

Beschluss

Das Oberlandesgericht Innsbruck hat in der Strafsache gegen XXXXXXXX wegen Verbrechens nach § 209 StGB durch seinen 6. Senat im nach Zustellung des Beschlusses des Verfassungsgerichtshofes vorn 29. November 2001, G 190/01-18, gemäß § 62 Abs. 3 VerfGG fortgesetzten Verfahren am 20.12.2001 in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen:

1. Gemäß § 62 Abs. 3 VerfGG wird das Verfahren über die Berufung des Angeklagten XXXXXXXX gegen das Urteil des Einzelrichters des Landesgerichtes Feldkirch vom 23.11.2000, GZl. 23 Vr 591/00-17, unterbrochen.

2. Das Oberlandesgericht Innsbruck stellt nach Art. 89 Abs. 2 iVm Art. 140 Abs. 1 B-VG als zur Entscheidung in zweiter Instanz zuständiges Gericht beim Verfassungsgerichtshof den

Antrag,

§ 209 StGB, BGB1. 1974/60 idF BGB1. 1988/599, zur Gänze als verfassungswidrig aufzuheben.

Begründung:

1. Sachverhalt

Mit dem bezeichneten Urteil des Landesgerichtes Feldkirch vom 23.11.2000 wurde der am XX.XX.1968 geborene XXXXXXXX schuldig erkannt, dass er in Dornbirn als Person männlichen Geschlechts nach Vollendung des 19. Lebensjahres mit nachgenannten Personen, die das 14. , aber noch nicht das 18. Lebensjahr vollendet hatten, gleichgeschlechtliche Unzucht getrieben hat, und zwar

1) Ende Mai 1997 mit dem am XX.XX.1979 geborenen XXXXXXXX, indem er mit ihm einen Analverkehr durchführte;

2) im Zeitraum 7. Mai bis Ende Mai 1997 in zwei Angriffen mit dem am XX.XX.1980 geborenen XXXXXXXX durch gegenseitigen Oralverkehr,

wodurch er das Verbrechen der gleichgeschlechtlichen Unzucht mit Personen unter 18 Jahren nach § 209 StGB begangen hat. Er wurde hierfür nach § 209 StGB zu einer gemäß § 43 Abs. 1 StGB bedingt nachgesehenen Freiheitsstrafe von sechs Monaten und nach § 389 StPO zum Ersatze der Kosten des Strafverfahrens verurteilt.

Während der Angeklagte die angemeldete Berufung wegen Nichtigkeit zurückgezogen hat, hat er sie wegen Ausspruchs über die Schuld und Strafe ausgeführt, begehrt Freispruch, in eventu mildere Strafe und regt im Übrigen das Gesetzesprüfungsverfahren an.

II. Zu den Prozessvoraussetzungen

1. § 209 StGB war die Grundlage der Verurteilung des Angeklagten, die das antragstellende Gericht auf Grund einer Berufung des Angeklagten zu überprüfen hat. Diese Vorschrift ist daher präjudiziell.

§ 209 StGB idF BUEI. 599/1988 (die folgenden Ausführungen beziehen sich immer auf § 209 in der Fassung des genannten Bundesgesetzes) bedroht gleichgeschlechtliche Handlungen von Männern, die älter als 19 Jahre sind, mit solchen, die das vierzehnte, aber noch nicht das achtzehnte Lebensjahr vollendet haben, mit Strafe. Diese Bestimmung lautet:

„§ 209. Eine Person männlichen Geschlechtes, die nach Vollendung des neunzehnten Lebensjahres mit einer Person, die das vierzehnte, aber noch nicht das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat, gleichgeschlechtliche Unzucht treibt, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.“

2. Das antragstellende Gericht hat bereits mit Beschluss vom 8. Mai 2001 an den Verfassungsgerichtshof gemäß Art. 89 Abs. 2 iVm Art. 140 Abs. 1 B-VG den Antrag gestellt, § 209 StGB als verfassungswidrig aufzuheben. Mit Beschluss vom 29. November 2001, G 190/01, hat der Verfassungsgerichtshof diesen Antrag mit der Begründung zurückgewiesen, es liege das Prozesshinderniss der entschiedenen Sache vor. Der Verfassungsgerichtshof habe bereits mit dem Erkenntnis VfSlg. 12.182/1989 über die gleichen Bedenken, wie sie das Antrag stellende Gericht vorgebracht hatte, abgesprochen. Eine Entscheidung über bestimmte, im Sinne des § 62 Abs. 1 2. Satz VfGG 1953 dargelegte Bedenken gegen ein Gesetz schaffe nicht nur gegenüber dem Antragsteller, sondern nach allen Seiten hin Rechtskraft. Es sei nämlich nicht anzunehmen, dass der Verfassungsgesetzgeber es als zulässig angesehen hätte, dass ein Antrag

gemäß Art. 140 Abs. 1 B-VG, über den der Verfassungsgerichtshof schon einmal entschieden hat, von einem anderen Antragsteller mit gleicher Begründung neuerlich gestellt und der Verfassungsgerichtshof so zu einer Wiederholung der bereits durchgeführten Gesetzesprüfung veranlasst werden könnte.

Wie der Verfassungsgerichtshof aber ebenfalls betont, liegt entschiedene Sache im Verhältnis zwischen einem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes und einem neuen Gesetzesprüfungsantrag allerdings nur vor, wenn zum einen zwischen der seinerzeit geprüften und der nunmehr zur Prüfung gestellten Norm Identität besteht und zum anderen über das im neuen Antrag vorgetragene Bedenken vom Verfassungsgerichtshof bereits im Vorerkenntnis abgesprochen wurde.

3. a) Nach Auffassung des Verfassungsgerichtes habe das antragstellende Gericht keinerlei andere Bedenken vorgebracht, als sie bereits im Erkenntnis VfSlg. 12.182/1989 behandelt wurden. In diesem Erkenntnis beschäftigte sich der Verfassungsgerichtshof ausschließlich mit dem Bedenken gegen § 209 StGB (der in der gleichen Fassung geprüft wurde, wie er nunmehr noch in Geltung steht und vom antragstellenden Gericht in der bei ihm anhängigen Rechtssache anzuwenden ist), er verstoße deswegen gegen das Gleichheitsgebot, weil unsachlich *zwischen* männlichen und weiblichen homosexuellen Beziehungen differenziert werde.

b) Wie sich aus diesem Erkenntnis ergibt (S 261 f), erblickte der damalige Einschreiter „die Gleichheitswidrigkeit der angegriffenen Gesetzesstelle insbesondere darin, dass sie Männer und Frauen in Bezug auf homosexuelle Handlungen mit Jugendlichen in sachlich nicht gerechtfertigter Weise unterschiedlich behandle. Habe der Gesetzgeber den Schutz und die Sicherung der ungestörten sexuellen Entwicklung jünger Menschen vor Augen, so bestehe kein Unterschied in der Entwicklung männlicher und weiblicher Sexualität überhaupt. Werde zur Rechtfertigung der Straflosigkeit weiblicher homosexueller Kontakte zu jüngeren Partnerinnen eine Position bezogen, die sich an schädigenden Wirkungen orientiere, könne dieser Standpunkt bei der Beurteilung homosexueller Kontakte zu männlichen jüngeren Personen nicht aufgegeben werden.“

Diese Bedenken teilte der Verfassungsgerichtshof in VfSlg. 12.182/1989 nicht und führte aus:

„So betrachtet kann dem Strafgesetzgeber aber nach Überzeugung des VfGH 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, wie in § 209 StGB festgelegt, das Auslangen zu finden. Denn es handelt sich hier – alles in allen genommen – um eine Differenzierung, die auf Unterschieden im Tatsachenbereich beruht und deswegen aus der Sicht des Art. 7 Abs. 1 B-VG iVm Art. 2 StGG verfassungsrechtlich zulässig ist. Der Verfassungsgerichtshof tritt damit im Ergebnis der Rechtsmeinung des Obersten Gerichtshofes bei, der [Hinweise auf die Judikatur] die in ihrer Grundkonzeption vergleichbare Strafnorm des § 209 StGB (frühere Fassung) aus dem Blickwinkel der unterschiedlichen Behandlung von männlichen und weiblichen Minderjährigen verfassungsrechtlich nicht in Zweifel zog.“

Mit dem in der Parenthese des ersten Satzes enthaltenen Verweis auf Expertenmeinungen, von denen der Strafgesetzgeber zur Begründung der in Rede stehenden Differenzierung habe ausgehen können, nimmt der Verfassungsgerichtshof auf die Materialien zum Strafrechtsänderungsgesetz 1970/71 bezug, auf die die Bundesregierung ihre Äußerung im verfassungsgerichtlichen Verfahren stützte und die der Verfassungsgerichtshof im Rahmen der Schilderung des Verfahrensganges wiedergibt.

Zur unterschiedlichen Behandlung von Frauen und Männern in Bezug auf homosexuelle Handlungen mit Jugendlichen führte die Regierungsvorlage (39 Blg. NR 22. GP.) folgendes aus:

„Wie die Rechtsvergleichung die Straffreiheit einfacher homosexueller Akte als Standard der westlich orientierten europäischen Gesellschaft ausweist, so umgekehrt auch die Strafbarkeit gleichgeschlechtlicher Handlungen an jungen Menschen. Menschen, die noch in ihrer Entwicklung stehen, können durch solche Handlungen in ihrer Triebrichtung beeinflusst werden; ihre Leistungsfähigkeit und seelische Entwicklung kann erheblich belastet, ihre Anpassung an die gegebenen gesellschaftlichen Strukturen erheblich erschwert werden.“

Des weiteren wird in dieser Entscheidung des VfGH auf die vom Justizausschuss gehörten Experten hingewiesen (VfSlg. 12.182/89, S 255):

„Die vom Unterausschuss des Justizausschusses im Zug der Vorberatung der erwähnten Regierungsvorlage angehörten Sachverständigen auf dem Gebiet der Kriminologie und Psychiatrie haben insbesondere auch darauf hingewiesen, dass grundsätzlich jeder Mensch im Zuge der sexuellen Reifung durch eine Phase der Unsicherheit hinsichtlich seiner sexuellen Orientierung und der Neigung zu sexuellen Experimenten gehe. Diese sexuelle Unsicherheit werde durch eine hinausgeschobene Reifung der Gesamtpersönlichkeit bei gleichzeitiger Akzeleration der körperlichen Reifung noch verstärkt. Hieraus ergebe sich eine erhöhte Gefahr, dass sexuell noch unsichere Jugendliche auf (erwachsene) homosexuelle Partner stoßen, die sie in ihrer sexuellen Triebrichtung zu beeinflussen vermögen.

...

Aus der Sicht heutiger sexualwissenschaftlicher Erkenntnisse kann es zwar nicht als erwiesen angesehen werden, dass (gelegentliche) homosexuelle Handlungen eines Jugendlichen eine (dauernde) Beeinflussung der sexuellen Orientierung mit sich bringen. Auch wird das Phänomen der Homosexualität aus ärztlicher Sicht nicht mehr als Krankheit angesehen. Es kann aber gleichfalls nicht als erwiesen angesehen werden, dass damit

verbundene Risiken für die psychische und soziale Entwicklung eines Jugendlichen mit Sicherheit auszuschließen seien. Angesichts der noch nicht ausgereiften Sexualität kann nämlich eine länger andauernde persönlich-sexuelle Beziehung eines Heranwachsenden zu einem erwachsenen Partner zu schwerwiegenden Konflikten und Ängsten führen.

Dass eine Gefährdung dieser Art von vornherein nur bei einem Teil der Jugendlichen in Betracht kommt, vermag an der grundsätzlichen Frage der Schutzbedürftigkeit einer Altersgruppe gegenüber den sexuellen Wünschen Erwachsener nichts zu ändern.

