

Verfassungsgerichtshof

G 6/02

Judenplatz 11
1010 Wien

04.03.2002

Antragsteller: Oberlandesgericht Innsbruck,
6020 Innsbruck, Maximilianstraße 4

Antragsgegnerin: Bundesregierung,
1010 Wien, Ballhausplatz 2

Mitbeteiligte Partei: Thomas WOLFMEYER, geb. 05.09.1968
6850 Dornbirn, Bildg. 7

vertreten durch: RA Univ-Lekt. Dr. Helmut Graupner,
1130 Wien, Maxingstraße 22-24/4/9

VM erteilt

wegen: § 209 StGB

Ä u ß e r u n g

3-fach
12 Blg. 3fach

In der umseits angeführten Rechtssache wird auf Grund dg. Anheimstellung vom 03.01.2002, zugestellt am 09.01.2002, innerhalb offener Frist zum Gegenstand des Gesetzesprüfungsverfahrens die nachstehende

Ä u ß e r u n g

erstattet.

I n h a l t

Vorbemerkungen	4	
A. Die Rechtslage in Österreich und deren Hintergrund		5
1. Die Sondermindestaltersgrenze von 18 Jahren für sexuelle Beziehungen zwischen Männern (§ 209 StGB)		5
a) Gesetzeswortlaut und Vollziehung		5
b) Entstehungsgeschichte	8	
c) Bestrebungen zur Aufhebung	11	
2. Die allgemeine Altersgrenze von 14 Jahren (§ 206, 207 StGB)		25
B. Die Rechtslage in den Mitgliedstaaten des Europarates und anderen Ländern		
1. Einheitliche bzw. unterschiedliche Altersgrenzen für hetero- bzw. homosexuelle Beziehungen	27	
2. Höhe der allgemeinen Altersgrenzen		
3. Antidiskriminierungsgesetze		
a) Europa	29	
b) Außereuropäische Rechtsordnungen	30	
4. Partnerschaftsgesetze		
a) Europa	33	
b) Außereuropäische Rechtsordnungen	37	
C. Internationale Rechtsentwicklung		
1. Homosexualität als Menschenrecht		41
2. Homosexualität als Rechtsgut	43	
a. Europäische Union	44	
aa. Europäisches Parlament	44	
bb. Europäische Kommission	45	
cc. Ministerrat	47	
dd. Europäischer Gerichtshof	48	
ee. Unionsrecht	48	
b. Europarat	49	
c. OSZE	52	
d. Vereinte Nationen	52	
3. Partnerschaften		
a. Vereinte Nationen	56	
b. Europäische Union	56	
c. Europarat	58	
D. Europäischer Konsens & Prüfungsmaßstab		60
E. Intimität & Prüfungsmaßstab	62	
F. Artikel 8 EMRK	63	
G. Artikel 14 iVm 8 EMRK	77	
H. Art. 2 StGG, Art. 7 B-VG	84	
I. Bemerkungen zur Äußerung der Bundesregierung im Verfahren 190/01		90
Beilagenverzeichnis	100	

Vorbemerkungen

a. Zum Antrag des OLG Innsbruck

Die durch das Oberlandesgericht Innsbruck in seinem Antrag gegebene Begründung für seine verfassungsrechtlichen Bedenken ist eindrucksvoll, überzeugend und einleuchtend.

Die mitbeteiligte Partei schließt sich dieser Begründung ausdrücklich vollinhaltlich an. Die Ausführungen unten A. bis H. dienen in diesem Sinne der eingehenden und detaillierten Untermauerung der vom antragstellenden Gericht vorgebrachten Bedenken und deren Begründung.

An dieser Stelle sei insbesondere auf die massive Veränderung nicht nur der tatsächlichen Verhältnisse (wissenschaftlicher Erkenntnisstand, gesellschaftliche Werthaltungen) sondern auch des rechtlichen Umfelds der bekämpften Norm hingewiesen, die diese (jedenfalls) nunmehr unsachlich, unnötig und unverhältnismäßig machen. Diese Veränderung des rechtlichen Umfeld erfolgte in den vergangenen 13 Jahren nicht nur auf internationaler Ebene (hiezuv ausführlich unten B. und C.) sondern auch in Österreich selbst. Die völlige Gleichstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften mit verschiedengeschlechtlichen im gesamten materiellen und formellen Strafrecht durch die Novellierung des § 72 (2) StGB (BGBl I 1998/153), der Schutz gegen Diskriminierung auf Grund sexueller Orientierung in § 5 Richtlinienverordnung (RLV) (BGBl 1993/266), die Neuregelung der Ehemündigkeit durch das KindSchRÄG 2001, die Jugendschutzgesetze der Länder sowie die Neuregelungen des Wahlalters (ausführlich unten A.1.c., A.2., B.3.a. und 4.a.) markieren eine heute grundsätzlich gewandelte Beurteilung der Homosexualität und der Selbstbestimmungsfähigkeit mündiger Minderjähriger durch den Gesetzgeber, die nicht ohne Auswirkung auf die grundrechtliche Beurteilung bleiben kann (Antrag S. 7 am Ende; in diesem Sinne auch das OLG Graz, vgl. unten A.1.c.).

Schließlich sei auch vermerkt, daß nicht nur die Straftatbestände des 10. Abschnitts des StGB (hiezuv ausführlich unten A.1.a.) die sexuelle Integrität schützen sondern etwa auch § 108 StGB, der es sogar unter Strafe stellt, von einer anderen Person durch Täuschung sexuelle Handlungen (oder auch nur sexualbezogene Posen) zu erlangen („Sexualtäuschung“) (eingehend unten A.1.a.). Ein darüber hinausgehendes Schutzbedürfnis mündiger Staatsbürger gegen (einverständliche) sexuelle Kontakte kann nun wirklich nicht erkannt werden.

b. Zur Äußerung der Bundesregierung

Die Bundesregierung unterlässt es in ihrer Äußerung, ihre Anträge auf Abweisung des Antrags des OLG Innsbruck sowie gem. Art. 140 Abs. 5 B-VG zu begründen, verweist stattdessen pauschal auf ihre Stellungnahme im Verfahren G 190/01.

Nach der ständigen Judikatur des VfGH sind aber Verweisungen auf den Inhalt eines in einem anderen – nicht verbundenen – Verfahren eingebrachten Schriftsatz in sinngemäßer Anwendung des § 506 Abs. 1 Z. 2 ZPO (§ 35 VfGG) keine gesetzmäßigen Ausführungen und daher unbeachtlich (Judikaturnachweise in *Öhlinger/Hiesel*, Verfassungsgerichtsbarkeit² (2001), § 35 E 11; § 15 E 13; § 57 E 31ff; § 62 E 37ff).

Die Äußerung der Bundesregierung ist daher unbeachtlich. Daß die Äußerung im Verfahren G 190/01 der nunmehrigen begründungslosen Äußerung in Kopie angeschlossen wurde, vermag daran nichts zu ändern, hat doch der Gerichtshof in seinem Beschluß vom 29.11.2001 in eben dem Verfahren G 190/01 ausgesprochen, daß sogar der Verweis auf einen Schriftsatz im selben Verfahren unzulässig ist, obwohl sich dieser Schriftsatz (auf den verwiesen wurde) im Akt befand (BS 13).

Es wird daher ersucht, gem. § 20 Abs. 2 letzter Satz VfGG vorzugehen.

Selbst wenn man die Äußerung der Bundesregierung im Verfahren 190/01 auch für das vorliegende Verfahren als beachtlich ansähe, wäre zu konstatieren, daß die Bundesregierung dem verfahrensgegenständlichen Antrag nichts entgegenzusetzen vermag, finden sich doch (naturgemäß) in der seinerzeitigen Stellungnahme keinerlei Ausführungen zu der nunmehr vom antragstellenden Gericht ausführlich dargelegten Änderung der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse seit dem Jahre 1989 und schon gar nichts zu dem in diesem Verfahren neu vorgebrachten Bedenken der Rekriminalisierung bereits straflosen Verhaltens innerhalb einer einzigen Beziehung (Antrag S. 29ff).

Die Äußerung der Bundesregierung kommt daher sowohl formell als auch inhaltlich einer Nicht-Stellungnahme gleich.

A. Die Rechtslage in Österreich und deren Hintergrund

1. Die Sonderminderaltersgrenze von 18 Jahren für sexuelle Beziehungen zwischen Männern (§ 209 StGB)

a) Gesetzeswortlaut und Vollziehung

Die §§ 206 und 207 des österreichischen Strafgesetzbuches (StGB) pönalisieren jegliche sexuelle Kontakte mit Personen unter 14 Jahren. Dieses allgemeine Mindestalter für sexuelle Beziehungen gilt für hetero- und homosexuelle Kontakte gleichermaßen.

Für homosexuelle Beziehungen zwischen Männern gilt zusätzlich zu dieser allgemeinen Altersgrenze von 14 Jahren noch eine zweite Mindestaltersgrenze von 18 Jahren. § 209 StGB bestimmt:

Eine Person männlichen Geschlechts, die nach Vollendung des 19. Lebensjahres mit einer Person, die das 14., aber noch nicht das 18. Lebensjahr vollendet hat, gleichgeschlechtliche Unzucht treibt, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.

Das Mindestalter für heterosexuelle und lesbische Beziehungen liegt sohin in Österreich bei 14 Jahren, während für männliche homosexuelle Beziehungen neben dieser Altersgrenze von 14 Jahren noch eine zusätzliche zweite Grenze von 18 Jahren gilt. Einvernehmliche heterosexuelle und lesbische Beziehungen mit 14- bis (unter) 18jährigen Jugendlichen (außerhalb von Autoritätsverhältnissen) sind völlig straffrei, während männlich-homosexuelle Beziehungen mit derselben Altersgruppe unter beträchtlicher Strafandrohung stehen.

§ 209 StGB zielt auf einvernehmliche Beziehungen ab. Die Ausnutzung von Autoritätsverhältnissen ist gemäß § 212 StGB (iVm § 74 Z. 3 StGB) bis zum 18. Lebensjahr und sexuelle Gewalt gemäß den §§ 201 bis 203 StGB sowie sexuelle Kontakte mit Diskretions- und Dispositionsunfähigen gemäß § 205 StGB ohne Altersgrenze strafbar, wobei alle diese Bestimmungen für hetero- und homosexuelles Verhalten gleichermaßen gelten. Nach der Judikatur des Obersten Gerichtshofs ist gem. § 108 StGB sogar die Erlangung sexueller (ja sogar bloß sexualbezogener) Handlungen durch Täuschung (ebenfalls ohne Unterschied des Alters der Beteiligten) strafbar (vgl. OGH 29.06.1989, 12 Os 17/89; OGH 25.10.1984, 13 Os 185/84; *Mayerhofer*, StGB⁵, § 108 Anm 7, E 8, 9, 10, 13-15; *Foregger/Fabrizy*, StGB⁷, § 108 Rz 5; *Leukauf-Steininger*, Komm³, § 108 Rz 10f).

Obwohl die Anzahl der Anzeigen und Verurteilungen heute nur noch ein Viertel des Ausmaßes in den frühen Siebzigerjahren erreichen, werden heute jährlich immer noch um die 60 neue Strafverfahren eingeleitet und um die 30 Männer rechtskräftig verurteilt (Beilage ./8; Beilage ./6, 273; Beilage ./2, 158). Insgesamt wurden nach § 209 StGB (seit seiner Einführung im Jahre 1971) (bis inkl. 1999) 2 473 Anzeigen erstattet und (bis inkl. 2000) 1017 Personen aufgrund dieses Sondergesetzes verurteilt (Blg. ./8). Nach der (erfolglosen) parlamentarischen Abstimmung vom November 1996 intensivte sich die strafrechtliche Verfolgung sogar wieder. Von 1996 auf 1997 stiegen die Anzeigen auf mehr als das Doppelte des Vorjahres (Blg. ./6, 273; ./8; ./7: IA 4/98, 1) und 1998 erreichten die Verurteilungen den Höchststand der vorangegangenen 10 Jahre (Blg. ./8). Nicht in den Verurteiltenzahlen enthalten sind Personen, die auch wegen Vergewaltigung, sexuellen Kindesmißbrauchs oder eines anderen gegenüber § 209 schwereren Delikts verurteilt wurden. Bei den genannten Verurteiltenzahlen handelt es sich vielmehr nur um Personen, die ausschließlich auf Grund des § 209 StGB verurteilt wurden oder neben § 209 StGB lediglich wegen eines Vergehens (ebendort).

Der typische Angezeigte ist zwischen 18 und 39 Jahre alt, während Personen über 40 Jahren im Vergleich zu ihrem Anteil an der Gesamtbevölkerung weniger repräsentiert sind (Beilage ./2, 159; Beilage ./6, 273; Beilage ./8). Mitunter werden sogar Jugendliche selbst von der Polizei der Staatsanwaltschaft als Tatverdächtige mitgeteilt (ebendort). 1994 waren 34 % der Angezeigten unter

25 Jahre alt, 10 % gar unter 20 und 5 % unter 19; im Jahre 1995 waren 11 % der Angezeigten sogar (zwischen 14 und) unter 16 Jahre alt (Beilage ./6, 273; Beilage ./8).

§ 209 StGB wird von den österreichischen Gerichten und Sicherheitsbehörden mit bemerkenswerter Härte vollzogen.

Die *Verurteilungsquote* liegt im wesentlichen zwischen 60 und 80% der ermittelten Tatverdächtigen, wobei dieser Anteil in den letzten Jahren deutlich zugenommen hat und sich um die 80% bewegt. Im Vergleich dazu liegt die Verurteilungsquote bei (schwerem) sexuellem Missbrauch von Kindern (unter 14jährigen; §§ 206f StGB) bei 40 bis 60% mit abnehmender Tendenz in den letzten Jahren in Richtung 40% (Blg. ./8).

Der Anteil der Freiheitsstrafen im allgemeinen liegt in den letzten Jahren bei 65 bis 75 % und der Anteil der unbedingt verhängten Freiheitsstrafen (ohne teilbedingte Strafen) bei 15 bis 25 % der nach § 209 verhängten Strafen. Der Anteil der Freiheitsstrafen stieg im Jahre 1995 gar auf den höchsten Stand der davorliegenden zehn Jahre (88,2 %). Seit dem Jahre 1986 (91,7 %) wurden nicht mehr so viele Freiheitsstrafen nach § 209 verhängt (z.B. 1994: 69,6 %). 1996 erreichte der Anteil der Freiheitsstrafen 94%; ein Wert, der zuvor nur im Jahre 1980 und vor 1975 erreicht worden war. *Zum Vergleich: bei sexuellem Mißbrauch von Kindern (unter 14 Jahren; §§ 206, 207 StGB) verhängten Österreichs Strafgerichte 1996 hingegen nur in 83% der Fälle eine Freiheitsstrafe (Blg. ./6; ./8; ./7: IA 4/98, 1 & 2/98, 3).*

Auch im *Verhältnis zu Mißbrauch eines Autoritätsverhältnisses* (§ 212 StGB) erscheinen die verhängten Strafen nach 209 StGB hart. So liegt der Schwerpunkt der Freiheitsstrafen bei diesem Delikt zwischen 1 und 12 Monaten, und es wurden nach diesem Delikt seit 1989 insgesamt nur fünf unbedingte und neun teilbedingte Freiheitsstrafen verhängt (Blg. ./8).

Es werden nach § 209 aber auch immer längere Freiheitsstrafen verhängt. 1995 verhängten Österreichs Strafgerichte nach § 209 keine einzige Strafe unter drei Monaten (1994 waren dies noch 6,3 % aller Freiheitsstrafen), und der Anteil der Freiheitsstrafen über einem Jahr stieg auf das mehr als Vierfache des Vorjahres (1994: 6,3 %; 1995: 27,3 %). Er erreichte damit den höchsten Stand seit Bestehen des diskriminierenden Sondermindestalters überhaupt. Im ersten Jahr nach dessen Einführung, 1972, lag der Anteil der Freiheitsstrafen über einem Jahr noch bei lediglich 1,8 % (Beilage ./8; Beilage ./6, 273; Beilage ./2, 160 ff).

Sogar über unbescholtene Ersttäter werden immer wieder Freiheitsstrafen von (deutlich) über einem Jahr verhängt (Blg. ./32a, Antwort zu Fragen 5. & 6.), sogar immer wieder auch unbedingte oder teilbedingte Freiheitsstrafen. Im Jahre 2000 erreichte der *Anteil der unbedingten Strafen* (bzw. Strafteile) bei unbescholtenen *Ersttätern* seinen *Höhepunkt*: über jeden zweiten (in jeder, auch nicht einschlägigen Hinsicht) unbescholtenen Ersttäter nach § 209 wurde eine nicht zur Bewährung ausgesetzte Strafe (oder ein solcher Strafteil) verhängt (Blg. ./8).

Mit Stichtag 19.03.1999 befanden sich 11 Männer wegen § 209 StGB in Haft: 5 in Untersuchungshaft, 5 in Strafhafte und einer (für unbestimmte Zeit) in einer Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher (Blg. /31). Anfang 2000 wurden bereits 8 Männer in Strafhafte und zwei (für unbestimmte Zeit) in einer Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher angehalten (Blg. /32). Im Mai 2001 schließlich befanden sich sechs Personen wegen § 209 in Österreichs Haftanstalten (Blg. /32a). Nicht in diesen Zahlen enthalten sind Häftlinge, die auch wegen Vergewaltigung, sexuellen Kindesmißbrauchs oder eines anderen gegenüber § 209 schwereren Delikts verurteilt wurden. Bei den genannten Personen handelt es sich vielmehr nur um solche, die ausschließlich auf Grund des § 209 StGB verurteilt wurden oder neben § 209 StGB lediglich wegen eines Vergehens (ebendort).

Bemerkenswert erscheint, daß die Sicherheitsbehörden immer wieder Druck auf Jugendliche, die durch § 209 StGB geschützt werden sollen, ausüben, um von ihnen Aussagen gegen ihre Partner zu erlangen; körperliche Übergriffe und Mißhandlungen sind dabei keine Seltenheit (Beilage /7; Beilage /6, 274 f; Beilage /9).

Die österreichischen Justizminister haben wiederholt bekundet, dass § 209 StGB „bis zu einer anderen Entscheidung des Gesetzgebers dem geltenden Rechtsbestand“ angehört und daher zu vollziehen ist *wie jedes andere geltende Gesetz* auch. Hinsichtlich § 209 StGB werde nicht, weil er aus grundrechtlicher Sicht problematisch ist, in besonderer Weise, insb. nicht besonders sensibel, vorgegangen. Im Gegenteil könne nicht einmal gesagt werden, dass die Verhängung von Untersuchungshaft und die Verurteilung zu Freiheitsstrafen nicht (mehr) verhältnismäßig wäre (Blg. /31, /32, /32a).

Auch eine Bedachtnahme auf die menschenrechtliche Problematik des § 209 StGB (wenigstens) im *Gnadenverfahren* lehnten die österreichischen Justizminister stets ab (Blg. /31, /32, /32a). Demgemäß hat noch kein österreichischer Justizminister dem Herrn Bundespräsidenten einen nach § 209 StGB Verurteilten zur Begnadigung vorgeschlagen. Aus diesem Grund wurde bisher kein einziger der (mittlerweile über 1000, siehe oben) auf Grund des § 209 StGB Verurteilten begnadigt.

Mitunter wird nach § 209 StGB Verurteilten sogar auf Jahre hinweg der Führerschein (und damit oftmals die wirtschaftliche Existenzgrundlage) entzogen (Blg. /47). Nach § 209 StGB Verdächtigen wird von den Sicherheitsbehörden regelmäßig eine Speichelprobe (Mundhöhlenabstrich) entnommen (§ 67 SPG) und ihre genetischen Daten (mindestens bis zum 80. Lebensjahr (§§ 73f SPG)) erkennungsdienstlich gespeichert (Blg. /48).

b) Entstehungsgeschichte

Das geltende österreichische Strafgesetzbuch geht auf die Arbeit und die Empfehlungen der *Strafrechtskommission* aus den Fünfzigerjahren zurück. § 209 StGB entspricht jedoch nicht den

Empfehlungen dieser Kommission. Diese war sich vielmehr darin einig, daß – sofern Homosexualität entkriminalisiert wird – nicht ein generelles Verbot gleichgeschlechtlicher Kontakte mit Jugendlichen eingeführt, sondern bloß die "Verführung" männlicher Jugendlicher unter 18 Jahren pönalisiert werden sollte.

Die alleinige Motivation hinter dieser vorgeschlagenen Sonder-Verführungsbestimmung für männliche Homosexuelle lag darin, eine Prägung zur Homosexualität zu verhindern. Die Kommission legte dabei großen Wert darauf, die geschlechtliche Freiheit der Jugendlichen zu wahren, insbesondere homosexuelle Jugendliche nicht von Sexualität völlig auszuschließen. So wurde damals u.a. ausgeführt:

„Zur Frage der Altersgenze: Wir dürfen den Gesichtspunkt der Freiheit der geschlechtlichen Betätigung des jungen Menschen nicht außer Acht lassen ... nicht recht einzusehen, weshalb der geschlechtlich reife junge Mensch ... von der ihm adäquaten Betätigung ausgeschlossen wird“ (MinR Dr. Hausner, 19. Arbeitssitzung der Kommission zur Ausarbeitung eines Strafgesetzentwurfes im Jahre 1957, 24.10.1957, S. 1459)

„[den] Lustknaben, glaube ich, brauche ich nicht zu schützen. Und wenn das durch die Worte ‚verführt‘ verhindert werden sollte, so glaube ich sind wir gedeckt auch vor dem sogenannten ‚Volksempfinden‘. Den Schutz dieses Lustknaben würde ohnehin niemand verstehen“ (LGPräs Dr. Malaniuk, 19. Arbeitssitzung der Kommission zur Ausarbeitung eines Strafgesetzentwurfes im Jahre 1957, 24.10.1957, S. 1463)

Sie war sich deshalb nicht nur einig, den Tatbestand auf "Verführung" zu beschränken, sondern auch darin, daß eine "Verführung" zu einem einzelnen sexuellen Akt nicht ausreichen, vielmehr nur die "Verführung zur Homosexualität schlechthin" getroffen werden sollte. Nur in einer solchen "Verführung" sah die Kommission sozialschädliches Verhalten.

Von einer inhaltlichen Definition des Begriffs der "Verführung" hat sie nach eingehender Erörterung in der Erwartung Abstand genommen, die Rechtsprechung werde den Begriff im beabsichtigten Sinne interpretieren. Die bisherige Rechtsprechung, die jedes Mittel als Verführungsmittel anerkannte, erschien der Kommission für diesen Tatbestand jedenfalls zu weit.

Der Vorschlag, auch lesbische Beziehungen in die Strafbarkeit der "Verführung" einzubeziehen, fand keine Mehrheit. Einerseits maß die Kommission einer allfälligen homosexuellen Prägung bei Frauen geringere Sozialschädlichkeit bei als bei Männern, vor allem weil lesbische Frauen "daneben auch Ehefrau" seien und auch "einem Mann ihre Gunst" gewährten. Andererseits

befürchtete die Kommission bei Frauen größere nachteilige Wirkungen einer Strafnorm als bei Männern. Auch sei bei der Straffreiheit für Lesben kein Sturm der Entrüstung zu erwarten.

(Vgl. zur Arbeit der Kommission ebenso wie zur nachfolgenden Rechtsentwicklung eingehend Beilage ./2, Seiten 431 ff).

Die auf Basis der Kommissionsempfehlung erarbeiteten Ministerialentwürfe der Sechzigerjahre und die Regierungsvorlage des Jahres 1970 sind den Empfehlungen der Strafrechtskommission im Bereich der homosexuellen Beziehungen mit Jugendlichen nicht gefolgt und haben ein festes Sonderminderalter für homosexuelle Beziehungen mit männlichen Jugendlichen festgelegt. Damit sind die Entwürfe und die Regierungsvorlage 1970 von der grundlegenden Intention der Strafrechtskommission abgegangen, die darin bestand, nicht die homosexuelle Betätigung von Jugendlichen – insbesondere nicht jene von homosexuellen Jugendlichen – generell unterbinden zu wollen, sondern die Einprägung einer homosexuellen Orientierung, und deshalb nur jene "Verführungen" zu erfassen, die intensiv genug sind, um (nach damaliger Auffassung) zur Entstehung einer homosexuellen Orientierung führen zu können, grundsätzlich nicht aber die "Verführung" zu einzelnen homosexuellen Handlungen.

Unterschiedlich geregelt haben die Entwürfe der Sechzigerjahre und die Regierungsvorlage 1970 die Frage der Höhe der Altersgrenze und die Einbeziehung der Frau in die Strafbarkeit. Der Entwurf 1964 und die Regierungsvorlage 1968 behandelten Frauen und Männer gleich; im Entwurf 1964 begründete dies das Justizministerium bereits damals mit den Anforderungen des Gleichheitsgrundsatzes. Alle – bis auf die Regierungsvorlage 1970 – haben auch jugendliche Täter in die Strafbarkeit einbezogen. Erst durch die Einführung der gerügten Regelung im Jahre 1971 wurden die 14- bis 18-jährigen männlichen Jugendlichen von (nach dem bis dahin geltenden Totalverbot homosexueller Beziehungen) zu bestrafenden Mittätern (Strafmündigkeitsalter: 14 Jahre) zu (nach § 209 StGB; bis 1975: § 129 Strafgesetz 1852) zu schützenden Opfern. Die Regierungsvorlage aus dem Jahre 1968 wollte sogar an der generellen Strafbarkeit homosexueller Handlungen festhalten.

1989 hat der österreichische Verfassungsgerichtshof § 209 StGB für verfassungskonform erklärt (Erkenntnis vom 03.10.1989, G 227/88, 2/89). Der Eingriff in das Privatleben durch § 209 StGB sei „ganz offenkundig eine nach Art. 8 Abs. 2 EMRK zulässige gesetzgeberische Maßnahme zum Schutz der Rechte anderer ..., nämlich zum Schutz der ungestörten Entwicklung der von den Straftaten betroffenen Personen“. Eine Begründung für diese apodiktische Behauptung findet sich in der Entscheidung nicht. Hinsichtlich des Gleichheitsgrundsatzes führte der Verfassungsgerichtshof erkennbar im Sinne einer bloßen Willkürprüfung (vgl. zur insoweit gegenteiligen Rechtsprechung der Konventionsorgane, die „besonders schwerwiegende Gründe“ verlangen: D. bis G.) aus:

„kann dem Strafgesetzgeber aber nach Überzeugung des Verfassungsgerichtshofes unter dem Aspekt des Gleichbehandlungssatzes der Art. 7 Abs. 1 B-VG und 2 StGG

nicht mit Grund entgegengetreten werden, wenn er – unter Berufung auf maßgebende Expertenmeinungen in Verbindung mit Erfahrungstatsachen den Standpunkt einnehmend, dass eine homosexuelle Einflussnahme männliche Heranreifende in signifikant höherem Grad gefährde als gleichaltrige Mädchen – auf dem Boden und in Durchsetzung seiner Wertvorstellungen mit Beachtung der eingeschränkten, maßhaltenden Ziele der vorherrschenden Strafrechtspolitik (bei sorgsamer Abwägung aller vielfältigen Vor- und Nachteile) ableitet, es sei mit einer strafrechtlichen Ahndung homosexueller Handlungen an jungen Menschen männlichen Geschlechts das Auslangen zu finden. Denn es handelt sich – alles in allem genommen – um eine Differenzierung, die auf auf Unterschieden im Tatsachenbereich beruht und deswegen aus der Sicht des Art. 7 B-VG iVm Art. 2 StGG verfassungsrechtlich zulässig ist.“

Welche die Expertenmeinungen (abgesehen von den von ihm eingangs der Entscheidung referierten Expertenmeinungen anlässlich der Einführung der Regelung im Jahre 1971) und Erfahrungstatsachen sind, auf die sich der Verfassungsgerichtshof berief, ist der Entscheidung nicht zu entnehmen.

c) Bestrebungen zur Aufhebung

Seit dem Ende der Siebzigerjahre gibt es in Österreich Bestrebungen zur Streichung des § 209 StGB.

Zahlreiche *österreichische Jugendorganisationen* der verschiedensten politischen und konfessionellen Richtungen, darunter der Österreichische Bundesjugendring und die Österreichische Hochschülerschaft, richteten im September 1989 eine Petition gegen die Diskriminierung homosexueller Frauen und Männer an den Nationalrat, in der sie unter anderem die Streichung des unterschiedlichen Mindestalters für homo- und heterosexuelle Beziehungen forderten. Der Petitionsausschuß des Nationalrates hat sie durch einhelligen Beschluß dem Justizausschuß übermittelt mit der Bitte um Prüfung unter Bedachtnahme auf das Diskriminierungsverbot.

Die *Sozialdemokratische Partei Österreichs (SPÖ)* übernahm diese Petition auf ihrem Bundesparteitag im Oktober 1989 wortgleich als Parteitagsresolution, und SP-Abgeordnete brachten im Nationalrat anschließend einen Initiativantrag auf ersatzlose Streichung des § 209 StGB ein (siehe im Anhang der Beilage ./8). Die Fraktion der *Grünen Alternative* tat dies bereits zuvor im Februar 1989. Auch das 1993 neugegründete *Liberale Forum* forderte in seinem Parteiprogramm einheitliche Altersgrenzen.

Die *Petition der österreichischen Jugendorganisationen* ist in der XVII. Gesetzgebungsperiode im Justizausschuß unbehandelt geblieben, in der XVIII. Gesetzgebungsperiode jedoch wieder im Nationalrat eingebracht und neuerlich dem Justizausschuß zugewiesen worden. Dieser hat sie dann am 12.04.1994 jenem Unterausschuß zugewiesen, der zur Beratung der Regierungsvorlage zu einem Strafrechtsänderungsgesetz 1994 eingesetzt worden war.

Im Sommer 1991 bildete sich die *Plattform gegen § 209*, die die umgehende und ersatzlose Streichung des § 209 StGB fordert. Dieser Plattform gehörten – neben nahezu allen österreichischen Homosexuellenorganisationen – unter anderem die Aids-Hilfen, das Österreichische Aids-Komitee, die Österreichische Gesellschaft für Sexualforschung, die Bewährungshilfe, der Österreichische Bundesjugendring, die Österreichische Hochschülerschaft und die Ständige Konferenz der Kinder- und JugendanwältInnen Österreichs an (vergleiche zu alldem eingehend Beilage ./2, 432 ff; Beilage ./10; www.paragraph209.at).

Im Dezember 1991 versandte das *Justizministerium* einen Entwurf zu einem Strafrechtsänderungsgesetz, in dem es – neben dem Vorschlag der Streichung der beiden anderen Sonderstrafbestimmungen für Homosexuelle – auch den § 209 StGB zur Diskussion stellte.

Die überwiegende Mehrheit der *Begutachtungsstellen* hat sich für die Streichung des § 209 StGB ausgesprochen (Beilage ./11; Beilage ./2, 436; Beilage ./8, Anhang: Regierungsvorlage 1994, Seite 81), woraufhin das Ministerium eine interministerielle Arbeitsgruppe bestehend aus Vertretern des Justiz-, des Gesundheits- sowie des Jugend- und Familienministeriums eingesetzt hat. Diese Arbeitsgruppe ist nach Anhörung von Experten – wie diese – einhellig zu der Auffassung gelangt, daß § 209 StGB ersatzlos zu streichen sei (ebendort).

In dem von der *österreichischen Bundesregierung* auf Initiative des Nationalrates in Auftrag gegebenen *Expertenberichtes zur UN-Kinderrechtskonvention* wird die "Überprüfung und Harmonisierung der (Schutz-)Altersgrenzen im Straf[...]recht" als "eine vordringliche legislative Aufgabe" bezeichnet und darauf hingewiesen, daß "die Sinn- und Zweckhaftigkeit jeder der zwischen den allgemeinen Grenzen der Unmündigkeit und Jugendlichkeit bzw. Volljährigkeit oder auch darüberliegenden Altersgrenzen genau geprüft [gehört]". § 209 StGB selbst verletze sowohl die sexuelle Selbstbestimmung als auch den Gleichheitssatz (Beilage ./2, 436).

Der *Österreichische Bundesjugendring* forderte im Jänner 1994 in einer Resolution "die sofortige Beendigung jeglicher Benachteiligung gleichgeschlechtlich l(i)ebender Frauen und Männer in der österreichischen Rechtsordnung; insbesondere die ersatzlose Streichung der Sonderbestimmungen im Strafgesetzbuch (§§ 209, 220, 221 StGB)." (Beilage ./2, 436; Blg. ./8, im Anhang).

Im März 1994 brachte die *Bundesregierung* im Nationalrat eine Regierungsvorlage zu einem Strafrechtsänderungsgesetz 1994 ein, in der sie vorschlug, die §§ 220 und 221 StGB (Werbe- und Vereinsverbot für Homosexuelle) ersatzlos zu streichen und § 209 StGB in die parlamentarischen Beratungen miteinzubeziehen.

Sie führte darin aus, daß

"der Umstand, daß die Aufhebung (auch) des § 209 StGB [...] nicht vorgeschlagen [werde], [...] jedoch nicht dahingehend zu verstehen [sei], daß die Aufrechterhaltung dieser Regelung auch künftig und ohne weitere Diskussion als erforderlich oder wenigstens als vertretbar angesehen werden [könne]. Schließlich [dürfe] nicht übersehen werden, daß die Beibehaltung eines unterschiedlichen Schutzalters für hetero- und homosexuelle Handlungen durchaus nicht mehr dem europäischen Rechtsstandard entspr[eche]. Schon vor einigen Jahren haben sowohl die Parlamentarische Versammlung des Europarates in der Resolution 924 (1981) bzw. in der Entschließung 756 (1981) als auch das Europäische Parlament in seiner Entschließung zur sexuellen Diskriminierung am Arbeitsplatz vom 13.03.1984 die Mitgliedsstaaten ausdrücklich dazu aufgefordert, für homosexuelle Handlungen dasselbe Schutzalter wie für heterosexuelle vorzusehen. Dieser Aufforderung [seien] in den letzten Jahren mehrere europäische Staaten gefolgt (Schweiz, Frankreich, Belgien, Dänemark, Schweden, CSFR), in anderen [beständen] Gesetzesvorhaben in dieser Richtung (Deutschland). Die Einwände gegen eine Aufhebung oder Änderung des § 209 [seien] bisher vor allem aus Gründen des Jugendschutzes, insbesondere aus der Befürchtung einer zu frühen 'Triebfixierung' Jugendlicher heraus, vorgebracht [worden]. Im Hinblick auf neuere Erkenntnisse der Kinder- und Jugendpsychiatrie sowie der Psychologie und der Sozial- und Sexualwissenschaften stell[e] sich allerdings die Frage, ob bzw. inwieweit diese Einwände aufrecht erhalten werden können bzw. – soweit sie noch [beständen] – genug Gewicht haben, das Gegenargument der Erforderlichkeit der Beseitigung einer unerwünschten Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Beziehungen durch strafrechtliche Sonderregelungen aufzuwiegen" (Beilage ./2, 437; Beilage ./8, Anhang: Regierungsvorlage 1994, Seite 80 f).

Daraufhin brachten im Frühjahr 1995 drei der damals im österreichischen Parlament vertretenen fünf Parteien, nämlich die Sozialdemokraten, die Grünen und die Liberalen, Anträge zur ersatzlosen Streichung des § 209 StGB ein (Beilage ./17 im Anhang; Blg. ./8 im Anhang), die Grünen überdies einen Entschließungsantrag zur Verbesserung der Situation homosexueller Jugendlicher (ebendort).

Der *Justizausschuß des österreichischen Parlaments* führte daraufhin im Oktober 1995 eine *Expertenanhörung* zur Frage der Aufhebung des § 209 StGB durch, in der sich elf der 13 gehörten Sachverständigen aus den Gebieten der Theologie, der Medizin, der Psychotherapie, der Sexualwissenschaft, der Psychologie und der Rechtswissenschaften für die sofortige und ersatzlose Streichung des § 209 StGB aussprachen. Von den beiden anderen Experten brachte einer zu der geplanten Aufhebung des § 209 StGB nichts weiter vor, als daß er der geplanten Gesetzesänderung negativ gegenüberstünde (Beilage ./12, 31f) und die Ausführungen der anderen erscheinen unschlüssig, erklärt sie doch eingangs ihrer Stellungnahme, daß es über die Fakten unter den Experten keine Divergenzen gebe, sondern nur über die Schlußfolgerungen, die man aus diesen Fakten ziehe; und gestand sie ausdrücklich zu, daß Homosexualität schon lange nicht mehr als Geisteskrankheit gewertet wird und daß "die Theorie der Prägung von der Wissenschaft heute eindeutig in Frage gestellt" werde sowie daß unerwünschte Beziehungen für Jugendliche schädlich seien "ganz gleichgültig, ob es sich um heterosexuelle oder um homosexuelle Beziehungen handle" (Beilage ./12, 25f). Trotz dieser eindeutigen Aussagen plädiert sie dann in der Folge für eine Beibehaltung des § 209 und begründet dies (unverständlicherweise und in sich widersprüchlich) damit, daß man homosexuelle Jugendliche "**ebenso** (Hervorhebung d.d. mitbet. Partei) in Frieden ihre Identität finden lassen [soll] wie die heterosexuellen Jugendlichen" (Beilage ./12, 26f).

Im Gefolge dieser Expertenanhörung richteten die *Österreichische Gesellschaft für Sexualforschung (ÖGS)* im Mai 1996 und die *Ständige Konferenz der Kinder- und JugendanwältInnen Österreichs* im November 1996 eindringliche Appelle an die Abgeordneten zum österreichischen Parlament, § 209 StGB gerade im Interesse der Jugendlichen selbst ersatzlos aufzuheben (Beilage ./8 im Anhang).

Sämtliche rechtswissenschaftliche Arbeiten der letzten Jahre an *Österreichs Universitäten* zur Thematik des § 209 StGB haben sich für die ersatzlose Streichung dieses Gesetzes ausgesprochen und dessen Verfassungs- und Konventionswidrigkeit kritisiert (Beilagen ./ 2; ./3; ./13 bis 16a).

Am 25. November 1996 verfaßten 13 Rechtswissenschaftler der Universitäten Wien und Innsbruck (Vertreter des Strafrechts, des Verfassungsrechts, der Rechtsphilosophie, der Rechtsgeschichte und der Rechtssoziologie) eine "*Erklärung österreichischer RechtslehrerInnen*", in der sie die Streichung des § 209 fordern. In dieser Erklärung heißt es: "Unserer Ansicht nach sind die gesamten Sonderstrafbestimmungen zur Homosexualität – vor allem § 209 StGB – im Einklang mit der überwiegenden Zahl der medizinischen und psychologischen Expertenmeinungen und im Lichte der internationalen Rechtsentwicklung überflüssig geworden. Diese nicht mehr zeitgemäße

Diskriminierung der sexuellen Orientierung einer gesellschaftlichen Minderheit durch das Strafrecht sollte beendet werden, da weder ein wissenschaftliches noch ein kriminalpolitisches Interesse am Weiterbestand dieser Straftatbestände besteht" (Beilage ./8 im Anhang).

Am 27. November 1996 stimmte das *österreichische Parlament* (der Nationalrat) schließlich über die oben angeführten Initiativanträge ab. Zusätzlich zu diesen Anträgen brachte die Fraktion der Freiheitlichen Partei Österreichs (FPÖ) einen Antrag auf Senkung der Altersgrenze in § 209 StGB von 18 auf 16 Jahre ein (Beilage ./8 im Anhang).

Die Anträge auf ersatzlose Streichung des § 209 StGB und damit der Angleichung der Altersgrenzen für hetero- und homosexuelle Handlungen waren deshalb nicht erfolgreich, weil sich in der Abstimmung Stimmgleichheit ergab (91:91). Für die Streichung des § 209 stimmten nicht nur die Abgeordneten der Sozialdemokraten, der grünen und der liberalen Fraktionen sondern auch je ein Abgeordneter der Österreichischen Volkspartei (ÖVP) und der FPÖ; bei diesen Abgeordneten handelte es sich um den nunmehrigen Staatssekretär Franz Morak und den früheren österreichischen Justizminister Dr. Harald Ofner. Die Situation in Österreich nach dieser Abstimmung stellte sich daher so dar, daß für die strafrechtliche Verfolgung einverständlicher homosexueller Beziehungen mit 14- und 15-jährigen männlichen Jugendlichen keine parlamentarische Mehrheit mehr bestand (91:91) und die Strafverfolgung einverständlicher männlich-homosexueller Beziehungen mit 16- und 17-jährigen jungen Männern von mehr als zwei Drittel der Volksvertreter abgelehnt wird (Auch die FPÖ beantragte die Senkung auf 16 Jahre, fand dafür aber nicht die Zustimmung der Sozialdemokraten, der Grünen und der Liberalen, die eine einheitliche Altersgrenze für hetero- und homosexuelle Beziehungen wollten; die Abgeordneten dieser vier Parteien machten zusammen 130 der damals anwesenden 182 (von 183) Abgeordneten aus.) (Beilage ./7: IA-Ausgabe 7/96; Beilage ./17).

Ironischerweise hat der Nationalrat nur 6 Tage nach dieser Abstimmung über § 209, am 03.12.1996, „die Bundesregierung ... aufgefordert, im Zuge der Regierungskonferenz (der EU, Anm.) ... mit Nachdruck dafür einzutreten, daß ein Verbot der Diskriminierung insbesondere auf Grund ... der sexuellen Orientierung ... in die Verträge aufgenommen wird“ (XX. GP 03.12.1996).

Der *österreichische Justizminister*, Dr. Nikolaus Michalek, hat sich danach neuerlich (vgl. Beilage ./12, ./17) wiederholt für die Aufhebung des § 209 StGB ausgesprochen (Beilagen ./19, ./20, ./20a) und die von ihm im Dezember 1996 eingesetzte (und bis heute tagende) Expertenarbeitsgruppe zur Gesamtrevision des österreichischen Sexualstrafrechts beschäftigt sich auch mit dieser Frage (Beilage ./20, ./20a).

Im Sommer 1997 haben die *VI. Berliner Internationale Konferenz für Sexualwissenschaft* als auch die *World Association for Sexology (WAS)* Österreich dringend aufgefordert § 209 StGB endlich aufzuheben (./20e - ./20f; auch in Blg. ./8 im Anhang).

