

VERFASSUNGSGERICHTSHOF

G 114/11-12

28. Juni 2012

## IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verfassungsgerichtshof hat unter dem Vorsitz des  
Präsidenten

Dr. Gerhart HOLZINGER,

in Anwesenheit der Vizepräsidentin

Dr. Brigitte BIERLEIN

und der Mitglieder

Mag. Dr. Eleonore BERCHTOLD-OSTERMANN,

Dr. Sieglinde GAHLEITNER,

DDr. Christoph GRABENWARTER,

Dr. Christoph HERBST,

Dr. Michael HOLOUBEK,

Dr. Helmut HÖRTENHUBER,

Dr. Claudia KAHR,

Dr. Georg LIENBACHER,

Dr. Rudolf MÜLLER,

DDr. Hans Georg RUPPE, und

Dr. Johannes SCHNIZER

sowie des Ersatzmitgliedes

Dr. Nikolaus BACHLER

als Stimmführer, im Beisein der Schriftführerin

Dr. Caroline HARTLIEB,

über den Antrag des LANDESGERICHTES FÜR ZIVILRECHTSSACHEN WIEN vom 6. September 2011, Z 48 R 207/11p, den Satz "Mit der Obsorge für das uneheliche Kind ist die Mutter allein betraut." in § 166 ABGB idF BGBl. I 135/2000, als verfassungswidrig aufzuheben, nach der am 28. Juni 2012 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung, nach Anhörung des Vortrages des Berichterstatters und der Ausführungen der Vertreterinnen des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien, Vizepräsidentin Dr. Waltraud Berger und Mag. Sonja Thier, der Vertreterin und des Vertreters der Bundesregierung, Bereichsleiterin Dr. Anna Sporrer und Leitender Staatsanwalt Dr. Michael Stormann, und der Vertreterin der beteiligten Partei Markus B., Rechtsanwältin Dr. Andrea Wukovits, gemäß Art. 140 B-VG zu Recht erkannt:

- I. Der Satz "Mit der Obsorge für das uneheliche Kind ist die Mutter allein betraut." in § 166 ABGB idF BGBl. I Nr. 135/2000 wird als verfassungswidrig aufgehoben.
- II. Die Aufhebung tritt mit Ablauf des 31. Jänner 2013 in Kraft.
- III. Frühere gesetzliche Bestimmungen treten nicht wieder in Kraft.
- IV. Der Bundeskanzler ist zur unverzüglichen Kundmachung dieser Aussprüche im Bundesgesetzblatt I verpflichtet.

## Entscheidungsgründe

### I.

1. Mit dem auf Art. 89 Abs. 2 iVm Art. 140 B-VG gestützten Antrag begehrt das Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien die Aufhebung des Satzes "Mit der Obsorge für das uneheliche Kind ist die Mutter allein betraut." in § 166 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (in der Folge: ABGB) idF des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001, BGBl. I 135/2000. 1

2. Der Antrag wird vor dem Hintergrund der folgenden Rechtslage gestellt. Die hier maßgeblichen Bestimmungen des ABGB idF (BGBl. I 135/2000) lauten (der angefochtene Satz ist hervorgehoben): 2

## "Rechtsverhältnisse zwischen Eltern und ehelichen Kindern

[...]

### Obsorge

§ 144. Die Eltern haben das minderjährige Kind zu pflegen und zu erziehen, sein Vermögen zu verwalten und es in diesen sowie allen anderen Angelegenheiten zu vertreten; Pflege und Erziehung sowie die Vermögensverwaltung umfassen auch die gesetzliche Vertretung in diesen Bereichen. Bei Erfüllung dieser Pflichten und Ausübung dieser Rechte sollen die Eltern einvernehmlich vorgehen.

[...]

## Rechtsverhältnisse zwischen Eltern und unehelichen Kindern

§ 165. Das uneheliche Kind erhält den Familiennamen der Mutter.

§ 166. Mit der Obsorge für das uneheliche Kind ist die Mutter allein betraut. Im übrigen gelten, soweit nicht anderes bestimmt ist, die das eheliche Kind betreffenden Bestimmungen über den Unterhalt und die Obsorge auch für das uneheliche Kind.

§ 167. (1) Leben die Eltern des Kindes in häuslicher Gemeinschaft, so können sie vereinbaren, dass in Hinkunft beide Elternteile mit der Obsorge betraut sind. Das Gericht hat die Vereinbarung zu genehmigen, wenn sie dem Wohl des Kindes entspricht. Hebt ein Elternteil die häusliche Gemeinschaft nicht bloß vorübergehend auf, so sind die §§ 177 und 177a entsprechend anzuwenden.

(2) Leben die Eltern nicht in häuslicher Gemeinschaft, so können sie vereinbaren, dass in Hinkunft auch der Vater ganz oder in bestimmten Angelegenheiten mit der Obsorge betraut ist, wenn sie dem Gericht eine Vereinbarung darüber vorlegen, bei welchem Elternteil sich das Kind hauptsächlich aufhalten soll. Soll sich das Kind hauptsächlich im Haushalt des Vaters aufhalten, so muss auch dieser immer mit der gesamten Obsorge betraut sein. Das Gericht hat die Vereinbarung zu genehmigen, wenn sie dem Wohl des Kindes entspricht. § 177a Abs. 2 ist entsprechend anzuwenden.

[...]

### Entziehung oder Einschränkung der Obsorge

§ 176. (1) Gefährden die Eltern durch ihr Verhalten das Wohl des minderjährigen Kindes, so hat das Gericht, von wem immer es angerufen wird, die zur Sicherung des Wohles des Kindes nötigen Verfügungen zu treffen. Besonders darf das Gericht die Obsorge für das Kind ganz oder teilweise, auch gesetzlich vorgesehene Einwilligungs- und Zustimmungsrechte, entziehen. Im Einzelfall kann das Gericht auch eine gesetzlich erforderliche Einwilligung oder Zustimmung ersetzen, wenn keine gerechtfertigten Gründe für die Weigerung vorliegen.

(2) Solche Verfügungen können von einem Elternteil, etwa wenn die Eltern in einer wichtigen Angelegenheit des Kindes kein Einvernehmen erzielen, den sonstigen Verwandten in gerader aufsteigender Linie, den Pflegeeltern (einem Pflegeelternteil), dem Jugendwohlfahrtsträger und dem mündigen Minderjährigen, von diesem jedoch nur in Angelegenheiten seiner Pflege und Erziehung, beantragt werden. Andere Personen können solche Verfügungen anregen.

(3) Die gänzliche oder teilweise Entziehung der Pflege und Erziehung oder der Verwaltung des Vermögens des Kindes schließt die Entziehung der gesetzlichen Vertretung in dem jeweiligen Bereich mit ein; die gesetzliche Vertretung in diesen Bereichen kann für sich allein entzogen werden, wenn die Eltern oder der betreffende Elternteil ihre übrigen Pflichten erfüllen.

(4) [...]

§ 176b. Durch eine Verfügung nach § 176 darf das Gericht die Obsorge nur so weit beschränken, als dies zur Sicherung des Wohles des Kindes nötig ist.

§ 177. (1) Wird die Ehe der Eltern eines minderjährigen ehelichen Kindes geschieden, aufgehoben oder für nichtig erklärt, so bleibt die Obsorge beider Eltern aufrecht. Sie können jedoch dem Gericht – auch in Abänderung einer bestehenden Regelung – eine Vereinbarung über die Betrauung mit der Obsorge vorlegen, wobei die Betrauung eines Elternteils allein oder beider Eltern vereinbart werden kann. Im Fall der Obsorge beider Eltern kann diejenige eines Elternteils auf bestimmte Angelegenheiten beschränkt sein.

(2) In jedem Fall einer Obsorge beider Eltern haben sie dem Gericht eine Vereinbarung darüber vorzulegen, bei welchem Elternteil sich das Kind hauptsächlich aufhalten soll. Dieser Elternteil muss immer mit der gesamten Obsorge betraut sein.

(3) Das Gericht hat die Vereinbarung der Eltern zu genehmigen, wenn sie dem Wohl des Kindes entspricht.

§ 177a. (1) Kommt innerhalb angemessener Frist nach Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung der Ehe der Eltern eine Vereinbarung nach § 177 über den hauptsächlichlichen Aufenthalt des Kindes oder über die Betrauung mit der Obsorge nicht zustande oder entspricht sie nicht dem Wohl des Kindes, so hat das Gericht, wenn es nicht gelingt eine gütliche Einigung herbeizuführen, zu entscheiden, welcher Elternteil künftig allein mit der Obsorge betraut ist.

(2) Sind beide Eltern gemäß § 177 nach Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung ihrer Ehe mit der Obsorge betraut und beantragt ein Elternteil die Aufhebung dieser Obsorge, so hat das Gericht, wenn es nicht gelingt eine gütliche Einigung herbeizuführen, nach Maßgabe des Kindeswohles einen Elternteil allein mit der Obsorge zu betrauen.

§ 177b. Die vorstehenden Bestimmungen sind auch anzuwenden, wenn die Eltern eines minderjährigen ehelichen Kindes nicht bloß vorübergehend getrennt

leben. Doch entscheidet das Gericht in einem solchen Fall über die Obsorge nur auf Antrag eines Elternteils.

### Informations- und Äußerungsrechte

§ 178. (1) Soweit ein Elternteil nicht mit der Obsorge betraut ist, hat er, außer dem Recht auf persönlichen Verkehr, das Recht, von demjenigen, der mit der Obsorge betraut ist, von wichtigen Angelegenheiten, insbesondere von beabsichtigten Maßnahmen nach § 154 Abs. 2 und 3, rechtzeitig verständigt zu werden und sich hiezu in angemessener Frist zu äußern. Findet trotz Bereitschaft des nicht mit der Obsorge betrauten Elternteils ein persönlicher Verkehr mit dem Kind nicht regelmäßig statt, so stehen diese Rechte auch in minderwichtigen Angelegenheiten zu, sofern es sich dabei nicht bloß um Angelegenheiten des täglichen Lebens handelt. Die Äußerung ist zu berücksichtigen, wenn der darin ausgedrückte Wunsch dem Wohl des Kindes besser entspricht.

(2) Kommt der mit der Obsorge betraute Elternteil seinen Pflichten nach Abs. 1 beharrlich nicht nach, so hat das Gericht auf Antrag, sofern das Wohl des Kindes gefährdet scheint, auch von Amts wegen angemessene Verfügungen zu treffen.

(3) Würde die Wahrnehmung der Rechte nach Abs. 1 das Wohl des Kindes ernstlich gefährden oder nimmt sie der mit der Obsorge nicht betraute Elternteil in rechtsmissbräuchlicher oder für den anderen in unzumutbarer Weise in Anspruch, so hat das Gericht diese Rechte auf Antrag einzuschränken oder ganz zu entziehen. Die Rechte nach Abs. 1 entfallen, wenn der mit der Obsorge nicht betraute Elternteil grundlos das Recht des Kindes auf persönlichen Verkehr ablehnt.

### Berücksichtigung des Kindeswohls

§ 178a. Bei Beurteilung des Kindeswohls sind die Persönlichkeit des Kindes und seine Bedürfnisse, besonders seine Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten, sowie die Lebensverhältnisse der Eltern entsprechend zu berücksichtigen."

3. Beim antragstellenden Gericht ist folgendes Pflegschaftsverfahren anhängig:

3

Die Eltern einer am 13. Februar 2006 unehelich geborenen Minderjährigen führten bis März 2009 eine Lebensgemeinschaft. Mit Eingabe vom 10. Dezember 2009 beantragte der Vater die Übertragung der – seit der Geburt nach § 166 ABGB der Mutter zukommenden – alleinigen Obsorge für die Tochter. Dazu führte er im Wesentlichen aus, dass sich die Mutter von der Geburt des Kindes an nicht um dieses gekümmert habe. Nach der Trennung der Eltern im März 2009 sei ein wöchentlicher Wechsel des Aufenthalts des Kindes vereinbart worden. Ein paar Monate später habe die Mutter das Kind vom Kindergarten abgemeldet,

4

den das Kind seit September 2007 besucht habe. Tagsüber halte die Tochter sich bei der Großmutter mütterlicherseits auf, die auf Grund ihres Gesundheitszustands nicht in der Lage sei, für eine ordnungsgemäße Beaufsichtigung zu sorgen. Die Mutter gefährde sowohl das psychische als auch das physische Wohl des Kindes massiv. Die Übertragung der Obsorge an den Vater entspreche dem ausdrücklichen Wunsch des Kindes. Die Mutter trat diesem Vorbringen entgegen.

Mit Beschluss des Bezirksgerichts vom 25. Mai 2011 wies dieses den Antrag des Vaters mit der Begründung ab, dass die rechtlichen Voraussetzungen für die vom Vater begehrte Obsorgeübertragung nicht vorlägen, da – wie ein Gutachten ergeben habe – bei einer Beibehaltung der bestehenden Obsorgeverhältnisse eine Gefährdung des Kindeswohls nicht erkennbar sei.

5

In seinem Rekurs gegen diesen Beschluss an das antragstellende Gericht beantragt der Vater, die Entscheidung dahingehend abzuändern, dass ihm die Obsorge übertragen werde. Er verweist dabei auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 3. Februar 2011 im Fall *Sporer gegen Österreich*, Appl. 35.637/03.

6

4. Das antragstellende Gericht hegt das Bedenken, dass die angefochtene Gesetzesbestimmung vor dem Hintergrund des Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Fall *Sporer* gegen das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Gleichbehandlung von Müttern und Vätern einerseits sowie von Vätern unehelicher Kinder und Vätern ehelicher Kinder andererseits verstoße.

7

4.1. Das antragstellende Gericht schildert die wesentlichen Inhalte des Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Fall *Sporer* mit folgenden Worten (Hervorhebungen im Original):

8

"Der [Europäische Gerichtshof für Menschenrechte] unterstrich zunächst, dass, wie zwischen den Parteien unumstritten war, die Beziehung Gerald Sporer's zu seinem Sohn angesichts der Tatsache, dass er Erziehungsurlaub genommen und sich weiterhin regelmäßig um seinen Sohn gekümmert habe als 'Familienleben' im Sinn von Artikel 8 EMRK zu gelten habe. Im Verfahren um das Sorgerecht für Gerald Sporer's Sohn sei von den österreichischen Gerichten nicht darüber zu befinden gewesen, ob ein gemeinsames Sorgerecht im Kindeswohlinteresse läge, da für die gerichtliche Prüfung dieser Frage nach dem österreichischen bürgerlichen Gesetzbuch die Zustimmung der Mutter erforderlich gewesen wäre. K.'s Mutter habe ihre Zustimmung dazu aber nicht gegeben. Von den Gerichten sei auch nicht darüber zu entscheiden gewesen, welcher Elternteil besser in der Lage

sei, das Sorgerecht auszuüben, sondern darüber, ob K.'s Mutter das Kindeswohl gefährde. Es liege in der Zuweisung der Obsorge eine Ungleichbehandlung Gerald Sporer's in seiner Eigenschaft als Vater eines unehelichen Kindes gegenüber der Mutter und zugleich gegenüber verheirateten Vätern vor.

Im Hinblick auf die anfängliche Zuweisung des Sorgerechtes für ein uneheliches Kind an dessen Mutter sehe der Gerichtshof keinen Grund, zu einem anderen Schluss zu kommen als im Fall Zaunegger gegen Deutschland (Beschwerde Nr. 22028/04). In diesem Fall sei befunden worden, dass, sofern keine gemeinsame Obsorgeerklärung vorliege, eine solche Regelung gerechtfertigt sei, um zu gewährleisten, dass das Kind ab seiner Geburt eine Person habe, die klar als gesetzlicher Vertreter handeln könne. Das österreichische Recht sehe jedoch keinerlei gerichtliche Prüfungsmöglichkeit der Frage vor, ob ein gemeinsames Sorgerecht im Kindeswohlinteresse läge, oder ob ihm, falls das gemeinsame Sorgerecht diesem Interesse zuwiderlaufe, besser durch die Zuweisung des Sorgerechts an die Mutter oder den Vater gedient wäre. Die österreichische Regierung habe keine hinreichenden Gründe angegeben, warum die Situation Gerald Sporer's, der seine Rolle als K.'s Vater von Anfang an angenommen habe, weniger gerichtliche Prüfungsmöglichkeiten zulasse als diejenige von Vätern, die zunächst das Sorgerecht hatten und sich später von der Kindesmutter trennten oder scheiden ließen. Es läge folglich eine Verletzung von Artikel 14 iVm Artikel 8 EMRK vor."

4.2. Aus der Feststellung einer Verletzung des Art. 14 iVm Art. 8 EMRK durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte im Fall *Sporer* zieht das antragstellende Gericht die Schlussfolgerung, dass es unumgänglich sei, die Bestimmung des § 166 erster Satz ABGB auf ihre Verfassungsmäßigkeit überprüfen zu lassen. Für das konkrete Obsorgeverfahren sei die Entscheidung auf Grundlage der vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte beanstandeten Rechtslage zu treffen, nach der eine Übertragung der Obsorge von der Mutter eines unehelichen Kindes auf dessen Vater nur bei Vorliegen einer Kindeswohlgefährdung iSd § 176 ABGB erfolgen könne. Andere Kriterien, wie die Frage, welcher Elternteil im Sinne des Kindeswohles besser zur Ausübung des Sorgerechts in der Lage sei, hätten außer Betracht zu bleiben.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte habe zwar ausgesprochen, dass die nach der Geburt eines unehelichen Kindes anfänglich der Mutter gesetzlich zugewiesene Obsorge nicht zu beanstanden sei, da dadurch gewährleistet sei, dass das Kind ab seiner Geburt einen gesetzlichen Vertreter habe. Jedoch sehe § 166 erster Satz ABGB diese Zuweisung nicht nur anfänglich mit der anschließenden Möglichkeit des Vaters, die Kindeswohlinteressen überprüfen zu lassen, sondern zeitlich unbeschränkt vor. Die Regelung sei daher "zu weitgehend gefasst" und widerspreche in ihrem Umfang dem Gebot der Gleichbehand-

9

10

lung von Müttern und Vätern einerseits sowie von Vätern unehelicher Kinder und Vätern ehelicher Kinder andererseits.

5. Die Bundesregierung erstattete eine Äußerung, in der sie beantragt, den Antrag zurückzuweisen oder abzuweisen. Für den Fall der Aufhebung der angefochtenen gesetzlichen Bestimmung stellt sie den Antrag, der Verfassungsgerichtshof möge für das Außerkrafttreten eine Frist von einem Jahr bestimmen: Zum einen würde bei einer Aufhebung ohne Fristsetzung in die Rechtssphäre sämtlicher unehelicher minderjähriger Kinder und deren Eltern, die auf die Alleinobsorge der Mutter vertraut hätten, eingegriffen, zum anderen müsste die Obsorge für das uneheliche Kind im ABGB umfassend neu geregelt werden. 11

5.1. In erster Linie hält die Bundesregierung den Antrag für unzulässig; insbesondere sei der Anfechtungsumfang in mehrfacher Hinsicht nicht richtig abgegrenzt. 12

5.1.1. Der Einleitungsteil des § 166 zweiter Satz ABGB beziehe sich auf den angefochtenen ersten Satz und stehe mit diesem in einem untrennbaren Zusammenhang. Nach einer Aufhebung des § 166 erster Satz ABGB wäre der zweite Satz nicht nur sprachlich unverständlich; es wäre auch unklar, welche das eheliche Kind betreffenden Bestimmungen über den Unterhalt und die Obsorge nicht für das uneheliche Kind gelten sollten. 13

5.1.2. Des Weiteren wäre auch die verbleibende Rechtslage hinsichtlich der Obsorge für das uneheliche Kind widersprüchlich bzw. unklar und damit unanwendbar: Die §§ 165 ff. ABGB würden nach der Aufhebung des § 166 erster Satz nicht mehr explizit regeln, wer mit der Obsorge für das uneheliche Kind betraut sei. Dass § 144 ABGB, der sich hinsichtlich der Obsorge für das eheliche Kind an beide Elternteile richte, nach einer Aufhebung des § 166 erster Satz ABGB auch hinsichtlich der Obsorge für das uneheliche Kind gelten könnte, erscheine sowohl angesichts der Unklarheit der Anordnung des § 166 zweiter Satz ABGB als auch in Anbetracht seines Verhältnisses zu den verbliebenen Bestimmungen der §§ 165 ff. ABGB fragwürdig. § 167 ABGB knüpfe an eine Vereinbarung der Eltern an und gehe gerade davon aus, dass eine Obsorge beider Eltern eben nicht bestehe. § 167 Abs. 1 ABGB liefere bei einer Geltung des § 144 ABGB auch für das uneheliche Kind ins Leere. Unklar wäre auch, wie sich § 167 Abs. 2 ABGB betreffend die Obsorge bei nicht in häuslicher Gemeinschaft lebenden Eltern zur Obsorge beider Eltern des § 144 ABGB verhielte. 14



5.1.3. Ginge man nach einer Aufhebung des § 166 erster Satz ABGB von der Geltung des § 144 ABGB auch für das uneheliche Kind aus, wären anstelle der Mutter beide Elternteile mit der Obsorge betraut. Dies käme einem Akt positiver Gesetzgebung gleich, der in mehrfacher Hinsicht überschießend wäre: Wie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in seinem Urteil im Fall *Sporer* betont habe, sei die anfängliche Betrauung der Mutter mit der alleinigen Obsorge unbedenklich und in dem Erfordernis begründet, ab der Geburt für das Kind rechtlich verbindlich handeln zu können. Eine eindeutige gesetzliche Vertretung für das Kind erscheine insbesondere in jenen Fällen unabdingbar, in welchen zur Gewährleistung des Kindeswohls ein Antrag auf Feststellung der Vaterschaft oder Festsetzung des Unterhaltes zu stellen oder der Aufenthalt des Kindes zu bestimmen sei.

15

Darüber hinaus würde die Annahme einer Geltung des § 144 ABGB auch für das uneheliche Kind dazu führen, dass – undifferenziert und ohne Berücksichtigung des Kindeswohls – auch in jenen Fällen beiden Elternteilen die Obsorge eingeräumt wäre, in welchen das Kind einer einmaligen Begegnung zwischen Mutter und Vater entstamme, der Vater nicht greifbar oder nicht zur Übernahme der Obsorge bereit sei. Auch gehe die geltende Rechtslage davon aus, dass die Wahrnehmung der Obsorge durch beide Elternteile deren einvernehmliches Vorgehen erfordere (vgl. auch VfSlg. 14.301/1995), was bei einer undifferenzierten Geltung des § 144 ABGB ungeprüft bliebe.

16

Bei Annahme einer Geltung des § 144 ABGB für uneheliche Kinder wäre die Rechtslage vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte nicht nur überschießend, sondern würde eine der Kernaussagen des Urteils geradezu ins Gegenteil verkehrt: Dieser halte fest, dass Obsorgeentscheidungen auf das bestmögliche Kindeswohl zu gründen seien und im Falle eines Konfliktes zwischen den Eltern die Zuordnung im Einzelfall einer Prüfung durch die innerstaatlichen Gerichte zu unterwerfen sei. Für eine solche Prüfung im Einzelfall bliebe bei Annahme einer unmittelbaren Geltung des § 144 ABGB aber kein Raum.

17

5.1.4. Der Antrag sei auch deshalb unzulässig, da die angenommene Verfassungswidrigkeit durch die Aufhebung im beantragten Umfang gar nicht beseitigt wäre. Ginge man nach Aufhebung des § 166 erster Satz ABGB gemäß § 144 ABGB von einer Obsorge beider Elternteile für das uneheliche Kind aus, wäre die Anwend-

18

barkeit der §§ 177 und 177a ABGB jedenfalls dann, wenn die Eltern nicht in häuslicher Gemeinschaft leben und dem Gericht keine Vereinbarung über die Obsorge vorlegen, zumindest fragwürdig. Die Geltung des § 177a ABGB für diese Fälle wäre nur im Wege der Analogie oder auf Grund des § 166 zweiter Satz ABGB denkbar; letzterer werde nach geltender Rechtslage aber gerade nicht so ausgelegt, dass § 177a ABGB auch für uneheliche Kinder gelte. Es sei daher denkbar, dass die §§ 177 und 177a ABGB nach einer Aufhebung des § 166 erster Satz ABGB auf einen nicht unbeträchtlichen Teil unehelicher Kinder nicht zur Anwendung gelangen würden.

In diesem Fall wäre die Betrauung des Vaters oder der Mutter mit der alleinigen Obsorge im Interesse des Kindeswohles durch das Gericht weiterhin nicht möglich. Möglich wäre lediglich die Entziehung oder Einschränkung der Obsorge bei Gefährdung des Kindeswohles gemäß § 176 ABGB. Es erscheine daher zumindest fraglich, ob die behauptete verfassungswidrige Ungleichbehandlung von Vätern ehelicher und unehelicher Kinder in jenen Fällen, in denen keine häusliche Gemeinschaft der Eltern bestehe und dem Gericht keine Vereinbarung über die Obsorge vorliege, durch die Aufhebung des § 166 erster Satz ABGB beseitigt würde.

19

5.1.5. In diesem Zusammenhang weist die Bundesregierung darauf hin, dass es in einem für das Privat- und Familienleben von unehelichen Kindern und deren Eltern so sensiblen Bereich wie der Obsorge unabdingbar erscheine, dass nach Aufhebung der angefochtenen Bestimmung keine Unklarheiten hinsichtlich der anzuwendenden Rechtslage bestünden, unabhängig von der Setzung einer Frist für das Außerkrafttreten durch den Verfassungsgerichtshof. Die Fristsetzung solle der Gesetzgebung zwar die "Reparatur" ermöglichen, die richtige Abgrenzung des Prüfungs- und Aufhebungsumfanges habe aber auch den Fall zu berücksichtigen, dass eine Neuregelung nicht (oder nicht rechtzeitig) zustande komme.

20

5.2. In der Sache hält die Bundesregierung dem Antragsvorbringen entgegen, dass rechtliche und faktische Unterschiede einerseits zwischen Müttern und Vätern, andererseits zwischen Vätern ehelicher und Vätern unehelicher Kinder bestünden, die eine gesetzliche Differenzierung rechtfertigen würden.

21

5.2.1. Während die Mutter bei der Geburt eindeutig feststehe, könne die Vaterschaft bei unehelichen Kindern zu diesem Zeitpunkt noch offen sein, weil noch

22

kein Mann die Vaterschaft anerkannt habe oder gerichtlich als Vater festgestellt worden sei. Selbst wenn der Vater eines unehelichen Kindes die Vaterschaft schon vor Geburt des Kindes anerkenne, gebe er damit noch keine Erklärung darüber ab, ob er auch zur Übernahme der Obsorge bereit sei. Demgegenüber werde im Ehevertrag unter anderem der Wille der Eheleute erklärt, Kinder zu zeugen und sie zu erziehen (§ 44 ABGB).

5.2.2. § 166 erster Satz ABGB, der die alleinige Obsorge der Mutter für das uneheliche Kind anordne, solle den unterschiedlichen Lebenssituationen, in die uneheliche Kinder geboren werden, Rechnung tragen. Durch die Alleinobsorge der Mutter werde sichergestellt, dass das Kind ab Geburt eine gesetzliche Vertretung habe, die alle erforderlichen Maßnahmen ohne Verzögerung setzen könne. Die Bestimmung diene somit der Rechtssicherheit.

23

Zwar würden auch uneheliche Kinder "in steigender Zahl in aufrechte Lebensgemeinschaften geboren", doch sei dies nicht immer der Fall. Würde beiden Eltern von Geburt an die Obsorge zustehen, so könnten sich bei allenfalls dringend erforderlichen Maßnahmen Schwierigkeiten ergeben, wenn der Vater des Kindes noch nicht feststehen sollte.

24

Sei die Vaterschaft bereits anerkannt und bestehe zwischen den Eltern Einvernehmen, könne eine Obsorge beider Eltern für das uneheliche Kind vereinbart werden. Bestehe dieses Einvernehmen nicht, könnten mit der gesetzlichen Zuteilung der Obsorge an beide Eltern Schwierigkeiten verbunden sein, wenn etwa die Vaterschaft noch nicht feststehe, der Vater nicht greifbar sei oder erhebliche Meinungsverschiedenheiten zwischen den Eltern bestünden.

25

5.2.3. Gegen die anfängliche Zuweisung der Alleinobsorge für das unehelich geborene Kind an die Mutter bestehe nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte kein Einwand. Angesichts der unterschiedlichen Lebenssituationen von unehelichen Kindern sei bei fehlendem Einvernehmen der Eltern eine Alleinobsorge der Mutter erforderlich, um zu gewährleisten, dass das Kind ab seiner Geburt eine Person habe, die eindeutig als gesetzliche Vertretung handeln könne.

26

6. Der Rekurswerber im Anlassverfahren erstattete als beteiligte Partei eine Äußerung, in der insbesondere vorgebracht wird, dass der österreichische Gesetz-

27

geber trotz der Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in den Fällen *Sporer* und *Zaunegger* noch nicht tätig geworden sei und die beteiligte Partei weiterhin in der Ausübung ihrer verfassungsrechtlich verankerten Rechte nach Art. 14 iVm Art. 8 EMRK eingeschränkt werde.

6.1. Der Kindesvater könne sich auf Art. 8 EMRK berufen, da er mit der Kindesmutter eine uneheliche familiäre Lebensgemeinschaft geführt habe. Der Eingriff in das Recht nach Art. 8 EMRK beruhe auf einer gesetzlichen Grundlage; diese stehe grundsätzlich im Einklang mit den in Art. 8 Abs. 2 EMRK verankerten Zielen, da durch § 166 erster Satz ABGB klar geregelt werden solle, wer der gesetzliche Vertreter des unehelichen Kindes sei. 28

6.2. Zur Verhältnismäßigkeit führt die beteiligte Partei aus, dass sich aus der Gegenüberstellung des staatlichen Ziels einer Obsorgeregelung für uneheliche Kinder bzw. der alleinigen Obsorge durch die Kindesmutter und dem Recht des Kindesvaters ergebe, dass § 166 erster Satz ABGB zu weitgehend gefasst sei. Der Kindesvater werde von der gemeinsamen Obsorge ex lege ausgeschlossen, während das Recht auf Achtung des Familienlebens bei der Kindesmutter gewahrt werde. Es gebe vielfältige Gründe, die für eine gemeinsame Obsorge sprächen; etwa würden auch nicht verehelichte Väter die volle elterliche Verantwortung übernehmen und sich in der Erziehung ihrer Kinder engagieren wollen. Der nicht mit der Obsorge betraute Kindesvater sei nach geltender Rechtslage lediglich auf sein Recht gemäß § 148 ABGB beschränkt. Dadurch werde der Vater in seinem Recht auf Achtung des Familienlebens unverhältnismäßig eingeschränkt. 29

Es liege kein dringendes soziales Bedürfnis vor, das die alleinige Obsorge der Kindesmutter rechtfertigen könnte: Einerseits seien in der Gesellschaft "unterschiedliche Lebensmodelle von Partnern vollends integriert", andererseits sei es für eine klare Regelung der gesetzlichen Vertretung unehelicher Kinder nicht erforderlich, dass es nur einen gesetzlichen Vertreter geben dürfe. 30

Der Kindesvater könne zwar einen Antrag auf Einräumung der gemeinsamen Obsorge mit Zustimmung der Kindesmutter bei Gericht einbringen. Stimme die Kindesmutter dem aber nicht zu, so gebe es für den Kindesvater keinen gesetzlich verankerten Rechtsschutz in der Frage, ob die Einräumung der gemeinsamen Obsorge dem Kindeswohl entspreche. Für den Fall, dass die gemeinsame Obsor- 31

ge dem Kindeswohl widerspräche, müsste weiters gerichtlich überprüfbar sein, ob der Kindesvater oder die Kindesmutter mit der alleinigen Obsorge betraut werden sollte.

Im Unterschied dazu bestünden gerichtliche Überprüfungsmöglichkeiten, wenn es zwischen einst verheirateten Eltern Konflikte über die Obsorge gebe. Der Vater, der sich für eine Heirat entschieden habe, sei besser gestellt als jener, der sich gemeinsam mit der Mutter für ein anderes Lebenskonzept entschieden habe. Die Frage der Verehelichung könne jedoch nicht ausschlaggebendes Element für die Klärung der gemeinsamen Obsorge und der damit einhergehenden Achtung des Familienlebens sein.

32

6.3. Aus rechtsvergleichender Perspektive bringt die beteiligte Partei vor, dass etwa das französische und das spanische Rechtssystem eine gemeinsame Obsorge beider Elternteile vorsähen, ohne zwischen verheirateten und unverheirateten Paaren zu unterscheiden. Das englische Rechtssystem ermögliche ausdrücklich die Beteiligung des Vaters des unehelichen Kindes. Selbst wenn man davon ausgehe, dass es gerechtfertigt sei, vorerst der Mutter die Obsorge für das uneheliche Kind zu übertragen, so könne die Ausübung des gemeinsamen Sorgerechts nicht an die Zustimmung der Mutter anknüpfen. Die Vorschrift des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs sei aus diesem Grund als konventionswidrig aufgehoben worden.

33

6.4. Auch die beteiligte Partei spricht sich für die Setzung einer Frist für das Außerkrafttreten im Fall der Aufhebung des § 166 erster Satz ABGB aus.

34

7. Der Verfassungsgerichtshof führte am 28. Juni 2012 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, in der die Parteien insbesondere zu den Fragen Stellungnahmen, ob es maßgebliche Unterschiede zwischen dem Sachverhalt im Fall *Sporer* und jenem im Ausgangsverfahren gebe und ob es Gründe für eine Differenzierung zwischen Müttern und Vätern unehelicher Kinder bzw. zwischen Vätern ehelicher Kinder und Vätern unehelicher Kinder gebe, die im Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Fall *Sporer* nicht berücksichtigt worden seien. Die Parteien hielten übereinstimmend fest, dass der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens dem Sachverhalt im Fall *Zaunegger* (EGMR 3.12.2009, Appl. 22.028/04) noch ähnlicher sei als jenem im Fall *Sporer*.

35

## II.

- Der Verfassungsgerichtshof hat über die Zulässigkeit des Antrags erwogen: 36
1. Gemäß Art. 140 Abs. 1 erster Satz B-VG erkennt der Verfassungsgerichtshof über die Verfassungswidrigkeit eines Bundesgesetzes u.a. auf Antrag des Obersten Gerichtshofes oder eines zur Entscheidung in zweiter Instanz berufenen Gerichtes. Diese Gerichte sind gemäß Art. 89 Abs. 2 zweiter Satz B-VG verpflichtet, einen solchen Prüfungsantrag zu stellen, wenn sie gegen die Anwendung eines Gesetzes aus dem Grund der Verfassungswidrigkeit Bedenken hegen. 37
  2. Der Verfassungsgerichtshof ist nicht berechtigt, durch seine Präjudizialitätsentscheidung das antragstellende Gericht an eine bestimmte Rechtsauslegung zu binden, weil er damit indirekt der Entscheidung dieses Gerichts in der Hauptsache vorgreifen würde. Gemäß der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes darf daher ein Antrag iSd Art. 140 B-VG nur dann mangels Präjudizialität zurückgewiesen werden, wenn es offenkundig unrichtig (denkumöglich) ist, dass die – angefochtene – generelle Norm eine Voraussetzung der Entscheidung des antragstellenden Gerichts im Anlassfall bildet (vgl. etwa VfSlg. 10.640/1985, 12.189/1989, 15.237/1998, 16.245/2001 und 16.927/2003). 38
- Es ist nichts hervorgekommen, was an der Präjudizialität der angefochtenen Gesetzesstelle zweifeln ließe. Das antragstellende Gericht ist denkumöglich davon ausgegangen, dass es bei der Entscheidung über den Antrag des Kindesvaters, diesem die alleinige Obsorge zu übertragen, die Bestimmung des § 166 erster Satz ABGB, wonach die Mutter des unehelichen Kindes mit der alleinigen Obsorge betraut ist, anzuwenden hat. Auch die Bundesregierung bestreitet die Präjudizialität der Bestimmung nicht. 39
3. Die Bundesregierung meint hingegen, dass der Anfechtungsumfang unrichtig abgegrenzt sei, und beantragt aus diesem Grund die Zurückweisung des Antrags. 40
  - 3.1. Nach der ständigen, sowohl Gesetzesprüfungsanträge als auch amtswegig eingeleitete Gesetzesprüfungsverfahren betreffenden Judikatur zu den Verfahrensvoraussetzungen müssen die Grenzen der Aufhebung einer in Prüfung stehenden Gesetzesbestimmung so gezogen werden, dass einerseits der verbleibende Gesetzesteil nicht einen völlig veränderten Inhalt bekommt und andererseits 41

die mit der aufzuhebenden Gesetzesstelle in einem untrennbaren Zusammenhang stehenden Bestimmungen auch erfasst werden (zB VfSlg. 8155/1977). Dem folgend geht der Verfassungsgerichtshof davon aus, dass der Anfechtungsumfang im Gesetzesprüfungs- wie im Verordnungsprüfungsverfahren – bei sonstiger Unzulässigkeit des Prüfungsantrages – nicht zu eng gewählt werden darf (so etwa VfSlg. 8155/1977, 12.235/1989, 14.131/1995, 14.498/1996). Unter dem Aspekt einer nicht trennbaren Einheit von Vorschriften ergibt sich aus der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes ferner (vgl. dazu VfSlg. 12.235/1989), dass ein Prozesshindernis der geschilderten Art auch dann vorliegt, wenn die isolierte Aufhebung einer Bestimmung Schwierigkeiten bei der Anwendung der anderen, im Rechtsbestand verbleibenden hervorruft, wenn also der Wegfall bestimmter angefochtener Sätze den verbleibenden Rest der Gesetzesbestimmung unverständlich wie auch unanwendbar werden ließe, weil nämlich nicht mehr mit Bestimmtheit beurteilt werden könnte, ob ein der verbliebenen Vorschrift zu unterstellender Fall vorliegt (VfSlg. 15.935/2000).

3.2. Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung erweist sich der Antrag auf Aufhebung des § 166 erster Satz ABGB als zulässig:

42

Der erste und der zweite Satz des § 166 ABGB stehen nicht in einem untrennbaren Zusammenhang. Zwar würde der Sinn des § 166 zweiter Satz ABGB durch die Aufhebung insoweit verändert werden, als sich die Wortfolge "Im Übrigen" nicht mehr auf die im ersten Satz vorgesehene Betrauung der Mutter des unehelichen Kindes mit der Obsorge beziehen könnte. Gleichwohl erhält der verbleibende zweite Satz nicht einen völlig anderen Sinn. Er ist vielmehr einer Auslegung dahingehend zugänglich, dass die die Obsorge und den Unterhalt für eheliche Kinder regelnden Bestimmungen (auch) für das uneheliche Kind gelten sollen. Das Argument der Bundesregierung, dass bei Annahme einer Anwendbarkeit des § 144 ABGB auf die Obsorge für das uneheliche Kind der Bestimmung des § 167 Abs. 1 ABGB der Anwendungsbereich entzogen wäre, wirft keine Bedenken gegen die Zulässigkeit des Antrags auf, da nicht schlechthin davon ausgegangen werden kann, dass die Aufhebung andere, im Rechtsbestand verbleibende Bestimmungen, wie etwa § 167 Abs. 1 ABGB, im Sinne der dargestellten Rechtsprechung "unanwendbar werden ließe".

43

Mit dem Vorbringen, dass eine eindeutige gesetzliche Vertretung für das Kind insbesondere in jenen Fällen unabdingbar erscheine, in welchen zur Gewährleis-

44

tung des Kindeswohls ein Antrag auf Feststellung der Vaterschaft oder Festsetzung des Unterhaltes zu stellen oder der Aufenthalt des Kindes zu bestimmen sei, vermag die Bundesregierung kein gegen die Zulässigkeit des Antrags sprechendes Argument anzuführen; dies sicherzustellen obläge bei einer Aufhebung der angefochtenen Bestimmung der Gestaltung durch den Gesetzgeber.

Der Verfassungsgerichtshof vermag sich auch der Auffassung der Bundesregierung, dass die angenommene Verfassungswidrigkeit durch die Aufhebung im beantragten Umfang nicht beseitigt wäre, weil die Anwendbarkeit der §§ 177 und 177a ABGB "zumindest fragwürdig sei", nicht anzuschließen. Angesichts der Anordnung der Geltung der das eheliche Kind betreffenden Bestimmungen über den Unterhalt und die Obsorge auch für das uneheliche Kind in § 166 zweiter Satz ABGB (die nach allenfalls erfolgreicher Aufhebung des ersten Satzes einen weiteren Anwendungsbereich erlangt) bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass § 177a ABGB auf uneheliche Kinder nicht anzuwenden wäre, und zwar auch dann, wenn diese nicht in häuslicher Gemeinschaft mit den Eltern leben. Dass – wie die Bundesregierung meint – § 177a ABGB nach geltendem Recht nicht auf uneheliche Kinder angewendet werde, verschlägt deshalb nichts, weil angesichts der angefochtenen – generell der Mutter die Obsorge zuweisenden – Regelung des § 166 erster Satz ABGB die Annahme nahe liegt, dass kein Raum für eine Entscheidung des Gerichts bleibt.

45

### III.

Der Verfassungsgerichtshof hat in der Sache erwogen:

46

1. Der Verfassungsgerichtshof hat sich in einem auf Antrag eingeleiteten Verfahren zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes gemäß Art. 140 B-VG auf die Erörterung der aufgeworfenen Fragen zu beschränken (vgl. VfSlg. 12.691/1991, 13.471/1993, 14.895/1997, 16.824/2003). Er hat sohin ausschließlich zu beurteilen, ob die angefochtene Bestimmung aus den in der Begründung des Antrages dargelegten Gründen verfassungswidrig ist (VfSlg. 15.193/1998, 16.374/2001, 16.538/2002, 16.929/2003).

47

2. Das antragstellende Gericht hegt im Wesentlichen das Bedenken, dass § 166 erster Satz ABGB gegen Art. 14 iVm Art. 8 EMRK verstößt.

48



2.1. Nach Art. 14 EMRK ist der Genuss der in der Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten ohne Benachteiligung zu gewährleisten, die u.a. im Geschlecht begründet ist. Gemäß Art. 8 Abs. 1 EMRK hat jedermann Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens. Gemäß Art. 8 Abs. 2 EMRK sind Eingriffe in das in diesem Artikel verbürgte Grundrecht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nur statthaft, insoweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen ist und eine Maßnahme darstellt, die zur Erreichung eines legitimen Zieles geeignet und verhältnismäßig ist (vgl. zB VfSlg. 15.632/1999, 16.285/2001, 17.851/2006).

49

2.2. Nach der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ist der Begriff des Familienlebens iSd Art. 8 EMRK nicht auf Beziehungen beschränkt, die sich auf eine Ehe gründen, sondern kann auch andere (De-facto-)Familienbande umfassen, zB wenn Personen außerhalb einer Ehe zusammenleben. Das aus einer solchen Beziehung stammende Kind ist von seiner Geburt an Teil dieser Familie; das Familienleben zwischen dem Kind und seinen Eltern bleibt auch aufrecht, wenn die Eltern nicht mehr zusammenleben oder ihre Beziehung zueinander beenden (s. EGMR 26.5.1994, Fall *Keegan gegen Irland*, Appl. 16.969/90; EGMR 27.10.1994, Fall *Kroon ua. gegen die Niederlande*, Appl. 18.535/91; EGMR 22.4.1997, Fall *X, Y und Z gegen das Vereinigte Königreich*, Appl. 21.830/93; s. VfSlg. 16.928/2003; VfGH 22.9.2011, B 1405/10). Auch die zwischen dem Vater eines unehelichen Kindes und diesem Kind entstandene Beziehung liegt – ungeachtet einer allfälligen Trennung von der Kindesmutter – im Schutzbereich des Art. 8 EMRK (EGMR 3.12.2009, Fall *Zaunegger*, Appl. 22.028/04, Z 37 ff.). Folglich fällt 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.

50

2.3. Das Fehlen der Möglichkeit gerichtlicher Überprüfung im Gefolge der Anordnung des § 166 erster Satz ABGB stellt eine den Schranken des Art. 14 iVm Art. 8 EMRK unterliegende Ungleichbehandlung im Hinblick auf die Achtung des Familienlebens dar.

51

Nach Art. 14 EMRK ist dem Staat die unterschiedliche Behandlung von Gruppen zum Ausgleich tatsächlicher Unterschiede nicht grundsätzlich verboten, doch muss eine sachliche und vernünftige Rechtfertigung für die unterschiedliche Behandlung bestehen; so muss die differenzierende staatliche Maßnahme ein legitimes Ziel verfolgen und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen

52

(ständige Rechtsprechung seit EGMR 23.7.1968, *Belgischer Sprachenfall*, Appl. 1474/62 ua., Z 10; vgl. aus der jüngeren Rechtsprechung EGMR 31.7.2008, Fall *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas ua.*, Appl. 40.825/98, Z 96).

3. Maßgeblich ist daher, ob dieses Fehlen der Möglichkeit gerichtlicher Überprüfung sachlich gerechtfertigt ist. 53

3.1. In seinem Urteil vom 3. Dezember 2009, Fall *Zaunegger gegen Deutschland*, Appl. 22.028/04, hatte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte über die Beschwerde des Vaters einer unehelichen Tochter, für welche der Mutter nach § 1626a Abs. 2 BGB die alleinige elterliche Sorge zukam, zu entscheiden; dessen Antrag auf Übertragung der gemeinsamen Sorge war von den deutschen Gerichten mangels rechtlicher Grundlage abgelehnt worden. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte stellte fest, dass die anwendbaren Rechtsvorschriften – ohne im konkreten Fall eine anderslautende Entscheidung zu ermöglichen (Z 46) – eine unterschiedliche Behandlung von Vätern nichtehelich 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 auf Grund einer Vereinbarung mit der Kindesmutter bzw. mit deren Zustimmung oder bei Vernachlässigung des Kindes durch diese in Betracht komme (Z 44). Angesichts der unterschiedlichen Lebensverhältnisse von Kindern, die nichtehelich 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 könne (Z 55). Es könne berechtigte 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 allgemeines Merkmal der Beziehung zwischen unverheirateten Vätern und ihren Kindern (Z 56). Obwohl in den Mitgliedstaaten 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 Mitgliedstaaten 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 (Z 60). Da der generelle Ausschluss einer gerichtlichen Überprüfung 54

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 (Z 63 f.).

3.2. Aus Anlass einer Beschwerde des Vaters eines unehelichen Kindes gegen die Abweisung seines Antrags auf Übertragung der alleinigen Obsorge nach § 176 ABGB stellte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte auch in seinem Urteil vom 3. Februar 2011, Fall *Sporer gegen Österreich*, Appl. 35.637/03, eine Verletzung von Art. 14 iVm Art. 8 EMRK fest: Die den Gerichtsentscheidungen zugrunde liegende österreichische Rechtslage führe zu einer Ungleichbehandlung des Beschwerdeführers in seiner Eigenschaft als Vater eines unehelichen Kindes im Vergleich zur Mutter bzw. zu Vätern ehelicher Kinder. Den Gerichten sei es auf Grund der Gesetzeslage mangels Zustimmung der Mutter nicht möglich gewesen, zu prüfen, ob die gemeinsame Obsorge dem Kindeswohl diene (Z 81 ff.). Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte verwies auf seine Schlussfolgerung im Fall *Zaunegger*, dass die anfängliche Zuweisung des Sorgerechts an die Mutter gerechtfertigt sei (Z 85). Allerdings sehe das österreichische Recht keine gerichtliche Prüfung der Frage vor, ob das gemeinsame Sorgerecht im Kindeswohl läge 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 sei, sofern der Vater bereits elterliche Rechte ausgeübt habe (Z 88). Die Regierung habe keine ausreichenden Gründe dargelegt, warum die Situation des Beschwerdeführers 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 hätten. Es bestehe kein Grund, hier zu einem anderen Schluss als im Fall *Zaunegger* zu gelangen (Z 89 f.).

55

4. Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung ist zunächst festzuhalten, dass die Vertragsstaaten der EMRK nach Art. 46 EMRK in allen Rechtssachen, in denen sie Partei sind, verpflichtet sind, das endgültige Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu befolgen (vgl. VfSlg. 16.747/2002, 18.951/2009, 18.952/2009). Eine unmittelbare Verpflichtung der Republik Österreich und ihrer Organe aus Art. 46 EMRK erfließt daher nur aus dem Urteil *Sporer* (vgl. allgemein *Polakiewicz*, Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, 1993, 33 ff.). In diesem Zusam-

56

menhang ist auch der Verfassungsgerichtshof im Rahmen eines bei ihm anhängigen Verfahrens dazu verpflichtet, einen konventionskonformen Zustand herzustellen (siehe nur *Okresek*, Art. 46 EMRK, in: Korinek/Holoubek [Hrsg.], Österreichisches Bundesverfassungsrecht, 1. Lfg. 1999, Rz 13).

Soweit der Oberste Gerichtshof in seinem Beschluss vom 22. April 2010, 2 Ob 66/10k – noch vor dem Urteil im Fall *Sporer* – ausgesprochen hat, vor dem Hintergrund des Urteils im Fall *Zaunegger* in der konkreten Rechtssache keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen § 166 erster Satz ABGB zu hegen, ist festzuhalten, dass in diesem Fall nach Art. 46 EMRK schon allein deshalb (noch) keine Verpflichtung des Obersten Gerichtshofs bestehen konnte, einen Antrag nach Art. 140 B-VG an den Verfassungsgerichtshof zu stellen, weil zu diesem Zeitpunkt noch kein einschlägiges Urteil gegen Österreich vorlag.

57

5. Der Verfassungsgerichtshof sieht sich angesichts des Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Fall *Sporer* in Beachtung der Rechtspflicht des Art. 46 EMRK gehalten, der in diesem Urteil getroffenen Feststellung zu folgen, dass das Fehlen der Möglichkeit gerichtlicher Überprüfung im Gefolge der Anordnung des § 166 erster Satz ABGB konventionswidrig ist.

58

5.1. Die Bundesregierung hat keine Gründe für die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung vorgebracht, die nicht bereits der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte beachtet hätte. Auch sonst ist im verfassungsgerichtlichen Verfahren nichts hervorgekommen, was die Bedenken des antragstellenden Gerichts entkräftet hätte.

59

5.2. Die Bundesregierung bringt insbesondere 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 solle den unterschiedlichen Lebenssituationen, in die uneheliche Kinder geboren werden, Rechnung tragen und sicherstellen, dass das Kind ab seiner Geburt eine gesetzliche Vertretung habe.

60

6. Die Regelung des § 166 erster Satz ABGB ist für sich genommen aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Das von ihr verfolgte Ziel, eine

61

gesetzliche Vertretung in jedem Fall sicherzustellen und gleichzeitig den vielfältigen Lebenssituationen unehelicher Kinder Rechnung zu tragen, ist von hohem Gewicht.

6.1. Demgemäß hält der Verfassungsgerichtshof eine solche Regelung – im Einklang mit den Feststellungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Urteil *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 4/2011) – nicht nur in Fällen der Zustimmung der Mutter, sondern auch in Fällen zu erlangen, in denen dies im Interesse des Kindeswohls liegt.

62

6.2. Eine solche wirksame gerichtliche Überprüfung steht dem Vater eines unehelichen Kindes nach geltendem Recht nicht zu. Insbesondere bietet § 176 Abs. 1 ABGB keine Rechtsgrundlage für eine konventionskonforme Überprüfung und eine allfällige vom gesetzlichen Grundsatz des § 166 erster Satz ABGB abweichende Regelung.

63

7. Durch die angefochtene Bestimmung kommt es 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 verstößt daher gegen Art. 14 iVm Art. 8 EMRK.

64

#### IV.

1. § 166 erster Satz ABGB ist als verfassungswidrig aufzuheben.

65

2. Die Bestimmung einer Frist für das Außerkrafttreten der aufgehobenen Gesetzesstelle gründet sich auf Art. 140 Abs. 5 dritter und vierter Satz B-VG. Die Setzung einer Frist erfolgt, um dem Gesetzgeber eine Neuregelung – gegebenenfalls unter Beibehaltung des aufgehobenen Satzes – zu ermöglichen, die mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Einklang steht. Die Dauer der Frist trägt dem Umstand Rechnung, dass durch die Fristsetzung eine als konventionswidrig erkannte Rechtslage nur für einen gewissen Übergangszeitraum aufrecht bleiben soll (vgl. EGMR 22.7.2010, Fall *P.B. und J.S. gegen Österreich*, Appl. 18.984/02, Z 49; VfSlg. 19.166/2010).

66

3. Der Ausspruch, dass frühere gesetzliche Bestimmungen nicht wieder in Kraft treten, beruht auf Art. 140 Abs. 6 erster Satz B-VG. 67

4. Die Verpflichtung des Bundeskanzlers zur unverzüglichen Kundmachung der Aufhebung und der damit im Zusammenhang stehenden sonstigen Aussprüche erfließt aus Art. 140 Abs. 5 erster Satz B-VG und § 64 Abs. 2 VfGG iVm § 3 Z 3 BGBIG. 68

Wien, am 28. Juni 2012

Der Präsident:

Dr. HOLZINGER

Schriftführerin:

Dr. HARTLIEB