

# Rüdiger Lautmann

## Das Verbrechen der widernatürlichen Unzucht

Seine Grundlegung in der preußischen Gesetzesrevision des 19. Jahrhunderts

Unser Strafrecht, mit seinem erstaunlichen Beharrungsvermögen, lebt noch weithin aus der im 19. Jhd. empfangenen Substanz. Das RStGB von 1871 wiederum wurzelt in einem unerhört regen Vorlauf – der Gesetzesrevision in Preußen von 1825 bis 1848. Mehrere Minister und zahlreiche Beamte erarbeiteten eine Fülle von Gutachten und Gesetzentwürfen. An einer einzigen Vorschrift, dem Verbrechen der widernatürlichen Unzucht, wird hier ein Durchgang gewagt.<sup>1</sup> Die Wahl dieser Norm entspringt persönlicher Vorliebe; doch sei darauf verwiesen, daß es zum Vermögens- und politischen Strafrecht des 19. Jhdts. bereits Monographien gibt, zum Moralstrafrecht hingegen nicht.

Strafrechtsnormen signalisieren die Grundwerte und Sinnstrukturen einer Gesellschaft mit starker Visibilität und Kommunikabilität. Insbesondere für den privatpersönlichen Bereich setzen sie scharfe Markierungen, teilweise sogar als Symbolführer (wohingegen für den politisch-administrativen Bereich und für den ökonomischen Bereich vornehmlich aus anderen Rechtsgebieten die maßgeblichen Impulse kommen). Die rechtliche Regelung gleichgeschlechtlicher Beziehungen sowie der Kontakte erwachsener Männer zu Mädchen beruht auf den kodifikatorischen Entscheidungen der §§ 175 und 182 StGB. Die beiden Vorschriften bildeten bislang das Scharnier im Jugendschutz des Sexualstrafrechts; dies markiert ihre Bedeutung (und nicht etwa die geringe Zahl geführter Verfahren bei aberwitziger Dunkelziffer). Die Vorschriften haben auch einen funktionalen Stellenwert für die vorfindliche Männer-Frauen-Disparität, denn sie sind geschlechtsspezifisch formuliert und setzen eine bestimmte Konzeption der Geschlechterrollen voraus. Wo immer Geschlechtlichkeit und Begehren im Sozialprozeß akut werden – und bei aller Latenz geschieht dies oft und nachhaltig –, da stellt wie kaum ein anderer der Homosexuellenparagraph die Weichen. Auch wenn die Sonderbehandlung der gleichgeschlechtlichen Sexualität jetzt aus dem sichtbaren Strafrecht verschwindet, bleibt sie ein historisches Exempel für den Zusammenhang von Politik, Moral und Kriminalität.

### *1. Pendelschläge zwischen liberaler und rigider Lösung (1826–1842)*

Die förmliche Revision des preußischen Strafrechts begann 1825 mit einem Auftrag Friedrich Wilhelms III. – nachdem bereits seit 1800 verschiedene Entwürfe gefertigt worden waren – und zog sich bis 1848 hin. In dieser Zeit lag sie meistens in der Hand beamteter Juristen und brachte es auf zehn Entwürfe. Hierbei erhielt die Homosexuellenvorschrift fast jedesmal einen anderen Wortlaut. Der lange und umständliche

<sup>1</sup> Die Archivalien wurden von Hans Grunberger, Jörg Hutter und mir festgestellt und dokumentiert.

Verlauf hatte manche Gründe. Einer davon lag in dem Rechts- und Kulturkonflikt, den die Einverleibung der Rheinprovinz (1814/1815) hervorrief.

Zu diesem Konfliktstoff kann die Homosexuellenstrafe gerechnet werden (auch wenn über diesbezügliche Erörterungen bislang keine Quellen bekannt geworden sind). Im preußischen Landrecht von 1794 figuriert die Homosexualität als Verbrechen mit scharfer Reaktion (Zuchthaus, anschließend unbefristete Verbannung). Im französischen Code pénal von 1810 bleibt der einfache Tatbestand straflos; verfolgt werden nur Sondertatbestände, nämlich die Begehung in der Öffentlichkeit, mit Gewalt und mit Jugendlichen unter 15 Jahren.

Der Sache nach gerieten Preußen und die Rheinländer auch hier aneinander. Gewiß entzündete sich ihr Konflikt an ganz anderen Rechtsvorschriften, insbesondere an den Regeln für den Strafprozeß. Für die Straffreiheit homosexueller Akte demonstrierten die Rheinländer natürlich nicht explizit. Doch dürfte zumindest mittelbar ein Zusammenhang bestanden haben.

Ein Hauptstreitpunkt beim Strafverfahren wurde auf die Formel gebracht; »geheim und schriftlich« versus »öffentlich und mündlich«. Mehr Öffentlichkeit stellten die Rheinländer vor allem dadurch her, daß sie Laienrichter als Geschworene beriefen und das Publikum zu allen Phasen der Untersuchung zuließen. In einem ausführlichen Gutachten nimmt der preußische Justizminister Friedrich Leopold v. Kircheisen hierzu Stellung. Er kritisiert den »nachteiligen Einfluß, welchen diese gesetzliche öffentliche Ausstellung des Lasters« haben muß. »Wenn bei Fleischesverbrechen durch die Erzählung der obszönsten Handlungen so wie der feinsten Verführungskünste, die personifizierte Sinnlichkeit gleichsam zur Schau hingestellt wird; wie kann da Unschuld und Sitte, besonders in den jungen Gemütern bewahrt bleiben?«<sup>2</sup>

Es war der exzessive Sittlichkeitsschutz im preußischen Strafrecht, der das obszöne Geschehen notorisch gemacht hätte. Mit anderen Worten, der jahrzehntelang dauernde (erst in der StPO von 1877 weithin zugunsten der rheinisch-französischen Lösung beendete) Konflikt um das Verfahren wurzelte auch in Unterschieden des materiellen Rechts. Das Sexualstrafrecht konnte, im Vergleich zu dem des ALR, »als vorbildlich gelten«.<sup>3</sup> Doch mag die Homosexuellenstrafe – mit ihrem immer gegebenen Gewicht als Symbol – ein augenfälliges atmosphärisches Indiz der verhassten Preußisierung gewesen sein. Auch signalisierte sie eine eindeutige Position in der Auseinandersetzung zwischen Konservatismus und Liberalismus. Für eine restaurative Tendenz standen die Preußen ein, für eine liberale die Rheinländer. Extrem konservative Positionen kamen gerade auch bei der Bearbeitung einiger Teile des Strafrechts zum Ausdruck.<sup>4</sup>

Von etwa 1815 an gab es ein Tauziehen zwischen den beiden Seiten darüber, wann und wie die »bestehende«, also französische Gesetzgebung durch eine »allgemein gültige Gesetzgebung« abgelöst würde.<sup>5</sup> Verhandlungen und Erschwernisse schoben dies lange hinaus – im Strafrecht bis 1851, auf anderen Rechtsgebieten noch länger, teilweise bis zur Reichsgesetzgebung ab 1871. Das rheinisch-französische Recht blieb stets ein Stachel, der den Zug zur Rechtseinheit bremste.

#### *Ein liberaler Jurist in restaurativer Zeit*

Als Revisor zum Besonderen Teil des Strafrechts wurde Anfang 1826 der Kammergerichtsrat Bode eingesetzt. Seine ersten Entwürfe der Homosexuellenstrafe nehmen die rheinisch-französische Lösung zum Vorbild:

– Die Bezeichnung »Sodomiterey« des allgemeinen Landrechts wird (fast) aufgegeben und durch Bezeichnungen wie »widernatürliche Befriedigung der Wollust« ersetzt. Auch der Code

<sup>2</sup> Abgedruckt in: Ernst Landsberg, Die Gutachten der Rheinischen Immediat-Justiz-Kommission und der Kampf um die rheinische Rechts- und Gerichtsverfassung 1814–1819. Bonn (Gesellschaft für Rheinische Geschichtskunde) 1914, S. 290.

<sup>3</sup> So Hans-Jürgen Becker, Das Rheinische Recht und seine Bedeutung für die Rechtsentwicklung in Deutschland im 19. Jahrhundert, in: JuS 1985, S. 338–345 (341).

<sup>4</sup> Vgl. Dirk Blasius, Bürgerliche Gesellschaft und Kriminalität, Göttingen (Vandenhoeck) 1976, S. 98 u. ö.; Werner Schubert und Jürgen Regge (Hrsg.), Quellen zur preußischen Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts, Vaduz (Topos), I. Abt., 1. Bd., S. XXI.

<sup>5</sup> Vgl. Kabinettsorder v. 19. 11. 1818.

pénal spricht in Art. 330ff. von »un acte contre nature«. Der Begriff »Sodomie« taucht in den Entwürfen von 1843 und 1846 sowie in manchen Diskussionen immer wieder auf.

– Nur drei qualifizierte Fälle sollen bestraft werden, der Grundtatbestand also straffrei bleiben. Die drei Fälle (Gewalt, Jugend, öffentliches Ärgernis) entsprechen in etwa denen des Code pénal.

– Vom ALR übernommen wird die Stellung in der Reihenfolge: der Paragraph steht am Ende der Verbrechen gegen die Sittlichkeit. Im Code pénal hingegen befinden sich die Vorschriften in den zweiten resp. dritten Absätzen der Paragraphen, die das Grunddelikt (öffentliche Schamverletzung, Jugendlichkeit und Gewalt) formulieren und am Anfang des Abschnittes stehen. In den späteren preußischen Entwürfen wandert die Homosexuellenstrafe dann ebenfalls nach vorn.

Mit den Entwürfen von 1828 und 1830 scheint die heute sogenannte einfache Homosexualität entkriminalisiert zu sein. Der Revisor weist auf diesen doch eigentlich nicht nebensächlichen Umstand nur in Nebensätzen hin. Möglicherweise war ihm die Konsequenz seines Gesetzgebungsvorschlages selbst nicht ganz klar; vielleicht wollte er auch nicht, daß sie allzu klar werde.

