

„Every individual wants to stand on his own two feet" (Marcuse, zit. nach The Royal Commission on Human Relationships 1977, Vol. 5, part VI, p.2)

2.

DER GRUNDRECHTSSCHUTZ

DER GRUNDRECHTSSCHUTZ

2.1 Wesen und Sinn des Grundrechtsschutzes

2.11 Schutz der Selbstbestimmung

Die Idee fundamentaler Rechte des Einzelnen ist in der Geschichte weit rückverfolgbar. Sie findet sich bereits in der Antike bei Aristoteles und anderen.¹

Der moderne Menschenrechtsgedanke wurzelt, neben dieser antiken Tradition, im wesentlichen einerseits in den Freiheitsrechten der Stände des Mittelalters, die im bürgerlichen Zeitalter in die Freiheitsrechte des nun einzigen Standes „allgemeines Staatsbürgertum" gemündet sind, und andererseits in der Legitimation des Absolutismus selbst als Stellvertretung Gottes auf Erden zum Wohle der Staatsunterworfenen, in seiner Bindung an die göttlichen Gesetze als Grenze der Willkür des Monarchen.²

Das zentrale Anliegen dieser Konzepte, sowohl des antiken Verständnisses von individuellen Fundamentalrechten als auch der Freiheitsrechte der Stände und der Zweckbindung der absolutistischen Staatsgewalt, war immer der Schutz der Schwächeren vor den Stärkeren. Die Ablehnung des Faustrechts, als das Recht des jeweils Überlegenen, ist tief in der Geschichte und im moralischen Denken der westlichen Welt verankert.³

Wurde dieses Prinzip in der Realität auch immer wieder gebrochen, so ist es doch als Ideal in den seltensten Fällen aufgegeben worden. Auch wenn in der Geschichte Diktatoren und Eroberer die Macht des Stärkeren nutzten, um Schwächere und Unterlegene brutal zu unterwerfen und ihnen ihre Herrschaft aufzuzwingen, so wurde doch auch in den dunkelsten Zeiten der westlichen Welt dieses Ziel nicht vollständig aufgegeben.

Unterdrücker selbst haben ihre Machtausübung oft damit gerechtfertigt, daß sie einer unterdrückten und gefährdeten Gruppe zu Hilfe kommen mußten. Die Hexenverfolgungen waren letztendlich gespeist aus der Angst vor übermächtigen magischen und bösen Kräften, und der Überzeugung, die Gläubigen nur durch Verbrennung der Hexen und Magier wirksam

schützen zu können und müssen. Und die Nationalsozialisten, die ihre Aufgabe darin sahen, die „Arier“ aus der „Knechtschaft des Weltjudentums“ zu befreien, rechtfertigten sich auf diese Weise ebenso wie der Stalinismus, der die Arbeiterklasse aus der Herrschaft des Kapitals führen wollte.

Staatstheorien, die von der Idee eines Gesellschaftsvertrages ausgehen, sehen die Aufgabe und die Bestimmung des Staates in der Erhaltung der Freiheit des Einzelnen und der Verhinderung der sonst unvermeidlichen Herrschaft des Stärkeren. Nach Locke etwa unterwirft sich „die Gesellschaft dem Staat, um vorstaatliche Rechte ihrer Glieder zu schützen“. Somit besteht das Wesen des Staates darin, seine Glieder im Genuß der natürlichen Rechte zu erhalten (ähnlich auch Rousseau).⁴

Ein an diesen Prinzipien orientiertes Rechtsverständnis geht davon aus, daß „der Staat um d[ies]er Freiheit des Einzelnen willen konstituiert wurde“⁵ und daß „[d]er Staat, der Menschenrechte als Grundrechte anerkennt, [...] seinen Sinn, seinen Zweck und sein Wesen in nichts anderem [hat], als dem Herrschaftsunterworfenen seine Freiheit und Menschlichkeit zu erhalten“⁶.

In diesem Sinne qualifiziert Ermacora das „Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit“ als Jedem Status vorausgesetztes Fundamentalrecht, das naturrechtlichen Ursprungs ist“ und dessen „Hauptinhalte“ „Selbstbestimmung und Selbstbesinnung“⁷ sind.

Diese Art von Selbstbestimmung, die sich bereits in Kants „Metaphysik der Sitten“ als Schlüsselfrage von Recht und Freiheit findet⁸, beinhaltet die Vorstellung von der „ganzen Freiheit“ des Menschen.⁹

Diese Freiheit bildet den zentralen Wert und das Fundament des Menschenrechtsgedankens, der in seinem innersten Kern auf der Achtung der menschlichen Würde beruht.¹⁰ Einer Würde, die in der Unverfügbarkeit, Freiheit, Autonomie und Personqualität jedes Menschen Ausdruck findet^{11, 12}.

Der US-amerikanische Höchstrichter Stevens hat dies mit den treffenden Worten formuliert: „a person belongs to himself and not to others nor to society as a whole“.¹³

Moral und (Straf)Recht

Sind Selbstbestimmung und Autonomie des Einzelnen jene Werte, die den Menschenrechten zu Grunde liegen, so darf niemand in seinem freien Handeln nur deshalb eingeschränkt werden, „because in the opinion of others to do so would be wise or even right“¹⁴.

„[T]he mere knowledge that other individuals do not adhere to one's value system cannot be a legally cognizable interest, [...] let alone an interest that can justify invading the houses, hearts and minds of citizens who choose to live their lives differently“¹⁵.

Es verstößt gegen das ureigenste Anliegen der Grundrechte, nämlich Minderheiten und Schwache gegen die herrschende Meinung und die Meinung der Herrschenden in Schutz zu nehmen¹⁶, wenn Verhaltensweisen nur deshalb verboten werden, weil sie viele Menschen negativ beurteilen.¹⁷ Das gilt auch - und gerade dann -, wenn diese die Mehrheit bilden.¹⁸

Die gegenteilige Auffassung¹⁹ beruht auf einem fundamentalen Mißverständnis von Demokratie, wenn sie sich zur Abstützung ihrer Meinung darauf beruft, daß „a democratic society is governed by the rules of the majority“.²⁰

Daß „die Rechts- und Sozialordnung auf das Empfinden und den Natürlichkeitsbegriff der Mehrheit Rücksicht zu nehmen hat“²¹ kann nicht bedeuten, daß die Mehrheit einer Minderheit oder auch nur einen Einzelnen zwingen darf, sich gemäß ihren moralischen Auffassungen zu verhalten oder zu leben.²²

Andernfalls wandelte sich „a tool intended to liberate human capacities for the enlightened pursuit of interests on terms fair to all“ zu einem „instrument for the crudest oppression of the varieties of the pursuit of happiness into Procrustean convention - rigid, unintelligent, wilful“²³.

Schränkt der Staat die Freiheit des Individuums deswegen ein, weil dies „millenia of moral teaching“²⁴ entspricht, so hieße dies nichts anderes, als die unhinterfragte Herrschaft der konventionellen Moral zu akzeptieren. Eine Herrschaft, die J.S. Mill (in Anlehnung an de Tocqueville) bereits im vergangenen Jahrhundert als Verrat an den grundlegendsten Werten der politischen Theorie der Demokratie qualifiziert hat.²⁵

Mit diesen grundlegenden demokratischen Werten, zu denen etwa der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in ständiger Rechtsprechung „pluralism, tolerance and broadmindedness“ zählt²⁶, ist es unvereinbar, Strafbestimmungen mit den herrschenden moralischen Anschauungen zu begründen.²⁷

Das täuschte einerseits genau jene Art von Homogenität in moralischen Werten vor, die die Geschichte der westlichen Ethik Lügen straft²⁸ und ließe andererseits außer Acht, daß in einer Gesellschaft, die auf dem Fundament der Freiheit aufgebaut ist²⁹, ethisches Denken nur von freien Menschen ausgehen³⁰ und das Strafrecht „keinen missionarischen Auftrag auf dem Gebiet der Moral“³¹ haben kann. „Echte Moral blüht nur in der Freiheit“^{32,33}.

Schadensprinzip

Das „dem Menschenrecht immanente Toleranzgebot“ verbürgt aber nicht nur die Freiheit zu moralischer Selbstbestimmung sondern verpflichtet auch, „sich so zu verhalten, daß nicht in die Rechte anderer eingegriffen wird“³⁴. Die französische Verfassung von 1795 bezeichnete dies als „von Natur aus in alle Herzen gegrabenes Prinzip“.³⁵

Dementsprechend hat J.S. Mill Kriterien entwickelt, die die demokratische Mehrheit beachten muß, wenn sie kriminelle Sanktionen verhängen will, die mit den Grundwerten unserer Gesellschaftsordnung vereinbar sind.

(1) Handlungen dürfen nur dann unter Strafe gestellt werden, wenn sie konkrete Personen tatsächlich schädigen³⁶

(2) Es ist nie angebracht, eine Handlung nur deswegen zu kriminalisieren, um den Handelnden selbst vor Schaden zu bewahren³⁷

(3) Verhalten darf nie bestraft werden, nur weil der bloße Gedanke daran bei anderen Ärgernis erregt³⁸

Das damit zum Ausdruck kommende Schadensprinzip war bereits für die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte 1789 so zentral, daß deren Art. 4 bestimmte, daß „le liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui“.³⁹

Das Postulat, daß Handlungen nur dann unter Strafe gestellt werden dürfen, wenn sie andere schädigen oder gefährden (Sozialschadensprinzip), ist heute weitgehend anerkannt und wird kaum mehr ernsthaft bestritten.⁴⁰

In dubio pro libertate

Unterlaufen bei der „Eingrenzung des strafwürdigen Unrechts“ auch nur „kleine Fehlleistung[en]“, so macht man „eine Vielzahl von Menschen zu Kriminellen [...], die [sonst] freie Bürger sein würden“^{41, 42}.

Daher kann in einer Gesellschaftsordnung, die von der Menschenwürde als ihrem zentralen Wert und Schutzgut ausgeht, die Beweislast für die Sozialschädlichkeit eines Verhaltens nur beim Staat liegen und nie beim Einzelnen selbst.⁴³

Wer meint, daß ein „non liquet“ für eine Strafbestimmung ausreicht⁴⁴, verkennt, daß die unserer Rechtsordnung zu Grunde liegenden Freiheitsrechte vom „grundsätzlichen Vertrauen in die Rechtsgenossen“⁴⁵ und damit von der Vermutung ausgehen, daß sich „der dem Recht unterworfenen Mensch in Freiheit aller Wahrscheinlichkeit nach rechtmäßig verhalten werde“^{46, 47}.

Das Strafrecht ist Teil der als Ganzes an der Freiheit und der Autonomie des Einzelnen orientierten Rechtsordnung. Demgemäß besteht auch seine Aufgabe darin, to „maximize personal liberty and minimize state intervention“⁴⁸. „Im Zweifel wird daher der ... Freiheitsraum des einzelnen Vorrang haben müssen“⁴⁹ und dem verfahrensrechtlichen Grundsatz „in dubio pro reo“ auf der Ebene des Gesetzgebers der Grundsatz „in dubio pro libertate“ gegenüberzustellen sein.^{50, 51}

Diesem Grundsatz hat die Rechtssprechung durchaus zum Durchbruch verholfen⁵² und sie verlangt überdies, daß sozialpolitische und fürsorgerische Maßnahmen grundsätzlich Vorrang haben und das Strafrecht erst eingesetzt werden darf, wenn der Schutz des Rechtsgutes nicht anders erreichbar ist.⁵³ Ist dies jedoch der Fall, dann hat der Staat u.U. sogar die Pflicht, das Strafrecht zur Hintanhaltung der Gefährdung oder Verletzung einzusetzen^{54, 55}. In jedem Fall haben die Strafdrohungen verhältnismäßig zu sein zum damit verfolgten Zweck.^{56, 57}

Einzelfallgerechtigkeit

Gesetze sind generelle Normen und als solche werden Sachverhalte notwendigerweise typisiert, das Gesetz am typischen Fall ausgerichtet. Das heißt, daß der Gesetzgeber bei der Feststellung einer Rechtsgutsgefährdung und der Tauglichkeit anderer als strafrechtlicher Mittel vom Regelfall auszugehen und den Tatbestand an diesem Regelfall auszurichten hat, wenn er von Ausnahmefällen nicht sinnvoll getrennt werden kann.⁵⁸

Das Problem besteht dann in der Behandlung von Fällen, die zwar dem Tatbestand unterfallen, das Rechtsgut aber entweder gar nicht gefährden oder mit gelinderen Mitteln ebensogut bekämpft werden können. Das Freiheitsrecht von Menschen in solchen Ausnahmefällen wäre verletzt, würden sie - in diesen Fällen ohne Notwendigkeit - bestraft.

Da „die freiheitlich-demokratische Rechtsordnung von der Existenz des kleinsten Rechtskörpers - des einzelnen Menschen - getragen ist und von diesem auszugehen hat“⁵⁹, kann dieses Problem nur dadurch in Einklang mit den Grundwerten unserer Gesellschaft gelöst werden, daß „der wesentlich vom Regelfall abweichende Einzelne [...] nicht verfassungskonform dazu verpflichtet werden [kann], Kernbestandteile seiner Freiheitsrechte auf dem Altar einer falsch oder doch einseitig verstandenen Rechtssicherheitstendenz zum Opfer zu bringen“⁶⁰. Andernfalls würde der einzelne Mensch als Mittel der Kriminalpolitik des Staates und nicht als Ziel und Wert an sich behandelt.⁶¹

Die österreichische und die deutsche Rechtsprechung tragen dieser uralten, bis auf Aristoteles rückführbaren, Forderung nach Einzelfallgerechtigkeit zum Teil Rechnung⁶², insbesondere bei schwerwiegenden Eingriffen in Rechtspositionen.⁶³

Zusammenfassung Kap. 2.11

Die Idee der Grund- und Menschenrechte wurzelt in dem Bestreben, den Schwächeren vor dem Stärkeren zu schützen. Zentrales Schutzgut ist daher die Menschenwürde des selbstbestimmten, autonomen und unverfügbaren Individuums.

Es ist somit die ureigenste Aufgabe der Freiheitsrechte, den einzelnen vor der herrschenden Meinung und der Meinung der Herrschenden in Schutz zu nehmen. Die konventionelle Moral für sich kann Einschränkungen der Handlungsfreiheit nicht rechtfertigen.

Strafrechtliche Sanktionen dürfen nur dann angedroht und verhängt werden, wenn dies zur Abwehr von Schädigungen konkreter Personen notwendig ist („Sozialschadensprinzip“) und die Gefährdung nicht mit gelinderen Mitteln abwehrbar ist („ultima ratio“ des Strafrechts). Die Beweislast obliegt dabei, gemäß dem Grundsatz „in dubio pro libertate“, dem Staat.

Das eigene Wohl des Handelnden darf nie Grundlage des Verbots einer Handlung sein (kein Schutz gegen sich selbst).

Ist eine Strafdrohung notwendig, so ist wesentlich vom Regelfall abweichenden einzelnen durch eine flexible Gestaltung des Rechts, etwa durch Einbau von Härteklausein oder in ähnlicher Weise, Rechnung zu tragen.

Grundsätzlich gilt: je stärker Persönlichkeitswerte betroffen sind (so z.B. im Sexualstrafrecht), desto schärfer muß der Maßstab zur Prüfung der genannten Kriterien sein.⁶⁴

Anmerkungen Kap. 2.11

¹ Öhlinger (1982, S. 216)

² siehe dazu Müller (1964, S. 116f)

Auf diesem Fundament bildete sich dann die dritte Wurzel des Menschenrechtsgedankens: die Religionsfreiheit, die sich schließlich zur Freiheit des Gewissens erweiterte. „Values of modern liberalism ... are generated by the central weight our religion gives to a free conscience“ (Richards 1986, S. 251).

³ Anders etwa die chinesische Ansicht. Sie geht davon aus, daß Recht immer Willkür ist und soziale Harmonie nur durch außerrechtliche Verfahren erzielbar ist (Thürer 1987, S. 421).

⁴ zitiert nach Müller (1964, S. 111f, 124)

⁵ Bauer (1963 [b], S. 87)

⁶ Müller (1964, S. 109)

vgl. auch: „Dem Art. 2 I GG ist also in Verbindung mit dem Humanitätsprinzip des Art. 1 I GG zu entnehmen, daß die Gemeinschaftsordnung letzten Endes ihre Rechtfertigung und ihren Zweck im Dienst an der Person des einzelnen Bürgers findet“ (Schulz-Schaeffer 1971, S. 31)

⁷ Ermacora (1978, S. 236f)

⁸ Ermacora (1978, S. 237)

vgl. U.S.-Supreme Court: „ability independently to define one's identity that is central to any concept of liberty“ (in *Roberts*, 468 U.S. at 619, 104 S.Ct., zit. nach: *Hardwick v. Bowers*, 106 S.Ct. 2841 [1986], Blackmun, Brennan, Marshall and Stevens dissenting, II/A)

⁹ so Ermacora (1978, S. 236f) ganz im Sinne von Locke: „Absolute liberty, just and true liberty, equal and impartial liberty, is the thing that we stand in need of (in: *A Letter Concerning Toleration*, zitiert nach Richards 1986, p. VI).

¹⁰ „The principle which is basic in human rights and which underlies the various specific rights spelled out in the Convention [i.e. the European Convention on Human Rights] is respect for human dignity and human freedom. Human dignity and human freedom imply that a man should be free to shape himself and his fate in the way he deems best fits his personality“ (Dissenting opinion of Martens in: ECtHR, *Cossey Case*, Series A, No. 184, 24f)

vgl.: „Das GG geht von der Würde der freien sich selbst bestimmenden menschlichen Persönlichkeit als höchstem Rechtswert aus“ (BVerfGE 48, 127 [163], zit. nach Olshausen 1982, S. 2222); „Hiezu gehört, daß der Mensch über sich selbst verfügen und sein Schicksal eigenverantwortlich gestalten kann“ (BVerfGE 49, 286 [298], zit. nach Olshausen 1982, S. 2222).

¹¹ so das deutsche Bundesverfassungsgericht in seiner Grundsatzentscheidung BverfGE 7, 198 (205) (zitiert nach Vitthum 1985, S. 202).

¹² so auch Franke: „seine (des Staates, Anm.d.Verf.) Ausrichtung auf die Menschenwürde als oberstes Konstitutionsprinzip, welches ihm die Achtung vor der Selbstbestimmung der Person vorschreibt“ (Franke 1989, S. 13)

¹³ *Thomburgh v. American Coll. of Obst. & Gyn.* - U.S., at n.5, 106 S.Ct., at 2187, n.5 (Stevens J. concurring), (zit. nach: *Hardwick v. Bowers*, 106 S.Ct. 2841 [1986], Blackmun, Brennan, Marshall & Stevens dissenting, II/A)

¹⁴ J.S. MM, *On Liberty* (zit. nach: Worsfold 1974, S. 145)

¹⁵ *Hardwick v. Bowers*, 106 S.Ct. 2841 (1986) (Blackmun, Brennan, Marshall and Stevens dissenting, III)
vgl.: „Private biases may be outside the reach of the law but the law cannot, directly or indirectly, give them effect“ (*Palmore v. Sidoti*, 466 U.S. 429, 433, 104 S.Ct. 1879, 1882, 80 L.Ed.2d. 421 [1984], zitiert nach: *Hardwick v. Bowers*, 106 S.Ct. 2841 [1986], Blackmun, Brennan, Marshall and Stevens dissenting, III).

¹⁶ so Thürer (1987, S. 523f)

¹⁷ „it may not be necessary for the state to proscribe particular sexual practices merely because a great many people regard them with revulsion“ (Criminal Law Revision Committee, *15th Report-Sexual Offences*, p. 2, London 1984)
vgl. auch: „[W]eder der Staat noch Dritte [dürfen] dem Einzelnen ihre Vorstellungen darüber aufdrängen [...], ob seine Menschenwürde durch ein bestimmtes Verhalten verletzt wird“ (v. Münch, GG I, 2. Aufl. [1981], Art. 1 I Rdnr. 39, zitiert nach Olshausen 1982, S. 2223)

¹⁸ Besteht doch das „kollektive Volksempfinden“ zumeist aus nichts anderem als einer Kombination aus „Irrationalismen, aus emotionalen Elementen, aus Vorurteilen. Es besteht aus Abwehrhaltungen gegen Fremd- und Andersartigkeit, und den verschiedensten anderen Primitivismen, aus abergläubischen Elementen, aus animalischen Instinkten radikalster, grausamster Art“ (Hochheimer 1963, S. 97).

¹⁹ Besonders krass der *Schweizer Nationalrat Hoppeler* zu Homosexualität: „Das ist etwas so Verabscheuungswürdiges, daß wir es nicht ungestraft lassen können“ (Nationalratsdebatte, Frühjahrssession 1929, zitiert nach Schmutz/Thommen 1980, S. 16)
vgl. auch: „Ihr (der Ausbreitung der Homosexualität, Anm.d.Verf.) muß im Interesse der guten Ordnung des Staates und der Gesittung unseres Volkes begegnet werden. Die Reinerhaltung der Beziehungen zwischen Mann und Frau vor sexuellen Einmischungen ist notwendig zum Schutze der Familie, der Grundlage des Staates“ (Kuhn 1957, S. 101).

²⁰ so Zekia in seinem Minderheitenvotum zu ECtHR, Dudgeon 1981.

²¹ Tröndle (in Bundesratsanhörung 1993, S. 179)

²² vgl. Ermacora: „Alle diese Rechte können als Grundfreiheiten und Menschenrechte im weiteren Sinne des Wortes verstanden werden. Ihr Ziel und Zweck ist es, dem Menschen, den kleineren Gemeinschaften und durch das Selbstbestimmungsrecht dem Volke einen Gestaltungsraum zur eigenen Selbstfindung zu garantieren. Der Staat, aber auch die Gesellschaft, soll sich in diesen Freiraum nicht einmengen, sondern ihn durch Ausgestaltung der Rechtsordnung sichern und ausbauen“ (Ermacora 1988, S. 4)

²³ Richards (1986, S. 238, nach J.S. Mill: *On Liberty*)

²⁴ „To hold that the act of homosexual sodomy is somehow protected as a fundamental right would be to cast aside millenia of moral teaching“ (*Hardwick v. Bowers*. 106 S.Ct. 2841 [1986], Burger concurring).

²⁵ J.S: Mill, *On Liberty*, und de Tocqueville, *Democracy in America*, (beide zit. nach: Richards 1986, p. 238. *interessant auch*: „It is revolting to have no better reason for a rule of law than that it was laid down in the time of Henry IV.“ (Holmes, *The Path of Law*, 10 Harv.L.Rev. 457,469 [1897], zit. nach: *Hardwick v. Bowers* 106 S.Ct. 2841 [1986], Blackmun, Brennan, Marshall and Steven dissenting)

²⁶ vgl.: Handyside 1976 (§ 49); Young, James and Webster 1981 (§ 63); Dudgeon 1981 (§ 53); Norris 1988 (§ 44); Modinos 1993 (Otto-Preminger-Institut 1994 (S. 15)

vgl. dazu: „Toleration is, I argue, the central constitutional idea [...] at the very moral heart of the dignity of constitutional law“ (Richards 1986, p. X)

²⁷ vgl.: „Sitte und Anstand wird nicht durch die Paragraphen reguliert“ (Hoff in ProtStrKom, 17. Sitzung 1957, S. 1278) und: „Es ist eben nicht alles was unzüchtig und unsittlich ist, schon ein Verbrechen“ (Gürtler in ProtStrKomm, 17. Sitzung 1957, S. 1379)

vgl. auch: „Was im Sexualleben des einzelnen zwar nicht sozial schädlich ist, aber dennoch im Widerspruch zu einer gesunden und natürlichen Sexualmoral steht, kann nicht mit den Mitteln des Strafrechts bekämpft werden“ (Entwurf 1964, S. 174; ähnlich Entwurf 1966, S. 305; Regierungsvorlage 1968, S. 359; Regierungsvorlage 1971, S. 339)

vgl. weiters: „Es ist nicht Aufgabe des Staates, die Sittlichkeit um ihrer selbst willen unter Strafschutz zu stellen. Die Freiheit des Einzelnen schließt seine moralischen Urteile, Haltungen und Entscheidungen in sich, soweit sie keine schädigenden Auswirkungen für andere haben“ (Regierungsvorlage 1970, S. 13)

vgl. schließlich: „Unterscheidung der sittlichen und der rechtlichen Beurteilung menschlichen Verhaltens ist nachgerade ein grundlegendes Element moderner Rechtskultur“ (Badura in Sonderausschuß 1970, S. 1093).

beachte auch die Empfehlungen der verschiedenen ausländischen Expertenkommissionen (Band 2 Abschnitt 1.B.)

²⁸ so Richards (1986, p. 275)

²⁹ „die Freiheit, die Gleichheit und das Leben. Sie sind, wenn man nur gewillt ist, ihren Gehalt aufzuspüren, keine Leerformeln. Sie sind Fundamente westlicher Gesellschaftsordnungen“ (Ermacora 1978, S. 222)

³⁰ so Müller (1964, S. 11)

³¹ so Trillhaas in Sonderausschuß 1970 (S. 1073)

Vielmehr hat die strafende Obrigkeit „die Aufgabe, die geistige Hygiene zu fördern, wozu u.a. gehört, dass sie ein gutes Vorbild gibt und bei der Eliminierung von Vorurteilen vorangeht“ (Niederländischer Gesundheitsrat 1969, Pkt. 8.1.4.)

³² so der *Schweizer Nationalrat Logoz* (Debatte zur Entkriminalisierung der Homosexualität, Frühjahrssession 1929, zitiert nach Schmutz/Thommen 1980, S. 10); derselbe weiter: „Man sollte auch nicht vergessen, daß es nicht die Aufgabe des Strafgesetzgebers ist, alles Unmoralische zu bestrafen, im Gegenteil, man soll sich davor hüten, Strafen zu verschwenden. Sie sind ein letztes Mittel, eine ultima ratio, von dem man nur Gebrauch machen soll, wenn anders nicht möglich ist“ (derselbe ebendort)

vgl.: „Eine moderne Sexualethik [...] entfaltet sich namentlich in einer Umbruchszeit nicht am Korsett des Strafgesetzes“ (Hanack 1969, S. 11)

³³ vgl.: „Das Strafrecht kann sich im modernen Rechtsstaat und in einer pluralistischen Gesellschaft nicht dergestalt auf die Moral beziehen, daß es allein mit dem Schutz der Moral den strafenden Eingriff des Staates begründet oder gar Unmoral mit Strafwürdigkeit identifiziert. Dazu wissen wir seit Thomasius und Kant nicht nur zu viel über die Verschiedenartigkeit der Funktionen von Recht und Ethik. Wir haben vor allem nicht mehr, wie etwa der mittelalterliche Staat, eine Einheitlichkeit der Moralauffassungen, die es uns ohne Verstoß gegen das Toleranzprinzip und den Wunsch nach sozialem Frieden erlauben könnte, das staatliche Strafrecht zum moralischen Tugendwächter zu machen; [...] Die geschilderte notwendige Beschränkung des Strafrechts mag manchem als ethische Entleerung des Rechts erscheinen. In Wahrheit macht sie gerade seine Würde aus: Sie verhindert, daß sich das Recht zum Machtmittel einer herrschenden Klasse oder Gruppe erniedrigt, läßt der Freiheit des Bürgers den größtmöglichen Spielraum und beugt der geistigen Verarmung vor, die es mit bringen müßte, wenn das Volk im

Strafgesetz seinen Sittenkodex sähe und im Strafrichter seine moralische Instanz. Denn für eine solche Funktion ist jedes Gesetz zu grobschlächtig und der Richter nicht zuständig." (Hanack 1969, S. 33f)

³⁴ Ermacora (1988, S. 12)

³⁵ zit. nach Schulz-Schaeffer (1971, S. 91)

Siehe dazu auch das naturrechtliche Postulat Pufendorfs, die gleichen Rechte der Mitmenschen zu achten (Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium Libri Octo*, 1672, zit. nach Schulz-Schaeffer 1971, S. 90).

Aufschlußreich auch John Wise, der sagt, zur Feststellung, ob eine Handlung dem Naturrecht entspreche, brauche man sich nur an die Stelle des Betroffenen zu versetzen (John Wise, *A Vindication of Government of New England Churches*, [1717], Neuauflage 1772, zit. nach: Schulz-Schaeffer 1971, S. 90)

vgl. Richards: „the abstract ethical perspective fundamental to Western conception of moral relations and specific to the commitment of American constitutionalism to respect for human rights. On this view, ethics treats other persons as one would oneself want to be treated, as a person with respect for one's basic demands for those liberties central to a free and self-governing person and moral agent" (Richards 1986, p. 272)

³⁶ ebenso Locke und Jefferson (vgl. Richards 1986, S. 245)

³⁷ Die bislang einzige Entscheidung, in der das deutsche Bundesverfassungsgericht einen Verstoß gegen Art. 19 (2) GG (Schutz des Wesensgehalts der Grundrechte) angenommen hat, war gerade ein Fall, in dem es um die „Besserung“ von Bürgern zum eigenen Wohle ging: „Der Staat hat nicht die Aufgabe, seine Bürger zu bessern“ (BVerfGE 22, S. 180 [219f] - „Sozialhilfe-Fall“, zitiert nach Herbert 1985, S. 328 sowie Badura in Sonderausschuß 1970, S. 1093)

vgl.: „Es gibt [...] keinen Grundrechtsschutz gegen sich selbst“ (v. Münch, GG I, 2. Aufl. [1981], Art. 1 Rdnr. 39, zitiert nach Olshausen 1982, S. 2223).

Auch Dürig betont, daß der Eigenwert der Würde auch vorhanden sei, „wenn der konkrete Mensch [...] die Möglichkeit der Freiheit zur Selbstniedrigung mißbraucht“, weil eben gerade die Möglichkeit der freien Selbstgestaltung seine Würde ausmache (in Maunz-Dürig, GG, Art. 1 I Rdnr. 21, zitiert nach Olshausen 1982, S. 2223).

