

Ist Pornographie staatsgefährdend ?

Zur Rationalität und Irrationalität strafrechtlicher Reformen

„Die sozial-liberale Koalition hat keine anderen Ergebnisse aufzuweisen als die ‚Preisgabe deutscher Gebiete und die ‚Freigabe der Pornographie.‘“ Zu diesem Vorwurf verstieg sich Dr. *Herbert Kremp*, Chefredakteur einer „Unabhängigen Tageszeitung für Deutschland“ anlässlich einer Fernsehdiskussion zum ersten Jahrestag der Regierung *Brandt-Scheel*¹⁾. Diese Behauptung ist ebenso falsch wie weitverbreitet. In sehr demagogischer Weise wird versucht, die Ansätze längst überfälliger Reformen zu torpedieren. Es wäre verhängnisvoll — und zwar nicht nur für die gegenwärtige Regierung, sondern für den Staat und seine Bürger schlechthin —, wenn diese Reformen derartigen Verleumdungen und Fehlinterpretationen zum Opfer fielen.

Daß die deutschen Ostgebiete schon 1945 verloren waren und auch die christlich-demokratischen Bundeskanzler in ihrer praktischen Politik von der Endgültigkeit dieses Verlustes ausgingen, darauf ist schon früher²⁾ ausführlich hingewiesen worden. In folgendem Beitrag hingegen soll der zweite Vorwurf rechtsgewirkter Demagogen auf seinen Wahrheitsgehalt untersucht werden: Die sog. Liberalisierung des Sexualstrafrechts bewirke — so der Abgeordnete *Richard Jaeger* (CSU)³⁾ —, daß die Deutschen, die vor 25 Jahren eine Barbarei hinter sich gebracht haben, begännen, sich in eine neue zu stürzen.

Hundertjährige Reformbestrebungen

Das vom Deutschen Bundestag am 5. März 1971 in erster Lesung behandelte Vierte Strafrechtsreformgesetz (4. StRG) ist nur ein, wenn auch sehr wichtiger, Baustein im Rahmen der völligen Umgestaltung eines Strafgesetzbuches (StGB), welches vor 100 Jahren, am 15. Mai 1871, als Reichsstrafgesetzbuch in Kraft getreten war. In diesen 100 Jahren ist das StGB zwar insgesamt 88mal geändert worden, die grundlegende Reform, die seit dem berühmten „Marburger Programm“ (1882) des großen Strafrechtlers *Franz v. Liszt* immer wieder versucht worden war, gelangte jedoch nie über das Stadium der Kommissionsentwürfe und Ausschußvorlagen hinaus. Das gleiche Schicksal schien auch dem Regierungsentwurf aus dem Jahre 1962 (E 1962) beschieden zu sein, der in weiten Passagen allerdings eine eher rückwärts gerichtete Tendenz aufwies und in vielen Punkten die Ergebnisse von Wissenschaft und Forschung zugunsten irrationaler Vorurteile ignorierte.

Jede echte Reform des Strafrechts, die nicht nur an Alterserscheinungen des StGB kurieren will, muß sich jedoch zunächst der Erkenntnis stellen, daß gerade das Strafrecht mehr noch als andere Rechtsgebiete von irrationalen Wertvorstellungen beeinflusst ist⁴⁾. Dies gilt ebenso für die Frage nach dem „Sinn und Zweck der Strafe“ als auch für die Entscheidung, welches menschliche Verhalten der Strafe bedarf.

Sinn und Zweck der Strafe

Der historische Ausgangspunkt des Strafrechts war die *iustitia commutativa*⁵⁾. Es ist diese Art der ausgleichenden Gerechtigkeit, die dem alttestamentarischen „Auge um

1) NDR III, 21. 10. 1970. Gesprächspartner waren Günter Graß, Leo Bauer, Ulrich Frank-Planitz und Theo Sommer als Diskussionsleiter.

2) Vgl. GM 1970, S. 17 ff., GM 1971, S. 239 ff.

3) In der Bundestagsdebatte vom 5. 3. 1971, zitiert nach Frankfurter Rundschau (FR) Nr. 55/1971, S. 1.

4) Vgl. Noll, Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts, in: Festschrift für Hellmuth Mayer, Berlin 1966, S. 219. Ähnlich Ad. Arndt, Strafrecht in einer offenen Gesellschaft, 47. DJT, Bd. II, J. 12: „Justiz ist rationalisierte Irrationalität“.

5) Vgl. Radbruch, Rechtsphilosophie, 5. Auflage 1956, S. 264.

Auge, Zahn um Zahn" zugrunde liegt und die *Kant*⁶⁾ vergleicht mit dem „Zünglein an der Waage der Gerechtigkeit“. Für Kant bedeutete strafrechtliche Gerechtigkeit *im talionis*, also die *Vergeltung* von Gleichem mit Gleichem: Durch das Erleiden der Strafe wird das verletzte Recht wiederhergestellt. Der Strafrichter ist „ein Wiederhersteller der gerechten Ordnung“. ⁷⁾ Die Erfüllung eines derartigen Auftrages ist jedoch nur möglich als ein Akt des Glaubens und entzieht sich daher der Kompetenz des Staates. Außerdem muß der Kantschen Auffassung mit *Del Vecchio*⁸⁾ entgegengehalten werden, daß die Gerechtigkeit nicht darin bestehen kann, die „Wiedergutmachung“ durch eine „oft grausame Schmerzzufügung“ zu erzwingen. Tatsächlich handelt es sich bei jeder „Vergeltung“ — und dieser Begriff ist auch heutzutage in der strafrechtlichen Praxis noch weit verbreitet — im Grunde genommen um eine „legale Rache“, um die Befriedigung eines „besonders mächtigen Naturtriebes“⁹⁾, mag dieser Trieb auch noch so tief sinnig mit Argumenten der Ethik und Rechtsphilosophie garniert sein.

