

Urteil

Österreichischer Verfassungsgerichtshof,
§ 177 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, Art. 8 EMRK

Österreich: Keine gemeinsame elterliche Sorge nach der Scheidung

Die Regelung des § 177 I ABGB, nach der das Sorgerecht nach der Scheidung oder bei dauerndem Getrenntleben einem Elternteil allein übertragen werden muß, ist nicht verfassungswidrig.

Erkenntnis des österreichischen Verfassungsgerichtshofes vom 10.10.1995 – G 154/93, G 171/94 –

Aus den Gründen:

I.

1. Das Bezirksgericht Innere Stadt Wien versagte einer (als Voraussetzung für eine Ehescheidung) in der Form eines gerichtlichen Vergleiches geschlossenen Vereinbarung, in deren Punkt I. die Eltern festlegten, daß das Recht und die Pflicht, ein minderjähriges Kind zu pflegen und zu erziehen, sein Vermögen zu verwalten und es zu vertreten, nach der Scheidung beiden Elternteilen zustehen sollen, die pflegschaftsbehördliche Genehmigung.

Das Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgericht unterbrach das Rechtsmittelverfahren insoweit, als es die Nichtgenehmigung des Punktes I. der Vereinbarung betraf und stellte unter Berufung auf Art. 89 Abs. 2 und 140 Abs. 1 B-VG den Antrag, der Verfassungsgerichtshof wolle jeweils das Wort „allein“ in § 177 Abs. 1 und 2 ABGB in eventu „die gesamte Bestimmung des § 177 ABGB“ als verfassungswidrig aufheben.

2. Das Bezirksgericht Oberndorf bei Salzburg versagte einer (als Voraussetzung für eine Ehescheidung) in der Form eines gerichtlichen Vergleiches geschlossenen Vereinbarung, in der die Eltern unter anderem festlegten, daß sie die Obsorge für ihren minderjährigen Sohn wie bisher in gleicher Weise gemeinsam ausüben, die pflegschaftsbehördliche Genehmigung.

Das von den Eltern mit Rekurs gegen diesen Beschluß angeforderte Landesgericht Salzburg als Rekursgericht stellte aus Anlaß dieses Verfahrens unter Berufung auf Art. 89 Abs. 2 und 140 Abs. 1 B-VG an den Verfassungsgerichtshof den Antrag, den § 177 ABGB, i.d.F. des Kindschaftsrecht-Änderungsgesetzes – KindRÄG, BGBl. 162/1989, zur Gänze als verfassungswidrig aufzuheben.

II.

Der Verfassungsgerichtshof hat erwogen:

1.a) Der Verfassungsgerichtshof gelangte im Erkenntnis VfSlg. 12103/1989 zum Ergebnis, daß § 177 Abs. 1 ABGB i.d.F. des Bundesgesetzes über die Neuordnung des Kindschaftsrechts, BGBl. 403/1977, nicht wegen Widerspruchs zu Art. 8 EMRK verfassungswidrig ist. Das Gesetzesprüfungsverfahren war durch (übereinstimmende) Anträge des Obersten Gerichtshofes ausgelöst worden, das Wort „allein“ in § 177 Abs. 1 ABGB (i.d.F. des Bundesgesetzes über die Neuordnung des Kindschaftsrechts, BGBl. 403/1977) als verfassungswidrig aufzuheben, wobei sich die Bedenken des Obersten Gerichtshofes ausschließlich auf den Widerspruch

dieser Bestimmung zu Art. 8 EMRK bezogen. Der Verfassungsgerichtshof hatte daher lediglich zu prüfen, ob § 177 Abs. 1 ABGB aus den vom Obersten Gerichtshof geltend gemachten Gründen wegen Widerspruchs zu Art. 8 EMRK mit Verfassungswidrigkeit belastet ist.

