

Auszug aus **FORVM** bei **Context XXI**

(<http://contextxxi.org/gleichheitsrecht-und-hochstgericht-4307.html>)

erstellt am: 19. Januar 2020

Datum dieses Beitrags: Juni 1994

Gleichheitsrecht und Höchstgericht

Traktat übers gegenwärtige Legiferieren abseits des Normenmaterials

5. Teil: Refeudalisierung und Resubstantialisierung 1979 bis zur Gegenwart

■ ALFRED J. NOLL

Wir sparen uns im Rahmen dieses Beitrages die detaillierte Nachzeichnung der weiteren Entwicklung und legen unser Augenmerk gleich auf den Beginn der heutigen Gleichheitsjudikatur: Das Erkenntnis vom 31. Jänner 1979 über die Mitgliedschaft familieneigener Arbeitnehmer zu den gesetzlichen Interessenvertretungen im Bereich der Arbeiterkammern. [1]

Der Sachverhalt ist einfach: Mit Bundesgesetz vom 11. Oktober 1978 (BGBl. Nr. 519/1978) hatte der Gesetzgeber die Ehegatten des Betriebsinhabers und Personen, die mit diesem im ersten Grad verwandt oder verschwägert sind, sowohl aus der Arbeitnehmerschaft nach dem Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG) als auch aus der Mitgliedschaft zur Arbeiterkammer ausgeschlossen (für die entsprechenden Verwandten eines Organmitgliedes [Vorstandsmitglied etc.] einer juristischen Person wurde das Gleiche vorgeesehen). Begründet wurde dies im wesentlichen damit, daß die Interessen der nahen Angehörigen des Betriebsinhabers in keiner Weise mit der arbeitsverfassungsrechtlichen Interessenslage der übrigen Arbeitnehmerinnen übereinstimmen würden; daher sei (wie seit jeher etwa im Landarbeitsrecht) die Ausnahme der familieneigenen Arbeitskräfte von der Zugehörigkeit zur Arbeitnehmerschaft im betrieblichen und überbetrieblichen Bereich gerechtfertigt. Der VfGH hatte nun zu entscheiden, ob diese Herausnahme gleich-

heitswidrig ist.

Mit dem angeführten Erkenntnis entschied er, daß es an einer sachlichen Rechtfertigung dafür fehle, den „gesamten Personenkreis“ bzw. die „genannte Personengruppe zur Gänze“ aus dem Betriebsverfassungsrecht bzw. Arbeiterkammerrecht auszunehmen. Diese folge zusammengefaßt vor allem daraus, daß die vom Gesetzgeber getroffene Annahme, daß nahe Angehörige des Unternehmers als Arbeitnehmer interessensmäßig nicht der Arbeitnehmerschaft zuzurechnen seien, in ihrer Allgemeinheit nicht zutreffe.

Wir folgen dem schriftlichen Begründungsversuch des VfGH im einzelnen:

■ Einerseits sei davon auszugehen,

daß das Familienband innerhalb der Familienangehörigen typischerweise - aber durchaus nicht ausnahmslos - eine Interessenparallelität mit sich bringt und daß sich solche Interessenparallelität in erster Linie und vor allem im Gemeinschaftsleben innerhalb des Familienverbandes selbst zeigt, aber auch im Arbeitsrecht und hier insb(esondere) bei Regelung der Betriebsverfassung von Bedeutung sein kann;

— andererseits:

Eine Interessenparallelität des Arbeitgebers und des Personenkreises der zu ihm in einem nahen Angehörigenverhältnis stehenden Arbeitnehmer stellt nicht in so weitem Maße den Regelfall dar, daß ein Interessengegensatz eine zu vernachlässigende Ausnahme be-

deutet.

Daher:

Die im [...] Bericht des Ausschusses für soziale Verwaltung zur Begründung der getroffenen Regelung enthaltene Aussage, daß mit dem Arbeitgeber nahe verwandte Arbeitnehmer interessensmäßig nicht der Arbeitnehmerschaft zuzuordnen seien, ist somit nicht geeignet, eine sachliche Rechtfertigung [...] zu bieten. [...] Die genannten Familienangehörigen sind sowohl von der Anwendung der die Organe der Arbeitnehmerschaft betreffenden organisationsrechtlichen Bestimmungen als auch insb(esondere) der betriebsverfassungsrechtlichen Bestimmungen zum Schutze der Arbeitnehmer (wie Versetzungs-, Kündigungs-, Entlassungsschutz) ausgeschlossen; es handelt sich dabei nicht nur um den Entzug des Schutzes, der durch die angeordnete Einschaltung von Organen der Arbeitnehmerschaft gewährleistet ist, sondern auch um den Entzug von individuellen Rechten [...] Eine solcherart [...] undifferenzierte Regelung ist sachlich nicht gerechtfertigt.

■ Grundsätzlich kann

(d)ie Herausnahme von Personen aus dem betriebsverfassungsrechtlichen und Arbeitnehmerbegriff unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes nur auf Grund von Sachverhalten vorgenommen werden, die infolge ihrer Besonderheiten eine Abweichung von den für die anderen Arbeitnehmer geltenden Regelungen rechtfertigen;

daher vermag

(d)er von der Bundesregierung geltend gemachte Umstand, daß sich aus bestehenden oder bestandenen familienhaften Zusammenhängen bei der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses [...] für nahe Angehörige des Arbeitgebers andere Konsequenzen ergeben als für andere Arbeitnehmer, ebenso wie der Umstand, daß der Betriebsrat bei Handhabung seiner Befugnisse vor Schwierigkeiten stehen könnte, weil er nur die betriebliche Situation, nicht aber familienhafte Zusammenhänge berücksichtigen könne, ferner der Umstand, daß Ehegatten für ihre Mitarbeit außer dem Arbeitsvertrag auch andere Rechtsformen zur Verfügung stehen [...], keine sachliche Rechtfertigung dafür zu bieten, undifferenziert den ganzen Personenkreis aus dem betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff auszunehmen.

(Wie leicht hatte doch der VfGH noch in VfSlg. 3197/1957 unter Hinweis „auf die naturgegebene Tatsache einer engen persönlichen und auch wirtschaftlichen Bindung zwischen den Familienangehörigen“ die differenzierende Regelung des § 5 Abs. 1 Z. 1 ASVG für gleichheitsskonform gehalten!)

- Und überdies könne gerade das Angehörigenverhältnis selbst

auch als sachlicher Grund dafür genommen werden, diesem Arbeitnehmerkreis in besonderem Maß den betriebsverfassungsrechtlichen Schutz zuzuwenden, da dieser Schutz auch noch ein persönliches Abhängigkeitsverhältnis aufzuwiegen habe [...] Es kann keinesfalls generell davon ausgegangen werden, daß familienrechtliche Beziehungen [...] den Schutz, wie ihn die betriebsverfassungsrechtlichen Bestimmungen des ArbVG gewähren, entbehrlich machen.

Soweit der VfGH.

