



## Leistungen für Kinder mit Behinderungen im Landes-Sozialrecht

### Die wichtigsten Regelungen im Überblick

*Der Autor des folgenden Beitrags untersucht, welche Leistungen Eltern (oder andere mit der Obsorge betraute Personen) für ihr Kind mit Behinderungen geltend machen können. Dabei geht er den unterschiedlichen landesrechtlichen Rechtsgrundlagen nach, bildet unterschiedliche Leistungsgruppen und stellt diese übersichtlich dar.*

UNIV.-PROF. DR. WALTER J. PFEIL\*

#### 1. Einführung

Auf Grund der Kompetenzverteilung in der österreichischen Bundesverfassung, die keinen Tatbestand „Behinderterrecht“ oä enthält, liegt die Erlassung und Vollziehung von spezifischen Regelungen für Menschen mit Behinderungen nach Art 15 Abs 1 B-VG überwiegend in der Zuständigkeit der Länder. Bundesrechtliche Bestimmungen bilden hier die Ausnahme und betreffen nur ganz bestimmte Aspekte.<sup>1</sup> Dies gilt gerade für das Sozialrecht, das allgemein als staatlich (organisiert)e Hilfe bei Eintritt (zur Abwehr) bestimmter individueller Lebensrisiken verstanden wird.<sup>2</sup> Als **Maßnahmen bei Eintritt des Risikos „Behinderung“** sind **auf Bundesebene** va das Pflegegeld und die Familienbeihilfe sowie die kausalen Leistungen der Unfallversicherung bzw im sozialen Entschädigungsrecht hervorzuheben.

Während Letztere wegen der Bindung an eine spezifische Ursache kaum für Kinder in Betracht kommen,<sup>3</sup> kann **Pflegegeld** nach dem Bundespflegegeldgesetz (BPGG) auch von Kindern in Anspruch genommen werden.<sup>4</sup> **Familienbeihilfe** gebührt sogar ausschließlich oder zumindest vorrangig für Kinder. Beim Pflegegeld wird der Behinderungsbegriff nicht näher spezifiziert, der Anspruch setzt vielmehr einen Mehraufwand auf Grund eines ständigen Bedarfes an Betreuung und Hilfe voraus, wobei für dessen Beurteilung bei Kindern/Jugendlichen nur jener Pflegebedarf zu berücksichtigen ist, der über das Ausmaß gleichaltriger nicht behinderter Kinder hinausgeht (vgl § 4 Abs 3 BPGG). Der Mehraufwand ist auch der Ansatz für den **Erhöhungsbeitrag zur Familienbeihilfe** nach § 8 Abs 4 Familienlasten-

ausgleichsgesetz (FLAG), welcher für jedes „erheblich behinderte“ Kind gebührt. Als solches gilt nach Abs 5 leg cit ein Kind mit nicht nur vorübergehender (dh voraussichtlich für mehr als drei Jahre andauernder) Funktionsbeeinträchtigung im körperlichen, geistigen oder psychischen Bereich oder in der Sinneswahrnehmung, sofern der Grad der Behinderung mindestens 50% beträgt oder das Kind voraussichtlich auf Dauer nicht selbsterhaltungsfähig ist.<sup>5</sup>

**Andere öffentliche Leistungen an oder für Kinder mit Behinderungen** beruhen durchwegs **auf landesrechtlicher Grundlage**. Im vorliegenden Beitrag soll (auf Basis der Rechtslage im April 2006) ein kurzer Überblick gegeben werden, welche Leistungen das sind und unter welchen Voraussetzungen sie in Betracht kommen. Dafür ist zunächst der jeweils zu Grunde liegende Begriff „Behinderung“ zu erörtern, der zwar in allen Ländern ähnlich definiert wird, aber – ebenso wie andere allgemeine Leistungsvoraussetzungen – im Detail doch einige Divergenzen aufweist.

#### 2. Behinderungsbegriff und andere allgemeine Leistungsvoraussetzungen

Diese Unterschiede zwischen den einzelnen Ländern, die auf Grund der Autonomie der Landesgesetzgeber insb auch *im Hinblick auf den Gleichheitssatz unbedenklich sind* und daher nur rechtspolitisch problematisiert werden können, zeigen sich bereits in Struktur und **Systematik** der betreffenden Gesetze. Eigenständige „Behindertengesetze“ finden sich, auch wenn dieser Titel nicht überall verwendet wird, nur in sechs Bundesländern.<sup>6</sup> In den anderen drei Ländern ist diese Materie mit mehr oder weniger großen Abwei-

\* Ao. Univ.-Prof. Dr. Walter J. Pfeil, Fachbereich Arbeits-, Wirtschafts- und Europarecht (Arbeitsrecht und Sozialrecht), Universität Salzburg.

<sup>1</sup> Dieser Umstand wurde erst vor kurzem im Rahmen der Diskussionen um die Reichweite des (dann genau deswegen nur auf wenige Materien beschränkt gebliebenen) Bundes-Behindertengleichstellungsgesetzes (BGBl I 2005/82) vielfach problematisiert.

<sup>2</sup> Vgl nur Grillberger, Österreichisches Sozialrecht<sup>6</sup> (2005) 1 f.

<sup>3</sup> Die gesetzliche Unfallversicherung verlangt einen Arbeitsunfall oder eine Berufskrankheit (vgl nur §§ 175 ff ASVG), im sozialen Entschädigungsrecht muss die Beeinträchtigung etwa Folge eines Verbrechens (so bei der Hilfe für Verbrechenopfer nach dem VOG) oder eines kriegerischen Ereignisses (so in der Kriegsopferversorgung nach dem KOVG) sein.

<sup>4</sup> Die ursprünglich in § 4 Abs 1 BPGG vorgesehene Bindung des Pflegegeldanspruches an die Vollendung des dritten Lebensjahres wurde bereits mit der Novelle BGBl 1996/201 durch eine Härteklausele gelockert und mit BGBl I 2001/69 überhaupt aufgegeben.

<sup>5</sup> Für letztgenannte Personen gebührt (erhöhte) Familienbeihilfe auch über die sonstigen Altershöchstgrenzen von 26 (27) Jahren hinaus, vgl nur § 2 Abs 1 lit c FLAG.