Auch der strafrechtliche *Sühne*gedanke fußt auf dem Prinzip der ausgleichenden Gerechtigkeit: „Der Täter darf bestraft werden, weil er den sittlichen Makel, den er sich selbst durch seinen Rechtsbruch zugezogen hat, nur dadurch zu tilgen vermag, daß er das Strafleiden auf sich nimmt.“¹⁰⁾ Im Gegensatz zur „Vergeltung“ wird der Täter bei der „Sühne“ nicht als Objekt, sondern als „Subjekt“ des Strafvorganges betrachtet. Seine „Entsühnung“ soll dadurch erfolgen, daß er durch „eine eigene Willensleistung“ — wenn auch unter dem Zwang der Strafe — versucht, sich „aus einer Schuldverstrickung selbständig zu lösen“. ¹¹⁾ Dies kann der Staat zwar nicht erzwingen, er kann auf diesen Läuterungsprozeß nur hoffen und muß alles tun, um ihn möglich zu machen. Hierzu gehört es, daß der Staat dem Täter gegenüber seine „sittliche Überlegenheit“ wahr¹²⁾.

Dies ist dann allerdings nicht mehr möglich, wenn der „Sühnebegriff“ für den Strafrechtsanwender im Grunde nichts anderes ist als ein das Gewissen beruhigender Vorwand für die erstrebte Vergeltung. *Freisler* hatte es offen ausgesprochen, die Sühne sei die innere Berechtigung der Rache.¹³⁾ Die Konsequenz dieser Auffassung zeigte sich u. a. darin, daß die unmenschliche Behandlung der Gegner des NS-Regimes in den Konzentrationslagern von den damit befaßten „Staatsdienern“ als legitim angesehen wurde: Mord also als Pflichterfüllung¹⁴⁾.

Staatsauffassung und Staatswirklichkeit haben sich nach 1945 grundlegend gewandelt. Man muß sich allerdings fragen, ob der freiheitlich-demokratische Staat tatsächlich immer dagegen gefeilt ist, die von ihm verhängten Strafen als legitime „Rache des Staates“ zu empfinden. *Eberhard Schmidt*¹⁵⁾ weist der höchstrichterlichen Rechtsprechung (die Beispiele betreffen den Zeitabschnitt 1945 bis 1955) nach, daß dort die Sühne vielfach „zur reinen tatbestandsbezogenen Vergeltung“ geworden ist. Zumindest im Bereich des politischen Strafrechts ist es nicht immer ausgeschlossen, daß zwar „Sühne“ gesagt, „Rache“ aber gedacht oder doch empfunden wird.

Außerdem widerspricht die gesellschaftliche Wirklichkeit der behaupteten Sühnefunktion des Strafrechts. Für den Täter, der durch die Verbüßung der Strafe als entschönt, dessen Schuld als getilgt gelten müßte, beginnt die gesellschaftliche Ächtung erst nach

6) *Metaphysik der Sitten, Rechtslehre*, § 49 E I.

7) So Brunner, *Gerechtigkeit*, Zürich 1943, S. 263.

8) *Grundlagen und Grundfragen des Rechts*, Göttingen 1963, S. 288 ff., inbes. S. 293.

9) Henkel, *Die richtige Strafe*, Tübingen 1969, S. 9.

10) Preiser, *Das Recht zu strafen*, in: *Mezger-Festschrift*, München und Berlin 1954, S. 77.

11) Henkel, a.a.O., S. 10.

12) Eb. Schmidt, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStrW)* Bd. 67 (1955), S. 187.

13) Hinweis und Kritik bei Eb. Schmidt, a.a.O., S. 186.

14) Vgl. hierzu die von Broszat geschriebene Einführung zu den autobiographischen Aufzeichnungen des Auschwitz-Kommandanten Rudolf Höss (dtv Nr. 114 inbes. S. 17 f.).

15) a.a.O., S. 189.

seiner Entlassung aus dem Gefängnis¹⁶). Damit wird das, „was so landläufig und formelhaft über Sühne, Sühnezweck, Sühnebedürfnis in Gesetzen (§ 154c StPO) und in Urteilen gesagt wird, im Grunde genommen zu einer großen offiziellen Lüge".¹⁷ Es ist daher *Ernst Martin*¹⁸) zuzustimmen, wenn er fordert, daß die gesellschaftlichen Voraussetzungen für ein modernes Strafrecht erst noch geschaffen werden müssen und daß hierzu nicht zuletzt auch die Bereitschaft gehöre, „auf ‚Rache‘ zu verzichten, den Täter nicht so zu bestrafen, daß ihm dadurch eine Wiedereingliederung (Resozialisierung) in die Gesellschaft unmöglich wird".

Den vorstehend skizzierten sogenannten absoluten Straftheorien — seien diese nun auf Vergeltung oder auf Sühne gegründet — gebricht es daher entweder an innerer Logik oder — in Hinblick auf die soziale Realität — an der notwendigen sittlichen Überzeugungskraft, ohne die ein derart in Ethischen verwurzelter Begriff wie die Gerechtigkeit (als Sinn und Zweck des Strafens) nicht auskommen kann.

Sinn der Strafe kann es daher nur sein, die Gesellschaft vor dem Verbrechen zu schützen. Eine Strafe ist nur insoweit gerechtfertigt, als durch sie der notwendige Rechtsgüterschutz bewirkt werden kann. Hieraus folgt: Freiheitsentzug nur dann, wenn dies aus Sicherheitsgründen unumgänglich ist. Der Vollzug muß darauf ausgelegt sein, den Freiheitsentzug wieder entbehrlich zu machen. Dies bedeutet, daß er den Täter in die Lage versetzen soll, künftig ein straffreies Leben zu führen. Strafrecht und -Vollzug, die eine derartige Resozialisierung erschweren oder sogar unmöglich machen, sind zutiefst unhuman, ungläubwürdig und, langfristig gesehen, gesellschaftsschädlich.