Daher hat sich der Gesetzgeber im Rahmen seines rechtspolitischen Spielraumes gegen die (männliche) Homosexualität entschieden. § 209 StGB soll den männlichen Jugendlichen vor der mit einer homosexuellen Zweierbeziehung zu einem Erwachsenen ausgehenden sozialen Diskriminierung, die nun einmal vorhanden ist, schützen. Daher ist es auch sachlich gerechtfertigt, wenn er durch die Strafdrohung des § 209 StGB verhindern will, dass in sozialer Hinsicht besonders anfällige Personen wie Jugendliche in ein homosexuelles Milieu geraten.“

Zur Frage der Ungleichbehandlung von Männern und Frauen bezüglich der Homosexualität mit Minderjährigen enthielt die Regierungsvorlage zum Strafrechtsänderungsgesetz 1970/71 folgendes:

„Die vorgesehene Strafdrohung betrifft nur gleichgeschlechtliche Handlungen zwischen Männern. Das bedürfte außerhalb Österreichs keiner Begründung. Die Strafbarkeit der so genannten lesbischen Liebe ist eine Besonderheit des geltenden österreichischen Rechts, die es innerhalb Europas seit langem wiederum nur noch mit Finnland teilt. In der Tat wirkt sich eine gleichgeschlechtliche Triebrichtung bei Frauen nicht in gleicher Weise aus wie bei Männern, erschwert die Einpassung in die gegebenen gesellschaftlichen Strukturen nicht im gleichen Maß~ und tritt nach außenhin nur wenig in Erscheinung. Andererseits spielen prägende Erlebnisse in jugendlichem Alter für die Entwicklung der Triebrichtung bei weiblichen Personen anscheinend eine geringere Rolle als bei Männern. Danach ist das Schutzbedürfnis in doppelter Richtung geringer: Die Tathandlung hat geringere Wirkungschancen und eine etwaige Wirkung wäre weniger schwerwiegend. Schließlich wären die Tathandlungen in der Regel nur schwer fassbar. Die Grenzen zwischen freundschaftlichen und Zärtlichkeitsbezeugungen, Berührungen im Zug von Hilfeleistungen bei der Körperpflege udgl. einerseits und echten gleichgeschlechtlichen Akten andererseits entzögen sich weitgehend der Feststellung im Strafprozess. Verfahren wegen gleichgeschlechtlicher Unzucht zwischen Frauen sind denn auch heute außerordentlich selten. Nach alledem ist es berechtigt, die Strafdrohung auch unter dem Gesichtspunkt des Jugendschutzes auf Akte zwischen Personen männlichen Geschlechtes zu beschränken.“

c) Der wesentliche Inhalt der Expertenmeinungen, die für den Strafrechtsgesetzgeber des Jahres 1971 die Grundlage der Entscheidung waren, wird als „Prägungstheorie“ (oder auch „Verführungstheorie“) bezeichnet. Darunter ist die Auffassung zu verstehen, dass Jugendliche durch homosexuelle Kontakte mit Erwachsenen zur Homosexualität gleichsam verführt werden könnten und deswegen im Wege des Strafrechtes der heranwachsende männliche Jugendliche vor solchen geschützt werden müsse; schließlich sei von einer nach wie vor „weithin bestehenden, deutlichen und vielfältigen gesellschaftlichen Diskriminierung von Ho-

mosexuellen auszugehen, die auf Grund der in der Gesellschaft vorherrschenden Wertvorstellungen für die Betroffenen zu einer Vielzahl von Schwierigkeiten und Konflikten führen muss. Auch wenn man einen Abbau dieser gesellschaftlichen Diskriminierung befürwortet, ist dennoch von deren Vorhandensein als einer sozialen Tatsache auszugehen. Daraus kann ein berechtigtes Interesse abgeleitet werden, jugendliche Personen, die sich in einem Prozess der Anpassung an die Gesellschaft und auch an die in ihr vorherrschenden Wertvorstellungen befinden, nach Möglichkeit vor den erwähnten Schwierigkeiten und Konflikten zu bewahren.“
(5 256)

Im Zusammenhang mit der Begründung, warum das Strafrechtsänderungsgesetz 1970/71 homosexuelle Kontakte von Personen unter 18 Jahren von der Strafbarkeit ausnimmt, fasst die Regierungsvorlage diese „Prägungstheorie“ prägnant zusammen: „Überdies wirken Handlungen Erwachsener auf junge Menschen eher prägend als solche Jugendlicher, die dem Partner im Alter nahestehen und dessen Unsicherheit teilen.“

4. a) Das antragstellende Gericht bringt nunmehr ausdrücklich Bedenken vor, die noch nicht Gegenstand des geschilderten Erkenntnisses VfSlg. 12.182/1989 waren. Dies ist einerseits das Bedenken, § 209 StGB verstoße deswegen gegen den Gleichheitsgrundsatz und gegen Artikel 8 und 14 MRK‘ weil er homosexuelle Beziehungen von Männern ohne sachliche Rechtfertigung anders behandelt als heterosexuelle Beziehungen von Menschen gleichen Alters (III. 2.). Andererseits bringt das antragstellende Gericht das ebenfalls neue Bedenken vor, §209 verstoße gegen die genannten Verfassungsvorschriften auch deswegen, weil er so gestaltet ist, dass ein einmal bestehendes rechtmäßiges und folglich straffreies Verhalten im Zeitablauf vorübergehend strafbar wird, um anschließend wieder rechtmäßig zu werden (111.3.).

Mit diesen Bedenken hat sich der Verfassungsgerichtshof im Erkenntnis VfSlg. 12.182/1989 nicht auseinandergesetzt, sondern ausschließlich mit dem Vergleich zwischen homosexuellen Beziehungen zwischen Männern und solchen zwischen Frauen.

Um den Unterschied zu verdeutlichen: Nach den in VfSlg 12.182/1989 untersuchten Bedenken wäre die dort untersuchte Ungleichbehandlung von vornherein nicht gegeben gewesen, wenn der Gesetzgeber nicht nur homosexuelle Beziehungen zu männlichen Jugendlichen, sondern auch solche zu weiblichen Jugendlichen unter Strafe gestellt hätte. Nach der Argumentation, die das antragstellende Gericht nunmehr vorträgt, ist die Strafbarkeit von homosexuellen Beziehungen zu Jugendlichen über ein Alter hinaus, bei dem heterosexuelle Beziehungen zulässig sind, als solche unverhältnismäßig und verstößt dieses Verbot daher gegen Artikel 8 und 14 MIRK und den Gleichheitsgrundsatz.

Die Argumentation zur unzulässigen Differenzierung zwischen homosexuellen Beziehungen von Männern und heterosexuellen Beziehungen von Personen gleichen Alters geht aber davon aus und setzt sich insoweit damit auseinander, dass die Prägungstheorie von der Wissenschaft

nun nicht mehr vertreten wird und auch die gesellschaftlichen Wertvorstellungen nunmehr andere seien, als sie der Strafgesetzgeber des Jahres 1971 vorgefunden habe.

Insofern beinhalten diese Ausführungen (111.2.) auch Argumente, die gleichzeitig ein neues Vorbringen zu jenen Bedenken sind, die der Verfassungsgerichtshof in 12.182/1989 abgehandelt hat. Nach Auffassung des antragstellenden Gerichts sind aber diese Ausführungen aufgrund der im folgenden geschilderten Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zulässig.

b) Bereits im Erkenntnis VfSlg. 5.854/1968 hat der Verfassungsgerichtshof ausgesprochen, dass Inhalt und Umfang von Differenzierungen jeweils an der geltenden Rechtsordnung zu messen seien: „Eine etwa im Zeitpunkt der Erlassung der Norm bestandene andere Differenzierung, gemessen an der damaligen Rechtslage, ist unerheblich. Für die Beantwortung der Frage, ob ein Gesetz dem Gleichheitsgebot entspricht, ist die Lage im Zeitpunkt der Entscheidung maßgeblich. Dies ergibt sich ohne weiteres aus dem Text des Artikel 7 BVG und des Artikel 2 StGG. Das Gebot der Gleichheit ist – soweit es sich an die Gesetzgebung wendet – nicht auf den Zeitpunkt der Erlassung der generellen Norm abgestellt; Gesetze müssen stets dem Gleichheitsgebot entsprechen.“ Diese Rechtsprechung hat er dahingehend fortgesetzt, dass „eine im Zeitpunkt des Inkrafttretens dem Gleichheitsgebot entsprechende Norm im Laufe ihres Bestehens gleichheitswidrig werden kann.“ (VfSlg. 7.331/1974, 5 352). Ebenso sprach er in VfSlg. 9.524/1982, 5 176, aus: „Auch wenn das geprüfte Gesetz (oder sein Vorgänger) zum Zeitpunkt der Erlassung sachgerecht gewesen sein mag, ist damit noch nicht nachgewiesen, dass es dies auch im Prüfungspunkt ist“ (siehe auch VfSlg. 9.583/1982, 5 747).

In VfSlg. 7.844/1976, 5 426, stellte der Verfassungsgerichtshof fest, dass eine Norm beispielsweise deswegen gleichheitswidrig werden könnte, weil sich die Lebensverhältnisse änderten. In VfSlg. 7.974/1977, 5 11, präziserte er weiter, dass sich die Maßstäbe für die Sachbezogenheit einer Regelung im Laufe der Zeit ändern könnten, eine Regelung somit unter Umständen durch die Nichtanpassung an geänderte sachliche Erfordernisse verfassungswidrig werden kann. In VfSlg. 8.871/1980 hielt er schließlich fest, dass auch Änderungen im Bereich eines Rechtsgebietes die für ein anderes Rechtsgebiet maßgeblichen tatsächlichen Verhältnisse ändern können und bei Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der Regelung dieses anderen Rechtsgebietes auf die so geschaffenen Verhältnisse Bedacht zu nehmen ist (5 592). Der Gesetzgeber müsse solche Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse durch neue Regelungen nicht sofort berücksichtigen, jedoch in einem angemessenen Zeitraum (VfSlg. 9.995/1984, 5 288).

In VfSlg. 11.048/1986, 5 329f⁴ stellte der Verfassungsgerichtshof lapidar fest, „Eine zum Zeitpunkt ihrer Erlassung sachgerechte Norm kann durch Änderung der Umstände gleichheitswidrig werden.“ In VfSlg. 11.632/1988 leitete der VfGH ausdrücklich eine Pflicht des Gesetzgebers zur Anpassung der Rechtslage an geänderte Umstände ab und betonte, dass „die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes wegen Änderung der Umstände nicht die Auswirkung eines

Untätigbleibens des Gesetzgebers ist, sondern die Folge des unveränderten Fortbestandes des Gesetzes (einer Rechtslage, die der Gesetzgeber freilich wie jede Verfassungswidrigkeit durch Aufhebung oder entsprechende Abänderung der Norm beseitigen könnte)“.

In VfSlg. 13.917/1994 führte der Verfassungsgerichtshof unter Hinweis auf seine bisherige Judikatur aus: „Wenngleich sich die Länge dieses Zeitraumes nicht exakt angeben lässt, erscheint es dem VfGH nicht zweifelhaft, dass nach dem Verstreichen von mehr als 30 Jahren.. .seit dem (gleichzeitigen) Inkrafttreten der in Prüfung gezogenen (Übergangs-) Regelung dies nur während einer Übergangsfrist aus der Sicht des Gleichheitsgrundsatzes unbedenkliche Regelung mit diesem Grundsatz, dem Gesetze jederzeit entsprechen müssen [Hinweise auf die vorhin wiedergegebene Vorjudikatur], nicht (mehr) im Einklang steht.“

Zuletzt fasste der Verfassungsgerichtshof seine Rechtsprechung in VfSlg. 13.777/1994, 5 556, so zusammen:

„Wie der Verfassungsgerichtshof mehrfach . . . dargetan hat, „stellt das Gleichheitsgebot, soweit es sich an die Gesetzgebung wende, nicht auf den Zeitpunkt der Erlassung der generellen Norm ab. Ein Gesetz muss sohin jederzeit dem Gleichheitssatz entsprechen. Der Verfassungsgerichtshof ist ferner verpflichtet, die Vereinbarkeit von Gesetzen mit dem Gleichheitssatz im Zeitpunkt seiner Entscheidung zu überprüfen.“

c) Für die Bindung an die Rechtskraft einer Vorentscheidung bedeutet diese Rechtsprechung, dass es zulässig ist, neue Bedenken an den Verfassungsgerichtshof mit der Begründung heranzutragen, dass sich aus heutiger Sicht neue Umstände ergeben, die die Sachlichkeit der Regelung mit guten Grund bezweifeln lassen. Wie der Verfassungsgerichtshof in VfSlg. 13.917/1994, 5 420, festgestellt hat, stehen der Geltendmachung solcher neuen Umstände zur neuerlichen Prüfung der Gleichheitskonformität einer Regelung das Prozesshindernis der entschiedenen Sache selbst dann nicht entgegen, wenn diese Prüfung zu keinem anderen Ergebnis führen sollte. Ebenso wenig steht die Rechtskraft der in einem Gesetzesprüfungsverfahren ergangenen Entscheidung der Prüfung derselben Gesetzesstelle auf Grund anderer Bedenken entgegen (VfSlg. 12.784/1991).