Vermutlich gibt es in der Geschichte der 2. Republik kein anderes Emanat des VfGH, das so übertoll von „Fehlern“, „schweren methodischen Verstößen“, „methodischen Mängeln“ und „einseitiger Zitierungsweise“ und de-

shalb „methodisch völlig verfehlt“, das in solch überreichem Ausmaß mit „argen Begründungsmängel(n)“ behaftet ist und das insgesamt völlig „an der Lebensrealität vorbei(geht)“ (*Floretta*); und es gibt augenscheinlich auch kein anderes VfGH-Erkenntnis, dem in ähnlich begründeter Weise vorgeworfen werden durfte, es habe sich nicht einmal „mit der einschlägigen Fachliteratur auseinandergesetzt“ und „befindet sich meilenweit von jeder stringenten juristischen Argumentation entfernt“; zudem:

(d)ie vom VfGH mehrfach strapazierten Erfahrungen des täglichen Lebens stimmen mit diesem nicht überein und konnten nur unter peinlicher Vermeidung der Heranziehung rechtssoziologischer, sozialpolitischer und anderer einschlägiger Literatur Zustandekommen,

die Entscheidung führe zu einer „Verzerrung sozialpolitischer Fakten. (*Hagen — Rabofsky*)

Allzu offensichtlich hatte der VfGH mit seinem Erkenntnis einem tagespolitischen Bedürfnis (des der ÖVP zugehörigen ÖAAB) Befriedigung verschafft und dabei alle Regeln und Instrumente des juristischen Handwerks beiseite gelegt und vergessen.

Die Kritik an diesem Erkenntnis wurde von *Floretta*, *Hagen — Rabofsky*, *Wimmer* und *Firlei* [2] ausführlich geleistet; sie braucht an dieser Stelle nicht wiederholt zu werden; allzu deutlich sind das Anknüpfen an überwunden geglaubte Gemeinschaftsideologie ständestaatlicher Gegebenheiten der bürgerlichen Gesellschaft im allgemeinen und der industriellen Arbeitswelt im besonderen.

Aufmerksam gemacht werden soll aber auf folgendes:

Bisher war die Gleichheitskontrolle als Exzeßkontrolle durchgeführt worden; dabei konnte die Gleichheitsmäßigkeit der gesetzlichen Regelung vermutet werden und die Gleichheitswidrigkeit war zu beweisen:

wo kein Argument gegen die gesetzliche Regelung erkennbar ist, kann man dem Gericht nicht gut auftragen, um jeden Preis nach solchen zu suchen und sie durchzuprüfen [3]

Wenn aber der VfGH an keiner Stelle seiner gerade skizzierten Argumentation nachweisen kann, daß hier ein Exzeß des Gesetzgebers vorliegt (und es im übrigen auch gar nicht behauptet), dann liegt mit der vorliegenden Entscheidung aus inhaltlicher Sicht der erste Fall „eine(r) Überprüfung der politischen Zielsetzung des Gesetzgebers unterhalb der Exzeßschwelle“ [4] vor; und aus methodischer Sicht ist es (untechnisch gesprochen) zu einer Art Beweislastumkehr zu Lasten des Gesetzgebers gekommen.

Legt man aber die in diesem Erkenntnis gewonnenen Maßstäbe an andere rechtliche Differenzierungen im Bereich des Betriebsverfassungsrechtes an, dann — *Firlei* hat dies ausreichend gezeigt — „wären sie allesamt gleichheitswidrig, da in allen Fällen die Gleichheit unter dem Gesichtspunkt individueller Schutzbedürftigkeit sehr viel deutlicher verletzt ist und die rechtfertigenden Gesichtspunkte keineswegs überzeugender nach einer Ungleichbehandlung verlangen als die Gegnerfreiheit bei den familieneigenen AN. Deutlicher kann wohl das Ausmaß an Unvereinbarkeit dieser Maßstäbe mit den Aufgaben der Verfassungsgerichtsbarkeit nicht demonstriert werden. Große Teile des geltenden Rechts könnten auf diese Weise aus politischen Gründen durch den VfGH beseitigt werden. Eine konsistente Gesetzgebung, die den auftretenden gesellschaftlichen Problemen und den von der Bevölkerung artikulierten Interessen folgt, wäre schwer behindert“, folgert *Firlei*. [5]

Diese „Umstellung“ der Gleichheitsprüfung hatte Folgen:

Überall dort, wo der VfGH die gesellschaftliche Realität umfassend und ihrer Problemvielfalt entsprechend zu erfassen hätte — an gleiche Tatbestände sind gleiche Rechtsfolgen zu knüpfen und wesentliche Unterschiede im Tatsachenbereich müssen zu einer entsprechenden unterschiedlichen Regelung führen —, es ihm aber aus naheliegenden Gründen am notwendigsten Sachverstand fehlt und es ihm überdies vorurteilsbedingt unterschiedlichste Lese- und Sichtbehinderungen verunmöglichen, die nunmehr zum Maßstab erkorenen „Erfahrungen des täglichen Lebens“ anders als durch die Idylle schaffende Brille juristisch-jus-

tizieller Sozialisation wahrzunehmen, überall dort muß er dennoch die deshalb falsch geratenen Antworten auf schon falsch gestellte Fragen zur Grundlage seiner als „juristische Entscheidungen“ Geltung beanspruchenden Lösungen machen, weil er (aus den oben skizzierten Gründen) den aus der logischen Struktur und dem politischen Charakter des Gleichheitssatzes entspringenden methodisch-handwerklichen Anforderungen der Gleichheitskontrolle nachzukommen nicht in der Lage ist.

Kein Wunder daher:

Der VfGH vertritt [...] willkürlich und meist unvorhersehbar einmal eine strenge, und dann wieder eine ganz lockere Linie, um das von ihm erwünschte Ergebnis zu begründen. [6]

Die Entwicklung seit Anfang der 80er Jahre ist folgerichtig geprägt von dem in unterschiedlicher Qualität erfolgten Bemühen, die Gleichheitsjudikatur auf rationalere Basis zu stellen. Da es bei all den gedanklichen Anstrengungen in einer niemals Zweifel weckenden Weise nicht darum ging, den Trend verstärkter „Wirklichkeitsanwendung aufs Recht“ (so treffend *Ridder*) umzukehren, sondern vielmehr darum, die bestehenden Verhältnisse in einer subtileren und vom juristisch gebildeten Teil der *scientific Community* vermehrt zu akzeptierenden Weise ins geltende Verfassungsrecht zu inkorporieren, ist die folgende Mahnung *Firleis* [7] immer noch aktuell:

Unterläßt es der VfGH auch in Zukunft, Arbeitsweise und Begründungsstil nach den angedeuteten Kriterien auszurichten und jenen Teil seiner Tätigkeit, der in der Erfassung der gesellschaftlichen Wirklichkeit besteht, zu verwissenschaftlichen, so wird der nicht nur hier kritisierte Hang zum Dezisionismus insbesondere seiner Entscheidungen zum Gleichheitssatz, der auch die vorliegende Entscheidung maßgeblich gefördert hat, als Gefahrenquelle bestehen bleiben. Unter geänderten Rahmenbedingungen oder in bestimmten Sachbereichen [...] könnte dies zu einer deutlichen Machtverschiebung zwischen Parlament und Verfassungsgericht führen.

