

Diplomarbeit

zur Erlangung des akademischen Grades
einer Magistra iuris
an der rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Karl-Franzens-Universität Graz

Obsorgeentzug nach Verdacht auf Kindesmisshandlung

eingereicht von

Jutta Maria Frießnegger

bei

o.Univ.-Prof. Dr. iur. Monika Hinteregger

Graz im Juni 2011

Ehrenwörtliche Erklärung

Ich versichere, dass ich die eingereichte Diplomarbeit selbständig verfasst, andere als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel nicht benutzt und mich auch sonst keiner unerlaubten Hilfsmittel bedient habe. Ich versichere ferner, dass ich diese Diplomarbeit bisher weder im In- noch im Ausland in irgendeiner Form als wissenschaftliche Arbeit vorgelegt habe.

Graz, im Juni 2011

.....

INHALTSVERZEICHNIS

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	V
1. Einleitung	1
2. Grundsätzliches zur Obsorge	4
2.1 Begriffsdefinition	4
2.2 Obsorgeberechtigung	7
2.2.1 Primär mit der Obsorge betraute Personen	7
2.2.1.1 Obsorge für eheliche Kinder	7
2.2.1.2 Obsorge für uneheliche Kinder	8
2.2.1.3 Obsorge nach Scheidung, Aufhebung und Nichtigerklärung der Ehe	9
2.2.2 Sekundär mit der Obsorge betraute Personen	12
2.2.2.1 Verhinderung bei Obsorge beider Eltern	12
2.2.2.2 Verhinderung bei alleiniger Obsorge	13
2.2.2.3 Verhinderung beider Elternteile	14
2.2.2.4 Pflegeeltern.....	16
2.2.2.5 Obsorge einer anderen Person.....	19
2.2.2.5.1 Wegfall der Verhinderung.....	20
2.2.2.5.2 Übergabe des Vermögens, der Urkunden und Nachweise.....	20
2.3 Inhalt der Obsorge	21
2.3.1 Pflege und Erziehung	21
2.3.2 Vermögensverwaltung	23
2.3.3 Gesetzliche Vertretung	24
3. Das Kindeswohl	28
3.1 Der Begriff „Kindeswohl“ im Kindschaftsrecht	28
3.2 Die Funktionen des Kindeswohls.....	30
3.2.1 Das Kindeswohl als Eingriffslegitimation	30
3.2.2 Das Kindeswohl als Entscheidungsmaßstab	30
3.2.3 Das Kindeswohl als Verfahrensrichtlinie und legislatorische Handlungsmaxime ..	32
3.2.4 Das Kindeswohl in der Rechtsprechung	33

4. Die gewaltfreie Erziehung des Kindes	34
4.1 Die UN-Konvention über die Rechte des Kindes (KRK)	34
4.1.1 Entstehung	35
4.1.2 Allgemeine Charakteristik der Rechte des Kindes	36
4.1.3 Systematik, Aufbau und grundlegende Bestimmungen	37
4.1.4 Umsetzung in Österreich und das Bundesverfassungsgesetz über die Rechte der Kinder	39
4.1.5 Implementierung und Sanktionierung von Verstößen	42
4.2 Das Gewaltverbot des § 146a ABGB	42
4.2.1 Rückblick	42
4.2.2 Gehorsamspflicht – elterliches Durchsetzungsrecht – Züchtigungsverbot	43
4.2.2.1 Anordnungsbefugte	43
4.2.2.2 Welche Anordnungen lösen eine „Folgepflicht“ des Kindes aus?	44
4.2.2.3 Durchsetzung der Anordnungen	45
4.2.2.4 Anwendung von Gewalt	46
4.2.2.5 Zufügung körperlichen oder seelischen Leides	47
4.2.2.6 Umsetzung des Prinzips der gewaltfreien Erziehung in der Praxis	49
4.3 Schutzpflicht von erwachsenen Haushaltsangehörigen gemäß § 137 Abs 4 ABGB ...	50
5. Entziehung und Einschränkung der Obsorge	52
5.1 Achtung des Privat- und Familienlebens gemäß Art 8 EMRK	52
5.1.1 Allgemeines	52
5.1.2 Schutzbereich Familienleben	53
5.1.3 Eingriffe in familiäre Beziehungen	54
5.1.4 Rechtfertigung	55
5.1.5 Ausgewählte Urteile und Entscheidungen des EGMR	56
5.1.5.1 R.K. und A.K. gg das Vereinigte Königreich	56
5.1.5.2 L gg Finnland	57
5.1.5.3 Mousbach Remmo und Sapha Uzunkaya gg Deutschland	57
5.1.5.4 K.T. gg Norwegen	58
5.2 Entziehung oder Einschränkung der Obsorge nach § 176 ABGB	59
5.2.1 Allgemeines	59
5.2.2 Eingriffsobjekt und Eingriffsvoraussetzungen	60
5.2.3 Misshandlung des Kindes als Indikator für eine Kindeswohlgefährdung	65

5.2.4	Obsorgeentzug nach Verdacht auf Kindesmisshandlung?	67
5.2.4.1	Entscheidung des OGH vom 25.04.1991 – 6 Ob 544/91	68
5.2.4.2	Entscheidung des OGH vom 21.06.2006 – 7 Ob 47/06x	69
5.2.4.3	Entscheidung des OGH vom 26.03.2009 – 6 Ob 18/09d	70
5.2.5	Gerichtliche Maßnahmen im Einzelnen	72
5.2.5.1	Allgemeines	72
5.2.5.2	Entziehung der Obsorge	74
5.2.5.3	Verhaltensanordnungen an die obsorgebetrauten Personen	75
5.2.5.4	Vorläufige Maßnahmen	76
5.2.5.5	Ersatz gesetzlich vorgesehener Einwilligungs- oder Zustimmungsrechte ...	78
5.2.6	Verfahrensrechtliche Aspekte	79
5.2.7	Maßnahmen des Jugendwohlfahrtsträgers	80
5.2.8	Wiederherstellung der elterlichen Obsorge	81
5.2.9	Folgen der Obsorgeentziehung	82
5.2.9.1	Übertragung der entzogenen Obsorgerechte	82
5.2.9.2	Einschränkung bzw. Untersagung der Mindestrechte?	83
5.2.9.2.1	Das Recht auf persönlichen Verkehr	83
5.2.9.2.2	Informations- und Äußerungsrechte	87
6.	Prävention und Intervention bei Kindesmisshandlung	91
6.1	Kinderschutzgruppen	91
6.1.1	Aufgaben und Zusammensetzung der Kinderschutzgruppe	91
6.1.2	Konkretes Vorgehen bei Verdacht auf Kindesmisshandlung	92
6.2	Kinderschutzzentren	93
6.3	Kinder- und Jugendanwaltschaften	94
7.	Die ärztliche Anzeigepflicht bei Verdacht auf Kindesmisshandlung	96
7.1	Allgemeines	96
7.2	Anzeigepflicht bei Verdacht auf Misshandlung, Quälen, Vernachlässigung und sexuellen Missbrauch	98
7.3	Anzeigepflicht bei Verdacht auf schwere Körperverletzung	100
7.4	Anzeigepflicht bei Verdacht auf leichte Körperverletzung	101
7.5	Anzeigepflicht bei Tod	101

8. Meldungen an den Jugendwohlfahrtsträger.....	102
8.1 Personenbezogene Datenerfassung gemäß § 2 Abs 4 JWG.....	102
8.2 Meldepflicht nach § 37 JWG	102
9. Schlussbetrachtung	105
9.1 Zusammenfassung.....	105
9.2 Ausblick	107
INHALTSVERZEICHNIS	X

Abkürzungsverzeichnis

A

aA	anderer Ansicht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, JGS 946 idF BGBl I 2009/75
Abs	Absatz
aF	alte Fassung
Anm	Anmerkung
Art	Artikel
ÄrzteG	Ärztegesetz 1998, BGBl I 1998/169 idF BGBl I 2009/62
AußStrG	Außerstreitgesetz, BGBl I 2003/111 idF BGBl I 2009/75

B

BG	Bundesgesetz
BGBl	Bundesgesetzblatt
B-KJHG	Bundes-Kinder- und Jugendhilfegesetz 2010
BlgNR	Beilage(-n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
BM	Bundesminister/in, Bundesministerium
BMGFJ	BM für Gesundheit, Familie und Jugend
BMWFJ	BM für Wirtschaft, Familie und Jugend
bspw	beispielsweise
BVG	Bundesverfassungsgesetz
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz 1920 idF von 1929, BGBl 1930/1 idF BGBl I 2009/47
bzw	beziehungsweise

D

dh	das heißt
----	-----------

E

E	Entscheidung
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EFSIlg	Ehe- und familienrechtliche Entscheidungen
EF-Z	Zeitschrift für Ehe- und Familienrecht
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EheG	Ehegesetz, dRGBI 1938 I 807 idF BGBI I 2009/75
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention, BGBI 1958/210 idF BGBI III 2002/179
etc	et cetera
EO	Exekutionsordnung, RGBI 1896/79 idF BGBI I 2009/75
ErgBd	Ergänzungsband
ErlRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in Österreichische Juristen-Zeitung

F

f	und der, die folgende
FamErbRÄG 2004	Familien- und Erbrechts-Änderungsgesetz 2004, BGBI I 58
FamRÄG 2009	Familienrechts-Änderungsgesetz 2009, BGBI I 75
FamZ	siehe iFamZ
FamRZ	(deutsche) Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
ff	und der, die folgenden
FN	Fußnote

G

GP	Gesetzgebungsperiode
----	----------------------

H

Hrsg	Herausgeber, -in
HS	Halbsatz

I

IA	Initiativantrag
idF	in der Fassung
idgF	in der geltenden Fassung
idS	in diesem Sinne
Immolex	neues Miet- und Wohnrecht
iSd	im Sinn des, - der
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit

J

JA	Justizausschuss
JAB	Justizausschussbericht
JAP	Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung
JBl	Juristische Blätter
JWG	Jugendwohlfahrtsgesetz, BGBl 1989/161 idF BGBl I 2007/41
JWT	Jugendwohlfahrtsträger

K

KAKuG	Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz, BGBl 1957/1 idF BGBl I 2008/49
KindG	Kindschaftsrechts, BG über die Neuordnung des-, BGBl 1977/403
KindRÄG 1989	Kindschaftsrecht-Änderungsgesetz, BGBl 1989/162
KindRÄG 2001	Kindschaftrechts-Änderungsgesetz 2001 BGBl I 2000/135 idF BGBl I 2003/29
krit	kritisch
KRK	Übereinkommen über die Rechte des Kindes BGBl 1993/7
KSG	Kinderschutzgruppe

L

LG	Landesgericht
LGZ	Landesgericht für Zivilrechtssachen

lit	litera (Buchstabe)
M	
ME	Ministerialentwurf
mE	meines Erachtens
mwN	mit weiteren Nachweisen
N	
Nr	Nummer
NZ	Österreichische Notariatszeitung
O	
ÖA	Der Österreichische Amtsvormund
ÖÄZ	Österreichische Ärztezeitung
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
R	
RdM	Recht der Medizin (1994 ff)
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
RGBI	Reichsgesetzblatt
Rsp	Rechtsprechung (iSv Judikatur)
RV	Regierungsvorlage
RZ	Österreichische Richterzeitung
Rz	Randzahl
S	
S	Satz
StGB	Strafgesetzbuch, BGBl 1974/60 idF BGBl I 2009/52
StPO	Strafprozessordnung, BGBl 1975/631 idF BGBl I 2009/52
stRsp	ständige Rechtsprechung
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- (und Justizverwaltungs-) sachen

U

U	Urteil
ua	unter anderem, und andere
uam	und andere mehr
UNO	United Nations Organization (Organisation der Vereinigten Nationen)
uva	und viele(s) andere
uvam	und viele andere mehr

V

VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes
vgl	vergleiche

W

WMW	Wiener Medizinische Wochenschrift
Wobl	Wohnrechtliche Blätter

Z

Z	Zahl, Ziffer
Zak	Zivilrecht aktuell (2005 ff)
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht
ZPEMRK	Zusatzprotokoll zur Europäischen Menschenrechtskonvention
ZPO	Zivilprozessordnung, RGrB 1895/113 idF BGBl I 2009/75

„Der Mensch schuldet dem Kind das Beste, was er zu geben hat“.

Uno-Deklaration zum Schutz des Kindes

1. Einleitung

Im Allgemeinen wird von der Prämisse ausgegangen, dass die Eltern die Interessen ihrer Kinder wahrnehmen, ihren physiologischen und psychologischen Bedürfnissen gerecht werden, dass sie ihren Kindern Respekt, Verständnis, Fürsorge entgegenbringen, sie vor negativen Einflüssen abschirmen und freilich gewaltfrei erziehen, um ihnen die Möglichkeit zur Entfaltung ihrer Persönlichkeit zu geben und damit diese zu glücklichen, zufriedenen und selbstständigen Menschen heranwachsen können.¹

Bedauerlicherweise hat jedoch nicht jedes Kind das Glück, in einem intakten und gewaltfreien Familienumfeld heranzuwachsen. Das Thema Kindesmisshandlung und Kindesmissbrauch ist heutzutage medial permanent aktuell und trauriger Bestandteil unserer Realität.² Laut einer Studie aus dem Jahre 1994 haben 85 % aller Mädchen und 90,5 % aller Jungen zwischen 10 und 15 Jahren bereits irgendeine Form der Gewalt durch ihre Eltern erfahren müssen.³

Insbesondere jene Fälle, in denen ein Missbrauchsvorwurf im Raum steht, entsprechende Beweise jedoch nicht erbracht werden können, stellen besondere Anforderungen an das Pflschaftsgericht. So ist es keine Seltenheit, dass versucht wird, Misshandlungsfälle zu verschweigen oder dass ein Elternteil bei einem Sorgerechtsstreit gegen den anderen schwere Vorwürfe des sexuellen Missbrauchs erhebt. Es stellt sich sodann die Frage, ob die unverzügliche Herausnahme des Kindes aus seinem Familienverband rechtmäßig bzw eine derartige Maßnahme zu dessen Schutz erforderlich ist. Die vorliegende Arbeit greift daher die Frage auf, wann bzw unter welchen Umständen der Staat zum Schutz des Kindeswohls berechtigt ist, in das durch Art 8 EMRK geschützte Familienleben einzugreifen. Das Ziel dieser Arbeit ist es, einen Überblick über die derzeit geltende Rechtslage zum Thema Obsorgeentzug nach Verdacht auf Kindesmisshandlung und die in diesem Zusammenhang relevanten Fragestellungen zu geben.⁴

¹ Vgl *Haybäck*, Staat, Recht und Kindeswohl. Einige sozialwissenschaftliche Überlegungen unter Berücksichtigung der österreichischen Situation, ÖA 1993, 4 (4).

² Vgl *Friedrich*, Kindesmisshandlung und Kindesmissbrauch, ÖA 2000, 5 (5).

³ *Bundesministerium für Sicherheit und Generationen* (Hrsg), Gewaltbericht 2001 (2002) 16 mwN; zu einer umfangreichen Studie aus dem Jahre 2009 siehe *Bundesministerium für Wirtschaft, Jugend und Familie* (Hrsg), Familie - Kein Platz für Gewalt (?) 20 Jahre gesetzliches Gewaltverbot in Österreich (2009) *passim*.

⁴ Vgl *Aichinger*, Obsorgeentzug nach Verdacht auf Kindesmisshandlung. Aus Anlass der OGH-E 6 Ob 18/09d = Zak 2009/326, 215, Zak 2010/136, 86 (86).

Die Arbeit ist folgendermaßen aufgebaut:

Um sich der Problemstellung der Arbeit anzunähern, wird in Kapitel 2 die Obsorge definiert, die für den Rahmen dieser Arbeit relevanten Obsorgeregelungen dargestellt und auf die primär und sekundär mit der Obsorge betrauten Personen eingegangen. Ein kurzer Überblick über den Inhalt der Obsorge rundet dieses Kapitel ab.

In Kapitel 3 wird auf den unbestimmten Rechtsbegriff des Kindeswohls und seine Funktionen im Kindschaftsrecht Bezug genommen.

Im Anschluss daran, werden in Kapitel 4 die Schutznormen vor Gewalt, nämlich die UN-Konvention über die Rechte des Kindes, das in § 146a ABGB normierte Gewaltverbot sowie die Schutzpflicht von erwachsenen Haushaltsangehörigen gemäß § 137 Abs 4 ABGB dargestellt.

Kapitel 5 beschäftigt sich mit dem Grundrecht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gemäß Art 8 EMRK sowie § 176 ABGB, der zentralen Norm im Bezug auf die Einschränkung und Entziehung der Obsorge. Hier werden anhand der aktuellen Rsp die im Gesetz normierten Eingriffsvoraussetzungen in die elterlichen Rechte skizziert. Darüber hinaus wird der Problemkreis, der sich einerseits aus der Wahrung des Grundrechts auf Achtung des Familienlebens und andererseits der Entfernung des Kindes ergibt, aufgezeigt, wobei das Hauptaugenmerk auf gerichtliche Entscheidungen gelegt wird. Dabei werden auch wesentliche verfahrensrechtliche Fragestellungen kurz aufgegriffen sowie die dem Gericht und der öffentlichen Jugendwohlfahrt zur Verfügung stehenden Instrumentarien dargelegt. Anschließend werden die Möglichkeit der Rückübertragung entzogener Obsorgerechte sowie die Folgen der Obsorgeentziehung behandelt. An dieser Stelle wird auf die eventuelle Einschränkung bzw Untersagung der elterlichen Mindestrechte genauer eingegangen.

In Kapitel 6 wird die Rolle ausgewählter Institutionen und Hilfseinrichtungen und deren Bedeutung hinsichtlich Prävention und Intervention bei Kindesmisshandlung beleuchtet.

Um Kindesmisshandlungen zu verhindern bzw so früh wie möglich darauf aufmerksam zu werden, existieren im Gesetz verschiedene Melde- und Anzeigepflichten. Kapitel 7 widmet sich daher der ärztlichen Anzeigepflicht.

In Kapitel 8 wird schließlich die Aufgabe der öffentlichen Jugendwohlfahrt im Falle eines Verdachts auf Kindesmisshandlung kurz dargestellt.

Den Abschluss der vorliegenden Arbeit bildet ein Resümee, welches eine Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse beinhaltet und die Arbeit mit einem kurzen Ausblick enden lässt.

2. Grundsätzliches zur Obsorge

Da Erläuterungen zum Begriff der Obsorge und Fragen der Obsorgeberechtigung sowie eine inhaltliche Darstellung der Obsorge für die Thematik der Obsorgeentziehung relevant sind, werden diese einleitend thematisiert. Um den Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht zu sprengen, wird jedoch auf eine umfassende Darstellung verzichtet bzw die Darstellung so weit wie möglich auf die für die Problemstellung dieser Arbeit wesentlichen Aspekte beschränkt.

2.1 Begriffsdefinition

Der Begriff **Obsorge** wurde erst durch das Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 1989⁵ in das ABGB eingeführt und ersetzt den komplizierten Terminus „der aus den familienrechtlichen Beziehungen zwischen Eltern und minderjährigen Kindern erfließenden rein persönlichen Rechte und Pflichten“. Im juristischen Jargon war auch von der „elterlichen Gewalt“ die Rede. Dieser Begriff wurde jedoch kritisiert, da das negativ behaftete Wort Gewalt aus dem Kindschaftsrecht verbannt werden sollte.⁶ Die Obsorge umfasst das gesamte personenrechtliche Fürsorgeverhältnis der Eltern gegenüber ihren minderjährigem Kindern,⁷ wozu *expressis verbis* die vier Teilbereiche Pflege, Erziehung, Vermögensverwaltung und gesetzliche Vertretung des Kindes zu zählen sind.⁸ Pflege und Erziehung sind im § 146 ABGB⁹ näher umschrieben, die Vermögensverwaltung ist in den §§ 149, 150 und die gesetzliche Vertretung in den §§ 154, 154a geregelt.

Die Obsorge ist nicht als ein gesetzlich definierter Bereich von Rechten zu verstehen, sondern bringt primär die besondere Verantwortung der Eltern oder sonst mit der Obsorge betrauten Personen gegenüber dem Kind zum Ausdruck. In den Augen des Gesetzgebers sollen die unter dem Begriff Obsorge zusammengefassten Befugnisse lediglich zur Bewältigung der sich daraus ergebenden Aufgaben dienen. Der Gesetzgeber des Kindschaftsrechts-

⁵ BGBl 1989/162; im Folgenden KindRÄG 1989.

⁶ *Schwimann*, Kindesunterhalt und elterliche Gewalt, in *Floretta* (Hrsg), Das neue Ehe- und Kindschaftsrecht (1979) 149 (162); *Hinteregger*, Familienrecht⁴ (2009) 189; *Fürst*, Mindestrechte von nicht obsorgeberechtigten Elternteilen, ÖA 1998, 89 (90).

⁷ ErIRV 60 BlgNR 14. GP 23.

⁸ *Verschraegen* in *Schwimann/Verschraegen* (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³ (2005) § 144 Rz 3.

⁹ Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB), JGS 946 idF BGBl I 2009/75; im Folgenden beziehen sich alle §§ ohne Gesetzesangabe auf das ABGB idgF.

Änderungsgesetzes 2001¹⁰ verdeutlichte diese besondere Pflichtenbindung auch durch die geänderte Terminologie. Seitdem besagt das Gesetz nicht mehr, dass die Obsorge den Eltern (oder anderen Personen) „zukommt“, sondern diese mit der Obsorge „betraut sind“.¹¹ Personen, denen das Gesetz diese Rechte oder Pflichten einräumt, werden als Obsorgeträger bezeichnet.¹²

Mit der Obsorge betraut sind in erster Linie die Eltern,¹³ sie kann jedoch ebenso den Großeltern, Pflegeeltern oder anderen geeigneten Personen einschließlich des JWT zukommen.¹⁴ Ein Verzicht auf die elterliche Obsorge ist rechtlich unmöglich.¹⁵

Alle Bereiche der Obsorge stehen unter dem obersten Leitgedanken des Kindeswohls, dh alle aus der Obsorge erfließenden Rechte und Pflichten müssen mit dem Kindeswohl im Einklang stehen.¹⁶

Alle Obsorgebetrauten sowie Personen, die durch Rechte oder Pflichten am Kindschaftsverhältnis beteiligt sind, haben iSd **Wohlverhaltensgebots** des § 145b zur Wahrung des Kindeswohls alle Handlungen zu unterlassen, die das Verhältnis des Kindes zu anderen Personen, denen gegenüber dem Kind Rechte oder Pflichten zukommen, beeinträchtigen oder deren Aufgabenerfüllung erschweren könnten.¹⁷ Sanktionen bei Verletzungen des Wohlverhaltensgebots werden in § 148 Abs 2 (Einschränkung oder Untersagung des Besuchsrechts) und § 253 (Obsorgeentziehung) geregelt.¹⁸

¹⁰ BGBl I 2000/135 idF BGBl I 2003/29; im Folgenden KindRÄG 2001.

¹¹ ErlRV 296 BlgNR 21. GP 33; *Deixler-Hübner*, Familienrechtliche Bestimmungen, in *Loderbauer* (Hrsg), Kinder- und Jugendrecht³ (2004) 35 (41 f); *Hinteregger*, Familienrecht⁴ 189; *Hopf/Weitzenböck*, Schwerpunkte des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001, ÖJZ 2001, 485 und 530 (488). Die Vorrangigkeit der Elternpflichten kommt auch darin zum Ausdruck, dass § 144 die Pflichten vor den Rechten erwähnt; *Jaksch-Ratajczak*, Von der Betrauung mit der Obsorge nach ABGB und JWG, EF-Z 2007/55, 85 (85).

¹² *Jaksch-Ratajczak*, EF-Z 2007/55, 85.

¹³ OGH 2 Ob 100/01x SZ 74/189.

¹⁴ Vgl §§ 145, 176, 186a, 187 ff, 211; *Verschraegen* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 144 Rz 4.

¹⁵ OGH 1 Ob 185/63 EvBl 1964/194; 7 Ob 625/81 EFSlg 38.429; *Hopf* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), Kurzkommentar zum ABGB³ (2010) § 144 Rz 1.

¹⁶ Siehe dazu Kapitel 3.

¹⁷ Vgl ErlRV 296 BlgNR 21. GP 34, 53; siehe dazu *Schwarzl*, Obsorge, Kuratel und Sachwalterschaft nach dem KindRÄG 2001, in *Ferrari/Hopf* (Hrsg), Reform des Kindschaftsrechts (2001) 19 (27 f); *Haidenthaller*, Schwerpunkte der Kindschaftsrechts-Reform 2001. Ein Vergleich der früheren mit der neuen Rechtslage, JBl 2001, 622 (625).

¹⁸ *Hopf* in *KBB*, ABGB³ § 145b Rz 3; *Schwarzl* in *Ferrari/Hopf* 28.

Der mit dem KindRÄG 2001 neu formulierte § 144 stellt klar, dass zwischen dem Innenverhältnis und dem Außenverhältnis der Obsorge zu differenzieren ist.¹⁹ Pflege, Erziehung und Vermögensverwaltung bilden das **Innenverhältnis** (tatsächliche Betreuung und Versorgung des Kindes), Vertretungshandlungen gegenüber Dritten in diesen Bereichen konstituieren das **Außenverhältnis**.²⁰ Daneben gibt es einen von Pflege, Erziehung und Vermögensverwaltung von vornherein unabhängigen Bereich einer „bloßen gesetzlichen“ Vertretung, zu dem bspw die Wahrnehmung von Persönlichkeitsrechten sowie einzelne der in § 154 Abs 2 aufgezählten Vertretungshandlungen gehören.²¹ In der Regel decken sich Außen- und Innenkompetenz des Obsorgeträgers, es kann sich aber im Fall des § 145a, wonach einem Elternteil aufgrund mangelnder Geschäftsfähigkeit nicht das Recht oder die Pflicht zukommt, das Vermögen des Kindes zu verwalten und das Kind zu vertreten, eine Aufspaltung von Innen- und Außenverhältnis ergeben. Entsprechendes gilt bei Maßnahmen nach § 176 Abs 3 letzter HS, wonach den Eltern bzw dem Elternteil die gesetzliche Vertretung für sich alleine entzogen werden kann, wenn sie bzw dieser ihre übrigen Pflichten erfüllen/erfüllt.²²

Die Eltern sollen bei der Ausübung der Obsorge **einvernehmlich** vorgehen, was bedeutet, dass sie sich um ein Einvernehmen zu bemühen haben, „sofern dies im Einzelnen tatsächlich möglich ist“.²³ Das Wort „sollen“ signalisiert, dass der Gesetzgeber nichts Unzumutbares an solchen Bemühungen fordert. Erzielen die Eltern in einer wichtigen Angelegenheit, die das Kind betrifft, kein Einvernehmen, kann nach § 176 Abs 2 jeder Elternteil eine gerichtliche Entscheidung beantragen.²⁴ Auch kann das Gericht bei fehlendem Einvernehmen der Eltern in einer wichtigen Angelegenheit des Kindes, wenn sein Wohl gefährdet ist, von Amts wegen eingreifen und eine erforderliche Maßnahme nach § 176 setzen.²⁵

Die Obsorge ist das einzige rechtliche Instrument der Personensorge für Minderjährige. Mit dem KindRÄG 2001 wurde das Rechtsinstitut des Vormunds, ein veraltetes Instrument um

¹⁹ *Verschraegen* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 144 Rz 1; *Weitzenböck*, Die Handlungsfähigkeit Minderjähriger nach dem KindRÄG 2001, insbesondere in Angelegenheiten der medizinischen Behandlung, in *Ferrari/Hopf* (Hrsg), Reform des Kindschaftsrechts (2001) 1 (9).

²⁰ ErlRV 296 BlgNR 21. GP 50 f.

²¹ *Stabentheiner* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Ergänzungsband zur 3. Auflage (2003) § 144 Rz 1b; *Hopf* in *KBB*, ABGB³ § 144 Rz 1.

²² *Barth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Klang Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch - §§ 137 bis 267³ (2008) § 144 Rz 15; *Hopf* in *KBB*, ABGB³ § 144 Rz 1.

²³ JAB 587 BlgNR 14. GP 7.

²⁴ *Hopf* in *KBB*, ABGB³ § 144 Rz 2 mwN.

²⁵ *Verschraegen* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 144 Rz 10.

die gesetzliche Vertretung des Kindes durch andere Personen als seine Eltern zu regeln, abgeschafft und geht seither in der „Obsorge einer anderen Person“ auf.²⁶

Die Obsorgerechte genießen absoluten Schutz.²⁷ Die Ersatzansprüche, die aus deren Verletzungen resultieren, beinhalten Abwehr-, Beseitigungs- sowie Folgekosten.²⁸ Aufgrund dieses absoluten Schutzes sind auch Eingriffe in die elterlichen Rechte durch den Staat an strenge Voraussetzungen geknüpft.²⁹

Die Obsorge erfasst nur minderjährige Kinder und erlischt daher automatisch mit der Vollendung des 18. Lebensjahres.³⁰ Mit erreichter Volljährigkeit hat der gesetzliche Vertreter dem Kind sowohl dessen Vermögen als auch dessen Person betreffende Urkunden und Nachweise zu übermitteln (§ 172 Abs 2). Die Verehelichung macht ein minderjähriges Kind nicht mehr volljährig, sondern stellt es für die Ehedauer nur hinsichtlich seiner persönlichen Verhältnisse, nicht jedoch für vermögensrechtliche Angelegenheiten einem Volljährigen gleich (vgl § 175).

2.2 Obsorgeberechtigung

2.2.1 Primär mit der Obsorge betraute Personen

2.2.1.1 Obsorge für eheliche Kinder

Die Obsorge für ein Kind, das während aufrechter Ehe geboren wird, steht ab Kindesgeburt gemäß § 144 **beiden Eltern** zu, welche sie, wie bereits erwähnt, einvernehmlich ausüben sollen.³¹

²⁶ EriRV 296 BlgNR 21. GP 70 f; *Schwarzl in Ferrari/Hopf* 23 f; *Hinteregger*, Familienrecht⁴ 190.

²⁷ OGH 3 Ob 505/96 SZ 70/163 = JBl 1998, 243 = EFSIlg 84.440; 2 Ob 158/02b immolex 2003/97 = wobl 2004/10 (*Deixler-Hübner*).

²⁸ *Hopf in KBB*, ABGB³ § 144 Rz 3 mwN.

²⁹ Siehe dazu Kapitel 5.

³⁰ Vgl § 172 Abs 1 iVm § 21 Abs 2.

³¹ *Schwimann in Floretta* 162 ff; *Mottl*, Die Sorge der Eltern für ihre Kinder. Rechtsvergleichende Gegenüberstellung der österreichischen und der deutschen Rechtslage (1992) 93 f; *Jaksch-Ratajczak*, EF-Z 2007/55, 85.

2.2.1.2 Obsorge für uneheliche Kinder

Das Gesetz sieht vor, dass die Obsorge für ein uneheliches Kind allein der **Mutter** obliegt,³² die jedoch den Kindsvater an der Pflege, Erziehung, Verwaltung und Vertretung mitwirken lassen kann (§ 137a per analogiam).³³ Infolge der Alleinbetrauung mit der Obsorge übt die Mutter sowohl die Pflege und Erziehung, als auch die Verwaltung und Vertretung alleine aus. Jedenfalls stehen dem Vater des unehelichen Kindes neben dem Recht auf persönlichen Verkehr nach § 148 die Informations- und Äußerungsrechte des § 178 zu.³⁴

Leben die außerehelichen Eltern mit dem Kind in **häuslicher Gemeinschaft**³⁵, können sie gemäß § 167 Abs 1 vereinbaren, in Zukunft gemeinsam mit der Obsorge betraut zu sein.³⁶ Das Gericht hat die elterliche Vereinbarung zu genehmigen, wenn diese dem „Wohl des Kindes entspricht“ (§ 167 Abs 1 S 2).³⁷

Selbst wenn die Eltern eines unehelichen Kindes **nicht in häuslicher Gemeinschaft** leben, besteht seit dem KindRÄG 2001 die Möglichkeit, dass auch der Vater durch Vereinbarung ganz oder teilweise mit der Obsorge betraut werden kann.³⁸ In diesem Fall müssen die Eltern allerdings zusätzlich eine Vereinbarung darüber treffen, bei welchem Elternteil sich das Kind hauptsächlich aufhalten soll. Soll der hauptsächlich Aufenthalt der Haushalt des Vaters sein, muss dieser allerdings mit der gesamten Obsorge betraut sein (§ 167 Abs 2). Das Gericht hat die Vereinbarung zu genehmigen, wenn sie dem Wohl des Kindes entspricht.³⁹ Selbst nach Abschluss einer derartigen Vereinbarung basiert die Obsorge der Mutter nach wie vor auf

³² Vgl § 166; krit dazu *Ebert*, "First call for children!" Zur Notwendigkeit einer Verfassungs- und völkerrechtskonformen Familienrechtsreform in Österreich, JBl 1995, 69 (83 f).

³³ JAB 587 BlgNR 14. GP 13; *Schwimann* in *Floretta* 149, 172; *Koziol/Welser* (Bearb *Kletečka*), Grundriss des bürgerlichen Rechts I: Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht¹³ (2006) 550.

³⁴ Zur Rechtslage vor dem KindRÄG 2001 siehe *Leeb/Priegl*, Die Mindestrechte des nicht Obsorgeberechtigten (§ 178), ÖJZ 1995, 613 (615 f).

³⁵ Näheres dazu *Gründler*, Die gemeinsame Obsorge nach dem KindRÄG 2001, ÖJZ 2001, 701 (712 f).

³⁶ Das Gesetz sieht eine Teilobsorge des Vaters in diesem Fall nicht explizit vor; *Haberl* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 167 Rz 4; aus den Gesetzesmaterialien lässt sich jedoch ableiten, dass nach Absicht des Gesetzgebers eine Teilobsorge des Vaters zulässig sein soll; vgl ErlRV 296 BlgNR 21. GP 62; *Haberl* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 167 Rz 4; so mittels teleologischer Auslegung auch *Gründler*, ÖJZ 2001, 713.

³⁷ Anm: Vor dem KindRÄG 2001 verlangte das Gesetz für eine beiderseitige Obsorge der Eltern eines unehelichen Kindes deren „dauernde häusliche Gemeinschaft“; vgl § 167 aF: „...wenn die Eltern mit dem Kind in dauernder häuslicher Gemeinschaft leben.“

³⁸ Zur Begründung für diese neue Möglichkeit siehe ErlRV 296 BlgNR 21. GP 62 f.

³⁹ Siehe dazu ErlRV 296 BlgNR 21. GP 63; *Ferrari*, Die Obsorge bei Trennung und Scheidung der Eltern nach dem KindRÄG 2001, in *Ferrari/Hopf* (Hrsg), Reform des Kindschaftsrechts (2001) 53 (66 f).

§ 166. Daraus ergibt sich, dass ihre Obsorge durch Vereinbarung mit dem Vater weder entfallen noch beschränkt werden kann.⁴⁰

Für die Beendigung der gemeinsamen Obsorge ist eine gerichtliche Entscheidung erforderlich. Wurde die Obsorgevereinbarung geschlossen, ohne dass die Eltern in einer häuslichen Gemeinschaft gelebt haben, kann jeder Elternteil die Aufhebung der gemeinsamen Obsorge beantragen, und das Gericht hat, wenn die Eltern keine gütliche Einigung erzielen, die Obsorge nach Maßgabe des Kindeswohls einem Elternteil allein zu übertragen.⁴¹

Wenn die Eltern bei Abschluss der Obsorgevereinbarung in häuslicher Gemeinschaft gelebt haben und ein Elternteil die häusliche Gemeinschaft nicht bloß vorübergehend aufhebt, so ist gemäß § 167 Abs 1 S 3 wie beim ehelichen Kind im Fall einer Scheidung, Aufhebung oder Nichtigkeitklärung der Ehe oder nicht bloß vorübergehender Trennung der Eltern nach den §§ 177 und 177a ABGB vorzugehen (vgl § 167 Abs 1).⁴² Überdies sind § 145 und § 176 auch für nicht verheiratete Eltern einschlägig.

2.2.1.3 Obsorge nach Scheidung, Aufhebung und Nichtigkeitklärung der Ehe

Die Regelungen über die Obsorge nach gerichtlicher Auflösung der Ehe oder nicht bloß vorübergehender Trennung der Eltern wurden durch das KindRÄG 2001 umfassend neu geregelt.⁴³ Nach früherem Recht musste die Obsorge in diesen Fällen zur Gänze zwingend einem Elternteil übertragen werden. Eine Beibehaltung der gemeinsamen Obsorge voneinander geschiedener Ehegatten war nur bei gleichzeitiger dauernder Aufrechterhaltung der häuslichen Gemeinschaft möglich, soweit diese Vereinbarung dem Wohl des Kindes nicht abträglich war.⁴⁴ Die Änderung des § 177 führte zu zahlreichen lebhaften und zum Teil recht heftigen verfassungsrechtlichen und rechtspolitischen Diskussionen.⁴⁵ § 177 Abs 1 S 1 sieht

⁴⁰ *Hinteregger*, Familienrecht⁴ 192.

⁴¹ Vgl § 167 Abs 2 iVm § 177a Abs 2; *Ferrari in Ferrari/Hopf* 67; *Hinteregger*, Familienrecht⁴ 192.

⁴² *Ferrari in Ferrari/Hopf* 66; *Hinteregger*, Familienrecht⁴ 192.

⁴³ Ausführlich dazu siehe *Gründler*, ÖJZ 2001, 701 ff; *Hopf/Weitzenböck*, ÖJZ 2001, 488ff; *Geimer*, Obsorgeregelung nach Scheidung der Eltern – KindRÄG 2001, JAP 2002/2003, 72.

⁴⁴ § 177 alt iVm § 167 alt; ausführlich zur Rechtslage vor dem KindRÄG 2001 siehe *Deixler-Hübner*, Die Obsorgerechtsregelung nach der Ehescheidung, ÖJZ 1993, 722; *Gründler*, Die Neuregelung einer Teilnahme an der Obsorge nach Trennung und Scheidung der Eltern durch den Entwurf des KindRÄG 1999, ÖJZ 2000, 332.

⁴⁵ Vgl bspw *Stolzlechner*, Die Übertragung der Obsorge auf einen Elternteil nach Eheauflösung bzw nach einer nicht bloß vorübergehenden Trennung der Eltern (§177 ABGB) im Lichte des Art 8 MRK sowie des Art 5 des 7. ZProt, in *Harrer/Zitta* (Hrsg), Familie und Recht (1992) 785; *Deixler-Hübner*, ÖJZ 1993, 722 ff; *Engel*, Probleme der Obsorgezuteilung bei Trennung der Eltern, ÖJZ 1994, 542; *Pichler*, Probleme der gemeinsamen

in seiner geltenden Fassung vor, dass die Obsorge beider Eltern ipso iure aufrecht bleibt, wenn ihre Ehe geschieden, aufgehoben oder für nichtig erklärt wird. Der Gesetzgeber will mit dem Modell der gemeinsamen Obsorge die gemeinsame Verantwortung der Eltern in den Vordergrund rücken und Kontaktabbrüche zwischen dem Kind und einem Elternteil verhindern.⁴⁶ Der österreichische Gesetzgeber glich damit die österreichische Rechtslage der in vielen anderen europäischen Staaten bestehenden Situation an.⁴⁷

Insgesamt räumt das Gesetz den Eltern nun einen weiten Spielraum bei der Gestaltung der Obsorge ein. Die Eltern können nach wie vor vereinbaren, dass einem von ihnen allein die Obsorge zukommen soll. Wollen die Eltern die Obsorge, wie bei aufrechter Ehe, durch beide Teile fortsetzen, haben sie dem Gericht eine dem Kindeswohl entsprechende Vereinbarung darüber vorzulegen, bei welchem Elternteil sich das Kind in Hinkunft hauptsächlich aufhalten soll. Insoweit tritt ein „Schwebezustand“⁴⁸ ein, weil die Vereinbarung über den hauptsächlichlichen Aufenthalt innerhalb angemessener Frist ab Auflösung der Ehe geschlossen werden muss. Dabei können die Eltern die Betrauung beider Teile mit der vollen Obsorge vereinbaren, sie können jedoch auch die Betrauung eines Elternteils mit der vollen Obsorge und des anderen mit der Obsorge in einem oder mehreren Teilbereichen vereinbaren. Nicht möglich ist eine Aufteilung der Obsorge zwischen den Eltern.⁴⁹ Eine rechtlich unzulässige Obsorge kann natürlich nicht Gegenstand einer Vereinbarung sein. So können die Eltern bspw die Obsorge eines Elternteils, dem die Obsorge aufgrund des Verdachts einer Kindesmisshandlung gemäß § 176 entzogen worden ist, selbstverständlich nicht vereinbaren.⁵⁰ Das Gericht hat die Vereinbarung der Eltern über die Obsorge bzw über den hauptsächlichlichen Aufenthalt – die auch in Abänderung einer bereits bestehenden Regelung

Obsorge, ÖJZ 1996, 92; *Schall*, Sorgerecht-Sorgepflicht-Sorgekonflikt, ÖA 1996, 152; *Verschraegen*, Gemeinsame Obsorge - ausländisches Recht und UN-Kinderrechtskonvention, ÖJZ 1996, 257; *Kolbitsch*, Wider die gemeinsame Obsorge nach Scheidung, ÖJZ 1997, 326; *Deixler-Hübner*, Ministerialentwurf Kindschaftsrecht: Die geplante Teilnahme an der Obsorge, *ecolex* 2000, 268 uvam. § 177 alt ABGB war aufgrund eines möglichen Verstoßes gegen Art 8 EMRK Gegenstand zweier Gesetzprüfungsverfahren vor dem VfGH. Der VfGH stellte beide Male die Vereinbarkeit des § 177 alt ABGB mit dem Verfassungsrecht fest: VfGH G 142/88 VfSlg 12103; G 154/93 VfSlg 14.301.

⁴⁶ ErlRV 296 BlgNR 21. GP 26.

⁴⁷ Zu den ausländischen Rechtsordnungen siehe *Gründler*, Die Obsorge nach Scheidung und Trennung der Eltern im europäischen Rechtsvergleich (2002).

⁴⁸ *Ferrari* in *Ferrari/Hopf* 54.

⁴⁹ *Hopf*, Die Rechtsstellung des Elternteils, bei dem sich das Kind nicht hauptsächlich aufhält, nach dem KindRÄG 2001, in *Ferrari/Hopf* (Hrsg), Reform des Kindschaftsrechts (2001) 69 (71); *Hinteregger*, Familienrecht⁴ 198 f.

⁵⁰ ErlRV 296 BlgNR 21. GP 66 f.

getroffen werden kann⁵¹ – zu genehmigen, wenn sie dem Kindeswohl entspricht (vgl § 177 Abs 3).

Die Verpflichtung der Eltern bei gemeinsamer Obsorge eine Vereinbarung über den hauptsächlichen Aufenthalt des Kindes zu treffen, verfolgt das Ziel des Gesetzgebers, dem Kind auch nach Scheidung oder Trennung der Eltern eine Hauptbezugsperson zur Seite zu stellen und ein „Heim erster Ordnung“ festzusetzen, um die Kontinuität vor allem in erzieherischer Hinsicht zu gewährleisten und das Kind vor einem häufigen Wechsel seines sozialen Umfelds zu schützen.⁵² Nach § 177 Abs 2 S 2 muss der „Domizilelternteil“ immer mit der gesamten Obsorge betraut sein. Dadurch soll sichergestellt werden, dass ein Elternteil vorrangig für die Betreuung des Kindes zuständig ist und seine Kompetenzen uneingeschränkt ausüben kann.⁵³

Kommt jedoch innerhalb angemessener Frist die Vereinbarung über den hauptsächlichen Aufenthalt des Kindes oder die Obsorgebetrauung nicht zustande, oder entspricht sie nicht dem Kindeswohl, hat das Gericht auf eine gütliche Einigung hinzuwirken. Bei Erfolglosigkeit dieses Bemühens muss das Gericht entscheiden, welcher Elternteil allein mit der Obsorge betraut werden soll (vgl § 177a Abs 1).

Das Gericht hat einen Elternteil mit der Alleinobsorge auch dann zu betrauen, wenn ein Elternteil die Aufhebung der beiderseitigen Obsorge gerichtlich beantragt und eine gütliche Einigung nicht gelingt (§ 177a Abs 2). Eine Aufrechterhaltung der gemeinsamen Obsorge gegen den Willen eines Elternteils kann nicht angeordnet werden.⁵⁴

Kommt es zu einer **nicht bloß vorübergehenden Trennung** der Ehegatten, sind gemäß § 177b die §§ 177 und 177a entsprechend anzuwenden. Solange das Kindeswohl nicht gefährdet ist, entscheidet das Gericht hier jedoch nur auf Antrag eines Elternteiles über die

⁵¹ *Hinteregger*, Familienrecht⁴ 199.

⁵² Der Gesetzgeber favorisierte das sogenannte „Eingliederungsmodell“ gegenüber dem „Wandelmodell“; ErlRV 296 BlgNR 21. GP 37, 65 f; siehe auch *Hopf* in *Ferrari/Hopf* 71 ff.

⁵³ Näheres dazu siehe *Hinteregger*, Familienrecht⁴ 199f mwN.

⁵⁴ OGH 2 Ob 266/05i Zak 2006/83 = FamZ 2006/6 = EFSlg 110.880; 6 Ob 79/10a iFamZ 2010/214; *Ferrari* in *Ferrari/Hopf* 65.

Obsorge, was bedeutet, dass die gemeinsame Obsorge der Eltern aufrecht bleibt und keine Vereinbarung über den hauptsächlichen Aufenthalt des Kindes getroffen werden muss.⁵⁵

2.2.2 Sekundär mit der Obsorge betraute Personen

2.2.2.1 Verhinderung bei Obsorge beider Eltern

Sind beide Elternteile obsorgebetraut und einer von ihnen nach § 145 an der wirksamen Ausübung der Obsorge tatsächlich – wegen Todes, unbekanntem Aufenthalts oder unverhältnismäßig großer Schwierigkeiten bei der Kontaktaufnahme⁵⁶ – verhindert oder wurde einem Elternteil die Obsorge vom Gericht nach § 176 entzogen, so steht die Obsorge unmittelbar kraft Gesetzes dem anderen Elternteil allein zu.⁵⁷ Darüber bedarf es weder einer gerichtlichen Entscheidung noch einer Interessenabwägung.⁵⁸ Für die vorliegende Arbeit relevant ist der gänzliche oder teilweise Obsorgeentzug aufgrund des Verdachts einer Kindesmisshandlung als Verhinderung iSd § 145. Wendet bspw. ein Elternteil Gewalt gegen das Kind an und wird ihm demzufolge die Obsorge entzogen, geht die Obsorge ex lege auf den anderen Elternteil über. Wird einem Elternteil die Obsorge teilweise entzogen oder fehlt ihm für einen Teilbereich die Fähigkeit zur Ausübung der Obsorge, kommt es zum Übergang jener Teile der Obsorge, die der verhinderte Elternteil gemeinsam mit dem anderen ausübte. Aus diesem Grund kann es bei Teilentzug verschiedener Obsorgebereiche auf beiden Seiten zu einer Aufteilung der Obsorge kommen.⁵⁹ Entsprechendes gilt bei vorläufiger Entziehung der Obsorge.⁶⁰

Aufgrund der Legitimationsfrage nach außen, wie zum Beispiel im Behördenverkehr, hat das Gericht diese Alleinberechtigung auf Antrag des Alleinberechtigten mit einem deklarativen Beschluss festzustellen.⁶¹

⁵⁵ Ferrari in Ferrari/Hopf 65 f.