In dem den ersten Antrag des antragstellenden Gerichts zurückweisenden Beschluss führt der Verfassungsgerichtshof selbst aus: „Eine nach Fällung der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs in einem Gesetzesprüfungsverfahren eintretende, ins Gewicht fallende Änderung jener Umstände, die für die Beurteilung einer Gesetzesbestimmung als verfassungskonform tragend waren, vermag daher auch die Rechtskraftwirkung dieses Erkenntnisses aufzuheben, sofern diese geänderten Umstände in Verbindung mit demselben Bedenken entsprechend geltend und zu Grundlagen eines neuerlichen Gesetzesprüfungsantrags gemacht werden.“

d) Derartige neue Umstände macht das antragstellende Gericht – über die vorhin erwähnten neuen Bedenken hinaus (siehe vorhin a) nunmehr geltend. Diese neuen Umstände bestehen darin, dass nunmehr – nach der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes aus dem Jahr 1989– kein namhafter Wissenschaftler oder Experte mehr die Prägungstheorie vertritt.

Bei der Prägungstheorie handelt es sich um von der Wissenschaft gestützte Annahmen des Strafgesetzgebers über die Wirklichkeit, die nunmehr von der Wissenschaft als überholt betrachtet werden. Es ist daher dem Gesetzgeber nicht vorzuwerfen, dass er seinerzeit diese Prägungstheorie, die den damaligen wissenschaftlichen Vorstellungen entsprach, seinem Gesetzgebungsakt zugrunde gelegt hat, sondern lediglich, dass der Gesetzgeber die Strafbarkeit von homosexuellen Beziehungen zu männlichen Jugendlichen aufrecht erhalten hat, obwohl die Prägungstheorie nunmehr von der Wissenschaft als überholt gewertet wird.

Ab wann dabei die Prägungstheorie als wissenschaftlich überholt zu gelten hat, lässt sich hiebei nicht genau angeben, darauf kommt es aber auch – entsprechend der vorhin wiedergegebenen Judikatur – nicht entscheidend an. Jedenfalls konnte – da solche einheitlichen Ergebnisse damals noch nicht vorlagen – der Verfassungsgerichtshof 1989 noch nicht davon ausgehen, dass die Wissenschaft mittlerweile zur Entstehung von Homosexualität eine andere Auffassung vertritt. Unterdessen haben sich in der Wissenschaft und bei den Experten derartige andere Annahmen über die Wirklichkeit durchgesetzt, wobei dies in einem wechselweisen Prozess mit der Änderung von Wertvorstellungen in der Gesellschaft vor sich gegangen ist: Ausgelöst dadurch, dass die Wissenschaft ihre Ausführungen zur Entstehung von Homosexualität änderte, kam es auch in der Gesellschaft zu einer Änderung von Wertvorstellungen über die Notwendigkeit, homosexuelle Beziehungen mit Jugendlichen zu bestrafen bzw. homosexuelles Verhalten zu diskriminieren. Es handelt sich hiebei um einen wechselweisen Prozess, der nur bei der Betrachtung über einen längeren Zeitraum nachvollziehbar ist. (Zur Änderung von Wertmaßstäben als Grundlage der gleichheitsrechtlichen Beurteilung auf Grund des dynamischen Verständnisses des Gleichheitssatzes siehe auch *Mayer*, Entwicklungstendenzen in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes, OJZ 1980, 337)

Nach Auffassung des antragstellenden Gerichtes ist nunmehr der Zeitpunkt gekommen, dass dieser Prozess insoweit einen Abschluss gefunden hat, als so gut wie alle Staaten unseres Kulturkreises von einer Bestrafung des von § 209 StGB pönalisierten Verhaltens absehen und die Strafbarkeit auch in Österreich im Lichte des Gleichheitssatzes mit Art. 8 iVm Art. 14 MRK nicht mehr gerechtfertigt werden kann.

In der Folge wird daher ausgeführt, dass nunmehr die Prägungstheorie nach allgemeiner Auffassung überholt ist, dass die abseits der Prägungstheorie für die Sachlichkeit des § 209 StGB geltend gemachten Gründe nicht tragfähig sind und sich auch die Wertmaßstäbe der Gesellschaft betreffend die Homosexualität und betreffend homosexuelle Beziehungen zu männlichen Jugendlichen gewandelt haben.

Dies führt letzten Endes dazu, dass § 209 StGB sowohl gegen den Gleichheitsgrundsatz der Artikel 7 B-VG und Artikel 2 StGG verstößt als auch gegen Artikel 8 MRK betreffend Schutz des Privatlebens und Artikel 14 MRK betreffend das Verbot der Benachteiligung.

III. Inhaltliche Bedenken

1. Das antragstellende Gericht hegt das Bedenken, dass § 209 StGB gegen das aus Artikel 7 B-VG und Artikel 2 StGG abzuleitende Gleichbehandlungsgebot und gegen Artikel 8 und 14 MRK verstößt.

a) Ein Gesetz entspricht dann nicht dem Gleichheitssatz, wenn die in Betracht kommende Regelung sachlich nicht gerechtfertigt ist. Jede unsachliche Unterscheidung ist, unter dem Blickwinkel des Gleichheitssatzes, verfassungswidrig (vgl. VfSlg. 11.013/1986). Eine sachliche Differenzierung liegt nur vor, wenn sie innerhalb der Regelung einer bestimmten Materie vorgenommen wird. Regelungen, die Differenzierungen innerhalb eines und desselben Rechtsinstitutes enthalten, welche nicht aus entsprechenden Unterschieden im Tatsachenbereich gerechtfertigt werden können, verstoßen gegen das Gleichheitsgebot (VfSlg. 6411/1971, 6680/1972, 7059/1973, 7331/1974, 7973/1976).

b) Gemäß Artikel 8 MRK hat jedermann Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, seiner Wohnung und seines Briefverkehrs.

Wie der Verfassungsgerichtshof bereits im VfSlg. 8.272/1978 festgestellt hat, zählt jedes Sexualverhalten, das nicht öffentlich in Erscheinung tritt, zur Privatsphäre des Menschen und ist

insofern vom Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 MRK erfasst. Auch die Kommission für Menschenrechte und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte haben anerkannt, dass nicht öffentlich in Erscheinung tretendes sexuelles Verhalten, einschließlich homosexuelles Verhalten, zur Privatsphäre gehört (siehe z.B. die Fälle *Dudgeon*, EuGRZ 1983, 488, *Norris*, EuGRZ 1992, 477 und *Modinos* GH 259; siehe dazu *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention, EMIRK-Kommentar, 2. Auflage 1996, RZ 4 zu Artikel 8).

Eingriffe in das Recht auf Privatleben sind nach Artikel 8 Abs. 2 MRK nur insoweit zulässig, als eine der in diesem Gesetzesvorbehalt genannten Tatbestandsvoraussetzungen verwirklicht ist. Er ist aber nur insoweit zulässig, als dieser Eingriff gesetzlich vorgesehen ist und eine Maßnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die Nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit und der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist.

Im vorliegenden Zusammenhang kommt als den Eingriff rechtfertigender Tatbestand von vornherein nur der „Schutz der Rechte und Freiheiten“ anderer in Betracht. Wie in der Folge dargelegt wird, rechtfertigt dieser Gesetzesvorbehalt nicht die Aufrechterhaltung des § 209 StGB.

c) Nach Artikel 14 MIRK ist der Genuss der in der Menschenrechtskonvention festgelegten Rechte und Freiheiten 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.

Nach dieser Vorschrift ist es daher unzulässig, etwa das in Artikel 8 MRK gewährleistete Recht auf Privatleben bestimmten Menschen oder Menschengruppen in unterschiedlicher Weise zu gewähren. Dies bedeutet im konkreten Fall, dass Artikel 14 verbietet, ohne ausreichend sachlichen Grund bestimmten Personen sexuelle Handlungen zu erlauben, anderen aber nicht.

Gerade im Zusammenhang mit der Unzulässigkeit der Beschränkung von homosexuellen Handlungen unter dem Gesichtspunkt des Artikel 8 hat der EGMR festgestellt, dass das zentrale Problem einer solchen Einschränkung Artikel 8 betreffe, während die unterschiedliche Behandlung von weiblicher Homosexualität und von Heterosexualität unter dem Gesichtspunkt des Artikel 14 lediglich ein Nebenaspekt ein und desselben Problems sei (vgl. *Frowein/Peukert*, EMIRK-Kommentar, RZ 15 zu Art. 14).

Das antragstellende Gericht macht vorsichtshalber eine Verletzung des Artikel 14 insofern geltend, als seiner Auffassung nach Artikel 14 auch eine sachlich nicht gerechtfertigte unterschiedliche Behandlung von homosexuellen und heterosexuellen Menschen verbietet.

2. a) Bereits im Zuge des Strafrechtsänderungsgesetzes 1994 (RV 1564 dB StenProt NR, 18. GP) wurde die Frage einer Abschaffung des § 209 StGB diskutiert. So stellte die Regierungsvorlage in der Begründung für die vorgeschlagenen Veränderungen im Bereich des Sexualstrafrechtes fest (S 44):

„Zum anderen ist aber auch die Einstellung der Gesellschaft gegenüber Bevölkerungsgruppen mit abweichendem Sexualverhalten oder sonstigen von der Mehrheit abweichenden Verhaltensnormen zunächst wesentlich toleranter geworden und heute zunehmend von Verständnis geprägt.“

Diese Regierungsvorlage schlug noch nicht die Abschaffung des § 209 vor. Dies aber nicht deswegen, wie sie ausdrücklich betont, weil die Aufrechterhaltung dieser Regelung auch künftig und ohne weitere Diskussion als erforderlich oder wenigstens als vertretbar (!) angesehen werden könnte. Die Regierungsvorlage führt vielmehr aus:

„Schließlich darf nicht übersehen werden, dass die Beibehaltung eines unterschiedlichen Schutzalters für hetero- und homosexuelle Handlungen durchaus nicht mehr dem europäischen Rechtsstandard entspricht. 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. März 1984 die Mitgliedstaaten ausdrücklich dazu aufgefordert, für homosexuelle Handlungen dasselbe Schutzalter wie für heterosexuelle vorzusehen. Dieser Aufforderung sind in den letzten Jahren mehrere europäische Staaten gefolgt (Schweiz, Frankreich, Belgien, Dänemark, Schweden, CSFR), in anderen bestehen Gesetzesvorhaben in dieser Richtung (Deutschland)“.