Diese „Machtverschiebung“

konkretisiert sich empirisch in unterschiedlichem Ausmaß; die Verselbständigung einer „justizförmigen Moral“ (die im Verfassungstext keinen Inhalt findet) gegenüber basisdemokratischen Diskursen hat aber in der Tatsache, daß die Ergebnisse parlamentarischer Rechtsetzungsprozesse nicht „von unten“ durch eine kritische Öffentlichkeit, sondern durch die „Gerechtigkeitsexpertokratie des Verfassungsgerichts“ (*Maus*) kontrolliert werden, längst schon einen prinzipiellen und institutionellen Ausdruck gefunden. Wenn aber der selbständige Durchgriff des VfGH auf dem Verfassungstext nicht zu entnehmende Werte erfolgt, dann ist die Bindung der höchsten verfassungsmäßigen Kontrollinstanz an die Normen der Verfassung — auch dann, wenn dieser Durchgriff im Gewande der Verfassungs„interpretation“ auftritt! — definitiv beseitigt. Die von *Antonioli* im Jahre 1956 geforderte Bildung von „bestimmten Rechtssätzen“ endet daher spätestens im Jahre 1979 in einer „institutionalisierten Moralverwaltung“ — die nicht mehr kontrolliert werden kann. Mag sein, daß dieser Umstand dem noch näher zu bestimmen Wesen jeglicher Art von Höchstgerichtsbarkeit entspricht, daß die Unmöglichkeit demokratischer Kontrolle also schon in der Errichtung des VfGH begründet liegt; dennoch ist man mit *Laurence H. Tribe* [8] geneigt zu sagen:

But the Court may not be forgiven for the way it has elided the problem rather than facing up to it.

II. Vor der Verselbständigung justizförmiger Moral

Die bisherige Darstellung könnte dem Mißverständnis ausgesetzt sein, die im Hinblick auf die Judikatur des VfGH entworfenen und praktizierten Interpretationsvorschläge entwickelten sich aus den differenten Persönlichkeitsstrukturen der jeweiligen Autoren und Richter. Die mögen eine Rolle spielen. Wichtiger ist indes die sich seit Einrichtung des VfGH stetig ändernde Gesetzesstruktur selbst. Das dekretieren von Generalklauseln, unbestimmten Rechtsbegriffen und Gemeinwohlformeln ist als Ausdruck sinkender Chancen zu verstehen, auf der Ebene

des Gesetzgebungsprozesses noch gesellschaftspolitisch wirksame Entscheidungen zu treffen. Die fast schon offen eingestandene — und in der vermehrten Anrufung des VfGH als Normenkontrollinstanz sichtbar werdende — Unfähigkeit, die widerstreitenden Rechtsinteressen zu koordinieren oder im Wege laufender Änderungsgesetzgebung entlang inhaltlicher Prioritäten Rechtsentscheidungen (wenn auch von bloß vorübergehender Dauer) herbeizuführen, verlagert diese Koordinations- und Entscheidungsfunktion auf die Verwaltung und die Rechtsprechung. In bedächtigen schweizerischen Worten:

Das Verhältnis der richterlichen Gewalt zu den herkömmlichen Gewalten im materiellen Rechtsstaat zeichnet sich offensichtlich durch eine *zunehmende Spannung zwischen Trennungs- und Hemmungstendenzen* aus. Während normativ organisatorische und personelle Trennung aufrechtbleiben, setzt die Fragwürdigkeit bei der Bindung des Richters an das Gesetz und in seinem Verhältnis zur *Legislative* ein. Das Bewusstsein, dass das moderne Gesetz nicht nur als Emanation richtigen Rechts gelten, sondern dieses verfehlen, Ausdruck von bestimmten Machtkonstellationen und staatlicher Sanktionierung relativ einseitiger Sozialinteressen sein kann, muss die Bindung des Richters, der auf die Realisation richtigen Rechts verpflichtet ist, lockern. Vollendeter Ausdruck dieser Lockerung bilden die ausgebaute Verfassungsgerichtsbarkeit bei reichhaltigen Grundrechtskatalog, das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Gesetzen und Verordnungen, sodann die Zubilligung freier Auslegungsmethoden und weitgehender richterlicher Rechtsfindung. Solche Verringerung der alten funktionellen Abhängigkeit des Richters von der *Legislative* wird begleitet von Tendenzen, die die organisatorische und personelle Trennung noch mehr zu betonen suchen: das Begehren nach Kooptation und die Eindämmung des parlamentarischen Aufsichtsrechts gehören dazu. Die richterliche Gewalt entfernt sich so vorerst einmal von den unmittelbaren und den funktionellen Einwirkungen durch die *Legislative* und den sozialen Machtfaktoren, die in der Rechtssetzung zum Zuge kommen, namentlich den intermediären Kräften moderner Verbandsbildung. Unvermeidlich bahnen sich aber auch bemerkens-

erte *Anziehungen* an: die gesetzgebende Gewalt und die in ihr wirksamen Sozialkräfte werden durch die Akte der freier gesetzten richterlichen Gewalt direkt betroffen und können diese nicht mehr ausserhalb ihres Kraftfeldes lassen. Es kommt zu einem wachsenden ‚Interesse‘ aneinander und schliesslich zu Begegnungen, die bis jetzt nicht oder nur schwach stattgefunden hatten, weil eine unangefochtene funktionelle Dependenz der richterlichen Gewalt von der Legislative bestand. Die richterliche Gewalt tritt aus ihrer politisch-machtmässigen Abgeschiedenheit heraus. [9]

Was gezeigt werden soll: In dem Maße, in dem sich die (Verfassungs-)justiz bedingt sowohl durch die im Gesetz inkarnierte Unbestimmtheit des Rechts als auch durch ihre eigenständigen, über ein neues methodisches Selbstverständnis vermittelten Durchgriffe auf überpositive Wertungen und Rechtsprinzipien instand gesetzt hat, gesellschaftspolitische Entscheidungen im jeweiligen Einzelfall selbst zu treffen, kehrt sich *uno actu* die Hierarchie des klassischen Gewaltenteilungsschemas um.