<sup>6</sup> Vgl im Einzelnen die Behindertengesetze in Oberösterreich (OÖBHG, OÖLGBl 1997/63, zuletzt 2005/10), Salzburg (SbgBehG, SbgLGBl 1981/93, zuletzt 2001/28), der Steiermark (StmkBHG, StmkLGBl 2004/26), in Vorarlberg (VbgBehG, VbgLGBl 1994/9, zuletzt 2004/6) und Wien (WBHG, WrLGBl 1986/16, zuletzt 2005/18) sowie das Tiroler Rehabilitationsgesetz (TirRG, TirLGBl 1983/58, zuletzt 2006/22).



chungen in die „allgemeine Sozialhilfe“ integriert.<sup>7</sup> Aus der erstgenannten Gruppe ragt das **VbgBehG** insofern besonders hervor, als die Leistungen nach dessen § 1 vom Land nur als Träger von **Privatrechten** erbracht werden, so dass dort keine hoheitlichen Rechtsansprüche vorgesehen sind, über die mit Bescheid abzusprechen ist, gegen den letztlich Beschwerde bei VwGH/VfGH erhoben werden könnte.<sup>8</sup>

Ungeachtet dieser Unterschiede enthalten all diese Landesgesetze die Grundvoraussetzung, dass die betreffende Person **behindert** sein muss. Dieser Begriff wird stets als Folge eines (häufig näher umschriebenen)<sup>9</sup> Leidens oder Gebrechens verstanden, das zu einer dauernden Beeinträchtigung der persönlichen Entwicklung bzw der Ausbildungs- oder Erwerbsmöglichkeiten<sup>10</sup> und daher zu besonderen Bedürfnissen führt.<sup>11</sup> Nicht zuletzt wegen dieser Ausrichtung auf eine mögliche Rehabilitation sind vorwiegend altersbedingte Leiden oder Gebrechen oft aus dem jeweiligen Behinderungsbegriff ausgeschieden.<sup>12</sup> In die gleiche Richtung weist die meist von der betreffenden Person (allenfalls auch mittelbar über ihre Angehörigen) verlangte Rehabilitationsfähigkeit bzw -willigkeit.<sup>13</sup> Damit wird deutlich, dass es hier vor allem um die **Beschränkung** der Leistungen für **ältere** Menschen geht; Kinder sind dadurch also – trotz allenfalls auch „altersbedingter“ Einschränkungen – keineswegs ausgeschlossen.

Andere allgemeine, überall anzutreffende Leistungsvoraussetzungen sind der **Wohnsitz** des Menschen mit Behinderung im betreffenden Bundesland<sup>14</sup> sowie die **Staatsangehörigkeit**, die meist durch eine Gleichstellung von EU/EWR-BürgerInnen und anerkannten Flüchtlingen sowie Härteklauseln ergänzt wird.<sup>15</sup> Bei Kindern und Jugendlichen bestehen hier häufig besondere Spielräume.<sup>16</sup>

Die praktisch wohl wichtigste allgemeine Voraussetzung für Leistungen des Landes-Behindertenrechts ergibt sich aus dessen **Subsidiarität**. Hier wird deutlich, dass die Wur-

zel dieser Regelungen in der Sozialhilfe bzw im früheren Fürsorgerecht liegt. Landesrechtliche Hilfen kommen demnach nicht in Betracht, soweit vergleichbare Leistungen anderswo beansprucht werden (können) oder deren Gewährung durch andere Stellen möglich wäre,<sup>17</sup> selbst wenn sie dort – in Ermangelung von Ansprüchen – nicht durchsetzbar sind.<sup>18</sup> Das kann in der Praxis zu höchst unbefriedigenden Situationen führen, wenn mehrere Träger zwar zuständig sind, aber keiner von ihnen zur Leistungserbringung bereit ist, insb weil das an sich vorrangige System in der betreffenden Situation keine Rechtsansprüche vorsieht (wenn in der Krankenversicherung das Vorliegen einer Krankheit verneint wird und nur freiwillige Leistungen in Betracht kommen), das System „Behindertenhilfe“ sich aber gleichzeitig auf seine nachrangige Stellung zurückzieht.

Diese Problematik besteht gerade dort, wo der Einsatz bestimmter Therapien zB bei motorischen Störungen oder solchen der Sprachentwicklung (im Einzelfall) nicht als Maßnahme der Krankenbehandlung anerkannt wird. Das Landesrecht bietet hier nur bedingt einen Ausgleich, obwohl die Regelungen in einigen Bundesländern ausdrücklich auf die besondere Situation von Kindern mit Entwicklungsstörungen oä Bezug nehmen und den jeweiligen Behinderungsbegriff entsprechend erweitern. Dies erfolgt etwa dadurch, dass eine noch nicht (zumindest noch nicht über das alterstypische Ausmaß hinaus) bestehende, aber **absehbare** Beeinträchtigung in der Zukunft auch als Behinderung anzusehen ist und daher entsprechende Leistungen ermöglicht.<sup>19</sup> Zum anderen sind ausdrücklich Vorkehrungen zur frühzeitigen Erfassung von Beeinträchtigungen bei Kleinkindern vorgesehen.<sup>20</sup> Den stärksten Kinderbezug weisen jedoch jene – zumal in allen Bundesländern anzutreffenden – Regelungen auf, die ausdrücklich auf die besonderen (Entwicklungs-)Bedürfnisse von Kindern abstellen.

<sup>7</sup> Vgl für das Burgenland §§ 18 ff Bgld Sozialhilfegesetz (-SHG, BgldLGBI 2000/5, zuletzt 2004/29), für Kärnten §§ 14 ff K-SHG (KtmLGBI 1996/30, zuletzt 2005/68) sowie für Niederösterreich §§ 24 ff NÖSHG (NÖLGBI 9200, zuletzt 9200-3).

<sup>8</sup> Dieses Rechtsschutzdefizit bedeutet freilich nicht, dass das Spektrum der Leistungen und der faktische Zugang zu diesen in Vorarlberg markant schlechter wäre als in anderen Ländern.

<sup>9</sup> Diese Determinierung erfolgt mitunter im betreffenden Gesetz (so in § 3 SbgBehG bzw § 2 WBHG) oder durch eigens dafür erlassene Verordnungen (vgl BgldLGBI 2000/12, NÖLGBI 9200/3).

<sup>10</sup> Vgl § 18 Abs 2 BgldSHG, § 14 Abs 2 K-SHG, § 1 Abs 2 OÖBhG, § 2 Abs 1 SbgBehG, § 2 Abs 2 StmkBHG, § 2 TirRG, § 1 Abs 1 VbgBehG und § 1a Abs 1 WBHG.

<sup>11</sup> Das NÖSHG stellt genau auf diesen Aspekt ab und vermeidet damit den Begriff „Behinderung“.

<sup>12</sup> So in § 18 Abs 4 BgldSHG, § 14 Abs 3 K-SHG, § 24 Abs 2 NÖSHG, § 1 Abs 2 OÖBhG sowie § 2 Abs 4 StmkBHG.

<sup>13</sup> Diese findet sich teils als Voraussetzung (so in § 14 Abs 4 K-SHG, § 3 Abs 2 und 3 TirRG bzw § 3 Abs 2 lit c VbgBehG), teils stellt deren Fehlen einen Grund für die Einstellung von Leistungen dar (so in § 32 Abs 1 Z 2 und 3 BgldSHG, § 25 Abs 1 lit b und c K-SHG, § 36 Abs 1 Z 2 und Abs 2 NÖSHG, § 14 Abs 1 Z 2 und Abs 2 Z 2 und 3 OÖBhG, § 14 Abs 1 lit c und d SbgBehG, § 16 Abs 1 Z 2 und Abs 2 WBHG).

<sup>14</sup> Vgl die Leistungsvoraussetzungen nach § 18 Abs 1 BgldSHG, § 2 Abs 1

Z 2, Abs 4 und 5 OÖBhG, § 2 Abs 2 lit b und Abs 5 SbgBehG, § 2 Abs 5 lit b StmkBHG, § 3 Abs 1 lit a TirRG, § 3 Abs 2 lit b VbgBehG und § 1a Abs 2 Z 2 WBHG; bzw die Einstellungsstatbestände nach § 25 Abs 3 und 4 K-SHG sowie § 25 Abs 2 und 3 NÖSHG.

