

ua im überwiegenden Interesse der Parteien geboten ist, gegenüber jedermann, dem er über solche Tatsachen nicht eine amtliche Mitteilung zu machen hat, zur Verschwiegenheit verpflichtet (Amtsverschwiegenheit). IdZ ist auf die Auslegung des Art 20 Abs 3 B-VG zu verweisen. Da § 46 Abs 1 BDG in Konkretisierung des Art 20 Abs 3 B-VG erlassen wurde, können die Aussagen zu Art 20 Abs 3 B-VG auch auf das BDG übertragen werden.

Der VfGH hat in stRsp (zB in der E 6. 9. 1995, 95/12/0122) festgehalten: In Ansehung der Berichterstattung eines Beamten (hier: über Spannungen und Konflikte in seiner Dienststelle) unter Einschaltung von Medien darf auch im Dienstrechtsverfahren nur unter Beachtung der Amtsverschwiegenheit dem Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit – soweit nicht noch andere gesetzliche Regelungen entgegenstehen – allenfalls Rechnung getragen werden. Dieser Ansatz kann auch auf den vorliegenden Sachverhalt übertragen werden; ihm ist nichts hinzuzufügen.

SCHLUSSSTRICH

- *Die BWB und ihre Mitarbeiter sind in Ermittlungsverfahren zur Wahrung der Amtsverschwiegenheit verpflichtet, soweit dies im überwiegenden Interesse einer Partei (hier der Handelskonzerne und ihrer Lieferanten) geboten ist.*
- *Überwiegen die Interessen der Handelskonzerne und ihrer Lieferanten an der Geheimhaltung bestimmter Tatsachen die Interessen der Öffentlichkeit, hat die BWB die Informationsweitergabe an (Print)Medien zu unterlassen. Es gilt das Primat der Amtsverschwiegenheit.*
- *Die mediale Agitation der BWB ist vor diesem Hintergrund als gesetzwidrig zu qualifizieren und könnte Amtshaftungsansprüche des Bundes begründen.*

Rechtsprechungsübersicht Verfassungsgerichtshof

19. 6. 2013 bis 29. 6. 2013

MICHAEL HOLOUBEK / MICHAEL LANG

A. Wertpapieraufsicht und Bestimmtheitsgrundsatz

Mit **Erk v 28. 6. 2013 (G 10–15/2013)** erachtete der VfGH die Vorschrift des § 35 WAG 2007¹⁾ als verfassungsrechtskonform: Die zunächst über Antrag des UVS Wien vom VfGH in Prüfung gezogene Bestimmung verlangt, dass der jeweilige Rechtsträger je nach „seiner Größe und Organisation sowie der Art, des Umfangs und der Komplexität seiner Geschäfte“ (§ 35 Abs 1 WAG 2007) in den von ihm zu erlassenden Leitlinien die Verfahren und Maßnahmen zur Vermeidung eines Interessenkonflikts zwischen dem Rechtsträger und den Kunden einerseits sowie zwischen den Kunden untereinander andererseits festlegt.

Nach der stRsp des VfGH sei die Verwendung sog unbestimmter Gesetzesbegriffe, die durch eine unscharfe Abgrenzung gekennzeichnet seien, dann mit Art 18 B-VG vereinbar, wenn die Begriffe einen soweit bestimmbareren Inhalt haben, dass der Rechtsunterworfenen sein Verhalten danach einrichten kann und die Anwendung der Begriffe durch die Behörde auf ihre Übereinstimmung mit dem Gesetz überprüft werden kann.²⁾ Der VfGH habe auch die Auffassung vertreten, dass angesichts der unterschiedlichen Lebensgebiete, Sachverhalte und Rechtsfolgen, die Gegenstand und Inhalt gesetzlicher Regelungen sein können, ganz allgemein davon auszugehen sei, dass Art 18 B-VG einen dem jewei-

ligen Regelungsgegenstand adäquaten Determinierungsgrad verlange.³⁾

Soweit sich der VfGH mit Rechtsvorschriften auseinanderzusetzen hatte, mit denen Verstöße gegen Berufs- oder Standespflichten unter (Disziplinar-) Strafe gestellt werden, habe er unter dem Aspekt des Art 18 B-VG generell die Auffassung vertreten, dass der Inhalt des Begriffs der Standespflichten aus den allgemeinen gesellschaftlichen Anschauungen und den gefestigten Gewohnheiten des betreffenden Berufsstandes abgeleitet werden könne.⁴⁾ Der VfGH habe mit dieser Judikatur zum Ausdruck gebracht, dass der Gesetzgeber auch im Bereich von Strafnormen nicht gegen das Bestimmtheitsgebot des Art 18 B-VG verstößt, wenn er an das allgemeine Erfahrungswissen und die Verhaltensregeln eines Berufsstands anknüpft.

Mit den genannten berufs- und standesrechtlichen Vorschriften seien – wie der VfGH bereits in VfSlg 16.993/2003 mit Verweis auf seine Vorjudikatur ausgesprochen habe – jene Rechtsvorschriften ver-

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

1) IdF BGBl I 2007/60.

2) Vgl ua VfSlg 16.993/2003 mwN.

3) Vgl ua VfSlg 13.785/1994 sowie 16.993/2003.

