



Fotos: Georgia Sever

Der Verfassungsgerichtshof ist Avantgarde

Minderheitenrechte zwischen Gesetzgebung und Höchstgerichtsurteilen

Elisabeth Holzleithner, Universitätsprofessorin für Rechtsphilosophie und Legal Gender Studies an der Universität Wien, ist international anerkannte Expertin für Fragen der Geschlechtergleichstellung. Gerd Valchars sprach mit der Rechtsphilosophin und Trägerin des Gabriele Possanner-Staatspreises über die Signalpolitik durch Erzeugung von verfassungswidrigen Rechtslagen, das Pingpong zwischen Gesetzgebung und Höchstgerichten und den Verfassungsgerichtshof als Avantgarde.

[Die Höchstgerichte, in Österreich der Verfassungsgerichtshof \(VfGH\), der Gerichtshof der Europäischen Union und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, haben eine wichtige Bedeutung für die Entwicklung der Rechte marginalisierter Gruppen in Österreich. Sehr viele dieser Rechte gehen auf Höchstgerichtsurteile zurück: die zweisprachigen Orts- tafeln, die Notstandshilfe für Nicht- Staatsangehörige und das passive](#)

[Wahlrecht bei der AK-Wahl, die Gleichberechtigung von Lesben und Schwulen bei Ehe und Adoption oder aktuell die dritte Geschlechtsoption. Das sind alles Höchstgerichtsurteile. Was bedeutet das?](#)

Ich würde es ganz gern differenzieren. Häufig erleben wir eine Art Pingpong zwischen Gesetzgebung und Höchstgerichten. Die Gesetzgebung macht eine Vorgabe und hält dabei aus

der Sicht von Betroffenen bestimmte grundrechtliche Verbürgungen nicht ein. Dagegen kann man sich dann vor den Gerichten wehren. Ich halte die Beobachtung für richtig, dass die Gesetzgebung in den letzten Jahren mit grundrechtlichen Verbürgungen in Teilen recht sorglos umgegangen ist – vor allem in Angelegenheiten, wo eine gewisse weltanschauliche Abneigung besteht. Da wurden wirklich sehenden Auges Rechtslagen erzeugt,



bei denen klar sein musste, dass die vor dem VfGH niemals halten werden. Das gilt etwa für Bestimmungen des Asylrechts, die reihenweise aufgehoben wurden. Man hat den Eindruck, die handelnden Akteur*innen in der Gesetzgebung nehmen das in Kauf, um ihre Klientel zu bedienen, indem sie ideologische Duftmarken setzen.

[Gerichte, im speziellen Höchstgerichte, haben den Ruf, eher konservative Einrichtungen zu sein; ihre Funktion besteht ja auch im Bewahren, in der Pflege des Rechts und darin, die Gesetzgebung gegebenenfalls in die Schranken zu weisen. Wenn aber Höchstgerichte restriktive, diskriminierende gesetzliche Regelungen aufheben, dann sind es ausgerechnet diese konservativen Einrichtungen, die progressive Gesellschaftspolitik betreiben. Ein Paradoxon?](#)

Tatsächlich sind Recht und Rechtswissenschaft bewahrende Institutionen. Revolutionen kommen da eher nicht heraus, auch dann nicht, wenn Rechtsbereiche von der Gesetzgebung neu geregelt werden. Und die Höchstgerichte, gerade auch der VfGH, waren nicht immer so progressiv. Die Judikatur zum Gleichheits-

satz mit Blick auf die Geschlechtergleichheit zum Beispiel war bis in die späten 1990er-Jahre hinein – vielleicht nicht reaktionär, das wäre ein zu harsches Wort – aber jedenfalls nicht erfüllt von emanzipatorischer Verve.

Ich habe den Eindruck, dass dieser starke Zug zu einer größeren Grundrechtssensibilität bei den Höchstgerichten heute durch die Entwicklungen in der EU beeinflusst war. Hier hat sich eine große Aufmerksamkeit für Diskriminierung entwickelt. Außerdem scheinen mir die Gerichte heute doch herzhafter mit der Europäischen Menschenrechtskonvention zu argumentieren. Und auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in den letzten zwanzig, dreißig Jahren seine Reichweite stark ausgeweitet – gestützt auf die Argumentation, dass die Europäische Menschenrechtskonvention ein *living instrument* ist, das auf immer wieder neue Herausforderungen entsprechend sensibel eingehen muss.

