- BIS 21-JÄHRIGEN IM JUGENDWOHLFAHRTSRECHTLICHEN KONTEXT (§ 31 ABS 4 JWG)	70
VI.	MINDESTRECHTE DER ELTERN	74
1.	DAS BESUCHSRECHT (§ 148 ABGB)	74
2.	INFORMATIONSD- UND ÄUßERUNGSRECHTE (§ 178 ABGB)	75
VII.	SONDERPROBLEM: UNBEGLEITETE MINDERJÄHRIGE FLÜCHTLINGE (UMF)	75
VIII.	AUSBLICK: BUNDES-KINDER- UND JUGENDHILFEGESETZ 2010 (B-KJHG 2010)	77
IX.	RESÜMEE	80
	LITERATURVERZEICHNIS	XI
	ANHANG	XVI

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Die Abkürzungen entstammen weitgehend den Abkürzungs- und Zitierregeln der österreichischen Rechtssprache und europarechtlicher Rechtsquellen – AZR (hrsg im Auftrag des Österreichischen Juristentages begründet von Friedl/Loebenstein, 6. Auflage bearbeitet von Dax/Hopf [2008]).

aA	andere Ansicht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch JGS 946
aE	am Ende
AHG	Amtshaftungsgesetz BGBl 1949/20
AIDS	Erworbenes Immundefektsyndrom
aM	andere Meinung
Anm	Anmerkung
arg	argumento (folgt aus)
Art	Artikel
ÄrzteG	Ärztegesetz 1998 BGBl I 1998/169
AsylG	Asylgesetz 2005 BGBl I 2005/100
AußStrG	Außerstreitgesetz BGBl I 2003/111
Bf	Beschwerdeführer, -in
BG	Bundesgesetz
BGB	(deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch dRGBI 1896, 195
BGBI	Bundesgesetzblatt
B-KJHG 2010	BG über die Grundsätze für Hilfen für Familien und Erziehungshilfen für Kinder und Jugendliche (Bundes-Kinder- und Jugendhilfegesetz 2010)
Bsp	Beispiel
bspw	beispielsweise
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz BGBl 1930/1
BVG	Bundesverfassungsgesetz
bzw	beziehungsweise

ders	derselbe
dh	das heißt
DHG	Dienstnehmerhaftpflichtgesetz BGBl 1965/80
Dr.	Doktor
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht (1990 ff)
EFSlg	Ehe- und familienrechtliche Entscheidungen (1954 ff), derzeit hrsg von <i>Gitschthaler</i> und <i>Höllwerth</i>
EF-Z	Zeitschrift für Ehe- und Familienrecht (2006 ff)
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention BGBl 1958/210
ErgdBd	Ergänzungsband
etc	et cetera
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in Österreichische Juristen-Zeitung (1934 – 1938, 1946 ff)
f	und der, die folgende
FamErbRÄG	Familien- und Erbrechtsänderungsgesetz 2004 BGBl I 2004/58
FamRZ	(deutsche) Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (1954 ff; <i>bis 1962: Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht</i>)
FamZ	s iFamZ
ff	und der, die folgenden
FN	Fußnote
gem	gemäß
ggf	gegebenenfalls
grds	grundsätzlich
Haager MjSchÜbk	Haager Minderjährigenschutzübereinkommen BGBl 1975/446
HeimAufG	Heimaufenthaltsgesetz BGBl I 2004/11
HIV	Humanes Immundefizienz-Virus
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
hrsg	herausgegeben
Hrsg	Herausgeber

HS	Halbsatz
idgF	in der geltenden Fassung
ieS	im engeren Sinn
iFamZ	Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht (2006 ff)
immolex	Neues Miet- und Wohnrecht (1997 ff)
IPRG	BG über das Internationale Privatrecht BGBl 1978/304
iS	im Sinn
iSd	im Sinn des, - der
iSv	im Sinn von
iwS	im weiteren Sinn
JAP	Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung (1990 ff)
JB1	Juristische Blätter (1872 – 1938, 1946 ff)
JGG	Jugendgerichtsgesetz 1988 BGBl 1988/599
JN	Jurisdiktionsnorm RGBI 1895/111
JWG	Jugendwohlfahrtsgesetz 1989 BGBl 1989/161
JWO	Jugendwohlfahrtsordnung
JWT	Jugendwohlfahrtsträger
KG	(ehemaliges) Kreisgericht
Kija	Kinder- und Jugendanwaltschaften Österreichs
KindRÄG	a) Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 1989 BGBl 1989/162 b) Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001 BGBl I 2000/135
krit	kritisch
KRK	Übereinkommen über die Rechte des Kindes BGBl 1993/7
leg cit	legis citate (der zitierten Vorschrift)
LG	Landesgericht
LGZ	Landesgericht für Zivilrechtssachen
L-JWG	Landes-Jugendwohlfahrtsgesetze
LReg	Landesregierung
MA	Magistratsabteilung

Mat	Materialien
mE	meines Erachtens
MedR	Schriftenreihe Medizinrecht (1983 ff), derzeit hrsg von <i>Spickhoff</i>
migraLEX	Zeitschrift für Fremden- und Minderheitenrecht (2003 ff)
MRK	s EMRK
mwN	mit weiteren Nachweisen
nö	niederösterreichisch, -e, -er, -es
Nr	Nummer
NZ	Österreichische Notariats-Zeitung (1858 – 1938, 1949 ff)
ÖA	Der österreichische Amtsvormund, Fachzeitschrift für Kindschaftsrecht, Familienrecht und Jugendwohlfahrt (1969 ff)
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung (1946 ff)
ÖJZ-LSK	Leitsatzkartei in der ÖJZ (1995 – 2007)
PersFrG	BVG zum Schutz der persönlichen Freiheit BGBl 1988/684
RDB	Rechtsdatenbank
RelKEG	BG über die religiöse Kindererziehung BGBl 1985/155
RGBI	Reichsgesetzblatt
RIS	Rechtsinformationssystem des Bundes
RpflSlgA	Sammelmappe für die Rechtspfleger-Besprechungen, hrsg von der Arbeitsgemeinschaft der Rechtspfleger in Außerstreitsachen beim BG Innere Stadt Wien (1958 ff)
Rsp	Rechtsprechung (iSv Judikatur)
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randzahl
RZ	Österreichische Richterzeitung (1907 – 1938, 1945 ff)
RZ-EÜ	Österreichische Richterzeitung (1907 – 1938, 1945 ff) - Entscheidungsübersicht
s	siehe

S	Satz
sbg	salzburgerisch, -e, -er, -es
StGB	Strafgesetzbuch BGBl 1974/60
StGG	Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger RGG 1867/142
stRsp	ständige Rechtsprechung
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- (und Justizverwaltungs)sachen, veröffentlicht von seinen Mitgliedern (1919 – 1938, 1946 ff)
TEG	Todeserklärungsgesetz 1950 BGBl 1951/23
ua	a) und andere, -s b) unter anderem
UbG	Unterbringungsgesetz BGBl 1990/155
umF	unbegleiteter minderjähriger Flüchtling/unbegleitete minderjährige Flüchtlinge
UNHCR	Hoher Flüchtlingskommissar der Vereinten Nationen
uva	und viele andere
UVS	Unabhängige Verwaltungssenate BGBl 1995/855
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes, Neue Folge (1921 – 1933, 1946 ff)
vgl	vergleiche
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
VwSlg (F, A)	Erkenntnisse und Beschlüsse des Verwaltungsgerichtshofes (Finanzrechtlicher bzw Administrativrechtlicher Teil)
wobl	Wohnrechtliche Blätter (1988 ff)
Z	Zahl, Ziffer
Zak	Zivilrecht aktuell (2005 ff)

zB

ZfRV-LS

zum Beispiel

Zeitschrift für Europarecht, internationales Privatrecht und
Rechtsvergleichung (1960 ff) – Leitsatzentscheidung

Sprache spiegelt nicht nur gesellschaftliche Verhältnisse wider, sie prägt auch das Bewusstsein: Werden weibliche Formen in der Sprache nicht verwendet, so werden Frauen aus dem Denken ausgeschlossen. Die *Bürgerinnen* Österreichs stellen die Hälfte von Österreichs Bürgern, weshalb sie auch in Gesetzestexten und überall, wo sie angesprochen und mitgemeint werden, erwähnt werden sollten. Trotzdem ist meine Diplomarbeit überwiegend in „männlicher Sprache“ verfasst, und zwar nicht, weil dadurch die sogenannte „bessere Lesbarkeit“ garantiert werden würde, sondern weil häufig Gesetzestexte zitiert werden, die nicht willkürlich geändert werden dürfen oder weil Institutionen gemeint sind.¹

¹ Ähnlich *AK NÖ*, Patientenrechte in Krankenanstalten und in der Psychiatrie, in Heimen und Pflegeeinrichtungen, in Institutionen der Behindertenhilfe mit Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht (2010).

Der Herr ist dein Hüter, der Herr gibt dir Schatten; er steht dir zur Seite.

Bei Tag wird dir die Sonne nicht schaden noch der Mond in der Nacht.

Ps 121,5-6

I. EINLEITUNG

Die Jugendwohlfahrtsträger (in Folge: JWT) vollführen oft einen Spagat zwischen zu früher und zu später Intervention, zwischen „Warum wurde so lange gewartet?“ und „Warum wurde da etwas unternommen? Das war doch gar nicht so schlimm!“.² Diesem Spannungsverhältnis versucht diese Arbeit mitunter auf die Spur zu gehen, denn bis auf den Fall des § 211 ABGB ist für das Tätigwerden des JWT bzw für die Obsorgebetrauung durch das Gericht alleine das Kindeswohl ausschlaggebend. Hauptaugenmerk wird auf den Bereich der Pflege und Erziehung gelegt, was bedeutet, dass die Vertretung des JWT rund um § 212 ABGB gänzlich ausgespart wird, was nicht zuletzt damit zusammenhängt, dass dieser Bereich schon anderer Orts (zB in anderen Diplomarbeiten) umfassend behandelt wurde.

Diese Arbeit gliedert sich in sieben Kapitel: Zuerst wird auf die Obsorge nach den §§ 144 ff ABGB eingegangen, wobei wiederum das Hauptaugenmerk auf die Pflege und Erziehung gelegt wird und die anderen Obsorgebereiche nur ansatzweise behandelt werden. Es soll in diesem Kapitel auch verdeutlicht werden, dass der JWT nur subsidiär mit der Obsorge zu betrauen ist. Danach wird ein Überblick über das Wesen des JWT gegeben, wobei das Hauptaugenmerk auf seine Angebote und Aufgaben gelegt wird. Im Anschluss wird in medias res gegangen: Der JWT als Träger der Obsorge gem den §§ 211, 213 und 215 (1) S 2 ABGB sowie nachfolgend der JWT im Bereich der Pflege und Erziehung. Abschließend werden noch kurz die Mindestrechte der Eltern behandelt, die ihnen verbleiben, wenn ihnen die Obsorge entzogen wurde, sowie das Sonderproblem der unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge. Zuletzt wird noch auf das Bundes-Kinder- und Jugendhilfegesetz 2010 eingegangen, das sich derzeit im Begutachtungsverfahren befindet.

Das Interview mit CJ, einem ehemaligen Pflegekind, das anonym bleiben möchte, dient vornehmlich dem Interesse des Lesers.

Die Begriffe Kind und Minderjähriger werden synonym füreinander verwendet. Gem Art 1 der Kinderrechtskonvention ist ein Kind jeder Mensch, der das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat, soweit die Volljährigkeit nach dem auf das Kind anzuwendenden Recht nicht früher eintritt.

² Ähnlich *Neumayer*, Ist Fremdunterbringung noch finanzierbar?, ÖA 2004, 11 (12).

Gem Art 12 B-VG obliegt im Bereich der Mutterschafts-, Säuglings- und Jugendfürsorge dem Bund nur die Grundsatz-, den Ländern aber die Ausführungsgesetzgebung. Der Einfachheit halber wird lediglich auf das JWG, also auf das Grundsatzgesetz, eingegangen, zumindest insoweit, als die Landesgesetze dieselbe Regelung vorsehen. Auf die entsprechenden L-JWG wird nur eingegangen, wenn es notwendig scheint, auf eine bestimmte Regelung hinzuweisen. Der Aufgabenbereiche der Jugendwohlfahrt ist vornehmlich in öffentlich-rechtlichen Bestimmungen geregelt, trotzdem existieren zahlreiche Verkoppelungen mit diversen zivilrechtlichen Bestimmungen, aufgrund derer der JWT in weiten Teilen seiner Aufgaben privatwirtschaftlich tätig ist. Bei der Beurteilung der Frage, ob es sich um eine hoheitliche oder um eine nichthoheitliche Aufgabe handelt, kommt es darauf an, in welcher Rechtsform der betreffende Gegenstand zu vollziehen ist: Steht eine Handlungsform ausschließlich dem Staat zu, wie zum Beispiel das Erlassen eines Bescheides, das Ausüben von unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt etc, so handelt es sich um eine hoheitliche Aufgabe. Ist dies nicht der Fall, ist es eine Tätigkeit im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung.³ Dass die Jugendwohlfahrt selbst als öffentliche Aufgabe qualifiziert wird, bedeutet also nicht notwendigerweise, dass auch die Aufgaben, die der JWT erfüllt, als hoheitlich zu qualifizieren sind.⁴ Das Jugendwohlfahrtsrecht ist ein Randbereich zwischen öffentlichem und zivilem Recht, bei dem es oftmals zu Überschneidungen kommt, was im Umgang damit oft besondere Schwierigkeiten hervorruft.⁵

II. DIE OBSORGE NACH DEN §§ 144 FF ABGB

1. WER IST TRÄGER VON OBSORGERECHTEN UND –PFLICHTEN?

1.1 Die Eltern

Der, durch das KindRÄG 1989⁶ ins ABGB eingeführte, Begriff der Obsorge löste den bis dahin geltenden Begriff der „elterlichen Gewalt“ ab⁷, der nach neuem Familienrecht zwar

³ Hubmer, Jugendwohlfahrtsrecht, in Loderbauer (Hrsg), Recht für Sozialarbeit (2009) 242.

⁴ Raschauer, Zur Rechtsstellung der freien Jugendwohlfahrtsträger, ÖA 2002, 157 (158).

⁵ Jaksch-Ratajczak, Zum Einsatz von Hilfspersonen in der Jugendwohlfahrt und damit zusammenhängenden haftungsrechtlichen Fragen, ÖA 2004, 248 (FN 2).

⁶ Kundgemacht in BGBl 1989/162.

⁷ Hinteregger, Familienrecht⁴ (2009) 189.

nicht mehr existiert⁸, mE aber trotzdem besonders deutlich zeigt, dass zur Obsorge in erster Linie die Eltern berufen sind.⁹ § 144 ABGB bezieht sich aber nur auf eheliche Kinder¹⁰, was heißt, dass nur bei ehelichen Kindern von Gesetzes wegen beide Elternteile zur Obsorge berufen sind. Gem § 167 (1) S 1 ABGB ist bei unehelichen Kindern alleine die Mutter mit der Obsorge betraut, allerdings können die Eltern – soweit sie in einer häuslichen Gemeinschaft leben (ein häusliches Zusammenleben ist einer Wohn- und Wirtschaftsgemeinde, die nach dem Willen der Eltern auf Dauer angelegt ist¹¹) – vereinbaren, dass sie beide in Hinkunft mit der Obsorge betraut sind. Diese Vereinbarung bedarf gem § 167 (1) S 2 ABGB jedoch der Genehmigung des Gerichts. Aber auch, wenn die nichtehelichen Eltern nicht in häuslicher Gemeinschaft leben, können sie vereinbaren, dass zukünftig auch der Vater ganz oder zumindest teilweise mit der Obsorge betraut ist, was jedoch voraussetzt, dass die Eltern dem Gericht eine Vereinbarung vorlegen, bei wem sich das Kind hauptsächlich aufhalten soll. Der Elternteil, bei dem sich das Kind hauptsächlich aufhält, muss jedenfalls mit der gesamten Obsorge betraut sein (vgl § 167 (2) ABGB). Im Ergebnis sind also sowohl bei ehelichen als auch bei unehelichen Kindern in erster Linie die Eltern (oder zumindest ein Elternteil, nämlich die Mutter) mit der Obsorge betraut.

Die Eltern können nicht auf die Obsorge verzichten¹², was sich einerseits implizit aus § 145 ABGB und andererseits aus der Beistandspflicht nach § 137 ABGB ergibt.¹³

1.2 Die Obsorge bei Verhinderung der Eltern/eines Elternteils

Wenn ein Elternteil an der Ausübung der Obsorge verhindert ist, gilt § 145 ABGB. Diese Bestimmung gilt für eheliche und uneheliche Kinder.¹⁴

⁸ OGH 19.10.1994, 3 Ob 508/94.

⁹ Vom Primat bei der gesetzlichen Vertretung sprechend OGH 29.11.2001, 2 Ob 100/01x; *Verschraegen* in *Schwimmann/Verschraegen* (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³ (2005) § 144 Rz 4; *Feil/Marent*, Familienrecht. Kommentar (2007) § 144 Rz 2; *Barth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Klang-Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch. ABGB §§ 137 - 267³ (2008) § 144 Rz 2. Ergibt sich auch aus § 144 ABGB, der zentralen Obsorgenorm im ABGB, die schon in Satz 1 explizit die Eltern nennt.

¹⁰ Das ergibt sich aus der Überschrift vor § 139 ABGB: Rechtsverhältnisse zwischen Eltern und **ehelichen** Kindern.

¹¹ OGH 6 Ob 2191/96s EFSIlg 84.072; 1 Ob 316/99y EFSIlg 93.060.

¹² Siehe insbesondere 7 Ob 625/81 EFSIlg 38.429; *Weitzenböck* in *Schwimmann/Verschraegen* (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³ (2005) § 176 Rz 2; *Barth*, Obsorge und Sachwalterschaft. Eine vergleichende Betrachtung der beiden Rechtsinstitute unter Berücksichtigung des SWRÄG 2006, ÖA 2007, 49 (51); *ders* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 144 Rz 7.

¹³ *Barth*, ÖA 2007, 51.

¹⁴ *Verschraegen* in *Schwimmann/Verschraegen*, ABGB I³ § 145 Rz 3; *Feil/Marent*, Familienrecht § 145 Rz 9; *Hopf* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), Kurzkommentar zum ABGB² (2007) § 145 Rz 1; *Barth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 145 Rz 4.

Die Gründe für die Verhinderung sind in § 145 (1) ABGB aufgezählt: Tod, unbekannter Aufenthalt seit mindestens 6 Monaten, eine schwierige Verbindung oder ein gänzlicher oder teilweiser Entzug der Obsorge (dazu genauer Punkt 2.2 in Kapitel IV). Fällt die Verhinderung eines Elternteils weg, so tritt dieser ex lege in seine frühere Obsorgestellung wieder ein.¹⁵ Die Betrauung des anderen Elternteils, der Groß- oder Pflegeeltern gem § 145 (1) S 2 ABGB muss förmlich aufgehoben werden. Der bisherige Beschluss entfaltet bis dahin materielle Rechtskraftwirkung.¹⁶

1.2.1 Betrauung des anderen Elternteils

Gem § 145 (1) ABGB geht bei Verhinderung eines Elternteils die Obsorge ex lege auf den anderen Elternteil über, sofern dieser (auch) schon vorher mit der Obsorge betraut war.¹⁷

Wenn nun aber der Elternteil verhindert ist, der alleine mit der Obsorge betraut war, so geht diese nicht ex lege auf den anderen Elternteil über. Vielmehr hat das Gericht festzustellen, ob der andere (nicht mit der Obsorge betraute) Elternteil, oder ob und welches Groß- oder Pflegeelternpaar mit der Obsorge zu betrauen ist (vgl § 145 (1) S 2 ABGB). Dem ehelichen Elternteil kommt in dieser Hinsicht eine Vorrangstellung zu, die sich jedoch nicht aus dem Wortlaut des § 145 ABGB ergibt, sondern aus einer verfassungskonformen Auslegung desselben: Art 8 EMRK schützt das Recht auf Privat- und Familienleben, wovon das Zusammenleben von Eltern und Kind ein maßgebliches Prinzip ist. Eine Gleichstellung von ehelichem Elternteil und Groß- bzw Pflegeeltern wäre aus diesem Grund nicht verfassungskonform.¹⁸ Während die hL¹⁹ einhellig diese Vorrangstellung auch dem unehelichen Elternteil zuspricht, ist die Rsp hierzu uneinheitlich: Nichtsdestotrotz wird auch dem unehelichen Vater teilweise eine Vorrangstellung bei gleichen Lebensumständen zuerkannt.²⁰

¹⁵ *Verschraegen in Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 145 Rz 15.

¹⁶ Ausführlich *Stabentheiner in Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch. 1. Ergänzungsband zur 3. Auflage. KindRÄG 2001 (2003) § 145 Rz 5; *Verschraegen in Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 145 Rz 16.

¹⁷ Siehe dazu auch OGH 3 Ob 111/06d iFamZ 2007/33 (Thoma-Twaroch) = Zak 2007/13.

¹⁸ Siehe hierzu OGH 7 Ob 629/93 JBl 1994, 608 = EvBl 1995/23. Gegen eine Vorrangstellung OGH 2 Ob 527/93 JBl 1994, 328 = ÖA 1994, 27; auch 9 Ob 8/02w EFSlg 100.188.

¹⁹ Ausführlich *Barth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 145 Rz 16 f; außerdem *Stabentheiner in Rummel*, ErgBd § 145 Rz 2a; *Verschraegen in Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 145 Rz 8 ff; *Feil/Marent*, Familienrecht § 145 Rz 10; *Hopf in KBB*, ABGB² § 145 Rz 2.

²⁰ Vgl dafür OGH 6 Ob 148/01k EFSlg 96.456 = EFSlg 96.457.

1.2.2 Betrauung der Groß- oder Pflegeeltern

Sind beide Eltern verhindert oder kann, aus welchen Gründen auch immer, dem nicht Obsorge berechtigten Elternteil die Obsorge nicht übertragen werden, so hat das Gericht unter Bedachtnahme auf das Kindeswohl nach § 145 (1) ABGB zu entscheiden, welches Groß- oder Pflegeelternpaar²¹ mit der Obsorge zu betrauen ist. In diesem Fall stehen sich alle potentiell mit der Obsorge zu betrauenden Personen gleichrangig gegenüber.²² Ausschlaggebend für die Betrauung ist allein das Kindeswohl.²³

Gem § 186 S 1 ABGB sind Pflegeeltern Personen, die die Pflege und Erziehung des Kindes ganz oder teilweise besorgen und zu denen eine dem Verhältnis zwischen leiblichen Eltern und Kindern nahe kommende Beziehung besteht oder hergestellt werden soll. Gem § 186a S 1 ABGB kann ihnen (auf ihren Antrag) die Obsorge auch ganz oder teilweise übertragen werden, wenn das Pflegeverhältnis für längere Zeit beabsichtigt ist und die Übertragung dem Kindeswohl entspricht. Sowohl bei Groß- als auch bei Pflegeeltern kann anstatt des Paares auch nur ein einziger Teil (z.B. der Stiefvater²⁴) mit der Obsorge betraut werden, allerdings hat die Betrauung eines Paares Vorrang.²⁵ Es besteht keine Notwendigkeit darin, dass die Groß- oder Pflegeeltern miteinander verheiratet sind²⁶, allerdings zieht *Stabentheiner*²⁷ aus § 167 ABGB den Schluss, dass es sehr wohl erforderlich ist, dass die beiden zusammen leben.

Die Regeln über die Obsorge gelten gem § 145 (1) letzter Satz ABGB auch für die Großeltern und analog auch für Pflegeeltern.²⁸ Hat das Gericht ein Paar mit der Obsorge betraut und ist ein Teil (iSd § 145 (1) S 1 ABGB) an der Ausübung verhindert, so geht die Obsorge nach Abs 1 letzter Satz ex lege auf den anderen Groß- oder Pflegeelternanteil über.²⁹ Großeltern können,

²¹ Mit dem KindRÄG 2001, kundgemacht in BGBl I 2000/135, wurde in § 145 (1) ABGB die Möglichkeit geschaffen, auch Pflegeeltern mit der Obsorge zu betrauen. Vgl dazu auch *Verschraegen* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 145 Rz 11.

²² *Verschraegen* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 145 Rz 1 und 11; *Barth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 145 Rz 18.

²³ Siehe dafür OGH 2 Ob 527/93 JBl 1994, 328 = ÖA 1994, 27; LGZ Wien 44 R 9/00z EFSlg 92.890.

²⁴ *Hopf/Weitzenböck*, Schwerpunkte des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001, ÖJZ 2001, 530 (537 f); genauer *Verschraegen* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 145 Rz 9 ff; *Hopf* in *KBB*, ABGB² § 145 Rz 2.

²⁵ So LGZ Wien 43 R 819/96a EFSlg 80.925; 42 R 270/00t EFSlg 92.889; außerdem *Hopf* in *KBB*, ABGB² § 145 Rz 2; *Barth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 145 Rz 18.

²⁶ Vgl dazu *Stabentheiner* in *Rummel*, ErgBd § 145 Rz 3; *Barth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 145 Rz 18.

²⁷ Richtig *Stabentheiner* in *Rummel*, ErgBd § 145 Rz 3; aA *Barth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 145 Rz 18.

²⁸ *Stabentheiner* in *Rummel*, ErgBd § 145 Rz 3; *Verschraegen* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 145 Rz 12; *Hopf* in *KBB*, ABGB² § 145 Rz 2.

²⁹ Dazu *Stabentheiner* in *Rummel*, ErgBd § 145 Rz 3; *Feil/Marent*, Familienrecht § 145 Rz 10; *Hopf* in *KBB*, ABGB² § 145 Rz 2; ausführlich *Barth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 145 Rz 20; aA *Verschraegen* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 145 Rz 12.

sofern sie geeignet sind und es dem Kindeswohl entspricht, nicht auf die Obsorge verzichten.³⁰

1.2.3 Die Betrauung einer anderen Person (§§ 187 ff ABGB)

Für den Fall, dass weder die Eltern, noch Groß- oder Pflegeeltern mit der Obsorge betraut werden können (und auch kein Fall des § 211 ABGB vorliegt) regelt § 187 ABGB, dass in Hinblick auf das Kindeswohl eine „andere geeignete Person“ mit der Obsorge zu betrauen ist. Je nach Umfang der Verhinderung oder mangelnden Eignung kann diese andere Person mit der gesamten oder auch nur mit Teilen der Obsorge betraut werden.³¹ Andere Personen sind bei sonstiger Unwirksamkeit gem § 216 ABGB verpflichtet, in allen wichtigen, das Kind betreffende Angelegenheiten die Genehmigung des Gerichts einzuholen!³²

§ 213 ABGB nennt hinsichtlich der Rangfolge der zu betrauenden anderen Personen zuerst Verwandte, dann andere dem Kind nahe stehende Personen (sofern diese beiden bereit sind, die Obsorge zu übernehmen³³), danach besonders geeignete Personen (diese können sich der Betrauung mit der Obsorge nur im Falle der Unzumutbarkeit verwehren³⁴) und zuletzt den JWT.³⁵ Besonders geeignete Personen sind solche, die über bestimmte Fachkenntnisse verfügen, die für die konkrete Obsorge erforderlich sind (zB Rechtsanwälte oder Notare).³⁶ Für die Auswahl des Obsorgebetrauten ist in erster Linie das Kindeswohl ausschlaggebend; die Wünsche des Kindes oder der Eltern sind nur insoweit zu berücksichtigen, als sie dem Kindeswohl entsprechen (vgl § 188 (1) ABGB). Gem § 188 (2) ABGB dürfen Personen, die nicht voll handlungsfähig sind (vgl Z 1), und solche, von denen nicht zu erwarten ist, dass sie die Obsorge dem Kindeswohl förderlich ausüben (vgl Z 2), nicht mit der Obsorge betraut werden. Das Gericht muss Abs 2 des § 188 ABGB von Amts wegen prüfen³⁷; die Aufzählung ist allerdings nicht abschließend.³⁸ Wenn die Untauglichkeit erst nachträglich eintritt oder

³⁰ Barth, ÖA 2007, 51; Hopf in *KBB*, ABGB² § 187 Rz 2.

³¹ Dazu Stabentheiner in *Rummel*, ErgBd § 187 Rz 2; Hopf in *KBB*, ABGB² § 187 Rz 2; Kathrein in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg)*, Klang-Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch. ABGB §§ 137 - 267³ (2008) § 187 Rz 12 f. Sie schließen das aus dem Wort „soweit“ zu Beginn des § 187 ABGB.

³² Dazu Hinteregger, Familienrecht⁴, 195.

³³ OGH 7 Ob 81/02s JBl 2003, 306 = EFSlg 100.476; Schwarzl, Obsorge, Kuratel und Sachwalterschaft nach dem KindRÄG 2001, in *Ferrari/Hopf (Hrsg)*, Reform des Kindschaftsrechts (2001) 25; Stabentheiner in *Rummel*, ErgBd § 188 Rz 1; Barth, ÖA 2007, 51; Kathrein in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 188 Rz 3.

³⁴ Ergibt sich klar aus § 189 (2) ABGB; darüber hinaus OGH 7 Ob 81/02s JBl 2003, 306 = EFSlg 100.476.

³⁵ Weitzenböck in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 213 Rz 1; Hopf in *KBB*, ABGB² § 213 Rz 1.

³⁶ Siehe Stabentheiner in *Rummel*, ErgBd § 188 Rz 3; Kathrein in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 189 Rz 10.

³⁷ Vgl § 16 (1) AußStrG; außerdem Hopf in *KBB*, ABGB² § 188 Rz 3; Kathrein in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 189 Rz 6.

³⁸ Hopf in *KBB*, ABGB² § 188 Rz 3.

bekannt wird (das heißt nach rechtskräftiger Obsorgeübertragung), so hat das Gericht die Obsorge gem § 253 ABGB einer anderen Person zu übertragen.³⁹

1.2.4 Der Jugendwohlfahrtsträger

Gem § 211 wird der JWT ex lege mit der Obsorge betraut, wenn ein Kind, dessen Eltern unbekannt sind, im Inland gefunden wird. Das gilt überdies, wenn im Bereich der Vermögensverwaltung und Vertretung eines im Inland geborenen Kindes kein Elternteil mit der Obsorge betraut ist. In anderen Fällen der Verhinderung eines Elternteils/beider Eltern ist der JWT gem § 213 ABGB subsidiär mit der Obsorge zu betrauen.⁴⁰

2. WAS IST INHALT DER OBSORGE?

Die Obsorge ist in erster Linie keine Berechtigung der Eltern, sondern vielmehr eine von Verantwortung getragene Aufgabe gegenüber den Kindern.⁴¹ Den Pflichten, die sich daraus ergeben, stehen aber mit ihnen korrespondierende Rechte gegenüber, denen absoluter Schutz zukommt.⁴²

2.1 Umfang

Die Obsorge umfasst Pflege und Erziehung (siehe Punkt 3.), Vermögensverwaltung und die gesetzliche Vertretung eines Kindes (vgl § 144 1. HS ABGB). Schon vor dem KindRÄG 2001 konnte aus dem § 176 (2) aF ABGB⁴³ geschlussfolgert werden, dass es im Bereich der Pflege und Erziehung sowie im Bereich der Vermögensverwaltung ein Innen- und ein Außenverhältnis gibt. § 144 2. HS ABGB idGF stellt dies nun ausdrücklich klar: Pflege und Erziehung sowie die Vermögensverwaltung umfassen auch die gesetzliche Vertretung in diesen Bereichen. Es existiert also auf der einen Seite ein Innen- und auf der anderen Seite ein Außenverhältnis.⁴⁴ Obwohl sich Innen- und Außenverhältnis in der Regel decken, können sie

³⁹ Ausführlich dazu *Kathrein in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 189 Rz 8.

⁴⁰ OGH 7 Ob 38/08a EvBl 2008/147; außerdem *Weitzenböck in Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 213 Rz 1; *Hopf in KBB*, ABGB² § 213 Rz 1.

⁴¹ So OGH 02.10.2002, 9 Ob 210/02a; LGZ Wien 4 R 405/05k EFSlg 110.751.

⁴² 3 Ob 505/96 JBl 1998, 243 = EFSlg 83.030 = EFSlg 84.440; 2 Ob 158/02b immolex 2003/97 = wobl 2004/10 (Deixler-Hübner) = EFSlg 100.516.

⁴³ Eingeführt durch ABGB JGS Nr 1811/947 zuletzt geändert durch BGBI Nr 1989/162, außer Kraft getreten am 30.06.2001.

⁴⁴ Ausführlich mit Beispielen *Barth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 144 Rz 13 f; außerdem *Hopf/Weitzenböck*, ÖJZ 2001, 535; *Weitzenböck*, Die Handlungsfähigkeit Minderjähriger nach dem KindRÄG 2001, in *Ferrari/Hopf* (Hrsg), Reform des Kindschaftsrechts (2001) 9.

auseinander fallen, wodurch diese Unterscheidung bedeutsam wird: Wem die Vertretung im Bereich der Pflege und Erziehung oder Vermögensverwaltung (für sich alleine) entzogen ist, der kann im Außenverhältnis keine wirksame Vertretungshandlung setzen (vgl § 176 (3) ABGB).⁴⁵ Durch die Neuformulierung des § 144 ABGB wurde außerdem aufgezeigt, dass es auch eine „bloße“ gesetzliche Vertretung gibt, wozu bspw die Namensänderung, ein Wechsel der Staatsangehörigkeit oder die Anmeldung des Kindes an einer Schule zählen.⁴⁶ Laut *Hopf/Weitzenböck*⁴⁷ könnte man diese Handlungen aber auch dem Bereich der Pflege und Erziehung iW S zuweisen.

Die Obsorge umfasst nach § 144 ABGB auch die Vermögensverwaltung des Kindes. Gem § 149 (1) ABGB haben die Eltern (so auch die Groß- und Pflegeeltern⁴⁸) das Vermögen eines minderjährigen Kindes mit der Sorgfalt ordentlicher Eltern⁴⁹ zu verwalten. Sofern das Wohl des Kindes es nicht anderes erfordert, haben sie das Vermögen in seinem Bestand zu erhalten und nach Möglichkeit zu vermehren. Geld ist nach den Vorschriften über die Anlegung von Mündelgeld (§§ 230 bis 230e ABGB) anzulegen. Es ist Aufgabe der Eltern den Vermögensbestand bis zur Volljährigkeit des Kindes zu erhalten⁵⁰, dabei unterliegen sie nur eingeschränkt einer gerichtlichen Kontrolle⁵¹: Nach § 133 (3) AußStrG hat das Gericht die Vermögensverwaltung nur zu überwachen, wenn zum Vermögen eine unbewegliche Sache gehört oder der Wert des Vermögens/der Jahreseinkünfte € 10.000,- wesentlich übersteigt. § 135 (1) AußStrG bestimmt außerdem, dass die Eltern (und auch der JWT⁵²) dem Gericht nur dann zur Rechnungslegung verpflichtet sind, wenn das Gericht dies aus besonderen Gründen verfügt.⁵³ Andere, mit der Obsorge betraute, Personen müssen bei Antritt der Obsorge dem Gericht gegenüber das Vermögen im Einzelnen angeben und bei Beendigung der Obsorge Rechnung legen (vgl § 229 (1) ABGB).⁵⁴

⁴⁵ Umfassend *Barth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 144 Rz 15; auch *Schwarzl* in *Ferrari/Hopf* FN 9.

⁴⁶ Siehe *Stabentheiner* in *Rummel*, ErgBd § 144 Rz 1b und § 145c Rz 2; *Verschraegen* in *Schwimmann/Verschraegen*, ABGB I³ § 144 Rz 3 mwN spricht hingegen von „weiteren Angelegenheiten“, die nicht unter Pflege und Erziehung oder Vermögensverwaltung subsumiert werden können.

⁴⁷ *Hopf/Weitzenböck*, ÖJZ 2001, 536.

⁴⁸ Vgl § 145 (1) letzter Satz; außerdem *Barth*, ÖA 2007, 59.

⁴⁹ Keine Sachverständigenhaftung. HL *Hopf/Weitzenböck*, ÖJZ 2001, 541; *Stabentheiner* in *Rummel*, ErgBd § 149, 150 Rz 1; *Nademeinsky* in *Schwimmann/Verschraegen* (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³ (2005) § 149, 150 Rz 4; ähnlich *Thunhart* *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Klang-Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch. ABGB §§ 137 - 267³ (2008) § 149, 150 Rz 3.

⁵⁰ *Thunhart* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 149, 150 Rz 5.

⁵¹ *Barth*, ÖJZ 2007, 60; *Hopf* in *KBB*, ABGB² § 149 - 150 Rz 3.

⁵² Dazu krit *Knoll*, Einzelthemen zur Verwaltung des Vermögens Minderjähriger, ÖA 2003, 97 (97 ff).

⁵³ Der Widerspruch zwischen § 135 (1) AußStrG und § 150 (2) ABGB, der eine grundsätzliche Rechnungslegungspflicht der Eltern vorsieht, ist auf ein Redaktionsversehen im Zuge des FamErbRÄG 2004 zurückzuführen. § 135 AußStrG derogiert § 150 (2) ABGB. Vgl *Hopf* in *KBB*, ABGB² § 149 - 150 Rz 4.

⁵⁴ Siehe dazu *Barth*, ÖJZ 2007, 60.

2.2 Einvernehmlichkeitsprinzip

Gem § 144 letzter Satz ABGB sollen die Eltern bei der Erfüllung ihrer Pflichten und Ausübung ihrer Rechte einvernehmlich vorgehen. „Sollen“ bedeutet, dass die Eltern sich zwar bemühen müssen (dazu besteht eine Pflicht⁵⁵), ein Einvernehmen zu erzielen, dass aber gleichzeitig nichts verlangt wird, was unzumutbar wäre.⁵⁶ Das Einvernehmlichkeitsgebot bezieht sich nur auf das Innenverhältnis. Wenn sich die Eltern uneinig sind, ist die Vertretungshandlung eines Elternteils selbst dann gegenüber Dritten wirksam, wenn der andere Elternteil nicht einverstanden ist (vgl § 154 (1) ABGB).⁵⁷ Falls die Eltern in wichtigen Angelegenheiten kein Einvernehmen erzielen und dadurch das Kindeswohl gefährden, kann jeder von ihnen gem § 176 (2) ABGB das Gericht anrufen, allerdings rechtfertigt eine alleinige Meinungsverschiedenheit noch keine Maßnahme nach § 176 ABGB. Wenn keine Kindeswohlgefährdung vorliegt, ist ausschlaggebend, welcher Elternteil zuvorkommt. Widerrufbare Erklärungen können vom anderen Elternteil durch entsprechende Rechtshandlungen geändert oder ersetzt werden.⁵⁸

3. PFLEGE UND ERZIEHUNG (§§ 146 FF ABGB)

3.1 Was ist von Pflege und Erziehung umfasst?

In § 146 (1) ABGB werden die beiden Begriffe authentisch interpretiert⁵⁹:

- Die Pflege eines minderjährigen Kindes umfasst besonders die Wahrung des körperlichen Wohls und der Gesundheit sowie die unmittelbare Aufsicht;
- die Erziehung umfasst vor allem die Entfaltung der körperlichen, seelischen, geistigen und sittlichen Kräfte sowie die Förderung von Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten, außerdem die Ausbildung in Schule und Beruf eines Kindes.

Pflege und Erziehung werden oft als Begriffspaar gebraucht⁶⁰, rechtlich gesehen ist ihre Unterscheidung, die aufgrund fließender Grenzen nicht immer leicht zu treffen ist, auch nicht

⁵⁵ Dazu *Pichler in Fenyves/Welser* (Hrsg), Klang-Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch. ABGB §§ 137 bis 186a Kindschaftsrecht³ (2000) § 144 Rz 6.

⁵⁶ *Ent in Ent/Hopf*, Die Neuordnung der persönlichen Rechtswirkungen der Ehe (1976) 92.

