MOMENTUM 2017

TRACK #5: RECHTLICHE STRATEGIEN IM UMGANG MIT VIELFALT

„Eine Analyse der österreichischen Judikatur im Umgang mit Vielfalt und Diskriminierung“

Verfasserinnen:
Victoria-Sophie Strasser
Rukiye Eraslan
Songül Per

Inhaltsverzeichnis

Einleitung 3

1.) Wandel der Judikatur durch Vielfalt im Hinblick auf die sexuelle Orientierung (Victoria-Sophie Strasser) 4

A. Gemeinsame Adoption durch eingetragene Partnerinnen und Partner 4

1.) Ausgangsposition 2009 4

2.) Natürlichkeitsparadigma im Wandel 4

3.) Ausblick 5

B. Die Rechtsprechungsentwicklungen rund um den § 209 StGB 5

1.) Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs zu § 209 leg cit 5

2.) Wandel der Werte 7

3.) Ausblick 7

2.) Die höchstgerichtliche Rechtsprechung im Hinblick auf die Integration (Rukiye Eraslan) 9

1.) Gesetzliche Bestimmungen 9

2.) Judikatur 10

3.) Ausblick 11

3.) Eine Analyse der österreichischen Judikatur im Hinblick auf Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts“ (Songül Per) 13

1.) Judikaturentwicklung im historischen Kontext: 13

2.) Analyse der jüngeren Rechtsprechung: 15

3.) Conclusio: 16

Einleitung

Unsere Gesellschaft ist im Lichte der Globalisierung stets im Wandel. Dieser Wandel manifestiert sich in jedem Lebensbereich. Das Diskriminierungsverbot und das Gleichbehandlungsgebot sind für pluralistische und demokratische Gesellschaften zwingende Prinzipien an denen es sich zu orientieren gilt. In einer pluralistischen Gesellschaft bedarf es einer Sensibilisierung hinsichtlich der Implementierung von Vielfalt auf allen Ebenen. Daraus folgend sollte die gesellschaftliche Vielfalt sich in der Legislative wiederspiegeln. In einer Vielzahl der Fälle wird der Entschluss eine Änderung der gesetzlichen Rahmenbedingungen herbeizuführen – aus der Perspektive der Politik, eine Veränderung sei dringend erforderlich – anlassbezogen gefasst. Dies ist mittlerweile das Wesen der rechtsstaatlichen Demokratie. Jenem Muster folgend werden regelmäßig Rechtsvorschriften erlassen, die das zwischenmenschliche pluralistische Zusammenleben und das staatliche Handeln regeln sollen. Sowohl auf Bundes- und Landesebene als auch auf der EU-Ebene werden Gleichbehandlungsgebote und Diskriminierungsverbote erlassen. Aber genügt allein die sanktionierte Festlegung von Rechten und Pflichten um eine diskriminierungsfreie Gesellschaft herbeizuführen?

Eine viel wichtigere Frage ist, wie wird das Gesetz am Ende des Tages vollzogen bzw. angewendet?

Die ordentlichen Gerichte, sowie auch die Gerichte des öffentlichen Rechts sollen nur auf Grundlage der Gesetze entscheiden. Die Höchstgerichte (OGH, VwGH, VfGH) sind die Grundpfeiler der Rechtsstaatlichkeit, als solche sind sie meist die letzte Möglichkeit für eine natürliche oder juristische Person ihr behauptetes Recht geltend zu machen. Ihre Aufgabe ist es, mit ihren Urteilen und Erkenntnissen für Rechtssicherheit zu sorgen. Die Entscheidungen der Höchstgerichte haben eine Präjudizwirkung hinsichtlich der Interpretation und Anwendung des Rechts, zumal hier der VfGH unter anderem die Funktion innehat, rechtswidrige Gesetze und Verordnungen aufzuheben.

Wir wollen die Rechtsprechung der Höchstgerichte im Umgang mit Vielfalt, Gleichbehandlung und Diskriminierung analysieren. Ziel ist es anhand von ausgewählten Beispielen und Entscheidungen zu verdeutlichen, inwiefern die Judikatur zu einer gleichberechtigten Gesellschaft beiträgt.

Victoria-Sophie Strasser
Rukiye Eraslan
Songül Per

1.) Wandel der Judikatur durch Vielfalt im Hinblick auf die sexuelle Orientierung (Victoria-Sophie Strasser)

Es finden sich eine große Zahl an Judikaturbeispielen und -entwicklungen, die das Zusammenspiel von gesellschaftlichen Konzeptionen und der sich dadurch ändernden Spruchpraxis der (Höchst-) Gerichte und fallweise dadurch bedingt die damit einhergehende (Ab-) Änderung der Rechtslage, veranschaulichen könnten. An zwei prominenten Beispielen wird versucht, diesen Entwicklungsvorgang zu skizzieren.

A. Gemeinsame Adoption durch eingetragene Partnerinnen und Partner

1.) Ausgangsposition 2009

Die Erläuterungen zum EPG bei dessen Einführung 2009[1] enthielten zum offenbar sehr umstrittenen Themenkomplex „Kinder und Adoption" folgenden, äußerst unmissverständlichen Passus:
„Der Entwurf enthält aber keine Bestimmungen, die sich auf Kinder beziehen oder die das Kindschaftsrecht ändern. Demnach sollen auch die Adoption eines Kindes durch die beiden eingetragenen Partner ebenso wie die Adoption des Kindes einer Partnerin oder eines Partners durch den anderen Teil ausgeschlossen bleiben. Nach ihren Wirkungen ist die eingetragene Partnerschaft keine „Ehelight" und auch keine „Schmalspurehe"."[2]
Weiters begründete die Erläuterungen die Einführung des § 8 Abs. 4 EPG wie folgt: „*So wie der Gesetzgeber frei ist, die Zustimmung zur Adoption durch einen Einzelnen an die Zustimmung des Ehegatten zu knüpfen, muss er auch in dieser Frage frei entscheiden können. Eine Stiefkind- oder Paaradoption wäre darüber hinaus nach dem österreichischen Adoptionsrecht schon deshalb ausgeschlossen, weil dieses Konstellationen, bei denen das Kind zwei rechtliche Väter oder zwei rechtliche Mütter hat, nicht zulässt*."[3]
Das sogenannte Natürlichkeitsparadigma, also die Ansicht, die heterosexuelle Fortpflanzung sei die „einzig" natürliche Art der Reproduktion,[4] ist auch aus diesen Erläuterungen aus 2009 klar erkennbar.