[Konnten unterschiedliche soziale Gruppen, die von Diskriminierung betroffen waren, gleichermaßen von dieser Entwicklung der Antidiskriminierung profitieren?](#)

Die Entwicklung der Rechte von LGBTIQ*-Personen ist eine ganz erstaunliche Erfolgsgeschichte der letzten zwanzig Jahre. Ich war selbst seit Mitte der 1990er Jahre in der Bewegung; damals gab es ja noch ein Sonderstrafrecht, das bis 1996 „Werbung für gleichgeschlechtliche Unzucht“ oder Vereine, die „gleichgeschlechtliche Unzucht“ begünstigen, kriminalisiert hat. Mühsam hat der VfGH erst 2002 eine Sonderstrafnorm gegen gleichgeschlechtliche sexuelle Handlungen mit Männern unter 18 Jahren aufgehoben. Was sich dann ab 2009 getan hat, das hätten wir damals kaum zu träumen gewagt.

Diese Erfolgsgeschichte von LGBTIQ*-Personen verdankt sich wohl auch ihrer „Vermenschlichung“: dass sie keine gefährlichen und abstoßenden „anderen“ sind, sondern Menschen wie du und ich. Und das hat zu tun mit einer geschickten Politik, die versucht hat, das „Normale“ im homosexuellen anderen zu etablieren. Dann kommt noch dazu, dass die LGBTIQ*-Personen eigentlich nichts anderes wollten als rechtliche Anerkennung im symbolischen Sinn. Etwas, das nichts kostet. Da tut man sich leichter.

Aber dort, wo es nicht nur um Anerkennung geht, sondern auch um Umverteilung, um die Zurverfügungstellung von Ressourcen, da hinkt Österreich ziemlich hinten nach. Gibt es zum Beispiel eine angemessene Kinderbetreuung? Wie ist es mit Integration von Kindern mit Behinderung in der Schule? Bei allem, was etwas kostet, allem, wo größere Einschnitte in liebgewonnene Verfahrensweisen notwendig wären, da ist der Weg zum Erfolg schwieriger.

[In dem vor Kurzem veröffentlichten Erkenntnis zum dritten Geschlecht hält der VfGH wörtlich fest, dass der Begriff des Geschlechts im Gesetz so allgemein gehalten ist, „dass er sich ohne Schwierigkeiten dahingehend verstehen lässt, dass er auch alternative Geschlechtsidentitäten miteinschließt“. Das wirkt tatsächlich sehr progressiv und unaufgeregt. Ist der VfGH hier näher an der Bevölkerung dran als die Politik?](#)

Der VfGH ist hier Avantgarde. Aber ich glaube, dass man der Bevölkerung durchaus schmackhaft machen kann, dass es eine dritte Option bei der Geschlechterkategorisierung geben soll, auch wenn vielleicht eine Umfrage keine spontane emphatische Zustimmung zeigen würde. Da gibt es eben auch sehr viel Unwissen und angstvolle Abwehr. Aber ich will der österreichischen Bevölkerung hier nicht unrecht tun. Ich kenne keine Daten.

Anders bei der Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare. Hier gibt es keine Umfrage, die nicht eine Riesenmehrheit für eine Öffnung identifiziert hätte – selbst bei FPÖ-Wähler*innen. Darum war es so unglaublich empörend, dass Bundeskanzler Kurz im Sommergespräch behauptet hat, die österreichische Bevölkerung sei in dieser Angelegenheit gespalten. Das ist sie nicht. Aber damit kann man natürlich auch Stimmung machen.

[So begrüßenswert solche Urteile der Sache nach sind, ist es aus einer demokratiepolitischen Perspektive](#)

[nicht auch ein Problem, wenn so weitreichende gesellschaftspolitische Entscheidungen nicht von der Politik, sondern den Höchstgerichten getroffen werden?](#)

Jein. Ich finde, man sollte die Demokratie nicht auf die Gesetzgebung reduzieren. Die demokratische Gesetzgebung operiert in einem bestimmten Rahmen, der ist auch durch Grundrechte abgesteckt. Es muss ja auch gar nicht sein, dass die Gesetzgebung gezielt Grundrechtseingriffe vorsieht – man schafft bisweilen ein rechtliches Regelwerk nach bestem Wissen und Gewissen. Aber das heißt nicht notwendigerweise, dass alles hundertprozentig im Einklang mit verfassungsrechtlichen Normen, insbesondere mit Grundrechten ist. Nicht zuletzt ändern sich ja auch die Verhältnisse. Daher auch der wichtige Hinweis auf die menschenrechtlichen Verbürgungen als lebendige Instrumente. Gesellschaften ändern sich, Einstellungen ändern sich und manchmal hinkt die Gesetzgebung hinterher.

Das ist aber auch nicht immer so. Manchmal ist die Gesetzgebung durchaus schnell. Beim Schutz vor Gewalt im personalen Nahraum war Österreich mit dem Gewaltschutzgesetz im internationalen Vergleich regelrecht Avantgarde. Da gibt es ein sehr schönes gesetzliches Regelwerk, das auch ganz gut begleitet wurde, unter anderem in einem Zusammenspiel von Exekutive und Gewaltschutzorganisationen – zumindest war das bis zu dieser Regierung so.