<sup>15</sup> Vgl § 18 Abs 1 BgldSHG, § 3 K-SHG, § 4 NÖSHG, § 2 Abs 1 Z 1, Abs 2 und 5 OÖBhG, § 2 Abs 2 lit a und Abs 3 SbgBehG, § 2 Abs 5 lit a StmkBHG, § 3 Abs 1 lit b und Abs 4 TirRG, § 3 Abs 1 VbgBehG sowie § 1a Abs 2 Z 1 und Abs 3 WBHG.

<sup>16</sup> Vgl etwa die Ausnahmen im Hinblick auf den sonst geforderten zwei- bzw dreijährigen Aufenthalt im betreffenden Bundesland in § 2 Abs 1 Z 2 OÖBhG bzw § 3 Abs 4 lit b TirRG, das Ausreichen des faktischen Aufenthaltes in § 2 Abs 2 lit b Sbg- bzw § 3 Abs 2 lit b VbgBehG oder auch die Ausnahme im Hinblick auf die Staatsangehörigkeit für Kinder unter 12 Jahren in § 2 Abs 5 lit a StmkBHG.

<sup>17</sup> Vgl § 20 Abs 1 BgldSHG, § 14 Abs 4 lit b und c K-SHG, § 25 Abs 1 Z 2 NÖSHG, § 2 Abs 1 Z 4 OÖBhG, § 2 Abs 2 lit c SbgBehG, § 3 Abs 1 lit e TirRG bzw § 1a Abs 2 Z 3 WBHG.

<sup>18</sup> Nach § 2 Abs 5 lit c StmkBHG besteht die Subsidiarität gegenüber anderen Leistungen nur, soweit auf diese ein Anspruch besteht. Auch das Abstellen auf die „anderweitige Sicherstellung“ derartiger Leistungen in § 3 Abs 1 lit d VbgBehG ist wohl in diesem Sinne zu verstehen.

<sup>19</sup> Vgl § 24 Abs 2 NÖSHG, § 1 Abs 2 OÖBhG, § 2 Abs 3 StmkBHG oder § 2 Abs 2 VbgBehG.

<sup>20</sup> Vgl nur § 15 K-SHG und § 9 OÖBhG.



### 3. Leistungen und besondere Voraussetzungen

Im Wesentlichen lassen sich hier **fünf Gruppen** ausmachen.<sup>21</sup> Die chronologisch erste betrifft die schon angesprochenen Maßnahmen zur **Früherfassung** von (absehbaren) Behinderungen bei Kleinkindern, wie sie sich ausdrücklich derzeit nur im K-SHG finden.<sup>22</sup> Dessen § 15 sieht neben einer spezifischen Meldepflicht insb auch für Ärzte oder Krankenanstalten bzw Einrichtungen der Jugendwohlfahrt auch besondere Beratungsmöglichkeiten für Eltern solcher „Risikokinder“ vor.

Die ebenfalls schon erwähnte **Frühförderung** nach § 9 Abs 2 OÖBhG kann in Einrichtungen oder durch mobile medizinisch-therapeutische oder pädagogisch-psychologische Dienste erfolgen. Diese Maßnahmen werden systematisch folgerichtig in den Kontext der **Erziehung und Schulbildung** gestellt,<sup>23</sup> womit die **zweite** Gruppe kinderspezifischer Leistungen angesprochen ist. Diese finden sich in allen Ländern und umfassen durchwegs Vorkehrungen zur Ermöglichung einer den Fähigkeiten des betreffenden Kindes/Jugendlichen entsprechenden Erziehung oder Schulbildung, sei es durch Leistungen, sei es durch Übernahme der (idR nur behinderungsbedingten Mehr-)Kosten.<sup>24</sup> Auf diese Leistungen bestehen grundsätzlich **Rechtsansprüche**,<sup>25</sup> die jedoch meist durch ein der betreffenden Behörde eingeräumtes **Auswahlermessen** relativiert sind, welche zu entscheiden hat, mit welcher Maßnahme der individuellen Situation am besten entsprochen werden kann.<sup>26</sup> Den Wünschen und Präferenzen des Menschen mit Behinderungen bzw seinen Angehörigen ist dagegen nur ausnahmsweise Rechnung zu tragen.<sup>27</sup>

Grundsätzlich ebenfalls mit Rechtsanspruch ausgestattet sind die Leistungen der **Heilbehandlung**, die therapeutische Maßnahmen ebenso umfassen wie ärztliche Hilfe oder Behandlung in Krankenanstalten.<sup>28</sup> Bei dieser dritten Gruppe nicht spezifisch, aber durchaus in besonderem Maße für Kinder in Betracht kommender Maßnahmen bestehen zwei strukturelle **Einschränkungen**: Zum einen geht es hier nur um „**behinderungsbedingte**“ Leistungen, also solche, die gegebenenfalls zusätzlich zu Leistungen aus anderen Systemen (insb der Krankenversicherung) zu erbrin-

gen sind. Da Letzteren aber Vorrang zukommt, stellt sich zum anderen das schon thematisierte Problem der weit gefassten **Subsidiarität**, was nicht selten zu rechtspolitisch unhaltbaren und für die Betroffenen unzumutbaren „negativen Kompetenzkonflikten“ oder „Spießrutenläufen“ zwischen verschiedenen Stellen führt. Dieses Manko wird durch die in einigen Ländern zusätzlich vorgesehenen, aber durchwegs nicht mit Rechtsanspruch ausgestatteten Angebote<sup>29</sup> wohl nur unzureichend ausgeglichen.

Ähnlich ist die Situation im Hinblick auf die ebenfalls überall ausdrücklich normierte Versorgung mit **Hilfsmitteln**. Bei dieser vierten Gruppe besonders für Kinder bedeutsamer Leistungen des Landes-Behindertenrechts sind vielfach nur Ansprüche auf **Kostenzuschüsse** verankert,<sup>30</sup> zT ist sogar bloß die Möglichkeit einer **Co-Finanzierung** im Privatrechtsweg vorgesehen.<sup>31</sup>

Die fünfte und letzte einschlägige Gruppe von Leistungen, die ebenfalls in allen Bundesländern geregelt ist, betrifft die verschiedenen Möglichkeiten einer **(teil)stationären Betreuung und Unterbringung**. Die Vorschriften dafür ähneln jenen für Einrichtungen für ältere und pflegebedürftige Menschen aus der allgemeinen Sozialhilfe, sehen aber häufig eine Kombination mit anderen Maßnahmen (zB Therapien, Tagesstrukturierung) vor.<sup>32</sup>

### 4. Kostenbeitrag und andere Eigenleistungen

Die Subsidiarität des Landes-Behindertenrechts zeigt sich nicht nur im grundsätzlichen Nachrang gegenüber Leistungen aus anderen Teilen des Sozialsystems, sondern auch in dem meist vom Menschen mit Behinderungen bzw seinen Angehörigen geforderten **Einsatz eigener Mittel**. Im gegebenen Rahmen können nur einige Eckpunkte herausgearbeitet werden, da hier die **Unterschiede** im Detail zwischen den einzelnen Ländern besonders groß sind.

