

# Rechtspanorama

MONTAG, 9. JÄNNER 2012 /// DIEPRESSE.COM/RECHTSPANORAMA

**WinCaus.net**  
 DER ELEKTRONISCHE AKT  
 DIE DOKUMENTENVERWALTUNG  
 EDV 2000 • www.edv2000.net  
 +43 1 812 67 68-0 office@edv2000.net

## Faul im Kern: St. Pölten muss nach tödlichem Baum-Fall zahlen

**Sturmschaden.** Der Oberste Gerichtshof hat in letzter Instanz bestätigt, dass die Stadt ihrer Pflicht zur Kontrolle alter Bäume nicht nachgekommen ist.

VON BENEDIKT KOMMENDA

[WIEN] Als im März 2008 das Sturmtief „Emma“ über Niederösterreich wütete, ereignete sich einer der tragischsten Unfälle in der Josefstädter Straße in St. Pölten: Eine 20 Meter hohe, alte Pyramidenpappel stürzte im orkanartigen Wind um und krachte auf einen fahrenden BMW 318i Cabrio. Die Beifahrerin und Lebensgefährtin des Lenkers starb, drei weitere Insassen – darunter ein kleines Kind – erlitten unter anderem schwere Kopfverletzungen. Das juristische Nachspiel hat jetzt eine wichtige Zwischenetappe genommen: Der Oberste Gerichtshof hat in letzter Instanz bestätigt, dass die Stadt St. Pölten als ehemalige Besitzerin des Baumes für die Schäden haftet. In welcher Höhe, muss jetzt noch festgestellt werden.

Bäume sind zwar keine Bauwerke, was jedoch Schäden durch um- oder herabstürzende Teile betrifft, werden sie den Gebäuden gleich gehalten. Und das bedeutet: Der Besitzer unterliegt einer verschärften Haftung (nach § 1319 ABGB). Begründet wird das damit, dass er – ähnlich dem Hausbesitzer – einen mangelhaften Zustand früher erkennen und dagegen Abhilfe schaffen kann. Dieses Können zieht ein Müssen nach sich. Ein Müssen, das für eine Gemeinde kostspielig sein kann; daran ändern nach dem nun rechtskräftigen Teilurteil jedoch „allfällige budgetäre Einschränkungen“ nichts, wie sie von der beklagten Stadt ins Treffen geführt wurden.

Die Haftung für Bauwerke – und Bäume – ist nach der Rechtsprechung eine Verschuldenshaftung mit einer teilweise umgekehrten Beweislast: Der Geschädigte muss beweisen, dass der Mangel im Bau(m) den Schaden verursacht hat, der Besitzer hingegen muss nachweisen, dass er alles vernünftigerweise Mögliche getan hat, um die Umgebung vor Schäden zu bewahren.

Genau das aber konnte St. Pölten nicht beweisen. Der Baum,

dessen Kernholz sich im zerborstenen Zustand als von der Wurzel bis hinauf in die Starkäste als faul erwies, war seit Jahren nicht fachmännisch begutachtet worden; und das, obwohl er mit geschätzten 80 Jahren bereits ein für eine Pappel hohes Alter erreicht hatte und überdies nahe einer stark frequentierten Straße stand.

Angesichts dieses Alters und dieses Standorts hätte der Baum aus Sachverständigensicht alle sechs Monate begutachtet werden müssen. Eine ÖNORM zum Thema Baumpflege (L 1122) sieht in diesem Zusammenhang einen Baumkataster vor, in dem die regelmäßigen Kontrollen festgehalten werden sollten. Tatsächlich

führt St. Pölten mit seinen rund 12.000 Bäumen einen solchen Kataster; der innerlich tote und äußerlich tödliche Baum hat aber bis zu seinem jähen Ende nie Eingang in den Kataster gefunden. Warum,

das kann Martin Wandl nur vermuten. Wandl ist Rechtsanwalt in St. Pölten und Vertreter des damals schwer verletzten Lenkers und dessen mittlerweile an Krebs verstorbenen Mutter (beide klagten die Stadt auf Zahlung von 135.852,50 Euro). Das Grundstück mit dem Baum gehört der Kirche und wurde erst im Jahr 2000 der Stadt zur Nutzung – und Pflege der Bäume – überlassen. „Das scheint im Magistrat nicht durchgesickert zu sein“, sagt Wandl. Er spricht von einem „Organisationsverschulden“ der Stadt.

### „Organisationsverschulden“

Ein solches ortete auch das Oberlandesgericht Wien. Die „erste Reihe“ der Bäume entlang der Josefstädter Straße sei nämlich überprüft worden, die zweite mit der alten Pappel aber nicht, obwohl sie mit ihren 20 Metern Höhe nur höchstens sechs Meter von der Fahrbahn (und vier Meter vom Gehsteig und einer Bushaltestelle) entfernt stand. Das Erstgericht, so schloss das OLG, sei „zutreffend zum Ergebnis gelangt, dass die Beklagte nicht alle zur Abwendung der Gefahr erforderliche Sorgfalt angewendet hat, weil der

Baum noch keiner Untersuchung entsprechend der ÖNORM L1122 unterzogen worden war, obwohl er an einer stark frequentierten Straße stand und schon aus diesem Grund seine Verkehrssicherheit bevorzugt zu kontrollieren gewesen wäre“ (12 R 40/11g).

Die Landeshauptstadt konnte nicht beweisen, dass der gefährliche Zustand des Baumes bei einer ordnungsgemäßen Kontrolle nicht bemerkt worden wäre, und das genügt angesichts der umgekehrten Beweislast für eine Haftung. Auch mit ihrem Mitverschuldenseinwand drang die Landeshauptstadt nicht durch: Sie hatte den Klägern vorgeworfen, trotz der Sturmwarnungen am Vortag und am Tag des Unglücks zu einer Spazierfahrt im Cabrio aufgebrochen zu sein. Weil die Mitfahrenden ganz unterschiedliche Aussagen über den Zweck der Fahrt machten, ließ sich dieser Vorwurf aber nicht erhärten – und auch das geht nach der Beweislastverteilung zulasten der Beklagten. Der von St. Pölten angerufene OGH konnte im Urteil keine „krasse Fehlbeurteilung“ erkennen: Er wies die außerordentliche Revision zurück (2 Ob 203/11h).