⁵⁷ *Schwarzl in Ferrari/Hopf* 21; *Verschraegen in Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 144 Rz 7.

⁵⁸ *Verschraegen in Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 144 Rz 10; *Hopf in KBB*, ABGB² § 144 Rz 2.

⁵⁹ So *Barth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 146 Rz 1; ähnlich *Verschraegen in Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 146 Rz 1.

von Bedeutung. Pflege und Erziehung sind in einer Person bzw in beiden Elternteilen zusammengefasst, daher ist es nicht möglich, dass die Pflege einer Person und die Erziehung einer anderen Person zusteht.⁶¹

Laut *Verschraegen*⁶² versteht man unter Pflege und Wahrung der Gesundheit hauptsächlich tägliche Betreuungshandlungen. Darunter fällt die hygienische Betreuung, außerdem die Versorgung mit Nahrung und Kleidung sowie die Wahrnehmung medizinischer Behandlung, wenn diese notwendig ist. Ohne Zweifel darf von den Eltern unter Berücksichtigung des Kindeswohls das gefordert werden, was dem österreichischen Mindestniveau (inklusive EMRK) entspricht.⁶³ Gem § 146 (1) ABGB besteht Pflege auch aus der unmittelbaren Aufsicht über das Kind: Die Eltern haben das Kind, abhängig von seinem Alter und seiner Reife, zu beaufsichtigen, sei es bei seinen Freizeitaktivitäten oder bei der Vorbereitung auf die Schule.⁶⁴ Gem § 146 (2) ABGB richtet sich das Ausmaß der Pflege und Erziehung aber nach den Lebensverhältnissen der Eltern, wobei jedoch nicht die konkreten Lebensverhältnisse, sondern die von pflichtbewussten und gesetzestreuen Eltern gemeint sind. Andernfalls würde der Anspannungsgrundsatz⁶⁵ unterlaufen werden, denn dann hätte ein Kind zB niemals einen Anspruch darauf, eine bessere Ausbildung genießen zu dürfen, als sie die Eltern hatten.⁶⁶

Im Gesetz wird kein bestimmtes Ziel für die Erziehung vorgegeben⁶⁷, die Befugnisse der Eltern werden im Wesentlichen lediglich durch § 146a bezüglich der Erziehungsmethoden und § 178a ABGB bezüglich des Inhaltes beschränkt.⁶⁸ Von den Eltern sollen jedoch jene Prinzipien und Werte vermittelt werden, die unsere Gesellschaft und unsere Rechtsordnung ausmachen, dazu zählen auch Grundfreiheiten und Menschenrechte.⁶⁹ Zur Erziehung gehört, auch, dass Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten des Kindes

⁶⁰ Barth in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 146 Rz 1.

⁶¹ Stabentheiner in *Rummel*, ErgBd § 144 Rz 1b, ders in *Rummel*, ErgBd § 145c Rz 1; *Verschraegen* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 146 Rz 1; *Hopf* in *KBB*, ABGB² § 146 Rz 1; Barth in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 146 Rz 2.

⁶² Siehe *Verschraegen* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 146 Rz 2; *Schuchter*, Das neue österreichische Kindschaftsrecht, FamRZ 1979, 882 (886) folgend, der von routinierten Routinehandlungen im Rahmen der Kindesbetreuung spricht.

⁶³ Vgl dazu Barth in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 146 Rz 4.

⁶⁴ *Verschraegen* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 146 Rz 3; Barth in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 146 Rz 6.

⁶⁵ Der Anspannungsgrundsatz ist im Unterhaltsrecht (§ 140 ABGB) im Gesetz verankert und wird von der Rsp angewendet. Vgl Barth in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 146 Rz 11.

⁶⁶ *Verschraegen* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 146 Rz 5; umfassend Barth in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 146 Rz 11.

⁶⁷ OGH 1 Ob 623/95 SZ 69/20 = EFSIlg 80.929.

⁶⁸ *Hopf* in *KBB*, ABGB² § 146 Rz 2; umfassend Beck, Kindschaftsrecht (2009) § 146 Rz 190.

⁶⁹ *Verschraegen* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 146 Rz 4.

gefördert werden, wobei natürlich nur gesellschaftlich erwünschte Neigungen gefördert werden sollen und nicht strafrechtlich relevante oder sittenwidrige Verhaltensweisen.⁷⁰ Die Eltern sollen auch kein Ziel bestreben, das nur ihnen alleine nützlich ist, nichtsdestotrotz obliegt es ihnen, die Schule für ihr Kind auszusuchen. Freilich müssen sie dabei aber sowohl Kindeswunsch als auch Kindeswille beachten.⁷¹ Die religiöse Kindeserziehung wird im RelKEG geregelt: Die Eltern können über die religiöse Erziehung des Kindes frei bestimmen, soweit ihnen die Pflege und Erziehung zukommt⁷² (vgl. aber § 5 RelKEG⁷³). Religiöse Erziehung wird von den Eltern nicht gefordert, allerdings gehört es laut *Verschraegen*⁷⁴ zu den Aufgaben der Eltern, ihre Kinder auch in religiösen Belangen aufzuklären.

Mit dem KindRÄG 2001 wurde in § 146 ABGB ein Abs 3 eingeführt, der bestimmt, dass die Eltern in den Angelegenheiten der Pflege und Erziehung auf den Kindeswillen Bedacht nehmen müssen. Das Kind hat also ein Mitspracherecht, jedoch ist sein Wille nicht per se bindend; es kommt vielmehr auf die Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Kindes an. Nach dieser Bestimmung kommt dem Kindeswillen eine viel größere Tragweite zu als bisher, jedoch stößt er dort an seine Grenzen, wo die Lebensverhältnisse der Eltern oder gar das Kindeswohl entgegenstünden. Sofern dem Wunsch des Kindes mit einigermaßen vertretbarem Aufwand entsprochen werden kann, wird dieser für die Entscheidung maßgeblich sein. Inwieweit der Wille eines voll urteils- und einsichtsfähigen Kindes bindend ist, wird weder im Gesetz noch in den Materialien erläutert.⁷⁵ Die Lehre geht dahingehend auseinander: *Hopf/Weitzenböck*⁷⁶ ziehen zur Beantwortung dieser Frage § 146c ABGB zu Rate: Würde die Befolgung des Kindeswillen das Kindeswohl schwer oder nachhaltig beeinträchtigen, so sind die Eltern nicht gebunden. Für den Fall, dass ein Nachteil für das Kind zwar zu erwarten, dieser jedoch weder schwer noch nachhaltig ist, ist der Wille des Kindes zu berücksichtigen. Dieser Ansicht folgen *Barth*⁷⁷ und *Verschraegen*⁷⁸, die die Verbindlichkeit bejahen, wenn keine oder bloß unerhebliche Nachteile zu erwarten sind. *Barth*⁷⁹ führt ins Treffen, dass es zur Entwicklung eines selbstständigen Menschen gehört, mit kleinen Nachteilen einer

⁷⁰ *Barth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 146 Rz 8.

⁷¹ *Verschraegen* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 146 Rz 4.

⁷² *Hopf* in *KBB*, ABGB² § 146 Rz 4; ausführlich *Hinteregger*, Familienrecht 202.

⁷³ § 5 RelKEG: Nach der Vollendung des vierzehnten Lebensjahrs steht dem Kind die Entscheidung darüber zu, zu welchem religiösen Bekenntnis es sich halten will. Hat das Kind das zwölfte Lebensjahr vollendet, so kann es nicht gegen seinen Willen in einem anderen Bekenntnis als bisher erzogen werden.

⁷⁴ Richtig *Verschraegen* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 146 Rz 4.

⁷⁵ *Hopf/Weitzenböck*, ÖJZ 2001, 536; ; *Weitzenböck* in *Ferrari/Hopf* 7.

⁷⁶ Siehe *Hopf/Weitzenböck*, ÖJZ 2001, 537; außerdem *Weitzenböck* in *Ferrari/Hopf* 7 f.

⁷⁷ *Barth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 146 Rz 13.

⁷⁸ *Verschraegen* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 146 Rz 6.

⁷⁹ *Barth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 146 Rz 13.

Entscheidung umgehen zu lernen. Laut *Stabentheiner*⁸⁰ ist es allerdings nicht möglich, eine allgemein gültige, klare Antwort auf diese Frage zu finden, weil diese Antwort wiederum zu ausfüllungsbedürftigen Umschreibungen führen würde. Er kritisiert an *Hopf/Weitzenböck*, dass sie die Bindung der Eltern an den Kindeswillen nicht bejahen wollen, sondern nur davon sprechen, dass der Wille nicht unberücksichtigt bleiben soll. Dies ergibt sich laut seiner Ansicht aber ohnehin aus dem Gesetzestext. Für ihn sind problematische Abgrenzungsfragen Einzelfallentscheidungen!

Laut § 146 (3) ABGB ist der Kindeswille auch bei noch nicht (gänzlich) einsichts- und urteilsfähigen Kindern bedeutungsvoll.⁸¹

3.2 Gehorsamspflicht der Kinder (§ 146a ABGB)

Erwähnt werden soll, dass gem § 146a ABGB Kinder grds ihren Eltern zu gehorchen haben. Sie trifft somit eine Gehorsamspflicht (richtiger: Folgepflicht⁸²), die dem Recht der Eltern Maßnahmen anzuordnen und durchzusetzen gegenüber steht.⁸³ Nur Anordnungen im Rahmen der Obsorge sind von der Folgepflicht erfasst (also bspw keine kriminellen Anordnungen und auch keine Anordnung von Personen, die nicht mit der Obsorge betraut sind).⁸⁴ Gem § 146a ABGB haben die Eltern bei der Anordnung und Durchsetzung darauf Bedacht zu nehmen, dass die freie Persönlichkeitsentwicklung des Kindes nicht zu stark eingeeengt wird.⁸⁵ Gegen Anordnungen, die diesen Anforderungen nicht gerecht werden, dürfen sich Kinder widersetzen.⁸⁶ Ausdrücklich untersagt ist den Eltern gem § 146a letzter Satz ABGB die Ausübung von Gewalt und Zufügung von körperlichem oder seelischem Leid. Damit wird in § 146a letzter Satz ABGB das Prinzip der gewaltfreien Erziehung normiert (nicht antiautoritäre Erziehung!⁸⁷).⁸⁸ Mit dem dort verankerten Gewaltverbot ist jede unzumutbare, dem Kindeswohl abträgliche Behandlung untersagt. „Das schließt nicht nur

⁸⁰ *Stabentheiner* in *Rummel*, ErgBd § 146 Rz 5.

⁸¹ Siehe *Hopf/Weitzenböck*, ÖJZ 2001, 536; *Weitzenböck* in *Ferrari/Hopf* 7.

⁸² *Verschraegen* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 146a Rz 1; *Hopf* in *KBB*, ABGB² § 146a Rz 1.

⁸³ Vgl *Feil/Marent*, Familienrecht § 146a Rz 1;

⁸⁴ *Stabentheiner* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I §§ 1 – 1174³ (2000) § 146a Rz 1; ähnlich *Verschraegen* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 146a Rz 1; *Barth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 146a Rz 1 und 3.

⁸⁵ *Barth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 146a Rz 3.

⁸⁶ Siehe *Verschraegen* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 146a Rz 2; *Barth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 146a Rz 3.

⁸⁷ *Maleczky*, Zur Strafbarkeit der „G’sundn Watschn“, ÖJZ 1993, 625 (626).

⁸⁸ *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ § 146a Rz 3; *Hopf* in *KBB*, ABGB² § 146a Rz 3; *Barth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 146a Rz 5.

Körperverletzungen und die Zufügung körperlicher Schmerzen („g'sunde Watschn"⁸⁹⁾) aus, sondern auch jede sonstige die Menschenwürde verletzende Behandlung, selbst wenn das Verhalten vom Kind im konkreten Fall nicht als ‚Leid‘ empfunden werden sollte.“⁹⁰ Die Durchsetzung der Anordnungen darf also nur auf einer Weise geschehen, die dem Kindeswohl entspricht: Das Kind soll durch Argumente überzeugt oder durch Belohnungen oder Lob angeregt werden, sich gemäß den elterlichen Anordnungen zu verhalten. Erst wenn diese Durchsetzungsmethode nicht gelingt, kommt eine Überwindung des kindlichen Widerstandes in Frage: Fernsehverbot, Taschengeldreduzierung oder Einschränkung von gerne gemachten Freizeitaktivitäten sind eine Möglichkeit hierfür.⁹¹ Nicht unter das Gewaltverbot fallen Gewaltanwendungen zur Überwindung des kindlichen Widerstands, die erforderlich sind, um eine gefährliche Situation von dem Kind abzuwenden (Wegziehen von einem bissigen Hund, Zurückreißen von einer befahrenen Straße).⁹²

III. DER JUGENDWOHLFAHRTSTRÄGER (JWT)

1. RECHTSGRUNDLAGEN DES JWT

Rechtsgrundlagen für den JWT sind zum einen das Jugendwohlfahrtsgesetz 1989 (JWG), das im ersten Teil (§§ 1-35) Grundsatzbestimmungen über die Jugendwohlfahrt (vgl § 12 (1) Z 1 B-VG) und in seinem zweiten Teil (§§ 36 – 41) unmittelbar anzuwendendes Bundesrecht enthält; zum anderen die Landesjugendwohlfahrtsgesetze (L-JWG), welche die im JWG enthaltenen Grundsätze, die vor allem einen Rahmen vorgeben, näher ausführen⁹³ (die Länder sind dabei in ihrer Ausführungsgesetzgebung an die Grundsätze der Bundesgesetzgebung gebunden⁹⁴). Überdies finden sich noch im ABGB (vgl §§ 211 ff) Bestimmungen, die sich auf

⁸⁹ Siehe dazu etwa Maleczky, ÖJZ 1993, 626.

⁹⁰ OGH 1 Ob 573/92 JBl 1992, 639 = EvBl 1993/13 = EFSlg 68.800 = ÖA 1993, 26.

⁹¹ Ausführlich *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ § 146a Rz 4; *Verschraegen* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 146a Rz 3; außerdem *Hopf* in *KBB*, ABGB² § 146a Rz 2; *Barth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 146a Rz 4.

⁹² *Verschraegen* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 146a Rz 5; *Hopf* in *KBB*, ABGB² § 146a Rz 2; ausführlich *Barth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 146a Rz 6.

⁹³ Umfassend *Wienerroither*, Jugendwohlfahrtsrecht, in *Loderbauer* (Hrsg), Kinder- und Jugendrecht³ (2004) Rz 1; außerdem *Hubmer* in *Loderbauer* 239.

⁹⁴ *Raschauer*, ÖA 2002, 158.

den JWT beziehen.⁹⁵ Andere wesentliche Rechtsquellen, die auf den JWT Bezug nehmen, sind das AußStrG und das JGG.⁹⁶

2. WAS IST DER JWT?

Gem § 4 (1) JWG ist der Träger der öffentlichen Jugendwohlfahrt das jeweilige Bundesland, was aus der kompetenzrechtlichen Zuordnung der „Mutterschafts-, Säuglings- und Jugendfürsorge“ folgt, für die Art 12 (1) Z 1 B-VG die Vollziehung durch die Länder vorsieht.⁹⁷ Welches Organ konkret handlungspflichtig ist, überlässt § 4 (2) JWG der jeweiligen Landesgesetzgebung; diese nimmt eine Aufgabenverteilung zwischen Landesregierung und Bezirksverwaltungsbehörden vor⁹⁸, wobei die Bezirksverwaltungsbehörden, die oftmals auch „Jugendämter“ genannt werden⁹⁹, generell die operativen Aufgaben ausführen.¹⁰⁰ Die LReg ist nach allen L-JWG nur zur Erledigung der Aufgaben berechtigt, die ihr ausdrücklich zugeschrieben sind.¹⁰¹

Nach § 6 (1) JWG ist die öffentliche Jugendwohlfahrt von geeigneten und für den jeweiligen Tätigkeitsbereich ausgebildeten Fachkräften durchzuführen; sofern aber nach Art und Umfang der Tätigkeit keine Fachausbildung vonnöten ist, dürfen nach Abs 2 auch sonstige geeignete Kräfte herangezogen werden. Nach Abs 3 ist öffentliche Jugendwohlfahrt unter Beachtung allgemein anerkannter wissenschaftlicher Erkenntnisse und Berücksichtigung der maßgeblichen Fachbereiche zu gewähren, dabei sollen einzeln gebliebene Lehrmeinungen außer Betracht gelassen werden.¹⁰²

Gem § 9 JWG sind die Personen, die in der Jugendwohlfahrt tätig sind, zur Verschwiegenheit verpflichtet, sofern es sich um Belange handelt, die diesen Personen nur aus ihrer Tätigkeit in der Jugendwohlfahrt heraus bekannt geworden sind. Diese Verschwiegenheitspflicht ist allerdings nicht absolut konzipiert, sondern kann durch Melde- und Mitteilungspflichten

⁹⁵ Vgl dazu *Wienerroither in Loderbauer*³ Rz 1.

⁹⁶ *Hubmer in Loderbauer* 239.

⁹⁷ Ausführlich *Raschauer*, ÖA 2002, 158.

⁹⁸ Vgl § 4 JWG; außerdem *Janko*, Ermessen in der öffentlichen Jugendwohlfahrt, ÖA 2004, 194 (194 f); *Wienerroither in Loderbauer*³ Rz 6; *Hubmer in Loderbauer* 242.

⁹⁹ *Wienerroither in Loderbauer*³ Rz 6.

¹⁰⁰ *Hubmer in Loderbauer* 242.

¹⁰¹ *Wienerroither in Loderbauer*³ Rz 6.

¹⁰² *Ent/Frischengruber*, Jugendwohlfahrtsrecht (1992) § 6 mit Hinweis auf RV 171, 19.

aufgeweicht werden.¹⁰³ Die Verschwiegenheitspflicht gilt für alle in der Jugendwohlfahrt tätigen Personen¹⁰⁴, was besonders für die Mitarbeiter des freien JWT von Bedeutung ist, da sie nicht aus Art 20 (3) B-VG zur Verschwiegenheit verpflichtet sind.¹⁰⁵

3. ÖFFENTLICHER JWT – FREIER JWT

Zur Erfüllung nichthoheitlicher Aufgaben dürfen gem § 8 (1) JWG Einrichtungen der freien Jugendwohlfahrt herangezogen werden, sofern sie nach Ziel und Ausstattung dazu geeignet sind. Gewährleistet ein freier JWT jedoch unter Berücksichtigung seiner Ausstattung und sonstigen Leistungen das Wohl eines Minderjährigen besser und wirtschaftlicher als der öffentlicher Träger, so soll der freie JWT herangezogen werden (vgl § 8 (1) JWG). Unter dieser Voraussetzung wird also sogar ein Primat des freien JWT im Gesetz statuiert.¹⁰⁶ Laut *Ent/Frischengruber*¹⁰⁷ äußert sich in dieser Regelung ein Wettbewerb, der durchaus wünschenswert Anbot und Erbringung sozialer Leistungen fördert. Ob ein freier JWT besser und wirtschaftlicher ist als ein öffentlicher, ist eine Einzelfallentscheidung. „Besser“ bedeutet, dass hinsichtlich Ausstattung und Leistung diverse Funktionen (seien sie jugend-, familien- oder sozialpsychologisch) eher erfüllt werden können. Das JWG unterscheidet nicht zwischen Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit, daher ist ein freier JWT dann „wirtschaftlicher“, wenn der Aufwand dieser Einrichtung als geringer angesehen wird als der eines öffentlichen JWT.¹⁰⁸ Was ein freier JWT aber überhaupt ist, wird im Gesetz nicht näher erläutert, ergibt sich jedoch mitunter aus § 8 (1) S 2 JWG. Lapidar gesagt sind freie JWT all jene, die nicht öffentliche JWT sind: Ein freier JWT wird nicht von einer Gebietskörperschaft, einem Gemeindeverband oder einer sonstigen juristischen Person des öffentlichen Rechts getragen. Der Kreis der privaten Träger ist nicht begrenzt.¹⁰⁹ Die Heranziehung eines freien JWT ist aber zwei Einschränkungen unterworfen: Erstens muss es sich um eine nichthoheitliche Aufgabe handeln (vgl § 8 (1) JWG), denn zur Verrichtung von hoheitlichen Aufgaben ist einzig der öffentliche JWT befugt (die Tätigkeiten des JWT sind aber überwiegend nichthoheitlich).¹¹⁰ Zweitens muss die Einrichtung des freien JWT nach Ziel und Ausstattung dazu geeignet sein (vgl § 8 (1) JWG), zB muss der JWT, der eine Mutter-Kind-

¹⁰³ *Hubmer in Loderbauer* 241.

¹⁰⁴ *Stockart-Bernkopf*, Jugendwohlfahrtsgesetz 1989, ÖA 2000, 55 (58).

¹⁰⁵ *Ent/Frischengruber*, Jugendwohlfahrtsrecht § 9; *Wienerroither in Loderbauer*³ Rz 5.

¹⁰⁶ *Janko*, ÖA 2004, 196.

¹⁰⁷ *Ent/Frischengruber*, Jugendwohlfahrtsrecht § 8 Anm 2 und Anm 5.

¹⁰⁸ *Raschauer*, ÖA 2002, 160.

¹⁰⁹ Ausführlich *Raschauer*, ÖA 2002, 159.

¹¹⁰ *Ent/Frischengruber*, Jugendwohlfahrtsrecht § 1 Anm 1 und § 8 Anm 3; *Stockart-Bernkopf*, ÖA 2000, 58; *Raschauer*, ÖA 2002, 159.

Wohnung (§ 12 (1) Z 3 JWG) führen möchte, nachweisen, dass der Betrieb einer solchen Wohnung zu seiner Zielsetzung gehört und dass eine Wohnung und Fachkräfte zur Verfügung stehen.¹¹¹

Gem § 8 (2) JWG entscheidet der öffentliche JWT über das Vorliegen der Eignungsvoraussetzungen mit Bescheid. Neben der Erfüllung nichtthoheitlicher Aufgaben werden im Eignungsverfahren noch andere Kriterien geprüft, die in den einzelnen L-JWG verankert sind¹¹², wobei hinsichtlich der Eignungsvoraussetzungen bundeslandweite Unterschiede bestehen. Niederösterreich sieht zB als einziges Bundesland eine (verfassungsrechtlich umstrittene) Bedarfsprüfung vor (vgl § 11 (3) nÖ JWG).¹¹³ Obwohl die Voraussetzungen der Rechtsbeziehung zwischen öffentlichem und freiem JWT im Rahmen der Hoheitsverwaltung zu schaffen sind¹¹⁴, ist die Rechtsbeziehung selbst rein zivilrechtlicher Natur.¹¹⁵ Zwischen dem öffentlichen und dem freien JWT ist ein Vertrag abzuschließen, der einerseits die geschuldete Leistung und andererseits das zu leistende Entgelt zu enthalten hat¹¹⁶; wenn kein Entgelt bestimmt wurde, gilt gem § 1152 ABGB sinngemäß ein angemessenes Entgelt als bedungen.¹¹⁷

Sowohl natürliche, als auch juristische Personen (zB Vereine) eignen sich dafür, Einrichtungen der freien Jugendwohlfahrt zu unterhalten.¹¹⁸ Freie JWT sind „Vertragspartner des Staates, [die] nach außen selbstständig, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung [handeln].“¹¹⁹ Der Staat „kauft“ sozusagen von außen Leistungen zu, ihm selbst verbleibt nur einerseits der Akt der Zuweisung und andererseits die Beaufsichtigung¹²⁰: Die Einrichtungen der freien Jugendwohlfahrt unterliegen nämlich gem § 8 (2) letzter Satz JWG der Fachaufsicht des öffentlichen JWT (LReg des Bundeslandes, in dem die zu beaufsichtigende Einrichtung ihren Sitz hat)¹²¹, wobei es sich natürlich um eine der Hoheitsverwaltung zugehörige Aufgabe handelt.¹²² Zur Fachaufsicht gehört die Überprüfung, ob die Eignungsvoraussetzungen noch immer vorliegen (vgl § 8 (3) JWG), nicht jedoch eine

¹¹¹ Siehe *Ent/Frischengruber*, Jugendwohlfahrtsrecht § 8 Anm 4.

¹¹² *Stockart-Bernkopf*, ÖA 2000, 58.

¹¹³ *Hubmer* in *Loderbauer* 244.

¹¹⁴ *Janko*, ÖA 2004, 196.

¹¹⁵ *Raschauer*, ÖA 2002, 161; dem zustimmend *Janko*, ÖA 2004, 196.

¹¹⁶ *Janko*, ÖA 2004, 196.

¹¹⁷ *Raschauer*, ÖA 2002, 162.

¹¹⁸ *Wienerroither* in *Loderbauer*³ Rz 7.

¹¹⁹ *Raschauer*, ÖA 2002, 157.

¹²⁰ *Raschauer*, ÖA 2002, 157 f.

¹²¹ *Raschauer*, ÖA 2002, 160; *Wienerroither* in *Loderbauer*³ Rz 7.

¹²² *Ent/Frischengruber*, Jugendwohlfahrtsrecht § 8 Anm 7.

„Wirtschaftlichkeitskontrolle“. Ein „nicht wirtschaftlicher“ freier JWT ist gegenüber einem öffentlichen JWT nicht iSd § 8 (1) JWG bevorzugt heranzuziehen, weswegen ihm aber nicht die Eignung als freier JWT abgesprochen werden kann. Eignungsvoraussetzung ist aber sehr wohl ein gewisses, dauerhaft vorliegendes Mindestvermögen.¹²³

Gem § 22 (1) JWG dürfen Heime und sonstige Einrichtungen, die zur Übernahme von Minderjährigen in Pflege und Erziehung bestimmt sind, nur mit Bewilligung des JWT errichtet und betrieben werden, außerdem unterliegen sie seiner Aufsicht. Da auch Heime „Einrichtungen“ sind, ist das Verhältnis von § 22 zu § 8 JWG fraglich. Vergleicht man diese beiden Bestimmungen direkt, so lässt sich erkennen, dass § 8 JWG die allgemeine und § 22 JWG die spezielle Norm ist. Bei Heimen, die zur Übernahme von Minderjährigen in Pflege und Erziehung bestimmt sind, genügt nicht ein bloßes Feststellungsverfahren darüber, ob die Eignungsvoraussetzungen vorliegen, sondern es ist auch ein Bewilligungsverfahren vorzunehmen; das gilt auch für Heime und sonstige Einrichtungen, die von öffentlichen JWT errichtet und betrieben werden.¹²⁴ Für solche Heime gelten strengere Voraussetzungen, als § 8 JWG sie vorsieht.¹²⁵ Das JWG als Ausführungsgesetz gibt keine Antwort darauf, ob eine Bewilligung nach § 22 und § 8 JWG nötig ist, oder ob die Bewilligung nach § 22 JWG die nach § 8 JWG ersetzt. Diese Antwort bleiben die L-JWG als Ausführungsgesetze schuldig.¹²⁶

4. ZUSTÄNDIGKEIT

4.1 Persönlicher Anwendungsbereich

Gem § 3 1. HS JWG ist die öffentliche Jugendwohlfahrt allen Personen zu gewähren, die ihren Aufenthalt im Inland haben, wodurch im Gesetz das Territorialprinzip verankert ist. § 3 2. HS JWG bestimmt darüber hinaus, dass sie österreichischen Staatsbürgern und Staatenlosen auch dann zu gewähren ist, wenn sie sich zwar gerade nicht in Österreich aufhalten, hier aber ihren gewöhnlichen Aufenthalt (vgl § 66 (2) JN) haben. Damit wird im Gesetz auch das Personalitätsprinzip verankert.¹²⁷ § 3 JWG garantiert all den genannten

¹²³ Ausführlich *Raschauer*, ÖA 2002, 160.

¹²⁴ Vgl ausführlich *Raschauer*, ÖA 2002, 161.

¹²⁵ *Raschauer*, ÖA 2002, 161; *Wienerroither* in *Loderbauer*³ Rz 69, der Beispiele für die Voraussetzungen nennt; *Hubmer* in *Loderbauer* 244.

¹²⁶ Vgl *Raschauer*, ÖA 2002, 161.

¹²⁷ Siehe *Ent/Frischengruber*, Jugendwohlfahrtsrecht § 3 Anm 1 f; *Stockart-Bernkopf*, ÖA 2000, 56; *Wienerroither* in *Loderbauer*³ Rz 8; *Hubmer* in *Loderbauer* 241.

Personen einen Rechtsanspruch auf öffentliche Jugendwohlfahrt.¹²⁸ Keinen Anspruch haben allerdings Ausländer, die sich im Ausland aufhalten sowie Österreicher und Staatenlose, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in Österreich haben. Obwohl Hauptadressaten des JWG Minderjährige sind, lässt diese Formulierung zu, dass es sich im Einzelfall auch auf deren Eltern oder Erziehungsberechtigte beziehen kann.¹²⁹

4.2 Örtliche Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit und damit die Anwendbarkeit eines bestimmten L-JWG bestimmt sich nach § 5 JWG: Nach Abs 1 richtet sie sich nach dem gewöhnlichen Aufenthalt des Betroffenen, mangels eines solchen nach dem schlichten Aufenthalt. Für den Fall der Gefahr im Verzug regelt Abs 2, dass der JWT örtlich zuständig ist, in dessen Wirkungsbereich die erforderliche Maßnahme zu setzen ist. Für die weitere Betreuung ist dann der JWT zuständig, in dessen Bundesland der betroffene Minderjährige seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.¹³⁰ Dieser muss auch dem anderen JWT die Kosten der Sofortmaßnahme ersetzen (vgl Abs 2 leg cit). Diese Bestimmung gilt grds auch für die Erledigung der zivilrechtlichen Aufgaben nach den §§ 211 ff ABGB¹³¹, demnach bestimmt auch § 215a ABGB, dass die Aufgaben, sofern es nicht anders angeordnet wurde, dem Bundesland als JWT zufallen, in dem der Minderjährige seinen gewöhnlichen, mangels solchen, seinen schlichten Aufenthalt hat (vgl § 215a S 1 ABGB). § 215a gilt nicht nur für die Fälle, in denen der JWT nicht hoheitlich tätig wird, sondern auch für die, in denen er hoheitliche Aufgaben wahrnimmt.¹³² Damit sagen § 5 (1) JWG und § 215a S 1 ABGB im Grunde dasselbe aus, aber während im Abs 2 des § 5 JWG die Zuständigkeit bei Gefahr im Verzug geregelt wird, schweigt § 215a ABGB darüber gänzlich. Stattdessen konkretisiert § 215a ABGB die im JWG enthaltenen Regelungen und führt die eher rudimentär behandelte Regelung der Zuständigkeit für sich im Ausland befindliche Minderjährige (vgl § 3 2. HS JWG und § 215a S 2 ABGB, der aber dem Wortlaut zufolge nur auf irgendeinen Aufenthalt abzielt, sei er also gewöhnlich oder schlicht¹³³) näher aus und gibt zudem noch an, welcher JWT bei einem Aufenthaltswechsel des Minderjährigen zuständig ist (vgl § 215a S 2 ABGB). Es ist jedoch nicht möglich, von den Zuständigkeitsbestimmungen des ABGB auf die des JWG auszuweichen, weil die unterschiedlichen Normen für

¹²⁸ Wienerroither in Loderbauer³ Rz 8.

¹²⁹ So Ent/Frischengruber, Jugendwohlfahrtsrecht § 3 Anm 3.

¹³⁰ Wienerroither in Loderbauer³ Rz 9.

¹³¹ Wienerroither in Loderbauer³ Rz 10.

¹³² Siehe Kathrein in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 215a Rz 1.

¹³³ Vgl dazu ausführlich Stabentheiner in Rummel, ErgBd § 215a Rz 1a.

unterschiedliche Regelungsbereiche zutreffen. Wären die Bestimmungen des JWG unmittelbar anzuwenden, hätte es § 215a ABGB nicht bedurft; was jedoch nicht bedeutet, dass Analogie nicht möglich und erlaubt ist.¹³⁴ Nach der hM¹³⁵ ist die in § 215a ABGB geregelte Zuständigkeitsverteilung weder ausschließlich noch abschließend: Wenn das Kindeswohl es erforderlich macht, kann das PflEGschaftsgericht einen anderen JWT als den, der nach § 215a ABGB berufen wäre, bestellen oder ihm zumindest einzelne Aufgaben der Obsorge übertragen.¹³⁶

Der freie JWT ist kein JWT iSd §§ 215, 215a ABGB, da er bloß im Auftrag des jeweiligen öffentlichen JWT tätig wird und seine Befugnisse auch von diesem ableitet.¹³⁷

Während § 3 2. HS JWG bestimmt, dass die öffentliche Jugendwohlfahrt allen Personen zu gewähren ist, die entweder die österreichische Staatsbürgerschaft haben oder staatenlos sind, solange sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich haben, regelt § 215a S 2 ABGB für minderjährige Kinder mit österreichischer Staatsbürgerschaft, die keinen Aufenthalt im Inland haben, die konkrete Zuständigkeit eines JWT: Zuständig für die Besorgung der Angelegenheiten im Inland ist das Bundesland, in dem der Minderjährige seinen letzten Aufenthalt gehabt hat oder subsidiär¹³⁸ in dem ein Elternteil seinen Aufenthalt hat oder zuletzt gehabt hat. „Ohne Aufenthalt“ bedeutet, dass das minderjährige Kind auch keinen gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich hat, es ist daher auf den letzten schlichten Aufenthalt abzustellen.¹³⁹ Kommt man über diese Regelung zu keiner Lösung (beispielsweise weil die Eltern in unterschiedlichen Bundesländern gewohnt haben), soll nach *Knoll*¹⁴⁰ und *Stabentheiner*¹⁴¹ an den Ort angeknüpft werden, wo die erforderliche Maßnahme gesetzt werden soll. *Kathrein*¹⁴² hingegen sieht als Anknüpfungspunkt das Land, zu dem in der betreffenden Angelegenheit die engste Beziehung besteht (sei es, weil dort Verwandte des Kindes leben oder weil dort der „rei sitae“¹⁴³ ist). Er kritisiert die Idee vom „Ort des

¹³⁴ Ausführlich *Knoll*, Aus dem Rechtsalltag des Außerstreit- und Familienrichters. 1. Teil, RZ 1992, 246 (248).

¹³⁵ OGH 18.12.2002, 7 Ob 5/02i; 27.05.2003, 1 Ob 119/03m; *Stabentheiner* in *Rummel*, ErgBd § 215a Rz 1; *Weitzenböck* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 215a Rz 1; *Feil/Marent*, Familienrecht § 215a Rz 1; *Hopf* in *KBB*, ABGB² § 215a Rz 3; *Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 215a Rz 6.

¹³⁶ Vgl LGZ Wien 43 R 400/91 EFSlg 66.164.

¹³⁷ Genauer *Weitzenböck* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 215a Rz 2.

¹³⁸ Ergibt sich aus dem Wort „dann“ in § 215a S 2 ABGB. Außerdem *Weitzenböck* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 215a Rz 3.

¹³⁹ *Stabentheiner* in *Rummel*, ErgBd § 215a Rz 1a; *Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 215a Rz 9.

¹⁴⁰ *Knoll*, RZ 1992, 248.

¹⁴¹ *Stabentheiner* in *Rummel*, ErgBd § 215a Rz 1a; außerdem *Hopf* in *KBB*, ABGB² § 215a Rz 2.

¹⁴² Ausführlich *Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 215a Rz 11.

¹⁴³ *Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 215a Rz 11.

notwendigen Einschreitens“¹⁴⁴ dahingehend, dass sich dieser Ort nicht so einfach bestimmen lässt, wenn es in der betreffenden Angelegenheit nicht gerade um bewegliches oder unbewegliches Vermögen des Kindes geht.

Wechselt der Minderjährige seinen Aufenthalt in ein anderes Bundesland, so kann gem § 215a S 3 ABGB der JWT seine Aufgaben einem anderen JWT übertragen, sofern dieser zustimmt. Verweigert dieser JWT die Zustimmung, kann das Gericht sie ersetzen. Rechtsgrundlage ist dafür aber jedenfalls nicht §215a ABGB, sondern das allgemeine Aufsichtsrecht des Pflschaftsgerichts gegenüber den mit der Obsorge betrauten Personen.¹⁴⁵ Das ist auch dann der Fall, wenn ein Kind im Ausland gelebt hat und wieder nach Österreich zurückzieht, aber nicht mehr in das Bundesland, in dem es vorher gewohnt hat.¹⁴⁶ Nicht gerechtfertigt ist die Übertragung der Aufgaben auf einen anderen JWT dann, wenn nur die Eltern (oder ein Elternteil) ihren Aufenthalt in ein anderes Bundesland verlegen.¹⁴⁷ Wenn das minderjährige Kind den Aufenthalt wechselt, dann tritt der Zuständigkeitswechsel nicht ex lege ein.¹⁴⁸ Aus Gründen der Zweckmäßigkeit kann das bisher berufene Land in einem anderen einschreiten, sofern dies für ratsam erachtet wird.¹⁴⁹ Das Land, in das der Minderjährige seinen Aufenthalt gewechselt hat, kann von dem bisher zuständigen JWT keine Übertragung der Aufgaben verlangen!¹⁵⁰ § 215a S 3 ABGB gilt auch dann (und zwar auch dann nicht ex lege¹⁵¹), wenn der Minderjährige bloß seinen schlichten Aufenthalt in ein anderes Bundesland verlegt.¹⁵² Aus dem Wortlaut des § 215a S 3 ABGB ergibt sich, dass bei einer Übertragung der Aufgaben auf einen anderen JWT bloß dessen Zustimmung und nicht die Zustimmung des Pflschaftsgerichts einzuholen ist.¹⁵³ Laut *Weitzenböck*¹⁵⁴ ist eine Übertragung der Aufgaben auf ein anderes Bundesland dann ausgeschlossen, wenn das Pflschaftsgericht ein anderes Bundesland als das, das an sich nach § 215a ABGB zuständig wäre, wegen dessen besonderer Eignung gem § 213 ABGB mit der Obsorge betraut hat. Das gilt auch dann, wenn der erste JWT aufgrund eines Gerichtsbeschlusses mit der Obsorge

¹⁴⁴ So *Stabentheiner* in *Rummel*, ErgBd § 215a Rz 1a.

¹⁴⁵ Vgl 1 Ob 119/03m RPfISlgA 2003/8879 = EFSlg 104.496; LG St. Pölten R 493/91 ÖA 1992, 156 (Gamerith) = EFSlg 66.167 uvm.

¹⁴⁶ *Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 215a Rz 12.

¹⁴⁷ Siehe LG Salzburg 21 R 219/06t EFSlg 113.931.

¹⁴⁸ OGH 1 Ob 119/03m RPfISlgA 2003/8879 = EFSlg 104.496; 1 Ob 225/03z EFSlg 104.496.

¹⁴⁹ LG Salzburg 21 R 103/04z EFSlg 107.907.

¹⁵⁰ Siehe *Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 215a Rz 12.

¹⁵¹ So ausdrücklich *Weitzenböck* in *Schwimmann/Verschraegen*, ABGB I³ § 215a Rz 7; außerdem *Knoll*, RZ 1992, 249.

¹⁵² *Knoll*, RZ 1992, 249 zu § 215a ABGB aF; *Stabentheiner* in *Rummel*, ErgBd § 215a Rz 4; *Hopf* in *KBB*, ABGB² § 215a Rz 3.

¹⁵³ *Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 215a Rz 12.