Was soll bestraft werden?

Das Strafrecht bedarf noch einer weiteren Auflage und Beschränkung. Der Staat ist nicht frei in dem, was er pönalisieren will; er unterliegt vielmehr auch in bezug auf das „Was" der Bestrafung dem Gebot der materialen Gerechtigkeit im Sinne einer „grundsätzlichen Richtigkeit" des Strafrechts. Diese entzieht sich jedoch einer eindeutigen Normierung, da es für sie keine objektive, nachweisbare, allzeit gültige Prämisse gibt. Sie unterliegt statt dessen einerseits der „geschichtlichen Bedingtheit des Rechts", da dieses „in seinem Sein durch die Zeit bestimmt" ist¹⁹), und daher ein heute richtiges Recht zu einer anderen Zeit unrichtig sein kann. Neben der Bestrafung nach Geschichtsepochen ist es jene nach Breitengraden, die dem Glauben an ein grundsätzlich richtiges Strafrecht entgegenstehen. Schon *Pascal*²⁰) hatte erkannt: „Drei Breitengrade zum Pol stellen die ganze Rechtswissenschaft auf den Kopf, ein Längengrad entscheidet über die Wahrheit."

Andererseits ist die materiale Gerechtigkeit auch ein Produkt der jeweiligen persönlichen Wertung. Materiale Gerechtigkeit erscheint als das, was der einzelne als gerecht empfindet. Letztlich handelt es sich hierbei um das jeweils subjektive Verhältnis des Täters oder des Verletzten, des Richters oder des „Zuschauers" zum Strafrecht, zur einzelnen Straftat und zur Strafe. Sarkastisch aber treffend bemerkt *Roxin*²¹): „Selbst das ernsthafte Bemühen um theoretische Grundfragen — wie um die Erkennbarkeit einer absoluten Wertordnung oder um die rechtlichen Konsequenzen einer pluralistischen Gesellschaft — verhüllt oft, wenn es im Strafrecht um die Beurteilung konkreter Fälle geht, nur die wortreiche Leere subjektiven Meinens."

16) Eb. Schmidt, a.a.O., S. 190, in Anschluß an Bockelmann, JZ 1951, S. 498. Vgl. auch den Bericht einer Gefängnisinsassin in FR Nr. 55/1971, S. II.

17) Eb. Schmidt, a.a.O., S. 190.

18) Sittengesetz und Strafrechtsreform, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, B 25/70, S. 30 ff.

19) Formulierungen nach Arthur Kaufmann, Naturrecht und Geschichtlichkeit, Tübingen 1957, S. 8, 31.

20) Pensees, 294, Fischer Bücherei Nr. 70, S. 177.

21) In JuS 1964, S. 373.

Dieses subjektive Wertverhältnis ist von vielerlei Faktoren geprägt. Die für 'das Strafrecht wichtigsten sind: Staatsverständnis, Sozialverständnis, Menschenbild. Jede Zeit hat ihr eigenes Menschenbild, jede Gesellschaft ihr spezielles Sozialverständnis, jede Rechtsgemeinschaft hat eine ihr eigene Auffassung vom Staat. Aber auch zwischen Angehörigen desselben Staates und derselben Generation, ja, auch bei Vertretern derselben Gesellschaftsschicht gibt es — zumal in unserer pluralistischen Gesellschaft eines modernen Industriestaates — keine einheitlichen letzten Wertvorstellungen. Für *Adolf Arndt*²²⁾ gehört es „zum Wesen einer offenen Gesellschaft . . ., tief uneinig darüber zu sein, wer Strafe verdient und was der Strafe bedarf“.

Will das Strafrecht daher in dieser pluralistischen Gesellschaft trotzdem allgemeine Anerkennung erreichen, dann muß es den Anspruch aufgeben, Ausdruck und Folge bestimmter rechtsphilosophischer, religiöser oder weltanschaulicher Vorstellungen zu sein. Die „grundsätzliche Richtigkeit des Strafrechts“ ist erst diesseits des Glaubens und der Bekenntnisse fixierbar und entsprechend justiziabel. Dies bedeutet Verzicht auf eine allgemein verbindliche metaphysische oder sittliche Begründung oder Rechtfertigung des Strafrechts. Allein maßgebend ist die Notwendigkeit eines bestimmten Rechtsgüterschutzes. Nur dort, wo Handlungen und Verhaltensweisen eines Menschen einen unerträglichen Eingriff in die legitimen Rechtspositionen seiner Mitmenschen, des Staates oder der Gesellschaft zur Folge haben, nur dort ist Raum für die schärfste Sanktion, die dem Staate zur Verfügung steht, für die Androhung und Verhängung einer Kriminalstrafe. Der Gesetzgeber ist eben nicht frei in seiner Entscheidung, wo und wann er Strafe androht und wo nicht²³⁾. Inkriminiert darf nur werden, was sozialschädlich ist.

Damit ist die Frage nach dem Was der Bestrafung jedoch noch nicht vollständig beantwortet. Offen bleibt, was legitimerweise als sozialschädlich angesehen werden darf und muß. Hier gibt es keine eindeutige Antwort, doch können folgende Überlegungen einen gewissen Anhaltspunkt bieten:

1. Das Strafrecht muß in Theorie und Praxis dem Selbstverständnis des Grundgesetzes entsprechen. Diese Verfassungsgebundenheit ergibt sich unmittelbar aus den zum Bestandsschutz des Grundgesetzes (Art. 79 Abs. 3 GG) gehörenden Artikel 1, Absatz 3 und Artikel 20, Absatz 3 GG.

2. Strenge Beachtung der auf das Strafrecht bezogenen Grundsätze der Verhältnismäßigkeit, Zweckmäßigkeit, formalen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit.