b) Der Verfassungsgerichtshof ging in Übereinstimmung mit der (in jenem Erkenntnis zitierten) Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (vgl. hingegen noch OGH 10.5.1990, 8 Ob 719/89, EvBl. 1991/99 bzw. JBl. 1992, S. 175 f.) davon aus, daß § 177 Abs. 1 ABGB, der für den Fall der Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung der Ehe sowie für den Fall der nicht bloß vorübergehenden Trennung der Eltern eines minderjährigen ehelichen Kindes die Möglichkeit gibt, das Sorgerecht (seit dem Inkrafttreten des KindRÄG: die „Obsorge“) für das Kind durch eine (der gerichtlichen Genehmigung bedürftigen) Vereinbarung zu regeln, es ausschließt, in einer derartigen Vereinbarung vorzusehen, daß die aus den familienrechtlichen Beziehungen zwischen Eltern und minderjährigen Kindern erfließenden rein persönlichen Rechte und Pflichten beiden Elternteilen zukommen.

Nach Ansicht des Verfassungsgerichtshofes begründet die durch das KindRÄG bewirkte Änderung der Rechtslage weder die Notwendigkeit noch die Möglichkeit, von der auf dem Boden der früheren Rechtslage vertretenen Auffassung abzugehen. So hat denn bereits der Oberste Gerichtshof – von der durch das KindRÄG geschaffenen Rechtslage ausgehend – die dargelegte Rechtsauffassung aus dem Wortlaut des § 177 Abs. 3 ABGB (etwa OGH 10.6.1992, 3 Ob 506/92, JBl. 1992, S. 694 f.; 20.4.1993, 1 Ob 515/93, JBl. 1994, S. 114 f.), aber auch aus dem Wortlaut des § 177 Abs. 1 und 2 ABGB abgeleitet (OGH 10.6.1992, 3 Ob 514/92, JBl. 1992, S. 699), wobei seiner Auffassung nach schon die Worte „wem von ihnen“ (Abs. 1) und „welchem Elternteil“ (Abs. 2) eindeutig darauf hinwiesen, daß immer nur ein Elternteil gemeint ist. Nach Ansicht des Obersten Gerichtshofes deutet des weiteren auch (die durch das KindRÄG eingeführte Bestimmung des) § 177 Abs. 3 ABGB darauf hin, daß diese Bestimmung überflüssig wäre, wenn die Obsorge unabhängig vom Bestehen einer häuslichen Gemeinschaft beiden Elternteilen zugeteilt werden könnte. Im übrigen ist auch der Oberste Gerichtshof (etwa in dem zuletzt zitierten Erkenntnis) der Auffassung, daß für die von ihm vertretene Auslegung des Gesetzeswortlautes die Gesetzesmaterialien einen Anhaltspunkt bieten (wie dies der Verfassungsgerichtshof im Erkenntnis VfSlg. 12103/1989 im Zusammenhang mit der früheren Rechtslage dargelegt hat).

Insgesamt sieht der Verfassungsgerichtshof, insofern in Übereinstimmung mit dem Obersten Ge-

richtshof, aus den dargelegten Gründen ungeachtet der Neufassung des § 177 ABGB durch das KindRÄG keinen Anlaß, von der im Erkenntnis VfSlg. 12103/1989 vertretenen Auffassung über die Auslegung dieser Bestimmung abzurücken (in der Auslegung der nunmehr geltenden Fassung des § 177 ABGB übereinstimmend etwa auch Engel, Probleme der Obsorgezuteilung bei Trennung der Eltern, ÖJZ 1994, S. 542 ff., hier S. 543; Pichler, JBl. 1994, S. 115).

2. Die im Erkenntnis VfSlg. 12103/1989 unter Bedachtnahme auf die Judikatur der EKMR und des EGMR angestellten Überlegungen, die zu dem Ergebnis führten, daß § 177 Abs. 1 ABGB nicht aus den vom Obersten Gerichtshof geltend gemachten Gründen gegen die – auch den Gesetzgeber bindende (s. VfSlg. 8272/1978, S. 178) – Verfassungsnorm des Art. 8 EMRK verstößt, lassen sich folgendermaßen kurz zusammenfassen:

Der Begriff „Familienleben“ i.S. des Art. 8 EMRK umfaßt – soweit im gegebenen Zusammenhang in Betracht zu ziehen – die Beziehungen zwischen den Ehegatten und ihren ehelichen Kindern auch nach Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung der Ehe. Der Gesetzgeber hat bei der ihm obliegenden Ausgestaltung der familienrechtlichen Verhältnisse die durch Art. 8 EMRK gezogenen Schranken zu beachten. Es ist ihm durch diese Verfassungsnorm nicht verwehrt, die familienrechtlichen Beziehungen zwischen Eltern und Kindern nach Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung der Ehe anders zu gestalten als während des Bestandes der Ehe (in diesem Sinn nunmehr etwa auch OGH 15.12.1993, 7 Ob 629/93, JBl. 1994, S. 608 ff., hier S. 610).

Die Zuweisung der Obsorge für ein eheliches Kind nach Auflösung der Ehe (oder im Fall dauernder Trennung der Eltern) an einen Elternteil allein ist ein Eingriff in das dem anderen Elternteil und dem Kind durch Art. 8 Abs. 1 EMRK gewährleistete Recht auf Achtung des Familienlebens. Ein im Interesse des Wohles des Kindes notwendiger behördlicher Eingriff in dieses Grundrecht eines Elternteiles ist – ebenso wie eine derartige gesetzliche Beschränkung des Inhaltes verbindlicher Vereinbarungen zwischen den Eltern – durch Art. 8 Abs. 2 EMRK („... in einer demokratischen Gesellschaft ... zum Schutz der Gesundheit und der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ...“) gedeckt. Es ist Sache des Gesetzgebers, die Notwendigkeit des Eingriffes zu beurteilen. Dabei kommt ihm ein rechtspolitischer Gestaltungsspielraum zu; er ist also nicht auf eine einzige („beste“) Lösung festgelegt. Zur Verfassungsmäßigkeit eines solchen Eingriffes ist es erforderlich, daß der Eingriff zur Erreichung einer der in Art. 8 Abs. 2 EMRK angeführten Zwecke

geeignet und überdies adäquat ist, also dem Gebot der Verhältnismäßigkeit entspricht.

§ 177 Abs. 1 ABGB trägt – auch infolge seines inhaltlichen Zusammenhanges mit anderen Rechtsvorschriften – diesem Gebot zum einen insofern Rechnung, als danach der Eingriff in die Rechtssphäre des nicht mehr mit der Obsorge betrauten Elternteiles auf ein tunlichst geringes Maß beschränkt ist: Nach § 178 Abs. 1 ABGB (nunmehr i.d.F. des KindRÄG); s. dazu neuerdings Leeb/Prietzl, die Mindestrechte des nicht Obsorgeberechtigten (§ 178 ABGB), ÖJZ 1995, S. 613 ff.) hat ein Elternteil, soweit ihm nach Auflösung der Ehe oder bei dauernder Trennung der Eltern die Obsorge nicht zukommt, das Recht auf persönlichen Verkehr mit dem Kind. Dieses Recht darf nach § 178 Abs. 2 ABGB nur dann eingeschränkt oder entzogen werden, wenn dessen Wahrnehmung das Wohl des Kindes ernstlich gefährden würde. Nach § 178 Abs. 1 ABGB hat ferner jener Elternteil, dem die Obsorge nicht zukommt, das Recht, von außergewöhnlichen Umständen, die die Person des Kindes betreffen und von beabsichtigten Maßnahmen in bestimmten, das Kind betreffenden Angelegenheiten (§ 154 Abs. 2 und 3 ABGB) von dem Elternteil, dem die Obsorge zukommt, rechtzeitig verständigt zu werden und sich hierzu, wie auch zu anderen wichtigen Maßnahmen, in angemessener Frist zu äußern. Diese Äußerung ist zu berücksichtigen, wenn der darin ausgedrückte Wunsch dem Wohl des Kindes besser entspricht. Auch dieses Äußerungsrecht ist, wenn seine Wahrnehmung das Wohl des Kindes ernstlich gefährden würde, vom Gericht einzuschränken oder zu entziehen (§ 178 Abs. 2 ABGB).

