

Rechtsprechungsübersicht Verfassungsgerichtshof

MICHAEL HOLOUBEK / MICHAEL LANG

A. Grundrechte-Charta der Europäischen Union ist wie die Verfassung zu sehen

Mit **Erk v 14. 3. 2012 (U 466/11 und U 1836/11)** hat der VfGH ausgesprochen, dass die Rechte der EU-Grundrechte-Charta (GRC) in Verfahren, in denen Unionsrecht durchzuführen ist, wie verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte zu sehen sind.

In den dem Erk zugrundeliegenden Fällen erachteten sich zwei chinesische Staatsangehörige durch E des AsylGH gem Art 144 a B-VG jeweils in ihrem verfassungsmäßig gewährleisteten Recht (in weiterer Folge: Grundrecht) auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht gem Art 47 GRC verletzt, da der AsylGH von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung abgesehen und eine dagegen erhobene Beschwerde abgewiesen hatte.

Der VfGH hatte zunächst zu prüfen, ob die Behauptung einer Verletzung einer Bestimmung der GRC seine Zuständigkeit begründet und die GRC einen Prüfungsmaßstab für ein Verfahren gem Art 144 a B-VG (der insofern Art 144 B-VG gleicht) bildet, um die Zulässigkeit der Beschwerden zu beurteilen.

Dazu erwog der VfGH, dass die GRC als Teil des Vertrags von Lissabon aufgrund von Art 6 Abs 1 EUV mit den Verträgen rechtlich gleichrangig und daher Teil des Primärrechts der EU sei. Die unmittelbare Anwendbarkeit ergäbe sich auch aus Art 51 GRC. Weiter führte der VfGH aus, dass er in seiner Rsp seit dem EU-Beitritt Österreichs zwar dem EuGH folge, wonach aus der autonomen Geltung des Unionsrechts der Vorrang unmittelbar anwendbarer Vorschriften vor dem Recht der MS folge, Unionsrecht aber im Allgemeinen keinen Prüfungsmaßstab für seine E bilde.

Der VfGH verwies auf seine bisherige Rsp, die vor dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon ergangen war, der zufolge er im Rahmen der von ihm zu besorgenden Aufgaben den Anwendungsvorrang des EG-Rechts zu beachten habe. Dies aber nur soweit, als dadurch Grundrechte verletzt worden wären. Ein Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht sei aus damaliger Sicht des VfGH der Verletzung einfachgesetzlicher Vorschriften gleichzuhalten, die wahrzunehmen der VfGH berufen sei. In weiterer Folge sei der VfGH allgemein davon ausgegangen, dass Unionsrecht keinen Maßstab für seine Rechtskontrolle bilde.

Diese Rsp könne jedoch nicht auf die GRC übertragen werden, da die Charta innerhalb des Unionsrechts einen von den Verträgen deutlich abgegrenzten Bereich bilde. Nach den vom EuGH in seiner Rsp¹⁾ entwickelten Grundsätzen der Gleichwertigkeit bzw Äquivalenz und der (nunmehr in Art 4 Abs 3 zweiter

Satz EUV ausgesprochenen) Mitwirkungspflicht obliege den innerstaatlichen Gerichten die Aufgabe, den sich aus der unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts ergebenden Rechtsschutz zu gewährleisten. Mangels unionsrechtlicher Regelung seien die Bestimmung der zuständigen Gerichte und die Ausgestaltung des Verfahrens für die Klagen Sache der jeweiligen innerstaatlichen Rechtsordnung; vor dem Hintergrund des Äquivalenzgrundsatzes dürfen freilich diese Bedingungen nicht ungünstiger ausgestaltet sein als für gleichartige Klagen, die das innerstaatliche Recht betreffen; ein Sachverhalt, der seinen Ursprung in der Ausübung von Unionsrecht hat, und ein rein innerstaatlicher Sachverhalt dürfen daher nicht unterschiedlich eingestuft und behandelt werden, wenn sie ähnlich und vergleichbar seien.²⁾

Aus unmittelbar anwendbarem Unionsrecht resultierende Rechte müssen daher in einem Verfahren durchsetzbar sein, das für vergleichbare, sich aus der nationalen Rechtsordnung ergebende Rechte bestehe.³⁾ Dabei habe das nationale Gericht zu untersuchen, ob die Verfahrensmodalitäten diesem Grundsatz entsprechen.

Nun verbürge die GRC für den Bereich des Unionsrechts Rechte, wie sie die österr Verfassungsordnung als Grundrechte garantiere. Präambel und Erläuterung der GRC würden betonen, dass die Charta Rechte bekräftige, die sich aus gemeinsamen Verfassungstraditionen und internationalen Verpflichtungen, aus der EMRK, den Sozialchartas, sowie aus der Rsp des EuGH und des EGMR ergäben; zahlreiche Charta-Rechte seien in Wortlaut und Intention den entsprechenden EMRK-Rechten nachgebildet. In Österreich sei die EMRK unmittelbar anwendbar, stehe im Verfassungsrang und die von ihr gewährleisteten Rechte seien Grundrechte iSd Art 144 bzw Art 144 a B-VG, deren Schutz dem VfGH obliege.

Vor dem Hintergrund des Äquivalenzgrundsatzes prüfte der VfGH nun, wie und in welchem Verfahren Rechte der GRC aufgrund innerstaatlichen Rechts geltend gemacht werden können:

So sei der VfGH gem Art 144 bzw Art 144 a B-VG berufen, letztinstanzliche Bescheide von Verwaltungsbehörden auf etwaige Grundrechtsverletzungen

Univ.-Prof. Dr. Michael Holoubek lehrt öffentliches Recht, Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Lang Österreichisches und Internationales Steuerrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien.

- 1) EuGH 16. 12. 1976, 33/76, *Rewe*, Slg 1976, 1989; 16. 12. 1976, 45/76, *Comet*, Slg 1976, 2043; 1. 12. 1998, C-326/96, *Levez*, Slg 1998, I-7835.
- 2) Mit Verweis auf EuGH 19. 6. 2003, C-34/02, *Pasquini*, Slg 2003, I-6515.
- 3) Mit Verweis auf EuGH 29. 10. 2009, C-63/09, *Pontin*, Slg 2009, I-10467.

gen zu prüfen. Weiter seien gem Art 133 Z 1 B-VG Beschwerdesachen, in denen eine Grundrechtsverletzung behauptet wird, von der Zuständigkeit des VfGH ausgeschlossen. Generell beruhe das Rechtsschutzsystem des B-VG darauf, dass die Geltendmachung von Grundrechtsverletzungen iA bei einer Instanz, dem VfGH, konzentriert sei, der auch allein über solche Verletzungen durch generelle Normen absprechen solle und eine entsprechende Aufhebungsbefugnis habe. Die GRC enthalte „Rechte“ und „Grundsätze“ (Art 51 GRC), wobei die Abgrenzung unklar sei. Sie erfülle aber jedenfalls in den „Rechten“ für den Anwendungsbereich des Unionsrechts die gleiche Aufgabe wie Grundrechte für den autonomen österr Rechtsbereich.

