

möglich war; dies lediglich deshalb, weil § 52 Abs 2 GSpG nunmehr den Begriff des „geringen Betrages“ des § 168 Abs 1 StGB definiert. Diese Auffassung ist unzutreffend; sie kann sich weder auf den Gesetzestext noch auf die Gesetzesmaterialien stützen. Die ErläutRV<sup>6)</sup> zur GSpG-Nov 2008<sup>7)</sup> zeigen deutlich, dass der Gesetzgeber beabsichtigte, der Rsp des VfGH Rechnung zu tragen und eine subsidiäre Kompetenz der Verwaltungsstrafbehörde zu normieren.

Die vom VwGH im Erk 22. 8. 2012<sup>8)</sup> gewählte Auslegung des § 52 Abs 2 GSpG unterstellt dieser Bestimmung einen verfassungswidrigen Inhalt, indem sie nicht nur diese Bestimmung verkennt, sondern auch die Reichweite des verfassungsrechtlichen Doppelbestrafungsverbots gem Art 4 Abs 1 7. ZP. Die vom VwGH in diesem Erk vertretene Rechtsansicht macht es im Ergebnis ausschließlich vom Verhalten eines von ihm nicht beeinflussbaren Dritten abhängig, ob ein Veranstalter nur vom Gericht oder zusätzlich auch von der Verwaltungsbehörde bestraft wird; eine solche Auslegung scheint auch unsachlich und damit gleichheitswidrig.

Zuletzt ist darauf hinzuweisen, dass die im Erk VwGH 22. 8. 2012 vertretene Auffassung in Konflikt mit der Rsp des OGH im Falle von Serienspielen gerät; in diesen Fällen nimmt der OGH auch bei geringen Einsätzen eine Strafbarkeit gem § 168 StGB an.<sup>9)</sup>

### C. Ergebnisse

Im Ergebnis bedeutet dies:

1. Werden bei einer verbotenen Ausspielung Einsätze von über € 10,- geleistet, so hat die Verwaltungsstrafbehörde Anzeige an die Staatsanwaltschaft zu erstatten und das Verwaltungsstrafverfahren gem § 30 Abs 2 VStG auszusetzen. Dies ungeachtet des

Umstandes, ob auch Einsätze von unter € 10,- geleistet wurden.

2. Erfolgt eine Bestrafung durch das Strafgericht, ist das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen; eine Fortführung des Verwaltungsstrafverfahrens hat auch dann zu unterbleiben, wenn tatsächlich auch Einsätze unter € 10,- geleistet wurden. Die gerichtliche Bestrafung erschöpft das gesamte vom Veranstalter verwirklichte Unrecht.

3. Endet das strafgerichtliche Verfahren mit Freispruch, so ist das ausgesetzte Verfahren ebenfalls einzustellen, da Art 4 7. ZP nicht nur eine Doppelbestrafung, sondern auch eine Doppelverfolgung verbietet.<sup>10)</sup>

6) 658 BlgNR 14. GP 8.

7) BGBl I 2010/54.

8) VwGH 22. 8. 2012, 2012/17/0156.

9) Vgl OGH 14. 12. 1982, 9 Os 137/82; 22. 8. 1991, 15 Os 27/91; 3. 10. 2002, 12 Os 49/02 EvBl 2003/22.

10) So nun VfSlg 18.833.

#### SCHLUSSSTRICH

- *Verfassungskonform interpretiert ist § 51 Abs 1 Z 1 GSpG selbst bei Spielen mit teils geringen, teils hohen Einsätzen subsidiär zu § 168 Abs 1 StGB.*
- *Leisten manche Spieler über € 10,- Einsatz, so hat die Verwaltungsstrafbehörde bei der Staatsanwaltschaft Anzeige zu erstatten und das Verwaltungsstrafverfahren gem § 30 Abs 2 VStG auszusetzen. Die Verwaltungsstrafbehörden haben die Verfolgung bei Bestrafung des Veranstalters durch das Gericht oder bei Freispruch gem Art 4 7. ZP zu unterlassen.*

# Rechtsprechungsübersicht Verfassungsgerichtshof

MICHAEL HOLOUBEK / MICHAEL LANG

## A. Negativer Kompetenzkonflikt zwischen VfGH und OGH: Kosten für Sondierungsmaßnahmen betreffend Fliegerbombenblindgänger

Mit **Erk v 30. 6. 2012 (KI-1/09)** hatte der VfGH über einen Kompetenzkonflikt zwischen dem OGH und ihm selbst zu entscheiden: Die Stadtgemeinde Sbg beanspruchte vom Bund die Erstattung von Aufwendungen, die ihr durch Sondierungsmaßnahmen zur Aufsuchung von Fliegerbombenblindgängern entstanden seien. Die antragstellende Partei hätte die Such- und Sondierungstätigkeiten in den Jahren 1997 bis 2002 auf solchen Grundstücken durchgeführt, die in ihrem Eigentum stünden.