4) Vgl VfSlg 16.993/2003 mit Hinweisen zur Rsp des VfGH zum Beamtendisziplinarrecht, zu Rechtsanwältinnen, zu Ärzten und zu Apothekern.

gleichbar, auf Grund derer Personen, die einer Materie besonders nahe stehen, in einem bestimmten Sachgebiet somit als Fachleute zu gelten haben, in eben diesem Sachgebiet zu einem ordnungsgemäßen Verhalten, zur Sorgfalt, zum Ergreifen „geeigneter“ Maßnahmen, zur Verhinderung von Missbräuchen und dergleichen angehalten werden und die entgegenstehendes Verhalten unter Strafsanktion stellen. In solchen Fällen ergäbe sich der konkrete Inhalt der Verhaltenspflichten, der jeweils nur für den Einzelfall ermittelt werden könne, und damit jener der korrespondierenden Strafnormen aus dem gefestigten, allgemeinen Wissen des betreffenden Personenkreises um die objektiven Gegebenheiten und Besonderheiten des betreffenden Sachgebiets. Der Gesetzgeber verstoße in solchen Fällen nicht gegen das Bestimmtheitsgebot des Art 18 B-VG, wenn er sich damit begnügt, das geforderte Verhalten (und die korrespondierenden Strafbestimmungen) lediglich im Hinblick auf einen bestimmten Erfolg zu umschreiben, sofern davon ausgegangen werden kann, dass im Kreis der betroffenen (sachkundigen) Personen eine im Wesentlichen übereinstimmende Auffassung über den Inhalt der verpönten Verhaltensweisen bestehe.⁵⁾

Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen widersprechen die Bestimmungen des § 35 Abs 1, 2 und 3 WAG 2007 nicht dem Bestimmtheitsgebot des Art 18 B-VG und des Art 7 EMRK: Die Bestimmungen würden sich an eine Personengruppe richten, von der angenommen werden kann, dass sie nicht nur weiß, was unter dem Begriff des Interessenkonflikts zu verstehen ist und unter welchen Umständen Interessenkonflikte einerseits zwischen dem Rechtsträger und den Kunden des Rechtsträgers sowie andererseits zwischen den Kunden untereinander auftreten können; die betroffenen Personen würden auch wissen, welche Verfahren und Maßnahmen zu ergreifen seien, die typischerweise geeignet seien, Interessenkonflikte erfolversprechend zu vermeiden. Davon ausgehend könne der betroffenen Personengruppe auch unterstellt werden, dass sie bei der Festlegung und laufenden Anwendung der von § 35 Abs 1 WAG 2007 geforderten Leitlinien beurteilen könne, welche (geeigneten) Verfahren und Maßnahmen der „Größe und Organisation“ des Rechtsträgers sowie „der Art, des Umfangs und der Komplexität seiner Geschäfte“ angemessen seien. Der Gesetzgeber habe in den Bestimmungen des § 35 Abs 1 WAG 2007 (in Übereinstimmung mit Art 13 und 18 der RL 2004/39/EG und Art 22 der RL 2006/73/EG) diese Beurteilung der Angemessenheit bewusst den betroffenen Rechtsträgern überlassen. Im Übrigen ergäbe sich – wie der VfGH sinngemäß auch in VfSlg 16.993/2003 ausgesprochen habe – schon aus den allgemeinen Bedingungen der Strafbarkeit, dass solche Verfahren und Maßnahmen nur im Rahmen des Zumutbaren gefordert werden können.

B. Glücksspielgesetz

Mit **Erk v 27. 6. 2013 (G 26/2013, G 90/2012)** hob der VfGH das Wort „Poker“ in § 1 Abs 2 GSpG⁶⁾ und einige andere Bestimmungen des GSpG als ver-

fassungswidrig auf. Dafür war die nachfolgend beschriebene Rechtsentwicklung maßgebend: Durch die GSpG-Novelle 2008 sei eine demonstrative Aufzählung von Glücksspielen in § 1 Abs 2 GSpG aufgenommen worden. Mit der Aufnahme dieses Kataloges von „klassischen“ Glücksspielen, zu denen der Gesetzgeber ua das Pokerspiel zähle, hätte der Gesetzgeber ausweislich der Materialien insb eine Erhöhung der Rechtssicherheit und damit letztlich eine Erleichterung für den Rechtsanwender beabsichtigt. Im Interesse der Verfahrensökonomie und einer effektiven Umsetzung des GSpG sollten künftig gerichtliche Auseinandersetzungen um die Glücksspieleigenschaft der in diesen Katalog beispielhaft aufgenommenen Spiele vermieden werden.⁷⁾ Für die Einbeziehung des Pokerspiels in die Aufzählung des § 1 Abs 2 GSpG würden sich die ErläutRV ohne nähere Begründung auf das Erk des VwGH v 8. 9. 2005, 2000/17/0201 berufen. Der Gesetzgeber lege seiner Entscheidung der Einordnung des Pokerspiels als Glücksspiel dieses Erk des VwGH zugrunde. Bei der Beurteilung der Sachlichkeit dieser Einordnung sei von der Prämisse auszugehen, dass Glücksspiele Spiele sind, bei denen die Entscheidung über das Spielergebnis iSd § 1 Abs 1 GSpG „ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt“ (§ 1 Abs 2 GSpG).

In der Sache erkannte der VfGH: Es liege grundsätzlich im rechtspolitischen Gestaltungsspielraum, wenn der Gesetzgeber das Pokerspiel vor dem Hintergrund eines kontroversen Meinungsstands zu dessen Glücksspieleigenschaft in der überwiegend ausländischen Literatur⁸⁾ dem Glücksspiel zuordne und damit dem Regime des GSpG unterwirft. Zwar würden sich die im Erk des VwGH enthaltenen sachverständigen Äußerungen nur auf drei Varianten des Pokerspiels beziehen und nicht auf das Pokerspiel allgemein. Für Turnierpokerspiele würde in der Literatur die Glücksspieleigenschaft selbst von Stimmen, die diese grundsätzlich bei Pokervarianten wie „Texas Hold ‘Em“ bejahen, verneint bzw in Zweifel gezogen.⁹⁾ Der Gesetzgeber sei jedoch von Verfassung wegen nicht gehindert, angesichts des Suchtpotentials nicht nur von Glücksspielen im engeren Sinn, sondern auch von Spielen mit Glücksspiel- und Geschicklichkeitskomponenten,¹⁰⁾ das Pokerspiel generell dem Regime des GSpG zu unterwerfen. Der VfGH könne dem Gesetzgeber unter dem Gesichtspunkt des

5) Vgl VfSlg 16.993/2003.

6) IdF BGBl I 2010/54.