⁵⁶ Siehe dazu ausführlich Barth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 145 Rz 5 ff; für nähere Ausführungen zu den Verhinderungsgründen des unbekanntem Aufenthalts sowie der schwierigen Verbindung vgl Pichler, Das neue Kindschaftsrecht, ÖA 1978, 21 (26).

⁵⁷ Vgl § 145 Abs 1 S 1; Hopf in KBB, ABGB³ 145 Rz 1.

⁵⁸ OGH 5 Ob 559/76 SZ 49/50; 1 Ob 532/79 EFSlg 33.466; LGZ Wien 43 R 839/93 EFSlg 71.645; 44 R 353/94 EFSlg 74.955; 43 R 820/95 EFSlg 77.967.

⁵⁹ Verschraegen in Schwimann/Verschraegen, ABGB I³ § 145 Rz 7; Hinteregger, Familienrecht⁴ 193.

⁶⁰ OGH 3 Ob 111/06d FamZ 2007, 72 (Thoma-Twaroch); Hopf in KBB, ABGB³ 145 Rz 1.

⁶¹ OGH 7 Ob 629/93 JBl 1994, 608 = EvBl 1995/23 = EFSlg 74.956; Stabentheiner in Rummel, 1. ErgBd § 145 Rz 2; Verschraegen in Schwimann/Verschraegen, ABGB I³ § 145 Rz 7; Pichler, ÖA 1978, 26.

Dies hat zur Folge, dass im Innenverhältnis bei der Ausübung der Obsorge das Einvernehmlichkeitsgebot nach § 144 entfällt und bei der Vertretung des Kindes nach außen die in bestimmten Angelegenheiten zwingende Zustimmungserfordernis des anderen Elternteils (§ 154 Abs 2 und Abs 3) keine Beachtung mehr findet.⁶²

Ist der andere nicht verhinderte Elternteil, dem die Obsorge zukommen würde, zur Ausübung der Obsorge nicht geeignet, so ist im Falle einer Kindeswohlgefährdung nach § 176 vorzugehen.⁶³

2.2.2.2 Verhinderung bei alleiniger Obsorge

Ist der allein obsorgeberechtigte Elternteil an der Ausübung der Obsorge infolge der oben genannten Gründe verhindert oder wurde ihm diese nach § 176 entzogen, so bedarf es eines Gerichtsbeschlusses darüber, ob die Obsorge nun ganz oder teilweise dem bisher nicht mit der Obsorge betrauten Elternteil, oder einem Großelternpaar bzw Großelternanteil oder einem Pflegeelternpaar (Pflegeelternanteil)⁶⁴ zu übertragen ist.⁶⁵ Ein rechtlicher Anspruch auf Betrauung mit der Obsorge besteht nicht.⁶⁶ Für die Übertragung ist allein das Kindeswohl ausschlaggebend,⁶⁷ wobei die Berufstätigkeit eines solchen Elternteils (bzw der Großeltern/Großelternanteils, Pflegeeltern/Pflegeelternanteils) der Betrauung mit der Obsorge nicht entgegensteht.⁶⁸ Einschlägige Prüfungsparameter sind dabei primär die persönliche Eignung zur Ausübung der Obsorge der in Betracht kommenden Person,⁶⁹ ihre Lebensverhältnisse sowie die Neigungen des Kindes.⁷⁰

Den Gesetzesmaterialien zum KindRÄG 2001 ist zu entnehmen, dass grundsätzlich alle potentiellen Obsorgeträger des § 145 Abs 1 gleich zu behandeln sind und „niemandem bloß

⁶² Hopf in *KBB*, ABGB³ § 145 Rz 1.

⁶³ Barth in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 145 Rz 11.

⁶⁴ Anm: Durch das KindRÄG 2001 wurde die Möglichkeit geschaffen, neben den Großeltern/einem Großelternanteil auch Pflegeeltern/einen Pflegeelternanteil mit der Obsorge zu betrauen, um somit auch außerfamiliäre Nahebeziehungen zu berücksichtigen; ErlRV 296 BlgNR 21. GP 52; *Stabentheiner* in *Rummel*, 1. ErgBd § 145 Rz 3; *Verschraegen* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 145 Rz 11.

⁶⁵ *Verschraegen* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 145 Rz 8 mwN.

⁶⁶ *Schwarzl* in *Ferrari/Hopf* 23.

⁶⁷ OGH 2 Ob 527/93 JBl 1994, 328 = EFSIlg 71.646 = ÖA 1994, 27; siehe dazu auch OGH 1 Ob 2396/96a EFSIlg 83.835.

⁶⁸ OGH 1 Ob 544/91 RZ 1991/80 = EFSIlg 65.903; 7 Ob 629/93 JBl 1994/608 = EvBl 1995/23 = EFSIlg 74.957; LG Krems 2 R 322/93 EFSIlg 71.650; *Stabentheiner* in *Rummel*, 1. ErgBd § 145 Rz 2a; *Verschraegen* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 145 Rz 8.

⁶⁹ OGH 4 Ob 531/91 EFSIlg 65.902.

⁷⁰ OGH 2 Ob 527/93 JBl 1994, 328; LGZ Wien 43 R 819/96a EFSIlg 80.925.

auf Grund des Statusverhältnisses ein Vorrecht zukomme“. Welche Person letztendlich mit der Obsorge betraut wird, ist ausschließlich von der „emotionalen und sozialen Nahebeziehung“ des Kindes zu dieser Person abhängig, weil bei der Entscheidung über die Obsorge allein das Kindeswohl entscheidend ist.⁷¹

Das Prinzip der sozialen Elternschaft ist auch in dem in den Materialien angeführten Beispiel der möglichen Konkurrenz zwischen unehelichem Vater und Stiefvater als Pflegeelternteil ersichtlich. Demnach kann es dem Wohl des Kindes durchaus eher entsprechen, den Stiefvater, der Pflegeelternteil iSd § 186 sein kann, mit der Obsorge zu betrauen, wenn zu diesem bereits ein enges Verhältnis, das einer Eltern-Kind-Beziehung nahekommt, besteht, anstatt den leiblichen Vater, der bestenfalls losen Kontakt zum Kind hatte.⁷²

Die Rsp räumt dem ehelichen Elternteil im Lichte des Art 8 EMRK gegenüber den Pflegeeltern oder Großeltern ein Vorrecht ein, wenn dieser zur Ausübung der Obsorge ebenso geeignet ist, mit anderen Worten wenn das Kindeswohl sowohl bei ihm als auch bei den Groß- oder Pflegeeltern in annähernd gleichen Maße gesichert ist.⁷³

Bei tatsächlich gleichwertigen Verhältnissen gilt dies auch für den unehelichen Vater.⁷⁴

2.2.2.3 Verhinderung beider Elternteile

Sind beide Eltern an der Obsorgeausübung gehindert, sind durch Gerichtsbeschluss Groß- oder Pflegeeltern mit der Obsorge zu betrauen (§ 145 Abs 1).

Abgesehen von jenen Fällen, in denen das Kindeswohl eine andere Lösung verlangt, kommt einem **Paar der Vorrang** gegenüber einem Groß- bzw Pflegeelternteil zu.⁷⁵ Es ist nicht

⁷¹ OGH 9 Ob 8/02w EFSlg 100.188; ErlRV 296 BlgNR 21. GP 52; vgl dazu auch *Stabentheiner in Rummel*, 1. ErgBd § 145 Rz 3; *Verschraegen in Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 145 Rz 11; *Schwarzl in Ferrari/Hopf* 23.

⁷² ErlRV 296 BlgNR 21. GP 52; vgl auch *Stabentheiner in Rummel*, 1. ErgBd § 145 Rz 3.

⁷³ OGH 7 Ob 629/93 JBl 1994, 608 = EvBl 1995/23 = EFSlg 74.956; 1 Ob 2396/96a EFSlg 83.835; 1 Ob 202/99h EFSlg 89.656; 7 Ob 31/02p EvBl 2002/129 = JBl 2002, 515 = EFSlg 100.189; 10 Ob 69/09h Zak 2010, 54 = iFamZ 2010, 78; *Stabentheiner in Rummel*, 1. ErgBd § 145 Rz 2a; *Verschraegen in Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 145 Rz 8; *Barth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³, § 145 Rz 15; *Hopf in KBB*, ABGB³ § 145 Rz 2.

⁷⁴ OGH 7 Ob 31/02p EFSlg 100.189; *Hopf in KBB*, ABGB³ § 145 Rz 2; zur näheren Erläuterung siehe *Verschraegen in Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 145 Rz 8 mwN.

erforderlich, dass das mit der Obsorge zu betrauende Paar verheiratet ist oder zusammenlebt,⁷⁶ doch muss zwischen den getrennt lebenden Groß- bzw Pflegeelternteilen Konsensbereitschaft gegeben sein.⁷⁷

Hat das Gericht ein Großelternpaar⁷⁸ mit der Obsorge betraut und ist in der Folge ein Teil iSd § 145 Abs 1 S 1 an der Obsorgeausübung gehindert, so geht die Obsorge gemäß Abs 1 letzter S kraft Gesetzes auf den anderen Groß- bzw Pflegeelternanteil über.⁷⁹

Im Allgemeinen wird der Altersunterschied bei Urgroßeltern bereits so groß sein, dass sie für die Wahrnehmung der Obsorge im Sinne einer „Eltern-Kind-Beziehung“ nicht mehr in Frage kommen. Nach *Verschraegen* erscheint eine analoge Anwendung der Normen über die Obsorge auf die Urgroßeltern jedoch nicht ausgeschlossen, gesetzt den Fall, dass der „Generationenabstand“ de facto nicht zu groß ist, diese gewillt und fähig sind, mit der Obsorge betraut zu sein und dies dem Kindeswohl entspricht.⁸⁰

Ob diese Bestimmungen auch auf Seitenverwandte anwendbar sind, ist strittig. *Verschraegen* spricht sich dafür aus, da Seitenverwandte als potentielle(r) Pflegeeltern/Pflegeelternanteil dem Kind unter Umständen viel näher stehen.⁸¹

⁷⁵ LGZ Wien 43 R 819/96a EFSIlg 80.925; *Verschraegen* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 145 Rz 11 mwN; *Hopf* in *KBB*, ABGB³ § 145 Rz 2.

⁷⁶ *Verschraegen* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 145 Rz 11; *Barth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³, § 145 Rz 18; aA *Stabentheiner* in *Rummel*, 1. ErgBd § 145 Rz 3.

⁷⁷ *Barth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³, § 145 Rz 18; ähnlich auch *Verschraegen* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 145 Rz 11.

⁷⁸ Dies gilt per analogiam auch für die Pflegeeltern bzw den Pflegeelternanteil; *Stabentheiner* in *Rummel*, 1. ErgBd § 145 Rz 3; *Barth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³, § 145 Rz. 20; *Hopf* in *KBB*, ABGB³ § 145 Rz 2.

⁷⁹ *Hopf* in *KBB*, ABGB³ § 145 Rz 2; so auch *Stabentheiner* in *Rummel*, 1. ErgBd § 145 Rz 3; *Barth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³, § 145 Rz 20; *Verschraegen* und *Pichler* sprechen sich hingegen gegen eine ex lege-Übertragung aus, da das Gesetz bereits für die Betrauung der Großeltern/Pflegeeltern einen konstitutiven Beschluss verlangt und ein solcher somit bei Verhinderung eines Großeltern- bzw Pflegeelternanteils sachlich ebenso angebracht ist; *Verschraegen* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 145 Rz 12; *Pichler* in *Klang/Fenyves/Welser* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch §§ 137 bis 186a³ (2000) § 145 Rz 11.

⁸⁰ *Verschraegen* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 145 Rz 13; so auch *Klein/Strauß/Brosch*, Das Kindschaftrecht-Änderungsgesetz, ÖA 1989, 72 (74); Bedenken äußert ua *Stabentheiner* in *Rummel*, 1.ErgBd § 145 Rz 3a.

⁸¹ *Verschraegen* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 145 Rz 13; aA *Stabentheiner* in *Rummel*, 1.ErgBd § 145 Rz 3a.

2.2.2.4 Pflegeeltern

Wird den Eltern/einem Elternteil aufgrund des Verdachts einer Kindesmisshandlung die Obsorge entzogen, kommt es nicht selten vor, dass das Kind bei Pflegeeltern/einem Pflegeelternanteil fremd untergebracht wird. Aus diesem Grund sei die Pflegekindschaft im Folgenden kurz dargestellt.

Durch das KindRÄG 1989 und das KindRÄG 2001 wurde die Pflegekindschaft neu geregelt. Die Bestimmungen der §§ 186 und 186a wurden durch die §§ 14 ff JWG 1989, die öffentlich-rechtlichen Charakter haben, komplettiert.⁸²

Die geltende Fassung des § 186 enthält erstmals eine Definition des Begriffs der „Pflegeeltern“⁸³ durch **zwei Definitionsmerkmale**,⁸⁴ nämlich die faktische gänzliche oder die partielle Besorgung von Pflege und Erziehung des Kindes sowie das Bestehen oder die beabsichtigte Herstellung einer dem Verhältnis zwischen leiblichen Eltern und Kindern nahekommenden persönlichen Beziehung.⁸⁵ Die Gesetzesmaterialien verlangen für die Bejahung einer dem Eltern-Kind-Verhältnis nahe kommenden Beziehung eine weitgehende Eingliederung des Kindes in Haushalt und Lebensablauf der Pflegeeltern und zumindest die Beabsichtigung, eine emotionale Bindung zum Kind aufzubauen.⁸⁶ Dies könnte bspw auf Stiefelternanteile oder den Lebensgefährten eines leiblichen Elternteils zutreffen. Keine Pflegeeltern sind hingegen Personen, die das Kind nur vorübergehend, etwa während urlaubs-, krankheits- oder berufsbedingter Abwesenheit der Eltern oder eines Elternteils betreuen (Babysitter, Tagesmütter), oder Personen, für welche die Kinderbetreuung nicht mit dessen Eingliederung in den eigenen Haushalt verbunden ist (Internatsbetreuer).⁸⁷ Die Pflegeelternerschaft kann einer Einzelperson zuteil werden, Pflegeelternpaare müssen

⁸² *Haberl in Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 186 Rz 1; *Koziol/Welser* (Bearb *Kletečka*), Bürgerliches Recht I¹³ 556.

⁸³ Anm: Diese Definition deckt sich jedoch nicht mit dem engeren Pflegeelternbegriff iSd § 14 JWG, der – im Gegensatz zu §186 – Verwandte oder Verschwägte bis zum dritten Grad, Wahl Eltern oder Vormünder des Kindes von vornherein nicht umfasst; vgl § 14 JWG.

⁸⁴ Kritik hinsichtlich der Unvollständigkeit dieser Definition äußert *Haberl in Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 186 Rz 3.

⁸⁵ *Stabentheiner in Rummel*, 1. ErgBd § 186 Rz 1; *Hopf in KBB*, ABGB³ § 186 Rz 1; zur Rechtslage vor dem KindRÄG 2001 siehe *Pichler*, Gedanken zum Entwurf eines neuen JWG und des zivilrechtlichen Begleitgesetzes hiezu, ÖA 1987, 36 (38); *derselbe*, Neues im Kindschaftsrecht, JBl 1989, 677 (679); *Klein*, Das Pflegeverhältnis und die rechtliche Stellung von Pflegeeltern (§§ 186 und 186a ABGB), ÖA 1992, 135 (135 f).

⁸⁶ ErlRV 296 BlgNR 21. GP 69 f.

⁸⁷ ErlRV 296 BlgNR 21. GP 69 f; vgl auch *Hopf in KBB*, ABGB³ § 186 Rz 1; *Schwarzl in Ferrari/Hopf* 22.

verheiratet sein oder in dauernder häuslicher Gemeinschaft leben.⁸⁸ Eine Altersgrenze ist im Gesetz nicht festgesetzt.⁸⁹

Auf welcher Rechtsgrundlage das Pflegeverhältnis basiert, lässt das Gesetz im Hinblick auf die Vielfältigkeit der Möglichkeiten bewusst offen.⁹⁰ In der Regel wird es einer Ermächtigung der unmittelbar Erziehungsberechtigten gemäß § 137a bedürfen.⁹¹ Ebenso kann das Pflegeverhältnis konkludent begründet werden.⁹²

Eine gerichtliche Bestätigung des Pflegevertrags ist nicht erforderlich.⁹³ Nach § 16 JWG bedarf die Übernahme von Pflegekindern unter 16 Jahren zwar der Bewilligung des Wohlfahrtsträgers, doch ändert deren Fehlen an der Wirksamkeit des Pflegevertrags nichts, sondern löst lediglich eine Strafsanktion aus.⁹⁴ Nach § 154 Abs 2 ist für die Übergabe in fremde Pflege das Zusammenwirken beider mit der Obsorge betrauten Elternteile erforderlich. Liegt jedoch eine Kindeswohlgefährdung vor, kann das Pflegeverhältnis durch gerichtliche Maßnahmen nach § 176 auch gegen den Willen der Eltern bzw Großeltern begründet werden.⁹⁵ Die Gerichte betrauen in Krisensituationen des Öfteren den JWT mit der Pflege und Erziehung, hier im Innen- wie im Außenverhältnis. Die Minderjährigen werden sodann in einer „Krisenunterbringung“ oder bei „Pflegeeltern“ untergebracht.⁹⁶

Kraft Gesetz steht den Pflegeeltern keine Obsorge zu. Mit ihrer Stellung ist zunächst nur ein **Antrags- und Rekursrecht**⁹⁷ in allen Pflugschaftsverfahren über Angelegenheiten der Pflege und Erziehung des Pflegekindes verbunden. Personen, welche die bloße Absicht haben, ein Kind in den Haushalt aufzunehmen, sind jedoch nicht antragslegitimiert.⁹⁸ Gefährden die Eltern das Wohl des Kindes, können die Pflegeeltern auch gerichtliche Verfügungen nach § 176 anregen (vgl 176 Abs 2).

⁸⁸ *Haberl* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 186 Rz 3; *Hopf* in *KBB*, ABGB³ § 186 Rz 1.

⁸⁹ *Hinteregger*, Familienrecht⁴ 195.

⁹⁰ *Hopf/Weitzenböck*, ÖJZ 2001, 537 f; vgl auch ErlRV 296 BlgNR 21. GP 69; *Schwarzl* in *Ferrari/Hopf* 22.

⁹¹ *Koziol/Welser* (Bearb *Kletečka*), Bürgerliches Recht I¹³ 557.

⁹² OGH 5 Ob 187/03s EvBl 2004/45; *Hopf* in *KBB*, ABGB³ § 186 Rz 1; vgl auch *Stabentheiner* in *Rummel*, 1. ErgBd § 186 Rz 3.

⁹³ *Koziol/Welser* (Bearb *Kletečka*), Bürgerliches Recht I¹³ 557.

⁹⁴ *Stabentheiner* in *Rummel*, 1. ErgBd § 186 Rz 7; *Ent*, Zur Rechtslage auf dem Gebiet des Pflegekinderwesens, ÖJZ 1978, 617 (621); *Klein*, ÖA 1992, 136.

⁹⁵ *Hopf* in *KBB*, ABGB³ § 186 Rz 2; siehe auch *Pichler*, JB1 1989, 679.

⁹⁶ *Barth/Neumayr* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³, § 186 Rz 28.

⁹⁷ ErlRV 172 BlgNR 17. GP 19; OGH 7 Ob 58/02h ÖA 2002, 272 = EFSIlg 100.416; 5 Ob 187/03s EvBl 2004/45 = EFSIlg 104.480.

⁹⁸ OGH 6 Ob 215/05v FamZ 2006/5 = EFSIlg 110.948.

Gemäß § 186a haben Pflegeeltern auf ihren **Antrag** auch einen subjektiven Anspruch⁹⁹ auf gerichtliche Gesamt- oder Teilübertragung der Obsorge, wenn das Pflegeverhältnis nicht bloß für kurze Zeit beabsichtigt ist¹⁰⁰ und die Übertragung dem Kindeswohl entspricht. Diesbezüglich bedarf es einer positiven Feststellung im Beschluss.¹⁰¹ Für die Übertragung ist gemäß § 186a die Zustimmung der Eltern bzw Großeltern notwendig, vorausgesetzt, dass sie aktuell ganz oder teilweise mit der Obsorge betraut sind.¹⁰² Gegen den Willen der bisher Obsorgeberechtigten darf die Übertragung nur bei sonstiger Kindeswohlgefährdung verfügt werden.¹⁰³ Folglich steht einem Elternteil, welchem die Obsorge aufgrund des Verdachts der Kindesmisshandlung entzogen wurde, dieses Zustimmungsrecht nicht zu.

Die Obsorge muss in dem Umfang, in dem sie übertragen wird, den bisher Obsorgeberechtigten entzogen werden. Eine gemeinsame Obsorge eines leiblichen Elternteils und eines Pflegeelternanteils sieht das Gesetz nicht vor.¹⁰⁴ Eine **Übertragung der gesamten Obsorge** auf die Pflegeeltern kommt jedoch nur in Ausnahmefällen als **ultima ratio** iSd § 176 in Frage, um einer Gefährdung des Kindeswohls zu begegnen.¹⁰⁵

Wird den Pflegeeltern die gesamte Obsorge übertragen, gelten für sie die allgemeinen Obsorgevorschriften wie für die Eltern eines ehelichen Kindes; im Fall der Übertragung auf eine Pflegeperson erhält diese die Stellung einer außerehelichen Mutter.¹⁰⁶ Nach erfolgter Gesamtübertragung bleiben den Eltern die Informations- und Äußerungsrechte gemäß § 178¹⁰⁷ und den Eltern und Großeltern nach § 148 das Besuchsrecht.¹⁰⁸ Auch bleiben die leiblichen Eltern und Großeltern nach wie vor unterhaltspflichtig.¹⁰⁹

⁹⁹ Hopf in *KBB*, ABGB³ § 186a Rz 1; Hopf/Weitzenböck, ÖJZ 2001, 538.

¹⁰⁰ Nach den Gesetzesmaterialien darf nicht von vornherein feststehen, dass die Eingliederung in den Haushalt der Pflegeeltern nur vorübergehend erfolgen soll; ErlRV 296 BlgNR 21. GP 70.

¹⁰¹ Haberl in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 186a Rz 2.

¹⁰² Stabentheiner in *Rummel*, 1. ErgBd § 186a Rz 2; Haberl in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 186a Rz 4; vgl auch ErlRV 296 BlgNR 21. GP 70.

¹⁰³ OGH 8 Ob 515/91 EFSlg 66.157; 2 Ob 295/97i EvBl 1998/37.

¹⁰⁴ OGH 7 Ob 144/02f SZ 2002/123 = EvBl 2003/16 = RZ 2003/15 = EFSlg 100.415.

¹⁰⁵ OGH 2 Ob 295/97i EvBl 1998/37; vgl auch Barth/Neumayr in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³, § 186a Rz 9 mwN.

¹⁰⁶ Haberl in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 186a Rz 7; so auch Hopf in *KBB*, ABGB³ § 186a Rz 3.

¹⁰⁷ OGH 7 Ob 577/91 SZ 64/119 = EvBl 1991/200 = wobl 1992/106.

¹⁰⁸ LGZ Wien 44 R 243/95 EFSlg 78.282; zu den Mindestrechten und einer etwaigen Einschränkung bzw Untersagung dieser siehe Kapitel 5.2.9.2.

¹⁰⁹ LGZ Wien 44 R 243/95 EFSlg 78.282.

In allen einschlägigen Verfahren sind Eltern, gesetzlicher Vertreter, weitere allfällige Erziehungsberechtigte, JWT und das bereits zehnjährige Kind anzuhören, es sei denn eine Anhörung ist nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich.¹¹⁰

2.2.2.5 Obsorge einer anderen Person

Finden sich mangels Vorhandenseins oder mangels Eignung für die Obsorgeausübung weder Eltern (Elternteil) noch Großeltern (Großelternanteil) oder Pflegeeltern (Pflegeelternanteil) und liegt kein Fall des § 211 vor, so hat das Gericht nach § 187 von Amts wegen eine andere geeignete Person ganz oder teilweise mit der Obsorge zu betrauen. Primär sollen also Eltern, Großeltern bzw Pflegeeltern die Obsorge erhalten und erst wenn diese nicht in der Lage sind, sie auszuüben, kommt eine andere geeignete Person in Betracht.¹¹¹ Personen, die nicht voll geschäftsfähig sind oder Personen, von denen nicht zu erwarten ist, dass sie die Obsorge in einer Weise ausüben, die dem Wohl des Kindes dient, dürfen nach § 188 Abs 2 nicht mit der Obsorge betraut werden. Entscheidendes Kriterium für die Auswahl des Obsorgeberechtigten ist das Wohl des Kindes. Sofern das Kindeswohl nicht entgegensteht, sind Wünsche des Kindes, der Eltern und im Fall des § 145c auch des Zuwendenden entsprechend zu berücksichtigen (§ 188 Abs 1). In Betracht kommen hierfür nach § 213 primär Verwandte, sekundär andere nahestehende Personen oder sonst besonders geeignete Person.¹¹² Im Gegensatz zu den anderen Obsorgeberechtigten ist eine nach § 187 obsorgeberechtigte Person verpflichtet, in allen wichtigen die Person des Kindes betreffenden Angelegenheiten die Genehmigung des Gerichts einzuholen (§ 216).¹¹³

Lässt sich auf diese Weise keine geeignete Person für die Ausübung der Obsorge finden, die ganz oder teilweise mit der Obsorge betraut werden soll, ist subsidiär zu Verwandten, anderen nahe stehenden Personen oder sonst besonders geeigneten Personen der JWT mit der Obsorge zu betrauen (vgl § 213).¹¹⁴

¹¹⁰ Vgl § 186a Abs 4 iVm § 181a Abs 2.

¹¹¹ ErlRV 296 BlgNR 21. GP 71.

¹¹² Eine „besonders geeignete Person“ ist vor allem eine, die über besondere Fachkenntnisse verfügt, die für die konkrete Obsorge von grundlegender Bedeutung ist; vgl ErlRV 296 BlgNR 21. GP 71; siehe auch *Schwarzl* in *Ferrari/Hopf* 24 ff.

¹¹³ Zu den Beschränkungen in der Vermögensverwaltung siehe §§ 229 bis 232 und 234, zu ihrem Anspruch auf Entschädigung für die Mühewaltung und Entgelt für besondere Leistungen sowie Aufwandsersatz siehe §§ 266 f; *Hinteregger*, Familienrecht⁴ 195 f.

¹¹⁴ 7 Ob 38/08a EF-Z 2009/10 mwN = EvBl 2008/147.

Der JWT ist ex lege mit der Obsorge betraut, wenn ein minderjähriges Kind im Inland aufgefunden wird und sich dessen Eltern nicht ausfindig machen lassen (Findelkind) bzw für den Bereich der Vermögensverwaltung und der Vertretung, wenn für ein im Inland geborenes Kind kein Elternteil mit der Vermögensverwaltung und der gesetzlichen Vertretung betraut ist (§ 211). Zuständig ist das Bundesland als JWT, in dessen Sprengel das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (vgl im Einzelnen § 215a). Sobald die Eltern in der Lage sind, die Obsorge selbst auszuüben, endet die Obsorge des JWT kraft Gesetz. Wieder aufgetauchten Eltern eines Findelkindes kommt die Obsorge nicht automatisch zu, sondern es bedarf einer, unter Beachtung des Kindeswohls vorzunehmenden, Übertragung durch das Gericht (§ 250).

2.2.2.5.1 Wegfall der Verhinderung

Fällt die Verhinderung eines Elternteils, der davor mit dem anderen Elternteil gemeinsam obsorgebetraut war, weg, so tritt der bisher Verhinderte ex lege wieder in seine Pflichten und Rechte ein.¹¹⁵ Dadurch wird ein nach § 145 Abs 2 gefasster deklarativer Beschluss inhaltlich überholt. Bei Bedarf kann dieser Beschluss mit deklarativer Wirkung aufgehoben werden, um den nicht mehr der Wirklichkeit entsprechenden Legitimationsschein zu beseitigen.¹¹⁶

Die Obsorgebetrauung des anderen Elternteils, der Großeltern/des Großelternteils oder der Pflegeeltern/des Pflegeelternteils gemäß § 145 Abs 1 Satz 2 müsste infolge der geänderten Verhältnisse förmlich aufgehoben werden, es kommt nicht zu einer ex lege Rückübertragung des Obsorgerechts. Für die Dauer seiner Existenz entfaltet der bisherige Beschluss materielle Rechtskraftwirkung, die freilich mit der neuen Rechtslage nicht kongruiert.¹¹⁷

2.2.2.5.2 Übergabe des Vermögens, der Urkunden und Nachweise

Der durch das KindRÄG 2001 neu eingeführte § 145 Abs 3 verpflichtet die bisher mit der Obsorge betraute Person nach Maßgabe des Übergangs oder der Übertragung der Obsorge zur Übergabe des Vermögens sowie sämtlicher die Person des Kindes betreffenden Urkunden und

¹¹⁵ ErlRV 60 B1gNR 14. GP 24.

¹¹⁶ LGZ Wien 43 R 714, 759 –762/92 EFS1g 68.619; vgl auch *Stabentheiner* in *Rummel*, 1. ErgBd § 145 Rz 5; *Verschraegen* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 145 Rz 15.

¹¹⁷ *Stabentheiner* in *Rummel*, 1. ErgBd § 145 Rz 5; *Verschraegen* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 145 Rz 16 mwN.

Nachweise. Diese Verpflichtung nimmt nur Bezug auf betroffene Bereiche der Obsorge.¹¹⁸ Nach den Gesetzesmaterialien kommt diese Bestimmung jedoch immer dann zur Anwendung, wenn eine andere Person mit der Obsorge betraut wird. Daraus folgt, dass in all jenen Fällen, in denen einem oder beiden Elternteilen die Vermögensverwaltung als Teil der Obsorge entzogen wurde oder das minderjährige Kind die Volljährigkeit erreicht, ein amtswegiger und vollstreckbarer Gerichtsbeschluss erforderlich ist. Dieser verpflichtet den bisherigen Obsorgebetrauten dem Nachfolger in der Obsorge bzw dem volljährig gewordenen Kind gewisse Vermögensgegenstände wie auch Urkunden und Nachweise zu übergeben.¹¹⁹ Zu den zu übergebenden Urkunden und Nachweisen gehören primär personenstandsrechtliche Urkunden (Geburtsurkunde), der Staatsbürgerschaftsnachweis, der Reisepass, Nachweise über ärztliche Behandlungen und Krankheiten, der Impfpass sowie Schulzeugnisse.¹²⁰

2.3 Inhalt der Obsorge

2.3.1 Pflege und Erziehung

Pflege und Erziehung umfassen die Sorge für das Wohlergehen und die Persönlichkeitsentwicklung des Kindes.¹²¹ Eine genaue inhaltliche Abgrenzung der beiden Begriffe bereitet mitunter Schwierigkeiten, weil die Begriffsinhalte in Grenzbereichen ineinander übergehen und wechselseitig voneinander abhängig sind.¹²² Da Pflege und Erziehung jedoch regelmäßig in einer Person (bzw bei beiden Elternteilen) vereint ist, ist eine Unterscheidung rechtlich nicht weiter von Bedeutung.¹²³

Gemäß § 146 umfasst die **Pflege** des Kindes im Besonderen die Sorge für das körperliche Wohl und für die Gesundheit sowie die „unmittelbare Aufsicht“ über das Kind. Unter **Erziehung** versteht das Gesetz „die Entfaltung der körperlichen, geistigen, seelischen und

¹¹⁸ *Verschraegen* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 145 Rz 17.

¹¹⁹ ErlRV 296 BlgNR 21. GP 52; *Verschraegen* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 145 Rz 17.

¹²⁰ ErlRV 296 BlgNR 21. GP 52; siehe auch *Hopf* in *KBB*, ABGB³ § 145 Rz 3.

¹²¹ *Hinteregger*, Familienrecht⁴ 201.

¹²² ErlRV 60 BlgNR 14. GP 25; *Posch*, Zur Neuregelung der „rein persönlichen“ Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern nach dem BG 30. 6. 1977 BGBl 403, in *Ostheim* (Hrsg), Schwerpunkte der Familienrechtsreform 1977/1978 Entscheidungshilfen für die Praxis (1979) 9 (11 f); siehe auch *Stabentheiner* in *Rummel*, 1. ErgBd § 146 Rz 1; zum Versuch einer begrifflichen Trennung siehe *Schuchter*, Das neue österreichische Kindschaftsrecht, FamRZ 1979, 882 (886).

¹²³ Vgl *Barth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang*³ § 146 Rz 2; *Hopf* in *KBB*, ABGB³ § 146 Rz 1.

sittlichen Kräfte, die Förderung der Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten des Kindes sowie dessen Ausbildung in Schule und Beruf“. Zur Pflege und Erziehung sind alle tatsächlichen Handlungen und Verfügungen gegenüber dem Kind (Körperpflege, erzieherische Anordnungen und dergleichen) sowie die gesetzliche Vertretung des Kindes in diesem Bereich zu zählen, sofern die Vertretung nicht gemäß § 176 Abs 3 entzogen wurde oder der Obsorgende nicht voll geschäftsfähig ist (§ 145a).¹²⁴

Im Gesetz sind keine klaren Ziele oder Erziehungsmethoden normiert. In diesem Zusammenhang setzen jedoch Art 8 und Art 9 EMRK sowie Art 2 1. ZPEMRK dem Gesetzgeber Schranken.¹²⁵ Die elterlichen Befugnisse werden hauptsächlich durch § 146a hinsichtlich der Erziehungsmethoden und durch § 178a im Hinblick auf den Inhalt der Erziehung begrenzt.¹²⁶ Im Übrigen darf die Erziehung jedenfalls nicht im Widerspruch zu den tragenden Grundwerten unserer Gesellschaft und unserer Rechtsordnung stehen.¹²⁷

Wo eine gesetzliche Bestimmung die **Zustimmung des „Erziehungsberechtigten“** fordert, ist darunter mangels einer abweichenden Regelung derjenige zu verstehen, der mit der gesetzlichen Vertretung im Bereich der Pflege und Erziehung betraut ist.¹²⁸

Art und Ausmaß der Pflege und Erziehung richten sich gemäß § 146 Abs 2 primär nach den Lebensverhältnissen der Eltern. Seit dem KindRÄG 2001 sind die Eltern nach § 146 Abs 3 auch ausdrücklich dazu verpflichtet, den Kindeswillen angemessen zu berücksichtigen. Der Wille des Kindes ist umso maßgeblicher, je mehr das Kind für die konkrete Angelegenheit einsichts- und urteilsfähig ist. Dieses Mitspracherecht wird aber jedenfalls zweifach begrenzt, einerseits durch das Kindeswohl, andererseits durch die Lebensverhältnisse der Eltern.¹²⁹

¹²⁴ Siehe dazu *Hopf/Weitzenböck*, ÖJZ 2001, 535 f; so auch *Koziol/Welser* (Bearb *Kletečka*), Bürgerliches Recht I¹³ 540; *Hinteregger*, Familienrecht⁴ 201; ausführlich zu Pflege und Erziehung siehe *Verschraegen* in *Schwimmann/Verschraegen*, ABGB I³ § 146 Rz 2 ff; *Barth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 146 Rz 3 ff; *Schuchter*, FamRZ 1979, 886.

¹²⁵ OGH 1 Ob 623/95 SZ 69/20 = EFSIlg 80.929; *Barth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 146 Rz 12.

¹²⁶ *Hopf* in *KBB*, ABGB³ § 146 Rz 2; Siehe dazu Kapitel 4.2.

¹²⁷ *Verschraegen* in *Schwimmann/Verschraegen*, ABGB I³ § 146 Rz 4; so auch *Hopf* in *KBB*, ABGB³ § 146 Rz 2.

¹²⁸ Vgl § 176 Abs 4; siehe dazu auch ErlRV 296 BlgNR 21. GP 65; *Koziol/Welser* (Bearb *Kletečka*), Bürgerliches Recht I¹³ 540; *Hinteregger*, Familienrecht⁴ 201.

¹²⁹ Siehe dazu *Stabentheiner* in *Rummel*, 1. ErgBd § 146 Rz 5; *Barth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 146 Rz 12; *Hopf* in *KBB*, ABGB³ § 146 Rz 3; *Weitzböck* in *Ferrari/Hopf* 7 f; *Kerschner*, Bürgerliches Recht V: Familienrecht⁴ (2010) Rz 2/70.

Zur Pflege- und Erziehungskompetenz gehört auch das im Gesetz nicht erwähnte Recht, den Vornamen des Kindes zu bestimmen.¹³⁰ Die Eltern können überdies den Aufenthalt des Kindes bestimmen, soweit dies Pflege und Erziehung erfordern¹³¹ und dementsprechend ein entlaufenes Kind zurückholen,¹³² sofern dies nicht das Kindeswohl verletzt (§ 146b).¹³³ Des Weiteren fallen die religiöse Kindererziehung, die Einwilligung in medizinische Heilbehandlungen des Kindes sowie das Recht, die Ausbildung des Kindes zu bestimmen, in diesen Bereich.¹³⁴

2.3.2 Vermögensverwaltung

Gemäß § 149 Abs 1 haben die Eltern das Vermögen des Kindes mit der Sorgfalt „ordentlicher Eltern“, also nach einem objektiven Sorgfaltmaßstab,¹³⁵ zu verwalten. Durch das KindRÄG 2001 kam es zu einer geringfügigen Neugestaltung der Vermögensverwaltung. Die Verpflichtung der Eltern, das Vermögen in seinem Bestand zu erhalten sowie nach Möglichkeit zu vermehren, wurde unter den Vorbehalt des Kindeswohls gestellt.¹³⁶

Bei der Anlegung von Geld kommen die besonderen Regeln der §§ 230 ff über die Anlegung von Mündelgeld zur Anwendung. Danach ist das Geld sicher und möglichst fruchtbringend in Form von Spareinlagen, durch den Erwerb von Wertpapieren, durch die Gewährung von Darlehen oder durch den Erwerb von Liegenschaften oder auf anderem Wege anzulegen.¹³⁷

Aus dem Vermögen des Kindes sind nach § 149 Abs 2 die Verwaltungskosten, die Aufwendungen für den ordentlichen Wirtschaftsbetrieb und für die Vermögenserhaltung

¹³⁰ *Verschraegen* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 146 Rz 7; *Koziol/Welser* (Bearb *Kletečka*), Bürgerliches Recht I¹³ 540 mwN.

¹³¹ OGH 7 Ob 75/64 SZ 37/51.

¹³² Siehe *Hinteregger*, Familienrecht⁴ 201 mwN.

¹³³ LGZ Wien 43 R 501/76 EFSlg 26.680; 44 R 36/92 EFSlg 68.622.

¹³⁴ Siehe dazu ausführlich *Hinteregger*, Familienrecht⁴ 203 ff mwN.

¹³⁵ *Kerschner*, Familienrecht⁴ Rz 2/72; *Ent*, Das neue Kindschaftsrecht, besonders die Regeln über die Vermögensverwaltung und gesetzliche Vertretung, NZ 1978, 177 (183 f); keine Anwendung des § 1299, sondern Beurteilung anhand eines Durchschnittsmaßstabes: *Stabentheiner* in *Rummel*, 1. ErgBd §§ 149, 150 Rz 1; *Nademleinsky* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 150 Rz 4 mwN.

¹³⁶ ErlRV 296 BlgNR 21. GP 58; *Stabentheiner* in *Rummel* 1. ErgBd §§ 149, 150 Rz 1a; *Hopf* in *KBB*, ABGB³ §§ 149-150 Rz 1; *Fucik*, Die Vermögensverwaltung nach dem KindRÄG 2001. Vom Obervormund zur Missbrauchskontrolle, in *Ferrari/Hopf* (Hrsg), Reform des Kindschaftsrechts (2001) 35 (36 f); *Kerschner*, Familienrecht⁴ Rz 2/72.

¹³⁷ Siehe dazu *Hopf* in *KBB*, ABGB³ §§ 230-230e Rz 1 ff; *Wilhelm*, Die Sphinx zur Mündelgeldveranlagung, *ecolex* 1999, 301; *Fast*, Mündelsicher im Wandel der Zeit, RZ 2003, 124. Zur Rechtslage vor dem KindRÄG 2001 siehe *Ent*, Die Neuordnung der Anlegung von Mündelgeld, NZ 1976, 33.

sowie die fälligen Zahlungen zu berichtigen. Die Vermögensverwaltung durch die Eltern (Groß- und Pflegeeltern) erfolgt unentgeltlich. Ein Anspruch auf Entschädigung und Entgelt (§§ 266 ff) steht nur „anderen“ mit der Obsorge betrauten Personen (§§ 187 ff) zu.¹³⁸

Aus den Erträgen ist der Kindesunterhalt zu entrichten,¹³⁹ der Vermögensstamm darf hierzu nur herangezogen werden, soweit die Unterhaltsleistungen der Eltern nicht ausreichen¹⁴⁰ und – im Verhältnis zur Unterhaltspflicht der Großeltern – dem Kind die Heranziehung des Vermögensstammes zumutbar ist (§ 141 S 2).¹⁴¹

Nach § 133 AußStrG ist die Vermögensverwaltung der Eltern, Groß- oder Pflegeeltern gerichtlich nur zu überwachen, wenn eine unbewegliche Sache zum Vermögen gehört oder der Wert des Vermögens oder der Jahreseinkünfte € 10.000 wesentlich übersteigt, und jede andere Vermögensverwaltung nur bei akuter Kindeswohlgefährdung. Der laufenden Rechnungslegungspflicht unterliegen sie nur auf Grund entsprechender gerichtlicher Verfügung (vgl § 135 Abs 1 AußStrG). Im Unterschied zu § 135 Abs 1 AußStrG geht § 150 Abs 2 von einer grundsätzlichen Rechnungslegungspflicht der Eltern aus, von der das Gericht Befreiung erteilen kann, wenn hinsichtlich der ordentlichen Vermögensverwaltung keine Bedenken bestehen. Dieser Widerspruch ist auf ein Redaktionsversehen im Zuge der Reform des Außerstreitverfahrens zurückzuführen, da verabsäumt wurde, § 150 im Rahmen des FamErbRÄG 2004 an das neue AußStrG anzupassen.¹⁴² Nach dem Willen des Gesetzgebers sind die Eltern demnach zur Rechnungslegung nur verpflichtet, soweit dies das Gericht aus besonderen Gründen verfügt (lex posterior derogat legi priori).¹⁴³

2.3.3 Gesetzliche Vertretung

Gesetzliche Vertretung ist das Recht oder die Pflicht, für das Kind Rechtshandlungen vorzunehmen. Sie bezieht sich als Teil der Obsorge auf das Außenverhältnis des Kindes zu Dritten und umfasst Vertretungshandlungen im Namen des Kindes, die das Kind unmittelbar berechtigen oder verpflichten sowie Einwilligungen.¹⁴⁴ Die Geschäftsfähigkeit des Kindes ergibt sich aus § 865 iVm § 151 f. Minderjährige unter 7 Jahren sind grundsätzlich völlig

¹³⁸ Hopf in *KBB*, ABGB³ §§ 149f Rz 2; Fucik in *Ferrari/Hopf* 46 ff.

¹³⁹ OGH 1 Ob 547/91 SZ 64/94.

¹⁴⁰ OGH 6 Ob 591/95 SZ 68/157.

¹⁴¹ Thunhart in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang*³ §§ 149, 150 Rz 7; *Hinteregger*, Familienrecht⁴ 204 f.

¹⁴² Siehe ErlRV 224 BlgNR 22. GP 88.

¹⁴³ Thunhart in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang*³ §§ 149, 150 Rz 9f; Hopf in *KBB*, ABGB³ § 150 Rz 4.

¹⁴⁴ *Hinteregger*, Familienrecht⁴ 205; vgl auch *Stabentheiner* in *Rummel*, 1. ErgBd §§ 154, 154a Rz 1.

geschäftsunfähig (§ 865 erster S). Schließt ein Kind dieser Altersklasse jedoch ein Rechtsgeschäft, welches für sein Alter üblich ist und eine geringfügige Angelegenheit des täglichen Lebens betrifft, wird dieses rückwirkend rechtswirksam, sobald das Kind seine Pflicht aus diesem Rechtsgeschäft erfüllt (§ 151 Abs 3). Minderjährige zwischen sieben und achtzehn Jahren sind beschränkt geschäftsfähig und können lediglich ein zu ihrem Vorteil gemachtes Rechtsgeschäft annehmen (§ 865 zweiter S). Alle übrigen Rechtsgeschäfte können Minderjährige nur mit der Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters abschließen. Das Geschäft ist sodann bis zur Abgabe dieser Erklärung schwebend unwirksam.¹⁴⁵ Für die Erteilung der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters kann der andere Teil eine angemessene Frist fordern (§ 865 letzter S). Darüber hinaus können mündige Minderjährige¹⁴⁶ über ihnen zur freien Verfügung überlassene Sachen sowie über ihre Einkünfte aus eigenem Erwerb, so weit verfügen und sich verpflichten, als dadurch nicht die Befriedigung ihrer Lebensbedürfnisse gefährdet werden (§ 151 Abs 2). Überdies können sie sich gemäß § 152 selbstständig vertraglich zu Dienstleistungen verpflichten. Eine Ausnahme besteht jedoch für Dienstleistungen aufgrund eines Lehr- oder Ausbildungsvertrages.

Grundsätzlich gilt gemäß § 154 Abs 1 für die gesetzliche Vertretung Minderjähriger durch ihre Eltern der **Grundsatz der Einzelvertretung**. Jeder Elternteil ist daher allein berechtigt oder verpflichtet, das Kind ohne Mitwirkung des anderen rechtsgeschäftlich zu vertreten.¹⁴⁷ Gemäß § 144 haben die Eltern, wie bereits oben erwähnt, im Rahmen der Obsorge zwar einvernehmlich vorzugehen, doch beschränkt sich das Einvernehmlichkeitsgebot auf das Innenverhältnis.¹⁴⁸ Die Vertretungshandlung eines Elternteils ist somit auch dann wirksam, wenn sie der andere Elternteil nicht billigt.¹⁴⁹ Ein Dissens zwischen den Elternteilen ist nur dann relevant, wenn beide gegenüber dem Dritten gleichzeitig einander widersprechende Erklärungen abgegeben. In diesem Fall kommt das Rechtsgeschäft nicht zustande.¹⁵⁰

¹⁴⁵ Hinteregger, Familienrecht⁴ 205.