Das beginnt schon bei der Frage, für **welche Leistungen** solche Kostenbeiträge, Eigenleistungen oä gefordert werden. Generell ist das natürlich bei den aufwändigeren Maßnahmen, wie insb den **(teil)stationären** Leistungen, der Fall.<sup>33</sup> Doch auch für Leistungen der Erziehung oder Schulbildung bzw im Rahmen der Heilbehandlung sind teilweise

<sup>21</sup> Auf „Annexleistungen“ wie Fahrtkostensersatz auch für Begleitpersonen soll hier nicht eingegangen werden, vgl dazu insb § 24 K-SHG, § 29 Abs 3 NÖSHG, § 38 StmkBHG, §§ 8 Abs 2 bzw 19 TirRG oder § 17 WBHG.

<sup>22</sup> Ähnliche Mechanismen bestehen freilich auch in anderen Bundesländern.

<sup>23</sup> Ebenso nun ausdrücklich § 29 NÖSHG bzw § 7 StmkBHG, vergleichbare Maßnahmen gibt es aber auch in anderen Ländern.

<sup>24</sup> Vgl näher § 23 BgldSHG, § 18 K-SHG, § 29 NÖSHG, § 9 OÖBhG, § 8 SbgBehG, § 7 StmkBHG, § 8 TirRG bzw § 8 WBHG.

<sup>25</sup> Abgesehen von der oa Beschränkung auf bloß privatrechtliche Leistungen im VbgBehG ist hier auch auf die ausdrücklichen Relativierungen im Hinblick auf die Verfügbarkeit der jeweiligen Maßnahmen in § 20 Abs 2 Bgld- oder § 26 Abs 2 NÖSHG zu verweisen.

<sup>26</sup> Vgl insb § 20 Abs 3 BgldSHG, § 14 Abs 1 iVm § 2 Abs 2 K-SHG, § 26 Abs 2 NÖSHG, § 6 OÖBhG, § 5 Abs 2 SbgBehG, §§ 3 Abs 1 und 4 StmkBHG, § 4 Abs 5 TirRG.

<sup>27</sup> Vgl insb das Wahlrecht zwischen gleichartigen Einrichtungen nach § 4 Abs 3 StmkBHG.

<sup>28</sup> Näher § 21 BgldSHG, § 16 K-SHG, § 27 NÖSHG, § 7 OÖBhG, § 6 SbgBehG, § 5 StmkBHG, § 5 TirRG bzw § 6 WBHG.

<sup>29</sup> Vgl etwa die ambulanten Dienste nach § 34 BgldSHG, die besonderen persönlichen Hilfen in § 34 NÖSHG, die besonderen sozialen Dienste nach § 25 OÖBhG bzw § 15 SbgBehG oder die „sonstigen Maßnahmen“ nach § 15 TirRG.

<sup>30</sup> Vgl insb § 22 BgldSHG, § 6 StmkBHG, § 6 TirRG, § 7 WBHG. Die Konstruktion mit vom Leistungsempfänger bzw dessen Angehörigen zu leistenden Kostenbeiträgen führt freilich wirtschaftlich zu ähnlichen Ergebnissen, dazu unten 4.

<sup>31</sup> Vgl § 28 NÖSHG oder § 8 OÖBhG.

<sup>32</sup> Näher § 27 BgldSHG, § 20 iVm § 13 K-SHG, §§ 32, 33 NÖSHG, §§ 22, 28 OÖBhG, §§ 10, 10a SbgBehG, §§ 18, 19 StmkBHG, § 17 TirRG bzw § 24 WBHG.

<sup>33</sup> Zumindest im Prinzip auf diese Leistungen beschränkt sind die Beitragspflichten nach § 43 Abs 1 BgldSHG und § 39 Abs 1 StmkBHG.



Kostenbeiträge vorgesehen, die idR nach der finanziellen Leistungskraft der betreffenden Personen zu bemessen sind.<sup>34</sup> Zum gleichen wirtschaftlichen Ergebnis führen „Selbstbehalte“, die häufig in der Form anzutreffen sind, dass für bestimmte Maßnahmen nur Kostenzuschüsse gewährt werden.<sup>35</sup>

Solche Beiträge hat der **Mensch mit Behinderungen** selbst zunächst aus seinem eigenen **Einkommen** zu leisten. Aus diesem wird das **Pflegegeld** zwar vielfach ausdrücklich ausgeklammert, bei (teil)stationären Leistungen oder solchen, die Pflege oder Betreuung umfassen, wird darauf aber zumindest teilweise zugegriffen,<sup>36</sup> soweit nicht ohnedies die bereits beim Pflegegeld vorgesehenen Legalzessionen (vgl nur § 13 Abs 1 BPGG) zum Tragen kommen.

Zum Einkommen des Menschen mit Behinderungen zählen uU auch Unterhaltsleistungen, die dieser von seinen **Angehörigen** erhält.<sup>37</sup> Letztere haben in den meisten Ländern unmittelbar einen Kostenbeitrag/Kostenersatz zu leisten, soweit sie dem Menschen mit Behinderungen gegenüber gesetzlich zum **Unterhalt verpflichtet** sind. Davon sind durchwegs Großeltern und Enkel des Menschen mit Behinderung ausgenommen,<sup>38</sup> teilweise auch dessen Eltern, wenn dieser bereits volljährig ist.<sup>39</sup> Diese Pflichten der Angehörigen sind an deren Einkommens- und Familiensituation gebunden, teilweise ist aber – idR bei (teil)stationären Leistungen – zumindest ein Betrag in Höhe der für den Menschen mit Behinderungen bezogenen Familienbeihilfe einzubringen.<sup>40</sup> Meist finden sich aber auch Begrenzungen dieser Beitragspflichten durch Härteklauseln und/oder Einkommensgrenzen, bis zu denen keine Kostenbeiträge etc zu leisten sind.<sup>41</sup>

## 5. Geltendmachung und Rechtsdurchsetzung

Über die Leistungen für Kinder mit Behinderungen ist meist erst nach Befassung von Sachverständigen zu entscheiden.<sup>42</sup> Dazu ist zum Teil (auch) die jeweilige Landesregierung befugt,<sup>43</sup> zum Teil sind die Aufgaben aber auch den Bezirksverwaltungsbehörden<sup>44</sup> und/oder anderen Stellen<sup>45</sup> überantwortet. Gegen Bescheide kann damit gegebenenfalls Berufung an die Landesregierung, in Wien an den Unab-

hängigen Verwaltungssenat (vgl § 45 Abs 5 WBHG), erhoben werden. Ansonsten kommt (nur) eine Beschwerde an den VwGH, allenfalls den VfGH, in Betracht. Solche sind in der Praxis – zumal im Hinblick auf Hilfen für Kinder mit Behinderungen – überaus selten.