¹⁵⁴ Ausführlich *Weitzenböck* in *Schwimmann/Verschraegen*, ABGB I³ § 215a Rz 7.

betraut wurde. Rechtsgrundlage ist dann jedoch wiederum nicht § 215a ABGB, sondern das allgemeine Aufsichtsrecht des Pflschaftsgerichts gegenüber den mit der Obsorge betrauten Personen.¹⁵⁵

Gem § 215a letzter Satz ABGB ist das Gericht von einem erfolgten Zuständigkeitswechsel nur dann zu verständigen, wenn es mit Angelegenheiten des minderjährigen Kindes bereits befasst war. Wenn das Gericht nicht verständigt wird, hat das keinen Einfluss auf die Übertragung der Zuständigkeit und den Übergang der Befugnisse, jedoch kann es dadurch zu einem Vertretungsmangel und Verfahrensdefizit kommen (etwa weil das Gericht mangels Kenntnis weiterhin den „übertragenden“ JWT beizieht). In einem anhängigen Verfahren wird deswegen der Übergang erst mit erfolgter Verständigung des Gerichts wirksam.¹⁵⁶ Eine gerichtliche Entscheidung ist, abgesehen von einer Obsorgebestellung nach § 213 ABGB, nicht notwendig, sehr wohl aber muss das Gericht die Verständigung zur Kenntnis nehmen und die daraus notwendigen Erkenntnisse ziehen, die für das Verfahren notwendig sind.¹⁵⁷

5. AUFGABEN UND ANGEBOTE DES JWT

In § 1 JWG werden die Tätigkeitsbereiche der öffentlichen Jugendwohlfahrt aufgezählt.¹⁵⁸ Sie untergliedern sich in soziale Dienste und Hilfen zur Erziehung.¹⁵⁹

5.1 Soziale Dienste

5.1.1 Was sind soziale Dienste?

Soziale Dienste sind Hilfen zur Deckung gleichartig auftretender Bedürfnisse werdender Eltern, Minderjähriger und deren Erziehungsberechtigten. Sie dienen der Entwicklung des Minderjährigen und der Förderung der Familie (vgl § 11 (1) JWG) und sollen primär präventiv wirken¹⁶⁰, womit auch der Servicegedanke im JWG unterstrichen wird.¹⁶¹ Durch die JWG-Novelle 1998¹⁶² wurde in § 11 (2) JWG ein neues Hauptanliegen verankert¹⁶³:

¹⁵⁵ Vgl OGH 1 Ob 119/03m RpfISlgA 2003/8879 = EFSlg 104.496.

¹⁵⁶ Ausführlich *Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 215a Rz 17.

¹⁵⁷ Vgl LG Salzburg 21 R 411/04v EFSlg 107.908.

¹⁵⁸ *Jaksch-Ratajczak*, ÖA 2004, 248.

¹⁵⁹ *Spitzenberger*, Eltern befähigen oder kontrollieren?, ÖA 2007, 41 (41); *Hubmer* in *Loderbauer* 245; vgl außerdem § 1 JWG.

¹⁶⁰ *Wienerroither* in *Loderbauer*³ Rz 12.

¹⁶¹ Vgl *Hubmer* in *Loderbauer* 245; im Ergebnis gleich *Ent/Frischengruber*, Jugendwohlfahrtsrecht § 11 Anm 2.

¹⁶² Eingeführt durch BGBl I 1999/53.

¹⁶³ Siehe *Hubmer* in *Loderbauer* 245.

Soziale Dienste sind Minderjährigen etwa dann anzubieten, wenn dies für die Förderung des Wohles des Kindes zweckmäßiger und erfolgsversprechender erscheint als die Gewährung von Hilfen zur Erziehung. Gem § 11 (3) S 1 JWG haben die JWT vorzusorgen, dass die zur Erfüllung ihrer Aufgaben notwendigen sozialen Dienste bereitgestellt werden, wofür auch freie JWT zugezogen werden können. Bei Problemen in erzieherischer Hinsicht können sich die Erziehungsberechtigten an das Jugendamt wenden, von dem sie erforderlichenfalls an eine entsprechende Einrichtung weiter verwiesen werden¹⁶⁴, allerdings besteht kein Rechtsanspruch darauf, soziale Dienste in Anspruch nehmen zu können.¹⁶⁵

5.1.2 Arten der sozialen Dienste

§ 12 (1) JWG zählt nach Zielgruppen gegliedert demonstrativ¹⁶⁶ auf, welche sozialen Dienste angeboten werden sollen und Abs 2 leg cit stellt fest, dass bei der Durchführung auf die Zusammenarbeit mit den Einrichtungen der außerschulischen Jugendberufshilfe und anderen Einrichtungen zu achten ist, die ebenfalls Aufgaben der Betreuung und Förderung von Jugendlichen wahrnehmen. Als soziale Dienste besonders angeboten werden sollen Bildungsangebote für (werdende) Eltern und Erziehungsberechtigte (vgl § 12 (1) Z 1), allgemeine und besondere Beratungsdienste für (werdende) Eltern, Minderjährige und deren Erziehungsberechtigte (vgl Z 2), vorbeugende und therapeutische Hilfen für Minderjährige und deren Familien (vgl Z 3), Hilfen für Eltern, Erziehungsberechtigte und Minderjährige (vgl Z 4), Hilfen für die Betreuung Minderjähriger (vgl Z 5), die Betreuung Minderjähriger durch niederschwellige Dienste (vgl Z 6) und Pflegeplätze in Familien, Heimen und sonstigen Einrichtungen (vgl Z 7).¹⁶⁷

5.1.3 Entgelt

Gem § 13 JWG bestimmt die Landesgesetzgebung, ob und welche Entgelte für soziale Dienste zu entrichten sind. Aus diesem Grund ist die Frage nach dem Entgelt in den einzelnen L-JWG zwar unterschiedlich geregelt, es können aber durchaus Gemeinsamkeiten festgestellt werden: Beratungsdienste sind überwiegend unentgeltlich, wohingegen Dienste, die mit erhöhtem Aufwand an Kosten verbunden sind, entgeltlich sind.¹⁶⁸

¹⁶⁴ Ausführlich *Wienerroither* in *Loderbauer*³ Rz 16.

¹⁶⁵ *Slanec*, Leistungen der staatlichen (öffentlichen) Jugendwohlfahrt, ÖA 1998, 56 (56); *Wienerroither* in *Loderbauer*³ Rz 16; *Hubmer* in *Loderbauer* 245.

¹⁶⁶ *Slanec*, ÖA 1998, 56; *Hubmer* in *Loderbauer* 245.

¹⁶⁷ Vgl § 12 (1) JWG; außerdem *Wienerroither* in *Loderbauer*³ Rz 13.

¹⁶⁸ *Wienerroither* in *Loderbauer*³ Rz 17; *Hubmer* in *Loderbauer* 246.

5.2 Erziehungshilfen

5.2.1 Was sind Erziehungshilfen?

Wenn Eltern oder Erziehungsberechtigten ohne Hilfe von außen ihre Erziehungsaufgaben nicht mehr oder nur noch unzureichend erfüllen können¹⁶⁹ und dadurch das Wohl des Kindes gefährden, hat der JWT Erziehungshilfen iSd §§ 26 ff JWG anzubieten.¹⁷⁰ Im Gegensatz zu den sozialen Diensten kommen Erziehungshilfen erst dann zum Tragen, wenn sie vom JWT wegen einer Kindeswohlgefährdung für erforderlich befunden und daher angeordnet werden.¹⁷¹ Bei der Besorgung der Hilfen zur Erziehung handelt der JWT nicht hoheitlich und wenn er gegen den Willen der Erziehungsberechtigten handelt, handelt er aufgrund des bürgerlichen Rechts (vgl §§ 176, 215 (1) S 2 ABGB, auf die in Folge noch eingegangen wird); demgemäß kann der JWT weder Bescheide erlassen noch Akte der unmittelbaren Befehls- und Zwangsgewalt ausüben, weswegen auch die Verwaltungsverfahrensgesetze keinen Anwendung finden.¹⁷²

5.2.2 Meldung an den JWT

Voraussetzung für ein Einschreiten des JWT ist, dass sich jemand an ihn wendet. Das können die Eltern sein, die nicht mehr mit ihrem Kind zu Recht kommen, aber auch das Kind selbst¹⁷³, für das die Situation in der Familie unerträglich geworden ist. Genauso gut können aber auch Dritte den JWT auf Missstände aufmerksam machen. Gem § 37 (1) JWG besteht für alle Behörden, insbesondere wenn sie zur Betreuung und zum Unterricht von Minderjährigen zuständig sind, eine gesetzliche Meldepflicht.¹⁷⁴ Eine solche Meldepflicht besteht aber auch für Ärzte und Angehörige der Gesundheits- und Krankenpflegeberufe¹⁷⁵, obwohl sie an sich zur Verschwiegenheit verpflichtet sind. Seit der JWG-Novelle 1998 sind gem § 37 (2) JWG auch andere Berufsgruppen, die an sich nach ihrem Berufsrecht zur Verschwiegenheit verpflichtet wären, verpflichtet dem JWT eine Wahrnehmung eines solchen Verdachtsfalles zu melden, vorausgesetzt eine erhebliche Kindeswohlgefährdung kann dadurch vermieden werden. Bei einer sonstigen (drohenden) Kindeswohlgefährdung sind

¹⁶⁹ Spitzenberger, ÖA 2007, 41.

¹⁷⁰ Wienerroither in Loderbauer³ Rz 18; Hubmer in Loderbauer 247.

¹⁷¹ OGH 3 Ob 549/90 ÖA 1991, 22.

¹⁷² VwGH 93/11/0221 ÖJZ 1996/126 A = ZfVB 1997/261 = ÖA 1996 = 67 VwSlg 14.326 A.

¹⁷³ CJ hat sich bspw selbst an den JWT gewandt, als der Zustand in ihrer Familie untragbar wurde. Vgl Interview mit CJ vom 16.09.2010.

¹⁷⁴ § 37 (1) JWG; außerdem Wienerroither in Loderbauer³ Rz 20; Meysen, Das Recht zum Kinderschutz in Deutschland und Österreich: ein Vergleich, ÖA 2008, 3 (10).

¹⁷⁵ Vgl § 54 (6) ÄrzteG und § 8 (2) Z 1 Gesundheits- und KrankenpflegeG

diese genannten Personen nach § 37 (3) JWG zu einer Meldung an den JWT berechtigt.¹⁷⁶ Unter einer „sonstigen Kindeswohlgefährdung“ versteht man eine Gefährdung, die sich nicht durch Misshandlung, sexuellen Missbrauch, Quälen oder Vernachlässigen äußert.¹⁷⁷

5.2.3 Arten von Erziehungshilfen

Gem § 26 JWG sind Hilfen zur Erziehung im Einzelfall als Unterstützung der Erziehung oder als volle Erziehung (mit dem – freiwillig – oder gegen den Willen der Erziehungsberechtigten) zu gewähren. Es ist jeweils das gelindeste Mittel, das noch zum Ziel führt, zu treffen (vgl § 26 JWG), was bedeutet, dass der JWT nicht die freie Wahl hinsichtlich der anzubietenden Hilfsmaßnahmen hat, sondern abwägen muss, was das gelindeste Mittel ist.¹⁷⁸ Damit wird der Grundsatz des geringsten Eingriffs neben den §§ 2 (3) S 1 JWG und 176b ABGB in § 26 letzter Satz JWG einmal mehr verankert.¹⁷⁹ Die Arten von Erziehungshilfen werden nach zwei Gesichtspunkten unterschieden: Einerseits, ob eine Freiwilligkeit der Erziehungsberechtigten vorliegt, andererseits, ob der Minderjährige in seiner gewohnten Umgebung belassen werden kann oder nicht.¹⁸⁰ In diesen beiden Kriteriengruppen (freiwillig – nicht freiwillig; Belassung – Entfernung) muss also jeweils ein Kriterium vorliegen.¹⁸¹

5.2.3.1 Unterstützung der Erziehung

Das Kind bleibt bei dieser Maßnahme in seiner gewohnten Umgebung. In § 27 JWG werden demonstrativ die Mittel aufgezählt, die durch den geringsten Eingriff zum Ziel führen.¹⁸² Sie sind im Einzelnen die Beratung der Erziehungsberechtigten und Minderjährigen (vgl § 27 Z 1 JWG), die Förderung der Erziehungskraft der Familie, insbesondere auch zur Durchsetzung der gewaltlosen Erziehung (vgl Z 2), die Förderung und Entwicklung der Minderjährigen (Z 3), die Betreuung der Minderjährigen in Gruppen (Z 4) und die Betreuung der Minderjährigen aus der Entlassung nach der vollen Erziehung (Z 5). Die demonstrativ aufgezählten Maßnahmen können durch die L-JWG erweitert werden.¹⁸³ Dadurch, dass die Maßnahmen demonstrativ aufgezählt sind, wird ermöglicht, dass diejenige ausgewählt wird, die für den Einzelfall am besten passend erscheint; sie wird entweder mit dem Erziehungsberechtigten

¹⁷⁶ Ausführlich *Wienerroither* in *Loderbauer*³ Rz 20.

¹⁷⁷ *Wienerroither* in *Loderbauer*³ FN 14.

¹⁷⁸ *Neumayer*, ÖA 2004, 12.

¹⁷⁹ *Ent/Frischengruber*, Jugendwohlfahrtsrecht § 26 Anm 5.

¹⁸⁰ *Stockart-Bernkopf*, ÖA 2000, 65; ähnlich *Jaksch-Ratajczak*, ÖA 2004, 248.

¹⁸¹ Vgl *Ent/Frischengruber*, Jugendwohlfahrtsrecht § 26 Anm 4.

¹⁸² *Stockart-Bernkopf*, ÖA 2000, 65; *Hubmer* in *Loderbauer* 248.

¹⁸³ *Stockart-Bernkopf*, ÖA 2000, 65.

vereinbart oder gem § 176 ABGB durch das PflEGschaftsgericht legitimiert. Letzteres ist zwar rechtlich möglich, geschieht dessen ungeachtet aber nur selten, weil zwischen der gerichtlich angeordneten Verpflichtung zur Kooperation mit dem JWT und der Weigerung der Erziehungsberechtigten ein Spannungsverhältnis hinsichtlich der Familienautonomie entstände.¹⁸⁴

5.2.3.2 Volle Erziehung

Vorausgeschickt sei, dass im Kapitel V. ausführlich auf die volle Erziehung und ihre zivilrechtlichen Aspekte eingegangen wird. Hier wird nur ein kurzer Überblick über ihr Wesen gegeben.

Die volle Erziehung kommt erst dann zur Anwendung, wenn Maßnahmen der Unterstützung der Erziehung nicht mehr genügen.¹⁸⁵ Sie ist gleichwohl die Maßnahme, die am meisten einschneidet, die am meisten Veränderung bringt.¹⁸⁶ Nach § 28 (1) JWG umfasst die volle Erziehung die Unterbringung des Minderjährigen in einer Pflegefamilie, bei Personen, die mit dem Minderjährigen bis zum 3. Grad verwandt oder verschwägert sind, in einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung oder durch nicht ortsfeste Formen der Pädagogik (Erlebnispädagogik¹⁸⁷), sofern der JWT zur Gänze mit Pflege und Erziehung betraut ist.

5.2.3.2.1 Heime und sonstige Einrichtungen

Heime und sonstige Einrichtungen (zB Wohngemeinschaften, Kinderdörfer¹⁸⁸), die zur Übernahme von Minderjährigen in Pflege und Erziehung bestimmt sind, dürfen gem § 22 (1) JWG nur mit Bewilligung des JWT errichtet und betrieben werden und unterliegen überdies seiner Aufsicht. Gem § 22 (2) JWG darf die Bewilligung nur dann erteilt werden, wenn für die Leitung der Einrichtung und für die Pflege und Erziehung eine ausreichende Anzahl von Fachkräften zur Verfügung steht, die Räumlichkeiten geeignet und die wirtschaftlichen Voraussetzungen für eine Betreuung gegeben sind, die den Aufgaben der Jugendwohlfahrt entsprechen. Die nähere Ausgestaltung findet sich in den einzelnen Landesgesetzen.

Gem § 23 JWG sind Jugenderholungsheime und Ferienlager anzeigepflichtig, in den L-JWG kann aber eine Ausnahme davon statuiert werden. Unter Jugenderholungsheimen und

¹⁸⁴ Hubmer in Loderbauer 248.

¹⁸⁵ Wienerroither in Loderbauer³ Rz 22.

¹⁸⁶ Stockart-Bernkopf, ÖA 2000, 65.

¹⁸⁷ Wienerroither in Loderbauer³ Rz 22.

¹⁸⁸ Wienerroither in Loderbauer³ Rz 69.

Ferienlager versteht man sowohl ortsfeste als auch bewegliche Institutionen, in denen Jugendliche zu Erholungszwecken untergebracht sind.¹⁸⁹

5.2.3.2.2 Unterbringung in einer Pflegefamilie

Gem § 28 (2) JWG hat bei Säuglingen und Kleinkindern die Pflege und Erziehung in einer Pflegefamilie den Vorrang, womit im Gesetz der Gedanke verankert wird, dass die Erziehung in einer (Ersatz-)Familie eine bevorzugte Stellung zukommen soll.¹⁹⁰ In diesem Zusammenhang soll nicht unerwähnt bleiben, dass die volle Erziehung in Form einer Unterbringung bei einer Pflegefamilie auch kostenschonender ist, als etwa die Unterbringung in einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung.¹⁹¹

5.2.3.2.3 Die Pflegeeltern

Auf die Pflegeeltern wird an dieser Stelle nur insoweit eingegangen, als sie für die volle Erziehung Relevanz haben. Auf eine Betrachtung in ihrer vollen zivilrechtlichen Ausgestaltung wird verzichtet.

Der Begriff der Pflegeeltern wurde mit dem KindRÄG 1989 ins ABGB eingefügt und mit dem KindRÄG 2001 grundlegend novelliert.¹⁹² Demnach sind gem § 186 ABGB Pflegeeltern Personen, die die Pflege und Erziehung (damit ist nur das Innenverhältnis gemeint¹⁹³) des Kindes ganz oder teilweise besorgen und zu denen eine dem Verhältnis zwischen leiblichen Eltern und Kindern nahe kommende Beziehung¹⁹⁴ besteht oder hergestellt werden soll. Damit unterscheidet sich der Begriff der Pflegeeltern im ABGB von dem im JWG¹⁹⁵: Er ist weiter gefasst.¹⁹⁶ Gem § 14 JWG sind Pflegekinder nämlich nur Minderjährige, die von anderen als bis zum dritten Grad Verwandten oder Verschwägerten, von Wahl Eltern oder vom Vormund

¹⁸⁹ Wienerroither in Loderbauer³ Rz 69 f.

¹⁹⁰ Vgl Ent/Frischengruber, Jugendwohlfahrtsrecht § 28 Anm 2.

¹⁹¹ Neumayer, ÖA 2004, 14.

¹⁹² Wienerroither in Loderbauer³ Rz 61; Haberl in Schwimann/Verschraegen (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³ (2005) § 186 Rz 1; Barth/Neumayr, in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), Klang-Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch. ABGB §§ 137 - 267³ (2008) § 186 Rz 2; Deixler-Hübner in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON 0.01 § 186 Rz 1 (www.rdb.at).

¹⁹³ Haberl in Schwimann/Verschraegen, ABGB I³ § 186 Rz 3; Barth/Neumayr in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 186 Rz 4.

¹⁹⁴ Damit besteht der große Unterschied zu den Adoptiveltern, denn für diese ist eine „dem Verhältnis zwischen leiblichen Eltern und Kind entsprechende Beziehung“ notwendig (vgl § 180 (1) ABGB). Vgl Barth/Neumayr in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 186 Rz 7; im Ergebnis Deixler-Hübner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 186 Rz 2.

¹⁹⁵ Im JWG wird der Begriff der Pflegeeltern aus dem Begriff der Pflegekinder abgeleitet. Vgl Wienerroither in Loderbauer³ Rz 61.

¹⁹⁶ Wienerroither in Loderbauer³ Rz 61; Barth/Neumayr in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 186 Rz 3; Hubmer in Loderbauer 253; im Ergebnis auch Deixler-Hübner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 186 Rz 1.

gepflegt und erzogen werden. Das ABGB sieht die Einschränkung „bis zum dritten Grad“ nicht vor, dadurch wird im JWG aber Pflege und Erziehung in der engeren Verwandtschaft von den jugendwohlfahrtsrechtlichen Bestimmungen ausgeschlossen. Das hat zur Konsequenz, dass die zivilrechtlichen Bestimmungen für sie gültig sind, jedoch nicht die des Jugendwohlfahrtsrechts.¹⁹⁷ Das Auseinanderklaffen des Begriffs der Pflegeeltern hat laut *Haberl*¹⁹⁸ wegen des unterschiedlichen Regelungszwecks im ABGB und JWG aber keine Bedeutung für das Zivilrecht. Grds bräuchten gem § 16 JWG Pflegekinder unter 16 Jahren für die Übernahme in Pflege und Erziehung die Einwilligung des JWT¹⁹⁹, allerdings regelt § 17 (1) JWG, dass insbesondere dann keine Bewilligung nötig ist, wenn der JWT gründend auf sein Erziehungsrecht das Pflegschaftsverhältnis begründet hat (also etwa auch im Rahmen der freiwilligen vollen Erziehung²⁰⁰ oder der ex lege Betrauung nach § 211 ABGB²⁰¹) oder wenn das Gericht das Erziehungsrecht überträgt.

Da, wie schon erwähnt, die Unterscheidung des Begriffs der Pflegeeltern im ABGB und JWG für das Zivilrecht keine Bedeutung hat, werden, abgesehen von einer allenfalls notwendigen Bewilligung nach § 16 JWG, keine besonderen Anforderungen an die Pflegeeltern gestellt.²⁰² Die Legaldefinition in § 186 ABGB grenzt den Begriff der Pflegeeltern jedoch mit zwei Kriterien ein: Auf der einen Seite müssen es Personen sein, die Pflege und Erziehung des Kindes ganz oder teilweise besorgen, auf der anderen Seite muss zumindest die Absicht bestehen, ein Eltern-Kind-Verhältnis aufzubauen.²⁰³ Wird nun der JWT mit der Obsorge betraut, so bedient er sich den Pflegeeltern als „Erfüllungsgehilfen“ im Rahmen der vollen Erziehung.²⁰⁴

5.2.4 Durchführung von Erziehungshilfen

Gem § 31 JWG obliegt die Durchführung der Erziehungshilfen dem JWT. Bei der Durchführung sind die Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten des

¹⁹⁷ Ausführlich *Hubmer* in *Loderbauer* 253.

¹⁹⁸ *Haberl* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 186 Rz 2.

¹⁹⁹ Vgl § 16 JWG; *Wienerroither* in *Loderbauer*³ Rz 50; *Barth/Neumayr* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 186 Rz 39.

²⁰⁰ *Klein*, Das Pflegschaftsverhältnis und die rechtliche Stellung von Pflegeeltern (§§ 186 und 186a ABGB), ÖA 1992, 135 (138).

²⁰¹ Dazu ausführlich *Wienerroither* in *Loderbauer*³ Rz 62.

²⁰² *Deixler-Hübner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 186 Rz 2.

²⁰³ Ausführlich *Haberl* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 186 Rz 3; *Barth/Neumayr* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 186 Rz 3; *Deixler-Hübner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 186 Rz 5;

²⁰⁴ Ähnlich *Pichler*, Gedanken zum Entwurf eines neuen JWG und des zivilrechtlichen Begleitgesetzes hiezu, ÖA 1987, 36 (38); *Klein*, ÖA 1992, 136; *Jaksch-Ratajczak*, ÖA 2004, 248.

Minderjährigen zu berücksichtigen. Wenn das Wohl des Minderjährigen es erfordert, ist die getroffene Maßnahme zu ändern oder aufzugeben, wenn sie nicht mehr förderlich ist.

5.2.5 Kostentragung und –ersatz

Gem § 32 JWG hat zunächst der JWT für die Kosten aufzukommen, ungeachtet der Pflicht zum Tragen und Ersetzen der Kosten von Maßnahmen der öffentlichen Jugendwohlfahrt. Gem Abs 2 leg cit kann die Landesregierung andere Rechtsträger zur vorläufigen Kostentragung bestimmen, allerdings darf dadurch eine Maßnahme nicht verzögert werden. Für den Kostenersatz von Maßnahmen zur Unterstützung der Erziehung gibt es im JWG keine Regelung²⁰⁵, doch kann der Landesgesetzgeber eine solche nach eigenem Ermessen treffen²⁰⁶: Bis auf Salzburg und Steiermark verzichten die Länder in ihren Ausführungsgesetzen auf einen Kostenersatz.²⁰⁷ Der Kostenersatz für die volle Erziehung wird in § 33 JWG geregelt, wonach die Unterhaltspflichtigen bzw der Minderjährige selbst zum Ersatz verpflichtet sind, sofern es ihre Lebensverhältnisse erlauben. Bis zu welcher Höhe ein Kostenersatz durch die Unterhaltspflichtigen zu leisten ist, hängt vom Umfang ihrer Unterhaltspflicht, insbesondere ihrer Leistungsfähigkeit ab²⁰⁸, womit mE besonders der Anspannungsgrundsatz des Unterhaltsrechts deutlich wird.²⁰⁹ Es wäre jedoch falsch zu glauben, dass die Kosten nur annähernd ersetzt werden könnten.²¹⁰ Gem § 34 JWG gehen Unterhalts- und Pensionsansprüche, die der Minderjährige gegen Dritte hat, ex lege auf den Kostenträger über, sobald der Dritte über die Durchführung einer vollen Erziehung verständigt wurde. Begrenzt ist der Anspruch allerdings mit der tatsächlichen Höhe der Kosten.²¹¹ Der vorläufige Kostenträger kann diesen Anspruch ohne weiteren gerichtlichen Titel geltend machen.²¹² Die §§ 1395 S 2, 1396 S 2 ABGB sind gem § 34 letzter Satz JWG sinngemäß anzuwenden.

Vereinbarungen über das Tragen oder den Ersatz von Kosten der vollen Erziehung, die mit dem JWT geschlossen und von ihm beurkundet wurden, haben die Wirkung eines gerichtliches Vergleichs (§ 39 JWG), das heißt, dass damit Exekution geführt werden kann.²¹³

²⁰⁵ *Wienerroither in Loderbauer*³ Rz 24; *Hubmer in Loderbauer* 250.

²⁰⁶ VfGH G 305/96; G 371/96; G 395/96; G 286/97 ZfVB 1999/1180/1215 = VfSlg 15.279; außerdem *Hubmer in Loderbauer* 25.

²⁰⁷ *Wienerroither in Loderbauer*³ Rz 24; *Hubmer in Loderbauer* 250.

²⁰⁸ OGH 7 Ob 586/95 ÖA 1996, 135.

²⁰⁹ Dazu ähnlich *Jaksch-Ratajczak*, Rechtliche Rahmenbedingungen der Finanzierung schulischer und beruflicher Ausbildung von – insbesondere im Rahmen der Jugendwohlfahrt betreuten – Jugendlichen, ÖA 2004, 207 (FN 24).

²¹⁰ *Wienerroither in Loderbauer*³ Rz 26; anschaulich zum Thema allgemein *Neumayer*, ÖA 2004, 11 ff.

²¹¹ Vgl *Wienerroither in Loderbauer*³ Rz 26; *Hubmer in Loderbauer* 250.

²¹² *Hubmer in Loderbauer* 250.

²¹³ *Wienerroither in Loderbauer*³ Rz 26.

Kommt eine solche Vereinbarung nicht zustande, entscheidet gem § 40 JWG das Pflegschaftsgericht im Verfahren außer Streitsachen, wobei die Regeln des Unterhaltsverfahrens anzuwenden sind.²¹⁴

5.2.6 Ende der Erziehungshilfen

Wie die Obsorge mit dem Erreichen der Volljährigkeit (Vollendung des 18. Lebensjahres, vgl § 21 (2) ABGB) endet, so enden damit auch Maßnahmen der Erziehungshilfe.²¹⁵ Das ergibt sich einerseits aus der Umschreibung des Wortes „Jugendfürsorge“ in § 1 (1) Z 2 JWG (arg: „Minderjähriger“)²¹⁶, andererseits aus § 31 (4) JWG²¹⁷, wonach Hilfen zur Erziehung nach Erreichen der Volljährigkeit unter gewissen Umständen bis längstens dem 21. Lebensjahr fortgesetzt werden können.

Nach § 31 (3) letzter Satz JWG hat der JWT eine Maßnahme aufzuheben, wenn sie für das Kindeswohl nicht mehr förderlich ist, was dann der Fall ist, wenn das Erziehungsziel erreicht wurde²¹⁸ und eine Rückführung des Minderjährigen in seine Familie stattfinden kann.²¹⁹ Die Aussichtslosigkeit von Erziehungsmaßnahmen führt allerdings nicht zu einer Beendigung derselben, vielmehr muss alles unternommen werden, um ein Abgleiten eines Minderjährigen zu verhindern.²²⁰ Freiwillige Erziehungshilfen können durch einen Widerruf der Eltern beendet werden. Wurde hingegen die Erziehungshilfe gegen den Willen der Erziehungsberechtigten begründet, so bedarf ihre Aufhebung gleichsam eines *contrarius actus* zur pflegschaftsgerichtlichen Verfügung.²²¹

5.2.7 Rechtsanspruch auf Gewährung einer Erziehungshilfe?

Ein Rechtsanspruch auf Gewährung einer Erziehungshilfe, ergibt sich laut *Hohenwarter*²²² aus der gesetzlichen Verpflichtung des JWT (vgl § 1 (1) Z 2 JWG): Die öffentliche Jugendwohlfahrt hat die Entwicklung Minderjähriger durch Anbot von Hilfen zur Pflege und Erziehung zu fördern und durch Gewährung von Erziehungsmaßnahmen zu sichern. Diese Verpflichtung bezieht sich jedoch nur auf Erziehungshilfen gegen den Willen der Erziehungsberechtigten, denn bei einer freiwilligen Erziehungshilfe handelt es sich nach § 29

²¹⁴ *Wienerroither in Loderbauer*³ Rz 26; *Hubmer in Loderbauer* 250.

²¹⁵ *Janko*, ÖA 2004, 196; *Wienerroither in Loderbauer*³ Rz 46; *Hubmer in Loderbauer* 249.

²¹⁶ *Janko*, ÖA 2004, FN 26.

²¹⁷ Siehe *Hubmer in Loderbauer* 249.

²¹⁸ *Wienerroither in Loderbauer*³ Rz 47.

²¹⁹ Vgl *Ent/Frischengruber*, Jugendwohlfahrtsrecht § 31 Anm 5.

²²⁰ *Stockart-Bernkopf*, ÖA 2000, 66; *Wienerroither in Loderbauer*³ Rz 47.

²²¹ *Wienerroither in Loderbauer*³ Rz 47 f; *Hubmer in Loderbauer* 249.

²²² *Hohenwarter*, Stadtjugendamt Salzburg, Gespräch vom 16.07.2010.

JWG um eine schriftliche Vereinbarung zwischen dem JWT und den Erziehungsberechtigten. Es handelt sich hierbei um einen Vertrag, weswegen von *Hohenwarter* ein Rechtsanspruch verneint wird. *Janko*²²³ hingegen bejaht auch bei freiwilligen Erziehungshilfen einen Rechtsanspruch, welcher sich laut ihm argumentum a maiori ad minus aus § 30 JWG ergibt, nach dem der JWT verpflichtet ist zu handeln, wenn die Eltern die Zustimmung zu einer notwendigen Erziehungshilfe verweigern. Wenn nun also den JWT in diesem Falle eine Handlungspflicht trifft, dann muss ihn diese erst recht treffen, wenn die Eltern sich explizit für eine solche Maßnahme aussprechen. Laut ihm ist es ferner aus verfassungsrechtlichen Gründen ein unabkömmliches Erfordernis, dass Freiwilligkeit entsprechend gewürdigt wird. Um dieser Argumentation Nachdruck zu verleihen, zieht er als Beispiel die Enteignung heran: Diese ist nämlich nur dann möglich, wenn vorher ernsthaft versucht wurde, eine vertragliche Lösung zu finden. Andernfalls handelt es sich dabei um einen Verstoß gegen das Grundrecht auf Eigentum.²²⁴ Da nun Art 8 EMRK das Recht auf Familien- und Privatleben schützt, setzt ein Eingriff seitens des Staates laut *Janko*²²⁵ natürlich voraus, dass der Staat sich darum bemüht, eine gütliche Einigung mit den Erziehungsberechtigten zu treffen. Ein Rechtsanspruch auf eine freiwillige Erziehungshilfe lässt sich laut ihm aus § 2 (2) JWG²²⁶ ableiten.²²⁷ Würde man diesen im Hinblick auf § 26 letzter Satz JWG leugnen, wäre das ein nicht haltbarer Wertungswiderspruch.²²⁸ Laut *Hohenwarter*²²⁹ besteht aber keinesfalls ein Rechtsanspruch auf eine bestimmte Erziehungshilfe.

²²³ Ausführlich *Janko*, ÖA 2004, 198.

²²⁴ So zB VfGH B 200/92 JBl 1994, 398 = ÖJZ VfGH 1995/1 = ZfVB 1995/1563/1598 = eolex 1994, 363 = VfSlg 13.579.

²²⁵ Ausführlich *Janko*, ÖA 2004, 198.

²²⁶ Vgl 2 (2) JWG: Öffentliche Jugendwohlfahrt **ist** zu gewähren, wenn und insoweit die Erziehungsberechtigten das Wohl des Minderjährigen nicht gewährleisten.

²²⁷ *Janko*, ÖA 2004, FN 35; im Ergebnis auch für einen Rechtsanspruch, wenn auch unter Berufung auf § 3 JWG *Wienerroither in Loderbauer*³ Rz 18.

²²⁸ *Janko*, ÖA 2004, 198.

²²⁹ *Hohenwarter*, Stadtjugendamt Salzburg, Gespräch vom 16.07.2010.

IV. DER JWT ALS TRÄGER DER OBSORGE GEM DEN §§ 211, 213 UND 215 (1) S 2 ABGB

1. DIE EX LEGE BETRAUUNG NACH § 211 S 1 ABGB

Gem § 211 S 1 ABGB ist der JWT ex lege zur Gänze mit der Obsorge betraut, wenn ein minderjähriges Kind im Inland gefunden wird und seine Eltern unbekannt sind. Der JWT ist als Obsorgebetrauter im Bereich des Privatrechts tätig und unterliegt deswegen der Aufsicht des Pflschaftsgerichts.²³⁰

1.1 Findelkinder

§ 211 S 1 ABGB ist auf sogenannte „Findelkinder“ anzuwenden²³¹: „Findelkinder“ ieS sind Kinder, die von ihren Eltern/einem Elternteil ausgesetzt wurden in der Hoffnung, dass sie jemand finden und sich ihnen annehmen (dh sie betreuen) wird bzw die ausgesetzt wurden, weil sie ihrem eigenen Schicksal überlassen werden sollten.²³² Eine „Findelkind“-ähnliche Situation entsteht, wenn ein Kind einem „Babynest“ übergeben wird bzw die Mutter bei der Geburt anonym bleibt, weswegen auch auf diese Fälle § 211 S 1 ABGB anzuwenden ist.²³³ Wie schon aus dem Wortlaut des § 211 S 1 ABGB zu entnehmen ist, bedarf es keines pflschaftsgerichtlichen Beschlusses darüber, dass der JWT nun mit der Obsorge betraut ist. Nichtsdestotrotz kann ein solcher Beschluss vonnöten sein, etwa weil unklar ist, ob die Eltern tatsächlich unbekannt (und nicht bloß unbekanntem Aufenthalts) sind oder ob das Kind „gefunden“ wurde.²³⁴ Keinesfalls können für die Interpretation des „Gefunden Werdens“ aber die Bestimmungen der §§ 388 ff ABGB („Vorschriften über das Finden“) herangezogen werden, da die einerseits fordern, dass eine bewegliche Sache vergessen oder verloren wird und andererseits, dass dies gegen den Willen des Inhabers geschieht²³⁵, was ja bei Findelkindern gerade nicht der Fall ist. Voraussetzung ist jedoch, dass die Eltern tatsächlich unbekannt sind. Sind sie also „bloß“ unbekanntem Aufenthalts oder ist überhaupt ein Elternteil

²³⁰ VfGH G 47/87 JBl 1988, 511 = ÖJZ VfGH 1988/29 = ZfVB 1988/1209/1323 = VfSlg 11.492.

²³¹ *Stabentheiner* in *Rummel*, ErgBd § 211 Rz 2; *Weitzenböck* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 211 Rz 2; *Feil/Marent*, Familienrecht § 211 Rz 1; *Hopf* in *KBB*, ABGB² § 211 Rz 1; *Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 211 Rz 6; *Kerschner*, Bürgerliches Recht. Band V. Familienrecht³ (2008) 6/3.

²³² Siehe *Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 211 Rz 6.

²³³ Vgl OGH 9 Ob 68/06z SZ 2006/118 = EvBl 2007/11 = ÖJZ-LSK 2006/243 = FamZ 2006/73 = EF-Z 2007/59 (Verschraegen).

²³⁴ Vgl *Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 211 Rz 4 f.

²³⁵ *Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 211 FN 9.

bekannt, dem die Obsorge aber in concreto nicht zukommt, so ist der JWT nicht kraft Gesetz mit der Obsorge betraut.²³⁶

1.2 Anwendbarkeit

Findelkinder sind nicht nur neugeborene Kinder, sondern alle Minderjährigen, die in Österreich gefunden werden²³⁷, jedoch gilt § 211 ABGB, trotz des in § 3 JWG verankertem Territorialitätsprinzips²³⁸, nach hM²³⁹ nur für österreichische Kinder und solche, die ihnen gleichgestellt sind: Das sind staatenlose Kinder, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben (vgl § 9 (2) IPRG), sowie Flüchtlinge, die ihren Wohnsitz oder zumindest ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich haben (vgl § 9 (3) IPRG). *Pichler*²⁴⁰ führt dazu aus, dass der Gesetzgeber in § 211 S 2 ABGB einen inländischen Anknüpfungspunkt gewählt hat, nämlich die mangelnde elterliche Vertretung kraft Gesetz; dem Gesetzgeber war es aus diesem Grund wohl ein Anliegen, keinen Widerspruch zu § 27 (1) IPRG zu schaffen, der die Anwendung des § 211 ABGB ausschließt. Art 3 Haager MjSchÜbk verlangt die Achtung der gesetzlichen Gewaltverhältnisse, in die durch § 211 ABGB nicht eingegriffen werden darf.²⁴¹ Gleichwohl stellt § 211 ABGB aber auch keine innerstaatliche Ausgestaltung des Haager MjSchÜbk dar.²⁴² Findelkinder (im Babyalter) erhalten ex lege die österreichische Staatsbürgerschaft, weil man aufgrund diverser Umstände (sei es, weil die Mutter sich für eine anonyme Geburt entschieden hat und daher von ihr keine Daten aufgenommen wurden oder weil die Kinder in einer Babyklappe gefunden wurden) nichts über die Mutter weiß.²⁴³ Obwohl nach der hM²⁴⁴ § 211 ABGB also nur auf österreichische und ihnen gleichgestellte Kinder anzuwenden ist, wird der JWT nicht der Pflicht entbunden, nötigenfalls erforderliche Maßnahmen zu treffen, die dem Schutz ausländischer Kinder dienlich sind²⁴⁵ und auch an der Zuständigkeit des Pflsgerichts für ausländische Kinder gem § 110 (1) Z 1 und 2 JN

²³⁶ Ausführlich *Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 211 Rz 7.

²³⁷ Ausdrücklich *Stabentheiner* in *Rummel*, ErgBd § 211 Rz 2; **aA** *Hohenwarter*, Stadtjugendamt Salzburg, Gespräch vom 16.07.2010, laut der sich „gefunden“ auf den Zeitpunkt der Geburt bezieht.

²³⁸ Vgl *Pichler*, JBl 1989, 680; *Stabentheiner* in *Rummel*, ErgBd § 211 Rz 1a.

²³⁹ Vgl OGH 8 Ob120/04m ZfRV-LS 2005/9, 69 = RZ-EÜ 2005/60 = EFSlg 107.893; LGZ Wien 45 R 583/02x EFSlg 100.419; 43 R 97/05s EFSlg 110.949; *Pichler*, JBl 1989, 680 f; *Schwimann*, Das Kindschaftsrecht-Änderungsgesetz - eine Melodie mit verpatzter Orchestrierung, NZ 1990, 218 (222); *Stabentheiner* in *Rummel*, ErgBd § 211 Rz 1a; *Weitzenböck* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 211 Rz 6.

