

Stellungnahme der
ARGE FAMILIENSCHUTZ zum 'Kinderbeistand'

Gesetzesentwurf BMJ-B4.500/0012-I 1/2009 in Begutachtung

9 – 11 – 9

I.) Stellungnahme der ARGE FAMILIENSCHUTZ zum Kinderbeistand

II.) Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)

III.) Verletzung der UN-Kinderrechts-Konvention (UN-KRK)

IV.) Weitere wesentliche Mängel im derzeitigen Gesetzesentwurf

V.) Zusammenfassende Schlussbemerkung

I.) Stellungnahme der ARGE FAMILIENSCHUTZ zum Kinderbeistand

Wir haben den Entwurf des Bundesministeriums für Justiz zu einem Kinderbeistand-Gesetz (BMJ-B4.500/0012-I 1/2009) sorgfältig geprüft.

In Vertretung vieler vom aktuellen Familienrecht Betroffener, insbesondere von Kindern und nicht obsorgeberechtigten Elternteilen, nehmen wir wie folgt Stellung:

Österreich hat die UN-Konvention über die Rechte des Kindes bereits vor über 17 Jahren ratifiziert. Die Österreichische Bundesregierung ist ihrer Verpflichtung (gem. BGBl Nr. 7/1993 vom 08.01.1993, in Kraft seit 05.09.1992) diesen Staatsvertrag im Sinne des Art. 50 Abs. 2 B-VG umzusetzen, bis heute nicht nachgekommen!

Die Institution des Kinderbeistands in der entworfenen Form hat **NICHTS** mit der Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention zu tun, und ist zur tatsächlichen Umsetzung des Kinderwillens absolut ungeeignet. Der Kinderbeistand im Sinne des § 104a AußStrG ist ein untauglicher Versuch die grundlegenden Versäumnisse bei der Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention zu verdecken und geht aus diesem Grund an den wesentlichen Problemen vorbei. Daher ist im gegenständlichen Entwurf auch das notwendige Amtshaftungsgesetz nicht vorgesehen.

Die UN-Kinderrechtskonvention ist daher unverzüglich umzusetzen, zugleich sind die erweiterten Rechte der Kinder in der Verfassung zu verankern.

Es gilt gesetzliche Rahmenbedingungen zu entwickeln, die...

- eine wesentliche Verfahrensbeschleunigung garantieren - im „worst case“ eine maximale Verfahrensdauer von 4 Monaten - und die gleichzeitig die Gerichte entlasten.
- eine „gelebte“ gemeinsame Obsorge als Regelfall vorsehen
- den Kontaktabbruch zu einem Elternteil verhindern und dies bis über das 14. Lebensjahr des Kindes hinaus konsequent erfüllen.
Es gilt sicherzustellen, dass jedem Kind der natürliche familiäre Lebensraum beider Herkunftsfamilien zur Verfügung steht, in dem es seine körperlichen, gefühlsmäßigen, geistigen, sozialen, und sonstigen Eigenschaften, Fähigkeiten und Beziehungen entwickeln kann. Dadurch wird das Kind zunehmend befähigt für das eigene Wohlergehen im Einklang mit den Rechtsnormen und seiner Umwelt sorgen zu können.
- eine gesamtheitlich gleichberechtigte Erfüllung der wechselseitigen Rechte und Pflichten zwischen Eltern und Kindern im Sinne der gemeinsamen Obsorge ermöglicht und die Garantenstellung beider Eltern nachhaltig einfordert.

Dementsprechende Maßnahmen sind zu treffen, sodass die „abhanden gekommene“ Rechtssicherheit wieder hergestellt wird, die Einhaltung geltender Gesetze und Gerichtsbeschlüsse gewährleistet ist, und dass auf Zuwiderhandeln entsprechend ausformulierte Sanktionen zwingend folgen.

II.) Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)

Das derzeitige Familienrecht verletzt durch seine Anwendung und durch seine bisher unvollständige Umsetzung der '**UN-Konvention über die Rechte des Kindes**' die EMRK.

Aus den materiellen Rechtsschutzgeboten der EMRK zur Gewährleistung der in der EMRK verbürgten Rechte, jedenfalls aber der nachstehend zitierten Bestimmungen der EMRK, resultieren grundlegende staatliche Schutzpflichten.

Diese Schutzpflichten sollen im Sinne eines vollständigen „effet utile“ sicherstellen, dass das betreffende materielle Konventionsrecht in seinem vollen Kontext auch faktisch gewährleistet werden kann.