³⁸ zit. nach: Richards (1986, p. 238f)

vgl.: „The purpose of the Constitution and Bill of Rights, [...], was to take government off the backs of people“ (390 US- S.Ct. at 25, zitiert nach Miller 1971, p. 220)

³⁹ zit. nach Dowrick (1979, p. 153)

⁴⁰ so Entwurf 1964 (S. 174); Entwurf 1966 (S. 305); Regierungsvorlage 1968 (S. 359); Regierungsvorlage 1971 (S. 339); Entwurf 1992 (S. 68), KinderpornoBericht 1992 (S. 18), PornoEntwurf 1993 (S. 7), PornoEntwurf 1994 (S. 10), Regierungsvorlage 1994 (S. 81)

vgl.: Baurmann (in Bundesratsanhörung 1992, S. 22f und in Bundestagsanhörung 1993, S. 57ff); Friedrich Naumann Stiftung (1981, S. 2); Hanack (1969, S. 33f); Hanack (in Sonderausschuß 1970, S. 1110, „weitgehende Übereinstimmung“); Jäger (in FDP- Anhörung 1981, S. 85, „nicht mehr ernstlich bestritten“); Jäger (1987, S. 7, „heute [...] weitgehend konsentiert“); Law Reform Commission of Hong Kong (1983, p. 121); Niederländischer Gesundheitsrat (1969, Pkt. 8.1.5f); Schweizer Expertenkommission (1977, S. 25); Law Reform Commission of Victoria 1988 [b], p. 18)

vgl. auch.: „Strafrecht [...] ist, wie es die 14 Autoren des Alternativentwurfes von 1967 formuliert haben, kein Teil der Metaphysik. Strafen zu verhängen ist eine bittere Notwendigkeit in einer Gemeinschaft unvollkommener Wesen, wie sie die Menschen nun einmal sind“ (Bauer 1963 [b], S. 87)

vgl. weiters.: „Nicht jedes sozial unerwünschte Verhalten darf verboten werden, und nicht jedes Verbot darf mit Kriminalstrafe sanktioniert werden [...] Aufgabe des Strafrechts ist, die elementarsten Werte des Gemeinschaftslebens zu schützen“ (Badura in Sonderausschuß 1970, S. 1091f; siehe ebendort für zahlreiche weitere Nachweise).

⁴¹ Jäger (1963 [a], S. 296)

⁴² „[D]as Strafrecht [ist] eine der schärfsten Waffen des Staates zum Schutz der Menschenwürde, und es bringt doch [...] zugleich eine der schärfsten Bedrohungen der menschlichen Würde mit sich“ (Vitzthum 1985, S. 204)
vgl.: „die schärfste Sanktion, über die die staatliche Gemeinschaft verfügt“ (BVerfGE 6, 389 [433], zitiert nach Badura in Sonderausschuß 1970, S. 1091)

⁴³ so auch Schultz-Schaeffer (1971, S. 69f)

vgl.: „tradition that is basic to American political philosophy - the conception of government as an institution of limited power that must justify any course of action that will inhibit the freedom of its citizens“ (Miller 1971, p. 219)

⁴⁴ so Schroeder (in SPD-Anhörung 1984, S. 4)

⁴⁵ Müller (1964, S. 12)

⁴⁶ Klug (1963, S. 32)

⁴⁷ Davon kann - wegen der Zielrichtung der Grundrechte, gerade gegen die Mehrheitsmeinung zu schützen - auch im Falle „einer historisch überlieferten Moral, die auf langer Erfahrung beruht“ (Starck 1974, S. 276) keine Ausnahme gemacht werden. Abgesehen davon, daß es ja gleichsam ein Kennzeichen konventioneller Moral ist, daß sie lange Zeit geübt worden ist. Das ist aber noch kein Indiz für ihre Kongruenz mit den Grundwerten der Verfassung. Auch die Sklaverei wurde lange Zeit geübt, war historisch überliefert und beruhte auf langer Erfahrung.

⁴⁸ Law Reform Commission of Canada (1978, Working Paper, p. 3)

⁴⁹ Ermacora (1988, S. 8)

⁵⁰ Ermacora (1988, S. 7f)

⁵¹ so etwa auch Baumann (in Bundesratsanhörung 1992, S. 22f und Bundestagsanhörung 1993, S. 57ff); Friedrich-Naumann-Stiftung (1981, S. 2); Hassemer (in SPD-Anhörung 1984, S. 5); Jäger (in FDP-Anhörung 1981, S. 88); Lautmann (1980, S. 45)

⁵² so etwa VSIG. 11665/1988 und VfGH 6.12.90, G 223/88, 235/88, 33/90, 63/90, 144/90 = JB1 1991, 372; vgl. auch Toonen 1994 (Pkt. 8.5).

vgl. ausführlich unten Kap. 2.2

Sie hat allerdings keine Kriterien dafür entwickelt, wie hoch die Wahrscheinlichkeit eines Schadens sein muß (vgl.: „5% Gefährdete reichen nicht“, Estl in ProtStrKom, 19. Sitzung 1957, S. 1445)

⁵³ so BVerfGE 39, Iff („Fristenlösserkenntnis“, zitiert nach Hofmann 1986, S. 98); VfGH 3.10.1989, G 227/88, 2/89

vgl. auch: „As a method of social control, the criminal law has inherent limitations and should not be looked upon as the only means by which society can respond to social problems“ (Law Reform Commission of Canada 1978, Working Paper, S. 6); ähnlich Hulsman (1984, p. 23)

⁵⁴ so BVerfGE 39, 1 (zitiert nach Vitzthum 1985, S. 205/Anm. 87 sowie Hofmann 1986, S. 98f)

vgl. unten Kap. 2.2

⁵⁵ vgl. Ermacora: „[Die Trennung von Staat und Gesellschaft] ist das Charakteristikum liberaler gesellschaftswissenschaftlicher und politischer Vorstellungen. Daß in diesem vom Staate abgewandten gesellschaftlichen Freiheitsraum aber das Herr und Knecht-Verhältnis wächst, das hat schon Hegel in seiner Phänomenologie des Geistes klarsichtig herausgestellt“ (1978, S. 36)

⁵⁶ so auch KinderpomoBericht 1992 (S. 18)

siehe zum Ganzen eingehend Kap. 2.2

vgl. auch: „Wir können mit Hilfe des Strafrechts weder die Frau noch den Mann gegen alle Gemeinheiten des Lebens schützen, ohne die Mittel des Strafrechts zu überspannen und mehr Schaden als Nutzen zu stiften“ (Hanack 1969, S. 151).

Hanack folgend hat die *strafrechtliche Abteilung des 47. Deutschen Juristentags* den folgenden Beschluß gefaßt: „[Eine Reform des Sexualstrafrechts] hat sich im freiheitlichen Rechtsstaat auf die Pönalisierung sozialschädlichen Verhaltens zu beschränken und die Trennung der Funktionen von Moral und Recht zu beachten; sie darf dabei insbesondere nicht an der Frage vorbeigehen, ob eine Strafbestimmung wegen gefährlicher Nebenwirkungen nicht vielleicht mehr Schaden als Nutzen stiftet, ob sie prozessual und personell durchzusetzen ist und ob alle Wege ausgeschöpft sind, die sich außerhalb des Strafrechts zur Abwehr bieten [...] Der Parlamentarier ist an diese Grundsätze gebunden“ (zitiert nach Badura in Sonderausschuß 1970, S. 1092)

⁵⁷ vgl. „Der weise Gesetzgeber erlaubt geringe Übertretungen, um größere zu vermeiden“ (Thomas von Aquin, *Summa Theologica I-II*, q. 101, a.3 ad 2., zitiert nach Wagner 1990, S. 44)

⁵⁸ Das kann natürlich nicht bedeuten, daß bei schwierigen Abgrenzungsproblemen die Lösung darin liegt, weite Tatbestände zu schaffen, die dann durch Härteklauseln ausgeglichen werden. Vielmehr ist grundsätzlich vom Wesen des Strafrechts als „ultima ratio“ auszugehen und genau zu prüfen, ob nicht auch ohne (gerichtliche) Strafdrohung das Auslangen gefunden werden kann. Erst wenn dies klar verneint werden muß, darf auf Härteklauseln zurückgegriffen werden.

⁵⁹ Ermacora (1988, S. 8)

⁶⁰ Selmer (1972, 557)

⁶¹ vgl. die kanonisierte Formel des deutschen Bundesverfassungsgerichts zur Definition der Menschenwürde: „Die Menschenwürde ist getroffen, wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird“ (zitiert nach Vitzthum 1985, S. 202)

⁶² vgl. die Nachweise bei Selmer (1972, S. 555f) sowie unten Kap. 2.222.

⁶³ Solche schwerwiegenden Eingriffe stellen Strafrechtsnormen immer dar, weil sie Freiheit oder Vermögen entziehen.

⁶⁴ Thürer (1987, S. 530)

2.12 Kinder- und Jugendschutz

Zählt das Recht des Menschen auf Selbstbestimmung zum Kernbereich des Menschenrechtsschutzes und beinhaltet dieses Recht auch das Recht auf Selbstgefährdung und Selbstschädigung, so stellt sich die Frage, ob dieser Grundsatz uneingeschränkt auch für Personen mit geminderten geistigen Fähigkeiten gilt oder ob nicht vielmehr in diesen Fällen der Staat infolge seiner Fürsorgeverpflichtung¹ die Handlungsfreiheit dieser Menschen zu ihrem eigenen Schutze vor Schaden einschränken darf und unter Umständen sogar muß.

Dies führt uns zum Problem der Kinderrechte und der Geltung von Grundrechten für Minderjährige.²

Im 17. Jahrhundert war diese Frage für Hobbes klar.³ Kinder hätten weder natürliche Rechte noch Rechte auf Grund des Gesellschaftsvertrages, denn sie entbehrten sowohl der Fähigkeit, Verträge mit anderen Mitgliedern der Gesellschaft abzuschließen als auch des Verständnisses der Folgen solcher Verträge. Demgemäß stünde dem Vater die Macht über Leben und Tod der Kinder zu, die ihm Gehorsam zu versprechen hätten.⁴ Das Vater-Kind-Verhältnis sollte auf Furcht gegründet sein, und die Motivation des Vaters, für seine Kinder zu sorgen, bestünde nur in den Diensten, die sie ihm erbringen. Das Grundprinzip des Vater-Kind-Verhältnisses bestünde in Schutz gegen Unterwerfung (so in *Leviathan*).⁵

Einige Zeit später im Laufe desselben Jahrhunderts gestand Locke Kindern eine etwas günstigere Rechtsposition zu. Zwar ging auch er davon aus, daß Kinder ihren Willen nicht ausüben könnten, weil sie die Prinzipien nicht verstünden, von denen sie geleitet werden, und daß sie deshalb unter der Herrschaft der Eltern⁶ stünden bis sie fähig sind, für sich selbst zu sorgen. Und daß sie die Verpflichtung hätten, alles zu vermeiden, was jemals das Glück ihrer Eltern beeinträchtigen könnte. In direktem Gegensatz zu Hobbes gesteht Locke den Eltern jedoch keine unbegrenzte Verfügungsgewalt über ihre Kinder mehr zu. Kinder hätten vielmehr, ebenso wie Erwachsene, natürliche Rechte, die zu schützen sind (so in *The Second Treatise of Government*, Sect. 60ff).

Locke sieht aber keine Möglichkeit, daß diese natürlichen Rechte der Kinder mit jenen der Eltern kollidieren können. Stattdessen vertritt er die Ansicht, daß das Wohl der Kinder ident sei mit dem Wohl der Eltern. Elterliches Wohlwollen sei ausreichend um die Rechte der Kinder zu wahren (so in *The Second Treatise of Government*, Sect. 60ff).⁷

Selbst J.S. Mill zwei Jahrhunderte später nimmt von seinem „Freiheitsprinzip“, wonach Schutz vor sich selbst niemals Grundlage einer Strafnorm sein darf,⁸ Kinder, Unzurechnungsfähige und „Zurückgebliebene“ aus. Das Prinzip sei auf Kinder unterhalb des Alters der „manhood“ bzw. „womanhood“ nicht anwendbar. Einer Altersgrenze, die die Gesellschaft frei bestimmen könne, weil das Kind nicht fähig sei, sich selbst auf Grund rationaler Diskussion fortzuentwickeln und zu wissen, was in seinem und der Gesellschaft besten Interesse sei. Mill argumentiert strikt utilitaristisch, wenn er meint, das Bedürfnis nach Maximierung des Gesamtwohles der Gesellschaft erfordere, daß dem Kind, anders als Erwachsenen, nicht erlaubt werde, ihr eigenes Wohl zu beurteilen; dies aus der Befürchtung, sie würden nicht in Übereinstimmung mit dem öffentlichen Wohl handeln (so in *On Liberty*).⁹

Die Konzepte der drei Philosophen haben eines gemeinsam. Sie sehen das Kind als Objekt und nicht als Subjekt seines Schutzes. Seine Meinung, sein Empfinden, was für es selbst das Beste sei, ist irrelevant. Die Erwachsenenwelt weiß, was für Kinder das Beste ist.

Hobbes, Locke und Mill unterscheiden sich nur darin, daß das Kind für den einen Herrschaftsobjekt für die anderen Fürsorgeobjekt ist.¹⁰ Damit folgt die rechtsphilosophische Sicht der sozialen Entwicklung, denn das Bild vom Kind bzw. von Kindheit hat sich in den letzten Jahrhunderten massiv gewandelt.¹¹

Soziale Entwicklung

Im Mittelalter gab es keinen speziellen Status „Kindheit“. „Sobald das Kind sich allein fortbewegen und verständlich machen konnte, lebte es mit den Erwachsenen in einer Art natürlichem Lehrlingsverhältnis. Kinder trugen die gleichen Kleider¹², spielten die gleichen Spiele, sahen und hörten die gleichen Dinge wie Erwachsene und hatten keine von ihnen getrennten Lebensbereiche“¹³. Die grundsätzliche Rechtlosigkeit und Gewaltunterworfenheit des Kindes war durch den Umstand gemildert, daß das Mittelalter noch keine Idee von Erziehung hatte.¹⁴

„Für viele Gegenden Deutschlands ist es belegt, daß das Mündigkeitsalter der Knaben im Mittelalter im 14. und 15. Lebensjahre lag und das der Mädchen wahrscheinlich noch früher. Eine Volksschulzeit gab es nicht; das Lernalter war die berufliche Lehrzeit, die - etwa im Handwerk -, noch ehe die Höhe der Pubeszenz eingesetzt hatte, abgeschlossen wurde. Dann wanderte der junge Mensch.¹⁵ Was den Pubeszenten heute mit seiner Umgebung in Konflikt bringt, war ihm damals dienlich, wenn er sich auf der Straße zu behaupten hatte; und wie die Gesellen wanderten die Schüler der Lateinschulen und die jungen Studenten. Auch sie waren jünger als Schüler und Studenten heute sind. Die Immatrikulation - die Aufnahme in die Universität - erfolgte in der Regel bereits um das 14./15. Lebensjahr. Der Mathematiker Regiomontanus (1436 bis 1476) immatrikulierte als 12jähriger in Leipzig, der Theologe Johann Eck (1486-1543) in Heidelberg als 13jähriger, Melanchton (1497-1560) als 12jähriger. Wallenstein wurde mit 16 Jahren aus der Universität entfernt, weil er an einem Raufhandel mit tödlichem Ausgang beteiligt gewesen war und überdies seine Schüler mit Händen und Füßen an die Stubentür gebunden und eine Stunde lang mit Riemen geschlagen hatte. Als Beispiele aus späterer Zeit erinnern wir uns an Herder, der mit 16 Jahren in die Königsberger Universität eintrat, an Goethe, der mit 16, an Unland, der mit 14 Jahren immatrikulierte. Daß

sich in Kriegszeiten ohnehin ein großer Teil der Jugend oft im kindlichen Alter in den Heeren und im Troß befand, ist bekannter; so wissen wir aus den Schilderungen des Grimmelshausen, daß er mit 10 Jahren ein rotziger Muskettier war. Auch der Offiziersnachwuchs trat im Reifungsalter oder früher in die Heere ein¹⁶⁺¹⁷.

Erst im 15. und 16. Jahrhundert begann eine Entwicklung, die van Ussel¹⁸ als „Infantilisierung des Kindes“, Farson¹⁹ als „Erfindung des Kindseins“ und Rodham²⁰ als „Invention of Adolescence“²¹ bezeichnet haben. Das Kind wurde zunehmend „nicht mehr als amoralisch, für sittliche Unterscheidungen unempfänglich angesehen sondern als unschuldig, verderblich und des Schutzes und der Erziehung bedürftig“²² [...] Die Pädagogen des 16. und 17. Jahrhunderts haben die Kindheit als die eigentliche Zeit der Formung des Menschen erkannt und diese Zeit durch systematische Disziplinierung des Willens und Schulung des Geistes zu nutzen gesucht.²³ Schule und Elternhaus wirken zusammen bei der Entfernung des Kindes aus der Erwachsenengesellschaft²⁴⁺²⁵.

Auch die sexuelle Betätigung von Kindern und Jugendlichen wird erstmals problematisiert. Für den mittelalterlichen Menschen war dies kein Gegenstand besonderen Interesses oder gar der Sorge.

„Vor dem 17. Jahrhundert brachte man den Begriff der Unschuld nicht mit Kindern in Zusammenhang. Erst danach entwickelten sich diese beiden Begriffe zu einer Synthese. In dieser Zeit gab man den Kindern nur noch sorgfältig ausgewählte Bücher zum Lesen und gewisse Lebensbereiche wurden vor ihnen verborgen gehalten. Zuvor hatten Erwachsene in Gegenwart von Kindern über sexuelle und andere Bereiche des Erwachsenenlebens offen gesprochen und sich ungezwungen verhalten.“²⁶ Die sexuelle Frühreife der Kinder war beträchtlich. Ludwig XIV. war vierzehn als er mit seiner Frau schlief.²⁷ Mädchen wurden häufig schon im Alter von dreizehn verheiratet. Es war nicht ungewöhnlich, wenn Erwachsene in spielerischer Absicht die Genitalien eines Kindes berührten (was in mohammedanischen Ländern noch heute vorkommt).“²⁸

„Nach heutigen Begriffen unvorstellbar waren die geschlechtlichen Lebensverhältnisse der wandernden Jugend, sowohl bei den Gesellen als auch bei den Schülern²⁹ und Studenten“³⁰.

Erlasse wie der des Ulmer Rates von 1527, nach dem die Inhaber von Frauenhäusern Knaben im Alter von 12 bis 14 Jahren nicht einlassen durften, waren keine Seltenheit, zumal die Zahl der Prostituierten höher lag als heute, der Besuch bei ihnen unverhohlener erfolgte und jede auch kleinste Stadt ein Frauenhaus besaß. Solange Kinder, insbesondere auf dem Land,

billige Arbeitskräfte waren, war auch die uneheliche Geburt nicht wie gegenwärtig ein soziales Problem, zumal die Säuglingssterblichkeit gerade der unehelichen Kinder sehr hoch lag. (Noch um 1880 lag sie in Hamburg zwischen 40 und 60% der Lebendgeborenen gegenüber 20 bis 30% bei den ehelichen Säuglingen, während heute die Sterblichkeit im Mittel etwa 5 bis 7% bei den unehelichen und 3 bis 4% bei den ehelichen Kindern beträgt [...] Ebenfalls bekannt ist das frühe Heiratsalter der Mädchen. Durch Jahrhunderte lag es im Mittel zwischen 12 und 17. Dürers Mutter³¹ heiratete mit 15 Jahren."³²

Darüberhinaus bereitete es den Exponenten der im 18. Jahrhundert einsetzenden Anti-Masturbations-Bewegung³³ (vorwiegend Ärzte und Pädagogen, weniger jedoch Kleriker), die schließlich bei „unbelehrbaren“ Kindern und Jugendlichen zu Mitteln wie Infibulation³⁴, „Keuschheitsgürteln“ und Verätzungen der Geschlechtssteile³⁵ griff³⁶, erhebliche Schwierigkeiten, der Bevölkerung nahezubringen, daß Onanie etwas Negatives sein sollte, hatte die Medizin doch Jahrhunderte hindurch gelehrt, daß es zur Erhaltung der Gesundheit der regelmäßigen Entleerung der Körpersäfte bedürfe.³⁷

Mit der Veränderung des sozialen Status der Kinder einher geht die Entstehung dessen, „was wir heute als Familie verstehen: nämlich die Kleinfamilie, bestehend aus Eltern und ihren Kindern [...] Die Familie bekommt [...] eine neue Aufgabe: sie wird aus einer Institution zur Vererbung von Gut, Stand und Namen zu einer moralischen Anstalt³⁸ [...] Die Offenheit, Promiskuität und Sozialität des Mittelalters ist nicht durch die Selbstbestimmung der Aufklärung sondern durch die Herrschaft der Kleinfamilie und das Lernghetto Schule ersetzt worden“³⁹.

Dieses Modell blieb vorerst auf das Bürgertum beschränkt. (Höherer) Adel, Bauern und Arbeiter lebten nach anderen Modellen. Mit der „Verbürgerlichung“ der Gesellschaft⁴⁰ breitete es sich jedoch in alle Gesellschaftsschichten aus und entwickelte sich zum Gesetz für alle. Nicht zuletzt deshalb, weil es 1811 in das ABGB Eingang gefunden hat, dessen Verfasser ja durchweg dem Bürgertum oder dem niederen Adel entstammten.

War das ABGB anfangs noch weitgehend vom Gedanken der Herrschaftsunterworfenheit des Kindes getragen, so wandelte sich das Bild durch die Teilnovellen 1914, 1915 und 1916. Mißbrauchte ein Vater seine Gewalt (etwa auch durch Vernachlässigung) so konnte bis dahin staatlicherseits nur dann eingegriffen werden, wenn Absichtlichkeit oder Böswilligkeit vorlag. „Das ändert sich nun: Das Gericht ist zum Einschreiten befugt, wenn eine Verwahrlosung des Kindes eingetreten ist oder die Gefahr derselben besteht. Aus dem Herrschaftsobjekt ist ein Fürsorgeobjekt geworden“⁴¹.

Wesentlich ist, daß das Kind weiter Objekt blieb. Gewalt und unbeschränkte Herrschaft wurde durch Fürsorge ersetzt. „Kinder werden als arm, schwach und hilfsbedürftig angesehen, der Schwerpunkt auf den Kinderschutz gelegt. Die Objektrolle scheint durch den guten Willen der Erwachsenen gerechtfertigt. Experten für Kindheit sind ausschließlich Erwachsene, das Wohl des einzelnen Kindes wird von Erwachsenen definiert“⁴². Niemand fragt das Kind.⁴³

Erst in der zweiten Hälfte unseres Jahrhunderts beginnt sich diese Sichtweise des Kindes zu ändern. Eine Kinderrechtsbewegung entsteht, die „young people“ als „the most oppressed of all minorities“⁴⁴ sieht und darauf hinweist, daß es „müßig [ist], Erwachsene über Bürgerrechte informieren zu wollen, die als Halbwüchsige dahingehend belehrt wurden, daß sie keine haben“⁴⁵. Eine Bewegung, die betont, daß „well-meaning can be used to manage the affairs of children with the same effect as explicit force ... Each prevents children from making claims of their own and thereby hinders society from seeing them as worthy of respect as individuals“^{46, 47}.

Zentrales Anliegen dieser Bewegung ist es, Kinder nicht von der Geltung der Grundrechte auszuschließen⁴⁸ oder wie die Wiener Kinder- und Jugendanwältin Claudia Prónay es formuliert hat: „Wer weniger Recht hat als die anderen, hat zumindest das Recht einer sachlichen Begründung“^{49, 50}.

Grundrechtsmündigkeit

Krüger hat 1956 den Begriff der „Grundrechtsmündigkeit“ geschaffen, um das Recht auf selbständige Ausübung eines Grundrechts bereits vor Erreichen der Volljährigkeit zu bezeichnen. Das spätere Schrifttum hat dann den Begriff so verwendet, daß Minderjährige prinzipiell grundrechtsunmündig und nur in Ausnahmefällen grundrechtsmündig sind.⁵¹

Die ganz herrschende Meinung⁵² geht davon aus, daß jeder Mensch (spätestens) von Geburt an grundrechtsfähig, also Träger von Grundrechten, ist.⁵³ Umstritten und ungelöst scheint hingegen das Problem der Grundrechtsmündigkeit zu sein, also der Frage ab wann einem Menschen das Recht zur selbständigen Ausübung der Grundrechte zusteht.⁵⁴

Die traditionelle Ansicht geht davon aus, daß dieses Recht einem Menschen grundsätzlich erst mit dessen Volljährigkeit zukommt.⁵⁵ Davor kann die Ausübung eines Grundrechts dem gesetzlichen Vertreter vorbehalten, von dessen Zustimmung abhängig gemacht oder -

insbesondere bei höchstpersönlichen Grundrechten, die einer stellvertretenden Ausübung nicht zugänglich sind - ganz untersagt werden.⁵⁶

Von diesem Grundsatz werden jedoch Ausnahmen in den folgenden Fällen gemacht (Konzept der „Teilmündigkeit“)⁵⁷:

(1) Spezialgesetze

Ist gesetzlich vorgesehen, daß ein Grundrecht schon vor Erreichen der Volljährigkeit selbständig ausgeübt werden kann, so steht die Grundrechtsmündigkeit bereits mit Erreichen dieses Alters zu.⁵⁸

(2) Einzelne Grundrechte

Bei einzelnen Grundrechten steht die selbständige Ausübung auch ohne spezialgesetzliche Ermächtigung zu. So etwa bei der Meinungsfreiheit.⁵⁹

(3) Nicht-rechtsgeschäftliche Grundrechtsausübung

Grundrechtsausübung, die nicht in Form von Rechtsgeschäften erfolgt, wird nicht an das Erreichen der Volljährigkeit gebunden.⁶⁰

In den Ausnahmefällen (2) und (3) werden zur Bestimmung des Alters der Grundrechtsmündigkeit - statt der Volljährigkeit - die folgenden Kriterien herangezogen⁶¹:

(1) Bürgerlich-rechtliche Handlungsfähigkeit

(2) Abwägung des Elternrechts gegen das Kindesrecht

(3) Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Minderjährigen

Die Kriterien (1) und (2) werden bei rechtsgeschäftlicher Grundrechtsausübung bzw. bei der Beurteilung des Umfangs des Elternrechts herangezogen, während bei nicht-rechtsgeschäftlichem Handeln („Realhandlungen“) die Grundrechtsmündigkeit anhand der individuellen Einsichtsfähigkeit beurteilt wird.⁶²

Grundrechte, die höchstpersönliche schlichte Verhaltensweisen schützen, sind einer stellvertretenden Ausübung (inkl. einer Bindung an die Zustimmung eines anderen) nicht zugänglich, und können daher nur selbständig oder gar nicht ausgeübt werden. Der Gesetzgeber hat nur die Möglichkeit die Ausübung eines solchen Grundrechtes zu untersagen

oder zu gestatten. Die Zulässigkeit eines entsprechenden Verbots endet sobald der Minderjährige die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit erreicht.

Die traditionelle Ansicht begründet die Notwendigkeit dieser Einschränkungen der selbständigen Ausübung von Grundrechten, also des Konzepts der Grundrechtsmündigkeit, damit, daß die Allgemeinheit und der Minderjährige selbst vor Gefahren geschützt werden müßten, die mit einer zu frühen selbständigen Ausübung verbunden wären. Das Kriterium der Fremdgefährdung ergebe sich aus den allgemeinen Grundrechtsschranken, jenes der Selbstgefährdung aus der Fürsorgeverpflichtung des Staates.⁶³ Diese Fürsorgepflicht, die aus der Verpflichtung zum Schutz der Menschenwürde abgeleitet wird, erlaube es nicht nur, die selbständige Grundrechtsausübung zu untersagen, sondern gebiete dies mitunter sogar.⁶⁴

Kritik der Grundrechtsmündigkeit

An dem Konzept der Grundrechtsmündigkeit wird verstärkt Kritik geübt.⁶⁵

Die Kritiker machen geltend, daß sich dafür in der Verfassung keine Grundlage finde. Wende man die herkömmlichen Auslegungsmethoden an, so unterliege die Grundrechtsausübung von Minderjährigen keinen anderen Beschränkungen als den allgemein zulässigen oder ausdrücklich für Minderjährige normierten Schranken.⁶⁶

Der Grundsatz der Grundrechtseffektivität verlange, daß die Geltungskraft der Grundrechte tendenziell verstärkt, nicht gemindert werde.⁶⁷ Das Konzept einer besonderen Grundrechtsmündigkeit schwäche aber die personale Substanz der Grundrechte. „[Diese] verformen sich in den Händen ihrer minderjährigen Träger zu einer bloßen Hülle“⁶⁸.

Werde den Jugendlichen auch noch die Beweislast für die ausreichende Einsichts- und Urteilsfähigkeit auferlegt, so bedeute dies „eine weitere, mit dem Gebot der ausübungssicheren Grundrechtseffektivität nicht mehr zu vereinbarende Schwächung der Grundrechtsposition Minderjähriger“⁶⁹.

Die traditionelle Ansicht kehre das Regel-Ausnahme-Verhältnis „zu Lasten des minderjähriger Grundrechtsträger“ um. Die damit verbundene Vermutung des Nicht-Ausüben-Könnens sei unzulässig, weil „verfassungsrechtlich nicht begründbar“⁷⁰.

Da grundrechtliche Freiheitsgewährleistungen für die Herausbildung einer Persönlichkeit fundamental seien, sei das „selbständige Ausüben [...] möglichst frühzeitig, d.h. prinzipiell

von Geburt an, verfassungsrechtlich garantiert⁷¹. „Solange [Minderjährigen] die Ausübung und gerichtliche Durchsetzung ihrer Rechte verwehrt“ sei, sei auch ihre „menschenwürdige Existenz nicht ausreichend gesichert“^{72, 73}.

Darüberhinaus sei die Bestimmung der persönlichkeitsnahen Grundrechte (bei denen auch die traditionelle Ansicht Mündigkeit schon vor der Volljährigkeit zugesteht)⁷⁴ meist willkürlich⁷⁵.

Dem Konzept der Grundrechtsmündigkeit setzen die Kritiker das Gefährdungsprinzip entgegen. Grundsätzlich stehe auch Minderjährigen die selbständige Ausübung von Grundrechten zu. Sie könne aber eingeschränkt werden, wenn der Minderjährige andere oder sich selbst durch diese Ausübung untragbar gefährde.⁷⁶ Der Gesetzgeber trage dabei „die Beweislast dafür, daß Grundrechtsbeschränkungen dem Minderjährigen gegenüber unausweichlich sind“⁷⁷.

Selbstgefährdung als Kriterium

Den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildet die sexuelle Selbstbestimmung von Kindern und Jugendlichen. Es ist dies zweifellos ein höchstpersönliches Recht, das schlichte Verhaltensweisen schützt („Realhandlungen“).

Bei solchen Grundrechten ist der Gegensatz zwischen der traditionellen Ansicht und den Kritikern der Grundrechtsmündigkeit sehr gering. Er reduziert sich im wesentlichen darauf, daß die einen die Einsichts- und Urteilsfähigkeit, die anderen hingegen die Fremd- und Selbstgefährdung als Kriterium heranziehen. Darüberhinaus scheint die Verteilung der Beweislast strittig.

Dieser Unterschied ist jedoch weitgehend ein scheinbarer. Auch die traditionelle Ansicht begründet das Kriterium der Einsichtsfähigkeit mit der Gefahr der Fremd- oder Selbstgefährdung⁷⁸ und die Definitionen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit weisen klar in diese Richtung.⁷⁹

Die Rechtsprechung im deutschsprachigen Raum hat sich zur Frage der Grundrechtsmündigkeit nicht ausdrücklich geäußert.⁸⁰ Aber auch sie bindet die Grundrechtsausübung nicht starr an die Volljährigkeit.