2.) Natürlichkeitsparadigma im Wandel

Ist das bereits erwähnte Natürlichkeitsparadigma zum einen ganz eindeutig in den Erläuterungen zum EPG Grundstein, so vertrat es auch der Verfassungsgerichtshof selbst 2012 noch in seiner Entscheidung.[5] Umso mehr überraschte die Entscheidung des Höchstgerichts im Jahr 2014, worin er davon deutlich abrückte und § 191 Abs 2 ABGB sowie

[1] Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft, BGBl. I Nr. 135/2009.
[2] 485 Beilage XXIV. GP Erläuterungen, 3.
[3] 485 Beilage XXIV. GP Erläuterungen, 9f.
[4] *Benke*, Zu den Fragmenten einer österreichischen Debatte über die Ehe von Homosexuellen, in *Strasser/Holzleithner* (Hrsg.), Multikulturalismus queer gelesen (2010) 228.
[5] VfGH 9.10.2012, B 121/11, B 137/11.

§ 8 Abs 4 EPG als verfassungswidrig erklärte sowie eingetragenen Partnerinnen und Partnern die gemeinsame Fremdkindadoption zugänglich machte.[6]
Wie *Benke et al* festhalten, stellt jede Relativierung des Natürlichkeitsparadigmas eine Verringerung des institutionellen Gefälles zwischen der herkömmlichen Ehe und anderen Formen des persönlichen Zusammenlebens dar. Mit dieser Abkehr vom Natürlichkeitsparadigma habe der Verfassungsgerichtshof die Ehe neu positioniert, denn durch die wegweisende Entscheidung stellt nun nicht mehr nur die Ehe den einzigen Rahmen für gemeinsame Adoptionen dar, sondern teilt sich dieses „Privileg" mit der eingetragenen Partnerschaft.[7]

3.) Ausblick

Innerhalb dieses Feldes finden sich noch verschiedene Konstellationen. So wurde nun zwar das Recht der Fremdkindadoption auf Ehepaare und eingetragene Partnerinnen und Partner ausgeweitet, jedoch bleiben Lebensgefährtinnen und Lebensgefährten davon außen vor.
Zudem dürfen nach der aktuellen Rechtslage nicht verheiratete (eigenberechtigte) Personen - also auch eingetragene Partnerinnen und Partner – einzeln einen Adoptionsvertrag mit einem Wahlkind abschließen, wogegen Ehegatten eine Fremdkindadoption grundsätzlich nur gemeinsam durchführen können. Eingetragene Partnerinnen und Partner haben die Möglichkeit der Stiefkindadoption; hingegen ist es ihnen untersagt, gemeinsam ein Kind an Kindesstatt (oder die Wahlkinder der jeweils anderen Partnerin bzw des jeweils anderen Partners) an Kindesstatt anzunehmen.[8]
Es besteht also auch hier nach wie vor Raum für den Gesetzgeber bzw. die Höchstgerichte, sachlich nicht gerechtfertigte Differenzierungen „auszumerzen".

B. Die Rechtsprechungsentwicklungen rund um den § 209 StGB

1.) Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs zu § 209 leg cit

Bis zur „Kleinen Strafrechtsreform" 1971 normierte der österreichische Gesetzgeber eine umfassende Strafbarkeit von gleichgeschlechtlichen Sexualkontakten in Österreich. Danach, also nach Inkrafttreten des Strafrechtsänderungsgesetzes 1971, sah der Gesetzgeber nach wie vor nicht von einer Strafbarkeit ab, sondern führte stattdessen spezielle Tatbestände ein. Besonders interessant ist in Bezug auf die Entwicklung der Rechtsprechung der darin enthaltene Straftatbestand der „gleichgeschlechtlichen Unzucht mit Jugendlichen". Diese in § 209 StGB enthaltene Regelung sah bis zu seinem Außerkrafttreten am 13. August 2002[9] Folgendes vor: „*Eine* ***Person männlichen Geschlechtes****, die* ***nach Vollendung des neunzehnten Lebensjahres*** *mit einer Person,* ***die das vierzehnte, aber noch nicht das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat****,* ***gleichgeschlechtliche Unzucht*** *treibt, ist mit* ***Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren*** *zu bestrafen.*"

[6] VfGH 11.12.2014, G 119/2014, G 120/2014.
[7] *Benke/Klausberger/Nausner/Tritremmel*, Wie das Kindeswohl die Familie neu aufstellt, iFamZ 2015, 154 (159).
[8] Ebd. 157.
[9] BGBl. Nr. 60/1974 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 134/2002.