Auf das Wesentliche zusammengefasst, bringt die Stadtgemeinde Sbg vor, sie habe aufgrund der „Salzburger Bombenkarte“, die nach dem Zweiten Weltkrieg aufgrund protokollarisch festgehaltener Angaben von Zeugen gefertigt und zufällig im Jahr 1996 aufgefunden worden sei, die Suche nach Fliegerbomben durchgeführt. Die Erforderlichkeit der Suche begründete die antragstellende Partei insb mit der Gefährlichkeit von Zeitzünderbomben, wobei bei den von ihr durchgeführten Sondierungen nach den Verfahrensergebnissen keine Fliegerbomben mit Zeitzündern gefunden worden seien. Die Stadtge-

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

meinde Sbg gründete ihren Anspruch auf „jeden erdenklichen Rechtsgrund“, insb auf § 1042 ABGB. Sie gehe davon aus, dass der Bund aufgrund seiner Kompetenz gem Art 10 Abs 1 Z 7 und 15 B-VG für Waffenrecht<sup>1)</sup> verpflichtet gewesen wäre, derartige Sondierungsmaßnahmen vorzunehmen.

Mit Beschluss v 5. 11. 2008 (7 Ob 110/08 i) entschied der OGH im Ergebnis, dass dieser Anspruch nicht auf dem Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden könne. Dies begründete er im Wesentlichen damit, dass den einzig erdenklichen Rechtsgrund nur § 1042 ABGB bilden könne. Damit sei aber nichts darüber ausgesagt, ob dieser Anspruch vor den ordentlichen Gerichten oder gem Art 137 B-VG (die Zuständigkeit einer Verwaltungsbehörde sei auszuschließen) geltend zu machen sei: § 1042 ABGB würde nach der Rsp des VfGH einen allg Rechtsgrundsatz enthalten,<sup>2)</sup> der sowohl für ö-r als auch für zivilrechtliche Verpflichtungen, die iSd § 1042 ABGB ein Dritter übernommen habe, gelte. Die Verpflichtung des Bundes, Fliegerbombenrelikte aufzusuchen, wurzle im öff Recht, weswegen auch die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches durch einen Dritten gem § 1042 ABGB dem öff Recht zuzurechnen sei.

Die daraufhin von der Kl des Verf vor den ordentlichen Gerichten gem Art 137 B-VG erhobene Klage an den VfGH (die für den Fall der Zurückweisung mit dem vorliegenden Antrag auf Entscheidung eines Kompetenzkonfliktes gem Art 138 Abs 1 B-VG verbunden worden sei) hat der VfGH mit Beschluss vom 10. 3. 2011 (A4/09) zurückgewiesen. Zur Begründung führte der VfGH auf das Wesentliche zusammengefasst aus, dass er entsprechend der vom OGH zitierten Rsp seine Zuständigkeit in Bezug auf Ansprüche nach § 1042 ABGB etwa dann angenommen habe, wenn der Anspruch im öff Recht – etwa in Form einer gesetzlichen oder finanzausgleichsrechtlichen Regelung – begründet gewesen sei.<sup>3)</sup> Im vorliegenden Fall existiere aber – anders als in VfSlg 10.933/1986 – keinerlei ö-r Verpflichtung des Bundes zur Suche nach Fliegerbombenblindgängern. Selbst wenn nach den allg Kompetenzbestimmungen der Bund zur Regelung derartiger Angelegenheiten in Gesetzgebung und Vollziehung ermächtigt sei, existiere keine gesetzliche Vorschrift, die ihn zur Suche nach Fliegerbombenblindgängern verpflichte (anderes träfe für die Bergung zu, vgl § 42 Abs 5 WaffenG). Ein auf § 2 F-VG 1948 gegründeter Kostenersatzanspruch liege im vorliegenden Fall schon deshalb nicht vor, weil die klagende Partei ihre Klage nicht als Gebietskörperschaft, sondern als Grundstückseigentümerin – und somit als Trägerin von Privatreechten – eingebracht habe.