So stellte in Österreich der Oberste Gerichtshof fest, daß bei einer „nicht rechtsgeschäftliche[n] Verfügung über höchstpersönliche Rechte“ „nicht die Regeln über die allgemeine Geschäfts-(Handlungs-)fähigkeit Anwendung finden“, sondern nach Lehre und

Rechtsprechung „die (im Einzelfall festzustellende) Einsichts- und Urteilsfähigkeit“ maßgeblich ist⁸¹. Der Verfassungsgerichtshof hat die Ausübung der Glaubens- und Gewissensfreiheit an ein Alter mit entsprechender Urteilsfähigkeit gebunden⁸² und für die Ausübung des Rechts auf persönliche Freiheit keine Altersgrenze angenommen^{83 84}.

Das deutsche Bundesverfassungsgericht geht davon aus, daß der Minderjährige eine „von vornherein und mit zunehmendem Alter in immer stärkerem Maß [...] durch Art. 2 I [Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, Anm.d.Verf.] i.V.m. Art. 1 I GG [Achtung der Menschenwürde, Anm.d.Verf.] geschützte Persönlichkeit“ ist^{85 86}. Die Entscheidungsbefugnis des Minderjährigen wachse in dem Maß in dem die Selbstbestimmungsfähigkeit die Erziehungsbedürftigkeit übersteigt.⁸⁷ Gerade höchstpersönliche Rechte soll der schon urteilsfähige Minderjährige eigenverantwortlich wahrnehmen können.^{88 89}

In der Schweiz legt sogar das Gesetz selbst diese Formel fest. Gem. Art. 19 II SchwZGB können „urteilsfähige unmündige Personen“ ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters diejenigen Rechte ausüben, „die ihnen um ihrer Persönlichkeit willen zustehen“.⁹⁰

„Wo die Grundrechte, die Handlungsfreiheit ihres Inhabers um ihrer selbst willen schützen“⁹¹, gesteht somit die ganz herrschende Meinung die selbständige Ausübung zu sobald die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit vorliegt⁹², ein Kriterium also, das letztlich auf die Fremd- und Selbstgefährdung abstellt. Die Kontroverse über die selbständige Ausübung von Grundrechten in anderen Bereichen, insbesondere der rechtsgeschäftlichen Grundrechtsausübung, kann für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung außer Betracht bleiben.⁹³

Was die Verteilung der Beweislast betrifft, so ist diese klar dem Gesetzgeber zuzuweisen. Eine andere Ansicht wäre mit dem Wesen der Grundrechte unvereinbar.⁹⁴

Werden bei Personen, deren Einsichts- und Urteilsfähigkeit gegenüber dem Durchschnitt wesentlich herabgesetzt ist, Einschränkungen der Grundrechte - neben den allgemeinen, für jeden geltenden Schranken der Fremdgefährdung - auch aus dem Grund der Selbstgefährdung zugelassen, so ist dies eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß niemand in seiner Freiheit eingeschränkt werden darf, nur weil er sich selbst gefährdet.⁹⁵

Es ist dies jedoch eine Ausnahme, die tief in der Funktion der Menschenrechte als Schutz der Schwachen und Schutzlosen verwurzelt ist. Gewährte der Staat nur jenen Schutz in ihrer Gegenwehr, die erkennen, daß sie unterdrückt und ausgebeutet werden, nicht aber jenen noch Schwächeren und Schutzloseren, die gar nicht erfassen, was mit ihnen passiert, daß sie Handlungen setzen, die ihren grundlegenden Interessen zuwiderlaufen, so verkäme der

Menschenrechtsgedanke zu einem Torso. Ein Schutzsystem, das die Schwächsten und Schutzlosesten sehenden Auges in ihr Unglück laufen ließe, stelle bloß einen Schatten seiner selbst dar.

Diese ausnahmsweise Zulassung des Kriteriums der Selbstgefährdung trägt auch der Tatsache Rechnung, daß die Grundrechte „für Minderjährige wie für Erwachsene“⁹⁶ gelten. Auch die Grundrechte Erwachsener, deren Einsichts- und Urteilsfähigkeit (ständig oder auch nur vorübergehend) gegenüber dem Durchschnitt wesentlich gemindert ist (psychisch Kranke, Personen mit Bewußtseinsstörungen u. ä.), können bei Selbstgefährdung eingeschränkt werden.⁹⁷

Konsequenterweise findet sich das Konzept der Einsichtsfähigkeit auch in der UN-Kinderrechtskonvention, deren Art. 12 bestimmt, daß „States parties shall assure that the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child“.

An die Einsichts- und Urteilsfähigkeit sind jedoch keine zu strengen Kriterien anzulegen. So ist dafür etwa keine perfekte Meisterung neuer Lebenssituationen nötig. „Eine gewisse Zeit der Erprobung in Selbständigkeit und die damit verbundene Gefahr entwicklungsbedingter Mißgriffe ist unumgängliche Voraussetzung eines allmählichen, einigermaßen konfliktlosen Hineinwachsens in die Gesellschafts- und Rechtsordnung“⁹⁸.

Zusammenfassung Kap. 2.12

Nach ganz überwiegender Ansicht ist jeder Mensch von Geburt an grundrechtsfähig, also Träger der Grundrechte.

Von dem allgemeinen Grundsatz, wonach niemand in seiner Freiheit bloß deswegen eingeschränkt werden darf, weil er sich selbst gefährdet (oben Kap. 2.11), wird bei Personen, deren Einsichts- und Urteilsfähigkeit gegenüber dem Durchschnitt wesentlich herabgesetzt ist (Kindern, psychisch Kranken, Personen mit Bewußtseinsstörungen u. ä.), eine Ausnahme gemacht. Bei ihnen kann die (selbständige) Ausübung von Grundrechten zur Hintanhaltung von Selbstgefährdung, eingeschränkt werden.

Diese Ausnahme ergibt sich aus dem konsequenten Verständnis der Funktion der Menschenrechte als Schutz der Schwachen und Schutzlosen. Mitunter kann sich daraus sogar die Verpflichtung zur Grundrechtseinschränkung ergeben.

Die Beweislast für das Vorliegen einer verminderten Einsichtsfähigkeit und einer Selbstgefährdung liegt im Sinne der Grundrechtseffektivität beim Staat.

Weicht die Einsichts- und Urteilsfähigkeit nicht (mehr) wesentlich vom Durchschnitt eines erwachsenen Menschen ab, so ist Selbstgefährdung als Kriterium zur Einschränkung der selbständigen Grundrechtsausübung unzulässig.

An die Einsichtsfähigkeit sind keine zu strengen Kriterien anzulegen, insbesondere ist keine perfekte Meisterung neuer Lebenssituationen nötig.

Anmerkungen Kap. 2.12

¹ Diese Fürsorgeverpflichtung folgt aus der Aufgabe des Staates, die Freiheit des Einzelnen zu maximieren. Dieser Aufgabe würde er nicht gerecht, beschränkte er sich darauf, eigene Freiheitseingriffe zu minimieren, aber keinen Schutz gegen Beeinträchtigungen und Verletzungen von seiten anderer Individuen zu gewähren. Aus diesen Gründen hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte aus den Bestimmungen der EMRK auch positive Verpflichtungen der Staaten zum Schutze der Freiheitsrechte auch gegenüber anderen Individuen abgeleitet (siehe unten Kap. 2.212 [2]).

² Die folgenden Ausführungen gelten sinngemäß auch für andere Personen mit geminderter Einsichts- und Urteilsfähigkeit, wie psychisch Kranke, Berauschte u.ä.. Wegen des Gegenstandes der Untersuchung (Kinder- und Jugendschutz im Sexualstrafrecht) ist im Weiteren immer nur von Kindern und Jugendlichen die Rede.

³ Die Darstellungen der Positionen Hobbes, Lockes und Mills folgen hier im wesentlichen der Darstellung bei Worsfold 1974 (p. 143ff).

⁴ Hobbes unterliegt hier einem gewissen Widerspruch, denn er verpflichtet Kinder dazu, Gehorsam zu versprechen, obwohl er ihnen gleichzeitig die Fähigkeit zu gültigen Versprechen abspricht, weil sie die Folgen nicht übersehen könnten.

⁵ „There would be no reason why any man should desire to have children or to take care to nourish them if afterwards to have no other benefit from them than from other men.“ (Hobbes, *Leviathan*, Molesworth ed., Vol. 3, p. 329, London: J. Bonn, 1839-45, zit. nach: Worsfold 1974, p. 144)

⁶ Beachtenswert ist, daß bei Locke, im Gegensatz zu Hobbes, nun von Eltern und nicht mehr nur vom Vater die Rede ist.

⁷ Locke schloß auch Katholiken und Atheisten von der religiösen Toleranz aus (Richards 1986, p. 248)

⁸ siehe oben Kap. 2.11

⁹ vgl. auch: „the uncultivated cannot be competent judges of cultivation. Those who most need to be made wiser and better usually desire it least, and if they desired it, would be incapable of finding the way to it by their own lights" (J.S. Mill, *On Liberty*, p. 207, NY: Washington Square Press 1963, zit. nach: Worsfold 1974, p. 146)

¹⁰ vgl. „Kinder werden allzuoft im Namen einer falsch verstandenen Freiheit ihrer Eltern zu Sklaven gemacht" (J.J. Mill: *On Liberty*, London 1859, zit. nach: Nowak 1991, S. 21)

¹¹ Zu den folgenden Ausführungen zur Geschichte der Kindheit vgl. eingehend Ariés (1960), Farson (1974, S. 18ff), Killias (1979), Prónay (1991) sowie van Ussel (1979).

¹² vgl.: „Besondere Kinderkleidung gab es vor dem 17. Jahrhundert nicht und dann auch nur für Aristokratenkinder" (Farson 1974, S. 149/Anm. 3)

¹³ Prónay (1991, S. 2)

Nach Farson „[finden] sich aus der Zeit vor dem 12. Jahrhundert kaum Zeugnisse von Kindheitsdarstellungen in der Kunst. Und in den wenigen bekannten Fällen erscheinen sie uns als kleine Erwachsene. Die körperlichen Proportionen und die Muskulatur sind die von Erwachsenen. Sie sind auch wie Erwachsene gekleidet. In jeder Hinsicht sind sie Erwachsene *en miniature*. In den antiken Kulturepochen wurden die Unterschiede in der Gestalt zwischen den Kindern und Erwachsenen bis hin zur Renaissance nicht beachtet. Nur die griechische Kunst der hellenistischen Periode stellt eine bezeichnende Ausnahme dar. Die körperlichen Proportionen eines Kindes wurden in Gestalt eines Eros, eines mythischen Wesens mit rundlichem Körper, realistisch dargestellt. Erst im 13. Jahrhundert trifft man in der Kunst wieder auf die Darstellung von Kindern" (1974, S. 19)

¹⁴ so Ariés (1977, S. 135)

vgl.: „Wir wissen bis jetzt noch nicht, warum man Kindern vorher keine Bedeutung beigemessen hatte. Vielleicht lag es an der hohen Kindersterblichkeit; viele Kinder starben in den ersten Lebensjahren, bei der Geburt oder im ersten Lebensjahr. Man mußte viele Kinder haben, wenn man ein paar großziehen wollte. Motaigne soll einmal ungerührt gesagt haben: Meine Kinder sterben alle, als sei er ein Gärtner, der von seinen Kohlköpfen spräche" (Farson 1974, S. 19)

¹⁵ Rodham formuliert sogar noch für das England des 19. Jahrhunderts: „A boy or girl of fifteen who wished to seek his or her fortune in the nineteenth century or even more recently might have run off to sea or otherwise absented himself or herself from home without becoming a status offender or causing family disagreements that could become legal problems" (Rodham 1979, p. 25).

vgl. für das Mittelalter: „Die sittlichen Lebensformen der Jugendlichen lassen sich auch durch Hinweis auf das Bettelwesen kennzeichnen. Die wandernde Jugend lebte selbstverständlich vom Betteln, und die Städte wehrten sich gegen ein Überhandnehmen dadurch, daß sie metallene Abzeichen an einen begrenzten Kreis von Schülern ausgaben, die zum Betteln berechtigten" (Maier 1953, S. 399)

¹⁶ vgl.: „In Ceylon, even as late as 1818, English troops were led by a 15-year-old boy" (Brongersma 1990, p. 124, Nachweis dort)

¹⁷ Maier (1953, S. 398)

¹⁸ van Ussel (1979, S. 95)

¹⁹ (1974, p. 24)

²⁰ „Many of the modern conflicts between parents and children arise because of the invention of adolescence" (Rodham 1979, p. 24)

²¹ Zu den sozialen Ursachen der Verlängerung der Kindheit sowie der Ausbildung eines - bis dahin unbekanntem - neuen Status „Jugend" zwischen Kindheits- und Erwachsenenstatus vgl. insbesondere van Ussel (1979) und Killias (1979).

²² vgl.: „Nachdem die Kindheit wichtiger geworden war, schrieb ihr die Gesellschaft alle möglichen negativen Züge zu: Irrationalität, Geistesarmut, Schwachheit, Unverstand und Primitivismus“ (Farson 1974, S. 20)

²³ vgl.: „Vorher wuchsen Kinder einfach heran; jetzt aber mußten sie erzogen werden“ (Farson 1974, S. 20)

²⁴ vgl.: „Vor dem 16. Jahrhundert gab es keine Absonderung der verschiedenen Altersgruppen und keine eigene Welt für Kinder. Kinder nahmen an allem teil und machten alles mit. Sie kannten dieselben Spiele, Geschichten, Tänze und denselben Zeitvertreib. Erwachsene und Kinder waren nie voneinander getrennt. Internate, die im 17. Jahrhundert entstanden, stellen den Beginn der Absonderung nach Altersgruppen dar. Die Trennung scheint heutzutage nahezu vollendet zu sein“ (Farson 1974, S. 21)

²⁵ Prónay (1991, S. 2f)

²⁶ vgl.: „Die jungen Menschen brauchen keine sexuelle Aufklärung, da sie aus der Welt der Erwachsenen sehen, fühlen und lernen können, was sie wissen müssen [...] Die ideale Quelle für diese Untersuchung ist ein weitverbreitetes Schulbuch: die *Colloquia* des ERASMUS VON ROTTERDAM. Es wurde bekanntlich dem Patenkind des ERASMUS, JOHANNES ERASMUS FROBEN, gewidmet, dem sechsjährigen Söhnchen seines Buchdruckerfreundes in Basel [...] An ihrer großen Verbreitung kann nicht gezweifelt werden [...] In eine moderne Terminologie übersetzt, kommt unter anderem folgendes zur Sprache: die leidenschaftliche Liebe, [...] die sexuelle Magie und Aphrodisiaka [...] die festen Grundlagen für eine Partnerschaft; der Wert der körperlichen Schönheit; die Bewertung der Jungfräulichkeit [...] der Sinn des Koitus [...] Der Wert der Ehe [...] die Kastration [...] das Zölibat [...] der voreheliche Koitus [...] Über die Heirat zwischen einem alten, syphilitischen Ritter und einer sechzehnjährigen Blume der Jugend. Die Gültigkeit dieser Ehe wird diskutiert. Der intime Verkehr zwischen den ungleichen Partnern wird besprochen [...] Alle Einzelheiten über die Syphilis werden mitgeteilt einschließlich der dazugehörigen Prophylaxe [...] *Der junge Mann und die Dirne* („*Adolescens et Scortum*“, 1523). Der junge Mann kehrt nach langer Abwesenheit wieder zu seiner Freundin, einer Dirne, zurück. Sie spricht ihn an mit den Worten: mea mentula, meine Rute [...] In diesem Dialog wird einige Male erwähnt, daß Geistliche fleißige Bordellbesucher sind, zum Beispiel werden die Bettelmönche dort um ihre Almosen erleichtert [...] Es fällt auf, daß die sexuellen Dinge in einen größeren Zusammenhang integriert waren, nicht weil ERASMUS es so besser fand, sondern weil das Sexuelle in den ersten Hälfte des 16. Jahrhunderts noch nicht losgelöst vom Ganzen gesehen wurde. ERASMUS widmet in den pädagogischen Schriften dem Sexuellen weniger Beachtung als zum Beispiel der Schwatzhaftigkeit der Schüler oder dem stets wiederkehrenden Thema der Mäßigkeit auf allen Gebieten. Er setzte stets voraus, daß die jungen Menschen, für die er schreibt, über die sexuellen Dinge Bescheid wissen. Ein Verzeichnis der Stichworte dieser Dialoge würde genauso vollständig sein wie das *Handbook on Sex Instructions in Swedish Schools* (1956), sich aber in wesentlichen Punkten unterscheiden: der sexuelle Inhalt wird nicht sorgfältig in ein System gebracht, es gibt kein Thema, das allmählich entwickelt wird [...] Autoren des 20. Jahrhunderts haben geschrieben, daß ERASMUS als erster sexuelle Aufklärung gegeben habe. Das stimmt nicht, da die Begriffe sexuell und Aufklärung nicht für das 16. Jahrhundert verwendbar sind, und da die Autoren vor und nach ERASMUS in der gleichen freimütigen Art sexuelle Elemente in ihre Werke aufnahmen, ohne daß sie damit hätten Aufklärung geben wollen [...] Nach dem Urteil einiger Kenner verblassen die *Colloquia* im Vergleich zu der sonstigen Jugendlektüre, die den Humanisten als sehr wohlstandständig erschien. Gerade die anderen Autoren werden beschuldigt, sich Freimütigkeiten bis zur Schamlosigkeit zu erlauben [...] Um das Jahr 1500 hielt ein Magister in der Universität von Heidelberg, umgeben vom üblichen akademischen Zeremoniell, eine Rede über *Die Treue der Dirnen zu ihren Liebhabern*. Ein anderer Magister hatte zum Thema *Die Treue der Konkubinen* gesprochen und ein dritter über die verschiedenen Arten der Ausschweifung. UDENHEMIUS, Rektor in Schlettstadt, schrieb eine lobende Einleitung zu diesen Reden und empfahl sie der Jugend, die sie nicht ohne Gewinn lesen werde [...] Als Schullektüre findet man Dichter wie HORAZ, JUVENAL, OVID (dessen *Ars amatoria* noch im 18. Jahrhundert in der Schule gelesen wurde), PROPERZ und ARISTOPHANES [...] Es wurden in der Schule Stücke gelesen und aufgeführt, wie sie in unserer Zeit bis vor kurzem nicht einmal vor Erwachsenen gespielt wurden“ (van Ussel 1977, S. S. 25ff, 31f, dort auch zahlreiche weitere Beispiele)

²⁷ Weitere Beispiele vgl. unten Kap. 4.11(4)(e).

²⁸ vgl.: „die Gewohnheit von Eltern und Dienstpersonal, den Körper und auch die Genitalien des Kindes zu berühren, zu streicheln und auch zu reizen. Eine gute Quelle dafür, wie diese Kontakte vor sich gingen, ist das Protokoll, das HEROARD, Hofarzt LUDWIGS XIII., in den ersten Jahren des 17. Jahrhunderts Tag für Tag, Stunde für Stunde aufzeichnete. LUDWIG XIII. war noch nicht ein Jahr alt, als er schon aus voller Kehle lachte, wenn man mit seinem Penis spielt. Er rief einen Pagen herbei mit einem He! hebt sein Kleidchen hoch und zeigt seinen Penis; jeder spielte damit und drückte Küsse darauf. Wiederholt lag er beim König oder der Königin im Bett, und alle sind nackt. Als er ein Jahr alt war und der Infantin von Spanien anverlobt wurde, spielte man das Spielchen Wo ist das Liebchen der Infantin?, worauf das Kind seine Hand auf den Penis legte. Die Marquise DE VERNEUBL legte oft ihre Hand unter sein Hemd; er läßt sich ins Bett seiner Amme legen und sie spielt mit ihm, wobei sie ihre Hand oft unter sein Hemd legt. Am 12. August 1604 rief er einer Dame zu, daß sein Penis Aufziehbücke spiele. Er kannte die Koituspositionen und sprach darüber mit seiner Kammerzofe. Als er von MADAME DE GUISE zur Königin gebracht wurde, zeigte sie ihm ihr Bett. Monsieur, dort wurdest du gezeugt. Er antwortete: Bei Mama? Er war gerade vier Jahre alt. Zwischen seinem fünften und sechsten Jahr ließ er das Zimmermädchen, Mademoiselle MERCIER, die in seinem Zimmer schlief, solche Stellungen einnehmen, daß er ihre Genitalien sehen konnte. Etwas später befühlte er sie. Über die Existenz seiner Bastardschwester wußte er Bescheid; sein Vater sprach offen darüber und erzählte ihm auch von seiner Mätresse. Er ging mit seinem Vater nackt ins Bad und machte Bemerkungen über dessen Genitalien. Er bekam auch einen Verweis, als er seinen Penis einem kleinen Mädchen zeigte“ (van Ussel 1977, S. 110f, dort auch zahlreiche weitere Beispiele)

²⁹ vgl.: „Die Universitätsstudenten kamen von der Lateinschule, der Gelehrtenschule und den Kollegs der Kleinstädte, die in der Hauptsache von den Kindern des Mittelstandes besucht wurden. In diesen Schulen wurde auf allgemeine Erziehung wenig Wert gelegt. Die Freiheit war beträchtlich, und man schenkte der Unsittlichkeit wenig Beachtung. Die Internate befanden sich zuweilen außerhalb der Schule; sie waren eine Art von Privatpension ohne viel Aufsicht, ähnlich unseren heutigen Studentenhäusern. Man wundert sich nicht, daß PESTALOZZI die Schulen als die ersten Grundkeime der Schamlosigkeit, der Unsittlichkeit bezeichnete. Diese Klage war schon in früheren Jahrhunderten laut geworden. In dem französischen Städtchen La Flèche mußte die Obrigkeit 1625 spezielle Verordnungen erlassen, um den Ausschweifungen der Studenten am Jesuitenkolleg Einhalt zu gebieten. K. F. BAHRDT (1741-92) schilderte seinen Aufenthalt in Schulpforta, einer der drei größten Schulen Sachsens, berührt wegen der gründlichen Studien und der strengen Zucht: es herrsche dort, wie er sagte, eine Unsittlichkeit (Masturbation, Homosexualität), die jedoch von niemandem beachtet wurde. Er sei der einzige gewesen, der seine Unschuld bewahrt habe. J.G. RIST (geb. 1775) besuchte die Hamburger Gelehrtenschule und war entsetzt über das Verhalten der Studenten: sie organisierten Wagenfahrten in die Dörfer der Umgebung, wo sie Trinkgelage veranstalteten, sie hatten Umgang mit Dirnen, was von RIST als lockerer Lebenswandel bezeichnet wurde. Es gibt keinen Grund zu der Annahme, daß diese Jugendlichen, für die die Tugend der Enthaltbarkeit lächerlich geworden sei und als eine altmodische Pedanterie verschrien, die ihren Sexualtrieb bis zum Ekkel befriedigt hatten, auf der Universität ein anderes Verhaltensmuster befolgt hätten“ (van Ussel 1979, S. 131)

³⁰ vgl.: „F. SCHNABEL erzählte über seine Studentenzeit in Leipzig (am Ende des 18. Jahrhunderts), daß man sinnlich angezogen, methodisch verführt und - wenigstens sehr oft - so angeführt wurde, daß eine methodische Kur [gegen die Syphilis] notwendig wurde. Die Sittenverderbnis war in puncto Veneris in Leipzig wirklich arg. K. VON RAUMER, der 1801 bis 1803 in Göttingen studierte, schreibt: Am Spieltische lernte ich nebenbei das entsetzlich liederliche Leben dieser Menschen kennen [der Studenten], welche meist ekelhaft syphilitisch waren. Magister LAUKHARD gesteht, daß er als Achtzehnjähriger auf der Universität mit den Nymphen Verkehr hatte, das heißt mit den Prostituierten. Seine Kameraden taten dasselbe. Die meisten Wirtinnen waren den Studenten auch im Bett gefällig. Sie hatten so viele ständige Beischläfer, als sie jeweils Studenten in ihrem Hause hatten. Auch BAUER spricht darüber, wie die Studenten in den Pensionen Zimmermädchen, Wäscherinnen, Dienstmädchen und Serviermädchen verführten. Studenten hatten geheime Buhlerinnen in abgelegenen Häusern. Es gibt zwar keine Bordelle öffentlich in Halle, aber es gibt doch Löcher, in denen der Auswurf des weiblichen Geschlechts dem tierischen Wollüstling mit ihren halbfaulen Fleischmassen für ein geringes Geld zu Gebote steht. Eine der Folgen dieses promisküösen Verkehrs war die Verbreitung der venerischen Krankheiten. Ein Drittel der Studenten war 1795 in Halle infiziert. Zehn Jahre später schätzte Professor REIL die Zahl auf ein Viertel. Diese Zustände dauerten bis ins 20. Jahrhundert, obgleich die heutige Jagd auf Diplome und die Karrieresucht eine deutliche Veränderung im sexuellen Verhalten der Mehrzahl der Studenten bewirkt haben (GIESE und SCHMIDT 1968)“ (van Ussel 1979, S. 131f)

³¹ Für weitere Beispiele vgl. unten Kap. 4.11(4)(e).

³² Maier (1953, S. 398f)

Das Heiratsmündigkeitsalter bestimmte sich im Mittelalter nach der individuellen Geschlechtsreife (siehe unten Kap. 3.11).

³³ vgl.: „Man forderte die Regierung auf, strengste Aufsicht zu üben. Das Gesetz müßte die Masturbation verbieten und unter Strafe stellen, was heute noch in einigen Staaten der USA der Fall ist“ (van Ussel 1979, S. 162)

³⁴ „Man zog die Vorhaut möglichst weit über die Eichel, durchbohrte sie an zwei Stellen und zog einen Ring durch die beiden Löcher. Jede Erektion wurde nun schmerzhaft, da die Spitze des Penis an den Ring stieß. C.F. BÖRNER war wahrscheinlich der erste, der in Zusammenhang mit der Masturbation auf diese Operation hinwies. 'Die Infibulation ist eine Operation, die weder schmerzhaft, noch gefährlich und gleichwohl zur Verhütung des Beyschlafes und der Onanie, als das einzige Mittel, sehr nöthig ist.' [...] 1827 wurde dem preußischen Ministerium von dem Arzt und Staatsrat WEINHOLD eine Denkschrift überreicht. Er wollte durchsetzen, daß bei allen Männern unter 30 Jahren, deren Einkünfte unter einem gewissen Minimum lagen, und bei allen Soldaten die Infibulation vorgenommen werde. Von Zeit zu Zeit soll eine Generalinspektion stattfinden. Im Laufe des 19. Jahrhunderts hatte man versucht, auch bei Mädchen eine Art von Infibulation einzuführen. Die großen Schamlippen wurden zusammengedrückt und durchbohrt. Durch die Öffnungen wurde auch ein Ring gezogen. Das nutzte aber wenig gegen die Masturbation, so daß BROCA (zum Glück, sagte GARNIER) eine Verbesserung einführte, nämlich die Verdeckung der Klitoris mit Teilen der großen Schamlippen“ (van Ussel 1979, S. 161f)

³⁵ „Was im 18. Jahrhundert bereits vorhanden war, trat im 19. Jahrhundert offener zutage: der Vergeltungsgedanke und der Sadismus. Aber mit der Beschneidung oder der Zwangsjacke war es noch nicht getan. Man ätzte die Eichel mit einem glühenden Eisen, mit Höllenstein oder mit anderen ätzenden Mitteln, man schmierte das stark cancerogene Krotonöl auf die Eichel, so daß sie eiterte. Man brannte die Klitoris aus, man ätzte Teile der kleinen und der großen Schamlippen. Zuweilen mußten die Ärzte bei Frauen und Mädchen wiederholt chirurgisch eingreifen mit Eisen und Feuer: Große Leiden erfordern große Heilmittel. Half das Ausschneiden nicht, so mußten andere Mittel herhalten. Die früheren Skrupel der Ärzte vor der Klitoridektomie, weil dadurch die Empfindlichkeit der Frauen verschwinden könnte, wurden in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts wieder verneint [...] Ärzte drohten mit Kastration. Als Warnung wurde oft nur ein Stückchen Vorhaut und ein Teil der Labien abgeschnitten“ (van Ussel 1979, S. 162)

³⁶ vgl. ausführlich van Ussel (1979, S. 151ff)

³⁷ eingehend van Ussel (1979, S. 132ff)

³⁸ vgl.: „Erst im 16. und 17. Jahrhundert wuchs die Bedeutung einer Familie, die von gegenseitiger Zuneigung zusammengehalten wurde. Vorher hatte die Familie für ihre Mitglieder, insbesondere bei den Armen, keinerlei gefühlsmäßige Bedeutung. Kinder waren wertvoll, weil sie zum Wohl der Familie beisteuern konnten“ (Farson 1974, S. 22; ebenso und eingehend zu dieser Entwicklung: van Ussel 1977)

³⁹ Prónay (1991, S. 2f)

Nach Farson hatte diese Entwicklung Auswirkungen auf die Fähigkeiten der Kinder: „Im Mittelalter, als Kinder noch in der Gemeinschaft integriert waren, zeigten sich bemerkenswerte geniale Fähigkeiten. Im frühen Alter vollbrachte Ludwig XIII. bereits Beträchtliches. Er schlief noch in der Wiege, als er schon Geige und Tennis spielen konnte. Mit sechs Jahren war er ein geübter Bogenschütze und spielte Karten und Schach. Heutzutage würde uns eine derartige Frühreife ein wenig beunruhigen. Damals nahm man sie als etwas Selbstverständliches hin. Man sah in ihr eine Begabung, die jeder haben konnte. Aber man verknüpfte ungewöhnliche Leistungen nicht mit dem Alter. Im 18. Jahrhundert schwand die Zahl der Wunderkinder. Unser gegenwärtiges Interesse an Einheitlichkeit hat über das Genie gesiegt. Man hat etwas gegen frühreife Kinder“ (1974, S. 23)

⁴⁰ van Ussel (1979, S. 35)

⁴¹ Prónay (1991, S. 4f)

⁴² Prónay (1991, S. 5)

vgl.: „Children became the *object* of our concern, rarely its subject“ (Minority Rights Group 1985, p. 3)

⁴³ vgl.: „The consumers of protection have never been asked to participate, to decide“ (Schultz 1980, p. 355)

vgl. auch.: „That is the way to overcome all forms of paternalism (real or alleged) in Community youth policies [...] In sum, as we have already indicated, it is a question of moving from a concept (still rather timid in any case) of policies FOR young people to a concept of policies WITH young people“ (Europäisches Parlament, *Vecchi-Report 1991*, p. 14)

vgl. auch.: „In diesem Zusammenhang erhebt sich auch die (provokante) Frage, weshalb gerade in Fragen der Sexualmündigkeit oder sexueller Gewaltdelikte auf die direkte Befragung der Betroffenen im Sinne einer demokratischen Grundlagenerhebung zur Bildung des politischen Willens verzichtet wird“ (Perner 1993, S. 244)

⁴⁴ Gross & Gross (1977, p. 1)

⁴⁵ Farson (1974, S. 147)

⁴⁶ Worsfold (1974, p. 145)