Dreierlei „Anläufe“ beim Verfassungsgerichtshof bedurfte es, bis diese Regelung endgültig als verfassungswidrig erkannt wurde.
Bereits 1987 hatte sich der Verfassungsgerichtshof mit dieser Regelung aufgrund eines Individualantrags auf Aufhebung des § 209 StGB erstmals - allerdings lediglich a limine - auseinanderzusetzen.[10] Dieser wurde allerdings aufgrund mangelnder Antragslegitimation zurückgewiesen.[11]
Erstmals 1989 konnte sich der Verfassungsgerichtshof inhaltlich mit diesem Straftatbestand auseinandersetzen.[12] Der damalige Antragssteller wandte ein, dass die oben genannte Gesetzesbestimmung unter dem Aspekt des Gleichbehandlungsgebotes, nämlich wegen der unterschiedlichen Behandlung von homosexuellen und heterosexuellen Handlungen bei Festlegung der Schutzaltersgrenzen sowie der unterschiedlichen Behandlung von Frauen und Männern in Bezug auf homosexuelle Handlungen mit Jugendlichen, als auch im Hinblick auf Art. 8 EMRK als verfassungswidrig anzusehen sei. Diese Auffassung teilte der Verfassungsgerichtshof zu diesem Zeitpunkt (noch) nicht, allerdings ist die Argumentation der abweisenden Entscheidung von einem doch fortgreifenden Wandel der gesellschaftlichen Konzeptionen geprägt. So ist der Begründung zu entnehmen, dass der Schutzzweck dieser Norm der Schutz der „männlichen Jugendlichen vor der mit einer homosexuellen Zweierbeziehung zu einem Erwachsenen ausgehenden sozialen Diskriminierung“ sei.[13] Insgesamt wurde somit nicht mehr die homosexuelle Prägung selbst als Speerspitze betrachtet, sondern die damit verbundene individuelle Belastung von (männlichen) Jugendlichen durch soziale Stigmatisierung.[14]
In der Finalrunde 2002 führte der Aufhebungsantrag des OLG Innsbrucks zur Auseinandersetzung mit diesem Straftatbestand. Das OLG hatte seinen Aufhebungsantrag einerseits mit den bereits bekannten Argumenten aus 1987 und 1989 begründet und andererseits ergänzend sich auf den anhaltenden und entscheidenden Wertewandel gestützt. Zudem wurde vom OLG Innsbruck aber noch ein weiteres, folgewichtiges verfassungsrechtliches Argument vorgebracht: die Verfassungswidrigkeit ergebe sich auch daraus, dass sich die Strafbarkeit gemäß § 209 StGB durch Zeitverlauf einer Beziehung verändern würde und so den älteren Partner der Beziehung innerhalb einer länger andauernden Partnerschaft ex lege ab dem Eintritt der Vollendung des 19. Lebensjahrs des älteren Partners die Strafbarkeit vorsieht, sowie die wiedereinkehrende Straflosigkeit, sobald der jüngere Partner das 18. Lebensjahr vollendet. Das OLG Innsbruck argumentierte, dies sei unsachlich und verletze sowohl Art. 7 Abs. 1 B-VG als auch Art. 8 EMRK.
Folgewichtig war dieses Argument deshalb, weil der Verfassungsgerichtshof in seiner aufhebenden Entscheidung „lediglich“ aufgrund dieses Arguments den § 209 StGB als verfassungswidrig erklärte und sich „nach Sicht des Verfassungsgerichtshofes ein Eingehen

[10] VfGH 14.10.1987, VfSlg 11505/1987.
[11] Zur Legitimation brachte der Antragsteller zusammengefasst vor, dass er homosexuell gewesen sei und mehrfach wegen gleichgeschlechtlicher Unzucht mit Jugendlichen verurteilt worden sei, zuletzt im Jahre 1983 zu einer 18-monatigen Freiheitsstrafe. Die Gesetzesbestimmungen hielt er unter dem Aspekt des Gleichheitsgebotes verfassungswidrig, weil sie einerseits geschlechtsspezifisch (zwischen Männer und Frauen) und andererseits zwischen Hetero- und Homosexualität unterscheide.
[12] VfGH 3.10.1989, VfSlg 12182/1989.
[13] VfGH 3.10.1989, VfSlg 12182/1989, 3.
[14] *Kraml*, Aufstieg und Fall des § 209 StGB, Juridikum 1/2017, 19 (23).

auf die anderen vorgebrachten Bedenken erübrige“[15]. *Kraml* qualifiziert diese Entscheidungstechnik passend als „Vermeidungsverhalten“, denn damit vermied der Verfassungsgerichtshof auch die Beantwortung der Frage, ob ein Schutz vor Homosexualität bzw die unterschiedliche strafrechtliche Behandlung von Homo- und Heterosexualität überhaupt noch verfassungsrechtlich legitim sein könne und zudem vermied er auch dadurch, die Richtigkeit seines eigenen Erkenntnisses aus 1989 in Zweifel zu ziehen.[16]

2.) Wandel der Werte

An diesem Judikaturbeispiel kann sehr gut der Wandel der gesellschaftlichen Konzeptionen, politischen Einflüsse sowie (halb-) wissenschaftlicher Theorien zur damaligen existieren Geschlechterforschung ab 1971 über die drei „Etappen“ der höchstgerichtlichen Befassung mit dem § 209 StGB hinweg juristisch mitverfolgt werden.
Selbst der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs aus 2002 kann anhand der folgenden Textpassage die Wertehaltung damals Folgendes entnommen werden: „*Hinzu komme, daß in den vergangenen dreißig Jahren […] ein entscheidender Wertewandel erfolgt sei, sodaß Homosexualität nunmehr als andere, aber gleichwertige sexuelle Orientierung akzeptiert werde*“.[17]
Obgleich nach wie vor, Homosexualität als ein gesellschaftliches „*aliud*“ qualifiziert wird, erkennt man ihr zumindest die Anerkennung als eine „gleichwertige sexuelle Orientierung“ zu. Dies war wohl ein entscheidender Schritt für die Aufhebung des § 209 StGB, wenngleich wie oben skizziert, der Verfassungsgerichtshof sich nicht zu einer „eindeutigeren“ oder „positionierenderen“ Aussage bewegen konnte.