Es ist, wie schon gesagt, bisweilen ein Wechselspiel: Die Gesetzgebung hat unterschiedliche Prioritäten, die Gesellschaft ändert sich. Klar, man kann vielleicht sagen, dass es ein Schönheitsfehler ist, wenn in bestimmten zentralen, ideologisch hoch aufgeladenen Fragen der VfGH entscheidet. Das haben manche ja auch im Zusammenhang mit der Eheöffnung argumentiert. Aber im Grunde war diese Entscheidung die logische Folge dessen, dass das Eingetragene-Partnerschafts-Gesetz als blankes Diskriminierungsprojekt angelegt war – und wenn es Zeit ist, wenn sich

so viele Argumente grundrechtlicher Art verdichten, dass es gar nicht anders geht, dann soll und darf das Verfassungsgericht entscheiden.

[Zieht sich die Regierung oder die Gesetzgebung bewusst aus der Politik zurück, gerade bei gesellschaftlich scheinbar so heiklen Themen? Machen wir lieber nichts und lassen die Höchstgerichte entscheiden?](#)

Na ja, ich würde das anders sehen wollen. Bisweilen erzeugt die Gesetzgebung wirklich sehenden Auges verfassungswidrige Rechtslagen, um die eigene Klientel zu bedienen. Dann kann man sagen: Seht her, wir wollen das Gleiche wie ihr, wir haben die Rechtslage genau in eurem Sinn gestaltet, aber bitteschön, der VfGH haut uns immer wieder unser schönes Regelwerk zusammen.

[Geht es da um symbolische Politik? Man weiß, das wird nicht halten, aber man macht es trotzdem mal?](#)

Ich würde es vielleicht etwas anders formulieren, weil die Auswirkungen sind ja ganz manifest. Symbolpolitik ist für mich eine Politik, die mit Symbolen operiert und Probleme nur scheinbar löst. Etwa wenn man sagt, wir haben ein Problem mit der Integration, also verbieten wir das Kopftuch in der Schule. Das ist Symbolpolitik, die mit Scheinlösungen operiert. Ich würde es daher eher als Signalpolitik bezeichnen, mit der man Signale an die eigene Klientel sendet und gleichzeitig wirklich ganz handfest Lebenslagen von Menschen gestaltet, ganze Gruppen von Personen aufgrund von bestimmten Charakteristika benachteiligt, sich die Hände reibt und denkt, so lange das geht, soll es uns recht sein.

[Letztendlich werden die Urteile der obersten Gerichte dann aber in der Regel akzeptiert. Das einzige Negativbeispiel, das mir einfällt, ist die unsägliche Reaktion Jörg Haiders als Landeshauptmann und Gerhard Dörflers als Verkehrslandesrat auf das Ortstafelerkenntnis des VfGH.](#)

Das war wirklich ganz skandalös, noch dazu weil Haider als ehemaliger Assistent am Institut für öffentliches Recht natürlich genau gewusst hat, was er tut. Sich als Politiker derartig gehässig gegen die verbindliche Verfügung des VfGH zu stellen, war wirklich erschreckend. Und ich halte das auch für demokratiepolitisch und rechtsstaatlich ganz gefährlich. Das ist vielleicht das Einzige, was gefährlich sein könnte, wenn Gerichte zu „avantgardistisch“ agieren, dass es zu einer Art Frontstellung gegen das Verfassungsgericht und zu einem systematischen Unterlaufen und Opponieren gegen solche Verfügungen kommt.

Wobei wir in Österreich ja eine Tradition des lässigen Umgangs mit VfGH-Erkenntnissen haben. Es ist nicht selten passiert, dass der VfGH eine Bestimmung – zum Beispiel wegen Gleichheitswidrigkeit – aufgehoben hat, etwa 1990 das unterschiedliche Pensionsantrittsalter von Männern und Frauen. Und was sagt der Gesetzgeber? „Der VfGH irrt, wir gestalten die Verfassung um.“

Das ist eine in der Vergangenheit gar nicht selten gepflogene Praxis, die ich aus anderen Staaten nicht kenne. Das war in Österreich möglich zu Zeiten, als Regierungen Verfassungsmehrheiten im Nationalrat hatten. Momentan ist das ja nicht der Fall, weil die Regierungsparteien keine 2/3-Mehrheit im Parlament haben – zum Glück. Sie müssen um andere Parteien werben, und das würden die sich teuer abkaufen lassen bzw. für manche Verfassungseingriffe stehen sie dann eben nicht zur Verfügung. So hofft man jedenfalls, wenn man etwa an die Debatten über die Aufweichung des Verfassungsgesetzes für den Schutz der persönlichen Freiheit denkt, um eine „Präventivhaft“ oder „Schutzhaft“ einzuführen.

