

II. Der grundrechtliche Rahmen des Familienrechts

A. Gleichheit und Diversität als grundrechtliche Konzepte

Die vorliegende Arbeit setzt sich mit dem Einfluss der Konzepte von Gleichheit und Diversität auf das Familienrecht auseinander, die beide unterschiedliche Entstehungsgeschichten und Inhalte haben. So ist die Idee der Gleichheit – in unterschiedlichen Ausprägungen – bereits seit der Antike bekannt¹⁾ und beinhaltet als Forderung nach Gleichbehandlung gleicher Sachverhalte wohl den Kern der materiellen Gerechtigkeit.²⁾ Dieses Konzept der Gleichheit, das im Einzelnen freilich unterschiedliche Facetten umfasst,³⁾ findet seinen rechtlichen Niederschlag vor allem im Bereich der Grundrechte.⁴⁾ Zentral für das österreichische Recht ist dabei der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz des Art 7 B-VG; darüber hinaus finden sich zahlreiche grundrechtliche Gleichheitsgarantien – wie etwa die Gleichheit der Rechte und Pflichten zwischen Ehegatten (Art 5 7. Zusatzprotokoll der MRK)⁵⁾ – auch an anderer Stelle in der Rechtsordnung.

Das Konzept der Diversität ist demgegenüber relativ jung und untrennbar mit der amerikanischen Bürgerrechtsbewegung der 1960er Jahre verbunden; sie forderte die Herstellung von Chancengleichheit für Gruppen, die aufgrund bestimmter persönlicher Merkmale benachteiligt wurden.⁶⁾ Die Unterscheidung und Anerkennung von individuellen sowie gruppenspezifischen Merkmalen wurde verstärkt Forschungsgegenstand der Soziologie, die im deutschsprachigen Raum den Begriff „Vielfalt“ geprägt hat.⁷⁾ Dieser Gedanke gewinnt auch im Recht immer mehr an Bedeutung, wobei im Vordergrund der Schutz vor unterschiedlicher Behandlung aufgrund eines persönlichen Merkmals –

¹⁾ Siehe dazu *Berka* in *Kneihls/Lienbacher* (Hrsg), Kommentar zum B-VG Art 7 B-VG Rz 2 ff.

²⁾ Eingehend *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991) 335 ff.

³⁾ Da der Gleichheitsbegriff äußerst voraussetzungsvoll ist, wird häufig über unterschiedliche Formen der Gleichheit diskutiert: Dazu zählt neben einer formalen Gleichheit etwa die Herstellung „tatsächlicher“ bzw. „faktischer“ Gleichheit – also eine Angleichung realer Lebensverhältnisse – oder die Schaffung von Chancengleichheit (eingehend *Berka* in *Kneihls/Lienbacher*, B-VG Art 7 B-VG Rz 16 f).

⁴⁾ Eingehend *Pöschl*, Gleichheitsrechte, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte² (2014) Rz 14/34 ff.

⁵⁾ Dazu etwa *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ (2016) Rz 26/20 f.

⁶⁾ Etwa *Engel*, Die „Diversität“ des Diversity Managements: Geschichte & Landkarten, in *Hernsteiner* (Hrsg), *Managing Diversity* (2004) 15.

⁷⁾ Statt vieler *Fuchs*, *Diversity und Differenz – Konzeptionelle Überlegungen*, in *Krell/Riedmüller/Riedmüller/Sieben/Vinz* (Hrsg), *Diversity Studies* (2007) 17.

wie des Geschlechts, der sexuellen Orientierung oder der Religionszugehörigkeit – steht.⁸⁾ Im Kern dieser Debatte stehen freilich wiederum Grundrechtsgarantien, wobei Diskriminierungsverbote – wie etwa Art 14 MRK oder Art 7 Abs 1 Satz 2 B-VG – von besonderer Bedeutung sind.⁹⁾

Somit bieten Grundrechte einen zentralen Ansatzpunkt, um das Konzept von Gleichheit und Diversität auf die Ebene des Familienrechts zu übertragen.¹⁰⁾ Im folgenden Kapitel werden daher die grundrechtlichen Rahmenbedingungen des österreichischen Familienrechts untersucht, wobei zwischen formellen sowie materiellen Aspekten unterschieden wird. Im Kontext des formellen Grundrechtsrahmens werden zentrale Konzepte der Grundrechtstheorie erläutert und in den Zusammenhang des Familienrechts gestellt. Sodann werden im Hinblick auf den materiellen Grundrechtsrahmen jene Grundrechtspositionen näher beleuchtet, die inhaltlich für die Ausgestaltung und Anwendung des Familienrechts bedeutsam sind. Schließlich wird die Verbindung von Grundrechten, Legal Gender Studies und Familienrecht untersucht: Dabei wird die These aufgestellt, dass die Grundrechte der MRK den entscheidenden Schlüssel bilden, um die Konzepte von Gleichheit und Diversität auf der Ebene der Rechtsdogmatik umzusetzen.