¹⁴⁶ Unter mündigen Minderjährigen versteht man Personen zwischen 14 und 18 Jahren; § 21 Abs 2.

¹⁴⁷ ErlRV 60 BlgNR 14. GP 30; Lukas, Die Geschäftsfähigkeit und die gesetzliche Vertretung Minderjähriger im österreichischen Privatrecht unter dem Blickwinkel der „UN-Konvention über die Rechte des Kindes“, in Rauch-Kallat/Pichler (Hrsg), Entwicklungen in den Rechten der Kinder im Hinblick auf das UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes (1994) 291 (338).

¹⁴⁸ Nademleinsky in Schwimann/Verschraegen, ABGB I³ § 154 Rz 3; Thunhart in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 154 Rz 5; Hopf in KBB, ABGB³ § 154 Rz 1; Lukas in Rauch-Kallat/Pichler 338.

¹⁴⁹ ErlRV 60 BlgNR 14. GP 30; Koziol/Welser (Bearb Kletečka), Bürgerliches Recht I¹³ 544, Hinteregger, Familienrecht⁴ 206.

¹⁵⁰ Stabentheiner in Rummel, 1. ErgBd §§ 154, 154a Rz 3; Nademleinsky in Schwimann/Verschraegen, ABGB I³ § 154 Rz 3; Thunhart in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 154 Rz 5; Lukas in Rauch-Kallat/Pichler 338; Koziol/Welser (Bearb Kletečka), Bürgerliches Recht I¹³ 544.

Gefährdet ein Dissens der Eltern jedoch das Wohl des Kindes, kann dies zu einer ganzen oder teilweisen Entziehung des Vertretungsrechts führen.¹⁵¹

Kollektivvertretung beider Elternteile ist nur in den in § 154 Abs 2 taxativ¹⁵² aufgezählten sechs Angelegenheiten erforderlich. Eine Erweiterung dieser Angelegenheiten durch Analogie kommt aus Gründen der Rechtssicherheit nicht in Betracht.¹⁵³ Das Zustimmungserfordernis gemäß § 154 Abs 2 besteht jedoch nur, wenn beide Eltern vertretungsbefugt sind. Ist ein Elternteil gemäß §§ 145, 145a im Rahmen der Obsorge alleine vertretungsbefugt, so verfügt der andere zwar über die Informations- und Äußerungsrechte nach §178, es bedarf jedoch weder seiner Zustimmung noch der Genehmigung des Gerichts. In diesem Fall relativiert sich das Zustimmungsrecht des anderen Elternteils somit zum Informations- und Äußerungsrecht nach § 178.¹⁵⁴ Gemäß § 216 Abs 1 bedarf eine „andere mit der Obsorge betraute Person“ iSd §§ 187 ff – ausgenommen der Jugendwohlfahrtsträger (§ 214 Abs 1) – einer gerichtlichen Genehmigung zu Vertretungshandlungen in diesen Angelegenheiten.¹⁵⁵

Vertretungshandlungen und Einwilligungen in Vermögensangelegenheiten, die nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb zählen, bedürfen gemäß § 154 Abs 3 der Zustimmung des anderen zur gesetzlichen Vertretung berechtigten Elternteils und der **Genehmigung des Gerichts**, die nur ausdrücklich und nicht stillschweigend erteilt werden kann.¹⁵⁶ Bis zur Genehmigung des Gerichts ist das Geschäft unter Bindung beider Vertragsteile schwebend unwirksam, danach wird es zwischen den Vertragspartnern rückwirkend voll wirksam. Erteilt das Gericht die Genehmigung nicht, ist das Geschäft ex tunc unwirksam.¹⁵⁷ Ist nur ein Elternteil vertretungsbefugt, ist nur sein Vertreterhandeln gerichtlich genehmigungspflichtig, dem anderen kommt das Informations- und Äußerungsrecht nach § 178 zu.¹⁵⁸ Nach herrschender Meinung gehören zum außerordentlichen Wirtschaftsbetrieb alle

¹⁵¹ *Nademleinsky* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 154 Rz 3.

¹⁵² JAB 587 BlgNR 14. GP 11; OGH 1 Ob 557/80 EFSlg 35.950; LG St. Pölten 10 R 227/97f EFSlg 84.022; *Lukas* in *Rauch-Kallat/Pichler* 338.

¹⁵³ JAB 587 BlgNR 14. GP 11; krit *Schwimann* in *Floretta* 170.

¹⁵⁴ *Thunhart* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 154 Rz 7; *Hopf* in *KBB*, ABGB³ § 154 Rz 3.

¹⁵⁵ *Stabentheiner* in *Rummel*, 1. ErgBd §§ 154, 154a Rz 4; *Nademleinsky* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 154 Rz 5.

¹⁵⁶ OGH 1 Ob 160/57 SZ 31/52; 8 Ob 14/63 SZ 36/27; 6 Ob 679/82 JBl 1983, 486; 3 Ob 308/01t EvBl 2003/8 = JBl 2003, 182; 6 Ob 158/05m Zak 2005/50.

¹⁵⁷ *Nademleinsky* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 154 Rz 29 mwN.

¹⁵⁸ *Hopf* in *KBB*, ABGB³ § 154 Rz 8.

Angelegenheiten, die nach den Verhältnissen des Minderjährigen nicht als üblich¹⁵⁹ zu beurteilen sind und denen besondere Bedeutung¹⁶⁰ zukommt. Die Aufzählung der genehmigungsbedürftigen Akte ist bloß demonstrativ.¹⁶¹ Von den in § 154 Abs 2 und Abs 3 erwähnten Zustimmungsrechten ist die Entgegennahme von Willenserklärungen und Zustellstücken nicht erfasst.¹⁶²

Im Zivilverfahren kann nur ein Elternteil allein das Kind vertreten. Mangels Einigung der Eltern oder mangels gerichtlicher Bestimmung (§ 176) ist der Elternteil Vertreter, der die erste Vertretungshandlung gesetzt hat (§ 154a).

¹⁵⁹ ErlRV 296 BlgNR 21. GP 59; *Lukas* in *Rauch-Kallat/Pichler* 339; *Dullinger*, Die gesetzliche Vertretung Minderjähriger bei Rechtsgeschäften, RZ 1986, 202 (203).

¹⁶⁰ Siehe *Dullinger*, RZ 1986, 203; *Gitschthaler*, Handlungsfähigkeit minderjähriger und besachwalteter Personen. Eine Darstellung aus materiellrechtlicher Sicht, ÖJZ 2004, 81 und 121 (127).

¹⁶¹ ErlRV 60 BlgNR 14. GP 31; OGH 1 Ob 801/81 EFSlg 38.303.

¹⁶² *Hinteregger*, Familienrecht⁴ 207.

3. Das Kindeswohl

3.1 Der Begriff „Kindeswohl“ im Kindschaftsrecht

Das Kindeswohl stellt die Grundlage der Familienautonomie dar, die im gesamten österreichischen Kindschaftsrecht von besonderer Relevanz ist.¹⁶³ Da das Kindeswohl insbesondere auch im Fall der Entziehung der elterlichen Rechte im Mittelpunkt steht, wird dieser Rechtsbegriff im Folgenden kurz dargestellt und im Anschluss seine Funktionen erläutert.

Mit dem Bundesgesetz über die Neuordnung des Kindschaftsrechts 1977¹⁶⁴ wurde der Zentralbegriff „Kindeswohl“ erstmalig in das ABGB eingeführt.¹⁶⁵ Seitdem verlangt nicht nur § 137, welcher als Präambel zu verstehen ist,¹⁶⁶ dass die Eltern verpflichtet sind, das Wohl des Kindes zu fördern, vielmehr wurde die Berücksichtigung des Kindeswohls zum zentralen Leitziel¹⁶⁷ des gesamten Kindschaftsrechts. Auch den Gesetzesmaterialien¹⁶⁸ zufolge muss die „oberste Richtschnur“ für das gesamte Recht der Eltern-Kind-Beziehung die Wahrung des Wohles des Kindes sein.

Der Begriff ist an verschiedenen Stellen im Kindschaftsrecht zu finden. Das Kindeswohl ist sowohl für das biologische Eltern-Kind-Verhältnis, als auch für das Verhältnis zwischen Adoptierenden und Adoptivkind und das Verhältnis zwischen Pflegeeltern und Pflegekind relevant. Zugleich spielt es im Eheleben und bei Ehescheidung eine tragende Rolle.¹⁶⁹

¹⁶³ ErlRV 60 BlgNR 14. GP 15 f.

¹⁶⁴ BGBl 1977/403; im Folgenden KindG 1977.

¹⁶⁵ Vgl. *Posch* in *Ostheim* 12ff; *Mottl*, Das Kind: Rechtssubjekt oder nur Spielball familiärer Auseinandersetzungen?, in *Rauch-Kallat/Pichler* (Hrsg), *Entwicklungen in den Rechten der Kinder im Hinblick auf das UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes* (1994) 167 (180 ff); *Pichler*, ÖA 1978, 22; *Schuchter*, FamRZ 1979, 882; *Schüch*, Das österreichische Kindschaftsrecht, ÖA 1980, 31 (55 f); für ausführliche Darstellungen zum KindG 1977 sowie die Entwicklungen des Kindschaftsrechts von 1811 bis 1977 siehe auch *Ent*, NZ 1978, 177 ff.

¹⁶⁶ *Verschraegen* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 137 Rz 1.

¹⁶⁷ *Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 388; so auch *Hopf* in *KBB*, ABGB³ § 178a Rz 1.

¹⁶⁸ ErlRV 144 BlgNR 13. GP 16; ErlRV 60 BlgNR 14. GP 15; JAB 587 BlgNR 14. GP 1.

¹⁶⁹ Vgl. §§ 91, 92, 145, 145b, 146, 147, 148, 149, 163a, 165a, 167, 176, 176a, 176b, 177, 177a, 178, 180a, 184a, 186, 186a, sowie die §§ 55, 55a, 68a, 69, 83 EheG; *Verschraegen* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 137 Rz 4.

Eine Definition dieses Begriffs existiert im Gesetz jedoch nicht.¹⁷⁰ Anstatt einer Legaldefinition nennt das Gesetz in § 178a bloß demonstrativ¹⁷¹ diverse Kriterien, die bei der Beurteilung des Kindeswohls Berücksichtigung finden müssen. Maßgeblich sind die Persönlichkeit des Kindes und seine Bedürfnisse, die besonderen Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und die Entwicklungsmöglichkeiten sowie die Lebensverhältnisse der Eltern. Die konkrete Feststellung dessen, was im Einzelfall dem Kindeswohl „am besten“ entspricht, wurde somit vom österreichischen Gesetzgeber in das Ermessen der Gerichte gelegt.¹⁷²

Der Aspekt der inhaltlichen Unbestimmtheit des Begriffs Kindeswohl rief Kritik hervor. Die Kritiker monieren ua, dass es sich um eine Leerformel handle, die Auslegungsmöglichkeiten in alle Richtungen zulasse,¹⁷³ bzw um ein Indiz für die Flucht des Gesetzgebers in eine Generalklausel.¹⁷⁴ *Mnookin* ist der Ansicht, dass der Richter meist nicht über die notwendigen Informationen verfüge, um eine Entscheidung entsprechend dem Kindeswohl zu treffen. Er könne weitere Entwicklungen nicht vorhersehen, und die persönliche Einstellung eines Richters gegenüber der Kindererziehung sowie seine eigenen Wertmaßstäbe bergen das Risiko „individualistischer Entscheidungen“ in sich.¹⁷⁵ Nach *Coester* lasse sich aus den Vorwürfen der Inhaltsleere und der fehlenden normativen Qualität des Begriffs Kindeswohl somit die Gefahr willkürlichen Handelns von Seiten der Gerichte ableiten.¹⁷⁶

Um den Begriff des Kindeswohls zu definieren, bedarf es einer Konkretisierung der Hauptfunktionen, die diesem Begriff zukommen. An dieser Stelle sind vier Funktionen zu unterscheiden, die im Folgenden thematisiert werden.

¹⁷⁰ *Weitzenböck* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 178a Rz 1; *Hopf* in *KBB*, ABGB³ § 178a Rz 1.

¹⁷¹ *Weitzenböck* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 178a Rz 3.

¹⁷² *Mottl* in *Rauch-Kallat/Pichler* 181.

¹⁷³ *Hoyer*, Anmerkung zu OGH 1 Ob 681/80 (JBI 1981, 434), JBI 1981, 434 (435).

¹⁷⁴ *Hedemann*, Die Flucht in die Generalklausel. Eine Gefahr für Recht und Staat (1933) 66; vgl auch *Diederichsen*, Die Flucht des Gesetzgebers aus der politischen Verantwortung im Zivilrecht (1974).

¹⁷⁵ *Mnookin*, Was stimmt nicht mit der Formel „Kindeswohl“?, FamRZ 1975, 1 (2 f).

¹⁷⁶ *Coester*, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff. Die richterliche Entscheidung über die elterliche Sorge beim Zerfall der Familiengemeinschaft (1983) 3.

3.2 Die Funktionen des Kindeswohls¹⁷⁷

3.2.1 Das Kindeswohl als Eingriffslegitimation

Nach dem im Verfassungsrang stehenden Art 8 EMRK hat jedermann Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, wozu auch die aus dem Familienrecht abgeleiteten Rechte der Eltern gegenüber ihren Kindern gehören.¹⁷⁸ Von immenser Relevanz ist unter Beachtung dieser grundrechtlich verfestigten Wertung die Klärung der Frage, ob und unter welchen Gegebenheiten dem Staat das Recht oder die Pflicht zukommt, reglementierend in das Eltern-Kind-Verhältnis einzugreifen.¹⁷⁹ Eine solche Entscheidung kann im Einzelfall insbesondere dann notwendig werden, wenn das Kind durch seine Eltern misshandelt wird. Hier ist an die Beschränkung der Elternrechte oder an den gänzlichen Obsorgeentzug gemäß § 176 zu denken. Es gilt also herauszufinden, wie weit der Grundsatz der Familienautonomie reicht und wann die Schwelle erreicht ist, bei der durch das Verhalten der Eltern eine Gefährdung des Kindeswohls iSd 176 Abs 1 vorliegt und somit eine staatliche Intervention legitimiert erscheint.¹⁸⁰ In diesem Kontext kommt dem Kindeswohl die Funktion eines „Tatbestandselementes“ zu, das einen staatlichen Eingriff erlaubt. Im Falle einer Kindesmisshandlung wird die Schwelle zur Gefährdung des Kindeswohls wohl immer überschritten sein, und der Staat hat als Wächter der Interessen des Kindes in den Familienverband einzugreifen, um das Kind als schwächstes Glied in der Kette und wehrloses Opfer zu schützen.¹⁸¹

3.2.2 Das Kindeswohl als Entscheidungsmaßstab

Eine weitere Aufgabe des Kindeswohls liegt darin, den Eingriff in die Familienautonomie materiell zu rechtfertigen. Es geht also um eine inhaltliche Bestimmung der in § 178a positivierten Formel des Kindeswohls.¹⁸² Nach *Bernat* handelt es sich dabei um „die wohl anspruchvollste Frage, die im Zusammenhang mit der Funktionsbestimmung des

¹⁷⁷ Zu dieser Klassifizierung siehe vor allem *Coester*, Kindeswohl 134; vgl dazu auch *Bernat*, Das Kindeswohl auf dem Prüfstand des Rechts – Gedanken zur Funktionsbestimmung einer familienrechtlichen Generalklausel, ÖA 1994, 43 (43).

¹⁷⁸ Siehe dazu Kapitel 5.1.

¹⁷⁹ *Coester*, Kindeswohl 138 ff; *Bernat*, ÖA 1994, 44.

¹⁸⁰ *Bernat*, ÖA 1994, 44.

¹⁸¹ Vgl *Posch* in *Ostheim* 15.

¹⁸² *Coester*, Kindeswohl 134; *Bernat*, ÖA 1994, 43, 45.

Rechtsbegriffs Kindeswohl gestellt werden kann“.¹⁸³ Zum einen ist, wie bereits erwähnt, im österreichischen Recht keine Legaldefinition zu finden, und zum anderen trägt die demonstrative Auflistung von Kriterien in § 178a, die es bei der Ermittlung des Kindeswohls zu beachten gilt, lediglich marginal zur Präzisierung des Begriffs Kindeswohl bei.¹⁸⁴

Spätestens die beachtenswerte Habilitationsschrift von *Coester* lässt erkennen, dass die Kindeswohl-Klausel kein abstrakter Begriff oder eine Leerformel ist, sondern eine Rechtsnorm „mit grundsätzlich erschließungsfähigem und bedürftigem Inhalt“,¹⁸⁵ mit anderen Worten ein Stück offengelassener Gesetzgebung¹⁸⁶. Beim Begriff Kindeswohl handelt es sich nicht nur um ein deskriptives Tatbestandselement, sondern um eine durch richterliche Rechtsschöpfung zu konkretisierende Generalklausel, da es für den Gesetzgeber unmöglich ist, sämtliche Kriterien und Fallkonstellationen, die das Kindeswohl gefährden oder es aber verwirklichen, zu erfassen.¹⁸⁷ Darüber hinaus ist die Vorstellung dessen, was dem Kindeswohl am besten entspricht, von der jeweiligen gesellschaftlichen Wertordnung abhängig.¹⁸⁸ Es bleibt also festzuhalten, dass das Kindeswohl keine exakt feststehende Größe, sondern vielmehr eine Variable ist, die dem Richter die Möglichkeit einräumt, auf das jeweilige Kind und die jeweilige Situation einzugehen. Dabei kommt dem Richter die Verpflichtung zu, alle vorhandenen Erkenntnismöglichkeiten auszuschöpfen, um im konkreten Fall eine den Kindesbedürfnissen entsprechende Entscheidung zu treffen.¹⁸⁹

Primär ist der Richter bei seiner Entscheidungsfindung an das positive Recht, das den Wertungsrahmen setzt, gebunden. Sind in den gesetzlichen Bestimmungen konkrete Anhaltspunkte gegeben, wie der Begriff Kindeswohl iSd Gesetzes zu verstehen ist, sind diese für den Richter selbstverständlich verbindlich. So normiert § 146a den Grundsatz der gewaltfreien Erziehung, wonach körperliche Züchtigungen als Erziehungsmaßnahmen absolut untersagt sind und nie dem Kindeswohl entsprechen.¹⁹⁰ Des Weiteren ist der Richter im konkreten Fall unter Umständen auf einschlägige humanwissenschaftliche Erkenntnisse

¹⁸³ *Bernat*, ÖA 1994, 43.

¹⁸⁴ *Mottl* in *Rauch-Kallat/Pichler* 184.

¹⁸⁵ *Coester*, Kindeswohl 173.

¹⁸⁶ Vgl *Hedemann*, Flucht 58; so auch *Bernat*, ÖA 1994, 45.

¹⁸⁷ *Coester*, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, in *Deutscher Familiengerichtstag e.V.* (Hrsg), Brühler Schriften zum Familienrecht IV. Sechster Deutscher Familiengerichtstag (1986) 35 (40); *Bernat*, ÖA 1994, 45.

¹⁸⁸ *Coester*, Kindeswohl 149 ff.

¹⁸⁹ *Coester*, Kindeswohl 171; *Bernat*, ÖA 1994, 46.

¹⁹⁰ Siehe dazu ausführlich *Bernat*, ÖA 1994, 45 f; *Fucik*, Das Spannungsfeld zwischen Kindeswohl und Elternrecht aus der Sicht des Pflegschaftsrichters, ÖA 1996, 43 (43 f).

angewiesen. Dabei wird er insbesondere auf die fachliche Hilfe von Kinderpsychologen, Kinderpsychiatern und Verhaltensforschern zurückgreifen.¹⁹¹ Vor allem wenn Verdacht auf Kindesmisshandlung vorliegt, ist ein hoher Informationsbedarf bezüglich der familiären Gesamtsituation gegeben. Mangels fundierter psychologischer und pädagogischer Kenntnisse ist für den Richter eine Beurteilung des Falles jedoch oftmals unmöglich, weshalb in solchen Situationen häufig Sachverständigengutachten angefordert werden bzw. angefordert werden müssen. Da für diese Funktionen in der Regel kinderpsychologische und kinderpsychiatrische Sachverständige bestellt werden, fließen über diese Gutachten die Betrachtungsweisen verschiedenster Fachdisziplinen in den gerichtlichen Entscheidungsfindungsprozess mit ein. Die interdisziplinäre Kooperation zwischen der Rechtswissenschaft und den Sozialwissenschaften erscheint mir bei der Realisierung und maximalen Sicherung des Kindeswohls vor allem im Zusammenhang mit einer mutmaßlichen Kindesmisshandlung unverzichtbar.¹⁹² Die Gutachten dieser Personen stellen eine subsidiäre Orientierungshilfe dar, wobei die endgültige Entscheidung, was für das Kind das Beste ist, dem Richter obliegt.¹⁹³ Die Tendenz geht jedoch dahin, dass der Richter diese Annahmen, selbstverständlich unter Einbeziehung der rechtlichen Aspekte, übernimmt.¹⁹⁴ Da der Richter trotz aller Objektivität seine persönliche Meinung in den Entscheidungsprozess einfließen lässt, wird es sich aber nicht vermeiden lassen, dass unterschiedliche Richter bei Vorliegen desselben Sachverhaltes zu anderen Ergebnissen gelangen können.¹⁹⁵

3.2.3 Das Kindeswohl als Verfahrensrichtlinie und legislatorische Handlungsmaxime

Auch im Verfahrensrecht ist das Augenmerk freilich auf die Wahrung des Kindeswohls zu legen.¹⁹⁶ Greift der Staat, um das Kindeswohl sicherzustellen, in das Eltern-Kind-Verhältnis ein, ist das Ziel des Verfahrens die Klärung der Frage, was das inhaltlich richtige Maß des Eingriffs ist. Außerdem wird eine Lösungsfindung, die den Interessen und dem Wohl des

¹⁹¹ Vgl. dazu *Haybäck*, ÖA 1993, 4, 5 f.; *Figdor*, Obsorge, Kindeszuteilung, Besuchsrecht – Betrachtung aus psychoanalytischer Sicht, ÖA 1994, 167 (170 ff).

¹⁹² Vgl. *Haybäck*, ÖA 1993, 5f.; *Völkl-Kernstock/Bein/Klicpera/Friedrich*, Evaluierung kinderpsychologischer und kinderpsychiatrischer Sachverständigengutachten aus Sicht österreichischer Familienrichter. Erfahrungen, Einschätzungen und Perspektiven, FamZ 2006, 241 (242); zur gutachterlichten Praxis s. auch *Figdor*, ÖA 1994, 169.

¹⁹³ Siehe etwa *Bernat*, ÖA 1994, 46 mwN.

¹⁹⁴ *Haybäck*, ÖA 1993, 5 f.

¹⁹⁵ Vgl. dazu *Verschraegen*, Das Kind „Helene“, in Festschrift für Fritz Schwind zum 80. Geburtstag (1993) 227.

¹⁹⁶ *Bernat*, ÖA 1994, 43.

Kindes bestmöglich entspricht, angestrebt.¹⁹⁷ Vom Kindeswohl als objektivem Kriterium, an dem sich das Gericht bei seiner Entscheidung zu orientieren hat, ist der Wille des Kindes zu unterscheiden.¹⁹⁸ IdS legt § 105 AußStrG¹⁹⁹ fest, dass das Kind im Verfahren über die Pflege und Erziehung persönlich oder sonst in geeigneter Weise anzuhören ist. Hat der Minderjährige das zehnte Lebensjahr noch nicht vollendet, kann die Befragung auch durch den JWT, durch Einrichtungen der Jugendgerichtshilfe oder in anderer geeigneter Weise, etwa durch Sachverständige, erfolgen. Dem **Willen des Kindes** allein kommt jedoch keine entscheidungswesentliche Bedeutsamkeit zu. Demnach ist die Befragung des Kindes zu unterlassen, wenn diese kindeswohlabträgliche Folgen nach sich zieht oder eine überlegte Äußerung zum Verfahrensgegenstand nicht zu erwarten ist.

Da das Kindeswohl, obwohl nicht explizit verfassungsrechtlich verankert, als ein „fundamentaler Rechtsgrundsatz“²⁰⁰ in der österreichischen Rechtsordnung anerkannt ist, muss es der Gesetzgeber berücksichtigen. Somit ist es bei jeglicher legislativer Tätigkeit, insbesondere bei der Neuregelung des Kindschaftsrechts, obligatorisch als Wertmaßstab heranzuziehen.²⁰¹

3.2.4 Das Kindeswohl in der Rechtsprechung

Die Sicherung des Kindeswohls zieht sich wie ein roter Faden durch das gesamte Kindschaftsrecht und ist der wichtigste Bezugspunkt im Bereich dieser Rechtsmaterie. Da es sich hierbei jedoch, wie bereits mehrfach erwähnt, um einen unbestimmten Gesetzesbegriff handelt, obliegt es gerade auch den Gerichten, den Begriff zu präzisieren. Doch auch seitens des OGH, der das Kindeswohl als „Leitgedanke des gesamten Kindschaftsrechts“²⁰² manifestiert, gibt es bisher keine genaue Definition des Begriffs Kindeswohls. Nach der Rsp hat der unbestimmte Gesetzesbegriff „Kindeswohl“ mehrere Dimensionen und impliziert vor allem das körperliche, geistige und seelische Wohlergehen des Kindes. Dabei stellen Elternliebe, Fürsorge und Sicherheit die Basis für die Realisierung des Kindeswohls dar.²⁰³

¹⁹⁷ Coester in *Deutscher Familiengerichtstag e. V.* 40.

¹⁹⁸ Weitzenböck in *Schwimmann/Verschraegen*, ABGB I³ § 178a Rz 2.

¹⁹⁹ Nach der Aufhebung des § 178b ABGB durch das KindRÄG 2001 wird das Anhörungsrecht des Kindes nun in § 105 AußStrG geregelt; Weitzenböck in *Schwimmann/Verschraegen*, ABGB I³ § 176 Rz 57.

²⁰⁰ Bydlinski, *Fundamentale Rechtsgrundsätze. Zur rechtsethischen Verfassung der Sozietät* (1988) 177.

²⁰¹ Bernat, ÖA 1994, 43.

²⁰² OGH 1 Ob 517/79 SZ 52/14.

²⁰³ OGH 1 Ob 628/86 SZ 59/184 = JBl 1987, 39 = ÖA 1987, 53; 1 Ob 2396/96a EFSIlg 84.218 uvam.

Jede Entscheidung, die Auswirkungen auf das Wohlergehen eines Kindes hat, ist auch unter dem Gesichtspunkt des Art 8 Abs 2 EMRK zu rechtfertigen.²⁰⁴

Besonders umfassend ist die Judikatur zum Kindeswohl selbstverständlich bei Entscheidungen über Obsorgeentziehungen nach § 176. Ausschlaggebend dafür ist, dass Maßnahmen nach § 176 nur geboten sind, wenn eine Gefährdung des Kindeswohls vorliegt.²⁰⁵ Auch das Gewaltverbot des § 146a nimmt auf das Kindeswohl Bezug, indem es jede unzumutbare dem Kindeswohl abträgliche Handlung verbietet.²⁰⁶ Beim Gewaltverbot und der Obsorgeentziehung handelt es sich somit um eine negative Betrachtung des Kindeswohls.

4. Die gewaltfreie Erziehung des Kindes

4.1 Die UN-Konvention über die Rechte des Kindes (KRK)

Bei dieser Konvention handelt es sich um den einzigen internationalen Vertrag, der ausschließlich Rechts- und Schutzansprüche von Kindern und Jugendlichen beinhaltet und somit einen beachtlichen Fortschritt zur Sicherstellung eines effektiven Kinderschutzes darstellt.²⁰⁷ Sie ist die bis dato bemerkenswerteste internationale Errungenschaft im Bereich des Kindesschutzes.²⁰⁸

Die UN-Kinderrechtskonvention wurde 1989 von der Organisation der Vereinten Nationen beschlossen. Seitdem wurde dieses internationale Vertragswerk von weltweit 193 Staaten

²⁰⁴ OGH 3 Ob 49/04h EFSlg 107.826.

²⁰⁵ OGH 6 Ob 639/95 RZ 1996/65; 8 Ob 2282/96p EFSlg 81.139; 6 Ob 48/10t EF-Z 2010, 150 uvam; ausführlich dazu siehe Kapitel 5.2.

²⁰⁶ OGH 1 Ob 573/92 JBl 1992, 639 = EvBl 1993/13 = ÖVA 1993, 26; 7 Ob 523/93 EFSlg 71.826 = EFSlg 71.834 = EFSlg 71.835 = EFSlg 71.846 = EFSlg 71.847; 1 Ob 2078/96m ZfRV 1996/85 = EFSlg 81.122 = EFSlg 81.156; ausführlich dazu siehe Kapitel 4.2.

²⁰⁷ *Filler*, Eine Sternstunde für Kinderrechte!, ÖA 1995, 18 (18); vgl auch *Benzoni*, Kinder- und Jugendanwaltschaften Österreichs. Ombudsstelle und Interessenvertretung für Kinder und Jugendliche mit Gewalterfahrungen, ÖA 2001, 193 (194).

²⁰⁸ *Filler/Haslinger*, Die völkerrechtliche Stellung des Kindes in Österreich, in *Lehner* (Hrsg), Kinder- und Jugendrecht² (1998), 325 (345); Anm: Dieses Buch ist zwar bereits in 3. Auflage verfügbar, das Kapitel Völkerrecht gibt es in der neuen Auflage jedoch nicht mehr.

unterzeichnet und ratifiziert und hat somit beinahe universelle Geltung erreicht.²⁰⁹ In Österreich trat es 1992 in Kraft.²¹⁰

Im Jahre 1990 fand der erste Weltkindergipfel statt. Hier unterzeichneten zahlreiche Staats- und Regierungschefs eine „Erklärung für das Überleben, den Schutz und die Entwicklung von Kindern“ und zur Umsetzung der Deklaration wurde ein Aktionsplan erstellt. Um die Fortschritte seit dem ersten Weltkindergipfel zu überprüfen und neue Ziele zu setzen, wurde 2002 der zweite Weltkindergipfel abgehalten. Es wurden eine neue Erklärung und ein Internationaler Aktionsplan („Eine kindgerechte Welt“) beschlossen sowie jedem Land aufgetragen, einen „Nationalen Aktionsplan“ zu erstellen.²¹¹

Die KRK ist kein statisches Dokument, sondern kann gegebenenfalls den laufenden Entwicklungen angepasst werden.²¹² Eine Ergänzung der KRK stellen die beiden Zusatzprotokolle dar. Das Zusatzprotokoll betreffend die Beteiligung von Kindern in bewaffneten Konflikten, das unter anderem die militärische Rekrutierung von Kindern verbietet, wurde in Österreich im Jahre 2002 ratifiziert.²¹³ Das Zusatzprotokoll zu Kinderhandel, Kinderprostitution und Kinderpornographie befasst sich insbesondere mit dem Schutz vor sexueller Ausbeutung und wurde in Österreich im Jahre 2004 ratifiziert.²¹⁴

4.1.1 Entstehung

Zu den wesentlichen Kodifikationsschritten auf dem Weg von einer ersten Anerkennung der Notwendigkeit von Kinderrechten bis hin zur völkerrechtlich verbindlichen KRK gehören die rechtlich unverbindlichen Vorläufer der „Genfer Erklärung über die Rechte des Kindes“ von 1924, die „Allgemeine Erklärung der Menschenrechte“ von 1948 sowie die UN-Deklaration über die Rechte des Kindes von 1959.²¹⁵

²⁰⁹ Filler/Haslinger in Lehner 345 f.

²¹⁰ BGBl 1993/7.

²¹¹ Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend, Weltkindergipfel <http://www.kinderrechte.gv.at/home/international/un/weltkindergipfel/content.html> (22.2.2011).

²¹² BMWFJ, Die UN-Kinderrechtskonvention (KRK) www.kinderrechte.gv.at/home/un-konvention/content.html (22.2.2011).

²¹³ BGBl I 2003/92.

²¹⁴ BGBl I 2004/93.

²¹⁵ Pfaff, Kinderrechte in Theorie und Praxis - Die Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention in Costa Rica (2010) 6.

Auf Initiative der polnischen Regierung, die anlässlich der Ausrufung des „Internationalen Jahres des Kindes 1979“ den Vorschlag unterbreitete, eine eigene UN-Konvention über die Rechte des Kindes zu erarbeiten, begann schließlich eine Arbeitsgruppe der Menschenrechtskonvention der Vereinten Nationen diesen Entwurf zu bearbeiten. Einige Bestimmungen betreffend konnte relativ schnell ein Konsens erzielt werden. Aufgrund des großen Konfliktpotentials, das durch das global divergierende Verständnis von Kindheit hervorgerufen wurde, zogen sich die Debatten und Diskussionen jedoch letztendlich über zehn Jahre hin. Am 20. 11. 1989 wurde die UN-Konvention über die Rechte des Kindes schließlich von der Generalversammlung der UNO angenommen.²¹⁶

4.1.2 Allgemeine Charakteristik der Rechte des Kindes

Zahlreiche Bestimmungen der Konvention lassen sich auf ihre historischen Vorläuferregelungen zurückführen, welche durch die ausdrückliche Erwähnung von Kindern als begünstigte Rechtssubjekte adaptiert wurden, um für diese bestmögliche Lebensbedingungen sicherzustellen. Eine wichtige Funktion der Konvention liegt somit in der Synthese vieler bereits existierender Bestimmungen im Rahmen eines einzigen, kodifikationsartigen völkerrechtlichen Vertragswerks.²¹⁷

Die KRK sieht die Kinder nicht mehr nur als Schutzobjekt, vielmehr werden Kinder erstmals auf einer breiten völkerrechtlich verbindlichen Ebene *expressis verbis* als eigenständige Grundrechtsträger betrachtet.²¹⁸ Einerseits formuliert die KRK somit Rechtspositionen des Kindes, andererseits legt sie den Vertragsstaaten Handlungs- und Unterlassungspflichten auf, die das Schutz- und Fürsorgeziel widerspiegeln.²¹⁹

Da die KRK kein systematisch aufgebautes Vertragsinstrument wie zum Beispiel die EMRK²²⁰ ist, fällt es schwer, ihren rechtlichen Gehalt zu erfassen und richtig zu deuten.²²¹

Zudem gestaltet sich die Auslegung der Konvention ua durch die große Anzahl von

²¹⁶ Pfaff, Kinderrechte 6; ausführlich dazu siehe Haslinger, Bewirkt die UN-Konvention über die Rechte des Kindes einen neuen völkerrechtlichen oder menschenrechtlichen Status des Kindes in Österreich?, in Rauch-Kallat/Pichler (Hrsg), Entwicklungen in den Rechten der Kinder (1994) 49 (56 ff).

²¹⁷ Haslinger in Rauch-Kallat/Pichler 69, 71; Filler/Haslinger in Lehner 347.

²¹⁸ Haslinger in Rauch-Kallat/Pichler 61, 66, 69, 71; Filler/Haslinger in Lehner 347; Verschraegen, Kinderrechtekonvention (1996) 4.

²¹⁹ Haslinger in Rauch-Kallat/Pichler 60; Filler/Haslinger in Lehner 347.

²²⁰ Gemäß BVG BGBl 1964/59 ist die EMRK mit Verfassungsrang ausgestattet.

²²¹ Verschraegen, Kinderrechtekonvention 3 f.

Kompromissformeln und die bewusst offen gelassenen Interpretationsspielräume für die Vertragsstaaten oft schwierig. Des Öfteren ist eine exakte Klärung oder Bestimmung selbst auch unter Rückgriff auf die *travaux préparatoires* unmöglich.²²²

4.1.3 Systematik, Aufbau und grundlegende Bestimmungen

Die KRK besteht aus einer Präambel und **54 Artikeln**, die sich in drei Abschnitte gliedern. **Teil I** beinhaltet die verschiedenen bürgerlichen, politischen, kulturellen, sozialen und wirtschaftlichen Rechte. **Teil II** setzt sich mit der Anwendung und der Kundmachung der Konvention auseinander. **Teil III** beinhaltet Bestimmungen über die Ratifizierung und das Inkrafttreten der Konvention.²²³

Gemäß Art 1 definiert die KRK Kinder als Menschen, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, soweit die Volljährigkeit nach dem auf das Kind anzuwendende Recht nicht früher eintritt.

Alle in der Konvention formulierten Rechte beruhen auf **4 Grundprinzipien** bzw Leitgedanken. Diese sind:

- **Das Recht auf Gleichbehandlung**

Die Vertragsstaaten gewährleisten die in der Konvention festgelegten Rechte jedem ihrer Hoheitsgewalt unterstehendem Kind ohne jedwede Form von Diskriminierung (Art 2 KRK).

- **Prinzip der Orientierung am Kindeswohl**²²⁴

Art 3 (1) KRK betont, dass bei allen Maßnahmen, die Kinder tangieren, das Wohl des Kindes ein vorrangig zu berücksichtigender Gesichtspunkt ist.

- **Das Recht auf Leben und Entwicklung (die Existenzsicherung)**

Dieses Grundprinzip verlangt, dass jedem Kind ein angeborenes Recht auf Leben, Überleben und auf bestmögliche Entwicklungschancen zukommen muss (Art 6 KRK).

²²² Haslinger in Rauch-Kallat/Pichler 65.

²²³ Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend (Hrsg), Die Rechte von Kindern und Jugendlichen – Kinderrechtskonvention⁴ (2011) 5.

²²⁴ Die massive Betonung des Kindeswohls als vorrangiger Leit- und Verhaltensmaßstab weist programmatischen Charakter auf; Haslinger in Rauch-Kallat/Pichler 60.

- **Achtung der Meinung des Kindes (Partizipation)**

Dieses Prinzip fordert, dass Kinder ihrem Alter und ihrer Reife entsprechend als Personen ernst genommen und respektiert werden. Kinder haben ein Recht auf freie Meinungsäußerung und einen Anspruch darauf, gehört zu werden (Art 12 KRK).²²⁵

Aus diesen die KRK prägenden Grundprinzipien können zahlreiche Einzelrechte abgeleitet werden, die sich in drei Gruppen bündeln lassen und nach den englischen Bezeichnungen die **3 „Ps“** genannt werden.

- Beteiligungsrechte ("participation")
- Rechte auf adäquate Grundversorgung ("provision")
- Rechte auf Schutz vor Gewalt und Ausbeutung ("protection")²²⁶

Von besonderer Bedeutung ist auch das in Art 41 KRK verankerte „Günstigkeitsprinzip“, welches zum Ausdruck bringt, dass die Konvention nur Mindeststandards setzt. Gibt es günstigere Bestimmungen im nationalen Recht, gehen diese der Konvention vor.²²⁷

In Bezug auf den Schutz vor Kindesmisshandlung sind die **Art 19 und 34 KRK**, bezüglich der Obsorgeentziehung der **Art 20 KRK** besonders relevant.

Gemäß **Art 19 KRK** obliegt den Vertragsstaaten die Pflicht, alle geeigneten Maßnahmen zu treffen, um das Kind vor allen Formen körperlicher oder geistiger Gewaltanwendung, Schadenszufügung oder Misshandlung, vor Verwahrlosung oder Vernachlässigung, vor schlechter Behandlung oder Ausbeutung einschließlich des sexuellen Missbrauchs zu schützen. Zur Verwirklichung dieser Schutzmaßnahmen sollen die Staaten wirksame Verfahren zur Aufstellung von Sozialprogrammen vorsehen, die die erforderliche Unterstützung leisten sowie andere Formen der Vorbeugung verwirklichen.

Art 34 KRK verpflichtet die Vertragsstaaten, Kinder vor jeglicher Form sexueller Ausbeutung und sexuellen Missbrauchs zu schützen. Er erklärt jede Beteiligung an rechtswidrigen sexuellen Handlungen, zu denen Kinder verleitet oder gezwungen werden sowie die Ausbeutung durch Prostitution oder Pornographie für unzulässig.

²²⁵ BMWFJ, Grundprinzipien <http://www.kinderrechte.gv.at/home/un-konvention/prinzipien/content.html> (22.2.2011).

²²⁶ Verhellen, Das UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes: Entstehungsgeschichte, Inhalte und Ausblicke, in Filler ua (Hrsg), Kinder, Kinderrechte und Kinderpolitik 66; BMWFJ, Partizipationsrechte <http://www.kinderrechte.gv.at/home/un-konvention/partizipationsrechte/content.html> (22.2.2011).

²²⁷ Filler/Haslinger in Lehner 347.

Art 20 KRK bestimmt, dass Kinder, die aus ihrem Familienumfeld herausgelöst werden oder deren Verbleib in dieser Umgebung im eigenen Interesse nicht gewährleistet werden kann, Anspruch auf besonderen Schutz und Beistand seitens des Staates haben. Die Vertragsstaaten haben in diesen Fällen andere Formen der Kinderbetreuung, wie die Aufnahme in einer Pflegefamilie, sicherzustellen, wobei Kontinuität bei der Kinderziehung Berücksichtigung finden muss.

4.1.4 Umsetzung in Österreich und das Bundesverfassungsgesetz über die Rechte der Kinder

Österreich hat das „UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes“ am ersten Unterzeichnungstag, dem 26. 1. 1990, unterzeichnet. Am 26. 6. 1992 wurde es vom Nationalrat mit Erfüllungsvorbehalt²²⁸ genehmigt und am 6. 8. 1992 durch Hinterlegung der Ratifikationsurkunde ratifiziert. Das Übereinkommen trat in Österreich am 5. 9. 1992 formal in Kraft.²²⁹

Der Nationalrat war bei seinen Beratungen anlässlich der Ratifikation der Konvention davon ausgegangen, dass die vom Übereinkommen verlangten Rechte des Kindes und die Achtung seiner besonderen Bedürfnisse ohnedies zum überwiegenden Teil in der österreichischen Rechtsordnung seine Entsprechung fänden. Um die komplette und ordnungsgemäße Umsetzung der Konvention zu gewährleisten, erteilte der Nationalrat der Bundesregierung jedoch mit einstimmiger EntschlieÙung vom 26. Juni 1992²³⁰ den Auftrag, unter „Einbeziehung unabhängiger Experten alle kinderrelevanten Gesetzesmaterialien auf ihre Übereinstimmung mit dem Übereinkommen zu überprüfen und dem Nationalrat über die Reformfordernisse Bericht zu erstatten und allenfalls konkrete Gesetzesvorschläge zu verfassen“.²³¹

In dem vom Bundesministerium für Umwelt, Jugend und Familie infolgedessen in Auftrag gegebenen „Expertenbericht zum UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes“ stellten die Experten die grundsätzliche Kompatibilität der österreichischen Rechtsordnung mit der Kinderrechtskonvention fest, einzelne Bestimmungen des österreichischen Rechts wurden als

²²⁸ Dh mit dem Beschluss, dass der Staatsvertrag iSv Art 50 Abs 2 B-VG durch Erlassung von Gesetzen zu erfüllen ist (spezielle Transformation); vgl *Haslinger* in *Rauch-Kallat/Pichler* 49.

²²⁹ BGBl 1993/7; *Filler/Haslinger* in *Lehner* 350.

²³⁰ VIg Entschl 59-NR/18. GP.

²³¹ *Filler/Haslinger* in *Lehner* 350.

problematisch erkannt und es wurde die Empfehlung ausgesprochen, bestimmte Änderungen vorzunehmen.²³² Dieser innerstaatliche Bericht wurde sodann in einem eigens eingerichteten Unterausschuss des Familienausschusses unter Einbeziehung eines Expertenteams ausführlich erörtert (Dezember 1993 bis Juni 1994) und mit der EntschlieÙung „betreffend Maßnahmen zur Verwirklichung der Zielsetzung des UN-Übereinkommens“²³³ von allen im Nationalrat vertretenen Parteien einstimmig zum Abschluss gebracht. Diese parlamentarische EntschlieÙung enthält eine Reihe von kinderrechtspolitischen Zielsetzungen, Forderungen und Maßnahmen. An erster Stelle stand dabei die verfassungsrechtliche Verankerung von Kinderrechten.²³⁴ In den darauffolgenden Jahren wurden vermehrt Stimmen laut, die KRK in den Verfassungsrang zu heben, um einen effektiven Schutz der Kinderrechte zu gewährleisten.

Am 20. Jänner 2011, ergo 17 Jahre später, hat der Nationalrat schließlich nach zahlreichen vehement geführten Diskussionen das **Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern und Jugendlichen** beschlossen.²³⁵ Damit wurde ein gesellschaftspolitisches Signal gesetzt, wonach das umfassende Wohl von Kindern und jungen Menschen zu den grundlegenden Staatszielen zu zählen ist. Mit diesem Gesetz wird gewährleistet, dass bei jeglichen Rechtsakten mögliche Auswirkungen auf Kinder Berücksichtigung finden müssen. Die Einhaltung der Rechte der Kinder soll mit der Verankerung der zentralen Grundprinzipien der KRK, wonach das Kindeswohl vorrangiger Erwägungsgrund ist (Art 1) und die Meinung des Kindes Berücksichtigung finden muss (Art 4), sichergestellt werden.²³⁶

Für die Thematik der vorliegenden Arbeit sind insbesondere **Art 2** und **Art 5** BV-G über die Rechte von Kindern und Jugendlichen von Bedeutung.

Nach Art 2 Abs 2 hat jedes Kind, das dauernd oder vorübergehend aus seinem familiären Umfeld herausgelöst ist, einen Anspruch auf besonderen Schutz und Beistand des Staates. Art 2 Abs 2 realisiert somit Art 20 Abs 1 KRK. Mit Herauslösung aus dem familiären Umfeld sind jene Gegebenheiten angesprochen, die zu einer Unterbrechung des familiären

²³² Vgl. *Rauch-Kallat*, Vorwort der Bundesministerin, in *Rauch-Kallat/Pichler* (Hrsg.), *Entwicklungen in den Rechten der Kinder im Hinblick auf das UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes* (1994) 11 (11); *Filler*, ÖA 1995, 29.

²³³ Vgl. Entschl 156-R 18. GP.

²³⁴ *Filler/Haslinger* in *Lehner* 350 f; *Filler*, ÖA 1995, 29.

²³⁵ BGBl I 2011/4.

²³⁶ *BMWFJ*, Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern <http://www.kinderrechte.gv.at/home/thema-des-monats/content.html> (22.2.2011).