3.) Ausblick

Die Geschichte des § 209 StGB endete allerdings nicht mit der dritten Etappe am Verfassungsgerichtshof. Denn zwar war der § 209 StGB behoben, allerdings nicht die Vorstrafenregister der nach dieser Gesetzesbestimmung verurteilten Personen und auch nicht Entschädigungen für erlittene Strafverfolgungen gewährt.
Erst nachdem der EGMR[18] damit befasst wurde und Österreich dahingehend verurteilte, sah der österreichische Gesetzgeber 2015[19] (!) eine antragsbezogene Tilgungsmöglichkeit der Verurteilungen (ua) nach § 209 StGB vor. Die staatliche Entschädigung steht nach wie vor aus.[20] Auch stellen sich diesbezüglich bis heute rechtliche Fragen wie zB jene der Diskriminierung durch den verminderten Ruhebezug infolge einer solchen Verurteilung. Eine solche dienstrechtliche Fallkonstellation legte der Verwaltungsgerichtshof mit Beschluss vom 27. April 2017 dem EuGH vor.[21]
An diesem Beispiel kann sehr gut abgeleitet werden, dass umstrittene Themen oftmals nicht nur mit einem juristischen Anlauf abgehandelt werden können, sondern es oftmals mehrerer

[15] VfSlg 16565/2002, 8.
[16] *Kraml*, Aufstieg und Fall des § 209 StGB, Juridikum 1/2017, 19 (26).
[17] VfSlg 16565/2002, 2.
[18] EGMR 7.11.2013, 31913/07, EB ua / Österreich
[19] BGBl I 2015/154.
[20] *Kraml*, Aufstieg und Fall des § 209 StGB, Juridikum 1/2017, 19 (27).
[21] VwGH 27.4.2017, Ra 2016/12/0072 (C-258/17).

rechtlicher „*Mosaikschritte*“ bedarf. Auch zeigen diese Fallbeispiele auf, dass zudem nicht nur ein innerstaatliches Höchstgericht, sondern „korrigierend“ und/oder „unterstützend“ der europäischen Gerichtsebene eine wichtige Rolle zukommt.

2.) Die höchstgerichtliche Rechtsprechung im Hinblick auf die Integration (Rukiye Eraslan)

Ein Begriff der im Zusammenhang mit Vielfalt und das Zusammenleben in Österreich seit Jahren fällt ist „Integration“. Mit dem Wachstum der „nicht-österreichischen“ Bevölkerung schreien mittlerweile fast alle Parteien nach strengeren Regeln für die Migration, insbesondere seit dem „Flüchtlingsstrom 2015“. Dadurch wird der Eindruck vermittelt, dass die MigrantInnen hier zu Lande nicht oder nicht gut genug integriert sind.
Historisch betrachtet ist ersichtlich, dass vor allem in den 60er- und 70er Jahren, in denen sehr viele GastarbeiterInnen bewusst angeworben und nach Österreich geholt worden sind[22], es von der Politik für nicht prioritär erachtet wurde, diese wertvollen Arbeitskräfte auch in die Gesellschaft einzugliedern.[23] Natürlich war in dieser Zeit auch die Erwartungshaltung jene, dass die GastarbeiterInnen nach ein paar Jahren wieder Österreich Richtung Heimat verlassen.[24] So ist es jedoch nicht gekommen. Anstatt die GastarbeiterInnen zu integrieren, wurden Bestimmungen erlassen, womit vor allem der Familiennachzug erschwert werden sollte.[25] Erst in den 90er Jahren wurden dann Integrationsmaßnahmen gesetzt.[26] Seit 2000 ist eine kontinuierliche und restriktive Verschärfung der Fremdenrechtsgesetze erkennbar. Unter der Schwarz-Blauen-Regierung 2005 kam die große Fremdenrechtsreform.[27] Seit dem wurde das Fremdenpolizeigesetz 2005 (FPG) 20-mal, das Asylgesetz 2005 (AsylG) 17-mal und das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) 23-mal geändert.

1.) Gesetzliche Bestimmungen

Was bedeutet nun Integration bzw. wie sieht Integration aus? Bis zum Integrationsgesetz 2017 gab es keine Legaldefinition von Integration (näheres dazu bei Punkt 3). In den rechtlichen Normen fanden sich vage Angaben was unter Integration zu verstehen ist. Die Beachtung bzw. die Überprüfung der Integration von MigrantInnen greift meist bei aufenthaltsbeendenden Maßnahmen nach dem FPG[28] und bei Erteilungs- und Verlängerungsvorrausetzungen für eine Aufenthaltsberechtigung nach dem NAG.[29] Auch das AsylG sieht in wenigen Bestimmungen eine Berücksichtigung der Integration vor.[30] In Fällen von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen nach dem FPG sieht § 9 BFA-VG vor, dass bei der Beurteilung des Privat- und Familienlebens im Sinne des Art. 8 EMRK unter anderem der

[22] *Pöschl*, Gutachten zu Migration und Mobilität in Verhandlungen des neunzehnten österreichischen Juristentages I/1 (2015) 32.
[23] Ebd. 35.
[24] Ebd. 32.
[25] Ebd. 41.
[26] Ebd. 40.
[27] BGBl. I Nr. 100/2005.
[28] §§ 51 bis 61 FPG gelten für Drittstaatsangehörige und §§ 66 bis 67 FPG gelten für unionsrechtlich aufenthaltsberechtigte EWR-BürgerInnen, Schweizer BürgerInnen und begünstigte Drittstaatsangehörige.
[29] §§ 14a und 14b NAG, mittlerweile durch BGBl. I Nr. 68/2017 aufgehoben, diese Bestimmungen finden sich nun im Integrationsgesetz 2017.
[30] § 56 AsylG: Aufenthaltstitel in besonders berücksichtigungswürdigen Fällen.