## Ast krachte in Garten: „Unterlassung“ kann aktives Tun erfordern

**Nachbarstreit um Bäume.** Eigentümer kann mit Urteil zu Baumpflege gezwungen werden, entschied der Oberste Gerichtshof.

[WIEN/KOM] Vergleichsweise glimpflich verlief ein Astabbruch an der Grenze zwischen zwei Grundstücken in Vorarlberg, deren Eigentümerinnen allerdings nicht weniger intensiv stritten als St. Pölten mit den durch einen Sturmschaden verletzten Autoinsassen (s. oben): Ein offenbar abgestorbener, 15 Meter langer Ast löste sich von einer Stieleiche und krachte auf das Nachbargrundstück. Glücklicherweise war dabei nur Sachschaden an einer Mauer zu beklagen. Doch die Eigentümerin der Liegenschaft getraute sich angesichts weiteren bedrohlichen Überhangs nicht mehr, das Grundstück in diesem Bereich zu benützen. Sie klagte ihre Nachbarin auf Beseitigung des Überhangs – und erhielt auch vom Obersten Gerichtshof recht.

Das ist insofern bemerkenswert, als das ABGB primär Unterlassungsansprüche vorsieht, um

den Frieden zwischen Nachbarn zu sichern: Wer sich durch Immissionen des Nachbarn gestört fühlt, kann diesen auf Unterlassung klagen. Bäume haben es aber so an sich, dass sie von selbst wachsen – ein Vorgang, den der Nachbar schwerlich unterlassen kann.

Nun gibt es zwar das Selbsthilferecht: Demnach kann jeder Eigentümer unter anderem die über seinen Luftraum hängenden Äste (fachgerecht) abschneiden; das ist

bei größeren Kalibern aber weder einfach noch ungefährlich.

Kann man also den Nachbarn, von dessen Grund die Äste kommen, und der sich offenkundig nicht um die schon aus Sicherheitsgründen nötige Baumpflege kümmert, zum Handeln zwingen? Man kann. Der Oberste Gerichtshof hat schon früher einen Beseitigungsanspruch in Fällen bejaht, als Nachbarn fremde Mauern als Rankhilfe für Kletterpflanzen be-

nützt hatten. Auch im vorliegenden Fall sind nach dem Urteil des Höchstgerichts die Voraussetzungen für die Zuerkennung eines Beseitigungsanspruchs erfüllt: „Nach den Verfahrensergebnissen birgt der Überhang erhebliche Gefahr für Sachschäden und für Leib und Leben. Der davon betroffene Grundstücksteil der Klägerin ist für die ortsübliche Benutzung (Aufenthalt im Garten) deshalb unbrauchbar und kann – wie sich aus den

Feststellungen der Vorinstanzen unzweifelhaft ergibt – von der Klägerin als Eigentümerin nicht genutzt werden.“ Indem die beklagte Nachbarin durch Unterlassen baumpflegerischer Maßnahmen den gefährlichen Zustand aufrecht erhält, greift sie weiterhin widerrechtlich in das Nutzungsrecht der Klägerin ein. Die Klägerin kann die Beseitigung konkret bezeichneter gefährlicher Äste und Bäume verlangen, so der OGH (4 Ob 43/11h).



[Illustration: Vinzenz Schüller]



## Krankentransport



## NoVA-Befreiung erweitert

Der Verwaltungsgerichtshof erweitert die Anwendung einer gesetzlichen Befreiung von der Normverbrauchsabgabe (NoVA). Sie gilt für Fahrzeuge, die „für Zwecke der Krankenbeförderung und im Rettungswesen“ verwendet werden. Der unabhängige Finanzsenat, Außenstelle Innsbruck, wollte die Befreiung einem Verein vorenthalten, der vier Kleinbusse zum Transport von Behinderten angeschafft hatte. Begründung: Die Fahrzeuge seien nicht speziell wie Rettungs- oder Krankentransportautos ausgestattet. Darauf kommt es laut VwGH aber gar nicht an, sondern nur auf die konkrete Verwendung zur krankheitsbedingten Beförderung (2011/16/0088).

[Michaela Bruckberger]

## Vorsorge auf Steuerzahlers Kosten

**Rückstellungen.** Unternehmen lukrieren jährlich ein Prozent ihrer Rückstellungen für drohende Schäden oder Verbindlichkeiten als Zinsgewinn. Grund: die Steuerstundung.

VON WERNER DORALT

[WIEN] Rückstellungen können in der Steuerbilanz bereits dann gebildet werden, wenn ein Schaden bzw. eine Verbindlichkeit erst droht. Dagegen sind in den USA, aber auch in verschiedenen anderen Staaten Rückstellungen für erst drohende Verbindlichkeiten in der Steuerbilanz grundsätzlich ausgeschlossen, und das aus gutem Grund: So zwingend Rückstellungen in der Unternehmensbilanz zum Gläubigerschutz gebildet werden müssen, führen sie in der Steuerbilanz zu erheblichen Steuerstundungseffekten mit einem entsprechenden Zinsvorteil für das Unternehmen. Allein aufgrund der Rückstellung mindert sich der Schaden quasi „von selbst“, allerdings auf Kosten des Fiskus, das heißt auf Kosten der anderen Steuerzahler: So reduziert sich ein in der Steuerbilanz rückgestellter Schaden von 100.000 Euro innerhalb von zehn Jahren auf 90.000 Euro, ohne Zinseszinsen gerechnet (mit Zinseszinsen sind es rund 88.000 Euro).

## Beträchtliche Auswirkungen im Budget

Die budgetären Auswirkungen sind beträchtlich, Rückstellungen in Höhe von 20 bis 25 Prozent der Bilanzsumme gelten keineswegs als Ausnahme.