Die Regierungsvorlage weist in der Folge daraufhin, dass das Bundesministerium für Justiz in den Erläuterungen des Ministerialentwurfes eines Strafrechtsänderungsgesetzes 1992 bereits die Aufhebung oder Änderung des § 209 StGB einem umfangreichen Begutachtungsverfahren unterzogen habe. Dabei habe sich die Mehrzahl der Begutachtungsstellen für eine Aufhebung dieser Strafbestimmung ausgesprochen. Außerdem habe eine aus Vertretern des Bundesministeriums für Justiz, des Bundesministeriums für Umwelt, Jugend und Familie sowie des Bundesministeriums für Gesundheit, Sport und Konsumentenschutz gebildete Arbeitsgruppe eine Reihe von Sachverständigen angehört, die über in- und ausländische Untersuchungen und eigene Beobachtung und Forschung zum sexuellen Verhalten Jugendlicher berichtet und übereinstimmend die Ansicht vertreten haben, § 209 StGB solle ersatzlos aufgehoben werden (S 45 der RV).

b) In der 18. GP richtete der Justizausschuss des Nationalrates einen Unterausschuss ein, der sich unter anderem mit der Frage des § 209 StGB beschäftigte. Im Zuge dieses Unterausschusses fand am 10. Oktober 1995 von 10 bis 14 Uhr eine Expertenanhörung statt, von der eine auszugsweise Darstellung vorliegt (Beilage 1). Bei dieser Anhörung wurden dreizehn Experten gehört, nämlich folgende:

- Dr. Manfred AINEDTER, Rechtsanwalt
- Univ.-Prof. Dr. Max FRIEDRICH, Vorstand der Universitätsklinik für Neuropsychiatrie des Kindes- und Jugendalters an der Universität Wien, gerichtlich beeideter Sachverständiger in Fragen der Kinder- und Jugendpsychiatrie;
- Mag. Helmut GRAUPNER, Zweiter Vorsitzender der österreichischen Gesellschaft für Sexualforschung und Sprecher der Plattform gegen § 209;
- Dr. Judith HUTTERER, Präsidentin des österreichischen AIDS-Komitees, Fachärztin für Haut- und Geschlechtskrankheiten;
- Dr. Werner LEIXNERING, Kinderpsychologe, im Hearing entschuldigt, schloss sich schriftlich der Meinung von Univ.-Prof. Dr. Max FRIEDRICH an;
- Univ.-Prof. Dr. Kurt LUTHI, Evangelisch-Theologische Fakultät der Universität Wien;
- Christian MICHELIDES, Vorsitzender des Öst. Lesben- und Schwulenforums;
- Waltraud RIEGLER, stv. Vorsitzende des Öst. Lesben- und Schwulenforums;
- Univ.-Prof. Dr. Manfred NOWAK, Institut für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Wien, Ludwig Boltzmann-Institut für Menschenrechte;
- Dr. Alfred PRITZ, Vorsitzender des Österreichischen Bundesverbandes für Psychotherapie;
- Univ.-Prof. Dr. Brigitte ROLLET, Abteilung für Entwicklungspsychologie und pädagogische Psychologie an der Universität Wien
- Univ.-Prof. Dr. Hans ROTTER, Institut für Moraltheologie an der Katholisch-Theologischen Fakultät der Universität Innsbruck;
- DDR. Wolfgang TILL, Psychotherapeut.

Alle angehörten Experten vertraten in dieser Anhörung die Auffassung, dass die Prägungstheorie, wie sie der Strafrechtsgesetzgeber des Jahres 1971 noch angenommen habe, mittlerweile überholt sei. Elf der dreizehn Experten sprachen sich dezidiert für die Abschaffung des §209 aus; lediglich zwei Experten, auf die in der Folge noch eingegangen wird, wandten sich gegen die Abschaffung, und zwar aus anderen Gründen, als sie maßgeblich für die Einführung des § 209 waren und wie sie der Verfassungsgerichtshof in seiner Entscheidung 12.182/1989 als ausreichende sachliche Rechtfertigung betrachtet hatte.

Auf das Wesentliche zusammengefasst vertraten die Experten folgende Auffassungen:

aa) *Univ.-Prof Max Friedrich* (Arzt und Sachverständiger in Fragen der Kinder- und Jugendpsychiatrie) führte aus, es stehe die Frage im Raum, ob männliche Jugendliche unter achtzehn Jahren durch den sexuellen Kontakt von Männern untereinander und vor allem dann, wenn der Partner das achtzehnte Lebensjahr bereits überschritten habe, geprägt werden könnten. Der Begriff der Prägung sei ein von Konrad Lorenz geprägter verhaltensbiologischer Begriff, der für eine ganz bestimmte kurze Entwicklungsperiode Bedeutung habe und in dieser Form auf den Menschen nicht zutrefte, und schon gar nicht auf einen bereits im Umwandlungsprozess zum Erwachsenen stehenden Menschen.

Man habe in den letzten 30 Jahren eine ganz deutliche „säkulare Akzeleration“ feststellen können, das heiÙe einen früheren Eintritt in die Reife. Zwar werde immer wieder behauptet, dass dieses Phänomen nur den körperlichen Reifungsprozess und nicht andere Reifungsprozesse betreffe. Vom Standpunkt eines holistischen Systems betreffe „säkulare Akzeleration“ jedoch die körperliche, intellektuelle, emotionale und soziale Entwicklung und das Wohlbefinden des Kindes, wie es in den Jugendwohlfahrtsgesetzen geschützt sei. Daher kämen Jugendliche bereits ab dem zehnten Lebensjahr sehr intensiv mit der Problematik der Sexualität in Berührung, sei es durch entsprechende Aufklärungskampagnen, sei es durch die Aids-Aufklärung, sei es auf Grund der Tatsache, dass Jugendliche auf Grund des immer breiter werdenden Jugendalters früher mit gewissen Dingen konfrontiert und vertraut gemacht würden, als dies noch vor zwanzig Jahren der Fall gewesen wäre. Dabei wies der Sachverständige nachdrücklich daraufhin, dass die Erwachsenen möglicherweise einen Paradigmenwechsel verschlafen hätten: Die Erziehung des Kindes bzw. Jugendlichen sei zu einem großen Teil auf die Peer-Group‘ also auf die Gleichaltrigen, übergegangen. Es sei davon auszugehen, dass heute Erziehung, Beeinflussung und Übergabe von Informationen in einem viel stärkeren Maß durch Gleichaltrige oder zumindest aus der Altersgruppe Stammende erfolge als durch das Elternhaus. Schließlich unterstreicht *Univ.-Prof Friedrich*, „was Bundesminister Dr. Michalek zuvor gesagt habe“ dass es ohnedies genug Schutzparagraphen in den Gesetzen gebe. Als Sachverständiger, der sehr häufig mit sexuellem Kindesmissbrauch in Berührung kommt, wisse er, welche Schutzmöglichkeiten vorhanden sind. Er ist im Hinblick darauf daher der Meinung, dass man der Tendenz zur Entkriminalisierung in dem Bereich Recht geben solle, wo keine Gefahren für die Jugend bestehen, hingegen auf den Gebieten, wo es Übergriffe gebe, sehr viel strengere Strafmaßnahmen vorsehen und auch vollziehen solle. Die Ausnützung einer Zwangslage oder der Autorität, Gewalt gegen Unreife und Ausnützung von Unreifen werden ohnedies entsprechend geahndet.... Er habe sich noch einmal mit dem wahrscheinlich bedeutendsten Kinder- und Jugendpsychiater Deutschlands, Professor Lempp, in Verbindung

gesetzt, der 1993 an einer ähnlichen Diskussion im Deutschen Bundestag als Sachverständiger teilgenommen hat, und er sehe sich mit ihm in diesem Fall eins: Er sei gegen die Diskriminierung, und er sei dafür, dass man vor allem § 209 streicht.“

Dr. Werner Leixnering teilte schriftlich die Auffassungen von *Prof Friedrich*.

Für den Bundesverband für Psychotherapie führte *Dr. Alfred Pritz* aus, dass es im Rahmen dieses Bundesverbandes eine Arbeitsgruppe von Sexualtherapeuten gegeben habe; er setzte fort: „Nach den Theorien der fünfziger und sechziger Jahre im Bereich der Psychoanalyse vermutete man, dass es aufgrund der frühen Kindheitskonstellationen: schwacher Vater und starke Mutter, zu einer so genannten Effeminierung, also einer Identifikation des Knaben mit der Mutter kommt. Nach damaliger Ansicht entstehe so Homosexualität. Mittlerweile sei diese Theorie widerlegt. ... *Dr. Alfred Pritz* betont, dass keine Hinweise dafür existieren, dass es in der Pubertät zwischen 14 und 18 Jahren so genannte Prägungsvorgänge gibt, dass also jemand, der in diesem Alter homosexuelle Erfahrungen macht, dann davon so attriiert ist, dass der zum Homosexuellen konvertiert. Im Gegenteil: Viele Jugendliche machen im Prozess der Identitätssuche homosexuelle Erfahrungen, da sie aber eine Grundorientierung zur Heterosexualität aufweisen, finden sie später dann zu einem heterosexuellen Verhalten. Es bestehe also keine Gefahr, dass sich, wenn dieser Paragraph abgeschafft wird, plötzlich alle zur Homosexualität bekennen und die Menschheit ausstirbt.“

Auch *DDr. Wolfgang Till* verwies darauf, dass er in den vergangenen Jahren an einigen sexualwissenschaftlichen Untersuchungen mitgearbeitet habe. In der auszugsweisen Darstellung heißt es dazu wörtlich (S 28ff):

„Er betont noch einmal ausdrücklich, dass die so genannte ‚Verführungstheorie‘ heute zweifellos obsolet sei. Sie komme im wissenschaftlichen Diskurs nicht mehr vor und werde immer nur hervorgeholt, wenn man damit strafrechtliche Diskriminierungen legitimieren wolle.... Homosexualität entsteht ganz sicher nicht während der Pubertät oder der Adoleszenz. Diese Annahme sei eindeutig widerlegt. Es könne daher nicht durch eine Verführung im Jugendalter zur Sexualorientierung Homosexualität kommen. *DDr. Till* betont‘ dass die Fundamente für diese Orientierung viel früher festgeschrieben werden. Es kann natürlich zur Verführung Jugendlicher kommen, die meisten gleichgeschlechtlichen Sexualkontakte werden jedoch von Jugendlichen selbst aufgenommen, weil diese das suchen und wollen. Für die Fälle, in denen es durch Verführung schädigende Wirkungen gibt, gebe es andere Paragraphen als die zur Debatte stehenden‘ die die Jugendlichen schützen, wenn etwa Gewalt angewendet wird oder ein Autoritätsverhältnis missbraucht wird. Zur Verhinderung und Bestrafung solcher Fälle sei §209 nicht notwendig.... *DDr. Till* führt aus, dass er aufgrund seiner Berufserfahrung zu der Erkenntnis gelangt sei, dass jegliche Diskriminierung Homosexueller ...) eine schädigende Auswirkung auf die Betroffenen hat. Der Prozess der homosexuellen Selbstfindung wird massiv gestört, was vorübergehende oder bleibende negative Effekte haben kann. Es kommt zur Intoleranz gegenüber der eigenen sexuellen Orientierung und der eigenen Person. Das

wiederum führt zu depressiven Verstimmungen, zu psychosomatischen Störungen, unter Umständen zu Suizidversuchen und zum Suizid. DDr. Till betont, dass er dies anhand vieler Einzelbeispiele aus seiner Erfahrung als Psychotherapeut belegen könne.... Aus den angeführten Gründen kommt DDr. Till zu dem Schluss, dass es sinnvoll sei, alle drei zur Diskussion stehenden Paragraphen ersatzlos zu streichen: beim § 209 stimmen die theoretischen Voraussetzungen nicht mehr und alle drei können – wie ausgeführt – schädliche Auswirkungen für homosexuelle Männer haben .“

In der weiteren Diskussion betonten sowohl *DDr. Till* als auch *Univ.-Prof Dr. Friedrich*, dass es selbstverständlich „Verführung“ oder Anleitung zu gewissen Handlungen Adoleszenter durch Erwachsene geben kann, in allen diesen Fällen würden aber die anderen Bestimmungen des Sexualstrafrechts ausreichenden Schutz bieten, etwa bei Missbrauch eines Autoritätsverhältnisses oder Gewaltanwendung. Eine „Verführung“, die nicht unter die genannten Delikte zu subsumieren sei, könne er sich nicht vorstellen. § 209 habe jedoch für Jugendliche, die homosexuell sind und dementsprechend leben und derartige Erfahrungen sammeln wollen viele schädigende Auswirkungen (S 41). Univ-Prof. Dr. Max Friedrich führte aus, dass es immerhin einige hundert Verfahren gewesen seien, in denen er eingesetzt sei, in denen es um § 209 ging, es habe aber immer einen Zusammenhang zu weiteren Tatbeständen wie etwa Missbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses bestanden (S 43).

bb) Zu den Nachteilen der Strafbarkeit von homosexuellen Beziehungen von volljährigen Männern zu Jugendlichen unter achtzehn Jahren führte *Mag. Graupner* aus, dass die Ungleichbehandlungen und die Strafe als solche durch nichts zu rechtfertigen seien. Alle Gründe, die zur Rechtfertigung herangezogen worden seien, etwa die Prägungstheorie bzw. allfällige mit homosexuellen Beziehungen verbundene psychische soziale Gefahren, seien heute widerlegt und daher nicht mehr als Basis für eine derartige Strafnorm heranzuziehen (S 10).