²⁴⁰ *Pichler*, JBl 1989, 680.

²⁴¹ Dazu *Weitzenböck* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 211 Rz 6.

²⁴² *Pichler*, JBl 1989, 681.

²⁴³ *Hohenwarter*, Stadtjugendamt Salzburg, Gespräch vom 16.07.2010.

²⁴⁴ OGH 8 Ob120/04m ZfRV-LS 2005/9 = RZ-EÜ 2005/60 = EFSlg 107.893; 150; LGZ Wien 43 R 97/05s EFSlg 110.949; *Pichler*, JBl 1989, 680 f; *Schwimann*, NZ 1990, 222; *Stabentheiner* in *Rummel*, ErgBd § 211 Rz 1a; *Weitzenböck* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 211 Rz 6.

²⁴⁵ OGH 8 Ob120/04m ZfRV-LS 2005/9 = RZ-EÜ 2005/60 = EFSlg 107.893; *Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 211 Rz 12.

ändert sich nichts.²⁴⁶ Das bedeutet, dass der JWT nach § 213 ABGB mit der Obsorge (oder Teilen davon) betraut werden kann und zwar ungeachtet der Art 3, 4 und 12 Haager MjSchÜbk. Auch die Möglichkeit, nach österreichischem Recht vorzugehen, weil sich das anzuwendende ausländische Recht binnen angemessener Frist nicht ermitteln lässt, bleibt bestehen²⁴⁷ (vgl § 4 (2) IPRG).

1.3 Ende der Obsorge des JWT

Gem § 250 1. HS ABGB endet die Obsorge des JWT dann, wenn der Umstand, der die Eltern von der Obsorge ausgeschlossen hat, weggefallen ist. Bei einem gefundenen Kind bedeutet dies, dass die Eltern (oder zumindest ein Elternteil) nicht mehr unbekannt sind. Wenn die Eltern wieder auftauchen, sind sie aber nicht automatisch wieder mit der Obsorge betraut, sondern gem § 250 2. HS ABGB bedarf es einer Rückübertragung durch das Gericht. – Dadurch wird das Misstrauen des Gesetzgebers gegenüber Eltern, die ihr Kind (aus welchen Gründen und auf welche Art auch immer) alleine gelassen haben, ausgedrückt. Das Gericht prüft also, ob die Eltern zur Ausübung der Obsorge befähigt sind²⁴⁸ und daher eine Rückübertragung dem Kindeswohl entspricht.²⁴⁹

Exkurs: § 211 S 2 ABGB

Gem § 211 S 2 ABGB ist der JWT ex lege im Bereich der Vermögensverwaltung und Vertretung mit der Obsorge betraut, wenn ein Kind im Inland geboren wird und kein Elternteil in diesem Bereich mit der Obsorge betraut ist. Häufigster Anwendungsbereich ist die beschränkte Geschäftsfähigkeit der minderjährigen, nicht verheirateten Mutter. Aber auch, wenn die Mutter unter Sachwalterschaft steht, oder wenn die Eltern nach § 145 (1) ABGB verhindert sind, ist der Anwendungsbereich des § 211 S 2 ABGB eröffnet, also wenn etwa das Kind bei der Geburt schon Vollwaise ist.²⁵⁰ § 211 S 2 ABGB findet nur dann Anwendung, wenn kein Elternteil im Zeitpunkt der Geburt oder unmittelbar danach im Bereich der Vermögensverwaltung und Vertretung mit der Obsorge betraut ist.²⁵¹ Wenn hingegen die beschränkte Geschäftsfähigkeit (etwa durch Sachwalterbestellung) oder die Verhinderung erst

²⁴⁶ OGH 8 Ob 120/04m RZ-EÜ 2005/60 = EFSlg 107.893; *Beck*, Kindschaftsrecht § 211 Rz 252.

²⁴⁷ *Stabentheiner* in *Rummel*, ErgBd § 211 Rz 1a; *Weitzenböck* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 211 Rz 6.

²⁴⁸ *Weitzenböck* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 211 Rz 2.

²⁴⁹ *Feil/Marent*, Familienrecht § 211 Rz 2 mwN.

²⁵⁰ *Stabentheiner* in *Rummel*, ErgBd § 211 Rz 1; *Weitzenböck* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 211 Rz 3 f; *Hopf* in *KBB*, ABGB² § 211 Rz 1; *Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 211 Rz 8.

²⁵¹ *Stabentheiner* in *Rummel*, ErgBd § 211 Rz 1.

nach der Geburt (mit deutlichem zeitlichen Abstand) eintritt, so ist nicht nach § 211, sondern nach den §§ 145, 187, 213 ABGB (in dieser Reihenfolge) vorzugehen.²⁵²

Gem § 250 ABGB endet die Obsorge des JWT etwa dann, wenn die minderjährige, unverheiratete Mutter volljährig oder die Sachwalterbestellung aufgehoben wird²⁵³ oder die Verhinderung iSd § 145 (1) ABGB wegfällt²⁵⁴. In diesem Fall lebt die Obsorge, die den Eltern (einem Elternteil) vorübergehend nicht zugekommen ist, wieder auf. Sie geht also ex lege wieder auf sie über²⁵⁵ und bedarf im Gegensatz zu § 211 S 1 ABGB keines pflegschaftsgerichtlichen Beschlusses (vgl § 250 2. HS ABGB).

2. DIE BETRAUUNG NACH § 213 ABGB

2.1 Rangfolge und Betrauung

Wie bereits erwähnt, sieht § 213 ABGB hinsichtlich der Obsorgebetrauung eine Rangfolge vor: Verwandte, andere nahe stehende Personen und sonst besonders geeignete Personen. Der JWT wird erst an letzter Stelle genannt²⁵⁶, er ist daher erst subsidiär mit der Obsorge (oder Teilen davon) zu betrauen²⁵⁷, allerdings kann er interimistisch so lange mit der Obsorge betraut werden, bis die Ermittlungen darüber, ob eine andere geeignete Person vorhanden ist, abgeschlossen werden.²⁵⁸ Das Gericht muss von Amts wegen nach geeigneten Personen suchen (vgl § 13 (1) AußStrG).²⁵⁹ Der JWT wird aber nicht nur dann Obsorgebetrauter, wenn sich keine andere geeignete Person finden lässt, sondern auch, wenn diese zwar vorhanden ist, sie aber die Obsorge nicht übernehmen will²⁶⁰ oder kann.²⁶¹ Ablehnen kann der JWT die Betrauung mit der Obsorge nach § 213 ABGB allerdings nicht²⁶², einzig durch den Nachweis, dass eine andere Person besser geeignet wäre, die Obsorge zu übernehmen, kann er eine

²⁵² *Stabentheiner* in *Rummel*, ErgBd § 211 Rz 1; *Weitzenböck* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 211 Rz 3.

²⁵³ *Weitzenböck* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 211 Rz 3.

²⁵⁴ *Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 211 Rz 10.

²⁵⁵ *Weitzenböck* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 211 Rz 3; *Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 211 Rz 10.

²⁵⁶ *Weitzenböck* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 213 Rz 1 und 3; *Hopf* in *KBB*, ABGB² § 213 Rz 1.

²⁵⁷ Vgl OGH 7 Ob 38/08a EvBl 2008/147 = EF-Z 2009/10 = SZ 2008/53; außerdem *Weitzenböck* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 213 Rz 1 und 3; *Hopf* in *KBB*, ABGB² § 213 Rz 1.

²⁵⁸ LGZ Wien 44 R 116/05t EFSlg 110.953.

²⁵⁹ *Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 213 Rz 6.

²⁶⁰ *Barth*, ÖA 2007, 51.

²⁶¹ LGZ Wien 43 R 937/97f EFSlg 84.259; *Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 213 Rz 7.

²⁶² LGZ Wien 43 R 400/91 EFSlg 66.164; 47 R 2006/94 EFSlg 75.220; 42 R 33/00i EFSlg 93.226; *Hopf* in *KBB*, ABGB² § 213 Rz 1.

Betrauung von sich selbst verhindern²⁶³, wobei ihm aber nicht die Berechtigung zukommt, die Obsorgebetrauung einer dritten Person zu beantragen.²⁶⁴ Ein subjektives Recht mit der Obsorge betraut zu werden, steht dem JWT aber auch nicht zu.²⁶⁵

2.2 Gründe für die Verhinderung der Eltern/die Betrauung des JWT

Als Gründe für eine Verhinderung der Eltern nennt § 145 (1) ABGB den Tod, einen unbekanntem Aufenthalt seit mindestens 6 Monaten, eine schwierige Verbindung oder den gänzlichen oder teilweisen Entzug der Obsorge.

2.2.1 Tod

Der Tod wird üblicherweise durch die Sterbeurkunde des Elternteils bewiesen. Für den Fall, dass ein Totenschein nicht ausgestellt werden kann, tritt die Todeserklärung nach dem TEG oder ein Beschluss über den Beweis des Todes nach § 21 TEG an seine Stelle.²⁶⁶

2.2.2 Unbekannter Aufenthalt seit mindestens 6 Monaten

Wenn ein Elternteil seit mindestens 6 Monaten unbekanntem Aufenthalts ist, spricht man von einem „qualifizierten unbekanntem Aufenthalt“²⁶⁷. Bevor dieser nun angenommen werden kann, müssen ortsübliche Erhebungen vorgenommen werden, diese müssen allerdings nicht den §§ 181 und 181a ABGB genügen.²⁶⁸

2.2.3 Schwierige Verbindung

Im Gegensatz zum qualifizierten unbekanntem Aufenthalt bestehen bei der schwierigen Verbindung, wie der Name schon sagt, Schwierigkeiten darin, eine Verbindung mit dem Elternteil herzustellen. Diese Schwierigkeiten können zum Beispiel darin liegen, dass in dem Land, in dem sich der Elternteil gerade befindet, ein Bürgerkrieg herrscht und aus diesem

²⁶³ OGH 7 Ob 599/91 EvBl 1992/98 = EFSlg 66.162; LGZ Wien 47 R 2006/94 EFSlg 75.221; 45 R 549/03y EFSlg 104.492; *Stabentheiner in Rummel*, ABGB I³ § 213 Rz 3; *Weitzenböck in Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 213 Rz 4.

²⁶⁴ OGH 7 Ob 599/91 EvBl 1992/98 = EFSlg 66.162; LGZ Wien 43 R 772/02y EFSlg 100.428; außerdem *Tschugguel in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 0.01 § 213 Rz 2 (www.rdb.at).

²⁶⁵ OGH 8 Ob 523/85 EvBl 1986/81 = EFSlg 49.742 = ÖA 1985, 144; außerdem *Hopf in KBB*, ABGB² § 213 Rz 1; *Kathrein in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 213 Rz 7.

²⁶⁶ Siehe genauer *Barth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 145 Rz 5; außerdem *Feil/Marent*, Familienrecht § 145 Rz 2.

²⁶⁷ Vgl dazu genauer *Barth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 145 Rz 6.

²⁶⁸ HL *Stabentheiner in Rummel*, ErgBd § 145 Rz 1; *Verschraegen in Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 145 Rz 4; *Barth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 145 Rz 6.

Grund kein Briefverkehr möglich ist.²⁶⁹ Schwierigkeiten eine Verbindung herzustellen können auch subjektiver Natur sein, wenn sich zB ein Elternteil in Haft befindet, ohne Postverbindung und Rechtshilfeverkehr. Aus diesem Grund fällt eine in Österreich verbüßte Haftstrafe nicht darunter.²⁷⁰ Die Unmöglichkeit, in Verbindung zu treten, kann auch dadurch entstehen, dass der Elternteil, sei es psychischer oder physischer Natur oder aufgrund einer geistigen Behinderung (und das auch ohne Sachwalterbestellung²⁷¹), nicht imstande ist, sich zu Wichtigem im Bereich der Obsorge zu äußern, es gar zu verstehen oder überhaupt danach zu handeln.²⁷²

2.2.4 Gänzlicher oder teilweiser Entzug der Obsorge

Als letzten Verhinderungsgrund nennt das Gesetz den gänzlichen oder teilweisen Entzug der Obsorge (vgl § 145 (1) ABGB). Zweifelsohne ist in Fällen, in denen das Kind Opfer von Vernachlässigung, Gewalt und Missbrauch jeglicher Art wird, eine Schutzmaßnahme seitens des Staates erforderlich. Fraglich ist allerdings, wann und in welchem Ausmaß dieser Eingriff erfolgen soll.²⁷³

2.2.4.1 § 176 ABGB als Grundlage für den Entzug der Obsorge

Gem Art 8 EMRK wird das Recht auf Privat- und Familienleben geschützt. Dem Recht der Eltern steht aber das Kindeswohl entgegen, findet also bei Gefährdung dessen seine Grenzen.²⁷⁴ Gem Art 8 (2) EMRK sind Eingriffe des Staates in das Privat- und Familienleben dann erlaubt, wenn dieser Eingriff gesetzlich vorgesehen ist und eine Maßnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft zum Schutz der Gesundheit und der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist. Grundlage für solcher Art Eingriffe ist § 176 ABGB²⁷⁵, der bestimmt, dass das angerufene Gericht zur Sicherung des durch das Verhalten der Eltern gefährdeten Kindes die nötigen Verfügungen zu treffen hat und in diesem Sinne auch die Obsorge bzw gesetzlich vorgesehene Einwilligungs- und Zustimmungsrechte entziehen darf (vgl § 176 (1) ABGB). Das Gericht darf gem § 176b die

²⁶⁹ Dazu LGZ Wien 47 R 324/92 EFSlg 68.916.

²⁷⁰ LGZ Wien 44 R 617/93 EFSlg 71.647; 44 R 566/05v EFSlg 110.754; LG Linz 15 R 150/03i EFSlg 104.205.

²⁷¹ Wird ein Sachwalter bestellt, so führt das ex lege zu einem teilweisen Entzug der Obsorge. Vgl *Barth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 145 FN 13 und Rz 8.

²⁷² KG Krems 2 R 276/91 EFSlg 65.900; LGZ Wien 44 R 812/97f EFSlg 83.841.

²⁷³ *Barth*, Kinderschutz bei familiärer Gewalt, iFamZ 2008, 65 (65).

²⁷⁴ Siehe OGH 1 Ob 623/95 SZ 69/20 = EFSlg 81.140; 8 Ob 2282/96p EFSlg 81.139.

²⁷⁵ OGH 8 Ob 2282/96p EFSlg 81.139; *Hopf* in *KBB*, ABGB² § 176 Rz 1; *Feil/Marent*, Familienrecht § 176 Rz 1; *Thunhart* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 176 Rz 4.

Obsorge aber nur insoweit beschränken als dies zur Sicherung des Wohles des Kindes nötig ist; es gilt also das Prinzip der Verhältnismäßigkeit der Mittel.²⁷⁶

2.2.4.2 *Obsorgeentzug als ultima ratio*

Der (teilweise) Entzug der Obsorge bei einer Kindeswohlgefährdung ist die ultima ratio. Das Gericht darf daher nur aus schwerwiegenden Gründen in die Obsorge der Eltern eingreifen.²⁷⁷ Aus diesem Grund muss ein potentieller Eingriff auch an einem strengen Maßstab geprüft werden²⁷⁸ und es ist das jeweils gelindeste Mittel heranzuziehen.²⁷⁹ Die Obsorge darf also eigentlich nur dann entzogen werden, wenn entweder eine andere Maßnahme schon erfolglos versucht wurde, oder aber, wenn nicht angenommen werden kann, dass eine andere Maßnahme ausreicht, die Gefahr abzuwenden.²⁸⁰ Der Entzug der Obsorge setzt eine konkrete Gefährdung des Kindeswohls voraus²⁸¹, das heißt jede Nichterfüllung der elterlichen Pflichten, die das Kindeswohl nachhaltig beeinträchtigt.²⁸² Das ist dann gegeben, wenn die elterlichen Pflichten entweder objektiv nicht erfüllt oder subjektiv gröblich vernachlässigt wurden oder wenn die Eltern durch ihr Verhalten als Ganzes das Kindeswohl gefährden.²⁸³ Auf ein Verschulden kommt es allerdings nicht an²⁸⁴, denn bei einem Obsorgeentzug handelt es sich ja nicht um eine Strafe für die Eltern (obwohl es mitunter so wirken mag), sondern um eine Schutzmaßnahme für das Kind.²⁸⁵ Es reicht allerdings schon aus, dass die Eltern objektiv gesehen ihre Pflichten nicht erfüllen, ein subjektives Element kann hinzutreten, muss es aber nicht.²⁸⁶ Eine Maßnahme nach § 176 ABGB ist aber nicht schon dann gerechtfertigt, wenn die Erziehung bei einer anderen Person als den Eltern besser wäre.²⁸⁷ Außerdem muss überprüft werden, ob die Nachteile, die mit einem Obsorgeentzug verbunden sind, die Nachteile, die mit einer Kindeswohlgefährdung einhergehen, aufwerten: Rechtfertigt die Gefährdung des Kindeswohls die mit der (teilweisen) Entziehung der Obsorge einhergehenden Nachteile?²⁸⁸

²⁷⁶ Siehe insbesondere OGH 5 Ob 227/07d EFSlg 116.949.

²⁷⁷ StRsp OGH 09.06.1992, 1 Ob 579/92; 1 Ob 571/91 EvBl 1991/178; 26.11.1992, 8 Ob 1670/92; 25.08.1998, 1 Ob 218/98; 8Ob304/00i EFSlg 96.625; 5 Ob 278/06b iFamZ 2007/63 uva.

²⁷⁸ OGH 2 Ob 596/88 EFSlg 56.781; 1 Ob 623/95 SZ 69/29 = EFSlg 81.126; 5 Ob 513/95 EFSlg 78.170; 8 Ob 204/01 EFSlg 96.625; außerdem *Stabentheiner in Rummel*, ErgBd § 176 Rz 3 mwN.

²⁷⁹ 5 Ob 278/06b EFSlg 116.951; außerdem *Köck*, Vom Elternrecht zum Recht der nächsten Familienangehörigen. Folgerungen aus Art 8 MRK, ÖJZ 1995, 481 (492).

²⁸⁰ *Thunhart in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 176 Rz 5, der auf § 1666a BGB verweist.

²⁸¹ RIS-Justiz RS0085168.

²⁸² *Thunhart in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 176 Rz 9 mit Beispielen aus der Rsp.

²⁸³ RIS-Justiz RS0048633.

²⁸⁴ OGH 5 Ob 8/03t EFSlg 104.349; 1 Ob 123/07f EFSlg 116.929.

²⁸⁵ *Thunhart in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 176 Rz 9.

²⁸⁶ OGH 1 Ob 172/01b JBl 2002, 374; *Hopf in KBB*, ABGB² § 176 Rz 2.

²⁸⁷ RIS-Justiz RS0048704.

²⁸⁸ *Thunhart in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 176 Rz 6.

Der Entzug der Obsorge ist daher bloß eine Maßnahme für den Notfall²⁸⁹ und ist nur dann vom PflEGschaftsgericht zu verfügen, wenn eine Verbesserung der Lage zu erwarten ist²⁹⁰, wobei aber nicht nur auf die momentane Situation Bezug genommen werden soll, sondern auch auf Zukunftsprognosen abzustellen ist.²⁹¹ Ein Entzug der Obsorge ist aber nicht nur dann zulässig, wenn das Kindeswohl gefährdet ist, sondern auch, wenn andere, besonders wichtige Gründe dafür sprechen.²⁹² Gerechtfertigt wird das durch Abs 1 des § 176 ABGB, der aussagt, dass eine Kindeswohlgefährdung schon dadurch auftreten kann, dass die Eltern bei einer wichtigen Änderung dieser nicht durch einvernehmliches Vorgehen Genüge tun.²⁹³ Ein Obsorgeentzug ist aber in etwa auch dann gerechtfertigt, wenn die Erziehungsgewalt missbraucht wird oder die Eltern mit den Erziehungsaufgaben überfordert sind²⁹⁴ oder wenn die Eltern die rechtliche oder wirtschaftliche Sphäre des Kindes gefährden.²⁹⁵

2.2.4.3 Gänzlicher oder teilweiser Entzug der Obsorge

Gem § 176b darf in die Obsorge nur so stark eingegriffen werden, wie dies zur Sicherung des Kindeswohls nötig ist. Das bedeutet, dass die Obsorge zur Gänze nur dann entzogen werden darf, wenn mit anderen Maßnahmen kein Erfolg erzielt werden würde. Die Obsorge kann aber gem § 176 (1) ABGB auch ausdrücklich nur zum Teil entzogen werden, etwa, wenn die Eltern an sich ihre Pflichten dem Kind gegenüber erfüllen, aber einer bestimmten medizinischen, lebensnotwendigen Maßnahme nicht zustimmen (etwa verweigern Zeugen Jehovas eine lebensnotwendige Bluttransfusion²⁹⁶). In diesem Fall ist es möglich, den Eltern nur während der medizinischen Behandlung die Obsorge zu entziehen.²⁹⁷ Gem § 176 (3) ABGB erfasst die Entziehung von Pflege und Erziehung bzw der Vermögensverwaltung auch die gesetzliche Vertretung in diesen Bereichen²⁹⁸, betrifft also nicht nur das Innen-, sondern auch das Außenverhältnis.²⁹⁹

²⁸⁹ StRsp OGH 09.06.1992, 1 Ob 579/92; 1 Ob 571/91 EvBl 1991/178; 26.11.1992, 8 Ob 1670/92; 25.08.1998, 1 Ob 218/98; 8Ob304/00i EFSlg 96.625; 5 Ob 278/06b iFamZ 2007/63 uva.

²⁹⁰ Thunhart in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 176 Rz 8.

²⁹¹ OGH 7 Ob 22/06w EFSlg 113.825; 3 Ob 78/06a EFSlg 113.825; LGZ Wien 47 R 864/91 EFSlg 68.851; LG Salzburg 21 R 63/05v EFSlg 110.865.

²⁹² Siehe insbesondere LG Salzburg 21 R 462/06x EFSlg 113.818.

²⁹³ Siehe insbesondere OGH 4 Ob 547/80 SZ 53/142.

²⁹⁴ OGH 7 Ob 22/06w EFSlg 113.813 uva.

²⁹⁵ LG Salzburg 21 R 462/06x EFSlg 113.814.

²⁹⁶ Vgl OGH 2 Ob 593, 594, 1577 - 1579/92 EFSlg 68.799; umfassend dazu *Sautner*, Die religiös motivierte Verweigerung der ärztlichen Heilbehandlung bei Minderjährigen. Die Problematik der Bluttransfusionen bei den Zeugen Jehovas, JAP 1999/2000, 14 (14 ff) mwN, wobei allerdings auf die Strafbarkeit und nicht auf den Obsorgeentzug eingegangen wird.

²⁹⁷ Umfassend *Weitzenböck* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 176 Rz 39; *Hopf* in *KBB*, ABGB² § 176 Rz 1; *Thunhart* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 176 Rz 48 f.

²⁹⁸ *Thunhart* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 176 Rz 50.

²⁹⁹ *Weitzenböck* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 176 Rz 47.

2.2.4.4 Kindeswohlgefährdung

Zuerst stellt sich natürlich die Frage, wie man „Kindeswohl“ überhaupt definiert und wann es gefährdet ist. Kindeswohl ist nämlich ein Begriff, der jeglicher Interpretation zugänglich ist und sich schwer definieren lässt. Nichtsdestotrotz findet man eine Interpretationshilfe in § 178a ABGB, der bestimmt, dass bei der Beurteilung des Kindeswohls die Persönlichkeit des Kindes und seine Bedürfnisse, besonders seine Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten sowie die Lebensverhältnisse der Eltern entsprechend zu berücksichtigen sind.³⁰⁰ Das Kindeswohl gibt es aber nicht, vielmehr muss die Einzelsituation geprüft werden.³⁰¹ Der Begriff des Kindeswohls ist also dynamisch und ermöglicht, den verschiedenen Einzelsituationen gerecht zu werden. Allerdings ist die Interpretation darüber, ob eine Kindeswohlgefährdung vorliegt, eng mit den (rechtspolitischen) Wertvorstellungen einer Gesellschaft verbunden.³⁰²

Eine Kindeswohlgefährdung kann sich in etwa dadurch äußern, dass die Eltern gegen das in § 146a ABGB verankerte Gewaltverbot verstoßen³⁰³, aber auch dadurch, dass zwar ein Elternteil die Gewalt nicht selbst ausübt, aber duldet, dass ein Dritter es tut, zum Beispiel der Lebensgefährtin oder die Ehegattin.³⁰⁴ Aber auch, wenn nicht das Kind selbst Opfer der Gewalt wird, kann eine Gefährdung des Kindeswohls vorliegen. Das ist dann der Fall, wenn zB die Mutter das Opfer (ihres Lebensgefährten) ist und sich nicht zu helfen weiß und dadurch das Kind in einer von Angst und Spannung getragenen Atmosphäre aufwächst.³⁰⁵ Gewalt als Erziehungsmittel rechtfertigt einen Obsorgeentzug³⁰⁶, dennoch ist vom Gericht eine Folgenabwägung vorzunehmen.³⁰⁷ Das bedeutet mitunter, dass von einem Obsorgeentzug Abstand genommen wird, wenn angenommen werden kann, dass es sich bei der Gewaltanwendung um eine „einmalige Verfehlung“ gehandelt hat und diese sich nicht wiederholen wird.³⁰⁸ Ein Obsorgeentzug ist aber jedenfalls dann vorzunehmen, wenn es sich bei dieser „einmaligen Verfehlung“ um eine schwere körperliche Misshandlung oder sexuellem Missbrauch gehandelt hat, weil eine Wiederholung nur dann mit Sicherheit

³⁰⁰ *Fuchs-Mair*, Leitidee Kindeswohl. Aus dem Arbeits- und Organisationshandbuch der Bezirkshauptmannschaft Innsbruck-Land, ÖA 2001, 285 (286).

³⁰¹ Vgl dazu OGH 7 Ob 22/06w EFSlg 113.834; 6 Ob 78/07z EFSlg 116.944 ua.

³⁰² *Fuchs-Mair*, ÖA 2001, 286.

³⁰³ OGH 1 Ob 573/92 JBl 1992, 639 = EvBl 1993/13 = ÖA 1993, 26; auch *Hopf* in *KBB*, ABGB² § 176 Rz 2.

³⁰⁴ In diesem Sinne OGH 26.07.1996, 1 Ob 2078/96m; 7 Ob 47/06x Zak 2006/524 = FamZ 2006/75 (Thoma-Twaroch) 19.03.2010, 6 Ob 48/10t.

³⁰⁵ Siehe LGZ Wien 44 R 143/90 EFSlg 62.876.

³⁰⁶ OGH 1 Ob 573/92 JBl 1992, 639 = EvBl 1993/13 = ÖA 1993, 26; 7 Ob 269/04s EFSlg 107.790.

³⁰⁷ *Thunhart* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 176 Rz 20.

³⁰⁸ 5 Ob 56/02z EFSlg 100.332; KG Krems 1a R 123/89 EFSlg 59.791.

ausgeschlossen werden kann.³⁰⁹ Aber auch nicht-körperliche Übergriffe können zu einem Obsorgeentzug führen, wenn zB das Kind wiederholt Beschimpfungen ausgeliefert ist³¹⁰, wenn es nur mangelhaft gepflegt oder unzureichend mit Kleidung ausgestattet wird, nur unzureichende körperliche Pflege erfährt³¹¹ und medizinisch nicht betreut wird.³¹² Wenn die Eltern einem krebskranken Kind eine Erfolg versprechende Chemotherapie deswegen versagen, weil sie eher auf einen Wunderheiler vertrauen, so ist es dringend geboten in die Obsorge einzugreifen.³¹³ Auch die Leugnung und die damit einhergehende Verweigerung der Behandlung eines HIV-infizierten Kindes erfordert staatliche Intervention.³¹⁴ Aber auch die gänzliche Überforderung des alleinigen Obsorgebetrauten mit der Erziehung des Kindes rechtfertigt den Entzug der Obsorge³¹⁵, was allerdings nicht der Fall ist, wenn bloß Erziehungsschwierigkeiten und Spannungen zwischen dem Kind und dem Obsorgebetrauten vorliegen.³¹⁶ Auch ein festgestellter Alkoholmissbrauch kann in großem Ausmaß zu einer Kindeswohlgefährdung führen³¹⁷, desgleichen, wenn Kontakt eines Elternteils zur Drogenszene besteht.³¹⁸ Auch wenn die Gefährdung des Kindeswohls nicht per se damit einhergeht³¹⁹, kann sie sich dadurch ergeben, dass das Kind durch den ständigen Kontakt mit Süchtigen selbst auf die schiefe Bahn gerät, seine Zukunft also gefährdet erscheint.³²⁰ Auch eine einzelne strafrechtliche Verurteilung sorgt nicht per se für eine Kindeswohlgefährdung³²¹, ein Obsorgeentzug³²² kommt aber durchaus auch vor.

Keine Gefährdung des Kindeswohls stellt es aber in etwa da, wenn das Kind im Rahmen der Erziehung bestraft wird (zB durch Fernsehverbot oder Hausarrest), selbst dann nicht, wenn

³⁰⁹ Thunhart in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 176 Rz 20.

³¹⁰ LGZ Wien 44 R 3340/83 EFSIlg 43.344; 44 R 481, 482/94 EFSIlg 75.160.

³¹¹ Thunhart in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 176 Rz 22.

³¹² OGH 1 Ob 57/97g EFSIlg 84.087; LGZ Wien 42 R 102/05v EFSIlg 110.864.

³¹³ Siehe Barth, Minderjährige Patienten im Konflikt mit ihren Eltern, ÖJZ 2002, 596 (605); außerdem Rixen, Das todkranke Kind zwischen Eltern und Arzt, MedR 1997, 351 (351), wo der in den 1990ern in den Medien breitgetretene Fall der „Olivia P.“ dargestellt wird, der die Chemotherapie von ihren Eltern versagt wurde, weil sie auf einen Wunderheiler denn der Schulmedizin vertraut haben.

³¹⁴ Aktuell und von doch gewissermaßen medialem Interesse ist der Fall „Seebald“: Den Eltern wurde zuerst die Obsorge im medizinischen Bereich entzogen, da sie die Existenz der Krankheit AIDS leugnen und ihrer HIV-positiven Tochter aus diesem Grund auch keine Medikamente verabreichen. Alle vier Kinder leben heute (18.07.2010) bei einer Pflegefamilie. Vgl die aus der Sicht der Eltern dargestellte Seite http://www.seebald.at/index.php?option=com_content&view=article&id=7&Itemid=6&lang=de (18.07.2010).

³¹⁵ Siehe insbesondere OGH 7 Ob 22/06w EFSIlg 113.813 = FamZ 2006/75 (Thoma-Twaroch).

³¹⁶ OGH 5 Ob 56/02z EFSIlg 100.334; LG Salzburg 21 R 417/02y EFSIlg 104.367.

³¹⁷ LG Linz 14 R 346/01b EFSIlg 96.642.

³¹⁸ LGZ Wien 44 R 451/90EFSIlg 62.875.

³¹⁹ Vgl Thunhart in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 176 Rz 27.

³²⁰ LGZ Wien 43 R 330/88 EFSIlg 56.798.

³²¹ LGZ Wien 43 R 387, 388/87 EFSIlg 54.027.

³²² LGZ Wien 47 R 443/94 EFSIlg 75.154.

die Bestrafung Unlustgefühle bedingt.³²³ Auch, wenn die Mutter beruflich überfordert ist und ihre Kinder in Folge dessen ein manches Mal anschreit oder sogar mit dem Internat droht, ist kein Grund zu erblicken, ihr die Obsorge zu entziehen.³²⁴ Auch abendliche Discobesuche der Mutter führen nicht zwingend zu einer Gefährdung des Kindeswohls.³²⁵ Sogar die bloße Mitgliedschaft der Mutter bei Scientology stellt keine Kindeswohlgefährdung dar.³²⁶ Eine Mitgliedschaft in einer Sekte rechtfertigt nur dann einen Obsorgeentzug, wenn das Kind von dem Elternteil ganz der Sekte überlassen wird und diese nicht im Interesse des Kindes handelt und dadurch das Kindeswohl gefährden.³²⁷ Die in Art 9 EMRK und Art 14 StGG verankerte Glaubens- und Gewissensfreiheit garantiert den Eltern ihr Kind, sofern es mit den Menschenrechten und mit den demokratischen Grundwerten vereinbar ist, in ihrer/einer Glaubensrichtung zu erziehen und stellt keine Gefährdung des Kindeswohls dar, selbst dann nicht, wenn die Mehrheit diese religiöse Überzeugung, wie man an dem oben genannten Beispiel sieht, nicht teilt.³²⁸ Freilich wird das Kindeswohl auch nicht dadurch gefährdet, dass das Kind jeden Sonntag in die Kirche gehen muss.³²⁹ Eine Kindeswohlgefährdung liegt grundsätzlich auch dann nicht vor, wenn ein Elternteil mit dem Kind ins Ausland ziehen möchte.³³⁰ Das liegt vor allem daran, dass man die Staaten nicht im Vorhinein in eine Schublade packen kann, die Auskunft darüber geben würde, ob hinsichtlich des Gesellschaftssystems, dem Lebensstandard, der dort vorherrschenden Religion und der dort maßgeblichen Werte das Kindeswohl allgemein und unabhängig von den Lebensverhältnissen des Elternteils gefährdet wäre.³³¹ Bei der Beurteilung des Kindeswohls spielen sowohl die Staatsangehörigkeit des Kindes, als auch seine Kenntnisse der Sprache und der Kultur des fremden Landes eine Rolle. Bei älteren Kindern ist auch maßgeblich, wie sehr sich die bisher erlebte Kultur von der neuen Kultur unterscheiden wird.³³² Wenn eine Familie in ein Land zurückzieht, aus dem es ursprünglich stammt, liegt keine Kindeswohlgefährdung vor, selbst dann nicht, wenn die Entwicklungsbedingungen im Ausland ungünstiger wären als in Österreich.³³³ Die Rsp³³⁴ sieht darin Schicksal und Lebensrisiko des Kindes. Auch eine zwangsweise Abschiebung von Mutter und Kind per se rechtfertigt noch keine Maßnahme

³²³ Siehe *Stabentheiner in Rummel*, ErgBd § 146a Rz 3.

³²⁴ LGZ Wien 47 R 189 EFSlg 75.134.

³²⁵ LGZ Wien 44 R 3245/87 EFSlg 54.028.

³²⁶ OGH 2 Ob 2192/96 SZ 69/179 = ecolex 1996/858 = EvBl 1997/1 = EFSlg 81.153.

³²⁷ OGH 2 Ob 593/92 EFSlg 68.799.

³²⁸ *Thunhart in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 176 Rz 30.

³²⁹ LGZ Wien 47 R 864/90 EFSlg 66.045.

³³⁰ Vgl *Thunhart in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 176 Rz 39 mwN.

³³¹ OGH 1 Ob 2078/96m EFSlg 81.156.

³³² OGH 10 Ob 25/00z EFSlg 93.100.

³³³ OGH 4 Ob 146/03d EFSlg 104.361; LGZ Wien 42 R 22/04b EFSlg 107.797; 42 R 489/07h EFSlg 116.936.

³³⁴ OGH 4 Ob 146/03d EFSlg 104.361; LGZ Wien 42 R 22/04b EFSlg 107.797; 42 R 489/07h EFSlg 116.936.

nach § 176 ABGB, da die Situation dem Zustand gleicht, würde die Mutter freiwillig wieder zurück gehen (vgl Bsp oben). Wiederum ist hier eine Einzelfallentscheidung vorzunehmen.³³⁵

An diesen Beispielen ist ersichtlich, wie vielschichtig und weit interpretierbar der Begriff des „Kindeswohls“ ist. Bedeutendste Variable ist unumstritten das Kind, weswegen dieser Begriff dynamisch sein muss.³³⁶ Nichtsdestotrotz lässt sich die Gefährdung des Kindeswohls anhand der oben genannten Beispiele in drei verschiedene Punkte unterteilen, nämlich in die Erziehungsunfähigkeit der Eltern, die grobe Vernachlässigung der elterlichen Pflichten und der Missbrauch der Erziehungsrechte.³³⁷ Ausschlaggebender Zeitpunkt für die Beurteilung dafür, ob eine Gefährdung des Kindeswohls vorliegt oder nicht, ist der Zeitpunkt der letztinstanzlichen Entscheidung. Das bedeutet, dass während dem (möglicherweise lange dauernden) Verfahren aufgetretene Veränderungen zu berücksichtigen sind. Mit anderen Worten: Liegt die Kindeswohlgefährdung zwar zum Zeitpunkt der Antragsstellung vor, zum Zeitpunkt der letztinstanzlichen Beschlussfassung jedoch nicht mehr, ist dem Antrag nicht stattzugeben.³³⁸ Es ist auch irrelevant, ob die Lebensverhältnisse des Kindes bei anderen Personen besser wären³³⁹, denn es findet kein Günstigkeitsvergleich statt. Das Kind muss sich mit den Lebensverhältnissen der Eltern abfinden.³⁴⁰

Grds ist nach stRsp³⁴¹ für den Obsorgeentzug und der darauffolgenden Obsorgezuteilung auch der Kindeswille zu berücksichtigen (vgl dazu auch §§ 104 ff AußStrG; allerdings muss das, was das Kind will, nicht zwangsläufig seinem Wohl entsprechen³⁴²), da aber der JWT nur subsidiär mit der Obsorge zu betrauen ist, wird an dieser Stelle verzichtet, darauf einzugehen.

Exkurs: Bestellung eines Kurators (§ 213 S 2 ABGB)

Durch das FamErbRÄG 2004³⁴³ wurde in § 213 ABGB ein Satz 2 eingefügt, der besagt, dass die Bestimmung des § 213 S 1 ABGB auch gelten, wenn einem Minderjährigen ein Kurator

³³⁵ OGH 4 Ob 146/03d EFSlg 104.362; LGZ Wien 42 R 22/04b EFSlg 107.798.

³³⁶ *Fuchs-Mair*, ÖA 2001, 286.

³³⁷ Umfassend *Wienerroither in Loderbauer*³ Rz 34.

³³⁸ OGH 6 Ob 790/83 EFSlg 43.330.

³³⁹ OGH 3 Ob 530/83 EvBl 1983/125; 1 Ob 580/92 JBl 1992, 780 = SZ 65/84; LGZ Wien 48 R 267/04a EFSlg 107.794; LG Linz 15 R 203/04k EFSlg 107.794.

³⁴⁰ Dazu *Thunhart in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 176 Rz 11.

³⁴¹ RIS-Justiz RS0048981.

³⁴² Ausführlich *Jausovec*, Das Besuchsrecht zwischen Eltern und Kindern (2009) 119 f. Sie spricht davon zwar im Zusammenhang mit dem Besuchsrecht, jedoch ist das naturgemäß auch auf die Fälle des Obsorgeentzugs/der Obsorgezuteilung anzuwenden.