Unter der Bedingung des öffentlichen Ärgernisses werden »die meisten Fälle der Onanie, keineswegs aber alle straflos bleiben, und mich dünkt auch, daß mit Recht derjenige bestraft wird, welcher dieses Laster mit so schamloser Öffentlichkeit, oder auf eine Art treibt, daß dadurch zu einem öffentlichen Gerücht und Ärger Veranlassung gegeben wird.«<sup>6</sup> Wenn ein Gerücht genügt, dann wird auch der private Homosexualekontakt bestraft. Nur für den Tierkontakt räumt Bode als Konsequenz der neuen Vorschrift ein, »daß einzelne, sehr im Geheim getriebene, und nur zur Kenntnis weniger Personen gelangte, Fälle der Art unbestraft blieben« (ebd.). Dieselbe Konsequenz müßte, bei identischem Wortlaut, für den mann-männlichen Koitus gelten. Das zu klären, wäre Aufgabe der Rechtsprechung gewesen. Unzweifelhaft bleibt, daß der Entwurf von 1828 die Homosexuellenstrafe einschränken will und auch einschränkt.

Der Revisor begründet seine Abweichung vom Landrecht, d. h. von der preußischen Rechtstradition, allgemein zu Beginn des Abschnitts über die Sittlichkeitsverbrechen. Er sei »teils durch die zahlreichen Erinnerungen der Landes-Justiz-Kollegien, teils durch den Hinblick auf die in anderen Legislationen bemerkten Fortschritte, zu mancherlei Änderungen veranlaßt worden«.<sup>7</sup> Wenn er später die Homosexuellenstrafe ausführlich begründet (S. 276–279), führt Bode, der Revisor, allerdings weder ein rheinisches Gericht noch das französische Recht an. Erwähnt werden Gutachten fünf preußischer Oberlandesgerichte sowie die Gesetzgebungsmaterialien zum ALR. Es fällt schwer, ihm abzunehmen, die vorhin zitierten Sätze bezeichneten die alleinigen oder auch nur leitenden Motive seines Gesetzentwurfs. Hier scheint eine Richtungsentscheidung getroffen worden zu sein.

Wie gelangte Bode zu seinem Strafprinzip? Er umreißt es so: »M. E. gibt es aber hier nur zwei Gründe, welche diese Strafbarkeit bestimmen können, nämlich a) wenn durch die Handlung des Täters ein öffentliches Ärgernis erregt, oder b) wenn dadurch zugleich die Rechte eines Dritten verletzt worden sind« (S. 278). Ohne Zweifel artikuliert er das liberale Prinzip eines Rechtsgüterschutzes.

Weder das rheinisch-französische noch das bayerische Strafrecht werden von Bode angeführt. Er mag dafür Gründe gehabt haben; die Konfliktfronten Preußens liegen im 19. Jhd. an dessen südlicher und vor allem westlicher Flanke. Hier werden die Reichseinigungskriege von 1866 und 1871 stattfinden. Auch die Rheinländer werden Gründe gehabt haben, sich nicht für die französische Lösung ins Zeug zu legen. Um etwelche Sympathien mit gleichgeschlechtlichen Akten oder mit den sich so Verhaltenden kann es ohnehin nicht gegangen sein. Hingegen war es ein Hauptanliegen der

6 Motive zu dem, von dem Revisor vorgelegten Ersten Entwurfe des Criminal-Gesetzbuches für die Preussischen Staaten, 3. Band, II. Abteilung, Berlin 1829, S. 278. Handschrift in: ZStA Merseburg, Staatsministerium Rep. 2.5.1. Nr. 9665.

7 Motive 1829, S. 240, hier allgemein zu den Sittlichkeitsstaten.

Rheinprovinz, ihre Formen des Strafverfahrens beibehalten zu können. Ein so bedeutsames, klares und populäres Politikziel gefährdet man nicht durch einen Nebenkrieg im Sexualdschungel.

Beim heutigen Lesen kann es keinem vernünftigen Zweifel unterliegen, daß die im rheinisch-französischen Recht enthaltene Teilfreigabe der Homosexualität auch den preußischen Revisor anleitet. Er schließt sich der liberalen Lösung an, ohne die Vorbilder beim Namen zu nennen. Aber die Textstruktur, der Strafinhalt und die Manuskripte in den Akten belegen die Herkunft.

Im Manuskript seiner Motive wollte Revisor Bode, nachdem die beiden Fälle der Strafbarkeit genannt und erläutert waren, den Hinweis geben. Er schrieb als Schlußarabeske nieder: »Nach diesen Ansichten, welche auch in unseren neueren Gesetzgebungen«, strich sogleich die letzten vier Wörter – also den Fingerzeig auf die deutschen Abkömmlinge des französischen Rechts –, fuhr verhüllend fort: »im hannöv. Entw. Art. 275 zum Theil befolgt sind, habe ich den vorliegenden § 36 des Entw. ausgestaltet.«<sup>8</sup> Sodann strich er den ganzen Satz. Die neue Formulierung klingt zurückhaltend (»Diese Ansichten werden zur Erläuterung ... genügen«). Die »neueren Gesetzgebungen« kommen zwar noch vor, aber in einem anderen Satz und nur für die gewählte Nomenklatur der »widernatürlichen Unzucht«.

Die erste Einleitung hatte an der Homosexuellenstrafe einen kriminalpolitisch begründeten Zweifel geäußert, hierzu den OLG-Rat Busch aus Marienwerder zitierend. Busch meinte, es »gehörten solche Befriedigungen des Geschlechts-Triebes wider die natürliche Ordnung, welche nur allein dem Thäter gefährlich sind, oder unter Personen verschiedenen Geschlechts Statt finden, in mehreren Hinsichten nicht vor das Forum d. Richter« und bezog sich seinerseits auf das Lehrbuch von Klein.<sup>9</sup>

Im zweiten Anlauf eliminiert Bode diese Argumentation; aus den Voten der Gerichte wird nur die Kritik an der Gesetzestechnik, nicht aber an der Wertung zitiert. Von der »weichen« Begründung (kriminalpolitisches Dafürhalten) geht er zu einer »harten« (rechtsdogmatischen) über: Aus den Materialien zum ALR ergebe sich aufs entschiedenste, daß man nicht alle und jede widernatürliche Wollustbefriedigung, sondern nur die schlimmeren Arten habe strafen wollen.

Charakteristisch für das strategische Vorgehen des Revisors ist auch die Stelle, an der er seine Strafgründe benennt. Zunächst schreibt er: »Auf den ersten Blick könnte es hier scheinen, als seyen alle diejenigen Unzuchtshandlungen, durch welche der Thäter nur sich selbst Schaden zufügt, von der Reihe der Verbrechen auszunehmen.«<sup>10</sup> Bode streicht den Satz, der tastend und unsicher formuliert ist (dreifacher Vorbehalt am Anfang), und schreibt beherzt und entschieden: »M. E. giebt es aber hier nur zwei Gründe ...«, wie bereits zitiert.

Von 1835 an ist wieder *jede* widernatürliche Befriedigung der Wollust strafbar. Anfänglich ist dies noch ausdrücklich an die Bedingung einer körperlichen Vereinigung geknüpft; später bleibt diese Interpretation des Tatbestandes der Rechtsprechung überlassen (die ihren Spielraum vierzig Jahre später nutzen wird). Zuletzt also setzt sich die altpreußische gemeinrechtliche Tradition durch. Für einige Jahre – und in einigen deutschen Ländern für einige Jahrzehnte – jedoch folgte die Homosexuellenstrafe einer liberalen Linie: nicht die »heterosexuelle Struktur der Gesellschaft« bildete den alleinigen Strafgrund, sondern die Verletzung bestimmter Rechte, die sich modern als sexuelle Selbstbestimmung benennen lassen.

Das ist bei der Vergewaltigung klar; und im Jugend- und Öffentlichkeitsbereich gilt, daß unreife Motivation und unerwünschte Konfrontation das Ideal der Handlungsautonomie verletzen. Bode findet die »Rechtsverletzung eines Dritten« darin, daß der Täter »ein noch willenloses Kind unter zwölf Jahren« mißbraucht hat – das Alter indiziert die Entscheidungsfähigkeit –, was der Notzucht völlig gleichstehe (S. 278).

Je expliziter sich eine Strafnorm auf Schutzgüter bezieht, desto enger wird sie in der Regel ausfallen. Vage Strafnormen hingegen werden bei Bedarf ausgedehnt werden

<sup>8</sup> ZStA Merseburg, Rep. 2.5.1. Nr. 9665, Bl. 277R. Zum folgenden Motive S. 279. Rep. 84. II. 4.1. Nr. I Bde. 1–3.

<sup>9</sup> ZStA Merseburg, Rep. 84. II. 4.1. Nr. 1 Bd. 1, Bl. 132.

<sup>10</sup> Handschriftliche Motive, a. a. O. (Anm. 10), Bl. 276R.

(bei der Homosexuellenstrafe geschah dies seit den 1870er Jahren) und sind tendenziell illiberal. Der Konflikt zwischen rheinischer Liberalität und preußischer Rigidität entschied sich ein erstes Mal in den 1830er Jahren; hier ging es um die Fassung des Tatbestands.

Die Strafflosigkeit der einfachen Homosexualität in den Entwürfen von 1828 und 1830 ist ein Zwischenspiel, welches sich noch mehrfach wiederholen wird. Was bestimmt die Wechselfälle? Die Gründe liegen zum einen im Verfahrensablauf: wer sich wann, wie intensiv und mit welchem politischen Gewicht einschaltete. Dies kann hier durch eine Analyse der überlieferten Akten geklärt werden. Zum anderen besteht ein sozialstruktureller Hintergrund, der uns später beschäftigen wird, jedoch nie den Eindruck erweckt, als hätte es nicht auch anders kommen können. Die Entwürfe spielen Ping-Pong mit der Homosexuellenstrafe; das geht, weil sie noch nicht das sexualsymbolische Schwergewicht besaß, das ihr seit den 1880er Jahren aufgeladen wurde. Die Aleatorik der Kriminalisierung macht neugierig auf die Windungen des Verlaufs.