Aus den Akten des von der antragstellenden Partei im Instanzenzug angerufenen OGH gehe für den VfGH hervor, dass er die auf denselben Rechtsgrund gestützte Klage mit Beschluss v 5. 11. 2008 (7 Ob 110/08 i) in derselben Weise wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges zurückgewiesen habe. Angesichts des Beschlusses des VfGH v 10. 3. 2011 (A4/09) läge daher ein – verneinender – Kompetenzkonflikt zwischen dem VfGH und den ordentlichen Gerichten vor (Art 138 Abs 1 Z 2 B-VG).

Wie der VfGH im erwähnten Beschluss festgehalten habe, existiere keinerlei ö-r Rechtsvorschrift, die den Bund verpflichten würde, Fliegerbombenrelikte aus dem Zweiten Weltkrieg aufzusuchen. Mangels einer solchen Verpflichtung des Bundes könne es daher auch keinen im öff Recht wurzelnden und daher in Verf gem Art 137 B-VG geltend zu machenden Anspruch entsprechend der Judikatur des VfGH zur allg Anwendbarkeit des § 1042 ABGB geben, der den Bund verpflichten könne, Aufwendungen für die – von wem immer als vermeintliche Pflicht des Bundes – durchgeführte Suche nach solchen Kriegsrelikten zu ersetzen.<sup>4)</sup>

Der OGH judiziere nach Ansicht des VfGH ebenso wie er selbst, dass für die Beurteilung der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte von den Sachbehauptungen der Klage auszugehen sei.<sup>5)</sup> Die antragstellende Partei mache in den Verf vor den ordentlichen Gerichten ausschließlich Ansprüche geltend, die sie daraus ableite, dass sie auf in ihrem Eigentum stehenden Grundstücken die Suche nach Blindgängern von Fliegerbomben durchgeführt habe. Sie mache daher ihre Ansprüche aus ihrer Stellung als Grundeigentümerin und somit als Trägerin von Privatreechten geltend.

§ 1 JN weist die Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtssachen, soweit sie nicht durch besondere Gesetze vor andere Beh oder Organe verwiesen seien, den ordentlichen Gerichten zu. Dies bedeutet nach Auffassung des VfGH, dass es im Hinblick auf vermögensrechtliche Ansprüche in jedem Fall ein Gericht oder eine andere zuständige Beh gibt, das oder die darüber abspricht. Sofern keine Zuständigkeit einer Verwaltungsbehörde gegeben ist, seien daher die ordentlichen Gerichte jedenfalls dazu berufen, über einen solchen Anspruch abzusprechen, wenn es sich um keinen im öff Recht wurzelnden Anspruch handle, der gem Art 137 B-VG vor dem VfGH geltend zu machen sei.

Da es sich nach Auffassung des VfGH im vorliegenden Kompetenzkonflikt sowohl vor den ordentlichen Gerichten als auch vor dem VfGH um dieselbe – vermögensrechtliche – Sache handle, ist auszuschließen, dass hierfür weder der VfGH noch die ordentlichen Gerichte zuständig seien, zumal die antragstellende Partei ihre Ansprüche auf das Zivilrecht gestützt habe. Der VfGH hat daher ausgesprochen, dass der OGH mit seiner Entscheidung, dass der Anspruch der antragstellenden Partei nicht auf dem Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden kann, seine Zuständigkeit und die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte insgesamt zu Unrecht verneint habe. Die Entscheidung über den von der Stadtgemeinde Sbg geltend gemachten Anspruch auf Ersatz der Sondierungskosten für Flie-

1) Sei es nicht militärisches oder militärisches Waffenrecht – s die Unterscheidung gem § 42 Abs 5 des Bundesgesetzes über die Waffenpolizei BGBl I 1997/12 idF BGBl I 2000/142 (in der Folge: WaffenG).

2) Vgl VfSlg 3354/1958, 8178/1977, 10.279/1984, 10.933/1986, 11.854/1988.

3) Vgl VfSlg 10.933/1986.

4) Vgl VfSlg 3354/1958, 8178/1977, 10.279/1984, 10.933/1986, 11.854/1988, 12.774/1991, 15.972/2000, 16.959/2003.