B. Formale Aspekte des grundrechtlichen Rahmens

1. Grundrechte als „verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte“

Als Grund- und Menschenrechte werden in der politischen und juristischen Diskussion nach einem materiellen Begriffsverständnis regelmäßig Rechtspositionen bezeichnet, die zentrale Werte einer Rechtsordnung sichern und die Rechtsunterworfenen vor ungerechtfertigten Eingriffen von staatlicher Seite schützen sollen.¹¹⁾ Die österreichische Verfassung verwendet allerdings den Begriff „Grundrecht“ sehr selten¹²⁾ und stellt vielmehr auf den *formalen Begriff der „verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechte“* iSd Art 144 Abs 1

⁸⁾ Deutlich zeigt sich das etwa im Zusammenhang mit dem europäischen Recht, wo die RL 2006/54/EG, RL 2004/113/EG oder RL 2000/78/EG auf taxativ aufgezählte Diskriminierungsmerkmale (wie insb Alter, sexuelle Orientierung, Ethnie, Religion oder Weltanschauung) Bezug nehmen (s *Fuchs/Marhold*, Europäisches Arbeitsrecht³ [2017] 194 ff). Dieses System von diskriminierungsanfälligen Kriterien haben auch die diversen Gleichbehandlungsgesetze im nationalen Recht übernommen.

⁹⁾ Zur Bedeutung grundrechtlicher Diskriminierungsverbote instruktiv *Pöschl in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Grundrechte² Rz 14/96 ff.

¹⁰⁾ Allgemein zum Einfluss der Grundrechte auf die Herstellung von Gleichheit und Diversität etwa *Baer*, *Dignity, Liberty, Equality: A Fundamental Rights Triangle of Constitutionalism*, UTLJ 2009, 417.

¹¹⁾ So etwa *Berka*, *Verfassungsrecht*⁶ (2016) Rz 1151 ff. Zur teilweisen synonymen Verwendung von Grund- und Menschenrechte im Sprachgebrauch und dem materiellen Grundrechtsbegriff *Stern*, *Die Idee der Menschen- und Grundrechte*, in *Merten/Papier* (Hrsg), *Handbuch der Grundrechte I* (2004) Rz 1/46 ff.

¹²⁾ Statt aller *Berka*, *Verfassungsrecht*⁶ Rz 1160 mwN.

B-VG ab.¹³⁾ Damit bezeichnet das B-VG jene Grundrechte, die als subjektive Rechte im Verfassungsrang vor dem VfGH durchsetzbar sind;¹⁴⁾ sie sind als „Übersetzung“ des materiellen Grundrechtsbegriffs in die Kategorien des positiven Rechts zu verstehen.¹⁵⁾ Aufgrund der verfassungsrechtlichen Ausgangslage in Österreich folgt die Arbeit diesem formalen Begriffsverständnis: Wird der Begriff „Grundrechte“ verwendet, so sind also verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte iSd Art 144 Abs 1 B-VG gemeint.

Charakteristisch für die grundrechtliche Ausgangslage ist im österreichischen Verfassungsrecht das Fehlen eines geschlossenen Grundrechtskatalogs.¹⁶⁾ Da sich die einzelnen Grundrechte verstreut in mehreren Bestimmungen des Verfassungsrechts finden, wird häufig von einer „Zersplitterung der Grundrechte“ gesprochen.¹⁷⁾ Dementsprechend liegt den österreichischen Grundrechten kein einheitliches systematisches Konzept zugrunde, sodass sich einzelne Garantien durchaus überschneiden und überlagern können.¹⁸⁾ Dabei sind zwei Grundrechtsquellen zentral: Zum einen das Staatsgrundgesetz vom 21. 12. 1867 über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger¹⁹⁾ (im Folgenden: StGG 1867);²⁰⁾ zum anderen die Europäische Menschenrechtskonvention (im Folgenden: MRK), die in Österreich 1958 in Kraft getreten ist.²¹⁾

Allerdings stammen diese beiden Grundrechtsquellen aus unterschiedlichen Epochen, sodass zwischen ihnen markante Unterschiede bestehen. So enthält das StGG 1867 als Katalog „klassischer“ Grundrechte des 19. Jahrhunderts va Rechte zum Schutz der Position des Einzelnen gegenüber staatlichen

¹³⁾ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹¹ (2016) Rz 677; Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 1317ff; Grabenwarter, Verfassungsrecht, Völkerrecht und Unionsrecht in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Grundrechte² Rz 2/4.

¹⁴⁾ Etwa Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹¹ Rz 677; Kucsko-Stadlmayer, Allgemeine Strukturen der Grundrechte, in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Österreich² (2014) Rz 3/3.

