

zeitschrift für menschenrechte

JOURNAL FOR HUMAN RIGHTS

Menschenrechte queer gelesen

Thema

Elisabeth Holzleithner: Lesbische Verhältnisse auf dem Hühnerhof. Eine rechtliche Groteske als Brennpunkt des Ringens um sexuelle Menschenrechte in Österreich

Anna Katharina Mangold, Maya Markwald und Cara Röhner:

Vom pathologisierenden zum selbstbestimmten Geschlechtsmodell. Eine grundrechtskonforme Auslegung von „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ im deutschen Personenstandsrecht

Katja Neuhoff und Juliette Wedl: Spielend reflektieren. Das Themenspiel „Identitätenlotto“ als Instrument einer queeren Menschenrechtsbildung

Petra Sußner: Mit Recht gegen die Verhältnisse: Asylrechtlicher Schutz vor Heteronormativität

Nina Eckstein: Queering Disability. Intersektionale Diskriminierung aufgrund von Geschlechts*identität/sexueller Orientierung und Behinderung im Kontext der UN-Behindertenrechtskonvention

Frédéric Krumbein: Asiens Einhorn. Taiwan als Vorreiter bei queeren Menschenrechten

**Außer der Reihe, Forum,
Profile, Aus aller Welt**

zfmr



**WOCHEN
SCHAU
VERLAG**

**zeitschrift für
menschenrechte**
journal for
human rights

Menschenrechte queer gelesen

Sexuelle Orientierung und Geschlecht/sidentität in
nationalen und globalen Menschenrechtsdiskursen

Mit Beiträgen von

Nina Eckstein

Michael Lysander Fremuth

Elisabeth Holzeithner

Frédéric Krumbein

Georg Lohmann

Anna Katharina Mangold

Maya Markwald

Katja Neuhoff

Cara Röhner

Andreas Sauer Moser

Marco Schendel

Petra Sußner

Juliette Wedl

Urban Wiesing

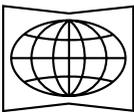
zfmr herausgegeben von

Michael Krennerich (Leitung),

Christina Binder, Tessa Debus,

Elisabeth Holzeithner, Arnd Pollmann,

Stefan Weyers



Redaktion: Michael Krennerich und

Elisabeth Holzeithner mit Thomas Unger und

Corrine Venema-Tucker

WOCHENSCHAU VERLAG

Herausgeber: Christina Binder (*Universität der Bundeswehr München*); Tessa Debus (*Wochenschau Verlag*); Elisabeth Holzleithner (*Universität Wien*); Michael Krennerich (*Nürnberger Menschenrechtszentrum sowie Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg*); Arnd Pollmann (*Alice Salomon Hochschule Berlin*); Stefan Weyers (*Johannes Gutenberg Universität Mainz*)

Rubrik Buchbesprechungen: Marco Schendel (*Univ. Erlangen-Nürnberg*)

Wissenschaftlicher Beirat: Zehra Arat (*Univ. of Connecticut*); Seyla Benhabib (*Yale Univ.*); Heiner Bielefeldt (*Friedrich-Alexander-Univ. Erlangen-Nürnberg*); Jan Eckel (*Eberhard Karls Universität Tübingen*); Anna Goppel (*Universität Bern*); Rainer Huhle (*Nürnberger Menschenrechtszentrum*); Zdzisław Kędzia (*Adam Mickiewicz Universität Poznań, Polen*); Regina Kreide (*Justus-Liebig-Universität Gießen*); Georg Lohmann (*Otto-von-Guericke Universität Magdeburg*); Michael Lysander Fremuth (*Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte, Wien; Univ. Wien*); Anja Mihr (*Humboldt-Vladina Governance Center Berlin*); Gerd Oberleitner (*Univ. Graz*); Martin Muránsky (*Comenius Universität Bratislava, Slowakei*); Beate Rudolf (*Deutsches Institut für Menschenrechte*); Susanne Zwingel (*Florida International University, Miami, FL*)

Redaktions- Redaktion zeitschrift für menschenrechte, c/o Nürnberger Menschenrechts-
anschrift: zentrum, Hans-Sachs-Platz 2, 90403 Nürnberg, zfmr@menschenrechte.org

Redaktion dieser Ausgabe: Elisabeth Holzleithner, Michael Krennerich, Thomas Unger, Corrine Venema-Tucker, unterstützt von Emily Diebold.

Reviewverfahren: Die eingereichten Beiträge durchlaufen ein Reviewverfahren.

Bezugsbedingungen: Es erscheinen zwei Hefte pro Jahr. Preise: Einzelheft € 26,-; Jahresabopreis € 42,-; Sonderpreis für Referendare/Studierende (gegen Vorlage einer entsprechenden Bescheinigung): Jahresabo: € 21,-; alle Preise zzgl. Versandkosten. Kündigung: Acht Wochen (bis 31.10.) vor Jahresschluss. Bankverbindung: Volksbank Weinheim, IBAN DE59 6709 2300 0001 2709 07, BIC GENODE61WNM. Zahlungsweise: Lieferung gegen Rechnung oder Lastschrift; gewünschte Zahlungsweise angeben.

Erscheint im Wochenschau Verlag, Dr. Kurt Debus GmbH, Verleger: Bernward Debus, Dr. Tessa Debus, Geschäftsführung: Bernward Debus, Dr. Tessa Debus, Silke Schneider

© Wochenschau Verlag, Dr. Kurt Debus GmbH

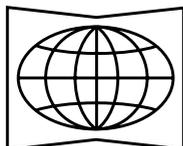
Anzeigen: Christiane Klär, Tel. 069/7880772-23, christiane.klaer@wochenschau-verlag.de

ISSN 1864-6492

www.zeitschriftfuermenschenrechte.de

Digitale Ausgabe: ISBN 978-3-7344-1132-8

The journal is available at EBSCO.



**WOCHEN
SCHAU
VERLAG**

Wochenschau Verlag • Eschborner
Landstr. 42–50 • 60489 Frankfurt/M.
Tel: 069/7880772-22 • Fax: 069/7880772-20
info@wochenschau-verlag.de
www.wochenschau-verlag.de

INHALT

Editorial 5

Menschenrechte queer gelesen

Elisabeth Holzleithner: Lesbische Verhältnisse auf dem Hühnerhof.
Eine rechtliche Groteske als Brennpunkt des Ringens um sexuelle
Menschenrechte in Österreich 7

Anna Katharina Mangold, Maya Markwald und Cara Röhner: Vom
pathologisierenden zum selbstbestimmten Geschlechtsmodell.
Eine grundrechtskonforme Auslegung von „Varianten der
Geschlechtsentwicklung“ im deutschen Personenstandsrecht 24

Katja Neuhoﬀ und Juliette Wedl: Spielend reflektieren. Das Themenspiel
„Identitätenlotto“ als Instrument einer queeren Menschenrechtsbildung 42

Petra Sußner: Mit Recht gegen die Verhältnisse:
Asylrechtlicher Schutz vor Heteronormativität 61

Nina Eckstein: Queering Disability. Intersektionale Diskriminierung
aufgrund von Geschlechts*identität/sexueller Orientierung und
Behinderung im Kontext der UN-Behindertenrechtskonvention..... 87

Frédéric Krumbein: Asiens Einhorn. Taiwan als Vorreiter bei queeren
Menschenrechten 106

Außer der Reihe

Georg Lohmann: Droht der internationalen Menschenrechtsentwicklung
eine Regression? Eine Skizze 126

Michael Lysander Fremuth und Andreas Sauer Moser:
Menschenrechte im Ausnahmezustand? Zur Aktualisierung des Art. 15
EMRK in der Corona-Krise..... 150

Forum

Marco Schendel: Die fragwürdige Autonomie von Karlsruhe. Zum
Sterbehilfe-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 26. Februar 2020 .. 173

Urban Wiesing: Selbstbestimmung und Pluralität. Zum Urteil des
Bundesverfassungsgerichts über den § 217 181

Profile

| | |
|--|-----|
| Thomas Unger: Making Prevention A Reality. Interview with Pablo De Greiff, Former UN Special Rapporteur on the Promotion of Truth, Justice, Reparation and Guarantees of Non-Recurrence..... | 187 |
| Rainer Huhle: Gegen die Straflosigkeit. In Erinnerung an Louis Joinet | 200 |
| Volkmar Deile – Erinnerungen an einen überzeugten und überzeugenden Menschenrechtler | 207 |

Aus aller Welt

| | |
|---|-----|
| Zehra F. Kabasakal Arat: Authoritarian Shifts and the Façade of Democracy in Turkey | 226 |
|---|-----|

Buchbesprechungen

| | |
|---|-----|
| Clifford Bob: Rights as Weapons: Instruments of Conflict, Tools of Power (von Ruth Weber)..... | 243 |
| Catherine Renshaw: Human Rights and Participatory Politics in Southeast Asia (von Gitanjali More)..... | 246 |
| Lisa McIntosh Sundstrom, Valerie Sperling, with Melike Sayoglu: Courting Gender Justice. Russia, Turkey, and the European Court of Human Rights (von Ingrid Leijten)..... | 250 |

| | |
|-------------------------------------|-----|
| Autorinnen und Autoren | 255 |
|-------------------------------------|-----|

Editorial

Mit dem Fokus auf „Menschenrechte queer gelesen“ widmet sich das Schwerpunktthema der vorliegenden Ausgabe der *zfmr* einem immer noch zu wenig bearbeiteten, dabei kontroversen und an Bedeutung gewinnenden Thema. In den letzten Jahren konnten Bewegungen für die Rechte von LGBTIQ* ganz bemerkenswerte Erfolge erringen, und das nicht nur im „globalen Norden“: Gleichgeschlechtliche sexuelle Beziehungen wurden entkriminalisiert; es wurden Möglichkeiten für gleichgeschlechtliche Paare geschaffen, ihre Beziehungen zu institutionalisieren, mancherorts bis hin zur Öffnung der Ehe; die Anerkennung einer vom bei der Geburt zugewiesenen Geschlecht abweichenden Geschlechtsidentität wird vielerorts nicht mehr von geschlechtsanpassenden Körpermodifikationen abhängig gemacht, manche Staaten gebieten, dass es bei der rechtlichen Kategorisierung des Geschlechts eine „dritte Option“ geben soll, und die Praxis der chirurgischen Zurichtung der Genitalien von intergeschlechtlichen Kindern wird zunehmend als unzulässig angesehen, wenn sie auch erst in ganz wenigen Staaten vollends verboten ist.