Dies ist ein Grundziel, auf dem die gesamte evolutive Auslegung der EMRK durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte beruht und welches schlechthin dogmatisch im Sinne der vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte herangezogenen Fortentwicklungskriterien der Grund- und Menschenrechte und damit der Grundrechtsinterpretation des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte liegt.

Diese Schutzpflichten sind gegenständlich verletzt!

Artikel 2 EMRK

normiert substanzielle als auch prozessuale Schutzpflichten des Staates hinsichtlich des Lebens. Durch einen Obsorge-Entzug verweigert der Staat dem Nicht-Obsorgenden die Möglichkeit zur Erfüllung seiner gesetzlich festgelegten Garantenstellung gegenüber dem Kind, insbesondere bei Entscheidungen in Fällen von lebenserhaltenden und lebensrettenden Operationen.

Artikel 3 EMRK

normiert eine positive Schutzpflicht und verpflichtet aufgrund dieser Garantie, Maßnahmen zu ergreifen, um jeden vor Folter, unmenschlicher und erniedrigender Behandlung oder Strafe zu schützen.

Aus Artikel 3 EMRK folgt nicht nur eine Unterlassungspflicht des Staates (status negativus), sondern auch eine positive Schutzpflicht (status activus). Artikel 3 EMRK verpflichtet den Staat insofern (auch) dafür Sorge zu tragen, dass eine dem Artikel 3 EMRK zuwiderlaufende Behandlung durch Privatpersonen unterbleibt (EGMR 23. 09. 1998 A, ÖJZ 1999, 617)

Der Obsorgeentzug ohne strafrechtliche Verurteilung des Obsorgeberechtigten für Straftaten gegen (allein) das Kind ist gängige Praxis und Rechtslage in Österreich. Wissenschaftlich unbestritten ist, dass diese Maßnahme als psychische Folter des Kindes anzusehen ist.

Artikel 6 EMRK

normiert das Recht auf gerichtliches Gehör. Ein Kinderbeistand ohne jegliche Antragslegitimation und Rechtsmittelbefugnis widerspricht daher diesem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Menschenrecht.

Der ebenfalls in Artikel 6 EMRK verankerte Grundsatz der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Gerichte wird durch den Umstand verletzt, dass Richter, Gutachter, Jugendamt oftmals a priori bereits als Gegner eines obsorgewilligen Vaters auftreten. Von einer sogenannten 'Waffengleichheit' kann daher in vielen Fällen nicht die Rede sein.

Artikel 8 EMRK

normiert die Achtung der Familienrechte. Die Missachtung des Rechtes des Kindes auf beide Elternteile und vice versa die Missachtung der Obsorgerechte der jeweilig entrechteten Elternteile, meist der Kindesväter, ist tägliche Rechtspraxis.

Artikel 8 EMRK – das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens – gilt auch für jedes Kind!

Die Europäische Menschenrechtskonvention ist gemäß BVG BGBl. Nr. 59/1964 mit Verfassungsrang ausgestattet.

(1) „ Jedermann hat Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, seiner Wohnung und seines Briefverkehrs.“

(2) „Der Eingriff einer öffentlichen Behörde in die Ausübung dieses Rechts ist nur statthaft, insoweit dieser Eingriff gesetzlich vorgesehen ist und eine Maßnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit und der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist.“

Diese von Österreich ratifizierte Bestimmung der EMRK wird permanent in Obsorge- und Besuchsrechtsverfahren verletzt. Die durch Pflugschaftsgerichte geduldete bis unterstützte Isolation des Kindes vom nicht-obsorgeberechtigten Elternteil, wegen irgendwelcher behaupteter Befindlichkeiten des obsorgenden Elternteils, stellt einen eindeutigen rechtswidrigen Eingriff in ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Grundrecht (Verfassungsbruch – unzulässiger Eingriff) durch Behörden und Gerichte dar.

Besuchsblockade ist eine Straftat – ein Gesetzesbruch – durch den Obsorgenden gegen das Kind. Die Duldung der Besuchsblockade ist eine Verletzung des Artikel 8 EMRK und somit ein vorsätzlicher Beitrag zu dem zuvor angeführten Verfassungsbruch durch die Gerichte.

Weil das befassende Gericht dabei oftmals gleichheitswidrig agiert, da es willkürlich und leichtfertig entscheidet und jegliche (richtige) Begründung mangels Erforschung des wahren Sachverhalts grundsätzlich fehlt, verletzt das Gericht durch die jeweilige Duldung dieser Missstände, trotz rechtskräftiger Beschlüsse, immer das Recht des betroffenen Kindes und ebenso den nicht Obsorgenden, in dessen unabdingbaren Rechten gemäß Art. 2 StGG bzw. Art. 7 B-VG.