⁴⁷ vgl.: „Throughout the world and especially in developing countries there are children well below the age of majority, sometimes no more than six or seven years old, who can and do act on their own behalf“ (Minority Rights Group 1985, 4)

vgl. auch.: „It is sometimes necessary for governments to grant privileges to minority groups, but at a certain point in groups emancipation these very privileges and protections may be seen as demeaning and denial of equal status“ (Royal Commission on Human Relationships 1977, Part VI, p. 2)

⁴⁸ vgl. Immanuel Kant: Die „erforderliche Qualität“ als Bürger „ist außer der natürlichen (dass es kein Kind, kein Weib sei), die einzige: dass er sein eigener Herr (sui iuris) sei, mithin nirgend ein Eigentum habe, welches ihn ernährt“. Denn „alles Frauenzimmer“ (wie auch Kinder oder Lohnabhängige) „entbehrt der bürgerlichen Persönlichkeit, und seine Existenz ist gleichsam nur Inhärenz“ (Immanuel Kant: *Über den Gemeinspruch sowie die Metaphysik der Sitten*, Erster Teil 46 zit. nach: Nowak 1991, S. 3)

⁴⁹ Wiener Kinder- und Jugendanwaltschaft (1992, S. 4)

⁵⁰ vgl.: „there is no doubt that the cardinal aim must be to harmonize upwards the rights granted to young people“ (Europäisches Parlament, *Vecchi-Report 1991*, p. 14)

⁵¹ Roell (1988, S. 381)

⁵² so Roell (1984, S. 16);

ebenso Hohm (1986, S. 3108); Höhnberg (1972, S. 1); Jarass (1989, S. 859); Meyer (1987, S. 25)

⁵³ Die Vorstellung, daß sich Minderjährige in besonderen Gewaltverhältnissen befänden, in denen die Grundrechte für sie nicht oder vermindert gelten, wird - wie die Lehre von den besonderen Gewaltverhältnissen überhaupt - von der Rechtsprechung der Konventionsorgane und des deutschen Bundesverfassungsgerichts heute nicht mehr aufrechterhalten (BVerfGE 14.3.1972, NJW 1972, S. 811ff, zitiert nach Hoffmann- Remy 1976, S. 89; ECtHR, zitiert nach Benka. 1979, S. 392/Anm. 64)

⁵⁴ so Meyer (1987, S. 25)

⁵⁵ siehe dazu Hohm (1986, S. 3112) und Roell (1984, S. 24, mit zahlreichen Nachweisen)

⁵⁶ vgl. Höhnberg (1972, S. 54); Meyer (1987, S. 29);

⁵⁷ siehe dazu Roell (1984, S. 24)

⁵⁸ siehe dazu das Gesetz über die religiöse Kindererziehung (RelKEG), das von vielen Autoren als beispielhaft bezeichnet wird (so von Höhnberg 1972, S. 104 und von Nowak 1991, S. 11) und die anderen gesetzlich festgelegten „Teilmündigkeiten“ (eingehend unten Kap. 4.11 [6])
vgl.: „§ 5 RelKEG gewährt dem Kind zwar die Entscheidungsfreiheit bei der Wahl des Bekenntnisses. Das bedeutet jedoch nicht, daß das Kind damit nach Vollendung des 14. Lebensjahres in Glaubensfragen jeder Einflußnahme durch die Eltern entzogen ist [...] Die eingetretene Religionsmündigkeit legt den Eltern jedoch die Pflicht zur Toleranz im Hinblick auf das Bekenntnis ihrer Kinder auf“ (Höhnberg 1972, S. 160)

⁵⁹ siehe dazu die Nachweise bei Roell (1984, S. 24f)

⁶⁰ siehe dazu die Nachweise bei Roell (1984, S. 26)

⁶¹ siehe dazu eingehend Roell (1984, S. 29ff)

⁶² siehe dazu Hohm (1986, S. 3112); Höhnberg (1972, S. 54ff);

⁶³ Diese Fürsorge ist aber auch „zur Bewährung in der eigenen Verflüchtigung und schließlichen Auflösung berufen“ (Höhnberg 1972, S. 99)

⁶⁴ siehe dazu Holzelt (1985, S. 209); Meyer (1987, S. 29ff);

⁶⁵ vgl. „Die Lehre von der Grundrechtsmündigkeit [...] galt lange als die herrschende Meinung. Inzwischen rücken immer mehr Stellungnahmen von dieser Auffassung ab“ (Salgo 1990 [a], S. 106; ebenso Salgo 1990 [b], S. 364)

⁶⁶ so Roell (1984, S. 34); Meyer (1987, S. 25); Nowak (1991, S. 7)

⁶⁷ vgl.: BVerfGE 7, 198 (205) = NJW 1958, 257; BVerfGE 50, 290 (337) = NJW 1979, 699 (zitiert nach Hohm 1986, S. 3110/Anm. 61)

vgl. dazu auch die Art. 17 und 18 EMRK

⁶⁸ Hohm (1986, S. 3111)

⁶⁹ Hohm (1986, S. 3111)

⁷⁰ Hohm (1986, S. 3111)

⁷¹ Hohm (1986, S. 3112)

⁷² Roell (1984, S. 34)

⁷³ vgl. „Das Rechtsbewußtsein Minderjähriger entwickelt sich nicht zuletzt daraus, wie der Umgang von Behörden und Gerichten mit ihnen ist und war und damit daraus wie und ob die Rechtsordnung sie zur Kenntnis nimmt“ (Salgo 1990 [a], S. 106)

⁷⁴ siehe vorhin

⁷⁵ so Hohm (1986, S. 3112)

⁷⁶ siehe dazu Roell (1984, S. 33ff); Salgo (1990 [b], S. 364); ähnlich auch Hohm (1986, S. 3113)

⁷⁷ Salgo (1990 [b], S. 364)

⁷⁸ siehe oben

⁷⁹ vgl.: „Im eigenen Interesse des Kindes darf seine Willensbildung nicht ohne weiteres respektiert werden, solange es nicht über die nötige Einsicht verfügt, um die Konsequenzen seiner Entscheidung wenigstens ungefähr absehen zu können“ (Stein: *Das Recht des Kindes auf Selbstentfaltung in der Schule*, S. 33, zit. nach: Roell 1984, S. 32) und Bosch, der für die „Verantwortlichkeit des Jugendlichen für sich selbst“ verlangt, daß er „sittlich und geistig reif genug ist, die Tragweite seines Tuns einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln“ (Bosch, FamRZ, 1959, 200ff, zit. nach: Roell 1984, S. 32)

Der regelmäßige Hinweis auf die „Konsequenzen“ oder die „Tragweite“ des eigenen Tuns, die nicht abgeschätzt werden könnten, zeigt, daß auch hinter dem Kriterium der Einsichtsfähigkeit letztlich die Selbstgefährdung steht, vor der „Unreife“ geschützt werden müssen. Vor neutralen oder positiven Folgen eigenen Tuns würde ja kein vernünftiger Mensch einen anderen schützen wollen.

⁸⁰ vgl. Hohm (1986, S. 3112/Anm. 80)

Die Europäische Kommission für Menschenrechte hat dazu bisher keine Rechtsprechung entwickelt. Sie hat aber bezüglich des Aufenthaltsbestimmungsrechts von 14jährigen (entlaufenen) Mädchen eine „salomonische“ Lösung gefunden: die Staaten haben das Recht solche Mädchen auch mit Gewalt nach Hause zurückzubringen (Appl. 6753/74), sie sind dazu aber nicht verpflichtet (Appl. 6854/74).

⁸¹ OGH 21.2.1989, 11 Os 3/89 = JB1 1989, 537

⁸² VSlg. 800/1927

⁸³ VfSlg. 8296/1978

⁸⁴ Im Bereich der rechtsgeschäftlichen Grundrechtsausübung hat der Verfassungsgerichtshof für das Recht auf Beitritt zu einem Verein und die Legitimation zu einer entsprechenden Grundrechtsbeschwerde auf einfachgesetzliche Regelungen abgestellt. Jugendlichen kämen diese Rechte zu, weil dies ABGB, ZPO und VerfGG vorsähen (VSlg. 7526/1975). Unklar blieb, wie zu entscheiden ist, wenn die einfachgesetzlichen Normen diese Rechte nicht zugestehen. Die Verweigerung der selbständigen Grundrechtsausübung durch bloßen Hinweis auf einfachgesetzliche Regelungen verstieße gegen den Primat der Verfassung. Damit würde das „zu Messende selbst zum Maßstab“ erhoben (so Höhnberg 1972, S. 89, vgl. auch Hohm 1986, S. 3111).

⁸⁵ BVerfGE 47, 46 (74) = NJW 1978, 807 (zitiert nach Hohm 1986, S. 3112)

⁸⁶ vgl.: „The law has traditionally recognized that the span of life from birth to adulthood is too extensive to be treated as a single unit, and that distinctions concerning both the legal capacities of children and the legal duties and responsibilities towards children need to be made between children of different ages and at different stages of development“ (Badgley-Report 1984, p. 293)

vgl. auch: „It is not difficult to presume a newborn child is incompetent [...] It is more difficult, however, to prove a twelve-year-old child totally incompetent and I think impossible to presume the typical sixteen-year-old incompetent“ (Rodham 1979, p. 33)

vgl. weiters: „during childhood the child's abilities and relationships with the adult world change radically as he/she grows older [...] need to be as specific as possible about the age and level of maturity of the victims of maltreatment“ (Minority Rights Group 1985, S. 3)

⁸⁷ vgl.: „die nationalen Rechtsvorschriften, über die Geschäftsfähigkeit, die den Jugendlichen entsprechend ihrem Alter nach und nach zuerkannt wird“ (Europäisches Parlament, *Resolution über die Harmonisierung der Volljährigkeit in der Gemeinschaft*, Dok. A2-113/85, 21.10.1985)

Interessant der *Verfassungsentwurf des Zentralen Runden Tisches* vom 4.3.1990: „Niemand darf wegen [...] seines Alters benachteiligt werden (Art. 1 Abs. 2) [...] Kindern ist durch Gesetz eine Rechtstellung einzuräumen, die ihrer wachsenden Einsichtsfähigkeit durch die Anerkennung zunehmender Selbständigkeit gerecht wird (Art. 22 Abs. 4)“ (zitiert nach Salgo 1990 [b], S. 364), dessen Art. 22 Abs. 4 wortwörtlich als Art. 27 (4) in die neue

Brandenburgische Verfassung Eingang gefunden hat (Gesetze des Landes Brandenburg, Becksche Textausgabe, Loseblattsammlung, EL 6, C.H.Beck, München Sept. 1992)

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang die Entscheidung der *Europäischen Menschenrechtskommission* im „Armeefreiwilligen-Fall“. Ein 15- und ein 16jähriger Jugendlicher, die sich freiwillig zur britischen Armee verpflichtet hatten, wollten sich von dieser Verpflichtung wieder lösen, unter Hinweis auf die Beeinträchtigung ihres Familienlebens (Art. 8 EMRK). Die Kommission erklärte die Weigerung der Armee für zulässig, weil sich auch Minderjährige nicht von freiwillig eingegangenen Verpflichtungen des Militärdienstes lösen könnten (YB XI, 562f, zitiert nach Hoffmann-Remy 1976, S. 115 und nach Robertson 1977, p. 136)

⁸⁸ vgl. BVerfGE in NJW 1982, 1375 (1378) (zitiert nach Rupert-Mayer 1987, S. 35f)

⁸⁹ Dementsprechend knüpft die österreichische und die deutsche Rechtsprechung etwa bei Einwilligung in Operationen nicht an die Volljährigkeit sondern an die individuelle Urteilsfähigkeit an (OGH 21.2.1989, 11 Os 3/89 = JB1 1989, 537 samt weiteren Nachweisen; BGH 5.12.1958, BGHZ 29, 33ff = FamRZ, 200ff, und OLG München 7.12.1956 = NJW 1958, 633 [beide zitiert nach Höhnberg 1972, S. 135f, dort auch weitere Judikaturnachweise])

Vgl. dazu auch die amerikanische Rechtsprechung, die die Entscheidung bei Abtreibungen den urteilsfähigen Minderjährigen selbst überläßt („mature minor rule“); ebenso (teilweise) die deutsche Rechtsprechung (vgl. ausführlich Breitenmoser 1986, S. 162ff); zur österreichischen Rechtsprechung vgl. vorhin.

⁹⁰ vgl. Höhnberg (1972, S. 140); Beitzke (1972, S. 262, „die für den Minderjährigen ideale Formel“)

⁹¹ Höhnberg (1972, S. 105f)

⁹² Meist wird dabei kein bestimmtes Alter, sondern nur ein bestimmter Altersrahmen angegeben werden können, innerhalb dessen gesetzliche Regelungen als verfassungsmäßig anzusehen sind (vgl. Höhnberg 1972, S. 94).

⁹³ Der Verfasser möchte gleichwohl nicht verhehlen, daß er Lösungen den Vorzug gibt, die Minderjährige sowenig als möglich aus der Geltung der Grundrechte ausnehmen.

⁹⁴ vgl. oben Kap. 2.11 sowie Salgo (1990 [b], S. 364)

vgl. auch „paternalistic intervention must be justified by the evident failure or absence of reason and will“ (John Rawls, *A Theory of Justice*, p. 250, Cambridge 1972, zitiert nach Worsfold 1974, p. 155)

⁹⁵ siehe oben 2.11

⁹⁶ Roell (1984, S. 33)

⁹⁷ Im Sinne der Grundrechtseffektivität sind solche Einschränkungen sowohl bei Erwachsenen als auch bei Minderjährigen, nur im unumgänglichen Umfang zulässig (siehe auch Kap. 2.11).

⁹⁸ Höhnberg (1972, S. 94)

2.13 Europäischer Grundrechtsschutz

Erste Ansätze eines internationalen Schutzes der Menschenrechte finden sich bereits im 17. und 18. Jahrhundert. Insbesondere Friedensverträge enthielten Schutzbestimmungen für religiöse Minderheiten; so etwa der Augsburger Religionsfriede oder der Westfälische Friede.¹

Bis zum Zweiten Weltkrieg waren es aber nur engbegrenzte Ausnahmen, wie die Sklaverei, der Frauenhandel, religiöse und - verstärkt nach dem 1. Weltkrieg - ethnische Minderheiten, die in internationale Vereinbarungen Eingang gefunden haben. Ansonsten konnten die Rechte des einzelnen Menschen nur auf dem Weg des diplomatischen Schutzes gesichert werden.²

Erst nach dem Zweiten Weltkrieg hat sich der internationale Menschenrechtsschutz deutlich vom Minderheitenschutz, als Schutz des Kollektivs, abgelöst. Erst jetzt wurde das Individuum zunehmend zum völkerrechtlichen Subjekt, zum Träger der Menschenrechte.³

Die Vereinten Nationen machten - nicht zuletzt aus den Erfahrungen mit dem Nationalsozialismus - die Förderung der Grundrechte zu einem ihrer fundamentalen Anliegen⁴, was 1948 zur Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte geführt hat.

Diese erste umfassende internationale Erklärung individueller Grundrechte⁵ diente in der Folge zahlreichen regionalen und globalen Menschenrechtsvereinbarungen als Vorbild⁶, von denen die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) 1950 die mit Sicherheit erfolgreichste und wirksamste ist.⁷

Größtmöglicher Schutz

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

Daraus und aus der, ebenfalls in der Präambel enthaltenen, Erwägung, daß die - als Vorbild dienende - Allgemeine Erklärung der Menschenrechte 1948 „bezweckt, die allgemeine und wirksame Anerkennung und Einhaltung der darin erklärten Rechte zu gewährleisten“ und daß die EMRK „die ersten Schritte auf dem Weg zu einer kollektiven Garantie“ der Menschenrechte darstellen soll (Abs. 5), ergibt sich deutlich eine an der Effektivität des Vertrages orientierte Interpretation, die stets den „größeren Schutz der Grundrechte“⁸ im Auge hat.⁹

Dementsprechend sind die in der Konvention festgelegten Grundrechtsschranken, gemäß ihrem Regel-Ausnahme Charakter, eng auszulegen.¹⁰ Das verdeutlichen auch die Art. 17 und 18, die

festlegen, daß keine Bestimmung so ausgelegt werden darf, daß sie „das Recht begründet, eine Tätigkeit auszuüben, oder eine Handlung zu begehen, die [...] auf weitergehende Beschränkungen dieser Rechte und Freiheiten, als in der Konvention vorgesehen, hinzielt“ (Art. 17¹¹) und daß „die nach der vorliegenden Konvention gestatteten Einschränkungen dieser Rechte und Freiheiten [...] nicht für andere Zwecke als die vorgesehenen angewendet werden [dürfen]“ (Art. 18). Damit unterliegen die nationalen Behörden bei der Ausschöpfung der Eingriffsermächtigungen, die ihnen die Konvention einräumt, sowohl subjektiv einer Motivsperrung als auch objektiv einer Zwecksperrung.¹²

Dieses Verbot der „détournement de pouvoir“¹³ steht auch der Annahme immanenter Grundrechtsschranken entgegen, wie etwa jener besonderer Gewaltverhältnisse, in denen die Konventionsrechte nur vermindert Gültigkeit haben.¹⁴

Dynamische Interpretation

Die EMRK ist aber nicht nur an ihrem in der Präambel verdeutlichten Ziel und Zweck des maximalen Schutzes der in ihr festgelegten Grundrechte anzuknüpfen, sondern vor allem auch als „living instrument“ zu verstehen, d.h. „im Lichte der heutigen Verhältnisse“ zu interpretieren.¹⁵ Darauf weist die Präambel hin, wenn sie die Bedeutung der „Entwicklung der Menschenrechte“ für die Einheit Europas (Abs. 2) hervorhebt und die Konvention als „die ersten Schritte auf dem Weg zu einer kollektiven Garantie der Menschenrechte“ versteht (Abs. 5).¹⁶ Vor allem wäre ein Schutz, der Menschen nicht in der Situation und Zeit schützt, in der sie leben, bereits im Ansatz verfehlt und von vorneherein zum Scheitern verurteilt.

Ermessensspielraum

Die EMRK ist „unmittelbar verbindliches Recht“¹⁷. Das heißt die Unterzeichnerstaaten sind verpflichtet, ihr innerstaatliches Recht an die Konvention anzupassen, wenn diese in Widerspruch zueinander stehen.¹⁸

Den Staaten bleibt es dabei allerdings überlassen, wie sie ihre Verpflichtungen erfüllen,¹⁹ und es steht ihnen - weil die Konventionsorgane „nicht nationale Behörden“ ersetzen sollen - bei der Ausschöpfung der Grundrechtsschranken ein gewisser Ermessensspielraum zu.²⁰

Europäische Kontrolle

Dieses Auswahlmessen erstreckt sich jedoch nicht auf die Beurteilung, ob ein Eingriff in Grundrechte den Anforderungen der Konvention genügt.²¹ Diese Beurteilung obliegt alleine den Konventionsorganen, denen in diesen Fällen volle Überprüfungsgewalt in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht sowie die Befugnis zur verbindlichen Letztentscheidung zukommt.²²

Die europäische Kontrolle der Ermessensentscheidung des Staates richtet sich dabei ausschließlich nach objektiven Kriterien. Die Ansicht, wonach guter Wille eine Konventionsverletzung ausschließt²³, ist lange aufgegeben.²⁴ Dies entspricht auch dem Grundrechtsverständnis in den meisten nationalen Rechtsordnungen²⁵ sowie dem völkerrechtlichen Grundsatz, daß ein Staat seine Verpflichtungen nicht einseitig bestimmen kann.²⁶

Die Präambel geht davon aus, daß die Aufrechterhaltung der Menschenrechte „wesentlich auf einem wahrhaft demokratischen politischen Regime einerseits und auf einer gemeinsamen Auffassung und Achtung der Menschenrechte andererseits beruht“ (Abs. 4). Die nationalen Behörden haben ihre Ermessensentscheidungen daher immer auf der Grundlage und den Anforderungen einer demokratischen Gesellschaft gemäß zu treffen; das heißt sich insbesondere von den Grundsätzen der Toleranz, Pluralismus und Weltoffenheit leiten zu lassen.²⁷ Und sie haben auf die Verhältnisse in den Rechtsordnungen der anderen Konventionsstaaten zu achten.²⁸

Die Konventionsorgane folgen konsequent der Zielbestimmung des Vertrages, eine „größere Einigkeit“ unter den Mitgliedstaaten durch „Wahrung und Entwicklung der Menschenrechte“ herbeizuführen (Abs. 3), wenn sie feststellen, daß der Ermessensspielraum der Staaten mit dem Maß der Übereinstimmung zwischen den nationalen Rechtsordnungen abnimmt.²⁹ Besteht in einer Frage etwa voller Konsens, so gibt es überhaupt keinen Ermessensspielraum.³⁰ Läßt sich hingegen keinerlei Übereinstimmung finden, so ist der Ermessensspielraum recht weit.³¹ Einzelgänger schaden bei dieser Beurteilung nicht³² und - im Rechtsvergleich - einzigartige Bestimmungen bedürfen genauester Überprüfung.³³

Auffällig ist, daß der Gerichtshof dabei an die Feststellung eines Konsenses recht geringe Anforderungen stellt. Meist handelt es sich um obiter dicta, einzelstaatliche Gesetze werden kaum angeführt, meist nur einige wenige Länder pauschal genannt.³⁴ Der Gerichtshof scheint nicht so sehr Übereinstimmung in den positiven Normen der einzelnen Rechtsordnungen zu verlangen, sondern läßt bereits mehr oder weniger starke Tendenzen in der Rechtsentwicklung

genügen.³⁵ Für nationale Eingriffe in Grundrechte, die solchen Entwicklungen widersprechen, verlangt er „very weighty reasons“.³⁶

Gerade im Bereich strafrechtlicher Normen ist - im Sinne derer Natur als „ultima ratio“ und im Sinne der Freiheitsvermutung des Menschenrechtsgedankens - besonders genau darauf zu achten, inwieweit andere Rechtsordnungen den Einsatz der schärfsten Waffe des Staates für notwendig erachten. Je mehr Staaten ein bestimmtes Verhalten nicht strafrechtlich verfolgen, desto sorgfältiger und strenger ist die Notwendigkeit einer Pönalisierung zu prüfen. Trifft dies auf eine wesentliche Zahl von Staaten zu, so müssen sehr schwerwiegende Gründe für die Kriminalisierung sprechen.³⁷

Bei der Beurteilung des Ermessensspielraums ist nicht nur auf das Maß rechtlichen Konsenses abzustellen, sondern - je nach der gegenständlichen Materie - auch auf die Übereinstimmung der Expertenmeinungen und der öffentlichen Meinung.³⁸

Bei der Erfüllung von positiven Verpflichtungen, die sich aus den Konventionsrechten ergeben³⁹, gesteht der Gerichtshof den Staaten einen weiten Ermessensspielraum zu, der allerdings ebenfalls von Ausmaß des Konsenses zwischen den nationalen Rechtsordnungen, in der Wissenschaft sowie der öffentlichen Meinung beeinflusst wird.⁴⁰

EMRK als innerstaatliches Recht

Die EMRK ist nicht nur ein völkerrechtliches Instrument, sondern hat in Österreich seit 1958 auch innerstaatlich Gesetzeskraft, seit 1964 in Verfassungsrang.

Im großen und ganzen ergeben sich dadurch jedoch keine allzugroßen Unterschiede in der Anwendung, denn auch innerstaatlich müssen die EMRK-Normen „im Zusammenhalt mit der Rechtsprechung [der europäischen Instanzen] gesehen werden“⁴¹.

Eine Ausnahme besteht nur insofern als die nationalen Gerichte, die innerstaatlich über die Einhaltung der Konventionsrechte zu wachen haben, an den Ermessensspielraum bei Grundrechtseinschränkungen strengere Kriterien anlegen können als die Konventionsorgane; trifft auf sie die Begründung doch nicht zu, daß sie keine nationale Behörden seien und sich nicht an deren Stelle setzen dürften.

Zusammenfassung Kap. 2.13

Die Europäische Menschenrechtskonvention stellt das bisher effektivste Instrument des internationalen Menschenrechtsschutzes dar.

Sie ist im Lichte der heutigen Verhältnisse und anhand des Zieles des größtmöglichen Schutzes der Menschenrechte zu interpretieren. Die in ihr festgelegten Grundrechtsschranken sind eng auszulegen und ungeschriebene Schranken abzulehnen.

Den Staaten steht bei der Ausschöpfung der Eingriffsermächtigungen ein gewisser Ermessensspielraum zu, der allerdings in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht der umfassenden Kontrolle durch die Konventionsorgane unterliegt. Diese haben die Befugnis zur verbindlichen Letztentscheidung.

Die europäische Kontrolle der nationalen Ermessensentscheidungen erfolgt nach rein objektiven Kriterien und orientiert sich am Maßstab einer demokratischen Gesellschaft anhand deren Kennzeichen Pluralismus, Toleranz und Weltoffenheit. Sie ist besonders streng, wenn nationale Vorschriften internationalen Rechtsentwicklungen oder einem europäischen Konsens in den rechtlichen Regelungen, im Bereich der Expertenansichten oder der öffentlichen Meinung widersprechen.

Insbesondere die Notwendigkeit strafrechtlicher Normen ist - im Sinne derer Natur als „ultima ratio“ und im Sinne der Freiheitsvermutung des Menschenrechtsgedankens - besonders genau anhand eines Vergleichs der nationalen Rechtsordnungen zu prüfen. Je mehr Staaten ein bestimmtes Verhalten nicht strafrechtlich verfolgen, desto sorgfältiger und strenger ist die Notwendigkeit einer Pönalisierung zu prüfen. Trifft dies auf eine wesentliche Zahl von Staaten zu, so müssen sehr schwerwiegende Gründe für die Kriminalisierung sprechen.

Bei der Erfüllung von positiven Verpflichtungen, die sich aus den Konventionsrechten ergeben, besteht ein weiter Ermessensspielraum, der aber ebenfalls von Ausmaß des Konsenses zwischen den nationalen Rechtsordnungen, in der Wissenschaft sowie der öffentlichen Meinung beeinflusst wird.

Innerstaatliche Gerichte, die die EMRK anzuwenden haben, können bei der Überprüfung des Ermessensspielraums des Staates strengere Kriterien anlegen als die Konventionsorgane.

Anmerkungen Kap. 2.13

¹ siehe dazu Ermacora (1971, S. 11f); Scheuner (1967, S. 198f)

² siehe dazu Scheuner (1967, S. 198f)

³ vgl. Ermacora (1971, S. 11f); McKean (1983, p. 53, „fresh approach“); Scheuner (1967, S. 198f)

⁴ Gemäß Art. 55 (4) der *UN-Charter* haben die Vereinten Nationen die Aufgabe, to promote „universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language or religion“, und die Mitgliedstaaten haben nach Art. 56 die Verpflichtung, „to take joint and separate action in cooperation with the Organization for the achievement of the purposes set forth in Article 55“.

⁵ Die Allgemeine Erklärung selbst ist 1948 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen als Resolution verabschiedet worden. Ihr kommt daher keine unmittelbar verbindliche Wirkung zu (vgl. etwa das U.S.-Supreme Court 1952: „entitled to respectful consideration by courts [...] moral commitment“ (*Fuji v. State of California*, 1952 ILR 312, zitiert nach Scheuner 1967, S. 201, Anm. 21). Allerdings wird zunehmend die Ansicht vertreten, daß die in ihr enthaltenen Rechte mittlerweile Völkergewohnheitsrecht geworden seien (so McKean 1983, p. 274ff; Guradze 1968, S. 13 [für die Rechte, die in den materiellen Teil der EMRK Eingang gefunden haben]; Ermacora 1971, S. 254 [für das allgemeine Diskriminierungsverbot])

⁶ so etwa der *Amerikanischen Menschenrechtskonvention* 1948, der *Europäischen Menschenrechtskonvention* 1950, dem *UN-Pakt über bürgerliche und politische Rechte* 1966, dem *UN-Pakt über wirtschaftliche, kulturelle und soziale Rechte* 1966

⁷ so Ermacora/Tretter/Nowak (1983, S. 17); McKean (1983, p. 204); Robertson (1977, p. VII)

vgl.: „Jedes Mitglied des Europarates erkennt den Grundsatz der Vorherrschaft des Rechts und den Grundsatz an, daß jeder, der seiner Hoheitsgewalt unterliegt, der Menschenrechte und Grundfreiheiten teilhaftig werden soll“ (Art. 3 *Satzung des Europarates*, 5. Mai 1949)

⁸ Guradze (1968, S. 34)

⁹ so auch ECtHR *Wemhoff Case*, decision 27.6.1968, para. 8, Yearbook 11, pp. 796f (zitiert nach Nedjaty, S. 27/Anm. 175); Berka (1979, S. 366f); Breitenmoser (1986, S. 27), Ermacora (1988, S. 8); Hoffmann-Remy (1976, S. 19);

¹⁰ so auch Hoffmann-Remy (1976, S. 19 u. 23f)

¹¹ Darüberhinaus enthält Art. 17 auch das Verbot der mißbräuchlichen Inanspruchnahme von Konventionsrechten. Diese Rechte dürfen nicht in Anspruch genommen werden, um „Handlungen zu begehen, die auf die Abschaffung der in der vorliegenden Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten [...] hinzielt“ (Art. 17). Aus den Vorarbeiten ergibt sich, daß damit der „ordre public“ gegen radikale Kräfte geschützt werden soll (näher: Hoffmann-Remy 1976, S. 50/Anm. 48)

¹² so Hoffmann-Remy (1976, S. 52f), der auch den „wesentlichen Teil der Bedeutung“ der Grundrechtsschranken der Konvention in der „Sicherung eines in einer demokratischen Gesellschaft unverzichtbaren Mindestbestandes klassischer bürgerlicher Freiheiten“ sieht (Hoffmann-Remy 1976, S. 75)

¹³ Hoffmann-Remy (1976, S. 52)

¹⁴ so auch der ECtHR *Vagrancy Cases 1971* und *Golder Case 1975* (par. 44f), (beide zitiert nach Hoffmann-Remy 1976, S. 94f/Anm. 38f)

¹⁵ ECtHR, Marckx 1979 (§ 41), Dudgeon (§ 60), Rees 1986 (§ 47), Inze 1987 (§ 41); Berka (1979, S. 366); Breitenmoser (1986, S. 27)

vgl. auch die Rechtsprechung der Kommission zum Mindestalter für homosexuelle Beziehungen, in der sie regelmäßig auf die „changing and developing views“ Bezug nimmt (vgl. eingehend unten Kap. 4.2 [3])

¹⁶ vgl. Ermacora: „Motivation für die Menschenrechte der Gegenwart weit vom rein positivistischen Zugang zu den Menschenrechten [...] gelöst“ (Ermacora 1988, S. 2)

¹⁷ Scheuner (1967, S. 201)

¹⁸ Fall *De Becker* ECmHR Series B 1962, S. 128 (zitiert nach Scheuner 1967, S. 210/Anm. 81)

Auch der *Ständige Internationale Gerichtshof* (IGH) bezeichnete es als „principle which is self-evident, according to which a state which has contracted valid international obligations is bound to make in its legislation such modifications as may be necessary to ensure the fulfilment of the obligations undertaken“ (PCIJ, Series B, No. 10, p. 20, zitiert nach Robertson 1977, p. 27/Anm. 3)

¹⁹ ECtHR, *McGoff Case 1984* (Ser. A, p. 28) (zitiert nach Helfer 1990, p. 1050/Anm. 42)

²⁰ so ECtHR: *Belgian Linguistic Cases 1968* (§ 10); *Handyside 1976* (§ 50)

vgl. auch: „Es ist sicherlich nicht Sache des Gerichtshofs, die Bewertung der staatlichen Behörden durch irgendeine andere Bewertung dessen, was die beste Politik auf diesem Gebiet sein könnte, zu ersetzen“ (ECtHR, *Klass Case 1978*, decision 6.9.1978, Ser. A, Nr. 28, S. 23, zitiert nach Ganshof van der Meersch 1981, S. 487/Anm. 47)

²¹ ECtHR, *Dudgeon 1981* (51-54); Hoffmann-Remy (1976, S. 76)

vgl. auch: „The Committee can not accept either that for the purposes of article 17 of the ***. moral issues are exclusively a matter of domestic concern, as this would open the door to withdrawing from the Committee's *** a potentially large number of statutes interfering with privacy“ (Toonen, 1994, Pkt. 8.6).