Im Frühjahr 1830 berät die Kommission im Justizministerium über den Entwurf. Auf der Sitzung am 13. Febr. 1830 sind die Minister v. Danckelmann und v. Kamptz anwesend – aber auch der rheinische Jurist Bartholomäus Fischenich, früher Professor für Strafrecht in Bonn und Anhänger der Kantschen Trennung zwischen Moral und Naturrecht.<sup>11</sup> Ferner August Heinrich Simon, preußischer Jurist mit gelegentlichen Neigungen zum rheinischen Recht, das er als Mitglied der rheinischen Immediat-Justiz-Kommission ab 1816 kennengelernt hatte.<sup>12</sup>

Die Straffreiheit des konsensualen Akts wird indirekt bekräftigt. Der Jugendschutz wird nicht an der Volljährigkeitsgrenze festgemacht. Denn ein dahingehender Antrag wird abgelehnt, weil »bey Personen, welche über 18 Jahre alt seien, schon eine freiwillige Hingabe zu der Unzucht vorauszusetzen sey«.<sup>13</sup>

Die Reformphase von 1828 bis 1830 ruht, als das Staatsministerium die weitere Beratung des fertigen Entwurfs zurückstellt. Zu einer Zäsur, bezogen auf die maßgebenden Personen, kommt es im Dezember dieses Jahres: v. Danckelmann stirbt, v. Kamptz wird zunächst kommissarisch, später definitiv Justizminister. Kamptz ist einerseits der brillante Jurist aus dem Mecklenburgischen, andererseits der überaus berühmte Demagogenverfolger. Dieser Mann wird die Homosexuellenstrafe prägen:

Das Justizministerium zur Gesetzesrevision befaßt sich 1835 sieben Monate hindurch intensiv mit den Verbrechen gegen die Sittlichkeit. »Verbrechen wider die Unzucht« schreibt v. Kamptz selbst auf das Vorblatt der Akte.<sup>14</sup> Seine witzige Fehlleistung deutet wohl auf eine innere Ambivalenz hin.

### *Der Demagogenverfolger als Justizminister*

Vom 23. März 1835 an handelt eine Serie von Konferenzprotokollen sehr ausführlich vom Sittlichkeitsstrafrecht. Grundlage ist der steckengebliebene Entwurf von 1830, doch gedanklich greift man viel weiter zurück. Die Motive spielen wieder die alte Musik. Ausschließlich diskutiert wird das Verhältnis zum ALR. Die sechs Jahre zuvor gestellte Prinzipienfrage, »nach welchen Prinzipien im Gesetze die Grenzen zwischen den strafbaren und den straflosen Unzuchtshandlungen dieser Art gezogen werden solle?« (S. 278), taucht nicht wieder auf. Und die Rechtsgüter (»nur zwei Gründe, welche diese Strafbarkeit bestimmen können«, vgl. oben) werden schon gar nicht mehr benannt.

Zwar betont die Einleitung zum Unzuchtsabschnitt, daß »die neuern Gesetzgebungen die harten, oft grausamen Grundsätze der frühern gemildert haben«, und Preußen hier unter den

<sup>11</sup> Vgl. Ulrike Teschner, Bartholomäus Fischenich, Bonn (Roerscheid), 1968, S. 40.

<sup>12</sup> Vgl. zu Simon: E. Landsberg 1914, a. a. O. (Anm. 2), S. LII–LIV, CXXI f.

<sup>13</sup> ZStA Merseburg, Rep. 84. II. 4.I. Nr. 2, Bd. 3b, Bl. 268.

<sup>14</sup> ZStA Merseburg, Rep. 84. II. 4.I., Bd. 7, Nr. 7.

ersten gewesen sei.<sup>15</sup> Doch scheint dies die Strafmaße, nicht die Strafbarkeiten zu betreffen. Hier entscheidet die »Rücksicht auf Religion, Sittlichkeit und Rechte Anderer« (ebd.). Damit sind Bodes »zwei Gründe« bereits aufgegeben.

Der Wind ist umgeschlagen. Die Überlegungen von 1835 suchen den Anschluß an das ALR. In der Strafbarkeitsfrage interessieren das Verhältnis von Tier- und Homosexualkontakten, ob neben der Aus- auch die Einlassung des Samens erforderlich sei, ob neben der körperlichen Vereinigung auch die Onanie-Begegnung strafbar sei, wie man nur den Tatbestand bezeichnen könne, ohne unerwünschte Wörter wie Knabenschänderei zu benutzen.

Die Probleme werden elegant gelöst: durch Verweisung auf eine andere Vorschrift, in der es dann ausdrücklich heißt, »körperliche Vereinigung« sei vorausgesetzt. Dann aber ist jetzt jede »widernatürliche Befriedigung der Wollust« strafbar, »sowohl an dem Täter als auch an demjenigen, welcher sich zu diesem Vergehen hergegeben hat« (§ 383 in E 1833, § 507 in E 1836). Dies läßt sich, mit Isabel V. Hull, als der »altmodischste« aller Entwürfe dieser Jahrzehnte bezeichnen.<sup>16</sup>

Bei den Beratungen im Justizministerium 1835 treffen zwei kriminalpolitische Antipoden aufeinander: Bode als Referent, v. Kamptz als Minister. Man geht vom E 1830 aus; die Homosexualstrafe soll noch weiter eingeschränkt werden. Vermutlich ist es Bode (der das Protokoll schreibt, worin aber die jeweiligen Sprecher nicht genannt sind), der nun Ziff. 3, den Fall des öffentlichen Ärgernisses, gestrichen sehen will.

Erwähnung und Veröffentlichung der Sache vor Gericht würden den Schaden und das öffentliche Ärgernis nur noch vergrößern. Das gelte auch für gerichtliche Untersuchungen nach Ziff. 2, also für die Vernehmung der jungen Leute über die mit ihnen vorgenommenen Unsittlichkeiten. »So mancher (der Protokollant streicht hier das zunächst niedergeschriebene Wort: unschuldige) Knabe sei hierdurch erst mir jenen Unzuchtigkeiten, von denen er bis dahin in seiner Unschuld nichts gehört habe, bekannt geworden, und es lasse sich nicht ermesen, welche schädlichen Wirkungen hierdurch für seine Moralität erwachsen können.«<sup>17</sup>

Wer so argumentiert, ist über die Frage der (mangelnden) Strafwürdigkeit des Grundtatbestandes weit hinaus. Er befindet sich bereits in aktuell anmutenden Überlegungen zum Jugendschutz, modern gesprochen: Sekundärschäden durch Verfahren. Die an diesem Tage beschlossene Fassung reduziert diejenige des E 1830 noch einmal: nur Fälle mit Zwang und an einem Kinde sind strafbar (Bl. 28). Erstaunlicherweise hat der Minister nicht dagegegehalten. Doch wird sein Einfluß bald spürbar.

Am 9. Mai 1835 übergibt der Revisor eine »neue Redaktion« der Unzuchtsverbrechen und begründet die Abänderungen, »so weit sie nicht bloße Berichtigungen der Fassung bezwecken« (Bl. 32).

Der Homosexuellenparagraph hat seine Länge binnen sechs Wochen verdoppelt und schützt jetzt auch Personen, die jünger als der Täter sowie unter 18 Jahre alt sind und unter seiner Aufsicht stehen. Die Strafe der neuen Ziff. 2 ist unbegrenzt Zuchthaus; vorher gab es nur Zwangsarbeit (Bl. 37).

Eine Begründung für diese Änderung wird nicht gegeben (vgl. Bl. 33R), obgleich doch wohl kaum bloß die Fassung berichtigt worden ist. Es bleibt nichts übrig, als hier den unmittelbaren Eingriff des Ministers zu vermuten. Der ganze Vorgang spielt innerhalb seines Hauses, wo Bode als Geheimer Justizrat, also noch ziemlich weit »unten« arbeitet. Die Eingriffe v. Kamptz' werden sich von jetzt ab kontinuierlich verstärken.

Die neue Fassung ist Wort für Wort das Werk des Ministers v. Kamptz. Bode hingegen beharrt noch in seinem 1835 geschriebenen, von Kamptz verworfenen Entwurf der Motive darauf, die Homosexuellenstrafe auf Fälle der Gewalt und der Kinder zu beschränken. Selbst den Fall des öffentlichen Ärgernisses will er heraushalten.

<sup>15</sup> Motive zum revidierten Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten. Erster Teil. Berlin, 1833, S. 32.

<sup>16</sup> Isabel V. Hull, »The Early 19th-Century German State(s) and the Criminalisation of Homosexuality«. Vortrag Amsterdam 1987, S. 8.

<sup>17</sup> ZStA Merseburg, Rep. 84, II. 4.I. Nr. 7, Bl. 27R.

Bode schreibt, der Entwurf von 1830 habe gegenüber dem Landrecht den Umfang der Strafbarkeit mehr und bestimmter zu begrenzen gesucht. »Es scheint mir aber durchaus nothwendig, in dieser Begrenzung noch weiterzugehen, und das Gesetz lediglich auf die Fälle der verübten Gewalt; oder der Mißbrauchung und Verführung jugendlicher Personen (No. 1.2. des § 306. a. a. O.) zu beschränken und dagegen die sub No. 3 des § 306 bezeichnete, wodurch dergleichen abscheuliche Laster nur ein »öffentliches Ärgernis« erregt, ist ganz fortzulassen. Denn die Erfahrung lehrt überzeugend, daß durch die größere Veröffentlichung welche dergleichen Schandthaten durch die Einleitung einer förmlichen Untersuchung über sie erhalten, das Ärgernis daran nur noch vermehrt, und das Andenken an sie, auf dessen Unterdrückung man vielmehr Bedacht nehmen sollte, nur verlängert wird.

Gerne würde ich dafür stimmen, auch die beiden anderen Fälle und namentlich die der Knabenschänderei im Strafgesetzbuch ganz zu übergehen, da bekanntlich dergleichen Untersuchungen, bei denen oft eine Menge von jungen, bis dahin noch unschuldigen Leuten über die allerabscheulichsten Unsittlichkeiten vernommen, und wohl gar mit dem schamlosen Verführer konfrontiert werden müssen, höchst nachtheilig auf die Sittlichkeit dieser jungen Leute wirken, indem sie dieselbe mit dergleichen bisher ihnen noch ganz unbekanntem Lastern näher bekannt mache, und durch Erhitzung ihrer Phantasie den noch schlummernden Geschlechtstrieb vorzeitig in ihnen erwecken. Indessen scheint es mir doch bedenklich, in der Abänderung der bestehenden Gesetzgebung soweit zu gehen, und selbst in diesen Fällen, wo Rechte dritter Personen durch den Verbrecher verletzt worden sind, die Einschreitung der bürgerlichen Strafgesetzgebung ganz auszuschließen. Man wird vielmehr durch besondere Bestimmungen in der Strafprozeß-Ordnung dafür Sorge tragen müssen, daß dergleichen Untersuchungen mit möglichster Vorsicht und Schonung der jugendlichen Personen und mit Vermeidung allen Aufsehens geführt werden.«<sup>18</sup>

Der Minister *v. Kamptz* läßt sich von seinem Beamten nicht lumpen. Er holt seinerseits zu einer unerhört langen Gegenrede aus und verfaßt geradezu eine Abhandlung, um das Votum des Revisors zu überwinden.