7) Vgl ErläutRV 658 BlgNR 24. GP 5.

8) Vgl statt vieler *Rock/Fiedler*, Die Empirie des Online-Pokers – Bestimmung des Geschicklichkeitsanteils anhand der kritischen Wiederholungshäufigkeit, ZFWG 2008, 412 (412 ff).

9) Vgl etwa *Holzner*, Poker – Glücks- oder Geschicklichkeitsspiel? MMR 2008, 439 (442 f), unter ausdrücklicher Berufung auf den Bescheid des UFS v 24. 7. 2007, RV/0369-W/02; *Kretschmer*, Poker – ein Glücksspiel? ZFWG 2007, 93 (93 ff); für die Qualifikation des Pokers als Geschicklichkeitsspiel allgemein *Dedonne/Detterman*, Poker is a Skill, Gaming Law Review and Economics 2008/1, 31 (31 ff); differenzierend *Fiedler/Rock*, Quantifying Skill in Games – Theory and Empirical Evidence for Poker, Gaming Law Review and Economics 2009/1, 50 (50 ff).

10) Vgl *Glöckner/Towfigh*, Geschicktes Glücksspiel, JZ 2010, 1033 (1033 ff).

Gleichheitsgrundsatzes daher nicht entgegenzutreten, wenn dieser das Pokerspiel allgemein in den Katalog der Glücksspiele in § 1 Abs 2 GSpG aufnimmt.

Auch eine Verletzung im Grundrecht auf Freiheit der Erwerbsbetätigung liege nicht vor: Nach der ständigen Judikatur zum verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Freiheit der Erwerbsbetätigung gem Art 6 StGG¹¹⁾ seien gesetzliche, die Erwerbs(ausübungs)freiheit beschränkende Regelungen auf Grund des in diesem Grundrecht enthaltenen Gesetzesvorbehalts nur dann zulässig, wenn sie durch das öffentliche Interesse geboten, zur Zielerreichung geeignet, adäquat und auch sonst sachlich zu rechtfertigen seien. Ausübungsregeln müssten bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe verhältnismäßig sein. Es stehe jedoch dem Gesetzgeber bei Regelung der Berufsausübung ein größerer rechtspolitischer Gestaltungsspielraum offen als bei Regelungen, die den Zugang zu einem Beruf (den Erwerbsantritt) beschränken, weil und insoweit durch solche die Ausübung einer Erwerbstätigkeit regelnden Vorschriften der Eingriff in die verfassungsgesetzlich geschützte Rechtssphäre weniger gravierend sei als durch Vorschriften, die den Zugang zum Beruf überhaupt behindern.¹²⁾ Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen sowie der im öff Interesse liegenden Ziele der gesetzlichen Regelung, nämlich Rechtssicherheit zu schaffen und negative Begleiterscheinungen des Glücksspiels, wie die Spielsucht, hintanzuhalten, sei dem Gesetzgeber auch mit Blick auf die Freiheit der Erwerbsbetätigung nicht entgegenzutreten, wenn er das Pokerspiel generell dem Regime des GSpG unterwerfe.

Soweit die antragstellenden Gesellschaften geltend machen würden, dass § 22 GSpG¹³⁾ gegen den Gleichheitsgrundsatz verstößt, seien sie jedoch im Recht. § 22 iVm § 1 GSpG begrenze die Zahl der nach dieser Bestimmung zu vergebenden Konzessionen auf eine einzige (zusätzlich zu jenen nach § 21 GSpG). Das bedeute, dass die Bestimmung im Ergebnis eine Monopolisierung des Marktes spezialisierter Anbieter des Pokerspiels und damit erhebliche nachteilige Folgen für jene Personen herbeiführe, die bis 31. 12. 2012 auf Grund einer Gewerbeberechtigung rechtmäßig Pokersalons betrieben haben, schliesse sie doch über den ersten erfolgreichen Konzessionswerber hinaus jeden anderen von der Veranstaltung des Pokerspiels aus. Doch auch der erfolgreiche Konzessionswerber wäre künftig insofern (stärker als bisher) beschränkt, als er über die eine Spielbank hinaus nicht an weiteren Standorten Pokersalons betreiben dürfte. Die Konzessionsbindung (nach Ablauf der Übergangsfrist gem § 60 Abs 24 GSpG¹⁴⁾ am 31. 12. 2012) für Glücksspielveranstalter wie die antragstellenden Gesellschaften zeitige deswegen besonders nachteilige Folgen, weil die bisher auf Grund der Gewerbeordnung ausgeübten Tätigkeiten nunmehr im Regime des Glücksspielgesetzes nicht mehr zulässig und daher einzustellen seien.¹⁵⁾ Diese schwerwiegenden Nachteile stünden Interessen gegenüber, die zur Rechtfertigung der Regelung in Betracht kommen, nämlich die Schaffung von Rechtssicherheit, die Ermöglichung effektiver Aufsicht sowie die Hint-

anhaltung von mit dem Glücksspiel verbundenen nachteiligen Folgen und Erscheinungen, denen der VfGH in der jüngeren Rsp zum insoweit vergleichbaren Glücksspiel der Lotterien erhebliches Gewicht beigemessen habe.¹⁶⁾

Vergleichbar seien wenigstens zum Teil auch die nachteiligen Folgen der Regelung, die sowohl im Fall der Lotterien als auch bei Pokersalons darin bestünden, dass die Veranstaltung des Glücksspiels an die Erteilung einer Konzession gebunden sei. Hinsichtlich der Zahl der zu vergebenden Konzessionen enthalte § 22 GSpG keine dem § 21 Abs 5 GSpG vergleichbare Regelung, derzufolge eine Höchstzahl von 15 Konzessionen angeordnet sei. Da § 22 GSpG, anders als § 21 GSpG, die Erteilung nur einer (einzig) Konzession zulassen würde – dafür spricht der Wortlaut („einer weiteren Spielbank“, „einer Konzession“)¹⁷⁾ –, seien die Nachteile jedenfalls für Veranstalter wie die antragstellenden Gesellschaften vor dem Hintergrund der tatsächlichen Verhältnisse und Unterschiede zum Glücksspiel der Lotterien gravierend. Anders als bei den Lotterien hätte es vor Inkrafttreten der Regelung kein Monopol gegeben, sondern es habe jedenfalls für bestimmte Arten von Poker eine größere Zahl von Spielstätten bestanden, die von mehreren verschiedenen Veranstaltern betrieben worden wären.