5) Vgl VfSlg 10.933/1986, 11.663/1988.

gerbombenblindgänger falle in die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte. Der entgegenstehende Beschluss des OGH sei aufzuheben.

## B. Disziplinarrecht der Ärzte

Mit **Erk v 12. 6. 2012 (B 811/11)** hat der VfGH eine Beschwerde gegen einen Bescheid des Disziplinarsenats der Österreichischen Ärztekammer abgewiesen. Der Bf – ein Facharzt für Chirurgie und ärztlicher Leiter einer Privatklinik – ist zunächst vom Disziplinarrat für schuldig erkannt worden, er habe in einer Werbeschrift der Privatklinik einen von ihm persönlich gestalteten Beitrag als „Facharzt für Allgemeinchirurgie, Ästhetische Chirurgie und ärztlicher Leiter der Privatklinik [Name der Privatklinik]“ unterfertigt und sich somit unzulässigerweise den Anschein gegeben, Facharzt für Ästhetische Chirurgie zu sein. Der Disziplinarsenat der Österreichischen Ärztekammer beim BMG hat der dagegen erhobenen Berufung nicht Folge gegeben.

Über den Bf ist von den Disziplinarbehörden eine Geldstrafe verhängt worden, weil in einem vom Bf gestalteten Artikel mit der Überschrift „Schönheit ist individuell“ die von ihm gewählte Signatur zur Bezeichnung seiner Qualifikation irreführend gewesen sei. Der Bf habe diesen Artikel wörtlich wie folgt gezeichnet:

„Herzlichst,

Ihr Dr. med. univ. [Name des Bf] und [Unterschrift in Kopie]

Facharzt für Allgemeinchirurgie, Ästhetische Chirurgie und ärztlicher Leiter der Privatklinik [Name der Privatklinik]“

Wenn die bel Beh nach Auffassung des VfGH angesichts der dargestellten – grammatikalisch jedenfalls nicht eindeutigen – Zeichnung davon ausgehe, dass bei potenziellen Patienten der Eindruck erweckt werden könne, der Bf habe zusätzlich zu seiner Facharztbildung zum (Allgemein-)Chirurgen auch eine Facharztbildung zum plastischen, ästhetischen und rekonstruktiven Chirurgen absolviert, sei ihr – aus verfassungsrechtlicher Sicht – nicht entgegenzutreten, erwecke diese Formulierung nach Auffassung des VfGH für einen mit Details der Facharztbildung nicht vertrauten Leser doch den Eindruck, es handle sich bei dem Bf (auch) um einen Facharzt für ästhetische Chirurgie. Dass der Bf bei seiner Zeichnung nicht die korrekte Sonderfachbezeichnung „Plastische, Ästhetische und Rekonstruktive Chirurgie“<sup>6)</sup> verwendet habe, vermag an dieser Beurteilung nichts zu ändern. Die bel Beh weist nach Auffassung des VfGH diesbezüglich nämlich zu Recht darauf hin, dass der Bf im Verf selbst zugestanden habe, die Bezeichnung als „Facharzt für ästhetische Chirurgie“ sei im Laiengebrauch durchaus üblich. Sofern in der Beschwerde schließlich vorgebracht werde, der Schwerpunkt der (legalen) chirurgischen Tätigkeit des Bf liege im Bereich der ästhetischen Chirurgie und der Bf werde bestraft, weil er sage, was er tun dürfe, wird damit der dem Bf gegenüber erhobene Vorwurf, mit seiner Zeichnung den Eindruck des Vorliegens einer zusätzlichen Facharztbildung zu erwecken, grundlegend verkannt. Dass die bel Beh

das Verhalten des Bf – als das Ansehen des Standes schädigend und Berufspflichten verletzend – disziplinarrechtlich sanktioniere, sei daher aus den dargelegten Gründen für den VfGH nicht unvertretbar.