Das könnte so gedeutet werden, dass trotz oft sehr vager Regelungen bzw trotz (wegen?) der großen Entscheidungsspielräume im Landesbehindertenrecht den Bedürfnissen der Betroffenen (und ihrer Angehörigen) im Wesentlichen entsprochen werden dürfte. Die jüngsten Aktivitäten mancher Gesetzgeber legen freilich nahe, dass die rechtlichen Rahmenbedingungen noch einiger Entwicklung bedürfen, um die gerade in diesem Bereich gebotene **Rechtssicherheit** zu schaffen und vor allem Kindern mit Behinderungen echte **Chancengleichheit** und gesellschaftliche Teilhabe zu eröffnen.<sup>46</sup>

<sup>34</sup> Vgl insb § 46 Abs 1 K-SHG, § 35 Abs 1 NÖSHG, § 43 OÖBhG, § 17 Abs 1 SbgBehG, § 20 Abs 1 TirRG, § 43 Abs 1 WBHG.

<sup>35</sup> Vgl bereits oben FN 30.

<sup>36</sup> So § 43 Abs 2 BgldSHG, § 46 Abs 6 K-SHG, § 35 Abs 1 NÖSHG, § 39 Abs 1 StmkBHG, § 20a TirRG bzw § 43 Abs 3 und 4 WBHG.

<sup>37</sup> Das ist der Ansatz in § 20 Abs 4 und 5 K-SHG sowie § 27 Abs 1 iVm § 11 Abs 1 StmkBHG, dort allerdings nur im Verhältnis zu den Eltern und nur, solange der Mensch mit Behinderungen das 27. Lebensjahr noch nicht vollendet hat.

<sup>38</sup> Vgl § 45 Abs 4 BgldSHG, § 20 Abs 4 K-SHG, § 35 Abs 2 NÖSHG, § 43 Abs 1 OÖBhG, § 17 Abs 1 SbgBehG, § 20 Abs 1 TirRG und § 43 Abs 1 WBHG.

<sup>39</sup> So nach § 17 Abs 3 SbgBehG bzw § 43 Abs 1 WBHG; s aber auch oben FN 37.

<sup>40</sup> So nach § 45 Abs 1 und 2 BgldSHG bzw § 35 Abs 3 NÖSHG, vgl aber auch § 43 Abs 1 und 3 OÖBhG.

<sup>41</sup> Vgl §§ 43 Abs 3 und 45 Abs 3 BgldSHG, § 46 Abs 3 K-SHG, § 35 Abs 4 NÖSHG, § 43 Abs 5 OÖBhG, § 17 Abs 1 SbgBehG, § 20 Abs 3 TirRG bzw § 43 Abs 4 und 7 WBHG.

<sup>42</sup> Näher § 66 BgldSHG, § 53 K-SHG, § 46 Abs 9 OÖBhG, § 15 Abs 5 SbgBehG, § 42 Abs 5 StmkBHG, § 25 Abs 3 TirRG und § 45 Abs 4 WBHG.

<sup>43</sup> Vgl § 55 Abs 1 lit d K-SHG, § 66 Abs 1 NÖSHG, § 46 Abs 9-11 OÖBhG, § 15 Abs 5 und 6 SbgBehG, § 42 Abs 5 StmkBHG, § 25 Abs 2 TirRG und § 5 VbgBehG.

<sup>44</sup> Vgl § 60 BgldSHG, § 46 Abs 6 OÖBhG, § 15 Abs 3 SbgBehG bzw § 42 Abs 4 StmkBHG.

<sup>45</sup> Nach § 45 Abs 1 und 2 WBHG fungiert der „Fonds Soziales Wien“ als Rechtsträger, während die behördlichen Entscheidungen vom Magistrat zu treffen sind.

<sup>46</sup> Vgl neben den Ansätzen im StmkBHG insb die geplante völlige Neuregelung durch das „ÖO Chancengleichheitsgesetz“ (Regierungsvorlage 254/2004, ÖO. Landtag, XXVI. GP) sowie das „VBG Chancengesetz“ (31 Blg 2006, VBG Landtag, XXVIII. GP).

## Rechtsprechung Kindesunterhalt und UVG

Matthias Neumayr

### § 140 ABGB

OGH 17.2.2006, 10 Ob 11/04x FamZ 1/06

### Minderung des Unterhaltsanspruchs aufgrund ausgedehnter Mitbetreuung des Kindes

1. Wenn der geldunterhaltspflichtige Elternteil das Kind über das übliche Besuchsrecht hinaus mitbetreut und -versorgt, reduziert sich die Geldunterhaltspflicht um diejenigen Aufwendungen, die dem hauptsächlich betreuenden Elternteil dadurch erspart bleiben. Die ersparten Aufwendungen müssen nicht konkret ermittelt werden, sondern können durch eine pauschale Unterhaltsminderung um 10 % pro zusätzlichem wöchentlichem Betreuungstag (ein Betreuungstag pro Woche entspricht dem üblichen Besuchsrecht) berücksichtigt werden.

2. Die Anrechnung von regelmäßigen Naturalleistungen bei der Bemessung des laufenden Geldunterhalts setzt die Zustimmung des obsorgeberechtigten, betreuenden Elternteils voraus.

**Zahlungsplanraten des Unterhaltsschuldners reduzieren die Unterhaltsbemessungsgrundlage**

Ein Zahlungsplan des Unterhaltsschuldners kann einen Anlass für eine Unterhaltsherabsetzung bilden. Raten, die der Unterhaltsschuldner aufgrund eines im Schuldenregulierungsverfahren rechtskräftig zustande gekommenen Zahlungsplans leistet, können grundsätzlich als außergewöhnliche Belastungen von der Unterhaltsbemessungsgrundlage abgezogen werden. Die während des Schuldenregulierungsverfahrens geltende Grenze für die Gesamtunterhaltsbelastung in Höhe der Differenz zwischen Existenzminimum und Unterhaltsexistenzminimum ist nach rechtskräftiger Bestätigung des Zahlungsplans und Aufhebung des Konkurses nicht mehr maßgeblich.

**Anmerkung**

In der Entscheidung bestätigt der OGH seine neuere Judikatur, die berechtigterweise wieder in Zweifel gezogen wird (eingehend G. Kodek, Zur Unterhaltsbemessung im Konkurs, Zak 2006/261, 146):

a) die „Differenzmethode“ (während des Schuldenregulierungsverfahrens dürfen die laufenden Unterhaltspflichten insgesamt nicht die Differenz zwischen Existenzminimum und Unterhaltsexistenzminimum übersteigen);

b) Raten auf einen Zahlungsplan reduzieren die Unterhaltsbemessungsgrundlage.

Der Effekt dieser Judikatur ist simpel: Befindet sich der Unterhaltsschuldner im Konkurs, kommt es regelmäßig zur Reduktion seiner Unterhaltsverpflichtung; gibt es gegen ihn „nur“ Exekutionen, kann er seine Schulden iAR nicht als Argument gegen die Höhe seiner Unterhaltspflichten heranziehen. Aus diesem Grund ist auch die Be-

rücksichtigung der Zahlungsplanraten wenig überzeugend. Und von der Entschuldung des Unterhaltspflichtigen können ältere Kinder meist gar nicht mehr profitieren.