¹⁵⁾ So insb Ringhofer, Über Grundrechte und deren Durchsetzung im innerstaatlichen Recht, in FS Hellbling (1971) 355 (358); zustimmend Berka in Kneihls/Lienbacher, B-VG Vor StGG Rz 19.

¹⁶⁾ Zu den bislang gescheiterten Versuchen einer Grundrechtsreform statt vieler Adamovic/Funk/Holzinger/Frank, Staatsrecht III² (2015) Rz 41/35 ff.

¹⁷⁾ Statt vieler Kucsko-Stadlmayer in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Grundrechte² Rz 3/4.

¹⁸⁾ Kucsko-Stadlmayer in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Grundrechte² Rz 3/4. So besteht gerade im Kontext des Schutzes der Religionsfreiheit eine grundrechtliche „Gemengelage“ von Art 9 MRK, Art 14 StGG und Art 63 Abs 2 StV St. Germain, was zu Auslegungsschwierigkeiten führen kann (näher Grabenwarter in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Grundrechte² Rz 2/52 ff).

¹⁹⁾ RGBl 1867/142.

²⁰⁾ Das StGG 1867 wurde bei Einführung des B-VG 1920 rezipiert (vgl Art 149 B-VG); s dazu Schäffer, Entwicklung, Quellen und Strukturen der Grundrechte sowie institutionelle Garantien, in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Grundrechte² Rz 1/52 ff.

²¹⁾ BGBl 1958/210.

Eingriffen („*Abwehrrechte*“). Nach dem Konzept dieses Grundrechtskatalogs ist der VfGH als einzige Behörde für den Rechtsschutz gegenüber Verletzungen dieser Grundrechte zuständig. Demgegenüber beinhaltet die MRK als moderner Grundrechtskatalog auf Basis einer völkerrechtlichen Vereinbarung²²⁾ nicht nur Abwehrrechte des Einzelnen, sondern sieht überdies aktive Verpflichtungen des Staates zur Gewährleistung der Grundrechte vor („*Gewährleistungspflichten*“).²³⁾ Hinzu kommt, dass die MRK über ein eigenes Rechtssystem verfügt, an dessen Spitze der EGMR steht; damit tritt er in Österreich als zusätzliche Rechtsschutzinstanz neben den VfGH.²⁴⁾

2. Wirkungen der Grundrechte

a) Grundrechtsträger und Grundrechtsadressaten

Träger der Grundrechtsberechtigung ist jedenfalls die natürliche Person und damit der einzelne Mensch; dabei stehen die Grundrechte der MRK – anders als jene des StGG – jedem Menschen unabhängig von seiner Staatsangehörigkeit zu.²⁵⁾ Adressat der grundrechtlichen Verpflichtungen ist der Staat, der in allen drei Staatsfunktionen – Gesetzgebung, Verwaltung und Gerichtsbarkeit – den Grundrechten verpflichtet ist, sodass es im Bereich hoheitlichen Staatshandelns keine „grundrechtsfreien“ Räume gibt.²⁶⁾

Primär richten sich Grundrechte an den Gesetzgeber, der einen Ausgleich zwischen den grundrechtlichen Freiheiten des Einzelnen und den Erfordernissen der gesellschaftlichen Ordnung herbeizuführen hat.²⁷⁾ Die Ermächtigung des Gesetzgebers zur Einschränkung oder Ausgestaltung von Grundrechten mittels einfachem Gesetz ist typischerweise durch andere Grundrechte beschränkt;²⁸⁾ die Reichweite der gesetzgeberischen Gestaltungsbefugnisse wird idR durch einen Gesetzesvorbehalt der betroffenen Grundrechte näher konkretisiert. Über diese Bindung des Gesetzgebers verwirklicht sich letzten Endes die Grundrechtsbindung aller übrigen Erscheinungsformen des Staates: Schließlich

²²⁾ Allerdings bezweifelte der VfGH zunächst den Verfassungsrang der MRK (VfSlg 4049), weshalb der Verfassungsgesetzgeber diesen 1964 durch authentische Interpretation klarstellte (s Art II der B-VG-Novelle 1965/59).

²³⁾ Vgl dazu Art 1 MRK: „*Die Hohen Vertragsschließenden Teile sichern allen ihrer Jurisdiktion unterstehenden Personen die in Abschnitt I dieser Konvention niedergelegten Rechte und Freiheiten zu.*“

²⁴⁾ Zum Verhältnis von VfGH und EGMR noch 5.c.

²⁵⁾ Beschränkungen können sich jedoch insb durch das Erfordernis der *Grundrechtsmündigkeit* ergeben, die von der Grundrechtsfähigkeit zu unterscheiden ist. Damit wird die Fähigkeit bezeichnet, von der durch das Grundrecht eingeräumten Berechtigung selbstständigen Gebrauch zu machen (statt vieler *Berka*, Verfassungsrecht⁶ Rz 1231 ff); sie kann – abhängig vom jeweiligen Grundrecht – variieren.