In weiterer Folge legte er dar, welche Gefahren für die Jugendlichen aus der Strafbarkeit entstünden. Im Wesentlichen ergäben sich drei Problembereiche: Die Coming-out-Probleme der Jugendlichen würden verschärft, Promiskuität und Jugendprostitution sowie die Gefahr der Ansteckung mit HIV und die Aids-Verbreitung würden auf diese Weise gefördert.

Zu den „Coming-out-Problemen“ hielt *Mag. Graupner* fest, dass männliche, schwule Jugendliche das Gefühl, homosexuell zu sein, im Durchschnitt mit 13 Jahren erstmals erlebten. Im Schnitt seien sie sich mit 15 Jahren ihrer sexuellen Orientierung sicher, und mit diesem Alter würden sie ihre ersten fortgeschrittenen intensiven homosexuellen Erfahrungen machen und ihr regelmäßiges Sexualleben beginnen. Die Selbstfindung und das Finden von Akzeptanz seien allerdings für homosexuelle Jugendliche heute immer noch ein schwieriger und schmerzhafter Prozess. Die Ursache für diese Probleme liege aber nicht in der Homosexualität selbst,

sondern im Umgang der Gesellschaft mit Homosexualität und mit homosexuellen Jugendlichen.

Homosexuelle Jugendliche hätten grundsätzlich die Wahl, entweder versteckt zu leben und enorme innere Konflikte um des äußeren Friedens willen ertragen zu müssen oder offen im Einklang mit ihrer sexuellen Orientierung zu leben und einen enormen äußeren Druck standhalten zu müssen. Homosexuelle Jugendliche seien praktisch die einzige Gruppe von Jugendlichen, die keine Gruppe von Altersgenossen haben, mit denen sie sich identifizieren könnten und von denen sie Unterstützung erhielten. Da homosexuelle Jugendliche meist versteckt lebten, glaubten sie, dass sie die einzigen Homosexuellen auf der Welt seien und dass sie niemand verstehe. Das Bild, das ihnen die Gesellschaft von Homosexuellen vermittele, sei nichts als ein spöttisches Stereotyp:

„Ohne Möglichkeit zur Findung der eigenen Identität werden aus ihnen neurotische, unglückliche, selbstzerstörerische Homosexuelle, die irgendwann im Selbstmord enden. Auch homosexuelle Personen aus der Geschichte werden meist als Personen dargestellt, die in Skandale verwickelt wurden und irgendwann im Selbstmord endeten. Die Angehörigen dieser Gruppe homosexueller Jugendlicher wissen nichts von glücklichen und erfüllten Homosexuellen – von denen es sehr viele gibt –, die im Einklang mit ihrer sexuellen Orientierung auch ein glückliches Leben führen. Diese bleiben ihnen verborgen.“

Jugendliche reagierten daher oft mit Selbstverleugnung, was zu Verhaltensstörungen, selbstzerstörerischen Neigungen, Alkohol- und Drogenmissbrauch führe, aber auch zur Verdrängung der eigenen Homosexualität und Entwicklung von Aggressionen gegen Homosexuelle zur Verdrängung der eigenen Anlage zur Homosexualität. Gerade in dieser Situation sei der Kontakt zu anderen Homosexuellen besonders wichtig, zu gleichaltrigen, aber auch, und besonders, zu älteren Homosexuellen, die gelernt hätten, im Einklang mit ihrer sexuellen Orientierung zu leben, den Jugendlichen positive Rollenmodelle vermitteln könnten, die ihnen die Gesellschaft sonst nicht vermitteln könne. In homosexuellen Beziehungen hätten diese Jugendlichen erstmals das Gefühl, als Homosexuelle angenommen zu werden: Auf diese Weise könnten sie Selbstwertgefühl und Selbstvertrauen entwickeln und eine Stabilisierung ihrer Lebenssituation erreichen.

Daher schade die Kriminalisierung in dieser Situation durch den Zwang zur Heimlichkeit ganz besonders: Sie erhöhe die psychische Belastung, vermehre die Konflikte und mache es schwieriger, Hilfe in Anspruch zu nehmen. Sie wirke stabilen und dauerhaften Beziehungen entgegen, und es sei kein Wunder, dass die Selbstmordrate bei den homosexuellen Jugendlichen zwei bis dreimal höher sei als bei heterosexuellen Jugendlichen. Durch die Diskriminierung würden homosexuelle Jugendliche an Orte wie Bahnhöfe, Parks und WC abgedrängt, wo sie promiskues Verhalten lernten und damit auch mit Jugendprostitution in Kontakt kämen.

Auch Dr. Hutterer schilderte, welche negativen Auswirkungen die Strafbarkeit hätte:

„Aufklärung und Information können aber nur in einem vertrauensvollen‘ offenen Verhältnis stattfinden. Mit Kriminalisierung schaffe man nur Angst. Kriminalisierung bewirke, dass Betroffene sozusagen untertauchen, und dadurch verhindere man, dass Information und Aufklärung gesucht und Schutzmaßnahmen ergriffen werden können. Aus der Sicht Dr. Hutterers sei der § 209 vom rein medizinischen und epidemiologischen Standpunkt schädlich. Er bringe die Gefahr erhöhter Infektionen mit sich, abgesehen vom unermesslichen psychischen Leid für die Betroffenen.“

Sowohl der angehörte evangelische Theologe (*Univ. -Prof Dr. Kurt Lüthi*) als auch der katholische Theologe (*Univ.-Prof Dr. Hans Rotter*) bestätigten im Wesentlichen die Schädlichkeit der Strafnorm.

cc) Eine der beiden angehörten Expertinnen und Experten, die sich für die Beibehaltung des § 209 aussprachen, war *Univ. -Prof Dr. Brigitte Rollet*. Auch diese betonte, dass die Theorie der Prägung von der Wissenschaft heute eindeutig in Frage gestellt sei (S 26). Auch sie räumt ein, dass die Notsituation, in der sich homosexuelle und lesbische Jugendliche befänden, ein Faktum sei und gelegentliche, auch gleichgeschlechtliche Kontakte unter Jugendlichen immer wieder vorkämen und überhaupt keine Bedeutung hätten. Allerdings sei sie in ihrer eigenen Praxis mit Jugendlichen konfrontiert gewesen, die „unangenehme“ Erlebnisse mit Erwachsenen hätten und Beziehungen, in denen ein Jugendlicher auf diese Weise hineingeschlittert „sei für ihn auf alle Fälle ein schockierendes Erlebnis.“ Solche Beziehungen seien für Jugendliche wirklich schädlich, *„ganz gleich, ob es sich um heterosexuelle oder um homosexuelle Beziehungen handle.“* (Hervorhebung nicht im Original).

Prof Rollet schloss mit einem Widerspruch: „Daher sei eine Beibehaltung des Schutzalters, „das kleinere Übel“. Und wenn Jugendliche wirklich in eine homosexuelle oder lesbische Richtung festgelegt sind, dann solle man sie ebenso in Frieden ihre Identität finden lassen wie die heterosexuellen Jugendlichen“ (!).

Im Zuge der Diskussion betonte *Univ.-Prof Dr. Friedrich* nochmals, dass die sexuelle Entwicklung zwischen Männern und Frauen parallel verlaufe, die genetische Differenzierung gehe bereits in utero vor sich. An anderer Stelle betont *Prof. Rollet*, dass die Prägungstheorie bereits verworfen worden sei (5 42).

c) Das Ergebnis der österreichischen Expertenanhörung reiht sich damit nahtlos in die entsprechenden Ergebnisse der Expertenanhörungen anderer europäischer Länder ein. Exemplarisch sei hiebei auf die beiden öffentlichen Expertenanhörungen zur Abschaffung des § 175 deutsches Strafgesetzbuch verwiesen, die im deutschen Bundesrat am 4. März 1992 bzw. im deutschen Bundestag (Länderkammer) am 20. Oktober 1993 in der 93. Sitzung des Rechtsaus-

schusses erfolgten, und die in Deutschland die Aufhebung des § 175 (höheres Schutzalter für homosexuelle Betätigung) zur Folge hatten (29. Strafrechtsänderungsgesetz Deutschlands -29. StrÄndG vom 31. Mai 1994).

d) Zusammengefasst ist sich die Wissenschaft heute einig, dass die Prägungstheorie obsolet ist und dass deswegen der § 209 nicht mehr zu rechtfertigen sei. Beispielsweise sei auf folgende Publikationen hingewiesen:

Max H. Friedrich, Tatort Kinderseele: Sexueller Missbrauch und die Folgen, Wien Überreuter 1998, 5 34f:

„Auf dem schwierigen Weg vom Kind zum Jugendlichen durchlaufen wir im Zuge der Sexualentwicklung eine autoerotische, eine homoerotische und eine heterosexuelle Phase. Unter Autoerotik versteht man die erwachende Neugier am eigenen Körper; die geschlechtlichen Veränderungen werden nicht nur wahrgenommen, sondern die entstehenden Spannungen auch beantwortet, es wird experimentiert und mit den Körpersensationen gespielt. Die nachfolgende homoerotische Phase hat nichts mit Homosexualität zu tun, auch nicht mit der Verführung durch Ältere; in dieser Phase, in der sich die Gleichaltrigen miteinander beschäftigen, wird ebenfalls experimentiert: man vertraut sich den gleichgeschlechtlichen Freunden an, weil man annimmt, dass sie Ähnliches wahrnehmen; es kommt zu gegenseitigem Manipulieren, und geschützt vor dem anderen Geschlecht, kann so die eigene Geschlechtlichkeit erlebt werden. Erst in der heterosexuellen Phase kommt es schließlich – durch ‚Necking‘ und ‚Petting‘ zum Kontakt mit dem anderen Geschlecht bzw. zu homosexuellen Kontakten. Es ist ein Irrtum zu glauben, dass in diesem Alter eine Prägung der sexuellen Orientierung erfolgt: Dreizehn- bis Vierzehnjährige sind in ihrer Ausrichtung längst bestimmt, sie können ein Leben lang experimentieren, und selbst wenn niemals volle sexuelle Eindeutigkeit besteht, kann eine Verführung in die eine oder andere Richtung an ihrer Geschlechtsidentität grundsätzlich nichts mehr ändern. Dem erhöhten Schutzalter bei Homosexuellen fehlt damit jegliche sachliche Rechtfertigung.“

Unter juristischen Gesichtspunkten hat *Schwaighofer* (Das Strafrechtsänderungsgesetz 1996 und weitere Neuerungen im Strafrecht, Wien: WUV-Univ.-Verl., 1997) zusammenfassend folgendes ausgeführt:

„Dass § 209 StGB unverändert weiter bestehen bleibt, ist bedauerlich. Für die Notwendigkeit dieses Tatbestands,... wurde und wird die Gefahr einer zu frühen Triebfixierung Jugendlicher, einer Prägung und Verführung des Jugendlichen zu einer homosexuellen Lebensweise ins Treffen geführt. Diese Befürchtungen sind nach den neueren Erkenntnissen der Kinder- und Jugendpsychiatrie aber nicht mehr haltbar (siehe EBRV zum StRAG 1994, 1564 BlgNR 1 8.GP,45). Auch kann es nicht Aufgabe des Strafrechts sein, Menschen zu schaffen, deren sexuelle Interessen sich ausschließlich auf das andere Geschlecht richten. Das Argument Jugendschutz berücksichtigt zu wenig, dass das jugendliche ‚Opfer‘ des § 209 StGB ja eingewilligt hat und trotz eigener Straflosigkeit durch die Kriminalisierung seines homosexuellen Partners ebenfalls schwer belastet wird (eindrucksvoll Höpfel, Gastkommentar in der PRESSE vom 27. 11. 1996, 2). § 209 StGB diskriminiert eine

Minderheit und gehört abgeschafft. Nicht zufällig haben die europäischen Länder mit nur ganz wenigen Ausnahmen (Finnland, Großbritannien und Irland) für heterosexuelle und homosexuelle Beziehungen das gleiche Schutzalter.“

Als weitere Indizien dafür, dass nunmehr allgemein davon auszugehen ist, dass die Prägungstheorie § 209 ebenso wenig rechtfertigt wie jede andere Begründung, wird auf die Stellungnahme der ständigen Konferenz der Kinder- und Jugendanwaltschaft vom 18. November 1996 hingewiesen (Beilage 2), die zu folgendem Ergebnis kommt:

„Als Kinder- und JugendanwältInnen sind wir im besonderen den Inhalten der UN-Konvention über die Rechte des Kindes verpflichtet, die neben den Überlebens- und Förderungsrechten das Recht auf Schutz sowie das Recht auf Beteiligung und Selbstbestimmung beinhaltet.... Da der Schutz von Kindern und Jugendlichen durch eine Reihe von Bestimmungen im Strafgesetzbuch sichergestellt ist (soweit dies durch Strafbestimmungen möglich ist) und der § 209 StGB das Selbstbestimmungsrecht für Mädchen und Buben unterschiedlich festsetzt und einschränkt, sie also ungleich behandelt und ihnen die nötige Reife für die Partnerwahl nicht zubilligt, glauben wir, dass dieser Paragraph aufgehoben werden soll.“

Weiters weist das antragstellende Gericht auf die Stellungnahme dreizehn namhafter Rechtswissenschaftler aus Wien und Innsbruck vom 25. November 1996 (Beilage 3) hin und auf die Begründung eines Berufungsbescheides des Referates Jugendwohlfahrt des Amtes der Steiermärkischen Landesregierung vom 10. Oktober 2001, GZ 9-41-1031/2001-15, 5 3f, (Beilage 4) in der es heißt:

„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 Berufungsbehörde 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 verkrafte und in eine gedeihliche Entwicklung integrieren könne.... Zur Würdigung der Gutachten ist abschließend festzustellen, dass die Gutachtenergebnisse 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.“

e) Schließlich muss festgestellt werden, dass es sowohl gegenüber der Situation, die der Strafrechtsgesetzgeber des Jahres 1971 vorfand, als auch gegenüber der Situation der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes 1989 zu einem entscheidenden Wertewandel in der österreichischen Gesellschaft gegenüber der Homosexualität gekommen ist, sodass Homosexualität nunmehr als andere aber gleichwertige sexuelle Orientierung allgemein akzeptiert ist.

aa) Indizien dafür sind die Beschlüsse des Wiener Gemeinderates und des Steirischen Landtages betreffend die rechtliche Gleichstellung von verschiedengeschlechtlichen und gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften sowie die Beschlüsse von Gemeinderäten, die sich gegen die Diskriminierung von homosexuellen Menschen wenden, so die Beschlüsse des Gemeinderates von Bludenz vom 20. März 1996, von Linz vom 16. Dezember 1999, von Wien vom 7. Juni 2000 und von Salzburg vom 9. November 2000. Selbst der österreichische Familienbericht 1999 (111-47 dB NR 21. GP, 5 214) stellt fest: „Es zeigt sich eine wachsende gesellschaftliche Akzeptanz homosexueller Lebensformen und zunehmend erheben Homosexuelle die Forderung, an allen Bereichen des öffentlichen Lebens gleichberechtigt teilhaben zu können.“ (Beilage 5)

bb) Auch im Wege der Meinungsbefragung lässt sich dieser Wertewandel in der Bevölkerung feststellen. Im August 2001 wurde dazu folgende Umfrage des Meinungsforschungsinstitutes IFES veröffentlicht (News, Ausgabe 32/01):

500 Personen wurden per Telefoninterview befragt und gaben auf fünf unterschiedliche Fragen folgende Antworten:

Derzeit haben in Österreich homosexuelle Paare im Gegensatz zu Ehepaaren nicht die Möglichkeit, z.B. gemeinsam eine Wohnung zu kaufen, sich wechselweise zu beerben oder gemeinsam ein Vermögen zu bilden. Wie sehen sie das? Sollten auch homosexuelle Lebenspartner dieselben Möglichkeiten wie Ehepartner erhalten? 70% antworteten mit ja, 24% mit nein, 6% machten keine Angabe.

Für die Gleichstellung von homosexuellen Paaren mit der herkömmlichen Ehe gibt es verschiedene Möglichkeiten, die ich Ihnen nun vorlese. Sagen Sie mir bitte jeweils, ob Sie sehr, etwas oder gar nicht für diese Möglichkeit sind:

2.a. Rechtliche Anerkennung von homosexuellen Lebensgemeinschaften: 52% antworteten sehr, 23 % etwas, 23% gar nicht, 3% machten keine Angabe;

2.b. Standesamtliche Eheschließung von homosexuellen Lebensgemeinschaften: 41% antworteten sehr, 19% etwas, 37% gar nicht, 3% machten keine Angabe;

2.c. Kirchliche Trauung von homosexuellen Lebensgemeinschaften: 19% antworteten sehr, 16% etwas, 59% gar nicht, 6 % machten keine Angabe;

Der Paragraph 209 des österreichischen Strafgesetzbuches verbietet eine sexuelle Beziehung von Männern über 19 Jahren mit Männern unter 18 Jahren. Für heterosexuelle Paare und für lesbische Frauen gilt eine Altersgrenze von 14 Jahren. Soll man Ihrer Meinung nach den Paragraph 209 ersatzlos streichen? 48% antworteten ja, 43% nein, 10% machten keine Angabe.

cc) Auch die ordentliche Gerichtsbarkeit hat bereits in der Rechtsprechung zur Pornographie diesen Wertewandel konstatiert. Das Oberlandesgericht Graz führte in einem Urteil vom 24. November 2000 aus (OLG Graz, 9 Bs 304/00 *US.1Sf.*):

„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 bis hin 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.“

f) Insgesamt bedeutet dies, dass heute die Prägungstheorie keine Grundlage mehr dafür bilden kann, gleichgeschlechtliche Kontakte von Männern über neunzehn Jahren mit vierzehn bis achtzehnjährigen mit Strafe zu bedrohen. Diese Männer sind daher im Vergleich zu Männern und Frauen, die in diesem Alter heterosexuelle Kontakte pflegen, ungleich behandelt, ohne dass es hierfür einen sachlichen Grund der Differenzierung gibt.

Auch die abseits der Prägungstheorie zu Gunsten des § 209 StGB angeführten Begründungen vermögen nämlich nicht zu überzeugen:

aa) Das von *Univ-Prof Rollet* zu Gunsten des § 209 StGB angeführte Schutzbedürfnis besteht für hetero- und homosexuelle Jugendliche in gleicher Weise, in beiden Fällen kann es zu schweren Irritationen kommen, sofern Jugendliche sexuell von Erwachsenen verführt werden. Wie die Expertenanhörung aber ergeben hat, wird gerade der von *Univ.-Prof Rollet* angeführte Schutzzweck durch das bestehende Sexualstrafrecht für alle Jugendliche bereits gewährleistet, unabhängig davon, ob sie heterosexuell oder homosexuell orientiert sind.

An Bestimmungen des Sexualstrafrechts‘ die abseits des § 209 ausreichenden Schutz vor Handlungen bilden, die die psychische und sexuelle Entwicklung von Heranreifenden gefährden könnten, ist zunächst auf § 206 und § 207 StGB zu verweisen, die grundsätzlich geschlechtliche Handlungen mit Personen unter 14 Jahren – gleich, ob gleichgeschlechtlich oder verschiedengeschlechtlich – mit Strafe bedrohen. Nach § 205 (Schändung) sind Personen zu bestrafen, die eine Person, die sich in einem Zustand befindet, der sie zum Widerstand unfähig macht, oder die wegen einer Geisteskrankheit, wegen Schwachsinn, wegen einer tief greifenden Bewusstseinsstörung oder wegen einer anderen schweren, einem dieser Zustände gleichwertigen seelischen Störung unfähig ist, die Bedeutung des Vorgangs einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln, zum außerehelichen Beischlaf oder zur Unzucht missbraucht. § 201 bestraft jegliche Form der Vergewaltigung und § 202 bestraft die geschlechtliche Nötigung.

Dem Jugendschutz – auch im Falle von homosexuellen Handlungen⁷, dient weiters der Straftatbestand des § 208 StGB (Sittliche Gefährdung von Personen unter 16 Jahren), wonach Handlungen mit Strafe bedroht sind, die geeignet sind‘ die sittliche, seelische oder gesundheitliche Entwicklung einer Person unter 16 Jahren zu gefährden, wenn sie vor einer Unmündigen oder einer unter Erziehung, Ausbildung oder Aufsicht stehenden Person unter 16 Jahren vorgenommen werden.

Von besonderer Bedeutung für den Schutz heranwachsender Jugendlicher ist ferner § 212 StGB (Missbrauch eines Autoritätsverhältnisses). Nach dieser Bestimmung sind unter anderem Personen strafbar, die unter Ausnützung ihrer Stellung gegenüber einer ihrer Erziehung, Ausbildung oder Aufsicht unterstehenden minderjährigen Person diese zur Unzucht missbrauchen oder, um sich oder einen Dritten geschlechtlich zu erregen oder zu befriedigen, diese minderjährige Person dazu verleitet, eine unzüchtige Handlung an sich selbst vorzunehmen.

bb) *Schmoller* (Unzureichendes oder überzogenes Sexualstrafrecht. in: Bundesministerium für Justiz (Hg). Strafrechtliche Probleme der Gegenwart. 5 15 (59f). ähnlich Kienapfel/Schmoller. Strafrecht. Besonderer Teil III. Kommentar zu § 209, RZ 6) führt noch eine weitere Begründung für die unterschiedliche Behandlung von homosexuellen Männern gegenüber heterosexuellen Personen an. Zunächst betont auch er, dass die Prägungstheorie obsolet sei, doch meint er, dass die – im Regelfall heterosexuell orientierten – Jugendlichen durch homosexuelle Handlungen, die Erwachsene an ihnen vornehmen, in besonderer Weise belästigt und in ihrer sexuellen und sonstigen psychischen Entwicklung nachteilig beeinflusst würden. Gerade wenn man davon ausgehe, dass die sexuelle Orientierung (im Sinne von hetero- oder homosexueller Prägung) bei Personen unter vierzehn Jahren bereits abgeschlossen sei, leuchte ein, dass es für einen Jugendlichen – geht man von Regelfall einer heterosexuellen Prägung aus – eine erhebliche Irritation bedeuten könne, wenn ein Erwachsener ihn intensiv in homosexuelle

Handlungen involviere. Von der Vornahme heterosexueller Handlungen in derselben Altersstufe sei dagegen keine entsprechende psychische Irritation zu erwarten, wenn der betroffenen Jugendliche – wie im Regelfall – ohnehin heterosexuell orientiert sei. Zwar sei einzuräumen, dass diese Argumentation nicht auf einen solchen Jugendlichen zutreffe, der – wenn man den sexualwissenschaftlichen Erkenntnissen folge – seit seiner frühen Kindheit bereits homosexuell orientiert sei.