Da im übrigen das Gericht bei Zuweisung der Obsorge an bloß einen Elternteil nach § 177 Abs. 2 ABGB dessen Befugnisse unter den besonderen Voraussetzungen des § 176 Abs. 1 ABGB einschränken kann (Hinweis auf EFSlg. 38.390), muß auch die gerichtliche Genehmigung einer Vereinbarung nach § 177 Abs. 1 ABGB als zulässig angesehen werden, die zwar die Obsorge bloß einem Elternteil zuweist, gleichzeitig aber wegen Vorliegens besonderer Umstände gebotene Beschränkungen in der Ausübung dieser Befugnisse vorwegnimmt, die auch das Gericht bei einer Entscheidung nach § 177 Abs. 2 ABGB zum Wohl des Kindes vorsehen könnte.

Im Hinblick auf die Vorschrift des § 55a Abs. 2 Ehegesetz, wonach eine Ehe nur dann (einvernehmlich) geschieden werden darf, wenn die Ehegatten eine schriftliche Vereinbarung über die Zuteilung der aus den familienrechtlichen Beziehungen zwischen Eltern und minderjährigen Kindern erfließenden rein persönlichen Rechte und Pflichten dem Gericht unterbreiten oder vor Gericht schließen, durfte der Gesetzgeber ferner davon ausgehen, daß Vereinbarungen

über die Obsorge in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang mit der (einvernehmlichen) Ehescheidung getroffen werden und damit zu einem Zeitpunkt, in dem Überlegungen über das Wohl des Kindes gegenüber den sonstigen anlässlich einer Ehescheidung zu treffenden Entscheidungen und selbst gegenüber dem Wunsch, rasch geschieden zu werden, oft in den Hintergrund treten, so daß die (selbst ehrlich gemeinte) Absicht der Scheidungswilligen zur gemeinsamen Ausübung der Obsorge über ihre Kinder auch nach der Scheidung oft unrealistisch sein wird.

Vor allem aber besteht bei der vom Gesetzgeber gewählten Lösung kein rechtliches Hindernis, daß die Eltern ungeachtet der Übertragung der Obsorge an lediglich einen Elternteil bei der faktischen Ausübung der damit verbundenen Rechte und Pflichten einvernehmlich vorgehen, etwa auch die gesetzliche Vertretung gegenüber Dritten nach ihrem Gutdünken untereinander aufteilen, sofern hierfür ein Bedürfnis besteht. Im Ergebnis ermöglicht das Gesetz somit ein einvernehmliches Vorgehen der Eltern auch nach Auflösung der Ehe (bzw. im Fall dauernder Trennung) und beschränkt sich darauf, sogleich bei der Auflösung der Ehe eine klare Regelung über die Obsorge für das Kind für den Fall vorzusehen, daß ein Einvernehmen zwischen den Eltern nicht oder nicht mehr besteht. Damit vermeidet es, daß gegebenenfalls zunächst eine Vereinbarung über die gemeinsame Ausübung der Obsorge gerichtlich genehmigt und später in einem weiteren Verfahren die Zuweisung der Obsorge an einen Elternteil allein vorgesehen wird und vermeidet auf diese Weise eine unter

Umständen dem Wohl des Kindes abträgliche Zeit der Ungewißheit. So ist denn die Zuweisung der Obsorge an einen Elternteil allein so lange ohne praktische Bedeutung, als die Eltern tatsächlich einvernehmlich handeln.