Nun würde es angesichts der weitgehenden formalen wie inhaltlichen Übereinstimmung von Charta-Rechten und EMRK-Rechten und der dadurch bedingten weitgehenden Überschneidungen der Schutzbereiche dem Konzept einer zentralisierten Verfassungsgerichtsbarkeit widersprechen, könnte der VfGH über vielfach inhaltsgleiche Rechte der GRC nicht absprechen. Daher folge aus dem Äquivalenzgrundsatz, dass auch Charta-Rechte – jedenfalls wenn sie in Formulierung und Bestimmtheit Grundrechten der österr Bundesverfassung gleichen – vor dem VfGH als Grundrechte gem Art 144 bzw Art 144a B-VG geltend gemacht werden können und sie im Anwendungsbereich der GRC einen Prüfungsmaßstab in Verfahren der generellen Normenkontrolle (insb gem Art 139 und 140 B-VG) bilden.

Dabei sei im Anwendungsbereich der GRC für die Rsp des VfGH die Rsp des EuGH maßgebend, der seinerseits – wie der VfGH – die Rsp des EGMR berücksichtige. Bei Zweifel an der Auslegung einer unionsrechtlichen Vorschrift habe der VfGH wie bisher eine Frage dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen, auch in Asylsachen sei er vorlageverpflichtetes Gericht iSv Art 267 Abs 3 AEUV.

Somit ziehe nun der VfGH – gegebenenfalls nach Einholung einer Vorabentscheidung des EuGH – die GRC in ihrem Anwendungsbereich (Art 51 Abs 1 GRC) als Maßstab für nationales Recht heran und hebe entgegenstehende generelle Normen gem Art 139 bzw Art 140 B-VG auf. Keine Vorlagepflicht bestünde, wenn die Rechtsfrage nicht entscheidungserheblich ist, insb wenn ein Recht der GRC den gleichen Anwendungsbereich wie ein Grundrecht, insb der EMRK, habe. Dabei seien die Rechte, die sich aus der GRC, aus nationalen Verfassungen und aus völkerrechtlichen Verträgen ergäben, möglichst kohärent auszulegen.

Weiter gelte die GRC nur im Anwendungsbereich des Unionsrechts, welcher nach der Rsp des EuGH neben der Vollziehung unmittelbar anwendbaren Unionsrechts durch Gerichte oder Verwaltungsbehörden der MS auch die Vollziehung von mitgliedstaatlichen Umsetzungsvorschriften umfasse. So habe auch der AsylGH jedenfalls in Durchführung des Unionsrechts gehandelt, die GRC sei daher anwendbar.

Art 47 GRC gewähre nun ein Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht. Laut den Erläut zu Art 47 GRC sei die Norm

zwar auf Art 13 EMRK gestützt, gewähre aber einen umfassenderen Schutz, da sie ein Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf bei einem Gericht garantiere. Art 47 Abs 2 entspräche Art 6 Abs 1 EMRK mit Ausnahme des Anwendungsbereichs, der über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen hinausgehe.

Vor dem Hintergrund der Art 51 Abs 1, Art 52 Abs 3 und Art 53 GRC besitze nun Art 47 Abs 2 GRC im Anwendungsbereich von Art 6 EMRK die gleiche Tragweite und Bedeutung wie Letzterer. Darüber hinaus gälten die Garantien des Art 6 EMRK, so die Erläut, entsprechend, aber je nach Materie, Verfahrensgegenstand und Instanz in unterschiedlichem Maße, bestimmt durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Da für Asylverfahren die Rsp des EGMR nur mittelbar herangezogen werden könne, sei das Ausmaß der Gewährung durch Art 52 Abs 1 GRC vom Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bestimmt. Für die Beurteilung der Zulässigkeit des Unterbleibens einer mündlichen Verhandlung sei daher maßgeblich, ob Beschränkungen der Durchführung mündlicher Verhandlungen durch § 41 Abs 7 AsylG 2005 erforderlich seien und den von der Union anerkannten, dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprächen.

Aus der Rsp zu Art 6 Abs 1 EMRK gehe hervor, dass jedenfalls, wenn es beantragt wird, grds ein Anspruch auf Durchführung einer öff mündlichen Verhandlung bestehe; hinsichtlich des Zugangs zu Gericht wie auch hinsichtlich des Ausschlusses der Öffentlichkeit stehe Art 6 EMRK unter dem Vorbehalt verhältnismäßiger Beschränkungen.

Asylverfahren würden zwar nicht in den Anwendungsbereich des Art 6 EMRK fallen, aus Art 47 Abs 2 GRC sei jedoch ein Recht auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung auch in Fällen abzuleiten, in denen ein solches Gebot mangels Anwendbarkeit des Art 6 EMRK nicht unmittelbar aus diesem folge. Da sich Art 47 Abs 2 GRC neben der EMRK auf die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der MS stütze, sei Art 6 EMRK ebenso bei der Auslegung des Rechts auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz zu berücksichtigen. Umgekehrt habe die Auslegung des Art 47 Abs 2 GRC die Verfassungsüberlieferungen der MS zu berücksichtigen. Dies führe zu einer einheitlichen Auslegung mit den korrespondierenden Rechten der GRC.

Nach Ansicht des EGMR könne nun eine mündliche Verhandlung in Verfahren gem Art 6 Abs 1 EMRK bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände unterbleiben. Unter Berücksichtigung von Verfahrensökonomie und Effektivität könne das Gericht davon absehen, wenn aufgrund der Aktenlage angemessen entschieden werden könne. Bei Verwaltungsverfahren könne die mündliche Verhandlung aufgrund der Mitwirkungsmöglichkeiten im Verfahren regelmäßig unterbleiben, wenn das Vorbringen erkennen lasse, dass die Durchführung einer Verhandlung zu keiner weiteren Klärung führe. Maßgeblich sei nach der Rsp des EuGH, welche Bedeutung und Notwendigkeit eine Verhandlung für Beweiserhebung und

Beweiswürdigung sowie für die Lösung von Rechtsfragen habe.

Im Ergebnis hatte der VfGH weder Bedenken ob der Verfassungsmäßigkeit des § 41 Abs 7 AsylG 2005, noch stellte er fest, dass der AsylGH der Bestimmung durch das Absehen von der Verhandlung einen verfassungswidrigen Inhalt unterstellt habe. Das Unterbleiben einer mündlichen Verhandlung in Fällen, in denen der Sachverhalt aus der Aktenlage in Verbindung mit der Beschwerde geklärt erscheine, oder in denen sich zweifelsfrei ergebe, dass das Vorbringen tatsachenwidrig sei, stehe im Einklang mit Art 47 Abs 2 GRC, wenn zuvor bereits ein Verwaltungsverfahren stattgefunden habe, in dessen Rahmen Parteigehör gewährt wurde.