## C. Obsorge für das uneheliche Kind

Mit **Erk v 28. 6. 2012 (G 114/11)** folgte der VfGH dem Antrag des LGZ Wien und hob den Satz „Mit der Obsorge für das uneheliche Kind ist die Mutter allein betraut“ in § 166 ABGB als verfassungswidrig auf. Das antragstellende Gericht hegte im Wesentlichen das Bedenken, dass diese Regelung gegen Art 14 iVm Art 8 EMRK verstößt. Nach Art 14 EMRK sei der Genuss der in der Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten ohne Benachteiligung zu gewährleisten, die ua im Geschlecht begründet sei. Gemäß Art 8 Abs 1 EMRK habe jedermann Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens. Gemäß Art 8 Abs 2 EMRK seien Eingriffe in das in diesem Artikel verbürgte Grundrecht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nur statthaft, insoweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen sei und eine Maßnahme darstelle, die zur Erreichung eines legitimen Zieles geeignet und verhältnismäßig sei.<sup>7)</sup>

Nach der Judikatur des EGMR sei der Begriff des Familienlebens iSd Art 8 EMRK nicht auf Beziehungen beschränkt, die sich auf eine Ehe gründen, sondern kann auch andere (De-facto-)Familienbände umfassen, zB wenn Personen außerhalb einer Ehe zusammenleben. Das aus einer solchen Beziehung stammende Kind sei von seiner Geburt an Teil dieser Familie; das Familienleben zwischen dem Kind und seinen Eltern bleibe auch aufrecht, wenn die Eltern nicht mehr zusammenleben oder ihre Beziehung zueinander beenden.<sup>8)</sup> Auch die zwischen dem Vater eines unehelichen Kindes und diesem Kind entstandene Beziehung liege – ungeachtet einer allfälligen Trennung von der Kindesmutter – im Schutzbereich des Art 8 EMRK.<sup>9)</sup> Folglich falle eine Bestimmung wie die angefochtene, die das Recht der Obsorge der Eltern eines unehelichen Kindes betrifft, in den Anwendungsbereich von Art 14 iVm Art 8 EMRK.

Das Fehlen der Möglichkeit gerichtlicher Überprüfung im Gefolge der Anordnung des § 166 erster Satz ABGB stelle nach Auffassung des VfGH eine den Schranken des Art 14 iVm Art 8 EMRK unterliegende Ungleichbehandlung im Hinblick auf die Achtung des Familienlebens dar. Nach Art 14 EMRK sei dem Staat die unterschiedliche Behandlung von Gruppen zum Ausgleich tatsächlicher Unterschiede nicht grundsätzlich verboten, doch müsse eine sachliche und vernünftige Rechtfertigung für die unterschiedliche Behandlung bestehen; so müsse die diffe-

6) Vgl § 10 Abs 1 Z 36 der Verordnung der BM für Gesundheit und Frauen über die Ausbildung zur Ärztin für Allgemeinmedizin/zum Arzt für Allgemeinmedizin und zur Fachärztin/zum Facharzt, Ärztinnen-/Ärzte-Ausbildungsordnung 2006 idF BGBl II 2006/286.

7) Vgl VfSlg 15.632/1999, 16.285/2001, 17.851/2006.

8) Siehe EGMR 26. 5. 1994, *Keegan gegen Irland*, 16.969/90; EGMR 27. 10. 1994, *Kroon ua gegen die Niederlande*, 18.535/91; EGMR 22. 4. 1997, *X, Y und Z gegen das Vereinigte Königreich*, 21.830/93; VfSlg 16.928/2003; VfGH 22. 9. 2011, B 1405/10.

9) Vgl EGMR 3. 12. 2009, *Zaunegger*, 22.028/04 Rz 37 ff.

renzierende staatliche Maßnahme ein legitimes Ziel verfolgen und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen.<sup>10)</sup>