Da aber die allermeisten Jugendlichen heterosexuell orientiert seien, erscheine es vertretbar, dass der Strafrechtsschutz alle (männlichen) Jugendlichen erfasse und damit bereits der Gefahr, dass die homosexuellen Handlungen einen heterosexuell geprägten Jungen treffen, entgegengewirkt werde. Dagegen bestehe die umgekehrte theoretische Gefahr, dass ein bereits homosexuell orientierter Jugendlicher durch eine Veranlassung zu heterosexuellen Handlungen in seiner psychischen Entwicklung gestört werden könnte, praktisch kaum, weil der Betroffene ohnehin ständig mit einer „heterosexuellen Welt“ konfrontiert sei; sie sei deshalb strafrechtlich vernachlässigbar.

Abgesehen davon, dass diese Argumentation nicht die unterschiedliche Behandlung von gleichgeschlechtlichen Handlungen unter Frauen gegenüber solchen unter Männern (dazu im folgenden) erklären kann, beruhen diese Ausführungen lediglich auf unbewiesenen Annahmen. Darüber hinaus lassen diese Ausführungen unberücksichtigt, dass die von *Schmoller* vermutete Belästigung nur dann eintreten kann, wenn es nicht um auf Seiten des Jugendlichen freiwillige sexuelle Handlungen geht. Für alle nicht freiwilligen sexuellen Handlungen besteht aber ohnedies ein ausreichender Schutz durch die sonstigen Sexualdelikte. Diese Ausführungen sind daher nicht geeignet, eine unterschiedliche Behandlung von heterosexuellen und homosexuellen männlichen Personen zu rechtfertigen. Unausgesprochen geht diese Argumentation davon aus, dass homosexuelle Erwachsene eher Jugendliche – unabhängig von deren sexuellen Orientierung – belästigen, als dies bei heterosexuellen Erwachsenen der Fall sei. Für diese Annahme fehlt jedoch jeglicher empirischer Beleg. Ebenso fehlt jeder Beleg dafür, dass homosexuelle Annäherungen von Männern an heterosexuelle männliche Jugendliche, auf die sie sich freiwillig einlassen, von diesen störender empfunden werden und schwierigere seelische Probleme hervorriefen, als wenn sich eine ihrer Entwicklung noch unsichere weiblicher Jugendliche freiwillig auf eine Beziehung zu einem erwachsenen Mann einlässt.

In keiner Weise kann *Schmoller* gefolgt werden, soweit er demgegenüber die unterschiedliche Behandlung von gleichgeschlechtlichen Beziehungen von erwachsenen Frauen zu weiblichen Jugendlichen damit rechtfertigt, bei lesbischen Beziehungen seien sexuelle Handlungen, die in ihrer Intensität einem Beischlaf gleich kämen, von vornherein ausgeschlossen. Diese Auffassung beruht auf der unausgesprochenen Annahme, dass lesbische Sexualität in ihrer Intensität

wegen der Beschaffenheit der weiblichen Sexualorgane von vornherein weniger intensiv werde als heterosexuelle Handlungen oder solche zwischen Männern. Auch für diese Annahme fehlt jegliche Grundlage.

g) Auch die internationale Rechtsentwicklung geht mittlerweile davon aus, dass eine unterschiedliche Behandlung von homosexuellen Beziehungen unter Männern und heterosexuellen Beziehungen von Personen der gleichen Altersgruppe bzw. von homosexuellen Beziehungen von weiblichen Personen nicht mehr gerechtfertigt ist, was insbesondere für die Beurteilung unter dem Gesichtspunkt des Artikel 8 MRK von Bedeutung ist.

Der Verfassungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis VfSlg. 12.182/1989 die Stellungnahme der Bundesregierung zitiert, die auf eine Reihe von Staaten hinwies, in denen derartige Beziehungen mit Strafe bedroht war und hat als solche Staaten die Bundesrepublik Deutschland, die Schweiz, Belgien und das Vereinigte Königreich genannt. In Deutschland wurden diese Bestimmungen 1994 aufgehoben, in der Schweiz 1992, in Belgien war im Zeitpunkt der verfassungsgerichtlichen Verfahren die Strafbestimmung bereits seit 1985 aufgehoben (ein offenkundiger Irrtum in der damaligen Stellungnahme der Bundesregierung), das Vereinigte Königreich hat schließlich nach einer Entscheidung der Europäischen Menschenrechtskommission 2000 die strafrechtliche Sonderaltersgrenze für homosexuelle Betätigung aufgehoben.

Auch im Großteil der anderen Staaten des Europarates wurden solche Sonderstrafbestimmungen mittlerweile aufgehoben, so in der Tschechoslowakei 1990, in der Ukraine 1991, in Luxemburg, Estland und Island 1992, in Litauen 1993, in Moldawien 1995, in Mazedonien 1996, in Russland 1997, in Finnland, Lettland und Kroatien 1998 sowie in Liechtenstein und Aserbaidschan 2001. Österreich ist mittlerweile der einzige Staat der Europäischen Union, der noch eine besondere Altersgrenze von 18 Jahren für homosexuelle Handlungen kennt, er befindet sich aber auch in einer absoluten Minderheit im Vergleich zu allen anderen Staaten des Europarates.

Im Fall *Sutherland* gegen das Vereinigte Königreich hat die Europäische Menschenrechtskommission eine Entscheidung gefällt, die nicht nur auf den konkreten Fall der britischen Regelung abstellte, sondern generell jedes höhere Schutzalter für homosexuelle Betätigung als konventionswidrig erachtete:

„66. Consequently, the Commission finds that no objective and reasonable justification exists for the maintenance of a higher minimum age of consent to male homosexual, than to heterosexual, acts and that the application discloses discriminatory treatment in the exercise of the applicant's right to respect for private life under Article 8 of the Convention“ (Application No. 25.186/94, Art. 66).

Auf diese Entscheidung stützte sich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte auch in seiner Entscheidung über die Zulässigkeit von Verfahren gegen Österreich vom 22. November 2001, Appl. Nr. 39392/98 und 39829/98 sowie 45330/99 ebenfalls betreffend § 209 Strafgesetzbuch.

Die Parlamentarische Versammlung des Europarates hat am 26. September 2000 eine umfassende EntschlieÙung zu den Rechten von Lesben und Schwulen in den Mitgliedstaaten des Europarates beschlossen, in der die nationale Regierung zu entsprechenden Maßnahmen aufgefordert werden.

„11 .The Assembly therefore recommends that the Committee of Ministers:...iii. call upon member states:... d. to apply the same minimum age of consent for homosexual and heterosexual acts; ... (Beschluss des Europarates vom 26. September 2000, Rec. 1474(2000) „Situation of lesbians and gays in Council of Europe member states“)

Das Ministerkomitee des Europarates hat am 19. September 2001 eine EntschlieÙung gefasst, die diesen Beschluss der parlamentarischen Versammlung mitträgt:

„1. The Committee of Ministers has carefully examined Recommendation 1474 (2000) on the situation of lesbians and gays in Council of Europe member states. It agrees with the Parliamentary Assembly that, regrettably‘ discrimination and violence against homosexuals still occur. Differentiated treatment of homosexuals under the law and in practice still exists in member states as do contemptuous or intolerant attitudes towards 5. The case-law of the organs of the European Convention on Human Rights also provides a strong general incitement to all member states, beyond the specific obligation of Contracting States to execute the judgments of the Court, to reform any discriminatory legislation or regulations and in this connection the Committee of Ministers refers not only to the cases mentioned in the recommendation but also, for example, to the cases of Norris against Ireland or those of Modinos and of Marangos against Cyprus.“ (Einstimmiger Beschluss des Ministerkomitees des Europarates vom 19. September 2001 – Doc. 9217)

Der Bericht des UNO-Menschenrechtskomitees über Österreich vom 19. November 1998 hält unter Punkt 13 fest:

„13. 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.“ (UN Human Rights Committee, Sixty-fourth session, International covenant on civil and political rights‘ CCPRIC/79/Add. 103, 19. November 1998)

Bereits sechs Mal hat das Europäische Parlament Österreich aufgefordert, § 209 StGB

ersatzlos zu streichen:

EP-Menschenrechtsbericht für das Jahr 1995 [8. April 1997]

EP-Menschenrechtsbericht für das Jahr 1996 [17. Februar 1998]

EP-Entschließung zur Gleichberechtigung von Homosexuellen [17. September 1998]

EP-Menschenrechtsbericht für das Jahr 1997 [17. Dezember 1998]

EP-Menschenrechtsbericht für die Jahre 1998-1999 [16. März 2000]

EP-Entschließung zur Achtung der Grundrechte in der Europäischen Union das Jahr 2000 [5. Juli 2001] (AS-0223/01; pkt. 78)

In der Dringlichkeitsresolution vom 17. September 1997 fordert das Europäische Parlament die österreichische Regierung und das österreichische Parlament auf „§ 209 des Strafgesetzbuchs unverzüglich aufzuheben und alle Personen, die auf Grund dieses Artikels Gefängnisstrafen verbüßen unverzüglich zu begnadigen“.

h) Der Gesetzesvorbehalt des Artikel 8 Abs. 2 MRK deckt Eingriffe in das Privatleben nur insoweit, als dies eine Maßnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft zum Schutz bestimmter Rechtsgüter notwendig ist. Bereits im Fall *Handyside* (EuGRZ 1977, 38, 41) hat der Europäische Gerichtshof zunächst vom Wortlaut her festgestellt, dass der Begriff „notwendig“ in Abs. 2 nicht synonym ist mit „unbedingt erforderlich“ (indispensabel) oder mit noch flexibleren Formulierungen wie „zulässig“ oder „nützlich“ bzw. „vernünftig“. Der Gerichtshof folgert aus der Wortlautanalyse, dass ein „dringendes soziales Bedürfnis“ (pressing social need) für die Einschränkung erforderlich sei, damit das Kriterium einer „notwendigen“ Regelung erfüllt ist. (Siehe dazu *Frowein/Peukert*, aaO, Randziffer 15 der Vorbemerkung zu Artikel 8 bis 11). Im Falle *Dudgeon* (EuGRZ 1983, 488, 492) hat der Gerichtshof im Zusammenhang mit der Zulässigkeit des Verbots von homosexueller Betätigung (zwischen erwachsenen Männern in Nordirland) betont, dass es nicht auf die Meinung des Gesetzgebers oder der Regierung über die Notwendigkeit einer Strafbarkeit ankommt, auch wenn die Regierung sorgfältig und gutgläubig vorgehe, sondern der Gerichtshof selbst diese Entscheidung treffen müsse und hiebei vor allem die Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen überprüfen müsse. In weiterer Folge wird auch im Fall *Barthold* der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zum entscheidenden Kriterium.

Wie *Frowein* (aaO, RZ 16) ausführt, ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes genau zu prüfen, ob die Notwendigkeit gerade des eingesetzten Mittels zum Schutz des betreffenden Gutes in überzeugender Weise nachweisbar ist und eine Abwägung zwischen dem Freiheitsrecht und dem Schutzgut stattgefunden hat. Die Abwägung müsse zu einem angemessenen Verhältnis zwischen den betroffenen Interessen führen, es dürfe kein Missverhältnis vorliegen.

Gemessen an diesen Kriterien handelt es sich bei dem Verbot des § 209 keinesfalls um eine Maßnahme, die zum Recht des Schutzes der Rechte von anderen, nämlich von heranwachsenden männlichen Jugendlichen erforderlich ist. Angesichts des Nachweises der falschen Annahmen über die Prägungstheorie ist es unverhältnismäßig, sowohl in die Privatsphäre von heranwachsenden Jugendlichen, als auch in die von erwachsenen Männern einzugreifen, wenn ihnen freiwillige sexuelle Handlungen verboten werden, wie dies § 209 StGB tut. Ein solches dringendes soziales Bedürfnis liegt offenkundig nicht vor. Angesichts des Umstandes, dass die meisten Mitgliedstaaten des Europarates mittlerweile gesonderte Altersgrenzen für homosexuelle Betätigung unter Männern aufgehoben haben, kann auch nicht mehr davon gesprochen werden, dass es sich um eine Maßnahme handelt, die in demokratischen Gesellschaften notwendig ist.