Die beschwerdeführenden Parteien seien daher nicht in ihrem Recht nach Art 47 Abs 2 GRC verletzt worden und die behauptete Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte habe sohin nicht stattgefunden.

B. Höchstprovision für befristete Mietverträge

Mit **Erk v 5. 3. 2012 (V 8/11)** hat der VfGH festgestellt, dass die Bestimmung der Immobilienmaklerverordnung, wonach bei der Vermittlung von höchstens auf drei Jahre befristeten Mietverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser die vom Mieter verlangte Provision den Betrag des einfachen monatlichen Bruttomietzinses nicht übersteigen darf (§ 20 Abs 1 Immobilienmaklerverordnung), verfassungskonform ist. Die Antragstellerin, Inhaberin einer Gewerbeberechtigung für Immobilienmakler, ist auch mit dem Eventualbegehren auf Aufhebung des § 20 Abs 3 Immobilienmaklerverordnung, der die Provisionshöchstsätze im Falle der Umwandlung eines befristeten Mietvertrags in einen unbefristeten Mietvertrag und im Falle der Verlängerung eines befristeten Mietvertrags auf einen halben monatlichen Bruttomietzins beschränkt, gescheitert.

Nach der stRsp zum verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Freiheit der Erwerbsbetätigung gem Art 6 StGG (zB VfSlg 10.179/1984) sind gesetzliche, die Erwerbs(ausübungs)freiheit beschränkende Regelungen aufgrund des Gesetzesvorbehalts nur zulässig, wenn sie dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen. Verordnungen, die auf Grundlage eines im Schutzbereich des Grundrechts ergangenen Gesetzes erlassen wurden, sind gesetzlos, wenn sie bei verfassungskonformer, die Schranken der Erwerbs(ausübungs)freiheit wahrer Auslegung der Verordnungsermächtigung keine gesetzliche Deckung finden (VfSlg 17.960/2006).

Der VfGH kam zum Schluss, dass § 20 Abs 1 Immobilienmaklerverordnung, auch unter Berücksichtigung der Schranken des Art 6 StGG, nicht gegen die Verordnungsermächtigung des § 69 Abs 2 GewO verstößt: Ziel der Novelle der Immobilienmaklerverordnung (BGBl II 2010/268) war die Entlastung der Wohnungssuchenden, die im Hinblick auf die stete Steigerung der Bruttomonatsmieten für Wohnungen und Einfamilienhäuser seit 1994 und angesichts der an diese Bruttomonatsmieten gebundenen Höchst-

provisionsätze mit immer höheren Kosten zur Befriedigung ihrer Wohnbedürfnisse konfrontiert waren. Dieses Ziel ist nach Ansicht des VfGH, ebenso wie das vom Gesetzgeber in § 69 Abs 2 GewO allgemein verfolgte Ziel des Schutzes des Vertrauens der Konsumenten in die das Gewerbe ausübenden Personen, im öff Interesse gelegen. Die bekämpfte Regelung bewirkt zwar eine durchaus erhebliche Beschränkung der Honorargestaltung durch den Immobilienmakler. Allerdings ist die Begrenzung mit einer Monatsmiete auf den Kreis jener Mietverträge beschränkt, die auf nicht mehr als drei Jahre befristet sind, also auf Verträge, bei denen der Nutzen für den Mieter aus der Vermittlungstätigkeit typischerweise geringer ist als bei länger oder nicht befristeten Mietverträgen. Zudem ist es dem Immobilienmakler weiterhin möglich, mit dem Vermieter eine Provision von bis zu drei Monatsmieten zu vereinbaren.

Auch unter Berücksichtigung der Schranken des Gleichheitsgrundsatzes verstößt § 20 Abs 1 Immobilienmaklerverordnung nicht gegen § 69 Abs 2 GewO. Im Besonderen schafft die Bestimmung keine unsachliche Differenzierung zwischen der Vermietung von Geschäftsräumlichkeiten und unbefristet vermieteten Wohnungen und Einfamilienhäusern einerseits und auf höchstens drei Jahre befristet vermieteten Wohnungen und Einfamilienhäusern andererseits. Auch wenn, wie die Antragstellerin argumentierte, die Monatsmiete bei befristet vermieteten Objekten in Abhängigkeit von der Anwendbarkeit des MRG stark variiert, ist der Verordnungsgeber unter den der gesetzlichen Grundlage immanenten Sachlichkeitsgesichtspunkten nicht gehindert, in einer Durchschnittsbetrachtung davon auszugehen, dass der Nutzen für den Mieter bei kürzer befristeten Mietverträgen geringer und daher ein niedrigerer Höchstprovisionsatz im Verhältnis zum Mieter gerechtfertigt ist.

C. Hausbrieffachanlagen

Mit **Erk v 16. 3. 2012 (G 97/11)** wies der VfGH den auf Art 140 B-VG gestützten Antrag der Österreichischen Post AG, § 34 Abs 8, 9 und 10 des Bundesgesetzes über die Regulierung des Postmarktes, BGBl I 2009/123, als verfassungswidrig aufzuheben, ab.

Die antragstellende Gesellschaft, welche gem § 34 Abs 8 PMG als Universaldienstbetreiberin die Verpflichtung trifft, bis zum 31. 12. 2012 Hausbrieffachanlagen (HBFA), die nicht den Anforderungen des § 34 Abs 2, 4 und 5 PMG entsprechen, auszutauschen, begehrte die Aufhebung von § 34 Abs 8 PMG sowie der zu diesem in untrennbarem Zusammenhang stehenden Regelungen des anteiligen Kostenersatzes (§ 34 Abs 9 und 10 PMG).

Die Austauschverpflichtung sowie die Regelung des Kostenersatzes, so die antragstellende Gesellschaft, würden nicht im öff Interesse liegen und darüber hinaus einen unverhältnismäßigen Eingriff in ihr verfassungsgesetzlich gewährlestetes Recht auf Unversehrtheit des Eigentums gem Art 5 StGG darstellen. Der VfGH bejahte iZm der Austauschverpflichtung den Eingriff in das Eigentumsrecht, erachtete allerdings das öff Interesse wie auch die Verhältnismä-

ßigkeit des Eingriffs als gegeben. Im Wesentlichen begründete der VfGH dies dahingehend, dass aus seiner bisherigen Rsp⁴) sowie insb aus dem Unionsrecht (Postmarkt-RL) ein öff Interesse an der Austauschverpflichtung abzuleiten sei. Auch die Regelung der Kostentragung entsprechend dem Aufteilungsschlüssel des § 34 Abs 9 leg cit sah der VfGH als im öff Interesse gelegen, welches sich schon aus der allgemeinen gesellschaftlichen und volkswirtschaftlichen Notwendigkeit eines flächendeckenden Postdiensts ergebe. Die Belastung des öff Haushalts zum anteiligen Kostenersatz wäre, so der VfGH, dagegen nicht im öff Interesse gelegen und die besondere Stellung eines Universaldienstbetreibers rechtfertige es, die antragstellende Gesellschaft zur Umrüstung der HBFA und zu deren Vorfinanzierung zu verpflichten. Zur Verhältnismäßigkeit führte der VfGH aus, dass auch diese nicht zu beanstanden sei, würden doch die Alternativen zum im PMG festgelegten System mehrere Nachteile hervorrufen (Sicherheitsbedenken hinsichtlich des Zugangs, des Postgeheimnisses, der Postzustellungen durch Postdiensteanbieter). Aufgrund der früheren Stellung der antragstellenden Gesellschaft als Monopoldienstleisterin und nunmehrige Universaldienstleisterin würden die neuen HBFA zu einem hohen Anteil von der antragstellenden Gesellschaft selbst genutzt werden. Somit läge keine Verletzung des Grundrechts auf Unversehrtheit des Eigentums vor.