Maßgeblich ist für den VfGH daher, ob dieses Fehlen der Möglichkeit gerichtlicher Überprüfung sachlich gerechtfertigt ist: In seinem U v 3. 12. 2009 (*Zaunegger gg Deutschland*, 22.028/04) habe der EGMR über die Beschwerde des Vaters einer unehelichen Tochter, für welche der Mutter nach § 1626 a Abs 2 BGB die alleinige elterliche Sorge zukam, zu entscheiden gehabt; dessen Antrag auf Übertragung der gemeinsamen Sorge wäre von den deutschen Gerichten mangels rechtlicher Grundlage abgelehnt worden. Der EGMR stellte fest, dass die anwendbaren Rechtsvorschriften – ohne im konkreten Fall eine anderslautende Entscheidung zu ermöglichen (Rz 46) – eine unterschiedliche Behandlung von Vätern nicht ehelich geborener Kinder im Vergleich zur Mutter sowie im Vergleich zu verheirateten Vätern bewirken würden; Letztere hätten von Beginn an und sogar nach einer Scheidung ein Recht auf gemeinsame Sorge, während für den Vater eines unehelichen Kindes das gemeinsame Sorgerecht nur aufgrund einer Vereinbarung mit der Kindesmutter oder mit deren Zustimmung oder bei Vernachlässigung des Kindes durch diese in Betracht komme (Rz 44). Angesichts der unterschiedlichen Lebensverhältnisse von Kindern, die nicht ehelich geboren seien und für die keine gemeinsame Sorgeerklärung abgegeben worden sei, sei es zum Schutz des Kindeswohls gerechtfertigt, die elterliche Sorge anfänglich nur der Mutter einzuräumen, um sicherzustellen, dass von Geburt des Kindes an eine Person für dieses rechtsverbindlich handeln kann (Rz 55). Es könne berechnete Gründe geben, dem Vater des unehelichen Kindes die Teilnahme an der elterlichen Sorge zu verwehren, etwa wenn eine Beeinträchtigung des Kindeswohls zu befürchten sei; dies sei jedoch kein allg Merkmal der Beziehung zwischen unverheirateten Vätern und ihren Kindern (Rz 56). Obwohl in den MS der EMRK kein Konsens darüber bestehe, ob Väter unehelicher Kinder das Recht hätten, auch gegen den Willen der Mutter die gemeinsame Sorge für das Kind zu beantragen, so gehe man doch in einer Mehrzahl der MS davon aus, dass Sorgerechtsentscheidungen auf dem Kindeswohl beruhen müssten und dass im Fall eines Konflikts zwischen den Eltern die Zuordnung des Sorgerechts einer gerichtlichen Überprüfung unterliegen müsse (Rz 60). Da der generelle Ausschluss einer gerichtlichen Überprüfung der alleinigen Sorge der Mutter vor dem Hintergrund des damit verfolgten Ziels des Schutzes des Kindeswohls nicht verhältnismäßig sei, liege eine Verletzung von Art 14 iVm Art 8 EMRK vor (Rz 63 f).

Aus Anlass einer Beschwerde des Vaters eines unehelichen Kindes gegen die Abweisung seines Antrags auf Übertragung der alleinigen Obsorge nach § 176 ABGB habe der EGMR auch in seinem U v 3. 2. 2011 (*Sporer gg Österreich*, 35.637/03) eine Verletzung von Art 14 iVm Art 8 EMRK festgestellt: Die den Gerichtsentscheidungen zugrunde liegende österr Rechtslage führe zu einer Ungleichbehandlung des Bf in seiner Eigenschaft als Vater eines unehelichen Kindes im Vergleich zur Mutter bzw zu Vätern ehelicher

Kinder. Den Gerichten sei es aufgrund der Gesetzeslage mangels Zustimmung der Mutter nicht möglich gewesen, zu prüfen, ob die gemeinsame Obsorge dem Kindeswohl diene (Rz 81 ff). Der EGMR verwies auf seine Schlussfolgerung im Fall *Zaunegger*, dass die anfängliche Zuweisung des Sorgerechts an die Mutter gerechtfertigt sei (Rz 85). Allerdings sehe das österr Recht keine gerichtliche Prüfung der Frage vor, ob das gemeinsame Sorgerecht im Kindeswohl liegt und wenn nicht, ob diesem besser mit der Zuweisung des alleinigen Sorgerechts an die Mutter oder an den Vater gedient wäre, während hingegen eine gerichtliche Prüfung der Zuweisung der Obsorge und eine Lösung des darüber bestehenden Konflikts zwischen getrennten Eltern vorgesehen ist, sofern der Vater bereits elterliche Rechte ausgeübt hat (Rz 88). Die Regierung habe keine ausreichenden Gründe dargelegt, warum die Situation des Bf Gegenstand einer geringeren gerichtlichen Prüfung sein sollte als diejenige von Vätern, die zuerst das Sorgerecht innegehabt und sich später von der Kindesmutter getrennt oder scheiden lassen hatten. Es bestehe kein Grund, hier zu einem anderen Schluss als im Fall *Zaunegger* zu gelangen (Rz 89 f).