Zusammenhangs führen. Dies ist bspw der Fall, wenn Kinder zum Schutz ihres Wohles bei einer Pflegefamilie oder in sozialpädagogischen Einrichtungen untergebracht sind.²³⁷

Art 5 zielt darauf ab, Kinder vor jeglicher Form von Gewalt, Bestrafung, Missbrauch, Misshandlung und Ausbeutung zu schützen. Maßnahmen zum Schutz des Kindeswohls durch den Einsatz von Körperkraft, wie bspw das Festhalten von Kleinkindern in gefährlichen Situationen, sind hingegen nicht erfasst.²³⁸

Vor In-Kraft-Treten dieses Bundesverfassungsgesetzes²³⁹ hatte die KRK in Österreich den Rang eines einfachen Bundesgesetzes, der Erfüllungsvorbehalt schloss allerdings eine direkte Anwendbarkeit durch Gerichte oder Behörden aus.²⁴⁰ Aufgrund dieser fehlenden unmittelbaren Anwendbarkeit verlieh die Konvention als völkerrechtlicher Vertrag den Kindern keinen neuen rechtlichen Status. Anwendung fanden nach wie vor jene nationalen Gesetze, die einen inhaltlichen Bezug zur UN-Konvention zeigten. Folglich hatte der einzelne Bürger im behördlichen Verfahren nur die Möglichkeit, sich auf den Inhalt der jeweils einschlägigen österreichischen Rechtsvorschriften zu berufen, während eine direkte Berufung auf die KRK-Bestimmung nicht möglich war. Die Entscheidungsgrundlage bildeten die jeweils anwendbaren innerstaatlichen Normen und nicht die Konvention.²⁴¹ Es darf jedoch nicht übersehen werden, dass nur bestimmte Rechte der KRK in das BV-G über die Rechte von Kindern und Jugendlichen übernommen wurden.

Da das Übereinkommen gemäß Art 9 Abs 1 B-VG als Bestandteil der österreichischen Bundesverfassung gilt, müssen auch die österreichischen Rechtsvorschriften im Lichte der Konvention ausgelegt und angewendet werden. Somit sind Exekutive, Legislative und Judikative an diese völkerrechtlich verbindliche Konvention gebunden.²⁴²

Als Vertragspartei ist Österreich völkerrechtlich verpflichtet, die UN-Konvention nach Treu und Glauben zu verwirklichen.²⁴³

²³⁷ ErlIA 673/A 24. GP 3.

²³⁸ ErlIA 673/A 24. GP 4; vgl Art 19 Abs 1, Art 32 und Art 34 KRK; siehe auch Kapitel 4.2.2.4.

²³⁹ Anm: Folgendes gilt nach wie vor für jene Bestimmungen der KRK, die nicht in den Verfassungsrang gehoben wurden.

²⁴⁰ *Haslinger* in *Rauch-Kallat/Pichler* 49; *Mottl* in *Rauch-Kallat/Pichler* 169 f; *Verschraegen*, Kinderrechtekonvention 73 f.

²⁴¹ Vgl *Haslinger* in *Rauch-Kallat/Pichler* 49; so auch *Verschraegen*, Kinderrechtekonvention 74.

²⁴² *Filler/Haslinger* in *Lehner* 352.

²⁴³ Vgl Art 26 des Wiener Übereinkommens über die Rechte der Verträge, BGBl 1980/40.

4.1.5 Implementierung und Sanktionierung von Verstößen

Teil II der Konvention beschäftigt sich zur Gänze mit deren Umsetzung. Nach Art 42 KRK sind die Vertragsstaaten verpflichtet, eine effektive innerstaatliche Bekanntmachung der Grundsätze und Bestimmungen des Übereinkommens zu gewährleisten. Art 43 KRK regelt die Einsetzung eines aus 18 Experten bestehenden „Ausschusses für die Rechte des Kindes“. Die Vertragsstaaten trifft die Pflicht, diesem Kinderausschuss der UNO alle fünf Jahre Berichte über die getätigten Maßnahmen betreffend der Umsetzung der Rechte der KRK ins nationale Recht und die dabei erzielten Fortschritte vorzulegen. Seine Hauptaufgabe besteht folglich darin, die Einhaltung der Konvention zu überprüfen. Der Ausschuss ist befugt, die Vertragsstaaten um weitere Informationen zu ersuchen, Vorschläge und allgemeine Empfehlungen auszusprechen und er ist seinerseits verpflichtet, der UN-Generalversammlung einen Tätigkeitsbericht vorzulegen. Um die wirksame Durchsetzung der Konvention sicherzustellen, legt Art 45 KRK die Berechtigung des Ausschusses fest, bestimmten Organisationen bzw Organen der UNO die Möglichkeit zur Mitwirkung und Kooperation einzuräumen.

Besonders bedenklich ist jedoch das Faktum, dass die KRK im Übrigen keine spezifischen Instrumente für eine Erzwingung der Einhaltung dieses Übereinkommens oder Sanktionierung von Verstößen enthält. Die dürftige Ausgestaltung der Durchsetzungsmittel zeigt sich auch darin, dass weder ein Beschwerdeverfahren für die Vertragsstaaten untereinander, noch für betroffene Einzelpersonen existiert.²⁴⁴

4.2 Das Gewaltverbot des § 146a ABGB

4.2.1 Rückblick

Über einen äußerst langen Zeitraum war die Meinung vorherrschend, Kinder bräuchten von Zeit zu Zeit Prügel, „um nicht zu vergessen, wo es lang geht“. Sogar in vielen von

²⁴⁴ *Filler/Haslinger* in *Lehner* 349; das Problem ist insbesondere darin zu sehen, dass die Vertragsstaaten ohnedies die Option haben, einen entsprechenden Vorbehalt zu erklären und es ihnen frei steht, sich durch eine Erklärung der Gerichtsbarkeit zu unterwerfen; *Verschraegen*, Kinderrechtekonvention 67.

anerkannten Wissenschaftlern publizierten Erziehungsratgebern, die zum Teil bis in die 60er-Jahre veröffentlicht wurden, wurde Eltern nahegelegt, ihr Kind zu züchtigen.²⁴⁵

Erst mit der Novellierung des Kindschafts- und Jugendwohlfahrtsrechts 1989 wurde schließlich das Prinzip der gewaltfreien Erziehung gesetzlich normiert²⁴⁶ und der Gesetzgeber bekannte sich zur Ablehnung struktureller Gewalt, die die Menschenwürde verletzt. Damit wollte man einerseits der landläufigen Auffassung, dass an einer „g’sunden Watschen“ noch niemand gestorben sei, den rechtlichen Boden entziehen. Andererseits wurde verdeutlicht, dass eine sogenannte „Prügelpädagogik“ auch nicht mehr unter dem Deckmantel der familiären Privatsphäre hingenommen werden solle. Da es ein elterliches Züchtigungsrecht heute nicht mehr gibt, ist der Einsatz jeglicher repressiver Erziehungsmaßnahmen iSv Strafen oder Konditionierung verboten. Es darf jedoch nicht übersehen werden, dass gewaltfreie Erziehung auf keinen Fall mit konfliktfreier oder antiautoritärer Erziehung gleichgesetzt werden darf.²⁴⁷

4.2.2 Gehorsamspflicht – elterliches Durchsetzungsrecht – Züchtigungsverbot

Nach § 146a sind die Eltern berechtigt, dem minderjährigen Kind Anordnungen aufzuerlegen. Bei ihren Anordnungen und deren Durchsetzung haben die Eltern auf Alter, Entwicklung und Persönlichkeit des Kindes Bedacht zu nehmen. Verboten sind sowohl die Anwendung von Gewalt als auch die Zufügung körperlichen oder seelischen Leides.

4.2.2.1 Anordnungsbefugte

Gemäß § 146a ist das minderjährige Kind verpflichtet, die Anordnungen der Eltern zu befolgen. Mit dieser Folgepflicht²⁴⁸ korrespondiert das Recht der Eltern auf Durchsetzung ihrer Anordnungen. Ein derartiges Recht besteht jedoch nicht nur für die Eltern, sondern auch für jede mit der Obsorge betraute Person.²⁴⁹ Der Vater eines unehelichen Kindes, der mit der

²⁴⁵ Vgl. *Pernhaupt/Czermak*, Die gesunde Ohrfeige macht krank – Über den alltäglichen Umgang mit Kindern³ (1991) 11 mwN.

²⁴⁶ ErlRV 171 BlgNR 17. GP 15; *Maleczky*, Erziehung und Strafrecht⁴ (2010) 9.

²⁴⁷ *Maleczky*, Erziehung und Strafrecht⁴ 11; *Maleczky*, Zur Strafbarkeit der "G'sunden Watsch'n", ÖJZ 1993, 625 (626); vgl. auch *Hopf* in *KBB*, ABGB³ § 146a Rz 3.

²⁴⁸ JAB 587 BlgNR 14. GP 8.

²⁴⁹ *Verschraegen* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 146a Rz 1.

Obsorge nicht betraut ist oder auch der Elternteil, dem die Obsorge gemäß § 176 entzogen wurde, hat daher wie jeder andere Dritte ohne Ermächtigung des Obsorgeberechtigten kein Recht, dem Kind Anordnungen zu erteilen.²⁵⁰

4.2.2.2 Welche Anordnungen lösen eine „Folgepflicht“ des Kindes aus?

Unter Anordnungen sind zweckorientierte und rechtmäßige Maßnahmen, Gebote und Entscheidungen zur Ausübung der Obsorge zu verstehen, die „kinderwohlgerecht“ sind.²⁵¹ Die Folgepflicht eines Kindes besteht nur, wenn die Anordnungen im Rahmen der Obsorge, dh, wie bereits oben erwähnt, von einem obsorgeberechtigten Elternteil²⁵² ausgesprochen wurden und einen inhaltlichen Bezug zu einem Obsorgebereich (Pflege, Erziehung, Vermögensverwaltung) aufweisen.²⁵³ Nach der Auffassung von *Verschraegen* sei zum Beispiel die Aufforderung zur Kinderprostitution, zu kriminellen oder gefährlichen Handlungen keine entsprechende Obsorgeanordnung iSd Vorschrift.²⁵⁴ Darüber hinaus müssen die Anordnungen mit dem Kindeswohl im Einklang stehen und dürfen das Recht des Kindes auf freie Persönlichkeitsentwicklung nicht zu sehr beschränken. Sind all diese Kriterien erfüllt, trifft das Kind eine Rechtspflicht zur Befolgung der Anordnung.²⁵⁵ Bei Nichterfüllung besteht jedoch weder eine Folgepflicht für das Kind noch ein Durchsetzungsrecht für die Eltern. Kinder sind berechtigt, sich kindeswohlabträglichen Anordnungen zu widersetzen.²⁵⁶ Gefährden die Obsorgeberechtigten durch derartige Anordnungen das Kindeswohl, kann dieses gem § 176 Abs 1 selbst das Gericht anrufen.

²⁵⁰ Siehe dazu auch § 137a, wonach Dritte Elternrechte nur dann ausüben dürfen, wenn ihnen diese Rechte durch die Eltern übertragen wurden; vgl *Stabentheiner in Rummel*, ABGB I³ §§ 137, 137a Rz 9.

²⁵¹ *Verschraegen in Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 146a Rz 2.

²⁵² Eine Ausnahme stellen jene Fälle dar, in denen der Obsorgeträger den nicht obsorgeberechtigten Elternteil mit der Pflege und Erziehung vorübergehend betraut hat. Dies wird in der Regel für die Zeit der Ausübung des Besuchsrechts gelten; s dazu *Stabentheiner in Rummel*, ABGB I³ § 146a Rz 1; *Hopf in KBB*, ABGB³ § 146 Rz 3.

²⁵³ *Stabentheiner in Rummel*, ABGB I³ § 146a Rz 1.

²⁵⁴ *Verschraegen in Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 146a Rz 2.

²⁵⁵ JAB 587 BlgNR 14. GP 8; *Stabentheiner in Rummel*, ABGB I³ § 146a Rz 1.

²⁵⁶ *Verschraegen in Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 146a Rz 2; ebenso *Barth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 146a Rz 3; aA *Pichler in Klang/Fenyves/Welser* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch §§ 137 bis 186a³ (2000) § 146a Rz 1.

4.2.2.3 Durchsetzung der Anordnungen

Ebenso darf die Durchsetzung von Anordnungen nur auf kindeswohlgerechte Weise erfolgen.²⁵⁷ Welche Erziehungsmaßnahmen im konkreten Fall erlaubt und angebracht sind, lässt das Kindschaftsrecht grundsätzlich offen. § 146a beinhaltet jedoch Kriterien der Verhältnismäßigkeit, die beachtet werden müssen. Demnach sind die Eltern verpflichtet, das Alter (einschließlich des Gesundheitszustandes) sowie die Entwicklung und Persönlichkeit des Kindes (wie dessen Begabungen, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten) zu berücksichtigen. Erst diese Abwägung gibt Auskunft über die Sinnhaftigkeit, Zumutbarkeit und Angemessenheit einer bestimmten Maßnahme.²⁵⁸ Eine allgemeine Aussage über die Zulässigkeit und Zielführung bestimmter Erziehungsmittel innerhalb der gesetzlichen Grenzen ist jedoch nahezu unmöglich, da immer auf die konkrete Situation und das betroffene Kind abgestellt werden muss.²⁵⁹ Wie *Stabentheiner* zutreffend ausführt, sind bestimmte Maßnahmen nur bis zu einem gewissen Alter und Entwicklungsstand erlaubt, andere hingegen erst ab einem bestimmten Zeitpunkt. Darüber hinaus kann eine etwaige abnormale oder außergewöhnliche Persönlichkeit des Kindes für die Frage, welche Maßnahmen geboten oder verboten sind, einen von den gewöhnlichen Gegebenheiten abweichenden Maßstab erfordern.²⁶⁰

Unumstritten ist, dass die Obsorgeberechtigten primär versuchen sollten, den Willen des Kindes positiv zu beeinflussen, indem sie das Kind mit Argumenten überzeugen, Belohnungen in Aussicht stellen oder das Kind darauf hinweisen, wie sehr sie sein Verhalten kränkt. Erst wenn diese Vorgehensweise nicht zum Ziel führt, ist subsidiär an repressive oder sanktionierende Maßnahmen zu denken, um den Widerstand des Kindes zu schmälern. Unter Rücksichtnahme auf die Situation und die Wesensart des Kindes kommen hierfür Ermahnungen oder das Streichen von Begünstigungen (zum Beispiel Fernsehverbot, Entzug oder Kürzung von Taschengeld, Einschränkung oder temporäre Untersagung beliebter Freizeitaktivitäten, Ausgehverbot) in Betracht.²⁶¹ *Stabentheiner* ist der Ansicht, dass Freiheitsentzug als Form der Bestrafung (zum Beispiel Hausarrest) in begrenztem Rahmen

²⁵⁷ *Verschraegen* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 146a Rz 3.

²⁵⁸ *Pichler* in *Klang/Fenyves/Welser*, §§ 137 bis 186a³ § 146a Rz 1; ihm folgend *Verschraegen* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 146a Rz 4; vgl auch *Maleczky*, ÖJZ 1993, 625 f.

²⁵⁹ *Maleczky*, ÖJZ 1993, 626.

²⁶⁰ *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ § 146a Rz 5.

²⁶¹ *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ § 146a Rz 4; *Verschraegen* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 146a Rz 3; *Barth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 146a Rz 4; *Hopf* in *KBB*, ABGB³ § 146 Rz 2.

zulässig sei, da § 99 StGB explizit nur den widerrechtlichen Entzug der persönlichen Freiheit pönalisiert und zufolge dem JAB²⁶² auch rechtlich zulässige bzw sogar gebotene Beschränkungen der persönlichen Freiheit existieren. Auf verfassungsgesetzlicher Ebene werde dieser Aspekt vom BVG bezüglich des Schutzes der persönlichen Freiheit²⁶³ bestätigt, da nach Art 2 Abs 1 Z 6 Freiheitsentzug an Minderjährigen „zum Zweck notwendiger Erziehungsmaßnahmen“ erlaubt ist.²⁶⁴ Entgegen der Ansicht *Stabentheiners* erachtet *Schwimann* diese Form der Bestrafung jedoch als Freiheitsbeschränkung im Lichte von Art 5 EMRK für bedenklich.²⁶⁵

Nach *Schwimann* sind „pädagogisch wohlverstandene leichte Züchtigungen“ (wie ein leichter Klaps auf das Hinterteil) legitim, wobei er aber auf die absolute Grenze aufmerksam macht, die das Gesetz da zieht, wo die Anwendung von Gewalt und die Zufügung körperlichen oder seelischen Leides seinen Anfang nimmt.²⁶⁶ Demgegenüber ist *Verschraegen* der Meinung, dass leichte Züchtigungen, wie ein leichter Klaps auf das Hinterteil, selbst wenn sie pädagogisch wohl gemeint sind, als Erziehungsmittel nicht in Frage kommen.²⁶⁷

4.2.2.4 Anwendung von Gewalt

Nach § 146a ist, wie bereits erwähnt, die Anwendung von Gewalt und die Zufügung körperlichen oder seelischen Leides verboten. Unzulässig sind demnach Schläge, Ohrfeigen, sonstige Misshandlungen oder Züchtigungsakte, aber auch die psychische Gewaltausübung.²⁶⁸ Präventive Gewaltanwendungen zum Wohle des Kindes, die vorgenommen werden, um das Kind oder Dritte unmittelbar vor gefährlichen Situationen zu schützen, werden vom Regelungsbereich des § 146a jedoch nicht berührt.²⁶⁹ Eine Überwindung des widerstrebenden kindlichen Willens durch den Einsatz körperlicher Kräfte, zum Beispiel durch Mitziehen oder Wegtragen, ist zur Anordnungsdurchsetzung und zur Realisierung von Pflege- und Erziehungsmaßnahmen oft unumgänglich, da sich in der gegenständlichen Situation häufig keine andere Möglichkeit bietet, um auf das Kind einzuwirken. Mit anderen Worten ist mit

²⁶² Vgl JAB 959 BlgNR 13. GP 23.

²⁶³ BGBl 1988/684.

²⁶⁴ *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ § 146a Rz 4.

²⁶⁵ *Schwimann* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch I² (2002) § 146a Rz 3.

²⁶⁶ *Schwimann* in *Schwimann*, ABGB I² § 146a Rz 3.

²⁶⁷ *Verschraegen* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 146a Rz 3.

²⁶⁸ *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ § 146a Rz 3.

²⁶⁹ *Maleczky*, Erziehung und Strafrecht⁴ 12.

der in §146a normierten Gewaltanwendung nicht jene gleichzusetzen, die Eltern gegen ihre Kinder einsetzen, um sie vor Schäden jeglicher Art zu schützen, soweit dadurch die körperliche Integrität des Kindes nicht verletzt wird.²⁷⁰ Somit ist das Wegreißen des Kindes vom Christbaum mit brennenden Wachskerzen, von der befahrenen Fahrbahn, vom Fensterbrett und von einem bissigen Hund gerechtfertigt.²⁷¹ Auch das Mitziehen oder Wegtragen von Kindern aus gefährlichen Gegenden, wie etwa bei einem Aufenthalt am Bergrand oder Wasserufer bzw in Umgebungen, wie bspw Spielhallen, zwielfichtigen Milieus oder gefährlichen, gewaltbereiten Stadtteilen, kann eine rechtmäßige Maßnahme darstellen.²⁷² Solche präventiven Handlungen sind als Schutzmaßnahme im Rahmen der Obhuts- und Überwachungspflicht allerdings nicht nur legitim, sondern stellen unter Umständen eine Verpflichtung dar, selbst wenn damit eine Verletzungsgefahr verbunden ist.²⁷³

4.2.2.5 Zufügung körperlichen oder seelischen Leides

Den Gesetzesmaterialien zufolge ist seelisches Leid zum einen nicht bereits jedes Unmutsgefühl als Reaktion auf eine Erziehungsmaßnahme – wie bspw Konsumbeschränkungen oder Fernsehverbote²⁷⁴ – zum anderen nimmt es seinen Anfang nicht erst mit der strafrechtlich verpönten Qual.²⁷⁵ Nach der Rsp des OGH ist „jede unzumutbare und dem Kindeswohl abträgliche Behandlung“ untersagt. Demnach sind nicht nur Körperverletzungen und Zufügung körperlicher Schmerzen (einschließlich der „g’sundn Watschn“²⁷⁶) verboten, sondern auch jede sonstige die Menschenwürde iSd EMRK verletzende Behandlung (wie entwürdigende Beschimpfungen, insbesondere von Dritten, Demütigungen und Verspottungen etc) vom Verbot erfasst.²⁷⁷ Dies gilt unabhängig davon, ob das Kind diese Behandlung im konkreten Fall als Leid wahrnimmt und empfindet.²⁷⁸ Freilich

²⁷⁰ *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ § 146a Rz 3; *Hopf* in *KBB*, ABGB³ § 146 Rz 4; zur Beurteilung aus strafrechtlicher Sicht s *Maleczky*, ÖJZ 1993, 626 ff.

²⁷¹ *Barth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 146a Rz 6.

²⁷² *Verschraegen* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 146a Rz 5.

²⁷³ *Maleczky*, *Erziehung und Strafrecht*⁴ 12.

²⁷⁴ *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ § 146a Rz 3.

²⁷⁵ Vgl JAB 887 BlgNR 17. GP 4; *Pichler*, JBl 1989, 686 f kritisiert die Aufnahme des seelischen Leides in den Gesetzestext als Exzess des Gesetzgebers.

²⁷⁶ Vgl dazu *Maleczky*, ÖJZ 1993, 625 (626).

²⁷⁷ Vgl OGH 1 Ob 573/92 JBl 1992/639 = EvBl 1993/13 = ÖVA 1993, 26; siehe auch OGH 7 Ob 523/93 EFSlg 71.826 = EFSlg 71.834 = 71.835 = EFSlg 71.846 = EFSlg 71.847; 1 Ob 2078/96m EFSlg 81.956 = ZfRV 1996/85.

²⁷⁸ *Schwimann* in *Schwimann*, ABGB I² § 146a Rz 3; diesem folgend OGH 1 Ob 573/92 JBl 1992/639 = EvBl 1993/13 = ÖVA 1993, 26; LGZ Wien 43 R 34/98p EFSlg 86.847.

ist es auch untersagt, das Verhalten des Kindes als eine Rechtfertigung bzw Ausrede für eine Überreaktion der Eltern zu missbrauchen.²⁷⁹

Schwimann ist der Auffassung, dass Leidzufügung gegebenenfalls zulässig sei, um eine akute Kindesgefährdung abzuwenden, etwa beim gewaltsamen Verhindern von Rauschgiftkonsum, da dieser schwere Leiderfahrungen in Form von Entzugserscheinungen nach sich ziehe.²⁸⁰

Nach *Stabentheiner* ignoriere die von *Schwimann* vertretene Ansicht jedoch den unmissverständlichen Wortlaut des Gesetzes sowie die ebenso zweifelsfreie Tatsache, dass gemäß § 146a letzter HS die Zufügung von Leid und die Anwendung von Gewalt als Mittel zur Anordnungsdurchsetzung verboten sind. Er ist jedoch der Meinung, dass eine angemessene pädagogische, für das Kindeswohl erforderliche Maßnahme, die seelisches Leid bloß als unvermeidliche Begleiterscheinung zur Folge habe, vom Kind als gerechtfertigt angesehen werden müsse und somit vom Gewaltverbot nicht erfasst sei. *Stabentheiner* führt Beispiele für solche zweifellos zulässigen Anordnungen und deren Durchsetzung an, die jedoch vom betroffenen Kind als leidvoll empfunden werden. Darunter falle etwa die Anordnung der Eltern, sich auf Prüfungen vorzubereiten, um schulischen Problemen entgegenzuwirken, anstatt mit Freunden eine bereits mit Vorfreude geplante Reise zu machen, oder das elterliche Gebot an ein unter Katzenallergie leidendes Kind, sich von der geliebten, Hauskatze zu trennen. Auch das Verbot, einer speziell für Kinder des fraglichen Alters gefährlichen Extremsportart nachzugehen, stelle mitunter ein solches Leidenserlebnis dar.²⁸¹ Obwohl all diese Anordnungen und deren Durchsetzung vom jeweils betroffenen Kind durchaus als Leiderlebnis empfunden werden mögen, müsse dieses als unvermeidliche Nebenwirkung des faktisch Notwendigen hingenommen werden. *Stabentheiner* vertritt demnach entgegen der Meinung *Schwimanns* die Auffassung, dass die Zufügung von körperlichem und seelischem Leid als Erziehungsmittel ohne Einschränkungen verboten ist.²⁸²

²⁷⁹ *Mottl*, Alte und neue rechtliche Instrumente gegen Gewalt in der Familie, ÖJZ 1997, 542 (550).

²⁸⁰ *Schwimann* in *Schwimann*, ABGB I² § 146a Rz 3.

²⁸¹ So ausdrücklich *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ § 146a Rz 3; vgl auch *Barth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 146a Rz 8; *Hopf* in *KBB*, ABGB³ § 146 Rz 4.

²⁸² *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ § 146a Rz 3.

4.2.2.6 Umsetzung des Prinzips der gewaltfreien Erziehung in der Praxis

Dem Gewaltverbot des § 146a fehlt im ABGB eine explizite Sanktionsandrohung. Im Fall der Missachtung des Züchtigungsverbot es ergeben sich die Rechtsfolgen für die Eltern aus den strafrechtlichen Bestimmungen. Die Gewaltanwendung oder die Leidzufügung müssen demnach einen Straftatbestand in rechtswidriger Weise erfüllen. De facto kommen ua Körperverletzung oder Nötigung in Frage.²⁸³

Zivilrechtlich ist die Missachtung des Gewaltverbotes als „Gefährdung des Kindeswohls“ iSd § 176 zu klassifizieren, da dadurch das Kindeswohl grob missachtet wird. Dies kann neben der Einschränkung der Obsorge und der Ersetzung gesetzlicher Einwilligungs- bzw Zustimmungsrechte in Ausnahmefällen als ultima ratio zum gänzlichen Entzug der Elternrechte führen.²⁸⁴

Eine gesetzliche Grundlage des Gewaltverzichts für sich alleine schafft jedoch noch keine gewaltfreie Atmosphäre für Kinder. Eine humane und gewaltlose Erziehung kann erst mit der Umsetzung des § 146a in die Praxis durch die zuständigen staatlichen Organe, nämlich Jugendwohlfahrt, Polizei und Gerichte in Zusammenarbeit mit den nicht-staatlichen Einrichtungen, wie Kinderschutzzentren, Kinder- und Jugendanwälten oder Interventionsstellen verwirklicht werden.²⁸⁵ Ausschlaggebend ist schließlich auch der grundsätzliche Wille der Gesellschaft, die gesetzlichen Normen anzunehmen und zu beachten, denn erst dann besteht die Chance auf eine effektive Geltung der Rechtsordnung.²⁸⁶

Ein entscheidender Beitrag zur Durchsetzung des Gewaltverbots des § 146a kommt freilich auch der Judikatur des OGH, insbesondere einer vielfach publizierten Entscheidung aus dem Jahre 1992²⁸⁷ zu. Der OGH definierte erstmals das Gewaltverbot und zeigte auf, dass die Missachtung des Gewaltverbots mit der Entziehung der elterlichen Obsorge sanktioniert werden kann. In zahlreichen späteren Entscheidungen wurde auf dieses richtungsweisende Erkenntnis Bezug genommen.

²⁸³ Mottl, ÖJZ 1997, 550; zur Auswirkung des Gewaltverbots im Strafrecht siehe Maleczky, Erziehung und Strafrecht⁴ 6 ff; Maleczky, ÖJZ 1993, 626.

²⁸⁴ Mottl, ÖJZ 1997, 550.

²⁸⁵ Bundesministerium für Wirtschaft, Jugend und Familie, Familie –kein Platz für Gewalt!(?)

20 Jahre gesetzliches Gewaltverbot in Österreich, 5; siehe dazu Kapitel 6 und 7.

²⁸⁶ Vgl Jesionek, Die rechtlichen Aspekte der Kindesmisshandlung, ÖA 1986, 35 (35).

²⁸⁷ OGH 1 Ob 573/92 JBl 1992, 639 = EvBl 1991/13 = ÖVA 1993, 26.

4.3 Schutzpflicht von erwachsenen Haushaltsangehörigen gemäß § 137 Abs 4 ABGB

Um einen umfassenden Schutz der Kinder vor Gewalt in der Familie zu gewährleisten, wurde durch das Familienrechts-Änderungsgesetz 2009²⁸⁸ die speziell auf den Schutz des Kindeswohls fokussierende Beistandspflicht²⁸⁹ von erwachsenen Haushaltsangehörigen gemäß § 137 Abs 4 neu eingeführt.²⁹⁰ Diese Bestimmung ist lediglich ergänzend. Weitergehende, bereits bestehende Beistandspflichten, wie etwa jene nach § 137 Abs 2 bleiben somit unberührt.²⁹¹ Nach der gesetzgeberischen Intention soll damit jenen Erwachsenen, die keine Beistandspflicht trifft, eine solche auferlegt werden, um einem sogenannten „Wegschauen“, wenn es sich nicht um das eigene Kind handelt, entgegenzuwirken.²⁹² In den Schutzbereich dieser Pflicht fallen alle minderjährigen Kinder. Ob das Kind ehelich oder unehelich ist, hat dabei keine Bedeutung.²⁹³

Diese bisher nicht gekannte **Handlungspflicht** trifft alle volljährigen Personen, die mit einem oder beiden Elternteilen und dessen minderjährigem Kind nicht nur vorübergehend²⁹⁴ im gemeinsamen Haushalt leben und in einem familiären Verhältnis zum Elternteil und damit zumindest auch indirekt zum Kind stehen.²⁹⁵ Durch auswärtige Studien bzw Bundesheeraufenthalte wird der gemeinsame Haushalt nicht beendet. Erforderlich ist aber jedenfalls eine Rückkehrabsicht.²⁹⁶ Ob ein familiäres Verhältnis besteht, ist im Lichte des Art 8 EMRK zu beurteilen.²⁹⁷ Handlungspflichtig sind somit etwa die Verwandten, aber auch Ehegatten, Lebensgefährten und eingetragene Partner sowie Stiefeltern, nicht aber ein Untermieter oder Mitglieder einer bloßen Wohngemeinschaft von Studenten.²⁹⁸

²⁸⁸ BGBl I 2009/75; im Folgenden FamRÄG 2009.

²⁸⁹ Es geht also um den Schutz, nicht um die Förderung des Kindeswohls; ErlIA 673/A 24. GP 27.

²⁹⁰ *Stefula*, Die Neuerungen zur Patchworkfamilie. Anwendungsbereich und Reichweite von § 90 Abs 3 und § 137 Abs 4 ABGB, iFamZ 2009, 266 (270); *Fischer-Czermak*, Beistandspflichten und Vertretung in Obsorgeangelegenheiten nach dem FamRÄG 2009, EF-Z 2010/2, 4 (4); *Hopf*, Neues im Ehe- und Kindschaftsrecht. Änderungen des ABGB und des EheG durch das FamRÄG 2009, ÖJZ 2010, 154 (157).

²⁹¹ ErlIA 673/A 24. GP 19, 26; *Kerschner*, Familienrecht⁴ Rz 2/70.

²⁹² ERIIA 673/A 24. GP 19.

²⁹³ ErlIA 673/A 24. GP 27; vgl. *Stabentheiner* in *Rummel*, 1. ErgBd §§ 137, 137a Rz 1; *Barth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 137 Rz 1; *Stefula*, Zu den allgemeinen familiären Beistandspflichten, ÖJZ 2005, 609 (615).

²⁹⁴ Siehe dazu *Stefula*, iFamZ 2009, 270 mwN.

²⁹⁵ *Kerschner*, Familienrecht⁴ Rz 2/70; *Stefula*, iFamZ 2009, 270; *Hopf*, ÖJZ 2010, 157.

²⁹⁶ *Kerschner*, Familienrecht⁴ Rz 2/70.

²⁹⁷ ErlIA 673/A 24. GP 27.

²⁹⁸ *Stefula*, iFamZ 2009, 270 mwN; *Fischer-Czermak*, EF-Z 2010, 6; *Hopf*, ÖJZ 2010, 157.

Die Schutzpflicht nach § 137 Abs 4 verlangt nach den individuellen Umständen des Einzelfalles, alles **Zumutbare** zu tun, um das Kindeswohl zu schützen.²⁹⁹ Intendiert ist eine Pflicht zum Tätigwerden, wenn das Wohl des Kindes gefährdet ist, etwa bei Gewaltakten, sexuellem Missbrauch oder Vernachlässigung. Der Schutzbedarf kann sich jedoch auch aus dem Verhalten des Kindes selbst ergeben, um somit eine Selbstgefährdung zu verhindern.³⁰⁰

Verletzungen der familiären Schutzpflicht können bei Verschulden nicht nur Schadenersatzansprüche des Kindes, sondern auch **strafrechtliche Konsequenzen** nach sich ziehen. Diese Bestimmung bürdet nämlich der im gemeinsamen Haushalt mit dem Kind lebenden und in einem familiären Verhältnis zum Elternteil stehenden Person eine Garantenstellung auf, die diese somit strafrechtlich verantwortlich macht.³⁰¹

²⁹⁹ Zur Zumutbarkeit familiärer Beistandspflichten im Allgemeinen siehe *Stefula*, ÖJZ 2005, 612.

³⁰⁰ *Stefula*, iFamZ 2009, 270; *Hopf*, ÖJZ 2010, 157; *Hopf* in *KBB*, ABGB³ § 137 Rz 5.

³⁰¹ Siehe dazu § 2 StGB; *Stefula*, iFamZ 2009, 270; *Hopf*, ÖJZ 2010, 157; ausführlich zu den Rechtsfolgen bei Beistandspflichtverletzungen siehe *Stefula*, ÖJZ 2005, 621 ff.

5. Entziehung und Einschränkung der Obsorge

5.1 Achtung des Privat- und Familienlebens gemäß Art 8 EMRK

5.1.1 Allgemeines

Anders als das deutsche Recht³⁰² beinhaltet das österreichische keine Bestimmung, die explizit den Schutz des Eltern-Kind-Verhältnisses verfassungsgesetzlich verankert und gegenüber staatlichen Eingriffen absichert.³⁰³ Die Frage, in welchem Umfang der Staat bei Verdacht auf Kindesmisshandlung legitimiert ist, in familiäre Beziehungen einzugreifen, ist daher primär anhand Art 8 EMRK zu prüfen.

Art 8 EMRK sieht einen umfassenden Schutz der Privatsphäre vor und gewährleistet jeder Person einen Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, seiner Wohnung und seines Briefverkehrs. Wie der Europäische Gerichtshof im *Belgischen Sprachenfall*³⁰⁴ festgestellt hat, ist das wesentliche Ziel dieser Vorschrift, den Einzelnen vor willkürlichen Eingriffen der Exekutive in sein Privat- und Familienleben zu schützen. Art 8 Abs 1 EMRK verleiht jedoch kein absolutes Recht. Unter gewissen Voraussetzungen sind die staatlichen Stellen berechtigt, ohne Verletzung der EMRK die Ausübung dieser Freiheitsrechte einzuschränken. Eingriffe in dieses Grundrecht sind jedoch nur konventionskonform, wenn die in Art 8 Abs 2 EMRK normierten Rechtfertigungsvoraussetzungen erfüllt sind.³⁰⁵ Von besonderer Bedeutung für das Thema der vorliegenden Arbeit ist das in diesem Artikel verbrieft Grundrecht auf Achtung des Privat- und Familienlebens.³⁰⁶ Der OGH ist der Auffassung, dass das österreichische Familienrecht den geforderten Schutzbereich dieses Grundrechts durch die Regelung des § 176 erfüllt, da das Verfahren zur Entziehung oder

³⁰² Art 6 GG lautet:

- (1) Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung.
- (2) Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gesellschaft.
- (3) Gegen den Willen der Erziehungsberechtigten dürfen Kinder nur aufgrund eines Gesetzes von der Familie getrennt werden, wenn die Erziehungsberechtigten versagen oder wenn die Kinder aus anderen Gründen zu verwahrlosen drohen.

Ausführlich dazu siehe *Schmidt-Bleibtrew/Hofmann/Hopfauf* (Hrsg), Kommentar zum Grundgesetz¹¹ (2008).

³⁰³ Vgl *Posch in Ostheim* 13.

³⁰⁴ EGMR U 23. 7. 1968, *Belgischer Sprachenfall*, Nr 1474/62, Z 7 = EuGRZ 1979, 298; siehe dazu auch EGMR U 13. 6. 1979, *Marckx*, Nr 6833/74, Z 31 = EuGRZ 1979, 454.

³⁰⁵ Vgl *Caroni*, Das Recht des Kindes auf die familiäre Umgebung – aus der Perspektive der EMRK, in *Marauhn* (Hrsg), Internationaler Kinderschutz. Politische Rhetorik oder effektives Recht? (2005) 43 (45, 49).

³⁰⁶ *Hinteregger*, Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht, ÖJZ 1999, 741 (748).

Einschränkung der Obsorge im Gesetz genau normiert ist und die oberste Maxime das Kindeswohl darstellt.³⁰⁷

5.1.2 Schutzbereich Familienleben

Die in Art 8 EMRK enthaltene Garantie des Rechts auf Achtung des Privatlebens setzt schon seinem Wortlaut nach entsprechend ein bestehendes Familienverhältnis voraus. Die Straßburger Rsp hat dem Begriff Familienleben durch ihre autonome Auslegungspraxis einen weiten Bedeutungsinhalt zuerkannt.³⁰⁸ Der EGMR differenziert demnach nicht zwischen ehelichen und unehelichen Familien (“famille naturelle“), sondern schützt tatsächlich gelebtes, de facto bestehendes Familienleben.³⁰⁹ Unter dem Blickwinkel von Art 8 EMRK werden als zu schützende Beziehungen auch solche zwischen nahen Verwandten anerkannt, sofern eine gewisse Beziehungsintensität gegeben ist.³¹⁰ Das Kriterium einer über die gewöhnliche emotionale Bindung hinausgehenden Abhängigkeit wurde für die Beziehung zwischen erwachsenen Kindern und deren Eltern und Geschwistern³¹¹ sowie für Beziehungen zwischen Großeltern und Enkelkindern,³¹² bzw zu Onkeln/Tanten und Neffen/Nichten³¹³ gefordert.

Kinder sind auf Grund der Geburt und ab dem Zeitpunkt ihrer Geburt, unabhängig davon, ob die Beziehung der Eltern aufrecht ist oder ein Zusammenleben gegeben ist, ipso iure Teil eines Familienlebens iSv Art 8 ERMK.³¹⁴ Da eine Fürsorgeentscheidung in der Regel vorübergehender Natur ist, endet die familiäre Beziehung zwischen Eltern und Kind auch nicht bereits durch die Übernahme von Kindern in staatliche Obhut.³¹⁵

³⁰⁷ OGH 7 Ob 657/90 SZ 63/165.

³⁰⁸ *Caroni in Marauhn* 45 f mwN.

³⁰⁹ EGMR U 13. 6. 1979, *Marckx*, Nr 6833/74, Z 31 = EuGRZ 1979, 454; EGMR U 18. 12. 1986, *Johnston*, Nr 9697/82, Z 55 = EuGRZ 1987, 313; EGMR U 26. 5. 1994, *Keega*, Nr.16969/90, Z 44 = EuGRZ 1995, 113; EGMR U 13. 7. 2000, *Elsholz*, Nr 25735/94, Z 43 = EuGRZ 2002, 595; EGMR U 12. 7. 2001 (GK), *K.T. gegen Finnland*, Nr 25702/94, Z 150; *Frowein/Peukert*, Europäische MenschenRechtsKonvention, EMRK-Kommentar³ (2009) 297.

³¹⁰ EGMR U 13. 6. 1979, *Marckx*, Nr 6833/74, Z 45 = EuGRZ 1979, 454.

³¹¹ EGMR U 24. 4. 1996, *Boughanemi*, Nr 22070/93, Z 35.

³¹² EGMR U 13. 6. 1979, *Marckx*, Nr 6833/74, Z 45 = EuGRZ 1979, 454.

³¹³ EGMR, Bericht vom 27. 6. 1995, *X., Y. u. Z.*, Nr 21830/93, Z 52.

³¹⁴ EGMR U 21. 6. 1988, *Beerehab*, Nr 10730/84, Z 21; EGMR U 26.5. 1994, *Keegan*, Nr 16969/90, Z 44 = EuGRZ 1995, 113; EGMR U 13.7. 2000, *Elsholz*, Nr 25735/94, Z 43 = EuGRZ 2002, 595.

³¹⁵ EGMR U 8. 7. 1987, *W* gegen Vereinigtes Königreich, Nr 9749/82, Z 59 = EuGRZ 1990, 533; EGMR U 24.3.1988, *Olsson (Nr.1)*, Nr 10465/83, Z 59; EGMR U 22. 6. 1989, *Eriksson*, Nr 11373/85, Z 58; EGMR U 13. 7. 2000 (GK), *Scozzari und Giunta*, Nr 39221/98, Z 169.

5.1.3 Eingriffe in familiäre Beziehungen

Ein Eingriff in das verfassungsrechtlich geschützte Recht auf Achtung des Familienlebens ist gegeben, wenn behördliche Maßnahmen die Eltern-Kind Beziehung obstruieren.³¹⁶ Nicht nur der Entzug, sondern jede Einschränkung der Obsorge stellt, wie auch die Besuchsrechtsverweigerung, einen schwerwiegenden Eingriff sowohl in das Familienleben der Eltern als auch in jenes der Kinder dar.³¹⁷ In der Regel wird dem Kindeswohl am ehesten entsprochen, wenn Kinder mit ihren Eltern zusammenleben bzw auch bei Scheidung oder Trennung mit beiden Teilen regelmäßigen Kontakt haben. Daher haben minderjährige Kinder einen konventionsrechtlich geschützten Anspruch darauf, dass staatliche Maßnahmen die familiäre Umgebung nicht beeinträchtigen. Nur wenn das Wohl des Kindes durch familiäre Beziehungen gefährdet ist, kommt die subsidiäre staatliche Sorgspflicht zum Tragen.³¹⁸ Vor allem bei reinen Verdachtsfällen müssen die Konventionsstaaten sorgfältig zwischen den eigenen Schutzpflichten im Hinblick auf das Kind und den elterlichen Interessen am Fortbestand ihres Familienlebens abwägen.³¹⁹ Im Gegensatz dazu kann jedoch auch die Aufhebung öffentlicher Fürsorgemaßnahmen einen Eingriff in dieses Grundrecht bedeuten, besonders wenn das Kind sehr jung und für einen längeren Zeitraum bei Pflegeeltern untergebracht wurde und zu diesen eine enge Beziehung entwickelt hat.³²⁰

Führen staatliche Maßnahmen zur Trennung von Eltern und Kindern, haben diese gestützt auf Art 8 EMRK einen Anspruch darauf, dass die getrennten Familienmitglieder wieder zusammengeführt werden. Ergreift der Staat daher Fürsorgemaßnahmen, sind diese prinzipiell als eine **temporäre Maßnahme** anzusehen, die aufzuheben ist, sobald die Gegebenheiten dies erlauben, um auf diesem Wege das ursprüngliche Familienleben wiederherzustellen. Konsequenterweise fordert die Spruchpraxis der Straßburger Instanzen daher, dass das primäre Ziel jeder staatlichen Maßnahme die künftige Wiedervereinigung von (natürlichen) Eltern und Kind sein muss.³²¹

³¹⁶ EGMR U 7. 8. 1996, *Johansen*, Nr 17383/90, Z 52; EGMR U 9. 6. 1998, *Bronda*, Nr 22430/93, Z 51; EGMR U 13. 7. 2000, *Elsholz*, Nr 25735/94, Z 43 = EuGRZ 2002, 595.

³¹⁷ *Hinteregger*, ÖJZ 1999, 748.

³¹⁸ Vgl *Caroni* in *Marauhn* 52 f.

³¹⁹ *Aichinger*, Zak 2010/136, 87.

³²⁰ Vgl *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2009) 212 Rz 27 mwN.

³²¹ EGMR U 24. 3. 1988, *Olsson (Nr 1)*, Nr 10465/83, Z 81; EGMR U 13. 7. 2000 (GK), *Scozzari und Giunta*, Nr 39221/98, Z 169; EGMR U 12. 7. 2001 (GK), *K.T.* gegen Finnland, Nr 25702/94, Z 178; EGMR U 26. 2. 2002, *Kutzner*, Nr 46544/99, Z 76 = EuGRZ 2002, 244.

5.1.4 Rechtfertigung

Jeder Eingriff in das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens begründet eine Verletzung von Art 8 EMRK, sofern er nicht auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, ein legitimes Ziel, das in Art 8 Abs 2 abschließend³²² aufgelistet ist, verfolgt, und aus der Sicht eines demokratischen Staatsbildes einem dringenden gesellschaftlichen Bedürfnis entspricht. Boykottieren daher behördliche Maßnahmen das Zusammenleben von Eltern und Kind, müssen dafür triftige Gründe geben sein.³²³ Keineswegs rechtfertigt allein die Tatsache, dass ein Kind in einem erzieherisch günstigeren Umfeld untergebracht werden könne, eine Trennung von seinen leiblichen Eltern.³²⁴

Der EGMR räumt den nationalen Behörden bei der Entscheidung, ob öffentliche Fürsorgemaßnahmen angebracht sind, allerdings einen **weiten Beurteilungsspielraum** ein, da diese den Vorteil genießen, in unmittelbarem Kontakt zu allen Beteiligten zu stehen und sich in den Konventionsstaaten auch die Ansichten über die Angemessenheit öffentlicher Fürsorgemaßnahmen traditionsbedingt unterscheiden.³²⁵ Daraus ergibt sich, dass die Aufgabe des EGMR nicht darin besteht, an die Stelle der nationalen Behörden zu treten, sondern die Entscheidungen, die diese Behörden in Ausübung ihres Ermessens getroffen haben, im Lichte der Konvention zu prüfen. Ein strengerer Maßstab ist bei weitergehenden Beschränkungen der familiären Beziehung anzulegen, die die Gefahr beinhalten, dass die Beziehung zwischen den Eltern und einem Kind erheblich beeinträchtigt bzw ein für alle Mal abgeschnitten wird.³²⁶ Eine zugegebene oder erwiesene Kindesmisshandlung stellt zweifellos eine Legitimation für einen Eingriff in das Grundrecht der Eltern dar. In Fällen, in denen „nur“ ein Missbrauchsvorwurf im Raum steht, müssen die jeweiligen äußeren Gegebenheiten besonders berücksichtigt und sodann erwogen werden, ob die von den Konventionsstaaten in ihrer Entscheidung dargelegten Gründe für eine Obsorgeentziehung stichhaltig genug und

³²² *Caroni in Marauhn* 45.

³²³ Vgl EGMR U 25. 2. 1992, *Margareta und Roger Anderson*, Nr 12963/87, Z 95; EGMR U 7. 8. 1996, *Johanson*, Nr 17383/90, Z 78.

