

Stellungnahme

des Oberlandesgerichtes Innsbruck zur Äußerung der Bundesregierung vom 10.7.2001 im Verfahren vor dem VfGH G 190/01 betreffend § 209 StGB:

1. Zur Zulässigkeit der Beschwerde:

Unter Berufung auf die ständige Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (VfSlg 5872/68; 13.085/1992 u.v.a.) vertritt die österreichische Bundesregierung die Auffassung, dass Art. 140 B-VG nur der Sinn beigemessen werden könne, dass über bestimmt umschriebene Bedenken gegen die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes nur eine Entscheidung möglich sei, die nicht nur gegenüber dem Antragsteller, sondern nach allen Seiten hin Rechtskraft schaffe. Da der Verfassungsgerichtshof bereits im Erkenntnis (vom 3.10.1989), VfSlg 12182/1989, über die Verfassungskonformität des § 209 StGB in der nach wie vor geltenden Fassung entschieden habe, liege eine „res iudicata“ vor, zumal die damaligen Antragsteller die Verfassungswidrigkeit der genannten Bestimmung aus denselben Gründen bestritten hätten, die nunmehr das OLG Innsbruck vorbringe. Obwohl das Oberlandesgericht das unterschiedliche Schutzalter bei hetero- bzw. homosexuellen Handlungen in Bezug auf männliche Jugendliche nicht bekämpft habe, sei darauf hinzuweisen, dass der Verfassungsgerichtshof im angeführten Erkenntnis eine Verfassungswidrigkeit

des § 209 StGB auch unter Berücksichtigung dieses Argumentes verneint habe, sodass auch diesbezüglich eine entschiedene Sache gegeben sei.

Der Verfassungsgerichtshof bejaht eine entschiedene Sache im Sinne des § 19 Abs 3 Z 2 lit. d VerfGG, wenn er über einen Antrag gemäß Art. 140 B-VG, der aus den gleichen Bedenken und mit gleicher Begründung gestellt wurde, bereits entschieden hat.

Nur unter dieser Voraussetzung steht die Rechtskraft der ersten Entscheidung einer neuerlichen Entscheidung entgegen. Eine entschiedene Rechtssache setzt daher einen identen Sachverhalt voraus, während geänderte Verhältnisse die Rechtskraft durchbrechen.

Der Verfassungsgerichtshof führte in der in der Stellungnahme der Bundesregierung auszugsweise wiedergegebenen Entscheidung u.a. aus:

„Die Fortentwicklung der Strafrechtsordnung in den letzten Jahrzehnten zeigt nun, dass der Gesetzgeber das Justizstrafrecht - in Verfolgung seiner unter dem Überbegriff „Entkriminalisierung“ bekannt gewordenen kriminalpolitischen Bestrebungen - deutlich restriktiver als zuvor einzusetzen trachtet, Strafbestände also nur dann bestehen lässt oder neu schafft, wenn eine derartige Pönalisierung sozial schädlichen Verhaltens auch nach strengsten Kriterien unbedingt geboten und unerlässlich ist. Die angefochtene Strafnorm zählt zu jener Gruppe von Unrechtstatbeständen, die dem Schutz des heranreifenden jungen Menschen vor

sexueller Fehlentwicklung - im unumgänglich befundenen Umfang - dient [„Homosexuelle Betätigung ist strafrechtlich nur insofern relevant, als die sexuelle Entwicklung männlicher Jugendlicher nicht durch homosexuelle Erlebnisse in gefährdender Weise belastet werden soll“: Pallin in: Foregger, Nowakowski (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1980, Rz 1 zu § 209 (mit Berufung auf Hanack, Empfiehlt es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen?, Verh.

47. DJT Bd 1 A, 5 151)1. So betrachtet kann dem Strafgesetzgeber aber auch nach Überzeugung des VfGH unter dem Aspekt des Gleichbehandlungsgrundsatzes der Art. 7 Abs 1 B-VG und 2 StGG nicht mit Grund entgegengetreten werden, wenn er - unter Berufung auf maßgebende Expertenmeinungen in Verbindung mit Erfahrungstatsachen den Standpunkt einnehmend, dass eine homosexuelle Einflussnahme männliche Heranreifende in signifikant höherem Grad gefährde als gleichaltrige Mädchen - auf dem Boden und in Durchsetzung seiner Wertvorstellungen mit Beachtung der eingeschränkten, Maß anhaltenden Ziele der vorherrschenden Strafrechtspolitik (bei sorgsamer Abwägung aller vielfältigen Vor- und Nachteile) ableitet, es sei mit einer strafrechtlichen Ahndung homosexueller Handlungen an jungen Menschen männlichen Geschlechts, wie in § 209 StGB festgelegt, das Auslangen zu finden. Denn es handelt sich hier - alles in allem genommen - um eine Differenzierung, die auf Unterschieden im Tatsachenbereich beruht und deswegen aus der Sicht des Art. 7 Abs 1 B-VG iVm Art. 2 StGG verfassungsrechtlich zulässig ist.“