²² ECtHR: *Handyside 1976* (§ 49); *Sunday Times 1979* (§ 59); *Dudgeon 1981* (§ 59); *Abdulaziz et al. 1985* (§ 72); *Lingens 1986* (§ 39); *Barfod 1989* (§ 28); *Vagrancy Cases 1971* (Ser. A, p. 29, zitiert nach Helfer 1990, p. 1051/Anm. 50)

Diese umfassende Gerichtskontrolle staatlicher Ermessensentscheidungen im Bereich der Grundrechte entspricht der Rechtslage in den meisten nationalen Rechtsordnungen, insbesondere in Frankreich und Deutschland (Bleckmann 1979, S. 494).

²³ so etwa noch der Gerichtshof: „ont pu avoir des raisons plausibles de croire à la nécessité de restrictions“ (*Vagrancy Cases 1971*, Ser. A, p. 45, zitiert nach Bleckmann 1979, S. 485)

²⁴ ECtHR: *Sunday Times 1979* (§ 59); *Dudgeon 1981* (§ 59)

vgl.: „Menschenrechtsverletzungen können hinsichtlich einer Schuldfrage nur dann relevant sein, wenn sich aus einer völkerstrafrechtlichen, strafrechtlichen oder zivilrechtlichen Vorschrift ausdrücklich strafrechtliche oder zivilrechtliche Folgen ableiten lassen [...] Bei allen übrigen Menschenrechtsverletzungen wird die Schuldfrage nicht zu stellen sein. Sie fallen in die normale Kategorie des Staatsunrechts. Menschenrechtsverletzung hat dann allein objektive und keine subjektive Merkmale“ (Ermacora 1988, S. 38)

²⁵ vgl. „nicht auf die Motive und Absichten der handelnden Staatsorgane, sondern auf die inhaltliche Richtigkeit staatlicher Akte als solcher wird in der modernen Rechtsprechung aller vergleichbarer Staaten abgestellt“ (Thürer 1987, S. 425)

Auch die Rechtsprechung des *U.S. Supreme Court* und des *Indischen Obersten Gerichtshofs* gehen von einer objektiven Bestimmung der Menschenrechtsverletzungen aus (siehe dazu McKean 1983, p. 249)

²⁶ Bleckmann (1979, S. 463)

²⁷ ECtHR: *Handyside 1976* (§ 49, „Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no democratic society“). *Dudgeon 1981* (§ 53); *Berka* (1979, S. 373); Hoffmann-Remy (1976, S. 59);

²⁸ Berka (1979, S. 368, Rechtsvergleichung „gehört zu den geläufigen Verfahren der Grundrechtskonkretisierung durch die Konventionsorgane“), Ermacora/Tretter/Nowak (1983, S. 571); Hoffmann-Remy (1976, S. 76f); Matscher (1981, S. 637, „vom Gerichtshof empfohlener Maßstab“); Nedjaty (1978, S. 29, „General practice in states“); Scheuner (1967, S. 201, „festen Boden gemeinsamer Rechtstradition“);

²⁹ ECmHR: Appl. 172/56 (s) 20.12.1957, YB 1, 211 (zitiert nach Breitenmoser 1986, S. 121/Anm. 249) ECtHR: Belg.Ling.Case 1968 (§ 10, „legal practice of a large number of democratic states“), Delcourt 1970 (Decision 17.1.1970, Ser. A, Nr. 11, p. 15-19); Dudgeon 1981 (§ 60), Enget 1976 (Decision 8.6.1976, Ser. A, Nr. 22, p. 48, „allgemein [...] erreichter Standard“), Morris 1988 (§ 42), Rasmussen 1984 (§ 40); Rees 1986 (§ 37); Sunday Times 1979 (§ 59), Tyrer 1978 (decision 25.4.1978, Ser. A, Nr. 26, p. 15f, „Entwicklung des Europarates“), Vagrancy Cases 1971 (Decision 18.6.1971, Ser. A, Nr. 12, p. 34, „mehrere Mitgliedstaaten“), Wemhoff 1968 (Decision 27.6.1968, Ser. A, Nr. 7, p. 23, „ständige Praxis in vielen Vertragsstaaten“); Delcourt 1970, Engel 1976, Tyrer 1978, Vagrancy Cases 1971 und Wemhoff 1968; zitiert nach Ganshof van der Meersch (1981, S. 484f/Anm. 21-31)

³⁰ Bleckmann (1979, S. 486)

³¹ EuCtHR: Rees 1986 (§ 37), Stjerna 1994 (p. 33)

³² Scheuner (1967, S. 203)

³³ ECtHR: Delcourt 1970 (Decision 17.1.1970, Ser. A, Nr. 11, p. 15-19, zitiert nach Ganshof van der Meersch 1981, S. 484f/Anm. 31), Norris 1988 (§ 42)

³⁴ z.B. in Marckx 1979 (§ 41, bloß 6 Länder)
vgl. hiezu auch Helfer (1990, p. 1068/Anm. 164)

³⁵ Marckx Case 1979 (§ 41, „[evlovement] towards full juridical recognition“, „desire to put an end to all discrimination and abolish all inequalities based on birth is [...] apparent in the work of various international institutions“, „lawyers and public opinion are becoming increasingly convinced“);

Abdulaziz et al. Case 1985 (§ 78, „major goal in the member states“); Inze Case 1987 (§ 41, „today given importance in the member states“)

Die Existenz einer internationalen Konvention auf einem bestimmten Gebiet hat der Gerichtshof als „clear measure of common ground“ verstanden, auch wenn diese Konvention nur 4 (so in Marckx 1979, § 41) bzw. 9 Staaten (Inze 1987, § 41) ratifiziert haben.

³⁶ ECtHR: Abdulaziz et al. 1985 (§ 78); Inze 1987 (§ 41)

³⁷ vgl. „limitations on information concerning activities which, notwithstanding their moral implication, have been and continue to be tolerated by national authorities, call for careful scrutiny“ (Dublin Women Well Case 1992, p. 31, 67-77 of judgement); Norris 1988 (§ 42, no argument „that Irish society had a special need“)

³⁸ Marckx 1979 (§ 41, „lawyers and public opinion“), Rees 1986 (§ 47, „scientific and societal developments“); vgl. auch die ausführlichen Judikaturnachweise bei Helfer (1990, p. 1057/Anm. 92f)

³⁹ so etwa die Verpflichtung das Privatleben, incl. der sexuellen Integrität, auch gegen Beeinträchtigungen zwischen Individuen untereinander zu schützen (Fall X. u. Y. v. NL 1985)

⁴⁰ Abdulaziz et al. 1985 (§ 67ff), X. u. Y. v. NL 1985, Rees 1986 (§ 37)

⁴¹ Ermacora (1988, S.9)

2.2 Der Schutz des Sexuallebens durch die österreichische Bundesverfassung und die Europäische Menschenrechtskonvention

2.21 Schutz des Privatlebens (Art. 8 EMRK)

2.211 Normtext

Art. 8 EMRK

„(1) Jedermann hat Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, seiner Wohnung und seines Briefverkehrs.

(2) Der Eingriff einer öffentlichen Behörde in die Ausübung dieses Rechts ist nur statthaft, insoweit 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.“¹

2.212 Rechtsprechung der Konventionsorgane

(1) Art. 8 EMRK als Freiheitsrecht

(a) Schutzgut Sexualität

Von Anbeginn haben die Konventionsorgane festgestellt, daß das Sexualleben als Teil des Privatlebens Schutz nach Art. 8 EMRK genießt.

Schon in den Homosexuellenfällen der fünfziger und sechziger Jahre war das für die Kommission so selbstverständlich, daß sie es gar nicht gesondert festgestellt, sondern die Beschwerden, die sich gegen generelle Verbote homosexueller Beziehungen gerichtet haben, ausschließlich unter dem Aspekt der Rechtfertigung nach Abs. 2 behandelt hat.²

Erst in zwei grundlegenden Entscheidungen, in denen sie mit Problematiken im Randbereich des Art. 8 und daher mit Abgrenzungsfragen konfrontiert war, führte die Kommission ihre Haltung näher aus.

Im „*Isländischen Hundefall*“ 1976 hielt sie fest, daß Art. 8 das Recht umfasse, „to establish and to develop relationships with other human beings, especially in the emotional field for the development and fulfilment of one's own personality“³, und im „*Abtreibungsfall*“ 1977 sah sie die Funktion des Schutzes des Privatlebens in der „Sicherung eines Bereiches für den einzelnen, innerhalb dessen er seine Persönlichkeit frei entfalten und erfüllen kann“. Dazu müsse „es ihm auch möglich sein, mannigfaltige Beziehungen, einschliesslich geschlechtlicher, mit anderen Personen aufzunehmen“.⁴

Diese grundsätzlichen Feststellungen dienten der Kommission in späteren Fällen immer wieder als Grundlage ihrer Ausführungen.⁵

Der Gerichtshof hat zwar nie in entsprechend ausführlicher Weise zum Schutzbereich des Art. 8 Stellung genommen. Daß das Sexualleben Teil des von der Konvention geschützten Privatlebens ist, schien ihm im Fall *Dudgeon* 1981 aber so selbstverständlich zu sein, daß er dies bloß in einer Klammerbemerkung festgehalten hat.⁶ In den Fällen *Norris* 1988 und *Modinos* 1993 ging er dann auf die Frage gar nicht mehr ein, sondern setzte die Einbeziehung des privaten Sexuallebens in Art. 8 stillschweigend voraus.⁷

Es ist dem Verfasser kein Fall bekannt, in dem die Konventionsorgane das Sexualleben im Privaten nicht dem Schutzbereich des Art. 8 zugerechnet hätten. Es scheint vielmehr, daß sie die selbstbestimmte⁸ Aufnahme und Unterhaltung von Geschlechtsbeziehungen zwischen Menschen dem Kernbereich des Rechts auf Achtung des Privatlebens zuordnen⁹ und dies als Selbstverständlichkeit betrachten, die oft gar keiner gesonderten Erwähnung oder gar Begründung bedarf.¹⁰

Die Lehre folgt dieser Auffassung. Auch sie zählt den Anspruch auf sexuelle Selbstbestimmung seit langem zum Kernbereich des durch Art. 8 EMRK geschützten Rechts.¹¹ Gegenstimmen sind nicht ersichtlich.¹²

Ebenso unbestritten ist in Lehre und Rechtsprechung, daß Normen, die *privates*¹³ sexuelles Verhalten regeln, einen Eingriff in das Recht auf Schutz des Privatlebens darstellen, der den Anforderungen des Abs. 2 des Art. 8 zu genügen hat.¹⁴

Das gilt auch dann, wenn sexuelle Handlungen gegen ein Entgelt vorgenommen werden; jedenfalls insoweit, als diese Handlungen im privaten Bereich verbleiben.¹⁵

Darüberhinaus ist jedoch sexuelles Verhalten - entgegen der Meinung der Kommission¹⁶ - ganz generell dem Schutzbereich des Art. 8 (1) EMRK zuzurechnen. Da Sexualität, als zentrales Persönlichkeitsmerkmal, grundsätzlich dem Bereich der privaten Lebensführung angehört¹⁷, „kann die Entscheidung, ob das Privatleben des Art. 8 überhaupt berührt ist, nicht davon abhängig gemacht werden, ob es sich um ein Verhalten in der Öffentlichkeit oder in den eigenen vier Wänden handelt“¹⁸. Die Frage der Beurteilung von Normen, die sexuelles Verhalten in der Öffentlichkeit regeln, es beispielsweise zur Hintanhaltung von Belästigungen untersagen, „stellt sich daher stets unter dem Schrankenvorbehalt von Art. 8 (2) EMRK“^{19, 20}

(b) Zulässigkeit von Eingriffen

Damit ein Eingriff in das Recht auf Schutz des Privatlebens nach Art. 8 Abs. 2 gerechtfertigt ist, müssen drei Voraussetzungen erfüllt sein:²¹

(aa) Der Eingriff muß gesetzlich vorgesehen sein,

(bb) bestimmten in Absatz 2 genannten Zielen dienen und

(cc) zur Erreichung dieser Ziele in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein²²

Diese Eingriffsermächtigungen des Art. 8 (2) sind im Sinne der Freiheitsvermutung eng auszulegen.²³

(aa) Gesetz

An die Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage für den Eingriff werden keine hohen Anforderungen gestellt. Es genügt eine generelle Norm, die hinreichend zugänglich und präzise formuliert ist, sodaß der Bürger sein Verhalten danach einrichten kann; gegebenenfalls auch erst nach einer juristischen Beratung. Unbestimmte Gesetzesbegriffe sind zulässig, die Abgrenzung zwischen gesetzlicher Festlegung und behördlichem Ermessen muß aber klar sein. Die bloße Feststellung einer Verwaltungspraxis reicht jedoch nicht. Selbst ungeschriebene Gesetze sind zulässig, wenn sie diese Kriterien erfüllen.²⁴

(bb) Ziel

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

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

Für die Kommission dient das Sexualstrafrecht dem Schutz der Rechte anderer.²⁵ Dem Ziel „Moral“ komme in diesem Zusammenhang keine gesonderte, darüber hinausgehende Bedeutung zu.²⁶ Insofern bestehe auch kein Unterschied zwischen gewalttätigem und gewaltlosem Sexualverhalten.²⁷

Bei sexualstrafrechtlichen Bestimmungen, die das Verhalten von Kindern und Jugendlichen regeln, bestehe das grundlegende Kriterium im Schutz der jungen Leute.²⁸ Ein Kriterium, dessen Zulässigkeit die Kommission näher ausgeführt hat, als „das Bedürfnis [...], Kindern und Jugendlichen zu ermöglichen, wirkliche Autonomie in sexuellen Dingen zu erreichen“.²⁹ Dieses Bedürfnis sei in den Mitgliedstaaten des Europarates weitgehend anerkannt;³⁰ es bleibe bloß das Problem, „zu entscheiden, bis zu welchem Alter der Schutz eines Jugendlichen notwendig [...] ist“.³¹

Die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofs in diesem Bereich beruht auf den grundsätzlichen Ausführungen im Fall *Dudgeon* 1981³², die im wesentlichen mit der Ansicht der Kommission übereinstimmen.

Dort hält der Gerichtshof fest, daß es „in diesem Zusammenhang etwas künstlich“ sei, „eine scharfe Trennlinie zu ziehen zwischen dem Schutz der Rechte und Freiheiten anderer und dem Schutz der Moral“.³³ Das Ziel „Schutz der Rechte und Freiheiten anderer stellt einen Aspekt des Schutzes der Moral dar, soweit es die Sicherung der moralischen Interessen und die moralische Wohlfahrt bestimmter Individuen oder Gruppen von Individuen meint, die besonderen Schutzes aus Gründen wie Unreife, geistige Behinderung oder Abhängigkeit bedürfen“.³⁴ Es sei nicht Aufgabe des Gerichts Werturteile über sexuelle Beziehungen abzugeben.³⁵

Die Funktion sexualstrafrechtlicher Vorschriften bestehe darin, „die öffentliche Ordnung und Sittlichkeit aufrechtzuerhalten und den Bürger vor ärgerniserregenden und verletzenden Verhaltensweisen zu schützen“. Das „Bedürfnis nach einem gewissen Maß an Kontrolle sexuellen Verhaltens kann sich sogar auf einverständliche Handlungen im Privaten erstrecken; nämlich dann, wenn die Notwendigkeit besteht, ausreichende Sicherungen gegen Ausbeutung und Verderben von anderen bereitzustellen, im einzelnen jener, die besonders verwundbar sind, weil sie jung, schwach in Körper oder Geist, unerfahren oder in einem Zustand spezieller körperlicher, amtlicher oder wirtschaftlicher Abhängigkeit sind“.³⁶

Der Gerichtshof bezieht sich damit auf das gemeinsame Minimum am Motivationsbestand sexualstrafrechtlicher Vorschriften in den Mitgliedstaaten des Europarates, was er durch den Hinweis darauf verdeutlicht, daß Normen mit diesen Zielen „in allen Mitgliedstaaten“ bestünden.³⁷

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

Damit wird die Konventionsrechtsprechung dem Grundanliegen des Menschenrechtsgedankens gerecht, die Freiheit des Einzelnen zu maximieren (siehe oben Kap. 2.11 und 2.12).

(cc) Notwendigkeit

Damit ein Eingriff in das Privatleben gerechtfertigt ist, genügt ein zulässiges Ziel alleine nicht. Die Maßnahme muß darüber hinaus zur Erreichung dieses Zieles „in einer demokratischen Gesellschaft“ notwendig sein.

Der Gerichtshof hat dafür in ständiger Rechtsprechung³⁸ zwei Kriterien entwickelt:

- das Vorliegen eines dringenden sozialen Bedürfnisses („pressing social need“) und
- die Verhältnismäßigkeit der Eingriffsmittel

Dringendes soziales Bedürfnis

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

„[N]ecessary in this context does not have the flexibility of such expressions as useful, reasonable, or desirable, but implies the existence of a pressing social need for the interference in question“.³⁹

Bei der Feststellung eines „dringenden sozialen Bedürfnisses“ steht den nationalen Behörden ein gewisser Ermessensspielraum zu, der jedoch umso kleiner ist, je größer sich die Übereinstimmung der nationalen Rechtsordnungen in einer bestimmten Frage darstellt.⁴⁰

Das Ausmaß des Ermessensspielraums der einem Staat zukommt wird aber nicht nur vom Konsens zwischen den nationalen Rechtsordnungen bestimmt, sondern auch anhand der wissenschaftlichen Erkenntnisse und der öffentlichen Meinung. Auch hier sinkt der Spielraum mit steigendem Konsens.⁴¹

Werden Normen nur selten vollzogen, so liegt darin ein Hinweis darauf, daß sie nicht „notwendig“ sind.⁴²

Eingriffe in das Sexualleben, als einem „most intimate aspect of private life“⁴³, unterzieht der Gerichtshof einer noch verstärkten Prüfung; er verlangt zu ihrer Rechtfertigung „particularly serious reasons“.⁴⁴

Was den sexualstrafrechtlichen Jugendschutz betrifft, so führt die Kommission aus, daß „[t]he establishment of the existence of a danger making it necessary to protect a social category must be based on various concurring analysis of the position and particularly [...], those of psychologists, sociologists and specialists in social protection“⁴⁵.

Verhältnismäßigkeit

Die „Notwendigkeit“ einer Maßnahme ergibt aber nicht schon alleine aus einem dringenden sozialen Bedürfnis danach, sondern sie ist vor allem an das Merkmal der „demokratischen Gesellschaft“ geknüpft.

So hält der Gerichtshof fest, daß „[a]ccording to the Court's case-law, a restriction on a Convention right cannot be regarded as necessary in a democratic society - two hallmarks of

which are tolerance and broadmindedness - unless, amongst other things, it is proportionate to the legitimate aim pursued".⁴⁶

Die Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme ist etwa dann besonders genau zu prüfen, wenn sie nicht differenziert⁴⁷ sowie dann, wenn sie Personen dadurch einer Gesundheitsgefährdung aussetzt, daß sie diese Personen in Bereiche (z.B. die Illegalität) abdrängt, die durch ein Minus an qualifizierter medizinischer Beratung und Behandlung gekennzeichnet sind.⁴⁸ Dies ist etwa dann der Fall, wenn ein Verbot ein Verhalten nicht verhindert, sondern nur erreicht, daß dieses Verhalten unter anderen, eben gesundheitsgefährdenderen Umständen gesetzt wird.⁴⁹

Maßnahmen, die nicht geeignet sind, ihr Ziel zu erreichen, sind unverhältnismäßig. Das ist etwa dann der Fall, wenn ein Verhalten verboten wird, das Verbot dieses Verhalten aber nicht (wesentlich) unterbinden kann.⁵⁰

Insbesondere können aber die moralischen Normen der Mehrheit nicht strafrechtliche Sanktionen gegen einverständige Beziehungen ausreichend urteilsfähiger Personen rechtfertigen.⁵¹

„Decriminalisation does not imply approval, and the fact that some sectors of the population might draw misguided conclusions in this respect from reform of the legislation does not afford a good ground for maintaining it in force with all its unjustifiable features".⁵²

(2) Art. 8 EMRK als Schutzrecht

Die Konventionsorgane verstehen die Grundrechte nicht rein negatorisch.

So weist der Gerichtshof im *Fall X und Y gegen die Niederlande* 1985 daraufhin, „daß obwohl [das] Ziel von Art. 8 im wesentlichen der Schutz des Individuums gegen willkürliche Eingriffe der öffentlichen Behörden darstellt, er doch nicht ausschließlich vom Staat fordert, sich solcher Eingriffe zu enthalten: Zu dieser Unterlassungspflicht kann eine positive Verpflichtung hinzukommen, die Teil einer wirksamen Beachtung des Privat- und Familienlebens darstellt (...). Diese Verpflichtungen können Maßnahmen einschliessen, um die Achtung des Privatlebens selbst im Bereich der Beziehungen der Individuen untereinander zu schützen".⁵³

Die Wahl der Mittel falle dabei im Prinzip in das Ermessen des Staates. „[D]ie Art der Verpflichtung des Staates hängt von dem jeweiligen Aspekt des Privatlebens ab, der in Frage steht. Der Schutz im Wege von Strafvorschriften ist nicht notwendigerweise die einzige Möglichkeit.“⁵⁴

Sind jedoch „grundsätzliche Werte und wesentliche Aspekte des Privatlebens betroffen“ und ist „wirksame Abschreckung“⁵⁵ „unerlässlich und [...] nur durch strafrechtliche Vorschriften erreich[bar]“, so besteht die Verpflichtung zum Einsatz des Strafrechts.⁵⁶

Bei der Prüfung, ob so eine Verpflichtung besteht, ist im konkreten Fall auf die Regelungen in den anderen nationalen Rechtsordnungen⁵⁷ sowie darauf Bedacht zu nehmen, daß das innerstaatliche strafrechtliche System konsistent ist. Hat ein Staat in einem Bereich „generell ein auf dem Strafrecht basierendes Schutzsystem gewählt“ und besteht „[d]ie einzige Lücke“ in dem vorliegenden Fall, so spricht dies für eine Verpflichtung zur Erlassung strafrechtlicher Normen für diesen Fall.⁵⁸

2.213 Innerstaatliche Rechtsprechung

Die innerstaatliche Rechtsprechung zu Art. 8 EMRK zeigt keine Abweichungen zu jener der Konventionsorgane.

Sowohl der Oberste Gerichtshof als auch der Verfassungsgerichtshof rechnen das private Sexualleben eines Menschen ohne Zweifel dem Privatleben zu.⁵⁹

Ansonsten hat die österreichische Rechtsprechung bisher keine differenzierten Aussagen zu Art. 8 getroffen⁶⁰, ausgenommen nur die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs vom 9. März 1978, in der er grundsätzlich zur Zulässigkeit der „Moral“ als Motiv für sexualstrafrechtliche Vorschriften Stellung genommen hat.⁶¹

„Gemessen an den Wertmaßstäben unserer Demokratie ist der Staat nicht dazu legitimiert, die Freiheit des Individuums in Ansehung von Verhaltensweisen einzuschränken, die der Öffentlichkeit gegenüber in Erscheinung treten und weder Gemeinschaftsinteressen noch auch legitime Interessen anderer Individuen irgendwie beeinträchtigen. Der Umstand, daß dieses Verhalten als unmoralisch qualifiziert wird, hat für sich allein noch nicht zur Folge, daß ein Verbot als zulässig, weil notwendig in einer demokratischen Gesellschaft beurteilt werden dürfte.“⁶²

Dementsprechend hat der Verfassungsgerichtshof in diesem Fall die Pönalisierung der „in der Öffentlichkeit nicht in Erscheinung tretenden geschlechtlichen Hingabe [auch] wenn sie um einer bedungenen Entlohnung willen erfolgt“⁶³ als verfassungswidrig qualifiziert.⁶⁴

Dies gelte hingegen nur für entgeltliche, nicht jedoch für gewerbsmäßige sexuelle Kontakte,⁶⁵ weil diese „der Öffentlichkeit gegenüber notwendig in Erscheinung treten“⁶⁶. „Durch die

Gewerbsmäßigkeit [...] hör[e] die sexuelle Betätigung auf, eine private zu sein, da einer unbeschränkten Öffentlichkeit die Kenntnisnahme möglich"⁶⁷ sei.

Diese Argumentation ist dem Verfasser nicht nachvollziehbar. Auch sexuelle Kontakte zwischen Prostituierten und ihren Kunden finden üblicherweise im Privaten ohne Kenntnisnahme durch Unbeteiligte statt. Was der Verfassungsgerichtshof bei seinen Ausführungen im Auge zu haben scheint, ist vielmehr die Anbahnung dieser Kontakte.⁶⁸ Aber auch die Anbahnung kann so vorgenommen werden, daß sie nicht durch eine unbeschränkte Öffentlichkeit wahrgenommen werden kann; etwa auf dem Weg der privaten Vermittlung im Bekanntenkreis oder durch diskrete Kontaktaufnahme⁶⁹, sodaß Unbeteiligte nicht tangiert werden.⁷⁰

Solcherart privat bleibende sexuelle Kontakte von Prostituierten und deren Anbahnung müssen daher ebenfalls dem Schutzbereich des Art. 8 (1) EMRK zugerechnet werden.⁷¹

Zusammenfassung Kap. 2.21

Die Konventionsorgane ordnen in ständiger Rechtsprechung die selbstbestimmte Aufnahme und Unterhaltung sexueller Beziehungen dem Kernbereich des Rechts auf Achtung des Privatlebens zu. Dazu zählen auch sexuelle Kontakte gegen Entgelt.

Normen, die (privates) sexuelles Verhalten regeln, stellen einen Eingriff in dieses Recht dar, der den Anforderungen nach Art. 8 Abs. 2 EMRK genügen muß.

Strafrechtliche Normen, die das Verhalten von Kindern und Jugendlichen regeln, müssen gesetzlich vorgesehen sein und das zentrale Ziel verfolgen, die Entwicklung zu sexueller Autonomie zu gewährleisten. Zu diesem Zweck sind selbst Verbote einverständlicher Beziehungen im Privaten zulässig, wenn sie dem Schutz besonders verwundbarer Personen vor Ausbeutung und negativen Einflüssen dienen. Die besondere Verwundbarkeit kann sich ergeben aus geringem Alter, Unerfahrenheit, geistiger oder körperlicher Schwäche oder speziellen Abhängigkeiten.

Damit solche Normen mit Art. 8 EMRK vereinbar sind, müssen sie zur Erreichung dieser Ziele notwendig sein; das heißt der Staat muß ein dringendes soziales Bedürfnis nachweisen. Es reicht dabei nicht, daß Maßnahmen „reasonable“, „desirable“ oder „useful“ sind, vielmehr müssen besonders schwerwiegende Gründe vorliegen, und die Notwendigkeit auf weitgehenden wissenschaftlichen Konsens gegründet sein.

Darüberhinaus müssen die nachteiligen Folgen des strafrechtlichen Eingriffs zu dem verfolgten Ziel verhältnismäßig sein. Diese Verhältnismäßigkeit ist an den Kriterien „Pluralismus, Toleranz und Weltoffenheit“ zu messen. Undifferenzierte Regelungen sowie Normen, die Personen in Bereiche abdrängen, die durch ein Minus an medizinischer Versorgung gekennzeichnet sind, bedürfen besonders genauer Prüfung auf ihre Verhältnismäßigkeit. Die moralischen Auffassungen der Mehrheit können strafrechtliche Sanktionen gegen einverständige Beziehungen ausreichend urteilsfähiger Personen nicht rechtfertigen. Verbote, die ein Verhalten nicht wesentlich eindämmen, sind unverhältnismäßig.

Art. 8 EMRK fordert vom Staat nicht ausschließlich, sich Eingriffen zu enthalten: zu dieser Unterlassungspflicht kann eine positive Verpflichtung hinzukommen, die Maßnahmen einschließen kann, um die Achtung des Privatlebens selbst im Bereich der Beziehungen der Individuen untereinander zu schützen. Die Wahl der Mittel steht der nationalen Behörde grundsätzlich frei. Unter gewissen Umständen besteht aber auch die Verpflichtung zum Einsatz strafrechtlicher Instrumentarien.

Die innerstaatliche Rechtsprechung zu Art. 8 bietet keine Abweichung zur Rechtsprechung der Konventionsorgane.

Anmerkungen Kap. 2.21

¹ Die meisten nationalen Rechtsordnungen kannten zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der EMRK kein genau entsprechendes Grundrecht (Scheuner 1967, S. 221).

² *X v. Germany* (Appl. 104/55, decision of 17.12.1955, 1 YB 228);
X v. Germany (Appl. 167/56, decision of 28.9.1956, 1 YB 235);
X v. Germany (Appl. 261/57, decision of 16.12.1957, 3 YB 255);
X v. Germany (Appl. 530/59, decision of 4.1.1960, 3 YB 184);
X v. Germany (Appl. 600/59, decision of 2.4.1960, unveröff.);
X v. Germany (Appl. 704/60, decision of 4.8.1960, 3 Coll. Dec.);
X v. Austria (Appl. 1138/61, decision of 18.6.1963, 11 Coll. Dec. 9);
X v. Germany (Appl. 1307/61, decision of 4.10.1962, 5 YB 230);
X v. Germany (Appl. 2566/65, decision of 6.2.1967, 22 Coll. Dec. 35);

³ *X v. Iceland* (Appl. 6825/74, decision of 18.5.1976, YB 19, 342/DR 5, S. 370/87, zitiert nach Breitenmoser 1986, S. 85/Anm. 163 sowie Oosterwijck 1979, 51)

⁴ *Brüggemann & Scheuten v. Germany* (Appl. 6959/75, Kommissionsbericht vom 12. Juli 1977, DR 10, 100, 55f [EuGRZ 1978, 199] zitiert nach Breitenmoser 1986, S. 85/Anm. 165 u. S. 148/Anm. 313 sowie nach Oosterwijck 1979, 51)

vgl.: „much of the richness of a relationship will come from the freedom an individual has to *choose* the form and nature of these intensely personal bonds" (*Hardwick v. Bowers*, 106 S.Ct. 2841 [1986], Blackmun dissenting, II.A.)