Das Recht auf ein faires Verfahren gemäß Art. 6 EMRK wird somit derzeit jedem Kind konsequent verweigert, jedes Kind, welches eine Besuchsblockade erdulden muss, ist de facto der wissenschaftlich erwiesenen, psychischen Folter iSd Artikel 3 EMRK (PAS, schwerste psychische Verletzungen et. al.) vorsätzlich ausgesetzt.

Die Unterlassung der Durchsetzung der Bestimmungen der EMRK und der UN-Kinderrechtskonvention trotz der erfolgten Ratifizierung ist zusätzlich auch ein Rechtsbruch des EU-Beitritts-Vertrages, in dem sich Österreich verpflichtet geltendes EU-Recht in nationales Recht umzusetzen.

Kinder erhalten auf der Grundlage der derzeitigen Form des Kinderbeistandes nicht wirklich 'rechtliches Gehör' im Sinne des Artikel 6 EMRK. Dieser Gesetzesentwurf ermöglicht die weitere Verschleppung der Verfahren zu Lasten des Kindes und deklariert das Kind als primäres Opfer.

Im Gegensatz dazu ist der 'Kollisionskurator' konsistent im Gesetz verankert, hat alle Rechtsmittel und kann allein für die Belange des Kindes handeln. Der Kollisionskurator haftet für seine eingebrachten Rechtsmittel und Stellungnahmen persönlich. Im Gegensatz dazu kann der 'Beistand des Kindes' im Sinn des § 104a AußStrG nicht zur Verantwortung gezogen werden. Mit allfällig durch den Kinderbeistand verursachten Schäden bleibt das Kind allein.

Artikel 13 EMRK

normiert bei Konventionsverstößen die Beschwerdemöglichkeit bei nationalen Instanzen. Die Norm gilt selbst dann, wenn die Verletzung von Personen begangen wird, die in amtlicher Eigenschaft handeln. Bei Verletzung der EMRK durch den rechtsprechenden Richter sind jedoch KEINE tatsächlich wirksamen Rechtsmittel verfügbar. Somit wird auch gegen Artikel 13 EMRK verstoßen.

Gegen die Rechtsbeugung durch Richter, welche NICHT den Gesetzen entsprechend agieren, sind keine wirksamen Rechtsmittel verfügbar. Die angebliche „Selbstreinigung“ der Justiz entspricht keinem wie immer gearteten Qualitätsmodell, weil keine wirksame Kontrolle darüber existiert.

Der Gesetzesentwurf zum Kinderbeistand ist nur ein weiterer Versuch, das bereits über hundert Jahre alte Flickwerk „*Familienrecht*“ weiter mit politisch genehmen und inhaltsleeren 'Erkern und Girlanden' zu verzieren, um eine 'Feigenblatt-Novelle' zu schaffen, welche gegenüber den rechtsuchenden Bürgern als 'Lösung' vermarktet werden soll, anstatt die zwingend gebotene Reform unter Beachtung der EMRK und UN-KRK endlich in Angriff zu nehmen.

III.) Verletzung der UN-Kinderrechts-Konvention

Anlässlich der Enquete "**20 Jahre UN-Konvention über die Rechte des Kindes**" im Palais Epstein am 30.06.2009 erklärte Familienstaatssekretärin Christine Marek, endlich (noch in dieser Legislaturperiode) die Verankerung der Kinderrechte in der Bundesverfassung realisieren zu wollen.

Ihr dabei gewählter Wortlaut: **"Es könne nicht sein, dass Umweltschutz Staatszielbestimmung ist, die Kinderrechte aber nicht in der Verfassung sind!"**

Dieser Meinung schließen wir uns vollinhaltlich an!

Anlässlich dieser Enquete wurde auch festgehalten, dass es die gesetzlich nur unzureichende gesicherte Unabhängigkeit der Kinderrechte war, die zur - für Österreich wohl beschämenden - Aberkennung der Vollmitgliedschaft in der ENOC (European Network of Ombudspersons for Children) führte.

Dieser Kenntnisstand sollte wohl zum Anlass genommen werden, eben nicht wieder nur plakative neue Gesetze oder Institutionen zu schaffen, die alle Glauben machen sollen, dass die Kinderrechte tatsächlich Ernst genommen werden, bei der tatsächlichen Umsetzung, Anwendung und deren Vollzug, sich jedoch wieder nur als ineffiziente "Leerformeln" erweisen - ebenso wie die eingeführte "gemeinsame Obsorge", die in der derzeitigen Form nichts mit der gewissenhaften Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention zu tun hat.