3. Wahrung des Neutralitätsgebotes (der Urteilsenthaltung) in allen ernsthaft umstrittenen Fragen menschlichen Verhaltens, d. h. vom Strafrecht ist „jede nicht von ausgesprochen rechtsfeindlichen Elementen . . . hochgespielte, sondern von grundsätzlich rechtstreuen und ehrenwerten Menschen vertretene, dem eigenen Gewissen folgende sittliche Überzeugung und Haltung“ zu respektieren²⁴⁾.

4. Im Konfliktsfall und bei Zweifelsfragen müssen insbesondere folgende Orientierungsmaßstäbe und Auslegungsregeln herangezogen werden: Das Toleranzgebot gegenüber Andersdenkenden und Andersartigen²⁵⁾; idie Ausgangsvermutung zugunsten des einzelnen Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG); die Ausgangsvermutung zugunsten der menschlichen Freiheit (Art. 2 Abs. 1 GG).

Als Konsequenz dieser Überlegungen darf festgehalten werden: Strafrecht ist restriktiv anzuwenden, es ist nur die *ultima ratio* staatlicher Regelungstätigkeit.

22) a.a.O., J. 10.

23) So auch Bundesjustizminister Jaim, in: Bulletin des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung, Nr. 146/1970, S. 1541.

24) Vgl. Engisch in der Festschrift für H. Mayer, S. 400; ähnlich Ad. Arndt, a.a.O., J 32.

25) Vgl. hierzu die ausführlichen Ausführungen in GM 1971, S. 65 ff.

Strafrecht und Sittengesetz

Vor dem Hintergrund der bisherigen Ausführungen wird ersichtlich, daß die sogenannte Liberalisierung des Sexualstrafrechts eine zwingende Notwendigkeit ist. Das Strafrecht kann und darf nicht als Garant der „Sittlichkeit“ aufgefaßt werden. Im Schnittpunkt von „Sittenordnung“ und „Strafrecht“ ist eine einheitliche strafrechtliche Bewertung schon deshalb unmöglich, weil die „Sittenordnung“ selbst von Epoche zu Epoche, von Staat zu Staat und auch innerhalb eines Staates sowohl von Region zu Region als auch von Generation zu Generation schwankt und sich ändert. Konsequenterweise geht der Entwurf zum 4. StrRG u. a. von der Erkenntnis aus²⁶⁾, daß „in der heutigen Gesellschaft die Wertvorstellungen über Ehe, Familie und Sexualität sehr vielfältig sind“. Wenn jedoch die „Sittenordnung“ selbst schon so vieldeutig und wechselnd ist, wie groß muß dann die Unsicherheit darüber sein, welcher Teil dieser Sittenordnung auf Grund des Maßstabes Sozialschädlichkeit Objekt des Strafrechtsschutzes sein muß?

Bis zum Inkrafttreten des ersten Strafrechtsreformgesetzes (1. September 1969) ergab das Sexualstrafrecht „das Bild einer vorwiegend obrigkeitsstaatlich orientierten, von irrationalen Themen beherrschten, erfahrungswissenschaftlich nicht abgesicherten Regelung, die etwa dem Stande der gesellschaftlichen Entwicklung der zweiten Hälfte 'des 19. Jahrhunderts' entsprach²⁷⁾. Es war — und ist — daher verständlich, daß „fast alle grundlegenden Normen auf dem Gebiete der Sittlichkeitsdelikte. . . angezweifelt werden“.²⁸⁾

Diese Zweifel fanden ihren beredten Niederschlag in den Verhandlungen und Entschlüssen des 47. Deutschen Juristentages²⁹⁾. Die dort erhobene Forderung nach einer Einschränkung der Straftatbestände des Sexualstrafrechts wurde vom Gesetzgeber durch das schon erwähnte 1. StrRG zum Teil verwirklicht; aufgehoben wurde u. a. die Strafbarkeit des Ehebruchs, der „Unzucht mit Tieren“ (Sodomie), der „Erschleichung des außerehelichen Beischlafs“ sowie die einfache männliche Homosexualität unter Erwachsenen. Die weit überhöhten Strafdrohungen für Abtreibung wurden herabgesetzt, ohne daß allerdings der reformbedürftige Inhalt des Abtreibungstatbestandes geändert wurde.

Das verbleibende Sittenstrafrecht versteht sich in einigen Straftatbeständen immer noch mehr als Sittenapostel denn als rational begründeter Rechtsgüterschutz. So ist beispielsweise der „Partnertausch unter Ehegatten“ oder die Duldung des vorehelichen Geschlechtsverkehrs geschlechtsreifer aber auch der von volljährigen Kindern seitens deren Eltern immer noch als schwere Kuppelei strafbar gemäß § 181 StGB. Ein weiteres Dokument für die große Divergenz zwischen (Straf-)Recht und Wirklichkeit bietet der § 184 StGB, der trotz Neufassung und illustrierter „Sexwelle“ nach wie vor die Verbreitung sogenannter unzüchtiger Schriften unter Strafe stellt.

Zweifel und Kritik mußten also andauern. Eine mündige und pluralistisch strukturierte Gesellschaft kann es nicht hinnehmen, wenn das höchste deutsche Strafgericht davon ausgeht³⁰⁾, daß die Normen des Sittengesetzes aus sich selbst heraus gelten und auf einer „vorgegebenen und hinzunehmenden Ordnung“ beruhen und daher auch dann der strafrechtlichen Absicherung bedürfen, wenn die Betroffenen diese Ordnung für sich nicht anerkennen und Rechtsgüter Dritter nicht verletzt werden. Allerdings hat sich der Bundesgerichtshof jüngst auf einem Teilgebiet selbst revidiert³¹⁾ und ein-

26) Bundesratsdrucksache 489/70, S. 9.

27) Woesner in NJW 1968, S. 673.

28) Fritz Bauer, Die Schuld im Strafrecht, in: Bauer, Vom kommenden Strafrecht, Karlsruhe 1969, S. 52.