Der Nachweis für den Steuervorteil ist leicht zu führen: Für einen in zehn Jahren drohenden Schaden von angenommen 120.000 Euro wird nach der geltenden Rechtslage in der Steuerbilanz eine Rückstellung in Höhe von 80 Prozent angesetzt, das sind rund 100.000 Euro. Bei einer Körperschaftsteuer von 25 Prozent kürzt sich daher die Steuerbelastung um 25.000 Euro. Bis zum Schadenseintritt in zehn Jahren zu einem Zinssatz von vier Prozent veranlagt, ergibt sich daraus ein Zinsgewinn von jährlich 1000 Euro, in zehn Jahren sind es 10.000 Euro. Bis zum tatsächlichen Scha-

denseintritt reduziert sich damit der in der Steuerbilanz mit 100.000 Euro rückgestellte Schadensbetrag auf Kosten des Fiskus auf 90.000 Euro, sowohl Zinsen als auch Schäden vor Steuern gerechnet.

Mit anderen Worten: Genau ein Prozent der in der Steuerbilanz rückgestellten Beträge schenkt der Fiskus Jahr für Jahr als Zinsgewinn aus der Steuerstundung dem Unternehmen. Noch einfacher dargestellt: Man nimmt den in der Steuerbilanz rückgestellten Betrag, streicht die beiden letzten Stellen (ergibt ein Prozent) und kann damit den Zinsvorteil aus der Bilanz direkt ablesen.

Pro 100 Mio Euro Rückstellungen in den Steuerbilanzen fehlen dem Fiskus Jahr für Jahr 25 Mio. Euro in der Staatskassa.

Der Gesetzgeber hat das Problem zwar erkannt und lässt deshalb die Rückstellung in der Steuerbilanz nur mit 80 Prozent ihres eigentlichen Werts als pauschale Abzinsung zu. Allerdings kann eine Abzinsung, ob pauschal oder genau berechnet, den Steuerausfall aus der Rückstellung nur vermindern, aber nicht beseitigen: Jede, auch die abgezinste Rückstellung fehlt in Höhe von 25 Prozent in der Staatskassa und führt beim Unternehmer zu einem Zinsvorteil von einem Prozent jährlich.

Unternehmungen mit hohen Rückstellungen haben damit gegenüber anderen Unternehmungen einen erheblichen Steuervorteil oder, mit anderen Worten, einen Wettbewerbsvorteil: Unabhängig, ob der Schaden überhaupt eintritt, bzw. bevor der Schaden eintritt, subventioniert der Fiskus bereits das Unternehmen – je länger die Zeitspanne, desto mehr. Am schönsten für das Unternehmen ist es, wenn der drohende Schaden am Ende doch nicht eintritt: Der Zinsgewinn aus der Steuerstundung bleibt ihm auf jeden Fall.

Ein verfassungsrechtliches Gebot, Rückstellungen auch im Steuerrecht anzuerkennen, sieht der VfGH nicht – im Gegenteil: Es würde durchaus dem Sachlichkeitsgebot entsprechen, „sämtlichen Rückstellungen die Anerkennung zu versagen“ (VfGH 9.12.1997, G 403/97). Betont kritisch sieht das deutsche Bundesverfassungsgericht die Zinsen- und Liquiditätsvorteile von Rückstellungen: „Solche Wirkungen entsprechen nicht dem Ziel der steuerrechtlichen Anerkennung von Rückstellungen“; das handelsrechtliche Vorsichtsprinzip für die Bildung von Rückstellungen in der Steuerbilanz lässt sich nicht als „eine steuergerechte Lastenverteilung deuten“ (BVerfG, 12.5.2009, 2 BvL 1/00).

In der Tat stellt sich die Frage, warum der Fiskus z. B. Pensionszusagen an Vorstandsmitglieder von Banken bis zur Pensionierung Jahr für Jahr mit einem Prozent der Rückstellung mitfinanzieren muss. Bei Fahrzeugen trägt der Fiskus bei einer zehn-

jährigen Rückstellungsdauer rund zehn Prozent der Entsorgungskosten.

Will man aus den angeführten Überlegungen Rückstellungen in der Steuerbilanz verbieten, wäre allerdings ein entsprechender Verlustrücktrag erforderlich: Reicht der Gewinn im Schadensjahr nicht aus, um den Aufwand abzudecken, muss der Verlust auch mit früheren Gewinnjahren ausgeglichen werden können. Eine faire Lösung: Es gibt dann keinen Vorteil für den Unternehmer, den die anderen Steuerpflichtigen tragen müssen.

Der Steuervorteil aus den Rückstellungen wird an sich kaum bestritten; er wird aber mit dem „Realisationsprinzip“ gerechtfertigt: Der drohende Schaden realisiert sich nicht erst im Zeitpunkt des tatsächlichen Schadenseintritts, sondern bereits in dem Jahr, in dem der Schaden seine Ursache hat. Die richtige Periodenabgrenzung zwingt zum Ausweis der Rückstellung bereits in diesem Jahr. Wird der Unternehmer etwa wegen Schadenersatz geklagt, dann müsse er dies in der Bilanz daher sofort berücksichtigen und dürfe nicht warten, bis er vom Gericht dazu verurteilt worden ist.

## Zweifelhafte Rechtfertigung

Diese Rechtfertigung für die Rückstellung ist gewiss für die Unternehmensbilanz richtig, in der Steuerbilanz gibt es aber nicht nur das Realisationsprinzip und das Periodenprinzip, dort gilt auch das Leistungsfähigkeitsprinzip. Das Leistungsfähigkeitsprinzip steht aber in der Steuerbilanz höher als alle anderen Prinzipien und rechtfertigt keinen Steuervorteil auf Kosten der anderen Steuerpflichtigen. Zwar beruft sich auch das Realisationsprinzip auf das Leistungsfähigkeitsprinzip, bezieht dabei aber den Stundungseffekt nicht mit ein. Auch das Leistungsfähigkeitsprinzip lässt sich unterschiedlich interpretieren.