Seitenlang entwickeln die Motive von 1835 (gedacht für die Entwürfe von 1833 und 1836) ein System der Strafmaße. Das Viel oder Wenig soll sowohl für die einzelnen Begehungsarten untereinander als auch in bezug auf die unerlaubten Fälle heterosexuellen Kontakts in vernünftigen Relationen stehen (S. 250–254). Akte mit Tieren sollen schärfer bestraft werden als die unter Männern, der Täter schärfer als der Anstifter und die homosexuelle Vergewaltigung schärfer als die heterosexuelle (S. 250 f.). Auch hier findet *v. Kamptz* eine elegante Lösung: die homosexuelle Variante eines verbotenen Beischlafs wird gegenüber dem Normalfall verteuert, indem eine halbe Homosexuellenstrafe als Zuschlag erhoben wird.

Sehr schön läßt sich im Aktenstück verfolgen, wie der Minister sprachlich damit ringt, die Arithmetik der Strafmaße auszudrücken. Er schreibt – ohnehin selten genug – selber einen kompletten Entwurf des Sittlichkeitsabschnitts, und den Homosexuellenparagraphen sogar zweimal.<sup>19</sup>

Die »Motive zum Entwurf 1833« sind, zumindest was den Abschnitt über die Unzucht anlangt, offenbar erst in der zweiten Jahreshälfte 1835 geschrieben. (Das ergibt sich aus ihrer Lage in der Akte sowie allein schon daraus, daß sie Vorgänge bis nach der Jahresmitte 1835 zitieren.) Somit sind sie eigentlich die Motive zum E 1836, über den keine erneuten veröffentlicht werden. E 1836 unterscheidet sich von E 1833 vor allem durch die Paragraphenzählung (denn das sog. Polizeistrafrecht war eingearbeitet worden), und speziell in der Homosexuellenvorschrift nur durch die Sprachform des letzten Halbsatzes.

Die 1835er Motive sind aufwendig bedacht und sorgfältig regidiert, anders als die übrigen Reformanläufe der Epoche. Die spezielle, nur die Unzuchtsverbrechen betreffende Akte des Ministers von 1835 enthält folgende Fassungen für die Motive: 1. Entwurf Bode (Bl. 74–82R; der Minister hat den Text fast nirgends anerkannt, bricht mit seinen Korrekturen aber mitten im Abschnitt ab – wohl um einen vollständig eigenen Text zu schreiben). 2. Entwurf *v. Kamptz* (Bl. 83–106R). 3. Abschrift dieses – mit rüder Feder hingeworfenen – Urtexts (Bl. 107–146R); der Minister korrigiert und führt weiter – die Begründung des Homosexuellenparagraphen wird sogar völlig neu geschrieben (Bl. 129–136R). 4. Druckfassung mit der ersten Korrektur von (vermutlich) Bode und *v. Kamptz* (Bl. 148–156R). 5. Zweite Druckfassung (Neusatz) und Korrektur (Bl. 164–180R). 6. Dritte Druckfassung und Korrektur, mit Imprimatur v. 18. Sept. 1835 (Bl. 182 ff.). 7. Vierte Druckfassung und Korrektur, mit Imprimatur v. 9. Okt. 1835

<sup>18</sup> ZStA Merseburg, Rep. 84. II. 4-I. Nr. 7, Bd. 7, Bl. 79R, 80.

<sup>19</sup> Ebd., Bl. 51R, 52.

(Bl. 198 ff.). Bei sämtlichen Drucken gibt es Korrekturen und Erweiterungen von der Hand des Ministers – so oft las, verglich und überdachte er die Begründung der Homosexuellenstrafe.

Zur *Entwicklung der Kamptzschen Begründung* folgen zwei Beispiele. 1. In der Urfassung hieß es: »So viel ist aber außer Zweifel, daß das Allgemeine Landrecht unter der Bestimmung der §§ 1069 ff. nur die Sodomitery, keineswegs aber Onanie, Manustrupation und andere unzüchtige Handlungen verstanden hat.« (Bl. 96R bzw. 129R) Ganz so klar drückt es die Neufassung nicht mehr aus – und wird es damit eines Tages erleichtern, den Tatbestand um die ›beischlafsähnliche Handlung‹ zu erweitern.

2. Die Urfassung enthält deeskalierende Überlegungen; Kamptz hat noch den so eng gezogenen E 1828/1830 im Kopf. Fälle des Verkehrs mit Tieren möchte er »dem Vergessen übergeben« und im Gesetz gar nicht erst erwähnen. »Aber auch das mit dem eigenen Geschlecht begangene Verbrechen dürfte nicht in allen Fällen der amtlichen Untersuchung und Bestrafung unterworfen sein. Verbrechen dieser Art werden nur im Verborgenen begangen und sind daher schwer zu beweisen. Sie erregen ein öffentliches Ärgerniß, verbreiten die Bekanntschaft desselben und treffen in ihrer Strafe nicht bloß den Schuldigen, sondern auch seine Familie. Der revidierte Entwurf hat daher die Fälle vorgeschlagen, in welchen die Verfolgung dieses Verbrechens nur von Amts wegen erfolgen kann, in allen übrigen Fällen aber dieselbe von dem Antrage desjenigen abhängig gemacht, dessen Persönlichkeit verletzt ist« (Bl. 97 bzw. 132). Hier werden noch Rechtsgüter, Verfolgungsaufwand und Sekundärschäden abgewogen. Doch hat dieses für Kamptz keinen Bestand; er streicht seinen eigenen Text. An dessen Stelle treten Hinweise auf andere, strafbeschränkende Gesetzgebungen sowie Erörterungen zur Präzisierung der Tatbestandsfassung.

Nie wieder ist die Homosexuellenstrafe so ausführlich in legislatorischen Schriften erörtert worden wie in diesen sechs engbedruckten Seiten der Motive des ›E 1833‹ (eigentlich: E 1835). Die vorangegangenen Motive erreichen nur knapp die Hälfte dieses Umfangs, und spätere sind noch kürzer. Wenn einem einzigen unter 38 Paragraphen im Unzuchtsabschnitt ein Fünftel von dessen Umfang gewidmet wird, dann muß dem Delikt jetzt etwas Besonderes anhaften. Was führte zu dem auffälligen Begründungsaufwand? Vor allem soll der 1828 vorgesehenen Entkriminalisierung nicht mehr gedacht werden. Die Motive von 1833/1835 bewerkstelligen das, indem sie den Entwurf 1828 hier überhaupt nicht erwähnen (durchaus aber bei anderen Delikten, vgl. S. 233). Die einfache Homosexualität erst aus der Vorschrift heraus-, dann wieder in sie hineinzunehmen, war auch damals gewiß ein gewichtiger Vorgang, der juristischem Scharfsinn selbstverständlich nicht entgangen ist. Die Revision der Revision geschieht nicht nur schweigend; diese soll sogar vergessen gemacht werden.

So jedenfalls interpretiere ich einige Sätze in den Motiven. Über die Behandlung der *sodomia sexus* (d. i. Homosexualität i. spät. S.) im ALR hätten die Entwürfe von 1830 und 1833 »angenommen, daß dies Vergehen schon an sich strafbar sei, daß seine Strafbarkeit aber durch hinzugetretene Verhältnisse bedeutend erhöht werde« (S. 251). Als Aussage über das ALR stimmt das zweifellos und ist völlig banal. Wie es allerdings hier dasteht, klingt der Text, als habe auch E 1830 die Strafbarkeit der einfachen Homosexualität (›dies Vergehen an sich‹) bejaht. Hat er nicht!

Ein späterer Satz scheint ebenfalls zu unterstellen, die einfache Homosexualität sei fraglos strafbar: »Es rechtfertigt sich übrigens von selbst und ist auch bisher angenommen, daß, wenn dies Vergehen ohne Zwang und Gewalt begangen, mithin von dem Anderen freiwillig und, wie dies meistens der Fall ist, gegen Entgelt gestattet und daher auch von ihm mitbegangen ist, die Strafe auch ihn treffen müsse, da derjenige, der dieser Behandlung sich freiwillig und aus niedriger Gewinnsucht preis- und hingegeben hat, ebensowohl strafbar, ja moralisch noch strafbarer, wie derjenige ist, welcher sie begeht.« (S. 253)

Der Autor zielt hier auf den ›passiven‹ Teilnehmer eines Koitus. In der erörterten Situation liegt nun keines der strafbegründenden Merkmale aus E 1828 und E 1830 vor: weder Zwang, noch Jugendlichkeit (es soll gestraft werden, Strafmündigkeit ist also vorausgesetzt), noch öffentliches Ärgernis. Diese Strafbarkeit »rechtfertigt sich von selbst und ist auch bisher angenommen«? Kein Wort zur Abkehr von der rheinisch-französischen Regel – das ist wahrlich ein beredtes Schweigen!

Wenn v. Kamptz 1835 die Liberalisierung zurücknimmt, dann deswegen, weil er alles daran-

setzt, rheinische Lösungen aus dem preußischen Recht herauszuhalten. Kamptz (1769–1849) wird als Hasser aller rheinisch-liberalen Dinge beschrieben.<sup>20</sup> Er war selber einer der verhaßtesten Juristen des 19. Jhdts. Landsberg nennt ihn trockenen Polizeischleicher und traurigen Unglücksmann. Biographische Artikel zitieren zahlreiche Abwertungen durch die Zeitgenossen und kaum je ein günstiges Urteil. Kamptz gilt als gebildet und charakterlos.

#### *Letzter Versuch zur Entkriminalisierung*

Fünf Jahre später schlägt der Wind noch einmal um. Die Initiative geht vom Justizministerium aus. Am 12. Nov. 1840 beraten Minister Mühler, Simon, Bode und sieben weitere Männer den gerade aktuellen Entwurf. Mit ausführlicher Begründung beschließt man, zu den Entwürfen von 1828 und 1830 sowie zu den Motiven des Revisors (Bode) zurückzukehren. Staatliches Einschreiten rechtfertigt sich nur dann, wenn Rechte dritter Personen verletzt sind. Dies anerkannten fast alle neueren Gesetzgebungen, z. B. Württemberg – wie der französisch-rheinische Geist vorsichtig beschworen wird.<sup>21</sup> Dieser Beschluß wird wenige Wochen später auf der nächstfolgenden Ebene umgesetzt.