Das *Europäische Parlament* hat in seiner "Entschließung zur Achtung der Menschenrechte in der Europäischen Union (1995)" vom 08.04.1997 "Österreich dringend [ersucht], seine gegen Homosexuelle gerichteten Gesetze aufzuheben, und zwar insbesondere die Bestimmungen, die das legale Mindestalter für homosexuelle Beziehungen auf 18 Jahre festlegen, während es für heterosexuelle und lesbische Beziehungen 14 Jahre beträgt" (Beilage ./18, Pkt. 40). Im Februar 1998 wiederholte das Europäische Parlament diese Aufforderung in seiner "Entschließung zur Achtung der Menschenrechte in der Europäischen Union (1996)" (./18a, Pkt. 69).

Im Juli 1998 haben der *Präsident des Europäischen Parlaments*, Sr. José Maria Gil-Robles Gil-Delgado, und die *Vizepräsidenten* Antoni Gutiérrez-Díaz, Magdalene Hoff und Renzo Imbeni Grußbotschaften an die Teilnehmer der Wiener Regenbogenparade 98 gesandt, in denen sie bedauerten, nicht persönlich an dieser Parade teilnehmen zu können. In diesen Grußbotschaften betonten die Präsidenten leidenschaftlich das Recht aller, frei von Diskriminierung und Verfolgung ihre Sexualität leben zu können. Sie unterstrichen dabei nachdrücklich, daß die Achtung der Menschenrechte ein fundamentales Prinzip sei, das keinerlei Ausnahmen für die Mitgliedsstaaten der Europäischen Union zulasse, sowie die Erwartung "der EU-Partner", "daß Österreich während seiner eben begonnenen sechsmonatigen EU-Präsidentschaft die nötigen Schritte" zur Abschaffung seiner anti-homosexuellen Gesetzgebung setzt. Unterstützung kam auch von der *UN-Hochkommissarin für Menschenrechte*, der vormaligen irischen Staatspräsidentin Mary Robinson, die bei ihrem Wienbesuch gegenüber Vertretern der österreichischen Homosexuellenbewegung erklärt hatte, daß sie sich als "Schutzherrin von Minderheiten" verstehe und "immer wieder internationale Standards einmahnen" werde. Die Wiener Regenbogen Parade, so Robinson in ihrer Grußbotschaft, „ist ein Symbol dafür, daß wir als Individuen in einer Gesellschaft zusammenleben müssen, die von Respekt für Vielfalt und für das Recht 'anders' zu sein getragen ist“ (siehe Blg. ./20b).

Am 17. Juli 1998 hat das *österreichische Parlament* (Nationalrat) jedoch neuerlich einen Initiativantrag zur Streichung des § 209 StGB abgelehnt. Diesmal haben die Abgeordneten der Sozialdemokratischen Partei (SPÖ) wegen der Regierungskoalition mit der konservativen Österreichischen Volkspartei (ÖVP) während der Abstimmung den Saal verlassen. Davor verurteilten sie jedoch leidenschaftlich die in § 209 StGB verankerte Verletzung der Menschenrechte (Blg. ./20c).

In der parlamentarischen Debatte hat die Justizsprecherin der ÖVP und Vorsitzende des parlamentarischen Justizausschusses, Dr. Maria Fekter, die ablehnende Haltung ihrer Partei mit der Notwendigkeit betont, homo- und bisexuellen Jugendlichen „ein schlechtes Gewissen wegen ihrer sexuellen Orientierung (zu) machen“ (Blg. ./20c, 8).

Ironischerweise änderte das österreichische Parlament jedoch in derselben Sitzung (einstimmig!) den § 72 StGB, sodaß nun im formellen und materiellen Strafrecht auch gleichgeschlechtliche Lebensgefährten als „Angehörige“ gelten und damit verschiedengeschlechtlichen nicht-ehelichen Lebensgefährten im gesamten Straf- und

Strafprozessrecht vollkommen gleichgestellt sind (wodurch ihnen etwa ein Zeugnisen-schlagungs- und –verweigerungsrecht im Strafprozeß zukommt und die Begünstigung des Partners etc. nicht mehr strafbar ist) (siehe hiezu ausführlich Blg. ./20d, Bericht des Justizausschusses, „Zu Art. I Z. 1b“; ./28, 45f).

Das *Europäische Parlament* reagierte auf diese neuerliche Weigerung des österreichischen Parlaments mit der *Dringlichkeitsresolution „Über gleiche Rechte für Schwule und Lesben in der EG“* vom 17.09.1998. In dieser heißt es ausdrücklich:

„regretting the refusal of the Austrian Parliament to vote for the repeal of Art. 209, the higher age of consent provision for gay men, on 17 July 1998, thus knowingly ignoring both the decision in the Sutherland case and the urgent demands towards Austria expressed by the European Parliament in its abovementioned resolutions of 8 April 1997 and 17 February 1998”

(Blg. ./18a, Pt. G.)

“calls on the Austrian Government to immediately repeal Article 209 of the Penal Code and to immediately provide for an amnesty for, and the release from prison of, all persons jailed under this law”

(Blg. ./18a, Pt. 1)

Im November 1998 hat dann sogar der *Menschenrechtsausschuß der Vereinten Nationen*, in seinen "concluding observations" zu Österreichs Bericht gem. Art. 40 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte, verlangt, das diskriminierende Mindestalter zu beseitigen:

“The Committee considers that existing legislation on the minimum age of consent for sexual relations in respect of male homosexuals is discriminatory on grounds of sex and sexual orientation. It requests that the law be revised to remove such discriminatory provisions.” (Blg. ./18e, Pkt. 13; auch in Blg. ./8 im Anhang)

In der bezüglichen Anhörung vor dem Menschenrechtsausschuß haben die Vertreter der österreichischen Regierung nicht einmal den Versuch unternommen, § 209 StGB und die darin festgeschriebene Ungleichbehandlung homosexueller Männer zu rechtfertigen. Sie gestanden im Gegenteil die diskriminierende Problematik des § 209 ein und verwiesen lediglich auf fehlende parlamentarische Mehrheiten für die Aufhebung (Blg. 18e, Protokoll Seiten 6f).

Das *Europäische Parlament* bekräftigte sowohl im Dezember 1998 als auch im März 2000 und nun wieder im Juni 2001 ausdrücklich seine Forderung nach Aufhebung des § 209 StGB und nach sofortiger Freilassung aller danach inhaftierten Personen (Blg. ./18c, Pkt. 53, ./18d, Pkt. 60, ./18l, Pkt. 80).

Auch in Österreich hielten die Bestrebungen zur Streichung des § 209 StGB an. In den Jahren 1999 und 2000 verabschiedeten die *Stadtparlamente von Linz, Wien und Salzburg* „Deklarationen für Gerechtigkeit und Gleichberechtigung“, in denen sie Diskriminierung auf Grund sexueller Orientierung nachdrücklich verurteilten und den Nationalrat und den Bundesrat der Republik Österreich aufforderten, „rasch die gesetzlichen Voraussetzungen zu schaffen, dass Bürgerinnen und Bürger auf Grund ihrer geschlechtlichen Orientierung in keinerlei Hinsicht mehr diskriminiert werden“ (Blg. ./28 im Anhang). Im März 2001 hat das Parlament (der Landtag) des *Bundeslandes Steiermark* die Bundesregierung sogar aufgefordert, gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften mit verschiedengeschlechtlichen gleichzustellen (Blg. ./28 im Anhang). Dasselbe tat der Gemeinderat von Wien am 27. Juni 2001 und forderte darüber hinaus auch die Schaffung einer eingetragenen Partnerschaft und einmal mehr die Aufhebung des § 209 StGB (Blg. ./28a, ./39).

Im Bundesland Oberösterreich wurde mit der Oö. Landes-Verfassungsgesetz-Novelle 2001 der *oö Landesverfassung* ein Bekenntnis „zum Verbot jeglicher Diskriminierung im Sinn der Europäischen Menschenrechtskonvention“ einverleibt (Art. 9 Abs. 4), welches Bekenntnis sich insb. auch auf das Verbot von Diskriminierung auf Grund „sexueller Orientierung“ bezieht:

„Art. 9 Abs. 4 enthält ein deklaratives Bekenntnis zum bundesverfassungsgesetzlich gewährleisteten Gleichheitsgrundsatz sowie ein allgemeines Diskriminierungsverbot. Damit ist ein Ziel des Landes und ein Auftrag an die Gesetzgebung und die Vollziehung des Landes verbunden, alle Formen der Benachteiligung von Menschen zu unterlassen und alle Formen der Diskriminierung zu vermeiden. Die Organe des Landes haben bei der Erfüllung ihrer Aufgaben daher alles zu unterlassen, was eine Diskriminierung insbesondere auf Grund des Geschlechtes, des Alters, einer Behinderung oder der sexuellen Orientierung darstellt.“ (Blg. ./18f)

Das *Oberlandesgericht Graz* hat im November 2000 einen, durch die Gleichstellung der Lebensgemeinschaften in § 72 StGB und die Streichung der §§ 210, 220 und 221 StGB auch vom Gesetzgeber zum Ausdruck gebrachten, grundlegenden Einstellungswandel der Gesellschaft gegenüber der Homosexualität konstatiert und daraus unter Hinweis auf Art. 14 EMRK geschlossen, dass die strafrechtliche Sonderbehandlung gleichgeschlechtlicher Pornographie nicht mehr aufrechterhalten werden könne:

„Betrachtet man die legistische Entwicklung, so muss nicht nur von einer revidierten Einstellung des Gesetzgebers gegenüber der Gleichgeschlechtlichkeit ausgegangen werden, sondern auch davon, dass sich die Einstellung der primär heterosexuell orientierten Gesellschaft gegenüber der Homosexualität wandelte, kann man doch dem demokratischen Gesetzgeber nicht unterstellen, gesellschaftlich kontraindiziert vorgegangen zu sein. Diesem Befund, nämlich einer doch wesentlich geänderten gesellschaftlichen Haltung gegenüber der Homosexualität, entspricht die im Alltag insbesondere auch medial zu beobachtende Toleranz bishin zur Akzeptanz in vielen Bereichen. Im Lichte der gesellschaftlichen und rechtlich geänderten Verhältnisse ist das für die Annahme einer absoluten Unzüchtigkeit im Sinne des § 1 PornG allein verbleibende Kriterium der Gleichgeschlechtlichkeit nicht mehr ausreichend. Diese Auslegung entspricht auch dem Diskriminierungsverbot des Art 14 EMRK, der eine unterschiedliche Behandlung des Heterosexuellen gegenüber dem Homosexuellen dann als diskriminierend ansieht, wenn sie keine objektive und sachliche Rechtfertigung aufweist, also kein legitimes Ziel verfolgt, oder wenn zwischen den eingesetzten Mitteln und dem angestrebten Ziel kein angemessenes Verhältnis besteht (vgl Urteile des EGMR vom 21.12.1999 NLOO//8 im Verfahren Da Silva Mouta gegen Portugal sowie vom 1.7.1997, NL97/6/3 im Verfahren Sutherland gegen Großbritannien).“ (Blg. ./18g, Seite 15f)

Im Februar 2001 hat das Internationale Sekretariat von *Amnesty International* zum ersten Mal seit Jahrzehnten einen Häftling in Österreich als Gewissensgefangenen adoptiert und dessen sofortige Freilassung verlangt. Es handelte sich dabei um einen Mann, der auf Grund des § 209 StGB in Untersuchungshaft genommen worden war (Blg. ./18j; ./18k). In seinem Ende Mai 2001 präsentierten Jahresbericht für 2000 hat amnesty international erstmals § 209 öStGB erwähnt und seiner Sorge Ausdruck verliehen, daß Männer auf Grund des anti-homosexuellen Sonderstrafgesetzes inhaftiert werden (Blg. ./40). Dr. Heinz Patzelt, Generalsekretär von ai-Österreich, verurteilte § 209 als verabscheuungswürdigste, böseste, archaische Legaldiskriminierung und forderte die sofortige Freilassung aller danach inhaftierten (Gewissens)Gefangenen (Blg. ./41).

Die Fraktionen der Sozialdemokraten und der Grünen haben im Oktober 1999 bzw. Jänner 2000 neuerlich parlamentarische Anträge auf Aufhebung des § 209 StGB eingebracht (Anträge 10/A und 69/A XXI.GP in Blg. ./8, im Anhang). Zu deren Behandlung hat der Justizausschuß des

Nationalrates einen eigenen Unterausschuß eingesetzt, der sich am 18. September 2000 zwar konstituiert, seither jedoch kein einziges Mal getagt hat (Blg. ./18m; www.parlament.gv.at).

Auch der nunmehrige *österreichische Justizminister, Dr. Dieter Böhm*, hat im wiederholt erklärt, für eine Streichung des § 209 StGB offen zu sein; er warte lediglich auf Signale der derzeitigen Regierungsparteien, dass dafür eine parlamentarische Mehrheit gegeben sei (Blg. ./18i, ./18o). Bereits im Dezember 2000 hat er in Beantwortung einer parlamentarischen Anfrage aus Anlaß der Anhaltung eines Mannes in einer Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher ausgeführt, dass im Rahmen der parlamentarischen Beratungen insbesondere der Bericht der Kommission im Fall Sutherland (EKMR: Sutherland v UK 1997, 01.07.1997) „zu beobachten sein“ wird (Blg. ./18n; in welchem Bericht die Europäische Kommission für Menschenrechte Sonderaltersgrenzen für homosexuelle Handlungen für konventionswidrig erklärt hat (par. 66; Blg. ./1; ausführlich unten F. & G.).

Auch prominente Vertreter der Freiheitlichen Partei Österreichs (FPÖ) befürworten mittlerweile die ersatzlose Streichung, darunter der freiheitliche Justizsprecher und frühere Justizminister Dr. Harald Ofner, der FP-Abgeordnete und Mitglied des parlamentarischen Justizausschusses Mag. Eduard Mainoni, der Obmann des Parlamentsklubs der FPÖ Ing. Peter Westenthaler sowie die Parteiobfrau und Vizekanzlerin der Republik Dr. Susanne Riess-Passer, die überdies ihre Ablehnung von Diskriminierung auf Grund sexueller Orientierung durch ihren 1997 getätigten Beitritt zum Kuratorium der homosexuellen Bürgerrechtsorganisation *Rechtskomitee LAMBDA (RKL)* bekundet hat (vgl. Blg. ./18p ./18q, ./18r).

Das Referat Jugendwohlfahrt der Steiermärkischen Landesregierung hat in einem Bescheid vom 10. Oktober 2001 (GZ 9-41-1031/2001-15, S 3f) hinsichtlich einer angeblichen Jugendgefährdung durch positive und freizügige Darstellung gleichgeschlechtlicher Sexualität festgehalten:

„An Hand der Aktenunterlagen und nach Durchführung eines ergänzenden Ermittlungsverfahrens durch Beiziehung von Herrn Dr. Volker Danzinger, Facharzt für Kinder- und Jugendneuropsychiatrie, Facharzt für Kinderheilkunde und Direktor der Heilpädagogischen Station des Landes Steiermark als weiteren Sachverständigen wird die Berufungsentscheidung begründet wie folgt: . . . Es war daher von der Berufsbehörde zu prüfen, ob die Falter grundsätzlich nur für Erwachsene geeignet sind oder ob eine Eignung auch für die Altersgruppe unter 18 Jahren gegeben sein kann. Somit war zu prüfen, ab welchem Alter die Richtung der sexuellen Orientierung abgeschlossen ist und ob durch die Form der Darstellung die Gefahr einer Fehlentwicklung gegeben sein kann. Der im Rahmen des Berufungsverfahrens beigezogene

Sachverständige vertrat in seinem Gutachten die Ansicht, dass bei normaler Entwicklungsgeschwindigkeit die Richtung der sexuellen Orientierung bis zum abgeschlossenen 14. Lebensjahr gegeben sei und danach nicht mehr so sehr die Gefahr einer homosexuellen Entwicklung bestünde. Ein Jugendlicher könne also keinesfalls mehr zur Homosexualität verführt werden, vielmehr gehe es darum, dass er seine eigene Neigung verkräfe und in eine gedeihliche Entwicklung integrieren könne. . . . Zur Würdigung der Gutachten ist abschließend festzustellen, dass die Gutachtensergebnisse in den Verfahren erster und zweiter Instanz im Wesentlichen übereinstimmen, jedoch wurde der Aspekt der altersmäßigen Differenzierung in der erstinstanzlichen Begutachtung nicht erwogen und erst im Rahmen des Berufungsverfahrens gutachterlich ausgeführt.“ (Blg. /19e)

Am 29.12.2000 hat das österreichische Parlament das *Ehemündigkeitsalter* für Frauen und Männer einheitlich bei 18 Jahren festgelegt und bestimmt, dass auch 16 und 17jährige eine Ehe eingehen können, wenn dies das Gericht genehmigt, wobei Voraussetzung für eine solche Genehmigung die Volljährigkeit ihres Partners ist (BGBl I 135/2001 Art. II Z. 1). Damit werden im heterosexuellen Bereich genau jene Beziehungskonstellationen (Partner unter 18 mit volljährigem Partner) präferiert und gefördert sowie hinsichtlich der Eheschließungsmöglichkeit 16 und 17jähriger Jugendlicher sogar als die einzig möglichen vorgeschrieben, die im männlich-homosexuellen Bereich als Sexualverbrechen verfolgt werden ...

Am 03. Juli 2001 hat der Landtag des Bundeslandes Steiermark das *Wahlalter* auf regionaler Ebene von 18 auf 16 Jahre gesenkt (Blg. /42). Das Bundesland Kärnten hat diesen Schritt bereits 2000 gesetzt (Blg. /42). Damit können 16 und 17jährige (männliche) Jugendliche in diesen beiden bevölkerungsreichen Bundesländern der Republik Österreich bereits wählen, nicht aber ihre Intim- und Liebespartner frei wählen. § 209 erscheint immer anachronistischer und absurder.

Die 134. Vollversammlung der *Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien* forderte am 08.11.2001 die sofortige ersatzlose Streichung des § 209 (Blg. /19c) und am 21.08.2001 tat dies die *Evangelische Kirche in Österreich* in einem Schreiben an das österreichische Justizministerium und führte dabei aus:

„Der Evangelische Oberkirchenrat darf in Erinnerung rufen, daß seitens der Evangelischen Kirche im Jahr 1968 im Rahmen der Stellungnahme zum damals vorliegenden Strafgesetzentwurf bereits auf diese Problematik hingewiesen worden ist. Der Evangelische Oberkirchenrat A. u. H.B. hatte sich damals der

Äußerung des unter Vorsitz von Mag. Gerhard Onder arbeitenden evangelischen Juristenkreises der Evangelischen Akademie Wien vom 21.1.1968 angeschlossen und sie zu seiner Stellungnahme im Rahmen des Begutachtungsverfahrens gemacht (Zl. 1299/68 vom 19.02.1968). In dieser Stellungnahme zu Abschnitt 9 – strafbare Handlungen gegen die Sittlichkeit (§ 228 und 240) wurden ausdrücklich die Bedenken wiederholt, die schon zum Entwurf 1964 vorgebracht worden waren, daß nämlich der nun in § 209 StGB normierte Sondertatbestand nicht wissenschaftlich begründet werden kann, und zwar weder psychologisch, noch sozial-psychiatrisch, noch allgemein-medizinisch, schon gar nicht theologisch.

Diese seit langem vorgebrachten Bedenken und die nun aktuelle und intensive Diskussion über den Sondertatbestand des § 209 StGB veranlassen den Evangelischen Oberkirchenrat dringendst darum zu ersuchen, diese Problematik in die Beratungen über das Strafrechtsänderungsgesetz 2001 einzubeziehen. Der Evangelische Oberkirchenrat spricht sich dabei für die ersatzlose Aufhebung des § 209 StGB aus, verweist auf die 1996 von der Generalsynode beschlossene Resolution gleichen Inhalts. Dem durchaus berechtigten Bedürfnis nach dem Schutz Unmündiger und Jugendlicher wird durch die Regelungen der §§ 203, 204, 206, 207 und 208 StGB jedenfalls und hinlänglich Rechnung getragen.“ (Blg. ./19d)

Die Evangelische Kirche hat diese ihre Forderung am 30.10.2001 auch im Zuge des Reformationsempfangs anlässlich des Reformationstages nachdrücklich eingemahnt (Blg. ./19d).

Mittlerweile spricht sich auch eine deutliche Mehrheit der österreichischen Bevölkerung für die ersatzlose Streichung des § 209 öStGB aus (Antrag des OLG Innsbruck ON 1, S. 21f). Eine große Mehrheit befürwortet sogar außerhalb des Strafrechts die Gleichbehandlung. 75% befürworten eine rechtliche Anerkennung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften, 70% die Gewährung derselben Rechte und Pflichten wie sie Ehepartnern zukommen und 60% sogar die standesamtliche Eheschließung (ebendort).

Dementsprechend sinkt auch das Strafbedürfnis hinsichtlich § 209 öStGB, sodaß die Zahl der Verurteilungen im Jahre 2000 auf den historischen Tiefststand von 10 gesunken ist (Blg. ./8). In krassem Gegensatz dazu nimmt allerdings die Härte der ausgesprochenen Strafen zu (vgl. oben).

Diese ungebrochen harte Vollziehung steht aber nicht nur im Gegensatz zu den heutigen allgemeingesellschaftlichen Anschauungen sondern auch zur mittlerweile herrschenden Meinung der juristischen Fachwelt. Auf die Erklärung österreichischer Rechtslehrer aus 1996 wurde bereits oben hingewiesen. Auch in der *Kommentarliteratur* wird heute überwiegend an § 209 StGB Kritik geübt und dessen Aufhebung eingemahnt. So nicht nur *Bertel-Schwaighofer* (BT II⁴, § 209) und *Hinterhofer* (BT II § 209) sondern vor allem auch im renommiertesten aller österreichischen Strafrechtskommentare, dem „Wiener Kommentar“, wo es heißt:

„Eines der bedeutendsten Schutzgüter des Sexualstrafrechts ist unzweifelhaft die ungestörte sexuelle Entwicklung von Kindern und Heranwachsenden. **Wann** diese Entwicklung abgeschlossen ist, darüber gehen die Expertenmeinungen auseinander. Es war daher eine richtige Entscheidung des Gesetzgebers, die primäre Schutzaltersgrenze für den absoluten Schutz gegen geschlechtliche Handlungen jedweder Art und ohne Beachtung des Einverständnisses des Schutzobjektes **mit der Vollendung des 14. Lebensjahres** anzusetzen; dem vermuteten Zeitpunkt des Beginns der Selbstbestimmungsfähigkeit und Strafmündigkeit der Jugendlichen. Daß dieser Zeitpunkt nicht unbedingt mit dem Abschluss der Geschlechtsreife übereinstimmt, wissen wir, aber wir wissen auch, daß die körperliche Geschlechtsreife nicht unbedingt mit der psychischen einhergeht.

Nicht einzusehen und kaum rational begründbar ist jedoch die Tatsache, daß der ö. Gesetzgeber weitere **höhere Schutzaltersgrenzen** beibehalten hat ... Vollends unverständlich ist die erhöhte Schutzaltersgrenze bei gleichgeschlechtlicher männlicher Unzucht; es sei denn, man bewertet die gleichgeschlechtliche Betätigung unter Männern nach wie vor als ‚Unzucht wider die Natur‘ (übrigens: der ursprüngliche § 129 I lit. b StG umfasste auch die lesbische Liebe oder Tribadie, die heute nicht mehr als sozialschädlich angesehen wird).

Eine **Angleichung aller Schutzaltersgrenzen** an die 14-Jahre-Grenze (mit Ausnahme der 18-Jahre-Grenze in § 212 Abs. 1 1. Fall: das Autoritätsverhältnis von Vätern, Stief- und Adoptivvätern, Vormündern wirkt über das 14. Lebensjahr hinaus; vor allem wenn die Minderjährigen noch im gemeinsamen Haushalt leben) ist dem Gesetzgeber dringend anzuraten. So wie die Parlamentarische Versammlung des Europarates (Resolution 924/1981 und Entschließung

756/1981) und das Europäische Parlament (Entschließung zur sexuellen Diskriminierung am Arbeitsplatz vom 13.03.1984 ABI C 104/46 und Entschließung zur Gleichberechtigung von Schwulen und Lesben vom 08.02.1994 ABI C 61/40) es im Hinblick auf den Schutz Jugendlicher vor homosexuellen Handlungen bereits empfohlen haben ...

Noch bei §§ 206f haben wir gehört, daß mit Vollendung des **14. Lebensjahres** die Vermutung der **sexuellen Selbstbestimmungsfähigkeit** eintritt; dh.: den Jugendlichen werden natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit bezüglich sexueller Sachverhalte attestiert. Nicht soll das für männlich-homosexuelle Sachverhalte gelten? Warum?

Weil die männliche Homosexualität weiterhin als ‚widernatürlich‘ und ‚unmoralisch‘ **bewertet** wird. Denn ein überwiegender Teil der Bevölkerung ist heterosexuell veranlagt, lautet die wohl zu einfache Begründung.

Schmoller (JRP 2001, 77f) rechtfertigt das erhöhte Schutzalter in § 209 folgendermaßen: Geht man vom **Regelfall heterosexueller Prägung** aus, so bedeutet eine homosexuelle Involvierung durch einen Erwachsenen eine ‚erhebliche Irritation und Störung‘ für den Jugendlichen. Umgekehrt besteht weniger Gefahr: ein homosexuell geprägter Jugendlicher wird von einem Erwachsenen heterosexuell involviert: denn der homosexuell veranlagte Jugendliche wachse ja sowieso in einer heterosexuellen Welt auf.

Die besondere Gefahr muss also in der männlichen Homosexualität liegen. Wenn die homosexuelle Betätigung unter Erwachsenen nicht mehr strafbar ist, wohl weil ihr das nötige Maß an sozialer Gefährlichkeit mangelt, was bleibt dann für die Begründung der Strafwürdigkeit und des Strafbedürfnisses des § 209 übrig? Es ist und bleibt die Widernatürlichkeit und damit der Unmoral der homosexuellen Betätigung. *Schmoller* (*Kienapfel/Schmoller* BT III § 209 Rz 7) irrt, wenn er schreibt: ‚**Selbstverständlich** lässt sich aus dem erhöhten Schutz männlicher Jugendlicher vor homosexuellen Handlungen mit Erwachsenen **keineswegs** ein Unwerturteil über homosexuelle Handlungen unter Erwachsenen ableiten ...‘. Was hat denn den Gesetzgeber bewogen, den erhöhten Schutz männlicher Jugendlicher aufrechtzuerhalten und sogar als Verbrechen zu typisieren? Es war das überkommene negative Werturteil über die männliche Homosexualität, das die

Schutzbedürftigkeit einer Altersklasse und eines bestimmten Geschlechts herstellte.

Ist eine homosexuelle Betätigung mit einem 14- bis 18jährigen männlichen Jugendlichen wirklich gleich sozialschädlich wie sexuelle Handlungen an Unmündigen, wenn nicht diese Art von Geschlechtsbetätigung besonders diskriminiert wäre. Ist eine **Pönalisierung** dieses Verhaltens wirklich nach strengsten Kriterien der Sozialschädlichkeit ‚unbedingt geboten und unerlässlich‘, wie der VfGH (ZfVB 1990/1992 = EuGRZ 1992, 505 mit krit Anm von Wiederin) rechtfertigend meint? ...

Neben der Judikatur gibt es in der Literatur nur mehr wenige Stimmen, die für eine Beibehaltung des § 209 eintreten: Die Kommentarliteratur enthält sich der Stimme (F/F, L/St, Mayerhofer). Aber selbst Befürworter des § 209 fordern tiefgreifende Einschränkungen der Strafbarkeit (*Kienapfel/Schmoller* BT III § 209 Rz 10, *Schmoller*, JRP 2001, 78)“ (*Schick*, WK Vorbem zu §§ 201ff Rz 9ff, § 209 Rz 2ff)

Und weiter:

„Die starren Altersgrenzen führen zu paradoxen Phasen der Strafbarkeit und Nichtstrafbarkeit in einer kontinuierlichen homosexuellen Männerbeziehung: A ist 18 und B 16 Jahre alt; sie bilden ein homosexuelles Paar, dessen geschlechtliche Betätigung **straflos** bleibt, bis A das 19. Lebensjahr vollendet. Dann wird das Verhältnis **strafbar**, und zwar genau 1 Jahr lang, bis nämlich B das 18. Lebensjahr vollendet. Danach ist A wieder **straflos**“ (*Schick*, aaO, § 209 Rz 7).

Aus all diesen Gründen hat das OLG Innsbruck am 8. Mai 2001 dg. die Aufhebung des § 209 StGB seinem ganzen Inhalte nach u.a. wegen Verletzung der Art. 8 sowie Art. 8 iVm 14 EMRK beantragt (G 190/01), welchen Antrag der österreichische Justizminister begrüßt hat (Blg. ./180). Diesen Antrag hat der Verfassungsgerichtshof mit Beschluß vom 29.11.2001 aus rein prozessualen Gründen zurückgewiesen, zugleich jedoch ausdrücklich ausgeführt:

„Um Missverständnisse zu vermeiden, fügt der Verfassungsgerichtshof dem bei, daß im Hinblick auf die Bindung an die den Verfassungsgerichtshof herangetragenen Bedenken zum einen und die Rechtskraftwirkung des Erkenntnisses VfSlg. 12.182/1989 zum anderen weder dem genannten Erkenntnis noch dem vorliegenden Beschluß das

Verständnis beigelegt werden darf, die angegriffene Gesetzesbestimmung des § 209 StGB sei unter jedem Gesichtspunkt geprüft und als verfassungskonform beurteilt worden.“ (BS 13)

Dementsprechend hat das Oberlandesgericht Innsbruck das vor ihm anhängige Berufungsverfahren ein zweites Mal unterbrochen und den nunmehr ggst. Antrag gestellt.

§ 209 StGB steht nach wie vor in Geltung.

2. Die allgemeine Mindestaltersgrenze von 14 Jahren (§§ 206, 207 StGB)

Die allgemeine – und für heterosexuelle und lesbische Beziehungen einzige – Mindestaltersgrenze für sexuelle Beziehungen (außerhalb von Autoritätsverhältnissen) von 14 Jahren entspricht der Empfehlung der Strafrechtskommission, die insoweit an der seit dem 19. Jahrhundert bestehenden Regelung festgehalten hat. Das Leitmotiv dieser Altersgrenze sah sie im Schutz der noch nicht geschlechtsreifen Personen.

Die allgemeine Mindestaltersgrenze von 14 Jahren, die mit dem StG 1803 erstmals eingeführt worden ist (zuvor galt als Kriterium die individuelle körperliche Reife), hat sich bestens bewährt. Sie ist in Österreich nie ernsthaft in Frage gestellt worden. Die Ministerialentwürfe aus den Jahren 1964 und 1966 sowie die Regierungsvorlage aus dem Jahre 1971 haben eine Erhöhung des Mindestalters auf 15 oder 16 Jahre sogar ausdrücklich abgelehnt.

Zuletzt hat die *Bundesregierung* 1992 in ihrem unter Beiziehung von Experten erarbeiteten *Bericht über Maßnahmen zur Bekämpfung der Kinderpornographie* festgestellt, daß „[d]ie geltenden Strafbestimmungen des StGB zur Hintanhaltung von sexuellem Mißbrauch von Kindern und Jugendlichen [...] nach einhelliger Expertenmeinung ausreichend [sind], sodaß in diesem Bereich kein Regelungsbedarf besteht“. Notwendig wäre es hingegen, "den Schutz der von einer Straftat betroffenen Kinder wesentlich zu verbessern", insbesondere durch Einschränkung der behördlichen Anzeigepflichten, durch Ausweitung von Zeugnisentschlagungs- und Verweigerungsrechten sowie einer "schonenderen (mittelbaren) Durchführung von Vernehmungen" im Strafprozeß sowie durch "öffentliche Information, eine offene und sachliche Sexualaufklärung von Kindern und Jugendlichen, Stärkung ihres Selbstbewußtseins und Bewußtmachung ihres Selbstbestimmungsrechts" wie auch der Einrichtungen und Förderung von Kinderschutzzentren und anderen Notunterbringungs- und Zufluchtsstätten. Diese Notunterkünfte müßten "unter Kindern und Jugendlichen hinreichend bekanntgemacht werden".

Der Regierungsvorlage eines Strafgesetzbuches aus dem Jahre 1968, die für Vaginalverkehr (nicht jedoch für andere sexuelle Kontakte) das Mindestalter auf 15 Jahre anheben wollte, war insofern kein Erfolg beschieden. Sie hatte auf die weitere Rechtsentwicklung in diesem Bereich bis heute keinerlei Einfluß.

(Vergleiche zu alldem eingehend und mit Nachweisen Beilage ./2, 182 f).

Im Mai 1996 verabschiedete die *Österreichische Gesellschaft für Sexualforschung (ÖGS)* eine Resolution gegen eine allfällige Anhebung der Altersgrenze auf über dem 14. Lebensjahr und betonte dabei das Wohl der Jugendlichen, insb. deren Recht auf sexuelle Selbstbestimmung und auf psychische und physische Gesundheit (Blg. ./8, Anhang).

Im Juli 1998 verabschiedete das *österreichische Parlament* das Strafrechtsänderungsgesetz 1998, mit dem die §§ 206 und 207 StGB durch Verdoppelung des Strafrahmens für anale und orale Penetrationen und deutliche Verlängerung der Verjährungsfristen verschärft wurden. Die Altersgrenze von 14 Jahren stand dabei nie in Diskussion oder in Frage. Ganz im Gegenteil wurden die Bestimmungen über Straffreiheit bei einem bestimmten Altersunterschied zwischen der unter 14jährigen Person und ihrem Partner sogar noch ausgedehnt (Blg. ./20d; ./20c). Der *österreichische Justizminister* erklärte, daß in Österreich wohl niemand daran denkt, das allgemeine Mindestalter über 14 Jahre anzuheben; niemand widersprach (Blg. ./20a).

Die Mindestaltersgrenze von 14 Jahren steht im Einklang mit dem *Mündigkeitsalter von eben 14 Jahren* (§ 21 ABGB, § 74 StGB), an dessen Erreichen die österreichische Rechtsordnung den Beginn zahlreicher wesentlicher Rechte und Pflichten knüpft (Blg. ./8, „Rechte und Pflichten von Jugendlichen in Österreich“ im Anhang; Blg. ./2, Seite 309ff).

In ihrer Regierungsvorlage zum Kindschaftsrechtsänderungsgesetz 2001 hat die *österreichische Bundesregierung* ausgeführt wie folgt:

„Wirtschaftliche Veränderungen, neue Medien, Änderungen in der Arbeitswelt, im Bildungssystem und in den sozialen, insbesondere familiären Strukturen stellen nicht nur neue Herausforderungen für die heranwachsenden Menschen dar, sondern führen auch zu einem höheren Selbstbewusstsein der Jugend. Der Prozeß des Suchens und Strebens nach der eigenen Identität und nach Identifikationen im Umfeld, aber auch nach Eigenständigkeit und Selbstverantwortung setzt in jüngeren Jahren ein. Von entsprechenden gesamtgesellschaftlichen Tendenzen verstärkt ist die Bereitschaft, sich kalkulierbaren Gefahren und

Herausforderungen zu stellen, deutlich größer geworden. Generell treten Heranwachsende derzeit früher in den Status des Jugendlichen ein. In der Kinder- und Jugendpsychiatrie wird diese Entwicklung als ‚**verbreitertes**‘ **Jugendalter** beschrieben. Bei einer großen Mehrheit der Jugendlichen ist dieser Prozeß auch davon begleitet, dass sie sich früher als bisher mit grundlegenden Fragen und Problemen unserer Gesellschaft selbständig und durchaus kritisch auseinandersetzen. Damit ist tendenziell auch eine **frühere Reifung** der Gesamtpersönlichkeit verbunden. In der öffentlichen Diskussion immer wieder für verschiedenste Bereiche (zB für das kommunale Wahlrecht) erhobene **Forderungen nach** erweiterten Möglichkeiten altersadäquater **Mitbestimmung** für Jugendliche spiegeln diese Entwicklung wieder ... In der Gesellschaft hat sich die Überzeugung verfestigt, dass die Rechtsordnung dem Menschen die verfassungsrechtlich garantierte **Selbstbestimmung** auch im täglichen Leben gewährleisten muß, und zwar – in der Terminologie des Pflegschaftsrechts – grundsätzlich unabhängig von Alter, geistiger Behinderung und psychischer Krankheit, sofern nur die sogenannte **natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit** gegeben ist. Ordnet das Gesetz anstelle möglicher Eigenbestimmung Fremdbestimmung ohne sachliche Rechtfertigung an, so gerät es mit dem modernen Grundrechtsverständnis zunehmend in Konflikt.“ (Blg. ./18h, S. 7f)

Und weiter hinsichtlich medizinischer Behandlungen:

„In den Expertengesprächen zur Vorbereitung de Entwurfs wurde das **Problem der Beurteilung** der Einsichts- und Urteilsfähigkeit im Einzelfall ausführlich diskutiert. Bei aller nach dem Vorhergesagten notwendigen Flexibilität darf auch das Bedürfnis nach **Rechtssicherheit**, vor allem für diejenigen, die eine medizinische Behandlung vorzunehmen haben, nicht vernachlässigt werden. Zu dieser Frage wurde der Stand der rechtspolitischen Diskussion beobachtet und vor allem auch die Meinung führender Vertreter aus den Fachgebieten der Kinder- und Jugendneuropsychiatrie und der Kinderpsychologie eingeholt. Für Zweifelsfälle schlägt demnach der Entwurf eine **gesetzliche Vermutung** für das Vorliegen der Einsichts- und

Urteilsfähigkeit – und zwar unabhängig von der Schwere und Bedeutung der Behandlung – **ab dem vollendeten 14. Lebensjahr** (also bei mündigen minderjährigen Kindern) vor.“ (Blg. ./18h, Seite 16; vgl. auch die Ausführungen zur selbständigen Verfahrensfähigkeit ab dem 14 .Lebensjahr im Pflugschaftsverfahren, Seite 20ff)

B. Die Rechtslage in den Mitgliedstaaten des Europarates

1. Einheitliche bzw. unterschiedliche Altersgrenzen für hetero- und homosexuelle Beziehungen

Zur Zeit der Einführung des § 209, und damit der erhöhten Mindestaltersgrenze, im Jahre 1971 entsprach eine Differenzierung zwischen Homo- und Heterosexualität bei Mindestaltersbestimmungen durchaus dem europäischen Rechtsstandard. Lediglich ein Viertel der (damaligen) Mitgliedsstaaten des Europarates hatte einheitliche Mindestaltersgrenzen für homo- und heterosexuelle Beziehungen festgelegt (Beilage ./2, 443ff).

Dieses Bild hat sich grundlegend gewandelt.

Die große Mehrheit der Mitgliedsstaaten des Europarates hat heute einheitliche Altersgrenzen festgelegt (vgl. European Commission on Human Rights, *Euan Sutherland v. United Kingdom*, Decision of 01.07.1997, Para. 59 = Blg. ./1; Beilage ./8; **Beilage ./21; Beilage ./2, 443 ff**; Beilage ./3, 271; vgl. auch die übersichtliche kartographische Darstellung auf www.RKLambda.at (Rechtsvergleich)).

Heute machen drei von vier Mitgliedsstaaten des Europarates (31 von 43; bei Berücksichtigung Litauens und Estlands, deren Parlamente eine entsprechende Reform bereits, 2000 bzw. 2001, verabschiedet haben, die aber noch nicht in Kraft getreten ist: 33 von 43) und vier von fünf der Europäischen Union (12 von 15) keinen Unterschied mehr zwischen hetero- und homosexuellen Beziehungen von und mit Jugendlichen (ebendort). (Aus verfahrensökonomischen Gründen wird von der Vorlage der Quellennachweise zu sämtlichen Ländern abgesehen. Auf Wunsch kann aber zu jedem Land kurzfristig die Rechtslage, zumeist unter Vorlage auch der Originalgesetzestexte, nachgewiesen werden.)

Selbst der Vatikan macht (seit jeher) im Strafrecht keinen Unterschied zwischen homo- und heterosexuellen Beziehungen; die Mindestaltersgrenze liegt im Kirchenstaat sogar (einheitlich) bei 12 Jahren (Blg. ./3, 700ff)

Auch die von den europäischen Regierungen seit den späten Sechzigerjahren eingesetzten Expertenkommissionen (zur Überprüfung dieser Frage) befürworteten alle, bis auf eine, einheitliche Altersgrenzen für hetero- und homosexuelle Beziehungen. Dasselbe gilt für nahezu alle durch das deutsche und das österreichische Parlament zu dieser Frage gehörten Experten (eingehend Beilage ./21, 455f; Beilage ./2, 446; ./12; ./43; ./44; ./45).

Auch auf der *15. Kriminologischen Forschungskonferenz des Europarates* im Jahre 1982 haben die Berichterstatter West und Horstkotte, nach Sichtung der aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnisse, empfohlen, keinerlei Unterschied zwischen homo- und heterosexuellen Kontakten mit Jugendlichen zu machen. Die Konferenz hat daher auch in ihrem Schlußdokument die Forderung der Parlamentarischen Versammlung des Europarates nach einheitlichen Altersgrenzen (siehe unten D.2.b) unterstützt (Blg. ./8, Anhang; ./2, 440).

2. Höhe der allgemeinen Altersgrenzen

Alle europäischen Strafrechtsordnungen haben ein Mindestalter für sexuelle Beziehungen festgelegt, das heißt sie bestrafen sexuelle Beziehungen mit Personen unterhalb einer bestimmten Altersgrenze ohne Rücksicht auf eine allfällige Einwilligung. Diese Grenze ist nirgendwo niedriger angesetzt als 12 Jahre.

Die Hälfte der Strafrechtsordnungen auf dem Gebiet der Mitgliedsstaaten des Europarates lassen einverständliche sexuelle Beziehungen (außerhalb von Autoritätsverhältnissen) mit Jugendlichen ab dem 14. Lebensjahr und fast drei Viertel ab dem 15. Lebensjahr straffrei. Rechtsordnungen mit einer Mindestaltersgrenze von 16 Jahren stellen nur eine Minderheit dar und lediglich eine Strafrechtsordnung kennt eine allgemeine Mindestaltersgrenze, die höher als 16 liegt (Beilage ./21; Beilage ./2, 186; Beilage ./3, 264 ff; auch Beilage ./24 zur eingehenderen Information über das neue Sexualstrafrecht in Italien und Spanien; vgl. auch die übersichtliche kartographische Darstellung auf www.RKLambda.at (Rechtsvergleich)).