Zur beanstandeten Erwerbsfreiheit führte der VfGH lediglich aus, dass der Eingriff an sich zweifelhaft sei, ein solcher bei allfälliger Bejahung allerdings ohnehin aus den zuvor zum öff Interesse und zur Verhältnismäßigkeit angeführten Gründen zu keinem Verstoß führen würde.

Auch verneinte der VfGH den ins Treffen geführten Verstoß gegen das Sachlichkeitsgebot. Der VfGH hege keine Bedenken gegen die selbst zu tragenden Kosten der antragstellenden Gesellschaft, auch wenn die HBFA von anderen, nicht unter das PMG fallenden Postdienstleistern genutzt würden. Es sei grds mit dem Gleichheitsgrundsatz vereinbar, wenn der Gesetzgeber eine typisierende Betrachtung vornehme und unter dem Gesichtspunkt des Regelungszwecks vernachlässigbare Fälle ausnehme. Dem sei auch nicht entgegenzuhalten, dass gegenwärtig die antragstellende Gesellschaft allein bzw überwiegend die Kosten trage, bezeuge dies doch umso deutlicher, dass die neuen HBFA nur von der antragstellenden Gesellschaft in nennenswertem Ausmaß für die Zustellung von Briefsendungen genutzt würden.

D. Gaststättenpauschalierung

Der VfGH hat mit **Erk v 14. 3. 2012 (V 113/11)** die Verordnung über die steuerliche Pauschalierung bei Gaststätten und Beherbergungsbetrieben (Gaststättenpauschalierungs-VO) als gesetzwidrig aufgehoben. Die Aufhebung tritt mit 31. 12. 2012 in Kraft.

Die angefochtene Verordnung betraf Betriebe des Gaststätten- und Beherbergungsgewerbes, die keiner Buchführungspflicht unterliegen, Bücher auch nicht freiwillig führen und deren Vorjahresumsatz € 255.000,- nicht übersteigt. Die Gewinnpauschalierung für alle von der Verordnung erfassten Betriebe folgte damit einem einheitlichen Berechnungsschema. Der Gewinn aus einem solchen Betrieb war laut Verordnung mit einem Durchschnittssatz (Sockelbetrag) von € 2.180,- zuzüglich 5,5% der Betriebseinnahmen (inklusive Umsatzsteuer) mindestens jedoch mit einem Betrag von € 10.900,- anzusetzen. Ein zusätzlicher Betriebsausgabenabzug war nicht zulässig.

Der VfGH erachtete die Verordnung als gesetzwidrig. Dies im Wesentlichen mit der Begründung, dass der aufgrund der Verordnung ermittelte Gewinnbetrag in einer großen Anzahl von Fällen nicht den tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnissen entspreche. In der von der Pauschalierung umfassten Gruppe fänden sich unterschiedliche Betriebe, insb mit gänzlich unterschiedlichen Aufwandsstrukturen, womit eine den wirtschaftlichen Verhältnissen gerecht werdende Pauschalierung von vornherein ausgeschlossen sei. Der Ordnungsgeber habe der an sich verfassungsrechtlich zulässigen Pauschalierung einen gesetzwidrigen Anwendungsbereich gegeben, indem er sämtliche, eine bestimmte Umsatzgröße nicht überschreitende, Gaststätten- und Beherbergungsbetriebe ungeachtet der unterschiedlichen wirtschaftlichen Verhältnisse zu einer Gruppe zusammengefasst und für diese einen einheitlichen Gewinnprozentsatz festgelegt habe. Auch hinsichtlich der Vorsteuerpauschalierung habe der Ordnungsgeber in gesetzwidriger Weise Betriebe zu einer Gruppe zusammengefasst, die sich hinsichtlich der für den Vorsteuerabzug maßgeblichen Verhältnisse nicht in der gleichen wirtschaftlichen Situation befinden. Obwohl der Sinn einer Pauschalierung darin liege, zum Zweck der Vereinfachung der Steuerehebung von den tatsächlichen Verhältnissen des Einzelfalls abzusehen, entspreche sie den Vorgaben des Verfassungsrechts und des § 17 Abs 4 EStG 1988 bzw des § 14 UStG 1994 aber nur, wenn sie sich auf eine unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten einigermaßen homogene Gruppe von Betrieben beziehe und für den Großteil ein Resultat bringe, dass den tatsächlichen Ergebnissen zumindest im mehrjährigen Durchschnitt entspreche. Auch sei zu bedenken, dass die Pauschalierung stets nur begünstigenden Charakter habe, da der Steuerpflichtige jedes Jahr zwischen der exakten Gewinnermittlung und der Pauschalierung wählen könne. Unschärfen im Prozentsatz könnten damit nicht mit dem Argument gerechtfertigt werden, dass die Pauschalierung jedenfalls über einen längeren Zeitraum zur Anwendung käme. Auch dem vorgebrachten Argument einer durch die Anwendung der Pauschalierung erzielten Verwaltungsvereinfachung komme vor diesem Hintergrund nur eingeschränkte Bedeutung zu, denn die Anwendung der Pauschalierungsverordnung erfordere, um einen Vergleich vornehmen zu können, zusätzlich eine Kontrollrechnung.

4) Vgl VfSlg 17.819/2006.