Wir greifen — nochmals *Ingeborg Maus* [10] folgend — auf *Kant* zurück:

Bestimmendes Prinzip jeglicher bürgerlicher Staats Verfassung ist die Unterscheidung von gesetzgebender, vollziehender und richterlicher Gewalt; sie manifestieren jeweils in sich das dem staatlichen Zusammenschluß zugrundeliegende allgemeine Gesetz:

Ein jeder Staat enthält drei *Gewalten* in sich, d. i. den allgemein vereinigten Willen in dreifacher Person (*trias politica*): die *Herrschergewalt* (Souveränität) in der des Gesetzgebers, die *vollziehende Gewalt* in der des Regierens (zufolge dem Gesetz) und die *rechtsprechende Gewalt* (als Zuerkennung des Seinen eines jeden nach dem Gesetz) in der Person des Richters (*potestas legislativa, rectoria et iudiciaria*), gleich den drei Sätzen in einem praktischen Vernunftschluß: dem Obersatz, der das *Gesetz* jenes Willens, dem Untersatz, der das *Gebot* des Verfahrens nach dem Gesetz, die das Prinzip der Subsumption unter denselben, und dem Schlußsätze, der den *Rechtsspruch* (die Sentenz) enthält, was im vorkommenden Falle Rechtens ist. [11]

Wenn nun *Kant* darauf insistiert, daß ausschließlich der Volksvertretung die gesetzgebende Gewalt und nicht bloß eine einschränkende Gewalt zukommen müsse, so heißt dies vor allem, daß ausschließlich das Volk souverän ist und die Exekutive bloß noch als Beauftragte demokratischer Gesetzgebung konstruiert werden kann. Dies gilt ebenso im Verhältnis zu den Gerichten: Der Idee nach sind im Parlamentarismus alle institutionalisierten politischen Kommunikationsstrukturen und gerade auch das Prinzip funktionsspezifischer Gewaltenteilung daraufhin angelegt, den Willen der gesellschaftlichen Basis von unten nach oben zur Geltung zu bringen und auch in repräsentativen Vermittlungen Volkssouveränität wenigstens noch zu symbolisieren. Die von *Kant* nicht vorauszusehende Entformalisierung des Rechts erlaubt es den rechtsanwendenden Instanzen der Gegenwart, die Inhalte des unbestimmten Rechts selbst zu definieren und sich dadurch gegen die Kontrolle des gesetzgebenden Souveräns zu verselbständigen.

Aber die gesetzgebende Gewalt „kann nur dem vereinigten Willen des Volkes zukommen“; nur dadurch ist die freie Entscheidung aller Staatsbürger für das allgemeine Gesetz gewährleistet:

Denn da von ihr alles Recht ausgehen soll, so muß sie durch ihr Gesetz schlechterdings niemand unrecht tun *können*. Nun ist es, wenn jemand etwas gegen einen *anderen* verfügt, immer möglich, daß er ihm dadurch unrecht tue, nie aber in dem, was er über sich selbst beschließt (denn *volenti non fit iniuria*). Also kann nur der übereinstimmende und vereinigte Wille aller, sofern ein jeder über alle und alle über einen jedoch ebendasselbe beschließen, mithin nur der allgemein vereinigte Volkswille gesetzgebend sein. [12]

Dies gilt *Kant* zufolge auch im Verhältnis zur Gerichtsbarkeit:

Endlich kann, weder der Staatsherrscher noch der Regierer *richten*, sondern nur Richter, als Magistrate, Ansetzen. Das Volk richtet sich selbst durch diejenigen ihrer Mitbürger, welche durch freie Wahl, als Repräsentanten desselben, und zwar für jeden Akt besonders, dazu ernannt werden. [13]

Kant leitet die richterliche Gewalt unmittelbar vom Volk ab.

Die von Richtern zu besorgende „urteilende“ Verstandestätigkeit ist in *Kants* Transzendentalphilosophie so universalistisch gefaßt, daß ihr auf der Ebene der Rechtsphilosophie nur das Urteilen des gesamten sich verständigenden Publikums entsprechen kann. Das „Urteil“ freilich wird bei *Kant* unter strenge Abhängigkeit vom demokratischen Prozeß des Urteilens und Beurteilens gestellt und führt deshalb zu einer prinzipiellen Unterordnung der rechtsanwendenden Instanzen unter den Gesetzgeber: Der Gesetzgeber ist Souverän, die Entscheidungsfindung des Richters wird im Sinne eines logischen Schlußverfahrens an das Gesetz gebunden. Insofern ist *Kant* zufolge „der Wille des *Gesetzgebers* (*legislatoris*) ... *untadelich* (*irreprehensibel*)“ [14] — auch und besonders für den ihm untergeordneten Richter.

Unter den gegenwärtigen justiztaatlischen Vorzeichen laufen Rechtstheorie und Rechtspraxis freilich darauf hinaus, unter Berufung auf ein verselbständigtes „höheres Recht“ (das uns als untadelig aus der gesamten Rechtsordnung herausdestillierte „Rechtssätze“ präsentiert wird) die Vernunft der Justiz gegen den bloßen Voluntarismus des Gesetzgebers auszuspielen und damit die Verschränkung von Demokratie und Rechtsstaat wieder aufzulösen. [15] Gegen die so veranstaltete Involution der Volkssouveränität hatte *Kant* immer daran festgehalten, daß der in der Gesetzgebung zum Ausdruck gelangende Wille nichts anderes ist als „praktische Vernunft“.

Die in der Kantschen Theorie angelegte Reflexivität, die auf die „vernünftige Selbstüberlistung interessierter Egoisten“ (*Maus*) zielt (weil *Kant* aus demokratischen Gründen keine expertokratische Korrektur des demokratisch erzeugten Willens zuläßt und er deshalb Organisationsprinzipien sucht, die „selbst für ein Volk von Teufeln [wenn sie nur Verstand haben]“ taugen [16]), wird umgekehrt:

Kant hatte ein demokratisch-institutionelles Arrangement konzipiert, „das aufgrund seines faktisch ausgelegten Verfahrensformalismus die gesellschaftliche Kompatibilisierung der

unterschiedlichen materiellen Interessen leisten soll. In der Tat haben sowohl der Formalismus der demokratischen Binnenstruktur (freie und gleiche Beteiligung) als auch der rechtsstaatlichen Außenstruktur (Auseinanderziehen von formalen Entscheidungsprämissen und inhaltlichen Entscheidungen) die Funktion einer vernünftigen Selbstüberlistung interessierter Egoisten, die der politische Willensbildungsprozeß notoriously rekurriert. Dabei gewährleistet das rechtsstaatliche Arrangement eine gestufte Unkenntnis materieller Interessen für die jeweils nächste Entscheidungsebene. Zum Zeitpunkt der Verfassungsgesetzgebung müssen die Rechtssetzungsverfahren in Unkenntnis der konkreten (interesseninfiltrierten) Gesetzesvorhaben, die nach ihrer Maßgabe künftig zur Entscheidung anstehen, festgelegt werden. Auf der nächsten Stufe des Gesetzgebungsaktes selbst darf der konkrete Fall noch nicht bekannt sein, auf den das Gesetz künftig Anwendung findet. Umgekehrt sollen die im Gesetzgebungsverfahren zustande gekommenen Rechtsnormen im Gerichtsverfahren nicht geändert werden, eben weil man hier die Fälle kennt. Nicht nur jeder simple Fall von Korruption, sondern erst recht jede stabile Interessenvernetzung, die diese Verfahrenstrennung und künstlich errichteten ‚Sichtblenden‘ durchschlägt, ist darum für die Institutionalisierung des demokratischen Rechtsstaates dramatischer als für jedes andere politische System, weil auf ihnen gleichsam die strukturelle Vernunft der freigesetzten Willensbildung beruht.“ [17]