Die meisten der *Expertenkommissionen*, die in Europa von den Regierungen zur Frage des sexualstrafrechtlichen Jugendschutzes eingesetzt worden sind, haben ein Mindestalter von 14 Jahren vorgeschlagen, die holländische "Melai-Kommission" sogar ein solches von zwölf Jahren. Auch die von den beiden Kammern des *deutschen Parlaments* gehörten Experten befürworteten eine Altersgrenze von 14 Jahren (./43; ./44). Auch die im Dezember 1996 vom österreichischen Justizminister eingesetzte *Expertenarbeitsgruppe zur Reform des österreichischen Sexualstrafrechts* beabsichtigt nicht, an der in Österreich bestehenden Altersgrenze von 14 Jahren etwas zu ändern (Beilage ./20; ./20a). Nur drei Kommissionen sprachen sich für eine Grenze von 15 Jahren und nur eine für eine solche von 16 Jahren aus (Beilagen ./21, 455f; ./2, 187). Ein Mindestalter von 14 Jahren entspricht auch den Empfehlungen und Forderungen vieler privater Experten und Interessenverbände in Europa (Beilage ./2, 187 f).

Auf der 15. Kriminologischen Forschungskonferenz des Europarates im Jahre 1982 hat der für den Bereich des Kinder- und Jugendschutzes bestellte Berichtersteller Horstkotte empfohlen, sexuelle Kontakte mit Kindern vor der Pubertät strafbar zu belassen, (einverständliche) sexuelle Beziehungen ab dem 14. Lebensjahr jedoch straffrei zu lassen (Beilage ./2, 184).

In Kanada haben sowohl das Ontario Appeals Court, das Quebec Appeals Court als auch das Federal Court of Canada (Ottawa) ein Mindestalter von mehr als 14 Jahren für grundrechtswidrig erklärt (Blg. ./22, ./23; ./23a).

3. Antidiskriminierungsgesetze

(a) Europa

In fast allen europäischen Staaten besteht eine deutliche Entwicklung in Richtung rechtlicher Gleichbehandlung homosexueller Menschen und eines besseren Schutzes gegen Diskriminierung, weit über die strafrechtliche Gleichstellung hinaus.

Die am 01.01.2000 in Kraft getretene Verfassung der Schweiz sieht (als vierter Staat der Welt) den Schutz gleichgeschlechtlicher Lebensweisen im Verfassungsrang vor. Die deutschen Bundesländer *Brandenburg, Bremen, Thüringen und Berlin* haben in ihre Verfassungen ein Gleichbehandlungsgebot aufgenommen, das auch die Kategorie „sexuelle Orientierung“, und den Schutz nicht-ehelicher Lebensgemeinschaften enthält. Ein ähnlicher Vorschlag hat in der gesamtdeutschen Verfassungskommission für das deutsche Grundgesetz eine einfache Mehrheit gefunden.

Norwegen (1981, 1998), Frankreich (1985, 1986, 1992, 2001), Dänemark (1986, 1996), Schweden (1987, 1999), Irland (1989, 1991, 1994, 1998, 2000), die Niederlande (1992, 1994), Finnland (1995), Slowenien (1995, 1998), Spanien (1995), Island (1996), Ungarn (1997), Luxemburg (1997), die Tschechische Republik (2001) sowie Deutschland (2001) und das deutsche Bundesland Sachsen-Anhalt (1997) haben Antidiskriminierungsgesetze erlassen, um Homosexuelle vor Benachteiligungen und Herabsetzungen zu schützen. Rumänien hat 2000 eine umfassende Antidiskriminierungsverordnung erlassen, die auch gegen Diskriminierung auf Grund „sexueller Orientierung“ schützt. Österreich selbst verbietet seit 1993 die Diskriminierung durch Polizeibeamte. In Irland wurden "Ministerial Guidelines" und im Vereinten Königreich ein "Cabinet Office Circular" an alle Regierungsstellen erlassen, die der Verwaltung Diskriminierung aufgrund der "sexuellen Orientierung" untersagen.

Die Landesbeamtenengesetze von *Brandenburg, Bremen und Hamburg* kennen Diskriminierungsverbote, zu denen auch das Merkmal der sexuellen Identität oder sexuellen Orientierung gehört. In Brandenburg wird dieser Grundsatz in der Laufbahnverordnung wiederholt.

Antidiskriminierungsregelungen und Toleranzgebote in bezug auf Lesben und Schwule gibt es darüberhinaus im *Brandenburger* Schulgesetz und im *Berliner* Gesetz zur Ausführung des Kinder- und Jugendhilfegesetzes. In Brandenburg enthält das Landesgleichstellungsgesetz (LGG) im Abschnitt ‚Familiengerechte Arbeitszeit‘ eine Regelung zur Gleichstellung von Lesben und Schwulen. *Berlin, Brandenburg, Sachsen-Anhalt* und *Hamburg* bestimmen Antidiskriminierung und Toleranz gegenüber Lesben und Schwulen ausdrücklich als Ziele der schulischen Sexualerziehung.

Am 27.05.1998 hob der deutsche Bundestag - als Akt der Wiedergutmachung - formell alle Strafurteile auf, die in der *Nazizeit* auf Grund von Homosexualität gefällt wurden.

(Vergleiche zu alledem eingehend und mit Nachweisen die Beilagen ./27, 17 ff; Beilage ./28).

(b) Außereuropäische Rechtsordnungen

Auch außerhalb Europas haben zahlreiche Staaten Antidiskriminierungsgesetze erlassen, die homo- und bisexuelle Menschen vor Diskriminierung schützen.

Am 08.05.1996 hat *Süd-Afrika* seine neue *Verfassung* verabschiedet, in der (als erster Verfassung der Welt) dem Staat untersagt wird, u.a. „auf Grund von sexueller Orientierung direkt oder indirekt unfair zu diskriminieren“ (Sec. 9 Bill of Rights). Darüberhinaus wird allen anderen verboten, u.a. . „auf Grund von sexueller Orientierung direkt oder indirekt unfair zu diskriminieren“ (ebendort). Das *Cape High Court of South Africa* hat auf dieser Grundlage am 04. August 1997 das in Süd-Afrika immer noch bestehende Totalverbot homosexueller Beziehungen für verfassungswidrig erklärt (IGLHRC-ERN VI, 4, 3, 1997). Das *Johannesburg High Court* tat dies am 08. Mai 1998 und das *Constitutional Court* am 09. Oktober 1998 (National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice). Am 04. Februar 1998 hat der *Oberste Gerichtshof* schließlich entschieden, daß Krankenversicherungen gleichgeschlechtliche Lebensgefährten als anspruchsberechtigte Angehörige anerkennen müssen. Bereits 1995 untersagte Südafrika gesetzlich die Diskriminierung auf Grund sexueller Orientierung bei Entlassung und dehnte diesen Schutz 1998 auch auf andere Diskriminierung am *Arbeitsplatz* aus. Vervollständigt wurde der Diskriminierungsschutz schließlich im Jahre 2000 durch die Untersagung von Verhetzung und „Mobbing“ auf Grund sexueller Orientierung. Im März 2000 entschied die *Human Rights Commission*, dass Western Cape Blood Transfusion Service - entgegen seiner bisherigen Praxis – künftig auch homosexuelle Männer zum Blutspenden zulassen muß; der generelle Ausschluß sei diskriminierend.

Namibia hat 1992 die Diskriminierung auf Grund sexueller Orientierung in der Arbeitswelt gesetzlich untersagt

Kanada erweiterte 1996 den Canadian Human Rights Act (CHRA) um die Schutzkategorie "sexuelle Orientierung". Der CHRA ist ein einfaches Bundesgesetz, das Diskriminierung in Gebieten (insbesondere Arbeitswelt) untersagt, die der Bundeskompetenz unterliegen (zum Beispiel

Bundesregierung, Banken, Bahnen, Fluglinien). Jede Provinz und jedes Territorium haben ihren eigenen Human Rights Act (HRA), die sich auf die Gebiete beziehen, die nicht in Bundeskompetenz fallen (Provinz- und Lokalregierungen, der gesamte private Sektor, der nicht in die Bundeskompetenz fällt, das ist ca. 90 %). Die HRA von British Columbia, dem Yukon, Saskatchewan, Manitoba, Ontario, Quebec, New Brunswick, Nova Scotia, New Foundland und Prince Edward Island haben "sexuelle Orientierung" bereits als eigene Schutzkategorie aufgenommen. In Alberta und den Northwest-Territories ist das noch nicht geschehen. Allerdings hat der Supreme Court in seiner Entscheidung vom 02.04.1998 im Fall *Vriend vs. Alberta* ausgesprochen, daß der Gleichheitssatz der Bundesverfassung (s. 15 (1) Charter of Rights and Freedoms) die Provinzen verpflichtet, sexuelle Orientierung als schutzwürdige Kategorie anzuerkennen. Dort wo dies nicht der Fall ist, sei diese Kategorie in das Gesetz „hineinzulesen“.

Ab 1. Februar 1994 hat *Neuseeland* seinen Human Rights Act um die Schutzkategorie "sexuelle Orientierung" ergänzt. Damit wird Schutz gegen Diskriminierung in der Arbeitswelt, im Bereich der Erziehung, der Zugänglichkeit öffentlicher Plätze, der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen sowie im Wohnungswesen gewährt.

Australien gewährt Schutz gegen Diskriminierung in der Arbeitswelt aufgrund sexueller Orientierung. Darüber hinaus schützt der Australian Federal Sexual Privacy Act 1994 vor dem Verbot einverständlicher sexueller Beziehungen zwischen Erwachsenen. New South Wales gewährt Schutz gegen Diskriminierung aufgrund von Homo-, Bi- oder Transsexualität, South Australia, Northern Territory und Capital Territory aufgrund "sexueller Orientierung" und Queensland wie Victoria und Tasmanien aufgrund von "Lawful Sexual Activity".

Fiji hat 1998 (als dritter Staat der Welt nach Süd-Afrika und Ecuador, siehe oben bzw. unten) Diskriminierung auf Grund sexueller Orientierung in seiner (neuen) Verfassung verboten

Israel hat 1992 ein Gesetz erlassen, mit dem Arbeitgebern die Diskriminierung von Arbeitnehmern sowie Bewerbern um einen Arbeitsplatz wegen deren sexueller Orientierung untersagt wird. Im Frühjahr 1998 erließ die Knesset dann ein Gesetz, das auch außerhalb des Arbeitsplatzes vor Diskriminierung schützt.

In den *USA* schützen elf Staaten – *California, Connecticut, Hawaii, Massachusetts, Maine, Minnesota, Nevada, New Jersey, Rhode Island, Vermont und Wisconsin* sowie der *District of Columbia* – durch ihre "Civil Rights Laws" vor Diskriminierung aufgrund "sexueller Orientierung". In *Colorado, Iowa, Maryland, New Mexico, New York, Pennsylvania* und *Washington* bestehen Verordnungen der Gouverneure („executive orders“), die öffentlich Bedienstete vor Diskriminierung auf Grund „sexueller Orientierung“ schützen. Im Mai 98 erließ Präsident Clinton auch auf Bundesebene eine solche executive order, die den Diskriminierungsschutz für (Bundes-)Regierungsbedienstete um die Kategorie „sexuelle Orientierung“ erweitert. 1996 hat der *US-Supreme Court* eine (durch Volksentscheid angenommene) Bestimmung der Verfassung von Colorado als Verstoß gegen den

Gleichheitsgrundsatz aufgehoben, die es dem Staat Colorado und seinen Untergliederungen untersagte, in ihrer Gesetzgebung oder Arbeit homo- oder bisexuelle Orientierung als Basis eines Minderheitenstatus, einer geschützten Kategorie oder einer Beschwerde wegen Diskriminierung anzuerkennen.

Ecuador hat 1998 (als zweites Land der Welt nach Süd-Afrika, siehe oben) Diskriminierung auf Grund sexueller Orientierung in seiner (neuen) Verfassung verboten. Bereits am 25.11.1997 hat der ecuadorianische Verfassungsgerichtshof § 516 Abs. 1 des Strafgesetzbuches für verfassungswidrig erklärt, der homosexuelle Handlungen generell unter Strafe gestellt hat.

In *Guatemala* hat der Kongreß im April 1997 im Gefolge der UN-Kinderrechtskonvention den *Codigo de la Ninez y la Juventud* (Gesetzbuch über Kindheit und Jugend) verabschiedet, der in seinem Art. 10 auch ein Verbot der Diskriminierung auf Grund „sexueller Orientierung“ vorsieht.

In *Costa Rica* bezieht sich das General Law 7771 auf Diskriminierung auf Grund sexueller Orientierung.

Der *kolumbianische Verfassungsgerichtshof* hat am 26.03.1998 entschieden, daß konfessionelle Privatschulen homosexuelle Schüler nicht von der Aufnahme ausschließen dürfen und am 10.09.1998 ein Gesetz aus dem Jahre 1979, das die Entlassung offen homosexuell lebender Lehrer erlaubte, für verfassungswidrig erklärt

Schließlich haben viele regionale Regierungen, Städte und Gemeinden in verschiedenen Ländern Gesetze oder Verordnungen erlassen, die vor Diskriminierung aufgrund sexueller Orientierung schützen. Sie alle hier aufzuzählen sprengte den Rahmen. Beispielhaft seien lediglich *Buenos Aires* und *Rosario* in Argentinien, die brasilianischen Bundesstaaten *Mato Grosso*, *Sergipe* und *Minas Gerais* sowie die Städte *Rio de Janeiro*, *São Paulo* und *Salvador*, in Mexiko *Mexico City* sowie die *schier unübersehbare Zahl von US-Städten* erwähnt, die solche Vorschriften erlassen haben.

(Vergleiche zu alldem eingehend und mit Nachweisen die Beilagen ./27, 17 ff; Beilage ./28).

4. Partnerschaftsgesetze

(a) Europa

Dänemark (1989), Norwegen (1993), Grönland (1994), Schweden (1994), Island (1996), die Niederlande (landesweit 1997), Deutschland (2001) und Finnland (2001) sowie (bereits zuvor) 70 Gemeinden in den Niederlanden, 35 Städte sowie die Regionen *Valencia, Aragon, Navarra* und

Katalonien sowie die *Balearen* in Spanien, mehr als 15 belgische Gemeinden, darunter die belgischen Städte *Antwerpen* und *Gent*, die italienischen Städte *Pisa* und *Bologna*, das deutsche Bundesland *Hamburg*, *Paris* (6 Arrondissements), London, Genf sowie mittlerweile mehr als 300 französische Gemeinden (von denen die atlantische Hafenstadt St. Nazaire den Anfang machte) haben eigene Rechtsinstitute, "eingetragene Partnerschaften", für homosexuelle Paare geschaffen, die (außer in den Gemeinden und Regionen) – mit wenigen Ausnahmen – die gleichen Rechte und Pflichten begründen wie die Ehe. Die Ausnahmen liegen in der Unmöglichkeit der kirchlichen Heirat, der künstlichen Befruchtung und der gemeinsamen Adoption von Kindern. Darüber hinaus muß mindestens einer der beiden Partner Bürger des betreffenden Landes sein und/oder dort seinen Wohnsitz haben. In Island besteht jedoch die Möglichkeit der gemeinsamen Obsorge über das Kind des Partners. In den Niederlanden bestehen nur Ausnahmen hinsichtlich des Kindschaftsrechts, es besteht aber die Möglichkeit (durch Gerichtsbeschluß) der gemeinsamen Obsorge. *Dänemark* (per 01. Juli 1999) und *Island* (mit Beschluß des Althingi vom 08. Mai 2000) einen Schritt weitergegangen. Seither können auch isländische (bzw. dänische), norwegische und schwedische Staatsbürger, sowie Staatsbürger anderer Länder, die ebenfalls das Institut der registrierten Partnerschaft kennen, eine registrierte Partnerschaft eingehen wie dänische Staatsbürger. Auch Staatsbürger anderer Länder sind nicht mehr ausgeschlossen, allerdings müssen beide Partner seit mindestens zwei Jahren ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Dänemark (bzw. Island) haben. Desweiteren wurde die Möglichkeit geschaffen, dass ein Partner das Kind seines registrierten Partners adoptiert, sofern der Partner es seinerseits nicht durch Auslandsadoption adoptiert hat. In *Deutschland* erfolgte mangels Zustimmung des Bundesrates keine Gleichstellung in den Bereichen des Abgaben und Sozialrechts.

In *Dänemark* sind seit der Einführung der eingetragenen Partnerschaft im Jahre 1989 (bis 1996) 2 083 Paare diese eingegangen (1 449 männliche, 634 weibliche Paare). 17 % davon (357) ließen sich wieder scheiden und 219 endeten durch Tod des Partners. Dänische Lesben haben eine höhere Scheidungsrate (23 %) als Schwule (14 %). Beide liegen jedoch deutlich unter der Scheidungsrate heterosexueller Ehepaare. In den *Niederlanden* gingen in den ersten 10 Monaten nach Inkrafttreten des Gesetzes 2705 gleichgeschlechtliche Paare (1198 lesbische und 1507 schwule Paare) eine solche Partnerschaft ein.

In *Deutschland* hat das Bundesjustizministerium 1999 beim Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht eine Studie in Auftrag gegeben, die 2000 fertiggestellt wurde und die Übernahme des skandinavischen Modells empfiehlt. Die Bundesregierung folgte dieser Empfehlung, und der Bundestag verabschiedete am 10.11.2000 das *Lebenspartnerschafts-Gesetz (LPartG)*, das bislang noch nicht im Bundesgesetzblatt veröffentlicht worden ist. Das Lebenspartnerschaftsgesetz-Ergänzungsgesetz (LPartGErgG), das die weitgehende Gleichstellung der eingetragenen Lebenspartnerschaft mit der Ehe auch in den Bereichen der Steuer- und Sozialgesetzgebung gebracht hätte, bedurfte jedoch der Zustimmung des Bundesrates, der diese Zustimmung am 01.12.2000 nicht erteilt hat.

Der *ungarische Verfassungsgerichtshof* hat im März 1995 entschieden, daß das "Gesetz über Lebensgemeinschaften", das Paaren, die in ständiger Wohn- und Geschlechtsgemeinschaft leben,

weitgehend die selben Rechte und Pflichten wie Ehepartnern gewährt, bis längstens 01.03.1996 auch für gleichgeschlechtliche Paare zu öffnen ist. Das entsprechende Gesetz ist vom ungarischen Parlament am 21.05.1996 verabschiedet worden.

Frankreich hat 1999 den *Pacte de Solidarité Civil (Pacs)* eingeführt. Es handelt sich dabei um einen zwischen eigenberechtigten, nicht miteinander in gerader Linie oder als Geschwister verwandten unverheirateten Personen gleichen oder verschiedenen Geschlechts, um ihr gemeinsames Leben zu regeln. Die Partner haben ihre gemeinsamen Erklärung der Eingehung des Vertrages bei dem lokalen Gericht ihres gemeinsamen Wohnsitzes registrieren zu lassen. Die Partner sind einander wechselseitig zu materiellem Beistand gem. der abgegebenen Erklärung verpflichtet. Für Verbindlichkeiten des täglichen Lebens, die im Rahmen des üblichen für den gemeinsamen Haushalt eingegangen werden, haften die Partner solidarisch. Der Vertrag ist, außer bei Tod oder Heirat eines Partners, auch nur gerichtlich aufhebbar. Dies geschieht auf Grund einer gemeinsamen Erklärung oder, nach dreimonatiger Trennung, auf einseitiges Verlangen. Die mit einer (Ehe)Partnerschaft verbundenen Steuervorteile (eine Art „Ehegattensplitting“) können die Partner erst nach drei Jahren geltend machen. Für Zwecke allfälliger Sozialunterstützungen wird das Einkommen des Partners jedoch sofort nach Eingehen des Vertrages angerechnet. Dasselbe gilt für die Vermögenssteuer. Wechselseitige Schenkungen und Erbschaften sind steuerbegünstigt; Schenkungen jedoch erst nach zwei Jahren. Kapital aus Lebensversicherungen kann dem überlebenden Partner ausbezahlt werden. Im Falle des Todes des Mieters hat sein Partner ein Eintrittsrecht in den Mietvertrag. Ebenso kann zu Lebzeiten der Mietvertrag auf ihn übertragen werden, wenn der Mieter den gemeinsamen Haushalt verlässt. Nicht-sozialversicherte Partner sind in der Sozialversicherung des anderen anspruchsberechtigt. Öffentlich Bedienstete können ihre Versetzung verlangen, um mit ihrem Partner einen gemeinsamen Haushalt führen zu können. Französische Staatsbürgerschaft ist nicht Voraussetzung für die Schließung eines Pacs, allerdings ist diese Schließung nicht mit einem Aufenthaltsrecht verbunden. Die Fremdenbehörden haben allerdings dem Vorliegen eines Pacs bei ihrer Entscheidung angemessen zu berücksichtigen. „Cohabitation“ wird durch das Gesetz ebenfalls definiert und zwar als feste und dauerhafte Beziehung zwischen Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts, die als Paar zusammenleben. Der Pacs regelt nichts in Bezug auf Abstammung, Adoption oder Obsorge.

In *Belgien* besteht ebenfalls seit 2000 die Möglichkeit, daß zwei Personen einen „Zusammenlebensvertrag“ („*Contrat de Cohabitation*“) schließen können, der dann in das kommunale Einwohnerregister einzutragen ist. Die Rechte und Pflichten, die daraus erwachsen, beinhalten ua. daß jeder Vertrag, den einer der Partner für Angelegenheiten des täglichen Lebens abschließt, auch seinen Lebensgefährten verpflichtet. Weiters hat, im Falle des Todes einer der Partner, der überlebende Teil das Recht, die Wohnung weiter zu benutzen. Für während der Dauer des Vertrages angeschaffte Güter gilt die (widerlegliche) Vermutung des hälftigen Miteigentums. Schließlich beinhaltet das Gesetz Schutzbestimmungen hinsichtlich des Wohnrechts bei Beendigung des Zusammenlebens und Bestimmungen über die Bestreitung der Kosten des gemeinsamen Haushalts. Das neue Gesetz regelt jedoch nichts in Bezug auf Abstammung, Adoption oder Erbrecht. Der Vertrag kann einvernehmlich oder auch einseitig jederzeit aufgelöst werden.

In *Portugal* hat das Parlament am 15. März 2001 zwei Gesetze zur rechtlichen Absicherung nicht-ehelicher Lebensgemeinschaften verabschiedet, die sowohl für verschieden- als auch gleichgeschlechtliche Paare gültig sind. Das eine Gesetz erweitert das Gesetz aus 1999 über *De-Facto-Lebensgemeinschaften* (uniões de facto) auf gleichgeschlechtliche Paare und stellt diese damit nichtehelichen verschiedengeschlechtlichen Lebensgemeinschaften nahezu völlig gleich. Das zweite Gesetz stellt "*Wirtschaftsgemeinschaften*" (economia comum) von zwei oder auch mehreren Personen, die auch verwandt oder bloß befreundet sein können, im Bereich des Wohnrechts, des Arbeitsrechts und des Steuerrechts Ehepartnern völlig gleich.

Das *deutsche Bundesverfassungsgericht* und der *holländische Oberste Gerichtshof* haben homosexuelle Paare zwar nicht zur Ehe zugelassen, jedoch festgehalten, daß die mangelnde rechtliche Absicherung solcher Partnerschaften verfassungswidrig sein kann. Der *italienische Verfassungsgerichtshof* hat im Juni 1993 den Gesetzgeber aufgefordert, die gesetzlichen Voraussetzungen für die Anerkennung nichtehelicher Lebensgemeinschaften zu schaffen.

Am weitesten gingen bislang die Niederlande, die neben der weiterhin bestehenden eingetragenen Partnerschaft, auch die Zivilehe für gleichgeschlechtliche Paare ermöglichen. Das *holländische Parlament* hat am 16.04.1996 die Regierung aufgefordert, bis August 1997 einen Gesetzesentwurf vorzulegen, der gleichgeschlechtlichen Paaren die *Eheschließung* und die *Adoption* von Kindern ermöglicht. Die Regierung hat daraufhin eine Expertenkommission zur Untersuchung dieser Frage eingesetzt, die in ihrem im Oktober vorgelegten Bericht (Kortmann-Bericht) die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare und die Ermöglichung der (Inlands)Adoption empfohlen hat (Euroletter 55, 12f; 57, 6). Die Regierung folgte dem Kortmannbericht zwar hinsichtlich der Adoption aber nicht hinsichtlich der Eheschließung (Ius Amandi 2/98, 1f). Das holländische Parlament forderte daher am 16.04.98 die Regierung erneut auf, homosexuellen Paaren die Adoption und Eheschließung zu ermöglichen. Die Regierung hat daraufhin am 08. Juli 1999 Gesetzentwürfe zur vollen Umsetzung der Empfehlungen der Kortmannkommission eingebracht, die am 12. September 2000 vom Unterhaus und am 17.12.2000 vom Oberhaus mit großer Mehrheit angenommen worden ist. Die Gesetze sind am 11. Jänner 2001 im Staatsblatt (No. 9 und 10) veröffentlicht worden und am 1. April 2001 in Kraft getreten. In den ersten sechs Monaten haben an die 2000 gleichgeschlechtliche Paare (2100 Männer, 1700 Frauen) die Ehe geschlossen. 3.6% der in diesem Zeitraum geschlossenen Ehen waren gleichgeschlechtlich.

Hinsichtlich des Eintrittsrechts in den Mietvertrag des verstorbenen Lebensgefährten hat *Spanien* 1994 bei Gemeindewohnungen gleichgeschlechtliche Lebensgefährten Ehepartnern gleichgestellt und 1995 Hilfs- und Unterstützungsleistungen auch auf gleichgeschlechtliche Partner von Verbrechenopfern ausgedehnt (Gesetz über Hilfe und Unterstützung für Opfer von Gewalt und Sexualverbrechen); darüberhinaus kann nach dem spanischen Sozialversicherungssystem jede erwachsene Person, die mit einer versicherten erwachsenen Personen zusammenlebt, Krankenversicherungsleistungen beanspruchen. *Frankreich* gewährte im Jahre 1993 auch gleichgeschlechtlichen Partnern die Mitversicherungsmöglichkeit in der Sozialversicherung, und 1996

sprach ein Gericht in Belfort einer Frau Unterhaltsleistungen (durch die Verursacher des Unfalles) zu, die 20 Jahre mit einer Frau zusammengelebt hat, die in einem Verkehrsunfall getötet worden war. In *Finnland* erkannte der Staat homosexuelle Partnerschaften bereits vor Erlassung des Partnerschaftsgesetzes im Jahre 2001 hinsichtlich verschiedener rechtlicher Absicherungen an, und ermöglicht die gemeinsame Obsorge gleichgeschlechtlicher Paare. Am 07.09.2001 sprach der finnische *Oberste Gerichtshof* nach dem Tod einer Mutter die Obsorge für ihre Kinder ihrer überlebenden Lebensgefährtin und nicht dem Vater der Kinder zu (Fall KKO 2001:110, 07.09.2001, www.finlex.fi). *Schottland* hat in seinem am 29.03.2000 verabschiedeten „Adults with Incapacity (Scotland) Act“ gleichgeschlechtliche Lebensgefährten (nach einer Dauer der Gemeinschaft von mindestens 6 Monaten) als „nächste Angehörige“ („nearest relative“) anerkannt (Art. 76A). Am 28.10.1999 hat das *House of Lords* entschieden, dass gleichgeschlechtliche Lebensgefährten unter den Familienbegriff des Rent Acts 1977 fallen und daher im Todesfall dem überlebenden Partner ein Eintrittsrecht zukommt. In ganz *Großbritannien* besteht die Möglichkeit für gemeinsam wohnende gleichgeschlechtliche Partner, gerichtlich die gemeinsame Obsorge für das Kind eines der beiden zu beantragen. In einem Fall hat das Manchester High Court dies einem lesbischen Paar bewilligt. *Belgien* behandelt gleichgeschlechtliche Partner bei Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung gleich wie verschiedengeschlechtliche, in *Flandern* wurde 1997 der Erbschaftsteuersatz jenem von verschiedengeschlechtlichen Paaren angeglichen, ist aber immer noch höher als für Ehepaare. *Österreich* (1998) und *Liechtenstein* (2001) haben gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften im Bereich des materiellen und formellen Strafrechts verschiedengeschlechtlichen gleichgestellt und in den Angehörigenbegriff einbezogen.

Die *Niederlande* erlaubt die Einreise und den Aufenthalt auf Basis gleichgeschlechtlicher Partnerschaft. *Großbritannien* hat in mindestens 17 Fällen Fremden Aufenthaltsbewilligung auf Basis homosexueller Partnerschaften erteilt, und seit Oktober 1997 können Partner in (verschieden- oder gleichgeschlechtlichen) Lebensgemeinschaften aufgrund einer Anordnung des Innenministers auf Grundlage ihrer Partnerschaft einwandern. Mit 02.10.2000 wurde dieses Recht auf Familienzusammenführung gesetzlich verankert. Dasselbe gilt – ebenfalls seit Oktober 1997 – für *Belgien*. *Deutschland* gewährte auf Grund der Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts Münster (oberste Rechtsmittelinstanz in Visaangelegenheiten) einem Rumänen wegen seiner Partnerschaft mit einem Deutschen eine Aufenthaltsgenehmigung und verwies dabei auf das Recht auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 EMRK) und - ebenfalls 1996 - entschied das Bundesverwaltungsgericht, daß die Ausländerbehörden auf Grund einer Ermessensentscheidung Aufenthaltsgenehmigungen an gleichgeschlechtliche Partner erteilen können und unter bestimmten Umständen sogar müssen. *Hamburg*, *Hessen* und *Nordrhein-Westfalen* haben daraufhin Kriterien entwickelt, wonach Ausländer in auf Dauer angelegten gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften ein Aufenthaltsrecht erlangen können. Am 28.03.1998 hat dann der Innenminister des Bundeslandes *Hessen* die Ausländerbehörden per Erlaß angewiesen, diesen Ermessenspielraum bei gefestigten, auf Dauer angelegten gleichgeschlechtlichen Partnerschaften stets zugunsten einer Aufenthaltserlaubnis auszuüben. Das *Schweizer Bundesgericht* hat zunächst 1992 die Erteilung von Aufenthaltsgenehmigungen auf Grund gleichgeschlechtlicher Partnerschaften dem Ermessen der

Kantonsbehörden anheimgestellt, und dann im Jahre 2000 in bestimmten Fällen sogar zur Pflicht gemacht (schweiz. BGer 25.08.2000 [2A.493/1999]). Und 1996 entschied das *katalanische Oberste Gericht*, daß dem kolumbianischen Partner eines Spaniers ein Aufenthaltsrecht in Spanien zukommt, und 2000 sprach der *spanische Oberste Gerichtshof* aus, dass die in einigen spanischen Teilrechtsordnungen bestehenden eingetragenen Partnerschaften (siehe vorhin) hinsichtlich der Familienzusammenführung gleich wie die Ehe zu behandeln sind. Im Jahre 2000 hat der *französische Conseil d'État* unter Berufung auf Art. 8 EMRK die Ausweisung eines ukrainischen Staatsbürgers aufgehoben, der mit einem französischen Staatsbürger in einer stabilen gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft lebte 1993 hat das *finnische Oberste Verwaltungsgericht* einem russischen Staatsbürger eine Aufenthaltserlaubnis teils auf Basis der Situation homosexueller Männer in Rußland, teils auf Grund seiner Lebensgemeinschaft mit einem Finnen gewährt und dabei ausdrücklich auf das Recht auf Achtung des Privatlebens (Art .8 EMRK) hingewiesen. Bereits 1972 hat die *Schwedische Einwanderungsbehörde* beschlossen, hinsichtlich der Familienzusammenführung homo- und heterosexuelle Partnerschaften gleich zu behandeln. *Schweden* hat bereits 1988 (formlose) homosexuelle Lebensgemeinschaften den (formlosen) heterosexuellen gleichgestellt.

(Vergleiche zu alldem eingehend und mit Nachweisen die Beilagen ./27, 23 ff; Beilage ./28).

(b) Außereuropäische Rechtsordnungen

Außerhalb Europas können gleichgeschlechtliche Paare ihre Partnerschaft in mittlerweile 40 *US-amerikanischen Bezirken, Städten und Gemeinden* eintragen lassen. Die Gemeinde West-Hollywood machte diesbezüglich im Jahre 1985 den Anfang. *Hawaii* hat 1997 gleichgeschlechtlichen Lebenspartnern die Möglichkeit eingeräumt, ihre Partnerschaft staatlich registrieren zu lassen. *Californien* tat dies 1999, der *District of Columbia* bereits 1992. In *Massachusetts* (1992) und *New York* (1992) haben die Gouverneure durch Verordnung diese Möglichkeit für öffentlich Bedienstete geschaffen. 2001 entschied der Supreme Court des Bundesstaates *Washington*, daß gleichgeschlechtliche Partner ebenso wie verschiedengeschlechtliche Partner bei Trennung oder bei Tod ihres Partners einen Anspruch „nach Billigkeit“ auf (einen Teil) dessen Vermögen(s) haben (Vasquez vs. Hawthorne, 01.11.2001).

In *Israel* können gleichgeschlechtliche Partner seit 1996 den Familiennamen ihres Partners/ihrer Partnerin annehmen. Am 29.05.2000 hat der *Oberste Gerichtshof* Israels einem lesbischen Paar das Recht auf Elternschaft zugesprochen. Das Gericht wies das Innenministerium an, die biologische Mutter des vierjährigen Kindes und ihre Partnerin als Eltern anzuerkennen. 1995 sprach der Supreme Court des US-Bundesstaats *Wisconsin* aus, daß auch die Partnerin einer lesbischen Lebensgemeinschaft nach Auflösung derselben ein Besuchsrecht zu dem von ihrer Partnerin durch künstliche Befruchtung empfangenen Kind zukommt (Holtzman v. Knott). 2001 tat dies der Supreme Court des Bundesstaates *Pennsylvania* (T.B. vs. L.R.M., 28.12.2001). In der kanadischen Provinz *British Columbia* sind gleichgeschlechtliche Paare u.a. durch das Gesetz vom

04.02.1998 heterosexuellen Paaren hinsichtlich Adoption von Kindern sowie hinsichtlich Kindesunterhalt, Obsorge und Besuchsrecht im Hinblick auf das Kind eines der Partner völlig gleichgestellt.

Ganz generell gewähren die kanadischen Provinzen *British Columbia*, *Ontario*, *Québec*, *Manitoba* und *Saskatchewan* sowie die *Föderation* gleichgeschlechtlichen Paaren verschiedene Rechte, die sonst nur verschiedengeschlechtlichen Paaren zukommen. 1999 hat es der *Supreme Court* für verfassungswidrig erklärt, dass zwar verschiedengeschlechtliche Lebensgefährten hinsichtlich sozialer Vergünstigungen und Absicherungen in den Begriff des „Ehegatten“ („spouse“) inkludiert sind, nicht aber gleichgeschlechtliche Partner (MvH (1999) 2 S.C.R.).

Die Folge dieser Entscheidung waren zahlreiche Gesetzesinitiativen auf Provinz- und Bundesebene. Auf *Bundesebene* wurde im Juni 2000 der *Modernization of Benefits and Obligations Act 2000* (Bill C-23) beschlossen. Bisher waren auf Bundesebene verschiedengeschlechtliche Lebensgefährten hinsichtlich verschiedener sozialer Vergünstigungen und Absicherungen in den Begriff des „Ehegatten“ („spouse“) inkludiert. Gleichgeschlechtliche Partner hingegen nicht. Eine solche Bestimmung in der Provinz Ontario hat der Supreme Court in seiner Entscheidung MvH (1999) für verfassungswidrig erklärt. *Ontario* hat daraufhin die gesetzliche Kategorie „*same-sex partner*“ geschaffen und diesen dieselben Rechte gewährt wie verschiedengeschlechtlichen Lebensgefährten. Die *Föderation* geht mit dem o.a. Gesetz einen etwas anderen Weg. Die verschiedengeschlechtlichen Lebensgemeinschaften werden aus dem Begriff „*spouse*“ ausgegliedert und gemeinsam mit den gleichgeschlechtlichen Lebensgefährten in der neuen Kategorie „*common-law partner*“ zusammengefasst (definiert als Zusammenleben in einer eheähnlichen Beziehung für mindestens ein Jahr). Damit erhalten gleichgeschlechtliche Partner alle Rechte (und Pflichten) wie sie verschiedengeschlechtlichen zukommen. Des weiteren erstreckt das o.a. Gesetz verschiedene Rechte und Pflichten, die bislang der Ehe vorbehalten waren auch auf *common-law partner*“ (insg. ändert das Gesetz nahezu 70 Bundesgesetze). Dieselbe Kategorisierung wie die *Föderation* nimmt *Quebec* vor, wenn es neben der Ehe unverheiratete verschiedengeschlechtliche und gleichgeschlechtliche Paare in der Kategorie „*conjoints de fait*“ („*de facto spouses*“) zusammenfasst. Den progressivsten Weg geht die Provinz *British Columbia*, wo sowohl Ehepartner als auch unverheiratete verschiedengeschlechtliche Paare und gleichgeschlechtliche Paare alle derselben Kategorie „*spouse*“ („Ehegatte“) unterfallen. Auch *Alberta* und *New Brunswick* haben gleichgeschlechtliche Paare rechtlich anerkannt. *Nova Scotia* hat im Juni 2001 als erste kanadische Teilrechtsordnung eine eingetragene Partnerschaft für gleichgeschlechtliche Paare eingeführt. Der *Modernization of Benefits and Obligations Act 2000* stellt allerdings gleichzeitig auch deutlich klar, daß die „Ehe“ nur zwischen einem Mann und einer Frau eingegangen werden kann und bestätigt damit in Gesetzesform die schon bisher geltende Rechtslage, die jedoch nur auf Gewohnheitsrecht („*common-law*“) beruhte. Nur in der Provinz *Quebec* existierte eine ausdrückliche verschiedengeschlechtliche gesetzliche Definition der Ehe (Art. 365 Code Civil). Im Dezember 2001 empfahl die *Law Commission of Canada*, die Zivilehe für gleichgeschlechtliche Paare zu öffnen.

In Australien haben *New South Wales*, *Queensland*, *Australian Capital Territory* (ACT) und *Victoria* gleichgeschlechtliche LebensgefährtnInnen in zahlreichen Bereichen verschiedengeschlechtlichen gleichgestellt. In *New South Wales* und ACT hinsichtlich des Güterrechts und des Unterhalts sowie des Erbrechts, in *New South Wales* auch hinsichtlich weiterer Bereiche wie Einwilligung zu Obduktionen, staatlichen Beihilfen für Angehörige von Verbrechenopfern und Beteiligung dieser am Strafverfahren gegen den Täter. In *Queensland* wurden gleichgeschlechtliche Partner im Bereich der Beschäftigung bei Eltern-, Pflege- und Trauerurlaub gleichgestellt, bei öffentlichen Dienstverhältnissen erfolgte eine völlige Gleichstellung hinsichtlich aller sozialen Vergünstigungen. *Victoria* hat 2001 (gleich- und verschiedengeschlechtliche) „domestic partners“ in zahlreichen Bereichen Ehepartnern gleichgestellt. Die Gleichstellung erfolgte u.a. im Bereich von Rechtsgeschäftsgebühren bei Übertragung von Liegenschaften und Kraftfahrzeugen, bei der Wohnbauförderung, im Bereich des Erb- und Pflichtteilsrechts, der staatlichen Hinterbliebenen- und Unfall-/Verbrechenopferversorgung, der Sachwalterschaft, bei Besuchs- und Konsultationsrechten im Krankenhaus (auch bei Obduktionen), bezüglich des Räumungsschutzes bei Mietwohnungen im Falle des Todes des Partners und hinsichtlich der Vermögensaufteilung bei Beendigung der Partnerschaft. Gleichzeitig wurde im Equal Opportunities Act das Verbot der Ungleichbehandlung gleichgeschlechtlicher domestic partners gegenüber Ehepartnern festgeschrieben.

Neuseeland hat 2001 (gleich- und verschiedengeschlechtliche) nicht-eheliche Partner den Ehepartnern hinsichtlich des gesetzlichen Erbrechts und hinsichtlich der Vermögensaufteilung und des Unterhalts nach Beendigung der Partnerschaft gleichgestellt. Die Rechte für nichteheliche Partner gelten ungeachtet einer allfällig daneben bestehenden Ehe, sodaß in solchen Fällen sowohl der Ehepartner als auch der außereheliche Partner ein gesetzliches Erbrecht und bei Beendigung der Beziehung Anspruch auf Vermögensaufteilung und Unterhalt hat. Die Änderungen treten am 1. Februar 2002 in Kraft.

Australien, *Kanada*, *Neuseeland* und *Israel* erlauben die Einwanderung auf Basis einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft. In *Südafrika* hat der *Constitutional Court* am 02.12.1999 die erleichterte Einwanderung für ausländische Ehepartner von in Südafrika dauerhaft aufhältigen Personen auch auf dauerhafte gleichgeschlechtliche Partner ausgedehnt (Minister of Home Affairs and Two Others vs the National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Thirteen Others, CCT-10/99, dec. 02.12.1999). Am 03.04.98 gewährte der Oberste Gerichtshof *Namibias* in Abänderung einer Entscheidung des Innenministeriums einer deutschen Frau auf Grund ihrer lesbischen Partnerschaft mit einer namibischen Staatsbürgerin eine unbefristete Aufenthaltsbewilligung.

Argentinien gewährt gleichgeschlechtlichen Partnern, die seit mindestens fünf Jahren zusammenleben, verschiedene soziale Rechte, wie etwa das Recht auf Hinterbliebenenpension und die Anspruchsberechtigung in der Krankenversicherung. Der Oberste Gerichtshof *Brasilians* gewährte in einer Entscheidung vom 11.02.1998 einem Mann, der sieben Jahre mit seinem Partner in einer Lebensgemeinschaft lebte, das gesetzliche Erbrecht wie es Ehepartnern zukommt. Mit Verordnung vom 08.06.2000 hat die brasilianische Regierung gleichgeschlechtlichen Partnern (eheliche) Rechte in

den bereichen Pension, Sozialleistungen und Einkommenssteuer zuerkannt. In *Kolumbien* entschied das „Family Court 6“ („Juzgado 6 de Familia“), dass einem gleichgeschlechtlichen Lebensgefährten nach mehr als vier Jahren Lebensgemeinschaft die Stellung eines Alleinerben (unter Ausschluß der leiblichen Verwandten) zukommt und der Oberste Gerichtshof des Landes gewährte einer Frau dieselben Besuchsrechte hinsichtlich ihrer inhaftierten Partnerin wie Ehepaare sie genießen (Fall Montoya, 11.10.2001).