Der Umstand, dass nunmehr auch in den 15 Spielbanken nach § 21 GSpG das Pokerspiel angeboten werden dürfe, vermag unter Sachlichkeitsgesichtspunkten deshalb nichts zu ändern, weil diese Berechtigung Veranstaltern, die wie die antragstellenden Gesellschaften nur das Pokerspiel angeboten haben und von vornherein die Anforderungen des § 21 GSpG nicht erfüllen können, keinen Zugang zur Erwerbsbetätigung verschaffe.

Die Nachteile aus dieser Neuregelung würden durch die Tatsache verschärft werden, dass die Bundesministerin für Finanzen die Konzession nach § 22 GSpG jedenfalls bis rund sechs Monate nach Ablauf der Übergangsfrist des § 60 Abs 24 GSpG noch nicht ausgeschrieben habe, ohne dass Personen, die diese Konzession erlangen wollen, die Ausschreibung mit rechtlichen Mitteln erzwingen könnten, weshalb die Einführung einer Konzessionspflicht für Poker faktisch zu einem Verbot für jene Veranstalter geführt habe, die bis zum Ende des Jahres 2012 Pokerspielsalons auf gewerberechtlicher Grundlage gesetzmäßig betrieben haben. Im Hinblick auf diese Nachteile für Veranstalter des Pokerspiels, die das Ge-

11) Vgl ua VfSlg 10.179/1984; 12.921/1991; 15.038/1997; 15.700/1999; 16.120/2001; 16.734/2002; 17.932/2006.

12) Vgl ua VfSlg 13.704/1994 mwN; weiters 16.024/2000 und 16.734/2002.

13) IdF BGBl I 2010/73.

14) IdF BGBl I 2012/69.

15) Vgl nur den im Erk VfSlg 13.177/1992 bezogenen Prüfungsbeschluss, in dem der VfGH zum Grundrecht der Freiheit der Erwerbsbetätigung betonte, dass die Einführung einer Konzessionspflicht für eine vormals ein freies Gewerbe bildende Tätigkeit und die nachfolgende Verweigerung einer Konzession einen besonders intensiven Eingriff bewirkt.

16) Vgl VfGH 6. 12. 2012, B 1337/11 ua.

17) Vgl bereits VfSlg 19.663/2012.

werbe bis 31. 12. 2012 rechtmäßig ausgeübt haben, erweise sich die Regelung des § 22 GSpG als unsachlich. Sie verstoße sohin gegen den Gleichheitsgrundsatz.

C. Diskriminierung eingetragener Partnerschaften

Zum rechtlichen Rahmen des **Erk v 19. 6. 2013 (G 18, 19/2013)** führt der VfGH aus: Nach § 6 Abs 1 EPG kann eine eingetragene Partnerschaft nur unter persönlicher und gleichzeitiger Anwesenheit beider Partner und zwar gem § 26 a Abs 1 PStG vor der Bezirksverwaltungsbehörde in Form einer Niederschrift begründet werden. § 6 Abs 2 EPG regelt, dass die Bezirksverwaltungsbehörde die Erklärungen der beiden Partner, eine eingetragene Partnerschaft begründen zu wollen, protokolliert, wodurch die eingetragene Partnerschaft zustande kommt. Das Protokoll ist von beiden Partnern zu unterschreiben. § 26 a Abs 2 PStG regelt, was anlässlich der Begründung einer eingetragenen Partnerschaft in das Partnerschaftsbuch einzutragen ist, nämlich insb Nachnamen und Vornamen der eingetragenen Partner, Angaben zu ihrer Person sowie zum Zeitpunkt und zum Ort der Begründung der eingetragenen Partnerschaft. § 26 a Abs 3 PStG sieht sodann vor, dass diese Eintragung von den eingetragenen Partnern, einem allenfalls beigezogenen Dolmetscher und dem Beamten, vor dem die eingetragene Partnerschaft begründet wurde, zu unterschreiben ist. Im zweiten Teil

des PStG regeln die §§ 42 ff PStG zunächst – weitgehend deckungsgleich für Ehen und eingetragene Partnerschaften¹⁸⁾ – die Ermittlung der Ehefähigkeit bzw der Fähigkeit, eine eingetragene Partnerschaft zu begründen. Unterschiedlich regelt das PStG sodann die Zeremonie der Trauung für Eheleute einer- und der Begründung der eingetragenen Partnerschaft andererseits. § 47 PStG sieht für die Trauung vor, dass diese in einer Form und an einem Ort vorzunehmen ist, die der Bedeutung der Ehe entsprechen. Der Standesbeamte hat die Verlobten in Gegenwart von zwei Zeugen einzeln und nacheinander zu fragen, ob sie die Ehe miteinander eingehen wollen, und nach Bejahung der Frage auszusprechen, dass sie rechtmäßig verbundene Eheleute sind. Demgegenüber regelt § 47 a PStG in Abs 1 zunächst, dass der Beamte der Bezirksverwaltungsbehörde in Anwesenheit beider Partnerschaftswerber in den Amtsräumen der Bezirksverwaltungsbehörde eine Niederschrift über die Begründung der eingetragenen Partnerschaft aufzunehmen hat. In diese Niederschrift sind Nachname und Vorname der Partnerschaftswerber, ihr Wohnort, der Tag, der Ort und die Eintragung ihrer Geburt, die Zustimmung jedes der beiden Partnerschaftswerber zur Begründung der eingetragenen Partnerschaft sowie Tag und Ort der Begründung der eingetragenen Partnerschaft aufzunehmen. § 47 a Abs 3 PStG normiert, dass die Partnerschaft begründet ist, wenn die Niederschrift von beiden Partnerschaftswerbern und vom Beamten der Bezirksverwaltungsbehörde unter Beifügung des Amtssiegels unterfertigt wurde.