Die in der Gegenwart zu beobachtende Verselbständigung justizförmiger Moral gegen basisdemokratische Diskurse — wir werden darauf gleich eingehen — findet in der Tatsache, daß die Ergebnisse parlamentarischer Rechtssetzungsprozesse nicht durch eine kritische Öffentlichkeit von unten, sondern durch die Gerechtigkeitsexpertokratie des VfGH inhaltlich kontrolliert werden, ihren institutionellen Ausdruck: „Trotz umfassender Verrechtlichung aller gesellschaftlichen und politischen Prozesse bewirkt der Trend zur Unbestimmtheit der Gesetze, daß sämtliche staatliche Apparate das Geschäft der inhaltlichen Rechtssetzung unter konkreten Rechtsanwendungsbe-

dingungen selbst übernehmen, während ihre, Gesetzesbindung‘ im Zeitalter steigender Normenflut zum legitimatorischen Schein verkommt. Dadurch ist nicht nur die ohnehin rudimentäre demokratische Kontrolle des Gesetzgebers leerlaufend, weil dessen Entscheidungen die ‚anwendenden‘ Instanzen nicht mehr programmieren, sondern auch die strukturelle Freiheitssicherung hinfällig, die in der abgestuften Unkenntnis konkreter Entscheidungsbereich im rechtsstaatlichen Instanzenzug bestand.“ [18]

Kant hatte die Volkssouveränität als prinzipiell nichtinstitutionalisierbar beschrieben und in ihrer spontanen außerrechtlichen und rechtsbegründenden Aspekten bestimmt. Die außerrechtlich-demokratische Spontaneität (also der vorstaatliche, apriorische Charakter der Freiheitsrechte) kann aber nur durch streng formale Rechtspositionen gesichert werden. Erst ein Rechtsformalismus, der die Staatsapparate wirklich domestiziert und deren Inhaltsbestimmung des Rechts je nach Situation, Lage des Einzelfalls und eigenen Interessen verhindert, ist in der Lage, die rechtsfreien Räume auszugrenzen, in denen

basisdemokratische Aktionen rechtsändernd experimentieren können. [...] Je formalistischer Freiheitsrechte durch Verfassungen gewährleistet sind, desto genauer entsprechen sie einer Verfassungskonzeption, die Volkssouveränität zu realisieren sucht. Freiheitsrechte in diesem Sinne liegen dem positiven Recht und dem gewährleistenden Staat ebenso voraus wie die schlechterdings konstituierende Volkssouveränität. [...] Jeder Aktivismus der Grundrechtsinterpretation durch die Staatsapparate selbst verwandelt den vorstaatlichen, apriorischen Charakter der Freiheitsrechte, den diese aus der Perspektive souveräner Citoyens außerdem noch haben, und vermindert sie zu von oben zugeteilten und staatlich definierten Gütern. [19]

— Und weiter:

Der nichtinstitutionalisierte Gebrauch der Freiheitsrechte durch die Bürger aber wird [...] durch den Einbau einer Verfassungsjustiz im Sinne inhaltlicher Normenkontrolle zerstört. Letztere macht jedem souveränen Grundrechtsgebrauch

der Staatsbürger dadurch ein Ende, daß sie den Inhalt jedes Grundrechts jeweils autoritativ definiert. [...] Daß so die Individuen selber zum Material staatlicher Grundrechtsverwirklichung degenerieren, während umgekehrt die Verfassungsgerichte ihren legitimatorischen Mehrwert aus der vorstaatlichen Struktur der Grundrechte beziehen, beleuchtet noch einmal in scharfem Kontrast die freiheitsrechtliche Funktion der Volkssouveränität: Sie besteht in der demokratischen Allokation des Gebrauchs vorstaatlicher Rechte. [20]

Die Justiz insgesamt, auch die Verfassungsjustiz, wird damit in eine ambivalente Situation gestellt: Es kommt aus den genannten Gründen einerseits zu einer steten Verstärkung ihrer Kompetenzen auf Kosten der Gesetzgebung — aber nicht gegenüber der Verwaltung. Die Unbestimmtheit des Rechts (insbesondere der Grundrechte) trägt zwar zur erhöhten Nachprüfung von Verwaltungsakten bei, aber die juristische Form ist oft nicht mehr als bloße Verkleidung: tatsächlich wird damit die Konkurrenz zwischen Verwaltungsgericht bzw. Verfassungsgericht und Verwaltung um die inhaltliche Auffüllung des Rechts beschrieben. Damit einher geht die Orientierung der Justiz an Gesichtspunkte, die für das Verwaltungshandeln typisch sind, die Justizfunktion gleicht sich der Verwaltungsfunktion an; [21] dies führt zur weiteren Entformalisierung des Rechts (es erledigt die Situationsunabhängigkeit des Rechts).

Weil man notgedrungen (auch nur irgendwelche) feste Gesichtspunkte nicht mehr voraussetzen kann — nur solche könnten normativ diktieren, was als gleich und was als ungleich zu behandeln ist [22] —, wird der Sinn der „Gleichheitsprüfung“ in die vergleichende Orientierung selbst verlegt. Er zeigt sich dann darin, daß das gleich/ungleich-Schema als Frage nach dem zureichenden Grund dient:

„Gerade die Entleerung des Gleichheitssatzes: daß er *keinerlei* Hinweis darauf enthält, was als gleich und was als ungleich zu behandeln ist, gibt ihm seine spezifische Funktion: die zureichende Begründung *jeglicher* Ungleichbehandlung. [23]

Weil die Gleichheitsoperation so un-

endlich variabel wird, [24] steigt der Bedarf nach Legitimation. Und weil jede Feststellung einer Gleichheitsrelation zwar nicht analytisch, aber faktisch die Setzung eines Unterschiedes bedeutet, wird mit der Begründung eines bestimmten Gleichheitsverhältnisses auch die Rechtfertigung des damit gesetzten Unterschiedes erforderlich.

In der Praxis des VfGH kann dies dann so aussehen:

III. Beispiel Homosexualität

Seit dem Inkrafttreten des Strafgesetzbuches (StGB - BGBl. Nr. 60/1974) gibt es einen Paragraphen „Gleichgeschlechtliche Unzucht mit Jugendlichen“:

§ 209. Eine Person männlichen Geschlechtes, die nach Vollendung des achtzehnten Lebensjahres mit einer jugendlichen Person gleichgeschlechtliche Unzucht treibt, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.

Mit dem Jugendgerichtsgesetz 1988 (BGBl. Nr. 599) wurde diese Bestimmung wie folgt geändert:

§ 209. Eine Person männlichen Geschlechtes, die nach Vollendung des neunzehnten Lebensjahres mit einer Person, die das vierzehnte, aber noch nicht das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat, gleichgeschlechtlich Unzucht treibt, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.