Grad der Integration zu berücksichtigen ist.[31] Jedoch ist nicht ersichtlich, wann von einer Integration ausgegangen werden kann.
Auch die Bestimmungen im NAG hinsichtlich der Integrationsvereinbarung geben keinen Aufschluss darüber, was unter Integration zu verstehen ist.[32] In § 11a Abs. 6 Z 2 Staatsbürgerschaftsgesetz (StbG) finden sich Angaben ab wann eine persönliche Integration als gegeben anzusehen ist. Diese liegt insbesondere entweder bei einer dreijährigen freiwilligen und ehrenamtlichen Tätigkeit bei einer gemeinnützigen Organisation vor oder bei einer dreijährigen Ausübung eines Berufes im Bildungs- Sozial- oder Gesundheitsbereich oder im Falle der Bekleidung einer Funktion in einem Interessenverband/einer Interessenvertretung für mindestens drei Jahre hindurch. Hierbei muss aber die ausgeführte Tätigkeit dem Allgemeinwohl in „besonderer" Weise dienen.

Aber konkret lässt sich aus diesen Bestimmungen nicht ableiten wie eine erfolgreiche Integration aussehen soll.

2.) Judikatur

Die erwähnten gesetzlichen Bestimmungen sehen deshalb eine Abwägung der jeweils aufgezählten Interessen vor. Somit räumen die Gesetze im Fremdenrecht den Behörden und den Verwaltungsgerichten Ermessensspielräume ein. Dies kann von den Höchstgerichten nur dahingehend überprüft werden, ob die Behörde/das Verwaltungsgericht ihr gesetzlich eingeräumtes Ermessen im Sinne des Gesetzes geübt hat. Die Abwägung der Interessen und die Berücksichtigung von Integrationsaspekten muss für die die Höchstgerichte im Sinne des Gesetzes in der Gesamtbetrachtung nachvollziehbar sein. Es folgt ein eine grobe Darstellung der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes über die Beurteilung der Integration in ihren Entscheidungen:

Die Verwaltungsgerichte müssen nach der Rechtsprechung des VwGH stets die Deutschkenntisse der „Fremden" bei der Beurteilung der Integration mit berücksichtigen.[33] Die Rechtsprechung des VwGH sieht vor, dass unter Bedachtnahme auf alle Umstände des Einzelfalls eine gewichtende Abwägung des öffentlichen Interesses an einer Aufenthaltsbeendigung mit den gegenläufigen privaten und familiären Interessen, in Form einer Gesamtbetrachtung vorzunehmen ist.[34] So komme - hinsichtlich der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung (Interessen) - den Normen, die die Einreise und den Aufenthalt von Fremden regeln, ein hoher Stellenwert zu.[35]

---

[31] Weiteres ist zu berücksichtigen: Die Art und Dauer des bisherigen Aufenthaltes und die Frage, ob der bisherige Aufenthalt des Fremden rechtswidrig war, das tatsächliche Bestehen eines Familienlebens, die Schutzwürdigkeit des Privatlebens, die Bindungen zum Heimatstaat des Fremden, die strafgerichtliche Unbescholtenheit, Verstöße gegen die öffentliche Ordnung; die Frage, ob das Privat- und Familienleben des Fremden in einem Zeitpunkt entstand, in dem sich die Beteiligten ihres unsicheren Aufenthaltsstatus bewusst waren und die Frage, ob die Dauer des bisherigen Aufenthaltes des Fremden in den Behörden zurechenbaren überlangen Verzögerungen begründet ist.
[32] Ab dem 1. Oktober 2017 ist die Integrationsvereinbarung im Integrationsgesetz 2017 in den §§ 7 bis 12 geregelt.
[33] VwGH 20.10.2016, Ra 2016/21/0224.
[34] VwGH 16.05.2012, 2011/21/0277.
[35] VwGH 22.01.2013, 2011/18/0012.

Das bedeutet, dass einerseits die öffentlichen Interessen[36] an einer aufenthaltsbeenden Maßnahme jenen der Interessen des „Fremden“ abgewogen werden müssen und andererseits, dass einzelne Aspekte allein nicht ein Überwiegen der persönlichen Interessen zur Folge haben. So reichte für den VwGH der Besuch der Schule von minderjährigen Beschwerdeführern nicht aus, um daraus einen aus Art. 8 EMRK resultierenden Verbleib in Österreich abzuleiten.[37]
Die bisher erlangte Integration wird in ihrem Gewicht auch dadurch gemindert, wenn die integrationsbegründenden Umstände während eines unsicheren Aufenthalts erworben worden sind.[38] Daran vermag auch ein jahrelanger Aufenthalt in Österreich nichts ändern.[39]

Auch die Rechtsprechung des VwGH hat, wie aufgezeigt, keine „Formel“ nach der eine erfolgreiche Integration als gegeben anzusehen ist, judiziert. Vielmehr ist, wie der VwGH stets betont, immer eine Einzelfallprüfung erforderlich um die persönlichen Interessen und den Grad der Integration, der bei jedem Menschen anders aussehen kann, abzuwägen. Diese Überprüfung orientiert sich natürlich an den vorgegebenen gesetzlichen Bestimmungen.