²⁶⁾ Siehe *Berka*, Verfassungsrecht⁶ Rz 1248; *Mayer/Kuksko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 1333 ff.

²⁷⁾ Etwa *Kuksko-Stadlmayer* in *Merten/Papier/Kuksko-Stadlmayer*, Grundrechte² Rz 3/39; *Berka* in *Kneihls/Lienbacher*, B-VG Vor StGG Rz 65.

²⁸⁾ Zur Kollision von Grundrechten näher unten 4.

sind sowohl die Gerichtsbarkeit als auch die Verwaltung an die Gesetze – und damit die Grundrechte – gebunden (vgl Art 18 B-VG).²⁹⁾

Im Bereich der Vollziehung erstreckt sich die Grundrechtsbindung nicht nur auf die Verwaltung, sondern auch auf die Gerichtsbarkeit. Da die ordentlichen Gerichte als Vollziehungsbehörden des Privatrechts zu qualifizieren sind,³⁰⁾ zählen auch sie zu den grundrechtsverpflichteten Staatsbehörden.³¹⁾ Im Bereich der Gerichtsbarkeit entfalten die Grundrechte ihre Wirkung insb im Hinblick auf die Durchführung des gerichtlichen Verfahrens.³²⁾ Da ordentliche Gerichte – und von ihnen ist in der Folge die Rede, wenn von Gerichten gesprochen wird – die Grundrechte bei der Auslegung einfacher Gesetze berücksichtigen müssen, finden sie insb im Weg der verfassungskonformen Interpretation Eingang in den Inhalt von Entscheidungen.³³⁾

b) Abwehrfunktion und Gewährleistungspflichten der Grundrechte

Im Hinblick auf die Schutzwirkungen der Grundrechte ist zwischen der *Abwehrfunktion* und *Gewährleistungspflichten* zu unterscheiden. Die grundrechtliche Abwehrfunktion verpflichtet den Staat zur umfassenden Achtung bestimmter Individualrechtsgüter, woraus gewisse Unterlassungspflichten des Staates folgen;³⁴⁾ dieses Grundrechtsverständnis liegt va dem StGG als klassisch-liberalem Grundrechtskatalog des 19. Jahrhunderts zugrunde.³⁵⁾

Darüber hinaus hat der Staat im Rahmen grundrechtlicher Gewährleistungspflichten die Ausübbarkeit der Grundrechte durch positive Maßnahmen zu gewährleisten.³⁶⁾ Diese Gewährleistungspflichten basieren im Wesentlichen auf der Judikatur des EGMR im Zusammenhang mit der MRK³⁷⁾ und sind in

²⁹⁾ Statt vieler *Berka*, Verfassungsrecht⁶ Rz 1250. Ausführlich zur Gesetzesbindung der ordentlichen Gerichte *Schoditsch*, Grundrechte und Privatrecht (2019) 122 ff.

³⁰⁾ *Schoditsch*, Grundrechte 119 f.

³¹⁾ *Kucsko-Stadlmayer* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Grundrechte² Rz 3/40 ff; *Berka*, Verfassungsrecht⁶ Rz 1257.

³²⁾ Zu denken ist hier insb an die Umsetzung des „fair-trial“-Gebots des Art 6 MRK (dazu *Berka* in *Kneihs/Lienbacher*, Bundesverfassung Vor StGG Rz 71).

³³⁾ *Kucsko-Stadlmayer* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Grundrechte² Rz 3/42; eingehend *Griss*, Die Grundrechte in der zivilrechtlichen Rechtsprechung, in *ÖJK* (Hrsg), Aktuelle Fragen des Grundrechtsschutzes (2005) 54.

³⁴⁾ Zur Bedeutung der Grundrechte als Abwehrrechte ausführlich *Kucsko-Stadlmayer* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Grundrechte² Rz 3/51 ff.

³⁵⁾ Etwa *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 1333.

³⁶⁾ Die dogmatische Begründung dieser Schutzpflichten ergibt sich nach hM primär aus einer teleologischen Interpretation der MRK, deren Art 1 die Staaten zum umfassenden Schutz der darin festgelegten Rechte verpflichtet (näher *Berka* in *Kneihs/Lienbacher*, B-VG Vor StGG Rz 27 f).