Eine eigene UN-Konvention zum Schutz von SOGIESC-Menschenrechten – also solchen, die sich auf sexuelle Orientierung, Geschlechtsidentität und -expression sowie geschlechtliche Charakteristika beziehen – scheint derzeit nicht realistisch. Dafür halten die Yogyakarta Prinzipien (aus 2007, mit einer Erweiterung aus 2017) fest, inwiefern die herkömmlichen Menschenrechte auch im Bereich von SOGIESC anwendbar sind, und im Jahr 2016 wurde ein Sonderberichtersteller der UN für diese Themen eingesetzt; aktuell hat Victor Madrigal-Borloz diese Position inne. Es gab aber auch Rückschläge, wie die Situation in Russland und in der Türkei, aber auch in Brasilien oder in den USA zeigt, wo für das Militär wieder ein „Transgender Ban“ eingeführt wurde. Und in Ungarn wurden die weitreichenden Ermächtigungen zur Bekämpfung der Verbreitung des Corona-Virus dafür missbraucht, die Möglichkeiten zu Änderung des geschlechtlichen Personenstands abzuschaffen.

Die Aufsätze des vorliegenden Bandes widmen sich verschiedenen Aspekten des Themas und wollen damit nicht nur informieren und zum Nachdenken anregen, sondern auch eine weitere Befassung mit den einschlägigen Herausforderungen anstoßen. Dazu dienen Beiträge von Elisabeth Holzleithner; Anna Katharina Mangold, Maya Markwald und Cara Röhrner; Katja Neuhoff und Juliette Wedl; Petra Sußner; Nina Eckstein und schließlich Frédéric Krumbein. Dabei zeigt sich immer wieder, wie sehr menschenrechtlicher Aktivismus und rechtliche Initiativen ineinandergreifen – wie

wichtig eine vitale Zivilgesellschaft und eine aufmerksame Rechtswissenschaft für die Entwicklung solcher junger Menschenrechte sind, und dass Bildung eine ganz wesentliche Voraussetzung für deren Pflege und Verbreitung darstellt.

Außerhalb des Themenschwerpunkts wirft Georg Lohmann in der neuen Rubrik „Außer der Reihe“ die Frage auf, ob den Menschenrechten eine Rezession droht. Dabei zeigt er auf, was die Philosophie zur Stärkung der Menschenrechte beitragen kann: nämlich herauszuarbeiten, um was es bei den Menschenrechten geht – und was diese leisten und nicht leisten können. Anschließend setzen sich Michael Lysander Fremuth und Andreas Sauer Moser rechtsdogmatisch mit Menschenrechten im Ausnahmezustand auseinander und vertreten die These, dass anlässlich der Covid-19-Pandemie etwaige Notstände zwar nicht konventionswidrig, aber auch nicht erforderlich seien. Im „Forum“ findet sich sodann eine Kontroverse zum „Sterbehilfe-Urteil“ des Bundesverfassungsgerichts zwischen Marco Schendel und Urban Wiesing. In der ebenfalls neuen Rubrik „Profile“, in der künftig Personen, Organisationen und Institutionen näher beleuchtet werden, interviewt Thomas Unger den ehemaligen UN-Sonderberichterstatter für Förderung der Wahrheit, Gerechtigkeit, Wiedergutmachung und Garantien der Nicht-Wiederholung, Pablo de Greiff. Rainer Huhle ruft uns anschließend den französischen Richter Louis Joinet und seinen „Prinzipien gegen die Straflosigkeit“ ins Gedächtnis. An den kürzlich verstorbenen Volkmar Deile erinnern in einem Nachruf etliche Weggefährten des allseits geachteten Menschenrechtsaktivisten. Die Rubrik „Aus aller Welt“ wird fortan Beiträge in Originalsprache zu Menschenrechten enthalten, in diesem Fall von Zehra Arat zur Autokratie in der Türkei.

Die *zfmr* wartet nicht nur mit einer neuen Struktur auf. Auch der Herausgeberkreis, der wissenschaftliche Beirat und das Redaktionsteam haben sich verändert. All jenen Personen, die ausgeschieden sind, gilt unser großer Dank für die langjährige Unterstützung. Alle jene, die dazugekommen sind, seien herzlich begrüßt. Gemeinsam werden wir versuchen, auch künftig aktuelle Menschenrechtsthemen einer fundierten Analyse und Reflexion zu unterziehen.

Ihr Herausgeber- und Redaktionsteam der *zfmr*

Elisabeth Holzleithner

Lesbische Verhältnisse auf dem Hühnerhof

EINE RECHTLICHE GROTESKE ALS BRENNPUNKT DES RINGENS UM SEXUELLE MENSCHENRECHTE IN ÖSTERREICH¹

Zusammenfassung

Das Ringen um sexuelle Rechte musste in Österreich seinen Ausgang von einem Totalverbot „gleichgeschlechtlicher Unzucht“ nehmen. Dessen Abschaffung 1971 erfolgte unter flankierenden strafrechtlichen Maßnahmen, die erhebliche Einschränkungen bedeuteten, und die zudem deutlich machen sollten, dass (insbesondere männliche) Homosexuelle nicht erwünscht waren. Der vorliegende Text zeichnet die Geschichte dieser Bestimmungen in aller Kürze nach und widmet sich rechtlichen und politischen Strategien des Widerstands. Im Fokus steht ein Fall, der in den 1990er Jahren vor einem österreichischen Gericht verhandelt wurde, und anhand dessen die Chancen und Risiken des emanzipatorischen Einsatzes von Recht aufgezeigt werden können.

Abstract

The struggle for sexual rights had to start in Austria at a blanket ban of “same sex fornication”. Its abolition in 1971 was effected with accompanying criminal measures, which involved significant restrictions, and which were also meant to emphasize that (particularly male) homosexuals were not welcome. The text at hand sketches the history of these provisions in a nutshell and attends to legal and political strategies of resistance. Its focus is a case, which was argued before an Austrian court in the 1990ies. By this example, prospects and risks of using the law in an emancipatory fashion can be pointed out.

Einleitung

Sexuelle Menschenrechte waren dem österreichischen Recht lange Zeit fremd. Stattdessen wurden alle möglichen Verstöße gegen die „Sittlichkeit“² kriminalisiert – dazu zählten bis 1971 alle sexuellen Handlungen unter Personen des gleichen Geschlechts. Und auch nach Abschaffung des „Totalverbots“ war „gleichgeschlechtliche Unzucht“ in verschiedenen Kontexten strafbar. Entsprechend ist die „sexuelle Autonomie“ in

1 Überarbeitete Version des gleichnamigen Textes in Adamski et al. 2019: 249-261.

2 Die RV zum StGB 1974 betont, dass zum „Wesen der Sittlichkeitsdelikte“ ausschließlich „die Sexualbezogenheit der Handlung und ihre Eignung, das allgemeine Scham- und Sittlichkeitsempfinden auf sozial schädliche Weise zu verletzen, gehört“ (30 Blg NR 13. GP, 339). Zur geschichtlichen Entwicklung des Sexualstrafrechts siehe Benke/Holzleithner 1998.

Österreich ein ziemlich „spätes“ Rechtsgut – die erste Erwähnung in Gesetzesmaterialien datiert aus 1989. Noch länger hat es gedauert, bis die überkommene Begrifflichkeit von „Sittlichkeit“ und „Unzucht“ mit den entsprechenden Konnotationen zumindest aus dem Strafgesetzbuch entsorgt wurde, das war erst im Jahr 2004.³ Und selbst im Jahr 2020 finden sich noch Restbestände, nämlich im Pornographiegesezt,⁴ dessen Delikte seit 1950 unverändert formuliert sind. Darin wird der Handel mit „unzüchtigen“ Darstellungen verboten, und die Gefährdung der Entwicklung von Jugendlichen „durch Reizung der Lüsternheit oder Irreleitung des Geschlechtstriebes“ soll hintangehalten werden.