³²⁴ EGMR U 24. 3. 1988, *Olsson (Nr 1)*, Nr 10465/83, Z 72; EGMR U 26. 2. 2002, *Kutzner*, Nr 46544/99, Z 69 = EuGRZ 2002, 244.

³²⁵ EGMR U 13. 7. 2000, *Elsholz*, Nr 25735/94, Z 49 = EuGRZ 2002, 595; EGMR U 8.7.2003 (GK), *Sommerfeld*, Nr 31871/96, Z 62; EGMR U 12. 7. 2001 (GK), *K.T. gegen Finnland*, Nr 25702/94; *Caroni in Marauhn* 53.

³²⁶ EGMR U 7. 8. 1996, *Johansen*, Nr. 17383/90, Z 64; EGMR U 13. 7. 2000, *Elsholz*, Nr 25735/94, Z 49 = EuGRZ 2002, 595; EGMR U 12. 7. 2001 (GK), *K.T. gegen Finnland*, Nr 25702/94, Z 155; EGMR U 8. 7. 2003 (GK), *Sommerfeld*, Nr 31871/96, Z 63; EGMR U 26. 2. 2002, *Kutzner*, Nr 46544/99, Z 67 = EuGRZ 2002, 244.

ausreichend waren. Eine entscheidende Bedeutung kommt dabei den Ergebnissen ärztlicher oder psychiatrischer Gutachten und ihrer Würdigung zu.³²⁷

Das Recht auf Achtung des Familienlebens stand in letzter Zeit zunehmend auf dem Prüfstand des Gerichtshofs in Straßburg. Mit Blick auf die nachfolgenden Entscheidungen wird ersichtlich, dass die Konventionsstaaten, auch wenn eine Kindesmisshandlung nicht erwiesen ist, nach ihrem Ermessen richtige rechtliche Maßnahmen anordnen bzw der EGMR das jeweilige Handeln der nationalen Behörden durchwegs als (noch) verhältnismäßig einstuft und daher eine Grundrechtsverletzung meist verneint.³²⁸

5.1.5 Ausgewählte Urteile und Entscheidungen des EGMR

5.1.5.1 R.K. und A.K. gg das Vereinigte Königreich³²⁹

Die zwei Monate alte Tochter der beiden Beschwerdeführer wurde von ihrer Mutter und Großmutter in ein Spital gebracht, weil sie vor Schmerzen schrie, als sie von der Großmutter hochgehoben wurde. Am Röntgenbild war ein Bruch des Oberschenkelknochens zu sehen. Die Eltern gaben an, nicht zu wissen, wie es zu den Verletzungen gekommen sei, woraus der Arzt schlussfolgerte, dass die Verletzungen dem Kleinkind zugefügt worden waren. Aufgrund der fehlenden überzeugenden Erklärung von Seiten der Eltern wurde ihnen die Obsorge entzogen und einstweilig einer lokalen Behörde übertragen. Nach der Entlassung aus dem Krankenhaus wurde das Kind in die Obhut seiner Tante übergeben und den Eltern ein regelmäßiges Besuchsrecht eingeräumt. Das Kind erlitt in der Obhut seiner Tante nach ungefähr einem halben Jahr eine weitere Verletzung. Die Ärzte diagnostizierten beiderseitige Oberschenkelbrüche und bei weiteren Untersuchungen stellte sich heraus, dass das Kleinkind an einer seltenen und schwer diagnostizierbaren „Glasknochenkrankheit“ litt. Nach der Entlassung aus dem Krankenhaus kam das Kind zurück zu seinen Eltern, zwei Monate später wurde die Obsorgeanordnung aufgehoben und den Beschwerdeführern das Sorgerecht für ihre Tochter rückübertragen. Die Eltern sahen sich in ihrem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens verletzt. Der Gerichtshof hielt die behördlichen Maßnahmen jedoch für

³²⁷ Aichinger, Zak 2010/136, 87.

³²⁸ Vgl Aichinger, Zak 2010/136, 87.

³²⁹ EGMR U 30. 9. 2008, *R.K. und A.K. gegen Vereinigtes Königreich*, Nr 38000/05 = NL 2008, 271 (NL 08/5/07).

vertretbar und verhältnismäßig um den Schutz des Kindes zu gewährleisten. Er betonte auch, dass Sorgemaßnahmen, die aus einer ärztlichen Fehldiagnose resultieren, nicht per se mit Art 8 EMRK unvereinbar sind, wenn zum Zeitpunkt ihrer Anordnung der begründete Verdacht einer Kindeswohlgefährdung existierte. Der GH sah folglich keine ungerechtfertigte Verletzung von Art 8 EMRK gegeben. ME veranschaulicht dieser Fall besonders deutlich, wie schwierig es bei bloßen Verdachtsfällen sein kann, eine sachgerechte Lösung zu finden.

5.1.5.2 L gg Finnland³³⁰

Der Erstbeschwerdeführer ist der Vater von den zwei minderjährigen Töchtern P und S, der Zweitbeschwerdeführer ist ihr Großvater väterlicherseits. Nach der Geburt der jüngeren Tochter S musste die Mutter der beiden Kinder mehrmals eine psychiatrische Klinik aufsuchen. Da der Verdacht bestand, dass die ältere Tochter P von den beiden Beschwerdeführern sexuell missbraucht worden war und auch bei S diese Gefahr gegeben war, wurden die beiden Kinder 1992 vorübergehend in behördliche Obsorge genommen. Ungeachtet der Tatsache, dass die psychiatrische Untersuchung von P keinen Hinweis auf einen tatsächlichen sexuellen Missbrauch ergab, traf das Jugendamt die Entscheidung, den Eltern die Obsorge zu entziehen. 1996 wurde P erneut psychiatrisch untersucht. Hierbei bestätigte sich der Verdacht eines sexuellen Missbrauchs. Ein Strafverfahren wurde allerdings nicht eingeleitet. Der Gerichtshof in Straßburg stufte das Handeln der Behörden als vertretbar ein und sah keine Verletzung von Art 8 EMRK gegeben.

5.1.5.3 Mousbach Remmo und Sapha Uzunkaya gg Deutschland³³¹

Die beiden Beschwerdeführer sind miteinander verheiratet und Eltern von fünf Kindern. Als eines ihrer Kinder (M) auf Anraten eines Kinderarztes mit Hämatomen, einer geschwellenen Stirn sowie einer Verletzung am Auge ins Krankenhaus eingeliefert wurde, zeigten nähere Untersuchungen weitere Verletzungen auf. Die Eltern konnten für diese Verletzungen keine überzeugende Erklärung liefern und gaben lediglich an, dass sich das Kind diese beim Spielen zugezogen hätte. Ein Sachverständigengutachten bestätigte eine Reihe von älteren Hämatomen, einen länger zurückliegenden Schädelbruch und mehrere kleinere am ganzen Körper verteilte Narben. Dem ärztlichen Befund zufolge deuteten diese Verletzungen

³³⁰ EGMR U 27. 4. 2000, *L gegen Finnland*, Nr 25651/94 = NL 2000, 90 (NL 00/3/01).

³³¹ EGMR E 20. 3. 2007, *Mousbach Remmo und Sapha Uzunkaya*, Nr 5496/04.

eindeutig auf eine andauernde Misshandlung hin, weshalb den Eltern die Obsorge vorläufig entzogen und der Junge in einer Pflegefamilie untergebracht wurde. Das gegen die Eltern eingeleitete Strafverfahren wurde mangels Beweisen eingestellt. Auch im Pflugschaftsverfahren konnte nicht eindeutig nachgewiesen werden, ob die zahlreichen Verletzungen von den Eltern verursacht wurden, es wurde jedoch ihre Fähigkeit, das Kind vor Verletzungen zu schützen bzw die Gewährleistung medizinischer Behandlung verneint. Der EGMR hielt die Entziehung der Obsorge gleichwohl für gerechtfertigt und stellte daher keine ungerechtfertigte Verletzung des Art 8 EMRK fest.

5.1.5.4 K.T. gg Norwegen³³²

Eine geschiedene Frau wandte sich an die Jugendwohlfahrtsbehörde und berichtete, dass ihr Exmann, der spätere Beschwerdeführer, bei dem die beiden gemeinsamen Kinder lebten, Medikamentenmissbrauch betreibe und zu Gewalttätigkeit neige, woraus eine Gefahr für die Kinder resultiere. Da die Hausärztin des Beschwerdeführers dessen Medikamentenkonsum zwar als hoch einstufte, aus dem Bericht jedoch keine Anhaltspunkte für eine Misshandlung hervorgingen, stellte das Jugendamt die Untersuchungen zunächst ein. Kurze Zeit später wurde eine neuerliche Untersuchung eingeleitet, da Augenzeugen angaben, dass der Beschwerdeführer auch in Gegenwart seiner Kinder unter Medikamenteneinfluss stehe und ein gewalttätiges sowie bedrohliches Verhalten an den Tag lege. Daher wurden erneut Informationen bei der Hautärztin, der Schule bzw dem Kindergarten, der örtlichen Polizeibehörde sowie der Kindesmutter eingeholt, infolgedessen auch das Jugendamt Befürchtungen äußerte. In seiner Beschwerde behauptete der Vater später, die voreilige Führung der zweiten behördlichen Untersuchung habe einen ungerechtfertigten Eingriff in sein Privat- und Familienleben dargestellt. Der Gerichtshof befürwortete jedoch die Vorgehensweise der Behörden und erläuterte, dass der Jugendwohlfahrtsbehörde nicht generell die Verpflichtung obliege, anonyme Wahrnehmungsberichte im Vorhinein (vor Einleitung einer Untersuchung) einer sorgfältigen Prüfung zu unterziehen, da andernfalls eine Verzögerung der Untersuchungen zu besorgen wäre, die sich unter Umständen negativ auf das Kindeswohl auswirken könne und die Gewährleistung einer raschen Hilfe in dringenden Angelegenheiten damit unmöglich wäre. Der EGMR verneinte eine Verletzung von Art 8 EMRK. In dieser Entscheidung wird aufgezeigt, dass reine Verdachtsfälle mitunter sowohl

³³² EGMR U 25. 9. 2008, *K.T. gegen Norwegen*, Nr 26664/03 = NL 2008, 268 (NL 08/5/06).

die Obsorgeentziehung als auch Untersuchungen, die im Vorfeld angeordnet werden können, legitimieren. Damit wird Klarheit geschaffen und das eventuelle Eintreten weiterer Schäden vermieden.

5.2 Entziehung oder Einschränkung der Obsorge nach § 176 ABGB

5.2.1 Allgemeines

Mit dem KindG 1977 wurde § 176 in das ABGB eingeführt, der eine einheitliche Regelung der Entziehung oder Einschränkung elterlicher Rechte und Pflichten darstellt. Diese Vorschrift trat an die Stelle der bis dato geltenden Bestimmungen der §§ 171 und 176 bis 178a³³³, die die Entziehung oder Einschränkung der Obsorge beim unehelichen Kind sowie die Entziehung der väterlichen Gewalt beinhaltete.³³⁴

§ 176 ist neben den Bestimmungen über die Regelung der Obsorge im Fall der Trennung der Eltern (§§ 167, 177-177b) die maßgebliche Grundlage für Eingriffe in das durch Art 8 EMRK – unter Gesetzesvorbehalt³³⁵ – verfassungsrechtlich geschützte Recht der Eltern auf Obsorge für ihre Kinder.³³⁶

Seine gegenwärtig geltende Fassung erhielt § 176 durch das KindRÄG 2001. Der Regelungsinhalt dieser Bestimmung wurde exakter gegliedert, in gewissen Punkten wurden Ergänzungen und Klarstellungen sowie in Einzelfragen Modifikationen vorgenommen. Die beiden wesentlichen inhaltlichen Neuerungen erfuhren Abs 2 und Abs 4, nämlich eine Erweiterung der antragsberechtigten Personen und eine Klarstellung, wer unter „Erziehungsberechtigter“ zu verstehen ist. Abs 1 wurde neu formuliert, entspricht inhaltlich jedoch weitgehend dem § 176 Abs 1 aF³³⁷. Der neue Abs 3 entspricht im Wesentlichen dem früheren Abs 2, er betont lediglich, dass die Obsorge auch für bestimmte Teilbereiche der Pflege, Erziehung und Vermögensverwaltung entzogen werden kann, wobei bei Entziehung

³³³ Vgl BGBl 1977/403.

³³⁴ ErlRV 60 BlgNR 14. GP 33; vgl auch *Kapfer*, Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch¹² (1977) § 171 176, 177, 178, 178a.

³³⁵ OGH 1 Ob 623/95 SZ 69/20.

³³⁶ *Hopf* in *KBB*, ABGB³ § 176b Rz 1.

³³⁷ Vgl BGBl 1977/403.

im Innenverhältnis keine Vertretungsbefugnis für diese Angelegenheiten im Außenverhältnis besteht.³³⁸

Die Bestimmung des § 176a wurde im Zuge dieser Novellierung des § 176 und der Neuordnung der Rechtsinstitute im Kindschaftsrecht³³⁹ durch das KindRÄG 2001 aufgehoben. § 176a hatte die Übertragung der Obsorge an den JWT zum Inhalt, gesetzt den Fall, dass eine gänzliche Entfernung des Kindes aus seiner bisherigen Umgebung notwendig und eine Unterbringung bei Verwandten oder nahe stehenden Personen nicht möglich war.³⁴⁰

Laut der Begründung in den Gesetzesmaterialien sei diese Bestimmung im geltenden Regelungssystem entbehrlich, zumal sie in der Vergangenheit einige Probleme bereitere und sich die Primatsstellung vor dem JWT von Verwandten oder anderen nahe stehenden Personen, die zur Übernahme der Obsorge geeignet sind, nun aus § 187 iVm § 213 ergibt.³⁴¹

5.2.2 Eingriffsobjekt und Eingriffsvoraussetzungen

Eingriffsobjekt des § 176 sind bestehende Obsorgeverhältnisse³⁴² iSd § 144, die sich aus Pflege und Erziehung sowie Vermögensverwaltung des Kindes, einschließlich der gesetzlichen Vertretung in diesen Bereichen, sowie der gesetzlichen Vertretung des Kindes in anderen als diesen Bereichen zuordenbaren Materien zusammensetzen.³⁴³ Vom Anwendungsbereich des § 176 sind die Mindestrechte des § 178³⁴⁴, Unterhaltsansprüche und Erbrechte oder Verfahrensrechte, wie bspw das Recht auf Akteneinsicht³⁴⁵ nicht erfasst.³⁴⁶

³³⁸ Vgl. *Stabentheiner* in *Rummel*, 1. ErgBd § 176 Rz 1; *Weitzenböck* in *Schwimmann/Verschraegen*, ABGB I³ § 176 Rz 1; *Schwarzl* in *Ferrari/Hopf* 29.

³³⁹ Die Bestimmungen über die besonderen Rechtsinstitute der Vormundschaft und der Sachwalterschaft bei Minderjährigen wurden aufgehoben.

³⁴⁰ *Stabentheiner* in *Rummel*, 1. ErgBd § 176 Rz 1; vgl. dazu § 176a (aF) ABGB.

³⁴¹ ErlRV 296 BlgNR 21. GP 65; beipflichtend *Stabentheiner* in *Rummel*, 1. ErgBd § 176 Rz 1.

³⁴² Daraus folgt, dass § 176 keine Rechtsgrundlage für Maßnahmen des Gerichts gegenüber Dritten ist; *Weitzenböck* in *Schwimmann/Verschraegen*, ABGB I³ § 176 Rz 3.

³⁴³ *Weitzenböck* in *Schwimmann/Verschraegen*, ABGB I³ § 176 Rz 1.

³⁴⁴ Zur Einschränkung und Entziehung der Mindestrechte siehe Kapitel 5.2.8.2.

³⁴⁵ OGH 6 Ob 148/98b RdW 1999, 79 = EFSlg 88.425.

³⁴⁶ *Weitzenböck* in *Schwimmann/Verschraegen*, ABGB I³ § 176 Rz 1.

Eingriffsvoraussetzung für Maßnahmen nach § 176 ist grundsätzlich eine Gefährdung des Kindeswohls.³⁴⁷ Dies gilt sowohl für die Entziehung und Einschränkung der Obsorge als auch für die Obsorgeübertragung.³⁴⁸

Die stRsp vertritt zudem die Ansicht, dass die Obsorgezuteilung nach Eheauflösung bei wesentlichen Umstandsänderungen auch ohne Gefährdung des Kindeswohls nachträglich korrigiert werden kann, wenn „besonders wichtige Gründe“ für eine Änderung sprechen.³⁴⁹ Eine Übertragung der Obsorge ist somit zulässig, wenn damit eine beachtliche Verbesserung der Lage und Zukunftserwartungen des Minderjährigen herbeigeführt werden kann.³⁵⁰ Einen solchen wichtigen Grund bildet etwa auch der ernstliche Wunsch eines mündigen Kindes nach einem Obsorgewechsel. Obwohl die Meinung des Kindes nicht unbedingt ausschlaggebend ist, soll ihm die Obsorge durch einen Elternteil möglichst nicht gegen seinen Willen aufgezwungen werden, sofern nicht schwerwiegende Gründe ein anderes Vorgehen erfordern und der Wunsch den offenbar erkennbaren Interessen des Minderjährigen widerspricht.³⁵¹

Auch beim Tatbestand des § 176 Abs 2, dem mangelnden Einvernehmen der Eltern in einer wichtigen, das Kind betreffenden Angelegenheit, kommt es auf eine konkrete Gefährdung des Kindeswohls nicht an, wenngleich hier das Gericht nur auf Antrag eines Elternteils einschreitet^{352, 353}.

Obwohl in § 176 explizit nur die Kindeswohlgefährdung durch das Verhalten der mit der Obsorge betrauten „Eltern“ erwähnt wird, fallen in den Geltungsbereich dieser Regelung alle mit der Obsorge betrauten Personen. Für Großeltern normiert dies § 145 Abs 1 letzter S, die

³⁴⁷ Siehe sogleich; ausführlich zum Begriff des Kindeswohls siehe Kapitel 3.

³⁴⁸ StRsp, OGH 1 Ob 704/78 SZ 51/136; 1 Ob 573/92 JBl 1992, 639 = EvBl 1993/13; 1 Ob 580/92 SZ 65/84 = JBl 1992, 780; *Weitzenböck in Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 176 Rz 4 mwN.

³⁴⁹ OGH 4 Ob 547/80 SZ 53/142 = ÖA 1982, 36; 1 Ob 172/01b EvBl 2002/82 = JBl 2002, 374; *Stabentheiner in Rummel*, 1. ErgBd § 176 Rz 3; *Weitzenböck in Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 176 Rz 25.

³⁵⁰ OGH 4 Ob 547/80 SZ 53/142 = EvBl 1981/82 = ÖA 1982, 36; 1 Ob 172/01b EvBl 2002/82 = JBl 2002, 374; 9 Ob 54/06s EFSIlg 113.840; LG Krems 2 R 181/02h EFSIlg 104.350; LGZ Wien 42 R 5/03a EFSIlg 104.350.

³⁵¹ OGH 1 Ob 601/95 JBl 1996, 714 = RdM 1997/9; 1 Ob 172/01b EvBl 2002/82 = JBl 2002, 374 = ÖJZ-LSK 2002/95; 5 Ob 36/06i FamZ 2006/76; 1 Ob 248/06m EF-Z 2007/62; 8 Ob 85/07v iFamZ 2007/146 = Zak 2007/605; *Stabentheiner in Rummel*, 1. ErgBd § 176 Rz 3; *Weitzenböck in Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 176 Rz 25 ff.

³⁵² Erreicht die Uneinigkeit der Eltern die Schwelle einer Kindeswohlgefährdung, kann das Gericht von Amts wegen tätig werden.

³⁵³ *Hopf in KBB*, ABGB³ § 176b Rz 1 ; so auch *Thunhart in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ §§ 176, 176b Rz 40; zur Begründung und zur Rechtslage vor dem KindRÄG 2001 siehe *Stabentheiner in Rummel*, 1. ErgBd § 176 Rz 4.

Bestimmung für Pflegeeltern ist in § 186a Abs 1 S 2 zu finden. Für andere Personen, die nach den §§ 187 ff mit der Obsorge betraut sind, geht die grundsätzliche Geltung des § 176 insbesondere aus § 216 hervor. Wird in den folgenden Ausführungen daher von Eltern gesprochen, so ist dies „pars pro toto“ zu verstehen.³⁵⁴ Existieren Sonderregelungen oder Abweichungen, wird ausdrücklich darauf verwiesen.

Unter dem Terminus der **Kindeswohlgefährdung** ist nicht ein Missbrauch der elterlichen Befugnisse zu verstehen.³⁵⁵ Im Allgemeinen ist eine Gefährdung des Kindeswohls iSd § 176, die eine Entziehung oder Einschränkung der Obsorge rechtfertigt, gegeben, wenn der Obsorgeberechtigte die **elterlichen Pflichten objektiv nicht erfüllt** oder **subjektiv gröblich vernachlässigt**, oder durch sein Gesamtverhalten **schutzwürdige Interessen des Kindes ernstlich oder konkret gefährdet**.³⁵⁶

Da ein Eingriff in das elterliche Erziehungsrecht eine Kindeschutzmaßnahme und keine Strafe darstellt,³⁵⁷ ist es irrelevant, ob die Kindeswohlgefährdung vom Obsorgeberechtigten verschuldet wurde.³⁵⁸ Demzufolge ist für die Gefährdung des Kindeswohls die objektive Nichterfüllung oder Vernachlässigung der elterlichen Pflichten hinreichend, zu der ein **subjektives Schulselement hinzukommen kann, jedoch nicht erforderlich ist**.³⁵⁹ Der Rsp zufolge muss die physische oder psychische Gesundheit³⁶⁰ oder die rechtlich bzw wirtschaftliche Sphäre des Kindes gefährdet sein.³⁶¹

Nach der Judikatur liegt eine Kindeswohlgefährdung bei **nachhaltiger Verletzung des Gewaltverbots nach § 146a**,³⁶² bei **grober Vernachlässigung der Erziehungspflichten**³⁶³

³⁵⁴ Weitzenböck in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 176 Rz 5.

³⁵⁵ OGH 4 Ob 547/80 ÖA 1982, 36; 1 Ob 601/95 JBl 1996, 714 = RdM 1997/9; 1 Ob 218/98k EFSlg 87.005; 1 Ob 342/99x EFSlg 93.114.

³⁵⁶ StRsp, OGH 4 Ob 547/80 SZ 53/142; 1 Ob 580/92 JBl 1992, 780 = SZ 65/84; 1 Ob 623/95 SZ 69/20; 1 Ob 57/97g EFSlg 84.081 = EFSlg 84.087; 4 Ob 133/97f EFSlg 84.081; 7 Ob 253/01h EFSlg 100.304; 7 Ob 22/06w EFSlg 113.812 = EFSlg 113.837; 3 Ob 78/06a EFSlg 113.817; 1 Ob 123/07f EFSlg 116.929; 7 Ob 200/08z iFamZ 2009/25 uva; vgl auch ErlRV 60 BlgNR 14. GP 33.

³⁵⁷ Thunhart in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ §§ 176, 176b Rz 9.

³⁵⁸ OGH 1 Ob 123/07f EFSlg 116.929.

³⁵⁹ OGH 1 Ob 668/78 SZ 51/112; 1 Ob 172/01b JBl 2002, 374; OGH 29.09.2009, 8 Ob 47/09h.

³⁶⁰ OGH 2 Ob 593, 594, 1577 - 1579/92 EFSlg 68.799.

³⁶¹ OGH 1 Ob 32/88 EvBl 1989/88; OGH 8 Ob 522/93 ÖA 1993, 147.

³⁶² OGH 1 Ob 573/92 JBl 1992, 639; 1 Ob 2078/96m EFSlg 81.156 = ZfRV 1996/85; 7 Ob 269/04s EFSlg 107.790; 7 Ob 47/06x Zak 2006/524 = FamZ 2006/75 (*Thoma-Twaroch*) = EFSlg 113.822; 6 Ob 18/09d EF-Z 2009, 178 (*Beck*); LGZ Wien 42 R 372/01v EFSlg 96.644; siehe ausführlich Kapitel 5.2.3.

³⁶³ LGZ Wien 44 R 3224/87 EFSlg 54.019; 45 R 27/96w EFSlg 81.149.

oder **Missbrauch der Erziehungsgewalt**, bei **Nichtgewachsensein der Erziehungsaufgabe**³⁶⁴ sowie bei **Beharren auf die elterlichen Rechte in einer den Interessen des Kindes widersprechenden Weise**³⁶⁵ vor. Wenn die Erziehungskompetenz objektiv fehlt, ist das bloße Bemühen um einen liebevollen Umgang mit dem Kind auf keinen Fall ausreichend.³⁶⁶ Zudem ist von einer Gefährdung des Kindeswohls auszugehen, wenn der Obsorgeberechtigte die **Pflege und Erziehung des Kindes völlig einer Sekte überlässt**,³⁶⁷ bei **Alkoholsucht** des Obsorgeberechtigten,³⁶⁸ bei **ungerechtfertigter Verweigerung der Einwilligung in eine ärztliche Heilbehandlung**³⁶⁹ oder bei **Herausreißen des Kindes aus seiner gewohnten Umgebung**³⁷⁰. Übersiedelt der obsorgeberechtigte Elternteil mit dem Kind ins Ausland, sind Maßnahmen nach § 176 jedoch nur dann gerechtfertigt, sofern die beabsichtigte Übersiedelung im Einzelfall für das Kind nachteilig ist, dh, dass im Zielland das materielle, geistige und seelische Wohl des Kindes unabhängig von den konkreten Lebensverhältnissen gefährdet wäre.³⁷¹ Anlass zur Annahme einer Kindeswohlgefährdung besteht bspw dann, wenn der ausländische Vater des Kindes im Rahmen eines Sommerurlaubs in Ägypten beabsichtigt, eine Genitalbeschneidung an der Tochter vornehmen zu lassen.³⁷² Die drohende zwangsweise Abschiebung des Kindes zusammen mit dem obsorgeberechtigten Elternteil bedeutet nach Ansicht der Rsp für sich genommen hingegen noch keine Kindeswohlgefährdung.³⁷³

³⁶⁴ OGH 5 Ob 513/95 EFSlg 78.164; 7 Ob 22/06w EFSlg 113.813; 1 Ob 176/07z EFSlg 118.804.

³⁶⁵ OGH 5 Ob 587/79 EFSlg 33.603; 4 Ob 519/80 EFSlg 35.995; 1 Ob 601/95 EFSlg 81.134; 1 Ob 172/01b EFSlg 96.636; 1 Ob 248/06m EF-Z 2007/62; 8 Ob 85/07v iFamZ 2007/146 (*Thoma-Twaroch*).

³⁶⁶ OGH 1 Ob 176/07z EFSlg 118.804.

³⁶⁷ OGH 2 Ob 593, 594, 1577-1579/92 EFSlg 68.799.

³⁶⁸ LGZ Wien 43 R 746/80 EFSlg 35.993.

³⁶⁹ *Zankl*, Eigenmächtige Heilbehandlung und Gefährdung des Kindeswohls, ÖJZ 1989, 299; *Maleczky*, Unvernünftige Verweigerung der Einwilligung in die Heilbehandlung, ÖJZ 1994, 681. Diese Problematik wurde in der Praxis insbesondere im Kontext mit der Zuteilung der Obsorge an Angehörige der Glaubensgemeinschaft der Zeugen Jehovas diskutiert: *Pichler*, Die Kinder der Zeugen Jehovas – Probleme der Obsorgezuteilung und der Bluttransfusion, ÖA 1994, 171; *Sautner*, Die religiös motivierte Verweigerung der ärztlichen Heilbehandlung bei Minderjährigen. Die Problematik der Bluttransfusion bei den Zeugen Jehovas, JAP 1999/2000, 14; *Horny/Noll*, Die Religionszugehörigkeit zu den Zeugen Jehovas als Kriterium im Obsorgerecht, ÖA 2000, 132; siehe auch OGH 1 Ob 586/86 JBl 1988, 238; 1 Ob 627/86 SZ 59/160; 3 Ob 521/93 JBl 1994, 41; 5 Ob 565/93 SZ 66/153; 1 Ob 601/95 JBl 1996, 714.

³⁷⁰ OGH 9 Ob 28/04i EFSlg 107.803; LG Wels 21 R 22/03i EFSlg 104.359.

³⁷¹ LGZ Wien 42 R 819/03g EFSlg 104.364.

³⁷² LGZ Wien 42 R 383/05t EFSlg 110.860.

³⁷³ OGH 4 Ob 146/03d ÖA 2004, 335; 2 Ob 197/03i EFSlg 104.362.

Auch **materielle Gründe**, wie die missbräuchliche Verwendung des Kindesvermögens durch den Obsorgeberechtigten zu Gunsten anderer aber auch zu seinen eigenen Gunsten³⁷⁴, das Außerachtlassen der erforderlichen Sorgfalt bei der Wahrung vermögensbezogener Kinderinteressen³⁷⁵ sowie die Verletzung der Unterhaltspflicht gegenüber dem Minderjährigen³⁷⁶ stellen einen solchen Gefährdungstatbestand dar und rechtfertigen Maßnahmen iSd § 176.

Keine Gefährdung des Kindeswohls hat die Rsp hingegen im Fall bloßer Unzukömmlichkeiten bei der Besuchsrechtsausübung³⁷⁷ oder bei Beziehungsschwierigkeiten des Kindes zum Obsorgeträger, von denen nicht feststeht, dass sie irreversiblen Charakter aufweisen,³⁷⁸ angenommen. Ebenso kann von einer Verletzung des Kindeswohls nicht gesprochen werden, wenn der obsorgeberechtigte Elternteil aus berufsbedingten Gründen die Betreuung des Kindes untertags an Dritte delegiert.³⁷⁹ Auch die bloße Tatsache der Mitgliedschaft des Obsorgeträgers zum Beispiel bei den Zeugen Jehovas³⁸⁰ oder der Scientology-Gemeinschaft³⁸¹ bedeuten für sich allein noch keine Kindeswohlgefährdung.

Im Grunde verletzt jeder Wechsel der Obsorgeverhältnisse den **Grundsatz der Kontinuität der Erziehung**. Nach der Rsp entspricht die Forderung nach Kontinuität dem Gedanken des Kindeswohls, da nach der Lebenserfahrung die Beständigkeit und Stetigkeit die Rahmenbedingung für eine effektive und somit dem Wohl des Kindes entsprechende Erziehung darstellen. Dieser Grundsatz darf jedoch nicht um seiner selbst willen aufrecht erhalten werden, sondern ist gegenüber dem Kindeswohl nachrangig.³⁸²

Fehlt eine Kindeswohlgefährdung, dürfen Vokehrungen iSd § 176 nicht getroffen werden.³⁸³

Es ist daher irrelevant, ob die Verhältnisse beim anderen Elternteil oder bei Dritten für das

³⁷⁴ OGH 1 Ob 532/90 RZ 1990/111; 1 Ob 607/91 JBl 1992, 586; 7 Ob 312/99d JBl 2000, 506; dies ist bspw der Fall, wenn die Mutter die Waisenrente für sich selbst verwendet; OGH 8 Ob 522/93 ÖA 1993, 147; LGZ Wien 47 R 371/86 EFSlg 51.294.

³⁷⁵ OGH 1 Ob 32/88 EvBl 1989/88.

³⁷⁶ OGH 1 Ob 528/84 SZ 57/84; 1 Ob 551/91 RZ 1992/66.

³⁷⁷ LGZ Wien 43 R 476/96k EFSlg 81.155.

³⁷⁸ OGH 5 Ob 56/02z EFSlg 100.334; LGZ Wien 44 R 836/03x EFSlg 104.367.

³⁷⁹ OGH 7 Ob 711/82 EFSlg 40.869; 8 Ob 580/83 EFSlg 43.335; LGZ Wien 44 R 3402/83 EFSlg 43.337.

³⁸⁰ OGH 1 Ob 601/95 RdM 1997/9; LGZ Wien 44 R 611/94 EFSlg 75.131.

³⁸¹ OGH 2 Ob 2192/96h SZ 69/179 = ecolex 1996, 858 = EvBl 1997/1 = EFSlg 81.153.

³⁸² OGH 2 Ob 675/85 EFSlg 51.286; 4 Ob 1610/95 EFSlg 78.245; 5 Ob 103/10y iFamZ 2010/229 = EF-Z 2011/10; zum Grundsatz der Kontinuität der Erziehung siehe *Weitzenböck* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 177a Rz 30.

³⁸³ *Weitzenböck* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 176 Rz 14.

Kind an sich besser wären, solange die Pflege und Erziehung durch den Obsorgeberechtigten keinen Anlass zur Sorge bereiten. (Eine Ausnahme stellt unter Umständen der ernstliche Wille eines mündigen Minderjährigen dar.)³⁸⁴ IdS bestimmt § 146 Abs 2, dass sich das Ausmaß der Pflege und Erziehung nach den Lebensverhältnissen der Eltern richtet. Das Kind muss sich nicht nur mit der finanziellen Leistungsfähigkeit seiner Eltern zufrieden geben, sondern sich bspw auch mit der Notwendigkeit einer Wohnsitzverlegung anlässlich beruflicher Veränderungen in der Sphäre der Eltern abfinden.³⁸⁵ Es wäre unannehmbar, wenn Dritte durch das Offerieren günstigerer Konditionen das minderjährige Kind dem Obsorgeberechtigten entziehen könnten.³⁸⁶ Beim Verbot des Günstigkeitsvergleichs spielt primär der Grundsatz der Obsorgekontinuität, der nur aus schwerwiegenden Gründen gestört werden sollte,³⁸⁷ die Hauptrolle.³⁸⁸

5.2.3 Misshandlung des Kindes als Indikator für eine Kindeswohlgefährdung

Wie bereits ausführlich in Kapitel 4.2 erläutert, ist mit dem im § 146a verankerten Gewaltverbot jede unzumutbare, dem Kindeswohl abträgliche Behandlung verboten. Diese Bestimmung verbietet nicht nur Maßnahmen, die zur Körperverletzung oder zu körperlichen Schmerzen („g’sunde Watschn“)³⁸⁹ führen, sondern auch jede sonstige die Menschenwürde verletzende Behandlung des Kindes, wobei dabei nicht auf das subjektive Empfinden des Kindes abgestellt wird.³⁹⁰ Es ist festzuhalten, dass im Allgemeinen jeder nachhaltige Verstoß gegen das Gewaltverbot des § 146a eine Maßnahme nach § 176 rechtfertigt.³⁹¹

Regelmäßig angewendete „Erziehungsmethoden“ wie bpsw das Einsperren des Kindes in eine Kammer, Schläge mit dem Kochlöffel auf das nackte Gesäß, Einschmierern der

³⁸⁴ OGH 1 Ob 532/79 EFSlg 33.605; 7 Ob 692/85 EFSlg 51.284; 1 Ob 580/92 SZ 65/84 = JBl 1992, 780; 1 Ob 573/92 JBl 1992, 639; 1 Ob 580/92 JBl 1992, 780 = SZ 65/84; 1 Ob 601/95 EFSlg 81.212; 7 Ob 200/08z iFamZ 2009/25.

³⁸⁵ ErlRV 296 BlgNR 21. GP 54.

³⁸⁶ Vgl Thunhart in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ §§ 176, 176b Rz 11.

³⁸⁷ Zu den schwerwiegenden Gründen siehe OGH 1 Ob 668/78 SZ 51/112; 4 Ob 547/80 SZ 53/142.

³⁸⁸ Siehe bspw LG Wien 43 R 417/03x EFSlg 104.385.

³⁸⁹ Siehe dazu Pernhaupt/Czermak, Die gesunde Ohrfeige macht krank 81 ff.

³⁹⁰ OGH 1 Ob 573/92 JBl 1992, 639 = EvBl 1993/13 = EFSlg 68.800; 7 Ob 523/93 EFSlg 71.846; 1 Ob 2078/96m ZfRV 1996/85 = EFSlg 81.122 = EFSlg 81.156; hier verweist der OGH auf Schwimann in Schwimann, ABGB² § 146a Rz 3.

³⁹¹ OGH 7 Ob 523/93 EFSlg 71.826 = EFSlg 71.834 = EFSlg 71.835 = EFSlg 71.846 = EFSlg 71.847; 1 Ob 2078/96m ZfRV 1996/85 = EFSlg 81.122 = 81.1567; 7 Ob 47/06x Zak 2006/524; LGZ Wien 42 R 372/01v EFSlg 96.644 uva.

Mundschleimhäute mit Seifenlauge, Essensentzug oder andere rechtswidrige Erziehungspraktiken rechtfertigen somit zweifellos die Entziehung der Obsorge.³⁹²

Körperliche Übergriffe von Seiten des Obsorgeberechtigten sind also keineswegs zu tolerieren. Allerdings wird auch hier dem Gericht die Pflicht auferlegt, im Interesse des Kindeswohls die mit der Entziehung der Obsorge verbundenen Folgewirkungen abzuwägen.³⁹³ IdS sind nach der Rsp des OGH bei einer **einmaligen** Züchtigungsentgleisung oder bei geringfügigen Misshandlungen³⁹⁴ von Amts wegen noch keine Verfügungen zu treffen, wenn Grund zur Annahme besteht, dass sich dieser einmalige Vorfall in Zukunft nicht wiederholen wird. Ist der obsorgeberechtigte Elternteil einsichtig und entspricht die einmalige Verfehlung ohne erhebliche Folgen nicht seinem Normverhalten, darf seine Erziehungsfähigkeit somit grundsätzlich nicht in Frage gestellt werden.

Bei kontinuierlicher Gewaltanwendung oder massiven Verstößen gegen das Gewaltverbot kann der damit verbundenen Gefährdung des Kindeswohls freilich nur durch eine Entfernung des Kindes aus der bisherigen Umgebung begegnet werden.³⁹⁵ So ist es im Falle schwerwiegender Körperverletzungen oder sexuellen Missbrauchs in aller Regel geboten, die Obsorge bereits in Folge eines einmaligen Übergriffs zu entziehen, um einer etwaigen Wiederholung im Interesse des Kindes mit Sicherheit entgegenzuwirken.³⁹⁶ Besonders bei sexuellen Übergriffen kann es erforderlich sein, dass das Gericht, durch seine Fürsorgepflicht veranlasst, vorläufige Anordnungen nach dem AußStrG zu treffen hat. Dies gilt vor allem dann, wenn besondere Umstände eine rasche Entscheidung verlangen, um einen erheblichen, unmittelbar drohenden Nachteil des Minderjährigen zu verhindern.³⁹⁷

Wird ein Kind zusätzlich zur Gewaltanwendung auch **Verspottung** ausgesetzt, tritt dies als ein erschwerender Faktor hinzu. In einer Entscheidung des LGZ Wien wurde die geistig zurückgebliebene Tochter Gewaltanwendungen von Seiten ihres blinden Vater ausgesetzt und darüber hinaus von ihren Geschwistern verspottet, weshalb sie den Wunsch äußerte, in einem

³⁹² OGH 1 Ob 573/92 JBl 1992, 639 = EvBl 1993/13; 7 Ob 269/04s EFSlg 107.790.

³⁹³ Vgl Thunhart in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³, §§ 176, 176b Rz 20.

³⁹⁴ Vgl LGZ Wien 44 R 769/97b = EFSlg 84.130.

³⁹⁵ IdS wenn auch ohne die erforderliche Strenge LG Wels 21 R 22/03i EFSlg 104.359; Thunhart in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³, §§ 176, 176b Rz 20; siehe auch LG Salzburg 21 R 388/04m EFSlg 107.791.

³⁹⁶ Vgl Thunhart in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³, §§ 176, 176b Rz 20.

³⁹⁷ Siehe bspw OGH 2 Ob 505/94 EvBl 1994/123 = ÖA 1994, 195.

Wohnheim der Lebenshilfe untergebracht zu werden.³⁹⁸ Eine Gefährdung des Kindeswohls kann auch dann vorliegen, wenn der Vater die Mutter im Beisein ihrer Kinder **gravierend bedroht**.³⁹⁹ ME erfahren die Kinder in derartigen Fällen psychische Gewalt, da sie auf diese Weise einem Gefühl der Hilflosigkeit ausgesetzt werden und somit ein Aufwachsen in einer gewaltfreien und sicheren Umgebung nicht gewährleistet werden kann.

Es gilt zu beachten, dass nicht nur die unmittelbar von einem Obsorgeberechtigten ausgeübte Gewalt gegen ein Kind eine Entziehung der Obsorge rechtfertigen kann. Eine Gefährdung des Kindeswohls kann auch dann gegeben sein, wenn nicht der Erziehungsberechtigte selbst Gewalt gegen sein Kind ausübt, aber Gewaltausübung durch eine dritte Person, etwa die Ehegattin (den Ehegatten) oder die Lebensgefährtin (den Lebensgefährten) duldet oder sogar versucht, diese Verfehlungen zu bagatellisieren oder relativieren. Der Schutz des Kindes verlangt das Anlegen eines solch strengen Maßstabs.⁴⁰⁰ Dies ist bspw der Fall, wenn die Lebensgefährtin des Vaters dem Minderjährigen kompromisslose Härte sowie Verständnislosigkeit entgegenbringt und es zu Misshandlungen kommt.⁴⁰¹ Eine frühere Gewalttätigkeit des Lebensgefährten der mit der Obsorge betrauten Person könnte dem Kindeswohl unter Umständen dann nicht abträglich sein, wenn dieser Handlungsweise anders, etwa durch Verfügungen nach § 382b EO, entgegengetreten werden kann und der Obsorgebetraute einer Kooperation nicht negierend gegenübersteht.⁴⁰²

5.2.4 Obsorgeentzug nach Verdacht auf Kindesmisshandlung?

Wenn es sich um eine zugegebene, nachgewiesene Verletzung des Gewaltverbots gemäß § 146a letzter HS handelt, fällt eine Beurteilung verhältnismäßig leicht. Liegt jedoch „nur“ ein Verdacht auf einen Missbrauch vor und fehlen entsprechende Beweise führt dies zu erheblichen Problemen. Widersprüchliche Aussagen der Erziehungsberechtigten erschweren nicht selten das Finden einer adäquaten Lösung, weshalb eine **Einzelfallentscheidung**

³⁹⁸ LGZ Wien 44 R 3340/83 EFSlg 43.344; mE ist Verspottung zweifellos als psychische Gewalt zu qualifizieren.

³⁹⁹ LGZ Wien 45 R 8/01m EFSlg 96.643.

⁴⁰⁰ OGH 1 Ob 2078/96m EFSlg 81.156 = ZfRV 1996/85; 7 Ob 47/06x Zak 2006, 524 = FamZ 2006/75 (Thoma-Twaroch) = EFSlg 113.822; 6 Ob 48/10t EF-Z 2010/103; LGZ Wien 44 R 167/97b EFSlg 84.083.

⁴⁰¹ LGZ Wien 44 R 943/95 EFSlg 78.206.

⁴⁰² LGZ Wien 44 R 155/97p EFSlg 84.131.

erforderlich ist. Zu beachten gilt, dass der Trend zur Falschbezeichnung steigend ist und das Kind leider allzu oft zum „Spielball“ im Machtkampf seiner Eltern wird.⁴⁰³

Anhand der folgenden ausgewählten Entscheidungen soll aufgezeigt werden, dass bei reinen Verdachtsfällen stets von Fall zu Fall entschieden werden muss. Schließlich wird das Augenmerk auf eine junge Entscheidung des OGH⁴⁰⁴ gelegt, anhand derer die aktuelle Rsp des OGH dargestellt und erläutert wird.

5.2.4.1 Entscheidung des OGH vom 25.04.1991 – 6 Ob 544/91⁴⁰⁵

Gegenstand dieses Falles war ein Antrag auf Änderung der elterlichen Obsorgeverhältnisse. Die Ehe der Eltern wurde einvernehmlich geschieden. Im Scheidungsvergleich wurde vereinbart, dass die Obsorge für einen minderjährigen Sohn beim Vater verbleibt und die elterlichen Rechte für den anderen minderjährigen Sohn der Mutter zukommen. Dieser Vergleich wurde pflegschaftsgerichtlich genehmigt. Ein knappes Jahr nach dieser Einigung stellte der Vater einen Antrag auf Übertragung der Obsorge an ihn. Der Antragssteller begründete dies damit, dass die Verhältnisse für den Sohn bei ihm wesentlich günstiger wären und warf der Mutter vor, dass sie das Kind schlecht behandle, ihm Schläge versetze und nächtelang von zuhause abwesend sei. Die Mutter dementierte die gegen sie erhobenen Vorwürfe und sprach sich gegen den Antrag des Vaters aus. In der Folge entzog das Erstgericht der Mutter die Obsorge und übertrug sie dem Vater, da es diese Maßnahme für das Wohl des Kindes als erforderlich erachtete. Das Rekursgericht und der OGH sahen jedoch keine Veranlassung zur Obsorgeübertragung an den Vater. Sie machten deutlich, dass eine einmal getroffene Regelung, welchem Elternteil die Obsorge allein zustehen soll, nicht schon bei geringfügigen Änderungen der Interessenlage, sondern nur dann verändert werden darf, wenn eine Gefährdung des Kindeswohls vorliegt, wenn also besonders wichtige Gründe vorliegen, die eine Änderung dringend geboten erscheinen lassen.⁴⁰⁶ Nach den zugrunde liegenden Umständen seien solche besonders wichtigen und stichhaltigen Gründe, die eine Entziehung der Obsorge im Interesse des Kindeswohls rechtfertigen, im konkreten Fall jedoch nicht gegeben.

⁴⁰³ Vgl *Ruby*, Der Missbrauch mit (behauptetem) sexuellem Missbrauch im Pflegschaftsverfahren, ÖA 2001, 155 (157); *Aichinger*, Zak 2010/36, 86 f.

⁴⁰⁴ OGH 6 Ob 18/09d Zak 2009/326 = EF-Z 2009/118 (*Beck*) = EvBl 2009/118 = Zak 2010/136 (*Aichinger*).

⁴⁰⁵ OGH 6 Ob 544/91 EFSlg 66.035 f.

⁴⁰⁶ OGH 4 Ob 547/80 SZ 53/142 = EvBl 1981/82 = ÖA 1982, 36; 7 Ob 47/06x = Zak 2006/524 = FamZ 2006/75; 7 Ob 200/08z iFamZ 2009/25; 7 Ob 182/10f EF-Z 2011/9 = iFamZ 2011/15 uva.