Als Kommission des Staatsrats beraten am 5. Dez. 1840 sieben Männer – Geheimräte, Staatssekretär und Justizminister – einige Bestimmungen zur Sittlichkeit. Die Homosexuellenstrafe wird auf die Altersgrenze 16 zurückgenommen. Es fehlen an diesem wöchentlichen Jour fixe der Infanteriegeneral, der Polizei- und der Revisionsminister. Insbesondere die Abwesenheit Kamptzens dürfte sich bemerkbar gemacht haben. Die Beratung, wie sie protokolliert ist, verläuft knapp und konzentriert; sie beansprucht nur etwa ein Drittel dieser Sitzung. Der Entwurf von 1830 wird rehabilitiert; auf ihn bezieht sich die Diskussion, die Entwürfe von 1833 bis 1836 ignorierend. Offen ausgesprochen finden sich die Folgen der Reform, nämlich »daß die im Geheimen betriebenen Fälle dieser Art unbestraft blieben«.<sup>22</sup> Die liberalen west- und süddeutschen Strafgesetze werden unterstützend erwähnt.

Die Majorität der Kommission beschließt eine Fassung, die noch liberaler als das Vorbild Code pénal ist: die öffentliche Begehung wird ebensowenig erwähnt, wie das Strafmaß für Gewaltanwendung zwischen homo- und heterosexueller Konstellation differenziert wird. Zur Begründung beruft man sich allerdings nicht, wie der Revisor von 1828/1830, auf das Rechtsgutprinzip, sondern bezieht sich ausschließlich auf Nützlichkeitsabwägungen. Daß die privat betriebenen Fälle straflos bleiben, wird »dadurch aufgewogen, daß dann auch die sehr gefährliche und leicht schädlich wirkende Kunde von der gleichen Abscheulichkeiten weniger im Publikum verbreitet würde, als es unvermeidlich geschehe, wenn diese Fälle zum Gegenstand einer Kriminal-Untersuchung gemacht würden« (S. 217f.). Und die Aufzählung sowie nähere Bezeichnung der widernatürlichen Handlungen im Gesetz habe den Nachteil, daß »in den Gemüthern vieler Personen Ideen von vorhin unbekanntem Verbrechen erst rege gemacht würden« (ebd.).

Schon damals war ein Homosexuellenparagraph um so eher dann aus dem Strafrecht hinauszuerwerfen, wenn Grundsatzfragen nicht angerührt wurden. Verweltanschaulichung und Emotionalisierung hingegen bauen unüberwindliche Barrieren auf. Die Kommission des Staatsrats, die sich vier Jahre hindurch mit dem Strafrecht zu befassen und dabei viele Kompromisse zu schließen hatte, debattiert die Homosexuellenstrafe unter rationellen Gesichtspunkten, sowohl zeitlich wie sachlich.

Zunächst wird die repressive Lösung des ALR verteidigt. In der Gegenrede wird die liberale Lösung vorgestellt: »Das Rheinische Strafgesetzbuch erwähne dieser Verbrechen nicht, und man habe dies als eine große Verbesserung der Gesetzgebung erachtet, die sich auch durch die

20 Vgl. dazu Ernst Landsberg, *Das rheinische Recht und die rheinische Gerichtsverfassung*, in: Joseph Hansen (Hrsg.), *Die Rheinprovinz 1815–1915*, Bonn (Marcus) 1917, S. 149–195 (151); Rüdiger Schütz, *Preußen und die Rheinlande*, Wiesbaden (Steiner) 1979, S. 5.

21 ZStA Merseburg, Rep. 2.5.1. Nr. 9671, Bl. 264R–266R.

22 *Berathungs-Protokolle der zur Revision des Strafrechts ernannten Kommission des Staatsraths, über den Zweiten Theil des Entwurfs des Strafgesetzbuchs*. Zweite Abtheilung. Berlin 1842, S. 271. Handschrift in ZStA Merseburg, Rep. 80 I. Justizsachen, Nr. 32, Bd. 2, Bl. 270ff.

Erfahrung als solche bewährt habe« (S. 272) – die Anwesenheit Ruppenthals ist spürbar. Die Majorität tritt dem bei; so bald ist man fertig.

Für die Kabinettsordre des Staatsrats wird ein Entwurf vorbereitet, der in § 382 eine sehr eingeschränkte Homosexuellenstrafe enthält: nur für die Fälle des Zwangs und der Personen von unter 16 Jahren bzw. die unter einem Aufsichtsrecht stehen.<sup>23</sup> Im Plenum des Staatsrats trifft der Entwurf auf Kritik. Zur Hauptfrage Nr. 72, ob die Bestrafung der widernatürlichen Unzucht auf die in § 382 bezeichneten Fälle zu beschränken sei, reden mehrere Mitglieder, sich dabei auf die unterlegene Minderheit der Kommission berufend. Das Prinzip des ALR, unbedingt zu bestrafen, müsse beibehalten werden. Man weiß zu berichten: die eine Art komme insonderheit auf dem Lande bei Viehhütern vor, die andere vorzugsweise in großen Städten, wo es dafür zuweilen sogar eigene Häuser gebe. Die öffentliche Meinung wird bemüht, das französische Recht als Vorbild abgelehnt. Mit 27 zu 4 Stimmen wird die Hauptfrage verneint; beide Arten der Sodomie sind unbedingt zu bestrafen.<sup>24</sup> Kommission und Plenum des Staatsrats sind in offenen Widerspruch zueinander getreten.

## II. Der Souverän greift ein

Als die Kommission des Staatsrats nach viereinhalb Jahren ihre Beratungen 1842 beendet und die Protokolle veröffentlicht, tritt die Neuformulierung des Strafrechts in ihre ›heiße Phase‹. Im Februar wird der langjährige Revisionsminister v. Kamptz entlassen; der König will der Revision eine »ganz verschiedene Richtung« geben und ernennt v. Savigny. In beinahe jährlicher Folge erscheint nun Entwurf auf Entwurf. Der König nimmt Anteil und gibt Weisungen.

Auch die widernatürliche Unzucht nähert sich allmählich ihrer endgültigen Kriminalisierungsform. Zunächst wird der Grundtatbestand festgelegt. Die Strafbarkeit auch des einfachen Falls wird wieder eingeführt. Dazu bedurfte es nur eines weiteren Nebensatzes: »3. In anderen Fällen, welche zur Sodomie zu rechnen sind...« (§ 393). Das Plenum des Staatsrats war ja seiner Kommission nicht gefolgt. Gerungen wird noch um das Strafmaß.

Betrachten wir das für die einfache Homosexualität; die Strafen für die erschwerten Fälle (mit Jugendlichen, Kindern, Gewalt usw.) leiten sich vom Grundtatbestand ab. 1828/1830 stand, falls ein öffentliches Ärgernis hinzugetreten war, hierauf nur eine Arbeitshausstrafe. 1842 beschließt der Staatsrat: Zuchthaus oder Strafarbeit von einem Jahr an aufwärts (§ 393 Nr. 3). Eine umgearbeitete Fassung aus demselben Jahre nimmt das wieder auf Strafarbeit bis zu zwei Jahren zurück (§ 394 Nr. 3).

Nun greift der Souverän ein. Wir befinden uns ja in einem vorkonstitutionellen Staat mit autokratisch-bürokratischer Doppelprägung. Eine Verfassung war zwischen 1810 und 1821 dreimal versprochen worden; sie wird aber noch lange auf sich warten lassen. Autokratie erfordert, daß der Herrscher jeden politischen Schritt persönlich einleitet; so war es bei der Gesetzesrevision durch verschiedene Kabinettsorders seit 1808 geschehen. Wenn diese Initiative nicht beim Fachwissen der Beamten auflaufen oder sonstwie in der Bürokratie hängenbleiben sollte, mußte der Herrscher wieder tätig werden.

Friederich Wilhelm IV. von Preußen gilt als König mit persönlichem Herrschaftsstil, ja mit der Neigung zum persönlichen Regiment. Er gibt der fahrig verlaufenden Gesetzesrevision einen Dreh, welcher die Homosexuellenstrafe prägen wird. Am 28. Dezember 1842 ist ihm die umgearbeitete Fassung des Staatsrats-Entwurfs vorgelegt worden; am 9. Januar 1843 befindet er darüber. Der Entwurf wird im ganzen akzeptiert und nur in einigen wenigen Delikten modifiziert, die überwiegend den

<sup>23</sup> ZStA Merseburg, Rep. 90a. 10. IV. Nr. 1 Bd. 2 adhibendum, Bl. 55, 55R.

<sup>24</sup> Ebd., Bl. 404R, 405.

Unzuchtsbereich betreffen. Am längsten äußert er sich zur Homosexuellenstrafe. Die Marschrichtung lautet: zurück zum ALR. Die Dauer der angedrohten Strafen soll nach oben hin nicht begrenzt sein, und neben die Strafarbeit hat die Zuchthausstrafe zu treten. Der König beziffert für alle drei Fälle der Vorschrift die Maße. Er erfindet neue Strafschärfungsgründe, und zwar bei Nr. 1 (mit Gewalt oder bei einem Kinde von unter zwölf), »wenn die mißbrauchte Person einen bleibenden Nachteil an ihrer Gesundheit erlitten hat« sowie »wenn der Tod der gemißbrauchten Person verursacht worden«. Man spürt: die Einfühlung des Königs in das inkriminierte Geschehen ist bedeutend. Ihn bewegt ein Gefühl des Abscheus.

Den Entwurf zur Allerhöchsten Cabinets-Ordre fertigt v. Duesberg am 6. Jan. 1843. Ein solcher Text versucht einerseits, die mündlichen Äußerungen des Königs wiederzugeben, und andererseits, sie konsistent zu formulieren. Das Dokument stellt also Protokoll und Redaktion in einem dar. Was wegedigiert wird, dürfte gleichwohl sinngemäß gesprochen worden sein. Beim § 394 wird gleich nach den Eingangsworten »Verbrechen der widernatürlichen Unzucht« deren »Scheußlichkeit« genannt. Das Wort wird gelöscht; subjektive Gründe passen nicht zum Stil des Anweisens.