Über Antrag des *Walter Z.* hatte der VfGH über die behauptete Gleichheitswidrigkeit bzw. Verfassungsmäßigkeit dieser Bestimmungen zu befinden. [25] *Walter Z.* hatte seinen Antrag auf das Argument gestützt, in der angefochtenen Norm würden Männer und Frauen in sachlich nicht gerechtfertigter Weise unterschiedlich behandelt. Wenn nämlich der Gesetzgeber den Schutz und die Sicherung der ungestörten sexuellen Entwicklung junger Menschen vor Augen gehabt, so bestehe kein Unterschied in der Entwicklung männlicher und weiblicher Sexualität überhaupt; werde zur Rechtfertigung der Straflosigkeit weiblicher homosexueller Kontakte zu jüngeren Partnerinnen eine Position bezogen, die sich an schädigenden Wirkungen orien-

tiere, könne dieser Standpunkt bei Beurteilung homosexueller Kontakte zu männlichen jüngeren Personen nicht aufgegeben werden.

Was hatte der VfGH dazu zu sagen?

Zunächst hielt er formelhaft fest, daß der einfache Gesetzgeber frei entscheiden könne, „welche Instrumente er — unter Berücksichtigung erwünschter oder in Kauf genommener Nebenwirkungen — in der jeweils gegebenen Situation zur Verwirklichung seiner Zielsetzung geeignet erachtet und anwendet. Verwehrt ist ihm hiebei nur — wir kennen das schon! — „die Überschreitung der von Verfassungs wegen gezogenen Schranken, so die Verletzung des aus dem Gleichheitssatz erfließenden Sachlichkeitsgebots, indem beispielsweise zur Zielerreichung völlig ungeeignete Mittel gewählt werden oder die vorgesehenen, an sich geeigneten zu einer sachlich unbegründbaren Differenzierung führen [...]“

Um nun zu beantworten, ob die in § 209 StGB getroffene Differenzierung zwischen Männern und Frauen „sachlich“ ist, braucht der VfGH knapp eine (!) Seite. — *Zunächst:*

Die Fortentwicklung der Strafrechtsordnung in den letzten Jahrzehnten zeigt [...], daß der Gesetzgeber das Justizstrafrecht — in Verfolgung seiner unter dem Überbegriff ‚Entkriminalisierung‘ bekannt gewordenen kriminalpolitischen Bestrebungen — deutlich restriktiver als zuvor einzusetzen trachtet, Straftatbestände also nur dann bestehen läßt oder neu schafft, wenn eine derartige Pönalisierung sozialschädlichen Verhaltens auch nach strengsten Kriterien unbedingt geboten und unerlässlich ist.

Unreflektiert verschaffen sich hier Auffassungen über das Strafrecht Raum, die, wenn sie schon gedacht, so doch nicht hätten geschrieben werden dürfen. Das StGB ist ein Paradebeispiel für den „Warencharakter politischer Vorgänge“ (*Stangl*). [26] Die Entkriminalisierung der Homosexualität war das Ergebnis der sog. „kleinen Strafrechtsreform“ des Jahres 1971; sie war gegen den Widerstand der ÖVP nur durchzusetzen, nachdem „flankierende Maßnahmen“ (Verbot gleichgeschlechtlicher Prostitution, der Werbung für Unzucht und Verbindungen zur

Begünstigung gleichgeschlechtlicher Unzucht) in das Gesetz aufgenommen wurden. Aufgabe des VfGH wäre es gewesen, die historischen Gründe der Normgenese zu rekonstruieren und auch „bei den Parteien, ihren Kalkülen, Taktiken und Ressourcen, ihrer Vergangenheit und Gegenwart anzusetzen“. [27] Der VfGH hätte dann leicht zu erkennen vermocht, daß die im StGB enthaltene Strafnorm das Ergebnis einer konkreten historischen Situation ist, die es nicht zuläßt, generalisierend davon zu sprechen, daß die im StGB „verbliebenen“ Strafnormen *per se* „nach strengsten Kriterien unbedingt geboten und unerlässlich“ sind; der VfGH setzt voraus, was zu begründen ihm aufgegeben ist. — *Weiter:*

Die angefochtene Strafnorm zählt zu jener Gruppe von Unrechtstatbeständen, die dem Schutz des heranreifenden jungen Menschen vor sexuellen Fehlentwicklungen — im unumgänglich befundenen Umfang — dient („Homosexuelle Betätigung ist strafrechtlich nur insofern relevant, als die sexuelle Entwicklung männlicher Jugendlicher nicht durch homosexuelle Erlebnisse in gefährdender Weise belastet werden soll“: Pallin, in: Foregger, Nowakowski [Hrsg.], Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1980, Rz 1 zu § 209 [mit Berufung auf Hanack, Empfiehlt es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen? Verh. 47. DJT Bd. I A, S. 151ff.]). So betrachtet (sic!) kann dem Strafgesetzgeber aber nach Überzeugung des Verfassungsgerichtshofs unter dem Aspekt des Gleichbehandlungssatzes der Art. 7 Abs. 1 B-VG und 2 StGG nicht mit Grund entgegengetreten werden, wenn er — unter Berufung auf maßgebende Expertenmeinungen in Verbindung mit Erfahrungstatsachen den Standpunkt einnehmend, daß eine homosexuelle Einflußnahme männliche Heranreifende in signifikant höherem Grad gefährde als gleichaltrige Mädchen — auf dem Boden und in Durchsetzung seiner Wertvorstellungen mit Beachtung der eingeschränkten, maßhaltenden Ziele der vorherrschenden Strafrechtspolitik (bei sorgsamer Abwägung aller vielfältigen Vor- und Nachteile) ableitet, es sei mit einer strafrechtlichen Ahndung homosexueller Handlungen an jungen Menschen männlichen Geschlechts, wie in § 209 StGB festgelegt, das Auslangen zu finden. Denn es handelt sich hier — alles in allem genommen — um eine Dif-

ferenzierung, die auf Unterschieden im Tatsachenbereich beruht und deswegen aus der Sicht des Art. 7 Abs. 1 B-VG iVm Art. 2 StGG verfassungsrechtlich zulässig ist.

— Mehr nicht.