⁵ Oosterwijk 1979 (§ 51); *Deklerck v. Belgium* (Appl. 8307/78, 11. Juli 1980, DR 21, 116);

⁶ „the maintenance in force of the impugned legislation constitutes a continuing interference with the applicant's right to respect for his private life (which includes his sexual life) within the meaning of Art. 8 1" (Dudgeon 1981, § 41)

⁷ Norris 1988 (§ 35ff); Modinos 1993 (§ 17ff)

⁸ Das Recht zur Selbstbestimmung wird weithin als der Kern des Anspruchs auf Schutz der Privatsphäre gesehen. Das deutsche Bundesverfassungsgericht bezeichnet es etwa schlicht als das „Recht, in Ruhe gelassen zu werden" (BVerfGE 27, 1 [6], *Mikrozensus-Beschluß*, zitiert nach Rohlf 1980, S. 86/Anm. 99) und Warren & Brandeis, auf deren Werk aus dem Jahre 1890 in den USA die heutige Anerkennung des ungeschriebenen Rechts auf Schutz der Privatsphäre beruht, betrachteten den „Kern des right of privacy [...] im Recht des Einzelnen zu bestimmen, in welchem Umfang seine Gedanken und Gefühle anderen mitgeteilt werden sollen". Den Selbstbestimmungsgedanken drückten sie am treffendsten durch die Formel aus: „The right to share and withhold" (Warren and Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 Harv.L.Rev.198 [1890], zitiert nach Kamlah 1969, S. 97/Anm. 1 und S. 57/Anm. 4).

vgl. „the right to be let alone [is] the most comprehensive of rights and the right most valued by civilized men" (*Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 478 [1928], Brandeis dissenting, zitiert nach Miller 1971, p. 219/Anm. 112 und Kamlah 1969, S. 57/Anm. 4; ebenso *Hardwick v. Bowers*, 106 S.Ct. 2841 [1986], Blackmun dissenting)
vgl. auch William Pitt: „The poorest man may in his cottage, bid defiance to all the forces of the Crown. It may be frail; its roof may shake; the wind may blow through it; the storm may enter; the rain may enter; but the King of England may not enter; all his forces may not cross the threshold of the ruined tenement" (zitiert nach Smith 1980, p. 8)

⁹ „A persons sexual life is undoubtedly part of his private life of which it constitutes an important aspect" (*X. v. BRD* 1975); ebenso: Wells 1978 (§ 126);

vgl.: „Die Einzigartigkeit des Individuums wird durch [...] seine Geschlechtlichkeit [...] bestimmt" (Ermacora 1988, S. 159)

vgl. auch: „Indeed, the right of an individual to conduct intimate relationships in the intimacy of his or her own home seems to me to be the heart of the Constitution's protection of privacy" (*Hardwick v. Bowers*, 106 S.Ct. 2841 [1986], Blackmun dissenting, II.B.)

¹⁰ vgl. „Only the most willful blindness could obscure the fact that sexual intimacy is a sensitive, key relationship of human existence, central to family life, community welfare and the development of human personality" (*Hardwick v. Bowers*, 106 S.Ct. 2841 [1986], Blackmun dissenting, II.A.)

¹¹ Guradze (1968, S. 118f); Hoffmann-Remy (1976, S. 99); Robertson (1977, S. 87, „moral and intellectual freedom"); Nedjaty (1978, S. 154); Öhlinger (1982, S. 235); Breitenmoser (1986, S. 88ff);

vgl. auch: „Respect for moral independence requires certain limits on the scope of state power and special protection of areas of crucial moral independence improperly subject to such state power [...] Intimate relationships - which give play to love, devotion, friendship as organizing themes in self-conceptions of permanent value in living - are among the essential resources of moral independence" (Richards 1986, p. 243f) und „Privacy is the right to control your own body" (Smith 1980, p. 313)

¹² Auch das deutsche *Bundesverfassungsgericht* und das *Supreme Court der USA* zählen das Sexualleben zum zentralen Bereich des grundrechtlich geschützten Privatlebens.

vgl.: Die Einbeziehung des Sexualbereichs in den verfassungsrechtlichen Privatsphärenschutz ist mit dem Ziel erfolgt, dem Einzelnen das Recht zu gewährleisten, „seine Einstellung zum Geschlechtlichen selbst zu bestimmen" (BVerfGE 47, 46 [73], zitiert nach Rohlf 1980, S. 102/Anm. 174 und Breitenmoser 1986, S. 55/Anm. 67)

vgl. auch: „ability independently to define one's identity [...] is central to any concept of liberty [We all depend on the] emotional enrichment of close ties with others" (*Roberts Case*, 468 U.S., at 619, 104 S.Ct., zitiert nach *Hardwick v. Bowers*, 106 S.Ct. 2841 [1986], Blackmun dissenting, II.A.)

Neuerdings geht das US-amerikanische Höchstgericht allerdings insofern einen anderen Weg als es nicht (mehr) alle privaten sexuellen Kontakte zwischen Menschen dem verfassungsrechtlich geschützten Privatleben zuordnet, sondern nur jene, die eine Verbindung zu „family, marriage or procreation“ aufweisen; homosexuelle Beziehungen, außereheliche Kontakte und Inzest genießen danach keinen Schutz (*Hardwick v. Bowers*, 106 S.Ct. 2841 [1986], [2] & [3]).

siehe ausführlich zur deutschen Rechtsprechung: Badura (in Sonderausschuß 1970, S. 1098ff); Rüpke (1976, S. 22); Rohlf (1980, S. 37)

siehe ausführlich zur US-amerikanischen Rechtsprechung: Kamlah (1969); Miller (1971); Smith (1980); Richards (1986)

¹³ also nicht in der Öffentlichkeit in Erscheinung tretendes Sexualverhalten (vgl. Breitenmoser 1986, S. 85ff)

¹⁴ ECmHR: *Wells v. UK* 1978 („not in dispute“); Desmond 1984 (p. 5); Johnson 1986 (p. 13); Zukrigl 1992 (p. 7); stillschweigend vorausgesetzt in *X. v. Belgium* 1982 (p. 3);

EuCtHR: Dudgeon 1981 (§ 41); stillschweigend vorausgesetzt in: Norris 1988 (§ 35ff); Modinos 1993 (§ 17ff)
vgl.: Breitenmoser (1986, S. 40); Rüpke (1976, S. 22, „bislang nicht in Frage gestellte Auffassung“);

¹⁵ so auch Hoffmann-Remy (1976, S. 106f); Breitenmoser (1986, S. 88f, „kein Zweifel darüber“)
ebenso die Rechtsprechung des österreichischen Verfassungsgerichtshofs (vgl. unten 2.213)

¹⁶ in *X. v. Iceland* 1976 (zitiert nach Breitenmoser 1986, S. 85)

ebenso der österreichische Verfassungsgerichtshof (vgl. unten 2.213) sowie - anscheinend - das deutsche Bundesverfassungsgericht (vgl. Rohls 1980, S. 103)

anders offenbar der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, wenn er die Feststellung, wonach die Funktion sexualstrafrechtlicher Vorschriften darin bestehe, „die öffentliche Ordnung und Sittlichkeit aufrechtzuerhalten und den Bürger vor ärgerniserregenden und verletzenden Verhaltensweisen zu schützen“ nicht zur Eingrenzung des Schutzbereichs des Art. 8 (1) EMRK sondern im Rahmen der Zulässigkeits-Prüfung nach Art. 8 (2) EMRK trifft (Dudgeon 1981, 49)

¹⁷ so auch Hoffmann-Remy (1976, S. 107)

¹⁸ Hoffmann-Remy (1976, S. 106)

¹⁹ Breitenmoser (1986, S. 89)

²⁰ Damit werden auch schwierige Abgrenzungsfragen vermieden, inwieweit ein sexuelles Verhalten noch im Privaten oder schon in der Öffentlichkeit vorgenommen wurde.

²¹ siehe zu dieser ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs statt vieler: Handyside 1976 (§§ 42ff); Sunday Times 1979 (§ 45, § 59ff); Dudgeon 1981 (§ 43, § 51, § 53); Lingens 1986 (§ 39f); Norris 1988 (§ 41); Barfod 1989 (§ 27f); Modinos 1993 (§ 25)

²² Weitgehend ähnliche Erfordernisse verlangt die Rechtsprechung des deutschen *Bundesverfassungsgerichts* und des *US-Supreme Courts* (siehe dazu eingehend Badura [in Sonderausschuß 1970, S. 1098ff]; Rohlf 1980, S. 74ff; Rüpke [1976]; Harvard Law Review 1989; Kamlah [1969, insbesondere S. 66]; Knutson [1980]; Miller [1971]; Richards [1986]; Sloan [1987]; Smith [1980]) sowie das UN-Human Rights Committee (Toonen 1994, Pkt. 8.3).

²³ EuCtHR: Fall *Klass et. al.* (judgement of 6.9.1978, Serie A, Nr. 28, 42, zitiert nach Breitenmoser 1986, S. 83/Anm. 158)

ECmHR: Fall *Caprino v. UK* 1978 (YB 284, 294, zitiert nach Ermanski 1992, p. 146/Anm. 42)

²⁴ EUCtHR: Sunday Times 1979 (§ 49); Fall Malon 1984 (judgement 2.8.1984, Serie A, Nr. 82, zitiert nach Breitenmoser 1986, S. 174/Anm. 136)

²⁵ „[a]s a rule the purpose of the laws relating to sexual offences (is) to protect the rights of other persons" (Wells 1978, § 131)

ebenso: *X. v. Belgium* 1982 (S. 3)

²⁶ „the Commission does not consider it necessary to determine whether the interference was also justified as being for the protection of morals as well" (Wells 1978, § 136)

²⁷ „the relevant ground being again the protection of the rights and freedoms of others" (Wells 1978, 145)

²⁸ „the criterion of social protection or the protection of the moral interests and welfare of young people still remains the basis of justification under paragraph 2 of Art. 8" (Desmond 1984, Ziff. 11, p. 8)

²⁹ „The fact remains that the action of the German legislature was clearly inspired by the need to protect the rights of children and adolescents and enable them to achieve true autonomy in sexual matters" (*X. v. BRD* 1975)

³⁰ „This need is broadly admitted in a large number of member states" (*X. v. BRD* 1975)

³¹ „The only difficulty which remains is therefore to decide up to which age the protection of an adolescent is necessary" (*X. v. BRD* 1975)

³² bestätigt in Norris 1988 (§ 42) und Modinos 1993 (§ 25)

³³ „it is somewhat artificial in this context to draw a rigid distinction between protection of the rights and freedoms of others and protection of morals." (Dudgeon 1981, § 47)

vgl.: „zunächst hätte geklärt werden müssen, welche Moral mit den Grundsätzen einer demokratischen Gesellschaft vereinbar ist" (Hofmann-Remy 1976, S. 100)

³⁴ „protection of the rights and freedoms of others, when meaning the safeguarding of the moral interests and welfare of certain individuals or classes of individuals who are in need of special protection for reasons such as lack of maturity, mental disability or state of dependence, amounts to one aspect of protection of morals (see *mutatis mutandis*, the Sunday Times judgement of 26 April 1979, Series A, no. 30, p. 34, 56)" (Dudgeon 1981, §47)

³⁵ „The Court is not concerned with making any value-judgement as to the morality of homosexual relations" (Dudgeon 1981, § 54).

³⁶ „The overall function of the criminal law in this field is, in the words of the Wolfenden report (...), to preserve public order and decency [and] to protect the citizen from what is offensive or injurious. Furthermore, this necessity for some degree of control may even extend to consensual acts committed in private, notably where there is call - to quote the Wolfenden report once more - to provide sufficient safeguards against exploitation and corruption of others, particularly those who are specially vulnerable because they are young, weak in body or mind, inexperienced, or in a state of special physical, official or economic dependence" (Dudgeon 1981, § 49).

³⁷ „In practice there is legislation on the matter in all the member states of the Council of Europe" (Dudgeon 1981, 49)

³⁸ Handyside 1976 (§ 42ff); Sunday Times 1979 (§ 45, § 59ff); Dudgeon 1981 (§ 43, § 51, § 53); Lingens 1986 (§ 39f); Norris 1988 (§ 41); Barfod 1989 (§ 27f); Modinos 1993 (§ 25)

³⁹ Dudgeon 1981 (§ 51); ebenso: Handyside 1976 (§ 48); Sunday Times 1979 (§ 59); Norris 1988 (§ 41f); Modinos 1993 (§ 25)

anders Walsh: „In my view this is an area in which the legislature has a wide discretion or margin of appreciation which should not be encroached upon save where it is clear beyond doubt that the legislation is such that no reasonable community could enact" (Walsh in Dudgeon 1981 dissenting) und Castberg: „The Convention accepts such restrictions as are prescribed by law and necessary in a democratic society for the sake of various public interests enumerated in the Convention, such as public safety. However, when deciding what is necessary in this respect, the assessment of the competent national authorities cannot be ignored. The Commission, and possibly the Court in Strasbourg, can only ensure that the judgement exercised by the national authorities is not unreasonable" (Castberg 1974, p. 10)

anders auch noch Wells 1978: „realistic basis for the respondent Government's opinion" (§ 154)

vgl. US-Supreme Court: „We do not accept that statutes should be upheld if there is any possible basis for concluding that they serve a rational purpose" (*Loving v. Virginia* 87 S.Ct. 1817 [1917], zitiert nach Ermacora 1971, S. 9/Anm. 7)

⁴⁰ Dudgeon 1981 (§ 60); Norris 1988 (§ 42, „nor was it argued that Irish society special need to be protected from such activity"); Modinos 1993 (§ 25); Fall Tyrer 1978 (EuGRZ 1979, 165, zitiert nach Ermacora et al. 1983, S. 154) So geht der Gerichtshof in Dudgeon deshalb von einem weiten Ermessensspielraum im Bereich der Moral aus, weil hier die Übereinstimmung sehr gering sei. Daraus folgt, daß bei Fragen der „Moral", wo ein großes Maß an Übereinstimmung feststellbar ist, der Spielraum gering ist (Dudgeon 1981, § 52).
vgl. zum Ganzen eingehend oben 2.13

⁴¹ EuCtHR: Dudgeon 1981 (§ 60); Rees 1986 (§ 47, „scientific and societal developments")

EuCmHR: *X v. BRD* 1975 („It can therefore be admitted that the age above which homosexual relationships are no longer subject to the criminal law may be fixed within a reasonable margin and vary depending on the attitude of society"); Oosterwijk 1978, 57, „development of medical science")

Die Berücksichtigung der öffentlichen Meinung ist jedoch nur in engen Grenzen möglich. Sie kann für sich alleine einen Eingriff nicht rechtfertigen (siehe dazu oben 2.12).

siehe zur Frage des Ermessensspielraums auch Helfer (1990, p. 1052)

⁴² siehe Dudgeon 1981 (§ 60); ebenso das UN-Human Rights Committee in Toonen 1994 (Pkt. 8.6)

⁴³ Dudgeon 1981 (§ 52)

auch „essentially private manifestation of the human personality" (Dudgeon 1981, § 60)

⁴⁴ Dudgeon 1981 (§ 52); Norris 1988 (§ 46); Modinos 1988 (§ 25)

so auch Rohlf (1980, S. 37)

⁴⁵ *X v. BRD* 1975;

ebenso Wells 1978 (§ 168f)

In allen anderen Fällen, in denen die Kommission über Mindestaltersbestimmungen für homosexuelle Beziehungen zu entscheiden hatte (vgl. unten Kap. 4.2 [3]) bezog sie sich auf die in diesen beiden Entscheidungen entwickelten Kriterien.

⁴⁶ Dudgeon 1981 (§ 53); bestätigt in Norris 1988 (§ 44) und Modinos 1993 (§ 25)

vgl. auch: Handyside 1976, Young, James and Webster 1981 und Lingens 1986, Otto-Preminger-Institut 1994 („pluralism, tolerance and broadmindedness", § 49, § 63, § 41, S. 15)

⁴⁷ „The Court was first struck by the absolute nature of the Supreme Court injunction [...] On that ground alone the restriction appeared overbroad and disproportionate" (Open Door and Dublin Women Well 1992 (§§ 67-77, S. 31))

⁴⁸ „The information that the injunction sought to restrict was therefore already available elsewhere, although in a manner which was not supervised by qualified personnel and thus less protective of women's health" (Open Door and Dublin Women Well 1992 (§§ 67-77, S. 31))

⁴⁹ „Finally, the available evidence, which has not been disputed by the Government, suggested that the injunction had created a risk to the health of those women who are now seeking abortions at a later stage in their pregnancy, due to lack of proper counselling, and who are not availing of customary medical supervision after the abortion has taken place" (Open Door and Dublin Women Well 1992 (§§ 67-77, S. 32))

⁵⁰ „the Court recalled that the injunction did not prevent Irish Women from having abortions abroad and that the information it sought to restrain was available from other sources" (Open Door and Dublin Women Well 1992 (§§ 67-77, S. 32))

⁵¹ „Although members of the public who regard homosexuality as immoral may be shocked, offended or disturbed by the commission by others of private homosexual acts, this cannot on its own warrant the application of penal sanctions when it is consenting adults alone who are involved" (Dudgeon Ziff. 60)

Obwohl der Gerichtshof in diesem Zusammenhang von einverständigen „Erwachsenen" spricht, erscheint im Zusammenhang mit seinem Verständnis des Zwecks sexualstrafrechtlicher Normen (siehe die obigen Ausführungen zu den zulässigen Zielen; 2.212 [1] [b] [bb]) als Schutz derjenigen, die sich nicht selbst schützen können, klar, daß hinter dem Kriterium „Erwachsener" das Merkmal „ausreichend einsichts- und urteilsfähig" steht. Das entspricht auch dem Wesen des Grundrechtsschutzes (siehe oben 2.12).

⁵² Dudgeon 1981 (§ 61); Norris 1988 (§ 46); Modinos 1993 (§ 25)

vgl.: „Die Verhinderung von strafbaren Handlungen oder die nationale Sicherheit vermögen beispielsweise in weitergehendem Maße Grundrechtseinschränkungen zu rechtfertigen als etwa das wirtschaftliche Wohl des Landes oder der Schutz (des rechtsphilosophischen Instituts) der Moral" (Breitenmoser 1986, S. 79)

Bemerkenswert ist, daß das UN-Human Rights Committee im mangelnden gesellschaftlichen Konsens über die Notwendigkeit eines Strafgesetzes einen Hinweis darauf sah, daß die Strafbestimmung nicht notwendig zum Schutze der Moral ist (Toonen 1994, Pkt. 8.6).

⁵³ *X.u.Y. v. NL* 1985 (S. 298, § 23)

so auch Marckx 1979 (§ 31); Airey 1979 (§ 32); Rasmussen 1984; Rees 1986 (§ 35)

EuCmHR: Oosterwijk 1978 (§ 45)

so auch die Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts (vgl. Badura in Sonderausschuß 1970, S. 1098ff)

vgl. auch: „Privatleben ist alles das, was höchstpersönlich ist, sodaß es die Einzigartigkeit des Individuums ausmacht [...] Der Staat darf in diese Bereiche nicht eingreifen. Er muß alles tun, um sie vor welchen Eingriffen auch immer zu schützen: Der Staat darf nicht die Sexualität tangieren [...] Der Staat hat auf diesen Gebieten Handlungen nicht nur zu unterlassen, sondern mit besonderen Maßnahmen das Privatleben zu schützen" (Ermacora 1988, S. 159)

⁵⁴ *X.u.Y. v. NL* 1985 (S. 298, § 24)

⁵⁵ Wenn der Gerichtshof hier von wirksamer „Abschreckung" spricht, so kann dies nur im Sinne eines „wirksamen Schutzes" zu verstehen sein. Eine Abschreckung, die nur unter unverhältnismäßigen Nachteilen (auch) für das potentielle Opfer zu erreichen ist, ist mit den Grundsätzen der Konvention nicht vereinbar.

⁵⁶ *X.u.Y. v. NL* 1985 (S. 299, § 27)

Diese Voraussetzungen sah der Gerichtshof im vorliegenden Fall, in dem es um erzwungenen Sexualverkehr mit einer 16jährigen geistig behinderten Frau ging, als gegeben an.

⁵⁷ *X.u.Y. v. NL* 1985 (S. 299, § 27, „tatsächlich wird normalerweise dieser Bereich durch derartige Vorschriften geregelt"); Rees Case 1986 (§ 37, „It would therefore be true to say that there is at present little common ground between the Contracting States in this area and that, generally speaking, the law appears to be in a transitional stage. Accordingly, this is an area in which the Contracting States enjoy a wide margin of appreciation")

⁵⁸ *X.u.Y. v. NL*, (S. 299, §27)

⁵⁹ „Sexualverhalten, das nicht in der Öffentlichkeit in Erscheinung tritt, zählt jedenfalls zur Privatsphäre des Menschen“ (VfSlg. 8272/78, S. 178); ebenso VfSlg. 11926/88 (S. 666) und VfSlg. 8907/80 (S. 117). Der Oberste Gerichtshof hat 1970 Art. 8 EMRK zur Auslegung der Kuppeleibestimmung des Strafgesetzes 1852 herangezogen und entschieden, daß ein Gastwirt nicht die Intimbeziehungen seiner Gäste überprüfen muß (OGH 8.7.1970 = ÖJZ 1971, 158, zitiert nach Breitenmoser 1986, S. 90/Anm. 173, Hoffmann-Remy 1976, S. 102, Ermacora/Tretter/Nowak 1983, S. 420).

⁶⁰ Die neuere Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs zur Erwerbsfreiheit zeigt jedoch, daß er auch bei nur innerstaatlich verankerten Grundrechten ähnliche Kriterien entwickelt, wie die Konventionsorgane für Art. 8. So verlangt er für die Beschränkung der Erwerbsfreiheit den Nachweis, daß die Maßnahme durch das öffentliche Interesse geboten und darüberhinaus zur Zielerreichung geeignet, adäquat und auch sonst sachlich zu rechtfertigen sein muß (Ladenschluß I, VfSlg. 11558/87, S. 561). Bei der Prüfung dieser Voraussetzungen nimmt er Bezug auf Beispiele aus dem Ausland und verlangt bei Beeinträchtigung „nicht unbeachtlicher“ Interessen besonders gewichtige Gründe. Starre Regelungen, die selbst geringe Anpassungen nicht ermöglichen, sieht er als verfassungswidrig (Ladenschluß II, VfGH 21.6.89, G 198, 234/88 = JB1 1989, 713).

⁶¹ so Ermacora/Tretter/Nowak (1983, S. 403)

⁶² VfSlg. 8272/78 (S. 178f)

⁶³ VfSlg. 8272/78 (S. 178)

⁶⁴ VfSlg. 8272/78 (S. 179)

⁶⁵ VfSlg. 8272/78 (S. 179)

⁶⁶ VfSlg. 11926/88 (S. 666)

⁶⁷ VfSlg. 8907/80 (S. 117)

⁶⁸ so ausdrücklich VfSlg. 8272/78 (S. 179, „Durch die außerhalb behördlich bewilligte Bordelle erfolgende Anbahnung von Beziehungen zur Ausübung der Prostitution tritt nämlich diese selbst der Öffentlichkeit gegenüber auf eine Art in Erscheinung, die es ausschließt, dieses Verhalten der Privatsphäre des Individuums zuzurechnen“)

⁶⁹ z.B. in dafür bekannten Lokalen.

⁷⁰ vgl. „In einem Entscheid aus dem Jahre 1975 stellte das Schweizerische Bundesgericht beispielsweise fest, daß die Prostitution, soweit sie nicht strafbar sei, den Schutz des Grundrechts der Handels- und Gewerbefreiheit genieße (BGE 101 Ia 473; EuGRZ 1976, 202). Das Bundesgericht führte etwa aus, daß sich der Bundesgesetzgeber darauf beschränkt habe, die Strafbarkeit gewisser Vorbereitungshandlungen, Auswüchse und Begleiterscheinungen der Prostitution vorzusehen. So bezwecke Art. 206 StGB, der das Anlocken zur Unzucht betreffe, die Wahrung der öffentlichen Sittlichkeit und die Verhinderung von Reaktionen, die Prostituierte auslösten, wenn sie ihren Leib in einer für jedermann erkennbaren Weise feilhielten. Doch diene diese Vorschrift nicht dazu, jeden Gang einer Prostituierten auf öffentlichen Straßen zum Zwecke der Kundensuche unter Strafe zu stellen. Weil die angefochtene kantonale Strafbestimmung gerade ein solches Verbot, jedenfalls tagsüber, enthielt, erklärte sie das Bundesgericht für verfassungswidrig“ (Breitenmoser 1986, S. 89/Anm. 172)

⁷¹ ganz abgesehen davon, daß richtigerweise sexuelles Verhalten ganz generell dem Privatleben zuzurechnen ist (vgl. oben 2.212 [1] [b] [aa])

2.22 Recht auf Freiheit von Diskriminierung und auf Gleichbehandlung

Aus dem Grundanliegen der Menschenrechte, die Schwächeren gegen die Fremdherrschaft der Stärkeren zu schützen¹, folgt nicht nur das Grundrecht auf Selbstbestimmung, sondern auch das Verbot von Diskriminierung.

„Ziel jeder Gesellschaft muß es sein [...], den Abbau des Vorurteils zu erreichen“², also dafür Sorge zu tragen, daß die natürliche Ungleichheit zwischen Menschen nicht zu Benachteiligungen führt.³

In dem Wissen, daß „alle Formen dieser Ungleichstellungen, vor allem wenn sie durch die staatlichen Autoritäten bewirkt, befördert oder geduldet worden sind oder werden, zu Haß, Voreingenommenheit, Unfrieden, Menschenmissachtung, und je nach dem Ausmaß der Ungleichstellungen zur Bedrohung des Bürgerfriedens, ja gar des internationalen Friedens geführt haben oder führen“⁴, wurden in internationale Menschenrechtsvereinbarungen, darunter auch die europäische Menschenrechtskonvention, Diskriminierungsverbote aufgenommen.

Die Vertragsparteien haben sich damit ein „humanes Ziel ersten Ranges gesetzt: nämlich die Vorurteile menschlicher Sozialgestalt - wie die Rasse, die Religion, die Sprache, das Geschlecht, die Hautfarbe, den sozialen Status und ethnischen Ursprung u.a. -, an die die staatlichen Gesellschaften manche oft diffamierende Folgen knüpfen und deren besondere Berücksichtigung im öffentlichen Leben soviel Unheil und Unglück anrichten, zu zerschmettern“^{5, 6}. Das Diskriminierungsverbot soll „durch diese menschlichen Eigenschaften hindurch auf den Menschen hin[zu]führen, um ihn allein als den Größenwert gesellschaftlichen Zusammenlebens herauszuheben“^{7, 8}.

2.221 Art. 14 EMRK

(1) Normtext

Art. 14 EMRK

„Der Genuß der in der vorliegenden Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten ist ohne Benachteiligung zu gewährleisten, die insbesondere im Geschlecht, in der Rasse, Hautfarbe, Sprache, Religion, in den politischen oder sonstigen Anschauungen, in nationaler oder sozialer

Herkunft, in der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, im Vermögen, in der Geburt oder im sonstigen Status begründet ist."