Die königliche Ordre schlug sich in einem handschriftlich abgeänderten Entwurf nieder. Ein neuer § 385 sah für den (in heutigen Worten) »homosexuellen Mißbrauch mit Todesfolge« unter erschwerenden Umständen auch die Todesstrafe vor.<sup>25</sup>

Der vom König geprüfte E 1843 wird veröffentlicht, und es werden die Meinungen der acht Provinziallandtage eingeholt. Zahlreiche Voten gehen ein, auch von einzelnen Juristen. Nur wenige Landtage kommentieren die Homosexuellenstrafe. Nach wie vor liegt das Delikt am Rande; es löst niemandem die Zunge. Den meisten fällt dazu wohl schlicht nichts ein, und der Schleier des Unbenennbaren verdunkelt noch das Geschehen (»Sünden, welche wegen ihrer Abscheulichkeit nicht genannt werden können«, hatte das ALR gesagt).

Der *Landtag Posen* und die *Westfälischen Stände* votieren beim Strafmaß für Verschärfung (Zuchthaus).<sup>26</sup>

Die *Rheinischen Stände* hingegen wollen das Verbrechen weder im Gesetz noch vor Gericht erwähnt sehen. Also verneint man einstimmig die Frage, ob die widernatürliche Unzucht als *solche* bestraft werden soll.<sup>27</sup> Am 1. Juli 1843 wird der König gebeten, einen neuen Gesetzentwurf ausarbeiten zu lassen »unter Zugrundelegung der Rheinischen Gesetzgebung und der betreffenden Berathungs-Protokolle des 7. Rheinischen Landtags« (Bl. 479).

Bis 1845 entsteht unter Savignys Oberleitung der neue Entwurf. Sein § 178 folgt der königlichen Anweisung nicht ganz (das Strafmaß für den einfachen Fall beträgt zwischen einem und zehn Jahren Zuchthaus).

In der Begründung dazu heißt es, das Gesetz dürfe das Strafmaximum nicht dem richterlichen Ermessen überlassen, auch müsse eine lebenslange Strafe ausgeschlossen sein. Unter systematischen Gesichtspunkten – hier im Vergleich mit der Vergewaltigung – könne die Strafe nur bis zu zehn Jahren hinaufgehen; »alle andere deutsche Gesetzgebungen sind viel milder, auch das Allg. Landrecht hat in den schwersten Fällen nicht über acht Jahre Freiheitsstrafe bestimmt ... und offenbar hat auch die Allerhöchste Cabinets-Ordre vom 9. Januar 1843 nicht weiter gehen wollen«. <sup>28</sup> So wird die königliche Willkür zwar relativiert, aber in der Substanz hat diese sich durchgesetzt: der Grundtatbestand nach ALR, als Strafmaß reichlich Zuchthaus.

Bode – wie rememberlich, hatte er 1828/1830 die rheinisch-französische Lösung übernommen, war aber korrigiert worden – verfaßt am 17. Oktober 1846 Bemerkungen zum neuesten Entwurf. Im Zuge seiner stetigen juristischen Karriere war Bode seinerzeit als Kammergerichtsrat tätig gewesen und jetzt als Staatssekretär zurückgekehrt. Die »Verbrechen wider die Sittlichkeit« übergeht er diesmal mit Schweigen.<sup>29</sup>

25 ZStA Merseburg, Rep. 90a. 10. IV. Nr. 1, Bl. 216, 216R.

26 ZStA Merseburg, Rep. 84. II. 4.I. Nr. 12, Fasc. 2, Bl. 119, bzw. Mouve E 1847, S. 72.

27 ZStA Merseburg, Rep. 84. II. 4.I. Nr. 12, Fasc. 2, Bl. 277, 277R bzw. 412R.

28 Revision des Entwurfs des Strafgesetzbuchs von 1843. Zweiter Band. Berlin 1845, S. 176.

29 ZStA Merseburg, Rep. 84 II. 4.I. Nr. 17a, Bl. 1–15, insb. 8R und 9.

Der Konflikt um die Kriminalisierung wird in diesen Jahren in kleiner Münze ausgetragen. Es kann, nach der Order des Königs, nicht um das Ob, sondern nur um das Wie gehen (Formulierungen, Strafmaße).

Die mit den höchsten Chargen besetzte Kommission des Staatsrats – u. a. Staatsminister v. Rochow, die beiden Justizminister v. Savigny und v. Uhden – berät am 14. Febr. 1846 den § 178. Er wird in (der Länge des Protokolleintrags nach zu urteilen) recht knapper Diskussion genehmigt. Man feilt am Tatbestand: Die Wörter »widernatürliche Befriedigung des Geschlechtstriebes« werden gestrichen; stehen bleibt allein »Sodomie«.<sup>30</sup> Ruppenthal und Bode sind zugegen; sie werden jeder Kürzung zustimmen, wo sie schon keine Streichung bewirken können.

Der E 1847 enthält in § 128 erstmals den Tatbestand der Homosexuellenstrafe, wie er später Gesetz wird: »Die widernatürliche Unzucht, welche zwischen Personen männlichen Geschlechts oder von Menschen mit Thieren verübt wird, ist... zu bestrafen«.<sup>31</sup> Die Rheinprovinz ist mit ihrem Vorstoß alleingelassen. Der Zeitgeist steht gegen sie.

Das Kräfteverhältnis zeigt sich in dem Vereinigten Ständischen Ausschuss, der im Winter 1847/1848 tagt. Die Anhänger einer Entkriminalisierung, also des rheinisch-französischen Vorbildes, kämpfen bei jeder einzelnen Vorschrift zur Sittlichkeit (§§ 162–188 aus E 1847) um ihre Lösung. Zwar bleiben sie bei den meisten Normen deutlich in der Minderheit. Doch nie vorher und nachher nicht mehr ist der liberale Standpunkt so klar begründet und vertreten worden.

Über die Jahreswende 1847/48 bereitet eine Abteilung die Entscheidung des Vereinigten Ständischen Ausschusses vor. In der 12. Sitzung dieser Strafrechtsabteilung am 13. Jan. 1848, gibt es mehrere Milderungs- und Streichungsanträge zum Sittenstrafrecht. Der Referent, Oberbürgermeister Naumann, will den § 183 wegfällen lassen, »weil solche Maßregeln nur der Moralität schaden«. Außerdem werde »das Verbrechen in unzurechnungsfähigem Zustande verübt«. (Der Korreferent, Staats-Procurator v. Mylius, will wenigstens die gewaltsame widernatürliche Unzucht bestraft haben.) Der Streichungsantrag wird mit 12:2 abgelehnt.<sup>32</sup>

Die liberalen Grundsätze werden bereits zu Eingang des Abschnitts artikuliert. Die Blutschande soll nach Ansicht der Rheinischen Stände ganz aus dem Kriminalrecht herausbleiben.<sup>33</sup> Sie begründen das mit dem modern klingenden Credo, »daß die Sittlichkeit der Familie nie durch die Strafgewalt des Staats erzwungen werden könne, daß aber auch jeder innere Grund für die Strafe der moralisch verwerflichen Handlung fehle, da Strafe immer nur durch die Verletzung eines fremden Rechtes, oder durch einen dem Unmündigen oder Minderjährigen von dem Staate zu gewährenden Schutz motivirt werden dürfe«.<sup>34</sup> Die Rheinländer kritisieren ferner die Zuchthausstrafe, weil »hier, wie bei allen sogenannten Fleischesvergehen, immer nur Handlungen sinnlicher Begierde... vorliegen würden« (S. 68). Und so geht es weiter. Dem Ehebruch ermangele »eine eigentliche Verletzung eines fremden Rechts«; die Sittlichkeit der Familien trage überall da ihre Früchte, »wo der Staat selbst die freiere Entwicklung menschlicher Individualität aus seinen Mitteln gefördert habe« (S. 68). Für die Strafbarkeit der Verführung sehen die Rheinländer keinen genügenden Grund.

Das Plenum versammelt sich im Spätwinter – Tag für Tag, als ob man sich in den letzten Wochen des Vormärz beeilen müßte. Das Sittenstrafrecht war noch zu Ende beraten worden, und zwar am 11. Febr. 1848, von 10.15 bis 15.45 Uhr. Der vorherige Korreferent v. Mylius fungiert nun als Referent. Er verliest das gedruckte Gutachten v. 13. Januar, dessen Tenor lautet: »keine neuen Gesichtspunkte«. Und weil dies auch heute so sei, beschließt er, sich hier aller Ausführungen zu enthalten. Damit ist ein Homosexuellen-Paragraph angenommen, der scharfe Strafen vorsieht: schon für den einfachen Fall von einem Jahr Strafarbeit bis zu zehn Jahren Zuchthaus.<sup>35</sup>

Die Spannweite der Wertungsdiskrepanz mutet merkwürdig an. Es ging um einen Moralverstoß (darüber war man sich einig), den die einen mit Zuchthaus von min-

30 ZStA Merseburg, Rep. 80. I. Justiz-Sachen Nr. 32, Bd. 4, Bl. 161.

31 ZStA Merseburg, Rep. 90a. X.IV. Nr. 1, Bd. 2, Bl. 59.

32 ZStA Merseburg, Rep. 169B. 2 Nr. 1, Bl. 129R. Ernennung des Referenten auf Bl. 1.

33 Motive zum Entwurf des Strafgesetzbuches für die Preussischen Staaten... 1847, S. 68.

34 Gutachten der zur Vorberathung ernannten Abtheilung des Vereinigten ständischen Ausschusses, betreffend: den Entwurf eines Strafgesetzbuchs für die Preussischen Staaten, 1848, S. 67.

35 Verhandlungen des im Jahre 1848 zusammengerufenen Vereinigten ständischen Ausschusses, zusammengestellt von E. Bleich, Berlin (Decker) 1848, Band 3, S. 425–490, insb. 429 f., 485.

destens einem bis zu zehn Jahren, also als schweres Verbrechen bestrafen, die anderen aber gänzlich ignorieren wollten. Hier stritt man nicht um Kleinigkeiten.