E. Gas-Systemnutzungstarife

Mit **Erk v 15. 3. 2012 (V 26/11, V 42/11)** hat der VfGH Anträge des Landesgerichts Innsbruck auf Aufhebung von Bestimmungen der Gas-Systemnutzungstarife-Verordnung 2008 idF der Novelle 2010 und 2011 abgewiesen. Das antragstellende Landesgericht hatte es für unsachlich gehalten, dass die Regulierungsbehörde insb einen Wechsel von Unternehmen von einer Netzebene auf die nächste zum Anlass einer Neutarifizierung mit der Folge genommen hat, dass sich sog Kostenwälzungsparameter dahingehend verschoben haben, dass weniger Kosten von der Netzebene 2 auf die Netzebene 3 weiter zu wälzen waren, womit sich die Tarife auf der Netzebene 2 (an die Unternehmen angeschlossen sind) erhöht haben, womit dementsprechend die Tarife auf der Netzebene 2 (die unterste Netzebene, auf der auch die Endverbraucher angeschlossen sind) entsprechend entlastet wurden. Die Maßnahme entsprach, so der VfGH, dem in § 23 a Abs 5 GWG 2000 festgeschriebenen Grundsatz der Gleichbehandlung aller Systembenutzer, der dahingehend zu verstehen sei, dass der Netznutzungstarif sachlich zu differenzieren und die Systemnutzer im Hinblick auf ihre jeweilige Kostenverursachung gleich zu behandeln habe. Dass die Regulierungsbehörde davon ausgeht, dass auch ein in unmittelbar zeitlicher Nähe zur Erlassung ihrer Verordnung vollzogener Wechsel der Netzebenen von Großverbrauchern in dieser Verordnung zu berücksichtigen sei, begründe angesichts der Vorgabe des § 23 a Abs 4 GWG 2000 keine unsachliche Behandlung schon länger auf der Netzebene 2 angeschlossener Kunden. Denn § 23 a Abs 4 GWG 2000 sehe vor, dass das Verfahren der Kostenwälzung unter Bezugnahme auf den Grundsatz der Kostenverursachung in den einzelnen Netzebenen zu bestimmen sei. Im Übrigen habe die Regulierungsbehörde dabei den exakt erhobenen bisherigen Verbrauch dieser gewechselten Kunden herangezogen. Im Hinblick auf die das System der Ermittlung des Netznutzungsentgelts und der Bestimmung des Netznutzungstarifs prägenden Grundsätze der Kostenorientierung und der Kostenverursachung (§ 23 a Abs 2 und 4 GWG 2000) sei auch davon auszugehen, dass die an das in Rede stehende Verteilernetz angeschlossenen Kunden jedenfalls damit rechnen mussten, dass Veränderungen in den Kosten zu einer Veränderung der Tarife führen können.

F. Verfassungswidrige Parteistellung im Wasserrechtsverfahren

Im **Erk v 16. 3. 2012 (G 126/11)** sprach der VfGH aus, dass jene Bestimmungen des WRG idF BGBl 2005/87 über die Mitwirkung des LH als wasserwirtschaftliches Planungsorgan verfassungswidrig waren, mit denen dem LH in ein und demselben Verfahren zugleich die Rolle der Amtspartei als auch jene der entscheidenden Beh zukam und er im Ergebnis daher gegen den selbst erlassenen Bescheid Rechtsmittel erheben konnte.⁵⁾ Der VfGH betonte dabei, dass das im Siebenten Hauptstück des B-VG vorgesehene Rechtsschutzsystem sowie das Rechtsstaatsgebot Wir-

kungen und Grenzen für die Ausgestaltung einfachgesetzlicher Verfahrensbestimmungen entfalten. Deshalb sei es dem einfachen Gesetzgeber, wenngleich ihm in staatsorganisatorischen Fragen ein besonders weiter rechtspolitischer Gestaltungsspielraum zukomme, verwehrt, auf dem Gebiet der Aufgabenverteilung auf Beh und Organe eine Regelung staatsorganisatorischen Inhalts zu treffen, die in einer in sich nicht kohärenten Weise dadurch das gewählte Organisationskonzept wechselt, indem sie das Modell der Wahrnehmung öff Interessen durch die erkennende Beh mit jenem der Einschaltung einer Amtspartei zur Wahrung der öff Interessen in der Weise vermischt, dass ein und dasselbe Organ in bestimmten Verfahren zugleich als Amtspartei und als erkennende Beh tätig wird. Es bestehe nämlich ein unauflöslicher Rollenkonflikt zwischen dem Gebot der einem Organ gesetzlich aufgetragenen Beachtung spezifischer öff Teilinteressen auf der einen und dem Gebot einer ausschließlich am Gesetz orientierten, gegebenenfalls zwischen privaten Interessen und dem Gemeinwohl abwägenden Entscheidungsfindung.

G. Verbot der Haltung und Verwendung von Wildtieren in Zirkussen

Im **Erk v 1. 12. 2011 (G 74/11, V 63/11)** hat der VfGH die vom Individualantragsteller vorgebrachten verfassungsrechtlichen Bedenken gegen das Verbot der Haltung und Verwendung von Wildtieren in Zirkussen nicht geteilt. Das Zirkusunternehmen sah in dem in § 27 Abs 1 TSchG normierten Verbot, in einem Zirkus Wildtiere zu halten und zur Mitwirkung bei den Darbietungen zu verwenden, zuvorderst eine Verletzung ihres durch Art 6 StGG gewährleisteten Grundrechts auf Erwerbsausübungsfreiheit.

Dem ist der VfGH nicht gefolgt: Berufsausübungsregeln wie das hier zu beurteilende Verbot der Haltung und Mitwirkung von Wildtieren in Zirkussen müssen bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe verhältnismäßig sein. Dabei steht dem Gesetzgeber, weil durch eine solche die Ausübung der Erwerbstätigkeit regelnde Vorschrift weniger gravierend in die Erwerbsfreiheit eingegriffen wird als durch Vorschriften, die den Zugang zum Beruf überhaupt behindern, ein größerer rechtspolitischer Gestaltungsspielraum offen.

Wie der VfGH bereits festgehalten hat, ist in den letzten Jahrzehnten insoweit ein Wertewandel eingetreten, als sich nach heutiger Auffassung im Tierschutz ein weithin anerkanntes und bedeutsames öff Interesse verkörpere.⁶⁾ Zwar verkennt der VfGH nicht, dass auch der langen Tradition der Erwerbs- und Lebensform des Zirkusses (einschließlich historisch immer damit verbunden gewesener Darbietungen mit bestimmten Wildtieren) Gewicht zukomme. Angesichts des dem Gesetzgeber hier zukommenden größeren Gestaltungsspielraums kann der VfGH

5) Zum Prüfungsbeschluss (VfGH 26. 9. 2011, B 51/10) s *Lachmayer*, Der Landeshauptmann als wasserwirtschaftliches Planungsorgan und Behörde, RdU 2012, 3.

6) VfSlg 15.394/1998.

ihm aber unter verfassungsrechtlichem Blickwinkel nicht entgegnet, wenn er heute die Verwendung von Wildtieren in Zirkussen und damit für diese Tiere verbundene Beeinträchtigungen und Belastungen zum Zwecke der Zerstreuung und Belustigung von Menschen nicht mehr hinnehmen wolle, die früher als nicht zu beanstanden oder nicht von Bedeutung angesehen wurden.

Es sei daher unter dem von der ASt geltend gemachten Gesichtspunkt ihrer Erwerbsausübungsfreiheit verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn der Gesetzgeber insb im Hinblick auf die dargelegten Haltungsbedingungen für Wildtiere und die Belastungen, denen sie durch das einem Zirkus eigene hohe Maß an Mobilität ausgesetzt sind, ein generelles Verbot der Haltung und Verwendung von Wildtieren in Zirkussen für erforderlich erachte. Wie ein Verbot der Haltung bzw Ausstellung von Hunden und Katzen in Zoofachgeschäften zum Zweck des Verkaufs⁷⁾ oder ein generelles Verbot der Verwendung elektrifizierender Dressurgeräte⁸⁾ erweise sich also auch das Verbot des § 27 Abs 1 TSchG bei der im Hinblick auf die Erwerbsausübungsfreiheit gebotenen Gesamtabwägung als verhältnismäßig.