Der vorliegende Text greift einige Motive aus der österreichischen Geschichte des rechtlichen Umgangs mit sexuellen Handlungen auf. Er ist von der Anlage weniger systematisch als anekdotisch und assoziativ: Es werden Schlaglichter auf besonders grelle Begebenheiten geworfen, welche die Verstrickungen des rechtlichen Diskurses mit reaktionären Perspektiven auf menschliche Sexualität exemplarisch verdeutlichen. Es ist dem hartnäckigen Wirken von Aktivist*innen in Politik und Recht zu verdanken, dass sich das ändern konnte. Dabei spielten auch „Kämpfe ums Recht“⁵ vor Gericht – etwa vor dem österreichischen Verfassungsgericht oder dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte – eine entscheidende Rolle. So konnten mit der Zeit in Österreich, gegen den hartnäckigen Widerstand der Gesetzgebung, Menschenrechte im Bereich des Sexuellen durchgesetzt werden.

1. „Gleichgeschlechtliche Unzucht“ im Visier des Strafrechts

Für das österreichische Recht war es lange Zeit ganz selbstverständlich, dass sexuelle Handlungen ins Korsett der Ehe einzubetten und in den Dienst der Reproduktion zu stellen waren; alles andere unterlag dem Verdikt der „Unzucht“. Darunter fiel ganz selbstverständlich und lange Zeit auch die „gleichgeschlechtliche Unzucht“.⁶ Von dem bis 1971 geltenden Totalverbot waren Männer und Frauen gleichermaßen erfasst. Die dann im Zuge einer „kleinen Strafrechtsreform“ erfolgte Entkriminalisierung gleich-

3 Der Titel des 10. Abschnitts des StGB lautet seit 2004 „Strafbare Handlungen gegen die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung“, BGBl I 2004/15.

4 Bundesgesetz vom 31. März 1950 über die Bekämpfung unzüchtiger Veröffentlichungen und den Schutz der Jugend gegen sittliche Gefährdung, StF. BGBl. Nr. 95/1950. Eine detailreiche Rekonstruktion der Judikatur zum Pornographiegesezt findet sich in Holzleithner 2000a.

5 In Anlehnung an den klassischen Text Rudolf von Jherings aus 1872.

6 Siehe dazu ausführlich Greif 2019.

geschlechtlicher sexueller Handlungen sollte nach Absicht der Gesetzgebung von „flankierenden Maßnahmen“ abgedeckt werden. Derart wollte man verhindern, dass (zumal männliche) Homosexuelle die heterosexuell geordnete Gesellschaft unterwandern und das Gefüge sexueller Sittlichkeit zerstören. Es sollte daher nicht für „gleichgeschlechtliche Unzucht“ geworben werden, und Vereine sollten Homosexualität nicht begünstigen dürfen. Ein weiteres Verbot der „gleichgeschlechtlichen Unzucht mit Personen unter 18 Jahren“ (ausschließlich an Männer gerichtet) galt mit einer Strafdrohung von sechs Monaten bis fünf Jahren als „Verbrechen“ und sollte junge Männer vor der Verführung zur Homosexualität – nicht vor sexuellen Übergriffen – bewahren. Dass Homosexualität weiterhin als verwerflich gelten sollte, machte etwa ein Abgeordneter von der Österreichischen Volkspartei (ÖVP) in der damaligen Parlamentsdebatte in drastischen Worten deutlich: „Gerade die weitergeltende Strafbarkeit der qualifizierten Fälle von gleichgeschlechtlicher Unzucht – übrigens auch der mit Absicht beibehaltene Terminus: wir sprechen immer noch von Unzucht – beweist, dass der Gesetzgeber dem Phänomen der Homosexualität nicht etwa wohlwollend neutral oder gar indifferent gegenübersteht. Unsere schon von den biologischen Grundlagen her heterosexuell strukturierte Gesellschaft wird Homosexualität nach wie vor als sozial nicht wünschenswert und als widernatürlich empfinden.“⁷

Die österreichische Gesetzgebung hatte es nicht eilig, diese Bestimmungen aus dem Rechtsbestand zu entfernen. Erst 1996 wurde mit denkbar knapper Mehrheit von 90/89 das Verbot der „Werbung für Unzucht mit Personen des gleichen Geschlechts oder mit Tieren“ (§ 220 StGB) sowie, dann mit Mehrheit von 128/52, das Verbot von „Verbindungen zur Begünstigung gleichgeschlechtlicher Unzucht“ (§ 221 StGB) aufgehoben.⁸ Die angebliche Jugendschutzbestimmung des § 209 StGB hat der österreichische Nationalrat trotz einiger Anläufe nicht zu entsorgen vermocht, so etwa im Zuge des Strafrechtsänderungsgesetzes 1998 (BGBl. I Nr. 153/1998). Dies hat Österreich 1997 und 1998 mehrere Rügen des Europäischen Parlaments beschert. Die Rügen waren mit der Aufforderung verbunden, § 209 StGB „unverzüglich aufzuheben und alle Personen, die aufgrund dieses Artikels Gefängnisstrafen verbüßen, unverzüglich zu begnadigen und freizulassen“. Unter anderem wird bedauert, dass das österreichische Parlament bewusst frühere Entschlüsse mit ihren „nachdrücklich an Österreich gerichteten Anforderungen ignoriert hat“.⁹

7 Stenographisches Protokoll des Nationalrats, 12. GP, 50. Sitzung, 7. Juli 1971, 3081.

8 Siehe dazu mit etlichen Beispielen aus der Debatte im Nationalrat Benke/Holzleithner 1998: 71-73.

9 17. September 1998, B4-0824 und 0852/98, ABl. C313/187 vom 12. Oktober 1998, Punkt G.

Auch im Lichte der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) war diese Halsstarrigkeit Österreichs problematisch. Allerdings hat sich auch der Menschenrechtsgerichtshof in Straßburg eine gewisse Zeit gelassen. So kategorisierte er zwar seit Anfang der 1980er Jahre Strafgesetze, welche gleichgeschlechtliche sexuelle Handlungen unter Erwachsenen im Privaten verbieten, als Verletzung des Rechts auf Privatleben. Das Privatleben umfasst seit damals auch das Geschlechtsleben als „wesentliche Ausdrucksmöglichkeit der menschlichen Persönlichkeit“.¹⁰ Das galt zunächst aber nur für Erwachsene. Weiterhin als möglich angesehen wurde zu dieser Zeit eine restriktivere Regelung des Mindestalters für sexuelle Handlungen unter (typischerweise männlichen) Personen des gleichen Geschlechts. Man meinte, dadurch „junge Leute vor unerwünschten und schädlichen Zwängen und Einflüssen“¹¹ schützen zu können. Der Hinweis auf die „Zwänge“ ist hier freilich irreführend, weil die gegenständlichen Mindestalterregelungen niemals auf Zwang und Gewalt abstellten, sondern ausschließlich konsensuelle sexuelle Handlungen pönalisierte. Die Wende in Straßburg kam dann im Jahr 1997. In der Rechtssache *Sutherland*¹² wurde festgehalten, dass eine nationale Regelung, die beim Mindestalter zwischen heterosexuellem und homosexuellem Geschlechtsverkehr differenziert, im Licht von Art 8 (Recht auf Privatleben) und Art 14 (Diskriminierungsverbot) EMRK unzulässig ist.

Die Rügen, der Bericht, das Judikat – all dies wurde von der Mehrheit des österreichischen Parlaments beharrlich ignoriert. Und so musste der österreichische Verfassungsgerichtshof bemüht werden. Das war heikel, hatte der VfGH doch § 209 StGB noch im Jahr 1989 für unbedenklich im Lichte des Gebots der Geschlechtergleichheit erklärt und 2001 einen weiteren Antrag auf dessen Aufhebung wegen entschiedener Sache zurückgewiesen.¹³ Wie konnte es sein, dass der diskriminierende Charakter dieser Bestimmung – strafbar waren ja ausschließlich Handlungen unter Personen männlichen Geschlechts – verkannt wurde? Ermöglicht wurde dies durch eine bestimmte Konstruktion eines „Unterschiedes im Tatsächlichen“, die (schwule) Männer strikt von (lesbischen) Frauen unterscheidet. Dafür griff der VfGH auf die Regierungsvorlage zurück. Ausführlich wurde daraus eine Passage zitiert, wonach sich „eine gleichgeschlechtliche Triebrichtung bei Frauen nicht in gleicher Weise“ auswirken würde „wie bei Männern“, dass sie die „Einpassung in die gegebenen gesellschaftlichen

10 EGMR 22. Oktober 1981, *Dudgeon v. United Kingdom*, 7525/76, Goi NJW 1984, 542. IdS auch EGMR 31. Oktober 2000, A. D. T., 35.765/97, NL 2000, 148.

11 *Dudgeon*, 7525/76; NJW 1984, 542.

12 EKMR 1. Juli 1997, *Euan Sutherland v. United Kingdom*, 25.186/94.

13 VfGH 29. November 2001, G 190/01.

Strukturen nicht in gleichem Maße“ erschweren und „nach außen hin nur wenig in Erscheinung“ treten würde. Auch die Tathandlungen wären nicht in einer Weise fassbar, die Grundlage für eine strafrechtliche Verurteilung sein könnte, denn: „Die Grenzen zwischen freundschaftlichen Zärtlichkeitsbezeugungen, Berührungen im Zuge von Hilfeleistungen bei der Körperpflege und dergleichen einerseits und echten gleichgeschlechtlichen Akten andererseits entzögen sich weitgehend der Feststellung im Strafprozess.“¹⁴ Ein Blick in die Verurteiltenstatistik hätte übrigens genügt, um diese Behauptung zu widerlegen: Bis zur Abschaffung des Totalverbots wurden jedes Jahr einige Frauen wegen „gleichgeschlechtlicher Unzucht“ bestraft, wenn auch viel weniger als Männer.