### III. Der revolutionäre Anlauf von 1848 – auch im Sexualstrafrecht

Der Weg der Strafgesetzgebung und die preußische Gesetzesrevision werden gewöhnlich unzutreffend so dargestellt, als sei das mit E 1847 bereits weitgehend fertige und mit den Winterbeschlüssen von 1848 abgesegnete PrStGB bloß verzögert worden, indem eine Revolution ausbrach. Das aufwühlende Geschehen gilt kriminalpolitisch als Moratorium, dessen Ende man nur abwartete, um 1851 den neuen Kodex in Kraft zu setzen.

Der wichtigste Biograph dieses Gesetzes, Albert Friedrich Berner, formuliert das so. Die Beratung über E 1847 – »im Ganzen ist dies bereits das Preussische Strafgesetzbuch von 1851« – wurde »durch die Märzereignisse des Jahres 1848 ganz unterbrochen. Erst nachdem die heftigsten politischen Stürme vorübergebraust waren . . ., konnte man sich der Aufgabe . . . wieder zuwenden.«<sup>36</sup> Es hat aber auch kriminalpolitisch gestürmt!

Der Bruch geschah jäh; wir können ihn genau datieren. Der Vereinigte Ständische Ausschuß berät das Strafrecht abschließend bis zum 6. März 1848. Am 7. März setzt in Berlin eine Kette von zunächst kleineren, dann immer größeren Volksversammlungen ein, »in den Zelten« im Tiergarten (übrigens eine nachmalig für die Homosexuellenbewegung zentrale Adresse). Die Revolution hat zwei Strafgesetzentwürfe hervorgebracht, die in unserem Zusammenhang höchst bemerkenswert sind.

Der Sittlichkeitsabschnitt enthält nur sieben bzw. acht Vorschriften. Die beiden Entwürfe lauten weitgehend wortgleich (für 1849 ist der Ehebruch hinzugetreten). Die Homosexuellenstrafe fehlt. Die Kategorien »gleichgeschlechtlich« oder »widernatürlich« kommen nirgends vor. Auch nach Geschlechtszugehörigkeit wird nicht unterschieden – weder bei den Handlungen noch im Schutzalter. Selbst die Vergewaltigungsvorschrift beginnt so: »Wer an einer Person des einen oder anderen Geschlechts . . .«.

Das Zustandekommen der beiden Entwürfe ist wenig geklärt. Die Frage wird allgemein ignoriert. Nur Waldemar Banke, der den einen Text 1912/1915 erstmals veröffentlichte, stellt Vermutungen an. Jürgen Regge weist auf den Forschungsbedarf hin.<sup>37</sup>

Beide Entwürfe kommen aus Berlin, nicht vom Frankfurter Parlament. E 1848 ist wohl, geschrieben wahrscheinlich von einem rheinischen Juristen, im Justizministerium entstanden. E 1849 beruft sich auf dasselbe Ministerium und wird auch in der offiziellen Deckerschen Druckerei veröffentlicht.

Die von Regge (S. XLI) anscheinend vermutete Kontinuität zwischen den ministeriellen Revisionsarbeiten von Ende 1847/Anfang 1848 und dem »revolutionären« E 1849 besteht allerdings im Sittlichkeitsabschnitt nicht. Geradezu im Gegenteil! Kein größerer Bruch mit ALR, Königlicher Order, Justizministerium und Mehrheit des Vereinigten Ständischen Ausschusses war denkbar.

Die Bürokratie hat sich den revolutionären Ereignissen nicht verschlossen. Nachher aber macht sie ihr Einlenken mit allen Mitteln vergessen. Als die Gesetzesrevision 1850 fortgesetzt wird, knüpft man nicht am jüngsten Entwurf an – wie bislang stets –, sondern greift auf E 1847 zurück. Daß das Intermezzo von 1848/49 eine Neubearbeitung hervorgebracht hat, die mit der vorangegangenen Revision bricht, wird verschwiegen.

<sup>36</sup> Albert Friedrich Berner, *Die Strafgesetzgebung in Deutschland vom Jahre 1751 bis zur Gegenwart*, Leipzig (Tauchnitz) 1867, S. 239.

Damals scheiterten nicht nur Demokratie und Deutsche Einheit – auch der Versuch zu einem entschieden liberalen Strafrecht, zumal Sittlichkeitsstrafrecht, blieb auf der Strecke. Der »Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs« von 1849 gilt als der erste von Preußen gelegte Grundstein für die versuchte Einheit des Deutschen Reiches. Er vermittelte zwischen dem altpreußischen Strafrecht und den französischen Strafrechtsanschauungen.<sup>37</sup> Die mit den revolutionären Ereignissen verbundenen Strafgesetzentwürfe, wie regierungsnah sie auch entstanden sein mögen, werden von den juristischen Zeitgenossen fallengelassen – wie die berüchtigte heiße Kartoffel. Die ministeriellen Akten werden vernichtet; sie sind schon für Berner nicht mehr auffindbar. Die Entwürfe bleiben apokryph.

Das demonstriert die Behandlung, welche die 1848er-Entwürfe bei zwei führenden Rechtsprofessoren erfahren. Georg Beseler, in seinem im selben Jahr wie das neue PrStGB erschienenen repräsentativen Kommentar erwähnt die Entwürfe überhaupt nicht, obwohl er den Gang der Gesetzgebung ausführlich darstellt und dabei mit Wertungen nicht zurückhält.<sup>38</sup> Berner schreibt, schon im Abstand von fast zwanzig Jahren, die für das Jahrhundert maßgebende Geschichte der Strafgesetzgebung. In den Wertungen, etwa (positiv) über Bode und (negativ) über v. Kamptz, stimmt er Beseler völlig zu. Die Erschütterungen von 1848/1849 indessen registriert Berner in einer Weise, daß das Herrscherhaus nicht verstimmt werden kann. »Daß man übrigens in der stürmischen Zeit nicht unthätig geblieben war, bewies der im Jahre 1849 erschienene Entwurf eines allgemeinen Deutschen Straf-Gesetz-Buches, der im Wesentlichen auf den Beschlüssen einer Kommission des Preußischen Justiz-Ministeriums beruht, die schon im Laufe des Jahres 1848 zur Beratung des Entwurfs eines Preußischen Straf-Gesetz-Buches zusammengetreten war.«<sup>39</sup> Berner tut den Vorgang als illegitimes und unbeachtliches Nebenereignis ab (»übrigens«, »in stürmischer Zeit«). Die »Aufgabe« selbst war unterbrochen (vgl. im früher zitierten Satz: »Erst nachdem ... wieder zuwenden«). Die Entwürfe 1848/1849 sollen auch nichts Eigenes enthalten, wie Berner weismacht: einerseits sei E 1847 sorgfältig erwogen worden, andererseits habe man hier im Ganzen schon das StGB v. 1851. Daß diese Behauptung falsch ist, belegt allein das Sittlichkeitsstrafrecht.

Den frühkonstitutionellen Autoren ist die Geschichtsklitterung vollauf gelungen. Über die Entwürfe von 1848 und 1849 hat sich Schweigen gelegt. Sie werden zu Un-Entwürfen. Das Justizministerium fertigt im Dezember 1850 den neuen Entwurf. Die Begründung zu § 132 des E 1851 schiebt ausdrücklich die von den Liberalen geforderten Bedingungen – »öffentliches Ärgerniß oder die Kränkung Dritter« – beiseite. Denn dieses »Verbrechen bekundet eine so große Entartung und Herabwürdigung des Menschen, und ist so gefährlich für die Sittlichkeit, daß das Strafgesetz nothwendig darauf Rücksicht nehmen muß.«<sup>41</sup>

In den beiden Kammern des Parlaments werden zwei Ausschüsse tätig. Die Kommission für Prüfung des Entwurfs des StGB f. d. Preuß. Staaten bestätigt die Regierungsvorlage. In der 14. Kommissionssitzung wird gefordert, die Strafbarkeit davon abhängig zu machen, daß ein öffentliches Ärgernis erregt worden sei. Der Antragsteller dringt nicht durch. Die Zusatzbedingung habe »nach den gemachten Erfahrungen zu einer Mißdeutung Anlaß gegeben«, wie überhaupt »der Staat die Pflicht habe, das Prinzip der Sittlichkeit aufrecht zu erhalten, wenn auch ... hier ein bestimmtes Recht eines Anderen nicht verletzt werde.«<sup>42</sup>

Die Kommission für Rechtspflege über die Berathung des Entwurfs des StGB f. d. Preuß. Staaten hat am 5. April 1851 ebenfalls gegen die Regierungsvorlage nichts einzuwenden. Das Strafmaß erscheine vielleicht als gering; aber es werde ja häufig noch die Idealkonkurrenz anderer Verbrechen Platz greifen.<sup>43</sup>

37 A. a. O. (Anm. 4), Bl. 2, S. XLII.

38 So Waldemar Banke, *Der erste Entwurf eines Deutschen Einheitsstrafrechts. Abhandlungen des Kriminalistischen Seminars an der Universität Berlin*. NF. Bd. 7, H. 1, 1912, S. 3.

39 Georg Beseler, *Kommentar über das Straf-Gesetz-Buch für die Preußischen Staaten ... v. 1851*, Leipzig (Weidmann) 1851, S. 13 f.

40 Berner, a. a. O. (Anm. 38), S. 239.

41 ZStA Merseburg, Rep. 169 C Abschnitt 70 Nr. 2, Bd. 1, Bl. 127R.

42 Ebd., Bl. 256R.

43 ZStA Merseburg, Rep. 90a. X. IV, Nr. 1, Bd. 2, Bl. 161, 162R.

Die Intervention des Königs von 1843 wirkt nur noch mittelbar ein. Sie hat die Entwürfe von 1843 und 1847 geprägt, also den legislatorischen Rahmen gestiftet. Für die Einzelheiten ist sie nicht mehr maßgebend. Sei es durch den Zeitablauf seit 1843, sei es durch die Zäsur der Märzrevolution von 1848 gerät die Order in den Hintergrund. Allmählich formiert sich das bürgerliche Verständnis von Sexualität und von sozialer Kontrolle. Mit dem Willensakt eines absolutistischen und anachronistisch denkenden Herrschers lässt sich die Modernisierung nicht aufhalten. Wo die Großen mit Fragen der Verfassung und der Nation in Atem gehalten sind, kehrt die Kriminalpolitik in die Ministerien zurück. Der König behauptet sich als Zentrum der Politik; doch das Strafrecht machen wieder die Beamten.