Vor allem aber würde dem Realisationsprinzip und dem Periodenprinzip durch den oben erwähnten Verlustrücktrag ausreichend entsprochen: Der Verlustrücktrag stellt sicher, dass der Verlust bei Bedarf bis zum Jahr der Verursachung rückverrechnet werden kann. Der Verlustrücktrag tritt damit an die Stelle des Periodenprinzips, erfüllt also die gleiche Funktion wie das Periodenprinzip, vermeidet aber den Steuerstundungseffekt. Genau den Stundungseffekt der Rückstellung hat man aber auch in den USA als Widerspruch zum Leistungsfähigkeitsprinzip erkannt und verbietet deshalb – wie eingangs erwähnt – Rückstellungen in der Steuerbilanz.

Der Autor ist em. Univ.-Prof. an der Universität Wien. Eine Langversion seines Beitrags erscheint demnächst in der Zeitschrift „Recht der Wirtschaft“.

## Notar zweigte Steuer ab: Konkurs

**Klienten geschädigt.** Ein Wiener Notar wurde wegen dubioser Vorgänge suspendiert. Sein Nachfolger muss sich nicht um Geschädigte kümmern.

VON PHILIPP AICHINGER

[WIEN] 9300 Euro sollte eine Frau im Zusammenhang mit einem Wohnungskauf auf ein Konto überweisen, das ihr vom Notar genannt wurde. Der Notar aber machte keine Anstalten, das Geld wie ausgemacht für die Grunderwerbssteuer und die Eintragungsgebühr zu verwenden – obwohl auf dem Konto insgesamt mehr als 500.000 Euro lagen. Die Frau musste schlussendlich die Summe noch einmal begleichen. Nachdem sich mehrere Leute bei der Notariatskammer über die Geschäftsgebarung des Notars beschwert hatten, wurde der Notar suspendiert und ein Notariatskandidat vorläufig zum Substituten bestellt. Dieser konnte aber auch nicht die Abgabepflichten erfüllen, um die sich der andere Notar gedrückt hatte, weil auf dem Konto nicht mehr ausreichend Geld übrig war. Zudem wurde über den des Amtes enthobenen Notar der Konkurs eröffnet, das Gericht ordnete schließlich an, dass das Unternehmen geschlossen werden muss.

Der Substitut aber wurde nun fix zum Notar bestellt. Die Kammer bat ihn zwar, die Akten des Vorgängers aufzuarbeiten und zu überprüfen. Daran war der neue Notar aber

nicht interessiert. Beim Masseverwalter meldeten sich indes immer mehr Klienten des ehemaligen Notars. Um die Ansprüche zu prüfen, müsste man die 5000 bis 7000 Akten aufarbeiten, die in den vergangenen fünf Jahren angefallen waren. Der neue Notar war aber um Abgrenzung bemüht: Er eröffnete seine Kanzlei an einer anderen Adresse und übernahm kein Personal des Vorgängers.

Die Frau, die beim Wohnungskauf um ihr Geld geprellt wurde, klagte nun den neuen Notar. Dieser solle ihr über das Treuhandkonto Rechnung legen, insbesondere darüber, was mit ihrem Geld passiert sei. Zudem verlange sie, dass die von ihr einbezahlte Summe zurückgezahlt werde. Der Notar betonte, seine einzige Verbindung zum Vorgänger sei jene, dass durch dessen Ausscheiden eine Stelle frei geworden sei.

Alle Instanzen bis zum Obersten Gerichtshof entschieden gegen die Frau: Der neue Amtsinhaber sei nur allgemein zu einem neuen Notar ernannt worden. Er habe sich niemals – auch nicht gegenüber der Kammer – verpflichtet, Akten des Vorgängers aufzuarbeiten. Und für das einstige Treuhandkonto sei inzwischen allein der Masseverwalter zuständig (1 Ob 198/11s).

## RECHTSPANORAMA AM JURIDICUM



© Stockphoto

## MEHR SICHERHEIT DURCH MEHR ÜBERWACHUNG?

Der Amoklauf von Lüttich gibt der Diskussion über Pläne des Innenministeriums neue Nahrung: Die Polizei soll im Rahmen der „Erweiterten Gefahrenerforschung“ künftig auch Einzelpersonen präventiv überwachen können und nicht nur verdächtige Gruppen. Die Ermittlungsmethoden sollen ebenfalls ausgebaut werden. Ab 1. April werden Kommunikationsdaten verdachtsunabhängig auf Vorrat gespeichert. Wird Österreich durch ein Mehr an Kontrolle sicherer?

## Diskutierende

**Manfred Burgstaller**, Rechtsschutzbeauftragter beim Innenministerium  
**Bernd-Christian Funk**, Verfassungsrechtler an der Universität Wien  
**Peter Gridling**, Direktor des Bundesamts für Verfassungsschutz und Terrorismusbekämpfung  
**Walter Grosinger**, Legist im Innenministerium  
**Elisabeth Rech**, Vizepräsidentin der Rechtsanwaltskammer Wien  
**Wolf Szymanski**, Sektionschef i. R. des Innenministeriums

## Moderation

**Benedikt Kommenda**, „Die Presse“

## Zeit und Ort

Montag, 16. Jänner 2012, 18 Uhr  
 Dachgeschoß im Juridicum, Schottenbastei 10–16, 1010 Wien

## Eintritt frei

Anmeldung bis 13. Jänner 2012  
 unter [leservorteile@diepresse.com](mailto:leservorteile@diepresse.com).  
 Eine Veranstaltung der „Presse“ und der Wiener Rechtswissenschaftlichen Fakultät.



DiePresse.com



# Lesben: Keine gemeinsame Obsorge

**Kinder.** Eine Frau ließ sich im Ausland künstlich befruchten und wollte sodann gemeinsam mit ihrer Freundin in Österreich das Sorgerecht ausüben. Keine Chance, sagt der OGH.

VON PHILIPP AICHINGER

[WIEN] Wenn der Oberste Gerichtshof zuletzt schon beim Thema Samenspende den Lesben entgegenkommen wollte, dann vielleicht auch beim Sorgerecht. Das dachten sich zwei homosexuelle Frauen, die den Weg bis zum Höchstgericht beschritten. Eine der beiden Österreicherinnen hatte sich in Dänemark mit dem Samen eines anonymen Spenders befruchten lassen. Zurück in Österreich wollte die junge Mutter die Fürsorge für das Baby mit ihrer Freundin teilen. Das Paar beantragte das gemeinsame Sorgerecht.