Vor dem Hintergrund dieser Rsp sei zunächst festzuhalten, dass die Vertragsstaaten der EMRK nach Art 46 EMRK in allen Rechtssachen, in denen sie Partei sind, verpflichtet seien, das endgültige U des EGMR zu befolgen.<sup>11)</sup> Eine unmittelbare Verpflichtung der Republik Österreich und ihrer Organe aus Art 46 EMRK erfließe daher nur aus dem U *Sporer*.<sup>12)</sup> In diesem Zusammenhang sei auch der VfGH im Rahmen eines bei ihm anhängigen Verf dazu verpflichtet, einen konventionskonformen Zustand herzustellen.<sup>13)</sup>

Soweit der OGH in seinem Beschluss v 22. 4. 2010 (2 Ob 66/10 k) – noch vor dem U im Fall *Sporer* – ausgesprochen habe, vor dem Hintergrund des U im Fall *Zaunegger* in der konkreten Rechtssache keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen § 166 erster Satz ABGB zu hegen, sei festzuhalten, dass in diesem Fall nach Art 46 EMRK schon allein deshalb (noch) keine Verpflichtung des OGH bestehen kann, einen Antrag nach Art 140 B-VG an den VfGH zu stellen, weil zu diesem Zeitpunkt noch kein einschlägiges U gegen Österreich vorgelegen hat.

Der VfGH sehe sich angesichts des U des EGMR im Fall *Sporer* in Beachtung der Rechtspflicht des Art 46 EMRK gehalten, der in diesem U getroffenen Feststellung zu folgen, dass das Fehlen der Möglichkeit gerichtlicher Überprüfung im Gefolge der Anordnung des § 166 erster Satz ABGB konventionswidrig sei. Die BReg habe keine Gründe für die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung vorgebracht, die nicht bereits der EGMR beachtet hätte. Auch sonst sei im verfassungsgerichtlichen Verf nichts hervorgekommen, was die Bedenken des antragstellenden

10) StRsp seit EGMR 23. 7. 1968, *Belgischer Sprachenfall*, 1474/62 ua Rz 10; vgl aus der jüngeren Rsp EGMR 31. 7. 2008, *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas ua*, 40.825/98 Rz 96.

11) Vgl VfSlg 16.747/2002, 18.951/2009, 18.952/2009.

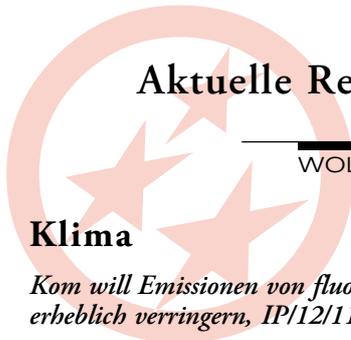
12) Vgl allg *Polakiewicz*, Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (1993) 33 ff.

13) Siehe *Okresek*, Art 46 EMRK, in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (1999) Rz 13.

den Gerichts entkräftet hätte. Die BReg bringe insb vor, dass die Mutter bei der Geburt eindeutig feststehe, während die Vaterschaft bei unehelichen Kindern zu diesem Zeitpunkt noch offen sein könne, und dass selbst die Anerkennung der Vaterschaft vor der Geburt des Kindes nicht bedeute, dass der Vater zur Übernahme der Obsorge bereit sei. Die Bestimmung des § 166 erster Satz ABGB soll den unterschiedlichen Lebenssituationen, in die uneheliche Kinder geboren werden, Rechnung tragen und sicherstellen, dass das Kind ab seiner Geburt eine gesetzliche Vertretung hat.

Die Regelung des § 166 erster Satz ABGB ist nach Auffassung des VfGH für sich genommen aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Das von ihr verfolgte Ziel, eine gesetzliche Vertretung in jedem Fall sicherzustellen und gleichzeitig den vielfältigen Lebenssituationen unehelicher Kinder Rechnung zu tragen, sei von hohem Gewicht. Demgemäß halte der VfGH eine solche Regelung – im Einklang mit den Feststellungen des EGMR im U *Sporer* – dann