5.2.4.2 Entscheidung des OGH vom 21.06.2006 – 7 Ob 47/06x⁴⁰⁷

Eine andere Entscheidung des OGH thematisierte die Obsorgestreitigkeit zweier geschiedener Elternteile um die siebenjährige Tochter. Im Zuge der Scheidung vereinbarten sie, dass dem Kindesvater die alleinige Obsorge zukomme. Sieben Monate nach dieser Einigung beantragte die Mutter jedoch, dem Vater die Obsorge zu entziehen und ihr zu übertragen, da dieser ein chronischer Gewalttäter sei und auch die väterlichen Großeltern das Kind schlagen würden. Der Vater sprach sich gegen dieses Begehren aus und brachte vor, seine Obsorgepflichten ordnungsgemäß zu erfüllen. Das Erstgericht wies den Antrag der Mutter ab, es war der Auffassung, dass keine konkreten Anhaltspunkt für eine physische oder psychische Gewaltausübung durch den Vater oder dessen Familie gegeben seien und auch sonst keine Indizien für eine Vernachlässigung der elterlichen Pflichten des Vaters sprächen. Da Stetigkeit und Dauer der Kindeserziehung Vorrang genießen und von der Obsorgeübertragung an die Mutter keine wesentliche Verbesserung der Entwicklungsmöglichkeiten des Kindes zu erwarten seien, entspreche die Übertragung nicht dem Kindeswohl. Auch das Rekursgericht bekräftigte diese Entscheidung. Nur nach dem Bericht der „IfS-Familienarbeit“ sei von einem Verstoß gegen das Gewaltverbot auszugehen. Nach Ansicht des Rekursgerichtes sei dies zwar grundsätzlich geeignet, einen Obsorgewechsel herbeizuführen, stelle allerdings bei einer Gesamtbetrachtung der Lebensumstände des Kindes im konkreten Fall keine Rechtfertigung für eine Obsorgeübertragung dar, zumal den Gewaltvorwürfen entschieden entgegengewirkt wurde und Kontrollmaßnahmen festgelegt wurden, um allfällige künftige Misshandlungen zu verhindern. Nach einer Überprüfung des Amtes für Jugend und Familie wurde eine Änderung der Obsorgeverhältnisse als nicht im Interesse des Kindes erachtet. Es veranlasste jedoch weitere präventive Kontrollmaßnahmen, die nach den bis dato vorliegenden Kontrollberichten aber keine neuerlichen Anhaltspunkte für eine negative Beeinflussung des Kindes oder eine Gewaltausübung ans Licht brachten. Der OGH hob die beiden Vorentscheidungen auf und beauftragte das Erstgericht, weitere Ermittlungen durchzuführen, da den aktenkundigen Hinweisen auf Verstöße gegen das Gewaltverbot nicht gebührend nachgegangen wurde und sich daher nicht abschließend beurteilen ließ, ob eine Gefährdung des Kindeswohls bei Verbleib der Minderjährigen im Familienverband auszuschließen ist.⁴⁰⁸

⁴⁰⁷ OGH 7 Ob 47/06x = Zak 2006/524 = FamZ 2006/75 (*Thoma-Twaroch*).

⁴⁰⁸ Der OGH betonte, dass insbesondere Feststellungen über Häufigkeit und Intensität der Gewaltausübung gegen das Kind getroffen werden müssten und erachtete eine Überprüfung der Vorwürfe der Mutter, wonach der Vater grundsätzlich zu Gewalttätigkeiten neige, als erforderlich. Unter den gegebenen Umständen könne keine taugliche Zukunftsprognose erstellt werden.

5.2.4.3 Entscheidung des OGH vom 26.03.2009 – 6 Ob 18/09d⁴⁰⁹

Für Aufmerksamkeit sorgte eine Entscheidung des OGH aus dem Jahre 2009, die den Vorrang des Kindeswohls auch gegenüber Elternrechten⁴¹⁰ verdeutlicht und dem Schutz der körperlichen Integrität des Kindes vor offenkundig in der Familie erfolgten Angriffen absolute Priorität gewährt.

Die Mutter brachte ihr minderjähriges Kind auf Grund einer Schwellung des rechten Oberschenkels in das Krankenhaus. Die medizinische Untersuchung ergab multiple Bruchverletzungen unterschiedlichen Frakturalters, die dem Kind laut einem gerichtsmedizinischen Gutachten sicherlich nicht unabsichtlich zugefügt worden waren. Auch die von der Mutter angegebenen Erklärungen zu ihrer Entstehung⁴¹¹ kamen als Ursache für die frischen und alten Verletzungen nicht in Betracht, vielmehr deuteten diese auf eine Misshandlung hin.⁴¹² Später fügte die Mutter hinzu, dass ihr Gatte der Minderjährigen diese Verletzungen zugefügt hätte, sie jedoch davon keine Kenntnis gehabt hätte.

Das gegen die Eltern eingeleitete Strafverfahren endete mit einem Freispruch, da nicht geklärt werden konnte, von wem die Verletzungen stammten. Im Pflegschaftsverfahren wurde der bisher allein obsorgeberechtigten Mutter die Obsorge entzogen.⁴¹³ Im konkreten Fall wirkten sich die weiterhin existierenden Zweifel an der Herkunft der Verletzungen somit zulasten der Kindesmutter aus.

Der OGH präziserte erstmals, dass, um einer extremen Gefährdung des Minderjährigen entgegenzuwirken, schon ein **qualifizierter, selbst durch erschöpfende Beweisaufnahmen nicht widerlegbarer Verdacht** der Mitwirkung des Elternteils an einer besonders schweren Kindesmisshandlung einen Grund für die Entziehung der Obsorge darstelle, und nicht erst,

⁴⁰⁹ OGH 6 Ob 18/09d Zak 2009/326 = EF-Z 2009/118 (*Beck*) = EvBl 2009/118 = Zak 2010/136 (*Aichinger*).

⁴¹⁰ Siehe dazu auch OGH 1 Ob 576/95 JBl 1996, 381; 3 Ob 99/03x EFSIlg 104.379; 5 Ob 103/10y EF-Z 2011/10.

⁴¹¹ Die Mutter gab als Entstehungsmöglichkeiten für diese Verletzungen festes Wickeln der Windel, eine unabsichtliche Verletzung im Ehebett, ein Hochheben an den Handgelenken bzw eine unabsichtliche Verletzung durch andere Kinder im Rahmen des Spielens an.

⁴¹² Um die Frakturen zu verursachen, sei ohne Zweifel eine massive stumpfe Gewalteinwirkung gegen die betroffenen Körperstellen erforderlich.

⁴¹³ Der OGH betonte freilich auch in diesem Fall, dass eine Gefährdung des Kindeswohls auch dann vorliegt, wenn der Obsorgeberechtigte nicht selbst Gewalt gegen sein Kind ausübt, sondern diese Gewaltausübung durch eine dritte Person duldet.

wenn die Mitwirkung als erwiesen gilt.⁴¹⁴ Die in Art 6 Abs 2 EMRK verankerte Unschuldsvermutung⁴¹⁵ steht einer eigenständigen Beurteilung der Tatfrage in einem nach einem Freispruch im Strafverfahren geführten Pflegschaftsverfahren zumindest nicht im Wege.⁴¹⁶ Auch stellt der OGH in dieser Entscheidung einmal mehr klar, dass **freisprechende Strafurteile** im nachfolgenden Zivilprozess **keine Bindungswirkung** entfalten.⁴¹⁷ Dies gilt selbst dann, wenn – anders als im vorliegenden Fall – aufgrund des Beweisverfahrens vom Strafverfahren festgestellt wurde, dass der Beschuldigte die ihm zur Last gelegte Tat keinesfalls begangen hat.⁴¹⁸ Somit entkräftete der OGH das häufig verwendete Argument, wonach ein Freispruch im Strafverfahren schon Erfolg im Obsorgestreit bringe.

Diese Entscheidung verdeutlicht, dass sich der OGH keineswegs widerspruchslos einem strafgerichtlichen Freispruch anschließt. Vielmehr differenziert er strikt zwischen dem öffentlichen Strafanspruch, der im Strafverfahren abgehandelt wird, und den Erfordernissen des Pflegschaftsverfahrens, in dem das Wohl des Kindes in materiellrechtlicher wie auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht die bestimmende Komponente darstellt. Während bei einem strafrechtlichen Schuldspruch feststeht, dass der Täter das Delikt vorwerfbar begangen hat und Zweifel an der Täterschaft einen Freispruch zur Folge haben, ist das Pflegschaftsgericht an freisprechende Strafurteile nicht gebunden. Um eine Gefährdung des Kindeswohls beurteilen zu können, hat sich das Pflegschaftsgericht vielmehr ein eindeutiges Bild über die Eignung des Obsorgeberechtigten zu machen, da eine Kindeswohlgefährdung „im Zweifel“ nicht hingenommen werden kann. Es ist daher Aufgabe des betroffenen Elternteiles, jeglichen Verdacht auf ein, wie auch immer geartetes Verschulden durch eine Kindesmisshandlung auszuräumen. Ist dies nicht möglich, darf dieser mit der Obsorge nicht betraut werden. Ein (in-dubio-)Freispruch und seine Begründung kann im Obsorgestreit maximal als ein Indiz für die Unrichtigkeit des Misshandlungsverdachts gewertet werden und stellt somit keinen Ersatz für eigene Beweisaufnahmen und eingehende Erhebungen im Pflegschaftsverfahren dar.⁴¹⁹

⁴¹⁴ So auch OGH 6 Ob 48/10t EF-Z 2010/103.

⁴¹⁵ Art 6 Abs 2 EMRK lautet: Bis zum gesetzlichen Nachweis seiner Schuld wird vermutet, dass der wegen einer strafbaren Handlung Angeklagte unschuldig ist; vgl auch § 8 StPO, wonach jede Person bis zu ihrer rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig gilt.

⁴¹⁶ Vgl etwa *Foerster*, Transfer der Ergebnisse von Strafverfahren in nachfolgende Zivilverfahren (2008) 35 ff, 288 ff.

⁴¹⁷ OGH 06.05.1998, 3 Ob 64/98b; OGH 25.09.1997, 2 Ob 264/97f; 7 Ob 2309/96a SZ 69/259 = JBl 1997, 257 = *ecolex* 1997, 753 (*Oberhammer*).

⁴¹⁸ *Fasching/Klicka* in *Fasching/Konecny* (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen III² (2004) § 411 ZPO Rz 31.

⁴¹⁹ *Beck*, Anmerkung zu OGH 6 Ob 18/09d (EF-Z 2009/118, 178), EF-Z 2009, 180 (180).

Klarzustellen ist in diesem Kontext, dass sich nicht aufklärbare Zweifel an der Entstehung der Verletzung nur dann zu Lasten eines Elternteils auswirken, wenn eine Kindesmisshandlung feststeht und dieser seine Verantwortung für das Leid des Kindes nicht entkräften kann. Jedoch ist das Gericht nicht berechtigt, „im Zweifel“ von einer schädlichen Handlungsweise auszugehen, wie bspw einer negativen Beeinflussung oder Aufhetzung eines Kindes, wenn ein solches Verhalten nicht nachgewiesen werden kann.⁴²⁰

Abschließend bleibt festzuhalten, dass der Maßstab für gerichtliche Feststellungen sowohl im Strafverfahren als auch im Kindschaftsrecht derselbe ist und sich die Differenzen „lediglich“ in den Konsequenzen widerspiegeln. Somit führt der nicht bewiesene Verdacht auf Kindesmisshandlung im Strafverfahren zum Freispruch des Angeklagten und im Pflegschaftsverfahren zum Schutz des Kindes.⁴²¹

5.2.5 Gerichtliche Maßnahmen im Einzelnen

5.2.5.1 Allgemeines

§ 176 bietet den Gerichten bzw dem zuständigen Richter die Möglichkeit, entsprechende „nötige Verfügungen“ zur Sicherung des Kindeswohls zu erlassen. Derartige gerichtliche Verfügungen können sich aber lediglich gegen jene Personen richten, denen Rechte und Pflichten gegenüber dem Kind zukommen.⁴²² Das Gericht hat dabei innerhalb der rechtlichen Grenzen unter Rücksichtnahme der Rechte der Eltern und Dritter vorzugehen.⁴²³

Als gerichtliche Maßnahmen bei einer Gefährdung des Kindeswohls kommt eine ganze Palette von Verfügungen in Betracht. Das Gesetz nennt demonstrativ die gänzliche Entziehung der Obsorge, die Entziehung in bestimmten Teilbereichen sowie die Entziehung gesetzlich vorgesehener Einwilligungs- und Zustimmungrechte.⁴²⁴

Gemäß dem im § 176b verankerten **Grundsatz der Familienautonomie** hat die jeweilige Verfügung durch einen geringst möglichen, jedoch zielführenden Eingriff in die Elternrechte

⁴²⁰ Beck, EF-Z 2009/118, 180.

⁴²¹ Beck, EF-Z 2009/118, 180.

⁴²² Schwarzl in Ferrari/Hopf 28.

⁴²³ OGH 2 Ob 299/97b EFSIlg 84.090.

⁴²⁴ Hopf in KBB, ABGB³ § 176b Rz 3.

zu erfolgen.⁴²⁵ Der Richter hat verhältnismäßig die konkrete Maßnahme zur Sicherung des Kindeswohls auszuwählen. Das Gericht darf demnach nicht stärker in die Elternrechte eingreifen, als dies zur Kindeswohlsicherung notwendig ist. Obsorgeentziehung und -einschränkung dürfen daher nur als letztes Mittel, sofern keine andere Möglichkeit zur Abwehr einer konkreten und ersten Gefährdung des Kindeswohls besteht, verfügt werden.⁴²⁶ Dieser Grundsatz des geringst möglichen Eingriffs (der sich auch in den §§ 2 Abs 3 und 26 JWG wiederfindet) entspricht den strengen Eingriffsvoraussetzungen der EMRK.

Entscheidungen über die Obsorge für ein Kind stellen stets eine zukunftsbezogene Rechtsgestaltung dar. Nach stRsp darf daher nicht nur von der momentanen Situation ausgegangen werden, sondern es muss bei der Beurteilung einer Kindeswohlgefährdung in allen Fällen auch eine **Zukunftsprognose**⁴²⁷ erstellt werden. Eine Obsorgeentscheidung kann nur dann sachgerecht sein, wenn sie auf einer aktuellen, bis in die jüngste Gegenwart reichenden Tatsachengrundlage beruht und bei der Auswahl der Maßnahmen weitere Entwicklungen des Kindes mitberücksichtigt werden.⁴²⁸

Gesetzt den Fall, dass ein Elternteil der Obsorgeübertragung zustimmt, ist dessen ungeachtet eine Prüfung des Kindeswohls von Nöten. Die Prüfung des Kindeswohls ist auch nach § 177 Abs 1 unverzichtbar, da auch bei der Genehmigung einer Vereinbarung das Kindeswohl die bestimmende Komponente darstellt.⁴²⁹

Für die Beurteilung der Frage, ob von einer Kindeswohlgefährdung auszugehen ist, ist der **Zeitpunkt der letztinstanzlichen Entscheidung** maßgeblich. Damit wird sichergestellt, dass sämtliche Veränderungen, die sich oft erst während der langen Verfahrensdauer ereignen, Berücksichtigung finden.⁴³⁰ Lag eine Gefährdung des Kindeswohls zum Zeitpunkt der Antragsstellung vor und ist diese zum Zeitpunkt der letztinstanzlichen Beschlussfassung in

⁴²⁵ OGH 5 Ob 626/83 EFSlg 43.326; 1 Ob 650/86 EFSlg 51.275; 1 Ob 571/91 EvBl 1991/178 = RZ 1993/3 uva.

⁴²⁶ Weitzenböck in *Schwimmann/Verschraegen*, ABGB I³ § 176 Rz 30 mwN; Hopf in *KBB*, ABGB³ § 176b Rz 3.

⁴²⁷ OGH 1 Ob 601/95 JBl 1996, 714 = RdM 1997/9; 1 Ob 172/01b JBl 2002, 374 = ÖJZ-LSK 2002/95 = EvBl 2002/85; 3 Ob 78/06a EFSlg 113.825; LG Salzburg 21 R 63/05v EFSlg 110.865; Weitzenböck in *Schwimmann/Verschraegen*, ABGB I³ § 176 Rz 36.

⁴²⁸ Vgl auch OGH 7 Ob 253/01h EFSlg 100.328; 9 Ob 169/01w EFSlg 96.655.

⁴²⁹ Weitzenböck in *Schwimmann/Verschraegen*, ABGB I³ § 176 Rz 12 mwN.

⁴³⁰ Weitzenböck in *Schwimmann/Verschraegen*, ABGB I³ § 176 Rz 11.

letzter Instanz nicht mehr gegeben, so ist dem Antrag nicht stattzugeben – insofern gilt also auch das Neuerungsverbot nicht.⁴³¹

Präventive Maßnahmen ohne Anhaltspunkte für eine konkrete Kindeswohlgefährdung sind unzulässig.⁴³² Die bloße Möglichkeit eines Rückfalls in die Alkoholabhängigkeit rechtfertigt somit keinen Eingriff in die elterliche Obsorge.⁴³³ Der Tatbestand einer „nötigen Verfügung“ nach § 176 ist auch dann nicht gegeben, wenn sich aufgrund von psychischen Auffälligkeiten oder einer Alkoholsucht der Eltern lediglich mögliche negative Auswirkungen auf die Kinder ergeben könnten.⁴³⁴ Auch die alleinige Begründung, dass das (in seinem Wohl nicht gefährdete) Kind beim anderen Elternteil besser aufgehoben wäre, reicht nach stRsp nicht für eine „nötige“ Obsorgeübertragung aus.⁴³⁵

5.2.5.2 Entziehung der Obsorge

Die Obsorgeentziehung als eingriffsintensivste Maßnahme darf nur als **ultima ratio** unter Anlegung eines strengen Maßstabs angeordnet werden.⁴³⁶ Die Änderung der Obsorgeverhältnisse bedarf daher besonders wichtiger Gründe, die im Interesse des Kindes eine so einschneidende Maßnahme erfordern.

Wenn möglich soll die gesamte Obsorge in einer Hand vereint bleiben. Die Rechtsprechung steht einer partiellen Obsorgeentziehung⁴³⁷ skeptisch gegenüber, da diese dem Kindeswohl widersprechen kann, insbesondere wenn die Obsorgeaufteilung zu einer Intensivierung der

⁴³¹ Weitzenböck in Schwimann/Verschraegen, ABGB I³ § 176 Rz 11; OGH 6 Ob 790/83 EFSlg 43.330; 10 Ob 25/00z EFSlg 93.134; LGZ Wien 44 R 7/05p EFSlg 110.866f uvam.

⁴³² OGH 8 Ob 2282/96p EFSlg 81.139.

⁴³³ OGH 9 Ob 12/04m EFSlg 107.796; vgl auch OGH 3 Ob 2157/96v EFSlg 81.186.

⁴³⁴ OGH 3 Ob 2157/96v EFSlg 81.186; Weitzenböck in Schwimann/Verschraegen, ABGB I³ § 176 Rz 30.

⁴³⁵ OGH 1 Ob 573/92 JBl 1992, 639 = EvBl 1993/13; 1 Ob 580/92 SZ 65/84 = JBl 1992, 780.

⁴³⁶ OGH 7 Ob 637/78 EvBl 1979/42; 1 Ob 704/78 SZ 51/136 = EvBl 1979/51; 5 Ob 587/79 EFSlg 33.600; 7 Ob 713/89 EFSlg 59.792; 1 Ob 580/92 EFSlg 68.789; 1 Ob 623/95 SZ 69/20; 10 Ob 25/00z EFSlg 93.085; 1 Ob 274/00a EFSlg 96.626; 4 Ob 186/01h EFSlg 96.640; 4 Ob 17/03h ÖA 2004, 41; 5 Ob 8/03t ÖA 2003, 283; 2 Ob 143/04z EFSlg 107.785; 7 Ob 22/06w EFSlg 113.811; 7 Ob 200/08z iFamZ 2009/25; siehe dazu auch Art 8 EMRK; Kapitel 5.1.3.

⁴³⁷ Eine partielle Obsorgeentziehung kann unter Umständen dann angebracht sein, wenn die Eltern aufgrund eines konkreten Verhaltens das Kindeswohl gefährden, ihren übrigen Pflichten jedoch hinreichend nachkommen; Thunhart in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ §§ 176, 176b Rz 49.

Spannungen zwischen den Obsorgeberechtigten führt und die einem Teil verbleibenden Rechte weitgehend inhaltslos sind, dieser aber dennoch darauf beharrt.⁴³⁸

Gemäß § 176 Abs 3 führt der Entzug von Pflege und Erziehung und/oder Vermögensverwaltung zu einem Entzug der gesetzlichen Vertretungsmacht in diesem Bereich, es sei denn, das Gericht differenziert in seiner Entscheidung.⁴³⁹

Als Unterfall der partiellen Obsorgeentziehung nennt das Gesetz die **Entziehung von einzelnen Einwilligungs- und Zustimmungsrechten** für künftige Fälle. Erfüllt der Obsorgeberechtigte seine übrigen Pflichten, steht jedoch seine Negation, bestimmte Einwilligungen oder Zustimmungen zu erteilen, fest oder besteht aufgrund solcher unbegründeter Ablehnungen auch in Zukunft die Befürchtung, dass eine solche Haltung eingenommen wird, so ist eine Entziehung der Obsorge in diesem Umfang möglich.⁴⁴⁰ Zu dieser Fallgruppe zählt das in der Praxis häufig diskutierte Problem der Verweigerung einer notwendigen Zustimmung zu einer Bluttransfusion an einem minderjährigen Kind durch Obsorgeberechtigte, die den Zeugen Jehovas angehören.⁴⁴¹

5.2.5.3 Verhaltensanordnungen an die obsorgebetrauten Personen

Da das Gericht gemäß § 176 Abs 1 die „zur Sicherung des Kindes nötigen Verfügungen treffen“ kann, ist es bei Gefährdung des Wohles des minderjährigen Kindes auch berechtigt, dem Obsorgeberechtigten konkrete Verbote, Auflagen oder Aufträge zu erteilen.⁴⁴²

Zum Beispiel darf dem Obsorgeberechtigten aufgetragen werden, den Gesundheitszustand des Kindes regelmäßig ärztlich überprüfen zu lassen⁴⁴³ sowie eine Erziehungsberatung in Anspruch zu nehmen.⁴⁴⁴ In Frage käme auch der Auftrag, dass die Eltern dafür Sorge tragen,

⁴³⁸ Vgl. OGH 4 Ob 519/80 EFSIlg 36.008; 4 Ob 311/99k EFSIlg 89.783; Weitzenböck in Schwimann/Verschraegen, ABGB I³ § 176 Rz 40; Thunhart in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ §§ 176, 176b Rz 50.

⁴³⁹ ErlRV 296 BlgNR 21. GP 51, 64 f.

⁴⁴⁰ Als derartige Rechte kommen bspw. die nach § 146c Abs 1 und 2 sowie § 154 Abs 2 und 3, § 181 Abs 1, § 3 EheG in Frage; vgl. Stabentheiner in Rummel, 1. ErgBd § 176 Rz 8; Weitzenböck in Schwimann/Verschraegen, ABGB I³ § 176 Rz 41.

⁴⁴¹ Zu dieser Thematik siehe OGH 1 Ob 601/95 JBl 1996, 714; Pichler, ÖA 1994, 172 f; Sautner, JAP 1999/2000, 14.

⁴⁴² Thunhart in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ §§ 176, 176b Rz 54.

⁴⁴³ OGH 7 Ob 792/79 EFSIlg 35.985; siehe auch OGH 1 Ob 57/97g EFSIlg 84.087.

⁴⁴⁴ LGZ Wien 45 R 129/98y, EFSIlg 87.027.

dass das Kind regelmäßig einen Kindergarten besucht und sie mit dem JWT kooperieren sowie diesem sämtliche im Zusammenhang mit dem Wohl des Kindes notwendigen Auskünfte erteilen.⁴⁴⁵

Das Gericht ist jedoch nicht berechtigt, auf der Rechtsgrundlage des § 176 einem Elternteil Aufträge zu erteilen, die in dessen Persönlichkeitsrechte eingreifen, bspw sich selbst einer ärztlichen Behandlung zu unterziehen oder einem Elternteil zu untersagen, die Ehewohnung zu betreten.⁴⁴⁶ Existiert keine besondere Rechtsgrundlage⁴⁴⁷ für Anordnungen dieser Art, beschränkt sich die Möglichkeit des Gerichts bei der Anordnung von „Auflagen“ auf die Androhung und letzten Endes Durchführung von Maßnahmen der Obsorgeentziehung.⁴⁴⁸

Gemäß § 176 iVm § 213 ist ein Auftrag des Pflegschaftsgerichts an den JWT zur Klärung bestimmter Erziehungsverhältnisse im Einzelfall zulässig und notwendig. Aus § 176 kann jedoch kein „Dauer“-Überwachungsauftrag, der einer präventiven Erziehungsaufsicht gleichkäme, abgeleitet werden, da dies freilich den Elternrechten des Obsorgeberechtigten widerspräche.⁴⁴⁹

5.2.5.4 Vorläufige Maßnahmen

Ist das Wohl eines Kindes akut gefährdet, hat das Gericht die Möglichkeit, vorläufige Maßnahmen zu verfügen.⁴⁵⁰ Durch die Einführung des § 107 Abs 2 AußStrG, wonach das Gericht befugt ist, die Obsorge auch vorläufig zu entziehen, wurden die von der Rsp ohnedies seit langem anerkannten „vorläufigen Maßnahmen“ gesetzlich verankert.⁴⁵¹ Die Anordnung einer vorläufigen Maßnahme setzt eine akute und konkrete Gefährdung des Kindeswohls voraus, die ein sofortiges Einschreiten notwendig macht.⁴⁵² Da nicht leichtfertig in

⁴⁴⁵ LGZ Wien 43 R 146/05x EFSIlg 110.869.

⁴⁴⁶ LGZ Wien 47 R 311/85 EFSIlg 48.401; *Weitzenböck* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 176 Rz 44.

⁴⁴⁷ Eine derartige Rechtsgrundlage wäre etwa § 382b EO.

⁴⁴⁸ *Weitzenböck* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 176 Rz 45.

⁴⁴⁹ Vgl OGH 6 Ob 639/95 RZ 1996/65; *Weitzenböck* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 176 Rz 46.

⁴⁵⁰ *Weitzenböck* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 176 Rz 31 mwN; *Schwarzl* in *Ferrari/Hopf* 29.

⁴⁵¹ ErlRV 224 BlgNR 22. GP 76; diesbezüglich ist anzumerken, dass durch das Gesetz lediglich eine vorläufige Übertragung der Obsorge explizit gedeckt ist, die Rspr in der Praxis aber nicht nur die Übertragung der Obsorge, sondern auch andere vorläufige Verfügungen anordnet.

⁴⁵² OGH 1 Ob 550/91 RZ 1992/6; 1 Ob 623/95 SZ 69/20; 5 Ob 229/98g EFSIlg 86.996; 2 Ob 299/97b ÖA 1998, 174; 2 Ob 291/00h ZfRV 2001, 194; 9 Ob 268/01d EFSIlg 96.617; 1 Ob 50/02p ÖA 2002, 37; 4 Ob 146/03d EFSIlg 104.323.

Elternrechte eingegriffen werden darf, stellen vorläufige Anordnungen Notmaßnahmen dar, die nur in Fällen, in denen dringender Handlungsbedarf besteht, eingesetzt werden sollen.⁴⁵³ Vor allem bei sexuellem Missbrauch,⁴⁵⁴ bei Gewalttätigkeiten gegenüber dem Kind,⁴⁵⁵ aber auch bei begründetem Verdacht auf sexuellen Missbrauch⁴⁵⁶ wird der obengenannte Tatbestand bzw ein einstweiliger Obsorgeentzug mE wohl immer erfüllt sein. Das Kind sollte in solchen Fällen so schnell wie möglich aus dem Gefahrenbereich gebracht werden bis eine endgültige Entscheidung gefällt werden kann. Um in einem vagen Verdacht auf Kindesmisshandlung Klarheit zu schaffen, kann es unter Umständen ausreichen, zunächst lediglich eine psychologische oder medizinische Untersuchung des Kindes anzuordnen.⁴⁵⁷

Zweck der vorläufigen Maßnahmen ist es, auf zeitaufwendige Erhebungen zu verzichten, um bei akuten Gefährdungen des Kindeswohls ehest möglich reagieren zu können.⁴⁵⁸ So kann nach der Rsp sogar die Einvernahme der Parteien unterbleiben,⁴⁵⁹ doch hat der betroffene Elternteil die Möglichkeit, einen Antrag auf Aufhebung der vorläufigen Maßnahme zu stellen.⁴⁶⁰ Ein gänzlich Unterbleiben der Beweisaufnahme darf nicht erfolgen.⁴⁶¹

Wird eine vorläufige Maßnahme vom Gericht verfügt, ohne dass sämtliche Voraussetzungen gegeben sind, so ist die Verfügung selbst als eine Verletzung des Kindeswohls zu qualifizieren.⁴⁶²

Eine vorläufige Maßnahme ist auch dann nicht zulässig, wenn eine konkurrierende Kompetenz des JWT gemäß § 215 Abs 1 gegeben ist.⁴⁶³ Nach § 215 Abs 1 kann der JWT bei Gefahr im Verzug die erforderlichen Maßnahmen der Pflege und Erziehung mit Wirksamkeit bis zur gerichtlichen Entscheidung vorläufig selbst treffen. Der Vorteil liegt darin, dass es der Jugendwohlfahrtsbehörde schneller möglich ist einzuschreiten als dies durch eine förmliche Entscheidung des Richters möglich wäre. Dieser Kompetenz kommt freilich auch in jenen Fällen, in denen der Verdacht auf eine schwere Kindesmisshandlung im Raum steht,

⁴⁵³ OGH 2 Ob 143/04z EFSlg 107.778; LGZ Wien 43 R 742/05v EFSlg 110.848.

⁴⁵⁴ LGZ Wien 43 R 87/93 EFSlg 71.862.

⁴⁵⁵ LGZ Wien 44 R 450/96v EFSlg 81.122.

⁴⁵⁶ LGZ Wien 44 R 729/97z EFSlg 84.124 ff.

⁴⁵⁷ Thunhart in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ §§ 176, 176b Rz 59.

⁴⁵⁸ OGH 2 Ob 505/94 EvBl 1994/123 = ÖA 1994, 195; 1 Ob 265/00b EFSlg 93.130; LGZ Wien 44 R 522/03w EFSlg 104.335; 45 R 391/04i EFSlg 107.782.

⁴⁵⁹ OGH 6 Ob 604/88 EFSlg 56.810; LG Salzburg 21 R 398/01b EFSlg 96.660.

⁴⁶⁰ Thunhart in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ §§ 176, 176b Rz 60.

⁴⁶¹ LGZ Wien 43 R 239/84 EFSlg 45.856; 47 R 266/94 EFSlg 75.148; 44 R 608/96d EFSlg 81.170.

⁴⁶² OGH 1 Ob 602/91 EFSlg 66.071; 1 Ob 265/00b EFSlg 93.075; 7 Ob 43/03d EFSlg 104.331.

⁴⁶³ *Weitzenböck* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 176 Rz 31.

besondere Bedeutung zu. Hat daher der JWT bereits erforderliche Maßnahmen gesetzt, ist eine deckungsgleiche vorläufige Maßnahme durch das Gericht nach § 176 überflüssig.⁴⁶⁴

Eine vorläufige Maßnahme darf der endgültigen Entscheidung nicht ohne zwingende Erforderlichkeit vorgreifen.⁴⁶⁵ Durch eine endgültige Entscheidung tritt die vorläufige Maßnahme außer Kraft, wobei das Gericht dabei nicht an die in der vorläufigen Verfügung geäußerte Rechtsansicht gebunden ist.⁴⁶⁶ Bevor ein Antrag auf vorläufige Maßnahmen abgewiesen wird, müssen sämtliche relevante Beweise aufgenommen werden, um verlässlich beurteilen zu können, dass keine vorläufige Maßnahme geboten ist.⁴⁶⁷

5.2.5.5 Ersatz gesetzlich vorgesehener Einwilligungs- oder Zustimmungsrechte

Das Gericht kann im Einzelfall eine gesetzlich erforderliche Einwilligung oder Zustimmung ad hoc ersetzen, wenn keine gerechtfertigten Weigerungsgründe vorliegen.⁴⁶⁸ Das Gericht schlüpft jedoch nicht in die Rolle eines „Obervormunds“, sondern übt lediglich die Aufsicht über den gesetzlichen Vertreter aus,⁴⁶⁹ da es diesem, wie *Weitzenböck* mE zutreffend darlegt, kaum möglich sein wird ohne Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters „vor Ort“ zu sein und alle für eine konkrete Entscheidung wesentlichen Kriterien zu ermitteln, zu übersehen und zeitgleich zu überprüfen.⁴⁷⁰ Daher kann das Gericht die erforderliche Zustimmung des Obsorgebetrauten zu einem Akt gesetzlicher Kollektivvertretung nach § 154 Abs 2 und Abs 3 ersetzen, in den der andere Obsorgeträger bereits eingewilligt hat, es kann jedoch nicht Rechtsgeschäfte für das Kind abschließen.⁴⁷¹ Auch die Zustimmung des Pflege- und Erziehungsberechtigten in eine Heilbehandlung nach § 146c Abs 1 kann ersetzt werden, wenn

⁴⁶⁴ OGH 1 Ob 550/91 RZ 1992/6; *Thunhart* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ §§ 176, 176b Rz 61.

⁴⁶⁵ OGH 1 Ob 502/90 EFSlg 62.906; 2 Ob 505/94 EvBl 1994/123; 7 Ob 43/03d EFSlg 104.332; LGZ Wien 42 R 265/05i EFSlg 110.849; vor allem bei einer vorläufigen Obsorgeübertragung ist das Gericht angehalten, eine möglichst schnelle endgültige Entscheidung zu treffen, um das Kind nicht erneut aus einem gewohnten Umfeld (neuer Pflegeplatz) herauszureißen; OGH 7 Ob 253/01h EFSlg 100.314; LG Salzburg 21 R 21/02p EFSlg 100.310.

⁴⁶⁶ OGH 1 Ob 199/02z EFSlg 100.315.

⁴⁶⁷ OGH 2 Ob 505/94 EvBl 1994/123; LG Linz 14 R 123/00g EFSlg 93.129.

⁴⁶⁸ § 176 S 2 und S 3; in diesem Fall hat das Gericht eine Interessenabwägung vorzunehmen; *Stabentheiner* in *Rummel*, 1. ErgBd § 176 Rz 9; *Hopf* in *KBB*, ABGB³ § 176b Rz 3.

⁴⁶⁹ Siehe dazu bspw ErlRV 296 BlgNR 21. GP 37f; vgl auch § 132 AußStrG.

⁴⁷⁰ *Weitzenböck* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 176 Rz 42.

⁴⁷¹ OGH 6 Ob 215/05v FamZ 2006/5 = Zak 2006/120; *Hopf* in *KBB*, ABGB³ § 176b Rz 3. vgl auch *Schwimann* in *Floretta* 164.

das einsichts- und urteilsfähige Kind bereits eingewilligt hat.⁴⁷² Bei Unterlassung bzw Säumnis notwendiger Erklärungen durch den Obsorgebetrauten hat das Gericht bei Vorliegen einer Kindeswohlgefährdung den betroffenen Obsorgebereich zu entziehen und gegebenenfalls auf eine andere Person zu übertragen.⁴⁷³

5.2.6 Verfahrensrechtliche Aspekte

Ein Verfahren über eine Maßnahme gemäß § 176 kann von Amts wegen oder auf Antrag eingeleitet werden.⁴⁷⁴ Gemäß § 176 Abs 2 sind Eltern (bzw ein Elternteil), sonstige Verwandte in gerader aufsteigender Linie, die Pflegeeltern (bzw ein Pflegeelternteil), der JWT sowie der mündige Minderjährige selbst antragsberechtigt. Ein solches Antragsrecht ermöglicht den Vorgenannten einerseits die Einleitung eines Verfahrens zu erzwingen und verleiht ihnen andererseits volle Parteistellung sowie Rechtsmittellegitimation im Verfahren.⁴⁷⁵ Der mündige Minderjährige kann jedoch lediglich in Angelegenheiten der Pflege und Erziehung Anträge stellen. Sollte der Antrag des mündigen Minderjährigen mit einem Antrag eines Obsorgeberechtigten im Widerspruch stehen, so hat das Gericht unter Rücksichtnahme des Kindeswohls zu entscheiden.⁴⁷⁶

Übrige Personen könnten gemäß § 176 Abs 2 letzter S „nötige Verfügungen“ anregen. Diesen Personen kommt im Unterschied zu den Vorgenannten jedoch keine Parteistellung im Verfahren zu.⁴⁷⁷

Das Gericht verpflichtet sich iSd § 176 Abs 1 tätig zu werden, „von wem immer es angerufen wird“. Dies ändert jedoch nichts daran, dass es sich um ein amtswegiges Verfahren handelt.⁴⁷⁸

In jedem Verfahren sind nach § 176 die leiblichen Eltern anzuhören,⁴⁷⁹ es sei denn, es handelt sich um ein Verfahren aufgrund einer vorläufigen Maßnahme bei akuter Gefährdung. Entsprechendes gilt für die aktuell mit der Obsorge betraute Person, die Gelegenheit haben

⁴⁷² *Stabentheiner* in *Rummel*, 1. ErgBd § 176 Rz 9; zum Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen siehe *Barth*, Minderjährige Patienten im Konflikt mit ihren Eltern, ÖJZ 2002, 596 (598 f).

⁴⁷³ Vgl *Weitzenböck* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 176 Rz 42.

⁴⁷⁴ *Hopf* in *KBB*, ABGB³ § 176b Rz 6.

⁴⁷⁵ ErlRV 296 BlgNR 21. GP 64.

⁴⁷⁶ *Schwarzl* in *Ferrari/Hopf* 29.

⁴⁷⁷ ErlRV 296 BlgNR 21. GP 63 f.

⁴⁷⁸ ErlRV 60 BlgNR 14. GP 34.

⁴⁷⁹ OGH 1 Ob 721/81 SZ 54/124.

muss, zu allen wesentlichen Verfahrensergebnissen Stellung zu nehmen.⁴⁸⁰ Sind Angelegenheiten der Pflege und Erziehung einschließlich der Vertretung in diesem Bereich betroffen, ist der JWT zu hören, außer das Kindeswohl wäre durch den mit einer Anhörung verbundenen Aufschub der Verfügung gefährdet (§ 106 AußStrG). Soweit es sich um die Pflege und Erziehung handelt, ist das minderjährige Kind gemäß § 105 AußStrG grundsätzlich persönlich zu hören und ab dem 14. Lebensjahr verfahrensfähig.⁴⁸¹

5.2.7 Maßnahmen des Jugendwohlfahrtsträgers

Eine wichtige Rolle bei einer möglichen Kindeswohlgefährdung spielt auch die öffentliche Jugendwohlfahrt. Gemäß § 1 JWG ist ihre Aufgabe neben der Mutterschafts- und Säuglingsfürsorge insbesondere auch die Jugendfürsorge. Demnach hat die öffentliche Jugendwohlfahrt *„die Entwicklung Minderjähriger zu fördern und durch Gewährung von Erziehungsmaßnahmen zu sichern“*.

In § 2 JWG wird das Verhältnis zwischen Familie und öffentlicher Jugendwohlfahrt geregelt. In erster Linie obliegt Pflege und Erziehung der Familie, der öffentlichen Jugendwohlfahrt kommt eine beratende und unterstützende Tätigkeit zu. Die öffentliche Jugendwohlfahrt hat jedoch einzuschreiten, wenn die Erziehungsberechtigten das Wohl des Minderjährigen nicht gewährleisten. Gemäß dem Grundsatz der Subsidiarität hat dies jedoch nur insoweit zu erfolgen, als es notwendig ist (Grundsatz des geringstmöglichen Eingriffs).⁴⁸²

Erlangt der JWT Kenntnis von einer Kindesmisshandlung, hat er die Erziehungsberechtigten zunächst über die Folgen eines solchen Erziehungsstils aufzuklären und erforderlichenfalls weitere Unterstützungsangebote zu unterbreiten, bspw Beratungsgespräche in einem Kinderschutzzentrum. Kommt es jedoch zu wiederholten Züchtungen und zeigen die Erziehungsberechtigten keine Einsicht⁴⁸³ hat er weitergehende Maßnahmen, die bis zur Abnahme des Kindes gegen den Willen des Erziehungsberechtigten führen können, zu treffen.⁴⁸⁴ Eine Verpflichtung zum Einschreiten ist gemäß § 2 Abs 3 JWG besonders dann

⁴⁸⁰ Weitzenböck in Schwimann/Verschraegen, ABGB I³ § 176 Rz 54 f.

⁴⁸¹ Hopf in KBB, ABGB³ § 176b Rz 7; siehe dazu auch Kapitel 3.2.3.

⁴⁸² Wienerroither, Jugendwohlfahrtsrecht, in Loderbauer (Hrsg), Kinder- und Jugendrecht³ (2004) 175 (176); Stockart-Bernkopf, Jugendwohlfahrtsgesetz 1989, ÖA 1989, 55 (56).

⁴⁸³ OGH 7 Ob 596/80 ÖA 1990, 52; Wienerroither in Loderbauer 176.

⁴⁸⁴ OGH 1 Ob 573/92 JBl 1992, 639 = EvBl 1993/13 = ÖA 1993, 26.

gegeben, wenn zur Durchsetzung von Erziehungsmitteln Gewalt angewendet wird oder körperliches oder seelisches Leid zugefügt wird.

Stimmen die Erziehungsberechtigten einer notwendigen Erziehungshilfe nicht zu, hat der JWT das zur Wahrnehmung des Wohls des Minderjährigen Erforderliche zu veranlassen (vgl § 30 JWG). Er hat gemäß § 215 Abs 1 beim zuständigen Pflegschaftsgericht die erforderlichen Verfügungen im Bereich der Obsorge zu beantragen. Eine Ausnahme besteht jedoch bei Gefahr im Verzug. In diesem Fall kann und muss⁴⁸⁵ der JWT die erforderlichen Maßnahmen der Pflege und Erziehung mit Wirksamkeit bis zur gerichtlichen Entscheidung vorläufig selbst treffen. Der JWT ist im Umfang dieser Maßnahme vorläufig mit der Obsorge betraut und hat Partei und Rechtsmittellegitimation. Er ist jedoch verpflichtet, unverzüglich, jedenfalls innerhalb von acht Tagen, die gerichtliche Verfügung zu beantragen (vgl § 215 Abs 1). Gefahr im Verzug ist gegeben, wenn eine Sofortmaßnahme dringend geboten ist um einer akuten Kindeswohlgefährdung entgegenzutreten und eine Gerichtsentscheidung daher nicht abgewartet werden kann.⁴⁸⁶

5.2.8 Wiederherstellung der elterlichen Obsorge

Die Aufhebung der erfolgten Obsorgeübertragung auf Pflegeeltern ist gemäß § 186a Abs 3 möglich, wenn „dies dem Kindeswohl entspricht“. Gegenüber anderen Personen, die nach § 187 ff mit der Obsorge betraut wurden, ist für eine Änderung der Obsorgebetrauung hinreichend, dass „das Wohl des Kindes dies erfordert“.⁴⁸⁷ Mit anderen Worten ist eine Kindeswohlgefährdung nicht Voraussetzung.⁴⁸⁸

Soll die Obsorge jenen Personen, denen sie bspw aufgrund des Verdachts auf Kindesmisshandlung entzogen wurde, rückübertragen werden, muss die Gefährdung des Kindeswohls freilich dauerhaft und durch alle Beteiligten weggefallen sein.⁴⁸⁹ Daraus darf jedoch nicht der Schluss gezogen werden, dass die Obsorge nach Wegfall der Gründe, die Maßnahmen nach § 176 erforderlich gemacht haben, quasi automatisch rückübertragen wird. Da mit einem Obsorgewechsel zwangsläufig eine Belastung für das Kind verbunden ist, ist

⁴⁸⁵ Vgl *Fischer*, Offene Fragen zu § 215 Abs 1 Satz 2 ABGB, ÖA 1994, 89.

⁴⁸⁶ *Wienerroither* in *Loderbauer* 185.

⁴⁸⁷ Vgl § 253.

⁴⁸⁸ *Weitzenböck* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 176 Rz 6.

⁴⁸⁹ OGH 2 Ob 324/97d EFSlg 84.135; 9 Ob 143/98i EFSlg 87.056 ua.

diese gegenüber den möglichen Vorteilen der Rückübertragung sorgsam abzuwägen.⁴⁹⁰ Es muss nach den gegenwärtigen Verhältnissen zumindest mit großer Wahrscheinlichkeit feststehen, dass die ordnungsgemäße Pflege und Erziehung durch den antragstellenden Elternteil gewährleistet ist und auch in Hinkunft keine Gefahr besteht, dass erneut eine Maßnahme nach § 176 angeordnet werden muss.⁴⁹¹ Bei annähernd gleichen Verhältnissen zwischen Pflegeeltern und natürlichen Eltern gebührt letzteren der Vorzug, sofern die Belastungen des Kindes durch den wiederholten Obsorge- und damit einhergehenden Aufenthaltswechsel mit seinem Wohl vereinbar sind.⁴⁹² Doch gilt zu beachten, dass eine langfristige Fremdunterbringung zwangsläufig zu einer Entfremdung zwischen Kind und leiblichen Eltern bzw Herkunftsfamilie sowie einer intensiven Bindung zwischen Kind und Pflegeeltern führt und eine spätere Rückführung die Situation für das Kind daher unter Umständen verschlimmern kann.⁴⁹³ Daher bleibt abschließend festzuhalten, dass eine Rückübertragung nur durchzuführen ist, wenn eine Abwägung der Vor- und Nachteile beider Möglichkeiten unter dem Aspekt des Kindeswohls für eine Rückübertragung spricht.

5.2.9 Folgen der Obsorgeentziehung

5.2.9.1 Übertragung der entzogenen Obsorgerechte

Wird einem bzw beiden Elternteilen die Obsorge ganz oder teilweise entzogen, kommen die §§ 145, 186a bzw 187 ff zur Anwendung.⁴⁹⁴

Da in diesem Fall die Bestimmungen über die Obsorgebetrauung einschlägig sind, war es mE sinnvoll, diese Bestimmungen vor den Ausführungen zur Entziehung von Obsorgerechten darzustellen. An dieser Stelle sei daher auf Kapitel 2.2.2 verwiesen.

⁴⁹⁰ Für die Beurteilung der Aufhebung sind Alter, Entwicklungsmöglichkeiten und Neigungen des Kindes, Dauer des Pflegeverhältnisses, Beziehungsintensität des Kindes zu seiner Pflege- und Herkunftsfamilie sowie die Gründe für die Obsorgeentziehung zu berücksichtigen; *Klein*, Eigener Besuchsrechtsanspruch des Kindes – Eine Utopie? ÖA 1992, 139 (139); *Wiemann*, Die Rückkehr von Pflegekindern in ihre Herkunftsfamilie, ÖA 2004, 244.

⁴⁹¹ OGH 1 Ob 668/78 SZ 51/112; 1 Ob 636/85 EFSlg 48.419; 4 Ob 517/91 ÖA 1991, 140; 9 Ob 28/04i EFSlg 107.803; 3 Ob 179/06d EFSlg 113.828.