Am 04. Februar 1998 hat der Oberste Gerichtshof *Südafrikas* entschieden, daß Krankenversicherungen gleichgeschlechtliche Lebensgefährten als anspruchsberechtigte Angehörige anerkennen müssen. Im Oktober 98 hat ein Schiedsgericht in Kapstadt daraufhin dem gleichgeschlechtlichen Lebensgefährten eines verstorbenen Mannes eine Rente aus einem Pensionsfond zugesprochen und ihm damit gegenüber der (früheren) Ehefrau des Verstorbenen den Vorzug gegeben. 2001 erkannte der Oberste Gerichtshof die Verweigerung von Ehepartnervergünstigungen für Richter an Richter mit gleichgeschlechtlichen Lebenspartnern wegen Diskriminierung auf Grund sexueller Orientierung als verfassungswidrig (Satchwell vs. President of the Republic and others, Case 26289/2001 [Transvaal Provincial Division], 28.09.2001).

Der *israelische Staat*, die amerikanischen Bundesstaaten *New York, Vermont, Massachusetts, Oregon und Hawaii*, das *U.S.-Repräsentantenhaus* und einige weitere Bundesbehörden sowie zahlreiche *Städte in den USA*, verschiedene *Kirchen* in verschiedenen Ländern und eine ständig wachsende Zahl von *internationalen und nationalen Unternehmen* (allein in den USA mittlerweile über 2000) - wie beispielsweise die *Weltbank, das Europäische Währungsinstitut, IBM, Microsoft, Disney, Eastman Kodak, NYNEX, Air-Canada, General-Motors Canada, SNCF, die Deutsche Bahn, die Volksfürsorge-Versicherung, South African Airways, El-Al, United Airlines, American Airlines, US Airways, AT & T, DuPont, Honeywell, Levi Strauss, Polaroid, Reebok Int., Shell, XEROX, General Motors (USA), Ford (USA), Chrysler (USA), Coca Cola, die Heilsarmee* (Western Corporation = 13 U.S.-Bundesstaaten), die *Hebräische Universität von Jerusalem, die Universität von Tel Aviv, „Cooperativa Bancaria“ in Uruguay* u.a. - gleichgeschlechtlichen Partnern dieselben Vergünstigungen wie verschiedengeschlechtlichen (insb. Ehepartnern). Darüberhinaus ist die Gleichbehandlung von homosexuellen Partnerschaften oftmals bereits durch die oben unter B.3.b genannten Antidiskriminierungsgesetze untersagt.

In den USA hat der *Supreme Court von Hawaii* im Mai 1993 entschieden, daß die Beschränkung der Ehe auf Partner verschiedenen Geschlechts eine Ungleichbehandlung auf Grund des Geschlechts darstelle, weshalb die Regierung zwingende („compelling“) Gründe nachzuweisen hat, damit diese Einschränkung mit dem Gleichheitsgrundsatz der hawaiianischen Verfassung (Art. I sec. 5) vereinbar wäre (Baehr v. Lewin, 74 Haw. 530, 852 P.2d 44; 74 Haw. 650, 875 P.2d 225 (1993)). 1996 hat dann das Gericht erster Instanz im zweiten Rechtsgang entschieden, daß die Regierung es nicht vermochte, solche zwingenden Gründe vorzubringen, weshalb die Einschränkung der Ehe auf verschiedengeschlechtliche Paare verfassungswidrig ist. Das Verfahren ging in Berufung. Während dieses Berufungsverfahrens wurde in einem Referendum vom 03.11.1998 eine

Verfassungsänderung angenommen, mit der der Gesetzgeber ausdrücklich ermächtigt worden ist, die Ehe auf verschiedengeschlechtliche Ehen zu beschränken, woraufhin der Supreme Court die Berufung am 09.12.1999 für gegenstandslos erklärt hat, weil die Verfassungsänderung jene Bestimmung, die die Eheschließungsmöglichkeit auf verschiedengeschlechtliche Paare beschränkt, von dem Anwendungsbereich des Gleichheitsgrundsatzes ausgenommen worden ist. Der Gerichtshof bekräftigte allerdings ausdrücklich seine Ansicht, dass diese Beschränkung eine Ungleichbehandlung auf Grund des Geschlechtes sei, für die keine zwingenden Gründe vorliegen, und deutete an, dass die verfassungsgesetzliche Ausnahme nur für die Eheschließung an sich gelten könnte, nicht aber für die Benachteiligung gleichgeschlechtlicher Lebensgefährten hinsichtlich sozialen Schutzes, sozialer Vergünstigungen und Unterstützungen und sozialer Verpflichtungen. Ausdrücklich festgehalten hat der Gerichtshof in dieser Entscheidung auch, dass die hawaiianische Verfassung gegen Diskriminierung auf Grund sexueller Orientierung schütze und für Ungleichbehandlungen auf Grund „sexueller Orientierung“ ebenfalls „zwingende Gründe“ vorliegen müssen (Baehr vs. Miike, HawSC No. 20371, Civ. No. 91-1394-05 (09.12.1999), 1999 Hae LEXIS 391).

1998 wurde auch in *Alaska* die Beschränkung der Ehe auf verschiedengeschlechtliche Partner gerichtlich als Verletzung der staatlichen Verfassung erkannt. Das *Superior Court* stützte sich dabei nicht nur auf den Gleichheitsgrundsatz, sondern auch auf das fundamentale Recht jedes Einzelnen, seinen eigenen Lebenspartner zu wählen und eine (auch nicht-traditionelle) Familie zu gründen. Auch in Alaska wurde allerdings am 03.11.1998 in einer Volksabstimmung die Verfassung geändert. Ein neuer Artikel bestimmt nun, dass in Alaska eine Ehe nur zwischen einem Mann und einer Frau gültig und anerkannt sein kann.

Anders verlief die Entwicklung in *Vermont*, wo der *Supreme Court* am 20.12.1999 einstimmig entschieden hat, dass gleichgeschlechtliche Paare ein Recht auf denselben sozialen Schutz und dieselben sozialen Leistungen haben wie sie verschiedengeschlechtlichen Paaren durch die Ehe zukommen (Baker vs. State). Das Gericht hat dem Gesetzgeber für die entsprechenden Gesetzesänderungen eine „angemessene Frist“ gesetzt und es dabei offengelassen, ob die Ehe an sich geöffnet werden muß oder die Gleichstellung etwa auch durch die Einführung einer eingetragenen Partnerschaft ausreichend verwirklicht werden kann. Bereits im Frühjahr 2000 entschied sich der Gesetzgeber für die eingetragene Partnerschaft („civil union“), die vor dem Standesamt geschlossen und vor Gericht gelöst wird und mit nahezu allen Rechten und Pflichten verbunden ist, die auch mit der Ehe verbunden sind.

Bislang ist jedoch Swaziland der einzige Staat außerhalb Europas, der eine Eheschließung zwischen Personen des gleichen Geschlechts zuläßt.

Die gemeinsame Annahme eines Wahlkindes („Adoption“) durch gleichgeschlechtliche Partner ermöglichen bisher die spanische Provinz *Navarra*, die *Niederlande*, die kanadische Provinz *British Columbia* und die US-Bundesstaaten *Vermont* und *Californien* (durch ausdrückliche gesetzliche Regelung) sowie die kanadischen Provinzen *Ontario* und *Nova Scotia* und die US-Bundesstaaten

Illinois, Massachusetts, New Jersey und *New York* sowie der *District of Columbia* (durch die Judikatur).

Im September 2001 hat der *Oberste Gerichtshof Südafrikas* es wegen Diskriminierung auf Grund sexueller Orientierung als verfassungswidrig erklärt, dass gleichgeschlechtliche Lebenspartner nicht (unter denselben Bedingungen wie Ehepartner) gemeinsam Kinder adoptieren können (*Du Toi & De Vos vs. The Minister of Welfare and Population Development and others, Case 23704/2001 [Transvaal Provincial Division], 28.09.2001*).

(Vergleiche zu alldem eingehend und mit Nachweisen die Beilagen ./27, 23 ff; Beilage ./28, 38b).

C. Internationale Rechtsentwicklung

1. Homosexualität als Menschenrecht

Im Gegensatz zur Zeit der Aufklärung wird Homosexualität heute nicht mehr als eine Neigung oder ein Verhalten angesehen, das zwar nicht zu bestrafen, aber doch moralisch zu verurteilen oder als krank zu behandeln sei. Ein Leben gleichgeschlechtlich I(i)ebender Menschen in Würde und Gleichberechtigung wird vielmehr zunehmend als grundlegendes Menschenrecht gesehen.

Ein Teilaspekt dieses Menschenrechts, nämlich das Recht, im Privaten einverständliche gewaltlose sexuelle Beziehungen zwischen Erwachsenen einzugehen, ist in der internationalen menschenrechtlichen Judikatur bereits fest etabliert.

So hat der *Europäische Gerichtshof für Menschenrechte* in mittlerweile drei Fällen entschieden, daß ein generelles Verbot homosexueller Handlungen das Recht auf Achtung des Privatlebens (Artikel 8 EMRK) verletzt. "Die moralischen Anschauungen über Homosexualität", formuliert der Gerichtshof, "und die Sorge, daß jede Aufweichung des Gesetzes auf eine Unterminierung bestehender moralischer Standards hinausliefe, kann es nicht, ohne weiteres, rechtfertigen, in das Privatleben des Beschwerdeführers in einem solchen Ausmaß einzugreifen. 'Entkriminalisierung' heißt nicht Billigung und die Furcht, daß manche Teile der Gesellschaft falsche Schlüsse in dieser Richtung aus der Reform der Gesetzgebung ziehen könnten, bildet keine gute Grundlage für ihre Beibehaltung mit all ihren ungerechtfertigten Begleiterscheinungen." (*Dudgeon v. UK 1981, Para. 61*). Dies gilt auch wenn an den einverständigen privaten Sexualkontakten mehr als zwei Personen beteiligt sind (*EGMR: A.D.T. vs. UK 2000, 31.07.2000*).

Liechtenstein hat auf Grund dieser Judikatur des EGMR im Jahre 1982 die Europäische Menschenrechtskonvention nur mit dem Vorbehalt ratifiziert, daß sein damals gültiges Totalverbot homosexueller Beziehungen von Artikel 8 EMRK unberührt bleibt, und diesen Vorbehalt im April 1991 nach erfolgter Beseitigung dieses Totalverbots zurückgezogen (Mittlerweile hat Liechtenstein

sämtliche Sonderbestimmungen für homosexuelle Handlungen beseitigt und ein einheitliches Mindestalter von 14 Jahren festgelegt, Blg. ./8)

Am 27.09.1999 hat der EGMR schließlich den *Ausschluß homo- und bisexueller Frauen und Männer aus der britischen Armee* als mit dem Recht auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 EMRK) unvereinbar erklärt (*Lustig-Prean & Beckett v. United Kingdom* (Applications nos. 31417/96 and 32377/96), und *Smith & Grady v. United Kingdom* (Applications nos. 33985/96 and 33986/96) (27.09.1999)). Und am 21.12.1999 entschied der Gerichtshof, dass die Berücksichtigung der sexuellen Orientierung oder einer gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft eines Elternteils zu Lasten dieses Elternteils bei der *Entscheidung eines Obsorgestreits* das Recht auf Nicht-Diskriminierung (Art. 14 iVm Art. 8 EMRK) verletzt (*Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal* (Application No. 33290/96)(21.12.1999)). Diskriminierung auf Grund sexueller Orientierung sei ebenso inakzeptabel wie Diskriminierung auf Grund von „Rasse“ (*Lustig-Prean & Beckett v. United Kingdom* (par. 90), *Smith & Grady v. United Kingdom*, par. 97) oder Religion (*Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, par. 36); für die Rechtfertigung einer unterschiedlichen Behandlung auf Grund sexueller Orientierung müssten „sehr gewichtige Gründe“ vorliegen (*Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, par. 36). Bemerkenswert seien auch die Zulässigkeitsentscheidungen des Gerichtshofs in den Fällen *Karner vs. Austria* (appl. 40016/98, 11.09.2001), hinsichtlich gleichgeschlechtlicher Lebensgefährten, und *Fretté vs. France* (appl. 36515/97, 12.06.2001), hinsichtlich Adoption.

1993 beschloß die *Parlamentarische Versammlung des Europarates*, daß Aufnahmekandidaten aus den ehemals kommunistischen Ländern Diskriminierungen Homosexueller zu beenden haben, bevor sie in den Europarat aufgenommen werden können. Der politische Ausschuß sowie der Rechts- und Menschenrechtsausschuß sollte die Einhaltung unter anderem dieser Verpflichtung überprüfen und darüber alle sechs Monate berichten bis alle Forderungen der Versammlung erfüllt sind. Dieser Mechanismus gewann besondere Bedeutung im Falle Rumäniens. 1993 hat die Parlamentarische Versammlung der Aufnahme Rumäniens in den Europarat zwar zugestimmt, gleichzeitig jedoch unter anderem verlangt, daß das dort noch gültige Totalverbot homosexueller Beziehungen aufgehoben werde. 1996 hob Rumänien – nach erheblichem Druck des Europarates und der EU – das Totalverbot schließlich auf. Im Juni 2000 hat die Parlamentarische Versammlung die Aufnahme *Armeniens* nur unter der Bedingung befürwortet, dass das dort noch geltende Totalverbot homosexuellen Analverkehrs aufgehoben werde. Eine ähnliche Bedingung in bezug auf *Azerbaidjan* wurde wieder fallen gelassen, nachdem die azerbaidjanische Delegation mitteilte, der soeben verabschiedete neue Strafkodex beinhalte das Totalverbot nicht mehr.

Auch außerhalb der Grenzen Europas, auf globaler Ebene ist das Grundrecht auf straffreie homosexuelle Beziehungen mittlerweile anerkannt. 1994 entschied der *Menschenrechtsausschuß der Vereinten Nationen*, daß ein generelles Verbot homosexueller Beziehungen den UN-Pakt über bürgerliche und politische Rechte verletzt (*Toonen vs. Commonwealth of Australia* 1994). Er sah dabei nicht nur das Recht auf Privatleben (Artikel 17) sondern auch das Recht auf Gleichbehandlung (Artikel

26) verletzt, weil eine Ungleichbehandlung aufgrund der sexuellen Orientierung immer auch eine Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts darstelle.

Bereits 1993 hat der UN-Menschenrechtsausschuß Rumänien wegen seiner antihomosexuellen Gesetzgebung kritisiert und 1995 hat er zudem seiner Sorge über die ernsthafte Beeinträchtigung des Privatlebens durch die Kriminalisierung privater sexueller Beziehungen zwischen einverständigen Erwachsenen in einigen US-Bundesstaaten Ausdruck verliehen, insbesondere wegen der daraus resultierenden Folgen für die diskriminierungsfreie Ausübung anderer Menschenrechte.

Am 1. Juli 1997 schließlich entschied die Europäische Kommission für Menschenrechte, daß ein höheres Mindestalter für homosexuelle Beziehungen als für heterosexuelle Beziehungen im Strafrecht Artikel 14 iVm Artikel 8 EMRK verletzt (Euan Sutherland v. UK, Para. 66).

Im November 1998 forderte der Menschenrechtsausschuß der Vereinten Nationen Österreich auf, das diskriminierende Mindestalter für männlich-homosexuelle Beziehungen zu beseitigen (siehe oben A.1.c.).

(Eingehende Nachweise zu alldem finden sich in Beilage ./28; Beilage ./27, 9–17, 23; Beilage ./2, 440)

2. Homosexualität als Rechtsgut

Seit dem Beginn der Achtzigerjahre wird Homosexualität nicht nur als Menschenrecht in dem Sinn begriffen, daß sie nicht staatlicherseits bestraft werden darf, sondern zunehmend im Sinne der Unzulässigkeit jeder Benachteiligung aufgrund "sexueller Orientierung" und der Verpflichtung des Staates zum Schutz gegen solche Benachteiligungen und Diskriminierungen. "Sexuelle Orientierung" wird immer mehr zum Rechtsgut, zu einem durch die Rechtsordnung zu schützenden Gut.

a. Die Europäische Union

aa) Europäisches Parlament

In der *Europäischen Union* setzte das Parlament den Anfang, als es im Jahre 1983 die sowjetische Regierung aufforderte, die Verfolgung von Homosexuellen zu beenden, insbesondere die KGB-Taktik aufzugeben, wonach Dissidenten mit dem Vorwurf der Homosexualität diffamiert wurden.

Am 13. März 1984 beschloß das Parlament die "Entschließung über sexuelle Diskriminierung am Arbeitsplatz", in der es die Beendigung der Benachteiligungen homosexueller Frauen und Männer, insbesondere einheitliche Mindestaltersgrenzen für hetero- und homosexuelle Beziehungen, forderte.

1986 wandte es sich in seiner Resolution über sexuelle Gewalt gegen Frauen gegen Diskriminierungen aufgrund von "sexueller Orientierung", und in seinem Aids-Report 1990 unterstrich das Parlament die Notwendigkeit, Homosexuelle in Präventions- und andere Aids-Maßnahmen auf Gemeinschaftsebene einzubeziehen.

1992 verlangte das Parlament in der "Resolution on a European Charta of Rights of the Child" in einer künftigen Gemeinschaftscharta über die Rechte des Kindes – neben den in der UN-Kinderrechtskonvention enthaltenen Rechten – auch ein Verbot der Diskriminierung von Kindern und Jugendlichen wegen ihrer "sexuellen Orientierung" festzuschreiben.

Anläßlich des Vorschlags der Kommission für eine Novelle zur Dienstordnung für Beschäftigte der EU forderte das Parlament 1993 die Einbeziehung eines Diskriminierungsverbots wegen "sexueller Orientierung" in diese Dienstordnung.

Im Februar 1994 schließlich verabschiedete das Parlament die *"Entschließung über gleiche Rechte von homosexuellen Frauen und Männern in der EG"*. Es bekräftigt darin seine Überzeugung, daß "alle Bürger gleichbehandelt werden [müssen], ungeachtet ihrer sexuellen Orientierung" und forderte umfassende Gleichberechtigung und die Beendigung jeder Diskriminierung homosexueller Menschen. Neben dem Zugang zur "Ehe oder vergleichbaren rechtlichen Regelungen", die "die vollen Rechte und Vorteile der Ehe garantieren", sowie der Gleichbehandlung im Pflegschafts- und Adoptionsrecht werden neuerlich einheitliche Altersgrenzen für homo- und heterosexuelle Kontakte verlangt.

In seinen *Menschenrechtsberichten* für die Jahre 1994, 1995, 1996, 1997, 1998/99 und 2000 bekräftigte das Parlament seinen Appell zur Beendigung jeder Diskriminierung aufgrund sexueller Orientierung und zur gesetzlichen Anerkennung gleichgeschlechtlicher Paare.

Als die niederländische Ratspräsidentschaft Anfang 1997 versuchte, die Schutzkategorie "sexuelle Orientierung" aus dem Entwurf für die Antidiskriminierungsbestimmung im geplanten neuen EU-Vertrag herauszunehmen, verurteilte sie das Europäische Parlament und forderte die Wiederaufnahme dieser Schutzkategorie, was auch geschah. Auch danach bekräftigte das EP die Aufnahme einer solchen Antidiskriminierungsbestimmung in den EG-Vertrag.

Als das rumänische Abgeordnetenhaus – entgegen der Zusagen Rumäniens bei der Aufnahme in den Europarat (siehe oben) – die Beibehaltung des Totalverbots homosexueller Kontakte beschloß, protestierte das EP in einer scharfen Resolution vom 18.09.1996, woraufhin das

rumänische Abgeordnetenhaus seinen Beschluß revidierte und am 25.09.1996 für die Aufhebung des Totalverbots votierte.

Am 17.09.98 erklärte das EP in einer *Dringlichkeitsresolution über die Rechte von Lesben und Schwulen in der EG*, daß es der Aufnahme von neuen Mitgliedsstaaten die diskriminierenden Vorschriften für Homosexuelle haben, nicht zustimmen werden. Österreich wurde neuerlich aufgefordert, sein diskriminierendes erhöhtes Mindestalter für schwule Beziehungen (§ 209 öStGB) endlich aufzuheben.

bb) Europäische Kommission

Die *Europäische Kommission* begann erst im Jahre 1991, sich mit der Diskriminierung homosexueller Frauen und Männer auseinanderzusetzen.

In diesem Jahr richtete das Kommissionsmitglied für soziale Angelegenheiten eine Abteilung ein, die für Kontakte mit nationalen und internationalen Homosexuellenorganisationen verantwortlich ist.

In einem Vertrag mit der European Human Rights Foundation beauftragte die Kommission zugleich das europäische Universitätsinstitut in Florenz und das Departement für Lesben- und Schwulenforschung der Universität Utrecht mit der Ausarbeitung einer Studie über die Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf homosexuelle Frauen und Männer. Diese Studie wurde 1993 unter dem Titel "*Homosexuality: A European Community Issue, Essays on Lesbian and Gay Rights in European Law and Policy*" veröffentlicht. Sie endet mit dem Aufruf, jegliche Ungleichbehandlung auf Basis der sexuellen Orientierung zu beenden.

In ihrem "*Code of Practice on Sexual Harassment at the Workplace*" verurteilte die Kommission 1991 unter anderem die Diskriminierung von homosexuellen Frauen und Männern.

1993 schließlich erschien die Studie "*Lesbian Visibility – A Report about Lesbians within the European Community*", die von der nationalen dänischen Homosexuellenorganisation (LBL) und der Internationalen Lesbian and Gay Association (ILGA) ausgearbeitet und von der Kommission finanziert worden ist.

Anlässlich der 50. Jährung der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte finanzierte die Kommission das Projekt „*A Human Rights Agenda for the European Union for the Year 2000*“. Basierend auf dem umfassenden Bericht einer ExpertInnengruppe um Prof. Philip Alston, Vorstand der Rechtswissenschaftlichen Fakultät des European University Institutes, Florenz, hat ein Weisenrat eine umfassende Menschenrechtsagenda für die Europäische Union ausgearbeitet. Diesem Weisenrat gehörten an Antonio Cassesse, Präsident des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien, Catherine Lalumière, Mitglied des Europäischen Parlaments und frühere

Generalsekretärin des Europarates, Peter Leuprecht, früherer Stellvertretender Generalsekretär des Europarates, und Mary Robinson, frühere irische Staatspräsidentin und UN-Hochkommissarin für Menschenrechte. Sowohl der Endbericht der ExpertInnengruppe als auch die Agenda des Weisenrates unterstreichen die Grundrechte von Lesben und Schwulen. Die Schlußfolgerung und die Empfehlung des ExpertInnenteams, daß „*discrimination based on sexual orientation continues to be widespread and should be more systematically addressed through a Commission action plan and the development of a draft directive on equal treatment*“ (para. 208 des Endberichts) wurde wortgleich in die Agenda des Weisenrates (para. 12) übernommen.

Am 25.11.1999 hat die Kommission dem Ministerrat dementsprechend zur Umsetzung des Art. 13 EGV (idF des Vertrages von Amsterdam, siehe unten) ein umfassendes *Anti-Diskriminierungspaket* vorgeschlagen. Dieses Paket beinhaltet zwei Richtlinienvorschläge und einen Vorschlag für ein Aktionsprogramm. Die *erste* der beiden *Richtlinien* („*Beschäftigungsrichtlinie*“) zielt auf die Untersagung von (direkter und indirekter) Diskriminierung (inkl. „*Mobbing*“) im Bereich von Beschäftigung und Beruf (inkl. Zugang zu abhängiger und selbständiger Erwerbstätigkeit, einschl. Auswahlbedingungen und Einstellungskriterien, beruflichem Aufstieg, beruflicher (Aus- und Weiter-)Bildung und Umschulung, Beschäftigungsbedingungen, einschl. Entlassungsbedingungen und Arbeitsentgelt, sowie Mitgliedschaft in Arbeitnehmerorganisationen und beruflichen Vereinigungen, bzw. der Inanspruchnahme der Leistungen solcher Organisationen). Diese Richtlinie schützt auch gegen Diskriminierung auf Grund sexueller Orientierung schützen. Die *zweite Richtlinie* („*Antirassismusrichtlinie*“), die weitergehenden Schutz gewährt und auch die Bereiche Sozialschutz und soziale Sicherheit, soziale Vergünstigungen, Bildung, einschl. Ausbildungsbeihilfen und Stipendien, Zugang zu Waren und Dienstleistungen (als Kunde wie auch als Anbieter) erfasst, bietet hingegen nur gegen Diskriminierungen auf Grund von „*Rasse*“ und „*ethnischer Herkunft*“ Schutz. Das *Aktionsprogramm* für die Jahre 2001-2006 soll die Umsetzung der beiden Richtlinien unterstützen und ergänzen durch die Förderung von Informations- und Erfahrungsaustausch, Austausch vorbildlicher Lösungen (im juristischen und nicht-juristischen Bereich) sowie der Zusammenarbeit in europäischen Netzwerken.

Am 01.12.1999 hat die Kommission (auf Grund des Art. 63 Z. 3a EGV idF des Vertrages von Amsterdam) eine *Richtlinie zur einheitlichen Regelung der Familienzusammenführung* bei Drittstaatsangehörigen vorgeschlagen. Neben Ehepartnern sollen auch nichtverheiratete Lebenspartner ein Nachzugsrecht – wie Ehepartner – haben, sofern von einer auf Dauer angelegten Beziehung ausgegangen werden kann. Dies gilt, wie die Kommission in der Begründung des Richtlinienvorschlags ausführt, ausdrücklich auch für gleichgeschlechtliche Partner. Allerdings haben (verschieden- wie gleichgeschlechtliche) Lebensgefährten nur dann einen Anspruch auf Nachzug, wenn „in den Rechtsvorschriften“ des Zielmitgliedstaates „*unverheiratete Paare mit verheirateten gleichgestellt sind*“, sodaß den Mitgliedstaaten die Grundsatzentscheidung, ob sie unverheiratete Partner bei der Familienzusammenführung berücksichtigen oder nicht, weiterhin freisteht. Gewähren sie aber bestimmten Einwohnern (etwa den eigenen Staatsbürgern) das Recht auf Zusammenführung mit unverheirateten Partnern, so haben sie dieses Recht auch Bürgern anderer EU/EWR-Staaten sowie Drittstaatsangehörigen zu gewähren.

Schon zuvor, bereits am 14.10.1998 hat die Kommission in ihrem Vorschlag für eine Änderung der *Verordnung über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer* in der Gemeinschaft (VO 1612/68 (EWG)) vorgesehen, dass auch nichteheliche Lebensgefährten eines Wanderarbeitnehmers ein Aufenthaltsrecht haben, wenn „nach dem Recht des Aufnahmemitgliedstaates“ nichteheliche Lebensgefährten Ehegatten „gleichgestellt“ sind und im Anwendungsbereich dieser Diskriminierung auf Grund sexueller Ausrichtung verboten.

Neuerdings inkludiert die Kommission in ihre *Vorschläge für Rechtsakte* regelmäßig ein Verbot der Diskriminierung auf Grund sexueller Ausrichtung (unter ausdrücklicher Berufung auf Art. 13 EGV und Art. 21 der Grundrechte-Charta) und bezieht nichteheliche Lebensgefährten im oben angeführten Sinn in den Angehörigenbegriff ein.

Im September 2001 hat sie auch einen Vorschlag für eine Asyl-Anerkennungs-Richtlinie vorgelegt, der ausdrücklich festlegt, daß auch Gruppen, die durch ihre sexuelle Orientierung definiert sind, als „bestimmte soziale Gruppe“ im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention gelten, und ihren Angehörigen daher bei Verfolgung Asyl zu gewähren ist

cc) Ministerrat

Ende Dezember 1995 genehmigte der *Europäische Rat* den Bericht der Vorbereitungsgruppe für die Regierungskonferenz 1996, der im Menschenrechtskatalog auch ein Verbot der Diskriminierung wegen sexueller Orientierung vorsah. Der am 17.06.1997 unterzeichnete Vertrag von Amsterdam sieht eine Ermächtigung für den Rat vor, im Zuständigkeitsbereich der EG einstimmig und auf Vorschlag der Kommission Maßnahmen gegen Diskriminierung aufgrund "sexueller Orientierung" zu setzen (Artikel 13 EGV).

1999 berief der Europäische Rat einen Konvent zur Ausarbeitung einer *Europäischen Charta der Grundrechte in der Europäischen Union* ein. Erste Entwürfe berücksichtigten Diskriminierung auf Grund „sexueller Orientierung“ nicht. Spätere Entwürfe hingegen schon. Auch der vom Rat im Dezember 2000 in Nizza angenommene Text sieht ein Verbot der Diskriminierung auf Grund „sexueller Ausrichtung“ vor (Art. 21).

Am 27.11.2000 verabschiedete der Rat die „*Beschäftigungsrichtlinie*“ (2000/78/EG), mit der unionsweit Maßnahmen gegen Diskriminierung u.a. auf Grund „sexueller Ausrichtung“ in der Arbeitswelt vorgeschrieben werden, sowie ein *Aktionsprogramm* gegen Diskriminierung u.a. auf Grund „sexueller Ausrichtung“ für die Jahre 2001-2006 mit einem Budget von nahezu 100 Millionen EURO.

dd) Europäischer Gerichtshof

Der *Europäische Gerichtshof* hielt im Jahre 1986 noch fest, daß das Mitzugsrecht für Familienangehörige im Rahmen des gemeinschaftlichen Freizügigkeitsrechts auf Ehepaare beschränkt und nicht einmal verschiedengeschlechtlichen Lebensgefährten zukommt.

1996 hat der Gerichtshof jedoch entschieden, daß die Entlassung einer Transsexuellen auf Grund einer erfolgten geschlechtsanpassenden Operation eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts darstelle und daher gegen das Gemeinschaftsrecht verstoße (*P vs. S und Cornwall County Council, Case C-13/94 (1996)*).

Im Gefolge dieser Entscheidung waren zwei Fälle anhängig. In einem klagte eine Frau ihren Arbeitgeber, weil sie Vergünstigungen für ihre Lebenspartnerin nicht erhielt, die sie jedoch erhalten hätte, wenn entweder sie selbst oder ihre Partnerin ein Mann wäre. Die Vorenthaltung von Partnerschaftsvergünstigungen auf Grund der Gleichgeschlechtlichkeit der Partnerschaft des Arbeitnehmers sei eine unzulässige Diskriminierung auf Grund des Geschlechts und daher mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar. Der Generalanwalt hat sich in seinen Schlußanträgen der Ansicht der Beschwerdeführerin zwar angeschlossen, der Gerichtshof jedoch nicht. Dies sei keine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts und Diskriminierungen auf Grund der sexuellen Orientierung verbiete das Gemeinschaftsrecht nicht. Das könne allenfalls erst mit (nunmehr erlassen; siehe unten ee)) Rechtsakten auf Grund des neuen Art. 6a EGV (nunmehr Art. 13 EGV) ändern (*Lisa Jacqueline Grant vs. South West Trains Ltd., Case C-249/96*). Den zweiten Fall hat das Londoner High Court dem Gerichtshof am 13. März 97 vorgelegt. In diesem Fall berief sich ein Mann (Terry Perkins) auf die Gleichbehandlungsrichtlinie, der 1995 wegen seiner Homosexualität von British Navy entlassen worden ist. Dieser Fall wurde unter dem Eindruck der vorhin erwähnten Entscheidung zurückgezogen.

Auch die Verweigerung der Gewährung einer im EG-Personalstatut für verheiratete Beamte vorgesehenen *Haushaltszulage an Beamte*, die eine eingetragene Lebenspartnerschaft eingegangen sind, verstößt nach Ansicht des EuGH nicht gegen das Gleichbehandlungsgebot. Eingetragene Lebenspartner und Ehepaare befänden sich nicht in vergleichbaren Situationen („in der gleichen Lage“), weil die nationalen Rechtsvorschriften in den Mitgliedstaaten nicht nur eine große Verschiedenartigkeit zueinander aufweisen, sondern vor allem eine allgemeine (materielle) Gleichstellung mit der Ehe nicht vorsehen (*D. & Königreich Schweden vs. Rat der Europäischen Union, Rs. C-122/99 P, C-125/99 P*).

ee) Unionsrecht

EG-Vertrag. Mit dem am 01.05.1999 in Kraft getretenen Vertrag von Amsterdam wurde in den EG-Vertrag eine Ermächtigung für den Rat eingefügt, im Zuständigkeitsbereich der EG einstimmig und auf Vorschlag der Kommission Maßnahmen gegen Diskriminierung auf Grund „sexueller Orientierung“ zu setzen (Art. 13 EGV).

Beschäftigungsrichtlinie. In Ausführung des Art. 13 EGV verabschiedete der Ministerrat am 27.11.2000 die RL 2000/78/EG, mit der unionsweit in der Arbeitswelt umfassende Maßnahmen gegen Diskriminierung u.a. auf Grund „sexueller Ausrichtung“ vorgeschrieben werden.

EG-Personalstatut. Das am 15.04.98 vom Ministerrat verabschiedete Personalstatut (VO EG 781/98 = ABI L 113/4) untersagt unmittelbare und mittelbare Diskriminierung auf Grund sexueller Orientierung. Diese Antidiskriminierungsbestimmung im Personalstatut war die erste rechtsverbindliche Vorschrift im Gemeinschaftsrecht, die Diskriminierung auf Grund sexueller Orientierung untersagte.

Elternurlaubsrichtlinie. Die Richtlinie über die Gewährung von Elternurlaub (96/34/EC) sieht ein Recht auf unbezahlte Karenz vor, wenn dringende Familienangelegenheiten in Fällen von Krankheit oder Unfall die Anwesenheit des Arbeitnehmers unerlässlich machen. In den Protokollen der Beratungen im Ministerrat ist festgehalten, daß diese Richtlinie ohne jede Diskriminierung u.a. aufgrund sexueller Orientierung umgesetzt werden soll.

Datenschutzrichtlinie. Die (EG) Datenschutzrichtlinie gewährt speziellen Schutz bei Daten, die sich auf das Sexualeben eines Menschen beziehen (Art. 8).

Social Charter. Die Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers aus 1989 legt in ihrer Präambel fest, daß es im Interesse der Gleichbehandlung wichtig ist, jede Form von Diskriminierung zu bekämpfen.

b. Der Europarat

Als erste internationale Institution ist die *Parlamentarische Versammlung des Europarates* im Jahre 1981 gegen die Diskriminierung homosexueller Frauen und Männer aufgetreten.

In ihrer *"Empfehlung betreffend die Diskriminierung von Homosexuellen"* erinnert die Versammlung "an ihr entschlossenes Eintreten für den Schutz der Menschenrechte und die Abschaffung der Diskriminierung in jeder Form", bezeichnet die Diskriminierung von homosexuellen Menschen als "Überreste von jahrhundertealten Vorurteilen", verleiht der Überzeugung Ausdruck, "daß alle Personen männlichen oder weiblichen Geschlechts, die das gesetzlich vorgeschriebene Mündigkeitsalter des Landes, in dem sie leben, erreicht haben, ein Recht auf sexuelle Selbstbestimmung haben müssen" und betont, "daß der Staat in Bereichen, die im öffentlichen Interesse liegen, wie z.B. der Schutz des Kindes, Verantwortung trägt".

Sie forderte daher die Beendigung der Diskriminierung von homosexuellen Frauen und Männern, insbesondere "dieselbe Altersgrenze der Mündigkeit für homosexuelle und heterosexuelle Handlungen anzuwenden".

In einer am selben Tag verabschiedeten *Entschließung* forderte die Versammlung zudem "die Weltgesundheitsorganisation auf, die Homosexualität aus der internationalen Klassifikation der Krankheiten zu streichen".

Im Anschluß an die vorhin erwähnte Empfehlung der Parlamentarischen Versammlung fand im Jahre 1982 die *15. Kriminologische Forschungskonferenz des Europarates* statt, die auch die Situation homosexueller Frauen und Männer zum Gegenstand hatte. Im Rahmen dieser Konferenz hat der für Homosexualität bestellte Berichterstatter West dafür plädiert, im sexualstrafrechtlichen Jugendschutz nicht zwischen Homo- und Heterosexualität zu unterscheiden. Der für den Bereich des sexualstrafrechtlichen Kinder- und Jugendschutzes bestellte Berichterstatter Horst Kotte hat sich für eine einheitliche Altersgrenze von 14 Jahren ausgesprochen. Demgemäß hat die Konferenz in ihrem Schlußdokument die Forderung der Parlamentarischen Versammlung nach einheitlichen Mindestaltersgrenzen unterstützt.

1983 betonte die *Parlamentarische Versammlung des Europarates* ihre Überzeugung, daß jeder einzelne das Recht habe, daß seine Privatheit respektiert werde sowie das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung.

Seit dem Jahre 1990 wird in der Versammlung ein Vorschlag für ein *Zusatzprotokoll zur Europäischen Menschenrechtskonvention* beraten, das jegliche Benachteiligung homosexueller Frauen und Männer ächten soll. Den entsprechenden Antrag hat das Präsidium im Jahre 1991 dem Committee for Human Rights and Legal Affairs sowie dem Social, Health and Family Affairs Committee zugewiesen. Die Generalversammlung des *European Youth Forums*, des Dachverbandes der Jugendorganisationen in der Europäischen Gemeinschaft (EG), hat in einer Resolution vom Februar 1991 die Annahme eines solchen Zusatzprotokolls gefordert.

Auch die von der European Youth Foundation des Europarates im Jahre 1989 durchgeführte *Second Conference on Intolerance* forderte in ihrem Schlußdokument "Equal Rights and Opportunities to all People regardless of [...] Sexual Orientation".

Und jene "non-governmental organizations" (NGOs), die vom Europarat "beratenden Status" zuerkannt erhalten haben und an den Menschenrechtsfragen interessiert sind, haben auf ihrer 67. Versammlung am 2. Oktober 1990 gefordert, "alle Gesetze zu beseitigen, die Homosexualität diskriminieren" und "davon Abstand zu nehmen, neue diskriminierende Gesetze einzuführen".

Im November 1997 hat der Generalsekretär des Europarates der *International Lesbian and Gay Association (ILGA)* beratenden Status beim Europarat zuerkannt.

Im Juli 1999 hat das Ministerkomitee des Europarates der Parlamentarischen Versammlung den Entwurf eines *12. Zusatzprotokolls* zur Europäischen Menschenrechtskonvention zugeleitet.

Dieses Zusatzprotokoll sieht einen allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz vor. Am 26.01.2000 forderte die Parlamentarische Versammlung, das Merkmal „sexuelle Orientierung“ in die Liste der verpönten Grundlagen für Diskriminierung aufzunehmen, welche EntschlieÙung das Ministerkomitee am 09.02.2000 dem Steering Committee für Human Rights zur Berücksichtigung bei der Erarbeitung des finalen Textes des Zusatzprotokolls übermittelte (Blg. ./33).

Am 25.02.2000 hat der „Ausschuß für Einwanderung, Flüchtlinge und Demographie“ der Parlamentarischen Versammlung seinen *Bericht zur „Situation der Lesben und Schwulen und ihrer Partner in bezug auf Asyl und Einwanderung in den Mitgliedstaaten des Europarates“* vorgelegt (Blg. ./34). In dem darin enthaltenen, im Ausschuß einstimmig auf Grund ihrer sexuellen Orientierung Verfolgten gem. der Genfer Flüchtlingskonvention Asyl zu gewähren, (b) im Bereich der sozialen Rechte und des sozialen Beistands sicherzustellen, dass homosexuelle Partnerschaften und Familien ebenso behandelt werden wie heterosexuelle Partnerschaften und Familien und (c) sicherzustellen, dass bi-nationale lesbische und schwule Paare dieselben Aufenthaltsrechte erhalten wie bi-nationale heterosexuelle Paare. Das Ministerkomitee wird aufgefordert, Richtlinien in diesem Sinne auszuarbeiten. Die entsprechende Empfehlung wurde am 30.06.2000 verabschiedet (Blg. ./35).

Der „Ausschuß für rechtliche Angelegenheiten und Menschenrechte“ schließlich hat am 06. Juni 2000, ebenfalls einstimmig, seinen Bericht über *„Situation von Lesben und Schwulen in den Mitgliedstaaten des Europarates“* (Bl. ./36) beschlossen. In der darin vorgeschlagenen Empfehlung der Parlamentarischen Versammlung, die am 25.09.2000 mit 77% Mehrheit angenommen worden ist, werden die Mitgliedstaaten aufgefordert, (a) Diskriminierung auf Grund „sexueller Orientierung“ gesetzlich zu verbieten, (b) homosexuelle Beziehungen zwischen einverständigen Erwachsenen straffrei zu stellen, (c) dasselbe Mindestalter für homo- und heterosexuelle Beziehungen festzulegen, (d) positive Maßnahmen zur Bekämpfung homophober Einstellungen, insb. in Schulen, den medizinischen Berufen, den Streitkräften und der Polizei durch Schulung zu bekämpfen, (e) falls notwendig, disziplinarische Maßnahmen gegen jene zu treffen, die Homosexuelle diskriminieren, (f) Gleichbehandlung in der Arbeitswelt zu gewährleisten, (g) in ihrer Gesetzgebung „eingetragene Partnerschaften“ zu ermöglichen und (h) Verfolgung von Homosexuellen als Asylgrund anzuerkennen. Dem Ministerkomitee wird neuerlich empfohlen, „sexuelle Orientierung“ im geplanten Zusatzprotokoll zur Europäischen Menschenrechtskonvention ausdrücklich anzuführen und den Wirkungsbereich der Europäischen Kommission gegen Rassismus und Intoleranz (ECRI) auf Homophobie zu erweitern. Neuerlich wird Diskriminierung auf Grund sexueller Orientierung als „eine der abscheulichsten Formen von Diskriminierung“ („one of the most odious forms of discrimination“) bezeichnet (Blg. ./37).