(2) Kein allgemeiner Gleichheitssatz

Art. 14 EMRK garantiert kein allgemeines Recht auf Gleichbehandlung, sondern gewährt nur im Bereich der anderen Konventionsrechte Schutz vor Diskriminierung.⁹

Dazu ist aber nicht Voraussetzung, daß ein anderes Konventionsrecht verletzt wurde. Auch eine Maßnahme, die für sich betrachtet, den Erfordernissen eines Konventionsartikels genügt, ist unvereinbar mit Art. 14, wenn sie diskriminiert. Art. 14 bildet gewissermaßen einen integralen Bestandteil jeder Bestimmung der Konvention, die Rechte und Freiheiten gewährt.¹⁰

Die Aufzählung der Merkmale in Art. 14 ist nicht erschöpfend. Jedes persönliche Merkmal durch das Personen oder Gruppen von Personen voneinander unterscheidbar sind, ist unter die Kategorie „other Status“ zu subsumieren.¹¹

(3) Prüfungsmaßstab

Für die Prüfung, ob eine Differenzierung eine unzulässige Diskriminierung darstellt, hat der Gerichtshof in seiner Grundsatzentscheidung im *Belgischen Sprachenfall* 1968 Kriterien entwickelt, die bis heute die Grundlage der Rechtsprechung zu Art. 14 bilden.¹²

Danach muß eine gesetzlich vorgesehene Unterscheidung auf einer „reasonable and objective justification“ beruhen¹³, deren Vorliegen sowohl anhand des Zwecks als auch der Folgen des Gesetzes zu prüfen ist. Dabei sind die Prinzipien einer demokratischen Gesellschaft zu beachten.¹⁴

Ein legitimes Ziel allein kann eine Differenzierung noch nicht rechtfertigen, vielmehr muß zusätzlich „a reasonable relationship of proportionality“ bestehen „between the means employed and the aim sought to be realised“.¹⁵

Für den Bereich des sexualstrafrechtlichen Jugendschutzes hat die Kommission in Anwendung dieser Prinzipien festgehalten, daß die Notwendigkeit sozialen Schutzes ein „reasonable criterion“ darstelle. Dies allein sei jedoch noch nicht ausreichend. Das verwendete Kriterium

muß vielmehr objektiv sein in dem Sinne, daß es mit Sicherheit gebraucht werden kann, ohne Gefahr zu laufen, wechselnder und willkürlicher Interpretation ausgesetzt zu sein.¹⁶

Deshalb müsse der Nachweis eines wesentlichen Unterschiedes in bezug auf die Sozialschädlichkeit eines Verhaltens „be based on various concordancing analyses of the position and particularly in the instant case, those of psychologists, sociologists and specialists in social protection“.¹⁷

Bis zum Ende der siebziger Jahre handhabten die Konventionsorgane diese Kriterien sehr weit. Abgesehen vom *Belgischen Sprachenfall* 1968 haben sie in keinem Fall eine Verletzung des Art. 14 festgestellt.¹⁸ Mitunter rechtfertigten sie Unterscheidungen damit, daß die Differenzierung nicht als „ill-intentioned“ qualifiziert werden könne.¹⁹

(4) Prüfungsmaßstab bei europäischem Konsens

Die neuere Rechtsprechung ist von diesem weiten Willkürmodell abgegangen und hat strengere Kriterien angelegt.²⁰

Zwar stehe den Staaten ein gewisser Ermessensspielraum bei der Beurteilung zu, inwieweit Unterschiede im Tatsächlichen Unterschiede im Recht erlauben. Dieser Spielraum sei aber umso geringer, je größer sich die Übereinstimmung zwischen den nationalen Rechtsordnungen darstellt.²¹ Dabei läßt der Gerichtshof mehr oder weniger deutliche Rechtsentwicklungen in eine bestimmte Richtung bereits genügen. Eine Umsetzung dieser Entwicklungen in einer großen Zahl von Vertragsstaaten ist nicht Voraussetzung für eine strengere Prüfung.²²

Diese strengere Prüfung erfaßt sowohl die Bestimmung zulässiger Ziele als auch die Feststellung der Verhältnismäßigkeit.²³

(a) Legitimes Ziel

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

Im Fall *Marckx* 1979 und *Inze* 1987 hielten sie fest, daß die Unterstützung und Förderung der traditionellen Familie legitim sei. Zur Durchsetzung dieses Zieles dürfe jedoch nicht auf Maßnahmen zurückgegriffen werden, deren Zweck oder Folge in der Benachteiligung

unehelicher Familien bestehe;²⁴ werde das Argument des „Schutzes der ehelichen Familie“ doch traditionellerweise herangezogen, um die Diskriminierung unehelicher Kinder zu rechtfertigen.²⁵

Auch der Schutz der „Ruhe“ einer bestimmten Bevölkerungsgruppe ist als Motiv unzulässig. So hat die Kommission im Fall *Abdulaziz et al.* 1985 das Argument der „Ruhe zwischen Rassen“ („racial tranquility“) als Rechtfertigung für Benachteiligungen nicht-weißer Personen zurückgewiesen, weil es die Interessen dieser Gruppe nicht ausreichend berücksichtige.²⁶ Und der Gerichtshof stellte fest, daß die „Ruhe der ehelichen Familie“ kein Motiv darstelle, das es rechtfertige, dem unehelichen Kind fundamentale Rechte vorzuenthalten.²⁷

Scharf lehnen die Konventionsorgane auch das Motiv der öffentlichen Meinung oder der herrschenden Meinung in einer bestimmten Bevölkerungsgruppe ab. Es sei genau die traditionelle Verachtung und Geringschätzung aller Arten von Minderheiten gegen die Art. 14 Schutz biete.²⁸

(b) Verhältnismäßigkeit

Im Bereich der Verhältnismäßigkeit verlangt die neuere Rechtsprechung, daß sich eine Ungleichbehandlung nicht auf allgemeine und abstrakte Erwägungen stützt, die zuweilen nicht die reale Situation widerspiegeln.²⁹

Ungleichheiten im Recht haben sich vielmehr an Ungleichheiten im Tatsächlichen zu orientieren, die allgemeine Merkmale der ungleich behandelten Gruppen oder Personen darstellen. Rechtliche Differenzierungen, die keine allgemeingültige Entsprechung in der Wirklichkeit haben, sind unzulässig.³⁰

Die Kommission sieht eine „legislation to the disadvantage of a minority based on a criterion [...] which in itself has no intrinsic link with the matter to be decided“ geradezu als den „classical case of discrimination“.³¹

Es genügt aber nicht, daß eine Regelung tatsächlich vorhandene Unterschiede deckungsgleich wiedergibt, sondern der Gerichtshof verlangt auch, daß die reale Ungleichheit von ausreichendem Gewicht sein muß. Er hat dabei Unterschiede von bis zu 45 Prozentpunkten als nicht ausreichend qualifiziert.³²

Darüberhinaus muß die Differenzierung den damit verfolgten Zweck auch wirklich erfüllen. Ist sie dazu nicht geeignet ist die Ungleichbehandlung unzulässig.³³

Sind Lösungen möglich, die ein legitimes Ziel auch ohne Benachteiligung einer Gruppe erreichen können, so haben die nationalen Behörden die Pflicht, diese Lösungen anderen Regelungen, die eine Ungleichbehandlung beinhalten, vorzuziehen. Dies auch, wenn die nicht-diskriminierenden Regelungen Reformen in anderen Rechtsbereichen notwendig machen.³⁴ Differenzierungen sind immer nur „ultima ratio“.³⁵

(5) Innerstaatliche Rechtsprechung

Obwohl Art. 14 EMRK als Teil der österreichischen Verfassung auch innerstaatliches Recht darstellt, besteht zu dieser Norm keine österreichische Rechtsprechung.³⁶

2.222 Der innerstaatliche Gleichheitssatz

(1) Normtext

Art. 2 Staatsgrundgesetz 1867

„Vor dem Gesetze sind alle Staatsbürger gleich.“

Art. 7 (1) Bundes-Verfassungsgesetz 1929

„Alle Bundesbürger sind vor dem Gesetz gleich. Vorrechte der Geburt, des Geschlechts, des Standes, der Klasse und des Bekenntnisses sind ausgeschlossen“³⁷

(2) Allgemeines Recht auf Gleichbehandlung

Im Gegensatz zu Art. 14 EMRK garantiert der innerstaatliche Gleichheitssatz nicht nur Gleichbehandlung im Anwendungsbereich bestimmter Grundrechte, sondern gewährt Schutz vor Benachteiligung in allen Rechtsbereichen.³⁸

Seit 1932 erkennt die Rechtsprechung ausdrücklich an, daß auch der Gesetzgeber an den Gleichheitssatz gebunden ist,³⁹ bis in die 50er-Jahre blieb sie dabei jedoch einer reinen

Willkürkontrolle verhaftet. Sie schien davon auszugehen, daß im Regelfall nichts gleichheitswidrig ist.⁴⁰

Diese Willkürkontrolle hat der Verfassungsgerichtshof dann zwar zugunsten einer Sachlichkeitsprüfung nach dem Gebot, „Gleiches gleich und Ungleiches ungleich“⁴¹ zu behandeln, aufgegeben, und auch guten Willen und ernstes Bemühen des Gesetzgebers um eine sachgerechte Lösung als Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung zunehmend nicht mehr gelten lassen;⁴² dennoch hat er bis weit in die 70er-Jahre den Gleichheitssatz als bloßes Exzessverbot verstanden und gehandhabt.⁴³ Die Aufhebung von Gesetzen sub titulo Gleichheit blieb eine mehr als theoretische Möglichkeit.⁴⁴

Erst in den 80er-Jahren setzte der Verfassungsgerichtshof dem Gestaltungsraum des Gesetzgebers engere Grenzen. Heute orientiert er sich in seiner Rechtsprechung zum Gleichheitssatz an einer strengen Prüfung der Sachlichkeit, die sich weit entfernt hat von der früheren Exzessformel.⁴⁵ Im einzelnen stellt sich die Prüfung von Gesetzen wie folgt dar.⁴⁶

(3) Gleich-Ungleich

Nach Kelsen rechtfertigt jeder Unterschied im Tatsächlichen auch eine Unterscheidung im Recht.⁴⁷ Diese Maxime ist jedoch zu weitgehend und führt zu untragbaren Ergebnissen.⁴⁸

Konsequent verstanden nimmt sie dem Gleichheitssatz jeden Anwendungsbereich, denn „Menschen sind nicht gleichberechtigt, weil sie gleich sind; sondern vielmehr, obwohl sie verschieden sind“⁴⁹. Dürfte jeder Unterschied im Tatsächlichen auch zu spiegelbildlichen Unterscheidungen im Recht führen, so müsste nie gleichbehandelt werden, können doch „zwei Dinge [...] nicht in jeder Beziehung gleich sein, sonst wären sie identisch“⁵⁰. Der Gleichbehandlungsgrundsatz verkäme zur bloßen Hülle.

Aus diesem Grund ist der Gleichheitssatz in der Philosophie im wesentlichen immer so verstanden worden, daß der Staat an Unterschiede im Tatsächlichen nur dann anknüpfen darf, wenn ein relevanter Grund dafür vorliegt.⁵¹ Der Gleichheitssatz geht von der Gleichbehandlungsvermutung und nicht von der Ungleichbehandlungsvermutung aus. Dem folgen die verschiedensten nationalen und internationalen Rechtsprechungen dadurch, daß sie Differenzierungen nur dann zulassen, wenn eine sachliche Rechtfertigung vorliegt.⁵²

Diese sachliche Rechtfertigung ist anhand bestimmter Vergleichspunkte zu beurteilen. Ungleichheiten dürfen nur dann Grundlage einer unterschiedlichen rechtlichen Behandlung sein,

wenn ein innerer Bezug zur Eigenart der normierten Materie besteht.⁵³ Die Differenzierungskriterien sind aus den Differenzierungszielen zu begründen.^{54,55}

So ist etwa „[d]ie Unterscheidung zwischen arm und reich [...] für das Steuerrecht erheblich, für das Wahlrecht hingegen belanglos“.⁵⁶

Im Bereich des Strafrechts ist zu berücksichtigen, daß Einschränkungen der Handlungsfreiheit eines Menschen, insbesondere wenn sie strafrechtliche Sanktionen androhen, nur dann zulässig sind, wenn dies zur Abwehr von Schädigungen anderer Personen notwendig ist („Sozialschadensprinzip“).⁵⁷ Zulässiges Differenzierungskriterium kann daher bei Strafnormen nur das Ausmaß der Sozialschädlichkeit eines bestimmten Verhaltens und die Notwendigkeit des Einsatzes von Strafdrohungen zur Abwehr des Schadens sein. Ungleichbehandlungen im Strafrecht sind nur zulässig, wenn eine Gruppe ein Rechtsgut „in signifikant höherem Grad gefährde[t]“⁵⁸ als eine andere.

(4) Abstellen auf den Regelfall

Bei der Beurteilung inwieweit für einen bestimmten Regelungsbereich wesentliche Ungleichheiten im Tatsächlichen vorliegen, darf der Gesetzgeber auf den Regelfall abstellen. Insbesondere kann er an verschiedene Stadien der menschlichen Entwicklung verschiedene Rechtsfolgen knüpfen, ohne gegen den Gleichheitssatz zu verstoßen.⁵⁹

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

Der Verfassungsgerichtshof hat dazu die Formel entwickelt, daß ein Abstellen auf den Regelfall zulässig sei, und „Härten in Grenzfällen“ die Sachlichkeit nicht berühren.⁶⁰

Grenzfälle versteht er dabei als „zu vernachlässigende Ausnahmen“ und „vereinzelte Härtefälle“. Solche Einzelfälle kann der Gesetzgeber grundsätzlich außer Acht lassen.⁶¹

Erreichen die Sondererscheinungen jedoch eine „nicht unerhebliche Zahl“ und treten sie „nicht bloß ausnahmsweise, sondern häufig“ auf, so ist eine undifferenzierte Regelung nicht mehr gerechtfertigt.⁶² Der Gesetzgeber kann dann der Verfassungswidrigkeit dadurch entgehen, daß er Ausnahmebestimmungen schafft.^{63 64}

(5) Geeignetheit der Differenzierung

Der Gesetzgeber ist in der Wahl der Mittel zur Zielerreichung grundsätzlich frei. Ungeeignete Mittel sind ihm jedoch verwehrt.⁶⁵ Ihr Einsatz widerspräche dem dienenden Charakter des Rechts.

Ist eine Differenzierung nicht geeignet den Zweck zu erfüllen, dessentwegen sie vorgenommen wurde, so ist sie unzulässig.⁶⁶ So etwa, wenn eine Differenzierung im Strafrecht erfolgt, die Strafbestimmungen den beabsichtigten Schutz vor Schaden jedoch nicht leisten können.

Der Verfassungsgerichtshof hat in seiner neueren Rechtsprechung die Geeignetheit von Differenzierungen sehr genau anhand statistischen Materials geprüft.⁶⁷

(6) Erforderlichkeit der Differenzierung

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

Vielmehr muß die Ungleichbehandlung im Sinne der größtmöglichen Effektivität der Grundrechte auch notwendig sein.⁶⁸ Ist ein Zweck auch anders erreichbar als durch eine Durchbrechung des Gleichheitsgrundsatzes, so ist eine Differenzierung nicht gerechtfertigt.⁶⁹

Dies gilt verstärkt im strafrechtlichen Bereich, wo Normen ohnehin nur als letztes Mittel zulässig sind („ultima ratio“).⁷⁰ Der Verfassungsgerichtshof verlangt hier, daß eine Pönalisierung auch nach den strengsten Kriterien unbedingt geboten ist.⁷¹

(7) Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers

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

Dieser Spielraum ist allerdings umso geringer, je schwerer der Eingriff ist, der mit der Differenzierung verbunden ist.⁷² Die Prüfung auf Übereinstimmung mit dem Gleichheitssatz wird daher besonders streng ausfallen müssen, wenn eine Ungleichbehandlung in einem

Bereich erfolgt, der auch durch ein anderes Grundrecht, wie etwa jenes auf Achtung des Privatlebens, geschützt ist.⁷³ Das ergibt sich schon aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.⁷⁴ Die Vor- und Nachteile einer Differenzierung hat der Gesetzgeber insbesondere bei Strafrechtsnormen sorgsam abzuwägen.⁷⁵

Der Prüfungsmaßstab verschärft sich nicht nur durch Eingriffe in eine positiviert grundrechtliche Position, sondern auch durch Berührung grundlegender Wertentscheidungen. So ergibt sich aus einer Zusammenschau der dem Minderheitenschutz dienenden Rechtsnormen, „daß sie eine Wertentscheidung des Verfassungsgesetzgebers zugunsten des Minderheitenschutzes enthalten“. Diese „vom Verfassungsgesetzgeber dem Minderheitenschutz zugemessene Bedeutung verlangt bei Regelungen, die die Stellung einer Minderheit innerhalb anderer gesellschaftlicher Gruppen betreffen, eine sehr differenzierende Abwägung“.⁷⁶

Der Gestaltungsraum des Gesetzgebers wird auch dadurch eingeschränkt, daß die Rechtsprechung, im Sinne eines konsequenten Verständnisses der Grundrechte als garantierte Mindestpositionen, die Beweislast für die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung dem Staat auferlegt.⁷⁷

Bei der Erlassung strafrechtlicher Jugendschutzbestimmungen muß sich dieser Nachweis auf maßgebende Expertenmeinungen und Erfahrungstatsachen stützen.⁷⁸

(8) Dynamische Interpretation

Neuerdings interpretiert der Verfassungsgerichtshof in Anlehnung an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte den Gleichheitssatz durchaus dynamisch.⁷⁹ Er verlangt, daß Gesetze stets dem Gleichheitssatz entsprechen müssen.⁸⁰

Normen, die ehemals verfassungskonform waren, können in verändertem gesellschaftlichem Umfeld invalidieren; dies insbesondere durch die Änderung anderer Rechtsbereiche.⁸¹

Auch auf Rechtsentwicklungen nimmt der Verfassungsgerichtshof Bezug. Liegt eine solche Entwicklung in Richtung des Abbaus bestimmter Ungleichbehandlungen vor, so müssen für solche Differenzierungen sehr gewichtige Gründe vorliegen.⁸²

Zusammenfassung Kap. 2.22

Das Verbot von Diskriminierung zählt zu den fundamentalen Anliegen des Menschenrechtsschutzes.

Art. 14 EMRK

Der in der Europäischen Menschenrechtskonvention verankerte Gleichheitssatz (Art. 14 EMRK) gewährt Schutz vor Diskriminierung nur im Bereich der anderen Konventionsrechte. Es kommt ihm aber insofern selbständige Bedeutung zu als Art. 14 auch anwendbar ist, wenn diese Rechte für sich allein genommen nicht verletzt sind.

Prüfungsmaßstab für die Konformität einer Ungleichbehandlung mit Art. 14 ist das Vorliegen einer „reasonable and objective justification“. Diese ist anhand der Maßstäbe einer demokratischen Gesellschaft zu prüfen.

Den Staaten steht ein gewisser Ermessensspielraum zu, der jedoch umso geringer ist, je größer sich die Übereinstimmung zwischen den nationalen Rechtsordnungen darstellt. Auch Rechtsentwicklungen in Richtung des Abbaus gewisser Diskriminierungen führen zu einer strengeren Prüfung.

Demgemäß haben die Konventionsorgane die folgenden Motive für Ungleichbehandlungen zurückgewiesen:

- Schutz und Förderung der traditionellen Familie
- Schutz der Ruhe einer bestimmten Bevölkerungsgruppe
- die öffentliche oder traditionelle Meinung bzw. die herrschende Meinung in einer bestimmten Bevölkerungsgruppe

Als zulässiger Zweck von Ungleichstellungen ist hingegen der soziale Schutz anerkannt. Aber auch zu diesem darf eine strafrechtliche Ungleichbehandlung nur dann erfolgen, wenn sich aus der übereinstimmenden Analyse verschiedener Wissenschaftszweige ergibt, daß von einer Gruppe eine wesentlich größere soziale Gefahr ausgeht als von einer anderen.

Rechtliche Differenzierungen müssen darüberhinaus auf Ungleichheiten von ausreichendem Gewicht beruhen, die allgemeine Merkmale der ungleich behandelten Gruppen darstellen. Und sie sind nur dann zulässig, wenn sie ihren Zweck auch wirklich erfüllen, und dieser Zweck nicht anders erreicht werden kann („ultima ratio“).

Innerstaatlicher Gleichheitssatz

Der innerstaatliche Gleichheitssatz (Art. 2 StGG, Art. 7 B-VG) gewährt Schutz gegen Benachteiligung in allen Rechtsbereichen.

Die Rechtsprechung ist heute von einer reinen Willkürprüfung ab- und zu einer strengen Prüfung der Sachlichkeit von Gesetzen übergegangen.

Rechtliche Differenzierungen sind demnach nur zulässig, wenn ihnen eine relevante Ungleichheit im Tatsächlichen zugrundeliegt.

Ob eine Ungleichheit als relevant beurteilt werden kann, ist anhand des jeweiligen Regelungsgegenstands zu beurteilen. Im Strafrecht darf nur die Notwendigkeit zur Abwehr sozialschädlichen Verhaltens als Kriterium herangezogen werden.

Der Gesetzgeber darf auf den Regelfall abstellen und vereinzelte Härtefälle außer Acht lassen; insbesondere darf er an verschiedene Stadien der menschlichen Entwicklung unterschiedliche Rechtsfolgen knüpfen. Er muß aber nicht bloß ausnahmsweise auftretende Sondererscheinungen entsprechend berücksichtigen.

Eine Differenzierung ist nur zulässig, wenn sie zur Zielerreichung geeignet und erforderlich ist. Im Strafrecht muß sie nach strengsten Kriterien unbedingt geboten sein.

Innerhalb dieser Bedingungen steht dem Gesetzgeber ein rechtspolitischer Spielraum zu. Dieser Spielraum verengt sich mit zunehmender Schwere des mit der Ungleichstellung verbundenen Eingriffs. Insbesondere wenn eine Ungleichstellung mit Eingriffen in andere Grundrechte verbunden ist, muß die Prüfung besonders streng ausfallen.

Regelungen, die die Stellung einer Minderheit innerhalb anderer gesellschaftlicher Gruppen betreffen, verlangen eine sehr differenzierte Abwägung.

Die Beweislast für die Beachtung der genannten Bedingungen bei Abweichungen vom Gleichheitssatz liegt beim Gesetzgeber.

Gesetze müssen zu jeder Zeit dem Gleichheitssatz entsprechen und Ungleichstellungen, die Rechtsentwicklungen widersprechen, bedürfen sehr gewichtiger Gründe.

Anmerkungen Kap. 2.22

¹ vgl. oben Kap. 2.11

² Ermacora (1988, S. 19)

³ Ermacora (1988, S. 66)

vgl. auch Speijer-Report (1969, Pkt. 8.1.4.)

⁴ Ermacora (1971, S. 7)

⁵ Ermacora (1971, S. 3)

⁶ anders Kelsen, für den der Gleichheitssatz „nur die logische Konsequenz des generellen Charakters jeder Norm [ist], die vorschreibt, daß bestimmte Individuen unter bestimmten Umständen in bestimmter Weise behandelt werden sollen, oder allgemeiner formuliert, die vorschreibt, daß unter einer bestimmten Bedingung eine bestimmte Behandlung erfolgen soll“ (Kelsen, *Das Problem der Gerechtigkeit*, Reine Rechtslehre², Anhang [1960] 393, zitiert nach Kiemenz 1987, S. 88/Anm. 27).

Damit „beinhaltet dann [die Gleichheit] nichts anderes als das Gebot der Normgemäßheit der Rechtsanwendung“ (Luf, *Freiheit und Gleichheit. Die Aktualität im politischen Denken Kants*, [1978] 52, zitiert nach Kiemenz 1987, S. 88/Anm. 27).

⁷ Ermacora (1971, S. 3)

⁸ vgl.: „*allgemeines Diskriminierungsverbot* [...] so effektiv, daß man es zum Bestandteil des allgemeinen Völkerrechts rechnen kann“ (Ermacora 1971, S. 254) und „Die Gleichheit des Menschen in seiner Würde ist ein dem positiven Recht vorgegebener Zustand; [...] Die Vorstellung der Gleichheit als Prinzip geht bis auf Aristoteles Nikomachische Ethik zurück“ (Ermacora 1988, S. 66)

vgl. auch: „over the last fifty years it has been firmly established that human rights now fall within the purview of international law. The most significant development has been the strong affirmation of the principle of equality of persons in dignity and rights and the rejection of personal distinctions based on irrelevant criteria. International organizations have taken the initiative in procuring the outlawing of *de jure* and *de facto* distinctions between human beings on the grounds of race, colour, sex, religion, language, political or other opinion, national or social origin, birth, and other status. Discrimination on these grounds, which often gives rise to inferior status under municipal law, has been characterized by the international community as scientifically false, morally condemnable, socially unjust, and dangerous. See the preambles to the United Nations Declaration on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination, Nov. 1963, and to the Convention on the same subject of Dec. 1965“ (McKean 1983, p. 11)

⁹ ECtHR: Belgian Linguistic Case 1968 (§ 9), National Union of Belgian Police Case 1975 (§ 44); Marckx 1979 (§ 32), Rassmussen 1984 (§ 29);

ECmHR: *N. v. Sweden* 1985 (Appl. 10410/83, 40 DR 203, 206), *H. v. UK* 1983 (Appl. 10000/82, 33, DR 247, 256); beide zitiert nach Helfer (1990, p. 1058/Anm. 95)

¹⁰ ECtHR: Belgian Linguistic Case 1968 (§ 9), National Union of Belgian Police Case 1975 (§ 44); Marckx 1979 (§ 32), Rassmussen 1984 (§ 29);

ECmHR: *Grandrath v. Germany* 1964 (Yearbook X, p. 678, zitiert nach Robertson 1977, p. 110/Anm. 94); anders noch die ECmHR vor 1964 (vgl. Guradze 1968, S. 189 mit Nachweisen)

ebenso Guradze (1968, S. 189); Castberg (1974, p. 159ff); Robertson (1977, p. 109f); Matscher (1981, S. 630ff); Sachs (1984b, S. 334ff)

¹¹ ECtHR: *Kjeldsen, Busk, Madsen & Pedersen v. Denmark* 1976 (Ser. A, 23, p. 28f, zitiert nach Helfer 1990, p. 1058/Anm. 96); Engel et al. 1976 (§ 72); Rasmussen 1984 (§ 34)

vgl. Ermacora: „Was der Begriff other status bedeutet, so ist dies in den Texten nirgends klargestellt. Man wird sagen können, daß er den demonstrativen Charakter der Aufzählung unterstreicht und sich nur auf in der Aufzählung nicht genannte persönliche Eigenschaften von Menschen beziehen kann" (Ermacora 1988, S. 78)

¹² EuCtHR: Marckx (1979), Abdulaziz et al. (1985); Lithgow et al. (1986); Rasmussen (1984); Inze (1987);
EuCmHR: *X. v. Germany* (1975); Wells (1978); *X. v. Belgium* (1982); Desmond (1984); Johnson (1986); Zukrigl (1992)

¹³ Belgian Linguistic Case 1968 (p. 34, § 10); Dieses Kriterium bezieht der Gerichtshof aus der „legal practice of a large number of democratic States" (ebendort)

¹⁴ Belgian Linguistic Case 1968 (p. 34, § 10)
Beachte, daß der Gerichtshof diese Prinzipien als „Pluralismus, Toleranz und Weltoffenheit" bestimmt (Nachweise oben in Kap. 2.11 und 2.21)

¹⁵ Belgian Linguistic Case (p. 34, § 10)
vgl.: „Whilst the aforesaid aim was without doubt legitimate, this does not in itself establish the legitimacy of the difference made" (Abdulaziz et al. 1985, 78)

¹⁶ „Does it however constitute an objective criterion in the sense that it can be used with certainty without being subject to variable or arbitrary interpretations?" (*X. v. BRD* 1975, YB 288)

¹⁷ *X. v. BRD* 1975 (YB, 288)

¹⁸ siehe Helfer (1990, p. 1067)

¹⁹ ECtHR: National Union of Belgian Police Case 1975 (p. 21); *Mathieu-Mohin & Clerfayt* (Ser. A, 113, p. 25f);
Swedish Engine Drivers Union (Ser. A, 20, p. 17); alle zitiert nach Helfer (1990, p. 1066/Anm. 149)
EuCmHR: *A. v. Germany* (Appl. 9792/82, DR 173, 176, Helfer 1990, p. 1066/Anm. 149)

kritisch Matscher (1981, S. 629)

vgl. dazu: „In Wahrheit ist diese Grundlegung der Abbau eines völkerrechtliche relevanten Diskriminierungsbegriffs, denn man orientiert sich an nichtssagenden Prinzipien und sodann an den Sachgeboten der nationalen Lage. Das nimmt dem Diskriminierungsbegriff jeden Maßcharakter" (Ermacora 1971, S. 234)

²⁰ Marckx (1979); Abdulaziz et al. (1985); Inze (1987);
siehe dazu auch Ermacora/Nowak/Tretter (1983, S. 569); Helfer (1990, S. 1067ff); Sachs (1984, S. 342ff)

²¹ EuCtHR: Marckx 1979 (§ 41); Rasmussen 1984 (§ 40); Abdulaziz et al. 1985 (§ 78); Inze 1987 (§ 41);

²² siehe oben 2.13

²³ anders Fitzmaurice: „I should feel strongly that the Belgian Government ought not to be condemned for the operation of a law which, while some may consider it defective or inequitable, has in fact much that can be urged in favor of it [...] But in any event, States must be allowed to change their attitudes in their own good time, in their own way and by reasonable means" (dissenting opinion zu Marckx 1979, p. 52, 29) und Matscher: „objective and reasonable justification (that is not appearing to us to be necessary" (partly dissenting opinion zu Marckx 1979, p. 59)

²⁴ „The court recognizes that support and encouragement of the traditional family is in itself legitimate or even praiseworthy. However, in the achievement of this end recourse must not be had to measures whose object or result is, as in the present case, to prejudice the illegitimate family" (ECtHR Marckx 1979, § 40)

²⁵ „The Commission observes that this is an argument traditionally invoked to justify the discrimination of children born out of wedlock" (ECmHR Inze 1987, p. 27, § 94)

²⁶ App. 9214/80, 9473/81, 9474/81, 6 Eur.Hum.Rts.Rep., 41, zitiert nach Helfer (1990, p. 1071/Anm. 188)

²⁷ „Admittedly, the tranquillity of legitimate families may sometimes be disturbed if an illegitimate child is included, in the eyes of the law, in his mother's family on the same footing as a child born out of wedlock, but this is not a motive that justifies depriving the former child of fundamental rights" (ECtHR, Marckx 1979, 48)

²⁸ „it is exactly against the traditional contempt of all kinds of minorities that Art. 14 of the Convention offers protection" (ECmHR, Inze 1987, 88); „the argument relating to the convictions of the rural population merely reflects the traditional outlook" (ECtHR, Inze 1987, 44)

vgl. daß das deutsche *Bundesverfassungsgericht* als Grundlage für Ungleichbehandlungen zwischen Mann und Frau weder die „jahrhundertalte Überlieferung" noch die herausgebildete Arbeitsteilung akzeptiert, wonach „auf einem Bauernhof im allgemeinen dem Manne die Außenwirtschaft und auch regelmäßig die Planung und Leitung des Betriebes obliegt, während die Frau die Innenwirtschaft mit den Arbeiten in Haushalt, Stall und Garten besorgt" (BVerfGE 15, 337, 342 zitiert nach Hofmann 1986, S. 46/Anm. 118)

vgl. auch: „Diskriminierung ist [...] Differenzierung, die in öffentlichen Angelegenheiten bewußt tatsächlich vorliegende Unterschiede zwischen Menschen hervorhebt [...] die Diskriminierung [ist] *sachlich* nicht zu rechtfertigen" (Ermacora 1971, S. 233)

²⁹ „the Court is not persuaded by the Government's arguments. Most of them are based on general and abstract considerations" (ECtHR, Inze 1987, § 43)

³⁰ „such an attitude is not a general feature of the relationship between unmarried mothers and their children" (ECtHR, Marckx 1979, § 39)

³¹ ECmHR, Inze 1987 (§ 95)

³² „the Government's arguments are not convincing" (ECtHR, Abdulaziz et al. 1985, 79). Dies obwohl das Gericht festhält, daß nur 41% der einwandernden indischen Frauen im Gegensatz zu 86% der einwandernden indischen Männer erwerbstätig sind („not convinced that the difference [...] is sufficiently important to justify the difference of treatment"; ebendort).

³³ „The Court accepts that the 1980 Rules also had, as the Government stated, the aim of advancing public tranquillity. However, it is not persuaded that this aim was served by the distinction drawn in those rules" (ECtHR, Abdulaziz et al. 1985, § 81)

³⁴ ECtHR, Marckx 1979 (§ 42)

³⁵ „the aim of the legislation in question could have been achieved by applying criteria other than that based on birth in or out of wedlock" (ECtHR, Inze 1987, § 44);

³⁶ Ermacora (1988, S. 79)

³⁷ Die zentrale Bedeutung des Gleichheitssatzes ergibt sich auch daraus, daß das B-VG 1920 nur zwei Grundrechte enthält. Eines davon stellt der Gleichheitssatz dar.

³⁸ Ursprünglich zielte der Gleichheitssatz auf die Abschaffung der Standesvorrechte des Adels. Von dieser Stoßrichtung der punktuellen Entprivilegierung hat er sich aber mit der Zeit zu einer allgemeinen Rechtsanwendungsgleichheit entwickelt. (vgl. hiezu näher Kiemenz 1987 und Rack/Wimmer 1983)

³⁹ Obwohl mit dem Bundes-Verfassungsgesetz 1920 dem Verfassungsgerichtshof die Befugnis zuerkannt wurde, Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu überprüfen, war sich die Rechtsprechung jahrelang unklar, ob der Gesetzgeber auch an den Gleichheitsgrundsatz gebunden sei. So entschied der Verfassungsgerichtshof noch 1929 [VSlg. 1226/1929] ausdrücklich, daß „[e]ine Verletzung der Gleichheit [...] nicht vor [liege], wenn die Ungleichheit in der verbindlichen Form eines Gesetzes festgelegt ist“ (siehe dazu Kiemenz 1987, S. 26 samt Nachweisen). Auch heute noch kommt dem Schweizer Bundesgericht keine Gesetzesprüfungskompetenz zu. Ausnahme: Verletzungen der EMRK (Hesse 1984, S. 194; Thürer 1987, S. 436).

⁴⁰ Kiemenz (1987, S. 34f)

⁴¹ Rack/Wimmer (1983, S. 603); Öhlinger (1982, S. 225); Kiemenz (1987, S. 64); Ermacora (1988, S. 71f); samt Nachweisen

⁴² so der Verfassungsgerichtshof etwa noch 1958: allein das deutlich erkennbare Bestreben des Gesetzgebers, eine sachliche Differenzierung zu treffen, schließt die Gleichheitswidrigkeit eines Gesetzes aus (VSlg. 3355/1958, zitiert nach Kiemenz 1987, S. 64) anders schon VSlg. 2470/1953, worin betont wird, daß es nur auf die Formulierung des Gesetzes ankomme (Kiemenz 1987, S. 98/Anm. 315) vgl. zu dieser Entwicklung von einem subjektiven zu einem objektiven Maßstab Kiemenz (1987, S. 64) und Rack/Wimmer (1983, S. 603f)

⁴³ Kiemenz (1987, S. 76ff); Rack/Wimmer (1983, S. 604); samt Nachweisen; vgl.: „Kann der Gesetzgeber für seine Ausnahmeregelung eine einigermaßen vernünftige Begründung anführen, so hat sie [...] auch Bestand vor dem Gleichheitsgrundsatz“ (Rack/Wimmer 1983, S. 605)

⁴⁴ vgl. zum Ganzen Kiemenz (1987) und Rack/Wimmer (1983)

⁴⁵ vgl.: „Der VfGH mißt nach und die Elle ist feiner geworden“ (Klemenz 1987, S. 85) So hat der Gerichtshof im „Minderheitenschutzkenntnis“ (VSlg. 9224/1980) der Frühgeschichte Kärntens bis in das 13./14. Jahrhundert nachgespürt, um die Sachlichkeit einer Regelung zu überprüfen (Klemenz 1987, S. 77).

⁴⁶ Diese Darstellung erfolgt gleichwohl in dem Wissen, daß die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs zum Gleichheitssatz, insbesondere bei Gesetzesprüfungen, nicht immer schlüssig und einheitlich ist (so Ermacora 1988, S. 71), und daß sie insbesondere keinen festen „Kanon von Beweisregeln“ entwickelt hat, sondern aus ihr nur „Typen von Legitimationselementen“ ablesbar sind (Rack/Wimmer 1983, S. 604).

⁴⁷ Hans Kelsen. *What is Justice?*, Collected Essays, University of California Press, Berkeley, Calif., 1957 (zitiert nach McKean 1983 p. 4/Anm. 20)

⁴⁸ McKean (1983, p. 4)

⁴⁹ Gusy (1988, S. 2506)

⁵⁰ Robbers (1988, S. 749)

⁵¹ McKean (1983, p. 5)

⁵² so die englische, deutsche, französische, schweizerische, italienische, spanische, US-amerikanische, indische und pakistanische Rechtsprechung sowie der Internationale Gerichtshof (siehe dazu eingehend McKean 1983, p. 248ff und 259ff; Hesse 1984, S. 194ff)

⁵³ „Die Tatbestandsmäßigkeit (Gleich-Ungleich; Anm.d.Verf.) ist ein Grundsatz, der vom Sinn und Zweck der Norm her zu beurteilen ist“ (Ermacora 1988, S. 72) vgl. auch Rack/Wimmer (1983, S. 606); Robbers (1988, S. 749); Schoch (1988, S. 874); Wendt (1988, S. 782ff)

⁵⁴ „Der Zweck des Gesetzes ist zugleich das Differenzierungsziel. Der Gesetzgeber darf auf ein Differenzierungskriterium abstellen, wenn es seinerseits aus dem Differenzierungsziel begründbar ist“ (Gusy 1988, S. 2507)

⁵⁵ vgl. die ständige Formel des deutschen *Bundesverfassungsgerichts* zur Gleichheitsprüfung:

„Diese Verfassungsnorm gebietet, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln. Demgemäß ist dieses Recht verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen anders behandelt wird, obwohl keine Unterschiede von solcher Art (Hervorhebung d.d.Verf.) und solchem Gewicht vorliegen, daß sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten.“ (erstmal: BVerfGE 55, 72 [88, 91] = NJW 1981, 271; zu eingehenden Nachweisen dieser mittlerweile ständigen Rechtsprechung siehe: Hesse 1984, S. 189; Maaß 1988, S. 14; Robbers 1988, S. 751; Schoch 1988, S. 875f)

⁵⁶ Wendt (1988, S. 783)

⁵⁷ siehe oben Kap. 2.11

⁵⁸ so VfGH 3. Oktober 1989, G 227/88, 2/89, S. 14.

⁵⁹ „Fristenlösungs-Erkenntnis“ (VSlg. 7400/1974, zitiert nach Rack/Wimmer 1983, S. 605f/Anm. 90)

⁶⁰ VSlg. 8457/1978 (S. 453, „Dem Gesetzgeber steht - freilich nicht unbegrenzt - rechtspolitische Gestaltungsfreiheit zu [vgl. z.B. Slg. 6401/1971; 6621/1971 und 7359/1974]. Er kann bei seinen Überlegungen - ohne gegen den Gleichheitsgrundsatz zu verstoßen - auch von einer Durchschnittsbetrachtung ausgehen und auf den Regelfall abstellen [z.B. Slg. 5318/1966]. Daß es dabei in Grenzfällen zu unbefriedigenden Ergebnissen und Härten kommen kann, berührt die Sachlichkeit der Regelung nicht [z.B. Slg. 7471/1971]“); VSlg. 8264/1978 (S. 139, „Der Gesetzgeber konnte bei einer Durchschnittsbetrachtung davon ausgehen [...] Es ist daher sachlich gerechtfertigt“);

⁶¹ VSlg. 11741/1988 (S. 677; VSlg. 11665/1988 bestätigend); VfSlg. 11665/1988 (S. 363, „vereinzelt[e] Härtefälle“); VSlg. 8871/1980 (S. 593, „Einzelfälle“); VSlg. 8485/1979 (S. 65, „zu vernachlässigende Ausnahme“); VSlg. 7996/1977 (S. 102, „bloß ausnahmsweise“);

⁶² „Pensionsalter-Erkenntnis“ (VfGH 6.12.1990 = JBl 374, „nicht unerhebliche und daher nicht zu vernachlässigende Anzahl“); VSlg. 8485/79 (S. 65, „Interessenparallelität [...] nicht in so weitem Maße den Regelfall dar, daß ein Interessengegensatz eine zu vernachlässigende Ausnahme wäre“); VSlg. 7996/77 (S. 102, „dann wenn sich Härtefälle nicht bloß ausnahmsweise ereignen, sondern nach den Erfahrungen des täglichen Lebens häufig auftreten, läge ein Verstoß gegen Gleichheitsgebot vor“)

⁶³ Solche Ausnahmebestimmungen dürfen grundsätzlich auf jene Fälle beschränkt werden, in denen die Sondererscheinung „in aller Regel, wenn nicht stets“ vorliegt (VSlg. 8204/77, S. 426).

Vgl. dazu die Rechtsprechung des deutschen *Bundesverfassungsgerichts*, das nicht selten ganz dezidiert auf die Bedeutung einer Härtemilderungsmöglichkeit (etwa durch Billigkeitsklauseln) für die Verfassungskonformität einer Norm hinweist (siehe dazu Selmer 1972, S. 554)

⁶⁴ Insofern ähnlich ist die Rechtsprechung des deutschen *Bundesverfassungsgerichts*. Auch sie läßt Typisierungen zur Ordnung von Massenerscheinungen zu.

Härten und Ungerechtfertigkeiten dürfen aber nur eine kleine Zahl von Personen treffen und der Verstoß gegen den Gleichheitssatz darf nicht sehr intensiv sein, d.h. nur zu geringfügigen Belastungen führen. Jedenfalls unterliegen Typisierungen wegen der in ihr enthaltenen Entfernung vom Gleichheitssatz einem besonderen Begründungs- und Rechtfertigungszwang.

siehe hiezu die eingehenden Nachweise bei Schoch 1988 (S. 879f), Robbers 1988 (S. 754f), Wendt 1988 (S. 784), Hesse 1984 (S. 187)

⁶⁵ VSlg. 11369/87 und die dort zitierte Vorjudikatur; ferner VfGH 7.3.1988, B 914/87

⁶⁶ vgl. Schoch (1988, S. 874); Wendt (1988, S. 782ff)

⁶⁷ „Pensionsalter-Erkenntnis“ (VfGH 6.12.1990 = JB1 372)

⁶⁸ VSlg. 7891/1976 (S. 183, „Es ist nämlich unvermeidlich (Hervorhebung durch den Verfasser), daß eine sachlich gerechtfertigte Regelung in Grenzfällen zu unbefriedigenden Ergebnissen und Härten führt; dies berührt jedoch nach der ständigen Rechtsprechung nicht die Sachlichkeit der Regelung [ständige Rechtsprechung vgl. z.B. Slg. 5098/1965; 5958/1966; 6260/1970; 6419/1971; 6471/1971]“)

⁶⁹ VSlg. 8871/1980 (S. 593f, „Der bestehende krasse Unterschied in der Behandlung von Mann und Frau läßt sich auch nicht mit etwa dem typischen Einkommensgefälle zu Lasten der Frau begründen, weil eine auf die Unterhaltslage abstellende Regelung nach Art der in Prüfung stehenden Bestimmungen gerade den konkreten Einkommensunterschieden Rechnung tragen kann“)
so auch Ermacora 1988 (S. 73, „Prinzip der [...] Günstigkeitsklausel“), Wendt 1988 (S. 782ff), Schoch (1988, S. 874)

⁷⁰ siehe oben Kap. 2.11

⁷¹ so in seinem Erkenntnis zur Zulässigkeit einer erhöhten Mindestaltersgrenze für homosexuelle Beziehungen zwischen Männern (§ 209 StGB):

„Die Fortentwicklung der Strafrechtsordnung in den letzten Jahrzehnten zeigt nun, daß der Gesetzgeber das Justizstrafrecht [...] deutlich restriktiver als zuvor einzusetzen trachtet, Straftatbestände also nur dann bestehen läßt oder neu schafft, wenn eine derartige Pönalisierung sozialschädlichen Verhaltens auch nach strengsten Kriterien unbedingt geboten ist. [...] So betrachtet kann dem Strafgesetzgeber aber nach Überzeugung des Verfassungsgerichtshofs unter dem Aspekt des Gleichbehandlungssatzes der Art. 7 Abs. 1 B-VG und 2 StGG nicht mit Grund entgegengetreten werden, wenn er [...] mit Beachtung der eingeschränkten, maßhaltenden Ziele der vorherrschenden Strafrechtspolitik [...] ableitet [...]“ (VerfGH 3.10.1989, G227/88, 2/89, S. 14f).

⁷² VSlg. 11741/1988 (VSlg. 11665/1988 bestätigend); VSlg. 11665/1988 (S. 363, „Eine Mißachtung ihres Vertrauens wirkt bei Pensionisten besonders schwer“); VSlg. 8871/1981 (S. 593, „Das Ausmaß der solcherart hinzunehmenden ungleichen Auswirkungen einer generellen Norm hängt allerdings nicht nur vom Grad der Schwierigkeiten ab, die eine nach den verschiedenen Sachverhalten differenzierende Lösung der Vollziehung bereiten würde, sondern auch vom Gewicht der angeordneten Rechtsfolgen“);

vgl. die ständige Formel des deutschen *Bundesverfassungsgerichts* zur Gleichheitsprüfung: „Diese Verfassungsnorm gebietet, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln. Demgemäß ist dieses Recht verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen anders behandelt wird, obwohl keine Unterschiede von solcher Art (Hervorhebung d.d.Verf.) und solchem Gewicht vorliegen, daß sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten.“ (erstmal: BVerfGE 55, 72 [88, 91] = NJW 1981, 271; zu eingehenden Nachweisen dieser mittlerweile ständigen Rechtsprechung siehe: Hesse 1984, S. 189; Maaß 1988, S. 14; Robbers 1988, S. 751; Schoch 1988, S. 875f)

⁷³ so ausdrücklich das deutsche *Bundesverfassungsgericht* (eingehende Nachweise bei Hesse 1984, S. 191f und Schoch 1988, S. 872/Anm. 145).

Selmer rekurriert dabei auf „einen verfassungsrechtlichen Zwang zum Einbau von Härteklause[n] [...], um die Wahrung der Zumutbarkeit von Grundrechtseingriffen nach allen Seiten hin sicherzustellen“ (1972, S. 559f).

⁷⁴ Ermacora (1988, S. 72); Schoch (1988, S. 874); Wendt (1988, S. 785, „Gedanke der Verhältnismäßigkeit [...], dessen bedeutsame Rolle bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung von staatlichen Eingriffen in die Freiheit des Bürgers seit langem außer Frage steht [...] grundlegende[r] Leitregel staatlichen Handelns)

⁷⁵ VfGH 3.10.1989, G 227/88, 2/89 (S. 15, „sorgsame[r] Abwägung aller vielfältigen Vor- und Nachteile“)

⁷⁶ VfGH 5.10.1979, W I-9/79 = EuGRZ 1982, 76

⁷⁷ so ausdrücklich „Pensionsalter-Erkenntnis“ (VfGH 6.12.1990 = JB1 375, „auch mit anderen Fakten konnte die Bundesregierung nicht belegen, daß“); VSlg. 11741/1988 (VSlg. 11665/1988 bestätigend); VSlg. 11665/1988 („Der Vertreter der Bundesregierung brachte in der Verhandlung vor [...] Aus diesem Umstand ist nach Ansicht des VfGH keinesfalls zu schließen“)

anders noch: „Der Verfassungsgerichtshof ähnelt insofern einem advocatus diaboli, der die vom Gesetzgeber - zu Recht oder zu Unrecht - vorgebrachten Erfahrungen des täglichen Lebens gänzlich zu entkräften hat. Gelingt ihm dies nicht, obsiegt der Gesetzgeber“ (Rack/Wimmer 1983, S. 605).

⁷⁸ so der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis zur Zulässigkeit eines erhöhten Mindestalters für homosexuelle Beziehungen zwischen Männern:

„So betrachtet kann dem Strafgesetzgeber aber nach Überzeugung des Verfassungsgerichtshofs unter dem Aspekt des Gleichbehandlungssatzes der Art. 7 Abs. 1 B-VG und 2 StGG nicht mit Grund entgegengetreten werden, wenn er - unter Berufung auf maßgebende Expertenmeinungen in Verbindung mit Erfahrungstatsachen den Standpunkt einnehmend, daß [...] - [...] ableitet [...]“ (VerfGH 3.10.1989 G227/88, 2/89, S. 14f).

⁷⁹ Klemenz (1987, S. 105/Anm. 480)

⁸⁰ VfGH 13.6.1991, G 163/91, G 164/91 („Das Gleichheitsgebot, soweit es sich an die Gesetzgebung wendet, ist nicht auf Zeitpunkt der Erlassung der Norm abgestellt; Gesetze müssen vielmehr stets dem Gleichheitsgebot entsprechen“)

⁸¹ VSlg. 8871/1980 (S. 592, „Soweit nämlich Änderungen im Bereich eines Rechtsgebietes die für ein anderes Rechtsgebiet maßgeblichen tatsächlichen Verhältnisse ändern, ist bei der Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der Regelung dieses anderen Rechtsgebietes auf die so geschaffenen Verhältnisse Bedacht zu nehmen“)

⁸² VfGH 13.6.1991, G 163/91, 164/91 („Die Rechtsstellung des unehelichen Kindes wurde inzwischen weitgehend der des ehelichen Kindes angeglichen [...] Es müßten sehr gewichtige Gründe vorliegen, damit eine unterschiedliche Behandlung allein aus dem Umstand der ehelichen oder unehelichen Geburt als mit Art. 7 B-VG vereinbar angesehen werden könnte“)

2.23 Recht auf Freiheit von unmenschlicher und erniedrigender Behandlung

Nach der Rechtsprechung der Konventionsorgane können schwerwiegende Diskriminierungen nicht nur Art. 14 EMRK sondern auch Art. 3 EMRK verletzen: das Verbot unmenschlicher und erniedrigender Behandlung.¹

So hat die Kommission in den *East African Asians Cases* 1970 ausgesprochen, daß eine Ungleichbehandlung Art. 3 dann verletze, wenn in ihr eine besondere Form der Mißachtung der Menschenwürde liege.²

Der Gerichtshof hat dieses Kriterium im Fall *Abdulaziz et al.* 1985 schließlich näher ausgeführt.³ Eine Ungleichbehandlung könne sowohl durch subjektive als auch durch objektive Merkmale den Tatbestand des Art. 3 EMRK erfüllen.

Als subjektive Merkmale nennt der Gerichtshof

- Verachtung oder
- mangelnden Respekt für die Persönlichkeit des Einzelnen sowie
- die Absicht zu entwürdigen oder zu demütigen.

Auch ohne solch verpönte Motive sei eine Ungleichbehandlung als unmenschlich und erniedrigend zu qualifizieren, wenn sie tatsächlich objektiv entwürdigt oder demütigt.

Gerade Diskriminierungen im Bereich des Geschlechtslebens können diese Kriterien erfüllen und damit den geforderten Schweregrad erreichen, stellt die Sexualität eines Menschen doch einen Kernbestandteil seiner Persönlichkeit dar.⁴ Dabei können Maßnahmen, die an sich konventionskonform sind, gegen Art. 3 verstoßen, wenn sie nur bestimmte Personen oder Personengruppen treffen.⁵

Auch der österreichische Verfassungsgerichtshof greift bei der Beurteilung einer Maßnahme als „erniedrigend“ zum Maßstab der Menschenwürde.⁶ Zur Frage, ob ein grober Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz Art. 3 EMRK verletzen kann, hat er bisher aber nicht Stellung genommen.⁷

Anmerkungen Kap. 2.23

¹ ebenso Ermacora/Tretter/Nowak (1983, S. 172)

² ECmHR, *East African Asians v. UK*, Yearbook XIII (1970) 928 at 994

³ ECtHR, *Abdulaziz et al. v. UK*, decision of 28 May 1985, Series A no. 94 at 90.

⁴ vgl. oben Kap. 2.21

⁵ so Matscher (1981, S. 635)

⁶ VSlg. 8145, 8146/1977 (zitiert nach Ermacora/Tretter/Nowak 1983, S. 155/Anm. 44)

⁷ Ermacora/Tretter/Nowak (1983, S. 173)

2.24 Andere Grundrechte

Neben dem Recht auf Achtung des Privatlebens, dem Gleichbehandlungssatz und dem Verbot unmenschlicher und erniedrigender Behandlung kommen auch noch andere Grundrechte als Schutzrechte eines selbstbestimmten Sexuallebens in Frage.

2.241 Recht auf Freiheit des Gewissens (Art. 9 EMRK, Art. 14 StGG, Art. 63 StV. v. St. Germain)

Sowohl die Europäische Menschenrechtskonvention (Art. 9 EMRK) als auch die österreichische Bundesverfassung (Art. 14 StGG; Art. 63 StV. v. St. Germain) schützen das Recht auf Freiheit des Gewissens.

Dieses Recht umfaßt auch die Gewissensbetätigungsfreiheit, also das Recht, sein ganzes Leben seinen Gewissensanforderungen entsprechend gestalten zu können.¹

Der Begriff „Gewissen“ ist in den entsprechenden Normen nicht näher erläutert, die Definition des deutschen Bundesverfassungsgerichts kann aber als allgemein akzeptiert gelten.

Danach ist „Gewissen“, ein real erfahrbares seelisches Phänomen, dessen Forderungen, Mahnungen und Warnungen für den Menschen unmittelbare evidente Gebote unbedingten Sollens sind. Eine Gewissensentscheidung ist danach jede ernstliche, sittliche, an den Kategorien von Gut und Böse orientierte Entscheidung, die der einzelne für sich bindend und unbedingt verpflichtend innerlich erfährt, so daß er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln könnte.² Gewissensmotivationen können auch gefühlsmäßiger Natur sein und müssen nicht auf einer vernunftmäßigen Abwägung des Für und Wider beruhen.³ Gewissensentscheidungen sind auch nicht sittlich ausgereiften Menschen mit festen und dauerhaften Grundvorstellungen vorbehalten.⁴

Es ist unschwer vorzustellen, daß eine aus einem tiefen Gefühl der Zuneigung entspringende Entscheidung zur Intimität mit einem bestimmten Liebespartner eine solche ernste, sittliche, an den Kategorien von Gut und Böse orientierte Entscheidung darstellen kann. Gelten doch Liebe, Zuneigung und Fürsorge als klassische ethische Merkmale zur Unterscheidung von Gut und Böse. Die sexuelle und emotionelle Orientierung ist auch tief in der Persönlichkeit eines Menschen verankert⁵ und wird ein Mensch gehindert, dieser Grundstruktur entsprechend zu handeln, so kann dies massive Persönlichkeitsstörungen hervorrufen, ihn somit in schwere (Gewissens)Not bringen.⁶

Die Frage, ob die Gewissensfreiheit auch das Recht des einzelnen schützt, seiner sexuellen Orientierung entsprechende emotionelle Bindungen mit anderen Menschen einzugehen, kann jedoch für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung offen bleiben, weil die genannten Grundrechte unter, z.T. recht erheblichen, Gesetzesvorbehalten stehen.⁷

Selbst wenn also die Gewissensfreiheit auch Aspekte des Sexuallebens schützt, so reicht der dadurch gewährte Schutz kaum über den ohnehin durch Art. 8 EMRK geschützten Bereich hinaus.⁸

2.242 Recht auf Kommunikationsfreiheit (Art. 10 EMRK, Art. 13 StGG)

Die Sexualwissenschaft begreift sexuelle Kontakte auch als intensivste Form menschlicher Kommunikation.⁹

Der Schluß liegt daher nahe, auch sexuelle Kontakte zwischen Menschen dem Schutzbereich der entsprechenden Freiheitsrechte¹⁰ zuzuordnen.¹¹

So hat der Beschwerdeführer im Fall *Wells* 1978 geltend gemacht, daß das Verbot homosexueller Beziehungen zwischen unter 21jährigen Männern und über 21jährigen Männern ein Kommunikationsverbot darstelle und dementsprechend Art. 10 EMRK verletze. Die Kommission hat sich dieser Ansicht jedoch nicht angeschlossen und einstimmig ausgesprochen, daß Art. 10 „does not encompass any notion of the physical expression of feelings in the sense submitted by the applicant“¹².

Auch diese Frage kann aber für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung offen bleiben, weil Art. 10 EMRK einem Gesetzesvorbehalt unterliegt, der nicht enger erscheint als jener des Art. 8. Er bietet daher für sexuelle Kontakte im Privaten keinen über Art. 8 hinausgehenden Schutz; und öffentliche Handlungen sind nicht Gegenstand unserer Untersuchung.

2.243 Recht auf Freiheit und Sicherheit (Art. 5 EMRK, Art. 1 PersFrG)

Strafnormen, die Freiheitsstrafen androhen, greifen in das sowohl von der Europäischen Menschenrechtskonvention (Art. 5 EMRK) als von auch der innerstaatlichen Verfassung geschützte Recht auf persönliche Freiheit ein.

Diese Rechte stehen unter weitgehenden formellen Gesetzesvorbehalten und verlangen im wesentlichen bloß ein auf Gesetz beruhendes Verfahren und eine solche Verurteilung.

Die Wendung „auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise“ (Art. 5 EMRK, Art. 1 PersFrG) kann aber so verstanden werden, daß sie nicht nur auf Verfahrensvorschriften verweist, sondern auch auf die materiellen, insbesondere grundrechtlichen Normen, die den Gesetzgeber in seiner Gestaltungsfreiheit beschränken. Wird jemandem die Freiheit auf Grund eines grundrechtswidrigen Gesetzes entzogen, so stellte dies eine Weise dar, die nicht „gesetzlich vorgeschrieben“ wäre.

Darüberhinaus bestimmt Art. 1 PersFrG, daß der „Entzug der persönlichen Freiheit [...] nur gesetzlich vorgesehen werden [darf], wenn dies nach dem Zweck der Maßnahme notwendig ist“ und „dies nicht zum Zweck der Maßnahme außer Verhältnis steht“ (Abs. 3).

Es ist allerdings nicht ersichtlich, daß an die Kriterien der Notwendigkeit und der Verhältnismäßigkeit hier strengere Maßstäbe angelegt würden als im Bereich des Art. 8 EMRK und des Gleichheitssatzes.

Auch die Grundrechtsnormen zum Schutz der persönlichen Freiheit bieten daher in dem hier untersuchten Bereich keinen weitergehenden Schutz und können daher im folgenden außer Betracht bleiben.

2.244 Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit

Weder die Europäische Menschenrechtskonvention noch die österreichische Bundesverfassung kennen ein dem Art. 2 des deutschen Grundgesetzes äquivalentes allgemeines Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit.¹³

Die Lehre ist gespalten in der Frage, ob die positivierten Grundrechte als Wachposten um die Festung Menschenwürde verstanden werden sollen, die an Stellen postiert worden sind, die sich historisch als besonders verletzlich erwiesen haben,¹⁴ hinter denen aber das zentrale und ungeschriebene Recht auf Achtung der Menschenwürde und auf freie Entfaltung der Persönlichkeit steht.¹⁵ Die Rechtsprechung jedenfalls hat ein solches Grundrecht bisher nicht entwickelt.^{16 17}

Zweifellos schützte ein solches allgemeines Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit auch die Sexualität eines Menschen und deren Ausdrucksformen, insbesondere die sexuelle

Selbstbestimmung.¹⁸ Da die „Freiheit um der Würde des Menschen willen [aber] nie Freiheit zur Verletzung des Mitmenschen bedeuten“¹⁹ kann, stünde auch dieses Recht unter entsprechenden Vorbehalten. Wie sich in der deutschen und schweizerischen Rechtsprechung und Lehre zeigt²⁰, wären diese Vorbehalte kaum enger als jene des Art. 8 EMRK.

Auch das Problem der Anerkennung eines ungeschriebenen Grundrechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit kann daher für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung offen bleiben.

Zusammenfassung Kap. 2.24

Zumindest gewisse Aspekte des Intim- und Sexuallebens eines Menschen können auch dem Schutzbereich der Rechte auf Gewissensfreiheit, auf Kommunikationsfreiheit und auf persönliche Freiheit zugerechnet werden.

Diese Rechte setzen dem (Straf-)Gesetzgeber aber keine engeren Grenzen bei der Regelung privaten sexuellen Verhaltens als Art. 8 EMRK und Art. 14 EMRK bzw. der innerstaatliche Gleichheitssatz. Sie können daher für die weitere Untersuchung außer Betracht bleiben.

Aus demselben Grund kann auch die Frage der Anerkennung eines ungeschriebenen Grundrechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit offen bleiben.

Anmerkungen Kap. 2.24

¹ so auch BVerfGE 33, 23 (1972), zitiert nach Tiedemann (1987 S. 382/Anm. 30)
vgl. ECmHR, *X.u.Y. v. NL 1974* (Appl. 6753/74), in welchem Fall die Kommission die staatliche Hinderung des Beschwerdeführers an Handlungen, die seinen moralischen Überzeugungen entsprachen (Unterstützung eines Minderjährigen in Not), nach Art. 9 (2) EMRK beurteilte, sohin vorausgesetzt hat, daß die Handlung dem Schutzbereich des Art. 9(1) unterliegt.

vgl. auch: „Das in innerer Freiheit Erkannte zu äußern, die Freiheit des Bekenntnisses und der diesbezüglichen **Manifestation** ohne Nachteil zu äußern, ist der Kern des Grundrechts“ (Ermacora 1988, S. 177)

² BVerfGE 12, 24, 54ff (zit. nach Hoffmann-Remy 1976, S. 144)

³ BVerwGE 12, 242, 246; BVerwGE 12, 271, 272 (zit. nach Hoffmann-Remy 1976, S. 144)

⁴ vgl. BVerwGE 9, 97 (98); 12 272 (zit. nach Höhnberg 1972, S. 56)

⁵ vgl. unten Kap. 4.11 (4) und 4.2 (4)

⁶ vgl. unten Kap. 4.11 (5), 4.1a (5), 4.2 (5)

⁷ Art. 9 (2) EMRK, Art. 14 StGG („staatsbürgerliche Pflichten“), Art. 63 StV v. St. Germain („öffentliche Ordnung und gute Sitten“)

⁸ vgl. daß nach Guradze die Gewissensfreiheit den Schranken der anderen GR unterliegt, wenn sie sich in deren Form äußert (1968, S. 134)

⁹ vgl. unten Kap. 4.11 (4), 4.2 (4)

¹⁰ Das Recht auf Meinungsfreiheit wird heute in Rechtsprechung und Lehre weitgehend als allgemeines Recht auf Kommunikationsfreiheit verstanden (siehe dazu Ermacora 1988, S. 188ff und die dortigen ausführlichen Nachweise).

¹¹ so Rüpke (1986, S. 82f)

¹² Wells 1978 (§ 173)

¹³ Die deutsche Rechtsprechung versteht dieses Recht als Hauptfreiheitsrecht, das den subjektiv-öffentlichen Anspruch einräumt, zu tun und zu unterlassen was man will (BVerfGE 6, 32 (36) [Elfes-Urteil], zitiert nach Schulz-Schaeffer 1971, S. 11; für weitere Nachweise siehe Jarass 1989, S. 857)

¹⁴ so Müller (1964, S. 76); Öhlinger (1982, S. 234); Franke (1989 S. 9f);

¹⁵ dafür Ermacora (1988, S. 13, 157), dagegen Öhlinger (1982, S. 224f)

¹⁶ vgl. aber: „The principle which is basic in human rights and which underlies the various specific rights spelled out in the Convention is respect for human dignity and human freedom. Human dignity and human freedom imply that a man should be free to shape himself and his fate in the way that he deems best fits his personality“ (ECtHR, *Cossey Case*, Ser. A, No. 184, 24f, Martens dissenting)

¹⁷ anders das Schweizer Bundesgericht, das einen solchen ungeschriebenen, hinter den positivierten Grundrechten stehenden Anspruch auf freie Entfaltung der Persönlichkeit anerkennt (BGE 45 I 133ff, zitiert nach Müller 1964, S. 81/Anm. 5).

¹⁸ so BVerfGE 47, 46 (73) = NJW 1978, 807; BVerfGE 49, 286 (298) = NJW 1979, 595; beide zitiert nach Jarass (1989, S. 859/Anm. 40)

¹⁹ Müller (1964, S. 133)

²⁰ Das schweizerische Bundesgericht etwa läßt Einschränkungen des Rechts zu, wenn „höhere staatliche Interessen“ dies rechtfertigen (BGE 45 I 133ff, zitiert nach Müller 1964, S. 81/Anm. 5).

Und Art. 2 des deutschen Grundgesetzes steht unter den Vorbehalten der verfassungsmäßigen Ordnung, der Sozialstaatlichkeit und des Sittengesetzes.