Artikel 3 Abs 1 der UN-Kinderrechtskonvention lautet:

(1) Bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, gleichviel ob sie von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen getroffen werden, ist das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist.

Ein Vorbehalt zu Art. 3 der Konvention erfolgte durch Österreich nicht!

Dies bedeutet, dass auch Gerichte bei der Rechtsprechung Gesetze so zu interpretieren und anzuwenden haben, dass das Wohl des Kindes vorrangig berücksichtigt wird.

Artikel 9 der UN-Konvention lautet:

(1) Die Vertragsstaaten stellen sicher, daß ein Kind nicht gegen den Willen seiner Eltern von diesen getrennt wird, es sei denn, daß die zuständigen Behörden in einer gerichtlich nachprüfaren Entscheidung nach den anzuwendenden Rechtsvorschriften und Verfahren bestimmen, daß diese Trennung zum Wohl des Kindes notwendig ist. Eine solche Entscheidung kann im Einzelfall notwendig werden, wie etwa wenn das Kind durch die Eltern mißhandelt oder vernachlässigt wird oder wenn bei getrennt lebenden Eltern eine Entscheidung über den Aufenthaltsort des Kindes zu treffen ist.

(2) In Verfahren nach Absatz 1 ist allen Beteiligten Gelegenheit zu geben, am Verfahren teilzunehmen und ihre Meinung zu äußern.

(3) Die Vertragsstaaten achten das Recht des Kindes, das von einem oder beiden Elternteilen getrennt ist, regelmäßige persönliche Beziehungen und unmittelbare Kontakte zu beiden Elternteilen zu pflegen, soweit dies nicht dem Wohl des Kindes widerspricht.

Ein Vorbehalt zu Art. 9 der Konvention erfolgte durch Österreich nicht!

Gemäß Artikel 9 bedeutet dies, dass jedes Kind (allen 'Beteiligten' - das Kind wird als Hauptbetroffener, wohl als Beteiligter zu werten sein) das Recht hat, in Gerichtsverfahren gehört zu werden **UND** teilzunehmen - das heißt, sobald die Interessen des betreuenden Elternteils, jenen des von ihm in Besuchsrechts- und/oder Obsorgeverfahren vertretenen Kindes zuwiderlaufen, hat zwingend ein Kollisionskurator gem. § 271 (resp. § 272 – bei mehreren Kindern) ABGB bestellt zu werden.

Artikel 12 der UN-Konvention lautet:

1. Die Vertragsstaaten sichern dem Kind, das fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, das Recht zu, diese Meinung in allen das Kind berührenden Angelegenheiten frei zu äußern, und berücksichtigen die Meinung des Kindes angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife.

2. Zu diesem Zweck wird dem Kind insbesondere Gelegenheit gegeben, in allen das Kind berührenden Gerichts- oder Verwaltungsverfahren entweder unmittelbar oder durch einen Vertreter oder eine geeignete Stelle im Einklang mit den innerstaatlichen Verfahrensvorschriften gehört zu werden.

Ein Vorbehalt zu Art. 12 der Konvention erfolgte durch Österreich nicht !

IV.) Weitere wesentliche Mängel im derzeitigen Gesetzesentwurf

1.) Schon der erste Satz des §104a AußStrG relativiert alle Zielsetzungen!

Bestellt wird nur wenn...

" . . . es im Hinblick auf die Heftigkeit der Auseinandersetzung zwischen den übrigen Parteien zur Unterstützung des Minderjährigen geboten ist und dem Gericht geeignete Personen zur Verfügung stehen"

Liest man dazu die Erläuterungen so wird tatsächlich angedacht, dass es sinnvoll erscheinen mag auch manchmal vor der Bestellung eines Kinderbeistands eine Stellungnahme des Jugendamtes über die Belastungssituation des Kindes einzuholen.

All jene, die diese Bestellung auch nur in Betracht ziehen – sie hat ja nur eine Verzögerung von weiteren Wochen und Monaten zur Folge – sollten die vom Ministerium beauftragte Begleitstudie zum Kinderbeistand lesen; darin sagen die Kinder eindeutig, wie es ihnen geht, was sie wollen und wie belastet sie sind!

Diese bereits ausgewerteten Kinderstimmen und deren Forderungen an den Gesetzgeber und die Justiz sagen stellvertretend für alle Kinder aus (abgesehen von Ausnahmefällen), welche Hauptziele es umgehend im Sinne der UN-Kinderrechtskonvention umzusetzen gilt.