Das Ministerkomitee hat von allen Organen des Europarates am spätesten gegen die Diskriminierung homo- und bisexueller Menschen Stellung genommen.

Es war nicht vor dem 25.10.2000, dass die (Regierungs)Vertreter der damals 41 Mitgliedstaaten in ihrer Empfehlung über die freie Ausübung des Rechtsanwaltsberufes vom 25.10.2000 die Mitgliedstaaten aufgefordert haben, „die rechtliche Ausbildung sowie den Zugang zu

und die Ausübung der Rechtsberufe insb. nicht auf Grund ... der sexuellen Präferenz ... zu versagen“ (Rec 2000(21), Principle II.1) (Blg. ./19b).

Im September 2001 schließlich hat das Ministerkomitee in Beantwortung der Empfehlung 1474(2000) der Parlamentarischen Versammlung vom September 2000 darauf hingewiesen, dass die Mitgliedstaaten auf Grund der Spruchpraxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zur Reform jeglicher diskriminierender Rechtsvorschriften verpflichtet sind und hat die Notwendigkeit unterstrichen, aktiv größere Toleranz auf Grund sexueller Orientierung, insb. auch in den Schulen, dem Militär und der Polizei, den ärztlichen und den Rechtsberufen, zu fördern. Das Ministerkomitee versicherte der Parlamentarischen Versammlung, dass es der Diskriminierung auf Grund sexueller Orientierung fortan hohe Aufmerksamkeit schenken werde (Doc 9217, 21.09.2001) (Blg. ./19a).

c. OSZE

Im Rahmen des ersten *KSZE-„Implementation Meetings on Human Dimension Issues“*, das im Herbst 1993 in Warschau stattfand, wurde auch dieses Thema behandelt. Die Delegationen Dänemarks, Norwegens und der Niederlande haben im Zuge dieses Treffens alle Staaten dazu aufgefordert, jegliche Diskriminierung homosexueller Menschen zu beseitigen, und im, einstimmig verabschiedeten, "Final Report" wird auf die Diskriminierung von Homosexuellen hingewiesen.

Die *Parlamentarische Versammlung der OSZE* verurteilte 1995 die Diskriminierung gleichgeschlechtlich liebender Frauen und Männer. Die Versammlung verabschiedete mit überwältigender Mehrheit die *Ottawa-Deklaration*, in der es heißt: "(the assembly) calls on the member states to ensure that all persons belonging to different segments their population be accorded equal respect and consideration in their constitutions, legislation and administration and that there be no subordination, explicit or implied on the basis of ethnicity, race, color, language, religion, sex, sexual orientation and national or social origin or belonging to a minority."

d. Vereinte Nationen

Bereits Artikel 7 der *Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte* bestimmt, daß "alle Menschen ... vor dem Gesetz gleich [sind] und ... ohne Unterschied Anspruch auf gleichen Schutz durch das Gesetz [haben]".

Dieser allgemeine Grundsatz wurde dann in Artikel 26 des *Internationalen (UN)Paktes über bürgerliche und politische Rechte 1976* näher und für die Unterzeichnerstaaten verbindlich ausformuliert: "Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich und haben ohne Diskriminierung Anspruch auf gleichen Schutz durch das Gesetz. In dieser Hinsicht hat das Gesetz jede Diskriminierung zu verbieten und allen Menschen gegen jede Diskriminierung, wie insbesondere wegen der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung,

der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status, gleichen und wirksamen Schutz zu gewährleisten."

Der *Internationale (UN)Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte 1976* schließlich bestimmt: "Die Vertragsstaaten erkennen das Recht eines jeden auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen an, durch die insbesondere gewährleistet wird a) ein Arbeitsentgelt, das allen Arbeitnehmern mindestens sichert, ... angemessenen Lohn und gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit ohne Unterschied welcher Art auch immer ... c) gleiche Möglichkeiten für jedermann, in seiner beruflichen Tätigkeit entsprechend aufzusteigen, wobei keine anderen Gesichtspunkte als Beschäftigungsdauer und Befähigung ausschlaggebend sein dürfen."

Der *Wirtschafts- und Sozialrat der Vereinten Nationen* hat im Jahre 1983 eine "*Studie über die rechtlichen und sozialen Probleme sexueller Minderheiten*" verlangt, die die "Subcommission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities" vier Jahre später dem Generalsekretär in Auftrag gab. Dieser bestellte hierzu den französischen Diplomaten Jean Fernand-Laurent, der die Studie im Jahre 1988 vorgelegt hat und zum Schluß kommt, daß neben der Einführung der Strafbarkeit jeder Diskriminierung aufgrund von sexueller Orientierung und verschiedenen anderen Maßnahmen auch einheitliche Altersgrenzen, wie von der Parlamentarischen Versammlung des Europarates vorgeschlagen, zu setzen seien.

1992 machte Special Rapporteur Danilo Turk in seiner von der Subcommission in Auftrag gegebenen *Studie über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte* deutlich, daß Diskriminierungen aufgrund sexueller Orientierung künftig erhöhte Aufmerksamkeit zu schenken sein wird.

Am 24.08.1995 wies die "*Subcommission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities*" in einer Resolution darauf hin, daß homosexuelle Männer zu jenen Gruppen gehören, die "unter einem nachteiligen wirtschaftlichen, sozialen oder rechtlichen Status leiden und die daher als Ergebnis dieser Marginalisierungen einem größeren Risiko einer HIV-Infektion ausgesetzt sind".

1996 verabschiedete die *UN-Commission on Human Rights (CHR)* eine ähnliche Resolution, die auf zwei Berichte des Joint UN-Programms on HIV/Aids zurückgeht. Auch in dieser Resolution betont die CHR, daß Personen, die unter einer nachteiligen sozioökonomischen oder rechtlichen Situation zu leiden haben, hinsichtlich einer HIV-Infektion besonders gefährdet sind, und nennt als Beispiel wiederholt die homosexuellen Männer, die unverhältnismäßig stark unter der Aids-Epidemie zu leiden haben.

Immer wieder weisen die von der CHR eingesetzten Special Rapporteurs zur Menschenrechtssituation in verschiedenen Ländern auf die Menschenrechte von Homosexuellen und deren Verletzung hin.

Im Jahre 1993 wurde der *International Lesbian and Gay Association (ILGA)* offizieller "Roster-NGO-Status" zum Wirtschafts- und Sozialrat gewährt.

Auf der *Weltmensenrechtskonferenz 1993* in Wien unterstützten die Regierungsvertreter von fünf Staaten gleiche Rechte für homosexuelle Menschen. Der Text für die Schlußerklärung der Konferenz sah ursprünglich eine Antidiskriminierungsklausel vor, die taxativ bestimmte verpönte Merkmale aufgezählt hat. Darunter befand sich "sexuelle Orientierung" nicht. Nachdem Kanada einen Antrag auf Erweiterung der Bestimmung um dieses Merkmal eingebracht hatte, einigte sich die Konferenz auf eine "offene" Bestimmung, die folgendermaßen lautet:

"Respect for Human Rights and for fundamental Freedoms without Distinctions of any Kind is a fundamental Rule of International Human Rights Law"

Im Abschlußbericht des *World Congress of the UN Commission on Crime Prevention and Criminal Justice 1994*, der in der Folge durch die UN Commission on Crime Prevention and Criminal Justice angenommen worden ist, wird der Sorge über Gewalt gegen Homosexuelle Ausdruck verliehen und die Entkriminalisierung homosexueller Handlungen zwischen einverständigen Erwachsenen empfohlen.

Bestrebungen, in die "Platform for Action" der *World Conference on Women 1995* in Peking auch auf Forderungen nach Beendigung von Diskriminierung aufgrund sexueller Orientierung und nach rechtlichem Schutz gegen solche Diskriminierung aufzunehmen, scheiterten in der Schlußplenarsitzung am Erfordernis der Einstimmigkeit. 33 Staaten unterstützten die Bezugnahme auf "sexuelle Orientierung", 20 waren dagegen. Die schließlich verabschiedete "Platform for Action" betont jedoch, daß es Frauen und Männern möglich sein muß, frei in allen Angelegenheiten, die ihre Sexualität betreffen, frei von Zwang, Diskriminierung oder Gewalt zu entscheiden. Israel, Südafrika und die USA haben angekündigt, daß sie dies als Parteinahme für den Schutz aller Frauen interpretieren ohne Rücksicht auf deren sexuelle Orientierung. Zudem beinhaltet The Economic Council of Europe Regional Platform for Action (zur Vorbereitung der Weltkonferenz) als eines ihrer wesentlichen Prinzipien die Überzeugung, daß die Verwirklichung der Menschenrechte von Frauen die umfassende Vielfalt der Frauen widerspiegeln und berücksichtigen muß, daß viele Frauen wegen ihrer ... sexuellen Orientierung zusätzliche Hürden zu überwinden haben.

Neben seinem Eintreten gegen generelle Verbote homosexueller Handlungen (siehe oben) hat der *UN Menschenrechtsausschuß 1995* in seinem Bericht über die Menschenrechtssituation in Hongkong auch die notwendigen Schritte gefordert, um Homosexuellen gleichen Schutz vor Diskriminierung zu gewähren.

Seit April 1993 hat die *UN High Commission for Refugees (UNHCR)* wiederholt anerkannt, daß Lesben und Schwule als zugehörige einer "bestimmten sozialen Gruppe" im Sinne der Genfer

Flüchtlingskonvention 1951 und des Zusatzprotokolls 1967 anzusehen sind. Verschiedene Länder (Australien, Belgien, Kanada, Finnland, Frankreich, Deutschland, Irland, Lettland, die Niederlande, Neuseeland, Norwegen, Österreich, Schweden, Großbritannien und die USA) haben sich dieser Ansicht ausdrücklich angeschlossen. Auf dieser Basis haben bereits Australien, Belgien, Kanada, Finnland, Frankreich, Deutschland, Irland, die Niederlande, Neuseeland, Schweden, Großbritannien und die USA verfolgten Homosexuellen, Bisexuellen und Transgender Personen Asyl gewährt. Eine ausdrückliche Erwähnung des Begriffs „sexuelle Orientierung“ als Asylgrund findet sich in Abschnitt 1 *des irischen Flüchtlingsgesetzes* von 1996. Es nimmt auf diesen Tatbestand Bezug und subsumiert ihn unter die Mitgliedschaft zu einer bestimmten sozialen Gruppe. *Schweden* gewährt in seinem Fremden-gesetz 1997 Personen, die auf Grund ihrer Homosexualität begründete Furcht vor Verfolgung haben zwar nicht den Status von Konventionsflüchtlings, jedoch kann ihnen als Angehörige einer „anderen schutzbedürftigen Gruppe“ eine Aufenthaltsbewilligung erteilt werden. Im September 2001 hat die EU-Kommission einen Vorschlag für eine Asyl-Anerkennungs-Richtlinie vorgelegt, die ausdrücklich festlegt, daß auch Gruppen, die durch ihre sexuelle Orientierung definiert sind, als „bestimmte soziale Gruppe“ gelten, und ihren Angehörigen daher bei Verfolgung Asyl zu gewähren ist.

1991 erarbeitete das *UN Development Programm (UNDP)* für seinen Human Development Report einen Human Freedom Index. Dieser Index reihte 88 Länder nach 40 Indikatoren für demokratische Entwicklung, darunter auch das Recht zu homosexuellen Beziehungen zwischen einverständigen Erwachsenen. Viele Entwicklungsländer erhoben jedoch gegen die Einbeziehung von Menschenrechten Widerspruch, weshalb der Human Freedom Index durch einen Political Freedom Index ersetzt worden ist. Außerdem wurde die Reihung der Länder nach dem Index aufgegeben.

1991 hat die *UNESCO* die Petition der Herausgeberin eines lesbischen Magazins angenommen, die von griechischen Behörden wegen Veröffentlichung pornographischen Materials angeklagt worden ist. Das griechische Gerichtsverfahren endete jedoch mit einem Freispruch, weshalb UNESCO die Untersuchungen in der Folge eingestellt hat (Fall Petropolous).

Die *Weltgesundheitsorganisation (WHO)* hat im Dezember 1991 beschlossen, Homosexualität aus der internationalen Klassifikation der Krankheiten (Kapitel V, Code 302) zu streichen. Dieser Beschluß erlangte mit der Ausgabe des darauffolgenden Diagnoseschlüssels (ICD-10-Version) im Jänner 1993 Wirkung.

In ihrem *"European Health for All Targets for Year 2000"* wies die WHO bereits im September 1991 darauf hin, daß Angst vor Diskriminierung und ein unerfülltes Sexualleben die Aids-Prävention behindere, weil diese Umstände die Bereitschaft zu "Safer-Sex-Praktiken" vermindere (vergleiche hierzu die Zusammenstellung "**Diskriminierung tötet**" im Anhang der Beilage ./8).

Die von der *International Labour Organization (ILO)* initiierte Konvention gegen Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf (Nr. 111) verbietet zwar nicht selbst ausdrücklich Diskriminierung aufgrund sexueller Orientierung, erlaubt es aber den Mitgliedsstaaten ausdrücklich,

zusätzliche schutzwürdige Kategorien hinzuzufügen. Zahlreiche Staaten haben dies getan. 1996 hat das ILO-Committee of Experts on the Application of Convention and Recommendations empfohlen, "sexuelle Orientierung" in ein neues Protokoll aufzunehmen, das den Anwendungsbereich dieser Konvention erweitert.

Die Gefangenenhilfeorganisation *Amnesty International (ai)* hat auf ihrer Generalversammlung im September 1991 beschlossen, auch Personen als Gewissensgefangene anzuerkennen, die wegen ihrer sexuellen Orientierung verfolgt werden. Seit 1997 baut ai ein Netz von speziellen lesbisch/schwulen Mitgliedsgruppen auf, die Diskriminierung und Verfolgung aufgrund von sexueller Orientierung überwachen sollen. Amnesty International ruft ausdrücklich zur Aufhebung höherer Altersgrenzen für homosexuelle Handlungen auf (vgl. Blg. ./18j).

Die *International Human Rights Law Group* arbeitet seit 1993 für die Umsetzung internationaler Menschenrechtsstandards für Menschen, die wegen ihrer sexuellen Identität oder Orientierung Gewalt oder Diskriminierung erleiden.

Human Rights Watch verurteilte 1994 staatlich veranlaßte oder auch nur tolerierte Gewalt, Anhaltung und Anklage, aufgrund von sexueller Identität, sexueller Orientierung oder privater sexueller Praktiken.

International Planned Parenthood Federation schließlich fordert in seiner 1995 verabschiedeten "Charter on sexual and Reproductive Rights" Schutz gegen Diskriminierung aufgrund sexueller Orientierung bei der Versorgung mit Information und Gesundheitsleistungen, insbesondere im Zusammenhang mit Fortpflanzung.

(Eingehende Nachweise zu alldem finden sich in Beilage ./28; Beilage ./27, 9–17, 23; Beilage ./2, 440)

2. Partnerschaften

a. Vereinte Nationen

International zeichnet sich zudem in den letzten Jahren eine bemerkenswerte rasante Rechtsentwicklung zur gesetzlichen Anerkennung homosexueller Partnerschaften ab. Bezeichnend, daß sogar auf globaler Ebene die *International (UN)Conference on Population and Development* (Kairo 1994), in ihrem Plan of Action die Notwendigkeit betont, die Vielfalt der Familienstrukturen in der heutigen Welt zu berücksichtigen.

Im April 1998 hat der Dachverband der Personalverwaltungen der verschiedenen UN-Organisationen *CCAQ (Consultative Committee on Administration Questions)* die

Personalverwaltungen aufgefordert, die Anerkennung nicht-traditioneller Formen des Zusammenlebens (darunter gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften) voranzutreiben.

b. Europäische Union

Am 09.07.1996 hat die *EU-Kommission* die Möglichkeit für ihre Bediensteten geschaffen, ihre Lebensgemeinschaft ohne Unterschied des Geschlechts der Partner bei der Kommission eintragen zu lassen. Die Eintragung der Partnerschaft hat zahlreiche Vergünstigungen für den Partner zufolge (z.B. Zugang zu den EU-Gebäuden, Inanspruchnahme von diversen EU-Einrichtungen und Sozialleistungen für EU-Bedienstete) sowie die Möglichkeit der Freistellung bei Tod oder Krankheit des Partners. Auch das *Europäische Parlament* ermöglicht die Registrierung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften seiner Bediensteten

Am 20.02.1997 schließlich hat das *Europäische Parlament* den Entwurf für ein neues EU-Personalstatut insoweit geändert (Lindholm-Report) als Lebensgefährten, auch gleichgeschlechtliche, die Möglichkeit erhalten sollen, ihre Lebensgemeinschaft zu registrieren und diese Registrierung (die von der Kommission bereits gewährt wird; siehe vorhin) dieselben Rechte nach sich ziehen sollen wie die Ehe. Vergünstigungen für Ehepartner sollen darüber hinaus auch auf Personal ausgedehnt werden, das in seinem eigenen Land eine eingetragene Partnerschaft (siehe sogleich unten) eingegangen ist. Darüber hinaus sollen die EU-Institutionen dazu verpflichtet werden, die Situation und den Status unter anderem der lesbischen und schwulen Bediensteten zu untersuchen und dafür Sorge zu tragen, daß unter anderem Lesben und Schwule im Personalstand der EU angemessen vertreten sind. Das Personalstatut samt Änderungen des EP muß – auf Vorschlag der Kommission – vom EU-Ministerrat verabschiedet werden. Bereits die Kommission hat die Anregungen des EP nicht übernommen und nur ein Diskriminierungsverbot u.a. auf Grund „sexueller Orientierung“ vorgeschlagen. In dem am 15.04.98 vom Ministerrat verabschiedeten Personalstatut (VO EG 781/98 = ABI L 113/4) findet sich daher diese Antidiskriminierungsklausel unter dem Vorbehalt der „einschlägigen Statusbestimmungen, die einen bestimmten Personenstand voraussetzen“. Die Antidiskriminierungsbestimmung im Personalstatut ist allerdings zugleich die erste rechtsverbindliche Vorschrift im Gemeinschaftsrecht, die Diskriminierung auf Grund sexueller Orientierung untersagt.

Der *Europäische Gerichtshof* hat am 17.02.1998 entschieden, dass Art. 119 EGV (nunmehr Art. 141) es einem Arbeitgeber nicht verbietet, soziale Vergünstigungen nur verheirateten und in verschiedengeschlechtlichen Lebensgemeinschaften lebenden Arbeitnehmern zu gewähren, nicht aber in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften lebenden; gleichzeitig betonte er aber, dass sich eine Unzulässigkeit auf Grund von (nunmehr erlassenen, siehe oben D.2.a. ee.) Rechtsakten auf Grund des neuen Art. 6a EGV (nunmehr Art. 13 EGV) ergeben könne (Rs C-249/96 v. 17.02.1998 (Fall Lisa Grant)). Am 31.05.2001 hat der EuGH darüber hinaus erkannt, dass eine *Haushaltszulage* gem. dem Personalstatut für Ehepartner, nicht auch gleichgeschlechtlichen Partnern, auch nicht (nach ihrem Heimatrecht)) eingetragenen (und dort der Ehe weitgehend gleichgestellten) zukommen muß. Es liege

keine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots vor, weil eingetragene Lebenspartner und Ehepaare sich nicht in vergleichbaren Situationen („in der gleichen Lage“) befänden, denn die nationalen Rechtsvorschriften in den Mitgliedstaaten weisen nicht nur eine große Verschiedenartigkeit zueinander auf, sondern sehen vor allem eine allgemeine (materielle) Gleichstellung mit der Ehe nicht vor (*D. & Königreich Schweden vs. Rat der Europäischen Union*, Rs. C-122/99 P, C-125/99 P).

1999 berief der Europäische Rat einen Konvent zur Ausarbeitung einer *Europäischen Charta der Grundrechte in der Europäischen Union* ein. Hinsichtlich des vom Rat angenommenen Textes vom Dezember 2000 fällt folgendes auf. Beim Recht auf Ehe und Familie (Art. 9) ist bemerkenswert, daß das Recht - im Vergleich zur EMRK (Art. 12) - nicht mehr "Frauen und Männern" sondern generell gewährleistet ist und das Recht, eine Familie zu gründen, nicht mehr mit dem Recht, eine Ehe einzugehen vermengt ist, sondern dessen Eigenständigkeit sprachlich hervorgehoben ist. Art. 33, der den (rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen) Schutz der Familie gewährleistet definiert "Familie" nicht, damit auch nicht in einem engen traditionalistischen Sinn.

Am 01.12.1999 hat die Kommission (auf Grund des Art. 63 Z. 3a EGV idF des Vertrages von Amsterdam) eine Richtlinie zur einheitlichen Regelung der Familienzusammenführung bei Drittstaatsangehörigen vorgeschlagen. Neben Ehepartnern sollen auch nichtverheiratete Lebenspartner ein Nachzugsrecht – wie Ehepartner - haben, sofern von einer auf Dauer angelegten Beziehung ausgegangen werden kann. Dies gilt, wie die Kommission in der Begründung des Richtlinienvorschlags ausführt, ausdrücklich auch für gleichgeschlechtliche Partner. Allerdings haben (verschieden- wie gleichgeschlechtliche) Lebensgefährten nur dann einen Anspruch auf Nachzug, wenn „in den Rechtsvorschriften“ des Zielmitgliedstaates „unverheiratete Paare mit verheirateten gleichgestellt sind“, sodaß den Mitgliedstaaten die Grundsatzentscheidung, ob sie unverheiratete Partner bei der Familienzusammenführung berücksichtigen oder nicht, weiterhin freisteht. Gewähren sie aber bestimmten Einwohnern (etwa den eigenen Staatsbürgern) das Recht auf Zusammenführung mit unverheirateten Partnern, so haben sie dieses Recht auch Bürgern anderer EU/EWR-Staaten sowie Drittstaatsangehörigen zu gewähren.

Schon zuvor, bereits am 14.10.1998 hat die Kommission in ihrem Vorschlag für eine Änderung der Verordnung über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer in der Gemeinschaft (VO 1612/68 (EWG)) vorgesehen, dass auch nichteheliche Lebensgefährten eines Wanderarbeitnehmers ein Aufenthaltsrecht haben, wenn „nach dem Recht des Aufnahmemitgliedstaates“ nichteheliche Lebensgefährten Ehegatten „gleichgestellt“ sind und im Anwendungsbereich dieser Diskriminierung auf Grund sexueller Ausrichtung verboten.

Neuerdings inkludiert die Kommission in ihre Vorschläge für Rechtsakte regelmäßig ein Verbot der Diskriminierung auf Grund sexueller Ausrichtung (unter ausdrücklicher Berufung auf Art. 13 EGV und Art. 21 der Grundrechte-Charta) und bezieht nichteheliche Lebensgefährten im oben angeführten Sinn in den Angehörigenbegriff ein.

c. Europarat

Der EGMR hat ausgesprochen, dass der Ausschluß einer Person von einem Land, in dem nahe Angehörige leben, das Grundrecht auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 EMRK) verletzen kann (EGMR: Abdulaziz et. al. vs. UK, 28.05.1985). Unter der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) besteht daher zumindest dann ein Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels, wenn die Verbindung zu dem jeweiligen Konventionsstaat ein wesentliches Element der Beziehung ist und die Partnerschaft nicht zumutbar woanders gelebt werden kann, etwa weil die wirtschaftliche Existenzgrundlage des (inländisch staatsangehörigen oder im Inland niedergelassenen fremden) Partners – und damit diejenige der Lebensgemeinschaft - im Inland liegt (EKMR 03.05.1983 [appl. 9369/81]).

Am 25.02.2000 hat der „Ausschuß für Einwanderung, Flüchtlinge und Demographie“ der Parlamentarischen Versammlung seinen *Bericht zur „Situation der Lesben und Schwulen und ihrer Partner in bezug auf Asyl und Einwanderung in den Mitgliedstaaten des Europarates“* (Blg. /34) vorgelegt. In dem darin enthaltenen, im Ausschuß einstimmig beschlossenen Entwurf für eine Empfehlung der Parlamentarischen Versammlung werden die Mitgliedstaaten dringend aufgefordert, (a) auf Grund ihrer sexuellen Orientierung Verfolgten gem. der Genfer Flüchtlingskonvention Asyl zu gewähren, (b) im Bereich der sozialen Rechte und des sozialen Beistands sicherzustellen, dass homosexuelle Partnerschaften und Familien ebenso behandelt werden wie heterosexuelle Partnerschaften und Familien und (c) sicherzustellen, dass bi-nationale lesbische und schwule Paare dieselben Aufenthaltsrechte erhalten wie bi-nationale heterosexuelle Paare. Das Ministerkomitee wird aufgefordert, Richtlinien in diesem Sinne auszuarbeiten. Die entsprechende Empfehlung wurde am 30.06.2000 verabschiedet (Blg. /35).

Der „Ausschuß für rechtliche Angelegenheiten und Menschenrechte“ schließlich hat am 06. Juni 2000, ebenfalls einstimmig, seinen Bericht über *„Situation von Lesben und Schwulen in den Mitgliedstaaten des Europarates“* (Blg. /36) beschlossen. In dem darin enthaltenen Entwurf für eine Empfehlung der Parlamentarischen Versammlung werden die Mitgliedstaaten aufgefordert, (a) Diskriminierung auf Grund „sexueller Orientierung“ gesetzlich zu verbieten, (b) homosexuelle Beziehungen zwischen einverständigen Erwachsenen straffrei zu stellen, (c) dasselbe Mindestalter für homo- und heterosexuelle Beziehungen festzulegen, (d) positive Maßnahmen zur Bekämpfung homophober Einstellungen, insb. in Schulen, den medizinischen Berufen, den Streitkräften und der Polizei durch Schulung zu bekämpfen, (e) falls notwendig, disziplinarische Maßnahmen gegen jene zu treffen, die Homosexuelle diskriminieren, (f) Gleichbehandlung in der Arbeitswelt zu gewährleisten, (g) in ihrer Gesetzgebung „eingetragene Partnerschaften“ zu ermöglichen und (h) Verfolgung von Homosexuellen als Asylgrund anzuerkennen. Dem Ministerkomitee wird neuerlich empfohlen, „sexuelle Orientierung“ im geplanten Zusatzprotokoll zur Europäischen Menschenrechtskonvention ausdrücklich anzuführen und den Wirkungsbereich der Europäischen Kommission gegen Rassismus und Intoleranz (ECRI) auf Homophobie zu erweitern. Neuerlich wird Diskriminierung auf Grund sexueller

Orientierung als „eine der abscheulichsten Formen von Diskriminierung“ („one of the most odious forms of discrimination“) bezeichnet. Die Empfehlung wurde am 26.09.2000 verabschiedet (Blg. .37).

(Eingehende Nachweise zu alldem finden sich in Beilage ./28; Beilage ./27, 9–17, 23; Beilage ./2, 440)

D. Europäischer Konsens & Prüfungsmaßstab

In der Präambel zur Europäischen Menschenrechtskonvention, die Teil der österreichischen Bundesverfassung ist, bekräftigen die Mitgliedsstaaten ihren "tiefen Glauben an die[se] Grundfreiheiten, welche die Grundlage der Gerechtigkeit und des Friedens in der Welt bilden" (Abs. 4) und sie verstehen die "Wahrung und Entwicklung der Menschenrechte und Grundfreiheiten" als "eines der Mittel zu Erreichung" einer "größeren Einigkeit" unter den Mitgliedern des Europarates (Abs. 2).

Daraus und aus der, ebenfalls in der Präambel enthaltenen, Erwägung, daß die – als Vorbild dienende – Allgemeine Erklärung der Menschenrechte 1948 "bezweckt, die allgemeine und wirksame Anerkennung und Einhaltung der darin erklärten Rechte zu gewährleisten" und daß die EMRK "die ersten Schritte auf dem Weg zu einer kollektiven Garantie" der Menschenrechte darstellen soll (Abs. 5), ergibt sich deutlich eine an der Effektivität des Vertrages orientierte Interpretation, die stets den "größeren Schutz der Grundrechte" im Auge hat.

Dementsprechend sind die in der Konvention festgelegten Grundrechtsschranken, gemäß ihrem Regel-Ausnahme-Charakter, eng auszulegen. Das verdeutlichen auch die Artikel 17 und 18, die festlegen, daß keine Bestimmung so ausgelegt werden darf, daß sie "das Recht begründet, eine Tätigkeit auszuüben, oder eine Handlung zu begehen, die [...] auf weitergehende Beschränkungen dieser Rechte und Freiheiten, als in der Konvention vorgesehen, hinzielt" (Artikel 17) und daß "die nach der vorliegenden Konvention gestatteten Einschränkungen diese Rechte und Freiheiten [...] nicht für andere Zwecke als die vorgesehenen angewendet werden [dürfen]" (Artikel 18). Damit unterliegen die nationalen Behörden bei der Ausschöpfung der Eingriffsermächtigungen, die ihnen die Konvention einräumt, sowohl subjektiv einer Motivsperre als auch objektiv einer Zwecksperr.

Dieses Verbot der „detournement de pouvoir“ steht auch der Annahme immanenter Grundrechtsschranken entgegen, wie etwa jener besonderer Gewaltverhältnisse (in denen sich etwa Minderjährige befänden), in denen die Konventionsrechte nur vermindert Gültigkeit hätten.

Die EMRK ist aber nicht nur an ihren in der Präambel verdeutlichten Ziel und Zweck des maximalen Schutzes der in ihr festgelegten Grundrechte auszulegen, sondern vor allem auch als "living instrument" zu verstehen, d.h. "im Lichte der heutigen Verhältnisse" zu interpretieren (zuletzt etwa wieder EGMR: T. vs. UK 16.12.1999, par. 70). Darauf weist die Präambel hin, wenn sie die Bedeutung der "Entwicklung der Menschenrechte" für die Einheit Europas (Abs. 2) hervorhebt und die Konvention als "die ersten Schritte auf dem Weg zu einer kollektiven Garantie der Menschenrechte" versteht (Abs. 5).

Vor allem wäre ein Schutz, der Menschen nicht in der Situation und Zeit schützt, in der sie leben, bereits im Ansatz verfehlt und von vornherein zum Scheitern verurteilt.

Die EMRK ist "unmittelbar verbindliches Recht". Das heißt die Unterzeichnerstaaten sind verpflichtet, ihr innerstaatliches Recht an die Konvention anzupassen, wenn diese in Widerspruch zueinander stehen.

Den Staaten bleibt es dabei überlassen, wie sie ihre Verpflichtungen erfüllen und es steht ihnen – weil die Konventionsorgane "nicht nationale Behörden" ersetzen sollen – bei der Ausschöpfung der Grundrechtsschranken ein gewisser Ermessensspielraum zu.

Dieses Auswahlermessen erstreckt sich jedoch nicht auf die Beurteilung, ob ein (gewählter) Eingriff in Grundrechte den Anforderungen der Konvention genügt. Diese Beurteilung obliegt allein den Konventionsorganen, denen in diesen Fällen volle Überprüfungsgewalt in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht sowie die Befugnis zur verbindlichen Letztentscheidung zukommt (vgl. zuletzt wieder EGMR: *Lustig-Prean & Beckett vs. UK* 27.09.1999, par. 81; *Smith & Grady vs. UK* 27.09.1999, par. 88).

Die europäische Kontrolle der Ermessensentscheidung des Staates richtet sich dabei ausschließlich nach objektiven Kriterien. Die Ansicht, wonach guter Wille eine Konventionsverletzung ausschließt, ist lange aufgegeben. Dies entspricht auch dem Grundrechtsverständnis in den meisten nationalen Rechtsordnungen sowie den völkerrechtlichen Grundsatz, daß ein Staat seine Verpflichtungen nicht einseitig bestimmen kann.

Die Präambel geht davon aus, daß die Aufrechterhaltung der Menschenrechte "wesentlich auf einem wahrhaft demokratischen politischen Regime einerseits und auf einer gemeinsamen Auffassung und Achtung der Menschenrechte andererseits beruht" (Abs. 4). Die nationalen Behörden haben ihre Ermessensentscheidungen daher immer auf der Grundlage und den Anforderungen einer demokratischen Gesellschaft gemäß zu treffen; das heißt sich insbesondere von den Grundsätzen der Toleranz, Pluralismus und Weltoffenheit leiten zu lassen (vgl. zuletzt wieder EGMR: *Lustig-Prean & Beckett* par. 80, *Smith & Grady* par. 87). Und sie haben auf die Verhältnisse in den Rechtsordnungen der anderen Konventionsstaaten zu achten (besonders deutlich: *Informationsverein Lentia and others vs. Austria* 24.11.1993, par. 39, 42: "experience of several European states").

Die Konventionsorgane folgen konsequent der Zielbestimmung des Vertrages, eine "größere Einigkeit" unter den Mitgliedsstaaten durch "Wahrung und Entwicklung der Menschenrechte" herbeizuführen (Abs. 3), wenn sie feststellen, daß der Ermessensspielraum der Staaten mit dem Maß der Übereinstimmung zwischen den nationalen Rechtsordnungen abnimmt. Besteht in einer Frage etwa voller Konsens, so gibt es überhaupt keinen Ermessensspielraum. Läßt sich hingegen keinerlei Übereinstimmung finden, so ist der Ermessensspielraum recht weit. Einzelgänger schaden bei dieser Beurteilung nicht und – im Rechtsvergleich – einzigartige Bestimmungen

bedürfen genauester Überprüfung (vgl. zuletzt wieder EGMR: Lustig-Prean & Beckett par. 97; Smith & Grady par. 104).

Auffällig ist, daß der Gerichtshof dabei an die Feststellung eines Konsenses recht geringe Anforderungen stellt. Meist handelt es sich um obiter dicta, einzelstaatliche Gesetze werden kaum angeführt, meist nur einige wenige Länder pauschal genannt. Der Gerichtshof scheint nicht so sehr Übereinstimmungen in den positiven Normen der einzelnen Rechtsordnungen zu verlangen, sondern läßt bereits mehr oder weniger starke Tendenzen in der (internationalen) Rechtsentwicklung genügen (vgl. zuletzt Mazurek v. France 01.02.2000, par. 49, 52; Beyeler v. Italy, 05.01.2000, par. 113; A. v. UK 23.09.1998, par. 22). Für nationale Eingriffe in Grundrechte, die solchen Entwicklungen widersprechen, verlangt er "very weighty reasons" (vgl. zuletzt wieder EGMR: Lustig-Prean & Beckett par. 97; Smith & Grady par. 104).

Gerade im Bereich strafrechtlicher Normen ist – im Sinne derer Natur als "ultima ratio" und im Sinne der Freiheitsvermutung des Menschenrechtsgedankens – besonders genau darauf zu achten, inwieweit andere Rechtsordnungen den Einsatz der schärfsten Waffe des Staates für notwendig erachten. Je mehr Staaten ein bestimmtes Verhalten nicht strafrechtlich verfolgen, desto sorgfältiger und strenger ist die Notwendigkeit einer Pönalisierung zu prüfen. Trifft dies auf eine wesentliche Zahl von Staaten zu, so müssen sehr schwerwiegende Gründe für die Kriminalisierung sprechen.

Bei der Beurteilung des Ermessensspielraums ist nicht nur auf das Maß rechtlichen Konsenses abzustellen, sondern – je nach der gegenständlichen Materie – auch auf die Übereinstimmung der in den Mitgliedsstaaten vertretenen Expertenmeinungen und der öffentlichen Meinung.

Bei der Erfüllung von positiven Verpflichtungen hingegen, die sich aus den Konventionsrechten ergeben, gesteht der Gerichtshof den Staaten einen weiten Ermessensspielraum zu, der allerdings ebenfalls vom Ausmaß des Konsenses zwischen den nationalen Rechtsordnungen, in der Wissenschaft sowie der öffentlichen Meinung beeinflusst wird.

(Ausführliche Judikatur- und Literaturnachweise zu diesen Ausführungen finden sich in Beilage .I2, 75–83; vgl. insbesondere auch Europäische Kommission für Menschenrechte: *Sutherland vs. UK*, Para. 59, 60, 62 = Blg. .I1)

E. Intimität & Prüfungsmaßstab

Eingriffe in das Sexualleben, als "most intimate aspect of private life" (EGMR: Dudgeon vs. UK 1981, Para. 52; Lustig-Prean & Beckett 1999, par. 82; Smith & Grady 1999, par. 89) bzw. einer "essentially private manifestation of the human personality" (EGMR: Dudgeon vs. UK 1981, Para.

60), unterzieht der Gerichtshof einer noch verstärkten Prüfung; er verlangt zu ihrer Rechtfertigung "particularly serious reasons" (EGMR: Dudgeon vs. UK 1981, Para. 52; Norris vs. Ireland 1988, Para. 46; Modinos vs. Cyprus 1993, Para. 25; Lustig-Prean & Beckett 1999, par. 82, 87; Smith & Grady 1999, par. 89, 94) ebenso die Kommission (Sutherland vs. UK 1997, Para. 57: "the margin of appreciation must be relatively narrow" [Blg. /1]; A.D.T. v. UK 31.07.2000, par. 38: „narrow margin of appreciation“).

F. Artikel 8 EMRK

Von Anbeginn haben die Konventionsorgane festgestellt, daß das Sexualleben als Teil des Privatlebens Schutz nach Artikel 8 EMRK genießt. Es ist kein Fall bekannt, in dem die Konventionsorgane das Sexualleben im Privaten nicht dem Schutzbereich des Artikel 8 zugerechnet hätten. Es scheint vielmehr, daß sie die Aufnahme und Unterhaltung von Geschlechtsbeziehungen zwischen Menschen dem Kernbereich des Rechts auf Achtung des Privatlebens zuordnen und dies als Selbstverständlichkeit betrachten, die oft gar keiner gesonderten Erwähnung oder gar Begründung bedarf (vgl. zuletzt Europäische Kommission für Menschenrechte: *Sutherland vs. UK 1997*, Para. 57: "most intimate aspect of effected individuals 'private life'", auch Para. 36: "private life (which includes his sexual life)" (Blg. /1); so in EGMR: *Dudgeon 1981*, Para. 41; ebenso *Norris 1998*; *Modinos 1993*; *Laskey, Brown & Jaggard v. UK 19.02.1997*, par. 36; *Lustig-Prean & Beckett 1999*; *Smith & Grady 1999*; A.D.T. 2000).

Ebenso unbestritten ist, daß Normen, die privates sexuelles Verhalten (durch Androhung von Kriminalstrafen) regeln, einen Eingriff in das Recht auf Schutz des Privatlebens darstellen, der den Anforderungen des Abs. 2 des Artikel 8 zu genügen hat (vgl. zuletzt wieder EGMR: A.D.T. par. 21ff; *Laskey, Jaggard & Brown par. 35*).

Damit ein Eingriff in das Recht auf Schutz des Privatlebens nach Artikel 8 Abs. 2 gerechtfertigt ist, müssen drei Voraussetzungen erfüllt sein:

- (a) der Eingriff muß gesetzlich vorgesehen sein,
- (b) bestimmten im Abs. 2 genannten Zielen dienen und
- (c) zur Erreichung dieser Ziele in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein.

Diese Eingriffsermächtigungen des Artikel 8 Abs. 2 sind im Sinne der Freiheitsvermutung und der Effektivität der Grundrechte eng auszulegen.

Die Gesetzesqualität des § 209 StGB steht außer Zweifel.

Von den im Abs. 2 des Artikel 8 aufgelisteten zulässigen Zielen kommt zur Rechtfertigung von Normierungen im privaten sexuellen Verhaltens im wesentlichen der Schutz der Gesundheit und der Moral sowie der Rechte und Freiheiten anderer in Frage.

Die Konventionsorgane haben hiezu wiederholt Stellung genommen und die zulässigen Motive sexualstrafrechtlicher Normen herausgearbeitet.

Für die Kommission dient das Sexualstrafrecht dem Schutz der Rechte anderer (*Wells vs. UK 1978*, Para. 131). Dem Ziel "Moral" komme in diesem Zusammenhang keine gesonderte,

darüber hinausgehende Bedeutung zu (Wells 1978, Para. 136). Insofern bestehe auch kein Unterschied zwischen gewalttätigem und gewaltlosem Sexualverhalten (Wells 1978, Para. 145).

Bei sexualstrafrechtlichen Bestimmungen, die das Verhalten von und mit Kindern und Jugendlichen regeln, bestehe das grundlegende Bedürfnis im Schutz der jungen Leute (Desmond vs. UK 1984, Ziffer 11, Seite 8). Ein Kriterium, dessen Zulässigkeit die Kommission näher ausgeführt hat, als "das Bedürfnis [...], Kindern und Jugendlichen zu ermöglichen, wirkliche Autonomie in sexuellen Dingen zu erreichen" (X. vs. FRG 1975). Dieses Bedürfnis sei in den Mitgliedsstaaten des Europarates weitgehend anerkannt (ebendort); es bleibe bloß das Problem, "zu entscheiden, bis zu welchem Alter der Schutz eines Jugendlichen notwendig [...] ist". (ebendort).

Die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofs in diesem Bereich beruht auf den grundsätzlichen Ausführungen im Fall Dudgeon 1981 (bestätigt in Norris 1988, Para. 42, und Modinos 1993, Para. 25; A.D.T. 2000 par. 32f), die im wesentlichen mit der Ansicht der Kommission übereinstimmen.

Dort hält der Gerichtshof fest, daß es "in diesem Zusammenhang etwas künstlich" sei, eine scharfe Trennlinie zu ziehen zwischen den Rechten und Freiheiten anderer und dem Schutz der Moral" (Dudgeon 1981, Para. 47). Das Ziel "Schutz der Rechte und Freiheiten anderer stellt einen Aspekt des Schutzes der Moral dar, soweit es die Sicherung der moralischen Interessen und die moralische Wohlfahrt bestimmter Individuen oder Gruppen von Individuen meint, die besonderen Schutzes aus Gründen wie Unreife, geistige Behinderung oder Abhängigkeit bedürfen" (Dudgeon 1981, Para. 47; ebenso ausdrücklich EKMR: Sutherland v UK 01.07.1997, par. 38 = Blg. /1). Es sei nicht Aufgabe des Gerichts Werturteile über sexuelle Beziehungen abzugeben (Dudgeon 1981, Para. 54).