Eine gewisse Distanzierung von der Differenzmethode klingt in der neueren Entscheidung des OGH vom 6.4.2006, 6 Ob 52/06z, an: Die zweite Instanz hatte ihrer Unterhaltsbemessung nicht die Differenzrechnung zu Grunde gelegt, sondern war (auch für die Zeit des laufenden Konkursverfahrens) von der absoluten Leistungsfähigkeitsgrenze des Unterhaltspflichtigen nach §§ 292b, 291b EO ausgegangen. Diese Vorgangsweise wurde vom Vater in seinem Revisionsrekurs gerügt. Nach dem OGH finden die den Kindern zugesprochenen Beträge „in jedem Monat des Bemessungszeitraums im Differenzbetrag Deckung. ... Damit bedarf es im vorliegenden Verfahren aber keiner endgültigen Festlegung des OGH, ob die Vorinstanzen richtigerweise die Differenzmethode der Ermittlung der Unterhaltsverpflichtungen des Vaters hätten zu Grunde legen müssen.“

**Unterhaltsvorschüsse für Drittstaatsangehörige**

Das am 5. 6. 1997 geborene Kind und seine Mutter sind Staatsangehörige von Serbien und Montenegro; beide wohnen in Österreich. Der Vater, ein französischer Staatsangehöriger, übte bis 1997 eine unselbstständige Erwerbstätigkeit in Österreich aus und kehrte am 2. 6. 1997 nach Frankreich zurück. Im Hinblick auf den unbekanntem Aufenthalt des Vaters beantragte das Kind ab 2004 Unterhaltsvorschüsse, die antragsgemäß bewilligt wurden. Das Rekursgericht gab den Rekursen des durch einen Prozesskurator vertretenen Vaters nicht Folge. Auch der OGH bestätigte die Gewährung von Unterhaltsvorschüssen an das Kind.

Da Serbien und Montenegro nicht dem EWR angehört, fallen Kinder mit serbisch-montenegrinischer Staatsangehörigkeit, die in Österreich wohnen, nicht in den persönlichen Geltungsbereich der Wanderarbeitnehmer-Verordnung Nr 1408/71 und haben daher allein aus dieser Verordnung heraus gemäß § 2 Abs 1 UVG keinen Anspruch auf Unterhaltsvorschuss. Der Anwendungsbereich der Wanderarbeitnehmerverordnung wurde aber durch Art 1 der VO (EG) Nr 859/2003 auf Drittstaatsangehörige ausgedehnt, die ausschließlich aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit nicht

bereits unter die Bestimmungen der VO 1408/71 fallen, sofern sie ihren rechtmäßigen Wohnsitz in einem Mitgliedstaat haben und ihre Situation mit einem Element über die Grenze eines Mitgliedstaats hinausweist. Der erforderliche Gemeinschaftsbezug kann darin liegen, dass Personen, Sachverhalte oder Begehren eine rechtliche Beziehung zu einem anderen Mitgliedstaat aufweisen. Fehlt ein solcher Gemeinschaftsbezug, liegt also ein reiner Inlandsbezug vor, fallen drittstaatsangehörige Kinder nicht in den persönlichen Geltungsbereich der Verordnung und haben keinen Anspruch auf Unterhaltsvorschuss (RIS-Justiz RS0119548).

Im vorliegenden Fall liegt das über die Grenzen eines Mitgliedstaates hinausweisende Element nicht allein in der französischen Staatsbürgerschaft des unterhaltsverpflichteten Vaters, sondern vor allem darin, dass dieser in Ausübung seiner Freizügigkeit von Österreich nach Frankreich zurückgekehrt ist und nunmehr in einer (grenzüberschreitenden) Unterhaltsbeziehung zu dem in Österreich aufhaltigen Kind steht. Damit weist die Situation des (drittstaatsangehörigen) Kindes keineswegs ausschließlich Verbindungen zu einem Drittstaat und einem einzigen Mitgliedstaat auf.



Aus den in den Art 75 und 76 der VO Nr 1408/71 enthaltenen Koordinierungsregeln ergibt sich, dass im Falle des Zusammentreffens von Ansprüchen in mehreren Mitgliedstaaten der Anspruch im Wohnsitzstaat vorgeht. Ob das

Kind als Familienangehöriger Anspruch auf Unterhalt bzw Vorschüsse nach französischem Recht hat, braucht daher nicht geprüft werden.

### **Anmerkung**

Die Entscheidung zeigt auf das Neue, zu welchen Verständnisschwierigkeiten die (verfehlte) Qualifikation der österr Unterhaltsvorschüsse als „Familienleistung“ im Sinne der Wanderarbeitnehmer-VO Nr 1408/71 durch den EuGH führt. Das vom OGH erzielte Ergebnis überrascht: Dadurch, dass der Vater vor der Geburt des Kindes nach Frankreich zurückgekehrt ist, vermittelt er nun seinem Kind einen Anspruch auf Unterhaltsvorschuss in Österreich. Hätte er weiterhin in Österreich gearbeitet, wäre das nicht der Fall (so bereits 10 Ob 60/03a).

Die Konfusion, in die sich der OGH begeben hat, rührt daher, dass er die Argumentation auf der Staatsbürgerschaft des Kindes aufbaut und die Staatsbürgerschaft des

Vaters im zweiten Schritt für die Begründung eines Gemeinschaftsbezuges heranzieht. Nach der Wanderarbeitnehmer-VO wäre es aber genau umgekehrt: Nach ihrem Art 2 kommt es auf die Staatsbürgerschaft des Kindes eines Wanderarbeitnehmers nicht an, sondern auf die des Wanderarbeitnehmers selbst; seine soziale Stellung soll durch die Migration nicht beeinträchtigt werden. Bei einem französischen Vater bedürfte es also der Heranziehung der Drittstaatsangehörigen-VO gar nicht (ebenso *Neuhauser*, Unterhaltsvorschüsse für Drittstaatsangehörige, Zak 2006/260, 143). Und die Heranziehung der Koordinierungsregeln mit dem Vorrang des Wohnsitzstaates würde eine Beschäftigung der Mutter in Österreich voraussetzen, worauf es keine Hinweise in der Entscheidung gibt.

**§ 7 Abs 1 AußStrG; § 63 Abs 1 ZPO; § 140 Abs 2 ABGB**

LG für ZRS Wien, 30.8.2005, 42 R 324/05s FamZ 4/06

### **Bewilligung der Verfahrenshilfe an Minderjährige bedarf keiner Überprüfung der Vermögensverhältnisse der betreuenden Mutter**

Gem § 7 Abs 1 AußStrG sind die Bestimmungen der ZPO über die Verfahrenshilfe im VaStr sinngemäß anzuwenden. Für die Beurteilung der Bewilligung der Verfahrenshilfe an Minderjährige darf es auf die Vermögensverhältnisse der betreuenden Mutter, die durch die Betreuung ihre Unterhaltsverpflichtung gem § 140 Abs 2 ABGB erfüllt, nicht ankommen. Diese trifft bloß eine subsidiäre Unterhaltsverpflichtung bei Leistungsunfähigkeit des anderen Elternteils. Hinsichtlich des Sonderbedarfs haben nach stRp des OGH beide Eltern anteilmäßig ihren Beitrag zu leisten, und zwar der nicht haushaltsführende Teil durch entsprechende Geldleistung und der haushaltsführende Elternteil durch einen höheren Betreuungsaufwand (ÖA 1996, 126; 8 Ob 634/90; EF 99.877 uva). Dadurch, dass die Mutter die für das Verfahren relevanten Informationen und Unterlagen an das Jugendamt als Vertreter der Minderjährigen weiterleitete und sonst als gesetzliche Vertreterin ihrer Verpflichtung zur Wahrnehmung der Rechte der Minderjährigen im Unterhaltsverfahren nachzukommen hatte, hat sie ihre Verpflichtung zur Deckung des durch die Verfahrenskosten erhöhten Sonderbedarfs des Minderjährigen erfüllt, sodass daraus keine weitere Geldunterhaltsverpflichtung der Mutter resultieren kann.