H. Erwerb der Staatsbürgerschaft bei Geburt durch US-amerikanische Leihmutter

Die erst- und zweitbeschwerdeführenden Parteien (durch Geburt Staatsangehörige der USA) wurden am 19. 8. 2006 bzw am 10. 4. 2009 im US-Bundesstaat Georgia von einer „Leihmutter“ geboren, der jeweils ein aus dem Samen des Ehegatten der Drittbeschwerdeführerin (eines italienischen Staatsangehörigen) und einer Eizelle der Drittbeschwerdeführerin (einer österr Staatsangehörigen) in vitro hergestellter Embryo eingesetzt worden war. Der Drittbeschwerdeführerin ist nach Entfernung der Gebärmutter die Geburt eines Kindes nicht mehr möglich. Mit je einem vor der Geburt der Kinder vom Superior Court of Cobb County am 3. 8. 2006 und vom Superior Court of Fulton County am 10. 2. 2009 ergangenen Gerichtsbeschluss⁹⁾ wurde ua festgestellt, dass der Ehegatte der Drittbeschwerdeführerin genetischer und rechtmäßiger Vater¹⁰⁾ und die Drittbeschwerdeführerin genetische und rechtmäßige Mutter¹¹⁾ des jeweiligen zu erwartenden Kindes sei und dass weder die „Leihmutter“ noch deren Ehemann genetische oder rechtmäßige Eltern des Kindes seien. Ferner enthielten diese Beschlüsse die Zuordnung des vollen und ausschließlichen Sorgerechts der Drittbeschwerdeführerin und ihres Ehegatten ab dem Augenblick der Geburt und der Sorgspflicht, einschließlich der Verpflichtung zur finanziellen Unterstützung. Das Krankenhaus wurde angewiesen, die Bestätigung über die Lebendgeburt mit den Namen der Drittbeschwerdeführerin als Mutter und ihres Ehemanns als Vater, aber ohne Erwähnung der „Leihmutter“ oder deren Ehemann, auszustellen.

Aufgrund gleichlautender Geburtsurkunden wurde der erst- und der zweitbeschwerdeführenden Partei in Österreich vom Magistrat der Stadt Wien je ein Staatsbürgerschaftsnachweis (v 5. 9. 2006 bzw

v 30. 4. 2009) ausgestellt, aus dem hervorgeht, dass sie die österr Staatsbürgerschaft besitzen. Das BMI forderte den Magistrat der Stadt Wien mit Schreiben v 4. 9. 2009 auf, „die Frage der Staatszugehörigkeit entsprechend zu beurteilen“, und teilte dazu mit, es sei im Zuge der Beantragung des Kinderbetreuungsgeldes durch die Drittbeschwerdeführerin hervorgekommen, dass die Zweitbeschwerdeführerin von einer Leihmutter zur Welt gebracht worden sei. Das Kind wäre daher, da die Geburtsurkunde unter Berücksichtigung des § 137 b ABGB unrichtig sei, „in Österreich nachzubeurkunden“.

Mit Schreiben an die Drittbeschwerdeführerin v 1. 4. 2010 eröffnete der Magistrat das Verfahren zur Überprüfung der Staatsbürgerschaft beider Kinder (der nunmehr erst- und zweitbeschwerdeführenden Parteien) unter Vorhalt des bekanntgewordenen Sachverhalts und der ihrer Meinung nach gegebenen Rechtslage und forderte sie zur Stellungnahme auf. Eine solche Stellungnahme wurde schließlich am 2. 9. 2010 von der Beschwerdevertreterin unter Vorlage der oben erwähnten Gerichtsbeschlüsse und je eines „Abstammungsgutachten[s] auf DNA-Basis“ eines gerichtlich beideten Sachverständigen über die Elternschaft der Drittbeschwerdeführerin und ihres Ehemannes erstattet, worin sie den oben wiedergegebenen Sachverhalt darlegt und sich darauf beruft, dass die Abstammung der Kinder nach amerikanischem Recht zu beurteilen sei und die Mutterschaft der Drittbeschwerdeführerin daher zu bejahen sei. § 137 b ABGB sei gleichheitswidrig, weil gegen die gesetzliche Mutterschaftsfeststellung anders als gegen die Vermutung der Vaterschaft keine gerichtliche Bestreitung aufgrund abweichender genetischer Verhältnisse möglich sei.

In der Folge erließ die bel Beh den Bescheid v 15. 11. 2010, worin festgestellt wird, dass die erst- und zweitbeschwerdeführenden Parteien weder durch Abstammung von der Drittbeschwerdeführerin noch auf andere Art die österr Staatsbürgerschaft erworben hätten. Nach Wiedergabe des Verwaltungsgeschehens begründet die bel Beh diesen Bescheid auf das Wesentliche zusammengefasst damit, dass zwar nach den – analog heranzuziehenden – Bestimmungen der §§ 21 und 25 IPRG in Fällen wie dem Vorliegenden das Personalstatut des Kindes für das anzuwendende Recht maßgeblich sei, dass jedoch die dadurch bewirkte Gesamtverweisung auf das amerikanische Recht aufgrund des dort geltenden „Domizilprinzip[s]“ zu einer Rückverweisung auf österr (Sach-)Recht führe. Danach sei die Drittbeschwerdeführerin gem § 137 b ABGB nicht die Mutter der Erst- und Zweitbeschwerdeführer. Das Verbot der Leihmutterchaft stehe im Übrigen als Teil des ordre public einer Anerkennung der vorgelegten Gerichtsbeschlüsse entgegen.

Der VfGH hat diesen Bescheid mit **Erk v 14. 12. 2011 (B 13/11)** aufgehoben. Er ging zunächst davon

7) VfSlg 17.731/2005.

8) VfSlg 18.150/2007.

9) Order of declaratory Judgement.

10) Genetic and legal father.