Unabhängig von einer Änderung der Beurteilung sexueller Handlungen Jugendlicher als - grundsätzlich - sozial schädlich, kam es in den letzten zwölf Jahren zu einer Änderung im Tatsachenbereich, weil von der Wissenschaft, wie selbst die von der Bundesregierung in ihrer Äußerung zur Stützung ihres Eventualantrages zitierte Entwicklungspsychologin Prof. Dr. Rollett einräumt, die Prägungstheorie verworfen wurde, sodass der für die differenzierte Behandlung männlicher und weiblicher Homosexualität ins Treffen geführte Unterschied im Tatsachenbereich, wonach eine homosexuelle Einflussnahme männliche Heranreifende in signifikant höherem Grad gefährde als gleichaltrige Mädchen, nicht (mehr) gegeben ist. Diese unterschiedliche Sachverhaltsgrundlage widerspricht der Annahme einer „res iudicata“, die wie zuvor dargelegt eine idente Tatsachenebene voraussetzt.

Die Bundesregierung bestreitet überdies die Überprüfbarkeit des Antrages des

Oberlandesgerichtes Innsbruck im Sinne des § 62 Abs 1 zweiter Satz VerfGG, weil dem

Antrag nicht mit hinreichender Deutlichkeit zu entnehmen sei, mit welcher

Verfassungsbestimmung die bekämpfte Gesetzesstelle im Widerspruch stehe und welche

Gründe für diese Annahme sprächen.

Die folgende inhaltliche Befassung der Bundesregierung mit dem Antrag des Oberlandesgerichtes Innsbruck (s 5 4 bis 10 der Äußerung) widerstreitet der Behauptung mangelnder Überprüfbarkeit des Antrages.

Dem im Beschluss vom 8.5.2001, 6 Bs 162/01, enthaltenen Antrag kann zweifelsfrei entnommen werden, dass das Oberlandesgericht Innsbruck durch § 209 StGB den im Art. 7 Abs 1 B-VG und Art. 2 StGG normierten Gleichheitsgrundsatz verletzt erachtet, weil nach dem aktuellen Stand der Wissenschaft eine sachliche Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung weiblicher und männlicher Homosexualität nicht (mehr) besteht. Vor diesem Hintergrund art~kulierte das Oberlandesgericht Innsbruck Bedenken gegen die Zulässigkeit bzw. die Rechtfertigung des Eingriffes durch § 209 StGB gemäß Art. 8 Abs 2 EMRK in das verfassungsrechtlich verankerte Recht des Schutzes des Privatlebens nach Art. 8 Abs 1 EMRK. Zutreffend weist die Bundesregierung darauf hin, dass Art. 14 EMRK kein selbständiges Grundrecht darstellt, sondern nur in Verbindung mit einem in der Konvention festgelegten Recht anwendbar ist. Im gegenständlichen Fall bezieht sich das Benachteiligungsverbot auf den Schutz des Privatlebens nach Art. 8 Abs 1 EMRK. Da das Sexualleben unstrittig Teil des Privatlebens ist, umfasst dessen Schutz auch das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung.

II. Zur sachlichen Rechtfertigung der Beschwerde:

Die Bundesregierung beruft sich in ihrer Argumentation für den weiteren Bestand des § 209 StGB einerseits auf die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes vom 3.10.1989, VfSlg 12182/1989, und andererseits auf die Entscheidungen der Europäischen Kommission für Menschenrechte vom 13.5.1992, Rs WZ. gegen Österreich, Beschwerde Nr. 17279/90, und vom 7.9.1993, Rs H.F. gegen Österreich, Beschwerde Nr. 22646/93, die den Verstoß des § 209 StGB gegen Art. 14 EMRK iVm Art. 8 EMRK verneinten.