Das erstinstanzliche Bezirksgericht Wien-Donaustadt weigerte sich aber, dieses Vorhaben zu genehmigen. Die gemeinsame Obsorge könne nämlich nur den leiblichen Eltern eingeräumt werden, nicht aber Stiefeltern. Diese dürften erst dann als Vormund eingesetzt werden, wenn der leibliche Elternteil die Berechtigung dazu verliert. Hier aber habe die Mutter des unehelich geborenen Kindes das Sorgerecht inne. Dazu kommt, dass ein gemeinsames Sorgerecht im Gesetz selbst dann nicht vorgesehen ist, wenn Personen eine eingetragene Partnerschaft begründet haben. Diese Regel müsse dann auch für Homosexuelle gelten, die ihre Beziehung in einer „nicht institutionellen Lebensgemeinschaft“ führen. Das Wiener Landesgericht für Zivilrechtssachen bestätigte das Urteil. Es sei ausgeschlossen, dass einem sogenannten Pflegeeltern gemeinsam mit dem leiblichen Elternteil das Sorgerecht für das Kind eingeräumt werde. Selbst bei Eheleuten (Mann und Frau) sei eine derartige Regelung nicht vorgesehen, wenn einer der Partner ein Kind aus einer früheren Beziehung einbringt. Daher könne diese Regel auch für Homosexuelle ihre Wirkung entfalten, ohne dass diese diskriminiert wären. Der Rekurs an den Obersten Gerichtshof (OGH) sei aber zulässig, weil es zu dieser Rechtsfrage bisher nur ein einziges höchstgerichtliches Urteil gebe und die Gesetze seither mehrfach novelliert worden seien.

So wurden die Verpflichtungen gegenüber Stiefkindern verschärft. Seit 2010 gilt etwa, dass man alles tun muss, um das Wohl von Kin-



Mutter-Mutter-Kind: Dafür gibt es keine rechtliche Grundlage, sagt der OGH. [Stockphoto]

dern zu schützen, die mit einem im selben Haushalt wohnen. Dies gilt somit auch für bloße Lebensgefährten des leiblichen Elternteils. Zudem erinnerten die Lesben ausdrücklich daran, dass der OGH beim Verfassungsgerichtshof (VfGH) beantragt hatte, das geltende Verbot der Samenspende für

Lesben in Österreich zu kippen. Das Verbot verstößt laut OGH gegen das Recht auf Familienleben.

Die Entscheidung des VfGH steht zwar noch aus, aber wenn der OGH schon meine, dass die Fortpflanzungsmedizin Lesben offenstehen müsse, dann müsse er konsequenterweise auch für die

gemeinsame Obsorge für das Kind sein, argumentierten die Frauen. Irrtum, meinten die Höchstrichter, das seien rechtlich betrachtet zwei Paar Schuhe. Selbst wenn sich die Frau erst nach Absprache mit ihrer Freundin befruchten haben lassen sollte, würde dies an den geltenden Regeln zum Sorgerecht nichts ändern.

## Verbot menschenrechtskonform

Auch aus den vergangenen Novellen im Familienrecht könnten die beiden Frauen nichts gewinnen. Der Gesetzgeber habe nämlich trotz aller Neuerungen selbst bei Eheleuten bewusst keine gemeinsame Obsorge vorgesehen, wenn einer der Partner das Kind in die Ehe miteingebracht hat. Für Homosexuelle finde sich im Gesetz über die eingetragene Partnerschaft zudem noch ein klares Verbot, das Kind des Partners zu adoptieren. Diese Regelungen würden auch nicht der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) widersprechen. Es gebe kein Recht darauf, die Obsorge für ein Kind zu erlangen, das nicht von einem selbst stamme, betonte der OGH (7 Ob 124/11b).

Bei der Samenspende hingegen hatte der OGH mit Verweis auf die EMRK eine Aufhebung des Verbots für Lesben beim VfGH beantragt. Der VfGH, der als einziges Gericht Gesetze aufheben kann, ist aber bei seinem Urteil nicht an die Erwägungen des OGH gebunden.

# Neue Vorlage zur Zwangspension

**Sind auch Verträge illegal, die vor EU-Beitritt geschlossen wurden?**

[WIEN/AICH] Ein österreichischer Arbeitgeber darf Frauen nicht mit 60 in Pension schicken, wenn Männer noch bis zum Alter von 65 Jahren arbeiten dürfen. Das geht aus dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) zum Fall der Innsbrucker Ärztin Kleist (C-356/09) hervor. Zuvor hatte der Oberste Gerichtshof (OGH) in Wien den Fall den EU-Richtern vorgelegt. Nun erhalten die Luxemburger Richter wieder Post vom OGH zum Thema Pension.

Denn in einem Fall sind neue Fragen aufgetaucht. Diesmal geht es um die Dienstordnung (DO) der niederösterreichischen Landes-Landwirtschaftskammer. Die DO wurde Teil des individuellen Arbeitsvertrags. Darin heißt es, dass das Dienstverhältnis bei Frauen automatisch mit 60, bei Männern mit 65 endet. Im Fall Kleist hingegen musste der Arbeitgeber extra kündigen, zudem ging es dort um den Kollektiv-, nicht um den Arbeitsvertrag. Dazu kommt, dass im aktuellen Fall der Vertrag vor dem EU-Beitritt Österreichs geschlossen wurde. Nun stellt sich die Frage, inwieweit das EU-Recht auch hier Geltung entfaltet (8 Ob A 63/10p).

[www.fuith.eu](http://www.fuith.eu)

## Auf einen Blick

**Die Novellen** im Familienrecht ändern nichts daran, dass Lesben kein gemeinsames Sorgerecht über ein Kind erlangen können, das eine der Frauen auf die Welt gebracht hat. Das entschied der Oberste Gerichtshof (OGH). Die Regelung diskriminiere Homosexuelle nicht und verstoße nicht gegen die Menschenrechtskonvention. Die Lesben hatten auch deswegen auf Unterstützung des OGH gehofft, weil dieser zuletzt die Samenspende für Lesben in Österreich erlauben wollte (das letzte Wort liegt hier beim Verfassungsgerichtshof). Samenspende und Sorgerecht seien aber unterschiedlich zu beurteilen, so der OGH.