für mit Art 14 iVm Art 8 EMRK vereinbar, wenn eine wirksame gerichtliche Überprüfung eröffnet ist, die dem Vater die Möglichkeit gibt, die Obsorge – unter maßgeblicher Beachtung des Kindeswohls (vgl Art 2 Abs 1 BVG über die Rechte von Kindern, BGBl I 2011/4) – nicht nur in Fällen der Zustimmung der Mutter, sondern auch in Fällen zu erlangen, in denen dies im Interesse des Kindeswohls liegt. Eine solche wirksame gerichtliche Überprüfung stehe dem Vater eines unehelichen Kindes nach geltendem Recht nicht zu. Insb biete § 176 Abs 1 ABGB keine Rechtsgrundlage für eine konventionskonforme Überprüfung und eine allfällige vom gesetzlichen Grundsatz des § 166 erster Satz ABGB abweichende Regelung. Durch die angefochtene Bestimmung komme es nach Auffassung des VfGH zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Benachteiligung des Vaters eines unehelichen Kindes sowohl gegenüber der Mutter dieses Kindes als auch gegenüber Vätern ehelicher Kinder. § 166 erster Satz ABGB verstoße daher gegen Art 14 iVm Art 8 EMRK.



## Neues aus Europa Aktuelle Rechtsetzung und Entscheidungen der EU

WOLFGANG URBANTSCHITSCH / EDITH HOFER

### Klima

*Kom will Emissionen von fluorierten Treibhausgasen erheblich verringern, IP/12/1180<sup>1</sup>*

⊕ Die Kom hat einen Vorschlag<sup>2</sup>) für eine erhebliche Verringerung der Emissionen fluoriertener Gase (F-Gase) vorgelegt. Mit der vorgeschlagenen Verordnung sollen F-Gas-Emissionen ab 2015 bis 2030 stufenweise auf ein Drittel des heutigen Niveaus reduziert werden. Außerdem soll die Verwendung von F-Gasen in einigen neuen Geräten, wie Haushaltskühlschränken, verboten werden, für die technisch machbare, klimafreundlichere Alternativen bereits zur Verfügung stehen.

Die EU setzt dadurch globale Maßnahmen auf dem Gebiet der HFKW im Rahmen des Montrealer Protokolls um. Der Vorschlag soll die derzeit geltende VO über fluorierte Treibhausgase<sup>3</sup>) ersetzen. Der Vorschlag wird nun dem EP und dem Rat zur Verabschiedung im Wege des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens vorgelegt.

### Gleichberechtigung

*Frauen in Führungspositionen: Kom schlägt als Zielvorgabe 40% vor, IP/12/1205<sup>4</sup>*

⊕ Die Kom hat einen RL-Vorschlag<sup>5</sup>) vorgelegt, wodurch eine Zielvorgabe, wonach das unterrepräsentierte Geschlecht, idR Frauen, 40% der Aufsichtsratsmitglieder bzw der nicht geschäftsführenden Direktoren in börsennotierten Unternehmen stellen soll, umgesetzt werden soll. Unternehmen, in denen dieser

Anteil weniger als 40% beträgt, müssen die betreffenden Positionen durch Vergleich der Qualifikationen der Kandidaten auf der Grundlage klarer, geschlechtsneutraler und eindeutiger Kriterien besetzen. Bei gleicher Qualifikation erhält das unterrepräsentierte Geschlecht den Vorzug. Private börsennotierte Unternehmen müssen die Zielvorgabe bis zum Jahr 2020 umsetzen, öffentliche Unternehmen schon bis 2018. Kleine und mittlere Unternehmen (mit weniger als 250 Beschäftigten und einem weltweiten Jahresumsatz bis 50 Mio Euro) sowie nicht börsennotierte Gesellschaften sind von dieser Regelung ausgenommen.

Der Vorschlag wird nun dem EP und dem Rat zur Verabschiedung im Wege des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens vorgelegt.

Dr. Wolfgang Urbantschitsch leitet die Abteilung Recht der Energie-Control Austria in Wien. Mag. Edith Hofer arbeitet in der Generaldirektion Energie der Europäischen Kommission.

- 1) Siehe auch MEMO/12/840.
- 2) Vorschlag für eine VO des EP und des Rates über fluorierte Treibhausgase, KOM (2012) 643.
- 3) VO (EG) 842/2006 des EP und des Rates vom 17. 5. 2006 über bestimmte fluorierte Treibhausgase, ABl L 2006/161, 1.
- 4) Siehe auch MEMO/12/860.
- 5) Vorschlag für eine RL des EP und des Rates zur Gewährleistung einer ausgewogeneren Vertretung von Frauen und Männern unter den nicht geschäftsführenden Direktoren/Aufsichtsratsmitgliedern börsennotierter Gesellschaften und über damit zusammenhängende Maßnahmen, KOM (2012) 614.