Schon zu Punkt 1. wurde ausgeführt, dass die vom Verfassungsgerichtshof in der auszugsweise zitierten Entscheidung dargelegte Begründung für eine gerechtfertigte sachliche Differenzierung zwischen weiblicher und männlicher Homosexualität von der Wissenschaft nicht mehr aufrechterhalten wird. Den Wegfall dieser Entscheidungsgrundlage hat letztlich auch die Bundesregierung in ihrer Äußerung nicht ernsthaft bestritten. Sie argumentiert vielmehr mit den Stellungnahmen jener Experten, die sich im Unterausschuss des Nationalrates vor der Beschlussfassung vom 17.7.1998, für die Beibehaltung des § 209 StGB ausgesprochen haben. Sieht man davon ab, dass elf der dreizehn gehörten Experten für die Abschaffung der Bestimmung eintraten, vermögen die zitierten Aussagen von RA Dr. Ainedter und Univ. Prof. Dr. Rollett die genannten verfassungsrechtlichen Bedenken nicht zu beseitigen.

RA Dr. Ainedter sah § 209 StGB als Jugendschutzbestimmung, die „14- bis 18-jährigen Knaben vor der Verführung wesentlich Älterer bewahren solle“. Diese Äußerung vermag die differenzierte Bewertung männlicher und weiblicher Homosexualität durch die genannte Bestimmung sachlich nicht zu rechtfertigen.

Univ. Prof. Dr. Rollett plädiert für die Beibehaltung des § 209 StGB mit der

Begründung:

„Für Jugendliche bedeutet eine homosexuelle Ersterfahrung mit einem Erwachsenen, gleichgültig, ob es sich um Verführung oder Vergewaltigung handelt, so gut wie immer einen erheblichen Schock, den sie in der Regel nur schwer verarbeiten können und der ihre Persönlichkeitsentwicklung daher in nicht zu verantwortender Weise beeinträchtigt. Sie fürchten hiedurch als Homosexuelle festgelegt und von der Gesellschaft ausgeschlossen zu sein. Anders als dies bei den harmlosen Gelegenheitsspielereien unter Gleichaltrigen der Fall ist, ist der erwachsene Partner meist sehr daran interessiert, die Beziehung auch gegen den Willen des jugendlichen Partners aufrecht zu erhalten. Aussprachemöglichkeiten mit Eltern, Lehrern oder Freunden sind meist nicht möglich, da sie ebenfalls zu Kritik, Unverständnis und Ausgrenzung Anlass geben würden. Männliche Jugendliche, die in eine homosexuelle Beziehung geschlittert sind, reagieren oft ähnlich mit Verschweigen, wie dies bei Opfern von inzestuösen Beziehungen zu beobachten ist, nicht zuletzt deshalb, weil der ältere Partner massiven Druck ausübt.

Heute kann man beobachten, dass zusätzlich durch die in den Medien ausführlich dokumentierten Befunde, die die Gruppe der Homosexuellen als Risikogruppe für Aids ausweisen, bei verführten oder vergewaltigten Jugendlichen panische Ansteckungsängste auftreten, mit denen sie nicht fertig werden (~j~ entsprechender Fall wurde von mir in meiner Praxis behandelt). Jugendliche können sich gegen Ältere in der Regel schlecht durchsetzen. Es ist daher eine Überforderung, wenn man erwartet, dass sie sich in einer Verführungssituation selbst schützen können. Das gegenwärtige Schutzalter von achtzehn garantiert zumindest, dass Jugendliche bereits körperlich in der Lage sind, sich mit einiger Aussicht auf Erfolg gegen unerwünschte Übergriffe zu verteidigen.“

Soweit sich Prof. Rollett gegen die gleichgeschlechtliche Unzucht gegen den Willen der Jugendlichen wendet („ die Beziehung auch gegen den Willen des jugendlichen Partners aufrecht zu erhalten weil der ältere Partner massiven Druck ausübt , dass Jugendliche bereits körperlich in der Lage sind, sich mit einiger Aussicht auf Erfolg gegen unerwünschte Übergriffe verteidigen.“), ist auf §§ 201 f, 212 StGB zu verweisen, die jede Bestimmung eines Jugendlichen zu homosexuellen Handlungen bzw.

zu deren Duldung durch Gewalt, gefährliche Drohung oder Ausnützung eines Autoritätsverhältnisses unter Strafe stellen. § 209 StGB pönalisiert hingegen einvernehmliche homosexuelle Handlungen außerhalb von Abhängigkeitsverhältnissen.