³⁴³ Kundgemacht in BGBl I 2004/58.

zu bestellen ist.³⁴⁴ Dass der JWT gar nicht zum Kollisionskurator bestellt werden könne, ist somit überholt³⁴⁵, jedoch gilt entsprechend den Bestimmung des S 1 auch hier, dass der JWT nur subsidiär zu bestellen ist³⁴⁶, aber dafür auch gegen seinen Willen bestellt werden kann.³⁴⁷

3. INTERIMSKOMPETENZ NACH § 215 ABS 1 S 2 ABGB

3.1 Selbstständiges Handeln des JWT bei Gefahr im Verzug

In § 215 ABGB werden die Rechte und Pflichten des JWT zur Wahrung und Gewährleistung des Kindeswohls zusammengefasst und gleichzeitig sein Zusammenspiel mit dem Pflugschaftsgericht geregelt. Diese Bestimmung aus dem ABGB korreliert mit den § 26 ff JWG.³⁴⁸ Im Gegensatz zu S 1 des § 215 (1) ABGB, nach dem der JWT bei Kenntnis einer Kindeswohlgefährdung hinsichtlich aller Bereiche der Obsorge verpflichtet ist, eine nötige Maßnahme beim Pflugschaftsgericht zu beantragen, ermächtigt S 2 des § 215 (1) ABGB den JWT bei Gefahr im Verzug im Bereich der Pflege und Erziehung zum selbstständigen Einschreiten.³⁴⁹ Er kann also ohne Einwilligung der Eltern und ohne vorher das Pflugschaftsgericht zu konsultieren, Maßnahmen treffen, die die Sicherung des Kindeswohls gewähren, vorausgesetzt, dass die Pflege und/oder Erziehung des Kindes aktuell gefährdet sind und die Gefährdung offenkundig sowie die Änderung des Zustandes notwendig ist.³⁵⁰ Es ist aber irrelevant, ob die Gefährdung auf ein Verschulden der Eltern zurückzuführen ist³⁵¹ (vgl oben Kindeswohlgefährdung bei § 176 ABGB; Gefahr im Verzug liegt in den oben dargelegten Fällen unter dem Aspekt der akuten Gefährdung und der Notwendigkeit der Änderung vor). Die Möglichkeit, eigenständig Maßnahmen bei Gefahr im Verzug zu treffen, besteht nur im Bereich der Pflege und Erziehung (und der gesetzlichen Vertretung in diesen

³⁴⁴ Thunhart in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 213 Rz 11; *Tschugguel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 213 Rz 3.

³⁴⁵ *Tschugguel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 213 Rz 3; außerdem OGH 6 Ob 161/04a NZ 2006/48, was vor der Einführung des S 2 ausdrücklich abgelehnt wird.

³⁴⁶ Thunhart in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 213 Rz 11.

³⁴⁷ So aus OGH 6 Ob 97/05s EFSlg 110.992.

³⁴⁸ *Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 215 Rz 1.

³⁴⁹ *Weitzenböck* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 215 Rz 1f; ähnlich *Feil/Marent*, Familienrecht § 215 Rz 1 f; *Hopf* in *KBB*, ABGB² § 215 Rz 1 f; *Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 215 Rz 1 und 3.

³⁵⁰ OGH 6 Ob 639/95 RZ 1996/65; außerdem *Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 215 Rz 7 f; ähnlich *Klein*, Die Stellung des Jugendwohlfahrtsträgers aus der Sicht des § 215 Absatz 1, 1. Satz ABGB, ÖA 1990, 10 (11).

³⁵¹ *Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 215 Rz 8.

Belangen).³⁵² Im Bereich der übrigen Obsorge ist eine vorherergehende Entscheidung des PflEGschaftsgerichts notwendig.³⁵³

Setzt der JWT wegen Gefahr im Verzug gem § 215 (1) ABGB eine vorläufige Maßnahme, so ist er im Umfang dieser ex lege mit der Obsorge betraut (vgl dazu § 215 (1) S 3 ABGB), was bedeutet, dass keine Verfügung gem § 176 ABGB vom Gericht mehr ergehen muss.³⁵⁴ Schwierigkeiten können sich in praxi allerdings dann ergeben, wenn der JWT seine Maßnahme nicht präzise genug umschreibt.³⁵⁵ Bei Gefahr im Verzug lässt sich dieses Problem aber durch das Setzen weiterer Maßnahmen beheben.³⁵⁶ Der JWT ist aber nur vorläufig mit der Obsorge betraut.³⁵⁷ So heißt es in § 215 (1) S 2 ABGB, dass der JWT die erforderlichen Maßnahmen vorläufig mit Wirksamkeit bis zur gerichtlichen Entscheidung selbst treffen kann. Er hat diese gerichtliche Entscheidung unverzüglich, das heißt ohne unnötigen Aufschub (was regelmäßig „taggleich“ bedeutet)³⁵⁸, zu beantragen, jedenfalls aber binnen acht Tagen³⁵⁹ (vgl § 215 (1) S 2 ABGB). Die Wirksamkeit der Maßnahme erlischt vor der gerichtlichen Entscheidung, wenn sie rückgängig gemacht wurde oder wenn der JWT es verabsäumt, binnen dieser acht Tage eine Entscheidung des PflEGschaftsgerichts zu beantragen.³⁶⁰ Im Falle der Versäumung muss der JWT die Maßnahme von sich aus rückgängig machen, also nicht erst, wenn die Eltern oder das Kind dies beantragt haben.³⁶¹ Die Maßnahme tritt von selbst außer Kraft.³⁶² Bei der acht-tägigen Frist handelt es sich um eine materiell-rechtliche, unerstreckbare Frist³⁶³, was bedeutet, dass der Postlauf mitzählt und es daher nicht auf die Absendung, sondern auf das Einlangen des Antrags ankommt. Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist ausgeschlossen.³⁶⁴ Das PflEGschaftsgericht hat sobald als möglich die notwendigen Erhebungen durchzuführen und nach Klärung der

³⁵² Ausdrücklich OGH 7 Ob 507/95 EFSIlg 78.299; außerdem *Weitzenböck* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 215 Rz 2; *Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 215 Rz 16; *Beck*, Kindschaftsrecht § 215 Rz 258.

³⁵³ *Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 215 Rz 16.

³⁵⁴ RIS-Justiz RS0007018.

³⁵⁵ *Weitzenböck* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 215 Rz 3 samt Beispiel.

³⁵⁶ *Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 215 Rz 17.

³⁵⁷ *Beck*, Kindschaftsrecht § 215 Rz 258.

³⁵⁸ *Streinesberger*, Ist die Betreuung Minderjähriger in „Geschlossenen Regelkreisen“ zulässig?, ÖA 1995, 16 (18); *Weitzenböck* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 215 Rz 2; *Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 215 Rz 21.

³⁵⁹ Zur möglichen Verfassungswidrigkeit dieser Frist siehe unten.

³⁶⁰ LG Eisenstadt 20 R 41/01f EFSIlg 96.752.

³⁶¹ *Fischer*, Offene Fragen zu § 215 Abs 1 Satz 2 ABGB, ÖA 1994, 89 (90); *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ § 215 Rz 5; *Weitzenböck* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 215 Rz 2; *Beck*, Kindschaftsrecht § 215 Rz 258.

³⁶² *Weitzenböck* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 215 Rz 2 mwN; *Hopf* in *KBB*, ABGB² § 215 Rz 2.

³⁶³ LGZ Wien 44 R 803/95 EFSIlg 78.300.

³⁶⁴ *Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 215 Rz 22 mwN.

maßgebenden Umstände über die Rechtmäßigkeit der vom JWT getroffenen, vorläufigen Maßnahme endgültig zu entscheiden bzw eine andere Maßnahme anzuordnen.³⁶⁵ Gegenstand des Gerichtsbeschlusses ist in aller Regel nur die inhaltliche Rechtmäßigkeit des Vorgehens, nicht aber die Rechtmäßigkeit des Tätigwerdens an sich, weil dies mit der Gewaltentrennung nicht vereinbar wäre.³⁶⁶ Stattdessen erfolgt die „Prüfung“ der Rechtmäßigkeit des Tätigwerdens dadurch, dass der JWT, bei sonstiger Unwirksamkeit, per Gesetz dazu verpflichtet ist unverzüglich einen Antrag bei Gericht zu stellen.³⁶⁷ Das Gericht hat die Interimsmaßnahme des JWT nicht lediglich zu genehmigen³⁶⁸, sondern seinerseits Verfügungen nach den §§ 176 und 176b ABGB anzuordnen³⁶⁹; es hat endgültig über die Rechtmäßigkeit der vom JWT gesetzten Interimsmaßnahme zu entscheiden bzw eine andere Maßnahme anzuordnen.³⁷⁰ Dabei hat es zu prüfen, ob die Obsorge vordererst einer in § 145 (1) ABGB genannten Person übertragen werden kann, subsidiär dem JWT³⁷¹ (dem Regelungswerk des § 213 ABGB entsprechend).

3.2 Muss der JWT handeln?

Ausgangspunkt für die Überlegung, ob den JWT eine Verpflichtung zum Handeln trifft, ist das Wort „kann“ in § 215 (1) S 2 ABGB (arg: „Bei Gefahr im Verzug kann er...“). *Fischer*³⁷² führt dazu aus, dass ohne die entsprechende Bestimmung der JWT gar keine gesetzliche Grundlage für ein Handeln in Gefahr im Verzug hätte und erst durch die genannte Bestimmung die gesetzliche Basis geschaffen wird. Das Wort „kann“ steckt also die rechtlichen Möglichkeiten des JWT ab. E contrario lässt sich laut *Fischer* aus § 215 (1) S 2 ABGB herauslesen, dass der JWT seine Befugnis verliert, im Bereich der Pflege und Erziehung bis zur gerichtlichen Entscheidung selbst wirksam Maßnahmen zu treffen, wenn er nicht binnen acht Tagen die gerichtliche Verfügung beantragt. § 215 (1) S 2 ABGB ist deswegen als auflösende Bedingung zu verstehen: Wenn der JWT diese auflösende Bedingung nicht erfüllt, so verliert er seine Befugnis, Maßnahmen zu treffen. Sinnvoll ist laut

³⁶⁵ StRsp: OGH 16.04.2004, 2 Ob 13/04g; 1 Ob 70/04g EFSlg 107.898; 1 Ob 6/05p EFSlg 110.955 uva.

³⁶⁶ *Beck*, Kindschaftsrecht § 215 Rz 259; **aA** *Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 215 Rz 25. Laut ihm widerspricht die Nichtüberprüfbarkeit dem Art 13 EMRK sowie dem in Art 18 B-VG verankerten Rechtsstaatlichkeitsprinzip.

³⁶⁷ LGZ Wien 44 R 533/04i EFSlg 107.899.

³⁶⁸ LG Salzburg 21 R 185/02f EFSlg 100.431.

³⁶⁹ *Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 215 Rz 24.

³⁷⁰ OGH 1 Ob 60/05p EFSlg 110.955.

³⁷¹ *Weitzenböck* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 215 Rz 4.

³⁷² *Fischer*, ÖA 1994, 90.

*Fischer*³⁷³ also eine Interpretation dahingehend, dass der JWT zum eigenmächtigen Handeln ermächtigt wird und die Pflicht³⁷⁴ hat, die erforderlichen Maßnahmen vorerst (also bis zur gerichtlichen) Entscheidung zu treffen. Er „kann“ dies jedoch nicht mehr, wenn er die Frist zur Beantragung einer gerichtlichen Entscheidung versäumt, weil ihm dann die rechtliche Grundlage für sein Handeln fehlen würde. Auch *Kathrein*³⁷⁵ führt aus, dass durch das Wort „kann“ nicht auf einen „Ermessensspielraum“³⁷⁶ geschlossen werden kann, sondern dass der JWT einschreiten muss, wenn das Kindeswohl akut gefährdet ist. Das einzige „Ermessen“ besteht in seiner Stellung als Sachverständiger, darüber zu urteilen, ob überhaupt Gefahr im Verzug vorliegt und welche Maßnahmen getroffen werden müssen, sollte es so sein.

3.3 Verfassungswidrigkeit des § 215 (1) S 2 ABGB?

Von *Fischer*³⁷⁷ wird die Frage aufgeworfen, ob § 215 (1) S 2 ABGB überhaupt verfassungskonform sei. Als verfassungsrechtliche Grundlage für seine Überlegungen nennt er das BVG über den Schutz der persönlichen Freiheit. In Art 6 (1) PersFrG heißt es, dass jeder, der festgenommen wurde, ein Recht darauf hat, die Rechtmäßigkeit dieser Vorgehensweise überprüfen zu lassen. Der letzte Satz dieser Bestimmung präzisiert, dass diese Entscheidung binnen einer Woche zu ergehen hat. Die mögliche Verfassungswidrigkeit liegt nun darin, dass Art 6 (1) PersFrG als Verfassungsgesetz eine einwöchige Frist vorsieht, während § 215 (1) S 2 ABGB als einfachgesetzliche Bestimmung vorsieht, dass der JWT (längstens) acht Tage Zeit hat eine Entscheidung zu beantragen. Damit stehen diese beiden Bestimmungen eindeutig im Widerspruch zueinander! Die absolute Frist in Art 6 PersFrG bewirkt laut *Fischer*, dass eine Freiheitsentziehung als verfassungswidrig anzusehen ist, wenn eine Entscheidung des Gerichts erst nach einer Woche ergeht, obwohl sie vom JWT „rechtzeitig“ (iSd ABGB) beantragt wurde. Bislang³⁷⁸ wurde § 215 (1) S 2 ABG aber weder vom VfGH als verfassungswidrig erkannt, noch vom Gesetzgeber geändert oder aufgehoben. Eine Derogation durch Art 6 (1) PersFrG ist auch nicht möglich, da dies nur bei „Identität“ des Gegenstandes möglich wäre, was hier aber laut *Fischer* nicht der Fall ist. Um verfassungskonform zu handeln, muss also der JWT unverzüglich (dh nicht erst längstens

³⁷³ *Fischer*, ÖA 1994, 91 mwN. *Fischer* sieht die Pflicht zum Handeln schon dadurch gegeben, dass im Zeitpunkt der Gefahr im Verzug der JWT ex lege, der alten Konzeption des § 215 (1) S 2 ABGB entsprechend, als Sachwalter des Kindes tätig wird.

³⁷⁴ Bestätigt von *Weitzenböck* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 215 Rz 2.

³⁷⁵ Ausführlich *Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 215 Rz 7.

³⁷⁶ Was de iure nicht sein kann, denn der JWT handelt nach hM nichthoheitlich. Vgl dazu unten.

³⁷⁷ *Fischer*, ÖA 1994, 91 f mwN.

³⁷⁸ Stand: 02.11.2010.

binnen 8 Tagen) eine gerichtliche Entscheidung beantragen, damit das Gericht seinerseits einen Zeitspielraum hat. Einem Vorgehen, das dem BVG über den Schutz der persönlichen Freiheit entspricht, trägt Art 7 PersFrG Rechnung, der bei rechtswidriger Freiheitsentziehung einen verschuldensunabhängigen Anspruch auf Schadenersatz gewährt. Der JWT, der nicht hoheitlich tätig wird, haftet aber nicht sinngemäß nach dem AHG, sondern nach den Bestimmungen des ABGB.³⁷⁹ Auch *Streinesberger*³⁸⁰ legt mit Berufung auf Art 6 (1) PersFrG dar, dass die Acht-Tages-Frist des § 215 (1) S 2 ABGB nicht ausgeschöpft werden darf, weil es dafür keine sachliche Rechtfertigung gäbe. Dieses Problem wurde allerdings bisher weder weiter von der Lehre aufgegriffen³⁸¹ noch Inhalt eines Erkenntnisses des VfGH.

3.4 Rechtliche Qualifikation von Maßnahmen nach § 215 (1) S 2 ABGB

Im Jahr 2005 ergingen vom OGH zwei Entscheidungen, die vor allem in der Lehre³⁸² heftig umstritten sind: In den Entscheidungen 1 Ob 49/05w³⁸³ und 1 Ob 58/05v³⁸⁴ qualifizierte der OGH eine Maßnahme wegen Gefahr im Verzug iSd § 215 (1) S 2 ABGB als hoheitlich, was im völligen Widerspruch zur stRsp³⁸⁵ der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts, der offiziellen Rechtsansicht des JWT³⁸⁶ und der hL³⁸⁷ steht. Lediglich einzelne Mindermeinungen³⁸⁸ folgen der Rechtsansicht des OGH.

³⁷⁹ Ausführlich *Fischer*, ÖA 1994, 91 f mwN.

³⁸⁰ *Streinesberger*, ÖA 1995, 18.

³⁸¹ Lediglich von *Weitzenböck* in einer FN erwähnt. Vgl *Weitzenböck* in *Schwimmann/Verschraegen*, ABGB I³ § 215 FN 4.

³⁸² Vgl dazu exemplarisch vor allem *Wienerroither*, Anmerkung zur Entscheidung 1 Ob 40/05w des Obersten Gerichtshofs, ÖA 2005, 311 (311 ff); *Schwimmann/Weitzenböck*, Über den Hoheitsverwaltungscharakter der Maßnahme nach § 215 Abs 1 Satz 2 ABGB, ÖA 2006, 9 (9 f).

³⁸³ OGH 1 Ob 49/05w JBl 2006, 117 = ÖJZ-LSK 2005/244/245 = Zak 2005/63 = Sach 2005, 117 = RZ 2006/11 = SZ 2005/92 = ÖA 2005, 306 = ÖA 2006, 9 (*Schwimmann/Weitzenböck*). Unterbringung eines Minderjährigen in einer psychologischen Beobachtungsstation zur Abklärung eines sexuellen Missbrauchs durch den Obsorgeberechtigten.

³⁸⁴ OGH 1 Ob 58/05v ecolex 2006/69. Unterbringung eines Kindes in einem Kriseninterventionszentrum, um die gedeihliche Entwicklung des Minderjährigen zu gewährleisten.

³⁸⁵ VwGH 93/11/0221 VwSlg 14.326 A; VfGH G 47/87 VfSlg 11.492; B 750/87 11.498; B 1874/88 12.073. Vgl in etwa auch VfGH B 881/06 EF-Z 2007/105 = ÖA 2007, 182 = ZfVB 2008/231/238/252 = VfSlg 18.154, in der der VfGH postuliert, keine Notwendigkeit zu sehen, von seiner stRsp abzugehen.

³⁸⁶ *Hohenwarter*, Stadtjugendamt Salzburg, Gespräch vom 16.07.2010.

³⁸⁷ VwGH 93/11/0211 ÖA 1996, 67 (*Pichler*); *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 215 Rz 3; *Weitzenböck* in *Schwimmann/Verschraegen*, ABGB I³ § 215 Rz 3; *Feil/Marent*, Familienrecht § 215 Rz 4; *Hopf* in *KBB*, ABGB² § 215 Rz 2; *Beck*, Kindschaftsrecht § 215 Rz 263.

³⁸⁸ *Kerschner*, Familienrecht³, 6/3. Außerdem stellt dies die persönliche Rechtsansicht von *Hohenwarter* dar. Vgl *Hohenwarter*, Stadtjugendamt Salzburg, Gespräch vom 16.07.2010.

3.4.1 Qualifikation der Maßnahme als hoheitlich (OGH 24.06.2005, 1 Ob 49/05w³⁸⁹)

Im Jahre 1995 wurde vom MA 11 der Stadt Wien eine Anzeige gegen den Kläger wegen sexuellen Missbrauchs seiner Adoptivtochter erstattet. Daraufhin erfolgte eine räumliche Trennung des Klägers von seiner Adoptivtochter sowie die Unterbringung des Mädchens in einer psychologischen Beobachtungsstation, was mit dem Einverständnis der Mutter geschah (jedoch wurde die Einverständniserklärung nur mündlich erteilt). Dort wurde ein psychologisches Gutachten erstellt und an die Staatsanwaltschaft übermittelt, woraufhin es zu einem Strafverfahren kam, welches aber später eingestellt wurde. Der Kläger begehrt vom Land Wien als Beklagten aus dem Titel der Amtshaftung Schadenersatz, weil ihm durch die Anzeige und das Gerichtsverfahren eine erhebliche psychische Belastung entstanden war (der Kläger war vorbelastet). Das Erstgericht wies die Klage ab, obwohl es das Verhalten der Amtssachverständigen als schlichte Hoheitsverwaltung qualifizierte.³⁹⁰ Das Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil und führte begründend aus, dass es sich bei der Unterbringung des Mädchens um eine freiwillige Erziehungshilfe gem § 29 JWG gehandelt habe, welche durch einen Vertrag zwischen der Mutter und dem JWT zu Stande gekommen ist. Dies spricht insbesondere für den nichthoheitlichen Charakter der Maßnahme. Eine Zurechnung der Psychologin zur beklagten Partei könne deswegen nicht nach dem Amtshaftungsrecht erfolgen. Mangels Passivlegitimation der beklagten Partei wäre auch eine Haftung für die Psychologin als Erfüllungsgehilfe ausgeschlossen, da der Vertrag über die Erziehungshilfe mit der Mutter und nicht mit dem Kläger geschlossen wurde; dieser sei nicht geschützter Dritter dieses Vertrags.

Der OGH gab der Revision teilweise statt. Zur Ansicht des Berufungsgerichts, dass es sich bei der Unterbringung der Minderjährigen um einen Vertrag zwischen Mutter und JWT gehandelt habe, entgegnet der OGH, dass die Einwilligung der Mutter bloß eine Begleiterscheinung der jugendwohlfahrtsrechtlichen Zwangsausübung gewesen wäre. Die Maßnahme wäre ohnehin erzwingbar gewesen, hätte die Mutter nicht zugestimmt; darum handle es sich gegenständlich sehr wohl um eine Maßnahme nach § 215 (1) S 2 ABGB. Das Gutachten, das im gegenständlichen Fall den Klagegrund bildete, sei als hoheitlicher Akt dem Land Wien als JWT zuzurechnen. Begründet führt der OGH mit Berufung auf die Entscheidung 1 Ob 560/89³⁹¹ an, dass die Regelungen der Jugendwohlfahrt nicht nur dem Einzelnen, sondern

³⁸⁹ OGH 1 Ob 49/05w OGH 1 Ob 49/05w JBl 2006, 117 = ÖJZ-LSK 2005/244/245 = Zak 2005/63 = Sach 2005, 117 = RZ 2006/11 = SZ 2005/92 = ÖA 2005, 306 = ÖA 2006, 9 (Schwimann/Weitzenböck). Leitentscheidung. Sich naturgemäß derselben Argumentation bedienend OGH 1 Ob 58/05v ecollex 2006/69.

³⁹⁰ Genauer dazu *Wienerroither*, ÖA 2005, 312.

³⁹¹ OGH 1 Ob 560/89 SZ 62/74.

auch der gesamten inländischen Bevölkerung dienen: Die Klärung eines möglichen sexuellen Missbrauchs einer Minderjährigen ist im Interesse der Allgemeinheit und somit im Bereich der Vollziehung öffentlichen Rechts (vgl dazu die strafrechtlichen Sanktionen nach §§ 206 ff und 212 StGB). Würde man eine Maßnahme nach § 215 (1) S 2 ABGB als nicht hoheitlich qualifizieren, würde das Interesse der Allgemeinheit aber übergangen werden. Die Klärung eines sexuellen Missbrauchs von Minderjährigen durch jugendwohlfahrtsrechtliche Maßnahmen ist nicht nur auf Einzelne im Vollzug eines privatrechtlichen Obsorgerechts beschränkt, weil der JWT durch die gesetzte Maßnahme einer gedeihlichen Entwicklung einer zukünftigen Generation Rechnung tragen will. Außerhalb des Jugendwohlfahrtsrechts wird im Übrigen regelmäßig zweifellos sein, dass Akte der unmittelbaren Befehls- und Zwangsgewalt als hoheitliche Mittel zu qualifizieren sind. Bezugnehmend auf das Erkenntnis des VfGH G 47/87³⁹², in welchem der VfGH ausführte, dass auch dem Privatrecht die Ausübung eines unmittelbaren Zwanges nicht fremd sei, entgegnet der OGH, dass es sich bei einem aus § 215 (1) ABGB resultierenden Zwang um einen der staatlichen Machtausübung handle, die im allgemeinen Interesse gelegen sei; vor allem würde die Behörde bei dem vom VfGH angeführten Beispiel des § 146b ABGB den Eltern (oder Vormündern³⁹³) nur assistieren, die ihrerseits einen Zwang ausüben würden. Überdies führt der OGH aus, dass die stRsp der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts auf einer verkürzten Perspektive hinsichtlich der maßgeblichen Voraussetzung für die Feststellung von Hoheitsakte beruhe, was vor allem auf der Vernachlässigung des allgemeinen Interesses zurückzuführen sei, dem Verdacht eines sexuellen Missbrauchs unverzüglich nachzugehen und ggf erforderliche Zwangsmaßnahmen zu setzen. Bezugnehmend auf seine ältere Rsp³⁹⁴ qualifiziert der OGH den Amtssachverständigen (die Psychologin, die das Gutachten erstellte, Anm) als hoheitlich handelnden Beamten iSd § 1 (2) AHG. Der Amtssachverständige handelt aber nicht an und für sich hoheitlich, sondern nur dann, wenn die zu erfüllende Amtspflicht einer hoheitlich wahrzunehmenden Verwaltungsmaterie zuzuordnen ist, was im gegenständlichen Fall durchaus so ist. Aus all diesen Gründen ist laut dem OGH eine Maßnahme iSd § 215 (1) ABGB als hoheitlich zu qualifizieren.

³⁹² VfGH G 47/87 JBl 1988, 511 = ÖJZ VfGH 1988/29 = ZfVB 1988/1209/1323 = VfSlg 11.492.

³⁹³ Dabei handelt es sich um eine Wortwahl, die der gegenständlichen Entscheidung entnommen ist. Diese Wortwahl wird vor allem von *Schwimann* kritisiert, da es „Vormünder“ schon seit einiger Zeit nicht mehr gibt. Vgl *Schwimann* in *Schwimann/Weitzenböck*, ÖA 2006, 9.

³⁹⁴ OGH 1 Ob 7/85 JBl 1985, 628 = SZ 58/42; 1 Ob 679/86 JBl 1987, 308 = SZ 60/2.

3.4.2 Kritik der Lehre an der vom OGH vertretenen Rechtsansicht

Allen voran fällt auf, dass der OGH die Unterbringung der Minderjährigen in eine psychologische Beobachtungsstation fälschlicherweise als Sofortmaßnahme iSd § 215 (1) ABGB qualifizierte. Grundlage für die Unterbringung der Minderjährigen war aber richtigerweise ein Vertrag mit der Mutter (selbst wenn dieser nicht schriftlich geschlossen wurde), weswegen der JWT erst gar nicht veranlasst war, eine Sofortmaßnahme zu setzen. Dafür spricht auch, dass vom JWT keine gerichtliche Entscheidung, wie sie von § 215 (1) S 2 ABGB binnen acht Tagen zwingend vorgesehen ist, beantragt wurde.³⁹⁵ Laut *Wienerroither*³⁹⁶ ist die Ansicht des OGH, dass es sich um keinen Vertrag zwischen Mutter und JWT gehandelt habe, verfehlt, vor allem auch deswegen, weil sich der OGH selbst widerspricht: Er führt nämlich aus, dass die Mutter bloß einer Maßnahme zugestimmt hätte, die sonst ohnehin erzwingbar gewesen wäre. Damit räumt der OGH selbst ein, dass es sich um keine Sofortmaßnahme gehandelt hat. Außerdem wären – diese Argumentation zugrunde gelegt – sämtliche freiwillige Erziehungshilfen nicht mehr als Vertrag, sondern als Hoheitsakte zu qualifizieren, weil letztendlich jede freiwillige Erziehungshilfe bei Nichteinverständnis der Erziehungsberechtigten erzwungen werden könnte. Es handelt sich laut *Wienerroither*³⁹⁷ im vorliegenden Fall zwar nicht um eine Maßnahme der vollen Erziehung iSd § 28 JWG, weil keine Dauerpflege vorliegt und auch kein schriftlicher Vertrag mit der Mutter geschlossen wurde, was aber gem § 29 JWG zwingend notwendig gewesen wäre.³⁹⁸ Die Unterbringung der Minderjährigen in einer psychologische Beobachtungsstation könnte laut ihm allerdings durchaus als Gewährung eines sozialen Dienstes (nämlich „vorbeugende und therapeutische Hilfen“) gewertet werden, die aufgrund einer mündlichen Vereinbarung zwischen Mutter und JWT zustande gekommen ist. Für diese Wertung spricht, dass der Adoptivvater aufgrund der Vorwürfe seinen Wohnsitz verlegt hatte und aus diesem Grund zu dem Zeitpunkt, als die Vereinbarung geschlossen wurde, keine akute Kindeswohlgefährdung vorlag und somit die Gewährung einer Erziehungshilfe gar nicht notwendig war. Aber selbst, wenn die Maßnahme eine iSd § 215 (1) S 2 ABGB gewesen wäre, so vermag die Argumentation des OGH nicht zu überzeugen: Nach stRsp der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts und der hL³⁹⁹ handelt eine Behörde nur dann hoheitlich, wenn sie sich einer hoheitlichen Handlungsform bedient, die nur dem Staats zusteht, also insbesondere Verordnung, Bescheid oder Ausübung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt. Der OGH ignoriert in seiner Argumentation die herrschende

³⁹⁵ *Wienerroither*, ÖA 2005, 311.

³⁹⁶ Ausführlich *Wienerroither*, ÖA 2005, 312 f.

³⁹⁷ *Wienerroither*, ÖA 2005, 313.

³⁹⁸ Vgl dazu *Ent/Frischengruber*, Jugendwohlfahrtsrecht § 29 Anm 2.

³⁹⁹ Vgl zu beiden VwGH 93/11/0221 ÖJZ VwGH A 1996/126 = ÖA 1996, 67 = VwSlg 14.326 A.

Abgrenzung zwischen Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung jedoch vollkommen und geht lediglich auf das allgemeine Interesse ein, Minderjährige vor sexuellen Übergriffen zu schützen um eine gedeihliche Entwicklung der zukünftigen Generation zu sichern.⁴⁰⁰ *Weitzenböck*⁴⁰¹ führt dazu aber richtig aus, dass der Zweck des § 215 (1) ABGB eben nicht der Schutz der Allgemeinheit ist, sondern der Schutz des einzelnen Kindes! Es liegt im Wesen des JWT, dass er neben Interessen des Einzelnen auch Interessen der Allgemeinheit wahrnimmt, was allerdings für alle Obsorgeträger bei der Ausübung der Obsorge zutrifft. Interessen des Einzelnen und der Allgemeinheit wahrzunehmen gilt jedoch nicht nur im Bereich der Obsorge, sondern in weiten Teilen des Privatrechts, etwa dem Wettbewerbs-, Vertrags- und Liegenschaftsrecht⁴⁰², was der OGH zweifelsohne nicht als hoheitlich charakterisieren würde. Die ex lege-Erlangung von Rechten und Pflichten durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärungen entspricht durchaus dem System des Zivilrechts; durch § 215 (1) S 2 ABGB wird dem JWT nur ermöglicht, erforderlichenfalls eine im Einzelfall nötige Maßnahme zu setzen, durch die er ex lege zum Obsorgeträger wird.⁴⁰³ Der JWT setzt die Maßnahme als Obsorgebetrauter (er kann sich zur Durchsetzung der Abnahme des Kindes gem § 146b ABGB der Hilfe anderer Behörden bedienen, so wie es jede mit der Obsorge betraute Person es auch kann!); er ersetzt also den ursprünglichen Erziehungsberechtigten, handelt aber nicht mit unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt.⁴⁰⁴ Besonders bedeutsam für die Qualifizierung der Maßnahme ist jedoch, dass in § 215 (1) ABGB festgesetzt ist, dass die Maßnahme, die der JWT trifft, binnen acht Tagen vom Pflschaftsgericht überprüft werden muss. Würde man die Maßnahme nun aber als hoheitlich qualifizieren, so wäre ein Rechtszug an den UVS eröffnet, um die Akte der unmittelbaren Befehls- und Zwangsgewalt zu überprüfen (vgl Art 129a (1) Z 2 B-VG). Jedoch hat selbst nach Judikatur⁴⁰⁵ des OGH das Pflschaftsgericht auf Antrag über die Rechtmäßigkeit eines Einschreitens des JWT zu entscheiden, sofern jemand dadurch in seinem Recht nach Art 8 EMRK (vermeintlich) beeinträchtigt wurde. Würde eine Maßnahme nicht nur vom Gericht, sondern auch vom UVS auf ihre Rechtmäßigkeit hin überprüft werden, so würde das im Hinblick auf den Grundsatz der Gewaltentrennung große verfassungsrechtliche Probleme aufwerfen.⁴⁰⁶

⁴⁰⁰ *Wienerroither*, ÖA 2005, 313.

⁴⁰¹ Ausführlich *Weitzenböck* in *Schwimmann/Weitzenböck*, ÖA 2006, 9.

⁴⁰² Ausführlich *Schwimmann* in *Schwimmann/Weitzenböck*, ÖA 2006, 9.

⁴⁰³ *Weitzenböck* in *Schwimmann/Weitzenböck*, ÖA 2006, 9; ähnlich auch *Wienerroither*, ÖA 2005, 314.

⁴⁰⁴ *Wienerroither*, ÖA 2005, 314.

⁴⁰⁵ OGH 2 Ob 270/04a ÖA 2006, 41 = EFSlg 107.897 = EFSlg 107.901.

⁴⁰⁶ *Wienerroither*, ÖA 2005, 314; ähnlich, aber weniger ausführlich *Schwimmann* in *Schwimmann/Weitzenböck*, ÖA 2006, 9.

3.4.3 Qualifikation der Maßnahme als nichthoheitlich (VfGH 20.06.2007, B 881/06⁴⁰⁷)

Die Beschwerdeführerin (in der Folge: Bf) ist Mutter zweier Kinder, die aufgrund des Verdachts des sexuellen Missbrauchs durch den Kindesvater vom JWT zwangsweise abgenommen und in einem Kinderheim untergebracht wurden. Bezugnehmend auf § 215 (1) ABGB beantragte der JWT, die Obsorge im Bereich Pflege und Erziehung auf ihn zu übertragen. Das Pflugschaftsgericht wies den Antrag ab, erteilte jedoch den Eltern eine entsprechende Weisung. Dem Rekurs des JWT wurde keine Folge gegeben, unter anderem mit den Hinweis darauf, dass, bezugnehmend auf OGH 1 Ob 49/05w und 1 Ob 58/05v, die Maßnahme des JWT iSd § 215 (1) ABGB als hoheitliches Handeln zu qualifizieren sei. Die Bf erhob Maßnahmenbeschwerde beim UVS, welcher die Beschwerde allerdings als unzulässig zurückwies. Daraufhin erhob die Bf Beschwerde gem Art 144 B-VG, wo sie die Verletzung des verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechts auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter behauptete. Begründet wurde diese Beschwerde vor allem damit, dass durch die Divergenz der Rsp der Höchstgerichte eine Rechtsschutzlücke entstanden sei; es würde die Generalkompetenz des UVS gem Art 129a (1) Z 2 B-VG greifen; über die Rechtmäßigkeit und Verhältnismäßigkeit des Handelns des JWT würde der Rechtszug zum UVS zustehen.

Der VfGH führt dazu aus, dass die Bf die Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter nur darin sieht, dass Maßnahmen iSd § 215 (1) S 2 ABGB als hoheitliches Handeln zu qualifizieren wären und deswegen der UVS zuständig sei. – Aus diesem Grund ist das Vorbringen der Bf schon von vorne herein verfehlt, denn Akte der Privatwirtschaftsverwaltung sind einer Maßnahmenbeschwerde nicht zugänglich. Hoheitsverwaltung liegt nämlich nur dann vor, wenn das Verwaltungsorgan mit staatlicher Befehls- und Zwangsgewalt auftritt („imperium“), für deren Ausübung das öffentliche Recht die Rechtssatzformen zur Verfügung stellt. Für die Abgrenzung zwischen Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung kommt es also auf die rechtlichen Mittel an, die der Gesetzgeber zur Verfügung stellt (wurden einem Verwaltungsträger keine Zwangsbefugnisse zugestanden, so liegt Privatwirtschaftsverwaltung vor⁴⁰⁸) und nicht etwa auf Motive oder Zweck der

⁴⁰⁷ VfGH B 881/06 VfGH B 881/06 EF-Z 2007/105 = ÖA 2007, 182 = ZfVB 2008/231/238/252 = VfSlg 18.154 mit Kritik an OGH 1 Ob 49/05w SZ 2005/92 = ÖA 2005, 306. Wenn der VfGH auf ältere Entscheidungen Bezug nimmt, so wurden die Terminologie und das Rechtswesen an die/das heute geltende angepasst. So existieren zB die Begriffe Vormund und Kurator heute im Zusammenhang mit § 215 (1) ABGB nicht mehr.

⁴⁰⁸ Vgl K I-1/57 VfSlg 3.262; K II-1/69 VfSlg 6.084 ua.

Tätigkeit. Bezugnehmend auf VfGH G 47/87⁴⁰⁹ führt der VfGH aus, dass offenkundig ist, dass die Abnahme eines Kindes gegen den Willen der Eltern und eine damit verbundene anderweitige Unterbringung von einem Zwang begleitet ist und die Ausübung von Befehls- und Zwangsgewalt ja gerade ein Zeichen von hoheitlichem Handeln darstellt. Die Ausübung eines unmittelbaren Zwangs kennt aber auch das Zivilrecht (vgl in etwa § 344 oder 146b ABGB). Dass der JWT mitunter auch mit hoheitlichen Befugnissen betraut ist, ändert nichts an seiner grds privatrechtlichen Stellung und dadurch müsste auch nicht sein Handeln als insgesamt hoheitlich qualifiziert werden. Dass der JWT bei der Durchsetzung der Maßnahme quasi auf dem „längeren Ast sitzt“ bedeutet auch nicht, dass die Maßnahme als hoheitlich zu qualifizieren wäre, denn gem § 146b ABGB kann er sich zur Durchsetzung Organen der öffentlichen Aufsicht bedienen (so wie es die Eltern auch können!).

Bezugnehmend auf OGH 2 Ob 270/04a⁴¹⁰ führt der VfGH aus, dass der OGH in einer Maßnahme iSd § 215 (1) S 2 ABGB regelmäßig einen Eingriff in das durch Art 8 EMRK geschützte Recht auf Privat- und Familienleben sieht und für zulässig erachtet, dass das Pflegschaftsgericht über das Vorliegen von Gefahr im Verzug gewissermaßen „rückwirkend“ entscheidet⁴¹¹. Desweiteren nimmt der VfGH Bezug auf die schon dargelegten Entscheidungen des OGH, wo dieser eine Maßnahme iSd § 215 (1) S 2 ABGB als hoheitlich einstufte. Der VfGH erachtet es aber als nicht notwendig, von seiner stRsp abzugehen und führt dazu Folgendes aus:

Durch das KindRÄG 1989 wurden die Rechte des JWT neu geordnet; der Gesetzgeber führte den damaligen § 26 (2) JWG als Vorgängerbestimmung nun mehr als § 215 ins ABGB ein, hat dabei aber keine Anordnung getroffen, die die stRsp der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts untergraben würde, obwohl er in Kenntnis dieser war. Stattdessen postulierte selbst der Gesetzgeber, dass das Handeln des JWT der Privatwirtschaftsverwaltung zuzurechnen sei. Auch das Interesse der Allgemeinheit und die daraus resultierende Doppelfunktion des JWT beflügeln den VfGH nicht dazu, die Maßnahme der Hoheitsverwaltung zuzuordnen. Dem JWT steht es nämlich nicht zu, sich selbst mit Mitteln der Hoheitsverwaltung (also etwa mittels Bescheid) als Vertreter des Kindes zu ermächtigen. Auch die Tatsache, dass der JWT bei Gefahr im Verzug eine Maßnahme wirksam setzen darf, spricht nicht gegen eine

⁴⁰⁹ VfGH G 47/87 VfSlg 11.492.

⁴¹⁰ OGH 2 Ob 270/04a ÖA 2006, 41 = EFSlg 107.897 = EFSlg 107.901.

⁴¹¹ Vgl dazu aber oben, was nach *Beck* nicht, nach *Kathrein* sehr wohl möglich ist. Die Judikaturlinie ist uneinheitlich. Vgl dazu *Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 215 Rz 25.

Qualifizierung als nichthoheitliches Handeln, gerade weil der JWT dafür ja – bei sonstiger Unwirksamkeit der Maßnahme – die Entscheidung des Gerichts beantragen muss. Die Einstufung der Maßnahme als nichthoheitlich entspricht somit auch dem Willen des Gesetzgebers und zwar auch dann, wenn dadurch in Art 8 EMRK eingegriffen wird.