[Nach der Öffnung der Ehe für alle durch den VfGH hat das Innenministerium ein Schreiben verschickt, dass schwule oder lesbische Paare in Österreich dennoch nicht heiraten dürfen, wenn einer der Heiratswilligen aus einem Land kommt, in dem es keine Ehe für alle gibt.](#)

Das halte ich für absolut verfassungswidrig! Das ist ja auch so empörend. Wir haben eine Regierung, die es offenbar nicht der Mühe wert findet, einem meines Erachtens verfassungsrechtlich vorgegebenen Bedarf nach rechtlichen Normen nachzukommen. Das gilt zum Beispiel auch für den Wechsel von einer eingetragenen Partnerschaft in eine Ehe. Da gibt es bloß ein Schreiben mit Empfehlungen des Innenministeriums, wonach das möglich sein soll. Allerdings fehlt dafür die gesetzliche Grundlage; es scheint, als wolle die derzeitige Regierung am Thema nicht einmal anstreifen.

Auch das Schreiben des Innenministeriums zur Umsetzung des VfGH-Erkenntnisses zum dritten Geschlecht enthält ganz problematische Vorgaben. Darin werden die Standesämter angewiesen, dass man für die dritte Geschlechtsoption ein medizinisches Attest braucht, und zwar nicht von einem Vertrauensarzt oder einer Vertrauensärztin, sondern von einer bestimmten Stelle im Gesundheitsministerium, einem für „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ zuständigen „Board“, das darüber befinden soll, ob eine solche Variante vorliegt. Damit sollen auch jene ausgeschlossen werden, die keine „körperliche“ Variation vorweisen können – das steht meines Erachtens im krassen Widerspruch zur Entscheidung des VfGH. Noch dazu scheint dieses „VdG-Board“ bislang noch gar nicht eingerichtet worden zu sein. Es ist mir jedenfalls trotz mehrmaligen Nachfragens nicht gelungen, etwas in Erfahrung zu bringen. Im Ergebnis wird es intergeschlechtlichen Personen noch ein bisschen schwieriger gemacht, zu ihrem Recht zu kommen, weil man sich als Wächter über den Anstand mit Blick aufs Geschlecht versteht. Es ist einfach bestürzend und bedrückend, ja geradezu niederträchtig.

[Letztendlich sind die Rechtsunterworfenen für die Rechtshygiene zuständig. Sie müssen ihre Rechte erkämpfen, sie brauchen dazu aber auch erhebliche finanzielle und anwaltliche Ressourcen. Und Ausdauer.](#)

Absolut. Deswegen wird die sogenannte strategische Prozessführung auch zunehmend wichtiger. Helmut Graupner führt das im Bereich der LGBTIQ*-Rechte als Anwalt vor. Und auch im Bereich des Asylrechts gelingt das immer wieder sehr gut. Es gibt zum Glück jede Menge beseelter Anwalt*innen, die sehr versiert sind, entsprechende Fälle durchexerzieren und einen Erfolg nach dem anderen einfahren.

[Rechte werden heute nicht durch Demonstrationen auf der Straße, sondern durch Klagen bei Gericht erkämpft?](#)

Das sehe ich nicht ganz so. Es gibt viele Wege, auf denen Rechte erkämpft werden können. Das Gericht ist ein Weg, und ein ganz wichtiger, weil man auf dem Rechtsweg vor den Gerichten Rechte erstreiten kann, von denen man sagt, sie sind eigentlich aufgrund der grundrechtlichen Lage vorgegeben, die Gesetzgebung ist dem bislang aber nicht nachgekommen, und wir wollen dieses Recht verbürgt und verbrieft haben. Das ist eine Möglichkeit.

Die andere Möglichkeit ist, dass man versucht, den Gesetzgeber zu überzeugen. Die Überzeugungsarbeit kann auf verschiedene Art und Weise geleistet werden und da gehört die Demonstration auf der Straße genauso dazu. Sie wird natürlich nicht ausreichen. Mit einer Demonstration zeigt man mal: Wir sind viele und wir setzen uns für unsere Rechte oder für die Rechte derer, mit denen wir solidarisch sind, auf der Straße ein. Dazu braucht es dann natürlich auch entsprechende Handlungen im Prozess der Gesetzgebung. Das heißt, wenn man in der Politik überzeugen möchte, wird man mit vielen Menschen reden müssen, Lobbyarbeit betreiben, um von minorisierten Anliegen zu überzeugen. Die Straße ist ein Ort, der ein Momentum erzeugen kann, und dann gibt es ganz viel Kleinarbeit, die dann hoffentlich zum Erfolg führt. Das kann lange dauern und dann plötzlich sehr schnell gehen.