Als der VfGH dann 2002 wieder zu einer Entscheidung aufgerufen war, entzog er sich der Aufgabe nicht wie im Jahr davor. Den Punkt, dass seit den späten 1980er Jahren ein erheblicher Wertewandel stattgefunden habe, wodurch eine homosexuelle Orientierung mittlerweile als gleichwertig akzeptiert werde, griff der VfGH nicht auf. Allerdings zeigte er sich überzeugt von einem in der Zwischenzeit in der LGBTIQ-Community kursierenden neuen Argument, das mit der spezifischen Regelung der Altersgrenzen zu tun hatte. Ansatzpunkt dafür war, dass die Anwendung der Bestimmung in einer gleichgeschlechtlichen Beziehung unter Jugendlichen zu einer wechselnden Abfolge von (zunächst) Strafflosigkeit (ein 16jähriger mit einem 18jährigen), dann Strafbarkeit (ein 17jähriger mit einem 19jährigen) und dann wieder Strafflosigkeit (ein 18jähriger mit einem 20jährigen) führen konnte.¹⁵ In dem Judikat, das die Entscheidung im Fall *Euan Sutherland* glattwegs ignorierte, kam aber nicht zum Ausdruck, dass § 209 StGB der EMRK widersprach. Es lag wiederum am EGMR, dies zu tun. In etlichen nachfolgenden Urteilen, in denen Österreich wegen seiner menschenrechtlich unzulänglichen Abwicklung des gegen Homosexuelle gerichteten Sonderstrafrechts verurteilt wurde, stellte der EGMR fest, dass § 209 keineswegs ein brauchbares Mittel zu einem legitimen Ziel war, wie etwa dem Schutz der Rechte Dritter. Die hinter § 209 StGB stehende Theorie der Verführung oder Rekrutierung männlicher Heranwachsender in eine homosexuelle Orientierung war ja bereits Mitte der 1990er Jahre nachhaltig diskreditiert. Dass § 209 in all den Jahren nicht abgeschafft wurde, sah der EGMR als Ausdruck eines „predisposed bias

14 Novelle zum Strafgesetzbuch, Regierungsvorlage 39 Blg. NR 12. GP (2. Juni 1970), 2.

15 VfSlg 16.565. Damit wurde das Judikat aus 1989, VfSlg 12.128, welches die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit von § 209 StGB konstatierte, nur bedingt verworfen; dies zeigt sich auch in der folgenden restriktiven Praxis der Begnadigung. Siehe dazu kritisch Murschetz/Ebensberger 2002/2003.

on the part of a heterosexual majority against a homosexual minority“,¹⁶ den er ebenso wenig als ratio legis akzeptieren wollte wie Vorbehalte rassistischer, sexistischer oder religiöser Art.¹⁷

2. Ein Kongress und seine Folgen im „13.“

Gehen wir an dieser Stelle zurück in die 1990er Jahre und werfen einen Blick auf jene Zeit, in welcher das Ringen um sexuelle Rechte in Österreich erste Erfolge, aber auch erhebliche Rückschläge zu verzeichnen hatte. Angesichts der auch im europäischen Vergleich tristen rechtlichen Situation gab es eine Fülle von zivilgesellschaftlichen Initiativen. Darunter befand sich ab Beginn der 1990er Jahre auch das Österreichische Lesben-, Schwulen- und Transgender-Forum (ÖLSF), ein kurzlebiger, aber vitaler Verein, der sich insbesondere durch die Veranstaltung von österreichweiten Kongressen Verdienste erwarb. 1997 wurde der Kongress unter dem Motto „Lebenswelten – Menschenrechte“ in der niederösterreichischen Landeshauptstadt Sankt Pölten veranstaltet. Es galt, die im Vorjahr erfolgte Aufhebung des Werbe- und Vereinsverbots zu feiern und vor dem Hintergrund durchaus kontroverser Auseinandersetzungen Strategien für die weitere Durchsetzung sexueller Menschenrechte zu entwickeln. Nicht zuletzt ging es auch um die Frage, wie die „Bewegung“ sich zur Institutionalisierung gleichgeschlechtlicher Beziehungen verhalten sollte – ob etwa die Öffnung der Ehe oder doch ein eigenes Institut gefordert werden sollte.

Man wollte aber nicht nur unter sich bleiben, sondern auch in Kontakt mit der einheimischen Bevölkerung treten, auf die eigene Existenz aufmerksam machen, durchaus in der Tradition eines queeren Aktivismus mit seinem bekannten Slogan „We’re here, we’re queer, get used to it!“¹⁸ Und so begab sich ein Grüppchen von vielleicht 40, 50 Aktivist*innen am Sonntag zu einem Stelldichein vor den Sankt Pöltner Dom zum Ende des Hochamts; die Verfasserin dieses Textes kann davon aus eigener Erfahrung berichten. Es nieselte, die Aktivist*innen standen herum, unterhielten sich miteinander und auch mit den Vertreter*innen der Staatspolizei, die ungefähr in der gleichen Zahl anwesend waren und wohl darauf achten sollten, dass die Dinge nicht außer Kontrolle gerieten. Die Gefahr bestand nicht einmal ansatzweise. Die Messbesucher*innen waren nicht wirklich erfreut über den Aufmarsch, es kam zu der

16 EGMR 9. Januar 2003, L. & V. v. Austria, 39.392/98 u 39829/98, S. L. v. Austria, 45.330/99, NL 2003, Rn 44.

17 Ein regelmäßig aktualisierter Überblick der Judikatur des EGMR zur sexuellen Orientierung findet sich hier: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Sexual_orientation_ENG.pdf (Stand: 30. Mai 2020).

18 Dazu sowie zur Verschränkung von Theorie und Praxis im Zeichen von queer siehe Holzleithner 2000b.

einen oder anderen Diskussion; insgesamt verlief die Angelegenheit aber ruhig und weitgehend freundlich.

Wer sich ebenfalls unter die Anwesenden mischte, waren Vater und Sohn Engemann, Herausgeber der rechtskatholischen Zeitschrift „Der 13.“, die auch im Jahr 2020 noch existiert.¹⁹ Die beiden Herren sondierten die Lage, machten Fotos von den Demonstrant*innen und unterhielten sich mit ihnen. Die Novembernummer des „13.“ hatte es dann in sich. Sie enthielt einen Artikel des bekannten rechtskatholischen Publizisten Kurt Dieman, der enge Verbindungen zum damaligen Bischof von Sankt Pölten pflegte, dem wegen seiner reaktionären Positionen und brachialen Rhetorik hoch umstrittenen Kurt Krenn. Der Text war ein Feuerwerk der Verachtung für Lesben und Schwule; Diana Voigt und Maria Windhager sahen darin eine „Hetzschrift, die dem faschistischen ‚Stürmer‘ in nichts nachsteht.“ (Voigt/Windhager 1998: 7)

In dem Text²⁰ ging es zunächst um die Frage, woher Homosexualität denn eigentlich komme. Dieman verwehrte sich dagegen, die „meisten von angeblich so vielen Homosexuellen“ als „Opfer“ einer „Veranlagung“ zu sehen; vielmehr seien sie „Opfer von Verführung durch andere und eigene hemmungslose Lüsterheit.“²¹ Besonders kritisch sah Dieman die Aussage des Katechismus, dass Homosexuellen „mit Achtung“ zu begegnen sei; er sah darin einen „Bocksprung in dem theologischen Tänzchen um die Homosexuellen“ und hielt dieser Anmutung entgegen: „Sünde und Sünder haben keinen Anspruch auf ‚Achtung!‘“ Überhaupt würden Schwule und Lesben „die Kirche, den ‚mystischen Leib Christi‘ mit ihrer abartigen und sündigen Leiblichkeit [verunehren]: Sie gehören ‚geschlechtsspezifisch‘ mit Peitsche und Ochsenziemer zurechtgewiesen.“²² Dem Staat wollte Dieman kein Entgegenkommen erlauben: „Auch ‚Menschenrechte‘ im Umgang mit Homosexualität und Homosexuellen geltend zu machen, ist absurd: immer steht Gottesrecht über allem Menschenrecht, Naturrecht über allem Individualrecht.“ So wundert es auch nicht, dass er den Demonstrant*innen ohne weitere Umschweife die Rechte, sich zu versammeln und sich zu artikulieren, absprach: Von ihrem Tagungsort seien „die ‚Warmen‘ am Sonntag zum Domplatz“ gezogen, „um die Gläubigen, die aus dem Dom traten, mit ihrem Anblick zu belästigen. Ähnliches tat in der

19 Der 13., Zeitung der Katholiken für Glaube und Kirche, <http://www.der13.com/startseite> (Stand: 31. Mai 2020).

20 Alle Zitate aus dem Zeitungsartikel sind dem Urteil des Landesgerichts Linz vom 13. Juli 1998, 24 EVr 2326/97, 24 EHv 159/97 entnommen, abgedruckt in Juridikum. Zeitschrift im Rechtsstaat 3/1998: 8-10.