Der Gesetzgeber hat mit der bekämpften Regelung, nach der Entscheidungen betreffend ein Kind aus geschiedener (oder sonst aufgelöster) Ehe (oder dessen Eltern dauernd getrennt leben) von bloß einem Elternteil – und daher sehr rasch – getroffen werden können, die aber hierbei das Einvernehmen mit dem anderen Elternteil weder ausschließt noch erschwert, ein zur Gewährleistung des Wohles des Kindes geeignetes Mittel gewählt. Der durch diese Regelung bewirkte Eingriff in das Grundrecht des anderen Elternteils ist, da selbst bei Fehlen eines Einvernehmens zwischen den Elternteilen durch eine Reihe dem anderen Elternteil gesetzlich eingeräumter Mitwirkungsmöglichkeiten stark gemildert, nicht unverhältnismäßig (ablehnend freilich Stolzlechner, Die Übertragung der Obsorge auf einen Elternteil nach Eheauflösung bzw. nach einer nicht bloß vorübergehenden Trennung der Eltern [§ 177 ABGB] im Lichte des Art. 8 MRK sowie des Art. 5 des 7. ZProt, in: Harter/Zitta, Familie und Recht, S. 785 ff.).

Seit dem Inkrafttreten des KindRÄG ist im Rahmen dieser Beurteilung auch noch zu berücksichtigen, daß gemäß § 177 Abs. 3 i.V.m. § 167 ABGB selbst nach Auflösung der Ehe dann, wenn die Eltern mit dem Kind in häuslicher Gemeinschaft leben, das Gericht auf gemeinsamen Antrag der Eltern zu verfügen hat, daß ihnen beiden die Obsorge für das Kind zukommt, wenn diese Verfügung für das Wohl des Kindes nicht nachteilig ist.

Wie der Oberste Gerichtshof (in 1 Ob 515/93 vom 20.4.1993, JBl. 1994, S. 114 f.) hervorgehoben hat, ist „nicht das gemeinsame Sorgerecht, sondern eine einvernehmliche, am Wohl des Kindes orientierte Haltung der Eltern nach der Scheidung ... die für das Kind schonendste und ihm förderlichste Form der Obsorge“.

Sie könnte freilich durch den Gesetzgeber nicht erzwungen werden.

Besteht zwischen den Elternteilen Einvernehmen nicht oder nicht mehr, so würde die Zuweisung gemeinsamer Obsorge an beide Elternteile ihr Ziel verfehlen und müßte geändert werden. Besteht aber Einvernehmen, so wird durch die bestehende gesetzliche Regelung ein einvernehmliches Vorgehen der Eltern weder unmöglich gemacht noch erschwert. Die Verschiedenheit der Regelungen in den dem Europarat angehörenden Staaten ist ein Ausfluß des dem Gesetzgeber zukommenden Gestaltungsspielraumes, nicht aber ein Indiz für das Fehlen eines die angegriffene Regelung i.S. des Art. 8 EMRK recht-

fertigenden „dringenden sozialen Bedürfnisses“. Der Vorwurf, der Gesetzgeber ermögliche – rechtlich betrachtet – kein einvernehmliches Vorgehen der Eltern im Falle der Auflösung der Ehe (also insbesondere nach der Scheidung), besteht insofern nicht zu Recht, als der Gesetzgeber, wie dargestellt, in Fällen dieser Art ein einvernehmliches Vorgehen weder verhindert noch erschwert, mit seiner Regelung vielmehr nur und erst dann eingreift, wenn zwischen den Eltern Einvernehmen nicht (mehr) besteht.

3.a) Ebenso wie Art. 8 EMRK richtet sich der Gleichheitsgrundsatz (Art. 7 B-VG, Art. 2 StGG) auch an den Gesetzgeber (VfSlg. 13327/1993). Er setzt ihm insofern inhaltliche Schranken, als er verbietet, sachlich nicht begründbare Regelungen zu treffen (vgl. z.B. VfSlg. 8457/1978, 10064/1984, 10084/1984). Innerhalb dieser Schranken ist es dem Gesetzgeber von Verfassungs wegen durch den Gleichheitsgrundsatz nicht verwehrt, seine politischen Zielvorstellungen auf die ihm geeignet erscheinende Art zu verfolgen (s. etwa VfSlg. 7864/1976, 7996/1977). Ob eine Regelung zweckmäßig ist oder gar, ob mit ihr der optimale Weg zur Zielerreichung beschritten wird, sind Fragen, die nicht vom Verfassungsgerichtshof unter dem Blickwinkel des Gleichheitsgebotes zu beurteilen sind (vgl. VfSlg. 6541/1971, 7885/1976, 11369/1987). Es können auch mehrere, inhaltlich voneinander abweichende Bestimmungen gleichheitsgemäß sein (VfSlg. 9217/1981). Ein Gesetz ist auch nicht schon dann gleichheitswidrig, wenn sein Ergebnis nicht in allen Fällen als befriedigend angesehen wird (VfSlg. 10455/1985).