29) Vgl. insbesondere das Gutachten von E. W. Hanack „Empfiehl es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen?“, veröffentlicht als rororo (sesologie) Nr. 8021/8022, sowie die anschließenden Diskussionen der strafrechtlichen Abteilung (zusammenfassender Hinweis in NJW 1968, S. 2045).

30) BGHSt in NJW 1954, S. 766 (767) zur Strafbarkeit der Elternkuppelei beim Verlobtenbeischlaf.

31) Beschluß v. 14. 4. 1970, NJW 1970, S. 1138 (1139): Das Feilbieten von Präservativen in Außenautomaten verletzt nicht schlechthin Sitte und Anstand im Sinne von § 184 Abs. 1 Nr. 3a StGB.

geräumt, daß die „Anschauungen über das, was im Bereich des Geschlechtlichen Anstand und Sitte verletzt, sich in den letzten Jahren tiefgreifend gewandelt“ und daß die (Straf-)Rechtsprechung diesem Wandel Rechnung zu tragen hat.

Ein allgemeiner Konsensus über den Begriff der „Sozialschädlichkeit“ im Bereich des Sexualstrafrechts dürfte so lange unmöglich sein, wie der Grundsatz nicht beherzigt wird, daß es „nicht Aufgabe des Strafrechts (ist), die Sittlichkeit als solche zu schützen und irgendwelche Handlungen um ihrer selbst willen zu bestrafen“³²⁾, daß das Strafrecht vielmehr „nur eine äußere Ordnung sozialen Verhaltens zu wahren hat“³³⁾. Aus ähnlichen Erwägungen heraus fordert *Arthur Kaufmann*³⁴⁾ die Beschränkung des Strafrechts „auf den Bereich der einfachen elementaren Sittlichkeit“. Der Gesetzgeber sollte sich hierbei außerdem an die Mahnung halten, mit der der, an sich konservative, ehemalige niedersächsische Justizminister *von Nottbeck*³⁵⁾ die Forderung nach Zulassung der ethischen Indikation bei der Schwangerschaftsunterbrechung begründete: „Im Konflikt zwischen zwei möglichen sittlichen Anschauungen hat nach meiner Auffassung zumindest der Strafgesetzgeber Toleranz zu üben, mag die Gesellschaft ihre jeweilige Weltanschauung ohne staatliche Strafandrohung durchsetzen!“ Diese Toleranzverpflichtung des Gesetzgebers ergibt sich außerdem aus dem wohlverstandenen Gemeinwohl eines sich zum Pluralismus der Weltanschauungen bekennenden Staates. Abweichende Verhaltensweisen dürfen dann nicht bestraft werden, wenn die des Schutzes bedürftigen Rechtsgüter Dritter durch sie nicht tangiert werden. In einer offenen Gesellschaft ist Konformität keine Tugend, geschweige denn ein schützenswertes Rechtsgut.

Es ist daher zu begrüßen, daß der Entwurf zum 4. StrRG sich zu dem Prinzip bekennt, daß der strafende Staat in den Schlafzimmern seiner Bürger nichts zu suchen hat. Dieser Verzicht fällt dem Staat anscheinend jedoch noch schwer. Nach Bundesjustizminister *Jahn*³⁶⁾ wäre der Gesetzgeber z.B. eigentlich auch zur Aufrechterhaltung der Strafdrohung gegenüber der sogenannten Ehegattenkuppelei nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, denn durch dererlei Praktiken könnte „das allgemeine Bewußtsein von den wertmäßigen Zusammenhängen zwischen der Ehe und der Sexualität in Mitleidenschaft“ gezogen werden³⁷⁾. Die trotzdem beabsichtigte Straflosigkeit (Ausnahme: Ehemann „verkauft“ Ehefrau) wird hingegen pragmatisch begründet, denn eine Strafverfolgung müßte die Ehegatten in Konflikte hineinziehen, die die doch zu schützende Institution der Ehe wieder gefährden würden.

Vom hier vertretenen Standpunkt eines restriktiven Strafrechts und einer reinlichen Trennung von Sittlichkeit und Strafrecht aus verdient das Ergebnis volle Unterstützung. Es befremdet allerdings, daß der Staat immer noch den Anspruch aufrechterhält, auch im Intimbereich verbindliche Normen setzen und diese „an sich“ strafrechtlich absichern zu dürfen und sogar zu müssen. Man mag den Partnertausch unter Ehegatten sittlich mißbilligen, diese Mißbilligung gibt jedoch niemandem und daher auch dem Staat nicht das Recht, von anderen ein entsprechendes Verhalten zu fordern und notfalls sogar mit den Mitteln des Strafrechts zu erzwingen.

„Freigabe“ der Pornographie?

An dem Entwurf wird deutlich, daß Staat (und Gesellschaft) dem Verfassungsgebot von der Freiheit des Individuums immer noch mit Skepsis, wenn nicht sogar mit

32) Diese Forderung an das Sexualstrafrecht wird von Kunert, NJW 1969, S. 1230, aufgestellt. Ähnlich Staatssekretär Bayerl in Bulletin Nr. 113/1970, S. 1189 f.

33) So die Begründung zum Entwurf des 4. StrRGs (a.a.O., S. 9).

34) *Recht und Sittlichkeit*, Tübingen 1964, S. 42.

35) Die Straffunktionen des Staates und die Gesellschaft, in: *Probleme der Strafrechtsreform*, Stuttgart 1963, S. 59.

36) Bulletin Nr. 34/1971, S. 354.

37) Vgl. Bundesratsdrucksache 489/70, S. 19.