Der Reihe nach: Keiner weiß, aus welchen Himmeln der Moral der VfGH sein Wissen holt, um vom „unumgänglich befundenen Umfang“ des Schutzes vor sexueller Fehlentwicklung zu sprechen. Es ist dies vermutlich eine schlichte (*recte* gedankenlose) Fortsetzung seines Vorurteiles, daß die im StGB „verbliebenen“ Strafnormen „nach strengsten Kriterien unbedingt geboten und unerlässlich“ sind. Die Rede vom „unumgänglich befundenen Umfang“ dient der stimmungsmäßigen Vorbereitung auf ein dem Verfasser des VfGH schon bekanntes Ergebnis, wobei dem Leser imaginiert werden soll, es sei ein noch ungewisses. Der VfGH schafft so *en passant* die „Begründung“, daß § 209 StGB zurecht im StGB enthalten ist („nach strengsten Kriterien unbedingt geboten“) und daß deshalb, weil er im StGB enthalten ist, er auch seinem spezifischen Inhalte nach (im „unumgänglich gebotenen Umfang“) gerechtfertigt ist. Noch bevor er also in die spezifisch verfassungsrechtliche Prüfung eingestiegen ist, hat er sich das Problem schon vom Hals geschafft. Der Rest ist Routine: Der Verweis auf *Pallin* — *der einem Höchstgericht gerade in Sachen des Sexualstrafrechts immer gut ansteht* [28] — ist nur ein Verweis; Argument ist das keines. Und das Zitat selbst spricht nicht für die vom VfGH in weiterer Folge eingenommene Auffassung; es gibt — wie das bei Juristen heißt — für den bezogenen Standpunkt nichts her. Zur Frage der Zulässigkeit einer Differenzierung von Männern und Frauen im Hinblick auf gleichgeschlechtlichen Verkehr ist mit *Pallins* Zitat nichts gesagt. Es ist deshalb auch der vom VfGH aus diesem Zitat gezogene Schluß („So betrachtet ...“) notwendig falsch. Das Gerede von „maßgebenden Expertenmeinungen in Verbindung mit Erfahrungstatsachen“ schließlich ist ein Hohn auf alle Ansprüche wissenschaftlich-akademischen Arbeitens.

Wichtigster Punkt aber: Der Beschwerdeführer *Walter Z.* war schlecht beraten. Er hat — vermutlich durch seinen An-

walt *Dr. Otto D.* geleitet — dem VfGH die falsche Vergleichsgruppe zur Hand gegeben. Nicht gegenüber Frauen ist *Walter Z.* benachteiligt, sondern gegenüber allen Heterosexuellen. Homosexuelle Betätigung mit unter 18-jährigen ist nach der heutigen Fassung des § 209 strafbar, während heterosexuelle Beziehungen mit unter 16-jährigen bestraft werden können. Eine rationale Begründung für diesen strafrechtlichen Unterschied gibt es nicht; der § 209 StGB ist ein Stück Verfolgung und Benachteiligung einer Minderheit von Staats wegen. Nicht die Männer im Vergleich zu Frauen werden benachteiligt — das hat der VfGH auf seltsam verschlungenen Gedanken-Pfaden (die immanent als Spekulation und in ihrer Simplizität als unhaltbar zu qualifizieren sind) richtig zu erkennen gewußt —, sondern die Homosexuellen im Vergleich zu den Heterosexuellen. [29] Wenn wir *Freud* die Einsicht verdanken,

daß alle Normalen neben ihrer manifesten Heterosexualität ein sehr erhebliches Ausmaß von latenter oder unbewußter Homosexualität erkennen lassen, [30] —

dann liegt darin gleichzeitig die subjektive Erklärung für die panische Erregbarkeit der Normalen, wie sie im eben besprochenen VfGH-Erkenntnis juristisch verkleidet zum Ausdruck gelangt. Der VfGH bezeugt durch sein — nochmals: unter Hintanstellung sämtlicher für das juristisch-handwerkliche Arbeiten seit 2000 Jahren herausgebildeten Argumentations- und Begründungsanforderungen verfaßtes — Erkenntnis die Einschätzung, daß

das Homosexuelle unverändert eine geistig-affektive Irritation hervor(ruft)“. [31]

Dem Gleichheitssatz kommt dabei nur mehr die Funktion zu, die sach- und fallabhängige Einführung von außerrechtlichen Wertprämissen im Scheine höchstgerichtlicher Legalität vonstatten gehen zu lassen. Der VfGH als „moralische Instanz“.

Es versteht sich, daß damit die geforderte Legitimation nicht erzielt werden kann. Derartige Judikate (auch wenn sie nicht die Regel sind, so kommen sie doch immer wieder vor) sorgen für Gelächter, Hohn und Aversion; [32]

sie vermitteln darüberhinaus den Anschein, als wäre die *Jellinek'sche* Ermunterung von anno dazumal: daß

die höchste Kunst des Interpretieren nicht in dem Heraus-, sondern in dem Hineininterpretieren bestehe [33]

zwar freudig aufgenommen, aber mangels entsprechender Fertigkeiten nicht bewältigt wurde.

[1] VfGH V. 31. Jänner 1979, G 109, 111, 112/78 (= DRdA 1979, S. 317ff. = ZAS 1980, S. 183ff. = VfSl. 8485/1979). Das Erkenntnis bietet sich vor allem auch deshalb an, weil es in ungewöhnlich großem Umfang diskutiert wurde; vgl. Floretta, *Die familieneigenen Arbeitskräfte im österreichischen Recht, insbesondere im Arbeitsrecht*, DRdA 1979, S. 257ff.; Hagen — Rabofsky, *Zur sozialwissenschaftlichen und rechtspolitischen Problematik der Zugehörigkeit naher Familienangehöriger zu den Interessenvertretungen der Arbeitnehmer*, DRdA 1979, S. 276ff.; Tomandl, *Entscheidungskommentar*, ZAS 1980, S. 195ff.; Wimmer, *Gleichbehandlungsgrundsatz und familieneigene Arbeitskräfte*, DRdA 1982, 32ff.; Firlei, *Gebietet der Gleichheitssatz die Einbeziehung der familieneigenen Arbeitskräfte in die Interessenvertretung der Arbeitnehmer?* FS Strasser (1983), S. 387ff.; Rebhahn, *Familie und Gleichheitssatz*, in: Harrer — Zitta (Hrsg.), *Familie und Recht* (1992), S. 145ff. (S. 171f.).

[2] Vgl. die Fundstellen in Fn. 139

[3] Firlei, a. a. O., S. 402

[4] Ebd., S. 420

[5] Ebd., S. 422

[6] Walter — Mayer, a.a.O., S. 474

[7] Firlei, a.a.O., S. 423. — Vgl. auch Noll, *Die Politik des Verfassungsgerichtshofs*, in: ders. (Hrsg.), *Justiz unter Druck?* (1991), S. 101ff.; ders., *Wider das Recht der Richter*, Wiener Zeitung EXTRA, Blg. zur Ausgabe v. 2. Oktober 1992, S. 1 und 3

[8] Tribe, a.a.O., S. 1512

[9] Eichenberger, *Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem* (1960), S. 68f. — Natürlich kann ein Jurist dagegen halten, daß sich fast alle Rechtsakte sowohl als rechtsvollziehend

als auch als rechtsschöpfend denken lassen, und das seit jeher (vgl. Merkl, *Das doppelte Rechtsantlitz* [1918]), - aber darum geht es nicht.

[10] Maus, a.a.O., *passim*; dies., *Rechtstheorie und Politische Theorie im Industriekapitalismus* (1986), S. 277ff.