11) Genetic and legal mother.

aus, dass eine Verletzung des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz nach seiner stRsp nur vorliegen könne, wenn der angefochtene Bescheid auf einer dem Gleichheitsgebot widersprechenden Rechtsgrundlage beruhe, wenn die Beh der angewendeten Rechtsvorschrift fälschlicherweise einen gleichheitswidrigen Inhalt unterstelle oder wenn sie bei Erlassung des Bescheids Willkür geübt habe.¹²⁾ Ein willkürliches Verhalten könne der Beh ua dann vorgeworfen werden, wenn sie den Beschwerdeführer aus unsachlichen Gründen benachteiligt habe oder aber, wenn der angefochtene Bescheid wegen gehäuften Verkennens der Rechtslage in einem besonderen Maße mit den Rechtsvorschriften in Widerspruch stehe.¹³⁾

Der VfGH ging in weiterer Folge davon aus, dass der Elternbegriff des § 7 StbG in erster Linie jeweils als Vater oder Mutter im Rechtssinne zu verstehen sei und nicht etwa in Staatsbürgerschaftsangelegenheiten ein DNA-Nachweis iSd § 5 Abs 2 StbG gegen eine gesetzliche Vaterschaftsvermutung ins Treffen geführt werden könne. § 5 Abs 2 leg cit sieht ein Beweisverfahren mittels DNA-Analyse nämlich nur für den Fall vor, dass ein urkundlicher Nachweis über eine Abstammung nicht erbracht werden könne, nicht aber auch für den Fall, dass eine Abstammungsvermutung bestritten werde. Daher sei die bel Beh ungeachtet der Erbringung des Nachweises der genetischen Abstammung der erst- und zweitbeschwerdeführenden Parteien von der Drittbeschwerdeführerin auch zu Recht der Frage nachgegangen, ob die Drittbeschwerdeführerin auch in rechtlicher Hinsicht die Mutter der erst- und zweitbeschwerdeführenden Parteien sei.

Die bel Beh hat dies unter Heranziehung des § 137 b ABGB im Ergebnis verneint; der VfGH vermochte der – im Übrigen völlig unzureichenden – Begründung des angefochtenen Bescheids jedoch nicht zu folgen: Die Bestimmungen des Fortpflanzungsmedizingesetzes¹⁴⁾ verbieten bestimmte Formen der medizinisch unterstützten Fortpflanzung und erlauben andere, und stellen im letztgenannten Zusammenhang der Sache nach (zwingende) rechtliche Zusammenhänge der Abstammung her, die im Falle der Samenspende eines Dritten (bzw aufgrund des § 137 b ABGB auch im Falle einer in Österreich gesetzlich nicht zugelassenen Leihmutterchaft mit Eizellspende) mit den biologisch-genetischen Abstammungsverhältnissen nicht im Einklang stünden. Die Bestimmungen des FMedG (und seiner Begleitvorschriften im ABGB) beanspruchen einerseits unabhängig davon Geltung, welchen Personalstatuts die von der Regelung Betroffenen jeweils seien, knüpfen aber andererseits die jeweils vorgesehenen Rechtsfolgen nur an Sachverhalte, die sich auf dem Territorium der Republik Österreich ereignen.

Österreich käme auch – in Ermangelung zwischenstaatlicher Abkommen auf diesem Gebiet – keine Kompetenz zu, die Rechtsfolgen von im Ausland stattgefundener medizinisch unterstützter Fortpflanzung zu regeln, sofern das Sachrecht der jeweiligen ausländischen Rechtsordnung darüber vergleichbare Normen zwingenden Rechts enthielte, die ihre Geltung für Sachverhalte, die sich auf dem Territo-

rium des jeweiligen Staates ereignen, unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betroffenen Personen vorrangig beanspruchen. Die im vorliegenden Fall nach den Feststellungen der bel Beh maßgebenden, oben dargestellten Regelungen des US-amerikanischen Rechts greifen – insoweit vergleichbar dem österr FMedG – in das privatautonome Handeln von Menschen auf dem Gebiet der medizinisch unterstützten Fortpflanzung ein, beschränken dieses teils, teils stellen sie es unter Erlaubnisvorbehalt (des Gerichtes) und knüpfen daran besondere Rechtsfolgen hinsichtlich der Elternschaft zu solcherart gezeugten Kindern. Wie auch das österr FMedG unterliege ihre Anwendung – wie auch die aktenkundigen Gerichtsbeschlüsse zeigen – keinem weiteren Vorbehalt einer bestimmten Staatsangehörigkeit der von den gesetzlichen Bestimmungen betroffenen Personen. Es handle sich also um zwingende Rechtsvorschriften.

Es sei daher verfehlt, wenn die Beh bei dieser Rechtslage – wenngleich darin den Stellungnahmen des BMJ folgend – eine Rückverweisung des US-amerikanischen Rechts auf österr (Sach-)Recht annehme, weil die in Betracht kommenden Sachnormen des US-amerikanischen Rechts, unabhängig von der Staatsangehörigkeit und der Domizilierung der betroffenen Personen, einen zwingenden Geltungsanspruch erheben, von dem die beiden Gerichtsbeschlüsse auch erkennbar ausgehen, wenn sie den Status der erst- und zweitbeschwerdeführenden Parteien hinsichtlich ihrer Abstammung von der Drittbeschwerdeführerin und ihrem Ehemann ungeachtet von deren Domizil und Staatsangehörigkeit verbindlich festlegen.¹⁵⁾

Die Beh habe aber auch in der zweiten Rechtsfrage, ob einer Anerkennung der nach dem soeben Gesagten maßgeblichen Statusentscheidungen der amerikanischen Gerichte, wonach aufgrund der US-amerikanischen Regelungen über medizinisch unterstützte Fortpflanzung die Drittbeschwerdeführerin die Mutter der erst- und zweitbeschwerdeführenden Parteien sei, der österr ordre public entgegenstehe, die Rechtslage in einer in die Verfassungssphäre reichenden Weise verkannt: Die Regelungen des FMedG, mögen sie auch zwingendes Recht sein, sind weder Bestandteil der österr Grundrechtsordnung, noch seien sie – auch soweit sie Leihmutterchaften nicht zulassen – verfassungsrechtlich geboten. Davon gehe im Übrigen auch die bel Beh aus. Zum ordre public zählen nach hL und Rsp der Inhalt der geschützten Grundwertungen des österr Rechts,¹⁶⁾ also die unverzichtbaren Wertvorstellungen, die unsere Rechtsordnung prägen. Verfassungsgrundsätze (insb

12) Vgl zB VfSlg 10.413/1985, 14.842/1997, 15.326/1998 und 16.488/2002.

13) Vgl zB VfSlg 10.065/1984, 14.776/1997, 16.273/2001.

14) FMedG; dazu gehören auch jene Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, die an die medizinisch unterstützte Fortpflanzung Rechtsfolgen familienrechtlicher Art knüpfen, wie zB den Ausschluss der Vaterschaft eines Samenspenders.

15) Vgl dazu *Schwind*, Internationales Privatrecht (1990) Rz 114, 165 ff; ausführlich *Schwimmann*, Internationales Privatrecht³ (2001) 67 ff; *Verschraegen in Rummel*⁸ (2002) IPRG, Vor § 1 Rz 25 und ausführlich Vor § 35 Rz 19 ff; vgl auch OGH 14. 7. 1993, 8 Ob 634/92.