(verhüllt) ablehnender Sorge gegenüberstehen. Zwar betrachtet der Entwurf — und dies ist ein großer Fortschritt — als geschützte Rechtsgüter in erster Linie die geschlechtliche Selbstbestimmung seiner Bürger und den Jugendschutz. Es besteht jedoch die Gefahr, daß unter dem Deckmantel von Selbstbestimmung und Jugendschutz wieder irrationale Erwägungen und persönliche Moralentscheidungen Eingang in das Strafrecht finden. Die Hysterie, mit der gegen die angebliche Freigabe der Pornographie argumentiert wird, läßt das Ergebnis des öffentlichen Anhörungsverfahrens vor dem Strafrechts-sonderausschuß des Bundestages völlig außer acht. Die Mehrzahl aller Gutachter hatte darauf hingewiesen, daß schädliche Auswirkungen der Pornographie nicht nachweisbar seien³⁸⁾. Eine von Präsident *Johnson* eingesetzte Kommission ist für die USA zu ähnlichen Ergebnissen gekommen³⁹⁾. Seit der Freigabe der Pornographie in Dänemark ist dort die Anzahl der Sexualdelikte zurückgegangen⁴⁰⁾. Die deutschen Kunden der dänischen Pornographieschwemme sind außerdem in erster Linie Erwachsene jenseits der vierzig; Jugendliche verlieren das Interesse an Pornographie sehr schnell, zumal dann, wenn es sich nicht um etwas Verbotenes handelt.

Es ist bedauerlich, daß Bundesjustizminister Jahn den Emotionen der Liberalisierungsgegner nachgegeben hat⁴¹⁾. Für das Gebiet der sogenannten Pornographie soll der strafrechtliche Anwendungsbereich künftig sogar erweitert werden. Der Bundesjustizminister weist darauf hin⁴²⁾, daß manche Schriften und Abbildungen, die heute an Kiosken ausgehängt oder in Läden ausgelegt werden, künftig von dort entfernt werden müßten. Wer diese „Reinigung des Straßenbildes“ begrüßt, sollte nicht verkennen, daß die sogenannte Sexualisierung weiter Bereiche des öffentlichen Lebens nicht so sehr auf die neuerdings unverhüllt publizierte Nacktheit zurückzuführen ist, sondern auf die Tatsache, daß die kommerzielle Werbung sich seit Jahrzehnten des weiblichen Körpers bedient, um ihre Ware „an den Mann“ zu bringen. Auf diese Manipulation mit den sexuellen Wünschen ihrer Kunden wird die Werbung auch dann nicht verzichten, wenn Offenherzigkeit wieder tabuisiert werden sollte. Im Gegenteil, Verhülltes, Halblößtes wirkt oft stimulierender als die „nackten Tatsachen“ als solche.

Rechtspolitisch bedenklich ist, daß auch das 4. StrRG keine Legaldefinition der Pornographie zu bieten hat und die diesbezügliche Strafverfolgung daher dem Ermessen und damit dem sittlichen Weltbild der mit der Strafverfolgung befaßten Menschen anheimgegeben ist. Wer will ausschließen, daß hier nicht künftig wiederum eigene Verdrängungen in Strafurteile umgesetzt werden?

Die neugefaßte Formulierung der §§ 184, 184a StGB⁴³⁾ liefert Presse, Rundfunk und Fernsehen dem Sittensensor aus. Zumindest den öffentlich-rechtlichen Rundfunk- und Fernsehanstalten wird man zubilligen müssen, daß die Sendungen, es waren bisher nicht viele, die von verstörten Kritikern als pornographisch bezeichnet worden waren, nicht etwa einen kommerziellen, sondern einen ersten pädagogisch-emanzipatorischen Beweggrund hatten. Sollen experimentierfreudige Redakteure künftig also wieder der ständigen Gefahr einer Strafverfolgung ausgesetzt sein? Muß dieses so erschreckend unpräzise gefaßte Pornographieverbot nicht letztlich wieder dazu führen, daß das Thema Sexualität vom Bildschirm verbannt wird? Hat nicht der Bürger einen Anspruch darauf, über diesen existenziellen Bereich seines Lebens aufgeklärt statt von ihm abgeschirmt zu werden? Liegt ein derartiger Zwang zur geschlechtlichen Konformität und Ausklammerung, zur Konvention und Verdrängung tatsächlich im Interesse unseres sich der

38) Vgl. die zusammengefaßten Stellungnahmen in Das Parlament, Nr. 49/1970, S. 1 ff.

39) Hierauf verweist der Berichterstatter des Bundesratsrechtsausschusses, Senator Dr. Heinsen, vgl. Das Parlament, Nr. 44/1970, S. 1.

40) Vgl. den Bericht in der FR Nr. 261/1970, S. 20.

41) Hierzu der Bericht von Schueler in Die Zeit Nr. 10/1971, S. 6.

42) Bulletin Nr. 34/1971, S. 355.

43) Text der Neuformulierungen in Bulletin Nr. 30/1971, S. 316 f.

Freiheit verpflichtet fühlenden Staates? Ist Pornographie wirklich staatsgefährdend? Bei ruhiger, unvoreingenommener Betrachtung muß man doch vielmehr zu dem Ergebnis kommen, nicht die Pornographie, sondern die unter dem Deckmantel des Pornographieverbots wieder erlaubte Zensur beeinträchtigt das freiheitliche Selbstverständnis der Bundesrepublik Deutschland.

Staat und Gesellschaft zeigen eine gewisse Unreife, wenn sie Zeit und Energie auf die Unterdrückung menschlicher Äußerungen verschwenden, die zwar höchst geschmacklos sein können, die jedoch weder dem einzelnen Menschen noch der Gesellschaft Schaden zufügen. Hingegen werden tatsächliche Gefahren, die unser aller Leben bedrohen, bagatellisiert oder mit nur unzureichenden Mitteln bekämpft. Man denke nur an die Probleme der Umweltverschmutzung oder die Gefahren des ungezügelten Wettrüstens. Zutreffend zitierte der hessische Justizminister *Hemfler* anlässlich der Bundesratsdebatte zum 4. StrRG *Theodor W. Adorno*⁴⁴⁾: „Angesichts der aktuellen und potentiellen Schäden, die gegenwärtig der Menschheit von ihren Verwaltern angetan werden, hat das sexuelle Schutzbedürfnis etwas Irres“.