3.) Ausblick

Mit dem Integrationsgesetz 2017 wurde erstmals versucht eine rechtliche Definition des Begriffes Integration zu finden. Gemäß der Begriffsbestimmung in § 2 Abs. 1 erster Satz des Integrationsgesetzes ist die Integration „*ein gesamtgesellschaftlicher Prozess, dessen Gelingen von der Mitwirkung aller in Österreich lebenden Menschen abhängt und auf persönlicher Interaktion beruht. Integration erfordert insbesondere, dass die Zugewanderten aktiv an diesem Prozess mitwirken, die angebotenen Integrationsmaßnahmen wahrnehmen und die Grundwerte eines europäischen demokratischen Staates anerkennen und respektieren.*“

Aus dieser Begriffserklärung ist wiederum aber nicht ersichtlich was nun die Integration bedeutet. Obwohl das Integrationsgesetz davon ausgeht, dass die Integration ein gesamtgesellschaftlicher Prozess ist, geht sie von einer Bringschuld bzw. Pflicht der MigrantInnen aus. Aus den Erläuterungen der Regierungsvorlage lässt sich ableiten, dass die primär zu erbringende Leistung die Beherrschung der deutschen Sprache darstellt. Darüber hinaus wird von erfolgreicher Integration gesprochen, wenn die dem Rechtsstaat zugrundeliegende österreichische und europäische Rechts- und Werteordnung anerkannt und eingehalten werden.[40] Dies soll durch Sprachkurse und durch Werte- und Orientierungskurse (nur für Asylberechtigte und subsidiär Schutzberechtigte)[41] erreicht werden. Dem Integrationsgesetz unterliegen alle Asylberechtigte, subsidiär Schutzberechtigte und Drittstaatsangehörige die gemäß § 2 Abs. 1 Z 6 NAG rechtmäßig niedergelassen sind.[42] Als

[36] § 9 Abs. 1 BFA-VG verweist auf den **materiellen Vorbehalt** in Art. 8 Abs. 2 EMRK.
[37] VwGH 12.12.2012, 2012/18/0204-0205.
[38] VwGH 22.11.2012, 2011/23/0677.
[39] VwGH 22.01.2013, 2011/18/0012.
[40] Erläuterungen RV 1586 der XXV. GP, 1.
[41] § 5 Abs. 1 Integrationsgesetz.
[42] § 3 Integrationsgesetz.

Sanktion ist vorgesehen, dass bei einer Nichteinhaltung der Vorgaben es zu finanziellen Kürzungen kommt.

Es ist zu begrüßen, dass der Gesetzgeber nun versucht hat die Integration durch ein Gesetz zu objektivieren. Obwohl im Integrationsgesetz von einem „gesamtgesellschaftlichen“ Prozess gesprochen wird, ist ersichtlich, dass den MigrantInnen die Integration aufgebürdet wird und an die restliche Bevölkerung (gemeint sind damit österreichische StaatsbürgerInnen) jedoch keine Anforderungen gestellt werden.

Zum Schluss ist anzumerken, dass im Fremdenwesen mit der Erlassung von strengeren Regelungen, für die BürgerInnen eine Atmosphäre der Angst mit einkehrt, weshalb auch die Vorurteile gegenüber MigrantInnen und Schutzsuchenden gestärkt werden. Hierbei ist in den Bereichen der sexuellen Orientierung (Vgl. Beitrag 1) und der Gleichstellung der Geschlechter (Vgl. Beitrag 3) innerhalb der Gesellschaft, in der Rechtsprechung und in der Gesetzgebung - im Vergleich zum Fremdenwesen - eine progressivere und offenere Entwicklung ersichtlich ist. Wobei wir auch hier bei weitem nicht von einer wirklich gleichberechtigten Gesellschaft sprechen können.

3.) Eine Analyse der österreichischen Judikatur im Hinblick auf Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts“ (Songül Per)

„Alle Staatsbürger sind vor dem Gesetz gleich.“ So lautet Artikel 7 Absatz 1 Satz 1 der österreichischen Bundesverfassung. Artikel 7 B-VG verbietet im Besonderen Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts, und zwar explizit.[43] **Die Frage ist nur, wie sich das in der Realität ausprägt.** Gesetzliche Regelungen, die allgemein bloß nach dem Geschlecht unterscheiden und Frauen als einheitliche Gruppe den Männern gegenüberstellen existieren heute noch. Entscheidend ist der Umgang der Höchstgerichte mit diesen.

Nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs (VfGH) sind gesetzliche Regelungen, die zwischen Frauen und Männer unterscheiden, dann zulässig, wenn sie sachlich gerechtfertigt sind. Die Beantwortung der Frage, was in dieser Hinsicht „sachlich gerechtfertigt“ ist, ist dann einfach, wenn sich die Unterscheidung, wie etwa bei den Mutterschutzbestimmungen, aus der -wie es der VfGH formuliert- „Natur des Geschlechts“ bzw. aus Unterscheidung auf dem „im Tatsächlichem“ ergibt. Schwierig wird sie, wenn die Unterscheidung auf gesellschaftlichen Wertungen beruht und mitunter zu geschlechterungleichen Verhältnissen führt.[44]

1.) Judikaturentwicklung im historischen Kontext

Um die eingangs gestellte Frage zu untersuchen, ist es wichtig einen Blick in die Rechtsprechung der letzten Jahrhunderte zu werfen.
Beginnen können wir zum Beispiel mit einem Erkenntnis des VfGH aus dem Jahr 1947.[45] Eine Regelung, die bei der Abgabe von Tabakwaren Frauen gegenüber Männer benachteiligte, weil Männer mehr Raucherkarten als Frauen bekamen, wurde mit der Begründung als sachlich gerechtfertigt erachtet, dass man weniger Frauen rauchen sehe. Insofern sei die Beschränkung von Tabak für Frauen keine ungerechte Ungleichbehandlung, sondern entspreche den Lebensrealitäten. Diese Begründung trifft schon in ihren faktischen Voraussetzungen heute insofern nicht mehr zu, haben doch die Frauen beim Nikotinkonsum mittlerweile stark aufgeholt.[46]
Weiters erachtete der VfGH im Erkenntnis aus dem Jahr 1974 ein Gesetz, das Schülerinnen, nicht aber auch Schülern, eine hauswirtschaftliche Ausbildung verpflichtend vorschrieb, gleichheitsrechtlich unbedenklich. Der VfGH argumentierte, dass die hauswirtschaftliche

[43] BGBl Nr. 66/2004. idgF.
[44] *Holzinger/Kommenda*, Verfassung kompakt: Meine Grundrechte und mein Rechtsschutz. Wegweiser durch die österreichische Verfassung (2013), 85.
[45] VfSlg. 1526/1947.
[46] *Holzinger/Kommenda*, Verfassung kompakt: Meine Grundrechte und mein Rechtsschutz. Wegweiser durch die österreichische Verfassung (2013), 85.