Unabhängig von der Auffassung, daß es legitim sei, für die Beziehungen geschiedener Eltern und ihrer Kinder andere Regelungen aufzustellen als für intakte Familieneinheiten (so OGH 15.12.1993, 7 Ob 629/93, JBl. 1994, S. 608 ff., hier S. 610), kann dem Gesetzgeber aus der Sicht des Gleichheitssatzes nicht entgegengetreten werden, wenn er die während des Bestandes der Ehe im Regelfall – und verfassungsrechtlich unbedenklich – gesetzlich vorgesehene gemeinsame Obsorge der Eltern auch im Fall der bloß faktischen dauernden Trennung der Eltern rechtlich so lange fortbestehen läßt, bis ein Elternteil bei Gericht den Antrag auf Zuweisung der Obsorge an ihn allein stellt. Die Wahrnehmung der gemeinsamen Obsorge beider Elternteile erfordert deren einvernehmliches Vorgehen. Der Gesetzgeber kann, solange die Ehe besteht, unbedenklicherweise davon ausgehen, daß zwischen den Elternteilen in den die Obsorge betreffenden Fragen Einvernehmen gegeben ist. Wenn der Gesetzgeber jedoch für den Fall, daß Einvernehmen nicht mehr besteht (oder weil infolge faktischer dauernder Trennung der Eltern

trotz fortbestehender Ehe der andere Elternteil für ein gemeinsames Vorgehen nicht rechtzeitig erreicht werden kann), die Zuweisung der Obsorge an einen Elternteil allein vorsieht, ist dies aus der Sicht des Gleichheitssatzes unbedenklich: Daß ein darauf abzielender Antrag lediglich durch einen Elternteil allein gestellt wird, ist nämlich ebenso wie die dauernde Trennung der Elternteile ein Indiz für das Fehlen des Einvernehmens und reicht daher für die sachliche Rechtfertigung der hier in Rede stehenden Verschiedenheit der gesetzlichen Regelungen aus.

b) Art. 5 des – im Verfassungsrang stehenden (vgl. dazu die Kundmachung BGBl. 628/1988) – 7. ZPEMRK hat folgenden Wortlaut:

„Ehegatten haben untereinander und in ihren Beziehungen zu ihren Kindern gleiche Rechte und Pflichten privatrechtlicher Art hinsichtlich der Eheschließung, während der Ehe und bei Auflösung der Ehe. Dieser Artikel verwehrt es den Staaten nicht, die im Interesse der Kinder notwendigen Maßnahmen zu treffen.“

Diese den Art. 8 EMRK unberührt lassende, insbesondere dessen Anwendungsbereich nicht einschränkende Norm (so EGMR 22.2.1994, Burghartz, 49/1992/394/472, ÖJZ 1994, S. 559 ff.) verankert den Grundsatz der Gleichheit (der Rechte und Pflichten) von Mann und Frau in den familienrechtlichen Beziehungen (so die Erläuterungen zur Regierungsvorlage, 900 BlgNR, 16. GP, S. 9) und zwar in den Beziehungen zwischen den Ehegatten unter sich und zu den Kindern (so Trechsel, Das verflixte Siebente? Bemerkungen zum 7. Zusatzprotokoll zur EMRK, in: FS Ermacora, S. 195 ff., hier S. 208). Nach Stolzelechner (Die Übertragung der Obsorge auf einen Elternteil nach Eheauflösung bzw. nach einer nicht bloß vorübergehenden Trennung der Eltern [§ 177 ABGB] im Lichte des Art. 8 MRK sowie des Art. 5 des 7. ZProt, in: Harrer/Zitta, Familie und Recht, S. 785 ff., hier S. 793) handelt es sich dabei um einen speziellen Gleichheitssatz für die Beziehungen der Ehegatten untereinander und zu ihren Kindern.