2.) Werden mit Hilfe des Kinderbeistandes Vereinbarungen getroffen, diese jedoch vom obsorgeberechtigten Elternteil nicht eingehalten, sind keine Durchsetzungsmöglichkeiten im derzeitigen Gesetzesentwurf vorgesehen.

Die bestehenden gravierenden Durchsetzungsprobleme bei Pflegschafts- und Besuchsrechtsverfahren schlagen auch hier voll durch.

3.) Die Komplexität des Außerstreitverfahrens wird weiter erhöht. Die Zahl der beteiligten Personen und Institutionen (Richter, Jugendamt, Gutachter, Kollisionskuratoren, Mediatoren, Anwälte, Besuchsafe, Kriseninterventionszentren) trägt überwiegend zu den untragbar langen Verfahrensdauern bei; es ist illusorisch zu erwarten, dass der 'Kinderbeistand' im vorliegenden Entwurf ein geeignetes Mittel sei, diese für das Kind viel zu langen Verfahrensdauern zu verkürzen.

4.) Der '*Kinderbeistand*' als Sprachrohr des Kindes hat eine hohe Verantwortung. Dennoch findet das Amtshaftungsgesetz auf seine Tätigkeit keine Anwendung, im Gegensatz zu den anderen (für Häftlinge) von der Justizbetreuungsagentur bestellten Personen. Auch dieser Umstand ist untragbar.

Sind verursachte Schäden an Kindern - wenn sie von Kinderbeiständen verursacht werden - geringer zu bewerten als Schäden an Häftlingen?

Ebenso fehlt ein eigenständiges Antrags- und Klagerecht des Kinderbeistands. Wie soll unter diesen Umständen die 'Stimme des Kindes' wie auch sein 'Wille' gehört und berücksichtigt werden?

5.) Die Qualifikationen des Kinderbeistands sollen laut Erläuterungen des BMJ lediglich mittels Erlass festgeschrieben werden. Ein Erlass hat jedoch nur interne behördliche Wirkung, somit keine rechtliche Verbindlichkeit nach Außen!

Diese 'Qualitätskriterien' des Kinderbeistands gehören gesetzlich festgelegt.

Auch die Auswahl der Personen wird '**vergleichbaren**', somit unbekanntem '**Einrichtungen**' (ohne jegliche Qualitätssicherung) überlassen.

Ebenso wie für Sachverständige, muss eine Eintragungsliste für Kinderbeistände aufgestellt werden.

6.) Eine Zertifizierung und periodisch zwingende Rezertifizierungen der einmal zugelassenen Kinderbeistände durch eine unabhängige Stelle ist, ebenso wie derzeit bei Richtern, Staatsanwälten oder Rechtspflegern, nicht im Gesetzesentwurf vorgesehen. Damit fehlen schon von Beginn an transparente Qualitätskriterien.

V.) Zusammenfassende Schlussbemerkung

Das Positive an diesem Entwurf ist, dass den zuständigen Stellen nach mehr als zwanzig Jahren zumindest aufgefallen ist, dass die Kinder unseres Landes **dringend** Hilfe brauchen!

Diese für das Kind (hoffentlich) zumindest psychologische Hilfe des 'Kinderbeistandes' in der derzeit konzipierten Fassung stellt jedoch de facto nur eine 'Prozessbegleitung' dar und hofft weiterhin darauf, dass alle Parteien des Verfahrens vielleicht irgendwann darauf kommen, worin das sogenannte 'Wohl des Kindes' tatsächlich besteht.

Lediglich die Hoffnung auf die Vernunft der in den Rechtsstreit verfangenen Erwachsenen ist zu wenig. Der Schutz des Kindes im Sinne der ihm zukommenden Menschenrechte verlangt mehr als bloße Hoffnung.

Effektiver Schutz der Rechte des Kindes bedeutet jedoch...

...seine Rechte verfassungsmäßig zu verankern, entsprechende Gesetze zu erlassen und betroffenen Kindern all jene Rechtsbehelfe (Antragsrechte, Rechtsmittel,...) zuzugestehen, die ihnen zu ihrem Grundrecht auf Achtung des Privat- und Familienlebens und aller anderer Menschenrechte effektiv verhelfen.

Kinder brauchen in Obsorge- und Besuchsrechtsverfahren mehr als bloße 'Prozessbegleitung' in einem weiterhin endlosen Verfahren, in welchem ihr Wille und ihre Rechte 'vielleicht' von jemanden gehört und falls gehört, 'vielleicht' von jemanden umgesetzt werden!