Die Funktion sexualstrafrechtlicher Vorschriften bestehe darin, "die öffentliche Ordnung und Sittlichkeit aufrechtzuerhalten und den Bürger vor ärgerniserregenden und verletzenden Verhaltensweisen zu schützen". Das "Bedürfnis nach einem gewissen Maß an Kontrolle sexuellen Verhaltens kann sich sogar auf einverständliche Handlungen im Privaten erstrecken; nämlich dann, wenn die Notwendigkeit besteht, ausreichende Sicherungen gegen Ausbeutung und Verderben von anderen bereitzustellen, im einzelnen jener, die besonders verwundbar sind, weil sie jung, schwach in Körper oder Geist, unerfahren oder in einem Zustand spezieller körperlicher, amtlicher oder wirtschaftlicher Abhängigkeit sind" (Dudgeon 1981, Para. 49).

Der Gerichtshof bezieht sich damit auf das gemeinsame Minimum an Motivationsbestand sexualstrafrechtlicher Vorschriften in den Mitgliedsstaaten des Europarates, was er durch den Hinweis darauf verdeutlicht, daß Normen mit diesen Zielen "in allen Mitgliedsstaaten" bestünden (Dudgeon 1981, Para. 49).

Die Konventionsorgane sehen das zentrale Ziel eines zulässigen sexualstrafrechtlichen Jugendschutzes somit darin, die Entwicklung zu sexueller Autonomie zu gewährleisten. Zu diesem Zweck sind selbst Verbote einverständlicher Beziehungen im Privaten zulässig, wenn sie dem Schutz besonders verwundbarer Personen vor Ausbeutung und negativen Einflüssen dienen. Damit wird die Konventionsrechtsprechung dem Grundanliegen des Menschenrechtsgedankens gerecht, die Freiheit des einzelnen zu maximieren.

Insofern § 209 StGB dazu dient, Jugendliche vor Beeinträchtigungen ihrer sexuellen Selbstbestimmung, vor sozialer Isolation oder gesundheitlichen Nachteilen zu bewahren, verfolgt er das Ziel, wegen ihres geringen Alters besonders verwundbare Personen vor Mißhandlung, Ausbeutung und negativen Einflüssen zu schützen; ein nach Artikel 8 Abs. 2 EMRK zulässiges Ziel des "Schutz[es] der Rechte und Freiheiten anderer".

Insoweit die Norm jedoch auf der Überzeugung beruht, daß sexuelle Kontakte von Jugendlichen unterhalb eines bestimmten Alters gegen (herrschende) gesellschaftliche Wertvorstellungen verstoßen, sowie unsittlich, unmoralisch und für die betreffenden Jugendlichen daher schändlich seien, bzw. die Norm auf die (angebliche) Unnatürlichkeit der Homosexualität gestützt wird, verfolgte sie das unzulässige Ziel der zwangsweisen Durchsetzung von moralischen Auffassungen eines bestimmten (die Mehrheit bildenden) Teils der Gesellschaft. Dasselbe gilt für das verschiedentlich anzutreffende Ziel des Schutzes der "heterosexuellen Orientierung" der Gesellschaft. Dieses "Rechtsgut" stellt nichts anderes dar als das alte "Rechtsgut" der "natürlichen Ordnung" in neuer Verkleidung.

Diese Ziele sind Musterbeispiele einer Strafrechtskonzeption, die vor der Aufklärung liegt. Sie begründen die Einschränkungen in einer Minderheit mit der Normalitätsauffassung und dem faktischen Verhalten einer Mehrheit, anstatt – der grundlegenden Funktion von Menschenrechten entsprechend – die Minderheit in ihrer Autonomie und Selbstbestimmung gerade vor der zwangsweisen Durchsetzung solcher Auffassungen durch die Mehrheit zu schützen (ebenso EKMR: Sutherland 1997, par. 65 [Blg. ./1]; vgl. auch EGMR: A.D.T. 2000, par. 32; Dudgeon 1981, par. 61).

An das Vorliegen eines dringenden sozialen Bedürfnisses stellen die Konventionsorgane recht hohe Anforderungen.

"[N]ecessary in this context does not have the flexibility of such expressions as useful, reasonable, or desirable but implies the existence of a pressing social need for the interference in question" (EGMR: Dudgeon 1981, Para. 51; Handyside 1976, Para. 48, Sunday Times 1979, Para. 59; Norris 1988, Para. 41 f; Modinos 1993, Para. 25; A.D.T. 2000, par. 32f).

Bei der Feststellung eines "dringenden sozialen Bedürfnisses" in diesem Sinne steht den nationalen Behörden ein gewisser Ermessensspielraum zu, der jedoch um so kleiner ist, je größer

sich die Übereinstimmung der nationalen Rechtsordnungen in einer bestimmten Frage darstellt. Das Ausmaß des Ermessensspielraums, der einem Staat zukommt wird aber nicht nur vom Konsens zwischen den nationalen Rechtsordnungen bestimmt, sondern auch anhand der wissenschaftlichen Erkenntnisse und der öffentlichen Meinung. Auch hier sinkt der Spielraum mit steigendem Konsens (vgl. oben D.).

Werden Normen nur selten vollzogen, so liegt darin ein Hinweis darauf, daß sie nicht "notwendig" sind (EGMR: Dudgeon 1981, Para. 60; ebenso UN-Human Rights Committee in Toonen 1994, Para. 8.6).

Eingriffe in das Sexualleben unterziehen die Konventionsorgane einer besonders strengeren Überprüfung (vgl. oben E.).

Was den sexualstrafrechtlichen Jugendschutz betrifft, so führt die Kommission aus, daß "[t]he establishment of the existence of a danger making it necessary to protect the social category must be based on various concurring analyses of the position and particularly [...], those of psychologists, sociologist and specialists in social protection" (X. vs. FRG 1975; ebenso Wells 1978, Para. 168f).

Der Ermessensspielraum der Staaten bei der Festlegung von Mindestaltersgrenzen für sexuelle Beziehungen ist aufgrund der höchst intimen Natur der untersagten Handlungen an sich schon relativ gering (vgl. oben E.).

Zudem haben die meisten Expertenkommission in Europa ein Mindestalter von 14 Jahren vorgeschlagen (ausführlich oben B.2.).

Alle Staaten bestrafen einverständliche Kontakte mit Personen unter zwölf und nahezu alle mit Personen unter 14 Jahren (vgl. oben B.2.). Die Zulässigkeit der Pönalisierung von einverständlichen sexuellen Kontakten mit Personen unter 14 Jahren wird daher aufgrund dieses eindeutigen Konsenses (vgl. oben D.) auf der Grundlage der Konvention nicht mit guten Gründen in Frage gestellt werden können (vgl. auch Kommission: M.K. vs. Austria 1997 (Appl. 28867/95, dec. 02.07.97), Seite9f).

Nahezu die Hälfte der Strafrechtsordnungen auf dem Gebiet des Europarates läßt aber einverständliche Beziehungen (außerhalb von Autoritätsverhältnissen) ab dem 14. Lebensjahr straffrei. Ab dem 15. Lebensjahr tun dies mehr als zwei Drittel. Nur eine dieser Strafrechtsordnungen pönalisiert generell sexuelle Kontakte mit Jugendlichen über dem 16. Lebensjahr (vgl. oben B.2.).

Die Prüfung von entsprechenden Strafbestimmungen muß daher ab dem 14. Lebensjahr sehr streng und ab dem 15. Lebensjahr besonders streng ausfallen (vgl. oben D.).

Hinzu kommt, daß sich in Österreich die – seit 1803 für heterosexuelle Beziehungen und seit 1971 auch für lesbische Beziehungen gültige – Mindestaltersgrenze so bewährt hat, daß sie nie ernsthaft in Frage gestellt worden ist, und daß Jugendlichen ab dem 14. Lebensjahr wesentliche Rechte und Pflichten zugestanden werden. So dürfen in Österreich Jugendliche ab dem 14. Lebensjahr ihre Religion völlig eigenständig frei wählen, können sie eigenständig in Schwangerschaftsabbrüche einwilligen, sind sie straf-, delikts- und testierfähig, sind sie in Pflegschafts- und Adoptionsverfahren selbständig handlungsfähig, können selbständig Privatstrafanklagen erheben und selbständig Dienstverträge abschließen und dürfen über Einkommen aus eigenem Erwerb sowie über Sachen, die ihnen zur freien Verfügung überlassen wurden, frei verfügen sowie die ihnen aufgrund der Sozialversicherungsgesetze sowie des Arbeitslosenversicherungsgesetzes zustehenden Leistungen selbständig geltend machen und Leistungen, die ihnen aufgrund eigener Versicherung zukommen, selbst in Empfang nehmen. Ab 14 treten Jugendliche hinsichtlich der (strafrechtlichen) Verantwortlichkeit für die Erfüllung der Schulpflicht neben ihre Eltern, darf ihr Name nicht mehr ohne ihre Zustimmung geändert werden, kann einem Vaterschaftsanerkennnis ohne ihre Zustimmung nicht mehr widersprochen werden, darf ihnen die Staatsbürgerschaft nur mehr dann verliehen werden, wenn sie selbst dem zustimmen und bedarf der Verzicht auf die Staatsbürgerschaft ihrer Zustimmung und können Jugendliche die Ausstellung von Sichtvermerken, Reise- und Fremdenpässen sowie von Lichtbildausweisen für Fremde selbständig beantragen (siehe hiezu und für weitere Teilmündigkeiten Beilage ./8 im Anhang; Beilage ./2, 309f;).

Damit eine Mindestaltersgrenze über dem 14. Lebensjahr gerechtfertigt wäre, müßten daher zwingende Gründe dafür sprechen, daß – im Gegensatz zu anderen Lebensbereichen und im Gegensatz zur bisherigen Erfahrung in Österreich – Jugendliche dieses Alters gerade im höchstpersönlichen Lebensbereich der Sexualität nicht eigenbestimmt handeln können (vgl. in diesem Zusammenhang das Erfordernis der Konsistenz der innerstaatlichen Rechtsordnung in EGMR: X. u. Y. vs. NL 1985, par. 27).

In sexuellen Beziehungen zwischen geschlechtsunreifen Kindern einerseits und Erwachsenen (bzw. Jugendlichen) andererseits liegt wegen des zweiphasigen Ansatzes der sexuellen Entwicklung und des enormen Machtgefälles zwischen den Beteiligten das hohe Risiko begründet, daß die sexuelle Selbstbestimmung und damit die Integrität des Kindes verletzt wird. An einem dringenden sozialen Bedürfnis für einen generellen Eingriff in (äußerlich) einverständliche sexuelle Kontakte mit geschlechtsunreifen Kindern kann daher, insbesondere im Hinblick auf den entsprechenden eindeutigen europäischen Konsens, nicht mit Grund gezweifelt werden (vgl. hiezu ausführlich mit Nachweisen Beilage ./2, 260ff, 311f).

Es stellt sich jedoch die Frage, ob ein dringendes soziales Bedürfnis nach einem strafrechtlichen Verbot einverständlicher sexueller Kontakte (außerhalb von Autoritätsverhältnissen) angesichts der Straffreiheit in nahezu der Hälfte der Strafrechtsordnungen

auf dem Gebiet des Europarates und angesichts der Empfehlungen der meisten Expertenkommissionen – auch noch nach der Vollendung des 14. Lebensjahres mit gutem Grund konstatiert werden kann; ob also die erforderlichen besonders schwerwiegenden Gründe für eine Pönalisierung vorliegen.

Nach einer Analyse der entsprechenden wissenschaftlichen Forschung kann eine generelle Gefährdung durch gewalt- und zwanglose sexuelle Kontakte (außerhalb von Autoritätsverhältnissen) nach Vollendung des 14. Lebensjahres ausgeschlossen werden.

Jugendliche ab dem 14. Lebensjahr erweisen sich heute als sehr selbständig; ihre Außenweltzuwendung ist breiter, lebhafter und aktiver als früher. So braucht mehr als die Hälfte der 14-jährigen und älteren Jugendlichen (in Österreich) ihre Eltern nicht mehr um Erlaubnis zu fragen, wenn er oder sie am Abend ausgehen. Jugendliche ab 14 dürfen in den Bundesländern Wien, Niederösterreich und Burgenland ohne Erlaubnis der Eltern bis 24.00 und mit Erlaubnis der Eltern zeitlich unbeschränkt Lokale (wie zB Diskotheken) besuchen und sich bis 24.00 an anderen öffentlichen Orten (Straßen, Plätzen) aufhalten (Jugendschutzgesetz, <http://www.ris.bka.gv.at/auswahl/>), wobei letztere Beschränkung in Wien künftig eingeschränkt und ab dem 16. Lebensjahr überhaupt entfallen soll (vgl. Blg. /38). Und in einer Umfrage des Österreichischen Rundfunks sprachen sich 70 % der Anrufer (aller Altersgruppen) dafür aus, daß Jugendliche ab dem 15. Lebensjahr allein in den (Auslands-)Urlaub fahren dürfen. In den Bundesländern Kärnten und Steiermark dürfen Jugendliche bereits ab dem 16. Lebensjahr wählen (vgl. oben A.1.c).

Sexualität bildet für Jugendliche – ebenso wie für Erwachsene – einen Lebensmittelpunkt. Sie gehen häufig sexuelle Beziehungen ein und wollen (weitergehende) Erfahrungen machen. Die Jugendlichen sehen es nicht nur als ihr Recht, eigenbestimmte sexuelle Kontakte aufzunehmen, sondern ihre Handlungen erweisen sich auch als sehr selbstbestimmt. Peer-Gruppen-Normen sowie moralische Werte der Gesellschaft, der Kirche oder der Eltern haben auf ihre Entscheidungen kaum Einfluß.

In diesem Alter stellt ein großer Altersunterschied per se keine schädigende Einflußgröße mehr dar. Wesentlich ist die Frage, ob Gewalt angewendet oder angedroht wird bzw. eine Abhängigkeit ausgenutzt wird.

Zudem zeigt sich, daß 14- bis 17-jährige Jugendliche bei (mehr als drei Jahre älteren Partnern) sogar seltener sexuelle Gewalt und Drohung erleben als in Beziehungen wo diese Jugendlichen selbst die älteren Partner sind. Dies ist nicht – wie bei Kindern – auf Passivität infolge einer allfällig verringerten Durchsetzungsfähigkeit gegenüber älteren Partnern zurückzuführen, denn auch die innere Einstellung ist gegenüber dem (mehr als drei Jahre) älteren Partner positiver als gegenüber dem jüngeren Partner.

Es handelt sich hier also häufig um wirklich einverständliche Beziehungen, ganz abgesehen davon, daß Jugendliche ganz generell zumeist (um einige Jahre) ältere Partner wählen.

(vgl. hierzu ausführlich mit zahlreichen Nachweisen Beilage ./2, 266 f; ./12; ./43; ./44, ./45; erst jüngst wieder: ./38a, ./49, ./50).

Bemerkenswert ist, daß der ethnologische Vergleich und die Geschichtsforschung zeigen, daß sexuelle Kontakte mit Kindern vor der Pubertät zumeist abgelehnt – wenn auch nicht immer bestraft –, sexuelle Beziehungen mit geschlechtsreifen Jugendlichen hingegen toleriert und akzeptiert werden, ja in vielen Teilen der Welt und über weite Strecken der Vergangenheit – auch in unserer abendländischen Kultur – sogar die Norm dargestellt haben.

Sowohl nach kanonischem Recht als auch nach dem Talmud und dem Koran war die Eheschließung zum Zeitpunkt der Erlangung der Geschlechtsreife üblich; zum Teil sogar noch davor möglich, wobei die Zulässigkeit der Vollziehung der Ehe jedoch stets an das Erreichen der Geschlechtsreife gebunden war. Auch die antiken Griechen, Römer und Ägypter sowie die Hindulehre ermutigten eine solch frühe Eheschließung.

Von zahlreichen bedeuteten Persönlichkeiten der Weltgeschichte wird berichtet, daß sie Beziehungen mit Jugendlichen hatten. Sexuelle Aktivität von Teenagern war in der Vergangenheit keine Seltenheit und nichts Ungewöhnliches. Sexuelle Beziehungen von und mit Jugendlichen (über 14) galten als üblich und akzeptiert.

Diese Trennlinie zwischen sexuellen Beziehungen vor und nach der Geschlechtsreife zeigt auch die ethologische Forschung für die Tierwelt.

(vgl. zu alldem ausführlich mit zahlreichen Nachweisen Beilage ./2, 267 f)

Die Erkenntnisse der wissenschaftlichen Forschung bieten sohin für die Annahme eines dringenden sozialen Bedürfnisses nach einem strafrechtlichen Verbot einverständlicher sexueller Kontakte (außerhalb von Autoritätsverhältnissen) auch nach Vollendung des 14. Lebensjahres keine Belege. Ganz im Gegenteil belegen sie die ausreichende Selbstbestimmungsfähigkeit auf sexuellem Gebiet ab diesem Alter. Die erforderlichen besonders schwerwiegenden Gründe für eine Pönalisierung sind nicht erkennbar.

Ein Mindestalter von mehr als 14 Jahren überschreitet daher die Grenzen des dem Gesetzgeber zustehenden – in diesem Fall angesichts der hohen Intimität der pönalisierten Handlungen und der Straffreiheit in vielen Staaten Europas sowie (hinsichtlich der übergroßen Mehrheit sexueller Beziehungen, nämlich heterosexueller und lesbischer) in Österreich selbst sowie des europäischen wissenschaftlichen Konsenses sehr eng gezogenen – Gestaltungsspielraumes und muß daher als nach Artikel 8 EMRK unzulässig angesehen werden

(Beilage ./2, 182-317, insb. 313f; vgl. auch Federal Court of Canada (Beilage ./22, insb. Seiten 24-31), Ontario Court of Appeal (./23) Quebec Court of Appeal (./23a) und Ständige Konferenz der Kinder- und JugendanwältInnen Österreichs, Schreiben vom 18.11.1996 sowie Resolution der Österreichischen Gesellschaft für Sexualforschung, ÖGS, vom 4.5.1996, beide im Anhang der Beilage ./8; Blg. ./21; ./12; ./43, ./44).

Dies muß auch für homosexuelle Beziehungen zwischen Männern gelten. Die wissenschaftliche Forschung liefert keine Anhaltspunkte für Gründe, die es zuließen, bei homosexuellen Beziehungen eine größere Gefahr für das Wohl von Kindern und Jugendlichen anzunehmen als bei heterosexuellen (EKMR: Sutherland vs. UK, Para. 59, 64 [Blg. ./1]; Beilage ./2, 522 ff; Blg. ./12; Blg. ./43, Blg. ./44, Blg. ./45, Blg. ./21; Blg. ./8). Im Gegenteil können auch homosexuelle Beziehungen mit Erwachsenen sowohl für homo- als auch für heterosexuelle Jugendliche sehr wertvolle und positive Erfahrungen sein (vgl. hierzu ausführlich Beilage ./2, 506ff; ./12; ./43; ./44; ./45).

Auch bei gleichgeschlechtlichen Kontakten gilt sohin, daß ein dringendes soziales Bedürfnis für ein generelles Verbot über das 14. Lebensjahr hinaus nicht besteht (vgl. Federal Court of Canada Beilage 22, Seiten 24-31; Blg. ./23; Blg. ./23a; Blg. ./21).

Insbesondere könnte eine – in der wissenschaftlichen Forschung ohnehin als nicht zutreffend erkannte (vgl. Beilage ./2, 536 ff; Blg. ./12; ./43; ./44; ./45) – allfällige besondere Neigung zu Jugendlichen sowie eine – ebenfalls als unbegründet festgestellte (vgl. Beilage ./2, 531 ff; Blg. ./12; ./43; ./44; ./45; ./52, insb. S. 246) – allfällig größere Promiskuität kein dringendes soziales Bedürfnis begründen. Ist ein Kontakt oder eine Beziehung nicht sozialschädlich, so kann ihre vermehrte Aufnahme oder eine besondere Neigung zu ihr auch nicht sozialschädlich sein. Aus dem gleichen Grund scheidet eine – ohnehin unmögliche (vgl. EKMR: Sutherland vs. UK, Para. 59, 64; Beilage ./2, 513 ff; Blg. ./12; ./43; ./44; ./45; ./49) – Prägung zur Homosexualität sohin zu einer mittlerweile als sozial unschädlich erkannten Orientierung, als Begründung aus.

Zu einer allfälligen sozialen Isolierung und Verstörung von Jugendlichen, was heute ohnehin weitaus seltener der Fall ist als früher (vgl. Beilage ./2, 520 ff; Blg. ./12; ./43; ./44; ./45; ./49; ./50) – ist zu bemerken, daß diese Folgen – sofern sie überhaupt auftreten – nicht auf die homosexuelle Natur der Beziehung zurückzuführen sind sondern auf die soziale Ächtung und Diskriminierung homosexueller Menschen (vgl. EGMR: Lustig-Prean & Beckett 1999, par. 90, 93; Smith & Grady 1999, par. 97, 100; EKMR: Sutherland 1997, par. 65).

Die Strafnorm, die diese Ächtung und Diskriminierung stützt, trägt selbst zu diesen Verwerfungen bei. Ein dringendes soziales Bedürfnis nach einem Verbot aus diesen Gründen scheidet daher aus. Soziale Isolierung und Verstörung begründen vielmehr ein dringendes soziales Bedürfnis nach einem Absehen von einer solchen Maßnahme (vgl. EGMR: Lustig-Prean & Beckett 1999, par. 90, 93; Smith & Grady 1999, par. 97, 100).

Ein dringendes soziales Bedürfnis für die generelle Pönalisierung von einverständlichen (homo- und hetero)sexuellen Kontakten mit Personen über 14 Jahren kann daher aus all diesen Gründen nicht angenommen werden.

Die "Notwendigkeit" einer Maßnahme im Sinne des Artikels 8 Abs. 2 EMRK ergibt sich aber nicht schon alleine aus einem dringenden sozialen Bedürfnis danach, sondern sie ist vor allem an das Merkmal der "demokratischen Gesellschaft" geknüpft.

So hält der Gerichtshof fest, daß "[a]ccording to the courts case law, a restriction on a convention right can not be regarded as necessary in a democratic society – to hallmarks of which are tolerance and broadmindedness – unless, amongst other things, it is proportioned to legitimate aim pursued" (Dudgeon 1981, Para. 53; Norris 1988, Para. 44, Modinos 1993, Para. 25; Lustig-Prean & Beckett 1999, par. 80: "pluralism, tolerance and broadmindedness"; ebenso Smith & Grady 1999, par. 87).

Die Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme ist etwa dann besonders genau zu prüfen, wenn sie nicht differenziert (EGMR: Open Door and Dublin Women Well 1992, Para. 67–77; Lustig-Prean & Beckett 1999, par. 86: „the absolute and general character of the policy which led to the interferences in question is striking“; ebenso Smith & Grady 1999, par. 93) sowie dann, wenn sie Personen dadurch einer Gesundheitsgefährdung aussetzt, daß sie diese Personen in Bereiche (z.B. die Illegalität) abdrängt, die durch ein Minus an qualifizierter medizinischer Beratung und Behandlung gekennzeichnet sind (Open Door and Dublin Women Well 1992, Para. 667–77; EKMR: Sutherland 1997, par. 59). Dies ist etwa dann der Fall, wenn ein Verbot ein Verhalten nicht verhindert, sondern nur erreicht, daß dieses Verhalten unter anderen, eben gesundheitsgefährdeteren Umständen gesetzt wird (Open Door and Dublin Women Well 1992, Para. 67–77; ähnlich Lustig-Prean & Beckett 1999, par. 92; Smith & Grady 1999, par. 99).

Maßnahmen, die nicht geeignet sind, ihr Ziel zu erreichen, sind unverhältnismäßig. Das ist etwa dann der Fall, wenn ein Verhalten verboten wird, das Verbot dieses Verhalten aber nicht (wesentlich) unterbinden kann. (Open Door and Dublin Women Well 1992, Para. 67–77; ähnlich Lustig-Prean & Beckett 1999, par. 92; Smith & Grady 1999, par. 99).

Insbesondere können aber die moralischen Normen der Mehrheit nicht strafrechtliche Sanktionen gegen einverständige Beziehungen ausreichend urteilsfähiger Personen rechtfertigen (EGMR: Dudgeon 1981, Para. 60). "The criminalization does not imply approval, and the fact that some sectors of the population might draw misguided conclusions in this respect from reform of the legislation does not afford a good ground for maintaining it in force with all its unjustifiable features" (Dudgeon 1981, Para. 61; Norris 1988, Para. 46; Modinos 1993, Para. 25; A.D.T. 2000, par. 32; EKMR: Sutherland 1997, par. 65; ebenso für nicht-strafrechtliche Eingriffe und besonders deutlich: EGMR, Lustig-Prean & Beckett 1999, par. 90; Smith & Grady 1999, par. 97).

Stellt der Gesetzgeber ein (sozialschädliches) Verhalten unter Strafe, so sind damit in der Regel nicht nur positive (Schutz-)Wirkungen verbunden, sondern zumeist auch gewisse Nachteile; nicht nur in Form der (Freiheits-)Strafen für den Täter sondern häufig sogar für die geschützten Personen selbst. Dies trifft auch auf den Bereich des sexualstrafrechtlichen Jugendschutzes zu, wo sich für die Kriminalpolitik in ganz besonderer Weise die Aufgabe stellt, die Lösung des Problems nicht zum Teil des Problems selbst werden zu lassen und zu verhindern, daß die soziale Intervention nicht gerade jene Folgen zeigt, die durch die Tat befürchtet werden.

Ab 14 beginnen Jugendliche, im breiten Maß sexuelle Beziehungen aufzunehmen, weshalb Mindestaltersgrenzen von mehr als 14 Jahren in die Lebenswirklichkeit der Jugendlichen massiv eingreifen. Das Durchschnittsalter für den ersten Vaginalverkehr liegt in Österreich bei 15,5 Jahren ohne daß heute noch signifikanten Unterschiede zwischen Mädchen und Jungen bestehen. Für die große Mehrheit der Jugendlichen ist Monogamie (zumindest) das Ideal. Drei Viertel erleben ihren ersten Vaginalverkehr innerhalb einer festen Beziehung, über 80 % sind dabei in ihre PartnerInnen verliebt. Gleichzeitig scheinen Jugendliche aber auch toleranter gegenüber Abweichungen von diesem Ideal. Auch scheint die Akzelerationshypothese (Beschleunigung der körperlichen Reife unter Verlangsamung der psychischen) unzutreffend. Jugendliche sehen heute die Aufnahme eigenbestimmter sexueller Handlungen nicht nur als ihr Recht sondern fordern dieses Recht auch ein.

Mindestaltersgrenzen von 15, 16 oder mehr Jahren bedeuten, daß die Jugendlichen die Ausfaltung ihrer geschlechtlichen Identität unter besonders ungünstigen Bedingungen, nämlich der Kriminalisierung eines Großteils ihrer potentiellen Partner erleben müssen, sohin unter Bedingungen, die einer geglückten sexuellen Entwicklung und dem Aufbau stabiler Partnerschaften weitgehend im Wege stehen, bedürfen Jugendliche doch gerade auf geschlechtlichem Gebiet eines guten Maßes an Freiheit und Selbständigkeit.

Das Durchschnittsalter der "festen Partner" der 14- bis 17-jährigen Jugendlichen liegt sowohl für Mädchen als auch für Jungen bei rund 19 Jahren, und, wie das Beispiel der Schweiz – wo im Gegensatz zu Österreich und Deutschland einverständige sexuelle Beziehungen auch mit 14- und 15-jährigen Jugendlichen kriminalisiert sind – zeigt, trifft die strafrechtliche Verfolgung nahezu ausschließlich junge Männer, nicht ältere. 60–75 % der Beschuldigten sind unter 25 Jahre alt, lediglich 11–25 % über 30 und gar nur 1–2 % über 45.

Der Widerstand der Jugendlichen gegen Strafverfahren gegen ihre Partner ist groß. Oftmals erstatten Eltern Anzeige, um unerwünschte Liebesbeziehungen ihrer Kinder zu beenden und benützen diese hohen strafrechtlichen Mindestaltersgrenzen, um sich durch die Zuhilfenahme von Strafgerichten bei Generationskonflikten einen Vorteil zu verschaffen.

In den Verfahren, die – auch von Amts wegen – eingeleitet werden, ohne daß Jugendliche die Verfolgung ihrer Partner wünschen, muß häufig Druck auf die Jugendlichen ausgeübt werden, um zu einer Aussage zu gelangen. Die Erniedrigung gegenüber einer Gerichtsöffentlichkeit gegen den eigenen Willen sein Intimleben offenbaren zu müssen und erörtert zu erleben, bedeutet aber nicht nur eine Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung, sondern darüber hinaus Demütigung, vor allem aber Beeinträchtigung der leibseelischen Integrität und Gesundheit. So wird die Person geschädigt, deren Schutz derartige Vorschriften an sich wahren wollen.

Die Kriminalisierung einverständlicher sexueller Beziehung verhindert aber auch die verantwortliche Anwendung und Versorgung mit Antikonzeptionsmitteln sowie die Beachtung von Schutzmaßnahmen gegen Geschlechtskrankheiten und Aids. Dadurch, daß solchen Beziehungen Zeit und Raum genommen werden, werden sie ins Abseits beschleunigter, heimlicher Aktivitäten in Kraftfahrzeugen oder hinter die sprichwörtlichen "Büsche" gedrängt, wodurch nicht nur unnötiger, gesundheitsgefährdender Streß entsteht, sondern die Gefahr unbedachter Handlungen steigt; Heimlichkeit, Zeitdruck und die Abwehr von unerwünschten Gefühlen bewirken, daß gar nicht an Schutzmaßnahmen gedacht werden kann.

Schließlich muß auch darauf Bedacht genommen werden, daß die grundsätzliche Strafdrohung gegen den Partner für den Jugendlichen einen massiven Erpressungsanreiz bietet, der die Binnenqualität der intimen Beziehungen der Jugendlichen verschlechtert, zu Spannungen und Verwerfungen mit ihrem Partner führt, den Einstieg in andere Formen der Kriminalität erleichtert und damit ihre geschlechtliche und gesamtcharakterliche Entwicklung gefährdet.

Gerade im Bereich homosexueller Beziehungen mit 14- bis unter 18-jährigen Jungen entfaltet das strafrechtliche Verbot neben den strafrechtlichen Folgen für den älteren Partner (sechs Monate bis fünf Jahre Freiheitsstrafe) vor allem auch besonders nachteilige Wirkung für die geschützten Jugendlichen selbst.

Die Kriminalisierung verschärft – die durch die gesellschaftliche Diskriminierung ohnehin massiven – Coming-Out-Probleme homosexueller Jugendlicher und schneidet diese von wichtigen Kontakten zu Erwachsenen und "erfahrenen" Homosexuellen ab, die positive Rollenmodelle vermitteln könnten. Selbstmord ist bei homosexuellen Jugendlichen die häufigste Todesursache.

Zudem belegt die Strafvorschrift die große Mehrheit der intimen Kontakte homosexueller Jugendlicher mit dem Stigma des Sexualverbrechens; bereits bei der ersten Erfahrung trifft dies auf mehr als 50 % der Homosexuellen zu. Die damit verbundenen Pressionen, Spannungen und Verwerfungen wirken stabilen und dauerhaften Beziehungen entgegen.

Der Widerstand homosexueller Jungen gegen die Strafverfolgung ihrer (älteren) Partner ist besonders groß. In entsprechenden Strafverfahren sagen die Jungen meist nur widerwillig und

häufig erst unter Druck aus. Die Jugendlichen werden dadurch in Gewissenskonflikte gestürzt und zum bloßen Objekt des staatlichen Strafbegehrens reduziert.

Die Tabuisierung der Jugendhomosexualität drängt die Jungen in ungünstige soziale Milieus ab und fördert durch den mit ihr verbundenen Zeitdruck und den Zwang zur Heimlichkeit die Promiskuität, die Jugendprostitution sowie die Gefahr der Ansteckung mit Geschlechtskrankheiten und Aids (vgl. hierzu insb. auch EKMR: Sutherland 1997, par. 59 = Blg. ./1).

Der Erpressungsanreiz wirkt gerade bei Jungen, insbesondere bei entsprechend sozial vorgeschädigten und daher anfälligen, besonders stark. Die Erpressung geht dabei oft bis an die Existenz der homosexuellen Männer. Seit die 14- bis 17-jährigen Jugendlichen – mit der Strafrechtsreform 1971 – nicht mehr als Mittäter verfolgt sondern als Schutzobjekt behandelt werden, haben die Erpressungen seitens der Jungen zugenommen. Entkriminalisierung hingegen führt zu einer Abnahme der Erpressungen.

Für eine Mindestaltersgrenze über 14 Jahren fehlt bereits das dringende soziale Bedürfnis (siehe oben), weshalb eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit entfallen kann (EKMR: Scherer vs. Switzerland 1993, par. 66).

Angesichts der soeben dargestellten nachteiligen Wirkung einer generellen Pönalisierung über das 14. Lebensjahr hinaus auf die Jugendlichen selbst, erschiene eine Strafnorm jedoch selbst bei Annahme eines dringenden sozialen Bedürfnisses als unverhältnismäßig, ruft die Norm doch gerade die Verwerfungen hervor, vor der sie Jugendliche bewahren will.

Erst jüngst kam eine *Studie des Niedersächsischen Sozialministeriums* zu den folgenden Ergebnissen: Das Bewußtwerden der eigenen Homosexualität (Coming-Out) erfolgt in der Regel zwischen dem 14. und dem 17. Lebensjahr. In dieser Phase leiden immer noch die meisten schwulen Jugendlichen an Einsamkeit und erheblichen Identitätsproblemen, wenn auch heute positive Gefühle wie Stolz und Freude zugenommen haben (Blg. ./38c). Die geringe Anzahl (sichtbarer, „geouteter“) homosexueller Gleichaltriger und die Diskriminierung homosexueller Lebensformen wirken dem Aufbau erfüllter stabiler Beziehungen entgegen und fördern die Promiskuität. Während schwule Jugendliche ebenso wie heterosexuelle Jungen mit durchschnittlich 16 Jahren ihre ersten intensiven sexuellen Kontakte eingehen, finden sie ihren ersten festen Partner nicht wie diese mit durchschnittlich (ebenfalls) 16 Jahren sondern erst mit durchschnittlich 19 Jahren (Blg. ./51). Die Beziehungswünsche schwuler Jugendlicher sind aber keineswegs geringer ausgeprägt als diejenigen ihrer heterosexuellen Altersgenossen, (wie oben dargestellt) einer der wesentlichen Gründe dafür, dass homosexuelle Jugendliche zu einem besonders hohen Prozentsatz suizidgefährdet sind (Blg. ./51, ./53).

Anstatt ihrer aus Art. 8 EMRK erfließenden Verpflichtung zum Schutz dieser Jugendlichen gerecht zu werden, deren Situation nur durch die allgemeine Entdiskriminierung der

Homosexualität wirksam verbessert werden kann (Blg. ./38c, ./38e), verschärft die Republik Österreich ihre Probleme noch, indem sie mit § 209 öStGB auch noch einen großen Teil ihrer Intimkontakte kriminalisiert, leben schwule Jugendliche ihre Sexualität doch sehr häufig mit Partnern, die einige Jahre älter sind als sie selbst (Blg. ./38c).

Auch die in der Praxis verhängten beträchtlichen Strafen und die Härte der Normvollziehung erscheinen aus diesem Grund unverhältnismäßig (vgl. oben A.1.a.).

Zudem ist die Norm angesichts des enormen Dunkelfelds äußerst ineffektiv (die Dunkelfeldschätzungen reichen von 1:20 bis zu 1:1000), und es erscheint daher im Zusammenhang mit den anderen Erwägungen die Verfolgung bloß einzelner "Unglücklicher" besonders unverhältnismäßig.

(Vgl. zu alledem ausführlich und mit zahlreichen Nachweisen Beilage ./2, 89 f, 214, 287–308, 554–579, 583; Resolution der Österreichischen Gesellschaft für Sexualforschung, ÖGS, 04.05.1996 im Anhang der Beilage ./8; Expertenanhörung im Justizausschuß des österreichischen Parlaments Beilage ./12; Expertenanhörung im dt. Bundestag ./43; Expertenanhörung im dt. Bundesrat ./44; Gutachten der British Medical Association ./45; Studie des niedersächsischen Sozialministeriums ./51; ./53; Focus 28/2001 ./38a; Studien ./49, ./50; EKMR: Sutherland 1997, Para. 59, 60 = Blg. ./1).

Insgesamt kann daher festgestellt werden, daß eine Mindestaltersgrenze von 18 Jahren für einverständliche sexuelle Beziehungen (außerhalb von Autoritätsverhältnissen) die Grenzen des dem Gesetzgeber zustehenden Ermessensspielraums klar überschreitet.

Keine einzige der Strafrechtsordnungen auf dem Gebiet des Europarates sieht eine so hohe allgemeine Mindestaltersgrenze vor. Es sind keine (außerordentlich gewichtigen) Gründe ersichtlich, die das Abgehen eines einzelnen Staates von diesem absoluten europäischen Konsens rechtfertigen würde.

Für homosexuelle Beziehungen kann nichts anderes gelten. Jugendliche sind durch homosexuelle Beziehungen nicht mehr gefährdet als durch heterosexuelle, wie auch die Kommission jüngst festgestellt hat (Sutherland 1997, Para. 64 = Blg. ./1) und beruhen höhere Mindestaltersgrenzen für homosexuelle Kontakte (als für heterosexuelle) auf nichts anderem als Vorurteilen und sind konventionswidrig (Sutherland 1997, Para. 66 = Blg. ./1).

Deshalb muß heute auch für gleichgeschlechtliche Beziehungen von bzw. mit Jugendlichen gelten, was der österreichische Verfassungsgerichtshof selbst 1978 in einem Fall ausgesprochen hat, in dem es um verschiedengeschlechtliche Sexualität ging:

„Gemessen an den Wertmaßstäben unserer Demokratie ist der Staat nicht dazu legitimiert, die Freiheit des Individuums in

Ansehung von Verhaltensweisen einzuschränken, die der Öffentlichkeit gegenüber nicht in Erscheinung treten und weder Gemeinschaftsinteressen noch auch legitime Interessen anderer Individuen irgendwie beeinträchtigen. Der Umstand, dass dieses Verhalten als unmoralisch qualifiziert wird, hat für sich allein noch nicht zur Folge, dass ein Verbot als zulässig, weil notwendig in einer demokratischen Gesellschaft beurteilt werden dürfte.“ (VfSlg. 8272/1978)

Es wird nicht verkannt, daß die Kommission in zwei Fällen § 209 StGB unter Berufung auf ihre Entscheidung im Fall Wells vs. UK 1978 als mit Artikel 8 EMRK vereinbar gehalten hat (vgl. Sutherland 1997, Para. 41 [Blg. /1]; Beilage /2, 464–480). Die Kommission ist jedoch von dieser ihrer jahrelangen gefestigten Judikatur im Fall Sutherland für den Bereich der Artikel 14 iVm 8 EMRK aufgrund des veränderten europäischen rechtlichen und wissenschaftlichen Konsenses ausdrücklich abgegangen und hat sie in ihr Gegenteil revidiert, wobei ihre dafür gegebene Begründung (Para. 59ff) 1:1 auch auf Artikel 8 alleine übertragbar ist und hiefür volle Gültigkeit beanspruchen kann (vgl. auch Sutherland, par. 42-44 [Blg. /1]).

In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, daß die Kommission im Fall H.F. vs. Austria 1995 auch im Bereich des Artikel 8 alleine ein Abgehen von ihrer jahrelangen Rechtsprechung angedeutet hat, hat sie doch dort darauf hingewiesen, daß in diesem Fall die sexuellen Kontakte gegen den Willen des Jugendlichen stattfanden und daß der Jugendliche einer der Arbeitnehmer des damaligen Beschwerdeführers und sohin unter dessen Autorität gestellt war. Die Kommission führte bereits damals ausdrücklich aus, daß die Verurteilung für einverständliche homosexuelle Beziehungen mit einem 14- bis 17-jährigen jungen Mann "in den Umständen des gegenwärtigen Falles" als notwendig in einer demokratischen Gesellschaft im Sinne des Artikel 8 Abs. 2 angesehen werden konnte (The Law: Para. 2 letzter Satz). Für einverständliche sexuelle Beziehungen außerhalb von Autoritätsverhältnissen mit freiwillig agierendem Partner (jene Fälle, die § 209 StGB mangels Abdeckung durch andere Strafbestimmungen primär im Auge hat) wollte die Kommission erkennbar bereits damals eine Verurteilung nicht mehr (gem. Art. 8 EMRK) für zulässig erklären.

Auch ein generelles Verbot einverständlicher homosexueller Beziehungen über das 14. Lebensjahr (jedenfalls aber über das 16. Lebensjahr) hinaus muß daher als mit dem in Artikel 8 Abs. 1 EMRK garantierten Schutz des Privatlebens unvereinbar angesehen werden.

Durch das in § 209 enthaltene kriminalstrafrechtliche Verbot einverständlicher sexueller Beziehungen (außerhalb von Autoritätsverhältnissen) mit jungen Männern (über 14 und) unter 18

Jahren verletzt die Republik Österreich sohin das durch Artikel 8 EMRK verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Achtung des Privatlebens.

In diesem Sinne hat der EGMR am 22. November 2001 die Beschwerden in den Fällen G.L. & A.V. vs. Austria (appl. 39392/98, 39829/98) und S.L. vs. Austria (appl. 45330/99) sowohl unter Art. 14 iVm Art. 8 EMRK zugelassen als auch unter Art. 8 EMRK alleine (Blg. ./1a, 1b).

E. Art. 14 iVm 8 EMRK

Artikel 14 EMRK bestimmt:

Der Genuß der in der vorliegenden Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten ist ohne Benachteiligung zu gewährleisten, die insbesondere im Geschlecht, in der Rasse, Hautfarbe, Sprache, Religion, in den politischen oder sonstigen Anschauungen, in nationaler oder sozialer Herkunft, in der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, im Vermögen, in der Geburt oder im sonstigen Status begründet ist.

Für die Prüfung, ob eine Differenzierung eine unzulässige Diskriminierung darstellt, hat der Gerichtshof in seiner Grundsatzentscheidung im Belgischen Sprachenfall 1968 Kriterien entwickelt, die bis heute die Grundlage der Rechtsprechung zu Artikel 14 bilden (vgl. EGMR: Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal 21.12.1999, par. 26, 29).