³⁷⁾ Der EGMR hat dafür den Begriff der „positive obligations“ geprägt und in unterschiedlichem Zusammenhang staatliche Handlungspflichten angenommen; diese decken sich weitgehend mit dem Konzept grundrechtlicher Gewährleistungspflichten (*Kucsko-Stadlmayer* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Grundrechte² Rz 3/57 ff; ausführlich *Holoubek*, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten [1997]).

ihrem Umfang vom betroffenen Grundrecht abhängig. Positive Gewährleistungspflichten des Staates wurden jedenfalls im Zusammenhang mit dem grundrechtlich geschützten Familien- und Privatleben (Art 8 MRK),³⁸⁾ der Religionsausübung (Art 9 MRK)³⁹⁾ oder der Versammlungsfreiheit (Art 11 MRK)⁴⁰⁾ angenommen. Auch wenn diese Schutzpflichten sowohl die Gesetzgebung als auch die Vollziehung binden,⁴¹⁾ verfügt der Staat dabei über einen großen Ermessensspielraum.⁴²⁾ So kann auf Ebene der Gesetzgebung etwa die Erlassung eines innerstaatlichen Gesetzes erforderlich sein;⁴³⁾ im Bereich der Vollziehung werden ihre Organe etwa dazu verpflichtet, eine verfassungskonforme Interpretation von Gesetzen aufgrund grundrechtlicher Gewährleistungspflichten vorzunehmen.⁴⁴⁾

3. Grundrechtsbeschränkungen und ihre Voraussetzungen

Die Zulässigkeit von Grundrechtsbeschränkungen wird anhand eines differenzierten Prüfungsschemas überprüft, das sowohl für Eingriffe der Gesetzgebung als auch der Vollziehung anwendbar ist.⁴⁵⁾ Im ersten Schritt wird ermittelt, ob eine bestimmte staatliche Maßnahme in den Schutzbereich einer Grundrechtsgarantie fällt. Da der Wortlaut für die Interpretation von Grundrechten selten besonders ergiebig ist, verdient die *Konkretisierung des jeweiligen Schutzbereichs durch die Judikatur des EGMR und VfGH* besondere Beachtung.⁴⁶⁾ Ist der Schutzbereich eines Grundrechts eröffnet, so ist zu prüfen, ob

³⁸⁾ Grundlegend EGMR 9. 10. 1979, *Airey/IRL*, EuGRZ 1979, 626: „Wenn es auch im Wesentlichen der Sinn des Art. 8 ist, den Einzelnen gegen willkürliche Eingriffe staatlicher Stellen zu schützen, so zwingt diese Bestimmung den Staat doch nicht nur dazu, sich solcher Eingriff zu enthalten; *zusätzlich* zu diesen primären negativen Pflichten können sich aus dem Gebot effektiver Achtung des Privat oder Familienlebens *positive Pflichten* ergeben.“ (Hervorhebungen durch den Verfasser).

³⁹⁾ Dabei liegen die positiven Verpflichtungen des Staates im Zusammenhang mit Art 9 MRK *va* in seiner Rolle beim Ausgleich zwischen verschiedenen Religionen und Weltanschauungen (dazu EGMR 20. 9. 1994, *Otto-Preminger-Institut/AUT*, ÖJZ 1995, 154).

⁴⁰⁾ EGMR 21. 6. 1988, „*Ärzte für das Leben*“/AUT, EuGRZ 1989, 522.

⁴¹⁾ Eingehend *Holoubek*, Gewährleistungspflichten 40 ff; *Berka* in *Kneihs/Lienbacher*, B-VG Vor StGG Rz 28.

⁴²⁾ Statt aller *Berka*, Verfassungsrecht⁶ Rz 1222.

⁴³⁾ *Berka* in *Kneihs/Lienbacher*, B-VG Vor StGG Rz 28. Instruktiv EGMR 26. 3. 1985, *X und Y/NL*, EuGRZ 1985, 297.

⁴⁴⁾ Dazu *Kucsko-Stadlmayer* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Grundrechte² Rz 3/61 mwN.

⁴⁵⁾ Im Detail finden sich für die Prüfung von Grundrechtseingriffen der Gesetzgebung einerseits und der Vollziehung andererseits geringfügige Abweichungen (mit Hinweisen zu den „Spruchformeln“ des VfGH *Bezemek*, Grundrechte in der Rechtsprechung der Höchstgerichte [2016] Rz 10f).

⁴⁶⁾ *Kucsko-Stadlmayer* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Grundrechte² Rz 3/79.

die (staatliche) Beeinträchtigung als Eingriff zu qualifizieren ist:⁴⁷⁾ Dies ergibt sich idR aus einem allfälligen Gesetzesvorbehalt des betroffenen Grundrechts sowie dem sog Verhältnismäßigkeitsprinzip. Ist ein Eingriff rechtmäßig, liegt keine Grundrechtsverletzung vor; ist er hingegen unzulässig, wird das jeweilige Grundrecht verletzt.⁴⁸⁾

Als Ausdruck der Vorstellung, dass Grundrechte aufgrund gegenläufiger Interessen nicht unbeschränkt gewährleistet werden können, enthalten Grundrechte für gewöhnlich einen materiellen oder formellen Gesetzesvorbehalt.⁴⁹⁾ Während die Grundrechte des StGG meist einem formellen Gesetzesvorbehalt unterliegen,⁵⁰⁾ gilt für die Grundrechte der MRK typischerweise ein materieller Gesetzesvorbehalt: Er gestattet dem Gesetzgeber einen Eingriff in Grundrechtspositionen nur, wenn er einem bestimmten öffentlichen oder individuellen Interesse dient und zur Wahrung dieses Interesses erforderlich ist (vgl Art 8 Abs 2 MRK).⁵¹⁾ Im Ergebnis beschränken materielle Gesetzesvorbehalte also die Ziele, aufgrund derer der Staat in ein Grundrecht eingreifen darf.