21 Nicht nur Achtung ist demnach gefragt, sondern auch „Mitleid“ und „Takt“; siehe dazu Katechismus der Katholischen Kirche 1997, Rn. 2358, URL: http://www.vatican.va/archive/DEU00035/_P8B.HTM (Stand: 30. Mai 2020).

22 Ein Ochsenziemer ist ein mit einem Stahlhaken verstärkter, getrockneter Ochsenpenis.

Nazizeit die Hitlerjugend: Wer ‚Nazimethoden‘ praktiziert, sollte mit eben solchen konfrontiert werden!“ Und so forderte Dieman darüber hinaus dazu auf, es mögen, nach amerikanischem Vorbild, bewaffnete Bürgerwehren gebildet werden, um „mit allen Mitteln“ gegen Homosexuelle vorzugehen. Garniert war der Artikel mit mehreren Fotos von der kleinen Ansammlung am Sankt Pöltner Domplatz.

3. Ein Musterprozess

Angesichts dieser verhetzenden Aussagen fasste der Vorstand des ÖLSF den Beschluss, sich mit rechtlichen Mitteln dagegen zu wehren und einen Musterprozess zu führen; 45 Einzelpersonen und vier Vereine schlossen sich den Klagen an. Es galt herauszufinden, wie es um den Schutz der Rechte von Homosexuellen stand. Die Strafanzeigen wegen Verhetzung („sexuelle Ausrichtung“ war damals noch keine geschützte Kategorie), Wiederbetätigung nach dem Verbotsgesetz, Aufforderung zu mit Strafe bedrohten Handlungen und Gutheißung mit Strafe bedrohter Handlungen, Nötigung und gefährlicher Drohung wurden von der Staatsanwaltschaft Linz sogleich – und ohne Begründung – zurückgelegt (Windhager 1998: 3).

Übrig blieb, was das Strafrecht anbelangt, lediglich die Klage wegen „Übler Nachrede“. Diesbezüglich kam es zu einer Verhandlung vor dem Linzer Landesgericht. Das zentrale juristische Problem bestand in der Frage der „Aktivlegitimation“, also inwieweit einzelne Lesben und Schwule rechtlich legitimiert sind, verhetzende Aussagen gegen Lesben und Schwule *als Gruppe* vor Gericht anzufechten. Das Anerkennen der Klagslegitimation in einem solchen Kontext hätte das Betreten juristischen Neulands bedeutet. Dies vermied der zuständige Richter. Er hielt ganz im Einklang mit Lehre und Rechtsprechung fest, dass „der Ehrenschutz nach dem österr. Strafrecht grundsätzlich als Individualschutz normiert ist. [...] Lediglich dann, wenn Gegenstand der Ehrenbeleidigung ein kleines überschaubares Kollektiv (zu denken wäre etwa an einen Verein mit wenigen Vereinsmitgliedern) ist, so kommt jedem einzelnen Mitglied des Kollektivs das Recht auf strafgerichtliche Verfolgung des Täters zu (...). Bei der Personengruppe der ‚Homosexuellen‘ fehlt diese Kleinheit und Überschaubarkeit.“²³

Das war eine solide, strafrechtsdogmatisch untadelige Feststellung. Dabei hätte der Richter es belassen können. Doch er sah sich bemüßigt, sich im Weiteren Gedanken über die Größe des Kollektivs der „Homosexuellen“ und die Gründe der Entstehung von Homosexualität zu machen. Im Zuge einer etymologischen Untersuchung der

²³ Urteil des Landesgerichts Linz vom 13. Juli 1998, 24 EVr 2326/97, 24 EHV 159/97, abgedruckt in Juridikum. Zeitschrift im Rechtsstaat 3 (1998): 9f.

Bedeutung des Begriffs „homosexuell“, den er seiner griechischen Herkunft gemäß als „gleichgeschlechtlich“ übersetzte, konnte der Richter ein offenbar bestehendes Vorurteil, Homosexualität sei begrifflich auf Männer beschränkt, aus der Sprache heraus widerlegen. Damit gelang es ihm, auch lesbische Frauen unter den Begriff zu subsumieren. Und so formulierte er: „In Wahrheit schließt Homosexualität aber auch die Welt der lesbischen Frauen und selbstverständlich auch jene der Tiere ein. Die Homosexualität tritt so häufig bei Tieren auf, besonders bei höheren Säugetieren, daß es unmöglich ist, sie als eine menschliche Zivilisationserscheinung aufzufassen. Mitglieder jeder höheren Tierart wenden sich zur Paarungszeit Tieren ihres eigenen Geschlechts zu, wenn keine andersgeschlechtlichen Partner verfügbar sind. Kühe reiten aufeinander, stampfen mit den Vorderfüßen, werfen die Erde mit den Hinterfüßen auf und brüllen wie Stiere. Stuten stülpen die Schamlippen auf, bringen die Klitoris vor, entleeren Schleim, blitzen mit den Schamlippen, biegen den Hinterleib ein, wenn eine andere Stute die Flanke berührt, reiten aufeinander und lecken sich gegenseitig die Genitalien. Ähnliches kann man bei Kamelhengsten, bei Löwen, bei Hyänen beobachten. Auch auf Hühnerhöfen kann man fast überall lesbische Verhältnisse bei Hühnern, Gänsen, Enten und Fasanen dann beobachten, wenn keine männlichen Tiere zur Verfügung stehen.“ (ebd.: 10)

Widerlegt wäre mit dieser Passage in einer an pornografische Literatur gemahnen Weise die These der „Widernatürlichkeit“ lesbischer und schwuler Sexualität. Es mag auffallen, dass in ihr praktisch ausschließlich von „lesbischen Verhältnissen“ die Rede ist. Bei näherer Recherche stellte sich heraus, dass der Text wortwörtlich dem „Lexikon der Liebe“ von Ernest Bornemann (1984) entnommen war²⁴ – unter Auslassung einiger ebenfalls ziemlich deftiger Passagen, die Homosexualität in der männlichen Tierwelt thematisieren. Darunter findet sich etwa die Beobachtung, dass „Kamelhengste“ einander „besteigen“; wir erfahren auch von „einer triolistischen Affäre zwischen einem Ziegenbock und zwei Eselhengsten, die auf Pedicatio beruhte.“ (Bornemann 1984: 584) Als bemerkenswert mag schließlich ebenfalls hervorgehoben werden, mit welchem Nachdruck der Richter bedacht ist, als *conditio sine qua non* für solche „Verhältnisse“ zu betonen, sie würden dann auftreten, „wenn keine andersgeschlechtlichen Partner verfügbar sind.“ Auch dieses Zitat findet sich bei Bornemann; an anderer Stelle fügt er überdies hinzu: „oder es diesen [den männlichen Partnern; E. H.] an Virilität mangelt.“ (Bornemann 1984: 584)

24 An dieser Stelle sei Neda Bei gedankt, die dies der Autorin damals zur Kenntnis brachte.

4. Assoziative Girlande

Bei der Lektüre solcher Texte stellen sich Assoziationen ein. Anfang der 1990er Jahre berichtete die Austria Presse Agentur (APA) erstmals: „Lorenz-Graugänse: aus ‚Frauenmangel‘ schwul.“ Auch hier wieder der Topos des Mangels: „Die weltberühmten Graugänse des verstorbenen Nobelpreisträgers Konrad Lorenz haben ein Problem: Es gibt in ihrer ‚Kommune‘ in Grünau im oberösterreichischen Almtal zu wenig Weibchen. Dieser ‚Frauenmangel‘ macht jetzt die Ganter schwul – von 50 Paaren sind bereits 20 ‚andersrum‘. Die Forscher sehen dies aber nicht als Fehlentwicklung, sondern als Anpassung an die äußeren Bedingungen an.“²⁵ Diese äußeren Bedingungen hatten darin bestanden, dass „relativ viele junge und unerfahrene Gänse beim Brüten von Füchsen gefressen“ worden waren.

Warum war das wohl geschehen? Auskunft mag, dies eine weitere Assoziation, ein Ausschnitt einer Rede des ÖVP-Politikers Werner Fasslabend im Parlament geben, die er im Jahr 1989 hielt und mit der er erklären wollte, warum Männer und Frauen über Vergewaltigung unterschiedlich denken, was dazu führen musste, dass die Kriminalisierung der Vergewaltigung in der Ehe nur durch Überwindung hartnäckiger Widerstände von Seiten männlicher Abgeordneter erreicht werden konnte. Es mag hinzugefügt werden, dass die Unfähigkeit, in den Verboten für gleichgeschlechtliche sexuelle Handlungen Menschenrechtsverletzungen zu sehen, flankiert war von einem ausgesprochenen Mangel an Sensibilität dafür, was sexuelle Übergriffe für davon Betroffene bedeuten.²⁶ Beide Haltungen waren Kehrseiten der einen, reaktionären Perspektive auf das Sexuelle. Fasslabend also diagnostizierte „biologische und soziologische Faktoren. Biologische Faktoren hängen sicherlich mit der männlichen Konstitution zusammen, mit der höheren Muskelkraft und der dadurch wahrscheinlich etwas höheren Aggressivität. Aber es ist auch so, daß wir, gerade was das Sexualverhalten betrifft, aus der Verhaltensforschung besonders interessante Aufschlüsse erhalten haben. Es gibt zumindest die Annahme, daß der Sexualtrieb bei fast allen höheren Lebewesen nie isoliert vorkommt, sondern immer zusammen mit einem anderen Trieb. Das Interessante daran ist, dass hier ein gravierender Unterschied zwischen dem männlichen und dem weiblichen Verhalten vorliegt. Beim männlichen Wesen ist es üblicherweise mit dem Aggressionstrieb gekoppelt und beim weiblichen Wesen mit dem Fluchttrieb.“²⁷

25 APA, 24. Juli 1991.

26 Zur Mühsal, sexuelle Übergriffe unter Eheleuten als Vergewaltigung zu kriminalisieren, siehe Holzleithner/Doll 2019: 348-351.