Danach muß eine gesetzlich vorgesehene Unterscheidung auf einer "reasonable and objective justification" beruhen (Belgischer Sprachenfall 1968, par. 10), deren Vorliegen sowohl anhand des Zwecks als auch der Folgen der gesetzlichen Differenzierung zu prüfen ist. Dabei sind die Prinzipien einer demokratischen Gesellschaft zu beachten (par. 10).

Ein legitimes Ziel allein kann eine Differenzierung noch nicht rechtfertigen, vielmehr muß zusätzlich "a reasonable relationship of proportionality" bestehen "between the means employed and the aim so to be realized" (par. 10).

Für den Bereich des sexualstrafrechtlichen Jugendschutzes hat die Kommission in Anwendung dieser Prinzipien festgehalten, daß die Notwendigkeit sozialen Schutzes ein "reasonable criterion" darstelle. Dies allein sei jedoch noch nicht ausreichend. Das verwendete Kriterium muß vielmehr objektiv sein in dem Sinn, daß es mit Sicherheit gebraucht werden kann, ohne Gefahr zu laufen, wechselnder und willkürlicher Interpretation ausgesetzt zu sein (X vs. FRG 1975). Deshalb müsse der Nachweis eines wesentlichen Unterschiedes in bezug auf die Sozialschädlichkeit eines Verhaltens "be based on various concurring analyses of the position and particularly in the instant case, those of psychologists, sociologist and specialists in social protection" (X vs. UK 1975).

Bis zum Ende der Siebzigerjahre handhabten die Konventionsorgane diese Kriterien sehr weit. Abgesehen vom Belgischen Sprachenfall 1968 haben sie in keinem Fall eine Verletzung des Artikels 14 festgestellt. Mitunter rechtfertigten sie Unterscheidungen dann, daß die Differenzierung nicht als "ill-intentioned" qualifiziert werden könne.

Die Rechtsprechung ist seither von diesem weiten Willkürmodell abgegangen und hat strengere Kriterien angelegt (EGMR: Marckx 1979; Abdulaziz et al. 1985; Inze 1987; noch im Sinne der alten Rechtsprechung das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs zu § 209 StGB vom 03.10.1989 G 227/88, 2/89).

Zwar steht den Staaten ein gewisser Ermessensspielraum bei der Beurteilung zu, inwieweit Unterschiede im Tatsächlichen Unterschiede im Recht erlauben. Dieser Spielraum ist aber um so geringer, je größer sich die Übereinstimmung zwischen den nationalen Rechtsordnungen darstellt (EGMR: Marckx 1979; par. 41; Rasmussen 1984, par. 40; Abdulaziz et al. 1985, par. 78; Inze 1987, par. 41). Dabei läßt der Gerichtshof mehr oder weniger deutliche Rechtsentwicklungen in eine bestimmte Richtung bereits genügen, eine Umsetzung dieser Entwicklung in einer großen Zahl von Vertragsstaaten ist nicht Voraussetzung für eine strenge Prüfung (vgl. oben D.).

Diese strengere Prüfung umfaßt sowohl die Bestimmung zulässiger Ziele als auch die Feststellung der Verhältnismäßigkeit.

Als unzulässig haben die Konventionsorgane in ihrer neueren Rechtsprechung die folgenden Motive für Ungleichbehandlungen festgestellt.

Im Fall Marckx 1979 und Inze 1987 hielten sie fest, daß die Unterstützung und Förderung der traditionellen Familie legitim sei. Zur Durchsetzung dieses Zieles dürfe jedoch nicht auf Maßnahmen zurückgegriffen werden, deren Zweck oder Folgen in der Benachteiligung unehelicher Familien bestehe (EGMR: Marckx 1979, par. 40), werde das Argument des "Schutzes der ehelichen Familie" doch traditionellerweise herangezogen, um die Diskriminierung unehelicher Kinder zu rechtfertigen (EGMR: Inze 1987, par. 94).

Auch der Schutz der "Ruhe" einer bestimmten Bevölkerungsgruppe ist als Motiv unzulässig. So hat die Kommission im Fall Abdulaziz et al. 1985 das Argument der "Ruhe zwischen den Rassen" ("racial tranquillity") als Rechtfertigung für Benachteiligungen nicht-weißer Personen zurückgewiesen, weil es die Interessen dieser Gruppe nicht ausreichend berücksichtige (6 Eur. Hum. Rts. Rep., 41) und der Gerichtshof stellte fest, daß die "Ruhe der ehelichen Familie" kein Motiv darstelle, das es rechtfertige, dem unehelichen Kind fundamentale Rechte vorzuenthalten (Marckx 1979, par. 48).

Scharf lehnen die Konventionsorgane auch das Motiv der öffentlichen Meinung oder der herrschenden Meinung einer bestimmten Bevölkerungsgruppe ab. Es sei genau die traditionelle Verachtung und Geringschätzung aller Arten von Minderheiten gegen die Artikel 14 Schutz bietet (Kommission: Inze 1987, par. 88; EGMR: Inze 1987, par. 44). In Lustig-Prean & Beckett 1999 (par. 90) und Smith & Grady 1999 (par. 97) wurde der Gerichtshof besonders deutlich:

“To the extent that they represent a predisposed bias on the part of a heterosexual majority against a homosexual minority, these negative attitudes cannot, of themselves, be considered by the Court to amount to sufficient justification for the interferences with the applicants’ rights ..., any more than similar negative attitudes towards those of a different race, origin or colour.”

Und in *Salgueiro da Silva Mouta* 1999 erklärte der Gerichtshof eine “distinction based on considerations regarding ... sexual orientation” schlicht und einfach als

„distinction which is not acceptable under the Convention” (par. 36).

Mit der Ablehnung der Legitimität des bloßen Schutzes der Mehrheitsmeinung oder der traditionellen Ansichten befindet sich der Gerichtshof im Einklang mit außereuropäischen Höchstgerichten. So hielt der U.S.-Supreme Court treffend fest:

„the reality of private biases and the possible injury they might inflict are [not] permissible considerations. ... The Constitution cannot control such biases, but neither can it tolerate them. Private biases may be outside the reach of the law, but the law cannot, directly or indirectly, give them effect.” (*Palmore vs. Sidoti* 1984)

Oder wie es der Oberste Gerichtshof Süd-Afrikas – seinerseits den Obersten Gerichtshof Israels zitierend - vor kurzem pointiert formulierte:

“Findings of discrimination cannot be dependent on the discriminator’s way of thinking and desires.” (Blg. ./38c, § 17)

Im Bereich der Verhältnismäßigkeit verlangt die Rechtsprechung, daß sich eine Ungleichbehandlung nicht auf allgemeine und abstrakte Erwägungen stützt, die zuweilen nicht die reale Situation widerspiegeln (EGMR: *Inze* 1987, Para. 43).

Ungleichheiten im Recht haben sich vielmehr an Ungleichheiten im Tatsächlichen zu orientieren, die allgemeine Merkmale der ungleichbehandelten Gruppen oder Personen darstellen. Rechtliche Differenzierungen, die keine allgemein gültige Entsprechung in der Wirklichkeit haben, sind unzulässig (EGMR: *Marckx* 1979, Par. 39).

Die Kommission sieht eine "legislation to the disadvantage of a minority based on a criterion [...] which in itself has no intrinsic link to with the matter to be decided" geradezu als den "classical case of discrimination" bezeichnet (Inze 1987, Par. 95).

Es genügt aber nicht, daß eine Regelung tatsächlich vorhandene Unterschiede deckungsgleich wiedergibt, sondern der Gerichtshof verlangt auch, daß die reale Ungleichheit von ausreichendem Gewicht sein muß. Er hat dabei Unterschiede von bis zu 45 Prozentpunkten als nicht ausreichend qualifiziert (Abdulaziz et al. 1985, Par. 79).

Darüber hinaus muß die Differenzierung den damit verfolgten Zweck auch wirklich erfüllen. Ist sie dazu nicht geeignet ist die Ungleichbehandlung unzulässig (EGMR: Abdulaziz et al. 1985, par. 81).

Sind Lösungen möglich, die ein legitimes Ziel auch ohne Benachteiligung einer Gruppe erreichen können, so haben die nationalen Behörden die Pflicht, diese Lösungen anderen Regelungen, die eine Ungleichbehandlung beinhalten, vorzuziehen. Dies auch, wenn die nichtdiskriminierenden Regelungen Reformen in anderen Rechtsbereichen notwendig machen (EGMR: Marckx 1979, par. 42).

Differenzierungen sind immer nur "ultima ratio" (EGMR: Inze 1987, par. 44).

Differenzierungen auf Grund des „Geschlechts“ bzw. der „sexuellen Orientierung“ bedürfen „besonders schwerwiegender Gründe“ (EGMR: Karlheinz Schmidt v. Germany 18.07.1994, par. 24; Salgueiro da Silva Mouta 1999, par. 36), ganz besonders im Bereich des Sexuallebens (EKMR: Sutherland 1997, par. 57 = Blg. ./1).

§ 209 StGB stellt nur homosexuelle Beziehungen mit Männern (von über 14 und) unter 18 Jahren unter Strafe. Die allgemeine Mindestaltersgrenze von 14 Jahren (§ 206 f StGB) gilt für hetero- und homosexuelle Beziehungen gleichermaßen. Die österreichischen Strafgesetze differenzieren daher sowohl zwischen Homosexualität und Heterosexualität als auch zwischen homosexuellen Frauen und homosexuellen Männern (siehe A.1.).

Um nach Artikel 14 EMRK zulässig zu sein, müssen diese Ungleichbehandlungen auf einer „besonders schwerwiegenden“ „reasonable and objective justification“ beruhen. Diese ist anhand der Maßstäbe einer demokratischen Gesellschaft, insbesondere an deren Grundprinzipien der Toleranz, Weltoffenheit und Pluralität zu prüfen.

Bei unterschiedlichen Mindestaltersgrenzen für sexuelle Beziehungen steht den nationalen Behörden aufgrund des höchst intimen Aspekts der betroffenen Handlungen und des Differenzierungskriteriums „Geschlecht“ bzw. „sexuelle Orientierung“ nur ein sehr enger Ermessensspielraum zu (vgl. oben E. sowie vorhin).

Darüber hinaus hat in den vergangenen 25 Jahren nur eine der europäischen Expertenkommissionen besondere Gefährdungen für Jugendliche durch homosexuelle Kontakte mit Erwachsenen angenommen, die Sonderstrafbestimmungen rechtfertigen würden. Alle anderen haben solche Gründe nicht feststellen können und sich für einheitliche Jugendschutzbestimmungen ausgesprochen (oben B.1).

Die überwiegende Mehrheit der Strafrechtsordnungen auf dem Gebiet des Europarates hat – zum Teil schon seit über 100 Jahren – einheitliche Altersgrenzen festgelegt (B.1). Die Arbeit der verschiedenen internationalen Organisationen auf menschenrechtlichem Gebiet sowie die Rechtsentwicklung in den nationalen Rechtsordnungen läßt einen eindeutigen Trend zur umfassenden Gleichstellung homosexueller Menschen, weit über das Strafrecht hinaus sowie eine wachsende Sensibilität gegenüber ihrer Diskriminierung erkennen. Der Gerichtshof selbst hat Diskriminierung auf Grund „sexueller Orientierung“ als ebenso unzulässig erklärt wie Diskriminierung auf Grund von „Rasse“, „Herkunft“, „Hautfarbe“ (Lustig-Prean & Beckett 1999, par. 90, und Smith & Grady 1999, par. 97) oder „Religion“ (Salguero da Silva Mouta 1999, par. 36). Die Parlamentarische Versammlung des Europarates hat Diskriminierungen auf Grund sexueller Orientierung wiederholt als „besonders abscheulich“ verurteilt (Opinion 216(2000) = Blg. /33, Rec 1474(2000) = Blg. /37).

Auch in Österreich selbst gibt es seit Jahren deutliche Bestrebungen in diese Richtung. Bei der Expertenanhörung vor dem Justizausschuß des österreichischen Parlaments sprach sich die überwältigende Mehrheit der gehörten Sachverständigen für eine sofortige Streichung des Sondermindestalters aus und in der anschließenden parlamentarischen Abstimmung fand § 209 StGB keine Mehrheit mehr. Er verdankt seine Fortgeltung lediglich dem Umstand, daß auch Strafgesetze bei Stimmengleichheit in der parlamentarischen Abstimmung weiter gelten (vgl. A.1.).

Das Europäische Parlament hat Österreich bereits sechsmal ausdrücklich und dringend aufgefordert, § 209 StGB endlich aufzuheben (siehe oben A.1.c).

Wegen des deutlichen europäischen wissenschaftlichen und rechtlichen Konsenses über die Gleichbehandlung homosexuellen Verhaltens im Jugendschutz muß die Prüfung von Sonderstrafbestimmungen daher besonders streng erfolgen.

Aufgrund all dessen sind Motive, wie der Schutz und die Förderung des (traditionellen) Lebensstils einer Mehrheit (z.B. der traditionellen Familie), der Schutz der Ruhe einer bestimmten Bevölkerungsgruppe und die öffentliche oder traditionelle Meinung bzw. die herrschende Meinung in einer bestimmten Bevölkerungsgruppe, verboten. Eine allfällige "Unnatürlichkeit" oder "Unmoral" der Homosexualität oder das Abweichen von der "heterosexuellen Struktur der Gesellschaft" sowie die (größere) heterosexuelle Verfügbarkeit der Frau sowie deren – behauptete – geringere

Tendenz zu Gruppen- oder "Cliques"-Bildung scheiden sohin als Differenzierungsmotive aus (vgl. EKMR: Sutherland 1997, Para. 65 = Blg. /1).

Der Schutz von Jugendlichen vor Beeinträchtigungen in ihrer sexueller Selbstbestimmung, vor sozialer Isolation oder gesundheitlichen Nachteilen stellen hingegen zulässige Differenzierungsmotive dar (EGMR: Salueiro da Silva Mouta 1999, par. 30; EKMR: Sutherland 1997, par. 54 = Blg. /1).

Sie können aber die Ungleichbehandlung deshalb nicht rechtfertigen, weil sich aus der wissenschaftlichen Analyse nicht ergibt, daß von homosexuellen Männern eine größere Gefahr für die Jugendlichen ausginge als von heterosexuellen Männern oder von homosexuellen Frauen (vgl. oben F.; EKMR: Sutherland vs. UK, Para. 59, 64 = Blg. /1; Blg. /12; /43; /44; /45; /49; /50).

Die wissenschaftliche Forschung konnte relevante Unterschiede zwischen homo- und heterosexuellen Männern nicht feststellen (ausführlich mit Nachweisen Beilage /2, 481–540, 584).

Relevante Unterschiede zwischen homosexuellen Männern und homosexuellen Frauen - nicht aber zwischen homosexuellen und heterosexuellen Männern! - bei Promiskuität, der Öffentlichkeit, der Partnersuche, bei der Anziehung durch Jugendliche und bei der Prostitution können zwar nicht ausgeschlossen werden, erreichen aber kein ausreichendes Gewicht, weil die Unterschiede spärlich belegt sind und zumeist nur Hinweise in diese Richtung bestehen (Beilage /2, 541–553, 584). Zudem stellen die – allfälligen – Ungleichheiten keine allgemeinen Merkmale der betreffenden Gruppen dar, weil es innerhalb der homosexuellen Frauen und Männer beträchtliche individuelle Unterschiede und Bandbreiten gibt (ebendort). Zudem betreffen diese Unterschiede nur gewisse (allfällige) Unterschiede im Lebens-, Liebes- und Sexualverhalten, bedeuten aber für sich keine größere Gefährdung von Jugendlichen.

Dennoch sei darauf hingewiesen, daß eine kürzlich erstellte *Studie des deutschen Bundesjustizministeriums* wieder einmal das (auch zur Stützung des § 209 StGB herangezogene) Argument widerlegte, dass homosexuelle Männer der Promiskuität verfallen seien und kaum stabile Beziehungen eingingen. Ganz im Gegenteil leben 75% der homosexuellen Frauen und Männer in einer festen Partnerschaft, wobei die durchschnittliche Dauer etwas über vier Jahre beträgt und schwule Paare sogar eine insgesamt längere Beziehungsdauer aufweisen als lesbische Paare (Blg. /52, S. 246). Die Qualität hetero- und homosexueller Partnerschaften unterscheidet sich nicht wesentlich. Dies gilt auch hinsichtlich der praktizierten Muster der Arbeitsteilung im Haushalt, der Festlegung der Zuständigkeitsbereiche und der Regelung des Alltäglichen (Blg. /52, S. 247).

Die Differenzierung ist auch nicht geeignet, ihren Zweck, den sozialen Schutz von Jugendlichen, wirklich zu erreichen. Sie ruft vielmehr die Gefahren, zu deren Hintanhaltung sie

vorgenommen wurde, häufig selbst erst hervor oder verstärkt sie (siehe oben F.; EKMR: Sutherland 1997, par. 59 = Blg. ./1; ./12; ./43; ./44; ./45).

Schließlich stellt die Differenzierung nicht die "ultima ratio" dar, weil der Schutz der Jugendlichen auf anderem Weg als mit den Mitteln des Strafrechts, das viele Konflikte erst schafft und statt sie zu verhindern und zu mildern, besser sichergestellt werden kann. Vor allem ist etwa die Jugendprostitution – sofern überhaupt mit strafrechtlichen Mitteln – nur mit speziellen auf die Prostitution zugeschnittenen Tatbeständen bekämpfbar.

(vgl. zu alledem ausführlich und mit Nachweisen Blg. ./2, 481-590; EKMR: Sutherland vs. UK, Para. 59, 64 = Blg. ./1; Blg. ./12; ./43; ./44; ./45; ./49; ./50)

Aus all diesen Gründen verletzt ein höheres Mindestalter für männliche Homosexuelle als für heterosexuelle Handlungen (wie die Kommission bereits im Fall Sutherland vs. UK, par. 66 = Blg. ./1, festgestellt hat) - aber auch ein höheres Mindestalter für männliche homosexuelle Kontakte als für weibliche - Artikel 14 iVm 8 EMRK.

In diesem Sinne hat der Gerichtshof am 22. November 2001 die Beschwerden in den Fällen G.L. & A.V. vs. Austria (appl. 39392/98, 39829/98) und S.L. vs. Austria (appl. 45330/99) für zulässig erklärt (Blg. ./1a, 1b).

H. Art. 2 StGG & Art. 7 B-VG

Im Gegensatz zu Art. 14 EMRK garantiert der innerstaatliche Gleichheitssatz nicht nur Gleichbehandlung im Anwendungsbereich bestimmter Grundrechte, sondern gewährt Schutz vor Benachteiligung in allen Rechtsbereichen (vgl. zu den folgenden Ausführungen eingehend und mit Nachweisen Blg. ./2, 104ff, 585).

Seit 1932 erkennt die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes ausdrücklich an, daß auch der Gesetzgeber an den Gleichheitssatz gebunden ist; bis in die 50er-Jahre blieb sie dabei jedoch einer reinen Willkürkontrolle verhaftet. Sie schien davon auszugehen, daß im Regelfall nichts gleichheitswidrig ist (Claudia Klemenz, *Die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zum Gleichheitssatz und zum Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter*, Graz 1987, 34f).

Diese Willkürkontrolle hat der Verfassungsgerichtshof dann zwar zugunsten einer Sachlichkeitsprüfung nach dem Gebot, „Gleiches gleich und Ungleiches ungleich“ (Klemenz 1987, S. 64; Felix Ermacora, *Grundriß der Menschenrechte*, Wien 1988, S. 71f; Theo Öhlinger, *Die Grundrechte in Österreich, Ein systematischer Überblick*, EuGRZ, 225, 1982; Rack & Wimmer, *Das Gleichheitsrecht in Österreich*, EuGRZ, 603, 1983) zu behandeln, aufzugeben, und auch guten Willen und ernstes Bemühen des Gesetzgebers um eine sachgerechte Lösung als Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung zunehmend nicht mehr gelten lassen (Klemenz 1987, S. 64, 98/315; Rack/Wimmer 1983, S. 603f); dennoch hat er bis weit in die 70er-Jahre den Gleichheitssatz als bloßes Exzessverbot verstanden und gehandhabt (Klemenz 1987, 76ff; Rack/Wimmer 1983, 604. Die Aufhebung von Gesetzen sub titulo Gleichheit blieb eine mehr als theoretische Möglichkeit (ausführlich Klemenz 1987, Rack/Wimmer 1983).

Erst in den 80er-Jahren setzte der Verfassungsgerichtshof dem Gestaltungsraum des Gesetzgebers engere Grenzen. Heute orientiert er sich in seiner Rechtsprechung zum Gleichheitssatz an einer strengen Prüfung der Sachlichkeit, die sich weit entfernt hat von der früheren Exzessformel (Klemenz 1987, S. 77, 85). Im einzelnen stellt sich die Prüfung von Gesetzen im wesentlichen wie folgt dar.

(a) Gleich-Ungleich

Nach Kelsen rechtfertigt jeder Unterschied im Tatsächlichen auch eine Unterscheidung im Recht Hans Kelsen, *What is Justice?*, Collected Essays, University of California Press, Berkeley, Calif., 1957. Diese Maxime ist jedoch zu weitgehend und führt zu untragbaren Ergebnissen.

Konsequent verstanden nimmt sie dem Gleichheitssatz jeden Anwendungsbereich, denn „Menschen sind nicht gleichberechtigt, weil sie gleich sind; sondern vielmehr, obwohl sie verschieden sind“ (Christoph Gusty, *Der Gleichheitssatz*, NJW, 40, 2506, 1988). Dürfte jeder

Unterschied im Tatsächlichen auch zu spiegelbildlichen Unterscheidungen im Recht führen, so müsste nie gleichbehandelt werden, können doch „zwei Dinge [...] nicht in jeder Beziehung gleich sein, sonst wären sie identisch“ Gerhard Robbers, *Der Gleichheitssatz*, Oeffentliche Verwaltung, 18, 749, 1988). Der Gleichbehandlungsgrundsatz verkäme zur bloßen Hülle.

Aus diesem Grund ist der Gleichheitssatz in der Philosophie im wesentlichen immer so verstanden worden, daß der Staat an Unterschiede im Tatsächlichen nur dann anknüpfen darf, wenn ein relevanter Grund dafür vorliegt (Mc Kean, Warwick, *Equality and Discrimination under International Law*, Oxford 1983, 5).

Der Gleichheitssatz geht von der Gleichbehandlungsvermutung und nicht von der Ungleichbehandlungsvermutung aus. Dem folgen die verschiedensten nationalen und internationalen Rechtsprechungen dadurch, daß sie Differenzierungen nur dann zulassen, wenn eine sachliche Rechtfertigung vorliegt (Mc Kean 1983, p. 248ff, 259ff; Hesse, Konrad, *Gleichheitsgrundsatz in der neueren deutschen Verfassungsentwicklung*, Archiv des öffentlichen Rechts, 2, 194ff, 1984).

Diese sachliche Rechtfertigung ist anhand bestimmter Vergleichspunkte zu beurteilen. Ungleichheiten dürfen nur dann Grundlage einer unterschiedlichen rechtlichen Behandlung sein, wenn ein innerer Bezug zur Eigenart der normierten Materie besteht (Ermacora 1988, 72). Die Differenzierungskriterien sind aus den Differenzierungszielen zu begründen (Gusty 1988, 2507; Hesse 1984, 189; Robbers 198, 751).

So ist etwa „[d]ie Unterscheidung zwischen arm und reich [...] für das Steuerrecht erheblich, für das Wahlrecht hingegen belanglos“ (Rudolf Wendt, *Der Gleichheitssatz*, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 9, 783, 1988).

Im Bereich des Strafrechts ist zu berücksichtigen, daß Einschränkungen der Handlungsfreiheit eines Menschen, insbesondere wenn sie strafrechtliche Sanktionen androhen, nur dann zulässig sind, wenn dies zur Abwehr von Schädigungen anderer Personen notwendig ist („Sozialschadensprinzip“). Zulässiges Differenzierungskriterium kann daher bei Strafnormen nur das Ausmaß der Sozialschädlichkeit eines bestimmten Verhaltens und die Notwendigkeit des Einsatzes von Strafdrohungen zur Abwehr des Schadens sein. Ungleichbehandlungen im Strafrecht sind nur zulässig, wenn eine Gruppe ein Rechtsgut „in signifikant höherem Grad gefährde[t]“ (VfGH 3. Oktober 1989, G 227/88, 2/89) als eine andere.

(b) Abstellen auf den Regelfall

Bei der Beurteilung inwieweit für einen bestimmten Regelungsbereich wesentliche Ungleichheiten im Tatsächlichen vorliegen, darf der Gesetzgeber auf den Regelfall abstellen.

Insbesondere kann er an verschiedene Stadien der menschlichen Entwicklung verschiedene Rechtsfolgen knüpfen, ohne gegen den Gleichheitssatz zu verstoßen (VfSlg. 7400/1974).

Die Frage ist aber, inwieweit er dabei Sondererscheinungen zu berücksichtigen hat.

Der Verfassungsgerichtshof hat dazu die Formel entwickelt, daß ein Abstellen auf den Regelfall zulässig sei, und „Härten in Grenzfällen“ die Sachlichkeit nicht berühren (VfSlg. 8457/1978; 6401/1971; 6621/1971; 7359/1974; 5318/1966; 7471/1971; 8264/1978).

Grenzfälle versteht er dabei als „zu vernachlässigende Ausnahmen“ und „vereinzelte Härtefälle“. Solche Einzelfälle kann der Gesetzgeber grundsätzlich außer Acht lassen (VfSlg. 11741/1988; 11665/1988; 11665/1988 („vereinzelt[e] Härtefälle“); 8871/1980 („Einzelfälle“); 8485/1979 („zu vernachlässigende Ausnahme“); 7996/1977 („bloß ausnahmsweise“).

Erreichen die Sondererscheinungen jedoch eine „nicht unerhebliche Zahl“ und treten sie „nicht bloß ausnahmsweise, sondern häufig“ auf, so ist eine undifferenzierte Regelung nicht mehr gerechtfertigt (VfGH 6.12.1990 = JBI 374, „nicht unerhebliche und daher nicht zu vernachlässigende Anzahl“; VfSlg. 8485/79 („Interessenparallelität [...] nicht in so weitem Maße den Regelfall dar, daß ein Interessengegensatz eine zu vernachlässigende Ausnahme wäre“); 7996/77 („dann wenn sich Härtefälle nicht bloß ausnahmsweise ereignen, sondern nach den Erfahrungen des täglichen Lebens häufig auftreten, läge ein Verstoß gegen Gleichheitsgebot vor“). Der Gesetzgeber kann dann der Verfassungswidrigkeit dadurch entgehen, daß er Ausnahmebestimmungen schafft (VfSlg. 8204/77; ebenso das dt. Bundesverfassungsgericht: vgl. Robbers 1988 754f, Wendt 1988, 784, Hesse 1984, 187).

(c) Geeignetheit der Differenzierung

Der Gesetzgeber ist in der Wahl der Mittel zur Zielerreichung grundsätzlich frei. Ungeeignete Mittel sind ihm jedoch verwehrt (VfSlg. 11369/87 und die dort zitierte Vorjudikatur; ferner VfGH 7.3.1988, B 914/87). Ihr Einsatz widerspräche dem dienenden Charakter des Rechts.

Ist eine Differenzierung nicht geeignet den Zweck zu erfüllen, dessentwegen sie vorgenommen wurde, so ist sie unzulässig (Wendt 1988, 782ff). So etwa, wenn eine Differenzierung im Strafrecht erfolgt, die Strafbestimmungen den beabsichtigten Schutz vor Schaden jedoch nicht leisten können.

Der Verfassungsgerichtshof hat in seiner neueren Rechtsprechung die Geeignetheit von Differenzierungen sehr genau anhand statistischen Materials geprüft (vgl. etwa VfGH 6.12.1990 = JBI 372).

(d) Erforderlichkeit der Differenzierung

Eine Differenzierung ist aber nicht schon dadurch gerechtfertigt, daß ihr eine für den Regelungsgegenstand wesentliche Ungleichheit im Tatsächlichen zugrunde liegt, daß Härtefälle allenfalls ausschließlich in einzelnen Ausnahmefällen auftreten, und daß die Differenzierung auch geeignet ist, das Differenzierungsziel zu erreichen.

Vielmehr muß die Ungleichbehandlung im Sinne der größtmöglichen Effektivität der Grundrechte auch notwendig sein (VfSlg. 7891/1976 („Es ist nämlich unvermeidlich (Hervorhebung nicht im Original), daß eine sachlich gerechtfertigte Regelung in Grenzfällen zu unbefriedigenden Ergebnissen und Härten führt; dies berührt jedoch nach der ständigen Rechtsprechung nicht die Sachlichkeit der Regelung [ständige Rechtsprechung vgl. z.B. VfSlg. 5098/1965; 5958/1966; 6260/1970; 6419/1971; 6471/1971]“)

Ist ein Zweck auch anders erreichbar als durch eine Durchbrechung des Gleichheitsgrundsatzes, so ist eine Differenzierung nicht gerechtfertigt (VfSlg. 8871/1980: „Der bestehende krasse Unterschied in der Behandlung von Mann und Frau läßt sich auch nicht mit etwa dem typischen Einkommensgefälle zu Lasten der Frau begründen, weil eine auf die Unterhaltslage abstellende Regelung nach Art der in Prüfung stehenden Bestimmungen gerade den konkreten Einkommensunterschieden Rechnung tragen kann“; so auch Ermacora 1988, 73 („Prinzip der [...] Günstigkeitsklausel“); Wendt 1988, 782ff).

Dies gilt verstärkt im strafrechtlichen Bereich, wo Normen ohnehin nur als letztes Mittel zulässig sind („ultima ratio“). Der Verfassungsgerichtshof verlangt hier, daß eine Pönalisierung auch nach den strengsten Kriterien unbedingt geboten ist:

„Die Fortentwicklung der Strafrechtsordnung in den letzten Jahrzehnten zeigt nun, daß der Gesetzgeber das Justizstrafrecht [...] deutlich restriktiver als zuvor einzusetzen trachtet, Straftatbestände also nur dann bestehen läßt oder neu schafft, wenn eine derartige Pönalisierung sozialschädlichen Verhaltens auch nach strengsten Kriterien unbedingt geboten ist. [...] So betrachtet kann dem Strafgesetzgeber aber nach Überzeugung des Verfassungsgerichtshofs unter dem Aspekt des Gleichbehandlungssatzes der Art. 7 Abs. 1 B-VG und 2 StGG nicht mit Grund entgegengetreten werden, wenn er [...] mit Beachtung der eingeschränkten, maßhaltenden Ziele der vorherrschenden Strafrechtspolitik [...] ableitet [...]“ (VfGH 3.10.1989, G227/88, 2/89).

(e) Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers

Innerhalb der angeführten Kriterien steht dem Gesetzgeber ein gewisser, auch kriminalpolitischer Gestaltungsspielraum zu.

Dieser Spielraum ist allerdings umso geringer, je schwerer der Eingriff ist, der mit der Differenzierung verbunden ist (VfSlg. 11741/1988 (VfSlg. 11665/1988 bestätigend); VfSlg. 11665/1988 („Eine Mißachtung ihres Vertrauens wirkt bei Pensionisten besonders schwer“); VfSlg. 8871/1981 („Das Ausmaß der solcherart hinzunehmenden ungleichen Auswirkungen einer generellen Norm hängt allerdings nicht nur vom Grad der Schwierigkeiten ab, die eine nach den verschiedenen Sachverhalten differenzierende Lösung der Vollziehung bereiten würde, sondern auch vom Gewicht der angeordneten Rechtsfolgen“); vgl. die ständige Formel des deutschen *Bundesverfassungsgerichts* zur Gleichheitsprüfung: „Diese Verfassungsnorm gebietet, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln. Demgemäß ist dieses Recht verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen anders behandelt wird, obwohl keine Unterschiede von solcher Art (Hervorhebung nicht im Original) und solchem Gewicht vorliegen, daß sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten.“ (erstmal: BVerfGE 55, 72 [88, 91] = NJW 1981, 271; zu eingehenden Nachweisen dieser mittlerweile ständigen Rechtsprechung siehe Hesse 1984, 189; Robbers 1988, S. 751).

Die Prüfung auf Übereinstimmung mit dem Gleichheitssatz wird daher besonders streng ausfallen müssen, wenn eine Ungleichbehandlung in einem Bereich erfolgt, der auch durch ein anderes Grundrecht, wie etwa jenes auf Achtung des Privatlebens, geschützt ist (so ausdrücklich das deutsche *Bundesverfassungsgericht*, eingehende Nachweise bei Hesse 1984, 191f). Das ergibt sich schon aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Ermacora 1988, 72; Wendt 1988, 785). Die Vor- und Nachteile einer Differenzierung hat der Gesetzgeber insbesondere bei Strafrechtsnormen sorgsam abzuwägen (VfGH 3.10.1989, G 227/88, 2/89: „sorgsame[r] Abwägung aller vielfältigen Vor- und Nachteile“).

Der Prüfungsmaßstab verschärft sich nicht nur durch Eingriffe in eine positivierte grundrechtliche Position, sondern auch durch Berührung grundlegender Wertentscheidungen. So ergibt sich aus einer Zusammenschau der dem Minderheitenschutz dienenden Rechtsnormen, „daß sie eine Wertentscheidung des Verfassungsgesetzgebers zugunsten des Minderheitenschutzes enthalten“. Diese „vom Verfassungsgesetzgeber dem Minderheitenschutz zugemessene Bedeutung verlangt bei Regelungen, die die Stellung einer Minderheit innerhalb anderer gesellschaftlicher Gruppen betreffen, eine sehr differenzierende Abwägung“ (VfGH 5.10.1979, W I-9/79 = EuGRZ 1982, 76).

Der Gestaltungsraum des Gesetzgebers wird auch dadurch eingeschränkt, daß die Rechtsprechung, im Sinne eines konsequenten Verständnisses der Grundrechte als garantierte Mindestpositionen, die Beweislast für die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung dem Staat auferlegt (VfGH 6.12.1990 = JBl 375, „auch mit anderen Fakten konnte die Bundesregierung nicht

belegen, daß“; VfSlg. 11741/1988 (VfSlg. 11665/1988 bestätigend); VfSlg. 11665/1988: „Der Vertreter der Bundesregierung brachte in der Verhandlung vor [...] Aus diesem Umstand ist nach Ansicht des VfGH keinesfalls zu schließen“).

Bei der Erlassung strafrechtlicher Jugendschutzbestimmungen muß sich dieser Nachweis auf maßgebende Expertenmeinungen und Erfahrungstatsachen stützen:

„So betrachtet kann dem Strafgesetzgeber aber nach Überzeugung des Verfassungsgerichtshofs unter dem Aspekt des Gleichbehandlungssatzes der Art. 7 Abs. 1 B-VG und 2 StGG nicht mit Grund entgegengetreten werden, wenn er – unter Berufung auf maßgebende Expertenmeinungen in Verbindung mit Erfahrungstatsachen den Standpunkt einnehmend, daß [...] – [...] ableitet [...]“ (VfGH 3.10.1989 G227/88, 2/89).

(f) Dynamische Interpretation

Neuerdings interpretiert der Verfassungsgerichtshof in Anlehnung an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte den Gleichheitssatz durchaus dynamisch (Klemenz 1987, S. 105/Anm. 480). Er verlangt, daß Gesetze stets dem Gleichheitssatz entsprechen müssen (VfGH 13.6.1991, G 163/91, G 164/91: „Dass Gleichheitsgebot, soweit es sich an die Gesetzgebung wendet, ist nicht auf Zeitpunkt der Erlassung der Norm abgestellt; Gesetze müssen vielmehr stets dem Gleichheitsgebot entsprechen“).

Normen, die ehemals verfassungskonform waren, können in verändertem gesellschaftlichen Umfeld invalidieren; dies insbesondere durch die Änderung anderer Rechtsbereiche (VfSlg. 8871/1980: „Soweit nämlich Änderungen im Bereich eines Rechtsgebietes die für ein anderes Rechtsgebiet maßgeblichen tatsächlichen Verhältnisse ändern, ist bei der Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der Regelung dieses anderen Rechtsgebietes auf die so geschaffenen Verhältnisse Bedacht zu nehmen).

Auch auf Rechtsentwicklungen nimmt der Verfassungsgerichtshof Bezug. Liegt eine solche Entwicklung in Richtung des Abbaus bestimmter Ungleichbehandlungen vor, so müssen für solche Differenzierungen sehr gewichtige Gründe vorliegen (VfGH 13.6.1991, G 163/91, 164/91: „Die Rechtsstellung des unehelichen Kindes wurde inzwischen weitgehend der des ehelichen Kindes angeglichen [...] Es müßten sehr gewichtige Gründe vorliegen, damit eine unterschiedliche Behandlung allein aus dem Umstand der ehelichen oder unehelichen Geburt als mit Art. 7 B-VG vereinbar angesehen werden könnte“).

Insgesamt erweist sich daher, dass der Verfassungsgerichtshof zur Anwendung des innerstaatlichen Gleichheitssatzes, jedenfalls auf dem hier interessierenden Gebiet, im

wesentlichen (materiell) dieselben Kriterien entwickelt hat, wie die Konventionsorgane für Art. 14 EMRK.

Aus denselben Erwägungen wie oben zu G. dargestellt verletzen beide in § 209 StGB enthaltene Differenzierungen, sowohl die Differenzierung zwischen homosexuellen und heterosexuellen Kontakten als auch zwischen weiblicher und männlicher Homosexualität, auch den innerstaatlichen Gleichheitssatz, zumal die Regelung (§ 209 StGB) die Stellung einer Minderheit innerhalb anderer gesellschaftlicher Gruppen betrifft und die Ungleichstellung nicht nur der internationalen und europäischen sondern mittlerweile auch der österreichischen Rechtsentwicklung widerspricht, und die Prüfung daher besonders streng zu erfolgen hat.

Die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes aus dem Jahre 1989 kann jedenfalls heute angesichts der dramatischen Rechtsentwicklung und Veränderung der gesellschaftlichen Anschauungen auf diesem Gebiet und angesichts der stetigen Verfestigung der entsprechenden wissenschaftlichen Erkenntnisse, die mittlerweile ein in der Humanwissenschaft nur selten anzutreffendes Maß an Gesicherheit erreicht haben, nicht mehr aufrecht erhalten werden.

I. Bemerkungen zur Äußerung der Bundesregierung im Verfahren G 190/01

Die Bundesregierung verweist im ggst. Verfahren auf ihre Äußerung im Verfahren G 190/01. Wenngleich diese Verweisung unzulässig ist, sei aus prozessualer Vorsicht an dieser Stelle dennoch zu den in der seinerzeitigen Stellungnahme enthaltenen Argumenten bemerkt wie folgt.

Die österreichische Bundesregierung trat dem Aufhebungsantrag wesentlich dadurch entgegen, dass sie die Entscheidung des österreichischen Verfassungsgerichtshofs aus dem Jahre 1989 sowie die Entscheidungen der Europäischen Kommission für Menschenrechte vor dem Fall Sutherland vs. UK (1997) referierte.

Die Bundesregierung lässt dabei aber die in der neueren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte entwickelten strengen Prüfkriterien außer Acht.

Wie oben ausführlich dargelegt verlangt der Gerichtshof zur Rechtfertigung von Eingriffen in das Intim- und Sexualleben (unter Art. 8 EMRK; vgl. zuletzt wieder Lustig-Prean & Beckett vs. UK 1999, par. 82, 87; Smith & Grady vs. UK 1999, par. 89, 94; A.D.T. vs. UK 2000, par. 38) sowie von Differenzierungen auf Grund des Geschlechts bzw. der sexuellen Orientierung“ (unter Art. 14 iVm Art. 8 EMRK; Karlheinz Schmidt vs. Germany 1994, par. 24; Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal 1999, par. 36; Lustig-Prean & Beckett vs. UK 1999, par. 82, 90; Smith & Grady vs. UK 1999, par. 97) “besonders schwerwiegende Gründe“. Solche besonders schwerwiegenden Gründe werden auch dann gefordert, wenn in einem bestimmten Bereich zwischen den Mitgliedstaaten ein hohes Maß an Konsens hinsichtlich der Rechtsnormen (hier lässt der Gerichtshof sogar bloße Tendenzen in der (internationalen) Rechtsentwicklung genügen), der vertretenen Expertenmeinungen oder der

öffentlichen Meinung besteht (vgl. zuletzt wieder Informationsverein Lentia vs. Austria 1993, par. 39, 42; Lustig-Prean & Beckett vs UK 1999, par. 97; Smith & Grady vs. UK 1999, par. 104; Mazurek vs. France 2000, par. 49, 52; Beyeler vs. Italy, par. 2000, par. 113; A. vs. UK 1998, par. 22). In Hinblick auf § 209 StGB und die hier verfahrensggst. Fragen sind alle diese fünf Umstände (Eingriff in das Sexualleben; Differenzierung auf Grund Geschlecht und sexueller Orientierung; hoher rechtlicher, wissenschaftlicher und öffentlicher Konsens) gegeben, die jeweils schon für sich alleine „besonders schwerwiegende Gründe“ notwendig machten.

All das hat die Bundesregierung nicht berücksichtigt. Dabei kann es auch an ihr nicht spurlos vorübergegangen sein, daß sich etwa das Maß an europäischem rechtlichen, wissenschaftlichen und öffentlichen Konsens in diesem Bereich seit 1989 ebenso dramatisch verstärkt hat wie die gesellschaftliche Toleranz gegenüber und die Akzeptanz von gleichgeschlechtlichen Beziehungen (vgl. u.a. Blg. ./18g) sowie die Ablehnung der Strafbestimmung des § 209 öStGB in Österreich selbst (ausführlich oben A.).

Dennoch hängt sie nach wie vor einer reinen (heute in diesem Bereich längst überholten) Willkürprüfung an und beruft sich auf die Entscheidungen W.Z. vs. Austria (1993) und H.F. vs. Austria (1995) der Europäischen Kommission für Menschenrechte, obwohl die Kommission dieser Rechtsprechung mit ihrer Entscheidung im Fall Sutherland vs. UK (1997) (= Blg. ./1) den Rücken gekehrt hat.