Selbst wenn ein legitimes Ziel für einen Grundrechtseingriff vorliegt, ist eine Prüfung der Zweck-Mittel-Relation vorzunehmen.⁵²⁾ Denn der Staat ist verpflichtet, ein geeignetes Mittel zur Zielerreichung einzusetzen und muss dabei das mildeste Mittel auswählen („Eignung“). Zusätzlich darf das Grundrecht nicht in einem größeren Maß beschränkt werden, als dies zur Erreichung des Eingriffsziels erforderlich ist („Erforderlichkeit“).⁵³⁾ Schließlich sind die verfolgten öffentlichen Interessen mit dem Gewicht der beeinträchtigten Grundrechtsposition abzuwägen („Verhältnismäßigkeit iES“).⁵⁴⁾ Erfüllt der

⁴⁷⁾ Näher dazu *Holoubek*, Der Grundrechtseingriff – Überlegungen zu einer grundrechtsdogmatischen Figur im Wandel, in *Merten/Papier* (Hrsg) Grundsatzfragen der Grundrechtsdogmatik (2007) 17f.

⁴⁸⁾ Dieses Prüfungsschema findet sich in der gängigen Lehrbuch-Literatur Österreichs (s *Mayer/Kuksko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ Rz 715ff; *Berka*, Verfassungsrecht⁶ Rz 1277ff; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ [2016] Rz 18/2ff).

⁴⁹⁾ *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ Rz 710; *Berka*, Verfassungsrecht⁶ Rz 1292ff.

⁵⁰⁾ Allerdings geht der VfGH mittlerweile davon aus, dass Eingriffe in diese Grundrechte dem Verhältnismäßigkeitsprinzip unterworfen sind (umfassend *Stelzer*, Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit [1991]).

⁵¹⁾ *Mayer/Kuksko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 1340; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ Rz 714.

⁵²⁾ Statt vieler *Kucsko-Stadlmayer* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Grundrechte² Rz 3/98 mwN.

⁵³⁾ Siehe VfSlg 13.725; *Bezemek*, Grundrechte Rz 4/8 mwN.

⁵⁴⁾ Der EGMR stellt iZm der Verhältnismäßigkeit iES regelmäßig darauf ab, ob ein Eingriff „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ ist (s etwa EGMR 7. 12. 1976, *Handyside/UK*, EuGRZ 1977, 33). Damit verweist der EGMR auf die (ungeschriebenen) Wertvorstellungen demokratischer Rechtsstaaten in Europa – und insb auf Offenheit, Pluralismus und Toleranz. Näher dazu *Korinek*, Auf dem Weg zu einem europäischen Grundrechtsstandard, in *Korinek* (Hrsg), Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit (2000) 7.

Grundrechtseingriff sämtliche dieser Kriterien, ist er als zulässig zu beurteilen; ansonsten liegt eine Grundrechtsverletzung vor.

4. Kollisionen von Grundrechten

a) Grundrechtskollisionen und ihre Auflösung

Die Freiheit eines Einzelnen findet regelmäßig dort ihre Schranken, wo der Schutzbereich entgegenstehender grundrechtlicher Interessen beginnt. Damit ist der Fall der Kollision von Grundrechten angesprochen: Er kann sowohl die Abgrenzung grundrechtlich geschützter Positionen gegenüber dem Staat als auch Privaten betreffen.⁵⁵⁾ Zur Auflösung dieser Konflikte geben die Grundrechtsnormen selbst idR nur eine schematische Vorgabe; sie deckt sich im Wesentlichen mit den Begrenzungen durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip.⁵⁶⁾ Es liegt daher primär am Gesetzgeber, die groben verfassungsrechtlichen Skizzen im Wege einfachgesetzlicher Regelungen zu schärfen und feinere Abgrenzungen zu entwickeln.⁵⁷⁾ Die *Auflösung von Grundrechtskollisionen* ist somit eine *Kernaufgabe des demokratisch legitimierten Gesetzgebers*, mit der er seiner Verpflichtung zur Erlassung hinreichend bestimmter Gesetze iSd Art 18 B-VG nachkommt. Im Rahmen des Privatrechts ist die Gerichtsbarkeit erst im zweiten Schritt zur Auflösung von Grundrechtskollisionen berufen und hat dafür insb die verfassungskonforme Interpretation gesetzlicher Bestimmungen fruchtbar zu machen.⁵⁸⁾