27 Werner Fasslabend, Stenographisches Protokoll des Nationalrates, 27. April 1989, 17. GR, 102. Sitzung, 11950.

Nun scheint auch die Tragödie der Graugänse geklärt: Die Graugansweibchen haben, kein Wunder, die Füchse nicht libidinös besetzt, sonst wären sie ja geflüchtet. Und weil sie das nicht taten, wurden sie gefressen. Und weil sie daher fehlten, blieb ihren potenziellen Liebesgantern gar nichts anderes übrig, als schwul zu werden. Das wiederum rief den Einfallsreichtum der Forscher'innen in Grünau auf den Plan. Laut einer weiteren APA-Meldung wurde das „Tunesien-Projekt“ eronnen: Ein „Teil der Graugans-Männer [sollte] als ‚Sex-Touristen‘ nach Tunesien“ geschickt werden, „in der Hoffnung, daß sie nicht mehr nach Grünau zurückkehren oder, wenn schon, dann zumindest in Damen-Begleitung.“²⁸ Nach Auskunft von Kurt Kotrschal, Verhaltensforscher und einem der Hüter der Graugänse im Almtal, war die Rede vom Tunesien-Projekt etwas überzogen: Weil es „damals einen ziemlichen Ganter-Überschuss“ gab, wurden einige davon ins Burgenland gebracht. „Und weil vorher Lorenz-Gänse einmal nach Tunesien gebracht worden waren, hieß es trotzdem Tunesienprojekt.“ Wie viele von den Gantern zurückgekommen sind, war dem Biologen und Verhaltensforscher nicht erinnerlich.²⁹

Einem launigen Artikel aus seiner Feder, der 2008 in einer Tageszeitung erschien, ist jedenfalls zu entnehmen, dass sich das Phänomen „Homosexualität“ unter – übrigens ausschließlich männlichen – Graugänsen durch etwaige Aussiedlungsprojekte nicht erledigt hat.³⁰ Dabei wird zwischen zwei Arten gleichgeschlechtlicher Bindungen unterschieden: Auf der einen Seite gebe es jenes durchaus häufige „homosoziale“ Verhalten, das offenbar als Reaktion auf den Verlust der Partnerin gezeigt werde. Das habe nicht zuletzt auch den Zweck, einen „Absturz in der Hierarchie“ zu vermeiden, weil alleinstehende Ganter weniger angesehen sind als verpaarte, unabhängig vom Geschlecht der Begleitung. Nebenbei erfahren wir auch, dass Gänseweibchen „unter geringerem Druck“ stehen, weil sie, egal ob verpaart oder nicht, in „Schwesternclans“ leben. Umso erstaunlicher mag anmuten, dass es lesbisches Verhalten in der Graugänseschar nach Anschauung der Forschenden gar nicht geben soll. Jedenfalls sehen sie auf der anderen Seite, neben der sozialen, auch die seltenere, mit ca. 15 %³¹ aber immer noch recht stark vertretene Variante „tatsächlich auch sexuell schwul orientierte[r] Ganter“. „Homo-Paarungen“, so bringt Kotrschal (2008: 31) dies auf den Punkt, „sind also auch bei Gänsen eine komplexe Sache.“ Wie Hetero-Paarungen, möchte man hinzufügen. Zum Schluss seines Textes verwehrt sich Kotrschal gegen die Rede von

28 APA, 4. August 1992.

29 E-Mail von Kurt Kotrschal auf Nachfrage der Autorin, 30. Juni 2019.

30 Kotrschal 2008. Der Kommentar stützt sich auf Kotrschal/Hemetsberger/Weiß 2006.

31 So die Angabe in Kotrschal/Hemetsberger/Weiß: Male, 45–76.

der Widernatürlichkeit der Homosexualität und endet mit markigen Worten: „Homosexualität im Tierreich ist die Regel, sie ist ein ‚natürliches‘ Phänomen. Die ‚Natur‘ darf nicht als Rechtfertigung für gesellschaftliche Verklemmungen missbraucht werden, auch wenn das Stimmen aus dem Lager der Loden-Lobby kosten könnte.“

5. Prädispositionen und Konstitutionen

Lassen wir an dieser Stelle die schwulen Ganter hinter uns. Der Linzer Richter stellte ja nicht nur Überlegungen zur Prävalenz von Homosexualität im Tierreich an, sondern befasste sich auch mit ihrer „Pathogenese“. Mit dieser Wortwahl verfrachtete er Homosexualität in den Orbit einer Pathologie, und das war bereits zur Zeit des Urteils veraltet, hatte doch die WHO Anfang der 1990er Jahre – spät aber doch – Homosexualität aus der Liste der psychischen Störungen gestrichen. Das war übrigens fast 20 Jahre nach der entsprechenden Entscheidung der American Psychiatric Association, die im Jahr 1973 eine US-amerikanische Zeitung dazu veranlasste zu titeln: „Twenty Million Homosexuals Gain Instant Cure.“ Barbara Gittins, eine bekannte lesbische Aktivistin, fand sich damals mit Foto auf der Titelseite wieder, und sie kommentierte: „I was thrilled. We were cured overnight by a stroke of the pen“ (zitiert in Marcus 2002: 179).

Von all diesen Entpathologisierungen unbeeindruckt zitierte der Richter: „Ob die Homosexualität genetisch durch den Körpertypus oder durch die Beziehungen zur Außenwelt entsteht, ist eine der umstrittensten Fragen der Sexualwissenschaft. Die Konstitutionsforschung glaubt, dass bestimmte Körperformen eine Prädisposition zu bestimmten Formen der Homosexualität mit sich bringen. Die meisten der jüngeren Psychoanalytiker nehmen dagegen an, dass weder Körperstruktur noch Vererbung das geringste mit der Pathogenese der Homosexualität zu tun haben, sondern dass es eine Erscheinungsform der grundsätzlich bisexuellen Natur des Menschen sei und hauptsächlich durch die Beziehungen zwischen dem betreffenden Menschen und seinen Eltern erzeugt wird. Der Junge, dessen Bindung an die Mutter zu eng und an den Vater nicht eng genug ist, tendiert zur Homosexualität. Das Mädchen, dessen Bindungen an den Vater zu eng und an die Mutter nicht eng genug ist, tendiert zum Lesbizismus.“³² Auch diese Passagen waren dem 1984 erschienenen Lexikon von Bornemann (1984: 584f.) entnommen. Inhaltlich dürfte wohl Richard von Krafft-Ebing Pate gestanden haben, der gegen Ende des 19. Jahrhunderts als eine der ver-

32 Urteil des Landesgerichts Linz vom 13. Juli 1998, 24 EVr 2326/97, 24 EHv 159/97, abgedruckt in Juridikum. Zeitschrift im Rechtsstaat 3 (1998): 10.

schiedenen „Entwicklungsstufen, bzw. Erscheinungsformen“ dieser „abnormen Erscheinung“ eine Annäherung der Körperform an diejenige festgestellt haben wollte, „welcher die abnorme Geschlechtsempfindung entspricht“ (Krafft-Ebing 1997: 257).