16) Vgl OGH 13. 9. 2000, 4 Ob 199/00 v.

durch die EMRK geschützte Menschenrechte) spielen dabei jedenfalls eine tragende Rolle. Als von § 6 IPR-Gesetz geschützte Grundwerte und somit ordre public-feste Rechtsgüter werden in Lehre und Rsp etwa die persönliche Freiheit, die Gleichberechtigung, das Verbot abstammungsmäßiger, rassischer und konfessioneller Diskriminierung, die Freiheit der Eheschließung, die Einehe, das Verbot der Kinderehe und – nicht zuletzt – der Schutz des Kindeswohles im Kindschaftsrecht angesehen.¹⁷⁾ Der Umstand allein, dass eine Norm zwingenden Rechts ist, mache sie hingegen noch nicht zum Bestandteil des ordre public.¹⁸⁾

Es widerspräche im Übrigen – im Gegensatz zur Auffassung der bel Beh – offensichtlich dem Wohl des Kindes, wenn ihm durch die Versagung der Anerkennung der US-amerikanischen Gerichtsbeschlüsse für die österr Rechtsordnung seine biologische Mutter als Mutter im Rechtssinne genommen werde und dafür – wie dies nach § 137b ABGB der Fall wäre – die Leihmutter in die Mutterrolle gezwungen werde, obwohl sie weder biologisch noch nach dem Personalstatut der Kinder deren Mutter sei, noch dies sein will und kann und auch mit dem Kind keine Familiengemeinschaft begründet habe. Nicht zuletzt werde das Kind dadurch von allen gegenüber leiblichen Eltern sonst bestehenden Obsorge-, Unterhalts- und sonstigen Vermögensrechten gerade gegenüber der genetischen Mutter (die auch als „faktische Mutter“ Teil des gemeinsamen Familienlebens ist) ausgeschlossen. Diese weitreichenden und für das Kind nachteiligen Konsequenzen können aber mit dem Kindeswohl gerade nicht gerechtfertigt werden.

Die Beh sei daher zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Drittbeschwerdeführerin nicht die (auch rechtliche) Mutter der erst- und zweitbeschwerdeführenden Parteien sei, und sei aufgrund dieser Fehlbeurteilung der Vorfrage zum Ergebnis gelangt, dass die erst- und zweitbeschwerdeführenden Parteien mit ihrer Geburt nicht kraft Abstammung österr Staatsbürger seien. Sie habe durch die gänzliche Außerachtlassung des Wohles des Kindes und des Fehlens der Bedachtnahme auf Lehre und Rsp zur Frage des ordre public die Rechtslage gehäuft verkannt und dadurch Willkür geübt.

I. Namensrecht bei eingetragenen Partnerschaften – § 2 NÄG

Mit **Erk v 3. 3. 2012 (G 131/11)** stellte der VfGH im von Amts wegen eingeleiteten Gesetzesprüfungsverfahren gem Art 140 B-VG fest, dass jene Wortfolge des § 2 Abs 1 Z 7 a NÄG, nach der Namensänderungen im Rahmen eingetragener Partnerschaften nur gemeinsam bei Begründung derselben beantragt werden durften,¹⁹⁾ wegen Verstoßes gegen den Gleichheitsgrundsatz als verfassungswidrig aufzuheben war.

Begründend führte der VfGH zunächst aus, dass der Gleichheitsgrundsatz dem Gesetzgeber verbiete, sachlich nicht begründbare Regelungen zu treffen. Sodann folgt er wie schon zuvor der Argumentation des EGMR in dessen Rsp,²⁰⁾ wonach es besonders

schwerwiegender Gründe bedürfe, um eine am Geschlecht oder an der sexuellen Orientierung anknüpfende Differenzierung nicht als Diskriminierung und damit Verletzung des Art 14 EMRK iVm einem einschlägigen Konventionsrecht zu werten; nach dieser Rsp würden gleichgeschlechtliche Beziehungen nicht nur unter den Begriff des „Privatlebens“, sondern, wenn die Personen in einer gleichgeschlechtlichen de facto-Partnerschaft in einem gemeinsamen Haushalt leben, auch unter den Schutz des „Familienlebens“ nach Art 8 Abs 1 EMRK fallen.

Zwar dürfe der Gesetzgeber nach dieser Rsp institutionell zwischen Ehe einerseits und eingetragener Partnerschaft andererseits differenzieren und jeweils unterschiedliche rechtliche Konsequenzen (insb in Bezug auf Elternrechte) daran knüpfen. Jedoch bedürfe eine nach der sexuellen Orientierung differenzierende unterschiedliche Behandlung der verschiedengeschlechtlichen Ehe und der gleichgeschlechtlichen eingetragenen Partnerschaft im Lichte von Art 14 iVm Art 8 EMRK besonders schwerwiegende Gründe für eine sachliche Rechtfertigung; solche habe der EGMR etwa hinsichtlich unterschiedlicher Rechtsverhältnisse zu Kindern angesichts entsprechender Entwicklungen in anderen MS der Konvention angenommen. Unter Verweis auf seine eigene Rsp²¹⁾ erachtet der VfGH das Bestehen eines Sachzusammenhanges zwischen der Ehe und diesen (unterschiedlichen) Rechtsfolgen für das Vorliegen solcher schwerwiegender Gründe als wesentlich; eine quasi aus Prinzip erfolgende Diskriminierung einer der beiden Partnerschaftsformen sei jedoch mit den genannten Anforderungen nicht vereinbar.

Während nun eine verheiratete Person nach der Eheschließung ihren Familiennamen (iS des Namens ihres Ehepartners oder eines Doppelnamens) gem § 2 Abs 1 Z 7 NÄG ändern könne, werde diese Möglichkeit eingetragenen Partnern nach Begründung ihrer Partnerschaft durch die aufgehobene Wortfolge verwehrt. Angesichts der gesetzgeberischen Wertung, die eingetragene Partnerschaft in ihren persönlichen Rechtswirkungen mit Ausnahme der Möglichkeit gemeinsamer Elternschaft im Wesentlichen gleich der Ehe auszugestalten, entbehre diese eingetragene Partner benachteiligende unterschiedliche Regelung einer den dargestellten verfassungsrechtlichen Anforderungen genügenden sachlichen Rechtfertigung. Bezüglich des Verweises in den Gesetzesmaterialien, dass durch die Voraussetzung der gemeinsamen Antragstellung „eine einfache Abwicklung ermöglicht werden“ solle, sei weder einsichtig, worin diese Vereinfachung bestehen solle, noch sei nachvollziehbar, warum ein solches verwaltungsökonomisches Anliegen nur bei eingetragenen Partnerschaften ausschlaggebend sein soll.

17) Näher *Verschraegen in Rummel*^B (2002) IPRG § 6 Rz 2 mwN.

18) *Schwimmann*, Internationales Privatrecht³ (2001) 45.

19) „(...) und dies gemeinsam mit der Begründung der eingetragenen Partnerschaft beantragt“.

20) EGMR 24. 7. 2003, Appl 40016/98 (*Karner*); 22. 7. 2010, Appl 18984/02 (*P.B. und J.S.*); 24. 06. 2010, Appl 30141/04 (*Schalk und Kopf*).

21) VfSlg 17.337/2004.