3.4.4 Praktische Konsequenzen?

Praktische Konsequenzen hat diese Divergenz der Rsp der Gerichtshöfe in schadenersatzrechtlicher Hinsicht. Ist eine Maßnahme iSd § 215 (1) ABGB als hoheitlich einzustufen, dann ist eine Haftung nach dem AHG möglich, was für den Mitarbeiter des JWT von Vorteil ist: Gem den §§ 1 (1) und 9 (5) AHG kann das konkret handelnden Organ nicht vom Geschädigten direkt belangt werden und ein Regress ist nur möglich, wenn dem konkret handelnden Organ mindestens grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist; außerdem kann der Regress durch Billigkeitsabwägungen noch gemäßigt werden (§ 3 (1), (2) AHG). Hinsichtlich der Frage bezüglich Anwendung des AVG (insbesondere Akteneinsicht, Bescheiderlassung etc) würde sich aber so lange nichts ändern, solange die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts ihre Rsp hinsichtlich der Qualifizierung von Erziehungshilfen/Maßnahmen iSd § 215 (1) ABGB nicht ändern bzw nichts an ihrer Rsp bezüglich Abgrenzung zwischen Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung, weil für diese Entscheidung die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts zuständig sind. Hinsichtlich des Rechtszuges an den UVS wegen der Überprüfung der Maßnahme wäre nur eine Zurückweisung eine denkbare Lösung, weil die Judikatur der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts zugrunde gelegt werden müsste.⁴¹²

V. DER JWT IM BEREICH VON PFLEGE UND ERZIEHUNG: DIE VOLLE ERZIEHUNG

In den letzten Jahren waren österreichweit jährlich rund⁴¹³ 10.000 Kinder in der vollen Erziehung⁴¹⁴, teilweise aufgrund einer Vereinbarung zwischen Eltern und JWT, teilweise

⁴¹² Ausführlich *Wienerroither*, ÖA 2005, 314 f.

⁴¹³ Eine genaue Angabe ist nicht möglich, da die Zahlen der Bundesländer teilweise von denen des Bundesministeriums abweichen, was auf Doppelzählungen, unterschiedliche Einschlusskriterien und Stichtage sowie Missverständnisse beim Ausfüllen zurückzuführen ist. Vgl *Zoller-Mathies/Madner*, Zahlen, Daten, Fakten in der Jugendwohlfahrt am Beispiel Fremdunterbringungen, ÖA 2006, 175 (176, 180).

⁴¹⁴ *Zoller-Mathies/Madner*, ÖA 2006, 176 f. Außerdem *Posch/Hilweg*, Qualitätsstandards für die Betreuung von fremd untergebrachten Kindern in Europa. „Quality4Children“ – Ein europäisches Projekt, ÖA 2005, 26 (27), die allerdings nur von rund 7000 Minderjährigen ausgehen.

ohne die Zustimmung der Eltern.⁴¹⁵ Unter voller Erziehung (§ 28 JWG) versteht man eine jegliche Hilfe, die unter der Voraussetzung gewährt wird, dass der Minderjährige von seiner bisherigen, gewohnten Umgebung getrennt wird.⁴¹⁶ Sie kann entweder freiwillig (vgl § 29 JWG) oder gegen den Willen der Erziehungsberechtigten (vgl § 30 JWG) zustande kommen.⁴¹⁷

1. FREIWILLIGE VOLLE ERZIEHUNG

1.1 Das Zustandekommen

Ist freiwillige volle Erziehung tatsächlich freiwillig? Diese Frage wirft *Jaksch-Ratajczak*⁴¹⁸ auf, wenn es in § 30 JWG heißt, dass der JWT das zur Wahrung des Wohles des Minderjährigen Erforderliche (nämlich einen Antrag nach § 176 ABGB) zu veranlassen hat, wenn die Erziehungsberechtigten einer notwendigen Maßnahme nicht zustimmen. Die Freiwilligkeit der Erziehungsberechtigten besteht nach ihm aber darin, dass sie es darauf ankommen lassen können, dass das Gericht entscheidet, dass keine Kindeswohlgefährdung vorliegt oder dass das Gericht die Obsorge nicht entzieht, sondern nur beschränkt. Außerdem wäre in dem Fall der JWT nur subsidiär mit der Obsorge zu betrauen und er würde auch nicht über die Kindeswohlgefährdung entscheiden, sondern ein unabhängiges, weisungsfreies Gericht!

Sind allerdings die Eltern mit der Maßnahme, die der JWT trifft, ohnehin einverstanden, so kommt eine freiwillige Erziehungshilfe gem § 29 JWG zustande.⁴¹⁹ Freiwillige Erziehungshilfen bedürfen einer schriftlichen Vereinbarung zwischen den Erziehungsberechtigten und dem JWT. Das noch nicht 10-jährige Kind hat der JWT in geeigneter Weise, das mindestens 10-jährige Kind jedenfalls zu hören (vgl § 29 JWG⁴²⁰). Naturgemäß ist bei einer freiwilligen Erziehungshilfe das Zusammenspiel zwischen dem JWT und den Erziehungsberechtigten essentiell: Während bei einer Maßnahme zur Unterstützung

⁴¹⁵ Vgl dazu die Aufschlüsselungen im Jugendwohlfahrtsbericht 2008, Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend, 2 ff.

⁴¹⁶ *Ent/Frischengruber*, Jugendwohlfahrtsrecht § 26 Anm 4.

⁴¹⁷ Vgl *Wienerroither* in *Loderbauer*³ Rz 27 f; *Barth*, Zwangsmaßnahmen an Minderjährigen in sozialpädagogischen Einrichtungen, ÖJZ 2006, 305 (306); *Hubmer* in *Loderbauer* 248.

⁴¹⁸ Ausführlich *Jaksch-Ratajczak*, Von der Betrauung mit der Obsorge nach ABGB und JWG, EF-Z 2007/55, 85 (FN 39).

⁴¹⁹ Vgl *Hubmer* in *Loderbauer* 248.

⁴²⁰ Damit ähnelt § 29 JWG § 104 AußStrG, laut dem in Verfahren über Pflege und Erziehung das Gericht den über 10-jährigen Minderjährigen jedenfalls zu hören hat.

der Erziehung die Zustimmung eines Elternteils ausreicht (vgl § 154 (1) ABGB), müssen bei einer Maßnahme der freiwilligen vollen Erziehung beide Elternteile zustimmen (vgl § 154 (2) ABGB, „Übergabe des Kindes in fremde Pflege“).⁴²¹

1.2 Zulässigkeit freiheitsbeschränkender Maßnahmen

Obwohl sich der JWT regelmäßig Dritten zur Ausübung der Pflege und Erziehung bedient, wird im JWG die Zulässigkeit freiheitsbeschränkender Maßnahmen bei Fremdunterbringung nicht ausdrücklich behandelt. Das HeimAufG und das UbG sind im vorliegenden Fall nicht anzuwenden.⁴²²

Das Recht auf persönliche Freiheit ist verfassungsrechtlich geschützt (vgl Art 5 EMRK, Art 2 (1) PersFrG) und darf nur auf jenen Arten entzogen werden, die von Gesetzes wegen vorgesehen sind. Art 2 PersFrG bietet hierfür eine taxative Aufzählung, in welchen Fällen Freiheitsentziehungen zulässig sind⁴²³ und bildet somit den grundrechtlichen Hintergrund. So bestimmt er in etwa in Ziffer 6 des Abs 1, dass zum Zweck notwendiger Erziehungsmaßnahmen bei einem Minderjährigen Freiheitsentziehungen vorgenommen werden können. Damit handelt es sich bei Art 2 (1) Z 6 PersFrG um die primäre Bestimmung für den gegebenen Kontext. Bei Freiheitsbeschränkungen in sozialpädagogischen Einrichtungen sind die Grundrechte nicht unmittelbar anzuwenden, weil sie an den Staat gerichtet sind. Art 2 (1) PersFrG erfasst aber auf einfachgesetzlicher Ebene die Maßnahmen der Erziehungshilfe, bei denen die Minderjährigen fremduntergebracht werden.⁴²⁴ Auch dann, wenn man davon ausgeht, dass der JWT bei Erziehungshilfen nicht hoheitlich tätig wird, kann dieser Bereich laut *Barth*⁴²⁵ nicht aus dem Geltungsbereich der Grundrechte ausgenommen werden, und zwar selbst dann nicht, wenn es sich um eine Erziehungshilfe gegen den Willen der Erziehungsberechtigten auf Grundlage des § 215 (1) ABGB handelt. Der Staat kann sich seiner Verantwortung, die sich aus den Grundrechten ergibt, nicht dadurch entledigen, dass er Private mit der Obsorge betraut. Bei der Anordnung einer Maßnahme, die den Minderjährigen in seiner Freiheit beschränkt, handelt es sich laut *Barth*⁴²⁶ demnach um eine hoheitliche Aufgabe, soweit diese nicht von einem Gericht angeordnet wurde. Da von Art 2 (1) PersFrG

⁴²¹ Ausführlich *Wienerroither* in *Loderbauer* Rz 27, aA aber *Klein*, ÖA 1991, 37.

⁴²² *Barth*, ÖJZ 2006, 306.

⁴²³ *Kopetzki* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Textsammlung und Kommentar III (1999) Art 2 PersFrG Rz 3.

⁴²⁴ *Barth*, ÖJZ 2006, 308; ähnlich *Streinesberger*, ÖA 1995, 16.

⁴²⁵ *Barth*, ÖJZ 2006, 308 mwN.

⁴²⁶ *Barth*, ÖJZ 2006, 308.

(sowie von Art 5 EMRK) nur qualifizierte Freiheitsbeschränkungen geschützt sind, fällt nur der Entzug der persönlichen Freiheit in den Schutzbereich dieses Grundrechtes. Eine Beschränkung liegt in etwa dann vor, wenn es dem Minderjährigen nicht mehr möglich ist, seinen Aufenthalt seinem Willen gemäß zu verändern oder wenn physische Mittel (Fesseln, aber auch Medikamente, elektronische Überwachungsmaßnahmen etc) angewendet oder angedroht werden. Eine Freiheitsbeschränkung iSd Gesetzes liegt aber insbesondere dann nicht vor, wenn der einsichts- und urteilsfähige Minderjährige der Maßnahme zugestimmt hat. Liegt nun eine Freiheitsbeschränkung iSd PersFrG vor, so ist diese am Maßstab des Art 2 (1) Z 6 PersFrG zu messen und dahingehend zu beantworten, ob es sich bei ihr um eine zum Zweck notwendiger Erziehungsmaßnahmen handelt (vgl leg cit), wodurch die Maßnahme nämlich, unter Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit (vgl Art 1 (3) PersFrG), gerechtfertigt wäre. Gem Art 6 (1) PersFrG (bzw Art 5 (4) EMRK) hat derjenige, dem die Freiheit durch den Staat entzogen wurde, allerdings das Recht, diese Freiheitsbeschränkung durch ein Gericht oder eine andere unabhängige Behörde überprüfen zu lassen (vgl oben).⁴²⁷ Wenn nun aber die Eltern der freiheitsentziehenden Maßnahme im Rahmen einer Vereinbarung über die freiwillige volle Erziehung zustimmen, so stehen sich das Recht auf persönliche Freiheit des Minderjährigen auf der einen, und die Elternrechte auf der anderen Seite gegenüber, was vor allem deswegen von Bedeutung ist, weil ja beide Rechte verfassungsrechtlich geschützt sind (vgl dazu auch Art 8 EMRK). Das bedeutet, dass eine an sich verfassungswidrige Beschränkung der persönlichen Freiheit trotzdem kein Eingriff in das Recht auf persönliche Freiheit des Minderjährigen sein muss⁴²⁸, weil die Ausübung eines verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechts nicht gleichzeitig ein Grundrechtseingriff sein kann.⁴²⁹ Dadurch entsteht aber sehr wohl ein Spannungsverhältnis, das zugunsten des Kindeswohls aufzulösen ist. Angemerkt sei aber, dass Bewegungseinschränkungen, die an den Minderjährigen im Rahmen der Ausübung der Obsorge vorgenommen werden, keine Freiheitsbeschränkung im verfassungsrechtlichen Sinne sind und somit auch nicht den verfassungsrechtlichen Vorgaben genügen müssen.⁴³⁰

Wie erwähnt, darf nach den Art 5 (1) EMRK sowie 2 (1) PersFrG die persönliche Freiheit nur auf diese Weisen entzogen werden, die durch das Gesetz legitimiert sind. § 146b ABGB räumt den Eltern das Recht ein, den Aufenthaltsort ihres Kindes zu bestimmen. Dieses Recht

⁴²⁷ Ausführlich *Barth*, ÖJZ 2006, 308 ff mwN; außerdem *Streinesberger*, ÖA 1995, 16.

⁴²⁸ Vgl *Barth*, ÖJZ 2006, 311.

⁴²⁹ So *Kopetzki*, in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 1 PersFrG Rz 12.

⁴³⁰ Ausführlich *Barth*, ÖJZ 2006, 311 f.

können sie gegen Dritte, grds aber auch gegen den Minderjährigen selbst, durchsetzen.⁴³¹ Das Aufenthaltsbestimmungsrecht schließt freiheitsbeschränkende Maßnahmen nicht aus⁴³², allerdings ist eine Voraussetzung des § 146b ABGB, dass es Pflege und Erziehung erfordern, den Aufenthalt zu bestimmen. Er zielt also auf die Notwendigkeit ab.⁴³³ Laut *Barth*⁴³⁴ lassen sich weitere Hinweise für die Zulässigkeit einer freiheitsbeschränkenden Maßnahme aus § 146a ABGB gewinnen: Nach § 146a ABGB hat das Kind die Anordnungen seiner Eltern nämlich zu befolgen (vgl oben), wobei die Eltern aber gem § 146 (3) ABGB auf den Willen ihres Kindes Bedacht nehmen müssen.

Anhaltspunkte zur Festlegung einer „notwendigen Erziehungsmaßnahme“ iSd Art 2 (1) Z 5 PersFrG sind laut *Barth*⁴³⁵ daher, dass das verfolgte Erziehungsziel dem Kindeswohl entspricht, dass die Maßnahme geeignet ist, dieses Erziehungsziel zu erreichen, gleichzeitig aber auch erforderlich (was bedeutet, dass kein „gelinderes Mittel“ zur Verfügung stehen darf), jedenfalls aber im Hinblick auf Alter, Entwicklung und Persönlichkeit des Minderjährigen angemessen und zwar auch bei deren Durchführung (vgl § 146a ABGB, arg: „und deren Durchsetzung“). Die Grundlage für eine Freiheitsbeschränkung iSd Art 2 (1) Z 6 PersFrG sowie Art 5 EMRK lassen sich im ABGB finden, weil sowohl die materiellen als auch formellen Modalitäten (letztere zumindest in ihren wesentlichen Punkten) beschrieben sind.⁴³⁶

1.3 Falltypen freiheitsbeschränkender Maßnahmen

1.3.1 Das nächtliche Versperren der Haustüre

Dabei schützen sich die Hausbewohner nicht nur selbst vor ungebetenen nächtlichen Besuchern, sondern es wird auch verhindert, dass die Minderjährigen die Einrichtung verlassen und sich dadurch selbst gefährden. Diese Maßnahme dient jedenfalls der Sicherung des Kindeswohls, was sich schon aus den einschlägigen Jugendschutzbestimmungen⁴³⁷ ergibt. Das Versperren der Haustüre zum Erreichen des Erziehungsziels ist idR geeignet und auch angemessen. Einzig die Frage, ob nicht ein gelinderes Mittel, etwa argumentatives

⁴³¹ *Verschraegen* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 146b Rz 5 f; *Barth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 146a Rz 9 und § 146b Rz 11.

⁴³² *Barth*, ÖJZ 2006, 312.

⁴³³ Siehe insbesondere *Hopf* in *KBB*, ABGB² § 146b Rz 1.

⁴³⁴ *Barth*, ÖJZ 2006, 312.

⁴³⁵ Ausführlich *Barth*, ÖJZ 2006, 312 f; außerdem *ders* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 146a Rz 11.

⁴³⁶ *Barth*, ÖJZ 2006, 313.

⁴³⁷ Gem Art 15 B-VG ist Jugendschutz Ländersache und damit nicht einheitlich geregelt. Für Salzburg siehe zB <http://www.kija.at/sbg/info/jugendschutz.htm> (17.10.2010).

Überzeugen, zum Ziel führen würde, bleibt offen,⁴³⁸ wobei mE aber das Versperren der Haustüre durchaus als gelindestes Mittel gewertet werden kann.

1.3.2 Typische, altersübliche Freiheitsbeschränkungen

Grundsätzlich wird der Standpunkt vertreten, dass Freiheitsbeschränkungen, die typisch und altersüblich sind, keinen Eingriff in das Recht der persönlichen Freiheit darstellen und zwar selbst dann nicht, wenn sie in einer Einrichtung durchgeführt werden.⁴³⁹ Oberstes Ziel muss aber weiterhin das Kindeswohl bleiben.⁴⁴⁰ Aus diesem Grund müssen auch typische, altersübliche Freiheitsbeschränkungen den oben genannten Kriterien genügen. Wieder stellt sich aber die Frage, ob das Ziel nicht durch ein gelinderes Mittel, etwas durch argumentatives Überzeugen, erreicht werden könnte. – Diese Vorgangsweise sollte schon alleine deswegen präferiert werden, weil der Jugendliche ja darauf vorbereitet werden soll, als Erwachsener zu seinen Entscheidungen zu stehen und Verantwortung zu übernehmen und deswegen an seinen Willen appelliert werden sollte.⁴⁴¹ Jedenfalls dürfen (bei älteren Jugendlichen) Zwangsmaßnahmen nicht länger oder gar regelmäßig durchgeführt werden.⁴⁴²

1.3.3 Geschlossene Einrichtungen

Fraglich ist in diesem Kontext, ob das länger dauernde Versperren der Zimmer- bzw der Eingangstüre der Einrichtung zulässig ist. Für nahezu alle Minderjährigen einer Einrichtung stellt dies nämlich dieselbe Ausgangslage dar. Vordererst ist nach der Eignung dieser Maßnahme zu fragen⁴⁴³, wobei diese dann unzulässig (weil unangemessen) ist, wenn psychische oder physische Schäden drohen.⁴⁴⁴ Wenn man im Zuge einer, „den Gesamtzusammenhang verschiedener Rechtsvorschriften berücksichtigenden systematischen Interpretation“⁴⁴⁵ einen Blick auf das StGB wirft, so wird man feststellen, dass dieses das System der vorbeugenden Maßnahmen (§§ 21-23 StGB) kennt, allerdings gibt es für Jugendliche, die weder völlig „abartig“ noch suchtkrank sind, keine spezielle Maßnahme, um zu verhindern, dass sie (weitere) strafbare Handlungen begehen. Überdies wurde schon 1974 durch die Schließung der in § 4 JGG 1961 vorgesehenen Bundesanstalten für Erziehungsbedürftige der Weg gewiesen, dass die Einweisung von Jugendlichen nicht der

⁴³⁸ Barth, ÖJZ 2006, 313.

⁴³⁹ Siehe Kopetzki in Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht Art 1 PersFrG Rz 12 mwN.

⁴⁴⁰ Barth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 146a Rz 11 mwN.

⁴⁴¹ Ausführlich Barth, ÖJZ 2006, 314; ders in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 146a Rz 13.

⁴⁴² Barth, ÖJZ 2006, 314.

⁴⁴³ Barth, ÖJZ 2006, 314.

⁴⁴⁴ Maleczky, Erziehung und Strafrecht. Erziehungsalltag strafrechtlich betrachtet⁴ (2010) 19 f.

⁴⁴⁵ Barth, ÖJZ 2006, 315.

zielführende pädagogische Weg ist, was auch durch den Leitgedanken „Öffnet die Heime!“ geprägt wurde. Würde man also potentiell kriminelle Jugendliche in sozialpädagogische Heime „weschließen“, so würde das dem Willen des Gesetzgebers wohl zuwider laufen, weswegen diese Maßnahme unzulässig ist (in diesem Sinne müssen auch die §§ 146, 146a und 146b ABGB interpretiert werden) und zwar auch dann, wenn die Eltern dieser Maßnahme zustimmen würden! Ob eine gesetzliche Regelung, die dies trotzdem erlauben würde, dem Art 2 (1) Z 6 PersFrG genügen würde, ist anzuzweifeln.⁴⁴⁶

1.4 Wer ist Träger der Obsorge bei der freiwilligen vollen Erziehung?

Die Frage, wer bei der freiwilligen vollen Erziehung der Träger der Obsorge ist, ist in Lehre⁴⁴⁷ und Praxis⁴⁴⁸ heftig umstritten. Auslöser dafür ist die Legaldefinition der vollen Erziehung in § 28 (1) JWG bzw deren letzter Satz (sowie in einigen L-JWG): „[...] sofern der Jugendwohlfahrtsträger mit der Pflege und Erziehung zur Gänze betraut wurde.“ Während *Rosza*⁴⁴⁹ und *Weber*⁴⁵⁰ von einer wortgetreuen Interpretation ausgehen und damit den JWT als Obsorgeberechtigten sehen, sind vor allem *Wienerroither*⁴⁵¹ und *Jaksch-Ratajczak*⁴⁵² der Meinung, dass lediglich die faktische Ausübung der Obsorge übertragen wird, die Obsorge an sich aber bei den Eltern bleibt. Obwohl dieser Rechtsstreit rein akademisch anmutet⁴⁵³ und für diejenigen, die alltäglich fremd untergebrachte Kinder zu betreuen haben, wenig praktische Bedeutung besitzt⁴⁵⁴, ist die Lösung dieser Rechtsfrage nicht unbedeutend, da vor allem auch praktische Folgen damit verbunden sind: Bleiben die Eltern die Träger der Obsorge, so ist es ihnen möglich, weiterhin, und zwar auch gegen den Willen des JWT (!), rechtlich wirksame Vertretungshandlungen zu tätigen. Wird dem JWT allerdings nicht nur die faktische

⁴⁴⁶ Vgl hiezu ausführlich *Barth*, ÖJZ 2006, 315 mwN.

⁴⁴⁷ Vgl dazu *Klein*, Die Übertragung der Obsorge an den Jugendwohlfahrtsträger (§ 176a ABGB) und die elterlichen Mindestrechte (§ 178 ABGB), ÖA 1991, 35 (37); *Graf* in *Harrer/Zitta* (Hrsg), Familie und Recht (1992) 761; *Jaksch-Ratajczak*, ÖA 2004, 249 f; *ders*, Wer ist Träger der Obsorgerechte und –pflichten bei fremd untergebrachten Kindern im Rahmen freiwilliger Erziehungshilfe, ÖA 2005, 31 (31 ff); *Wienerroither*, Nochmals: Wer ist Träger der Obsorgerechte und –pflichten bei freiwilliger voller Erziehung?, ÖA 2006, 79 (79 ff); *Jaksch-Ratajczak*, EF-Z 2007/55, 86 ff. Gänzlich unkommentiert auch zur Lösung der Lehre commend *Thaler*, Rechtsinformation: Maßnahmen der Jugendwohlfahrt, Pflege und Adoption 01/2005, 12 (13).

⁴⁴⁸ *Weber*, Leserbrief zu „Zum Einsatz von Hilfspersonen in der Jugendwohlfahrt und den damit zusammenhängenden haftungsrechtlichen Fragen“ von Univ.-Ass. Dr. Wojciech Jaksch-Ratajczak in ÖA 2004, 248, ÖA 2005, 30 (30); *Rosza*, Leserbrief zur Abhandlung „Wer ist Träger der Obsorgerechte und –pflichten bei fremd untergebrachten Kindern und Jugendlichen im Rahmen der freiwilligen Erziehungshilfe?“ von Mag. Dr. Wojciech Jaksch-Ratajczak in Folge 183 (ÖA 2005, 31), ÖA 2005, 140 (140 f).

⁴⁴⁹ *Rosza*, ÖA 2005, 140 f.

⁴⁵⁰ *Weber*, ÖA 2005, 30.

⁴⁵¹ *Wienerroither*, ÖA 2006, 79 ff.

⁴⁵² *Jaksch-Ratajczak* ÖA 2004, 248 ff; *ders*, ÖA 2005, 31 ff; *ders*, EF-Z 2007/55, 86 ff.

⁴⁵³ *Wienerroither*, ÖA 2006, 79.

⁴⁵⁴ *Jaksch-Ratajczak*, , EF-Z 2007/55, 88.

Ausübung, sondern tatsächlich die gesamte Obsorge übertragen, können die Eltern dies naturgemäß nicht mehr tun.⁴⁵⁵ Da der JWT aber alle Handlungsmöglichkeiten besitzt, zeigt diese Divergenz regelmäßig keine Auswirkungen auf den jugendwohlfahrtsrechtlichen Alltag.⁴⁵⁶ Wer nun aber tatsächlich Träger der Obsorge ist, wirkt sich auf die Lösung der Frage aus, wer bei einer Schädigung des Kindes haftet⁴⁵⁷ (vgl unten).

Freiwillige Erziehungshilfen kommen durch eine schriftliche Vereinbarung zwischen dem JWT und den Erziehungsberechtigten (vgl § 29 (1) JWG) zustande.⁴⁵⁸ Da es eine Pflicht der Eltern darstellt, das Kind zu pflegen und zu erziehen, könnten sie sich allenfalls nur durch einen Vertrag mit dem Kind selbst von dieser Pflicht befreien⁴⁵⁹, für diesen Fall müsste aber aufgrund des bestehenden Interessenskonflikts ein Kollisionskurator für das Kind bestellt werden, um dessen Rechte zu wahren (andernfalls scheitert ein Vertrag zwischen dem JWT und den Eltern „im Namen des Kindes“ daran).⁴⁶⁰ Schon aus dieser Tatsache und daraus, dass § 29 (1) JWG explizit fordert, dass der JWT und die Erziehungsberechtigten diese Vereinbarung schließen, lässt sich ableiten, dass es sich im Falle einer Obsorgeübertragung auf den JWT um einen (unzulässigen) Vertrag zu Lasten Dritter handeln würde. Dritter wäre in dem Fall das Kind, das nach den allgemeinen schuldrechtlichen Regeln (vgl § 1405 ABGB) dem Schuldnerwechsel zustimmen müsste.⁴⁶¹ Andernfalls wäre der Vertrag nicht wirksam.⁴⁶² Ob ein Minderjähriger jedoch diesem Vertrag zu Lasten Dritter überhaupt zustimmen könnte, ist fraglich. Die Eltern müssten gem § 151 ABGB als gesetzliche Vertreter des Kindes einem Vertrag zu Lasten des Kindes zustimmen, bei dem sie selbst Schuldner wären (es handelt sich um ein sogenanntes In sich Geschäft). Für solche Fälle wäre aber wiederum ein Kollisionskurator (vgl § 271 ABGB) zu bestellen, da die Interessen des Minderjährigen gefährdet wären.⁴⁶³ Das bedeutet, dass schon in dieser Hinsicht keine Obsorgeübertragung auf den JWT stattfinden kann, weil bei einer schriftlichen Vereinbarung zwischen JWT und den Erziehungsberechtigten regelmäßig kein Kollisionskurator bestellt wird. Auch der Einwand

⁴⁵⁵ Umfassend *Wienerroither*, ÖA 2006, 79.

⁴⁵⁶ *Jaksch-Ratajczak*, EF-Z 2007/55, 88.

⁴⁵⁷ Siehe dazu umfassend *Jaksch-Ratajczak*, ÖA 2004, 248 ff.

⁴⁵⁸ Vgl dazu mitunter *Wienerroither* in *Loderbauer* Rz 27.

⁴⁵⁹ *Graf* in *Harrer/Zitta* 761.

⁴⁶⁰ Ähnlich *Jaksch-Ratajczak*, ÖA 2004, FN 7.

⁴⁶¹ So *Graf* in *Harrer/Zitta* 761; außerdem *Jaksch-Ratajczak*, ÖA 2004, 249; *ders* ÖA 2005, 32; *ders*, EF-Z 2007/55, 85.

⁴⁶² *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II. Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht¹³ (2007) 146.

⁴⁶³ Vgl dazu *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I. Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht¹³ (2006) 215 f; http://www.uibk.ac.at/zivilrecht/buch/kap4_0.xml?section=1;section-view=true (28.09.2010).

*Webers*⁴⁶⁴, dass es sich um keinen Vertrag zu Lasten Dritter handeln könnte, da dieser Vertrag ja zum Wohl des Kindes geschlossen wurde, vermag nicht zu überzeugen. Bei einem Vertrag zu Lasten Dritter handelt es sich um eine zivilrechtliche Rechtsfigur, die nach den allgemeinen schuldrechtlichen Regeln zu beurteilen ist; das bedeutet aber nicht, dass die Maßnahme der vollen Erziehung grds nicht zum Wohl des Kindes geschieht, da sie ja immerhin an eine Kindeswohlgefährdung durch die Eltern anknüpft.⁴⁶⁵

Eine Befreiung von den Obsorgepflichten ist also jedenfalls nicht durch Vertrag möglich, sondern lediglich aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung.⁴⁶⁶ Daran ändert auch nichts, dass es in § 28 (1) letzter Satz JWG (bzw den L-JWG) heißt, dass der JWT mit Pflege und Erziehung zur Gänze betraut gehört. Entgegen der Ansicht von *Rosza*⁴⁶⁷ und *Weber*⁴⁶⁸ bedeutet das nämlich gerade nicht, dass dem JWT die Pflege und Erziehung als Recht als solches zusteht: Als Argument für die gänzliche Obsorgeübertragung auf den JWT führt *Weber*⁴⁶⁹ beispielsweise an, dass es sich bei § 28 (1) JWG hinsichtlich der Obsorgeübertragung im Bereich der vollen Erziehung um eine *lex specialis* handle. Dazu führt *Wienerroither*⁴⁷⁰ allerdings aus, dass dies theoretisch zwar möglich wäre, aber weder der Wortlaut des § 28 (1) JWG noch die erläuternden Bemerkungen dazu irgend einen Hinweis geben. Auch das Argument *Webers*⁴⁷¹, dass es nicht viel Sinn ergäbe, dem JWT die faktische Ausübung der Pflege und Erziehung zu übertragen, weil der JWT als Behörde gar nicht dazu im Stande wäre und sich darum Hilfspersonen bedienen müsste, vermag nicht zu überzeugen. Der JWT muss sich regelmäßig Dritter bedienen, um Pflege und Erziehung zu leisten, weil er als Behörde, wie es *Weber* richtig festgestellt hat, nicht pflegen und erziehen kann.⁴⁷² Diese Hilfspersonen, seien es Träger der freien Jugendwohlfahrt oder Landesjugendheime, erlangen dabei aber nicht den Status eines Obsorgeträgers. Genauso wenig kann der JWT aufgrund einer Vereinbarung nach § 28 (1) JWG diese Position erlangen. Vielmehr üben sie im Namen des eigentlichen Obsorgeträgers die Obsorge aus.⁴⁷³ Dieses Argument *Webers* läuft also hier ins Leere. Er übersieht, dass sich der öffentliche JWT jedenfalls eines Dritten bedienen muss und zwar unabhängig davon, ob ihm die Obsorge als Recht oder nur die faktische Ausübung

⁴⁶⁴ *Weber*, ÖA 2005, 30.

⁴⁶⁵ *Jaksch-Ratajczak*, ÖA 2005, 32.

⁴⁶⁶ Siehe dazu *Graf in Harrer/Zitta* 761; *Jaksch-Ratajczak*, ÖA 2005, 32 f; *ders*, EF-Z 2007/55, 86.

⁴⁶⁷ *Rosza*, ÖA 2005, 141.

⁴⁶⁸ *Weber*, ÖA 2005, 30.

⁴⁶⁹ *Weber*, ÖA 2005, 30.

⁴⁷⁰ *Wienerroither*, ÖA 2006, 80.

⁴⁷¹ *Weber*, ÖA 2005, 30.

⁴⁷² *Pichler*, ÖA 1987, 38; *Jaksch-Ratajczak*, EF-Z 2007/55, 87.

⁴⁷³ *Jaksch-Ratajczak*, EF-Z 2007/55, 87.

derselben zukommt. *Weber*⁴⁷⁴ führt außerdem noch ins Treffen, dass sich Eltern sehr wohl ohne gerichtliche Mitwirkung von ihrer Obsorgepflicht⁴⁷⁵ befreien könnten, nämlich hinsichtlich einer anonymen Geburt (vgl oben zu § 211 ABGB). ME ignoriert er hier allerdings einerseits, dass sich die Eltern keineswegs durch Vertrag von ihrer Obsorgepflicht befreien können (immerhin ist § 211 ABGB einer der wenigen Fälle, in denen der JWT kraft Gesetz mit der Obsorge betraut ist⁴⁷⁶), andererseits, dass diese „Befreiung“ schon viel früher einsetzt, nämlich in der von *Weber* genannten Fallkonstellation der anonymen Geburt eben unmittelbar nach derselben. Dadurch, dass der JWT in diesem Fall *ex lege* mit der Obsorge betraut ist, konnten rechtlich zwischen Mutter und Kind nie Obsorgepflichten entstehen, deren sich die Mutter entledigen könnte. Zuletzt bringt *Weber*⁴⁷⁷ schließlich noch vor, dass die in der Lehre⁴⁷⁸ vertretene Ansicht, dass die jederzeitige Rückforderbarkeit des Kindes durch die Eltern lediglich und besonders für die faktische Übertragung der Obsorge spreche, verfehlt sei. Ein Widerruf der Vereinbarung (der laut ihm trotzdem jederzeit möglich wäre) würde bloß dafür Sorgen, dass die Obsorge eben kurzerhand wieder auf die Eltern übertragen werden würde. Er setzt die Obsorge also mit einem Ping Pong Spiel gleich, die nach Belieben hin und her übertragen werden könnte. Allerdings lässt sich die jederzeitige Rückforderung juristisch nur dann problemlos erklären, wenn die Eltern die Obsorge beibehalten.⁴⁷⁹ Es ist fraglich, woraus *Weber* schließen will, dass ein Widerruf der Vereinbarung und die daraus resultierende Obsorgerückübertragung weiterhin möglich wäre, wenn die Eltern nicht mehr die Obsorgeträger wären, denn in diesem Fall stünde ihnen ja nicht mehr das Aufenthaltsbestimmungsrecht nach § 146b ABGB⁴⁸⁰ zu. Auch schuldrechtlich gesehen lässt das Argument *Webers* seine Zweifel offen: Ursprünglich sind in der Konstellation die Eltern als Schuldner und das Kind als Gläubiger vorgesehen. Bei einem Vertrag mit dem Inhalt über die Pflege und Erziehung des Kindes der Eltern einerseits mit dem öffentlichen Jugendwohlfahrtsträger andererseits wäre nach *Webers* Theorie der öffentliche JWT schließlich der Schuldner des Kindes (dass dies ein Vertrag zu Lasten Dritter wäre, sei in diesem Fall dahingestellt). Welchen Rechtsgrund sollten also die Eltern haben, die Vereinbarung zu widerrufen? Es ist schuldrechtlich nicht vorgesehen, dass ein Vertrag

⁴⁷⁴ *Weber*, ÖA 2005, 30.

⁴⁷⁵ *Weber* spricht in diesem Zusammenhang von dem *Obsorgerecht* ohne darauf Bezug zu nehmen, dass es sich hierbei sehr wohl auch um eine *Pflicht* handelt. In diesem Zusammenhang mutet diese Wortwahl nicht nur (unpassenderweise) heroisch an, sondern wirkt bewusst inszeniert, um sich begrifflich stark von der hL abzugrenzen, laut derer sich Eltern nicht von ihren Obsorgepflichten entledigen können.

⁴⁷⁶ Vgl dazu *Jaksch-Ratajczak*, EF-Z 2007/55, 86.

⁴⁷⁷ *Weber*, ÖA 2005, 30.

⁴⁷⁸ Vgl vor allem *Klein*, ÖA 1991, 37; *Wienerroither* in *Loderbauer Rz 27*; *Jaksch-Ratajczak*, ÖA 2005, 33; *Wienerroither*, ÖA 2006, 80.

⁴⁷⁹ *Jaksch-Ratajczak*, ÖA 2005, 33.

⁴⁸⁰ Dazu siehe *Klein*, ÖA 1991, 37; *Jaksch-Ratajczak*, ÖA 2005, 33.

„einfach so“ jederzeit wieder aufgelöst werden könnte, bei dem ein Recht vollständig übertragen wurde.⁴⁸¹ Dies bedeutet für den konkreten Fall, dass die Eltern die Vereinbarung auch nur dann widerrufen können, wenn sie Obsorgeträger bleiben, denn sonst würde ihnen der Rechtsgrund fehlen (abgesehen von der Möglichkeit einer Anfechtung aufgrund Wurzelmängel). Wie sich *Weber* diesen jederzeitigen Widerruf jedoch genau vorstellt, bleibt mangels genauen Ausführungen nur erahnenswert.

Überzeugender ist das Argument von *Rosza*⁴⁸², der sich – entgegen der Ansicht von *Jaksch-Ratajczak*⁴⁸³ – eine Wortinterpretation des § 28 (1) JWG ausspricht. Begründend führt er an, dass sowohl im ABGB als auch im JWG die Bezeichnung „Betrachtung“ verwendet wird und im ABGB (als Beispiele werden die §§ 166, 167 (1) und 177 (1) und (2) ABGB angeführt) natürlich die Obsorge als Recht und nicht nur die faktische Ausübung gemeint sei. Er argumentiert, dass in all den von ihm genannten Beispielen von „Betrachtung“ gesprochen werde und die genannten Personen naturgemäß nicht nur die faktische Ausübung der Obsorge, sondern die Obsorge als solche innehaben. Außerdem argumentiert er, dass es widersinnig sei, dass der Gesetzgeber im ABGB das Wort „Betrachtung“ in dem Zusammenhang verwende, dass damit Rechte und Pflichten innegehabt würden, im JWG aber nur insoweit, als die faktische Ausübung übertragen werde. Einer näheren Betrachtung hält jedoch auch dieses Argument nicht stand, wie *Jaksch-Ratajczak*⁴⁸⁴ beispielhaft illustriert: Das Wort „Betrachtung“ iSd ABGB gem dem KindRÄG 2001 bedeutet nicht dasselbe wie „Betrachtung“ iSd JWG-Novelle 1998, was aus dem unterschiedlichen Hintergrund ihrer Einführung resultiert: Während der Gesetzgeber im ABGB dadurch die Verantwortung der Eltern und die Obsorge als Pflicht der Eltern zum Ausdruck bringen wollte⁴⁸⁵, war das Ziel im JWG „nur“, Maßnahmen der vollen Erziehung von der Unterstützung der Erziehung begrifflich zu unterscheiden.⁴⁸⁶ „Betrachtung“ im ABGB bedeutet also, dass jemand von Gesetzes wegen mit der Obsorge betraut ist. Die Betrachtung einer anderen Person, also einer, die nicht von Gesetzes wegen vorgesehen ist, bedarf der Hilfe eines Gerichts.⁴⁸⁷ Ohne diese gerichtliche Mitwirkung ist es den Eltern nicht möglich, sich ihrer Obsorgerechte und –

⁴⁸¹ Auch wird sich ein solcher Vertrag nicht als Dauerschuldverhältnis qualifizieren lassen, da die Obsorge laut *Weber* ja vollständig übertragen wäre und nicht bloß die Ausübung eines Rechtes (wie etwa bei einem Bestandsvertrag). Es wäre wohl auch kein Bezugsvertrag, außerdem wäre es in diesem Fall („Bezug der Obsorge“) an dem Kind als Bezieher, den Vertrag zu lösen. Vgl dazu *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 8 f.

⁴⁸² *Rosza*, ÖA 2005, 141.

⁴⁸³ *Jaksch-Ratajczak*, ÖA 2005, 32; außerdem ausführlich *ders*, EF-Z 2007/55, 87.

⁴⁸⁴ *Jaksch-Ratajczak*, EF-Z 2007/55, 87 f mwN.

⁴⁸⁵ *Jaksch-Ratajczak*, EF-Z 2007/55, 87.