Anders liegt der Fall nur dann, wenn beide Eltern das Verfahrenshilfe begehrende Kind im gemeinsamen Haushalt betreuen, weil dann nur ein Anspruch auf Naturalunterhalt bestünde, sodass die finanzielle Situation des Kindes allein aus diesem Umstand nicht eingeschätzt werden könnte.

### **Anmerkung**

Mit dieser E ist der Senat 43 des ZRS Wien von seiner früheren Judikatur, wonach Voraussetzung für die Bewilligung der Verfahrenshilfe an ein mj Kind die Überprüfung der Vermögensverhältnisse beider Unterhaltsverpflichteter sei, abgegangen und hat somit eine neue Judikaturlinie begründet (vgl 43 R 410/05w; 43 R 239/05y). Damit wird auch die vereinzelt gebliebene Entscheidung des OGH 7 Ob 2165/96z, wonach die betreuende Mutter für diesen Sonderbedarf geldunterhaltspflichtig sei, abgelehnt. Vgl zu diesem Problem auch *Deixler-Hübner*, Die neuen familienrechtlichen Verfahrensbestimmungen, in *Ferrari/Hopf*, Reform des Kindschaftsrechts (2001) 115.

Astrid Deixler-Hübner

### **Rechtsprechung Obsorge- und Besuchsrecht**

**Gabriela Thoma-Twaroch**

**§ 186 ABGB, § 154 ABGB, § 154a ABGB, § 176 ABGB**

OGH 1.12.2005, 6 Ob 215/05v FamZ 5/06

### **Zur Definition von Pflegeeltern**

Pflegeeltern sind nur jene Personen, die die Pflege und Erziehung eines Kindes schon tatsächlich ausüben. Die Absicht, ein Kind erst in den Haushalt aufnehmen zu wollen, genügt nicht.



**Die Zustimmung des Jugendwohlfahrtsträgers als gesetzlicher Vertreter zum Abschluss eines Pflegevertrages kann nicht gerichtlich ersetzt werden.**

1. Die Antragsteller beehrten, die vom Jugendwohlfahrtsträger verweigerte Zustimmung zur Übernahme des Kindes in Pflege und Erziehung gerichtlich zu ersetzen, nachdem der Jugendwohlfahrtsträger als gesetzlicher Vertreter das Kind in einer Wohngruppe untergebracht hatte. Sie hätten aufgrund des Verwandtschaftsverhältnisses zur früheren Pflegemutter einen familiären Bezug zu dem Kind und seien bereit, das Kind in Pflege zu nehmen.

Personen, die beim Jugendwohlfahrtsträger den Antrag auf Pflegebewilligung gestellt haben, sind nicht zwangsläufig auch im Pflegschaftsverfahren vor Gericht antragslegitimiert, weil sich der Pflegeelternbegriff des Jugendwohlfahrtsgesetzes schon seiner Funktion nach nicht mit jenem des § 186 ABGB deckt. Als Pflegeeltern iSd § 186 ABGB sind nur Personen zu verstehen, die die Pflege und Erziehung zumindest im Innenverhältnis des § 144 ABGB schon tat-

sächlich besorgen, nicht jedoch Personen, die eine Eingliederung des Kindes in ihren Haushalt und Lebenslauf erst beabsichtigen. Die Vorinstanzen sind daher zutreffend von der fehlenden Antragslegitimation potentieller Pflegeeltern im gerichtlichen Pflegschaftsverfahren ausgegangen.

2. Als gesetzlicher Vertreter des Kindes und alleine Ob- sorgeberechtigter entscheidet der Jugendwohlfahrtsträger im Rahmen der vollen Erziehung allein über die Unterbringung des Kindes. Er kann auch ein Pflegeverhältnis zu Pflegeeltern begründen, ohne dass es der Zustimmung des Pflegschaftsgerichts bedarf. Pflegschaftsgerichtlich ersetz- bare Rechte iSd § 176 ABGB sind grundsätzlich nur die zwischen Eltern oder zwischen anderen Ob- sorgeberechtigten strittigen Rechte. Das Gericht kann daher die Zustimmung des anderen nicht handelnden Elternteiles, nicht aber die Handlung des gesetzlichen Vertreters ersetzen. Es kann daher einen Pflegschaftsvertrag nicht anstelle des gesetzlichen Vertreters abschließen.

§ 177 ABGB, § 177a ABGB

OGH 1.12.2005, 2 Ob 266/05i FamZ 6/06

## **Aufhebung der gemeinsamen Obsorge über Wunsch eines Elternteiles ohne weitere Begründung**

Der zwischen den Eltern abgeschlossene Scheidungsvergleich enthält die Vereinbarung einer gemeinsamen Obsorge der Eltern und das Aufenthaltsbestimmungsrecht der Mutter. Die Mutter beantragte nur zwei Monate nach Abschluss des Scheidungsvergleichs die Aufhebung der gemeinsamen Obsorge, da der Vater zu großen Einfluss auf die Pflege und Erziehung der Kinder nehme, weshalb sie mit der gemeinsamen Obsorge nicht mehr einverstanden sei.

Die Aufrechterhaltung der Obsorge beider Eltern (auch nur in einem Teilbereich) gegen den Willen eines Elternteils ist ausgeschlossen. Ein auf die Aufhebung dieser Obsorge gerichteter Antrag muss nicht begründet werden, es genügt

der durch die Antragstellung zum Ausdruck gebrachte Wegfall des Willens eines Elternteils zur Aufrechterhaltung der gemeinsamen Obsorge. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen diese Gesetzeslage bestehen schon insofern nicht, als auch der Bestimmung des § 177 Abs 1 aF ABGB keine verfassungsrechtlichen Bedenken entgegenstanden, die nur die Vereinbarung einer alleinigen Obsorge eines Elternteils nach Scheidung vorsah. Eine „grundlose“ Änderung der Obsorgeverhältnisse liegt auch insofern nicht vor, als der Grund für die gerichtliche Entscheidung eben im Verlust des Einvernehmens der Eltern über die gemeinsame Obsorge liegt.