In der Sache wurde erkannt: Der VfGH habe bereits in seinem Prüfungsbeschluss dargelegt, dass § 47 a PStG¹⁹⁾ nicht ausschließt, dass der Beamte der Bezirksverwaltungsbehörde die Partnerschaftswerber anlässlich der Begründung der eingetragenen Partnerschaft und der Aufnahme der – in § 47 a PStG ausdrücklich vorgesehenen – Niederschrift darüber einzeln und nacheinander befragt, ob sie die eingetragene Partnerschaft miteinander eingehen wollen, und nach Bejahung dieser Frage ausspricht, dass sie rechtmäßig verbundene eingetragene Partner sind. § 47 a PStG verwehre es dem Beamten der Bezirksverwaltungsbehörde nicht, im Zuge der mündlichen Erörterungen anlässlich der Begründung der eingetragenen Partnerschaft und der Aufnahme der Niederschrift, so dies dem Wunsch beider Partnerschaftswerber entspricht, diese daraufhin zu befragen, ob sie die eingetragene Partnerschaft (nach den gesetzlichen Bestimmungen) miteinander eingehen wollen. Vielmehr seien diese Fragen zu stellen, da die Partnerschaftswerber gem § 6 Abs 2 EPG derartige Erklärungen im Rahmen des Begründungsaktes abzugeben hätten, welche sodann zu protokollieren seien. Das Wesen der Niederschrift sei die Verschriftlichung einer mündlichen Erklärung, sodass § 47 a PStG iVm § 6 EPG im Lichte der noch auszuführenden verfassungsrechtlichen Anforderungen im vorstehenden Sinn ausgelegt werden müsse.



Der schnelle Einstieg ins Gemeinderecht

2013. 216 Seiten.
Br. EUR 18,80
ISBN 978-3-214-03810-6
E-Book EUR 16,99
PDF 978-3-214-03811-3
EPUB 978-3-214-03812-0

Inklusive der neuen Verwaltungsgerichte!

Haidvogel
Gemeinderecht für Praktiker
verständlich erklärt

Der Ratgeber stellt die rechtlichen Anforderungen für den Alltag im Gemeindeamt dar. Was ist eine Gemeinde, welche Aufgaben hat sie? Zuständigkeit der Gemeindeorgane, wichtigste Prinzipien der Verwaltung. Wie wirtschaftet und finanziert sich eine Gemeinde? Wer kontrolliert die Gemeinde und wer haftet wofür? Direkte Demokratie in der Gemeinde und die Formen der Gemeindezusammenarbeit.

Am Beispiel von Kärnten und der Steiermark wird Einblick in Detailregelungen des Gemeinderechts gegeben. Humorvolle Bilder illustrieren „das tägliche Leben“ im Gemeindeamt.

MANZ

18) Vgl Gitschtaler in Gitschtaler/Höllwerth, Kommentar zum Ehe- und Partnerschaftsrecht (2011) § 6 Rz 5.

19) IdF BGBl I 2009/135.

Aus eben diesen Gründen stehe § 47 a PStG dem auch nicht entgegen, dass die Behörde auf Wunsch der Partnerschaftswerber neben anderen Personen, die der Zeremonie der Begründung der eingetragenen Partnerschaft nach Maßgabe der räumlichen Verfügbarkeiten der Bezirksverwaltungsbehörde mit den Partnerschaftswerbern beiwohnen, etwa auch zwei Personen eine besondere Stellung dadurch einräumt, dass sie den Anlass in besonderer Weise mitverfolgen. Dass der Gesetzgeber für eingetragene Partnerschaften davon absähe, solchen Personen als „Zeugen“ (im rechtstechnischen Sinne des § 47 Abs 2 PStG) eine besondere Bedeutung für die Begründung der eingetragenen Partnerschaft zuzumessen und damit hinsichtlich solcher Formvorschriften die Begründung der eingetragenen Partnerschaft nach § 47 a PStG gegenüber der Trauung nach § 47 PStG nur in einem gewissen Sinne erleichtere, verletze das Recht der Beschwerdeführer auf Nichtdiskriminierung nicht.

Schließlich sei der Beamte der Bezirksverwaltungsbehörde vor dem Hintergrund gleichheitsrechtlicher Anforderungen auch gehalten, auf Begehren der Partnerschaftswerber am Ende der Amtshandlung nach Begründung der eingetragenen Partnerschaft den eingetragenen Partnern in angemessener Form mitzuteilen, dass sie nunmehr rechtmäßig verbundene eingetragene Partner sind. Dass der Gesetzgeber die entsprechenden Rechtswirkungen bei der Trauung von Eheleuten am mündlichen Eheversprechen, bei der Begründung einer eingetragenen Partnerschaft an der Unterfertigung der Niederschrift – also an der verschriftlichten Form des mündlichen Versprechens – anknüpfe, liege – vergleichbar der Wahl der zuständigen Personenstandsbehörde²⁰⁾ – in seinem Gestaltungsspielraum.

Nach der Rsp des EGMR²¹⁾ und des VfGH²²⁾ müssten besonders schwerwiegende Gründe vorliegen, 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 erweisen. Gleichgeschlechtliche Beziehungen würden nicht nur unter den Begriff des „Privatlebens“ fallen, 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.²³⁾ Eine unterschiedliche Behandlung der Ehe und der eingetragenen Partnerschaft, die nach der sexuellen Orientierung differenziert, bedürfe daher im Lichte von Art 14 iVm Art 8 EMRK besonders schwerwiegender Gründe für eine sachliche Rechtfertigung. Für das Vorliegen solcher schwerwiegender Gründe sei es wesentlich, dass ein Sachzusammenhang zwischen der Ehe, die der Gesetzgeber sowohl nach Art 12 als auch nach Art 14 iVm Art 8 EMRK verschiedengeschlechtlichen Paaren vorbehalten könne,²⁴⁾ und diesen (unterschiedlichen) Rechtsfolgen bestehen müsse.²⁵⁾ Eine Diskriminierung einer der beiden Partnerschaftsformen gegenüber der anderen quasi „aus Prinzip“²⁶⁾ oder eine Ungleichbehandlung ohne sachliche Rechtfertigung durch einen Sachzusammenhang zwischen Institut und Rechts-

folge sei mit den genannten Anforderungen nicht vereinbar.²⁷⁾

Die im Prüfungsbeschluss dargelegten Bedenken gegen die Wortfolge „in den Amtsräumen der Bezirksverwaltungsbehörde“ in § 47 a Abs 1 PStG hätten sich als zutreffend erwiesen. Diese Regelung, die es dem Beamten der Bezirksverwaltungsbehörde verwehrt, die Begründung der eingetragenen Partnerschaft in anderen als den von § 43 Abs 1 Z 17 EPG erfassten Fällen außerhalb der Amtsräume der Bezirksverwaltungsbehörde vorzunehmen, während es § 47 PStG zuließe, eine Trauung an jedem Ort vorzunehmen, der der Bedeutung der Ehe entspricht, diskriminiere Personen, die eine eingetragene Partnerschaft begründen wollen, gegenüber Personen, die miteinander eine Ehe eingehen wollen, und verletze daher Art 14 iVm Art 8 EMRK.²⁸⁾

§ 47 a Abs 1 PStG sähe ausdrücklich vor, dass der Beamte der Bezirksverwaltungsbehörde in Anwesenheit beider Partnerschaftswerber „in den Amtsräumen der Bezirksverwaltungsbehörde“ eine Niederschrift über die Begründung der eingetragenen Partnerschaft aufzunehmen habe. Die Unterfertigung der Niederschrift von beiden Partnerschaftswerbern und vom Beamten der Bezirksverwaltungsbehörde begründe im Rechtssinn die eingetragene Partnerschaft. § 43 Abs 1 Z 17 EPG sähe durch die Anordnung, dass § 100 StVG auch „auf eingetragenen Partner, Partnerschaften oder Partnerangelegenheiten sinngemäß anzuwenden“ ist, die Begründung einer eingetragenen Partnerschaft außerhalb der Amtsräume der Bezirksverwaltungsbehörde nur vor, wenn einer der Partnerschaftswerber in einer Strafvollzugsanstalt angehalten wird.²⁹⁾ § 47 a Abs 1 PStG verwehrt dem Beamten der Bezirksverwaltungsbehörde daher, die Begründung einer eingetragenen Partnerschaft in anderen als den in § 43 Abs 1 Z 17 EPG erfassten Fällen außerhalb der Amtsräume der Bezirksverwaltungsbehörde vorzunehmen. Dem gegenüber ließe es § 47 PStG zu, eine Trauung an jedem Ort vorzunehmen, der der Bedeutung der Ehe entspricht.

Hinsichtlich der für sich genommen nicht im Rechtssinn konstitutiven, aber für den Symbolwert der Zeremonie für die Betroffenen³⁰⁾ wesentlichen Modalitäten des Verfahrens der Begründung der

20) Vgl VfSlg 19.682/2012.

21) Vgl EGMR 24. 7. 2003, 40.016/98, *Karner/A*; 22. 7. 2010, 18.984/02, *P.B. und J.S/A*.

22) Vgl VfSlg 17.659/2005; 19.492/2011; 19.623/2012.

23) Vgl EGMR 24. 6. 2010, Nr 30.141/04, *Schalk und Kopf/A*.

24) Vgl VfSlg 19.682/2012.

25) Vgl VfSlg 17.337/2004.

26) Vgl *Segalla*, Das eingetragene Partnerschafts-Gesetz aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in *Lienbacher/Wielinger*, Öffentliches Recht – Jahrbuch 2010 (2010) 199 (206).

27) Vgl VfSlg 19.623/2012.

28) Vgl auch *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, Kommentar zum Ehe- und Partnerschaftsrecht (2011) § 6 Rz 5.

29) Vgl zum konventionsrechtlichen Hintergrund einer solchen gesetzlichen Regelung im Zusammenhang mit der Eheschließung EGMR 5. 1. 2010, 24.023/03, *Jaremovicz/PL*; 5. 1. 2010, 22.933/02, *Frasik/PL*.

30) Vgl *Baumgartner*, Keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Beschränkung des Zugangs zur Ehe auf verschiedengeschlechtliche Paare sowie die Zuständigkeit der Bezirksverwaltungsbehörde im Zu-

Ehe einerseits und der eingetragenen Partnerschaft andererseits bedürfe es im Lichte der unter Pkt 2.3. dargestellten verfassungsrechtlichen Anforderungen einer sachlichen Rechtfertigung, wenn diese unterschiedlich geregelt werden. Eine solche sachliche Rechtfertigung dafür, dass eine eingetragene Partnerschaft nur in den Amtsräumen der Bezirksverwaltungsbehörde, die Ehe aber an jedem der Bedeutung der Institution entsprechenden Ort begründet werden darf, sei im Gesetzesprüfungsverfahren nicht hervorgekommen.

Die Frage der Begründung einer eingetragenen Partnerschaft innerhalb oder außerhalb der Amtsräume stehe mit dem unterschiedlichen Institut der Ehe einerseits und der eingetragenen Partnerschaft andererseits in keinem inneren Sachzusammenhang. Auch sonst seien keine Gründe ersichtlich, die diese unterschiedliche Behandlung von Menschen, die eine Ehe eingehen, und Menschen, die eine eingetragene Partnerschaft begründen wollen, zu rechtfertigen vermögen. Darüber hinaus sei es ebenso unsachlich, dass den Beamten der Bezirksverwaltungsbehörde auch untersagt ist, die Begründung einer eingetragenen Partnerschaft außerhalb der Amtsräume der Bezirksverwaltungsbehörde vorzunehmen, wenn es einem der Partnerschaftswerber dauernd oder vorübergehend zB wegen Krankheit oder Behinderung unmöglich oder unzumutbar ist, die Amtsräume der nächstliegenden Bezirksverwaltungsbehörde aufzusuchen. Es stelle sohin eine unzulässige Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung dar, wenn es der Gesetzgeber Partnerschaftswerbern – anders als Personen, die die Ehe miteinander eingehen wollen – verwehrt, mit Einverständnis der Behörde eine eingetragene Partnerschaft auch an anderen angemessenen Orten als in den behördlichen Amtsräumen zu begründen.

Die Wortfolge „in den Amtsräumen der Bezirksverwaltungsbehörde“ in § 47 a Abs 1 PStG, BGBl 1983/60 idF BGBl I 2009/135, sei daher als unsachlich und dem Diskriminierungsverbot des Art 14 iVm Art 8 EMRK widersprechend aufzuheben. Im Hinblick auf die Konventionswidrigkeit der aufgehobenen Gesetzesstelle und weil legislative Vorkehrungen, um eine konventionskonforme Vornahme der Begründung einer eingetragenen Partnerschaft durch den Beamten der Bezirksverwaltungsbehörde sicherzustellen, nicht erforderlich seien, habe der VfGH von der Bestimmung einer Frist für das Außerkrafttreten der aufgehobenen Gesetzesstelle abzusehen.

D. Diskriminierung ehelicher Kinder im Staatsbürgerschaftsrecht

Mit **Erk v 27. 6. 2013 (G 68/2012, G 120/2012)** hat der VfGH § 29 Abs 1 StbG 1985³¹⁾ auf Antrag des VwGH als verfassungswidrig aufgehoben. In der Begründung wird dazu Folgendes ausgeführt: Der VwGH sähe in der Bestimmung des § 29 Abs 1 StbG 1985 deswegen einen Verstoß ua gegen den Gleichheitsgrundsatz, weil sie Kinder, deren Eltern(teil) die österr Staatsbürgerschaft gem § 27 StbG 1985 verlieren, im Hinblick auf die Erstreckung des Verlusts der österr Staatsbürgerschaft unterschiedlich be-

handelt, je nachdem, ob das Kind ehelich oder unehelich geboren ist. Die nach diesem Unterscheidungsmerkmal differenzierende Regelung führe dazu, dass sich der Verlust auf die ehelichen Kinder (im Gegensatz zu den unehelichen) auch erstrecke, wenn diese die fremde Staatsangehörigkeit nur deshalb nicht erwerben, weil sie sie bereits besäßen. Im Gegensatz zu unehelichen Kindern trete der Verlust bei ehelichen zudem automatisch bzw unabhängig von der vorherigen ausdrücklichen Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zum Verlust der Staatsbürgerschaft ein. Bei unehelichen Kindern, deren gesetzlicher Vertreter nicht ein Elternteil sei, müsse außerdem noch das Vormundschafts- oder Pflegschaftsgericht den Erwerb der Staatsbürgerschaft vorab genehmigen. Bei unehelichen Kindern gehe die Staatsbürgerschaft überdies durch Staatsbürgerschaftsverlust des Vaters nur verloren, wenn dessen Vaterschaft festgestellt oder anerkannt sei und ihm die Pflege und Erziehung des Kindes zustehe.³²⁾

Die Staatsbürgerschaft verliert, so ordne § 27 Abs 1 StbG 1985 an, „wer auf Grund seines Antrages, seiner Erklärung oder seiner ausdrücklichen Zustimmung eine fremde Staatsangehörigkeit erwirbt, sofern ihm nicht vorher die Beibehaltung der Staatsbürgerschaft bewilligt worden ist.“ Verliere ein Staatsbürger nach § 27 StbG 1985 die Staatsbürgerschaft, so erstrecke sich gem § 29 StbG 1985 der Verlust auf seine ehelichen Kinder (§ 29 Abs 1 Z 1 StbG 1985), seine Wahlkinder (§ 29 Abs 1 Z 2 StbG 1985) und auch seine unehelichen Kinder (§ 29 Abs 2 StbG 1985), wenn alle diese Kinder minderjährig und ledig sind.

§ 29 Abs 1 StbG 1985 regle nun aber die Voraussetzungen für diese Erstreckung des Verlusts der Staatsbürgerschaft für eheliche Kinder (und Wahlkinder) in bestimmter Hinsicht abweichend von den Voraussetzungen, die § 29 Abs 2 StbG 1985 für die Erstreckung des Verlusts auf uneheliche Kinder vorsehe. Insb bestimme, wie der VwGH in seinen Anträgen darlege, § 29 Abs 1 StbG 1985 für eheliche Kinder, dass die Erstreckung des Verlusts bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen ex lege eintreten würde. § 29 Abs 2 StbG 1985 ließe diese Rechtsfolge demgegenüber für uneheliche Kinder nur dann eintreten, „wenn deren gesetzlicher Vertreter dem Erwerb der fremden Staatsangehörigkeit vorher ausdrücklich zugestimmt hat“.

Nach den Gesetzesmaterialien solle sich diese Zustimmung auf den Erwerb der fremden Staatsangehörigkeit beziehen.³³⁾ Allerdings träte in den hier maßgeblichen Fallkonstellationen der Erwerb der fremden Staatsangehörigkeit durch die unehelichen Kinder ebenso kraft Gesetzes durch Erstreckung des Erwerbs dieser fremden Staatsangehörigkeit durch einen oder beide Elternteile ein. Auf die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters des minderjährigen unehelichen

sammenhang mit der Begründung einer eingetragenen Partnerschaft, JBl 2013, 302 (308).

31) IdF BGBl 1985/311.

32) Vgl auch schon *Thienel*, Österreichische Staatsbürgerschaft II (1990) 306 ff.

33) Vgl ErläutRV 568 BlgNR 16. GP 9; ErlRV 497 BlgNR 10. GP 31.

Kindes komme es für den Eintritt dieser Rechtsfolge, nämlich des Erwerbs der fremden Staatsangehörigkeit durch das uneheliche Kind, also nicht an. Die in § 29 Abs 2 StbG 1985 vorgesehene Voraussetzung für die Erstreckung des Verlusts der österr Staatsbürgerschaft durch einen oder beide Elternteile auf das uneheliche Kind, dass der gesetzliche Vertreter des unehelichen Kindes dem Erwerb der fremden Staatsangehörigkeit vorher ausdrücklich zugestimmt haben müsse, könne daher nur dahingehend verstanden werden, dass diese Zustimmung zum Erwerb der fremden Staatsangehörigkeit auch eine solche zum Verlust der österr Staatsbürgerschaft einschließe.³⁴⁾

Der Sache nach mache damit § 29 Abs 2 StbG 1985 den Eintritt der Rechtsfolge des Verlusts der österr Staatsbürgerschaft durch Erstreckung dieses Verlusts durch einen oder beide Elternteile von der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters des unehelichen Kindes abhängig. Dies bedeute, dass der gesetzliche Vertreter dadurch, dass er diese Zustimmung nicht erteilt, bewirken könne, dass das uneheliche Kind – ungeachtet des Erwerbs der fremden Staatsangehörigkeit durch einen oder beide Elternteile und kraft der Anordnung des ausländischen Rechts auch des unehelichen Kindes selbst – die österr Staatsbürgerschaft behält.

Diese Regelung sei im Hinblick darauf, dass bei unehelichen Kindern Fallkonstellationen, in denen der Elternteil, von dem das uneheliche Kind die österr Staatsbürgerschaft ableitet, nicht auch jener Elternteil ist, dem die gesetzliche Vertretung des Kindes zusteht, nicht unüblich sein mögen, im Interesse des unehelichen Kindes gelegen und in sich sachlich. Im Vergleich zur Regelung der Erstreckung des Verlusts der Staatsbürgerschaft auf eheliche Kinder nach § 29 Abs 1 StbG 1985 räume § 29 Abs 2 StbG 1985 damit aber dem (gesetzlichen Vertreter des) unehelichen Kind(es) ein Gestaltungsrecht ein, das der Gesetzgeber ehelichen Kindern und ihren gesetzlichen Vertretern verwehre.

Eine sachliche Rechtfertigung für diese Ungleichbehandlung vermisste der VfGH in seinen Gesetzesprüfungsanträgen. Eine solche sei auch im Verfahren vor dem VfGH nicht hervorgekommen. Ebenso wie für uneheliche Kinder könne es auch im Interesse minderjähriger ehelicher Kinder liegen, dass sie ungeachtet des Erwerbs einer fremden Staatsangehörigkeit

die österr Staatsbürgerschaft behalten. Dies zeige schon die Bestimmung des § 28 Abs 1 Z 2 StbG 1985, derzufolge einem minderjährigen Staatsbürger auch für den Fall des Erwerbs einer fremden Staatsangehörigkeit die Beibehaltung der österr Staatsbürgerschaft zu bewilligen sei, wenn dies dem Kindeswohl entspricht.

Nun könne zur Rechtfertigung der unterschiedlichen Regelungen in § 29 Abs 1 und 2 StbG 1985 eingewendet werden, dass die Eltern des ehelichen Kindes (oder sein gesetzlicher Vertreter) die Möglichkeit hätten, vor Erwerb der fremden Staatsangehörigkeit die Beibehaltung der Staatsbürgerschaft für das eheliche Kind nach § 28 Abs 1 StbG 1985 zu beantragen. Ein solcher Antrag wäre, wenn es dem Kindeswohl entspricht, zu bewilligen. Selbst wenn man ungeachtet dessen, dass § 28 StbG 1985 die Bewilligung der Beibehaltung der österr Staatsbürgerschaft ausdrücklich nur „für den Fall des Erwerbs einer fremden Staatsangehörigkeit (§ 27)“ und nicht auch für den Fall der Erstreckung des Verlusts nach § 29 StbG 1985 vorsähe, § 28 StbG aus systematisch-teleologischen Erwägungen auch auf Kinder anwende, die die österr Staatsbürgerschaft durch Erstreckung des Verlusts verlieren würden,³⁵⁾ könne dies die Gleichbehandlung ehelicher und unehelicher Kinder in § 29 Abs 1 und 2 StbG 1985 nicht rechtfertigen. Allein die möglicherweise komplexere Situation im Hinblick auf gesetzliche Vertretung und Elternteil, von dem die Staatsbürgerschaft abgeleitet werde, wie sie bei unehelichen Kindern häufiger als bei ehelichen vorliegen möge, rechtfertige es nicht, eheliche Kinder auf ein Antragsverfahren zu verweisen, um die österr Staatsbürgerschaft zu behalten, während bei unehelichen Kindern nur eine ausdrückliche Erklärung des gesetzlichen Vertreters den Verlust der österr Staatsbürgerschaft bewirke, Untätigkeit des gesetzlichen Vertreters also zur Beibehaltung der österr Staatsbürgerschaft durch das uneheliche Kind führe. Denn auch bei ehelichen Kindern seien nicht nur in atypischen Härtefällen Konstellationen denkbar, in denen dem Kindeswohl durch die weitergehenden Schutzwirkungen, wie sie § 29 Abs 2 StbG 1985 vorsieht, besser entsprochen werde.

34) Vgl Thienel, Österreichische Staatsbürgerschaft II (1990) 308.

35) Vgl auch VfGH 4. 4. 1990, 89/01/0119.

ecolex AKTUELL

Der neue Newsletter schnell und gratis

Anmeldung ab sofort unter www.manz.at/zs-newsletter

Gratis

MANZ 