⁴⁸⁶ *Wienerroither*, 2006, 80.

⁴⁸⁷ *Jaksch-Ratajczak*, EF-Z 2007/55, 87.

pflichten zu entledigen.⁴⁸⁸ Deswegen ist auch das Argument *Roszas*⁴⁸⁹ verfehlt, dass im Falle des § 167 (1) ABGB ja die nicht-verheirateten Eltern vereinbaren könnten, dass beide mit der Obsorge betraut sind, sofern sie in häuslicher Gemeinschaft leben würden, und der daraus gezogene Schluss, dass hier natürlich nur gemeint sein könnte, dass die beiden Elternteile Träger der Obsorge sind und nicht nur „faktische Ausüßer“. *Rosza* berücksichtigt allerdings nicht Satz 2 des § 167 (1) ABGB: Das Gericht hat die Vereinbarung zu genehmigen, wenn sie dem Wohl des Kindes entspricht. Eine Mitwirkungspflicht des Gerichts bei der Betrauung des Vaters mit der Obsorge kann, selbst wenn dieser erst durch eine Vereinbarung angeregt wurde, nicht geleugnet werden. Obwohl nun also sowohl im JWG als auch im ABGB das Wort „betrauen“ vorkommt, tragen diese beiden wortgleichen Begriffe nicht dieselbe Bedeutung: Im ABGB wollte der Gesetzgeber mit dem Wort die Verantwortung der Eltern hinsichtlich der Obsorge und ihre Bindung an die Obsorgepflichten sprachlich unterstreichen⁴⁹⁰, wohingegen im JWG dadurch bloß die Maßnahmen der vollen Erziehung von der Unterstützung der Erziehung begrifflich unterschieden werden sollte.⁴⁹¹

Nicht nur quantitativ, sondern vor allem qualitativ sind die Argumente der Lehre viel überzeugender: Neben der, vor allem von *Graf*⁴⁹² und *Jaksch-Ratajczak*⁴⁹³ vertretenen, Ansicht, dass es sich bei einem Obsorgeübergang um einen (unzulässigen) Vertrag zu Lasten Dritter handeln würde, führt *Wienerroither*⁴⁹⁴ aus, dass bei der freiwilligen vollen Erziehung die Pflege und Erziehung inhaltlich zur Gänze auf den JWT übertragen wird, andernfalls würde es sich nicht um eine Maßnahme der vollen Erziehung, sondern bloß um eine Unterstützung der Erziehung handeln. Schließlich bringt *Jaksch-Ratajczak*⁴⁹⁵ noch vor, dass für die alleinige faktische Übertragung spricht, dass in § 28 JWG nur ein einzelner Teil der Obsorge genannt wird, nämlich Pflege und Erziehung, und der JWT also auch dann, wenn ihm die gesamte Obsorge zukäme, nur Obsorgeträger hinsichtlich eines einzelnen Teiles werden könnte. Außerdem würde eine gänzliche Obsorgeübertragung auf den JWT gegen Art 6 EMRK verstoßen, denn wie oben schon erläutert wurde, kann in das Elternrecht nur aufgrund einer Entscheidung eines Tribunals eingegriffen werden. Eine privatrechtliche

⁴⁸⁸ *Wienerroither*, 2006, 80.

⁴⁸⁹ *Rosza*, ÖA 2005, 141.

⁴⁹⁰ *Jaksch-Ratajczak*, EF-Z 2007/55, 86 f.

⁴⁹¹ *Wienerroither*, 2006, 80.

⁴⁹² *Graf in Harrer/Zitta* 761.

⁴⁹³ Siehe vor allem *Jaksch-Ratajczak*, ÖA 2004, 249; aber auch *ders* ÖA 2005, 32; *ders*, EF-Z 2007/55, 85.

⁴⁹⁴ *Wienerroither*, 2006, 80.

⁴⁹⁵ Ausführlich *Jaksch-Ratajczak*, ÖA 2005, 32 f.

Vereinbarung ist genauso wenig eine Entscheidung iSd Art 6 EMRK⁴⁹⁶, wie eine weisungsgebundene Verwaltungsbehörde ein Tribunal ist. Letztendlich würde die Übertragung der gesamten Obsorge auf den JWT einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Elternrechte in sich bergen. Es würde den Zweck verfehlen (und immerhin wollen die Eltern ja kooperieren!), eine freiwillige Erziehungshilfe in Anspruch zu nehmen, wenn die Eltern bei Inanspruchnahme dem Verlust ihrer Obsorgerechte ausgesetzt wären.⁴⁹⁷

Insgesamt gesehen ist die Beantwortung der Frage nach der Obsorgeträgerschaft dahingehend, dass die Obsorge als Recht bei den Eltern bleibt und dem JWT nur die faktische Ausübung zukommt, nicht nur überzeugender, sondern wohl auch näher an der Praxis⁴⁹⁸: Nur die JWT Salzburg⁴⁹⁹ und Tirol scheinen eine gänzliche Obsorgeübertragung zu bejahen.⁵⁰⁰

2. VOLLE ERZIEHUNG GEGEN DEN WILLEN DER ERZIEHUNGSBERECHTIGTEN

Wie sich schon aus dem Wortlaut dieser Maßnahme ergibt, haben die Eltern der vollen Erziehung nicht zugestimmt, was impliziert, dass eine Kindeswohlgefährdung vorliegt. Dieser Schluss ist einfach zu ziehen, denn nur aufgrund einer Kindeswohlgefährdung darf in die Obsorge der Eltern eingegriffen werden.⁵⁰¹ Damit sind auch die Voraussetzungen geklärt, nach denen der JWT (gem § 213 sowie allenfalls nach § 215 (1) ABGB) mit der Obsorge betraut ist, nämlich einerseits die Gefährdung des Kindeswohls, andererseits die Unmöglichkeit, das Kind in seiner bisherigen Umgebung zu lassen, die fehlende Zustimmung der Eltern zur angestrebten Maßnahme (sonst wäre es ja eine Maßnahme der freiwilligen vollen Erziehung) sowie das Nichtvorhandensein anderer Personen, die mit der Obsorge betraut werden könnten.⁵⁰² Im Pflegschaftsverfahren hat der JWT durch das Stellen eines Antrages Parteistellung sowie Rechtsmittellegitimation.⁵⁰³

⁴⁹⁶ *Jaksch-Ratajczak*, ÖA 2005, FN 17.

⁴⁹⁷ *Jaksch-Ratajczak*, ÖA 2005, 33.

⁴⁹⁸ Jedoch wird diese Frage von den Vertretern der öffentlichen Jugendwohlfahrt unterschiedlich beantwortet. Vgl *Jaksch-Ratajczak*, ÖA 2005, 31.

⁴⁹⁹ Das würde sich auch mit der Vermutung von CJ decken, die im Interview angab, dass der JWT in ihrem Fall die Obsorge inne hatte, obwohl es sich um eine freiwillige volle Erziehung handelte. Vgl Interview mit CJ vom 16.09.2010.

⁵⁰⁰ *Jaksch-Ratajczak*, ÖA 2005, FN 9.

⁵⁰¹ So zum Beispiel *Graf* in *Harrer/Zitta* 763.

⁵⁰² *Wienerroither* in *Loderbauer*³ Rz 28.

⁵⁰³ *Wienerroither* in *Loderbauer*³ Rz 30.

Die Obsorge wird dem JWT in diesem Fall vom Gericht gem § 213 ABGB übertragen (allenfalls hat er sie gem § 215 (1) ABGB vorläufig inne), wiewohl er das Kind zur tatsächlichen Betreuung jemand anderem anvertrauen muss, denn als Behörde kann der JWT ja nicht selbst pflegen oder gar erziehen.⁵⁰⁴ Dabei ist zwar grds den Einrichtungen der freien JWT der Vorrang zu geben, im Bereich der vollen Erziehung sind jedoch Pflegeeltern gem § 28 JWG vorzuziehen.⁵⁰⁵ Die Obsorge bleibt jedoch in allen Konstellationen beim JWT, was schon alleine aus der Tatsache resultieren muss, dass ein Eingriff in die Obsorge nur durch gerichtliche Entscheidung möglich ist (allerdings kann auch die Obsorge des JWT gem § 176 (1) ABGB eingeschränkt werden⁵⁰⁶) und es nicht vorgesehen ist, sich durch Vertrag von den Obsorgepflichten zu befreien (vgl ausführlich oben). Außerdem ist – zumindest im Falle des § 213 ABGB – der JWT nur subsidiär mit der Obsorge zu betrauen, was bedeutet, dass das Gericht schon geprüft hat, ob eine andere Person nicht eher mit der Obsorge zu betrauen ist.

Die Überlegungen hinsichtlich der freiwilligen vollen Erziehung im Zusammenhang mit der Zulässigkeit freiheitsbeschränkender Maßnahmen sind auch hier anzuwenden, weil die Bestimmungen des dritten Hauptstücks des ABGB, soweit nichts anderes bestimmt wird, auch auf andere mit der Obsorge betraute Personen, also auch auf den JWT, anzuwenden ist.⁵⁰⁷ Außerdem können diese Freiheitsbeschränkungen weiters durchaus als „erforderliche Maßnahme der Pflege und Erziehung“ iSd § 215 (1) ABGB ausgelegt werden.⁵⁰⁸

3. HAFTUNGSRECHTLICHE FRAGEN IM ZUSAMMENHANG MIT DER VOLLEN ERZIEHUNG

Weil bei Erziehungshilfen regelmäßig Hilfspersonen (entweder selbstständige, wie Einrichtungen der freien Jugendwohlfahrt, oder unselbständige, wie Landesjugendheime⁵⁰⁹) zur Pflege und Erziehung zum Einsatz kommen⁵¹⁰, stellt sich auch die Frage nach den haftungsrechtlichen Konsequenzen.

⁵⁰⁴ Was schon mehrfach ausgeführt wurde. Vgl *Jaksch-Ratajczak*, ÖA 2004, 24; *Janko*, ÖA 2004, 199 ua.

⁵⁰⁵ Umfassend *Janko*, ÖA 2004, 199.

⁵⁰⁶ RIS-Justiz RS0122183.

⁵⁰⁷ Vgl dazu auch *Barth*, ÖJZ 2006, 313.

⁵⁰⁸ *Barth*, ÖJZ 2006, 315.

⁵⁰⁹ *Jaksch-Ratajczak*, ÖA 2004, 248.

⁵¹⁰ *Pichler*, ÖA 1987, 38; *Jaksch-Ratajczak*, ÖA 2004, 248.

3.1 Haftungsrechtliche Konsequenzen bei freiwilliger Erziehungshilfe

Wie oben schon ausgeführt, ist (mitunter) *Jaksch-Ratajczak*⁵¹¹ der Meinung, dass bei freiwilligen Erziehungshilfen die Eltern die Träger der Obsorge bleiben, weil sie sich nicht von den Obsorgepflichten durch Vertrag befreien können, da dies einen unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter darstellen würde.⁵¹² Der JWT wird also quasi als Hilfsperson stellvertretend für die Eltern tätig. Bei Erziehungshilfen, denen die Eltern zustimmen, handelt es sich um eine privatrechtliche Vereinbarungen, die sich als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (also zugunsten des Kindes) qualifizieren lassen.⁵¹³ Bei einem solchen Vertrag bestehen lediglich die Schutz- und Sorgfaltspflichten auch gegenüber dem Dritten und zwar solchen Personen gegenüber, die der Erfüllung nahestehend sind, die durch die Erfüllung einer besonderen Gefahr ausgeliefert sind und die in der Interessensphäre einer Vertragspartei stehen.⁵¹⁴ Überdies wird regelmäßig ein (echter⁵¹⁵) Vertrag zugunsten Dritter zu bejahen sein. Der JWT ist in dieser Konstellation der Schuldner, die Eltern die Gläubiger: Der JWT verspricht den Eltern, dem Kind (also einem Dritten) eine Leistung (nämlich Pflege und Erziehung) zu erbringen.⁵¹⁶ Laut *Jaksch-Ratajczak*⁵¹⁷ wird dadurch eine besonders günstige Position für das Kind zum Ausdruck gebracht, die als „erweiterte Ressource des Kindes“⁵¹⁸ bezeichnet werden kann. Das resultiert daraus, dass das Kind den Eltern gegenüber noch immer seine Gläubigerstellung wahrt (diese sind ja noch immer Obsorgeträger), aber auch gegenüber dem JWT ein Forderungsrecht auf Erbringung der Leistung (Pflege und Erziehung) hat und sich dieses nicht nur auf das Gesetz, sondern auch auf den Vertrag zugunsten Dritter zwischen den Eltern und dem JWT stützen lässt. Erleidet das Kind nun also einen Schaden, so kommt die (günstigere) Gehilfenhaftung nach § 1313a ABGB zur Anwendung: Der JWT haftet für das Verschulden der Personen, denen er sich bedient wie für sein eigenes Verschulden⁵¹⁹ (vgl § 1313a ABGB). Erfüllungsgehilfen sind auch Einrichtungen der freien Jugendwohlfahrt, die ihrerseits selbstständige juristische Personen darstellen, denn es ist keine Voraussetzung des § 1313a ABGB, dass ein Erfüllungsgehilfe weisungsgebunden sein

⁵¹¹ *Jaksch-Ratajczak*, ÖA 2004, 249; *ders.*, ÖA 2005, 31 ff; *ders.*, EF-Z 2007/55, 85 ff.

⁵¹² So auch *Graf* in *Harrer/Zitta* 761.

⁵¹³ *Jaksch-Ratajczak*, ÖA 2004, 250.

⁵¹⁴ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 143.

⁵¹⁵ Vgl dazu *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 142. Echt ist ein Vertrag dann, wenn dem Dritten selbst ein Forderungsrecht zukommt; das ist im Zweifel anzunehmen, wenn die zu erbringende Leistung dem Dritten hauptsächlich zum Vorteil gereichen soll.

⁵¹⁶ *Jaksch-Ratajczak*, ÖA 2004, 250.

⁵¹⁷ *Jaksch-Ratajczak*, ÖA 2004, 250.

⁵¹⁸ *Jaksch-Ratajczak*, ÖA 2004, 250.

⁵¹⁹ Ausführlich *Jaksch-Ratajczak*, ÖA 2004, 250.

muss.⁵²⁰ § 264 (2) ABGB (Normierung eines Auswahlverschuldens) kommt laut *Jaksch-Ratajczak*⁵²¹ nicht zur Anwendung, da der JWT bei der freiwilligen Erziehungshilfe ja nicht Obsorgeträger wird und somit keine andere Person iSd § 187 ABGB ist. Aber auch wenn die Argumente von *Jaksch-Ratajczak* theoretisch zu überzeugen vermögen, so ist praktisch wohl eher *Wienerroither*⁵²² zuzustimmen, der die Privilegierung des § 264 (2) ABGB analog auf freiwillige Erziehungshilfen anwendet, da sich der JWT ansonsten genötigt sehen müsste, eine Erziehungshilfe gegen den Willen der Erziehungsberechtigten anzustreben, um drohende Schadenersatzansprüche abzuwehren.

Wenn man freilich der Ansicht folgt, dass der JWT bei der freiwilligen vollen Erziehung nicht nur faktisch, sondern auch rechtlich die Obsorge inne hat, so ist hinsichtlich der Haftung wohl der Lösung zu folgen, die auch dann maßgeblich ist, wenn die volle Erziehung gegen den Willen der Erziehungsberechtigten erfolgt.

3.2 Haftungsrechtliche Konsequenzen bei Erziehungshilfen gegen den Willen der Erziehungsberechtigten⁵²³

In diesem Fall wird dem JWT die Obsorge ganz oder zumindest teilweise übertragen und zwar auch dann, wenn die Eltern nicht damit einverstanden sind. Der JWT muss sich aber auch in diesem Fall Hilfspersonen zur Ausübung der Obsorge bedienen, wie zum Beispiel freier JWT. Die Stellung, die der öffentliche JWT in diesem Fall einnimmt, ist mit der Stellung vergleichbar, die die Eltern einnehmen, wenn sie eine Vereinbarung über eine freiwillige Erziehungshilfe mit dem JWT schließen. Der öffentliche JWT ist Träger der Obsorge und eigentlich müsste er für seine Gehilfen nach § 1313a ABGB haften, aber in diesem Fall kommt die Privilegierung nach § 264 (2) ABGB zur Anwendung, denn der JWT ist eine andere Person iSd § 187 ABGB⁵²⁴: Demnach haftet eine Person, die nach § 187 ABGB mit der Obsorge betraut ist, nur insoweit, als sie schuldhaft eine untüchtige oder gefährliche Person ausgewählt, deren Tätigkeit nur unzureichend überwacht oder die Geltendmachung von Ersatzansprüchen des minderjährigen Kindes gegen diese Personen schuldhaft unterlassen hat.

⁵²⁰ *Reischauer in Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II. 1. Teilband §§ 1175 - 1502³ (2002) Rz 9.

⁵²¹ *Jaksch-Ratajczak*, ÖA 2004, 250.

⁵²² *Wienerroither*, ÖA 2006, 79, FN 8.

⁵²³ Ausführlich *Jaksch-Ratajczak*, ÖA 2004, 251.

⁵²⁴ Ergibt sich mitunter auch aus OGH 26.06.2007, 10 Ob 56/07v: Die Bestimmung des § 176 Abs 1 ABGB gilt auch für mit der Obsorge betraute „andere Personen“, daher auch für den Jugendwohlfahrtsträger.

Der Vertrag über die Pflege und Erziehung eines Minderjährigen zwischen dem öffentlichen und dem freien JWT lässt sich abermals als echter Vertrag zugunsten eines Dritten (dem Minderjährigen) oder zumindest als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter qualifizieren. Das bedeutet, dass in diesem Fall die günstigeren Regeln der Gehilfenhaftung gegenüber dem Minderjährigen zur Anwendung kommen: Das heißt, dass der freie JWT für seine Mitarbeiter nach § 1313a ABGB haftet. Der Mitarbeiter selbst haftet dem Jugendlichen gegenüber nur ex delicto (vgl §§ 1295 ff ABGB), weil er weder zum öffentlichen JWT noch zum Jugendlichen in einem Vertragsverhältnis steht.⁵²⁵ Im Hinblick auf seinen Arbeitgeber kommen für den Mitarbeiter der freien Jugendwohlfahrt die Begünstigungen der §§ 2 ff DHG zur Anwendung. Im Bezug auf den Minderjährigen ergeben sich wieder die oben schon genannten „erweiterten Ressourcen des Kindes“, resultierend aus dem Vertrag zugunsten Dritter. Wird der öffentliche JWT haftungsrechtlich beansprucht, so kann er nach den allgemeinen Regeln des Zivilrechts bei dem freien JWT regressieren (vgl § 1313 ABGB). Außerdem enthalten einige Rahmenvereinbarungen eine Klausel, die den freien JWT verpflichtet, den öffentlichen JWT gegenüber Ansprüchen seitens des (ehemaligen) Minderjährigen oder Dritten vollkommen schad- und klaglos zu halten. So wie der öffentliche gegen den freien JWT regressieren kann, kann der freie JWT gegen seinen Mitarbeiter, der den Schaden verursacht hat, nach den Grundsätzen des DHG Regress nehmen. Wird dieser Mitarbeiter aber gleich unmittelbar zum Schadenersatz herangezogen, so steht ihm, unter den Voraussetzungen des DHG, ein Regressrecht gegenüber dem Dienstgeber zu.

4. ZUR BESONDEREN RECHTSSTELLUNG VON 18- BIS 21-JÄHRIGEN IM JUGENDWOHLFAHRTSRECHTLICHEN KONTEXT (§ 31 ABS 4 JWG)

Gem § 172 (1) ABGB erlischt die Obsorge für ein Kind mit Eintritt seiner Volljährigkeit, was bedeutet, dass auch Maßnahmen der Jugendwohlfahrt grds auch zu diesem Zeitpunkt kraft Gesetz enden.⁵²⁶ Durch die JWG-Novelle 1998 wurde jedoch in Abs 4 des § 31 JWG eingefügt, dass Hilfen zur Erziehung nach Erreichen der Volljährigkeit mit Zustimmung des jungen Erwachsenen⁵²⁷ längstens bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres fortgesetzt werden

⁵²⁵ *Jaksch-Ratajczak*, ÖA 2004, FN 17.

⁵²⁶ *Janko*, ÖA 2004, 200; *Wienerroither* in *Loderbauer Rz* 46.

⁵²⁷ *Jaksch-Ratajczak* spricht, wenn auch mit Erklärung, über die Volljährigkeitsgrenze hinaus von „Jugendlichen“, was mir zu undifferenziert erscheint. Aus diesem Grund habe ich mich entschieden, in diesem Zusammenhang von „jungen Erwachsenen“, wie Personen zwischen 18 und 21 Jahren im Strafrecht genannt werden, zu sprechen. Vgl die Überschrift zu § 46a JGG. Den Begriff „junge Erwachsene“ verwendet auch das B-KJHG 2010, vgl § 4 Z 2 leg cit.

können, wenn dies zur Sicherung des Erfolges bisheriger Erziehungshilfen notwendig ist.⁵²⁸ Begründet wird dies damit, dass oftmals mit dem Erreichen der Volljährigkeit noch nicht die vollständige Selbstständigkeit erreicht wurde, was insbesondere dann der Fall ist, wenn der nun Volljährige seine Berufs- oder Schulausbildung⁵²⁹ noch nicht abgeschlossen hat. Aus diesem Grund kann eine Verlängerung bis längstens zum 21. Lebensjahr vorteilhaft erscheinen.⁵³⁰ Voraussetzung dafür, dass die Hilfen überhaupt fortgesetzt werden können, ist die Zustimmung des nunmehr Volljährigen. Gründe dafür sind, dass Vereinbarungen mit den Erziehungsberechtigten nach § 29 (1) JWG mit dem Erreichen der Volljährigkeit hinfällig werden und dass die Eltern über die Volljährigkeit ihres Kindes hinaus nicht aus früheren Vereinbarungen resultierend finanziell verpflichtet werden können, weil das ein unzulässiger Vertrag zu Lasten Dritter wäre. Eine finanzielle Verpflichtung der Eltern kann einzig aus ihrer Unterhaltspflicht resultieren⁵³¹, die bekanntermaßen nicht mit der Volljährigkeit sondern mit der Selbsterhaltungsfähigkeit des Kindes endet.⁵³² – Wer nun also die Kosten für die Verlängerung dieser Maßnahme trägt, ist in den einzelnen L-JWG unterschiedlich geregelt⁵³³, jedoch wäre es nach *Jaksch-Ratajczak*⁵³⁴ eine wünschenswerte Lösung, würden die Eltern im Rahmen ihrer Unterhaltspflicht (dieser Unterhaltsanspruch kann ggf an den JWT zediert werden) dazu angehalten werden. Bezogen auf die Nicht-Selbsterhaltungsfähigkeit bei weiterem Schulbesuch eines Minderjährigen, der in einer Einrichtung der Jugendwohlfahrt aufgewachsen ist, besteht nämlich kein Unterschied zu einem, der bei den Eltern aufgewachsen ist.

Rein terminologisch betrachtet ist § 31 (4) JWG unglücklich formuliert, wenn er von „Hilfe zur Erziehung“ spricht, denn da die Obsorge gem § 172 ABGB mit der Volljährigkeit endet und die Erziehung ein Teil der Obsorge ist, dürfte der Gesetzgeber eher eine besondere Form der Unterstützung für diese jungen Erwachsenen gemeint haben als eine „Hilfe zur Erziehung“. Wenn mit Eintritt der Volljährigkeit der nötige Grad an Selbstständigkeit noch nicht erreicht wurde, so hat § 31 (4) JWG vor allem den Hintergrund, dass den jungen

⁵²⁸ Vgl § 31 (4) JWG; außerdem *Jaksch-Ratajczak*, ÖA 2004, 210; *Wienerroither in Loderbauer Rz 46*.

⁵²⁹ So wurde beispielsweise die Maßnahme der vollen Erziehung bei CJ verlängert, weil sie sich beim Erreichen der Volljährigkeit noch in der Schulausbildung befand. Vgl Interview mit CJ vom 16.09.2010.

⁵³⁰ *Jaksch-Ratajczak*, ÖA 2004, 210.

⁵³¹ *Jaksch-Ratajczak*, ÖA 2004, 212.

⁵³² *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³, 535.

⁵³³ Vgl *Jaksch-Ratajczak*, ÖA 2004, 212. Burgenland und Kärnten verpflichten unter bestimmten Voraussetzungen den Jugendlichen selbst zum Ersatz der Kosten. Die Bundesländer Oberösterreich und Steiermark sehen für diesen Fall dieselbe Regelung vor wie für den Kostenersatz bei Minderjährigen. Die übrigen Bundesländer regeln diese Frage nicht gesetzlich.

⁵³⁴ *Jaksch-Ratajczak*, ÖA 2004, 212.

Erwachsenen eine spezielle finanzielle Hilfe gewährt werden soll.⁵³⁵ – Darauf haben diese jedoch dem Wortlaut nach keinen Rechtsanspruch.⁵³⁶ Es handelt sich bei § 31 (4) JWG also sozusagen um eine Kann-Bestimmung: Der Behörde kommt ein Ermessen zu, ob sie die Maßnahme fortsetzt oder nicht.⁵³⁷ Hinsichtlich dieser Ermessensentscheidung kommen *Jaksch-Ratajczak*⁵³⁸ und *Janko*⁵³⁹, obwohl unterschiedlicher Begründung, zum selben Ergebnis: Die Verweigerung der Fortsetzung einer Erziehungshilfe nach § 31 (4) JWG verstößt regelmäßig gegen den Gleichheitssatz! Setzt die Jugendwohlfahrtsbehörde diese Hilfe nämlich fort, so handelt sie nach *Jaksch-Ratajczak*⁵⁴⁰ zivilrechtlich, was einerseits dadurch kenntlich gemacht wird, dass das Gesetz selbst von „Vereinbarung“ spricht, andererseits dadurch, dass die Behörde nicht mit Bescheid über die Fortsetzung entscheidet. Dadurch entsteht aber ein Rechtsschutzdefizit für den jungen Erwachsenen⁵⁴¹, denn der Staat kann nicht dazu gezwungen werden, Verträge abzuschließen.⁵⁴² Er ist zwar aufgrund der Fiskalgeltung der Grundrechte⁵⁴³ an den Gleichheitssatz gebunden, was aber für den Einzelnen konkret belanglos ist, da für ihn nur relevant ist, ob und inwieweit er diese Hilfe bekommt.⁵⁴⁴ Laut *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*⁵⁴⁵ binden Selbstbindungsgesetze nur den Rechtsträger selbst, sie entfalten aber keine Außenwirkung. Laut *Jaksch-Ratajczak*⁵⁴⁶ ist jedoch die bereits vom OGH begründete Literaturlinie⁵⁴⁷ auch auf § 31 (4) JWG anzuwenden, nämlich insoweit, als aus dem Gleichheitssatz und dem Diskriminierungsgebot auch bei Selbstbindungsgesetzen unter Umständen ein klagbarer Leistungsanspruch gegen den Staat besteht, insbesondere dort, wo der Staat eine Monopolstellung hat (und zwar unabhängig von einem möglicherweise bestehenden Kontrahierungszwang). Maßstab ist der Förderungszweck des Selbstbindungsgesetzes und die im Gesetz normierte Leistungsvoraussetzung.⁵⁴⁸ *Jankos*⁵⁴⁹ Ansicht nach stellt sich die Frage nach der Wirkung von Selbstbindungsgesetzen erst gar nicht: Gem Art 130 (2) B-VG muss jeder staatliche Entscheidungsträger im Sinne des

⁵³⁵ *Jaksch-Ratajczak*, ÖA 2004, 212 f.

⁵³⁶ *Jaksch-Ratajczak*, ÖA 2004, 213 und 216; *Wienerroither in Loderbauer Rz 46*.

⁵³⁷ *Janko*, ÖA 2004, 200.

⁵³⁸ *Jaksch-Ratajczak*, ÖA 2004, 213 ff.

⁵³⁹ *Janko*, ÖA 2004, 202 ff.

⁵⁴⁰ *Jaksch-Ratajczak*, ÖA 2004, 213.

⁵⁴¹ *Jaksch-Ratajczak*, ÖA 2004, 213.

⁵⁴² *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹⁰ (2007) Rz 562.

⁵⁴³ *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht⁹, Rz 567; *Grabenwarter/Holoubek*, Verfassungsrecht – Allgemeines Verwaltungsrecht (2009) Rz 416 f, 596.

⁵⁴⁴ *Jaksch-Ratajczak*, ÖA 2004, 213.

⁵⁴⁵ *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht⁹, Rz 565.

⁵⁴⁶ *Jaksch-Ratajczak*, ÖA 2004, 214.

⁵⁴⁷ OGH 1 Ob 272/02k RZ-EÜ 202; dazu außerdem *Wilhelm*, Das Willkürverbot bei Übernahme in die Bundesbetreuung. Eine Besprechung der E des OGH, 1 Ob 272/02k, migraLEX 2003, 74 (74 ff); OGH 9 Ob 71/03m migraLEX 2003, 106.

⁵⁴⁸ *Jaksch-Ratajczak*, ÖA 2004, 214.

⁵⁴⁹ *Janko*, ÖA 2004, 202.

Gesetzes von seinem ihm obliegenden Ermessen Gebrauch machen, wobei naturgemäß Ermessen kein Synonym für willkürliches Entscheiden ist. Um iSd Gesetzes erwägen zu können, muss der Entscheidungsträger die Schlüsse, die er aus dem Gesetz zu ziehen hat, mit dem Einzelfall abwägen. Die Schlüsse, die er aus dem JWG zieht, können keine anderen sein, als dass das oberste Maß zur Sicherstellung und Förderung des Kindeswohl ist, was sich mitunter auch aus § 2 (2) und (3) JWG ergibt.⁵⁵⁰ Hinsichtlich des, dem Gleichheitssatz innewohnenden, Verhältnismäßigkeitsprinzips führt *Janko*⁵⁵¹ aus, dass dieses bloß postuliert, dass kein Aufwand betrieben werden darf, der nicht im Verhältnis zum erzielenden Erfolg steht. Das bedeutet im konkreten Fall, dass zwar teure Spezialschulungen oder etwaige Auslandsaufenthalte nicht gefördert werden müssen, jedoch nicht, dass der JWT von seiner Leistungspflicht befreit ist, nur weil das Budget knapp ist. Aus diesem Grund führt der JWT hier einen Spagat zwischen freiem Ermessen und Gleichheitssatz auf.⁵⁵²

Derzeit lässt sich in den einzelnen Bundesländern keine Einheitlichkeit bei der Vergabe dieser Förderung erkennen, allerdings wird sichtbar, dass die Verlängerung der Maßnahme nur im Zusammenhang mit Lehre oder Schule gesehen wird. Daraus resultiert der Missstand, dass diesen jungen Erwachsenen nicht geholfen wird, sollten sie, aus welchen (guten) Gründen auch immer die Lehre nicht beenden (können). Außerdem zeigt sich ein Missstand gegenüber denen, die gar keine Ausbildung absolvieren können.⁵⁵³ Ein solcher Art enges Verständnis des § 31 (4) JWG ist sowohl nach *Jaksch-Ratajczak*⁵⁵⁴ als auch nach *Janko*⁵⁵⁵ nicht vom Wortlaut gedeckt oder zumindest nicht zwingend vorgesehen, vielmehr ist diese Bestimmung sogar einer weiten Interpretation zugänglich. Unter Berücksichtigung des § 146 (1) ABGB muss an der Ausgangssituation eines jungen Erwachsenen gemessen werden, weswegen eine Verlängerung dieser Hilfe nicht (nur) an ein Ausbildungsverhältnis gekoppelt werden darf.⁵⁵⁶ Schon eine Entwicklungsverzögerung, die aus der jeweiligen Persönlichkeit des jungen Erwachsenen resultiert, würde der Anforderung des § 31 (4) JWG genügen.⁵⁵⁷

⁵⁵⁰ *Janko*, ÖA 2004, FN 56.

⁵⁵¹ *Janko*, ÖA 2004, 202.

⁵⁵² Ähnlich *Janko*, ÖA 2004, 204.

⁵⁵³ *Jaksch-Ratajczak*, ÖA 2004, 214 f; *Janko*, ÖA 2004, 200 f.

⁵⁵⁴ *Jaksch-Ratajczak*, ÖA 2004, 215 f.

⁵⁵⁵ *Janko*, ÖA 2004, 201.

⁵⁵⁶ *Jaksch-Ratajczak*, ÖA 2004, 216.

⁵⁵⁷ *Janko*, ÖA 2004, 201.

VI. MINDESTRECHTE DER ELTERN

Voran gestellt und nur der Vollständigkeit halber erwähnt sei, dass den biologischen Eltern im Falle des § 211 ABGB keine Mindestrechte verbleiben.⁵⁵⁸ Die Eltern, denen die Obsorge aber ganz oder teilweise entzogen⁵⁵⁹ wurde, verbleibt das Besuchsrecht gem § 148 ABGB und die Informations- und Äußerungsrechte gem § 178 ABGB.⁵⁶⁰

1. DAS BESUCHSRECHT (§ 148 ABGB)

An sich ist das Recht auf persönlichen Verkehr zwischen Eltern(-teil) und Kind ein allgemein anerkanntes Menschenrecht.⁵⁶¹ Als Grundrecht der Eltern-Kind-Beziehung steht es unter dem Schutz der Art 9 KRK und Art 8 EMKR⁵⁶², dennoch ist insbesondere beim Entzug der Obsorge zu beachten, warum den Eltern diese entzogen wurde und ob die Einräumung des Besuchsrechts überhaupt vertretbar ist.⁵⁶³ Grds wird bei Maßnahmen der vollen Erziehung gegen den Willen der Erziehungsberechtigten das Besuchsrecht eher restriktiv gebraucht, vor allem deshalb, weil es den Zweck der Fremdunterbringung nicht gefährden darf.⁵⁶⁴ Besonders bedeutsam ist auch die Meinung des Kindes, die stärker bedacht werden soll.⁵⁶⁵ Das zeigt sich auch durch § 108 AußStrG, wonach ein mündiger Minderjähriger nicht mehr dazu gezwungen werden kann, sich mit dem Elternteil zu treffen, der mit ihm nicht im gemeinsamen Haushalt lebt.⁵⁶⁶

⁵⁵⁸ Voraussetzung des § 211 ABGB ist ja gerade, dass die Eltern unbekannt sind. Auf das Recht, bei Identitätsnachweis gem § 250 ABGB die Rückübertragung der Obsorge anzuregen, wird an dieser Stelle nicht (mehr) eingegangen.

⁵⁵⁹ Im Falle einer freiwilligen vollen Erziehung bleiben die Eltern ja Obsorgeträger, haben also nicht nur Mindestrechte.

⁵⁶⁰ *Hopf/Weitzenböck*, Schwerpunkte des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001 (1. Teil), ÖJZ 2001, 485 (492 ff); *Wienerroither in Loderbauer* Rz 42.

⁵⁶¹ RIS-Justiz RS0047754.

⁵⁶² Siehe insbesondere OGH 25.08.2005, 6 Ob 171/05y; *Feil/Marent*, Familienrecht § 148 Rz 1 mwN.

⁵⁶³ *Wienerroither in Loderbauer* Rz 43.

⁵⁶⁴ *Klein*, ÖA 1991, 39.

⁵⁶⁵ So ähnlich *Stabentheiner in Rummel*, ErgBd § 148 Rz 1c; *Feil/Marent*, Familienrecht Rz 3;.

⁵⁶⁶ *Stabentheiner in Rummel*, ErgBd § 148 Rz 1c, der allerdings noch von § 185b AußStrG spricht, der durch das KindRÄG 2001 eingeführt wurde; *Deixler-Hübner in Loderbauer* (Hrsg), Kinder- und Jugendrecht³ (2004) Rz 29; *Wienerroither in Loderbauer* Rz 43, der auch noch von § 185b AußStrG spricht; *Thunhart in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 148 Rz 11.

2. INFORMATIONS- UND ÄUßERUNGSRECHTE (§ 178 ABGB)

Derjenige Elternteil, der nicht mit der Obsorge betraut ist, hat gem § 178 (1) ABGB das Recht von demjenigen, der mit der Obsorge betraut ist (also hier dem JWT) bei wichtigen Angelegenheiten verständigt zu werden und sich zu diesen binnen angemessener Frist äußern zu können. Zu berücksichtigen ist die Äußerung dann, wenn ein darin ausgedrückter Wunsch dem Kindeswohl besser entspricht.⁵⁶⁷ Wichtige Angelegenheiten iSd § 178 ABGB sind sowohl positive als auch negative Lebensumstände⁵⁶⁸, insbesondere sind die Eltern von beabsichtigten Maßnahmen iSd § 154 (2) und (3) ABGB zu verständigen.⁵⁶⁹ Wenn trotz Bereitschaft der Eltern der Kontakt nicht regelmäßig zustande kommt, so erweitern sich ihre Informations- und Äußerungsrechte insofern, als dass sie auch von beabsichtigten Maßnahmen in minderwertigen Angelegenheiten (ausgenommen sind Angelegenheiten des täglichen Lebens) rechtzeitig zu verständigen sind und sich binnen angemessener Frist dazu äußern können.⁵⁷⁰ Die Informations- und Äußerungsrechte entfallen aber, wenn das bestehende Besuchsrecht von den Eltern grundlos nicht wahrgenommen wird; wenn das Kindeswohl gefährdet wäre, kann das Gericht diese Rechte aber auch einschränken oder sogar entziehen.⁵⁷¹ § 178 ABGB impliziert allerdings kein Mitbestimmungs- oder Zustimmungsrecht der Eltern!⁵⁷²

VII. SONDERPROBLEM: UNBEGLEITETE MINDERJÄHRIGE FLÜCHTLINGE (UMF)

Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge stellen nicht nur hinsichtlich der allgemeinen Flüchtlingsproblematik, sondern auch hinsichtlich der Obsorge eine Sonderfrage dar. Eine besondere Bedeutung erlangt diese Frage hinsichtlich ihrer Unterbringung, worunter eine jugendadäquate Unterkunft, etwa in einem Heim oder in einer Pflegefamilie, der Versorgung mit Gewand und medizinischer sowie therapeutischer Hilfe verstanden wird.⁵⁷³ Aber was sind

⁵⁶⁷ *Leeb/Prietl*, Die Mindestrechte des nicht Obsorgeberechtigten (§ 178 ABGB), ÖJZ 1995, 613 (614); *Wienerroither in Loderbauer Rz 44*.

⁵⁶⁸ *Leeb/Prietl*, ÖJZ 1995, 613.

⁵⁶⁹ Vgl *Wienerroither in Loderbauer Rz 44* mit Beispielen.

⁵⁷⁰ *Hopf/Weitzenböck*, ÖJZ 2001, 494; *Weitzenböck in Loderbauer Rz 44*.

⁵⁷¹ *Weitzenböck in Loderbauer Rz 44*.

⁵⁷² Vgl OGH 8 Ob 1519/93 RZ 1994/53 = EFSIlg 71.916.