Bei etwas mehr Aufmerksamkeit für in den 1990er Jahren en vogue befindliche Forschungsergebnisse indes hätte der Richter noch weitaus reizvollere Theorien beibringen können: So wollte etwa eine kanadische Studie nachgewiesen haben, dass bei einem Sample von 66 homosexuellen und 182 heterosexuellen Männern 30 % der Homosexuellen mehr Rillen auf den Fingerabdrücken der linken Hand als auf jenen der rechten Hand hatten, während es bei den heterosexuellen Männern lediglich 14 % wären.³³ Diese nachgerade unwerfende statistische Signifikanz wurde als Fundierung der These herangezogen, dass Homosexualität angeboren ist – allerdings lediglich bei Männern, denn wie eine andere Studie gezeigt haben wollte, würden Frauen erst durch das Umfeld lesbisch.³⁴ Und die Erkenntnisse zu den Fingerabdrücken unterstützten die alte These, dass homosexuelle Männer eigentlich verpatzte Frauen sind: Ein britischer Wissenschaftler wollte herausgefunden haben, dass „die Unterschiede zwischen beiden Händen bei Frauen und homosexuellen Männern geringer sind als bei heterosexuellen Männern.“³⁵

6. Menschenrechte und politischer Widerstand

All dies und mehr hätte der Richter vorbringen und damit zeigen können, dass er sich auf der Höhe der damals aktuellen Forschung befand, jedenfalls soweit diese die Massenmedien erreichte. Aber schon in den 1990er Jahren musste man Richter*innen ebenso wie Nationalratsabgeordneten und anderen Menschen, die im Rechtsdiskurs Fragen nach den Ursprüngen „der“ Homosexualität und „des“ Geschlechtscharakters diskutieren wollten, ganz anderes nahelegen: Dass nämlich das Recht sich hier tunlich enthalten sollte. Damit im Recht endlich ein Weg zu einer angemessenen Behandlung von Vorbringen wie jenen in der Klageschrift der über 40 Klägerinnen und Kläger im vorliegenden Strafprozess gefunden werden konnte, musste erst ein angemessenes Menschenrechtsverständnis entwickelt werden. Ein solches hat als Vorgabe schlicht, die gleiche Würde jeder Person rechtlich-institutionell wahrzunehmen. Derart kann ein Staat, in dem im Nationalsozialismus Lesben und Schwule verfolgt und in Konzentrationslager deportiert wurden, endlich zum Ausdruck bringen, dass diese Bevöl-

33 APA, 28. Dezember 1994.

34 APA, 29. Dezember 1997.

35 APA, 9. Februar 1998.

kerungsgruppe kein Freiwild für verhetzende, beleidigende und demütigende Anwürfe ist. Das hat der Gesetzgeber in der Zwischenzeit eingesehen und den Verhetzungsparagrafen um die Kategorie der „sexuellen Ausrichtung“ ergänzt.³⁶ Und der Verfassungsgerichtshof, der so lange so zaghaft war, hat nach etlichen Judikaten zum Eingetragenen Partnerschaftsgesetz, das eine Fülle von willkürlichen, daher diskriminierenden und infolge von Beschwerden aufzuhebenden Unterscheidungen zur Ehe enthielt, im Jahr 2017 gar die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare verfügt und damit eine lange Geschichte der Ausgrenzung mit einem Paukenschlag beendet.³⁷

Ein solcher Wandel im rechtlichen wie im politischen Denken ergibt sich nicht von selbst. Er ist das Ergebnis von politischer Überzeugungsarbeit, von zwangloser werdenden Begegnungen mit Menschen, die sich „geoutet“ haben und von Interventionen vor Gericht. Menschenrechte wahrende höchstgerichtliche Judikate seitens des Verfassungsgerichts, des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, aber auch des Europäischen Gerichtshofs, spielen eine kaum überschätzbare Rolle; in ihnen wird jenes Versprechen eingelöst, welches die Grund- und Menschenrechte abgeben, das vom Gesetzgeber aber nicht immer mit Leben erfüllt worden ist. Gleichzeitig lehren Fälle wie der in diesem Text geschilderte Musterprozess gegen den „13.“, dass die Erwartungen hinsichtlich der Segnungen des Rechtsdiskurses in manchen Bereich nicht allzu hochgeschraubt werden sollten, zumal wenn es um „verhetzende Rede“ geht. „Hate Speech“ ist ja ein Problem, das heute, angesichts von Eskalationen in sozialen Medien, aktuell ist wie je zuvor. Schon im Jahr 1998 hat sich die bekannte Queer-Theoretikerin Judith Butler darüber Gedanken gemacht – in einem Buch mit dem beziehungsreichen Titel „Haß spricht“ (1998) – und die Frage danach gestellt, was vom Einsatz des Rechts erwartet werden kann.

Butler zweifelt nicht daran, dass Sprache die Macht hat, zu verwunden. Nun ist Butler zwar durchaus der Meinung, dass nicht jede „Rede“ rechtlich erlaubt sein sollte, doch fragt sie sich, welche unerwünschten Effekte eine Überantwortung der Definitionsmacht an den Rechtsdiskurs hat, wenn es etwa zu einem Freispruch kommt, weil die Rede nicht zu beanstanden sei. Derart mag es zu einer Verdoppelung der Verletzung kommen, indem die ursprüngliche Verletzung als rechtlich nicht relevant qualifiziert wird. Und Butler warnt auch: „Wenn der politische Diskurs vollständig im juristischen Diskurs aufgeht, dann entsteht die Gefahr, dass die Bedeutung des Begriffs ‚politischer Widerstand‘ auf die rechtliche Verfolgung allein reduziert wird“ (Butler 1998: 76). Diese Warnung ist im Kontext dessen zu verstehen, dass die Hoff-

³⁶ Mit der am 1. Januar 2012 in Kraft getretenen Novelle des Strafgesetzbuchs, BGBl I Nr. 103/2011.

³⁷ VfGH, 5. Dezember.2017, G 258/17 u. a.; siehe dazu und zur Vorgeschichte im Detail Benke 2019.

nung auf das Recht als „neutrale“, gleichsam über den Dingen stehende Instanz nur allzu trügerisch sein mag, da das Recht sich – wie andere Diskursformationen auch – aus rassistischen, homophoben und sexistischen Konventionen speist. Dagegen baut Butler jedenfalls *auch* auf die umdeutende Wirkung eines (Gegen-)Diskurses, der die verletzenden Worte aufgreift, aneignet, sie ausstellt, lächerlich macht und damit potenziell entmachtet.

Butler hat wohl recht mit ihrer Warnung vor einer Reduktion „politischen Widerstands“ auf rechtliche Schritte. Allerdings haben krude und verletzende Gerichtsurteile einerseits eine hohe Öffentlichkeitswirksamkeit, andererseits können sie überraschende und produktive Nebeneffekte zeitigen. So wurde das Linzer Urteil in breiten Teilen der medialen Öffentlichkeit abgelehnt, und auch in der rechtlichen Profession kam es zu scharfer Kritik, unter anderem durch die Richter*innenvertretung.³⁸ In der Folge distanzierte sich der Richter selbst von seinem Ausflug in die Tierwelt: „Wenn sich dadurch jemand gekränkt oder beleidigt fühlen sollte, so bedauere ich dies.“³⁹ Im Zuge einer Urteilskorrektur strich er die Passagen zur Prävalenz und Entstehung von Homosexualität als nicht entscheidungsrelevant.

Im Verlauf der Verarbeitung der durch das Gerichtsurteil verursachten Verletzung kam es genau zu jenen kreativen Prozessen, die Butler einmahnt. So fand eine Lesung statt, die jene Rechtstexte ausstellen und lächerlich machen sollte, in welchen Homosexualität und Homosexuelle über den Topos der „gleichgeschlechtlichen Unzucht“ rechtlich in überaus verletzender und verächtlicher Weise konstituiert wurden. Die Lesung stand unter dem Titel: „Der Richter und das liebe Vieh“.⁴⁰ Die bekannte Wiener Drag Queen Lucy McEvil und die prominente damalige Radiosprecherin Rosmarin Frauendorfer evozierten mit ihrer Performance im damaligen Szenelokal Café Berg höchst gemischte Gefühle, darunter Wut, Trauer und Fassungslosigkeit. Es wurde aber auch laut und schallend über die kruden Fantasien von „Homosexualität“ gelacht, die da ins Recht und seine Umgebung eingegangen sind. Derart wurden, auf höchst queere Weise, Energie und Solidarität generiert, und dieser Abend war ein Dreh- und Angelpunkt für weiteren rechtlichen und politischen Aktivismus. So waren die Folgen dieses unglückseligen Urteils produktiv, weil sie den Bedarf nach emanzipatorischem Recht und politischer Solidarität in scharfes Licht gerückt haben. Menschenrechte – als Ergebnis des Lernens aus „exemplarischen Unrechtserfahrungen“

38 APA, 3. September 1998.

39 APA, 18. September 1998.

40 Zusammengestellt wurden die Texte von der Autorin; die Lesung fand am 11. 9. 1998 im Galerieraum des Café Berg statt, abgedruckt in Huber 2013: 249-263.

(Brugger) – leben genau davon, und diese Geschichte ist mit Blick auf Geschlecht und Sexualität, zumal in globaler Perspektive, noch lange nicht vorbei.