Tätigkeit noch überwiegend von Frauen ausgeübt werde. 20 Jahre später hob der VfGH die Bestimmung aber als gleichheitswidrig auf.[47]
In den 80er Jahren existierten noch Gesetze, die der Witwe jedenfalls eine Pension nach dem verstorbenen Gatten zusprachen, dem Witwer aber nur im Fall der Bedürftigkeit. Die Männer waren also schlechter gestellt, weil man davon ausging, ein Mann habe sich selbst zu versorgen. Einen Durchbruch in der Rechtsprechung des VfGH zu Fragen der Gleichbehandlung von Männern und Frauen stellte daher das sogenannte „Witwerpensionserkenntnis“ aus dem Jahr 1980 dar: Angesichts der geänderten gesellschaftlichen Verhältnisse (steigende Zahl erwerbstätiger Frauen, Abkehr vom Modell der Hausfrauenehe) wurden diese gesetzliche Bestimmungen als gleichheitswidrig aufgehoben. Die Verfassungsrichter gingen davon aus, dass Frauen in zunehmendem Maße berufstätig seien und somit „ein Festhalten am früheren Rollenbild von Mann und Frau in der Ehe” nicht mehr gerechtfertigt wäre.[48]

„In mehreren Erkenntnissen aus den 1990er Jahren erachtete der VfGH das unterschiedliche Pensionsalter von Männern und Frauen als gleichheitswidrig: Das Argument der Doppelbelastung der Frau durch Beruf und Familie rechtfertige zwar eine Begünstigung der davon betroffenen Frauen, nicht aber die pensionsrechtliche Privilegierung von Frauen schlechthin. Regelungen, die allgemein bloß nach dem Geschlecht unterscheiden und Frauen als einheitliche Gruppe den Männern gegenüberstellen, berücksichtigten in Wahrheit diese „Doppelbelastung“ nicht. Sie kämen vorwiegend jenen Frauen zugute, deren Rollenbild sich von dem der Männer nicht unterscheidet; jene Frauen aber, die durch Haushalt und Betreuung von Kindern besonders belastet sind, profitieren vom niedrigeren Pensionsalter kaum oder haben gar Nachteile davon, weil ihnen anrechenbare Jahre fehlen. Das unterschiedliche Maß der Belastung von Frauen und die tatsächliche körperliche Beanspruchung fänden in einer derart undifferenzierten Regelung keinen Niederschlag. Durch ein eigenes BVG über unterschiedliche Altersgrenzen von männlichen und weiblichen Sozialversicherten wurde allerdings die vom VfGH beanstandete Ungleichheit für einen Übergangszeit bis zum Jahr 2033 abgesichert.“[49]

Als sachlich gerechtfertigt erachtete der VfGH 1992 dagegen etwa das Nachtarbeitsverbot (mittlerweile abgeschafft)[50] für Frauen. Der VfGH argumentierte, man müsse die durch Beruf und Familie doppelbelasteten Frauen vor Nachtarbeit schützen, damit sie nämlich, untertags die Hausarbeit erledigen können. Und das Gericht erdreistete sich zu fordern, Frauen, die mangels Doppelbelastung nicht schutzbedürftig sind, sollten in Solidarität mit den anderen Frauen auf die Möglichkeit zur Nachtarbeit verzichten.[51]

Sachlich nicht gerechtfertigte Differenzierungen nach dem Geschlecht, die der VfGH als verfassungswidrig aufhob, betrafen etwa die Nichtzulassung zu bestimmten Berufen (z.B.: Taxilenkerinnen) sowie eine Regelung, die es Frauen, nicht aber auch Männern erlaubte, im

[47] VfSlg. 7461/1974.
[48] VfSlg 8871/1980.
[49] VfSlg 12568/1990.
[50] BGBl. Nr. 237/1969 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 122/2002.
[51] VfSlg 11774/1988; 13038/1992.

Falle der Eheschließung, ihren bisherigen Namen dem gemeinsamen Familiennamen nachzustellen. Dagegen wurde die Regelung, wonach der Familiennamen des Mannes der gemeinsame Familienname wird, wenn die Ehegatten bei der Heirat keinen anderen bestimmen unter Hinweis auf die „tatsächlichen Gegebenheiten“ als gleichheitsrechtlich unbedenklich erachtet (!); ebenso die Regelung, dass das Kind, wenn sich die Eltern nicht auf einen gemeinsamen Familiennamen oder auf einen bestimmten Namen des Kindes einigen können, den Namen des Vaters trägt.[52]

2.) Analyse der jüngeren Rechtsprechung

Geschlechterungleiche Verhältnisse werden aber auch durch die jüngere Rechtsprechung fortgeschrieben. In Folgendem ein paar ausgewählte Beispiele:
In Österreich kann die Notstandshilfe nur von alleinstehenden Personen in Anspruch genommen werden. Ist jemand verheiratet oder hat sie/er eine/n Lebenspartner/in, wird deren/dessen Einkommen - sofern es über der Freigrenze von monatlich 435 Euro liegt - zur Gänze auf den Notstandshilfeanspruch angerechnet.[53] Die Folge ist, dass jährlich 10.000 Frauen in Österreich keine Notstandshilfe bekommen. Dazu kommen noch die drastischen Auswirkungen auf die Pension, zumal die Betroffenen Versicherungszeiten verlieren. 2004 entschied der Verwaltungsgerichtshof (VwGH), dass zwar eine Diskriminierung vorliege, diese aber gerechtfertigt sei, weil die Notstandshilfe nur den Zweck habe, das Existenzminimum zu sichern.[54]

In einem weiteren Erkenntnis hält der VfGH fest, dass eine Bevorzugung von weiblichen Fachärztinnen für Frauenheilkunde und Geburtshilfe bei Kassenverträgen nicht gesetzwidrig ist. Er argumentierte, dass das weibliche Geschlecht zur Sicherstellung einer angemessenen Versorgung sozialversicherter Patientinnen auf dem Fachgebiet der Frauenheilkunde eine objektiv vorliegende berufliche Anforderung für auf diesem Gebiet tätige Fachärztinnen und damit eine unverzichtbare Voraussetzung im Sinne des Gleichbehandlungsgesetzes sei.[55]

Nach einer aktuellen Entscheidung des Europäische Gerichtshofs (EuGH)[56] können Unternehmen ihren Mitarbeiterinnen verbieten, am Arbeitsplatz ein Kopftuch zu tragen. Allerdings nur wenn die Unternehmensregel, neutrale Kleidung zu tragen, für Angehörige aller Religionen gilt und wenn MitarbeiterInnen direkten KundInnen-Kontakt haben. Der Entscheidung war die Klage einer belgischen Muslima vorausgegangen. Diese arbeitete seit 2003 ohne Kopftuch in einem französischen Unternehmen im Rezeptions- und Empfangsdienst. Als sie ankündigte, in Zukunft mit Kopftuch am Arbeitsplatz zu erscheinen, wurde sie entlassen. Vermissen lässt sich in dem Urteil des EuGH die Auseinandersetzung mit der Geschlechtsdiskriminierung. Auch wenn die belgischen Gerichte nicht danach gefragt haben, wäre es möglich gewesen. Eine Benachteiligung einer Frau, weil sie ein

[52] *Holzinger/Kommenda*, Verfassung kompakt: Meine Grundrechte und mein Rechtsschutz. Wegweiser durch die österreichische Verfassung (2013), 87.
[53] § 6 Notstandshilfeverordnung.
[54] VwGH 14.01.204, 2002/08/0038.
[55] VfGH 09.12.2014, V 54/2014.
[56] EuGH C-157/15 Samira Achbita gegen G4S Secure Solutions NV.

Kleidungsstück trägt, das mit ihrem Geschlecht in Verbindung gebracht wird, ist immer auch eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts.

Das Kinderbetreuungsgeld kann bei mehreren Kleinkindern in der Familie nur einmal bezogen werden – für das jüngste Kind. Umfasst sind davon nicht nur leibliche, sondern auch Adoptiv- und Pflegekinder. Der Oberste Gerichtshof (OGH) entschied nach der Klage eines gleichgeschlechtlichen Paares, dass das leibliche Kind der einen Frau auch das Kind (Pflegekind) ihrer Partnerin ist. Wird in der Familie ein weiteres Kind geboren oder adoptiert, besteht nur noch Anspruch für das jüngste Kind, selbst wenn der Abstand sehr gering ist. Damit stehen mehrere lesbische Paare, bei denen beide Frauen gleichzeitig schwanger sind, vor Problemen mit dem Kinderbetreuungsgeld. Eine Bevorzugung gleichgeschlechtlicher Familien wäre verfassungswidrig und "ist demnach ausgeschlossen“, lautet die Argumentation des Familienministeriums. Es scheint, dass bei der Abfassung des neuen Kinderbetreuungsgeldgesetzes nicht bedacht wurde, dass zwei Frauen auch gleichzeitig schwanger sein können und dies zu besonders prekären Situationen führen kann: nämlich dann, wenn die Kinder in sehr kurzen Abständen voneinander auf die Welt kommen.[57]

3.) Conclusio

Zusammengefasst kann festgehalten werden, dass die aufgezählten Judikaturbeispiele einerseits den gesellschaftlichen Wandel der Rollenverteilung zwischen Männer und Frauen, andererseits den Umgang der Höchstgerichte mit diesem Wandel sehr gut erkennen lassen. Das klassische Geschlechterrollenbild, wonach dem Mann und Vater die außerhäusliche Berufstätigkeit vorbehalten ist und der Frau und Mutter die unbezahlte Familien- und Erziehungsarbeit zugewiesen wird, entspricht immer weniger der Realität (vgl. obige Beispiele der älteren Judikatur .z.B.: hauswirtschaftliche Ausbildung für Mädchen; Nachtarbeitsverbot; Nichtzulassung zu bestimmten Berufen; etc.). Die Frauen- und insbesondere Müttererwerbsquote steigt kontinuierlich an, und immer deutlicher werden Forderungen nach einer Gleichstellung der Geschlechter, voller Teilhabe der Frauen am gesellschaftlichen und Arbeitsleben und Vereinbarkeit von Beruf und Familie. Es bedarf daher weiterhin Entwicklungen sowohl in der Gesetzgebung als auch in der Rechtsprechung, damit diesen Anforderungen entsprochen und die Gleichstellung auch auf diesen Ebenen etabliert wird.

[57] OGH-Urteil: Kinderbetreuungsgeld für Co-Mutter unter: http://www.regenbogenfamilien.at/2014/ogh-urteil-zu-kinderbetreuungsgeld-fuer-lesbisches-paar/ (abgerufen am 10.08.2017).