**Rechtsprechung Abstammungs- und Adoptionsrecht**

**Christa Zemanek**

§§ 179, 182 ABGB

OGH 15.12.2005, 6 Ob 179/05z FamZ 7/06

## **Adoption des Kindes durch seinen unehelichen Vater?**

**Für eine Adoption durch den unehelichen Vater besteht bei einer möglichen gemeinsamen Obsorge kein Bedarf**

Durch das ErbRÄG 1989 (BGBl 656/1989 über die Gleichstellung des unehelichen Kindes im Erbrecht und die Sicherung der Ehemohnung für den überlebenden Ehegatten), mit dem die noch immer diskriminierenden Vorschriften der §§ 752 bis 756 ABGB beseitigt wurden, wurde das uneheliche Kind dem ehelichen Kind zur Gänze gleichgestellt. Die Betrauung beider Elternteile mit der Obsorge kann nach der Neuregelung durch das KindRÄG 2001 – im Gegensatz zur früheren Rechtslage (vgl 1 Ob 316/99y = EF 93.060) –

unabhängig vom Bestehen einer häuslichen Gemeinschaft vereinbart werden. Die häusliche Gemeinschaft ist nur insofern von Bedeutung, als bei deren Fehlen die Vereinbarung auch festzulegen hat, ob sich das Kind hauptsächlich beim Vater oder bei der Mutter aufhält (*Hopf* in aaO *KBB*, § 167 Rz 3).

Ein Vergleich dieser Bestimmungen mit den Wirkungen der Adoption (§§ 182 ff ABGB) ergibt, dass durch eine Adoption, bei der das Wahlkind nur durch einen Wahlvater



(nicht durch ein Wahlelternteil) angenommen wird und die leibliche Mutter in das Erlöschen einer familienrechtlichen Beziehung nicht einwilligt (das Gericht das Erlöschen nicht ausspricht), für alle Beteiligten weitgehend dieselbe Rechtslage eintritt wie bei einer Vereinbarung der gemeinsamen Obsorge zwischen den unehelichen Eltern. Bei der Einzeladoption eines Minderjährigen und Aufrechterhalten der familienrechtlichen Beziehungen zum leiblichen Elternteil haben dieser und der Wahlelternteil unabhängig davon, ob sie Ehegatten oder Lebensgefährten sind oder keine solche Verbindung zwischen ihnen besteht, die Rechte und Pflichten nach § 144 ABGB einverständlich auszuüben und das Wahlkind im Sinn des § 154 ABGB zu vertreten (7 Ob 763/83 = NZ 1984, 152 mwN).

Die Voraussetzungen der Bewilligung der Annahme an Kindes statt sind strenger, weil einerseits weitergehende Zu-

stimmungs- und Anhörungsrechte (§§ 181, 181a ABGB) vorgesehen sind und bei der Adoption eine dem Verhältnis zwischen leiblichen Eltern und Kindern entsprechende Beziehung bestehen muss oder hergestellt werden soll (§ 180a Abs 1 erster Satz ABGB).

Aus der bloßen Tatsache der Adoption lässt sich somit, wenn die Obsorge dem leiblichen Elternteil zugewiesen wird, keine besondere Rechtsposition für den Wahlelternteil ableiten. Auch dann, wenn ein Elternteil stirbt oder sonst an der Ausübung der Obsorge behindert ist, wird der andere Elternteil nur in dem Fall ex lege obsorgeberechtigt, wenn beiden Elternteilen die Obsorge gemeinsam zustand. Ansonsten hat das Gericht zu prüfen, ob die Obsorge dem anderen Elternteil oder den Großeltern zukommen soll (§ 145 Abs 1 ABGB). Es besteht daher kein Bedarf, diese Adoption für zulässig zu erklären.

### § 163 ABGB, §§ 55, 58, 66 AußStrG

OGH 20.12.2005, 1 Ob 236/05w FamZ 8/06

#### **Nichtigkeit eines Vaterschaftsfeststellungsverfahrens, dem das durch den Jugendwohlfahrtsträger zu vertretende mj Kind nicht beigelegt wurde.**

Der OGH hat die Zurückweisung des gegen die Mutter und ihren Ehemann gerichteten Antrags des biologischen Vaters auf Feststellung der Vaterschaft als nichtig aufgehoben und die Beziehung des durch den Jugendwohlfahrtsträger zu vertretenden mj Kindes aufgetragen, da sich die Mutter geweigert habe, den Antragsteller als Vater ihres (ehelichen) Kindes zu bezeichnen, wodurch sein vaterschaftsdurchbrechendes Anerkenntnis nicht rechtswirksam werden könne.

Mangels Verfahrensbeteiligung des Kindes haftet den Entscheidungen und dem Verfahren der Vorinstanzen eine Nichtigkeit gem § 66 Abs 1 Z 1 iVm § 58 Abs 1 Z 2 AußStrG an. Diese nicht geltend gemachte Nichtigkeit ist im Revisionsrekursverfahren – analog § 55 Abs 3 AußStrG – von Amts wegen wahrzunehmen, es sei denn, es ließe sich der angefochtene Beschluss bestätigen, ohne dass dadurch in die Rechte des Antragstellers oder des bisher unvertretenen Kindes eingegriffen würde (vgl insofern allgemein 5 Ob 174/05g).

Im fortgesetzten Verfahren wird der Jugendwohlfahrtsträger als gesetzlicher Vertreter des Kindes zu beurteilen haben, ob er dem Vaterschaftsanerkenntnis des Antragstellers gem § 163e Abs 2 ABGB zustimmt oder dem Feststellungsantrag entgegentritt. Nach der bisherigen Verfahrenslage war nämlich nicht zu unterstellen, dass eine allfällige Zustimmung namens des Kindes in dessen wohlverstandenen Interesse ohne Einfluss auf die Willensbildung der Mutter bleiben und diese den Antragsteller selbst dann nicht gem § 163e Abs 2 ABGB als Vater bezeichnen und sich weiterhin gegen dessen Feststellungsantrag zur Wehr setzen werde,

wenn eine solche Erklärung dem Kindeswohl förderlich wäre.

Kann aber die Wirksamkeit des Vaterschaftsanerkenntnisses mangels entsprechender Voraussetzungen nicht eintreten, jedoch die Unterbindung des persönlichen Kontaktes des biologischen Vaters festgestellt werden, regt der OGH die Einleitung des Gesetzesprüfungsverfahrens durch die zweite Instanz an.

#### **Anmerkung**

- Anders als nach der ZPO ist das Fehlen notwendiger Streitgenossen im Antrag insoweit unschädlich, als die restlichen Parteien des Verfahrens außer Streit sachen (hier das Kind) von Amts wegen beizuziehen sind.
- Das Kind nicht anzuführen, erspart daher nicht die Auseinandersetzung mit dem Jugendwohlfahrtsträger.
- Eine allfällige Anfechtung wegen Verfassungswidrigkeit des Ausschlusses der Vaterschaftsfeststellung des biologischen Vaters während der Ehe gegen den Willen von Mutter und Kind (betrifft eher § 163b als § 163e ABGB) hat der OGH für den eher wahrscheinlichen weiteren Verfahrensverlauf, dass die Mutter dem Vaterschaftsanerkenntnis weiter entgegentritt, erörtert.

Robert Fucik/Christa Zemanek