Dr. Rollett rechtfertigt die Bestrafung dieser Handlungen mit dem „damit verbundenen Schock, den Jugendliche in der Regel nur schwer verarbeiten könnten und der ihre Persönlichkeitsentwicklung in nicht zu verantwortender Weise beeinträchtigt“. Dieser Schock resultiere aus der Angst, homosexuell festgelegt und damit von der Gesellschaft ausgeschlossen, ja selbst von Eltern, Lehrern und Freunden ausgegrenzt zu werden bzw. durch den homosexuellen Kontakt mit Aids infiziert zu sein. Es sei bei den herrschenden gesellschaftlichen Verhältnissen nicht leicht homosexuell zu sein.

Sieht man davon ab, dass diese Argumentation die unterschiedliche Behandlung weiblicher und männlicher Sexualität nicht zu begründen vermag, verstärkt die Pönalisierung gleichgeschlechtlicher Unzucht die - offensichtlich auch von der Entwicklungspsychologin beklagte - Diskriminierung (männlicher) Homosexueller. Es kann nicht Aufgabe des Strafrechtes sein, gesellschaftliche Verhältnisse in denen eine Minderheit wegen ihrer sexuellen Ausrichtung diskriminiert wird, zu zementieren. Die durch die Pönalisierung verstärkte Ausgrenzung (männlicher) Homosexueller läuft dem von den genannten Experten genannten Ziel des Jugendschutzes zuwider. Die Bestrafung des erwachsenen

Homosexuellen wegen gleichgeschlechtlicher Kontakte zu Jugendlichen ist im Sinne der Ausführungen des VfGH in seiner Entscheidung vom 3.10.1989, VfSlg 12.182/1989, keineswegs unbedingt geboten und unerlässlich noch im Sinne des Art. 8 Abs 2 EMRK zur Erreichung des Zieles, die durch die gesellschaftlichen Verhältnisse bedingte Diskriminierung zu vermeiden, notwendig, vielmehr läge nahe, in Erfüllung der nationalen und internationalen Verpflichtung, gegen jede Form der Diskriminierung aufzutreten, gesellschaftliche Rahmenbedingungen zu schaffen, die das „Homosexuell-Sein“ erleichtern.

Die von der Expertin genannte Begründung für das ungleiche Schutzalter männlicher und weiblicher Jugendlicher, nämlich die um zwei Jahre spätere körperliche Reife männlicher Jugendlicher, steht mit dem allgemeinen Schutzalter von 14 Jahren, das eine sexuelle Reife ab diesem Alter unterstellt, im Widerspruch. Es kann nicht nachvollzogen werden, weshalb ein 14-jähriger männlicher Jugendlicher für heterosexuelle Handlungen körperlich reif ist, während ihm die körperliche Reife für homosexuelle Handlungen mangelt und diese erst vier Jahre später gegeben ist. Diese Ansicht bedeutet eine Ungleichbehandlung homosexueller männlicher Jugendlicher nicht wegen ihres Geschlechts, sondern wegen ihrer sexuellen Ausrichtung. Dass eine um zwei Jahre spätere Reife ein um vier Jahre höheres Schutzalter nicht erklären kann, muss nicht weiter ausgeführt werden.

Der weitere von der Bundesregierung zur Stützung ihres Standpunktes zitierte Rechtsexperte Univ. Prof. Dr. Schmoller betont gleichfalls, dass „§ 209

StGB nicht eine frühzeitige homosexuelle Triebfixierung verhindern solle, weil nach neueren sexualwissenschaftlichen Erkenntnissen diese bereits vor dem 5. bis 6. Lebensjahr stattfinde“. Nach seiner Auffassung solle die Bestimmung generell nachteilige Auswirkungen auf die sexuelle oder sonstige psychische Entwicklung des Jugendlichen verhindern. Ähnlich der Argumentation von Univ. Prof. Dr. Rollett führt er weiter aus:

„Gerade wenn man davon ausgeht, dass die sexuelle Orientierung im Sinne von hetero- oder homosexueller Prägung bei Personen über 14 Jahren bereits abgeschlossen ist, leuchtet ein, dass es für einen Jugendlichen - geht man vom Regelfall einer heterosexuellen Prägung aus - eine erhebliche Irritation und Störung bedeuten kann, wenn ein Erwachsener ihn intensiv in homosexuelle Handlungen involviert. Neben unmittelbaren psychischen Problemen erscheinen daraus resultierende Störungen in der Beziehung zu Gleichaltrigen, (wobei die psychischen Schwierigkeiten gerade unter Jugendlichen durch die heftige Stigmatisierung als „Homosexueller“ verstärkt werden können), ebenso nahe liegend wie eine Belastung späterer, der eigentlichen sexuellen Orientierung entsprechender heterosexueller Beziehungen.“