⁵⁷³ Ausführlich *Ferenci*, Wer kümmert sich um uns? Zur Unterbringung von unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen, ÖA 2002, 62 (62).

umF überhaupt? Es sind unverheiratete Personen unter 18 Jahren, die ohne Begleitung einer Person, die nach dem Gesetz oder zumindest aus Gewohnheit für ihre Betreuung zuständig ist, in einen Staat einreisen, solange sie sich nicht tatsächlich in der Obhut eines oben genannten Erwachsenen befinden.⁵⁷⁴ Nach dem AsylG sind Geschwister allerdings keine Familiengehörigen, sondern nur Vater, Mutter oder ein Vormund.⁵⁷⁵ Es stellt keine Ermessensentscheidung für den JWT dar, die Obsorge für einen umF zu übernehmen, sondern es handelt sich dabei um eine gesetzliche Verpflichtung.⁵⁷⁶

Vereinzelt wird die Mindermeinung⁵⁷⁷ vertreten, dass § 211 ABGB auch auf umF anzuwenden ist, denn schließlich handle es sich bei solchen ja gerade um minderjährige Kinder, die im Inland gefunden und deren Eltern unbekannt sind. Obwohl diese Ansicht weder der hL noch der gängigen Praxis⁵⁷⁸ entspricht, vermag sie mE durchaus auf den ersten Blick zu überzeugen, hält jedoch einer genauen Betrachtung nicht Stand. Das Wort „gefunden“ bezieht sich zwar nicht nur auf den Zeitpunkt der Geburt⁵⁷⁹, weshalb auch umF „gefunden werden“ würden (für eine weite Interpretation spricht mE, dass auch anonym geborene Kinder iSd § 211 ABGB „gefunden werden“). § 211 ABGB ist auf österreichische und ihnen gleichgestellte Kinder anzuwenden, wozu auch Flüchtlinge gehören. Eine Voraussetzung des § 211 ABGB ist allerdings auch, dass die Eltern tatsächlich unbekannt und nicht bloß unbekannt Aufenthalts sind, woran eine ex lege Obsorgebetrauung des JWT in der Regel scheitern dürfte. Gängige Praxis in der Jugendwohlfahrt ist laut *Hohenwarter*⁵⁸⁰, dass gleichzeitig mit dem Asylantrag die Obsorge vom JWT für diesen umF beantragt wird. Das ist vor allem hinsichtlich unmündiger minderjähriger Flüchtlinge von Bedeutung, denn gem § 16 (5) AsylG wird bei diesen der Rechtsberater (das ist der JWT⁵⁸¹) schon ab der Ankunft in der Erstaufnahmestelle zum gesetzlichen Vertreter und bringt folglich den Asylantrag ein.⁵⁸² Auch *Holz-Dahrenstaedt*⁵⁸³ kommt zu dem Ergebnis, dass in erster Linie

⁵⁷⁴ UNHCR, Richtlinien über allgemeine Grundsätze und Verfahren zur Behandlung asylsuchender Minderjähriger (1997) 2, http://www.unhcr.at/fileadmin/unhcr_data/pdfs/rechtsinformationen/1_International/3_Asylverfahren/04_Besondere_Groupen/02_UNHCR-RL_UMF.pdf?PHPSESSID=8d27e9e34973e8d99d54396646b55a7a (02.12.2010).

⁵⁷⁵ *Hjertonsson*, Unbegleitete Minderjährige im Asylwesen unterwegs – rechtliche und praxisbezogene Aspekte, ÖA 2006, 134 (136); zu einem ähnlichen Ergebnis, allerdings mit Berufung auf Art 1 Abschnitt A Z 2 der Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge kommt *Ferenci*, ÖA 2002, 62.

⁵⁷⁶ *Hacker*, Gerichtliche Obsorgeregelung für unbegleitete minderjährige Fremde. ÖA 2002, 108 (108 f).

⁵⁷⁷ Vgl in etwa *Hacker*, ÖA 2002, 110.

⁵⁷⁸ Vgl dazu *Hohenwarter*, Stadtjugendamt Salzburg, Gespräch vom 16.07.2010.

⁵⁷⁹ Ausdrücklich *Stabentheiner* in *Rummel*, ErgBd § 211 Rz 2. Vgl dazu schon oben.

⁵⁸⁰ *Hohenwarter*, Stadtjugendamt Salzburg, Gespräch vom 16.07.2010.

⁵⁸¹ Vgl dazu etwa *Bürstmayr*, Altersfeststellung im Asylverfahren, in *kija*, Zur Altersfeststellung unbegleiteter minderjähriger Flüchtlinge, ÖA 2007, 171 (176).

⁵⁸² So *Hjertonsson*, ÖA 2006, 135.

der JWT für umF verantwortlich und somit angehalten ist, innerhalb von ein bis zwei Wochen die nötigen Obsorgeanträge zu stellen. Das wird wohl aufgrund des § 213 ABGB geschehen, denn auch *Hacker*⁵⁸⁴ führt hinsichtlich der umF aus, dass der JWT nach den allgemeinen Regeln des Familienrechts gem § 213 ABGB subsidiär mit der Obsorge zu betrauen ist, wenn eine Betrauung von Eltern, Groß- oder Pflegeeltern nicht möglich ist.⁵⁸⁵ Gem § 215a ABGB ist jenes Bundesland, in dem der umF seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, wobei allerdings nicht auf die Aufenthaltsbestimmung, sondern alleine auf den faktischen Aufenthalt abzustellen ist. Andernfalls würde man laut *Hacker*⁵⁸⁶ dieser Regelung die gesetzliche Grundlage entziehen, was dem Fürsorgegedanken widersprechen würde.

VIII. AUSBLICK: BUNDES-KINDER- UND JUGENDHILFEGESETZ 2010 (B-KJHG 2010)

Das derzeit geltende JWG stammt aus dem Jahre 1989 und wurde zuletzt 1999 (erwähnenswert) geändert. Die gesellschaftliche Entwicklung der letzten Jahre auf der einen Seite sowie die erhöhte Beachtung von Kindern und Jugendlichen und der damit einhergehenden Sensibilisierung für potentielle Kindeswohlgefährdungen auf der anderen Seite machten es notwendig, das bestehende JWG zu novellieren; vor allem hinsichtlich der Präzisierung von Aufgabenstellungen, der Festlegung von Mindeststandards und der bundesweiten Leistungserbringung. Während die Verbesserung des Gewaltschutzes, einheitliche Standards, die Stärkung von Erziehungsproblempreventionen, die Konkretisierung von Aufgaben und die Verbesserung von Geheimhaltungsinteressen Ziele dieser Neuformulierung sind, sollten aber gleichzeitig auch wesentliche rechtliche Neuerungen Eingang finden. Dazu gehören etwa die Einführung von Gefährdungsabklärung und Hilfeplanung, die Einführung des Rechts auf förderliche Erziehung und der Kinderrechte als handlungsleitende Prinzipien nebst dem Kindeswohl, eine detailliertere Regelung von Verschwiegenheiten, Auskunftsrechten, Dokumentationen und Datenschutz sowie eine genauere Definition der Aufgaben und Standards in den unterschiedlichen Leistungsbereichen. Außerdem wird der Name auf „BG über die Grundsätze für Hilfen für

⁵⁸³ Vgl *Holz-Dahrenstaedt*, „Flucht und Ankommen – jugendliche Flüchtlinge in Österreich“, ÖA 2002, 106 (107).

⁵⁸⁴ Ausführlich *Hacker*, ÖA 2002, 111.

⁵⁸⁵ Zu diesem Ergebnis kommt auch *Ferenci*, ÖA 2002, 66.

⁵⁸⁶ Vgl *Hacker*, ÖA 2002, 111.

Familien und Erziehungshilfen für Kinder und Jugendliche“ (kurz Bundes-Kinder- und Jugendhilfegesetz) geändert.⁵⁸⁷

Der Gesetzesentwurf bedient sich einerseits der gesetzlichen Termini des ABGB, benutzt aber andererseits neue Terminologie, die jedoch im Gesetz definiert wird. Die Bezeichnung „Kinder- und Jugendhilfeträger“ ist alleine dem öffentlichen Träger vorbehalten, wobei private Kinder- und Jugendhilfeeinrichtungen solche Organisationen sind, denen vom (öffentlichen) Kinder- und Jugendhilfeträger gewisse Aufgaben übertragen wurden. Diese beiden Begriffe korrespondieren also mit den Begriffen öffentlicher und freier JWT und wenn in diesem Zusammenhang von JWT gesprochen wird, so ist (auch) der Kinder- und Jugendhilfeträger iSd B-KJHG 2010 gemeint. Zweck der Änderung des Titels war zu verdeutlichen, dass Kinder, Jugendliche (jeder Altersgruppe) und Familien zur Zielgruppe des Gesetzes gehören. Auch hält der neue Titel einem Vergleich mit dem deutschsprachigen Ausland eher Stand.⁵⁸⁸

Aufgrund der thematischen Weitläufigkeit des neuen Gesetzes wird hier naturgemäß nur auf jene Belange eingegangen, die mit den oben behandelten Gesichtspunkten (vor allem hinsichtlich der vollen Erziehung) in Zusammenhang stehen.⁵⁸⁹ Dabei ist besonders erwähnenswert, dass entgegen dem Begutachtungsentwurf der Ministerialentwurf, wie auch schon das JWG idgF, keinen Rechtsanspruch auf Hilfen für junge Erwachsene (vgl § 31 (4) JWG) enthält, weil die Länder diesbezüglich erhebliche Mehrkosten befürchteten. Stattdessen wurden die Voraussetzungen für die Gewährung konkretisiert.⁵⁹⁰ Die Mat⁵⁹¹ geben dazu an, dass zusätzlich zur Zustimmung des jungen Erwachsenen die dringende Notwendigkeit zur Erreichung der im Hilfsplan festgelegten Ziele gegeben sein muss sowie die Erziehungshilfe schon bei Erreichung des 18. Lebensjahres gewährt werden musste. Der bisherige Leistungsumfang bleibt gleich.

§ 17 B-KJHG 2010, unter der Unterschrift „Sozialpädagogische Einrichtungen“, löst den 3. Abschnitt des JWG ab. Sozialpädagogische Einrichtungen sind, wie die Mat⁵⁹² feststellen, alle Einrichtungen, die eine vorübergehende oder auch längerfristige Unterbringung des

⁵⁸⁷ ME B-KJHG 2010 14/ME 24. GP Mat 1.

⁵⁸⁸ ME B-KJHG 2010 14/ME 24. GP Mat 4 f.

⁵⁸⁹ Oftmals hat sich zwar die Bezeichnung bzw Formulierung geändert, die Bestimmung bleibt aber inhaltlich gleich.

⁵⁹⁰ ME B-KJHG 2010 14/ME 24. GP Mat 4.

⁵⁹¹ ME B-KJHG 2010 14/ME 24. GP Mat 17. Vgl § 29 (1) B-KJHG 2010.

⁵⁹² ME B-KJHG 2010 14/ME 24. GP Mat 12.

Minderjährigen außerhalb des gewöhnlichen Familienverband oder Wohnumfelds gewährleisten, wobei die Erziehungsarbeit hauptsächlich auch in dieser Einrichtung stattfinden soll. Dem widerspricht eine regelmäßige Übernachtung zu Hause oder „Heimgang“ nicht. Abs 4 des § 17 B-KJHG 2010 ist demonstrativ und entspricht den derzeit bestehenden Formen. Die Absätze 5 bis 7 konkretisieren § 22 JWG.

§ 18 B-KJHG 2010 regelt den Begriff der Pflegekinder und -personen und stellt in seinem Abs 2 fest, dass Minderjährige nur dann als Pflegekinder gelten, wenn sie im Rahmen der vollen Erziehung von nahen Angehörigen (vgl § 4 Z 6 B-KJHG 2010) nicht nur vorübergehend gepflegt werden. Wie schon jetzt unterscheidet sich die Bezeichnung der Pflegekinder und -eltern von der im ABGB; daran hat sich nichts geändert.⁵⁹³

Pflegeverhältnisse im Rahmen der vollen Erziehung bedürfen wie bisher keiner bescheidmäßigen Bewilligung, allerdings ist die Eignung der Pflegeeltern nach fachlichen Gesichtspunkten zu überprüfen.⁵⁹⁴

Abschnitt 4 regelt die Erziehungshilfen, also sowohl die Unterstützung der Erziehung als auch die volle Erziehung. § 25 (1) B-KJHG 2010 gibt an, wann eine Unterstützung der Erziehung gewährt werden soll, Abs 2 leg cit zählt demonstrativ die wichtigsten Formen der Unterstützung auf. § 26 B-KJHG 2010 entspricht dem bislang geltenden Recht, es wurde lediglich die Terminologie geändert.⁵⁹⁵ So ist in diesem Zusammenhang auch zu erwähnen, dass der Passus „sofern der Kinder- und Jugendhilfeträger mit der Pflege zur Gänze betraut ist“ naturgemäß wieder vorhanden ist, sich aber in den Mat nirgendwo ein Hinweis findet, was das hinsichtlich der freiwilligen vollen Erziehung und der Obsorgerregelung bedeutet. Obwohl hier eine Klärung durch den Gesetzgeber durchaus möglich gewesen wäre, wurde darauf verzichtet, was bedeutet, dass die Frage, ob die Eltern die Obsorgeträger bleiben oder der JWT Obsorgeträger wird, weiterhin strittig bleiben wird. Hinsichtlich der freiwilligen vollen Erziehung entspricht § 28 B-KJHG 2010 dem § 29 JWG, allerdings wurde dessen Abs 2, nämlich dass das mindestens 10-jährige Kind jedenfalls und das unter 10-jährige Kind tunlichst zu hören ist, gestrichen. In den Mat findet sich keine Erklärung dafür. Neu ist dafür die Feststellung, dass eine Aufkündigung oder Abänderung des Vertrags nur durch Schriftform geschehen kann. Neu ist außerdem die Feststellung, dass die Vereinbarung in die Dokumentationen aufzunehmen ist⁵⁹⁶ (das entspricht dem neuen Geist des B-KJHG 2010⁵⁹⁷). § 28 B-KJHG 2010, Erziehungshilfen gegen den Willen der Eltern, bietet keine eigenständige

⁵⁹³ ME B-KJHG 2010 14/ME 24. GP Mat 12 f.

⁵⁹⁴ ME B-KJHG 2010 14/ME 24. GP Mat 13.

⁵⁹⁵ Ähnlich ME B-KJHG 2010 14/ME 24. GP Mat 16.

⁵⁹⁶ ME B-KJHG 2010 14/ME 24. GP Mat 16 f.

⁵⁹⁷ Vgl die Neuregelungen/Neuzielsetzungen ME B-KJHG 2010 14/ME 24. GP Mat 1.

Rechtsgrundlage und verweist lediglich auf die entsprechende Bestimmung des ABGB (§ 176 bzw § 215 ABGB).⁵⁹⁸

Das B-KJHG 2010 hätte mit 01.04.2010 in Kraft treten sollen (vgl § 46 (1) B-KJHG 2010), allerdings ist es derzeit ungewiss, wann⁵⁹⁹ und ob überhaupt⁶⁰⁰ das Gesetz in Kraft tritt/treten wird.

IX. RESÜMEE

Trotz der Unsicherheit hinsichtlich des B-KJHG 2010 ist unzweifelhaft, dass die Stellung des Kindes in den letzten Jahren bedeutend zugenommen hat.

Vor allem in der Lehre wird der JWT als Obsorgebetrauter hinsichtlich Pflege und Erziehung eher vernachlässigt, was sicherlich mitunter daran liegt, dass der JWT nur subsidiär mit der Obsorge zu betrauen ist. Zurecht höchst kritisiert werden von der Lehre, mit der stRsp der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts einhergehend, zwei Entscheidungen des OGH, wo dieser eine Maßnahme nach § 215 (1) S 2 ABGB als hoheitlich qualifiziert, was insoweit Probleme aufwirft, als dadurch ein Instanzenzug an den UVS eröffnet wäre, was bei gleichzeitiger Überprüfung der Maßnahme binnen acht Tagen durch das Pflegschaftsgericht zu einem verfassungsrechtlichen Problem führen würde. Außerdem übersieht der OGH, indem er das allgemeine Interesse höher als das Kindeswohl wertet, dass das oberste Gebot einer jeden jugendwohlfahrtsrechtlichen Maßnahme aber das Kindeswohl ist. Umstritten ist bei einem Teil der Lehre auch die acht-tägige Frist in § 215 (1) S 2 ABGB, weil sie mit Art 6 (1) letzter Satz PersFrG kollidiert, der eine Bestimmung in Verfassungsrang darstellt. Gänzlich umstritten ist, wer bei der freiwilligen vollen Erziehung der Träger der Obsorge ist. Hier wird man wohl der Meinung folgen, dass nur die faktische Ausübung auf den JWT übertragen wird, die Obsorge selbst aber bei den Erziehungsberechtigten bleibt. Eine andere Lösung wäre rechtlich nicht einwandfrei zu erklären. Von der Beantwortung dieser Rechtsfrage hängt vor allem die haftungsrechtliche Beurteilung ab, trotzdem bringt auch das B-KJHG 2010 keine Lösung.

⁵⁹⁸ ME B-KJHG 2010 14/ME 24. GP Mat 17.

⁵⁹⁹ Vgl in etwa Zak 2010/ 597, 351.

⁶⁰⁰ Auskunft von DDr. Schartner, Stolz & Schartner Rechtsanwälte GmbH, 30. August 2010.

Obwohl die Fälle, in denen der JWT Obsorgebetrauter ist, nur beschränkt sind, stellt seine Betrauung kein rechtliches Kuriosum dar, weswegen eine genauere rechtliche Ausgestaltung bzw Ausjudizierung, vor allem hinsichtlich der Pflege und Erziehung, ein wünschenswertes Ziel wären; zB hinsichtlich der Haftung, nämlich ob der JWT überhaupt nach § 1313a oder sowieso nur nach § 264 (2) ABGB, ggf analog, haftet; oder wer nun bei der freiwilligen vollen Erziehung nun tatsächlich Obsorgebetrauter ist. Wünschenswert ist auch, dass der OGH seine Judikaturlinie hinsichtlich der Qualifizierung einer Maßnahme nach § 215 (1) S 2 ABGB ändert und in Gleichklang mit der Rsp der Gerichtshöfe öffentlichen Rechts bringt. Nicht aufgrund des auf den ersten Blick anmutenden Rechtsschutzdefizits (das de facto nicht besteht, denn das Pflschaftsgericht hat ja über die Maßnahme zu entscheiden), sondern auch vor allem wegen der Haftung (nämlich dahingehend, ob das AHG anzuwenden ist). So lange die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts ihre Rsp nämlich auch nicht ändern, wird der UVS eine Maßnahmenbeschwerde zurückweisen (müssen). Dass sie diese ändern, ist eher unwahrscheinlich, denn immerhin verankerte der Gesetzgeber § 215 (1) S 2 ABGB in Kenntnis dieser Rsp in seiner derzeitigen Ausgestaltung.

LITERATURVERZEICHNIS

AK NÖ, Patientenrechte in Krankenanstalten und in der Psychiatrie, in Heimen und Pflegeeinrichtungen, in Institutionen der Behindertenhilfe mit Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht (2010).

Barth, Minderjährige Patienten im Konflikt mit ihren Eltern, *ÖJZ* 2002, 596.

Barth, Zwangsmaßnahmen an Minderjährigen in sozialpädagogischen Einrichtungen, *ÖJZ* 2006, 305.

Barth, Obsorge und Sachwalterschaft. Eine vergleichende Betrachtung der beiden Rechtsinstitute unter Berücksichtigung des SWRÄG 2006, *ÖA* 2007, 49.

Barth, Kinderschutz bei familiärer Gewalt, *iFamZ* 2008, 65.

Beck, Kindschaftsrecht (2009).

Ent/Frischengruber, Jugendwohlfahrtsrecht (1992).

Ent/Hopf, Die Neuordnung der persönlichen Rechtswirkungen der Ehe (1976).

Feil/Marent, Familienrecht. Kommentar (2007).

Fenyves/Welser (Hrsg), Klang-Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch. ABGB §§ 137 bis 186a Kindschaftsrecht³ (2000).

Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), Klang-Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch. ABGB §§ 137 - 267³ (2008).

Ferenci, Wer kümmert sich um uns? Zur Unterbringung von unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen, *ÖA* 2002, 62.

Ferrari/Hopf (Hrsg), Reform des Kindschaftsrechts (2001).

Fischer, Offene Fragen zu § 215 Abs 1 Satz 2 ABGB, *ÖA* 1994, 89.

Fuchs-Mair, Leitidee Kindeswohl. Aus dem Arbeits- und Organisationshandbuch der Bezirkshauptmannschaft Innsbruck-Land, *ÖA* 2001, 285.

Grabenwarter/Holoubek, Verfassungsrecht – Allgemeines Verwaltungsrecht (2009).

Hacker, Gerichtliche Obsorgeregelung für unbegleitete minderjährige Fremde. *ÖA* 2002, 108.

Harrer/Zitta (Hrsg), Familie und Recht (1992).

Hinteregger, Familienrecht⁴ (2009).

- Hjertonsson*, Unbegleitete Minderjährige im Asylwesen unterwegs – rechtliche und praxisbezogene Aspekte, ÖA 2006, 134.
- Holz-Dahrenstaedt*, „Flucht und Ankommen – jugendliche Flüchtlinge in Österreich“, ÖA 2002, 106.
- Hopf/Weitzenböck*, Schwerpunkte des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001 (1. Teil), ÖJZ 2001, 485.
- Hopf/Weitzenböck*, Schwerpunkte des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001, ÖJZ 2001, 530.
- Janko*, Ermessen in der öffentlichen Jugendwohlfahrt, ÖA 2004, 194.
- Jaksch-Ratajczak*, Rechtliche Rahmenbedingungen der Finanzierung schulischer und beruflicher Ausbildung von – insbesondere im Rahmen der Jugendwohlfahrt betreuten – Jugendlichen, ÖA 2004, 207.
- Jaksch-Ratajczak*, Zum Einsatz von Hilfspersonen in der Jugendwohlfahrt und damit zusammenhängenden haftungsrechtlichen Fragen, ÖA 2004, 248.
- Jaksch-Ratajczak*, Wer ist Träger der Obsorgerechte und –pflichten bei fremd untergebrachten Kindern im Rahmen freiwilliger Erziehungshilfe, ÖA 2005, 31.
- Jaksch-Ratajczak*, Von der Betrauung mit der Obsorge nach ABGB und JWG, EF-Z 2007/55, 85.
- Jausovec*, Das Besuchsrecht zwischen Eltern und Kindern (2009).
- Jugendwohlfahrtsbericht 2008, Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend.
- Kerschner*, Bürgerliches Recht. Band V. Familienrecht³ (2008).
- kija*, Zur Altersfeststellung unbegleiteter minderjähriger Flüchtlinge, ÖA 2007, 171.
- Klein*, Die Stellung des Jugendwohlfahrtsträgers aus der Sicht des § 215 Absatz 1, 1. Satz ABGB, ÖA 1990, 10.
- Klein*, Die Übertragung der Obsorge an den Jugendwohlfahrtsträger (§ 176a ABGB) und die elterlichen Mindestrechte (§ 178 ABGB), ÖA 1991, 35.
- Klein*, Das Pflegschaftsverhältnis und die rechtliche Stellung von Pflegeeltern (§§ 186 und 186a ABGB), ÖA 1992, 135.
- Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON 0.01 (www.rdb.at).
- Knoll*, Aus dem Rechtsalltag des Außerstreit- und Familienrichters. 1. Teil, RZ 1992, 246.
- Knoll*, Einzelthemen zur Verwaltung des Vermögens Minderjähriger, ÖA 2003, 97.
- Köck*, Vom Elternrecht zum Recht der nächsten Familienangehörigen. Folgerungen aus Art 8 MRK, ÖJZ 1995, 481.

Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Textsammlung und Kommentar III (1999).

Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB² (2007).

Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I. Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht¹³ (2006).

Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II. Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht¹³ (2007).

Leeb/Prietl, Die Mindestrechte des nicht Obsorgeberechtigten (§ 178 ABGB), ÖJZ 1995, 613.

Loderbauer (Hrsg), Kinder- und Jugendrecht³ (2004).

Loderbauer (Hrsg), Recht für Sozialarbeit (2009).

Maleczky, Zur Strafbarkeit der „G’sundn Watschn“, ÖJZ 1993, 625.

Maleczky, Erziehung und Strafrecht. Erziehungsalltag strafrechtlich betrachtet⁴ (2010).

Meysen, Das Recht zum Kinderschutz in Deutschland und Österreich: ein Vergleich, ÖA 2008, 3.

Neumayer, Ist Fremdunterbringung noch finanzierbar?, ÖA 2004, 11.

Pichler, Gedanken zum Entwurf eines neuen JWG und des zivilrechtlichen Begleitgesetzes hierzu, ÖA 1987, 36.

Posch/Hilweg, Qualitätsstandards für die Betreuung von fremd untergebrachten Kindern in Europa. „Quality4Children“ – Ein europäisches Projekt, ÖA 2005, 26.

Raschauer, Zur Rechtsstellung der freien Jugendwohlfahrtsträger, ÖA 2002, 157.

Rixen, Das todkranke Kind zwischen Eltern und Arzt, MedR 1997, 351.

Rosza, Leserbrief zur Abhandlung „Wer ist Träger der Obsorgerechte und –pflichten bei fremd untergebrachten Kindern und Jugendlichen im Rahmen der freiwilligen Erziehungshilfe?“ von Mag. Dr. Wojciech Jaksch-Ratajczak in Folge 183 (ÖA 2005, 31), ÖA 2005, 140.

Rummel (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I §§ 1 – 1174³ (2000).

Rummel (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II. 1. Teilband §§ 1175 - 1502³ (2002).

Rummel, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch. 1. Ergänzungsband zur 3. Auflage. KindRÄG 2001 (2003).

Sautner, Die religiös motivierte Verweigerung der ärztlichen Heilbehandlung bei Minderjährigen. Die Problematik der Bluttransfusionen bei den Zeugen Jehovas, JAP 1999/2000, 14.

Schuchter, Das neue österreichische Kindschaftsrecht, FamRZ 1979, 882.

Schwimann, Das Kindschaftsrecht-Änderungsgesetz - eine Melodie mit verpatzter Orchestrierung, NZ 1990, 218.

Schwimann/Verschraegen (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³ (2005).

Schwimann/Weitzenböck, Über den Hoheitsverwaltungscharakter der Maßnahme nach § 215 Abs 1 Satz 2 ABGB, ÖA 2006, 9.

Slanec, Leistungen der staatlichen (öffentlichen) Jugendwohlfahrt, ÖA 1998, 56.

Spitzenberger, Eltern befähigen oder kontrollieren?, ÖA 2007, 41.

Streinesberger, Ist die Betreuung Minderjähriger in „Geschlossenen Regelkreisen“ zulässig?, ÖA 1995, 16.

Stockart-Bernkopf, Jugendwohlfahrtsgesetz 1989, ÖA 2000, 55.

Thaler, Rechtsinformation: Maßnahmen der Jugendwohlfahrt, Pflege und Adoption 01/2005, 12.

UNHCR, Richtlinien über allgemeine Grundsätze und Verfahren zur Behandlung asylsuchender Minderjähriger (1997) 2, http://www.unhcr.at/fileadmin/unhcr_data/pdfs/recht_sinformationen/1_International/3_Asylverfahren/04_Besondere_Groupen/02_UNHCR-RL_UMF.pdf?PHPSESSID=8d27e9e34973e8d99d54396646b55a7a (02.12.2010).

Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹⁰ (2007).

Weber, Leserbrief zu „Zum Einsatz von Hilfspersonen in der Jugendwohlfahrt und den damit zusammenhängenden haftungsrechtlichen Fragen“ von Univ.-Ass. Dr. Wojciech Jaksch-Ratajczak in ÖA 2004, 248, ÖA 2005, 30.

Wienerroither, Anmerkung zur Entscheidung 1 Ob 40/05w des Obersten Gerichtshofs, ÖA 2005, 311.

Wienerroither, Nochmals: Wer ist Träger der Obsorgerechte und –pflichten bei freiwilliger voller Erziehung?, ÖA 2006, 79.

Wilhelm, Das Willkürverbot bei Übernahme in die Bundesbetreuung. Eine Besprechung der E des OGH, 1 Ob 272/02k, migraLEX 2003, 74.

Zoller-Mathies/Madner, Zahlen, Daten, Fakten in der Jugendwohlfahrt am Beispiel Fremdunterbringungen, ÖA 2006, 175.

<http://www.kija.at/sbg/info/jugendschutz.htm> (17.10.2010).

http://www.seebald.at/index.php?option=com_content&view=article&id=7&Itemid=6&lang=de (18.07.2010). Benutzername: Ferrari01. Passwort: CaHa

http://www.uibk.ac.at/zivilrecht/buch/kap4_0.xml ?section =1;section-view=true (28.09.2010).

ANHANG

Interview mit Dr. Andrea Hohenwarter, Stadtjugendamt Salzburg, am 16.07.2010

EP = Eva-Maria Pfandlsteiner

AH = Dr. Andrea Hohenwarter

EP: Weswegen ich mich ursprünglich an Sie gewendet habe, war die Frage, ob es einen Rechtsanspruch auf Erziehungshilfen gibt?

AH: Meiner Meinung nach ergibt sich dieser Rechtsanspruch direkt aus dem gesetzlichen Auftrag des JWT, nämlich aus § 1 JWG.

Diesen Rechtsanspruch gibt es jedoch nicht für freiwillige Erziehungshilfen, denn da bestimmt § 29 JWG und außerdem auch § 41 Sbg JWO, dass es sich bei einer freiwilligen Erziehungshilfe um eine schriftliche Vereinbarung zwischen JWT und Eltern handelt, es handelt sich folglich um einen Vertrag. Es existiert also kein Rechtsanspruch auf die Gewährung einer freiwilligen Erziehungshilfe und schon gar nicht existiert ein Rechtsanspruch auf eine bestimmte Erziehungshilfe. Wenn aber eine freiwillige Erziehungshilfe notwendig wäre und seitens der Eltern scheitern würde, wäre eine mögliche Konsequenz eine Maßnahme nach § 215 (1) ABGB (Gefahr im Verzug).

EP: Ich hätte auch noch eine Frage zu § 211 ABGB: Die Lehre sowie auch der OGH vertreten die Meinung, dass dieser Paragraph nur für österreichische Kinder anzuwenden ist. Aber wie schaut das mit der Staatsbürgerschaft und gefundenen Babys aus? Die lässt sich doch nicht feststellen?

AH: § 211 ABGB erfasst die Fälle der anonymen Geburt und außerdem noch die Babyklappenkinder. In diesem Zusammenhang wurde auch § 197 StGB gestrichen. Da bei der anonymen Geburt keine Daten von der Mutter aufgenommen werden und sie auch überhaupt keine Angaben macht und man bei einem Babyklappenkind nichts über die Mutter feststellen kann, erhalten diese Kinder ex lege die österreichische Staatsbürgerschaft.

EP: Okay, diese Kinder erhalten die österreichische Staatsbürgerschaft ex lege... und was ist, wenn ein Kind gefunden wird, die österreichische Staatsbürgerschaft erhält und dann kommt die Mutter, stellt einen Antrag auf

Übertragung der Obsorge... und sie ist z.B. Serbien. Was passiert dann mit der Staatsbürgerschaft?

AH: Wenn sich die Mutter innerhalb eines halben Jahres meldet, dann ihre Identität nachweisen kann und dann einen Antrag auf Übertragung der Obsorge stellt, der nach § 250 ABGB ja notwendig ist, wird das Thema der Staatsbürgerschaft überhaupt erst aktuell... Die meisten dieser Kinder werden aber sowieso adoptiert und das ist aber auch erst nach einem halben Jahr möglich.

EP: Es gibt eine Mindermeinung, nach der § 211 ABGB auch auf sogenannte unbegleitete minderjährige Flüchtlinge anzuwenden wäre, da die Kinder ja quasi in Österreich gefunden werden.

AH: Das „gefunden“ bezieht sich auf den Zeitpunkt der Geburt. Für umF gilt, so lange sie noch kein Asyl haben, § 9 (2) bzw (1) IPRG, da ihre Staatsangehörigkeit ja nachgewiesen werden kann.

EP: Der JWT ist also nur mit der Vertretung im Asylverfahren betraut? Wer ist aber dann Obsorgebetrauter?

AH: Gleichzeitig mit dem Asylantrag wird die Obsorge vom JWT für diesen umF beantragt, allerdings ist das kein Fall vom § 211 ABGB.

Aber um noch einmal auf den Rechtsanspruch zu sprechen zu kommen: Kann man auf eine faktische Amtshandlung nach § 215 (1) ABGB einen Rechtsanspruch haben? Ist das möglich? Es herrscht aber meines Wissens ein Streit darüber, ob Maßnahmen nach § 215 (1) ABGB faktische Amtshandlungen sind oder nicht.

EP: Ja genau, der OGH sagt hoheitlich, der VfGH, VwGH, UVS und die herrschende Lehre sagen nichthoheitlich.

AH: Die JWT Österreichs vertreten die Meinung, dass es sich bei § 215 ABGB um keine faktische Amtshandlung handelt. Meiner persönlichen Meinung nach handelt es sich aber sehr wohl um eine, denn der Eingriff ist sehr gravierend, ähnelt einer Festnahme.

Und was den Rechtsanspruch angeht... Der JWT hat eine Verpflichtung einzugreifen, wenn das Kindeswohl gefährdet ist, aber ob man daraus einen Rechtsanspruch ableiten kann, ist für mich fraglich!

Interview mit CJ, einem ehemaligen Pflegekind, am 16.09.2010

EP = Eva-Maria Pfandlsteiner

CJ = ein ehemaliges Pflegekind, das anonym bleiben möchte

CJ war 16 Jahre alt, als sie von zu Hause weg lief. Die Zustände in ihrer Familie waren für sie nicht mehr tragbar, weswegen sie keinen anderen Ausweg mehr sah. Sie kehrte allerdings wieder nach Hause zurück, was jedoch nicht von Erfolg gekrönt war: Nach 10 Monaten musste der Jugendwohlfahrtsträger eingreifen und brachte sie zu einer Pflegefamilie.

EP: Du hast schon Erfahrungen mit der Jugendwohlfahrt gemacht. Wie ist es dazu gekommen?

CJ: Als ich 16 Jahre alt war, bin ich von daheim weg gelaufen und bei einer Freundin untergekommen... Ihre Mutter ging mit mir dann zur Jugendwohlfahrt.

EP: Wie hat der JWT daraufhin reagiert? Was haben sie unternommen?

CJ: Zuerst haben sie ein Gespräch mit mir geführt, mich ermutigt meine Eltern anzurufen und ihnen zu sagen, wo ich bin. Danach haben sie erst die Zuständigkeit geklärt; da das Jugendamt dort nicht zuständig war, wurde mein Fall an mein Heimatbundsland und dort an die zuständige Bezirksverwaltungsbehörde verwiesen.

EP: Was geschah weiter?

CJ: Ich hatte nicht vor, zu meiner Familie zurückzugehen. Aus diesem Grund mussten sie mich für etwa eine Woche in einer Kriseninterventionsstelle in Wien aufnehmen. Dort fand eine Helferkonferenz statt, bei der SozialarbeiterInnen, PädagogInnen und mein Vater beteiligt waren. Meine Mutter kam der Einladung nicht nach...

EP: Du gingst dann also wieder zurück? Wie ging es weiter? Hat sich das Jugendamt weiterhin um dich gekümmert, als du wieder daheim warst?

CJ: Ja. Das nennt sich Ambulanter Dienst. Ich bekam jede Woche Besuch und wir führten Gespräche über die derzeitige Lage in meiner Familie. Meine Eltern wollten daran nie teilnehmen...

EP: Wie reagierte die Jugendwohlfahrt darauf, dass deine Eltern nicht teilnahmen? Haben sie irgendwie interveniert bzw wann mussten sie intervenieren?

- CJ: Zuerst haben sie das toleriert... Als die Krise mit meinen Eltern einen neuerlichen Höhepunkt erreichte, suchte die Leiterin der Jugendwohlfahrt – diese hatte meinen Fall übernommen – das Gespräch mit meinen Eltern. Allerdings waren meine Eltern sehr unkooperativ. Sie haben das alles nicht ernst genommen, sie haben Fragen ignoriert oder sind überhaupt weg gegangen.
- EP: Und was passierte dann?
- CJ: Ich habe gesagt, dass ich aus meiner Familie weg muss... Die Mitarbeiterin der Jugendwohlfahrt hat dann die Herausnahme aus der Familie eingeleitet. Ich wurde in einer Pflegefamilie fremduntergebracht.
- EP: Gegen den Willen deiner Eltern?
- CJ: Die Sozialarbeiterin versuchte mehrmals das Einverständnis meiner Eltern zu erwirken, da andernfalls gerichtliche Wege hätten eingeschlagen werden müssen. Schließlich gaben meine Eltern das Einverständnis.
- EP: Wer war schlussendlich der Träger der Obsorge?
- CJ: Ich habe damals im Hilfsplan nachgelesen, allerdings bin ich mir nicht mehr sicher. Ich glaube, es war die Jugendwohlfahrt.
- EP: Okay... die Obsorge hatte der Jugendwohlfahrtsträger, du warst aber bei Pflegeeltern. Wie lief es ganz praktisch ab, dass du zu ihnen gekommen bist?
- CJ: Ich wurde an dem Tag von der Sozialarbeiterin abgeholt, sie überredete meine Eltern zu unterschreiben und fuhr mich und meine Sachen zur Pflegefamilie.
- EP: Kannst du deine Pflegefamilie schon vorher? Wie lange vorher wurde dir gesagt, dass du zu einer Pflegefamilie kommst?
- CJ: Wir haben sie ca eine Woche vorher schon mal besucht... ein Kennenlernetreffen.
- EP: Ach so... das war also um herauszufinden, ob ihr überhaupt zusammen passt?
- CJ: Genau! Vorher wurde mir noch gesagt, dass sich eine Pflegefamilie zur Verfügung gestellt hat.
- EP: Und was wäre aus dir geworden, wenn keine Pflegefamilie gefunden worden wäre?
- CJ: Ich wäre in eine Jugenderziehungseinrichtung gekommen.
- EP: War die Pflegefamilie in der Nähe deines Heimatortes? Wurdest du aus deiner gewohnten Umgebung gerissen?

- CJ: Nein wurde ich nicht. Die Pflegefamilie wohnte im Nachbarort und mir war es dadurch möglich, weiterhin meine Schule zu besuchen...
- EP: Wie lief das in der Pflegefamilie ab? Wie verlief die Integration? Und hattest du danach noch Kontakt zu deinen Eltern?
- CJ: Meine Eltern brachen den Kontakt zu mir ab, als ich wegzog, aber die Integration in der neuen Familie fand sehr schnell statt.
- EP: Es war also eine familienähnliche Situation?
- CJ: Ja, es war warm und familiär.
- EP: Mussten deine Eltern noch Unterhalt leisten? Kostenersatz?
- CJ: Meine Eltern zahlten keinen Unterhalt, weil sie unter einer bestimmten Grenze verdienten. Die Jugendwohlfahrt ersetzte also den Unterhalt... Meine Pflegeeltern bekamen Pflegegeld und die Familienbeihilfe.
- EP: Und wie war es, als du 18 Jahre alt wurdest? Du warst ja dann erwachsen. Die Erziehungshilfe wäre ja dann beendet gewesen. Was geschah danach?
- CJ: Die Maßnahme wurde erweitert, da ich noch zur Schule ging. Erweitert wurde sie bis zur Vollendung der Schule.
- EP: Wie ist dein Verhältnis heute zu deinen Pflegeeltern? Hast du noch viel Kontakt zu ihnen?
- CJ: Mein Verhältnis zu ihnen ist sehr gut und ich habe noch regelmäßig Kontakt zu ihnen. Sie haben mir zwar nach der Schule keinen Unterhalt mehr geleistet, aber sie haben mich in jeder anderen Hinsicht immer unterstützt und so behandelt wie ein eigenes Kind. Sie helfen mir bei allen Problemen, fördern mich bei Auslandsreisen und Umzügen, Gründung einer eigenen Familie usw.
- EP: Und hast du zu deinen leiblichen Eltern wieder Kontakt?
- CJ: Ja, habe ich seit zwei Jahren wieder...
- EP: Wie ist es dazu gekommen?
- CJ: Sie haben bei meiner Schwester immer wieder nach mir gefragt und diese hat mich schließlich kontaktiert.
- EP: Und wie geht es dir heute? Nach deiner schwierigen Jugend?
- CJ: Gut! Ich bin viel ruhiger geworden. Ich bin sesshaft geworden, habe geheiratet und eine Familie gegründet. Mein Leben hat durch die Geburt meiner Tochter eine Wende erfahren.
- EP: Danke für das Interview!