⁴⁹² ErlRV 172 BlgNR 17. GP 20; OGH 7 Ob 657/90 SZ 63/165; siehe dazu auch *Klein*, ÖA 1992, 139.

⁴⁹³ *Fahrenhorst*, Der Schutz elterlicher Rechte bei einer Trennung von Eltern und Kind und die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, FamRZ 1996, 454 (459).

⁴⁹⁴ *Hinteregger*, Familienrecht⁴ 208.

5.2.9.2 Einschränkung bzw. Untersagung der Mindestrechte?

Wurde einem oder beiden Elternteilen wegen des Verdachts der Kindesmisshandlung die Obsorge entzogen, stellt sich die Frage, ob bzw in welchem Umfang ihm/ihnen das Recht auf persönlichen Verkehr⁴⁹⁵ bzw die Informations- und Äußerungsrechte zukommt/zukommen. Es darf dabei nicht übersehen werden, dass sich ein solcher Missbrauchsvorwurf unter Umständen hervorragend als „Besuchsrechtstotschlagungsargument“ eignet, da er gleichermaßen schwerwiegend wie auch schwer aufklärbar ist.⁴⁹⁶

Daher seien im Folgenden diese Mindestrechte kurz beleuchtet, um anschließend die Frage aufzugreifen, welche Maßnahmen dem Kindeswohl in einem solchen Fall zuträglich sind.

5.2.9.2.1 Das Recht auf persönlichen Verkehr

Nach § 148 hat jeder Elternteil, der nicht im gemeinsamen Haushalt mit dem minderjährigen Kind lebt, das Recht, persönlich mit diesem zu verkehren. Entscheidend ist die faktische Trennung zwischen Eltern(teil) und Kind.⁴⁹⁷ Durch das KindRÄG 2001 wurde das Besuchsrecht explizit (auch) als Recht des Kindes formuliert⁴⁹⁸, da nach psychologischer Sicht die Beziehung des Kindes zu beiden Elternteilen für seine weitere Entwicklung förderlich ist. Der Gesetzgeber betont hier auch die Verantwortung der Eltern, den Kontakt zum besuchsberechtigten Elternteil mit vereinten Kräften zu fördern.⁴⁹⁹ Das Besuchsrecht steht als ein **Grundrecht der Eltern-Kind-Beziehung** und als allgemein anzuerkennendes Menschenrecht unter dem Schutz von Art 8 EMRK.⁵⁰⁰

⁴⁹⁵ Anm: Das „Recht auf persönlichen Verkehr“ entspricht dem Begriff „Besuchsrecht“, daher werden im Folgenden beide Termini gleichwertig nebeneinander verwendet.

⁴⁹⁶ Vgl *Tews*, Aussagepsychologie – ein verfeimtes Fachgebiet in Österreichs Strafjustiz? Ein kritischer Blick auf einen Teilaspekt von Strafverfahren wegen sexuellen Missbrauchs an Kindern, RZ 2005, 58 (58 f).

⁴⁹⁷ *Nademleinsky* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 148 Rz 2 mwN.

⁴⁹⁸ Dieses Recht hat die Rsp im Jahr 1997 erstmals im Rahmen der „Udo-Jürgens-Entscheidung“ anerkannt; OGH 6 Ob 2398/96g ÖA 1997, 168; in der Lehre wurde diese Ansicht ua von *Ferrari-Hoffmann-Wellenhoff*, Die Rechtsstellung des Kindes bei Regelungen über das Besuchsrecht, in *Harrer/Zitta*, Familie und Recht (1992) 743 (749ff) und de lege ferenda von *Klein*, ÖA 1992, 7; sowie unter Berufung auf Art 9 KRK und Art 8 EMRK von *Ebert*, JBl 1995, 78ff; vertreten. Zur aktuellen Rechtslage vgl *Wallisch*, Der „andere Elternteil“ und das Besuchsrecht (KindRÄG 2001), ÖJZ 2002, 487 (489).

⁴⁹⁹ ErlRV 298 BlgNR 21. GP 34.

⁵⁰⁰ ErlRV 60 BlgNR 14. GP 28; vgl bspw OGH 2 Ob 534/87 EFSlg 53.875; 4 Ob 1540/92 EFSlg 68.627; 10 Ob 514/94 EFSlg 77.972; 8 Ob 42/02p ÖA 2002, 263; 5 Ob 243/02z EFSlg 100.198; 8 Ob 22/04z EFSlg 107.710; 7 Ob 34/07m iFamZ 2007/150 = EFSlg 116.813; zuletzt 6 Ob 148/10y, iFamZ 2010, 316; ferner ist sein Schutz durch § 9f KRK verbürgt; siehe dazu *Nademleinsky* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 148 Rz 1 mwN.

Der **Zweck** dieses Rechts ist, die Verbundenheit zwischen Kind und Elternteil aufrechtzuerhalten, einer gegenseitigen Entfremdung entgegenzuwirken sowie dem nicht betreuenden Elternteil die Möglichkeit einzuräumen, sich von der Erziehung und dem Gesundheitszustand des Kindes zu überzeugen.⁵⁰¹

Die Ausübung des Besuchsrechts soll zwischen den Eltern und dem Kind **einvernehmlich**⁵⁰² erfolgen, wobei diese Regelung für eine Verbindlichkeit der pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf. Ist eine gütliche Einigung nicht erzielbar, hat das Gericht subsidiär auf Antrag des Kindes oder eines Elternteils über die Ausübung des Besuchsrechts unter Bedachtnahme auf die Bedürfnisse und Wünsche des Kindes zu entscheiden.⁵⁰³ Ebenso hat das Gericht von Amts wegen einzuschreiten und eine dem Kindeswohl entsprechende Besuchsregelung vorzunehmen, wenn das Besuchsrecht aufgrund einer nicht gerichtlich genehmigten Einigung der Eltern ausgeübt wird, diese jedoch dem Wohl des Kindes widerspricht.⁵⁰⁴

Oberster Grundsatz jeder Besuchsregelung ist das Wohl des Kindes.⁵⁰⁵ Zu beachten sind auch die Bedürfnisse und Wünsche des Kindes, wobei zum primär nach objektiven Kriterien zu beurteilenden Kindeswohl auch subjektive Komponenten hinzutreten.⁵⁰⁶ Im Konfliktfall haben die Eigeninteressen der Eltern hinter jene des Kindes zurückzutreten.⁵⁰⁷

Den obsorgeberechtigten Elternteil trifft eine Unterstützungspflicht,⁵⁰⁸ die nach § 110 iVm § 79 Abs 2 AußStrG durch angemessene Zwangsmittel mittels Geldstrafen, Verweisen oder

⁵⁰¹ OGH 5 Ob 190/67 EvBl 1968/48; 7 Ob 102/06k EFSlg 113.716 = EvBl 2007/1; vgl auch *Stabentheiner in Rummel*, 1. ErgB § 148 Rz 1; *Nademleinsky in Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 148 Rz 3 mwN.

⁵⁰² Vgl § 148 Abs 1 Satz 2; den Gesetzesmaterialien zufolge soll damit die Verantwortung der Eltern gegenüber dem Kind betont werden; ErlRV 298 BlgNR 21. GP 34, 56.

⁵⁰³ *Nademleinsky in Schwimann*, ABGB I³ § 148 Rz 4 mwN; *Haidenthaller*, JBl 2001, 625; *Wallisch*, ÖJZ 2002, 488 f.

⁵⁰⁴ *Ferrari-Hofmann-Wellenhof in Harrer/Zitta* 623f.

⁵⁰⁵ OGH 4 Ob 510/91 RZ 1992/84; 3 Ob 264/03z EFSlg 107.715; 8 Ob 98/03z EFSlg 104.221; 10 Ob 61/03y EFSlg 107.715; 10 Ob 51/05f EFSlg 110.774; 1 Ob 133/06z EF-Z 2006/44 (*Gitschthaler*) = EFSlg 113.718; 7 Ob 34/07m EFSlg 116.823; 9 Ob 35/08z iFamZ 2008, 178 (*Thoma-Twaroch*) uva; zum Ausmaß des Besuchsrechts siehe *Hopf in KBB*, ABGB³ § 148 Rz 6; zum Begriff des Kindeswohls siehe Kapitel 3.

⁵⁰⁶ ErlRV 296 BlgNR 21. GP 57; ausführlich *Stabentheiner in Rummel*, 1. ErgBd § 148 Rz 2b; *Nademleinsky in Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 146 Rz 6 mwN.

⁵⁰⁷ OGH 6 Ob 2398/96g ÖA 1997, 168; 8 Ob 42/02p ÖA 2002, 36 = EFSlg 100.207; 1 Ob 133/04x EFSlg 107.716 ua.

⁵⁰⁸ OGH 6 Ob 171/05y EFSlg 110.780; 1 Ob 46/06f EFSlg 113.724; 8 Ob 17/06t EFSlg 113.723; die Rsp verlangt hier auch, dass der Erziehungsberechtigte einer unberechtigten Ablehnung des Besuchsrechts zum anderen Elternteil durch das Kind entgegenwirkt; OGH 6 Ob 171/05y EFSlg 110.780; 8 Ob 17/06t EFSlg 113.722.

Beugehaft auch zwangsweise durchgesetzt werden kann. Im Falle der Erfolglosigkeit dieser Maßnahmen kommt der Entzug der Obsorge nach § 176 in Betracht.⁵⁰⁹ Lehnt das mündige Kind aus eigenem Antrieb oder der nicht betreuende Elternteil die Ausübung des Besuchsrechts ab und bleiben Belehrungen über die Relevanz des Kontakts zu beiden Elternteilen sowie Versuche des Gerichts, eine einvernehmliche Lösung zu erzielen erfolglos, sind die Regelungsanträge ohne weitere inhaltliche Prüfung abzuweisen bzw das Verfahren über die Durchsetzung des Besuchsrechts abubrechen. Mit anderen Worten können die Regelungen des Besuchsrechts und dessen Ausübung gegen den ausdrücklichen Willen des berechtigten Elternteils oder des mündigen Minderjährigen nicht erzwungen werden.⁵¹⁰

Gemäß § 148 Abs 3 besteht das Recht auf persönlichen Verkehr auch zwischen Großeltern und ihren Enkeln, unter der Voraussetzung, dass das Familienleben der Eltern oder eines Elternteils oder deren Beziehung zum Kind nicht gestört werden.⁵¹¹ Das Recht auf persönlichen Verkehr kann auch einer anderen Person eingeräumt werden, wenn durch ein Unterbleiben dieses Kontakts das Kindeswohl gefährdet wäre (vgl § 148 Abs 4).⁵¹²

Um allfällige Schwierigkeiten in der Besuchsrechtsausübung zu umgehen, kann das Gericht nach § 111 AußStrG auf Antrag⁵¹³ oder von Amts wegen auch die Beziehung einer dritten, hierzu geeigneten und bereiten Person als „Besuchsbegleiter“ verfügen. Primär zielt das **Rechtsinstitut der Besuchsbegleitung** darauf ab, die Neu- und Wiederaufnahme des Kontakts zwischen dem Kind und dem nichtbetreuenden Elternteil zu erleichtern, sofern das Kindeswohl dies erfordert.⁵¹⁴

Insbesondere in jenen Fällen, in denen der Verdacht des sexuellen Missbrauchs des Kindes nicht erwiesen ist, jedoch mit erhöhter Wahrscheinlichkeit zutreffen könnte, kommt dem Institut der Besuchsbegleitung eine bedeutende Rolle zu. Auch bei nachgewiesenem sexuellen Missbrauch oder einer anderen Form der Kindesmisshandlung erscheint die

⁵⁰⁹ OGH 2 Ob 578/95 JBl 1996, 402; *Nademleinsky* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 148 Rz 36 f mwN.

⁵¹⁰ Vgl § 108 AußStrG; *Stabentheiner* in *Rummel*, 1. ErgBd § 148 Rz 3a mwN.

⁵¹¹ Ausführlich dazu siehe *Nademleinsky* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 146 Rz 30 f.

⁵¹² Siehe dazu *Nademleinsky*, Der persönliche Verkehr zwischen Kind und „Dritten“. Die österreichische Rechtslage und Anforderungen der EMRK, ÖJZ 2006/19.

⁵¹³ OGH 9 Ob 94/09b Zak 2010/145.

⁵¹⁴ Vgl OGH 3 Ob 238/03a eolex 2004, 273; ausführlich zur Vorgängerbestimmung (§ 185c AußStrG alt) siehe ErlRV 296 BlgNR 21. GP 35, 91 ff; *Deixler-Hübner*, Die neuen familienrechtlichen Verfahrensbestimmungen, in *Ferrari/Hopf* (Hrsg), Reform des Kindschaftsrechts (2001) 115 (127 ff); *Haidenthaler*, JBl 2001, 626 f; *Hopf/Weitzenböck*, ÖJZ 2001, 493.

Besuchsbegleitung nach einer Untersagung des Besuchsrechts geeignet, um eine behutsame Wiederanbahnung des Kontakts zu gewährleisten. In diesen Situationen geht es insbesondere darum, das Kind durch die Anwesenheit einer dritten Person in einer geschützten und kontrollierten Atmosphäre vor einer etwaigen Wiederholungsgefahr zu schützen und ihm Sicherheit zu vermitteln.⁵¹⁵

Die Kosten der Besuchsbegleitung müssen vom Antragssteller getragen werden.⁵¹⁶

Die Eingriffsschwelle für eine **Einschränkung oder Untersagung des Besuchsrechts** ist eine Gefährdung des Kindeswohls iSd § 176, wobei es sich bei § 148 um eine *lex specialis* handelt.⁵¹⁷ Das Besuchsrecht kann nur aus besonders schwerwiegenden im Wohl des Kindes liegenden Gründen eingeschränkt oder vorübergehend, nie jedoch für immer,⁵¹⁸ untersagt werden.⁵¹⁹ Voraussetzung ist eine konkrete Gefährdung der physischen oder psychischen Integrität des Kindes durch die Besuchsausübung, abstrakte Befürchtungen reichen hingegen nicht dafür aus.⁵²⁰ Die Beziehung zwischen Kind und betreuendem Elternteil muss demnach unerträglich gestört sein,⁵²¹ bloße Irritationen des Kindes, wie sie in Trennungskonflikten häufig vorkommen, müssen hingenommen werden, solange sie das zumutbare Maß nicht überschreiten.⁵²² Tendenziell legt die Rsp somit einen strengen Maßstab an und erkennt nur in Ausnahmefällen einen Grund für eine Besuchsrechteinschränkung oder -entziehung als *ultima ratio* an.⁵²³ Von den möglichen Gründen für eine Einschränkung oder Untersagung des Besuchsrechts nennt § 148 Abs 2 nur den Verstoß gegen die Wohlverhaltenspflicht nach § 145b.

⁵¹⁵ Jausovec, Das Besuchsrecht zwischen Eltern und Kindern (2009) 190.

⁵¹⁶ Deixler-Hübner in Loderbauer 55; krit dazu äußert sich zB Haidenthaller in JBl 2001, 627 f (FN 50), die für eine gemeinsame Kostentragung der Eltern bzw die Möglichkeit der Gewährung von Verfahrenshilfe plädiert; Nademleinsky in Schwimann/Verschraegen, ABGB I³ § 148 Rz 25 weist zutreffend darauf hin, dass nicht unberücksichtigt bleiben dürfe, welchem Elternteil letztlich die Schwierigkeit einer ungestörten Berufsrechtsausübung zuzurechnen sei und dass der Kontakt schlussendlich (auch) im Interesse des Kindes liege.

⁵¹⁷ ErlRV 296 BgNR 21. GP 64.

⁵¹⁸ ErlRV 60 BgNR 14. GP 28; OGH 6 Ob 171/05y EFSlg 110.814; 4 Ob 131/06b EFSlg 113.752; 7 Ob 34/07m iFamZ 2007/150.

⁵¹⁹ 8 Ob 42/02p ÖA 2002, 263; Hopf in KBB, ABGB³ § 148 Rz 7.

⁵²⁰ OGH 6 Ob 171/05y EFSlg 110.810; 4 Ob 131/06b EFSlg 113.751; Thunhart in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 148 Rz 38.

⁵²¹ OGH 10 Ob 514/94 EFSlg 78.047; Stabentheiner in Rummel, 1.ErgBd § 148 Rz 4 mwN.

⁵²² OGH 1 Ob 504/95 ÖA 1995, 124; 9 Ob 289/00s EFSlg 92.913; 8 Ob 17/06t EFSlg 113.754.

⁵²³ 4 Ob 131/06b EFSlg 113.751; Hopf in KBB³ § 148 Rz 7.

Bei einer nachgewiesenen Kindesmisshandlung durch den Besuchselternteil ist eine (vorübergehende) Untersagung des Besuchsrechts geboten,⁵²⁴ umso mehr, wenn der Besuchsberechtigte die erforderliche psychotherapeutische Behandlung verweigert.⁵²⁵

Steht „nur“ ein Missbrauchsvorwurf im Raum, hat das Gericht diesem freilich nachzugehen und dem Wohl des Kindes entsprechend darauf zu reagieren.⁵²⁶ Grundsätzlich ist festzuhalten, dass der bloße Verdacht auf Kindesmisshandlung keine Entziehung oder Untersagung des Besuchsrechts rechtfertigt, sondern wie bereits erwähnt konkrete Nachweise vorliegen müssen. Somit reichen bspw bloße Beschuldigungen seitens des obsorgeberechtigten Elternteils nicht aus, da für den Besuchselternteil die Unschuldsvermutung gilt.⁵²⁷ Wie *Jausovec* zutreffend ausführt, wird es dem Gericht wohl erst nach sachverständiger Beratung möglich sein, eine „endgültige“ Entscheidung zu treffen. Gelangt das Gericht in der Folge zum Ergebnis, dass die Verdächtigungen nicht bestätigt wurden bzw dass eine Misshandlung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden kann, komme eine Untersagung oder Einschränkung des Besuchsrechts nicht in Frage. Ist nach sachverständiger Einschätzung oder aufgrund nachgewiesener Indizien jedoch davon auszugehen, dass der Misshandlungsvorwurf zutreffen könnte, hat die Besuchsrechtsausübung eingeschränkt in Form einer Besuchsbegleitung stattzufinden. Eine gänzliche Entziehung des Besuchsrechts komme nur in Betracht, wenn einer Kindeswohlgefährdung auch auf diesem Wege nicht beizukommen ist.⁵²⁸

5.2.9.2.2 Informations- und Äußerungsrechte

Nach § 178 kommt dem nicht (mehr) mit der Obsorge betrauten Elternteil das Recht zu, vom Obsorgeberechtigten über alle wichtigen, das Kind betreffende Angelegenheiten sowie über beabsichtigte Maßnahmen nach § 154 Abs 2 und 3 rechtzeitig verständigt zu werden und sich zu diesen in angemessener Frist zu äußern. Zu den wichtigen Angelegenheiten zählen ua ein Schulwechsel, eine längere Abwesenheit des Kindes vom Wohnort, Sprachferien im Ausland sowie nicht bloß harmlose Erkrankungen.⁵²⁹ Die Äußerung ist zu berücksichtigen, wenn der

⁵²⁴ LG Feldkirch 1 R 101/02i EFSlg 100.247.

⁵²⁵ LGZ Wien 43 R 660/00b EFSlg 92.988; *Nademleinsky in Schimann/Verschraegen* ABGB I³ § 148 Rz 27.

⁵²⁶ *Jausovec*, Besuchsrecht 179.

⁵²⁷ OGH 9 Ob 289/00s EFSlg 92.982; 9 Ob 201/02b EFSlg 100,244; anders LGZ Wien 43 R 309/99f EFSlg 89.663.

⁵²⁸ *Jausovec*, Besuchsrecht 179 f.

⁵²⁹ Ausführlich dazu siehe ErlRV 296 BlgNR 21. GP 68; *Hopf/Weitzenböck*, ÖJZ 2001, 494.

darin ausgedrückte Wunsch dem Wohl des Kindes besser entspricht als die vom Obsorgeberechtigten angestrebte Maßnahme.⁵³⁰ Das Äußerungsrecht stellt jedoch weder ein Zustimmungs- noch Mitbestimmungsrecht dar und wirkt nicht gegenüber Dritten.⁵³¹

Diese Informations- und Äußerungsrechte erstrecken sich auf **minderwichtige Angelegenheiten**, wenn trotz Bereitschaft des nicht obsorgeberechtigten Elternteils ein persönlicher Kontakt mit dem Kind nicht regelmäßig stattfindet, soweit es sich nicht um bloße Angelegenheiten des täglichen Lebens handelt.⁵³² Zu den minderwichtigen Angelegenheiten gehören etwa die Übermittlung jedes Schulzeugnisses, sämtliche Erkrankungen des Kindes sowie Erziehungsschwierigkeiten. Diese Angelegenheiten betreffen auch die persönliche Entwicklung des Minderjährigen. Darüber kann in regelmäßigen Abständen eine Fotodokumentation Auskunft geben.⁵³³ Die Gründe hierfür sind unerheblich, mit anderen Worten kommt es auf ein Vereiteln nicht an, doch gilt das Gesagte nicht, wenn dieser Umstand auf ein Verschulden des Informationsberechtigten zurückzuführen ist.⁵³⁴

Wenn der mit der Obsorge betraute Elternteil der Informationspflicht beharrlich nicht nachkommt, hat das Gericht gemäß § 178 Abs 2 auf Antrag des anderen Elternteils oder bei Gefährdung des Kindeswohls von Amts wegen angemessene Verfügungen zu treffen. In der Gestaltung der Verfügungen ist das Gericht frei.⁵³⁵ Bspw kommen hier konkrete Aufträge des Gerichts an den säumigen Elternteil oder Ermächtigungen an den nicht mit der Obsorge betrauten Elternteil, sich die ihm zustehenden Informationen beim Arzt oder in der Schule selbst zu beschaffen, in Betracht.⁵³⁶ Als ultima ratio kann das Gericht, wenn die Missachtung des Äußerungsrechts das Kindeswohl zu gefährden droht, die Obsorge ganz oder teilweise entziehen.⁵³⁷

Das Gericht hat die Rechte nach § 178 Abs 3 einzuschränken oder zu entziehen, wenn durch deren Ausübung das Wohl des Kindes ernstlich gefährdet wäre. Dasselbe gilt, wenn sie der

⁵³⁰ *Stabentheiner in Rummel*, 1.ErgBd § 178 Rz 5 mwN; *Weitzenböck in Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 178 Rz 16 mwN.

⁵³¹ OGH 7 Ob 574/78 EvBl 1978/170 = EFSlg 31.400; 8 Ob 1519/93 RZ 1994/53 = EFSlg 71.916; 6 Ob 1672/95 EFSlg 78.267; 9 Ob 200/98x EvBl 1999/20 ua; *Leeb/Priegl*, ÖJZ 1995, 614.

⁵³² Die Rechte nach § 178 und das Besuchsrechts nach § 148 stehen somit in einer Wechselbeziehung; *Hopf in KBB*, ABGB³ § 178 Rz 4.

⁵³³ LG Feldkirch 1 R 183/02 y = EFSlg 100.372.

⁵³⁴ Vgl *Haidenthaller*, JBl 2001, 629.

⁵³⁵ *Weitzenböck in Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 178 Rz 9.

⁵³⁶ ErlRV 296 BlgNR 21. GP 68; *Hopf in KBB*³ § 178 Rz 6 mwN; *Hopf/Weitzenböck*, ÖJZ 2001, 494.

⁵³⁷ Vgl *Stabentheiner in Rummel*, 1.ErgBd § 178 Rz 5; *Hinteregger*, Familienrecht⁴ 211.

Berechtigte in rechtsmissbräuchlicher oder in einer für den Obsorgeberechtigten unzumutbaren Weise in Anspruch wahrnimmt. Nach Ansicht des Gesetzgebers ist eine „ernstliche“ Kindeswohlgefährdung bspw gegeben, wenn der nicht mit der Obsorge betraute Elternteil die Informationen verwendet, um sich seiner Verpflichtung dem Kind gegenüber zu entziehen, oder dieser mehrfach Vorschläge unterbreitet, welche dem Kindeswohl nicht entsprechen.⁵³⁸ Eine rechtsmissbräuchliche oder unzumutbare Ausübung der Rechte nach § 178 liegt den Gesetzesmaterialien zufolge vor, wenn der Informationsberechtigte in Zeitabständen von wenigen Tagen auf die Vorlage ärztlicher Atteste über den aktuellen Gesundheitszustand des Kindes besteht⁵³⁹ oder bei der Ausübung seiner Rechte den Obsorgeberechtigten beschimpft oder körperlich attackiert.⁵⁴⁰ Ein weiteres Beispiel für eine schikanöse Vorgangsweise wären häufige, grundlose Anträge gemäß § 178 Abs 2, auf Grund derer sich der Obsorgebetraute ständig vor Gericht zu rechtfertigen hätte.⁵⁴¹ Lehnt der nicht obsorgeberechtigte Elternteil den persönlichen Verkehr mit dem Kind grundlos ab, so entfallen die Informations- und Äußerungsrechte ex lege.⁵⁴² Als die Ablehnung rechtfertigende Gründe kommen etwa das Nichtvorhandensein entsprechender finanzieller Mittel, erhebliche räumliche Distanzen, Krankheit des Informationsberechtigten sowie unzumutbares Verhalten von Seiten des Kindes in Frage.⁵⁴³

Resümierend kann festgehalten werden, dass einem Elternteil, der unter Verdacht steht, sein Kind misshandelt zu haben, die Informations- und Äußerungsrechte weiterhin zustehen. Dies erscheint mir jedenfalls sachgerecht, da selbst das Besuchsrecht in reinen Verdachtsfällen grundsätzlich nicht untersagt wird bzw erforderlichen Falls in begleitender Form stattfindet. Für eine Aufrechterhaltung dieser Rechte spricht somit, dass sowohl die Obsorgeentziehung als auch die Einschränkung bzw Untersagung des Besuchsrechts nur als ultima ratio in Betracht kommt und dies daher umso mehr für die Informations- und Äußerungsrechte, als schwächste Form der Elternrechte, zu gelten hat. Da es sich beim Informations- und Äußerungsrecht, wie bereits erläutert, weder um ein Zustimmungs- noch Mitbestimmungsrecht handelt und die Äußerung lediglich Berücksichtigung findet, wenn diese dem Kindeswohl besser entspricht als die vom Obsorgeberechtigten beabsichtigte

⁵³⁸ JAB 887 BlgNR 17. GP 7.

⁵³⁹ ErlRV 296 BlgNR 21. GP 69.

⁵⁴⁰ JAB 887 BlgNR 17. GP 7; *Leeb/Priegl*, ÖJZ 1995, 617.

⁵⁴¹ ErlRV 296 BlgNR 21. GP 69.

⁵⁴² Siehe dazu *Weitzenböck* in *Schwimmann/Verschraegen*, ABGB I³ § 178 Rz 10 f; *Leeb/Priegl*, ÖJZ 1995, 617.

⁵⁴³ *Haidenthaller*, JBl 2001, 629.

Maßnahme, ist ein (negativer) Einfluss des Informationsberechtigten auf das Kind durch die Ausübung dieser Rechte ohnedies zu verneinen. Auch darf hierbei nicht übersehen werden, dass allfälligen Missbräuchen § 176 Abs 3 entgegenwirkt. Eine Untersagung aufgrund des Verdachts einer Kindesmisshandlung wäre summa summarum schlichtweg untragbar, da durch diese jeglicher Kontakt zwischen Elternteil und Kind unterbunden werden würde und unausweichlich die gänzliche Entfremdung zur Folge hätte. Handelt es sich jedoch um eine bewiesene und schwere Körperverletzung und steht der uneinsichtige Täter zudem einer psychiatrischen Behandlung negierend gegenüber, ist es mE fraglich, ob unter diesen Umständen die Informations- und Äußerungsrechte nicht gänzlich entzogen werden sollten.

6. Prävention und Intervention bei Kindesmisshandlung

6.1 Kinderschutzgruppen

6.1.1 Aufgaben und Zusammensetzung der Kinderschutzgruppe

In zahlreichen Fällen sind Ärzte die Ersten, die mit dem Verdacht auf Kindesmisshandlung konfrontiert werden.⁵⁴⁴ Zweifellos handelt es sich bei der Aufdeckung von Gewalt und der Einleitung von adäquaten Maßnahmen zum Schutz des Kindes um einen sehr komplexen Aufgabenbereich. Um den einzelnen Arzt, der mit dieser emotional stark belastenden Situation alleine überfordert wäre, zu entlasten und zu unterstützen, wurden Kinderschutzeinrichtungen errichtet, die ihm beratend zur Seite stehen. Erst ein multiprofessioneller Zugang sowie ein koordiniertes Vorgehen ermöglichen eine rasche Abklärung von Verdachtsfällen. In einer KSG versucht daher ein interdisziplinäres Team aus medizinischem Personal und Psychologen unter Einbeziehung des zuständigen JWT das Kindeswohl bestmöglich zu schützen. Von Bedeutung ist dabei insbesondere die berufliche Erfahrung sowie das standardisierte Vorgehen bei Verdachtsfällen. Zudem tragen Kinderschutzeinrichtungen als Teil einer Kinderklinik zur Sensibilisierung, Weiterbildung und zum fachlichen Austausch bei.⁵⁴⁵

Die österreichweit erste KSG wurde 1990 an der Univ.-Klinik für Kinderchirurgie in Graz gegründet.⁵⁴⁶ Seit 2004 ist die Einrichtung einer KSG für alle Kinderkrankenhäuser verpflichtend. Im § 8e KAKuG wird zudem die interdisziplinäre Zusammensetzung dieser Institution geregelt. Aus rechtlicher Sicht handelt es sich bei einer KSG um ein beratendes Gremium, das im Auftrag der zuweisenden stationsführenden Ärzte Anamnese sowie Befunde erhebt, eine Diagnose stellt, die Gesamtsituation einschätzt und einen abschließenden Befundbericht erstellt, der juristisch betrachtet einem Gutachten entspricht. Dabei sind die Ärzte zur ausreichenden Dokumentation ihrer Ergebnisse verpflichtet. Die KSG untersteht

⁵⁴⁴ Siehe dazu auch Kapitel 7.

⁵⁴⁵ *Bundesministerium für Gesundheit, Familie und Jugend* (Hrsg), *Gewalt gegen Kinder und Jugendliche, Leitfaden für die Kinderschutzarbeit in Gesundheitsberufen* (2008) 3, 29 f; *Thun-Hohenstein*, *Kinderschutzgruppen in Österreich*, *WMW* 2005, 155/15-16, (365) 366; *Schick*, *zur Anzeigepflicht*, in *Festschrift für Reinhard Moos zum 65. Geburtstag* (1997) 303 (306).

⁵⁴⁶ *Fandler*, *Kinderschutzgruppe an Grazer Kinderklinik* <http://www.gsund.net/cms/beitrag/10114454/2875326/> (22.2.2011). *N.N.*

fachärztlicher Leitung, die auch die Letztverantwortung trägt. Alle anderen Mitglieder unterliegen keiner hierarchischen Struktur, sondern werden gleichwertig angehört bzw bestimmen gleichermaßen mit. Um alle Verdachtsfälle zu diskutieren und reflektieren, sollte die KSG regelmäßig Sitzungen abhalten und zudem in akuten Krisensituationen einberufen werden können.⁵⁴⁷

6.1.2 Konkretes Vorgehen bei Verdacht auf Kindesmisshandlung

Die Feststellung des Verdachts auf Kindesmisshandlung erfolgt in der Regel durch einen Ambulanz- oder Stationsarzt, der dafür Sorge trägt, dass das Kind stationär aufgenommen und der KSG zugewiesen wird. Die Eltern müssen über die Zuweisung zur KSG informiert werden.

In weiterer Folge kommt es zu einer ersten Beratung durch die KSG, die Hilfestellung bei der Abklärung des Verdachts gibt und konsiliarische Empfehlungen zum weiteren Vorgehen erarbeitet, deren Umsetzung jedoch im Ermessen des behandelnden Arztes liegt. Wenn hinreichende Informationen vorliegen, kommt es schließlich zu einer Entscheidung bezüglich des Verdachts auf Kindesmisshandlung. Die KSG stuft eine Gewalt am Kind als „unwahrscheinlich“, „bleibt offen“ oder „wahrscheinlich“ ein.⁵⁴⁸

Wird die Kindesmisshandlung als unwahrscheinlich klassifiziert, folgt ein Gespräch mit den Eltern, das Kind wird entlassen und ein Termin zur ambulanten Kontrolle wird vereinbart. Auch in den anderen genannten Fällen kommt es zu einem Konfrontationsgespräch mit den Eltern bzw Familienangehörigen, in dem der mutmaßliche Täter mit dem Verdacht auf Kindesmisshandlung direkt konfrontiert wird. Des Weiteren wird die Familie über die Kontaktaufnahme mit der Jugendwohlfahrtsbehörde und die rechtliche Situation informiert sowie das weitere Vorgehen besprochen.⁵⁴⁹

Erweist sich der Verdacht als bestätigt oder bleibt er offen, wird der JWT über die gegenwärtige Situation informiert und zeitgleich ein gemeinsamer Gesprächstermin im Krankenhaus vereinbart. Zu diesem Vernetzungsgespräch erscheinen üblicherweise die Eltern bzw Familienangehörige, Psychologen, Sozialarbeiter, Vertreter der Jugendwohlfahrtsbehörde, bisher involvierte Betreuer, behandelnde Ärzte, die Stationsleitung sowie Vertreter

⁵⁴⁷ BMGFJ, Leitfaden für die Kinderschutzarbeit in Gesundheitsberufen 29.

⁵⁴⁸ BMGFJ, Leitfaden für die Kinderschutzarbeit in Gesundheitsberufen 34.

⁵⁴⁹ BMGFJ, Leitfaden für die Kinderschutzarbeit in Gesundheitsberufen 34 f.

der KSG. In diesem Gespräch werden die Betreuungsvorschläge unterbreitet sowie die Betreuung nach der Entlassung an die zuständige Organisation weitergeleitet, doch obliegt die endgültige Entscheidung über die weitere Betreuung und Therapie dem Obsorgeträger.⁵⁵⁰

Der Verletzungsgrad, die Therapiebereitschaft sowie die psychosoziale Familiensituation sind entscheidend dafür, ob unverzüglich Anzeige erstattet wird, oder ob aufgrund der besonderen Voraussetzungen nach § 54 Abs 5 ÄrzteG davon abgesehen werden kann.

Ist Gefahr im Verzug, muss unmittelbar die Jugendwohlfahrtsbehörde verständigt werden, um die notwendigen Verfügungen gegen die Eltern zu treffen.⁵⁵¹

Den Abschluss der Beratung durch die KSG bildet ein Übergabegespräch, in dem konzentriert aufgezeigt wird, welche Maßnahmen dem Wohl des Kindes am besten entsprechen. Es wird verdeutlicht, dass ab dem Zeitpunkt dieses Gesprächs die Verantwortung der KSG bzw des Krankenhauses beendet ist und von nun an der JWT für den Fall, die Kontrolle der Vereinbarung sowie die Koordination zuständig ist. In der Praxis hat sich die Durchführung ambulanter Kontrollen durch die KSG im Sinne einer Qualitätssicherung bewährt.⁵⁵²

6.2 Kinderschutzzentren

Gemäß § 8 JWG sind Kinderschutzzentren Einrichtungen der freien Jugendwohlfahrt. Die Aufgabe dieser privaten Vereine im Umgang mit Gewalt ist es, Kindern, Jugendlichen sowie deren Familien oder Bezugspersonen Beratung und Therapie anzubieten. Sie leisten primär präventive Unterstützungsleistungen und versuchen somit potentiell gefährliche Situationen in einem möglichst frühen Stadium zu erkennen. Doch auch wenn bereits Gewalterfahrungen gemacht werden mussten, sind diese Institutionen bemüht, entsprechende Hilfe für die gesamte Familie bereitzustellen. Ihr Ziel ist ein gewaltfreier Umgang mit Konflikten und Krisen, wobei gemeinsame Problemlösung, Hilfe zur Selbsthilfe, Vertraulichkeit sowie Freiwilligkeit zu den Arbeitsprinzipien dieses hilfe- und entwicklungsorientierten Kinderschutzes zählen. Da misshandelten Kindern und deren Familien sinnvolle und differenzierte Unterstützung bzw Schutz jedoch nur dann angeboten werden kann, wenn

⁵⁵⁰ *BMGFJ*, Leitfaden für die Kinderschutzarbeit in Gesundheitsberufen 34 ff.

⁵⁵¹ *BMGFJ*, Leitfaden für die Kinderschutzarbeit in Gesundheitsberufen 35.

⁵⁵² *BMGFJ*, Leitfaden für die Kinderschutzarbeit in Gesundheitsberufen 36.

verschiedene Berufsgruppen und Einrichtungen zusammenarbeiten, legen Kinderschutzzentren besonderes Augenmerk auf die Kooperation mit Fachkräften anderer Berufsgruppen. Daher fungieren die Mitarbeiter der Kinderschutzzentren als Ansprechpartner für Kinder und Jugendliche, Familien, Eltern, Erziehungsberechtigte sowie Bezugspersonen, aber auch für Mitarbeiter anderer Institutionen. In regelmäßigen Abständen bieten sie Fortbildungsveranstaltungen für Fachkräfte an.⁵⁵³ Einen weiteren Schwerpunkt ihrer Arbeit stellt die Öffentlichkeitsarbeit zu gesellschaftspolitischen Themen dar, die Bezug auf die Lebensbedingungen von Kindern und Jugendlichen nehmen.

6.3 Kinder- und Jugendanwaltschaften

Eine unterstützende Aufgabe zur Realisierung der gewaltfreien Erziehung kommt auch den "Kinder- und Jugendanwälten" zu, die basierend auf der UN-Kinderrechtskonvention seit 1989 in § 10 JWG gesetzlich verankert sind. Zwischen 1989 und 1995 entstanden in allen neun Bundesländern Österreichs Kinder- und Jugendanwaltschaften.⁵⁵⁴ Dabei handelt es sich um Institutionen, die Minderjährige, Erziehungsberechtigte und gesetzliche Vertreter in allen Angelegenheiten, die die Stellung von Minderjährigen und die Aufgaben von Erziehungsberechtigten betreffen, beraten und bei Meinungsverschiedenheiten und Auseinandersetzungen über die Pflege und Erziehung helfend tätig werden (vgl § 10 JWG).

Kennzeichen aller Kinder- und Jugendanwaltschaften ist die Weisungsfreiheit, die ihnen in fachlicher Hinsicht völlige Handlungsfreiheit einräumt, die Sorge um das Kindeswohl im Einzelfall (Ombudsstelle) sowie die grundsätzliche Vertretung der Kindesinteressen (Interessenvertretung).

Schwerpunkt der Aufgabe von Kinder- und Jugendanwaltschaften ist für die Umsetzung und Einhaltung der Kinderrechte zu sorgen, um auf diesem Weg die Lebensbedingungen und Entwicklungsmöglichkeiten für Kinder und Jugendliche zu verbessern. Dies wird hauptsächlich durch Begutachtung und Vorschläge von Gesetzesbestimmungen sowie das Aufdecken von Missständen erzielt.

⁵⁵³ *Kinderschutz-Zentrum Graz*, Informationsbroschüre Kinderschutz plus, 02/10, 12 f.

⁵⁵⁴ *Benzoni*, ÖA 2001, 193.

Als Ombudsstelle obliegt ihnen die Aufgabe, Kinder, Jugendliche und Erwachsene zu informieren, ihnen beratend zur Seite zu stehen, Hilfsangebote zu vermitteln sowie Vermittlungsgespräche anzubieten. Ist es erforderlich, bieten sie Interventionshilfen bei Ämtern, Behörden und sonstigen Stellen an, wobei primär gütliche Lösungen angestrebt werden.

Durch Informationsveranstaltungen, Workshops und Projekte zu kinder- und jugendrelevanten Themen erwirkt diese Einrichtung eine Verbesserung der gesellschaftlichen Rahmenbedingungen und trägt damit zur Aufklärung und Sensibilisierung der Bevölkerung bei.

Sofern die Anliegen von Kindern, Jugendlichen und Erwachsenen im Mittelpunkt stehen, kann das Angebot der Kinder- und Jugendanwaltschaften vertraulich, kostenlos und auf Wunsch auch anonym von diesen Personengruppen in Anspruch genommen werden.⁵⁵⁵

⁵⁵⁵ *Kinder- und Jugendanwaltschaften*, KIIA über KIIA <http://www.kija.at/index.php/kija#adressen> (20.2.2011).

7. Die ärztliche Anzeigepflicht bei Verdacht auf Kindesmisshandlung

7.1 Allgemeines

Wird ein Kind Opfer einer gewalttätigen Interaktion, kann es sich nicht selbst wehren und ist somit der Willkür meist eines Elternteils schutzlos ausgeliefert. Um Prävention bzw frühe Intervention zu gewährleisten, sind speziell auch die Ärzte gefordert, die diese Patienten betreuen.⁵⁵⁶

Eine zentrale Bestimmung im Zusammenhang mit dem Verdacht auf Kindesmisshandlung ist in § 54 ÄrzteG zu finden. Es stellt sich die Frage, wie ein Arzt zu reagieren hat, wenn ein Kind mit Verletzungen zu ihm kommt, die auf eine mögliche Misshandlung hindeuten oder psychosoziale Auffälligkeiten des Kindes ihn beunruhigen. Verstärkt wird das Verdachtsmoment, wie die aufgelisteten Fälle in Kapitel 5.2.4. zeigen, insbesondere dann, wenn die Eltern keine plausiblen oder sich widersprechende Erklärungen für die Verletzungen anführen. Wie Zenz zutreffend ausführt, sei es in solchen Situationen selbst für einen routinierten Arzt schwierig, in gewissen Fällen sogar unmöglich, mit Sicherheit festzustellen, ob das betreffende Kind Opfer einer Misshandlung wurde oder nicht. Einerseits gibt es oftmals natürliche Erklärungen und eine Verstrickung besonders unglücklicher Umstände, andererseits kommt dem Arzt nicht das Recht oder die Pflicht zu, jeden einer Kindesmisshandlung zu verdächtigen. Es stelle sich die Frage, welches Verhalten das Kind unter Bedachtnahme auf den Grundsatz des Kindeswohls⁵⁵⁷ bestmöglich schützt.⁵⁵⁸

Die ärztliche Anzeigepflicht ist § 54 Abs 4 bis 6 ÄrzteG geregelt und lautet:

(4) Ergibt sich für den Arzt in Ausübung seines Berufes der Verdacht, dass durch eine gerichtlich strafbare Handlung der Tod oder eine schwere Körperverletzung herbeigeführt wurde, so hat der Arzt, sofern Abs. 5 nicht anderes bestimmt, der Sicherheitsbehörde

⁵⁵⁶ Vgl Rupp, Gewalt gegen Kinder <http://www.aerztezeitung.at/archiv/oeaez-2010/oeaez-4-25022010/gewalt-gegen-kinder-misshandlung.html> (20.2.2011).

⁵⁵⁷ Siehe dazu Kapitel 3.

⁵⁵⁸ Zenz, Die Anzeigepflicht von Ärzten, Jugendwohlfahrtseinrichtungen und Schulpädagogen bei Verdacht auf Kindesmisshandlung (2009) 102.

unverzüglich Anzeige zu erstatten. Gleiches gilt im Fall des Verdachts, dass eine volljährige Person, die ihre Interessen nicht selbst wahrzunehmen vermag, misshandelt, gequält, vernachlässigt oder sexuell missbraucht worden ist.

(5) Ergibt sich für den Arzt in Ausübung seines Berufes der Verdacht, dass ein Minderjähriger misshandelt, gequält, vernachlässigt oder sexuell missbraucht worden ist, so hat der Arzt Anzeige an die Sicherheitsbehörde zu erstatten. Richtet sich der Verdacht gegen einen nahen Angehörigen (§ 166 StGB), so kann die Anzeige so lange unterbleiben, als dies das Wohl des Minderjährigen erfordert und eine Zusammenarbeit mit dem Jugendwohlfahrtsträger und gegebenenfalls eine Einbeziehung einer Kinderschutzeinrichtung an einer Krankenanstalt erfolgt.

(6) In den Fällen einer vorsätzlich begangenen schweren Körperverletzung hat der Arzt auf bestehende Opferschutzeinrichtungen hinzuweisen. In den Fällen des Abs. 5 hat er überdies unverzüglich und nachweislich Meldung an den zuständigen Jugendwohlfahrtsträger zu erstatten.

Zunächst gilt es zu klären, für welche Ärzte diese Anzeigepflicht gilt. § 54 ist im 3. Abschnitt des ÄrzteG verankert, der die Überschrift „Gemeinsame Vorschriften für alle Ärzte“ trägt. Nach § 1 Z 1 ÄrzteG kommt das ÄrzteG „auf alle Ärzte, die über eine Berufsberechtigung als „Arzt für Allgemeinmedizin“, „approbierter Arzt“, „Facharzt“ oder „Turnusarzt“ verfügen“ zur Anwendung. Ob der Arzt selbstständig tätig ist oder seinen Beruf im Rahmen eines Dienstverhältnisses ausübt ist unerheblich.⁵⁵⁹

Eine Ausnahme stellen allerdings Amtsärzte⁵⁶⁰ dar, da sie eine behördliche Aufgabe vollziehen (vgl § 41 Abs 4 ÄrzteG).

Ein **Verdacht**, der eine Anzeigepflicht auslöst, ist gegeben, wenn ein Umstand vorliegt, der „nach menschlicher Erfahrung mit einiger Wahrscheinlichkeit auf die Begehung einer strafbaren Handlung schließen lässt“.⁵⁶¹

⁵⁵⁹ Pollak, Die Anzeigepflicht nach § 27 ÄrzteG, ÖÄZ 1985 H 17, 32 (33).

⁵⁶⁰ Siehe dazu § 41 Abs 1 ÄrzteG.

⁵⁶¹ Aigner/Kierein/Kopetzki (Hrsg), Ärztegesetz 1998³ (2007) § 54 Anm 11; Stolzlechner, Überlegungen zur ärztlichen Verschwiegenheits-, Anzeige- und Meldepflicht, RdM 2000, 67 (72).

§ 54 ÄrzteG differenziert zwischen drei Personengruppen, nämlich Volljährigen, die ihre Interessen selbst vertreten können, Volljährigen, die ihre Interessen aufgrund von Gebrechlichkeit, Krankheit oder Schwachsinn⁵⁶² nicht vertreten können und Minderjährigen, die bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres in den Schutzbereich fallen.