Sieht man davon ab, dass der männliche Jugendliche, wie zuvor ausgeführt, vor den angeführten Irritationen und Störungen besser durch die Bereitung eines toleranten Umfeldes als durch die Bestrafung seines Sexualpartners geschützt werden kann, sodass § 209 StGB weder durch eine unbedingt gebotene und unerlässliche Pönalisierung sozial schädlichen

Verhaltens noch durch die Notwendigkeit zur Erreichung des Schutzes der Gesundheit und der Moral sowie der Rechte und Freiheit männlicher Jugendlicher gerechtfertigt ist, kann aus der Begründung Dr. Schmollers eine sachlich gerechtfertigte Differenzierung der Behandlung männlicher und weiblicher Homosexualität nicht abgeleitet werden. Weshalb nach der Verwerfung der Prägungstheorie männliche Homosexualität ein zu bestrafendes sozial schädliches Verhalten darstellt, während die lesbische Liebe mangels sozialer Schädlichkeit nicht gerichtlich strafbar ist (Foregger/Fabrizy, MKK StGB, Rz 2 zu § 209), vermag die Bundesregierung durch den Hinweis auf die drei genannten Expertenmeinungen nicht darzulegen.

Der Bundesregierung ist beizupflichten, dass der Antragsteller in der Rechtssache

Euan Sutherland gegen das Vereinige Königreich vom 1.7.1997, Beschwerde

Nr. 25186/94, als Jugendlicher selbst von der Strafbestimmung des Sexual Offences Act

1956 betroffen war. Die Europäische Menschenrechtskommission gelangte aber unter

Berücksichtigung des veränderten rechtlichen und wissenschaftlichen Konsenses in

Europa letztlich allgemein zur Auffassung, dass es keine objektive und vernünftige Rechtfertigung für die Aufrechterhaltung eines höheren Mindestalters für einvernehmliche homosexuelle Handlungen als für einvernehmliche heterosexuelle Handlungen gebe und der Beschwerdeführer zutreffend eine unterschiedliche Behandlung bei der Anwendung des Rechtes auf Schutz des Privatlebens im Sinne des Art. 8 EMR- ~~fzeige (Rz 66 der zitierten Entscheidung). In der Rs WZ. stützt sich die Europäisch~- Kommission für Menschenrechte einerseits auf eine Vorentscheidung aus dem Jahr 1975 sowie auf die Entscheidung des VfGH vom 3.10.1989, sodass auf die Darlegungen zu letztgenannter Entscheidung verwiesen werden kann. In der Rs H.F. verneinte die Kommission eine Verletzung des Art. 14 EMRK iVm. Art. 8 EMRK aufgrund der Umstände des konkreten Falles („... in the circumstances of the present case“), als ein Arbeitgeber gegen den Willen seines jugendlichen Arbeitnehmers gleichgeschlechtlich sexuelle Handlungen vornahm. Diese homosexuellen Handlungen sind jedenfalls nach § 212 StGB unter Strafe gestellt, sodass sie die Aufrechterhaltung des § 209 StGB nicht rechtfertigen können.

Die genannten Entscheidungen vermögen daher die geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die ungleiche Behandlung männlicher und weiblicher Homosexualität nicht zu zerstreuen.

Vor dem Hintergrund der neueren wissenschaftlichen Erkenntnisse, nach denen die Prägungstheorie, auf die der Verfassungsgerichtshof die mehrfach

zitierte Entscheidung vom 3.10.1989, VfSlg 12.182/1989, stützte, nicht mehr aufrecht erhalten werden kann, und aufgrund der Überlegung, dass die gesellschaftliche Diskriminierung die rechtliche Diskriminierung nicht zu rechtfertigen vermag, erachtet das Oberlandesgericht Innsbruck seinen Antrag auf Gesetzprüfung nach Art. 89 Abs 2 B-VG iVm Art. 140 Abs 1 B-VG nicht nur als zulässig, sondern auch als begründet.

Hinsichtlich des Meinungsstandes zum gegenständlichen Problem im europäischen und außereuropäischen Ausland wird auf die ausführliche Stellungnahme des Vertreters der mitbeteiligten Partei, Dr. Helmut Graupner, verwiesen.

Oberlandesgericht Innsbruck

Abt. 6, am 23.8.2001.

Dr. Peter Tischler