In der Tat, wer schützt den Menschen vor der Verunreinigung der Luft und des Wassers, vor chronisch werdenden lärmbedingten Gehörschäden oder einer schleichenden Lebensmittelvergiftung? Ist ein Kampf gegen diese konkreten und existierenden Gefahren nicht viel dringlicher als der fragwürdige weil triebunterdrückende „Schutz“ vor sexuellen Darstellungen? Der Bürger brauche staatlichen Schutz vor unverlangt an ihn gerichtete Pornographie, wer aber schützt ihn vor kommerzieller Werbung, die auch unverlangt auf ihn einwirkt, oft, wie gesagt, verbunden mit einem Appell an seine Sexualinstinkte, und deren Folgen kaum absehbar sind. Werden dem „kleinen Mann“ Kaufwünsche suggeriert, die er sich entweder nicht erfüllen kann, oder deren Erfüllung dazu führt, daß er sich finanziell übernimmt, dann dürften die hieraus entstehenden Frustrationen viel gefährlicher sein, für den einzelnen wie für Staat und Gesellschaft, als alle sexuellen Phantasien, die durch pornographische Abbildungen hervorgerufen werden mögen.

Besonders eindringlich wirkt die Irrealität dieser Art des staatlichen sexuellen Schutzanspruches, wenn man dieses Thema vor dem Hintergrund des Zusammenhangs zwischen sexueller Frustration und Aggression betrachtet. Auch Nichtmarxisten müßten eigentlich dem Gedankengang von *Herbert Marcuse* zustimmen können⁴⁵⁾: „Nicht das Bild einer nackten Frau, die ihre Schamhaare entblößt, ist obszön, sondern das eines Generals in vollem Wuchs, der seine in einem Aggressionskrieg erworbenen Orden zur Schau stellt“. Ein in einem Angriffskrieg erworbener Orden bedeutet Auszeichnung für Mord, für Massenmord, und zwar ohne die „Rechtfertigung“, man habe sich verteidigen müssen. Dieser Orden signalisiert Unglück und Tod für Tausende von Menschen; er wurde erkaufte mit den Schmerzen und Leiden anderer. Der entblößte Schoß einer Frau hingegen bedeutet Lust und Leben. Warum verdammen wir diese Lust, warum schämen wir uns der Freude, warum respektieren wir die Grausamkeit und huldigen dem Symbol des Mordes?

Es muß bedenklich erscheinen, daß die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften jahrzehntelang den Eros für gefährlicher hielt als Brutalität und Gewalt. Aber es ist die Gewalt und nicht die Sexualität, die die Menschheit dezimiert und die Würde des einzelnen Menschen mißachtet. Die Brutalität der Western- und Krimiserien ist gewiß sozialschädlicher und jugendgefährdender als eine noch so „gewagte“ Liebesszene.

Der Entwurf zum 4. StrRG stellt sich endlich nicht mehr blind gegenüber der Brutalität. Künftig sollen auch solche „Schriften, Ton- oder Bildträger, Abbildungen oder Dar-

44) In: Das Parlament, Nr. 44/1970, S. 2.

45) Zitiert nach FR Nr. 18/1971, S. 8.

Stellungen, die Gewalttätigkeiten gegen Menschen in grausamer oder sonst unmenschlicher Weise schildern oder die zum Rassenhaß aufstacheln" gemäß § 131 StGB Gegenstand strafrechtlicher Zensur sein. Hier ist wirklich ein weites Feld für diejenigen, die sich um die psychische Zukunft der Jugend und des ganzen Volkes Sorgen machen. Die Barbarei, die vor 26 Jahren mit dem Namen Deutschlands verbunden war und deren Wiedererweckung Richard Jaeger befürchtet, war eben nicht eine der (körperlichen) Liebe, sondern eine der menschenvernichtenden Gewalt. Das 4. StrRG soll dazu dienen, den Verfechtern einer derartigen Barbarei schon im Stadium der propagandistischen Vorbereitung das Handwerk zu legen. Hiermit dient es dem einzelnen Menschen ebenso wie dem Staat und der Gesellschaft.

Bilanz der bisherigen Strafrechtsreform

Die Frage des Pornographieverbots ist im Grunde nur eine recht unwesentliche Randerscheinung — gemessen an den eigentlichen Problemen der Strafrechtsreform. Über dem Pornographiestreit wird leicht vergessen, daß unter der Federführung der sozialdemokratischen Bundesjustizminister *Heinemann*, *Ehmke* und *Jahn* der Anschluß an die internationale Strafrechtsentwicklung endlich hergestellt werden konnte und jahrzehntelange, auf wissenschaftlichen Erkenntnissen beruhende Reformvorstellungen wenigstens zum Teil in Gesetze umgesetzt wurden. Während man in den Jahrzehnten von 1882 bis 1966 nur über Reformen debattierte, sind seit dem Amtsantritt von Gustav Heinemann Reformen auch verwirklicht worden:

Das 8. Strafrechtsänderungsgesetz (8. StrÄG) vom 25. 6. 1968 befreite das StGB von jenen Strafvorschriften, die als Waffe des Kalten Krieges geschmiedet worden waren⁴⁶). Das unter dem Eindruck des Korea-Krieges am 4. 8. 1953 eingefügte *politische Strafrecht* hatte die notwendige politische Auseinandersetzung mit den Vertretern kommunistischen Gedankenguts zu Akten der Strafjustiz denaturiert. Richter und Staatsanwälte waren zu Zensoren politischer Meinung verführt und mißbraucht, maßgebliche Grundsätze des Rechtsstaats einer vorgeblichen Staatsräson geopfert worden⁴⁷). Der 1. Entwurf zum 8. StrÄG⁴⁸), mit dem der damalige Bundesjustizminister Richard Jaeger der Kritik einer zunehmend rechtsstaatlich argumentierenden interessierten Öffentlichkeit begegnen wollte, hatte nur einige Schönheitskorrekturen gebracht, war im Kern jedoch dabei geblieben, Politik durch Straf Justiz zu ersetzen. Die Große Koalition (Bundesjustizminister Heinemann) machte dann mit diesem an Praktiken totalitärer Staaten erinnernden Spuk ein Ende und ergänzte den strafrechtlichen Schutz des Staates überdies durch den Tatbestand des Friedensverrats, mit dem die Vorbereitung eines Angriffskrieges pönalisiert wurde.