Literatur

- Adamski, Theresa et al. (Hg.) 2019: Geschlechtergeschichten vom Genuss. Zum 60. Geburtstag von Gabriella Hauch, Wien: Mandelbaum Verlag.
- Benke, Nikolaus 2019: Das EPG 2009. Fehlkonzept, Gleichheitsimpuls und offene Baustelle, in: *Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht* 14/1, 28-35.
- Benke, Nikolaus/Holzleithner, Elisabeth 1998: Zucht durch Recht. Juristische Konstruktionen der Sittlichkeit im österreichischen Strafrecht, in: *L'Homme* 9/1, 41-88.
- Bornemann, Ernest 1984: *Lexikon der Liebe: Materialien zur Sexualwissenschaft A-Z*, Innsbruck: Hannibal Verlag.
- Greif, Elisabeth 2019: *Verkehrte Leidenschaft. Gleichgeschlechtliche Unzucht im Kontext von Strafrecht und Medizin*, Wien: Jan Sramek Verlag.
- Holzleithner, Elisabeth 2000a: *Grenzziehungen. Pornographie, Recht und Moral*, phil. Diss., Universität Wien, <https://homepage.univie.ac.at/elisabeth.holzleithner/Dissertation.pdf> (Stand: 30. Mai 2020).
- Holzleithner, Elisabeth 2000b: *Die Queer-Debatte*, in: *Forschungsjournal NSB* 13/4, 14-23.
- Holzleithner, Elisabeth/Doll, Isabell 2019: Wege zur Geschlechtergleichstellung im Spiegel zeitgenössischer fachjuristischer Kommentare, in: *Blaustrumpf ahoi! (Hg.): „Sie meinen es politisch!“ 100 Jahre Frauenwahlrecht in Österreich. Geschlechterdemokratie als gesellschaftspolitische Herausforderung*, Wien: Löcker Verlag, 333-356.
- Huber, Marty 2013: *Queering Gay Pride. Zwischen Assimilation und Widerstand*, Wien: Zaglossus.
- Kotrschal, Kurt 2008: Mit Federn, Haut und Haar. Homosexuelle Graugänse, in: *Die Presse*, 21. Januar 2008, URL: https://diepresse.com/home/meinung/wisskommentar/356854/Mit-Federn-Haut-und-Haar_Homosexuelle-Graugaense (Stand: 29. Juni 2019).
- Kotrschal, Kurt/Hemetsberger, Josef/Weiß, Brigitte 2006: *Homosociality in Male Greylag Geese (Anser anser). Making the Best of a Bad Situation*, in: Sommer, Volker/Vasey, Paul L. (eds.): *Homosexual Behaviour in Animals. An Evolutionary Perspective*, Cambridge University Press, 45-76.
- Krafft-Ebing, Richard von 1997: *Psychopathia Sexualis*, München: Matthes und Seitz (Nachdruck der 14. Auflage 1912).
- Marcus, Eric 2002: *Making Gay History: The Half-Century Fight for Lesbian and Gay Equal Rights*, New York: Harper Collins.
- Murschetz, Verena/Ebensberger, Stefan 2002/03: *Aufhebung des § 209 durch den VfGH*, in: *Juristische Ausbildung und Praxis (JAP)*, 175.
- Voigt, Diana/Windhager Maria 1998: *Verhetzung und Naziparolen. Rechtskatholische Homophobie*, in: *Juridikum. Zeitschrift im Rechtsstaat* 1/1998, 7.
- Windhager, Maria 1998. *Der perverse Bauernhof*, in: *Juridikum. Zeitschrift im Rechtsstaat* 3/1998, 3.



**WOCHEN
SCHAU
VERLAG**

... ein Begriff für politische Bildung

Standardwerk

Andreas Kost, Peter Massing,
Marion Reiser (Hg.)

Handbuch Demokratie

Dieses neue Handbuch bietet eine umfassende politikwissenschaftliche Einordnung des Begriffs „Demokratie“. Die Autorinnen und Autoren gehen der Frage nach, was die Demokratie als politisches System auszeichnet. Dazu werden theoretische Grundlagen ebenso berücksichtigt wie aktuelle Herausforderungen. Was macht das Demokratiemodell der Bundesrepublik Deutschland im Vergleich zu anderen Typen moderner Demokratien aus? Und wie kann Demokratie aussehen – in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft?

- Nachschlagewerk für Multiplikator*innen der politischen Bildung
- Grundlagenwissen für Studium und Lehre
- Fundierung von Entscheidungen in Politik und Verwaltung



ISBN 978-3-7344-0951-6, 368 S., € 39,90

PDF ISBN 978-3-7344-0952-3, € 35,99

EPUB ISBN 978-3-7344-1075-8, € 35,99

Mit Beiträgen von

Frank Decker, Ray Hebestreit, Christoph Held, Everhard Holtmann, Dirk Jörke, Uwe Jun, Ulrike Klinger, Sascha Kneip, Karl-Rudolf Korte, Andreas Kost, Bernd Ladwig, Franziska Martinsen, Peter Massing, Wolfgang Merkel, Sybille Münch, Marion Reiser, Emanuel Richter, Helmar Schöne, Marcel Solar

www.wochenschau-verlag.de



[www.facebook.com/
wochenschau.verlag](https://www.facebook.com/wochenschau.verlag)



[@wochenschau-ver](https://twitter.com/wochenschau-ver)

Anna Katharina Mangold, Maya Markwald und Cara Röhner

Vom pathologisierenden zum selbstbestimmten Geschlechtsmodell

EINE GRUNDRECHTSKONFORME AUSLEGUNG VON „VARIANTEN DER GESCHLECHTSENTWICKLUNG“ IM DEUTSCHEN PERSONENSTANDSRECHT

Zusammenfassung

*In Deutschland ermöglicht § 45b Personenstandsgesetz seit seiner Einführung Ende 2018 den Wechsel des Geschlechtseintrags zu „divers“. Voraussetzung ist, dass eine „Variante der Geschlechtsentwicklung“ vorliegt. Derzeit wird rechtlich darum gestritten, wie dieser Begriff auszulegen ist. Während das Bundesinnenministerium eine restriktive Auslegung entsprechend dem aus der Medizin stammenden Begriff disorder of sexual development forciert und damit ein pathologisierendes Geschlechtsmodell verfolgt, argumentieren wir, dass das deutsche Verfassungsrecht ein selbstbestimmtes Geschlechtsverständnis zu Grunde legt. Dieses muss für die Auslegung von „Variante der Geschlechtsentwicklung“ bestimmend sein. In dem Beitrag wird zuerst das komplexe Verhältnis von Medizin und Recht diskutiert und dann die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Dritten Option und zu den Belangen von trans*Personen nachgezeichnet. Damit zeigen wir auf, dass nur ein selbstbestimmtes Geschlechtsverständnis den Grundrechten von inter* und trans*Personen gerecht wird.*

Abstract

*Since December 2018, section 45b of the German Personal Status Act allows changes of the state registered gender entry to “divers”. Such change requires a “variant of gender development”. How this term should be interpreted is subject of an ongoing legal debate. While the Federal Ministry of the Interior is pushing for a restrictive interpretation in line with the medical term “Disorder of Sexual Development”, thus pursuing a pathologising gender model, we argue that German constitutional law requires a self-determined understanding of gender. Gender autonomy must therefore be the determining factor in the interpretation of “variant of gender development”. The article first discusses the complex relationship between medicine and law and then traces the case law of the Federal Constitutional Court on the Third Option and the concerns of trans*people. We show that only a self-determined understanding of gender can do justice to the basic rights of inter* and trans*persons.*

Einleitung

Seit Ende 2018 können Menschen in Deutschland ihr Geschlecht als „divers“ registrieren lassen. Diese Möglichkeit wurde in einem jahrelangen Verfahren durch eine inter*Person und ihre Unterstützungsgruppe erstritten. Ihr Weg endete am 10. Oktober 2017 vor dem Bundesverfassungsgericht mit dessen Entscheidung zur sogenannten Dritten Option. Solange es eine Pflicht zur Registrierung des Geschlechts gebe, müsse es für Personen, die weder Männer noch Frauen seien, einen positiv benannten Geschlechtseintrag außer „männlich“ und „weiblich“ geben. Durch die Änderung von § 22 Abs. 3 Personenstandsgesetz (PStG) und der Schaffung von § 45b PStG sollte die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gesetzlich umgesetzt werden. Seit Ende Dezember 2018 können nun Neugeborene als „weiblich“, „männlich“ oder „divers“ registriert werden oder ihr Geschlechtseintrag kann offengelassen werden. § 45b PStG ermöglicht die Veränderung des Geschlechtseintrags von und zu den Eintragungen „männlich“, „weiblich“, „divers“ und offen. Eine Person, die ihr rechtliches Geschlecht über § 45b PStG ihrem tatsächlichen Geschlecht anpassen möchte, muss dazu eine Erklärung bei ihrem zuständigen Standesamt abgeben und eine ärztliche Bescheinigung vorlegen, die bei der antragstellenden Person eine „Variante der Geschlechtsentwicklung“ attestiert. Bereits während des Gesetzgebungsverfahrens hatten Personen verschiedener Identitäten und körperlicher Verfasstheiten im Rahmen der „Aktion Standesamt 2018“ bei den Standesämtern einen für sie passenden Geschlechtseintrag unter direkter Berufung auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gefordert. Viele dieser Anträge wurden bis zu einer Umsetzung der Entscheidung zur Dritten Option ruhend gestellt und sollten nach der neuen Rechtslage entschieden werden. Nachdem § 45b PStG geschaffen wurde, kamen neue Anträge von Personen hinzu. Sowohl nicht-binäre inter*Personen als auch dyadische¹ nicht-binäre Personen begehrten einen Geschlechtseintrag „divers“. Ebenso beriefen sich binäre trans*Personen, also trans*Personen, deren Geschlecht männlich oder weiblich ist, auf die Regelung, um einen Wechsel ihres bisherigen Geschlechtseintrags zum männlichen oder weiblichen Geschlecht zu erreichen. Einige dieser binären trans*Personen sind gleichzeitig intergeschlechtlich. Manche der Antragstellenden hatten bei ihren zuständigen Standesämtern Erfolg, andere nicht. Eine einheitliche Linie ließ sich nicht erkennen. Allerdings kehrte unter den Ablehnungen eine Argumentation immer wieder: Die Person falle nicht in den Anwendungsbereich von

1 Dyadisch bezeichnet Menschen, deren Körper nach einer medizinisch-biologischen Klassifizierung als eindeutig männlich oder weiblich eingestuft werden.