Indem sie in den von ihr erfaßten Beziehungen Differenzierungen nach dem Geschlecht verbietet, schließt sie Regelungen nicht aus, die nach Auflösung der Ehe den früheren Ehegatten in bezug auf die aus der Ehe hervorgegangenen Kindern unterschiedliche Rechtspositionen zuweisen, sofern diese nur nicht an das Geschlecht anknüpfen (so auch Pichler, JBl. 1993, S. 746 f., Besprechung von Harrer/Zitta [Hrsg.], Familie und Recht). Sie engt insbesondere den dem Gesetzgeber zukommenden Spielraum bei der im Interesse des Wohles des Kindes zutreffenden Regelung nicht derart ein, daß er nach Auflösung der Ehe bzw. im Fall der dauernden Trennung der Eltern beiden Elternteilen in bezug auf die Obsorge für die

der Ehe entstammenden Kinder gleiche Rechte und Pflichten zuweisen müßte.

Insgesamt bringt somit Art. 5 des 7. ZPEMRK in den von ihm erfaßten Beziehungen den in Art. 7 B-VG und in Art. 2 StGG normierten Gleichheitsgrundsatz insofern zur Geltung, als dieser Differenzierungen nach dem Geschlecht ausschließt. Daß jedoch die bekämpfte gesetzliche Regelung – auch nach Auffassung des Verfassungsgerichtshofes – dem Gleichheitsgrundsatz entspricht, wurde bereits oben (s. auch die dort zitierte Judikatur des Obersten Gerichtshofes) dargetan (zur Übereinstimmung dieser Regelung mit Art. 8 EMRK s. oben). Art. 5 des 7. ZPEMRK erfordert somit nicht, nach Auflösung der Ehe die Obsorge für minderjährige eheliche Kinder beiden Elternteilen gemeinsam zuzuweisen. Die Vereinbarkeit der hier in Rede stehenden Regelung mit Art. 5 des 7. ZPEMRK betont etwa auch Pichler (JBl. 1992, S. 702; JBl. 1993, S. 746; anders freilich Stolzlechner, a.a.O.; s. auch Ebert, „First Call for Children!“ Zur Notwendigkeit einer verfassungs- und völkerrechtskonformen Familienrechtsreform in Österreich, JBl. 1995, S. 69 ff.).

Der Verfassungsgerichtshof vermag somit die in den Prüfungsanträgen vorgetragene verfassungsrechtliche Bedenken der antragstellenden Gerichte (im Rahmen der Zulässigkeit dieser Anträge) insgesamt nicht zu teilen. Er hatte auch in diesen Verfahren nicht zu beurteilen, ob die vom Gesetzgeber getroffene Lösung die zweckmäßigste oder beste ist, wie dies teilweise im Schrifttum bezweifelt wird.

Mitgeteilt von Anna Sporrer, Wien

Buchbesprechung

Quotierung vor EuGH und BVerfG – Gleichheit zwischen Philosophie und Recht

Beate Rössler (Hg.): Quotierung und Gerechtigkeit. Eine moralphilosophische Kontroverse.

Frankfurt/M. 1993, anlässlich der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in Rs. C-450/93 Kalanke ./ Bremen.