Das 1. Strafrechtsreformgesetz (1. StrRG) vom 25. 6. 1969, von dem Teile zum 1. 9.1969, der Rest zum 1.4. 1970 in Kraft getreten sind, verwirklichte besonders dringliche Reform vorhaben:

Der Erkenntnis, daß das Gefängnis in der Regel nicht bessert, sondern eher als Brutstätte des Verbrechens betrachtet werden muß und ein Gefängnisaufenthalt die Resozialisierung des Täters erschwert, wenn nicht sogar unmöglich macht, wird dadurch Rechnung getragen, daß kurze Freiheitsstrafen unter 6 Monaten in der Regel nicht verhängt werden dürfen. Ferner ist die „Strafaussetzung zur Bewährung“ auch noch bei einer Verurteilung bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe (bisher: Grenze bei 9 Monaten) gestattet und bis zu einem Jahr als Regelfall geboten. Neuartig ist die Schuldfeststellung ohne Strafausspruch, wenn der Täter durch die Folgen der Tat selbst schon schwer getroffen ist (§16 StGB). Wer durch einen schuldhaft ver-

46) Bundestagsprotokoll vom 8. 2. 1957, S. 10931.

47) Falldarstellungen und Kritik bei Posser, Politische Strafjustiz aus der Sicht des Verteidigers, Karlsruhe 1961, ferner: Lutz Lehmann, Legal & Opportun, Politische Justiz in der Bundesrepublik, Berlin 1966.

48) Bundesratsdrucksache 264/66; hierzu kritisch Rudolf Augstein, in: Der Spiegel Nr. 22/1966, S. 18 ff.

ursachten Verkehrsunfall selbst verkrüppelt worden ist, braucht nicht noch zusätzlich wegen Körperverletzung (des Beifahrers) bestraft zu werden.

Im Vollzug gab es kaum noch einen Unterschied zwischen Gefängnis und Zuchthaus. Ein „Zuchthäusler“ hatte es jedoch besonders schwer, nach Verbüßung seiner Strafe von der Gesellschaft wieder akzeptiert zu werden. Um des Täters Resozialisierung zu erleichtern, ist auf die diskriminierende Bezeichnung Zuchthaus verzichtet worden. Das neue Recht kennt nur noch eine einheitliche Freiheitsstrafe.

Erweiterung des Schutzbereiches der Religionsdelikte auch auf weltanschauliche Bekenntnisse und Weltanschauungsvereinigungen (§§ 166, 167, 167a StGB). Dadurch, daß der „öffentliche Frieden“ im religiösen und weltanschaulichen Bereich zum Schutzobjekt geworden ist, hat sich das Toleranzgebot des Grundgesetzes strafrechtlich konkretisiert.

Berücksichtigung der gewandelten Anschauungen im Bereich des Sexualstrafrechts und der Abtreibung. Hierauf ist oben im einzelnen schon hingewiesen worden.

Das 2. StrRG vom 4. 7. 1969 (Bundesgesetzblatt I, S. 717) ist eine Option auf die Zukunft. Die völlige Umgestaltung des Allgemeinen Teiles des StGB tritt mit Wirkung vom 1. 10. 1973 in Kraft.

Mit dem 3. StrRG vom 20. 5. 1970 wurde das sog. Demonstrationsstrafrecht den Anforderungen der freiheitlichen demokratischen Grundordnung angepaßt⁴⁹⁾. Es befreite wenigstens Teile des StGB von dem Muff des wilhelminischen Obrigkeitsstaates.

Das 4. StrRG beschäftigt z. Z. den Strafrechtssonderausschuß des Bundestages. Es will die mit dem 1. StrRG begonnene Reform des Sexualstrafrechts fortsetzen. Es muß allerdings befürchtet werden, daß seine endgültige Fassung nicht nur das Ergebnis wissenschaftlicher Erkenntnis und kriminalpolitischer Notwendigkeit ist, sondern daß dem Kampf für ein rationales Strafrecht aus Wahlkampfgründen Fesseln angelegt werden.

Freiheit und Eigentum, Leben und Ehre, berufliches Fortkommen und familiäres Glück, was immer das Leben lebenswert macht, es kann dem Menschen von (Straf-)Rechts wegen genommen werden. Das Strafrecht, besonders wenn es schlecht und extensiv ist, kann jeden Bürger treffen. Es ist daher im ureigenen Interesse des Bürgers, jedes Bürgers, um ein effektives aber rational begründetes und Rechtssicherheit gewährendes Strafrecht besorgt zu sein. Die Strafrechtsreformen dienen dem einzelnen Menschen. Die bisherige Reformbilanz läßt zwar noch viele Wünsche offen; im Vergleich zu den Nichtergebnissen früherer Jahrzehnte kann sie sich jedoch durchaus sehen lassen. Es ist in die Hand des wählenden Bürgers gelegt, ob das Reformwerk in Richtung auf ein rationales, am Rechtsgüterschutz und an der Sozialschädlichkeit orientiertes Strafrecht fortgeführt werden kann, oder ob jene Tendenzen wieder die Oberhand gewinnen werden, die im Strafrecht den Tummelplatz für gesellschaftliche Aggressionen und Verdrängungen sehen.

49) Das 3. StrRG ist ausführlich in GM 1970, S. 65 ff. besprochen worden.