

Vorträge – Berichte

42. Assistententagung Öffentliches Recht Hamburg 2002

Pluralität des Rechts – Regulierung im Spannungsfeld der Rechtsebenen

In der Hansestadt Hamburg fand zum Thema „Pluralität des Rechts – Regulierung im Spannungsfeld der Rechtsebenen“ die 42. Assistententagung des öffentlichen Rechts vom 26. 2. bis zum 1. 3. 2002 statt. Die Pluralität spiegelte sich schon in den veranstaltenden Universitäten wider. In die Organisation der Tagung waren neben der Universität Hamburg die Bucerius Law School und die Universität der Bundeswehr in Hamburg involviert.

Die Pluralität des Rechts bezog sich vornehmlich auf das Zusammenwirken unterschiedlicher Rechtsebenen, wie Bundesrecht, Landesrecht, Völkerrecht und supranationales Recht. Dabei wurde neben den allgemeinen Fragen der Koordinierung bzw der Verteilung von Regelungskompetenzen zwischen verschiedenen Rechtsebenen die Mehrebenenproblematik einzelner besonders anschaulicher Rechtsgebiete vom Wirtschaftsrecht bis hin zum Menschenrechtsschutz erörtert.

Ganz in diesem Sinn begann die Tagung mit einem Beitrag von *Gernot Sydow* aus Freiburg zum Thema „Jeder für sich‘ oder ‚einer für alle‘? Verwaltungsmodelle für die Europäische Union“. Anhand von Beispielen aus dem Produkthaftungsrecht untersuchte der Referent verschiedene Formen transnationaler europäischer Verwaltungsverfahren. Dabei ließe sich ein Trend weg von Parallel- und Referenzentscheidungsmodellen hin zu Gemeinschafts- und Einzelentscheidungsmodellen – bei denen entweder die Entscheidungskompetenz auf die zentrale Ebene verlagert wird oder ein Mitgliedstaat eine im gesamten Gemeinschaftsraum bindende Entscheidung fällt – erkennen. Die parallele Koordination der Mitgliedstaaten stelle eine Alternative zu zentralistischen konzipierten Gemeinschaftsentscheidungen der Kommission dar. In der Diskussion zeigte sich, dass die dargebotenen Entscheidungsmodelle nicht exakt voneinander getrennt werden können und dass es hingegen durch Konsultationsmechanismen bzw Vetomöglichkeiten zu Annäherungen komme. Weiters wurde vor allem die Frage der demokratischen Legitimation problematisiert.

Die nächsten zwei Beiträge befassten sich mit innerstaatlichen Ebenenverschränkungen. Während *Timo Hebler* aus Gießen zum Begriff der „Mischverwaltung‘ als Argumentationstopos im Zusammenhang mit bundesstaatlichen Ebenenverflechtungen“ Stellung nahm, setzte sich *René Wiederkehr* aus Basel mit einer „Föderalismusreform im Spannungsfeld der Rechtsebenen dargestellt anhand neuer Reformprojekte in der Schweiz“ auseinander.

Ersterer zeigt auf, dass der Begriff Mischverwaltung nichts über die Verfassungsmäßigkeit von administrativen Kooperationsformen zwischen Bund und Ländern aussagt. Die Zulässigkeit von formellen und informellen Zusammenwirkungsformen zwischen Bund und Ländern (etwa Erfahrungsaustausch, Fachministerkonferenzen) ergebe sich im konkreten Einzelfall aus den einschlägigen Bestimmungen des Grundgesetzes. Der Referent plädierte daher nicht für einen begrifflichen, sondern für einen sachlich normativen Zugang. Der Begriff der Mischverwaltung bleibe letztlich denkbar weit; er erweise sich für eine Analyse der Kooperationsmodelle inadäquat.

René Wiederkehr legte dar, wie Föderalismus als bewegliches Prinzip – in Form kultureller Vielfalt in der Einheit – vor allem interkommunal und transkantonal verstanden werden kann. Kooperativer Föderalismus in neuen Kooperationsformen ermögliche Rechtsetzung auf Zwischenebenen sowohl zwischen Gemeinden und Kantonen als auch zwischen den Kantonen und dem Bund. Föderalismus sollte dafür nutzbar gemacht werden, um – auch in räumlicher Hinsicht – gegenstandsadäquate Regelungen zu treffen. In einem Prozess der Interaktion sollen flexible Zwischen-Ebenen in Form von Agglomerationen und Regionen geschaffen werden. Rechtsstaatlichkeit und Demokratie bleiben auf Grund sachlicher Begrenzung und direkt demokratischer Legitimation gewahrt. Die Diskussion zeigte auf, dass diese neu geschaffenen Agglomerationen in der Schweiz von der Konzeption nicht mit Gemeindeverbänden vergleichbar sind, sondern weit darüber hinaus gehen.

Im Rahmen der Tagung fand auch eine Podiumsdiskussion zum Thema: „Rechtsprechung im Spannungsfeld der Rechtsebenen“ statt. An

dieser nahmen *Jürgen Kühling* (ehemaliger Richter des deutschen Bundesverfassungsgerichts), *Klaus Lange* (Präsident des Staatsgerichtshofs des Landes Hessen) und *Manfred Zuleeg* (ehemaliger Richter des EuGH) teil. *Jochen Frowein* (ehemaliger Vizepräsident der Europäischen Kommission für Menschenrechte) musste auf Grund flugtechnischer Verzögerungen kurzfristig seine Teilnahme absagen.

Lange hob die Bedeutung der landesverfassungsgerichtlichen Kontrolle in Bezug auf Grundrechte im Spannungsfeld zum Bundesrecht und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hervor. Er warnte aber davor, Landesverfassungsgerichte als verlängerten Arm des Bundesverfassungsgerichts zu instrumentalisieren und schlug vor, die Zahl der anrufbaren Instanzen – schon auf Grund der damit verbundenen Verfahrensdauer – in Grenzen zu halten. *Kühling* ging auf das – besonders in Deutschland problematisierte – Verhältnis von Höchstgerichten zum EuGH ein. Er befürwortete im Sinn einer „Osmose“ die gegenseitige Übernahme von Rechtsüberzeugungen. *Zuleeg* reagierte auf die Ausführungen *Kühlings* und stellte die prozeduralen Spannungsfelder aus der Sicht des EuGH dar. In der nachfolgenden Publikumsdiskussion wurde ua die Frage nach der Sinnhaftigkeit eines europäischen Kompetenzgerichtshofs aufgeworfen und von den Referenten durchwegs verneint.

Einen sachlichen Schwerpunkt legte die Tagung auf Fragen in Zusammenhang mit dem internationalen Wirtschaftsrecht, insb im Hinblick auf die WTO und die Implementierung damit verbundener Regelungen in supranationalen und innerstaatlichen Rechtsordnungen.

Gerald Sander aus Tübingen sprach einleitend über die „**Wirkungen des Wirtschaftsrechts auf supranationale und nationale Rechtsordnungen**“. Nach Erläuterung grundlegender Prinzipien des GATT-Rechts ging der Referent auf die Entwicklung der EuGH-Rechtsprechung in diesem Bereich ein. Insb wurde problematisiert, inwiefern auf Grund der – durch die Gründung der WTO bewirkten – stärkeren Verrechtlichung der Welthandelsordnung sowie der Weiterentwicklung des Streitbeilegungsverfahrens in Richtung verbindlicher Entscheidungen die These von der fehlenden unmittelbaren Anwendbarkeit aufrecht erhalten werden könne. In der Diskussion zeigte sich vor allem die Abhängigkeit dieses Rechtsbereiches von politischen und wirtschaftlichen Faktoren.

Im Anschluss an das vorherige Referat sprach *Klaus Rüger* aus Bonn über „**Welthandelsrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht – Zur Stellung des TRIPS Abkommens in der Gemeinschaftsrechtsordnung**“. Zentral problematisiert wurde das TRIPS-Abkommen als gemischtes Abkommen und die damit verbundene Abgrenzung zwischen den Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten und der EG. Als weiterer Schwerpunkt wurde wiederum die unmittelbare Anwendbarkeit der völkerrechtlichen Regelung gegenüber dem Gemeinschaftsrecht gewählt. Diese Fragestellungen bestimmten auch die sich anschließende Diskussion.

In sachlichem Kontext zu den letzten beiden Beiträgen schloss *Christoph Hermann* aus Bayreuth mit seinem Beitrag „**Rechtsprobleme der parallelen Mitgliedschaft von Völkerrechtssubjekten in internationalen Organisationen**“ an. Die Doppelmitgliedschaft ergibt sich dadurch, dass supranationale Gemeinschaften Mitglieder bei internationalen Organisationen werden, bei denen die einzelnen Mitgliedstaaten der supranationalen Organisation ebenfalls Mitglieder sind. Prominentes Beispiel dafür ist die Mitgliedschaft der EG bei der WTO. Die sich aus dieser Konstellation ergebenden Problemstellungen sind vielfältig und beziehen sich auf kompetenzrechtliche Fragen, inhaltliche Modifikationen multilateraler Verpflichtungen, gemeinschaftliche Haftungsfragen sowie auf den Ausschluss internationaler Streitbeilegungsverfahren zwischen den Mitgliedstaaten und der supranationalen Organisation als Teilnehmer an der internationalen Organisation.

In diesem Zusammenhang ist auch der Beitrag von *Marc Bungenberg* aus Jena zu erwähnen, der das „**Verhältnis von WTO-, nationalem und supranationalem Vergaberecht**“ untersucht hat. Die Vielfalt der Rechtsquellen lässt sich am Beispiel des Vergaberechts besonders anschaulich zeigen, gibt es doch auf nationaler Ebene in Deutschland das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), die Vergabeverordnung sowie die Verdingungsordnungen, auf gemeinschafts- bzw völkerrechtlicher Ebene die EG-Vergaberichtlinien, die einschlägigen primärrechtlichen Bestimmungen des EGV, diverse (gemischte) Abkommen sowie das im Rahmen der WTO abgeschlossene Government Procurement Agreement (GPA). Aufgezeigt wurde nicht nur die wechselseitige Beeinflussung der Rechtsebenen untereinander, sondern insb die problematischen Verhältnisse zwischen den Rechtsquellen, die vor allem hinsichtlich des GPA noch nicht endgültig geklärt sind. Veran-

schaulich wurde diese Thematik am Beispiel der Zulässigkeit der Berücksichtigung vergabefremder Aspekte im Zuge einer Ausschreibung.

Das Spannungsfeld der Rechtsebenen wurde schließlich noch anhand weiterer aktueller Problembereiche erörtert.

So sprach *Stefanie Schmahl* aus Potsdam über „**Die Verzahnung der deutschen, europäischen und völkerrechtlichen Rechtsebenen bei der Gewährleistung der Grund- und Menschenrechte**“. Leitfaden der Ausführungen war die Parallelität, die gegenseitige Beeinflussung und das Zusammenspiel der Menschenrechtsstandards auf den angesprochenen Rechtsebenen, wobei auch deutschem Landesrecht eine – wenn auch eingeschränkte – Rolle als Prüfungsmaßstab zugestanden wurde. Die Referentin ging vor allem auf die Stellung der MRK, aber auch des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR) in der deutschen und gemeinschaftsrechtlichen Rechtsordnung ein. Festgehalten wurde ua auch die materiellrechtliche Verdrängung des deutschen Grundrechtsschutzes durch Gemeinschaftsrecht, sofern der Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts betroffen sei und solange die Gewährleistung der unabdingbaren Grundrechtsstandards auf Gemeinschaftsebene gesichert sei. Nach Auffassung *Schmahls* handelt es sich bei Gemeinschaftsrecht, der MRK und dem IPBPR um menschenrechtliches Verfassungsrecht im funktionalen Sinn. In der Diskussion wurden die einfachgesetzliche Stellung der MRK in Deutschland und ein potenzieller Beitritt der EG bzw EU zur MRK problematisiert.

Tade Matthias Spranger aus Bonn sprach zu dem Thema „**Internationalisierung im Recht der Bio- und Gentechnologie – kreativ oder kontraproduktiv?**“. Die science-fiction-artige Entwicklung der Gentechnik wirft Fragen des Schutzes des Individuums auf. Sie birgt auch abstrakte Risiken für die Menschheit bzw für die Menschenwürde. Die bisherige Internationalisierung führte zu keiner Vereinheitlichung, sondern zu einer Inhomogenisierung des Rechtsbereichs. Auf Grund unterschiedlicher kultureller Anschauungen und mangelnder Institutionalisierung entstünden mehrdeutige Begrifflichkeiten. *Spranger* plädierte für eine koordinierte Vorgehensweise der Staaten, die zu einer Harmonisierung des Rechts führen sollte. Die darauffolgende Diskussion über dieses emotionsbeladene Thema reichte von der Betonung kultureller Aspekte der unterschiedlichen Rechtsebenen bis hin zu rechtsvergleichenden Aussagen.

Abschließend sei noch der Beitrag von *Wolfgang Durner* aus München erwähnt. Er befasste sich mit der „**Regulierung im Spannungsfeld unterschiedlicher Rechtsebenen am Beispiel des Raumplanungsrechts**“. Die Mehrebenenproblematik zeige sich darin, dass – selbst bei Ausklammerung der europäischen Ebene – eine Vielzahl von Planungsträgern (Bund, Länder, Kommunen) in unterschiedlichen Rechtsformen (zB Gesamt- oder Fachplanungen) ihre divergenten Interessen im Bereich des Planungsrechts geltend machen wollen. Zur Lösung allfälliger Konflikte seien Modelle praktischer Konkordanz oder auf Konsensfindung abzielende Mechanismen nur beschränkt tauglich. Die kompetenzrechtlichen Grundlagen, der Grundsatz der Normenhierarchie sowie ein allgemeines Abwägungsgebot sollten verstärkt nutzbar gemacht werden.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die Pluralität des Rechts auf Grund der Vielzahl unterschiedlichster Beiträge eindrucksvoll zur Schau gestellt wurde. Die Mehrebenenproblematik im Recht führt zu erhöhter Komplexität. Rechtliche Regelungen sind insb im internationalen Bereich verstärkt politischen und wirtschaftlichen Einflussnahmen ausgesetzt. Aus diesem Grund ist die Frage der demokratischen Legitimation einer Regelung bzw der sie setzenden Autorität wieder vermehrt ins Augenmerk zu rücken.

Zum Erfolg der Tagung haben neben dem intensiven wissenschaftlichen Programm auch die zahlreichen Rahmenveranstaltungen beigetragen. Diese umfassten unter anderem Stadtführungen, eine Hafenrundfahrt, einen Theaterabend im Deutschen Schauspielhaus sowie mehrere Empfänge und wurden von der gelungenen Abschlussfeier im Literaturhaus gekrönt. In diesem Sinne sei dem Organisationsteam (*Gabriele Bauschke, Stefan Becker, Gerrit Brauser-Jung, Martin Eiffert, Daniel Frank, Timm Fuchs, Wiebke Gerking, Arne Glöckner, Ekkehard Hoffmann, Stefan Korte, Meik Lang, Mario Martini, Veith Mehde, Carsten Nowak, Charlotte Schütz*) für seine Mühe und sein Engagement gedankt.

Einziger Wermutstropfen: Wie bereits im vergangenen Jahr fand sich unter den Referenten nur eine Frau. Noch geringer war nur der Anteil der Österreicher unter den Vortragenden. Dies liegt wohl auch daran, dass die Tagung – zumindest außerhalb Wiens – einen geringen Bekanntheitsgrad hat. Bleibt zu hoffen, dass sich dies im kommenden Jahr ändert, wenn in Luzern die 43. Assistententagung eingeläutet wird.

Iris Golden/Konrad Lachmayer/Clemens Mayr/Daniela Tomasovskyy

EvBI Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen

70. Jahrgang

Nr. 82–93

Bearbeitet von Dr. Helmut Gamerith, Dr. Gerhard Hager und Dr. Erich Kodek

82

§ 176 ABGB – Grundsätzlich keine Obsorgeentscheidung gegen den Willen des mündigen Minderjährigen

Die Zuteilung der Obsorge gegen den Willen eines mündigen Minderjährigen ist abzulehnen, sofern der Richter zur Überzeugung gelangt, dass dieser Widerstand auf dessen eigenständiger Willensbildung beruht, nicht auf eine „Präparierung“ durch den anderen Elternteil zurückzuführen ist und auch sonst keine schwerwiegenden Gründe entgegenstehen.

OGH 27. 11. 2001, 1 Ob 172/01 b [LG St. Pölten 37 R 89/01 s; BG Neulengbach P 1545/95y] = OJZ-LSK 2002/95.

Aus der Begründung

Maßgeblich ist im vorliegenden Fall noch die Rechtslage vor dem In-Kraft-Treten des KindRÄG 2001 BGBl I 2000/135 (Art XVIII).

Bei der Entscheidung über die Obsorge für ein Kind ist ausschließlich dessen Wohl maßgebend (stRsp, zuletzt 4 Ob 186/01 h); im Spannungsverhältnis zwischen Elternrechten und dem

– richtig beurteilten – Kindeswohl haben erstere naturgemäß zurückzutreten (JBI 1996, 714 = EFSIlg 81.134; EFSIlg 89.783 ua, zuletzt 4 Ob 186/01 h). Die hier von den Eltern getroffene und pflegschaftsbehördlich genehmigte Vereinbarung gem § 55 a EheG, womit die Obsorge für beide Kinder der Mutter zukam, stellt eine Vereinbarung iSd § 177 ABGB dar. Die mit der Entziehung ihrer Elternrechte verbundene Übertragung der Obsorge auf den anderen Elternteil ist nur dann zulässig, wenn die Voraussetzungen des § 176 Abs 1 ABGB – die Gefährdung des Kindeswohls – zutreffen, der Obsorgeberechtigte demnach die elterlichen Pflichten subjektiv gröblich vernachlässigt oder wenigstens objektiv nicht erfüllt oder vernachlässigt hat. Dieser typische Grund für die Rechtfertigung einer Entziehung oder Einschränkung der Obsorge iSd § 176 ABGB ist demnach dann gegeben, wenn der das Kind betreuende Elternteil seine Erziehungspflichten vernachlässigt, seine Erziehungsgewalt missbraucht oder den Erziehungsaufgaben nicht gewachsen ist. Dieser typische Rechtfertigungsgrund für eine Entziehung oder Einschränkung der Obsorge scheidet hier, wie die Vorinstanzen zur erkennen, aus. An der Fähigkeit der RMWerberin, ihr Kind ordentlich zu betreuen und zu erziehen, ist nach den Verfahrensergebnissen nicht zu zweifeln, und es fehlen auch An-