Höpfel hat unter diesem Gesichtspunkt darauf hingewiesen, dass beide Partner von der Strafbestimmung unverhältnismäßig bedroht sind:

„Es ist daher in der Tat eine gesellschaftspolitische Frage, die freilich auch der Kriminalpolitik zuzuzählen ist. Denn solange die Keule des Strafrechts zur Sicherung bestimmten sozial erwünschten Verhaltens („heterosexuelle Ausrichtung der Gesellschaft“) dient, sind damit fundamentale Fragen staatlichen Strafens angesprochen. Die Alternative der Abschaffung oder Beibehaltung des § 209 StGB betrifft weder die echte noch so genannte unechte Notzucht.

Warum dennoch die bisherige Grenze zur „Unterwelt“ beibehalten werden soll, ist nirgends überzeugend dargelegt worden. Im Gegenteil: Gewichtige ungünstige Auswirkungen der Grenzziehung werden ignoriert. Der Hinweis auf den – gewiss wünschbaren – Jugendschutz geht daran vorbei, dass eine verbotene Sexualbeziehung auch bei Straflosigkeit des einen regelmäßig beide Partner betrifft und die Kriminalisierung des einen den anderen – der ja eingewilligt hat – auch schwer belastet. Indem das Strafrecht sexuelles Verhalten in eine ganz bestimmten Richtung verbietet, betreibt es bewusst gesellschaftliche Konditionierung. Das geht über seine ureigene Aufgabe des Rechtsgüterschutzes hinaus“ (*Höpfel*, Die Presse, 27. November 1996, S 2)

Wie der Verfassungsgerichtshof wiederholt zu Artikel 8 Abs. 2 festgestellt hat (vgl. z.B. VfSlg 15.632/1999, 11.369/1987) sind die Schranken des Artikel 8 Abs. 2 unter anderem dann überschritten, wenn der Gesetzgeber zur Zielerreichung völlig ungeeignete Mittel gewählt oder die vorgesehenen, an sich geeigneten zu einer sachlich unbegründbaren Differenzierung führen würden. Die unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitsgrundsatzes unzulässige sachlich unbegründbare Differenzierung führt daher auch zu einem Verstoß gegen Artikel 8 MRK.

In VfSlg 15.632/1999 betreffend Beschränkungen bei der InVitro-Fertilisation hat der Verfassungsgerichtshof weiters betont, dass ein relativ weiterer Spielraum des Gesetzgebers unter dem Gesichtspunkt des Artikel 8 Abs. 2 so lange besteht, so lange allgemeine, einigermaßen einheitliche Auffassungen in den Mitgliedstaaten der EMRK noch nicht bestehen. Freilich sei eine Veränderung der Sachlage im Zeitablauf und damit eine in Hinkunft eintretende

Verengung des rechtspolitischen Spielraums denkbar, weil es den Gesetzgeber auch aus verfassungsrechtlicher Sicht verhalten könnte, der Entwicklung durch eine entsprechende Anpassung der gesetzlichen Regelung Rechnung zu tragen.

Genau dies ist nach Auffassung des antragstellenden Gerichtes bei der Sonderaltersgrenze für homosexuelle Beziehungen zwischen erwachsenen Männern und Jugendlichen zwischen 14 und 18 Jahren der Fall. Wie dargestellt wurde, hat sich mittlerweile in den Mitgliedstaaten der Europäischen Menschenrechtskonvention ein solcher einheitlicher Standard herausgebildet, sodass nunmehr das Verbot des § 209 nicht mehr im Rahmen des Ermessensspielraumes des Gesetzgebers steht. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, dieser europäischen Entwicklung dadurch Rechnung zu tragen, dass er § 209 beseitigt.

3. Unabhängig von den vorhin dargestellten Bedenken ist nach Auffassung des antragstellenden Gerichtes § 209 StGB auch aus folgenden Gründen wegen Verstoßes gegen den Gleichheitsgrundsatz und gegen Artikel 8 und 14 MRK verfassungswidrig:

§ 209 StGB bedroht nicht generell homosexuelle Beziehungen von Erwachsenen zu männlichen Jugendlichen mit Strafe, sondern seit dem Jugendgerichtsgesetz 1988, BGB1. Nr. 599 nur jene von männlichen Personen über 19 Jahren zu solchen zwischen 14 und 18 Jahren. Nach der Fassung des Straftatbestandes des § 209 bleiben homosexuelle Beziehungen zwischen männlichen Jugendlichen im Alter von 14 bis 18. Jahren grundsätzlich zulässig. Nach der Konzeption des § 209 StGB sind solche Beziehungen nicht bloß straffrei, wie dies etwa für Personen unter 14 Jahren, also unter der Grenze der Strafmündigkeit gilt, sondern solche homosexuellen Beziehungen sind auch nicht rechtswidrig, vom Strafgesetzgeber somit überhaupt nicht verpönt.

Dies führt aber dazu, dass § 209 homosexuelle Beziehungen von männlichen Jugendlichen je nach dem zufälligen Zusammentreffen im zeitlichen Ablauf einmal zulässt, in weiterer Folge aber wieder verbietet und mit Strafe bedroht. *Schwaighofer* (Das Strafrechtsänderungsgesetz 1996 und weitere Neuerungen im Strafrecht, Wien 1997, 38) und *Schmoller* (Unzureichendes oder überzogenes Sexualstrafrecht in: Bundesministerium für Justiz (Hg), Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, Wien 2000, 61; siehe auch *Kienapfel-Schmoller*, Grundriss des österreichischen Strafrechts, Besonderer Teil III, Wien 1999, RZ 9 zu § 209) haben derartige Fallkonstellationen herausgearbeitet und dargelegt, dass die Regelung des § 209 zu weit geht: Wenn ein Siebzehnjähriger eine homosexuelle Beziehung zu einem Fünfzehnjährigen beginnt, ist dies vom Verbot des § 209 nicht erfasst, diese Beziehung wird nicht bestraft. Dauert diese Beziehung an, so wird sie nach zwei Jahren, mit dem Erreichen des 19. Lebensjahres des einen Partners, strafbar, weil der andere Partner noch nicht das 18. Lebensjahr erreicht hat; nach einem weiteren Jahr wird diese homosexuelle Beziehung wieder straffrei.

Schwaighofer, aaO. S 38, bezeichnet diese Konsequenz als absurd („Ein Achtzehnjähriger, der mit einem Sechzehnjährigen homosexuelle Kontakte hat, ist straflos; vollendet er das 19. Lebensjahr, beginnt eine Strafbarkeitsphase, bis der Unzuchtpartner das 18. Lebensjahr vollendet hat, dann verabschiedet sich das Strafrecht wieder“). In ähnlicher Weise äußerten sich *Schmoller* und *Kienapfel-Schmoller*.

Diese wechselnde Strafbarkeit im zeitlichen Verlauf ist als solche unsachlich und unverhältnismäßig; sie verstößt daher gegen Artikel 8 Abs. 2 MRK, weil es keinesfalls in einer demokratischen Gesellschaft erforderlich ist, bereits bestehende, nicht verbotene und deswegen straffreie Beziehungen zwischen homosexuellen Männern auf einmal mit Strafe zu bedrohen, nur deswegen, weil einer der Partner das 19. Lebensjahr vollendet. Auf diese Weise wird es homosexuellen männlichen Jugendlichen geradezu verunmöglicht, eine ihrer natürlichen Veranlagung gemäße sexuelle Beziehung einzugehen und diese zu entwickeln.

In welcher intensiver Weise diese Gestaltung der Strafvorschrift in die Privatsphäre eingreift, lässt sich am einfachsten dadurch verdeutlichen, dass man einen Vergleich zu heterosexuellen Beziehungen zieht. Grundsätzlich sind homosexuelle Beziehungen von den gleichen Liebesgefühlen und emotionalen Bindungen begleitet wie heterosexuelle Beziehungen. Es wäre die Vorstellung unerträglich, dass eine rechtmäßig bestehende heterosexuelle Beziehung auf einmal vom Gesetzgeber mit Strafe bedroht ist, nur deswegen, weil einer der beiden Partner ein bestimmtes Alter erreicht. Ein intensiverer Eingriff in den von Artikel 8 MRK garantierten Schutzbereich, wozu das Liebes- und Sexualleben gehört, ist kaum vorstellbar. Übertragen auf heterosexuelle Menschen heißt das: Wenn man sich vorstellt, dass einem achtzehnjährigen Mann und einer siebzehnjährigen Frau, die ineinander verliebt sind, die Liebesbeziehung und die mit dieser verbundenen sexuellen Handlungen verboten würden, sobald der Mann das 19. Lebensjahr erreichte. Wie bereits erwähnt, besteht kein Unterschied zwischen heterosexuellen und homosexuellen Menschen, was ihr Gefühlsleben und ihre emotionalen Bindungen betrifft.

In diesem Zusammenhang sei erwähnt, dass Verurteilungen wegen § 209 StGB in derartigen Fallkonstellationen auch vorkommen (vgl. z.B. OLG Wien, Urteil vom 13. November 2000, 19 Bs 395/00).

§ 209 StGB ist daher keinesfalls von Artikel 8 Abs. 2 MRK gedeckt, weil in keiner demokratischen Gesellschaft eine derartige Maßnahme zum Schutz der Rechte von anderen notwendig ist. Es ist kein Fall denkbar, wo die Beziehung zu einem jüngeren Partner, die rechtmäßig besteht, nur durch das Erreichen von irgendwelchen Altersgrenzen auf einmal verboten wird und

daher beendet werden müsste. Es gibt keinen Grund, nun auf einmal einen Schutz der Rechtssphäre des jüngeren Partners als notwendig zu erachten, nur deswegen, weil der ältere Partner das 19. Lebensjahr überschritten hat, der jüngere aber noch unter 18 ist, während davor ein solcher Schutz nicht erforderlich gewesen sein soll.

Nach Auffassung des antragstellenden Gerichtes verstößt aus diesen Gründen § 209 StGB sowohl gegen das Gleichheitsgebot der Artikel 7 B-VG und Artikel 2 StGG als auch gegen Artikel 8 und – wegen der unterschiedlichen Behandlung von Personen mit heterosexueller und homosexueller Orientierung – Artikel 14 MRK.

4. Aus den genannten Gründen folgt der Senat der entsprechenden Anregung des Verteidigers – der auch die angeschlossenen Beilagen übermittelt hat – und wiederholt daher das Oberlandesgericht Innsbruck den

eingangs gestellten Antrag, § 209 StGB BGB1. 1974/60 idF BGB1. 1985/599 zur Gänze als verfassungswidrig aufzuheben.

Weiters regt das Oberlandesgericht Innsbruck an, von der Möglichkeit des Art. 140 Abs. 5 B-VG für das Außerkrafttreten eine Frist zu setzen, keinen Gebrauch zu machen, weil durch die ersatzlose Aufhebung die Verfassungswidrigkeit beseitigt wird und keine Vorkehrungen durch den Gesetzgeber erforderlich sind.

Im Hinblick auf den im Europäischen Rechtsvergleich drastischen Eingriff in die von Art. 8 und 14 MRK geschützte Grundrechtssphäre jener Personen, die von anhängigen Strafverfahren betroffen sind, regt das Oberlandesgericht Innsbruck ferner an, gemäß Art. 140 Abs. 7 zweiter Satz B-VG auszusprechen, dass § 209 StGB nicht mehr anzuwenden ist und – entsprechend den Entscheidungen in VfSlg. 14.723/1997 und VfSlg. 15.060/1997 – auch bereits ausgesprochene Strafen nicht mehr vollstreckt werden dürfen.

Oberlandesgericht Innsbruck

Abteilung 6, am 20. Dezember 2001.

Dr. Peter Tischler

Für die Richtigkeit der Ausfertigung
der Leiter der Geschäftsabteilung: