

NL 2003, S. 16 (NL 03/1/03)

L. & V. gegen Österreich

Urteil vom 9. Jänner 2003, Kammer I

S. L. gegen Österreich

Urteil vom 9. Jänner 2003, Kammer I

**Diskriminierung homosexueller Erwachsener und Jugendlicher
durch § 209 StGB**

Art. 14 iVm. Art. 8 EMRK
§ 209 StGB

Sachverhalt:

1.) Der ErstBf. L. wurde am 8.2.1996 vom LG für Strafsachen Wien wegen *gleichgeschlechtlicher Unzucht mit Personen unter achtzehn Jahren* gemäß § 209 StGB [1] zu einer bedingt nachgesehenen einjährigen Freiheitsstrafe verurteilt. Das LG sah es als erwiesen an, dass der Bf. zwischen 1989 und 1994 in Österreich und anderen Ländern zahlreiche sexuelle Beziehungen zu nicht näher bekannten Personen im Alter zwischen 14 und 18 Jahren unterhalten hätte. Es stützte sich dabei hauptsächlich auf das Tagebuch des Angeklagten, in dem dieser seine sexuellen Begegnungen notiert hatte. Der dagegen erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde gab der OGH am 5.11.1996 insoweit Folge, als der Schuldspruch hinsichtlich der im Ausland begangenen Straftaten und insoweit auch der Strafausspruch aufgehoben wurde. Am 29.1.1997 bestimmte das LG für Strafsachen Wien für den in Rechtskraft erwachsenen Schuldspruch eine elfmonatige Freiheitsstrafe, die bedingt nachgesehen wurde. Die dagegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde des Bf., in der er eine Verletzung seines Rechts auf Achtung des Privatlebens und des Diskriminierungsverbots durch die Anwendung des § 209 StGB geltend gemacht hatte, wurde, wie auch sein Begehren auf Beantragung der Überprüfung der Verfassungskonformität des § 209 StGB, am 27.5.1997 vom OGH zurückgewiesen. Das OLG Wien reduzierte am 31.7.1997 aufgrund der Berufung des Bf. die Freiheitsstrafe auf die Dauer von acht Monaten. Die Strafe wurde bedingt nachgesehen.

Der ZweitBf. V. wurde am 21.2.1997 vom LG für Strafsachen Wien wegen *gleichgeschlechtlicher Unzucht mit Personen unter achtzehn Jahren* gemäß § 209 StGB und wegen Veruntreuung zu einer bedingt nachgesehenen sechsmonatigen Freiheitsstrafe verurteilt. Das LG erachtete es als erwiesen, dass der Bf. in einem Fall mit einem Fünfzehnjährigen sexuell verkehrt hätte. Die dagegen vom Bf. erhobenen Rechtsmittel blieben erfolglos.

2.) Der 1981 geborenen Bf. S.L. lebt in Bad Gastein. Im Alter von elf oder zwölf Jahren begann er sich seiner homosexuellen Neigungen bewusst zu werden, im Alter von 15 Jahren war er sich seiner Homosexualität sicher. Er fühlte sich in erster Linie von Männern, die älter waren als er selbst, angezogen. Der Bf. lebt in einer ländlichen Gegend, wo Homosexualität noch immer ein Tabu darstellt. Er leidet darunter, dass er seine Sexualität nicht ausleben und bis zum Erreichen des achtzehnten Lebensjahres keine sexuelle Beziehung mit einem erwachsenen Partner eingehen kann, da er befürchten muss, diese Person der strafgerichtlichen Verfolgung gemäß § 209 StGB auszusetzen, als Zeuge über die intimsten Aspekte seines Privatlebens aussagen zu müssen und gesellschaftlich stigmatisiert zu werden, sollte seine sexuelle Orientierung bekannt werden.

Rechtsausführungen:

□ Die Bf. behaupten eine Verletzung von Art. 8 EMRK (hier: *Recht auf Achtung des Privatlebens*) alleine und iVm. Art. 14 EMRK (*Diskriminierungsverbot*).

□ Zur behaupteten Verletzung von Art. 14 EMRK iVm. Art. 8 EMRK:
Die Bf. bringen vor, die Aufrechterhaltung von § 209 StGB, der einvernehmliche homosexuelle Akte erwachsener Männer mit Jugendlichen zwischen 14 und 18 Jahren unter Strafe stellt, bzw. die Verurteilung der Bf. L. und V. nach dieser Bestimmung, verletze ihr *Recht auf Achtung des Privatlebens* und verstoße gegen das *Diskriminierungsverbot*, da heterosexuelle oder lesbische Beziehungen zwischen Erwachsenen und Jugendlichen des entsprechenden Alters nicht strafbar wären.

Es steht außer Frage, dass die vorliegenden Fälle in den Anwendungsbereich

des Art. 8 EMRK fallen, betreffen sie doch einen der intimsten Aspekte des Privatlebens der Bf.

Der GH stellt fest, dass § 209 StGB in Folge des Erkenntnisses des VfGH v. 21.6.2002 aufgehoben wurde. Diese Entwicklung hat jedoch keine Auswirkung auf den Status der Bf. als Opfer iSv. Art. 34 EMRK. Eine Entscheidung oder Maßnahme zugunsten eines Bf. reicht grundsätzlich nicht aus, um die Opfereigenschaft auszuschließen, solange die Reg. die Konventionsverletzung nicht ausdrücklich oder der Sache nach anerkannt und eine Entschädigung geleistet hat.

Im Fall L. & V. hatte die Aufhebung der angefochtenen Bestimmung keinen Einfluss auf die Verurteilungen der beiden Bf. Im Fall S. L. hat der GH in seiner Zulässigkeitsentscheidung vom 22.11.2001 ([= NL 2001, 240](#)) festgestellt, dass der Bf., der sich zu älteren Männern hingezogen fühlte, durch § 209 StGB davon abgehalten würde, eine seiner Veranlagung entsprechende sexuelle Beziehung einzugehen. Daher wäre er durch die Aufrechterhaltung des § 209 StGB bis zum Erreichen seines achtzehnten Lebensjahres direkt betroffen. Das Erkenntnis des VfGH, das sich auf andere Gründe als die hier geltend gemachten stützt, hat weder die behauptete Konventionsverletzung anerkannt noch eine Entschädigung zugesprochen. Es kann daher in beiden Fällen nicht von einer Lösung der Streitigkeiten iSv. Art. 37 (1) (b) EMRK gesprochen werden.

Nach der st. Rspr. des GH ist eine Unterscheidung diskriminierend iSv. Art. 14 EMRK, wenn sie einer *objektiven* und *sachlichen* Rechtfertigung entbehrt, dh. wenn sie kein *legitimes Ziel* verfolgt oder wenn die angewendeten Mittel *unverhältnismäßig* zum verfolgten Ziel sind. Die sexuelle Orientierung fällt in den Anwendungsbereich des Art. 14 EMRK. Wie auch unterschiedliche Behandlungen aufgrund des Geschlechts erfordern Differenzierungen anhand der sexuellen Orientierung besonders gewichtige Gründe für ihre Rechtfertigung. Die Bestimmung diene einem *legitimen Ziel*, nämlich dem Schutz der Rechte Dritter. Es bleibt zu klären, ob eine Rechtfertigung für die unterschiedliche Behandlung bestand.

In früheren Entscheidungen betreffend § 209 StGB hat die EKMR keine Verletzung von Art. 8 EMRK alleine oder iVm. Art. 14 EMRK festgestellt. Die Konvention ist jedoch ein lebendiges Instrument, dass im Lichte der heutigen Umstände interpretiert werden muss. In ihrem Bericht im Fall *Sutherland/GB* [2] hat die EKMR ausdrücklich festgestellt, dass es im Lichte jüngster wissenschaftlicher Erkenntnisse, wonach homosexuelle Neigungen in der Regel bereits vor der Pubertät verankert wären, und in Anbetracht der Tatsache, dass die Mehrheit der Mitgliedstaaten des Europarates in den letzten Jahren ein einheitliches Schutzalter beschlossen hätte, angebracht wäre, ihre bisherige Rspr. zu überdenken. Sie kam zu dem Schluss, dass die Aufrechterhaltung eines höheren Schutzalters für homosexuelle als für heterosexuelle Beziehungen mangels einer *objektiven* und *sachlichen* Rechtfertigung gegen Art. 14 EMRK iVm. Art. 8 EMRK verstoße.

Der GH ist der Ansicht, dass der Unterschied zwischen den vorliegenden Fällen und dem Fall *Sutherland/GB*, nämlich die fehlende Strafbarkeit des jugendlichen Partners, nicht entscheidend ist. Es kommt vielmehr darauf an, ob eine *objektive* und *sachliche* Rechtfertigung dafür bestand, dass junge Männer zwischen 14 und 18 Jahren eines Schutzes vor sexuellen Beziehungen mit erwachsenen Männern bedurften, während ein solcher Schutz für junge Frauen desselben Alters weder vor Beziehungen mit erwachsenen Männern noch mit erwachsenen Frauen für notwendig erachtet wurde.

Die Reg. bezieht sich auf ein Erkenntnis des VfGH vom 3.10.1989, wonach § 209 StGB erforderlich wäre, um eine Gefährdung der sexuellen Entwicklung heranwachsender Männer durch homosexuelle Erfahrungen zu verhindern. Dieser Ansatz wurde jedoch schon 1995 durch die parlamentarische Debatte über eine

mögliche Abschaffung der Bestimmung überholt. Die überwältigende Mehrheit der im Zuge dieser Debatte gehörten Experten sprach sich für ein einheitliches Schutzalter aus und stellte fest, dass homosexuelle Neigungen in der Regel bereits vor der Pubertät feststehen würden, weshalb die Theorie von einer „Rekrutierung“ männlicher Heranwachsender in die Homosexualität unhaltbar wäre. Der Gesetzgeber entschied sich im November 1996 ungeachtet seines Wissens von diesen wissenschaftlichen Erkenntnissen für die Beibehaltung des § 209 StGB.

Soweit § 209 StGB einem Vorurteil der heterosexuellen Mehrheit gegenüber einer homosexuellen Minderheit Ausdruck verlieh, kann diese negative Einstellung für sich ebenso wenig eine ausreichende Rechtfertigung für die unterschiedliche Behandlung darstellen wie ähnliche Vorurteile aufgrund der Rasse, Herkunft oder der Hautfarbe.

Die Reg. brachte keine überzeugenden und gewichtigen Gründe vor, die die Beibehaltung des § 209 StGB bzw. die Verurteilung der Bf. L. & V. nach dieser Bestimmung rechtfertigen hätten können. **Verletzung** von **Art. 14 EMRK** iVm. **Art. 8 EMRK** (einstimmig).

Keine gesonderte Prüfung der behaupteten Verletzung von **Art. 8 EMRK** (einstimmig).

Entschädigung nach Art. 41 EMRK:

1.) Je EUR 15.000,-- für immateriellen Schaden; EUR 10.633,53 für den Bf. L., EUR 6.500,-- für den Bf. V. für Kosten und Auslagen (einstimmig).

2.) EUR 5.000,-- für immateriellen Schaden; EUR 5.000,-- für Kosten und Auslagen (4:3 Stimmen; *Sondervotum der Richterinnen Vajić, gefolgt von Richterinnen Botoucharova und Richter Kovler*).

Anm.: Vgl. die vom GH zitierten Urteile *Dudgeon/GB* v. 22.10.1983, A/45 (= EuGRZ 1983, 488); *Karlheinz Schmidt/D* v. 18.7.1994, A/291-B (= NL 1994, 325 = EuGRZ 1995, 392 = ÖJZ 1995, 148); *Petrovic/A* v. 27.3.1998 (= NL 1998, 76 = ÖJZ 1998, 516); [Smith & Grady/GB v. 27.9.1999 \(= NL 1999, 156 = ÖJZ 2000, 614\)](#); [Salgueiro da Silva Mouta/P v. 21.12.1999 \(= NL 2000, 20\)](#); *A.D.T./GB* v. 31.7.2000 (= NL 2000, 148).

P.C.

Die Urteile im englischen Originalwortlaut (pdf-Datei):

[L. & V. gg. Österreich](#)

[S. L. gg. Österreich](#)

[¹] § 209 StGB lautete: „Eine Person männlichen Geschlechts, 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.“ Nachdem der VfGH mit Erkenntnis vom 21.6.2002 (= NL 2002, 118) die Verfassungswidrigkeit dieser Bestimmung festgestellt hatte, wurde § 209 StGB vom Gesetzgeber mit 1.10.2002 aufgehoben (BGBl. 134/2002).

[²] Bericht der EKMR v. 1.7.1997 (= NL 1997, 259).