[11] 148 Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (1797), § 45, hier zit. nach der von H. Klenner besorgten Ausgabe: I. Kant, *Rechtslehre. Schriften zur Rechtsphilosophie* (1988), S. 127

[12] 149 Ebd., §46, S. 128

[13] Ebd., § 49, S. 132

[14] Ebd., § 48, S. 131

[15] 152 Dies nachgewiesen zu haben, ist das Verdienst der Arbeiten von Ingeborg Maus.

[16] Kant, *Zum ewigen Frieden. Dritter Definitivartikel, Erster Zusatz*, zit. nach der von Klenner besorgten Ausgabe (Fn. 148), S. 315; vgl. dazu Günther, *Kann ein Volk von Teufeln Recht und Staat moralisch legitimieren? Rechtshistorisches Journal* 1991, S. 233ff.

[17] Maus, *Zur Aufklärung*, a. a. O., S. 293f.

[18] Ebd., S. 294f.

[19] 156 Ebd, S. 236f.

[20] Ebd, S. 239

[21] Vgl. zu dieser allgemeinen Tendenz schon Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1980), S. 496ff.

[22] Freilich gibt es Versuche, auch aus „semantisch instabilen Werten“ subsumtionsgerechte Regeln zu fertigen; man sucht dann nach einer stabilen Struktur von Abwägungsschritten; vgl. Alexy, *Theorie der Grundrechte* (1985), S. 74ff.; Buchwald, *Der Begriff der rationalen juristischen Begründung* (1990), S. 311ff; Stelzer, *Das Wesensgehaltargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* (1991)

[23] Luhmann, *Grundrechte als Institution* (1986), S. 169; vgl. auch ders.. *Der Gleichheitssatz als Form und Norm*, ARSP 1991, S. 435ff. *Schlußfolgerung*: „Der Gleichheitssatz bezieht sich auf die Einheit des Rechtssystems, unabhängig von organisatorischen Einteilungen und Zuständigkeiten. Er bezeichnet die Form der Formen, die die Funktion von Programmen übernehmen, gleichgültig ob es Gesetze sind oder eine gefestigte Recht-

sprechung zu bestimmten Fragen. Aber er erfüllt diese Funktion nicht als eine moralische Idee, nicht als oberstes Prinzip, nicht als höchste materielle Norm — alles Formen, die nur die Unterscheidung von Konformität und Devianz erlauben und wegen der Unbestimmtheit des Leitgedankens nicht einmal diese Unterscheidung in Operationsanweisungen umsetzen können. Was der Gleichheitssatz bezeichnet, ist vielmehr nicht anderes als die Unterscheidung von gleich und ungleich. Der übliche Einwand, damit bleibe dem Belieben überlassen, was als gleich und was als ungleich behandelt wird, geht fehl. Vielmehr bezieht sich das System mit dieser Unterscheidung immer auf sich selbst als ein bereits operierendes System, das sich in einem bestimmten historischen Zustand vorfindet. — In jedem Entscheidungsvorgang stellt sich die Frage neu, wie Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln ist. Dabei werden immer auch Unterscheidungskriterien, sei es bestätigt und wiederverwendet, sei es neu produziert. Unter Führung durch die Norm des Gleichheitssatzes arbeitet das System an sich selbst. Damit bewegt es sich nicht in Richtung auf mehr Gleichheit und weniger Ungleichheit, sondern in Richtung auf höhere Komplexität, die mehr Hinsichten für Gleichheit und mehr Hinsichten für Ungleichheit anbietet. Die Asymmetrie des Schemas, die formale Präferenz für Gleichheit, hat nur den Sinn, das System bei der Option für Ungleichheit auf die eigene Funktion, auf die eigene Geschichte und vor allem auf die Erwartung konsistenten Entscheidens zu verweisen. Gleichheit ist in all diesen Hinsichten diejenige Form, die das System im Bereich des Beobachtens seines Beobachtern operativ schließt, nämlich auf sich selbst verweist.“ (a.a.O, S. 445)

[24] Vgl. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit* (1988), S. 172

[25] VfGH vom 3. Oktober 1989, G 227/88, 2/89; aus formalen Gründen wurde der Antrag zu G 227/88 (der sich auf die Fassung des § 209 StGB vor der Novellierung durch BGBl. Nr. 599/1988 bezogen hat) zurückgewiesen (die in Walter — Mayer, *Grundriß*⁷, a.a.O, Rz 1349 angeführte GZ ist daher falsch!). Zu besprechen sind hier also nur die inhaltlichen Ausführungen zu G 2/89. Vgl. auch die ausführliche Besprechung des Erkenntnisses von Wiederin, *EuGRZ* 1992, S. 509ff.

[26] Stangl, *Die neue Gerechtigkeit. Strafrechtsreform in Österreich 1954-1975* (1985), S. 99: „Man sollte sich bei der Untersuchung staatlicher Normeneseprozesse von der Vorstellung lösen, Politik erfolge sachbezogen; sie ist machtbezogen, wobei Reformen nicht als Ziel, sondern als Mittel der Politik zu verstehen sind. Es geht um den politischen Tauschwert von Reformen und nicht um ihren Gebrauchswert [...]“

[27] 164 Ebd.

[28] Vgl. in diesem Blatt Pallin, *Barbarisches Strafrecht*, FORVM 8-9/1968, S. 549ff.; ders., „Sire, geben Sie Pornofreiheit?“ FORVM 8-9/1970, S. 843ff.; ders., *Arrest für Ehebruch*, FORVM 12/1971, S. 1093

[29] *Ausreichende Nachweise für alle des Lesens Kundigen bei Schmidt, Allies and persecutors. Science and medicine in the homosexual issue*, *Journal of Homosexuality* 1985, S. 127ff.; Jäger — Schorsch (Hrsg.), *Sexualwissenschaft und Sexualstrafrecht* (1986)

[30] Freud, *GW XII*, S. 300

[31] Sigusch, *Vom Trieb und von der Liebe* (1984), S. 104.

[32] 168a Vgl. *DER STANDARD*, Ausgabe v. 11. April 1990, S. 6

[33] Jellinek, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, S. 20 (zit. nach Weyr, *Rahmengesetze* [1913], S. 76). — *Zurecht hat Wiederin*, a.a.O, S. 511, dem VfGH also vorgeworfen, „daß seine Berufung auf ‚Unterschiede im Tatsächlichen‘ eine in vollem Bewußtsein ihrer Fragwürdigkeit getätigte Behauptung darstellt, der nach dem gegenwärtigen Stand naturwissenschaftlicher Erkenntnis keinerlei Tatsachen entsprechen“.

Fortsetzung, ev. Schluß, im nächsten Heft

Alfred J. Noll: Geboren 1960, lebt in Wien als Rechtsanwalt. Vater zweier erwachsener Töchter, von einer derselben zum Großvater geadelt.

Lizenz dieses Beitrags

Copyright

© Copyright liegt beim Autor / bei der Autorin des Artikels