„Das Problem von Quotenregelungen ist offenbar nicht irgendein Problem: es zielt auf die moralische Grundfrage nach dem richtigen gesellschaftlichen Zusammenleben.“ (25) Beate Rössler stellt in der Einleitung zu dem von ihr herausgegebenen Band zu moralphilosophischen Aspekten der Quotierungsdebatte die tragenden Aspekte des Problems und die wesentlichen Stränge seiner Lösung informativ zusammen. Der Band enthält einige der wichtigsten

Aufsätze der anglo-amerikanischen Diskussion,¹ die sich – angesichts der Erscheinungsdaten in den 70er und 80er Jahren verständlich – fast ausschließlich mit dem Zugang von Angehörigen diskriminierter Minderheiten zu Bildungseinrichtungen und Erwerbsarbeit befassen. Genau dieses Thema fand sich gerade vor dem EuGH und findet sich noch vor dem BVerfG.² Im Fall Kalanke gegen Bremen hat der EuGH über die europarechtlichen Aspekte der Gleichstellungsklausel im Bremischen Landesrecht – und gegen die Frauenförderung – entschieden.³ Der italienische Generalanwalt Tesauo hielt es schon im April 1995 für „völlig offensichtlich, daß es sich auch (...bei Bevorzugung von Frauen in Fällen gleicher Qualifikation) um eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts handelt“.⁴ Seiner Argumentation ist – wenn auch signifikant abschwächend – der EuGH gefolgt. Sie läßt sich – ebenso wie die Argumentation der meisten deutschen Gerichte zur selben Frage⁵ – auch⁶ mithilfe der in Rösslers Band versammelten philosophischen Untersuchungen kritisch analysieren.

- 1 Am Rande fällt auf, daß sich unter den in diesem Band schreibenden Befürwortern der Quote sehr viele Männer, unter den Ablehnenden deutlich auch Frauen finden. Das mag auch dem Umstand geschuldet sein, daß in den USA Frauen an philosophischen und juristischen Fakultäten nicht die einsame personelle wie thematische Ausnahme sind, auch wenn sie wie hier Anpassungsleistungen zu vollbringen haben.
- 2 Der Vorlagebeschluß des OVG Münster in: NVwZ 1991, S. 501, ist mittlerweile aufgehoben: NVwZ 1992, S. 1226. Es steht noch eine Vorlage zur Entscheidung an.
- 3 Vgl. STREIT 4/95; i.Ü. EuGH v. 17.10. 1995 mit Anm. Dieball, Heike/Schiek, Dagmar: Anmerkung: Bevorzugung ja – allerdings nicht automatisch, in EuroAs 11/1995, S. 185-189. Fraglich ist, wie nun eine deutsche verfassungsgerichtliche Entscheidung aussehen kann. Wenn nicht eine staatliche Gleichstellungspflicht bejaht wird, der durch relative Quoten zu entsprechen sei, überspielt Europarecht die deutschen Gesetze. S.a. Kokott, Juliane (1995): Zur Gleichstellung von Mann und Frau – Deutsches Verfassungsrecht und europäisches Gemeinschaftsrecht. In: NJW S. 1049-1057; zum Problem am Beispiel der Entscheidungen zur Feuerwehrrabgabe Bleckmann, Albert (1995): Bundesverfassungsgericht versus Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte: In: EuGRZ S. 387-390.
- 4 Rs. C-450/93, Schlußantrag vom 6.4.1995, Edition Provisoire, Manuskript I-13, in STREIT 4/95.
- 5 Die Quote befürwortend VG Bremen in: STREIT 1988, S. 54 m. Anm. Jutta Kaltwasser S. 61 f.; unter ausdrücklichem Hinweis auf Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG VG Oldenburg in STREIT 1995, S. 29 m. Anm. Dagmar Schiek S. 30, dagegen OVG Münster in: NVwZ 1991, S. 501; NVwZ 1992, S. 1226; NWVBl. 1992, S. 401; OVG Berlin in: NVwZ 1992, S. 1227; VG Köln in: STREIT 1990, S. 175 m. Anm. Barbara Degen S. 177 f.; zum Geschlecht (nur) als Hilfskriterium VGH Kassel in: NVwZ 1994, S. 1229; S.a. OVG Schleswig in NVwZ 1994, S. 1229. S.a. Antrag auf eA vor dem VG Berlin in STREIT 1992, S. 25-27.
- 6 Vgl. auch Maria de Lourdes Pintasilgo (1994): Gleichheit – Identität. Frauenrecht auf dem Hintergrund der europäischen Angleichung. In: STREIT 1994 S. 51-56.