**BAKER & MCKENZIE**

Expertenkreis  
Übernahmerecht –  
Aktuelle Entscheidungen  
31. Januar 2012 | 18.00 Uhr | Wien

Gastvortrag  
Univ.-Prof. Dr. Martin Winner  
Wirtschaftsuniversität Wien, Übernahmekommission

Referenten  
Dr. Mario Gall, LL.M.  
Mag. Stefan Arnold, M.Jur.  
Baker & McKenzie  
Diwok Hermann Petsche Rechtsanwälte GmbH

Anmeldeschluss ist der 24. Januar 2012

Kontakt und Anmeldung  
Baker & McKenzie  
Diwok Hermann Petsche Rechtsanwälte GmbH  
Mag. Verena Asen, Schottenring 25, 1010 Wien  
Tel.: +43 (0) 1 24 250 243, Fax: +43 (0) 1 24 250 600  
verena.asen@bakermckenzie.com

# Scheidung auf Iranisch: OGH anerkennt Urteil nicht

**Eherecht.** Zwei Instanzen wollten das ausländische Urteil anerkennen, Höchstgericht akzeptiert „Verstoßung“ nicht.

[WIEN/AICH] Das iranische Recht beinhaltet manche Eigenheiten: So kann sich ein Mann immer scheiden lassen, er muss die Scheidungsformel bloß in Anwesenheit mindestens zweier „gerechter“ (gesetzstreuer) Männer aussprechen. Und es gibt widerrufliche und unwiderrufliche Scheidungen.

Österreichischen Gerichten oblag es, zu klären, ob eine iranische Scheidung hierzulande anerkannt wird. Geklagt hatte eine Iranerin, deren Mann iranisch-österreichischer Doppelstaatsbürger ist. Beide leben vorwiegend in Österreich. Die Ehe war in Teheran geschieden worden. Die Frau stimmte einem Vergleich nicht zu. Das Gericht befand, dass die Frau keinen Anspruch auf die Hälfte des Vermögens hatte. Es erlaubte dem Mann, die von ihm ausgesprochene Scheidung „eintragen“ zu lassen – nach Bezahlung von 14 Goldmünzen als Morgengabe sowie 40

Millionen Ris als Gehaltersatz für vier gemeinsame Ehejahre und 1,5 Millionen Toman an Unterhalt.

In Österreich blitzte die Frau vor dem Wiener Bezirksgericht Innere Stadt und dem Wiener Landesgericht für Zivilrechtssachen ab. Die Frau sei im Iran von einer Anwältin vertreten und rechtlich beraten worden. Es liege zwar eine widerrufliche Scheidung vor. Diese verhindere aber die Anerkennung in Österreich nicht, zumal der Mann laut dem iranischen Recht nur drei Monate und zehn Tage Zeit gehabt hätte, zur Frau zurückzukehren. Diese Zeit sei verstrichen, zudem habe die Frau auch die Scheidung gewollt. Der Oberste Gerichtshof (OGH) widersprach: Es liege eine einseitige Verstoßung vor. Diese widerspreche dem österreichischen Recht fundamental. Die iranische „Privatscheidung“ sei nicht anzuerkennen (6 Ob 69/11g).

**KWR**  
KARASEK WIETRZYK  
Rechtsanwälte GmbH

Mittwoch, 18.1.2012, 17:00 Uhr  
Inhouse-Seminar 103

Der baubegleitende Anwalt -  
Ihr starker Partner bei Ihrem Bauvorhaben

Referenten:  
Dr. Georg Karasek  
Dr. Paul Schmidinger

Die Inhouse-Seminare sind kostenlos und finden in unserer Kanzlei statt. Anmeldungen erbeten bis jeweils 3 Werktagen vor dem Seminar.

T +43 1 24 500 IZD Tower  
F +43 1 24 500 63999 Wagramer Straße 19  
E office@kwr.at 19, Stock, 1220 Wien

## Impressum: Rechtspanorama

Redaktion: Mag. Benedikt Kommenda  
T: 01/514 14-447 F: 01/51414-486  
E-Mail: benedikt.kommenda@diepresse.com  
Dr. Philipp Aichinger T: 01/51414-552  
E-Mail: philipp.aichinger@diepresse.com  
Anzeigen: Robert Kampfer T: 01/51414-263  
E-Mail: robert.kampfer@diepresse.com

Das Rechtspanorama im Internet  
DiePresse.com/rechtspanorama

# UNFUG BLEIBT UNFUG



Vizepräsidentin Dr. Brigitte Birnbaum

Die Koalition ist trotz gegenteiliger Behauptungen unwillig zu sparen. Stattdessen verkauft sie die vorbereitete Einführung von Schenkungs- und Erbschaftssteuern als „Herstellung von Gerechtigkeit“. Es ist dies ein besonders infamer Trick: Mit Gerechtigkeit haben diese Steuern absolut nichts zu tun, sondern nur mit einem gezielten Appell ans Neidgefühl.

Wer im Land mit der unter allen 17 Eurostaaten dritthöchsten Abgabenquote auch nur eine einzige weitere Steuer erhöhen oder neu einführen will, muss aber wohl solche primitiven Emotionen einsetzen. Dies umso mehr, als die beiden Euro-Staaten mit einer höheren Besteuerung – Belgien und Frankreich – alles andere als erfolgreiche Vorbilder sind.

Aber gibt es nicht auch anderswo Erbschaftssteuern? Gewiss – jedoch auch viel niedrigere Einkommensteuern! Nirgendwo in der Nachbarschaft beträgt der Einkommensteuer-Spitzenatz wie bei uns volle 50 Prozent, sondern: 15, 16, 19, 32, 41, 43 oder 45 Prozent. Wobei die 45 Prozent in Deutschland überdies erst ab einem viel höheren Einkommen einsetzen.