7.2 Anzeigepflicht bei Verdacht auf Misshandlung, Quälen, Vernachlässigung und sexuellen Missbrauch

Im ÄrzteG existiert keine Definition von Misshandlung, Quälen, Vernachlässigung und sexuellem Missbrauch. Zur Definitionen dieser Tatbestandselemente ist das StGB heranzuziehen.⁵⁶³

Wenn eine volljährige Person misshandelt, gequält, vernachlässigt oder sexuell missbraucht wurde und die Person dadurch nicht verletzt oder gesundheitlich geschädigt wurde, ist der Arzt zur Anzeige nicht verpflichtet.⁵⁶⁴

Für minderjährige Personen lässt sich aus § 54 Abs 5 ÄrzteG eine grundsätzliche ärztliche Anzeigepflicht ableiten. Hegt ein Arzt in Ausübung seines Berufes den Verdacht auf Kindesmisshandlung, hat er Anzeige an die Sicherheitsbehörde zu erstatten. Die Anzeigepflicht gilt jedoch nicht ohne Ausnahme. Gemäß § 54 Abs 5 S 2 ÄrzteG kann der Arzt zunächst ausnahmsweise von einer Anzeige absehen, wenn sich der Verdacht gegen einen nahen Angehörigen⁵⁶⁵ richtet, das Wohl des Minderjährigen es erfordert und wenn eine Zusammenarbeit mit dem JWT sowie gegebenenfalls mit einer Kinderschutzeinrichtung an einer Krankenanstalt erfolgt. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen.⁵⁶⁶

Das Unterbleibenlassen der Anzeige kann dem Kindeswohl entsprechen, wenn die Befürchtung gehegt wird, dass das Kind erhebliche Schuldgefühle oder psychische Probleme entwickelt, zum Beispiel wenn der Vater auf Grund einer Anzeige abrupt aus dem Familienverband gerissen und verhaftet wird. Die Praxis zeigt, dass eine unbedingte Anzeige

⁵⁶² ErlRV 1386 BlgNR 20. GP 96.

⁵⁶³ Siehe dazu *Kletecka-Pulker*, Die neue Regelung der ärztlichen Anzeigepflicht, RdM 2001, 175 (175).

⁵⁶⁴ *Kletecka-Pulker*, RdM 2001, 176; zur Behandlung von volljährigen Personen, die ihre Interessen nicht selbst wahrnehmen können, s *derselbe*, RdM 2001, 177.

⁵⁶⁵ Bei der Verwendung der Formulierung „naher Angehöriger“ verweist § 54 Abs 5 ÄrzteG ausdrücklich auf § 166 StGB; siehe dazu auch *Kletecka-Pulker*, RdM 2001, 176.

⁵⁶⁶ *Kletecka-Pulker*, RdM 2001, 176.

die Situation verschlimmern kann, da dem Kind ein zusätzlicher Schaden zufügt wird, der eine Heilung noch schwieriger gestalten kann. Des Öfteren führt dies zu einer Erschütterung des Vertrauensverhältnisses zwischen minderjährigem Patienten und Arzt und einer Ablehnung jeglicher weiterer Zusammenarbeit. Freilich entspricht die vorläufige Unterlassung der Anzeige nur dann dem Kindeswohl, wenn sichergestellt wird, dass es zu keinen weiteren Übergriffen kommt. Dies könnte im Fall einer Therapieannahme des Täters, einer stationären Aufnahme des Minderjährigen sowie einer Erzielung einer im Kindeswohl gelegenen Lösung im familiären Umfeld der Fall sein.⁵⁶⁷

Die Dauer der Unterlassung der Anzeige richtet sich nach dem Kindeswohl. Hiermit wird dem Arzt die Pflicht – die nicht überspannt werden darf – auferlegt, das Schicksal des Kindes im Auge zu behalten und zu prüfen, ob das Kindeswohl einer Anzeige nach wie vor entgegensteht.⁵⁶⁸ Jedoch legt die Wendung „so lange“ nahe, dass ein dauerhaftes Unterlassen der Anzeige nicht in Frage kommt, da spätestens nach Erreichen der Volljährigkeit nicht mehr von einem „Wohl des Kindes“ ausgegangen werden kann.⁵⁶⁹

Jedenfalls muss der Arzt unverzüglich und nachweislich in jedem Fall des Verdachts auf Kindesmisshandlung eine Meldung gemäß § 54 Abs 6 ÄrzteG an den JWT erstatten. Von dieser Anzeigepflicht gibt es keine Ausnahmen.⁵⁷⁰ Eventuell hat eine Einbeziehung von Kinderschutzgruppen zu erfolgen, die diesbezügliche Hilfestellungen für den Arzt bieten.⁵⁷¹

Hat der Arzt die Vermutung, dass eine volljährige Person, die ihre Interessen nicht selbst wahrnehmen kann, Opfer einer Misshandlung wurde, ist er grundsätzlich verpflichtet, Anzeige zu erstatten.⁵⁷² Da die vorliegende Arbeit jedoch den Verdacht auf Kindesmisshandlung thematisiert, sei auf nähere Ausführungen hiezu verzichtet.

⁵⁶⁷ *Kletecka-Pulker*, RdM 2001, 177; vgl auch JAB 689 BlgNR 21. GP 3; *Aigner/Kierein/Kopetzki*, Ärztegesetz 1998³ § 54 Anm 17.

⁵⁶⁸ *Kletecka-Pulker*, RdM 2001, 177.

⁵⁶⁹ *Aigner/Kierein/Kopetzki*, Ärztegesetz 1998³ § 54 Anm 15a.

⁵⁷⁰ *Kletecka-Pulker*, RdM 2001, 177.

⁵⁷¹ Die Einbeziehung von Kinderschutzgruppen ist in § 54 Abs 5 ÄrzteG normiert.

⁵⁷² Zur Klärung der Frage, ob es auch hier eine Ausnahme von der Anzeigepflicht gibt, siehe *Kletecka-Pulker*, RdM 2001, 177 f.

7.3 Anzeigepflicht bei Verdacht auf schwere Körperverletzung

Hegt der Arzt den Verdacht, dass eine volljährige Person durch eine gerichtlich strafbare Handlung schwer verletzt⁵⁷³ wurde, ist er gemäß § 54 Abs 4 ÄrzteG ausnahmslos zur Anzeige verpflichtet. Im Falle einer vorsätzlich begangenen schweren Körperverletzung muss er das Opfer zudem auf bestehende Opferschutzeinrichtungen hinweisen (vgl § 54 Abs 6 S 1 ÄrzteG).⁵⁷⁴

Ergibt sich für den Arzt die Vermutung, dass eine minderjährige Person schwer verletzt wurde, hat er der Sicherheitsbehörde unverzüglich Anzeige zu erstatten. Er kann von einer Anzeige jedoch einstweilig absehen, wenn die Voraussetzungen des § 54 Abs 5 ÄrzteG (Verdacht gegen nahen Angehörigen, Wohl des Minderjährigen und Zusammenarbeit mit dem JWT) gegeben sind.⁵⁷⁵

Es stellt sich die Frage, ob der Arzt im Falle einer schweren Körperverletzung eines Minderjährigen verpflichtet ist, eine Meldung an den JWT nach § 54 Abs 6 ÄrzteG zu erstatten, da diese Meldepflicht nach dem Gesetzeswortlaut nur auf die „Fälle des Abs 5“ Bezug nimmt. Aus § 2 Abs 4 JWG lässt sich die Absicht des Gesetzgebers ableiten, dass alle Meldungen an den JWT personenbezogen erfasst und unverzüglich überprüft werden.⁵⁷⁶ Ausschlaggebend ist insbesondere, dass es auf diesem Wege der örtlich zuständigen Behörde ermöglicht wird, alle einen bestimmten Minderjährigen betreffenden Meldungen gesammelt zu erfassen. Sieht der Arzt aus Gründen des Kindeswohls (vorerst) von der Anzeige an die Sicherheitsbehörde ab, kann der JWT überprüfen, ob das Kind bereits früher wegen einer Verletzung behandelt wurde. Wurde bspw das Kind bereits in anderen Krankenhäusern mehrmals aufgrund ähnlicher Verletzungen aufgenommen (sogenannter „Spitaltourismus“), wird der JWT infolge dieser Informationen unverzüglich Anzeige an die Sicherheitsbehörde erstatten, um einer weiteren Kindeswohlgefährdung entgegenzuwirken.⁵⁷⁷ Ich schließe mich der Meinung von *Kletecka-Pulker* und *Zenz* an, dass auch in Fällen einer schweren Körperverletzung eines Kindes immer eine unverzügliche und nachweisliche Meldung an den

⁵⁷³ Zur Definition der schweren Körperverletzung siehe § 84 StGB.

⁵⁷⁴ Vgl *Aigner/Kierein/Kopetzki*, Ärztegesetz 1998³ § 54 Anm 19.

⁵⁷⁵ *Aigner/Kierein/Kopetzki*, Ärztegesetz 1998³ § 54 Anm 12.

⁵⁷⁶ Siehe dazu Kapitel 7.6.1.

⁵⁷⁷ *Kletecka-Pulker*, RdM 2001, 179.

zuständigen JWT notwendig ist.⁵⁷⁸ Vor allem wenn keine Anzeige erstattet wird, ist es wichtig, die entsprechenden Daten beim zuständigen JWT zu sammeln. Da die Erfassung der Daten im Fall der Misshandlung, des Quälens und der Vernachlässigung vorgesehen ist, um dem betroffenen Minderjährigen Unterstützung anzubieten, müssen umso eher die Fälle von schweren Körperverletzungen zentral gesammelt werden. Folglich hat der Arzt, wie *Kletecka-Pulker* mE zutreffend ausführt, auch in Fällen, in denen eine schwere Körperverletzung eines Minderjährigen vorliegt, immer eine zeitnahe und nachweisliche Mitteilung an den zuständigen JWT zu machen.⁵⁷⁹

7.4 Anzeigepflicht bei Verdacht auf leichte Körperverletzung

Ist eine Person, gleich, ob volljährig oder minderjährig, leicht verletzt, ist der Arzt nicht verpflichtet, Anzeige zu erstatten. Resultiert die leichte Körperverletzung aus einer Misshandlung, einem Quälen, einer Vernachlässigung oder sexuellem Missbrauch, gilt das in Kapitel 7.2. Ausgeführte.⁵⁸⁰

7.5 Anzeigepflicht bei Tod

Im Fall des Todes trifft den Arzt ausnahmslos sowohl für volljährige als auch minderjährige Personen eine Anzeigepflicht. Die Ausnahmeregelung des § 54 Abs 5 ÄrzteG kommt hier nicht zum Tragen, da das „Wohl des Minderjährigen“ hier als Grund für eine Einschränkung der Anzeigepflicht keine Rolle mehr spielt.⁵⁸¹

⁵⁷⁸ *Kletecka-Pulker*, RdM 2001, 178 f; *Zenz*, Anzeigepflicht 137.

⁵⁷⁹ *Kletecka-Pulker*, RdM 2001, 179.

⁵⁸⁰ *Kletecka-Pulker*, RdM 2001, 179.

⁵⁸¹ *Aigner/Kierein/Kopetzki*, Ärztegesetz 1998³ § 54 Anm 12; *Kletecka-Pulker*, RdM 2001, 179.

8. Meldungen an den Jugendwohlfahrtsträger

8.1 Personenbezogene Datenerfassung gemäß § 2 Abs 4 JWG

Um entsprechende Hilfe für die betroffenen Kinder und deren Familienangehörige anbieten zu können, ist eine Meldung über den Verdacht auf Kindesmisshandlung an die vor Ort tätigen Mitarbeiter der Jugendwohlfahrtsbehörde unerlässlich. Damit diese Aufgaben effizient erfüllt werden können, müssen alle Informationen über den Verdacht auf Vernachlässigung, Misshandlung oder sexuellen Missbrauch von Minderjährigen bei der zuständigen Behörde gesammelt und personenbezogen erfasst werden. Die RV⁵⁸² führt aus, dass *„das Land im Rahmen seiner Organisationskompetenz dafür Sorge zu tragen hat, dass durch verwaltungstechnische Abläufe bedingte, zeitliche Verzögerungen, die Beeinträchtigungen oder Gefährdungen des Kindeswohls bewirken, vermieden werden.“* Diesbezüglich steht es den Bundesländern offen, einen regelmäßigen Datenaustausch zu vereinbaren.⁵⁸³ Zudem wird betont, dass Meldungen, die an eine unzuständige Behörde adressiert sind, ohne unnötigen Aufschub an die zuständige Behörde weitergeleitet werden müssen. Entsprechendes gilt, wenn sich der gewöhnliche Aufenthalt des Minderjährigen ändert und demzufolge eine andere Behörde örtlich zuständig wird. Dabei muss jedoch beachtet werden, dass die Zulässigkeit der Weitergabe dieser Daten auf die Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Jugendwohlfahrt beschränkt ist und unwahre Daten von Amts wegen zu löschen sind.⁵⁸⁴

8.2 Meldepflicht nach § 37 JWG

Eine weitere wichtige Bestimmung im Hinblick auf den Verdacht auf Kindesmisshandlung ist in § 37 JWG zu finden.

§ 37 Abs 1 JWG verpflichtet Behörden, Organe der öffentlichen Aufsicht sowie Einrichtungen zur Betreuung oder zum Unterricht von Minderjährigen dem JWT über alle bekannt gewordenen Tatsachen Mitteilung zu erstatten, die zur Verhinderung oder zur Abwehr einer konkreten Gefährdung eines bestimmten Kindes essentiell sind.

⁵⁸² ErlRV 1556 BlgNR 20. GP 5 f.

⁵⁸³ Auf diesem Wege soll insbesondere auch dem sogenannten „Spitaltourismus“ entgegengewirkt werden; vgl Zenz, Anzeigepflicht 172.

⁵⁸⁴ ErlRV 1556 BlgNR 20. GP 5 f.

Vor der jüngsten Änderung des JWG waren nur Behörden und Organe der öffentlichen Aufsicht vom Adressatenkreis des § 37 Abs 1 JWG erfasst. Um die Gefährdung des Kindeswohls in einem frühen Stadium erkennen zu können, wurde die Mitteilungspflicht auf Einrichtungen zur Betreuung und zum Unterricht Minderjähriger ausgedehnt. Der Begriff Betreuung soll dabei auch die Beratung mitumfassen. Hintergrund dafür ist, dass Lehrer und Erzieher, genauso wie Ärzte in direktem Kontakt zu Kindern und Jugendlichen stehen und somit Hinweise auf Kindesmisshandlung oftmals als erste wahrnehmen. Durch ein koordiniertes Zusammenarbeiten dieser Einrichtungen mit dem JWT wird es ermöglicht, dass neben konkreten Maßnahmen im Fall einer bereits eingetretenen Gefährdung des Kindeswohls auch Präventionsarbeit geleistet werden kann. Diese Mitteilungspflicht besteht bereits bei einer drohenden Gefährdung.⁵⁸⁵

Von einer drohenden Kindeswohlgefährdung ist auszugehen, wenn für die Meldepflichtigen über den bloßen Verdacht hinausgehende konkrete Anzeichen für eine Gefährdung gegeben sind, wie bspw häufiges bedenkliches Nichterscheinen zum Unterricht.

Hegen in der Begutachtung, Betreuung und Behandlung Minderjähriger tätige Angehörige eines medizinischen Gesundheitsberufes oder in der Jugendwohlfahrt tätige oder beauftragte Personen den Verdacht, dass Minderjährige misshandelt, vernachlässigt oder sexuell missbraucht wurden, haben sie eine Meldung an den JWT zu erstatten, sofern dies zur Verhinderung einer weiteren erheblichen Gefährdung des Kindeswohls erforderlich ist.

Während ursprünglich nur Personen, die zu einer berufsrechtlichen Verschwiegenheit verpflichtet sind, von der Mitteilungspflicht nach § 37 Abs 2 JWG erfasst waren, wurde diese Bestimmung mit der Novelle 2007 auch auf Berufsgruppen, die nicht auf Grund berufsrechtlicher Vorschriften zur Verschwiegenheit verpflichtet sind, erweitert.

Damit wurde ermöglicht, dass die Weitergabe von Informationen, die eine Kindeswohlgefährdung betreffen, ohne Interessenabwägung möglich ist. Diese Wiedergabe ist schließlich nur zulässig, wenn sie der Abwendung oder Beseitigung der Kindeswohlgefährdung dient.

In § 37 Abs 3 ist eine Meldeberechtigung im Hinblick auf sonstige Gefährdungen des Kindeswohls normiert. Unter sonstiger Gefährdung des Kindeswohls sind andere

⁵⁸⁵ErlRV 87 BlgNR 23. GP 2; siehe auch *Wollinger*, Verbesserung des "Frühwarnsystems" im Zusammenhang mit Kindeswohlgefährdungen. Die Jugendwohlfahrtsgesetz-Novelle 2007, iFamZ 2007, 273 (274).

Gefährdungen als Misshandlung, Quälen, Vernachlässigung und sexueller Missbrauch Minderjähriger zu verstehen.⁵⁸⁶

⁵⁸⁶ *Wienerroither in Loderbauer* 182.

9. Schlussbetrachtung

9.1 Zusammenfassung

In dieser Arbeit habe ich versucht, das sensible und heikle Thema „Obsorgeentzug nach Verdacht auf Kindesmisshandlung“ und die in diesem Zusammenhang relevanten gesetzlichen Bestimmungen möglichst klar und übersichtlich aufzubereiten.

Im Mittelpunkt steht als oberste Maxime des Kindschaftsrechts stets das Kindeswohl, das sich wie ein roter Faden durch diese Rechtsmaterie zieht und im Verhältnis zu den „natürlichen Besitzansprüchen“ der Obsorgebetrauten absolute Priorität genießt.⁵⁸⁷ Eine Gefährdung des Kindeswohls liegt bei nachhaltiger Verletzung des Gewaltverbots vor. Dieses Verbot untersagt jede unzumutbare, dem Kindeswohl abträgliche Behandlung. Eine Kindeswohlgefährdung kann dabei auch darin liegen, dass der Obsorgeberechtigte nicht selbst Gewalt gegen sein Kind ausübt, sondern diese Gewaltausübung durch eine dritte Person duldet. Wird ein Kind Opfer einer Misshandlung, muss das Gericht in das durch Art 8 EMRK geschützte Recht auf Familienleben eingreifen und zum Schutz des Kindes, unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls, den Entzug der elterlichen Rechte anordnen.

Zumindest im Fall einer besonders schweren Kindesmisshandlung stellt nach der neueren Rsp des OGH nicht erst die erwiesene Mitwirkung an dieser einen Grund für die Obsorgeentziehung dar, sondern schon ein qualifizierter Verdacht, selbst wenn trotz umfassender Ermittlungen und Befragungen nicht eindeutig festgestellt werden kann, ob eine Kindesmisshandlung tatsächlich erfolgte.

Auch ein (in dubio) Freispruch im Strafverfahren kann im Obsorgestreit maximal als Indiz dafür verwendet werden, dass sich der Tatverdacht gegen den Obsorgeberechtigten minimiert hat. Freisprechende Strafurteile entfalten somit keine Bindungswirkung in Zivilverfahren, auch wenn darin die Feststellung erfolgte, dass der Beschuldigte die Tat, deren er verdächtigt wird, nicht begangen hat.

Die in dieser Arbeit dargelegten Gerichtsentscheidungen belegen, dass die Gerichte umso eher von einer Legitimation ihres Tätigwerdens ausgehen je schwerwiegender die Verdachtsmomente im Einzelfall sind. Wie *Aichinger* mE zutreffend ausführt, ist dies

⁵⁸⁷ *Aichinger*, Zak 2010/136, 89.

jedenfalls sachgerecht, da es die Vorsicht gebietet, die Obsorge im Zweifelsfall einmal zu oft als einmal zu wenig zu entziehen, auch wenn die Praxis zeigt, dass sich rückblickend nicht jeder Verdacht bewahrheitet.⁵⁸⁸ Nur durch das Einschreiten in einem möglichst frühen Stadium können irreversible körperliche und seelische Schäden sowie unnötiges Kindesleid verhindert werden. Daher darf ein Kind nie zu spät aus dem Gefahrenbereich gebracht werden, da jeder einzelne Fall einer Kindesmisshandlung ein Fall zu viel ist.⁵⁸⁹

Hinzuweisen ist weiters darauf, dass auch nach der (vorläufigen) Entziehung der Obsorge dem betreffenden Elternteil gewisse Mindestrechte (Besuchsrecht, Informations- und Äußerungsrechte) verbleiben und somit eine gänzliche Entfremdung vom Familienverband im Normalfall grundsätzlich zu verneinen ist.

Wurde infolge einer Obsorgeentziehung unter Berufung auf Art 8 EMRK Beschwerde beim EGMR eingebracht, lässt der Blick auf die Spruchpraxis klar erkennen, dass dieser für den vollzogenen Grundrechtseingriff seitens der nationalen Behörden bisher immer eine Rechtfertigung gefunden hat.⁵⁹⁰

Im Kampf gegen Kindesmisshandlung ist ein multidisziplinäres Vorgehen und die Kooperation verschiedenster Institutionen und Hilfseinrichtungen unumgänglich. Eine tragende Rolle kommt insbesondere auch der ärztlichen Anzeigepflicht zu, da diese Berufsgruppe oftmals die erste ist, die entsprechende Vorfälle wahrnimmt und dadurch möglichst rasch weitere Misshandlungen verhindern kann.

Um diese düstere Realität zu bekämpfen und um die Gesellschaft für dieses Thema zu sensibilisieren, bedarf es freilich auch der Aufklärungsarbeit und umfassender Prävention. Insbesondere ist an die Zivilcourage und an den gesunden Menschenverstand jener Personen zu appellieren, die mit solchen Missständen konfrontiert werden, wenn es heißt **hinschauen und nicht wegschauen wenn die Kinderseele weint**.

⁵⁸⁸ *Ruby*, ÖA 2001, 155.

⁵⁸⁹ Vgl *Aichinger*, Zak 2010/136, 89.

⁵⁹⁰ *Aichinger*, Zak 2010/136, 90.

9.2 Ausblick

Österreich hat sich 1992 mit der Ratifikation der UN-Konvention über die Rechte des Kindes verpflichtet, den Schutz von Kindern und Jugendlichen vor Gewalt und Ausbeutung zu gewährleisten.⁵⁹¹ Sichert wird dieser Kinderschutz und die Fürsorge seither durch eine breite Palette von Maßnahmen, deren gesetzliche Grundlage bis dato primär das JWG aus dem Jahre 1989, welches zuletzt 1999 substantiell geändert wurde, sowie die korrespondierenden Bestimmungen des Bürgerlichen Rechts sind.⁵⁹² Da die in der Zwischenzeit eingetretenen einschneidenden gesellschaftlichen Veränderungen die soziale Arbeit mit Familien vor geänderte Herausforderungen stellen und somit einen Wandel im System der Jugendwohlfahrt, insbesondere eine Konkretisierung der Aufgabenstellungen und eine Festlegung von Mindeststandards der Leistungserbringungen erfordern, wurde am 16.10.2009 ein Ministerialentwurf⁵⁹³ über ein **Bundes-Kinder- und Jugendhilfegesetz 2010** (B-KJHG 2010), das ursprünglich bereits mit 1. 4. 2010 in Kraft treten hätte sollen, zur Begutachtung versandt.⁵⁹⁴ Das zentrale Ziel der Neuformulierung des Bundesgrundsatzgesetzes ist die professionelle Überprüfung von Verdachtsfällen auf Kindeswohlgefährdung, um den Schutz von Kindern und Jugendlichen zu verbessern und trotzdem nur in angemessenem Umfang in familiäre Beziehungen einzugreifen.⁵⁹⁵

Hervorheben möchte ich im Zusammenhang mit der Thematik dieser Arbeit die in § 22 dieses Ministerialentwurfs aufgenommene sogenannte „Gefährdungsabklärung“. Diese muss umgehend eingeleitet werden, sobald aufgrund einer Mitteilung von Fachkräften, die gemäß § 37 oder aufgrund berufsspezifischer Bestimmungen zur Anzeige verpflichtet sind, der Verdacht auf eine Kindeswohlgefährdung gehegt wird. Die unverzügliche Verpflichtung zur Überprüfung wird auch bei Mitteilungen Dritter ausgelöst, sofern deren Angaben konkret sind und glaubwürdig erscheinen. Die Gefährdungsabklärung ist erforderlich, um Einblicke in die konkrete Erziehungssituation des Kindes zu erlangen und eine etwaige Kindeswohlgefährdung einzuschätzen bzw die weitere Vorgehensweise beurteilen zu können. Bei der Gefährdungsabklärung müssen fachliche Standards befolgt sowie die Verfahrensschritte und die daraus erlangten Erkenntnisse dokumentiert werden. Eine zentrale Bedeutung kommt dabei der Führung professioneller Gespräche mit den betroffenen Kindern

⁵⁹¹ 114/ME 24. GP Mat 4; ausführlich zur KRK siehe Kapitel 4.1.

⁵⁹² 114/ME 24. GP Mat 4; ausführlich dazu siehe Kapitel 4.

⁵⁹³ ME BKJHG 2010, 114/ME 24. GP.

⁵⁹⁴ 114/ME 24. GP Mat 1, 24.

⁵⁹⁵ 114/ME 24. GP Mat 1.

und Jugendlichen, deren Eltern bzw anderen mit der Pflege und Erziehung betrauten Personen, der Durchführung von Hausbesuchen sowie der strukturierten Zusammenarbeit von Fachleuten (Vieraugenprinzip) und diversen Einrichtungen zu.⁵⁹⁶

Im Anschluss an die Gefährdungsabklärung ist ein Hilfeplan für die betroffenen Personengruppen zu erstellen. Im Zuge dessen müssen jene Ziele definiert und Hilfen ausgewählt werden, die für die Erreichung des Zieles und das Wohl der konkreten Kinder und Jugendlichen am erfolgsversprechendsten erscheinen.⁵⁹⁷

Es wäre wünschenswert, dass das Abklärungsverfahren, welches einen kontrollierten Eingriff in das Privatleben von Familien gewährleistet und ein wichtiges Diagnoseinstrument zum Schutz von Kindern darstellt, ehestmöglich gesetzlich verankert wird, um das Finden einer sachgerechten Lösung zu erleichtern.⁵⁹⁸

⁵⁹⁶ 114/ME 24. GP Mat 14 f.

⁵⁹⁷ 114/ME 24. GP Mat 15.

⁵⁹⁸ Vgl dazu *Zinner*, Das Verfahren zur Abklärung von Kindeswohlgefährdung, iFamZ 2008, 101 *passim*.

„Wir sind nicht nur verantwortlich für das, was wir tun, sondern auch für das, was wir nicht tun!“

Jean Baptist Moliere

LITERATURVERZEICHNIS

Aichinger Georg, Obsorgeentzug nach Verdacht auf Kindesmisshandlung. Aus Anlass der OGH-E 6 Ob 18/09d = Zak 2009/326, 215, Zak 2010/136, 86.

Aigner Gerhard/Kierein Michael/Kopetzki Christian (Hrsg), Ärztesgesetz 1998³ (Wien 2007).

Benzoni Gabriela, Kinder- und Jugendanwaltschaften Österreichs. Ombudsstelle und Interessenvertretung für Kinder und Jugendliche mit Gewalterfahrungen, ÖA 2001, 193.

Bernat Erwin, Das Kindeswohl auf dem Prüfstand des Rechts – Gedanken zur Funktionsbestimmung einer familienrechtlichen Generalklausel, ÖA 1994, 43.

Bundesministerium für Gesundheit, Familie und Jugend (Hrsg), Gewalt gegen Kinder und Jugendliche, Leitfaden für die Kinderschutzarbeit in Gesundheitsberufen (Wien 2008).

Bundesministerium für Sicherheit und Generationen (Hrsg), Gewaltbericht 2001 (Wien 2002).

Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend (Hrsg), Die Rechte von Kindern und Jugendlichen – Kinderrechtskonvention⁴ (Wien 2011).

Bundesministerium für Wirtschaft, Jugend und Familie (Hrsg), Familie - Kein Platz für Gewalt (?) 20 Jahre gesetzliches Gewaltverbot in Österreich (Wien 2009).

Bydlinski Franz, Fundamentale Rechtsgrundsätze. Zur rechtsethischen Verfassung der Sozietät (Wien-New York 1988).

Bydlinski Franz, System und Prinzipien des Privatrechts (Wien-New York 1996).

Caroni Martina, Das Recht des Kindes auf die familiäre Umgebung – aus der Perspektive der EMRK, in *Marauhn Thilo* (Hrsg), Internationaler Kinderschutz (Tübingen 2005) 43.

Coester Michael, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff. Die richterliche Entscheidung über die elterliche Sorge beim Zerfall der Familiengemeinschaft (Frankfurt am Main 1983).

Coester Michael, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, in *Deutscher Familiengerichtstag e.V.* (Hrsg), Brühler Schriften zum Familienrecht IV. Sechster Deutscher Familiengerichtstag (Brühl 1986).

Deixler-Hübner Astrid, Die Obsorgerechtsregelung nach der Ehescheidung, ÖJZ 1993, 722.

Deixler-Hübner Astrid, Ministerialentwurf Kindschaftsrecht: Die geplante Teilnahme an der Obsorge, *ecolex* 2000, 268.

Deixler-Hübner Astrid, Die neuen familienrechtlichen Verfahrensbestimmungen, in *Ferrari Susanne/Hopf Gerhard* (Hrsg), Reform des Kindschaftsrechts (Wien 2001) 115.

Deixler-Hübner Astrid, Familienrechtliche Bestimmungen, in *Loderbauer Brigitte* (Hrsg), Kinder- und Jugendrecht³ (Wien 2004) 35.

Diederichsen Uwe, Die Flucht des Gesetzgebers aus der politischen Verantwortung im Zivilrecht (Karlsruhe 1974).

Dullinger Silvia, Die gesetzliche Vertretung Minderjähriger bei Rechtsgeschäften, RZ 1986, 202.

Ebert Kurt, "First call for children!" Zur Notwendigkeit einer Verfassungs- und völkerrechtskonformen Familienrechtsreform in Österreich, JBl 1995, 69.

Engel Sabine, Probleme der Obsorgezuteilung bei Trennung der Eltern, ÖJZ 1994, 542.

Ent Herbert, Die Neuordnung der Anlegung von Mündelgeld, NZ 1976, 33.

Ent Herbert, Das neue Kindschaftsrecht, besonders die Regeln über die Vermögensverwaltung und gesetzliche Vertretung, NZ 1978, 177.

Ent Herbert, Zur Rechtslage auf dem Gebiet des Pflegekinderwesens, ÖJZ 1978, 617.

Fahrenhorst Irene, Der Schutz elterlicher Rechte bei einer Trennung von Eltern und Kind und die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, FamRZ 1996, 454.

Fasching Hans W./Konecny Andreas (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen III² (Wien 2004).

Fast Wolfgang, Mündelsicher im Wandel der Zeit, RZ 2003, 124.

Fenyves Attila/Kerschner Ferdinand/Vonkilch Andreas (Hrsg), Klang Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch - §§ 137 bis 267³ (Wien 2008).

Ferrari-Hofmann-Wellenhof Susanne, Zum Besuchsrecht des geschiedenen Ehegatten, in *Harrer Friedrich/Zitta Rudolf* (Hrsg), Familie und Recht (Wien 1992) 621.

Ferrari Susanne, Die Obsorge bei Trennung und Scheidung der Eltern nach dem KindRÄG 2001, in *Ferrari Susanne/Hopf Gerhard* (Hrsg), Reform des Kindschaftsrechts (Wien 2001) 53.

Figdor Helmuth, Obsorge, Kindeszuteilung, Besuchsrecht – Betrachtung aus psychoanalytischer Sicht, ÖA 1994, 167.

Filler Ewald, Eine Sternstunde für Kinderrechte! ÖA 1995, 18.

Filler Ewald/Haslinger Markus, Die völkerrechtliche Stellung des Kindes in Österreich, in *Lehner Oskar* (Hrsg), Kinder- und Jugendrecht² (Wien 1998) 325.

Fischer-Czermak Constanze, Beistandspflichten und Vertretung in Obsorgeangelegenheiten nach dem FamRÄG 2009, EF-Z 2010/2, 4.

- Fischer Johannes*, Offene Fragen zu § 215 Abs 1 Satz 2 ABGB, ÖA 1994, 89.
- Friedrich Max H.*, Kindesmisshandlung und Kindesmissbrauch, ÖA 2000, 5.
- Foerster Max*, Transfer der Ergebnisse von Strafverfahren in nachfolgenden Zivilverfahren (Tübingen 2008).
- Frowein Jochen/Peukert Wolfgang*, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar³ (Berlin 2009).
- Fucik Robert*, Das Spannungsfeld zwischen Kindeswohl und Elternrecht aus der Sicht des Pflschaftsrichters, ÖA 1996, 43.
- Fucik Robert*, Die Vermögensverwaltung nach dem KindRÄG 2001. Vom Obervormund zur Missbrauchskontrolle, in *Ferrari Susanne/Hopf Gerhard* (Hrsg), Reform des Kindschaftsrechts (Wien 2001) 35.
- Fürst Helmut*, Mindestrechte von nicht obsorgeberechtigten Elternteilen, ÖA 1998, 89.
- Geimer Manuela*, Obsorgeregelung nach Scheidung der Eltern – KindRÄG 2001, JAP 2002/2003, 72.
- Gitschthaler Edwin*, Handlungsfähigkeit minderjähriger und besachwalteter Personen. Eine Darstellung aus materiellrechtlicher Sicht, ÖJZ 2004, 81 und 121.
- Grabenwarter Christoph*, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (München 2009).
- Gründler Bettina*, Die Neuregelung einer Teilnahme an der Obsorge nach Trennung und Scheidung der Eltern durch den Entwurf des KindRÄG 1999, ÖJZ 2000, 332.
- Gründler Bettina*, Die gemeinsame Obsorge nach dem KindRÄG 2001, ÖJZ 2001, 701.
- Gründler Bettina*, Die Obsorge nach Scheidung und Trennung der Eltern im europäischen Rechtsvergleich (Frankfurt am Main 2002).
- Haidenthaller Patricia*, Schwerpunkte der Kindschaftsrechts-Reform 2001. Ein Vergleich der früheren mit der neuen Rechtslage, JBl 2001, 622.
- Haslinger Markus*, Bewirkt die UN-Konvention über die Rechte des Kindes einen neuen völkerrechtlichen oder menschenrechtlichen Status des Kindes in Österreich? in *Rauch-Kallat Maria/Pichler Johannes* (Hrsg), Entwicklungen in den Rechten der Kinder (Wien-Köln-Weimar 1994) 49.
- Haybäck Richilde*, Staat, Recht und Kindeswohl. Einige sozialwissenschaftliche Überlegungen unter Berücksichtigung der österreichischen Situation, ÖA 1993, 4.
- Hedemann Justus Wilhelm*, Die Flucht in die Generalklausel. Eine Gefahr für Recht und Staat (Tübingen 1933).
- Hinteregger Monika*, Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht, ÖJZ 1999, 741.

Hinteregger Monika, Familienrecht⁴ (Wien 2009).

Hopf Gerhard, Die Rechtsstellung des Elternteils, bei dem sich das Kind nicht hauptsächlich aufhält, nach dem KindRÄG 2001, in *Ferrari Susanne/Hopf Gerhard* (Hrsg), Reform des Kindschaftsrechts (Wien 2001) 69.

Hopf Gerhard, Neues im Ehe- und Kindschaftsrecht. Änderungen des ABGB und des EheG durch das FamRÄG 2009, ÖJZ 2010, 154.

Hopf Gerhard/Weitzenböck Johann, Schwerpunkte des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001, ÖJZ 2001, 485 und 530.

Horny Rudolfine/Noll Jürgen, Die Religionszugehörigkeit zu den Zeugen Jehovas als Kriterium im Obsorgerecht, ÖA 2000, 132.

Jaksch-Ratajczak Wojciech, Von der Betrauung mit der Obsorge nach ABGB und JWG, EF-Z 2007/55, 85.

Jausovec Sibylle, Das Besuchsrecht zwischen Eltern und Kind (Wien 2009).

Jesionek Udo, Die rechtlichen Aspekte der Kindesmisshandlung, ÖA 1986, 35.

Jorio Tino, Der Inhaber der elterlichen Gewalt nach dem neuen Kindesrecht (Zürich 1977).

Kapfer Hans, Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch¹² (Wien 1977).

Kerschner Ferdinand, Bürgerliches Recht V: Familienrecht⁴. Springers Kurzlehrbücher der Rechtswissenschaft, Bürgerliches Recht, hrsgg von *Apathy Peter* (Wien-New York 2010).

Kinderschutz-Zentrum Graz, Informationsbroschüre Kinderschutz plus, 02/10.

Klang Heinrich/Fenyves Attila/Welser Rudolf (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch §§ 137 bis 186a³ (Wien 2000).

Klein Ingomar, Das Pflegeverhältnis und die rechtliche Stellung von Pflegeeltern (§§ 186 und 186a ABGB), ÖA 1992, 135.

Klein Ingomar/Strauß Herwig/Brosch Otmar, Das Kindschaftrecht-Änderungsgesetz, ÖA 1989, 72.

Klein Ingomar, Eigener Besuchsrechtsanspruch des Kindes – eine Utopie?, ÖA 1992, 6.

Kletecka-Pulker Maria, Die neue Regelung der ärztlichen Anzeigepflicht, RdM 2001, 175.

Kolbitsch Christine, Wider die gemeinsame Obsorge nach Scheidung, ÖJZ 1997, 326.

Koziol Helmut/Bydlinski Peter/Bollenberger Raimund (Hrsg), Kurzkommentar zum ABGB³ (Wien 2010).

Koziol Helmut/Welser Rudolf (bearbeitet von *Kletečka Andreas*), Grundriss des bürgerlichen Rechts I: Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht¹³ (Wien 2006).

Leeb Claudia/Priehl Karin, Die Mindestrechte des nicht Obsorgeberechtigten (§ 178), ÖJZ 1995, 613.

Lukas Meinhard, Die Geschäftsfähigkeit und die gesetzliche Vertretung Minderjähriger im österreichischen Privatrecht unter dem Blickwinkel der „UN-Konvention über die Rechte des Kindes“, in *Rauch-Kallat Maria/Pichler Johannes* (Hrsg), Entwicklungen in den Rechten der Kinder im Hinblick auf das UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes (Wien-Köln-Weimar 1994) 291.

Maleczky Oskar, Zur Strafbarkeit der "G'sunden Watsch'n", ÖJZ 1993, 625.

Maleczky Oskar, Unvernünftige Verweigerung der Einwilligung in die Heilbehandlung, ÖJZ 1994, 681.

Maleczky Oskar, Erziehung und Strafrecht⁴ (Wien 2010).

Mnookin Robert H., Was stimmt nicht mit der Formel „Kindeswohl“? FamRZ 1975, 1.

Mottl Ingeborg, Die Sorge der Eltern für ihre Kinder. Rechtsvergleichende Gegenüberstellung der österreichischen und der deutschen Rechtslage (Frankfurt am Main 1992).

Mottl Ingeborg, Das Kind: Rechtssubjekt oder nur Spielball familiärer Auseinandersetzungen? Kritische Auseinandersetzung mit der Obsorge des österreichischen Rechts einerseits und den in der UN-Konvention über die Rechte des Kindes verankerten Grundrechten andererseits, in *Rauch-Kallat Maria/Picher Johannes* (Hrsg), Entwicklungen in den Rechten der Kinder (im Hinblick auf das UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes) (Wien-Köln- Weimar 1994) 167.

Mottl Ingeborg, Alte und neue rechtliche Instrumente gegen Gewalt in der Familie, ÖJZ 1997, 542.

Nademleinsky Marco, Der persönliche Verkehr zwischen Kind und „Dritten“. Die österreichische Rechtslage und Anforderungen der EMRK, ÖJZ 2006/19.

Pernhaupt Günter/Czermak Hans, Die gesunde Ohrfeige macht krank – Über den alltäglichen Umgang mit Kindern³ (Wien 1991).

Pfaff Sabine, Kinderrechte in Theorie und Praxis - Die Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention in Costa Rica (Hamburg 2010).

Pichler Helmut, Das neue Kindschaftsrecht, ÖA 1978, 21.

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

Pichler Helmut, Neues im Kindschaftsrecht, JBl 1989, 677.

Pichler Helmut, Die Kinder der Zeugen Jehovas – Probleme der Obsorgezuteilung und der Bluttransfusion, ÖA 1994, 171.

Pichler Helmut, Probleme der gemeinsamen Obsorge, ÖJZ 1996, 92.

Pollak Arnold, Die Anzeigepflicht nach § 27 ÄrzteG, ÖÄZ 1985 H 17, 32.

Posch Willibald, Zur Neuregelung der „rein persönlichen“ Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern nach dem BG 30. 6. 1977 BGBl 403, in *Ostheim Rolf* (Hrsg), Schwerpunkte der Familienrechtsreform 1977/1978: Entscheidungshilfen für die Praxis (Wien 1979) 9.

Rauch-Kallat Maria, Vorwort der Bundesministerin, in *Rauch-Kallat Maria/Pichler Johannes* (Hrsg), Entwicklungen in den Rechten der Kinder im Hinblick auf das UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes (Wien-Köln-Weimar 1994) 11.

Ruby Maria M., Der Missbrauch mit (behauptetem) sexuellen Missbrauch im Pflegschaftsverfahren, ÖA 2001, 155.

Rummel Peter (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³ (Wien 2000).

Rummel Peter (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Ergänzungsband zur 3. Auflage (Wien 2003).

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

Schall Ulrich, Sorgerecht-Sorgepflicht-Sorgekonflikt, ÖA 1996, 152.

Schick, Zur Anzeigepflicht der Ärzte, in Festschrift für Reinhard Moos zum 65. Geburtstag (Wien 1997) 303.

Schmidt-Bleibtreu Bruno/Hofmann Hans/Hopfauf Axel (Hrsg), Kommentar zum Grundgesetz¹¹ (München 2008).

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

Schiich Konrad, Das österreichische Kindschaftsrecht, ÖA 1980, 31.

Schwarzl Ursula, Obsorge, Kuratel und Sachwalterschaft nach dem KindRÄG 2001, in *Ferrari Susanne/Hopf Gerhard* (Hrsg), Reform des Kindschaftsrechts (Wien 2001) 19.

Schwimann Michael, Kindesunterhalt und elterliche Gewalt, in *Floretta Hans* (Hrsg), Das neue Ehe- und Kindschaftsrecht (Salzburg 1979) 149.

Schwimann Michael (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I² (Wien 2002).

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

Stefula Martin, Zu den allgemeinen familiären Beistandspflichten, ÖJZ 2005, 609.

Stefula Martin, Die Neuerungen zur Patchworkfamilie. Anwendungsbereich und Reichweite von § 90 Abs 3 und § 137 Abs 4 ABGB, iFamZ 2009, 266.

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

Stolzlechner Harald, Die Übertragung der Obsorge auf einen Elternteil nach Eheauflösung bzw nach einer nicht bloß vorübergehenden Trennung der Eltern (§177 ABGB) im Lichte des Art 8 MRK sowie des Art 5 des 7. ZProt, in *Harrer Friedrich/Zitta Rudolf* (Hrsg), Familie und Recht (Wien 1992) 785.

Stolzlechner Harald, Überlegungen zur ärztlichen Verschwiegenheits-, Anzeige- und Meldepflicht, RdM 2000, 67.

Tews Günter, Aussagepsychologie – ein verfeimtes Fachgebiet in Österreichs Strafjustiz? Ein kritischer Blick auf einen Teilaspekt von Strafverfahren wegen sexuellen Missbrauchs an Kindern, RZ 2005, 58.

Thun-Hohenstein Leonhard, Kinderschutzgruppenarbeit in Österreich, WMW 2005, 155/15-16, 365.

Verhellen Eugeen, Das UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes: Entstehungsgeschichte, Inhalte und Ausblicke, in *Filler Edwald* ua (Hrsg), Kinder, Kinderrechte und Kinderpolitik (Wien 1994) 66.

Verschraegen Bea, Das Kind „Helene“, in Festschrift für Fritz Schwind zum 80. Geburtstag (Wien 1993) 227.

Verschraegen Bea, Die Kinderrechtskonvention (Wien 1996).

Verschraegen Bea, Gemeinsame Obsorge - ausländisches Recht und UN-Kinderrechtskonvention, ÖJZ 1996, 257.

Vökl-Kernstock Sabine/Bein Nicolas/Klicpera Christian/Friedrich Max, Evaluierung kinderpsychologischer und kinderpsychiatrischer Sachverständigengutachten aus Sicht österreichischer Familienrichter. Erfahrungen, Einschätzungen und Perspektiven, FamZ 2006, 241.

Wallisch Gert, Der „andere Elternteil“ und das Besuchsrecht (KindRÄG 2001), ÖJZ 2002, 487.

Weitzenböck Johann, Die Handlungsfähigkeit Minderjähriger nach dem KindRÄG 2001, insbesondere in Angelegenheiten der medizinischen Behandlung, in *Ferrari Susanne/Hopf Gerhard* (Hrsg), Reform des Kindschaftsrechts (Wien 2001) 1.

Wiemann Irmela, Die Rückkehr von Pflegekindern in ihre Herkunftsfamilie, ÖA 2004, 244.

Wienerroither Peter, Jugendwohlfahrtsrecht, in *Loderbauer Brigitte* (Hrsg), Kinder- und Jugendrecht³ (Wien 2004) 175.

Wilhelm Georg, Die Sphinx zur Mündelgeldveranlagung, *ecolex* 1999, 301.

Wollinger Andreas, Verbesserung des "Frühwarnsystems" im Zusammenhang mit Kindeswohlgefährdungen. Die Jugendwohlfahrtsgesetz-Novelle 2007, *iFamZ* 2007, 273.

Zankl Wolfgang, Eigenmächtige Heilbehandlung und Gefährdung des Kindeswohls, *ÖJZ* 1989, 299.

Zinner Brigitte, Das Verfahren zur Abklärung von Kindeswohlgefährdung, *iFamZ* 2008, 101.

Verzeichnis der Quellen aus dem Internet

Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend, Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern <http://www.kinderrechte.gv.at/home/thema-des-monats/content.html> (22.2.2011).

Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend, Die UN-Kinderrechtskonvention (KRK) <http://www.kinderrechte.gv.at/home/un-konvention/content.html> (22.2.2011).

Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend, Grundprinzipien <http://www.kinderrechte.gv.at/home/un-konvention/prinzipien/content.html> (22.2.2011).

Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend, Weltkindergipfel <http://www.kinderrechte.gv.at/home/international/un/weltkindergipfel/content.html> (22.2.2011).

Fandler, Kinderschutzgruppe an Grazer Kinderklinik <http://www.gsund.net/cms/beitrag/10114454/2875326/> (22.2.2011).

Kinder- und Jugendanwaltschaften, KIJA über KIJA <http://www.kija.at/index.php/kija#adressen> (20.2.2011).

Rupp, Gewalt gegen Kinder <http://www.aerztezeitung.at/archiv/oeaez-2010/oeaez-4-25022010/gewalt-gegen-kinder-misshandlung.html> (20.02.2011).