Es waren eben der hohe wissenschaftliche Konsens und der hohe europäische rechtliche Konsens, der die Kommission 1997 veranlasste, von ihrer überkommenen Rechtssprechung, in der sie strafrechtliche Sonderaltersgrenzen für (männlich) homosexuelle Beziehungen stets für zulässig erklärt hatte, abzugehen (Sutherland vs UK, par. 59f = Blg. ./1). Dabei diente – entgegen der Bundesregierung - das Argument der strafrechtlichen Verantwortlichkeit auch der jugendlichen Partner (unterhalb der Altersgrenze) lediglich als Zusatzargument, das, wie aus der Begründung der Kommission unschwer erkennbar ist (par. 64), lediglich dazu diente, die Unverhältnismäßigkeit der britischen Gesetzeslage selbst für den Fall darzulegen, dass man entgegen der Kommission eine vernünftige und sachliche Rechtfertigung („reasonable and objective justification“) bejahte (par 64: „Even if, ...“). Aus diesem Eventualargument ist daher für die Position der österreichischen Bundesregierung nichts zu gewinnen. Wenn auch in Österreich der jugendliche Partner (unter 18 Jahren) selbst nicht strafbar ist, so hat doch die Kommission ganz deutlich festgehalten (par. 64, 66), dass unabhängig von der Frage der Strafbarkeit des jugendlichen Beteiligten für höhere Altersgrenzen für homosexuelle Beziehungen keine objektive und sachliche Rechtfertigung besteht und hat solche Sonderaltersgrenzen, wie § 209 StGB eine ist, generell als unzulässig und als Verletzung der Konvention erkannt (par. 66).

Entgegen der erkennbaren Auffassung der Bundesregierung kann eben aus der bloßen Tatsache, dass § 209 StGB dem Jugendschutz dient, nicht die Rechtfertigung nach Art. 8 Abs. 2 EMRK abgeleitet werden. Wie bereits oben (F.) ausführlich dargelegt ist nach der ständigen

Rechtsprechung des Gerichtshofs ein Eingriff in die Rechte gem. Art. 8 (1) EMRK nicht schon dann gerechtfertigt, wenn er einem legitimen Ziel dient, sondern muß ein solcher Eingriff vielmehr in einer demokratischen Gesellschaft zur Erreichung eines solchen Zieles notwendig sein, dh es muß ein dringendes Bedürfnis nach der ergriffenen Maßnahme gegeben und der Eingriff zum verfolgten Ziel verhältnismäßig sein.

Gerade die von der österreichischen Prozessvertretung angezogene Expertenanhörung durch den Unterausschuß des Justizausschusses des Nationalrates am 10. Oktober 1995 hat (wie oben unter A. dargelegt) klar zu Tage gebracht, dass für die Aufrechterhaltung des § 209 StGB kein (geschweige denn ein dringendes) soziales Bedürfnis (mehr) besteht, ganz im Gegenteil diese Bestimmung selbst das Wohl der Jugendlichen massiv gefährdet und deshalb gerade im Interesse des Jugendschutzes umgehend zu streichen ist.

Daß zwei der 13 gehörten Sachverständigen sich für eine Beibehaltung aussprachen, kann an dem Befund nichts ändern, dass eben alle anderen 11 Experten aus ihrem jeweiligen Fachgebiet dringend die Streichung der Bestimmung forderten. Hinzu kommt, dass der eine, RA Dr. Ainedter, außer dem Umstand, dass § 209 StGB dem Jugendschutz diene und dass er nicht einsehe, „warum das nicht strafbar sein soll“, zur Begründung nichts vorzubringen hatte (Blg. ./12, 31f) und die Ausführungen der anderen, Prof. Dr. Rollett, unschlüssig erscheinen, erklärt sie doch eingangs ihrer Stellungnahme, daß es über die Fakten unter den Experten keine Divergenzen gebe, sondern nur über die Schlußfolgerungen, die man aus diesen Fakten ziehe; und gestand sie ausdrücklich zu, daß Homosexualität schon lange nicht mehr als Geisteskrankheit gewertet wird und daß "die Theorie der Prägung von der Wissenschaft heute eindeutig in Frage gestellt" werde sowie daß unerwünschte Beziehungen für Jugendliche schädlich seien "ganz gleichgültig, ob es sich um heterosexuelle oder um homosexuelle Beziehungen handle" (Beilage ./12, 25f). Trotz dieser eindeutigen Aussagen plädiert sie dann in der Folge für eine Beibehaltung des § 209 StGB und begründet dies (unverständlicherweise und in sich widersprüchlich) damit, daß man homosexuelle Jugendliche "ebenso (Hervorhebung d.d. mitbet. Partei) in Frieden ihre Identität finden lassen [soll] wie die heterosexuellen Jugendlichen" (Beilage ./12, 26f).

Ein solch klarer Befund der beteiligten Wissenschaften ist in der Humanwissenschaft nicht oft anzutreffen. 100%ige Übereinstimmung wäre es, was stutzig machen müsste, findet sich doch für jede, auch noch so abstruse Position ein wissenschaftlicher Verfechter und wollten wir tatsächlich einen 100%-Befund zur Voraussetzung der Abschaffung benachteiligender Regelungen machen, so würden wir heute immer noch in Leibeigenschaft, Unterordnung der Frau, Rassentrennung, der Strafbarkeit der Onanie und anderen Ungeheuerlichkeiten verharren, für deren Rechtfertigung sich auch heute bekanntlich immer noch Wissenschaftler zu finden vermögen.

Das Plenum des Nationalrates hat seine Entscheidungen am 27. November 1996 und am 17. Juli 1998 in voller Kenntnis der eindeutigen und - wie oben (B., F.) ausführlich dargelegt – dem internationalen Erkenntnisstand entsprechenden (vgl. Sutherland vs. UK, par. 59, 64 = Blg. ./1;

.143; .144; .145; vgl. auch zuletzt wieder Blg. .149, .150) wissenschaftlichen Stellungnahmen getroffen, weshalb die von der österreichischen Bundesregierung monierten hehren Zielsetzungen der für diese parlamentarischen Entscheidungen verantwortlichen Abgeordneten bestritten werden dürfen. Ihre wahren Motive hat die Justizsprecherin der konservativen ÖVP und Vorsitzende des parlamentarischen Justizausschusses, Dr. Maria Fekter, offengelegt als sie die ablehnende Haltung ihrer Partei mit der Notwendigkeit betonte, homo- und bisexuellen Jugendlichen „*ein schlechtes Gewissen wegen ihrer sexuellen Orientierung (zu) machen*“ (Blg. .120c, Seite 8).

Bleibt die von der Bundesregierung zum Abschluß ins Treffen geführte Argumentation Schmollers, wonach einverständliche gleichgeschlechtliche Kontakte (außerhalb von Autoritätsverhältnissen) mit über 19jährigen für heterosexuelle Jugendliche „eine erhebliche Irritation und Störung“ bedeuten könnten. Und zwar durch „unmittelbare psychische Probleme“ als auch durch Stigmatisierung als „Homosexueller“ und durch angebliche „Belastung späterer, der eigentlichen sexuellen Orientierung entsprechender heterosexueller Beziehungen“.

Ganz abgesehen, dass dieses Argument nichts zur Rechtfertigung der Differenzierung zwischen weiblicher und männlicher Homosexualität beizutragen vermag, begründet Schmoller seine apodiktischen Behauptungen in keiner Weise, außer (ähnlich RA Dr. Ainedter oben), dass all dies „einleuchte“. Es könnte daher mit dem Hinweis das Auslangen gefunden werden, dass es genau solche Bedenken waren, die im In- und Ausland von der Wissenschaft ausführlich geprüft und für falsch befunden worden sind (Blg. .112; .143; .144; .145; .149; .150; .11, par. 59, 64; ausführlich oben A., B. & F.).

Dennoch sei hier zu den Behauptungen Stellung genommen (ausführliche Nachweise in Blg. .12, 520ff).

Das Argument, homosexuelle Beziehungen brächten für Jugendliche soziale und psychische Risiken mit sich, ist relativ jung. Es wurde im wesentlichen erst in die Diskussion eingebracht als sich die Unhaltbarkeit der Prägungs- und Verführungstheorie zunehmend verdeutlichte.

In Österreich spricht erstmals die Regierungsvorlage 1970 (S. 14) von einer „erheblichen“ Belastung ihrer „Leistungsfähigkeit und seelische[n] Entwicklung“ sowie von einer „erheblichen“ Erschwerung „ihre[r] Anpassung an die gegebenen gesellschaftlichen Strukturen“.

In der Folge hat sich auch die Europäische Kommission für Menschenrechte – unter Verweis auf zwei englische Kommissionsberichte aus den Jahren 1957 und 1984 – darauf berufen, homosexuelle Kontakte könnten Jugendliche verstören und – wegen der gesellschaftlichen Diskriminierung der Homosexualität – sozial isolieren.

Auch hier gilt, daß keine Berichte bekannt sind, wonach die Straffreiheit in der mittlerweile übergroßen Mehrheit der europäischen Rechtsordnungen größere Gefährdungen für die Jugendlichen nach sich gezogen hätte. Ganz im Gegenteil machte das Beispiel der

Entkriminalisierung Schule, und die positiven Erfahrungen führten zu einer deutlichen europäischen Rechtsentwicklung in diese Richtung.

Überdies ist die Haltung gegenüber Homosexualität heute zunehmend von Toleranz und Verständnis geprägt, die soziale Diskriminierung nimmt ab.

Gegenüber homo- und bisexuellen Jugendlichen greift das Argument der Diskriminierung ohnehin ins Leere, sind sie dieser Diskriminierung doch vor allem wegen ihrer Eigenart und ihres Wesens, ihrer Natur, eben wegen ihrer sexuellen Orientierung weitgehend unabhängig von allfälligen gleichgeschlechtlichen Kontakten ausgesetzt.

Die Befürchtung der „Verstörung“ heterosexueller Jungen ist deshalb größtenteils unbegründet, weil diese Jungen homosexuelle Kontakte häufig sehr gut mit ihrer heterosexuellen Identität vereinbaren können. Das liegt daran, daß sie diese Kontakte – zumindest für sich selbst – vielfach gar nicht als „homosexuell“ im Sinne der Verwirklichung und Vollendung einer inneren Neigung empfinden, sondern als Spiel, Spaß und sexuelle Befriedigung mit einem (guten) Freund. Erleichtert wird ihnen dies dadurch, daß sie zumeist in der „männlichen Sexualrolle“ verbleiben. Als „homosexuell“ verstehen sie allenfalls den Mann, der sie oral befriedigt, oder den sie anal penetrieren, der sohin die Rolle der Frau übernimmt, nicht aber sich selbst; tun sie doch nichts anderes als bei einem Sexualekontakt mit einer Frau.

Die Gefahr der „Verstörung“ ist allenfalls dann gegeben, wenn ein heterosexueller Junge Homosexualität (für sich) ablehnt, aber dennoch wegen fehlender Möglichkeiten heterosexuellen Verkehrs und auf Grund seiner drängenden Bedürfnisse gleichgeschlechtliche Kontakte eingeht. Ein solcher Junge kann sich fragen, warum er sich homosexuell verhalten hat und sich allenfalls Selbstvorwürfe machen, vielleicht befürchten, selbst homosexuell zu sein.

Durch die sexuelle Liberalisierung und dem mit ihr verbundenen leichteren Zugang zum anderen Geschlecht sind homosexuelle Ersatzhandlungen bei Jugendlichen jedoch deutlich zurückgegangen. Homosexuelle Kontakte von Jugendlichen erscheinen sohin heute viel weniger einem Mangel an heterosexuellen Möglichkeiten sondern vielmehr einem wirklichen Bedürfnis nach intimen Erfahrungen aus Zuneigung und Sympathie oder auch nur aus Lust und Experimentierfreude zu entspringen (vgl. Blg. ./2, 488).

Darüberhinaus zeigt sich, daß die homosexuell aktiven Jugendlichen zugleich auch die heterosexuell aktiven sind. Homosexuelle Aktivität führt also im allgemeinen nicht zu heterosexueller Isolierung.

Die Gefahr einer „Verstörung“ scheint daher gerade heute nur mehr gering. Bereits 1969 führte der Niederländische Gesundheitsrat zur damaligen dem heutigen § 209 öStGB entsprechenden Bestimmung (Art. 248bis nStGB) aus:

„Zusammenfassend meint die Kommission, daß der ‚Verführung‘ nicht die große Bedeutung zuzumessen ist, wie dies häufig geschieht [...] Unter den Gefahren, denen der Jugendliche im Leben ausgesetzt ist, werden sexuelle Gefahren und die Verführung stark überschätzt [...] Inmitten des emotionalen Schadens, den sich Menschen in zwischenmenschlichen Beziehungen zufügen können, sinkt der Schaden, der heute durch § 248bis bekämpft werden muss, zu einem Nichts herunter“ (Niederländischer Gesundheitsrat 1969, S. 46, Pkt. 7.9.1 u. 7.9.4; Blg. ./8 im Anhang)

Dem entspricht, daß das Verstörungsargument auch von dessen Befürwortern oft auf „Ausnahmefälle“ beschränkt wird. So auch Schmoller („eine erhebliche Irritation und Störung bedeuten kann“).

Zudem gehören Verwirrungen und Verstörungen zur typischen sexuellen Entwicklung von Jugendlichen, und „die meisten Jugendlichen besitzen genügend psychische Kraft, um aus ihren Verwirrungen als relativ gesunde Erwachsene hervorzugehen“ Baacke, Dieter, *Die 13- bis 18jährigen, Einführung in die Probleme des Jugendalters*, Weinheim/Basel 1983, S. 75).

Positive wie negative Erfahrungen dienen dem (jungen) Menschen dazu, seine sexuelle Identität zu finden, ja bilden geradezu eine Voraussetzungen dafür. Vor allen diesen Erlebnissen, positiven wie negativen, kann man Jugendliche nicht schützen, will man sie nicht in eine sterile, ihre Entwicklung abtötende bewachte Umwelt stellen Für homosexuelle Beziehungen gilt nichts anderes (Blg. ./2, 366).

Dort wo die Verwirrungen und Verstörungen über das übliche Maß hinausgehen, liegt dies in den allermeisten Fällen gerade an der sozialen Ächtung und Diskriminierung, die bewirken, daß ein Junge allenfalls „befürchtet“, homosexuell zu sein, anstatt seine homosexuellen Anteile positiv in seine Gesamtpersönlichkeit integrieren zu können. Strafrechtliche Sonderbestimmungen wie § 209 StGB stützen diese Ächtung und Diskriminierung und tragen daher gerade zu den „Verstörungen“ und Verwerfungen bei, zu deren Hintanhaltung sie geschaffen wurden.

Dieser Zirkelschluß ist auch beim Argument der Diskriminierung und Isolierung augenfällig, wobei zudem unbeantwortet bleibt, wie ausgerechnet eine Bestrafung von Menschen (die ja nun wirklich Konflikte schafft) andere vor ‚Konflikten‘ bewahren solle.

Demgemäß haben auch alle regierungsamtlichen Expertenkommissionen der vergangenen 25 Jahre – mit einer einzigen Ausnahme (vgl. oben B.1.) – keine relevanten sozialen oder psychischen Risiken für die Jugendlichen feststellen können.

Dasselbe gilt für empirische Untersuchungen, die diese Frage untersucht haben (Blg. ./2, 520ff; ./49; ./50).

Nicht vergessen werden darf, daß auch homosexuelle Beziehungen mit Erwachsenen für Jugendliche eine sehr wertvolle und positive Erfahrung sein können.

Gerade für homosexuelle Jugendliche sind erlaubte und damit auch sozial kontrollierte und kultivierbare Beziehungen wichtig zur Identitätsfindung, um sich kennenzulernen und auszuprobieren, um herauszubekommen, was mit ihnen eigentlich los ist. Besonders ältere und erfahrene Homosexuelle scheinen dabei eine wichtige Funktion zu entwickeln.

Homosexuelle Jugendliche bevorzugen als Gesprächspartner mit weitem Abstand andere Homosexuelle, insbesondere ihre Sexualpartner. Das erklärt, warum „erfahrene“ Homosexuelle genau so sehr als Kommunikations- wie als Sexualpartner geschätzt werden. Jugendliche finden bei ihnen oft eine verständnisvolle Stütze und können durch die homosexuellen Kontakte und die damit verbundene Intimität, Nähe und Geborgenheit Streß und Schuldgefühle abbauen. Gerade die Erfahrungheit des Partners gibt ihnen die benötigte Wärme und Sicherheit. Oft machen sie in diesen Beziehungen „zum ersten Mal die Erfahrung [...], als Homosexueller geschätzt zu sein“.

Aber auch über die homo- und bisexuellen Jugendlichen hinaus brauchen Pubertierende ganz generell enge menschliche Beziehungen mit einem hohen Grad an Intimität. Hiezu führte der Niederländische Gesundheitsrat aus:

„Mehr Offenheit und Kontaktmöglichkeiten werden nicht nur dem jugendlichen Homosexuellen bei seinen Reifungsproblemen helfen, sondern können auch für den heterosexuellen Jugendlichen einen positiven Aspekt haben. Der amerikanische Psychiater Sullivan legt in seinem Werk besonderen Nachdruck auf den Bedarf an engen Beziehungen in der präadoleszenten Phase. Er hält es für besonders wichtig, daß diese Beziehungen einen hohen Grad an Intimität erreichen“ (Niederländischer Gesundheitsrat 1969, S. 45f, Pkt. 7.8.5; Blg. ./8 im Anhang)

Diese finden Jugendliche häufig gerade in einer homosexuellen Beziehung mit einem Mann, die für sie gewisse Vorteile gegenüber Beziehungen mit Gleichaltrigen oder mit Mädchen oder Frauen haben kann.

So gehen Jugendliche oft durch eine Phase der Auflehnung und Rebellion gegen die Welt der Erwachsenen, die (auch) daher rührt, daß sie die „soziale Lüge“, das Auseinanderklaffen von in der Kindheit internalisierten Idealen und der Wirklichkeit, erkennen. In dieser Zeit kann die Beziehung mit einem Erwachsenen eine wichtige Verbindung zur Erwachsenenwelt darstellen, die diese

Phase überdauert. Die traditionellen Autoritätspersonen scheiden zu diesem Zweck jedenfalls aus. Gegen sie richtet sich ja die Auflehnung in erster Linie.

Zudem entwickeln Jugendliche oft ein „Heldenverehrungsbedürfnis“, ein ICH-Ideal, an dem sie sich positiv orientieren können. Dieses ICH-Ideal kann nicht nur der Gefahr der Orientierungslosigkeit und der Entfremdung von der Erwachsenenwelt entgegenwirken sondern auch dem Mißverständnis vorbeugen, Genuß und Freude müßten (zur Gänze) jetzt konsumiert werden, weil das Erwachsenenleben ohnehin nicht lebenswert sei.

Diese positiven Aspekte sind freilich nicht auf sexuelle Beziehungen beschränkt. Je näher und intimer jedoch eine Beziehung ist und je vertrauter einander die Partner sind, desto besser kann eine solche Beziehung ihre (positiven) Wirkungen entfalten. Vor allem erfüllt Sexualität das grundlegende menschliche Bedürfnis nach körperlicher Nähe, Zärtlichkeit und Liebkosung. Gerade wenn ein Erwachsener Liebe und Zuneigung zu einem Jugendlichen empfindet, ist dies die beste Voraussetzung dafür, daß er auf dessen spezifische Situation, seine Wünsche und Bedürfnisse eingeht.

Die Beziehung zu einem Mann kann für Jungen zudem den Vorteil haben, daß sie im Bereich ihrer täglichen Erfahrungen und Erlebnisse liegt, die vertraut und vorhersehbar sind. Außerdem können sie in der Beziehung mit einem Mann, der vorlebt, daß Zärtlichkeiten nicht unmännlich sind, das oft bei heterosexuellen Männern feststellbare und von Frauen beklagte Zärtlichkeitsdefizit, das sogenannte „Macho“-Verhalten, überwinden.

Eine homosexuelle Beziehung kann für Jungen vielfältige Bedürfnisse, wie jene nach Anregung, Freundschaft und Anerkennung sowie nach sexueller Befriedigung, erfüllen. Sie kann den widerstreitenden Bedürfnissen der Jugendlichen nach Fürsorge und Freiheit entsprechen und ihnen ein Element der Stabilität, der Beständigkeit und Ruhe in der stürmischen Zeit der sexuellen Entwicklung bieten.

Dies hat sich insbesondere für „sozial problematische“ Jugendliche sehr wertvoll erwiesen.

Homosexuelle Beziehungen mit erwachsenen Männern können somit auch für die weitere Entwicklung von heterosexuellen Jungen durchaus wertvoll sein.

Ist das Argument der sozialen und psychischen Schädigung heterosexueller Jugendlicher durch einverständliche homosexuelle Kontakte unbegründet, so verletzt die Argumentation Schmollers homosexuelle Jugendliche massiv, sagt er doch, dass bei ihnen die negativen Auswirkungen von (hetero)sexuellen Kontakten, die im Widerspruch zu ihrer (homo)sexuellen Orientierung stehen, zu vernachlässigen seien, weil sie ohnehin ständig mit einer „heterosexuellen Welt“ konfrontiert sind.

Diese Aussage ist an Zynismus nicht zu überbieten, frei nach dem Motto „Wer leidet, kann ruhig noch ein wenig mehr leiden“. Dabei gäbe es genug Anlaß für den Staat, seiner Fürsorgepflicht (auch) gegenüber den homosexuellen Jugendlichen nach zu kommen.

Das Bewußtwerden der eigenen Homosexualität (Coming-Out) erfolgt in der Regel zwischen dem 14. und dem 17. Lebensjahr. In dieser Phase leiden immer noch die meisten schwulen Jugendlichen an Einsamkeit und erheblichen Identitätsproblemen, wenn auch heute positive Gefühle wie Stolz und Freude zugenommen haben (Blg. ./51). Die geringe Anzahl (sichtbarer, „geouteter“) homosexueller Gleichaltriger und die Diskriminierung homosexueller Lebensformen wirken dem Aufbau erfüllter stabiler Beziehungen entgegen und fördern die Promiskuität. Während schwule Jugendliche ebenso wie heterosexuelle Jungen mit durchschnittlich 16 Jahren ihre ersten intensiven sexuellen Kontakte eingehen, finden sie ihren ersten festen Partner nicht wie diese mit durchschnittlich (ebenfalls) 16 Jahren sondern erst mit durchschnittlich 19 Jahren (Blg. ./51). Die Beziehungswünsche schwuler Jugendlicher sind aber keineswegs geringer ausgeprägt als diejenigen ihrer heterosexuellen Altersgenossen, (wie bereits oben F. dargelegt) einer der wesentlichen Gründe dafür, dass homosexuelle Jugendliche zu einem besonders hohen Prozentsatz suizidgefährdet sind (Blg. ./51, ./53). Anstatt ihrer aus Art. 8 EMRK erfließenden Verpflichtung zum Schutz dieser Jugendlichen gerecht zu werden, deren Situation nur durch die allgemeine Entdiskriminierung der Homosexualität wirksam verbessert werden kann (Blg. ./51, ./53), verschärft die Republik Österreich ihre Probleme noch, indem sie mit § 209 StGB auch noch einen großen Teil ihrer Intimkontakte kriminalisiert, leben schwule Jugendliche ihre Sexualität doch sehr häufig mit Partnern, die einige Jahre älter sind als sie selbst (Blg. ./51).

Welch absurde Lebenssituation die österreichische Rechtsordnung für homo- und bisexuelle Jugendliche bereit hält, illustriert das folgende Beispiel anschaulich (vgl. auch Blg. ./10; www.paragraph209.at).

Zwei Jungen (13 und 10 Jahre alt) haben eine – in diesem Alter oft vorkommende – sexuelle Beziehung -> beide begehen ein Sexualverbrechen (§§ 206, 207, StGB: „(Schwerer) Sexueller Mißbrauch von Unmündigen“), sind aber noch strafunmündig.

Ein Jahr später (der Ältere ist nun 14 und der Jüngere 11): Dem 14jährigen drohen bis zu 5 Jahre Gefängnis (§§ 206, 207 StGB iVm § 5 JGG).

Ein Jahr später (der Ältere ist nun 15 und der Jüngere 12): Für sexuelle Kontakte, die nicht mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind, kann der Ältere nun nicht mehr bestraft werden (§ 207 Abs. 4 StGB). Solche Taten sind aber dennoch nach wie vor ein Verbrechen, weshalb anderen Personen (wie etwa den Eltern, die das erlauben) wegen Anstiftung und Beihilfe bis zu 10 Jahre Gefängnis drohen (§§ 12, 206f StGB).

Wieder ein Jahr später (der Ältere ist nun 16 und der Jüngere 13): Nun kann der Ältere auch für sexuelle Kontakte, die mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind, nicht mehr bestraft werden (§§ 206 Abs. 4, 207 Abs. 4 StGB), außer das Eindringen erfolgt mit Gegenständen (§ 206 Abs. 4 StGB). Alle diese Taten sind aber dennoch nach wie vor ein Verbrechen, weshalb anderen

Personen (wie etwa den Eltern, die das erlauben) wegen Anstiftung und Beihilfe bis zu 10 Jahre Gefängnis drohen (§§ 12, 206f StGB).

Ein weiteres Jahr später (der Ältere ist nun 17 und der Jüngere 14): alle genannten Beschränkungen entfallen. Die beiden dürfen nun jede Art von Sexualverkehr völlig legal vornehmen.

Zwei Jahre später (nun ist der Ältere 19 und der Jüngere 16): Die Beziehung wird wieder zum Sexualverbrechen und dem 19jährigen droht wieder Gefängnis von mindestens sechs Monaten bis zu fünf Jahren (§ 209 StGB).

Weitere zwei Jahre später (nun ist der Ältere 21 und der Jüngere 18): Erst jetzt dürfen die beiden „bis an ihr Lebensende“.

Diese Rechtslage als sachlich gerechtfertigten Jugendschutz zu verteidigen, vermag nicht einmal Schmoller (Kienapfel/Schmoller BT III § 209 RN 8ff), weshalb sogar er, was die Bundesregierung verschweigt, deutlich gegen § 209 StGB in seiner geltenden, nun angefochtenen Fassung auftritt (ebendort).

Abschließend sei der Bundesregierung entgegen gehalten, dass (rechtliche) Diskriminierung mit (gesellschaftlicher) Diskriminierung zu begründen, massiven Grundwertungen des Menschenrechtsschutzes zuwider läuft.

Nicht nur hat die Europäische Kommission für Menschenrechte verneint, dass die Präferenz für einen heterosexuellen Lebensstil „in irgendeiner Weise“ eine Rechtfertigung für ungleiche Behandlung hetero- und homosexueller Handlungen im Strafrecht bieten kann (Sutherland vs. UK, par. 65 = Blg. ./1).

Sondern auch der Gerichtshof stellte klar:

“To the extent that they represent a predisposed bias on the part of a heterosexual majority against a homosexual minority, these negative attitudes cannot, of themselves, be considered by the Court to amount to sufficient justification for the interferences with the applicants’ rights outlined above, any more than similar negative attitudes towards those of a different race, origin or colour.” (Lustig-Prean & Beckett 1999, par. 90; Smith & Gradey 1999, par. 97).

Aus alldem wolle daher dem Antrag des Oberlandesgerichtes Innsbruck auf Aufhebung des § 209 StGB sowie seinen Anregungen gem. Art. 140 Abs. 5 & 7 B-VG

s t a t t g e g e b e n

werden.

WOLFMAYER

Thomas

BEILAGENVERZEICHNIS

Beilage ./1 Europäische Kommission für Menschenrechte, Euan Sutherland vs. UK, Report 01.07.1997 (Appl. 25186/94) (*)

Beilage ./1a Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, G.L. & A.V. vs. Austria (appl. 39392/98, 39829/98), Beschluß 22.11.2001

Beilage ./1b Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, S.L. vs. Austria (appl. 45330), Beschluß 22.11.2001

Beilage ./2 Helmut Graupner, Sexualität, Jugendschutz und Menschenrechte – über das Recht von Kindern und Jugendlichen auf sexuelle Selbstbestimmung, Teil 1, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/New York/Paris/Wien: Lang 1997 (*)

Beilage ./3 Helmut Graupner, Sexualität, Jugendschutz und Menschenrechte – über das Recht von Kindern und Jugendlichen auf sexuelle Selbstbestimmung, Teil 2, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/New York/Paris/Wien: Lang 1997 (*)

Beilage ./4 Einladung zur Präsentation des Buches Beilagen ./2 und ./3 anlässlich des Internationalen Tages der Menschenrechte 1997 im österreichischen Parlament (*)

Beilage ./5 Pressemeldung der Austria Presseagentur über die Präsentation des Buches Beilagen ./2 und ./3 anlässlich des Internationalen Tages der Menschenrechte 1997 im österreichischen Parlament (*)

Beilage ./6 Helmut Graupner: Austria, in West, Donald J. & Green, Richard, Socio-legal Control of Homosexuality, A Multi-Nation Comparison, New York/USA: Plenum, 1997 (*)

Beilage ./7 JUS AMANDI – Zeitschrift für gleichgeschlechtliche Liebe und Recht, Ausgaben 1/95 bis 4/98 (im Konvolut) (*)

Beilage ./8 Helmut Graupner: Homosexualität und Strafrecht in Österreich, 8. Auflage (aktualisiert per 19.01.2002), Wien: Rechtskomitee LAMBDA 2001, www.RKLambda.at (Publikationen)

Beilage ./9 Helmut Graupner: "Kalender-Urteil": Homophobe Justiz auf frischer Tat ertappt, Der Standard 15.02.1996 (Seite 25) (*)

Beilage ./10 Videokassette "Kein Recht zu lieben? – Schwule Jugendliche in Österreich" (Wien 1995) samt Begleitbroschüre (*)

Beilage ./11 Helmut Graupner: Ungleichbehandlung als Regelfall, in Der Standard 27./28.2.1993 (*)

Beilage ./12 Nationalrat der Republik Österreich: Unterausschuß des Justizausschusses, Zusammenfassende Darstellung der Expertenanhörung zu den §§ 209, 220, 221 StGB, 10.10.1995 (*)

Beilage ./13 Peter Birgmayr: § 209 und die Verfassung, Universität Wien 1996 (Auszug) (*)

Beilage ./14 Regina Primus: Sexuelle Orientierung und § 209, Universität Graz 1996 (Auszug) (*)

Beilage ./15 Alice Höller: Homosexualität in Österreich - strafrechtliche Aspekte, Universität Graz 1992 (Auszug) (*)

Beilage ./16 Ebner, G. & Müller, G.: Die rechtliche Situation homosexueller Menschen, Universität Innsbruck 1993 (Auszug) (*)

Beilage ./16a Alexandra Gago: § 209 StGB – Schutz oder Diskriminierung?, Universität Innsbruck 2001 (Auszug) (*)

Beilage .117 Nationalrat der Republik Österreich: Stenographisches Protokoll, 47. Sitzung, XX. Gesetzgebungsperiode, 27. und 28.11.1996, Seiten 1–68 (*)

Beilage .118 Europäisches Parlament: Entschließung zur Achtung der Menschenrechte in der Europäischen Union, 08.04.1997 (A4-0112/97) samt Bericht des Ausschusses für Grundfreiheiten und innere Angelegenheiten vom 20.03.1997 (*)

Beilage .118a Europäisches Parlament, „Entschließung zur Achtung der Menschenrechte in der Europäischen Union“, 17.02.1998 (A4-0034/98) samt Bericht des Ausschusses für Grundfreiheiten und innere Angelegenheiten vom 28.02.1998 (*)

Beilage .118b European Parliament: Urgency Resolution on Equal Rights of Lesbians and Gays in the EU, 17.09.1998 (*)

Beilage .118c Europäisches Parlament: Entschließung zur Achtung der Menschenrechte in der Europäischen Union (1997) vom 17.12.1998 (A4-0468/98) (*)

Beilage .118d Europäisches Parlament: Entschließung zur Achtung der Menschenrechte in der Europäischen Union (1998/1999) vom 16.03.2000 (A5-0050/00) (*)

Beilage .118e UN-Human Rights Committee:

Concluding observations on the report of Austria under Art. 40 ICCPR, Geneva 11.11.1998, <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/MasterFrameView/873443bcd091d2da802566c8005e7609?OpenDocument>; Summary record of the meeting: Austria.04/11/98, CCPR/C/SR.1719, [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/daefea725df37a82802566c0005850d7?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/daefea725df37a82802566c0005850d7?OpenDocument) (*)

Beilage .118f Art. 9 öö Landes-Verfassungsgesetz sowie Bericht des gemischten Ausschusses (Ausschuss für Verfassung und Verwaltung und Geschäftsordnungsausschuss) betreffend das Landesverfassungsgesetz, mit dem das Öö. Landes-Verfassungsgesetz geändert wird (Öö. Landes-Verfassungsgesetz-Novelle 2001) (*)

Beilage .118g Urteil des Oberlandesgerichtes Graz vom 24.11.2000 (9 Bs 304/00) (*)

Beilage .118h Österreichische Bundesregierung: Regierungsvorlage eines Kindschaftsrechtsänderungsgesetzes 2001 (296 Blg. XXI. GP-NR) (Auszug) (*)

Beilage .118i Presseaussendung, austria presse agentur (OTS), 19.04.2001 (*)

Beilage .118j Presseaussendung Amnesty International, 26.02.2001 (*)

Beilage .118k Österreichs erster Gewissengefangener seit Jahren, Ius Amandi 1/01 (1f) (*)

Beilage .118l Europäisches Parlament: Entschließung über die Lage der Grundrechte in der Europäischen Union (2000) (05.07.2001, A5-0223/01) http://www.europarl.eu.int/plenary/default_de.htm?redirected=1 (*)

Beilage .118m Presseaussendung. Austria Presse Agentur, 03.04.2001 (*)

Beilage .118n Parlamentarische Anfrage an den Bundesminister für Justiz (1381/J XXI. GP, 19.10.2000); Beantwortung der Anfrage 1381/J XXI. GP durch den Bundesminister für Justiz (1371/AB XXI. GP, 18.12.2000) (*)

Beilage .118o Pressemeldung 25.05.2001 (*)

Beilage .118p Pressemeldung „FPÖ-Mainoni zu § 209: ‚Unerfreuliche Verzögerungstaktik der ÖVP““, 31.05.2001

Beilage .118q Pressemeldung Westenthaler: ‚Erleichterung bei § 209““, 31.05.2001

Beilage .118r Zeitschrift Ius Amandi 4/01, www.RKLambda.at (Ius Amandi)

Beilage ./19 Pressemeldung der Austria Presse Agentur (APA) vom 27.07.1997 (*)

Beilage ./19a Committee of Ministers of the Council of Europe, Reply adopted 19 September 2001

Beilage ./19b Committee of Ministers of the Council of Europe, Recommendation (2000) 21 on the freedom of exercise of the profession of lawyer (25.10.2000)

Beilage ./19c Resolution der 134. Vollversammlung der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien (08.11.2001)

Beilage ./19d Schreiben der Evangelischen Kirche in Österreich (21.08.2001) sowie Pressemeldung „Evangelische Kirche: Kritik an Asylpraxis und § 209 StGB“ (31.10.2001)

Beilage ./19e Bescheid der Steiermärkischen Landesregierung vom 10.10.2001 (**)

Beilage ./20 Pressemeldung der Austria Presse Agentur (APA) vom 06.11.1997 (*)

Beilage ./20a Presseausendung Austria Press Agentur (APA) vom 23.06.1998 (*)

Beilage ./20b Grußbotschaften an die Wiener Regenbogen-Parade 1998 & Presseausendung Austria Presse Agentur (APA) vom 03. Juli 1998 (*)

Beilage ./20c Nationalrat: Protokoll der Sitzung vom 17 Juli 1998 (*)

Beilage ./20d Strafrechtsänderungsgesetz 1998 (BGBl 153/1998) samt Bericht des Justizausschusses (NR: XX. GP AB 1359, S. 137) (*)

Beilage ./20e VI Berlin International Conference on Sexology: Resolution on the Immediate Repeal of Art. 209, Berlin 25.-27.07.1998 (*)

Beilage ./20f World Association for Sexology (WAS): Petition to the Austrian Federal Government, 06 September 1997 (*)

Beilage ./21 Helmut Graupner: Sexual Consent – the Criminal Law in Europe & Overseas, Archives of Sexual Behavior, Vol. 29, No. 5, New York: Plenum/Kluwer Academic 2000 (*)

Beilage ./21b ILGA-Europe: Euroletter 62, August 98 (*)

Beilage ./22 Federal Court of Canada: Henry Halm vs. The Minister of Employment and Immigration, Decision of 24.02.1995 (*)

Beilage ./23 Ontario Court of Appeal: R. v. C. M., Decision 24.05.1995 (*)

Beilage ./23a Quebec Court of Appeal: R. v. Roy, Decision 15.04.1998 (*)

Beilage ./24 Helmut Graupner: Wider die Gewalt, für die selbstbestimmte Sexualität – Das neue Sexualstrafrecht in Spanien und Italien, SEXUS (Zeitschrift der Österreichischen Gesellschaft für Sexualforschung, ÖGS), Wien, 1997 (*)

Beilage ./27 Helmut Graupner: Von "widernatürlicher Unzucht" zu "sexueller Orientierung" – Homosexualität & Recht, in: Roth, R. & Hey, B., Que(e)rdenken. Weibliche/männliche Homosexualität und Wissenschaft, Innsbruck: Studienverlag 1997 (*)

Beilage ./28 Helmut Graupner: Keine Liebe zweiter Klasse – Diskriminierungsschutz und Partnerschaft für gleichgeschlechtlich L(i)ebende, 3. Auflage (aktualisiert per 19.01.2002), Wien: Rechtskomitee Lambda 2001, www.RKLambda.at (Publikationen)

Beilage ./28a Resolution des Wiener Gemeinderates vom 27.06.2001 (**)

Beilage ./29 UN-Human Rights Committee, Toonen vs. Australia 1994 (*)

Beilage ./31 Beantwortung einer parlamentarischen Anfrage durch den Bundesminister für Justiz (5312/AB-NR/1999 (19.03.99)) samt bezüglicher Anfrage (*)

Beilage ./32 Beantwortung einer parlamentarischen Anfrage durch den Bundesminister für Justiz (385/AB-NR/2000 (20.04.2000) samt bezüglicher Anfrage (*)

Beilage ./32a Beantwortung einer parlamentarischen Anfrage durch den Bundesminister für Justiz (2097/AB-NR/2001 XXI.GP (11.05.2001) samt bezüglicher Anfrage (*)

Beilage ./33 Parlamentarische Versammlung des Europarates: Opinion No. 216 (2000), 26.01.2000 (*)

Beilage ./34 Ausschuß für Einwanderung, Flüchtlinge und Demographie“ der Parlamentarischen Versammlung seinen Bericht zur „Situation der Lesben und Schwulen und ihrer Partner in bezug auf Asyl und Einwanderung in den Mitgliedstaaten des Europarates“ (Doc. 8654) (25.02.2000) (*)

Beilage ./35 Parlamentarische Versammlung des Europarates: Recommendation 1470 (2000), 30.06.2000 (*)

Beilage ./36 „Ausschuß für rechtliche Angelegenheiten und Menschenrechte“ der Parlamentarischen Versammlung des Europarates, Bericht über „*Situation von Lesben und Schwulen in den Mitgliedstaaten des Europarates*“ (Doc. 8755) (06.06.2000) (*)

Beilage ./37 Parlamentarische Versammlung des Europarates: Recommendation 1474 (2000), 25.09.2000 (*)

Beilage ./38 orf-online: Jugend zu Ausgehzeiten befragt (11.05.2001) (*)

Beilage ./38a FOCUS 28/2001 (Auszug) (*)

Beilage ./38b High Court of South-Africa: Judgment in the Case Du Toi & De Vos (23704//01) (Sept. 2001)

Beilage ./38c High Court of South-Africa: Judgment in the Case Satchwell (26289/01) (Sept. 2001)

Beilage ./39 Pressemeldung „Rot-grüner Gleichstellungsantrag im Wr. Gemeinderat“, 02.07.2001 (*)

Beilage ./40 ai Jahresbericht 2001 (Auszug) (*)

Beilage ./41 Florian Klenk: „Verabscheuungswürdig!“, Falter 23/01 (06.06.2001) (*)

Beilage ./42 Gesetzestexte und Pressemeldungen zur Senkung des Wahlalters in Kärnten und der Steiermark (Konvolut) (*)

Beilage ./43 Expertenanhörung im dt. Bundesrat 1992 (Protokoll) (*)

Beilage ./44 Expertenanhörung im dt. Bundestag 1993 (Protokoll) (*)

Beilage ./45 British Medical Association, Report on the Homosexual Age of Consent 1994 (*)

Beilage ./46 Bundesverfassungsgericht, Beschluß 18.07.2001 (*)

Beilage ./47 Amt der Niederösterreichischen Landesregierung, Bescheid vom 28.11.2000 (GZ RU6-St-T-0013/0); Bundespolizeidirektion Wien, Bescheid vom 27.01.2000 (GZ Fe 294/99) (*)

Beilage ./48 Beantwortung einer parlamentarischen Anfrage durch den Bundesminister für Inneres (5301/AB-NR/1999 XX.GP) www.parlament.gv.at (*)

Beilage .149 Bruce Rind: Gay and Bisexual Adolescent Boy's Sexual Experiences With Men: An Empirical Examination of Psychological Correlates in a Nonclinical Sample, Archives of Sexual Behavior, Vol. 30, No. 4, 345-368, New York: Plenum/Kluwer Ac. (*)

Beilage .150 Robert Bauserman & Bruce Rind: Psychological Correlates of Male and Adolescent Sexual Experiences with Adults: A Review of the Nonclinical Literature, Archives of Sexual Behavior, Vol. 26, No. 2, 105-141, New York: Plenum/Kluwer Ac. (*)

Beilage .151 Niedersächsisches Ministerium für Frauen, Arbeit und Soziales, Die Lebenssituation schwuler Jugendlicher (Konvolut) www.niedersachsen.de/MS_jungeschwule.htm (*)

Beilage .152 Buba-Vaskovics: Benachteiligung gleichgeschlechtlich orientierter Personen und Paare, Studie im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, Köln: Bundesanzeiger 2001 (*)

Beilage .153 Pressemeldung „Homosexuelle psychisch belasteter?“, 23.01.2001 (*)

(*) Diese Beilagen wurden dem Gerichtshof bereits im Verfahren G 6/02 vorgelegt. Von einer neuerlichen Vorlage wird daher aus prozeßökonomischen Gründen abgesehen. Auf Wunsch können diese Beilagen jedoch jederzeit vorgelegt werden.

(**) Diese Beilagen wurden bereits vom antragstellenden Gericht vorgelegt.