Schenkungs- und Erbschaftssteuern besteuern etwas, bei dem die Einkommensteuer schon voll zugeschlagen hat (die Schwarzgelder von Gaunern erwischt man damit ja so oder so nicht). Daher ist es falsch zu behaupten, hier ginge es um unversteuertes Einkommen. Vielmehr werden jene Menschen, die sparsam leben – etwa weil sie ihre Nachfahren gut absichern wollen –, mit diesen geplanten Steuern doppelt bestraft. Wer hingegen egoistisch in Saus und Braus lebt, der entgeht dem – und wird in Einzelfällen sogar noch staatliche Unterstützung erhalten. Diese Steuern werden zwar viele Bürger hart treffen, jedoch in Summe kaum das Defizit verringern können. Denn gleichzeitig werden ja die Finanzämter personell deutlich aufrüsten müssen, um Erbschaften bewerten zu können, jede Wohnung, jeden Schrebergarten, jedes Bild. Hat da nicht jemand gerade von einem Einstellungsstopp für Beamte gesprochen?

Zusätzlich werden diese Steuern zu einem spürbaren Kapitalabfluss führen. Es wird viel weniger Geld aus dem Ausland nach Österreich kommen. Im Land befindliches Geld wird – wie es gerade in Italien und Griechenland passiert – immer häufiger außerhalb von Banken versteckt werden. Auf Grund des Gleichheitsgrundsatzes wird jedenfalls nicht nur jedes Schmuckstück, sondern auch das Eigentum an Unternehmen von der Steuer betroffen sein müssen: Was am Beginn einer Rezession besonders selbstbeschädigend ist.

Wer alle diese indirekten Auswirkungen abschätzt, weiß: Am Schluss wird außer Spesen nichts gewesen sein. Gibt es keinen Minister mehr, der einen Unfug als Unfug zu erkennen imstande ist, und ein lautes „Nein“ sagt?

EINE SERIE DER RECHTSANWALTSKAMMER WIEN  
WWW.RAKWIEN.AT

## Konzession entzogen



## Magistrat zu streng zu Fiaker

Wiens Magistrat hat einer FiakerbetriebsgmbH vorschnell die Konzession entzogen. Deren Geschäftsführerin sei nicht mehr verlässlich genug. Der Magistrat und der Berufungssenat verwiesen auf etliche Verstöße gegen das Fiakergesetz: von der Verunreinigung der Straße über einen mangelhaften Pooh-Bag, die verspätete tierärztliche Untersuchung zweier Pferde, eine kaputte Laterne, Überschreitungen der Betriebszeiten bis zum Fehlen von Deichselsicherungen an zwei von 19 Fiakern. Der Berufungssenat ortete ein erhebliches Erfolgsunrecht, ein Handlungsunrecht von außergewöhnlicher Intensität und einen besonders hohen Grad verwerflicher Gesinnung. Für den VwGH hat die Behörde übers Ziel geschossen. Sie hätte darlegen müssen, dass mindestens zwei schwerwiegende Übertretungen vorliegen oder die Gesamtheit der Verstöße nach Art der Schutzinteressen und Schwere ihrer Verletzung die Frau als unverlässlich erscheinen ließen. Die Vielzahl der Verstöße allein reicht keinesfalls, der Bescheid wurde behoben (2011/03/0147). [Featurebild: APA/Neubauer]

Später Sieg für A1 gegen T-Mobile  
Wien patzte bei Betreiberwechsel

**Auftragsvergabe.** Die Stadt Wien hat vor fünf Jahren einen Mobilfunk-Auftrag rechtswidrig vergeben. Unrichtig muss das aber nicht gewesen sein.

VON BENEDIKT KOMMENDA

[WIEN] Es war einer der größten Mobilfunk-Etats, die vor fünf Jahren auf dem Markt zu holen waren: Die Stadt Wien hatte die Errichtung und den Betrieb eines virtuellen Firmennetzes ausgeschrieben. Gleich zu Beginn sollten 7000 Handys zur Verfügung stehen, der Auftragswert wurde – für vier Jahre ab 1. Jänner 2007 gerechnet – auf 6,5 Millionen Euro geschätzt. Den Zuschlag hatte damals der Netzbetreiber T-Mobile bekommen, der mit dem Kampfpfeis von 3,08 Millionen A1 (damals Mobilkom Austria) aus dem Feld geschlagen und als Handy-Dienstleister der Stadt abgelöst hat. Das Ausschreibungsverfahren war, wie der Verwaltungsgerichtshof (VwGH) nun entschieden hat, fehlerhaft; im Ergebnis falsch muss es deshalb aber nicht gewesen sein. Jedenfalls ist T-Mobile auch heute noch der Netzbetreiber des Rathauses, und A1 kann daran mit rechtlichen Mitteln nichts ändern.

Zurück zur Ausschreibung anno 2006. Die Jagd der Netzbetreiber auf Kunden ist voll im Gange, mit „Gratis“-Tarifen gaukeln sie vor, Mobiltelefonie sei kostenlos. T-Mobile will die starke Dominanz der aus der Post hervorgegangenen Mobilkom brechen und hat es besonders auf deren Großkunden abgesehen. Die Ausschreibung der Stadt Wien ist also besonders interessant.

Prompt unterbietet T-Mobile den Platzhirschen – in einem Ausmaß, dass A1/Mobilkom meint, es gehe nicht mit rechten Dingen zu. Hauptvorwurf: T-Mobile würde bei seinem Angebot mit unrealistischen Preisen arbeiten; schon allein wegen der Kosten, die der Betreiber für Fremdleistungen tragen müsse (z. B. für die Anschaffung der Handys und die Portierung der Nummern), könne sich die Kalkulation unmöglich ausgeben.

Als T-Mobile den Zuschlag erhält, bekämpft die Mobilkom als Zweitgereichte die Entscheidung der

Stadt Wien. Doch der Vergabekontrollsenat findet daran nichts auszusetzen und bestätigt den Zuschlag am 22. Februar 2007. Während T-Mobile schon mit dem Aufbau des Netzes beginnt, geht Mobilkom den Rechtsweg weiter zum Verfassungsgerichtshof. Der lehnt die Beschwerde im September 2007 ab und tritt sie an den VwGH ab.

Dieser hat jetzt der Beschwerde stattgegeben. Denn auch nach Einschätzung des Gerichtshofs hat sich die Stadt zu leichtfertig über die Frage der Preiskalkulation hinweggesetzt. Wien hat zwar angesichts des ungewöhnlich niedrigen Preises eine vertiefte Angebotsprüfung vorgenommen und kam dabei zum Ergebnis, T-Mobile nehme knapp kalkulierte Preise in Kauf, um den Marktanteil zu erhöhen. Auch der Vergabekontrollsenat fand die Preisbildung nachvollziehbar, auch wenn er bloß annahm, dass „jedenfalls im vierten Vertragsjahr“ ein positiver Deckungsbeitrag vorhanden sein werde. Aber: Diese (Ein-)Schätzungen genügen für eine Zuschlagsentscheidung nicht, wie sie nach der VwGH-Rechtsprechung ablaufen soll.

Demnach ist „die Beurteilung der Preisgestaltung auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit in der Regel aus sachverständiger Sicht zu prüfen“, so der VwGH (2007/04/0201).

„Dies gilt insbesondere auch für den vorliegenden Fall, ist doch der Beschwerdeführerin zu folgen, dass die Beurteilung der Kalkulationsgrundlage, insbesondere der Kostenstruktur, von Mobilfunkunternehmen komplexe fachspezifische Fragen aufwirft.“ Zumindest ein oberflächliches Sachverständigengutachten wäre also unbedingt erforderlich gewesen – etwa um zu prüfen, ob der Zuschlagsempfänger den Auftrag nicht gleichsam „kauft“, indem er ihn aus anderen Bereichen quersubventioniert.

## Vertrag bleibt aufrecht

Der VwGH hat die Zuschlagsentscheidung wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben. Am Vertrag der Stadt mit T-Mobile ändert das aber nichts; A1 kann höchstens Schadenersatz verlangen, wobei allerdings noch zu klären wäre, ob die Einholung eines Gutachtens zu einer anderen Entscheidung geführt hätte.

Für Horst Fössl (Singer Fössl Rechtsanwälte), Anwalt von A1, zeigt das VwGH-Erkenntnis eine „strukturelle Schwäche des Rechtsschutzes im Vergaberecht“. Angesichts der kurzen Fristen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge sei die Befassung eines Gutachters meist gar nicht möglich. „Die Schnelligkeit geht hier vor Richtigkeit“, sagt Fössl.



Der Streit um Wiens Mobiltelefone sorgte 2007 für großes Aufsehen.

## LEGAL § PEOPLE

## Branchen-News aus der Welt des Rechts

EINSTEIGER /  
AUFSTEIGER

Mit gleich vier Personalmeldungen starten Wolf Theiss Rechtsanwälte in das neue Jahr: **Naida Custović**, **Ekkehard Dirgger**, **Verena Heffermann** und **Paul Hesse** sind ab sofort als Senior Associates in der auf Wirtschaftsrecht spezialisierten Kanzlei tätig.

Neuigkeiten gibt es auch von Rechtsanwalt **Manfred Ainedter**. Nach der Trennung von seinem langjährigen Partner **Friedrich Trappell** startet er gemeinsam mit seinem Sohn **Klaus Ainedter** als „Ainedter & Ainedter Rechtsanwälte“ neu durch.

Bereits Mitte Dezember 2011 erweiterten Binder Grösswang Rechtsanwälte ihr Tax-Team rund um **Christian Wimpissinger**: **Christoph Urtz**, Steuerrechtsexperte und ab März Leiter des Institutes für Finanzrecht an



Neustart 2012: Klaus und Manfred Ainedter. Foto: Ainedter & Ainedter

der Universität Salzburg, legt seine Beratungsschwerpunkte unter anderem auf Unternehmenssteuerrecht, internationales Steuerrecht, Umstrukturierungen, Finanzstrafrecht sowie auf Abgabenverfahrensrecht.

Die Managing Partnerin von bpv Jádi-Németh in Budapest, **Andrea Jádi-Németh**, wurde bei der Generalversammlung der „American Chamber of Com-



Christoph Urtz, Tax-Anwalt bei Binder Grösswang. Foto: Binder Grösswang

merce in Hungary“ zu deren Vizepräsidentin gewählt. Sie ist eine von nur zwei Frauen und die einzige Anwältin im Board der unabhängigen Organisation.

AWARD /  
DEAL DER WOCHE

Die Rechtsanwaltskanzlei Graf & Pitkowitz durfte sich kurz vor Jahreswechsel über zwei Auszeichnungen freuen. Das Fachma-



Thomas Kulnigg und Alexander Popp, Schönherr. Foto: Schönherr

gazin „Acquisition International“ zeichnete **Otto Wächter** im Bereich Banking & Finance und **Jakob Widner** im Bereich Commercial Law mit dem Legal Award 2011 aus. „Wir freuen uns sehr über diese internationale Auszeichnung, die eine Bestätigung für die Anstrengungen des gesamten Teams der Kanzlei ist. Service, Innovation und Qualität sind unser tägliches Anliegen“, so die beiden Partner.

Der japanische Industriekonzern Sekisui Chemical Co., Ltd. wurde beim Erwerb eines 75-Prozent-Anteils an der Sparte Rohrtechnologie des österreichischen Familienunternehmens Rabmer Holding GmbH von Experten von Schönherr Rechtsanwälte beraten. Hintergrund ist die starke Präsenz von Rabmer in Zentral- und Osteuropa, die Sekisui bei der geplanten Markterschließung helfen soll. Das Schönherr-M&A-Team setzte sich zusammen aus **Alexander Popp** und **Thomas Kulnigg**. Das Due-Diligence-Team wurde von **Jonida Cepani** geleitet und bestand aus rund 30 Juristen aus sechs Ländern. Der Verkäufer wurde durch **Franz Mittendorfer** und **Immanuel Gerstner** von SCWP Schindhelm Österreich vertreten.

## LEGAL § PEOPLE

People & Business ist eine Verlagsserie der Anzeigenabteilung der „Presse“.  
Koordination: Robert Kampfer  
E-Mail: robert.kampfer@diepresse.com  
Telefon: +43 (0) 1/514 14-263