b) Grundrechtskollision im bi- und multipolaren Grundrechtsverhältnis

Von einem bipolaren Grundrechtsverhältnis wird gesprochen, wenn im Fall eines Grundrechtseingriffs die Interessen des Einzelnen öffentlichen Interessen gegenüber stehen und durch die staatliche Maßnahme keine grundrechtlich geschützte Position Dritter verwirklicht werden soll.⁵⁹⁾ Charakteristisch ist somit das Aufeinandertreffen bestimmter öffentlicher Interessen („legitimer Ziele“) und grundrechtlich geschützter Positionen eines Einzelnen: Das bipolare Grundrechtsverhältnis ist also ein typisches „Bürger-Staat-Verhältnis“. Da im bipolaren Grundrechtsverhältnis ein konträres Grundrecht fehlt, wird plakativ von einer „scheinbaren Grundrechtskollision“ gespro-

⁵⁵⁾ Grundlegend Eberhard, Grundrechtskonkurrenzen und Grundrechtskollisionen, in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Grundrechte² Rz 8/35; umfassend Heißl, Grundrechtskollisionen (2016).

⁵⁶⁾ Dementsprechend bezeichnete die ältere Lehre dies auch als „systematische Grundrechtsschranken“ (etwa Morscher, JBl 2003, 610; ebenso Dujmovits, Der Schutz religiöser Minderheiten nach der EMRK, in Grabenwarter/Thiele [Hrsg], Kontinuität und Wandel der EMRK [1998] 139 [166]).

⁵⁷⁾ Eberhard in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Grundrechte² Rz 8/49; näher Grabenwarter, Kontrolldichte des Grund- und Menschenrechtsschutzes in mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen, EuGRZ 2006, 487 (488).

⁵⁸⁾ Schoditsch, Grundrechte 132 ff.

⁵⁹⁾ Eberhard in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Grundrechte² Rz 8/40.

chen.⁶⁰⁾ Konsequenterweise sind Eingriffe nur innerhalb des Gesetzesvorbehalts zulässig, der für das jeweilige Grundrecht maßgeblich ist.⁶¹⁾ Solche bipolaren Grundrechtsverhältnisse, bei denen es zum Grundrechtseingriff aufgrund öffentlicher Interessen kommt, sind besonders im Bereich des öffentlichen Rechts häufig zu finden.

Demgegenüber liegt ein multipolares Grundrechtsverhältnis vor, wenn der Staat in die grundrechtlich geschützte Position des Einzelnen eingreift, um den – ebenfalls grundrechtlich geschützten – Interessen eines anderen Grundrechtsträgers zum Durchbruch zu verhelfen.⁶²⁾ Im multipolaren Grundrechtsverhältnis stehen dem Staat also Private gegenüber, die sich jeweils auf eine grundrechtlich geschützte Positionen berufen können.⁶³⁾ Es liegt also eine „Bürger-Bürger-Beziehung“ vor, die typisch für das Privatrecht ist, weil sich hier idR gegenläufige Interessen gleichrangiger Beteiligter gegenüberstehen.⁶⁴⁾ In dieser Situation trifft den Staat eine Ausgleichsfunktion zwischen diesen Privaten: Er muss die *gegenseitigen Interessen untereinander abwägen und entscheiden, welche den Vorrang verdienen*. Will der Staat ein bestimmtes Grundrecht schützen, muss er im multipolaren Grundrechtsverhältnis in die kollidierende Freiheit bzw Rechtsposition eines Dritten eingreifen.⁶⁵⁾ Freilich sind dabei die Eingriffsvorbehalte des jeweils betroffenen Grundrechts zu berücksichtigen; die Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs erfolgt jedoch nicht durch abstrakte öffentliche Interessen (zB „öffentliche Sicherheit“), sondern durch konkrete Individualinteressen wie etwa die „Rechte und Freiheiten anderer“ iSd Art 8 Abs 2 MRK.

5. Durchsetzbarkeit der Grundrechte

Ein wesentliches Kriterium für das Vorliegen von Grundrechten ist ihre Durchsetzbarkeit.⁶⁶⁾ Diese Aufgabe – und damit der Schutz der Grundrechte –

⁶⁰⁾ Eberhard in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Grundrechte² Rz 8/41 (insb FN 136).

⁶¹⁾ Eberhard in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Grundrechte² Rz 8/41.

⁶²⁾ So kann etwa die Meinungsfreiheit der Presse (Art 10 MRK) zugunsten des Schutzes der Privatsphäre des Einzelnen (Art 8 MRK) beschränkt werden (grundlegend EGMR 24. 6. 2004, *Von Hannover/DTL*, EuGRZ 2004, 404 = ÖJZ 2005, 588: fehlendes Informationsinteresse der Öffentlichkeit am Privatleben einer Person der Zeitgeschichte).

⁶³⁾ Eingehend zum multipolaren Grundrechtsverhältnis Eberhard in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Grundrechte² Rz 8/42 ff.

⁶⁴⁾ Treffend weist daher F. Bydlinski darauf hin, dass im Privatrecht typischerweise eine Kollision zweier unterschiedlicher Grundrechte und Grundrechtsträger vorliegt (F. Bydlinski, Die Grundrechte in Relation zur richterlichen Gewalt, RZ 1965, 67).

⁶⁵⁾ Berka, Grundrechte (1999) Rz 107; idS auch Grabenwarter/Pabel, EMRK⁶ Rz 2/16. Ausführlich Grabenwarter, Das mehrpolige Grundrechtsverhältnis im Spannungsfeld zwischen europäischem Menschenrechtsschutz und Verfassungsgerichtsbarkeit, in FS Tomuschat (2006) 193 (195).

⁶⁶⁾ Siehe Simon, Zur universellen Geltung und Durchsetzung der Menschenrechte, in von Arnim (Hrsg), Jahrbuch Menschenrechte 1999 (1998) 57.

ist im demokratischen Verfassungsstaat in erster Linie unabhängigen Gerichten übertragen. Im Folgenden wird ein kurzer Überblick über die Durchsetzbarkeit der österreichischen Grundrechte geboten und zwischen nationalem und internationalem Rechtsschutz unterschieden; sodann wird das Kooperationsverhältnis von VfGH und EGMR näher beleuchtet.

a) Nationaler Rechtsschutz

In Österreich kommt dem VfGH eine zentrale Rolle für den Grundrechtsschutz zu, die insb den Bereich der Gesetzgebung umfasst. Beschränkt der Gesetzgeber in unzulässiger Weise die Grundrechte, so gewährleistet der VfGH im Normenkontrollverfahren nach Art 140 B-VG dagegen Rechtsschutz. Das B-VG gesteht dem VfGH dabei ein *Monopol zur Normenkontrolle* zu: Allein er kann die Verfassungswidrigkeit solcher Gesetze feststellen und Abhilfe gegen grundrechtsverletzende Akte der Gesetzgebung schaffen. Dies erfolgt idR durch die Aufhebung der monierten Norm, sodass der Gerichtshof insoweit als „negativer Gesetzgeber“ tätig wird.⁶⁷⁾

Zum Grundrechtsschutz sind aber auch die Gerichte berufen. Sie haben im Rahmen der vorgesehenen Rechtsmittel die *Rechtmäßigkeit von Gerichtsentscheidungen zu überprüfen* und die Grundrechte zu achten und zu schützen;⁶⁸⁾ dabei kommt dem OGH als Höchstgericht eine besondere Rolle zu. Die österreichische Verfassung sieht im Bereich des Grundrechtsschutzes wichtige *Querverbindungen zwischen den Gerichten und dem VfGH* vor. So haben Gerichte bei Bedenken gegen die Verfassungskonformität eines Gesetzes einen Gerichtsantrag auf Normenkontrolle an den VfGH zu stellen;⁶⁹⁾ ebenso kann eine am Gerichtsverfahren beteiligte Partei einen Parteiantrag auf Normenkontrolle an den VfGH stellen, um eine präjudizielle Norm ua wegen einer potenziellen Grundrechtsverletzung überprüfen zu lassen.⁷⁰⁾ Unzulässig ist hingegen die Anfechtung einer Entscheidung der Gerichte vor dem VfGH mittels sog „Verfassungsbeschwerde“; diese Rechtsschutzform ist zwar in Deutschland sehr erfolgreich, hat sich in Österreich bislang aber nicht durchgesetzt.⁷¹⁾

b) Internationaler Rechtsschutz

Eine Besonderheit der MRK liegt in ihrer Doppelnatur: Sie ist nicht nur ein nationaler Grundrechtskatalog, sondern auch eine völkerrechtliche

⁶⁷⁾ Aus dieser Funktion als negativer Gesetzgeber folgt, dass der VfGH nur als rechtswidrig erkannte Normen aufheben, nicht aber (rechtskonforme) neue Normen schaffen kann; diese Aufgabe bleibt dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber vorbehalten (Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹¹ Rz 697 mwN).

⁶⁸⁾ Berka, Verfassungsrecht⁶ Rz 1324; Kucsko-Stadlmayer in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Grundrechte² Rz 40 f.

⁶⁹⁾ Art 89 Abs 2 B-VG.

⁷⁰⁾ Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG.

⁷¹⁾ Eingehend dazu Schoditsch, Grundrechte 237 ff.