Im Justizministerium entstehen im Herbst 1848 und im Dezember 1850 neue Entwürfe, jeweils auf Basis der vorhergehenden. § 132 der Vorlage, die am 27. Januar 1851 in der zweiten Kammer beraten wird, bringt die bereits zitierte Fassung von 1847. Aber das Strafmaß hat sich verringert (statt Zuchthaus bis zu zehn Jahren nunmehr Gefängnis bis vier Jahre).<sup>44</sup>

Die 1848er Ereignisse, deren Schubkraft gesamtpolitisch durch Hinhalten und Entgegenkommen abgefangen worden ist, haben auch hier zu einer Auflockerung geführt. Nur auf der Ebene des Strafmaßes hat die rheinische Linie einen Erfolg. Die Kammern beraten im Frühjahr 1851; die Regierungsvorlage passiert ohne auch nur den Versuch einer Änderung hinsichtlich unseres Paragraphen.

Der König genehmigt am 14. April 1851 das preußische Strafgesetzbuch. Die Homosexuellenstrafe bleibt. Aber der § 143 treibt weder einen besonderen Sprachaufwand, noch kennt er bombastisch ausgemalte Erschwerisfälle. Wir lesen – die Norm hat nur einen Satz – die kürzeste Formulierung aller Tatbestände zwischen 1790 und 1990 (»Die widernatürliche Unzucht, welche zwischen Personen männlichen Geschlechts oder von Menschen mit Tieren verübt wird . . .«). Dem Strafmaß nach figuriert sie nur noch als Vergehen (»Gefängnis von sechs Monaten bis zu vier Jahren«). Weder königlich-preußische Rigidität noch rheinisch-französische Liberalität haben sich durchgesetzt. Die Homosexuellenstrafe hält sich auf moderatem Niveau. Tatbestandlich ist nur der Analkoitus kriminalisiert; insofern bleibt ein die gesamte Gesetzrevision durchgehaltener Konsens unangetastet.

#### *IV. Arenen der Normgenese*

Wenig verspräche das Unterfangen, Strafrecht aus einem einzigen Punkte zu erklären. Stets gibt es mehrere organisierte Interessen, die sich im Recht niederschlagen wollen. Sie müssen nicht notwendig in Konkurrenz stehen; aber sie artikulieren sich im Binnenkreis ihrer Gruppe, bevor sie öffentlich an den Staat herangehen. Hinzu treten die verschiedenen Diskurse, die über das Recht und seine Regelungsgegenstände geführt werden (öffentliche Meinung, Jurisprudenz, Spezialdisziplinen, Philosophie und Theologie). So wirkt eine nicht gerade geringe und auch nicht hierarchisch gegliederte Zahl gesellschaftlicher Kräfte auf die Gesetzgebung ein – jede davon eine eigene ›Arena‹.<sup>45</sup>

Das Sexualstrafrecht und insbesondere die Kontrolle gleichgeschlechtlicher Liebe entwickelt sich im Laufe des 19. Jhdts. zu einem Ereignis, das auf mehreren Ebenen

<sup>44</sup> ZStA Merseburg, Rep. 169 C. Abschnitt 70 Nr. 2, Bl. 1, Bl. 25, 25R.

<sup>45</sup> Dieser Begriff taucht, als theoretisch sensibilisierende Metapher, bei Theodore J. Lowi, Erhard Blankenburg und Jürgen Habermas auf.

verhandelt wird. Wir werden Zeuge eines Multi-Arenen-Spektakels. Alle spielen dasselbe Stück, aber in unterschiedlicher Besetzung, Regie und Deutung. Für die Entwicklung der Homosexuellenstrafe sind mindestens diese Arenen untersuchenswert:

- die politischen Institutionen in Preußen bzw. im Deutschen Reich,
- die Jurisprudenz,
- andere Wissenschaften (insbesondere die Medizin),
- die öffentliche Meinung (Bevölkerung und Massenmedien),
- die Betroffenen.

Auch wenn das bislang, selbst für eine einzige Strafnorm, nicht voll eingelöst werden kann, zeigen sich in den Arenen verschiedene Spiele und unterschiedliche Entwicklungen. Betrachtet man einen längeren Zeitraum – einmal auf das ganze 19. Jhd. gesehen –, dann wechselt der Primat unter den Arenen: Er geht von der Politik zeitweise oder scheinbar an die Sexualwissenschaft, tatsächlich aber an die Jurisprudenz über, ohne daß die Politik je die Chance verlöre, das Thema wieder an sich zu ziehen. Im 20. Jahrhundert setzt sich das Hin und Her fort.

### *Sexualwissen*

Das Wissen über Geschlechtliches wird in verschiedenen Disziplinen verwaltet, doch wird das Thema noch nicht systematisch beforscht. In der Biologie entsteht um 1800 der Begriff ›Sexualität‹, die Trennung der Geschlechter bezeichnend. ›Unkeuschheiten wider die Natur‹ bilden ein kurzes Kapitel in den Lehrbüchern zur Gerichtsmedizin.<sup>46</sup>

Der ›Mißbrauch der Zeugungsglieder‹ umfaßt sehr verschiedene Handlungen: Onanie, fleischliche Vermischung zwischen Menschen von gleichem, aber auch von verschiedenem Geschlecht, mit dem Vieh, mit einem Toten, mit Bildern und Statuen. Hierunter wird die Knabenliebe gesondert besprochen. Damit verbindet sich allerdings weder eine Kenntnis, was die griechische Päderastie sexuell tatsächlich gewesen ist, noch eine Vorahnung der späteren Homosexualität. Denn die nicht analpenetrierenden Kontakte werden bei der Onanie eingeordnet.

Die Texte der Gerichtsmedizin geben das vorhandene Wissen wieder, damit es im Strafprozeß dazu verwendet werde, den angeklagten Sachverhalt aufzuklären. Sie stellen Indizien zur Verfügung, aus denen die Justiz schließen kann, ob unnatürlicher Beischlaf, Onanie usf. begangen sind. Was man dazu lesen kann, ist einerseits in den körperlich-häßlichen Einzelheiten zu direkt, andererseits in der Ätiologie zu unergiebig, als das es außerhalb der forensischen Erörterung diskursfähig wäre. Die legislativen Gedanken nehmen an keiner Stelle auf dieses Wissen Bezug. Sie bestätigen sogar die Kluft zwischen beiden Diskursen, wo sie wegen der unsäglichen Materie die Strafbarkeit auf die schlimmsten Fälle beschränken oder gar ganz ausschließen wollen.

Das Homosexuelle begegnet in sämtlichen Äußerungen noch nicht als stabile Form sexuellen Tuns (später ›Homosexualität‹ oder ›homosexuelle Orientierung‹ genannt) und erst recht nicht als die eine Menschen prägende Eigenschaft (später: ›Homosexuelle/r‹). Wo das Wort Päderastie gebraucht wird, ist nicht die soziale Institution aus dem antiken Griechenland gemeint (welche von der Altertumswissenschaft später erforscht wird), sondern bloß Position und Penetration. Die Diskurse zum preußischen Strafrecht verstehen unter der widernatürlichen Unzucht immer einzelne Akte, einen bestimmten Gebrauch der Geschlechtswerkzeuge, äußerlich beschrie-

<sup>46</sup> Das folgende nach Johann Valentin Müller, Entwurf der gerichtlichen Arzneywissenschaft nach juristischen und medicinischen Grundsätzen für Geistliche, Rechtsgelehrte und Ärzte, Bd. I, Frankfurt a. M. (Andreae) 1796, S. 131–141. Ganz ähnlich für die kommenden Jahrzehnte dann August Wilhelm Heffter, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Halle/S., mit gleichbleibender Kommentierung (dort bei § 440) von der 1. (1833) bis zur 6. Auflage (1857).

ben. Das Unrecht liegt darin, das Glied in die dafür nicht naturbestimmte Körperöffnung zu stecken. Daß ›der so Gemißbrauchte‹ auch seinerseits strafbar ist, muß ausdrücklich konstatiert werden, wird doch die Wechselseitigkeit der Wollust allenfalls erahnt. Von gleichgeschlechtlicher Liebe, dauerhaftem So-Sein, einer Subkultur usf. weiß man nichts. Bekannt ist nur, daß so etwas vorkommt, daß es im Felde von Fleisch und Wollust geschieht.

### *Betroffene*

Die intellektuelle und soziale Möglichkeit, als Selbstbetroffene/r strategisch zu handeln, bestand damals noch nicht. Die juristischen Begriffe ›widernatürliche Unzucht‹ und ›Sodomie‹ bezeichnen nichts Festes, auf das eine Identität und ein Programm sich gründen könnten. Es sind ja Sammelbegriffe, die unsicher abgegrenzt werden und von der Diskursivierung des Sexuellen noch kaum erreicht sind. Eine so vage umschriebene Verhaltensweise prägt keine Charaktere und findet keine Sprecher. Bei den Frauen dauert es noch eine Zeit länger. Erst seit den 1860er Jahren werden ›berühmte Homosexuelle‹ nominiert und ganze Kataloge, vom Altertum bis in die Neuzeit reichend, aufgestellt. Dies sind Projektionen: eine neuformierte Figur des sexuellen Geschehens (›Urning‹) wird zur Interpretation früherer Epochen verwendet. Als historische Aussage kann das nur begrenzt gültig sein.

Unter den Zeitgenossen gibt es zwei Männer, die den später kreierten Homosexuellen vorwegnehmen und eine gewisse Publizität erlangen: August Graf von Platen (1796–1835) und Heinrich Hoessli (1784–1864). Doch beide Männer kamen zu früh. Ihre Botschaft wurde nicht ernstgenommen. Betroffene sind vor 1868 keine Akteure in der Sexualgesetzgebung.

### *Jurisprudenz*

In dem Konflikt zwischen einer rigiden und einer liberalen Fassung der Homosexuellenstrafe nahm die Strafrechtswissenschaft eine zwiespältige Position ein. Wahrscheinlich hätte sie damals zum Bereich des Sexuellen gern geschwiegen; zu spüren ist eine gewisse Sprachlosigkeit in diesen Dingen, gemessen an juristischer Eloquenz sonst. Im 18. Jhd. waren gerade die archaischen Tatbestandsfassungen und drakonischen Maßnahmen zu den Fleisches- und Unkeuschheitsverbrechen überwunden worden. Geblieben war ein moralischer Abscheu, der einem Fachjuristen jetzt kaum noch zur Strafbegründung ausreichen mochte.

*Anselm Feuerbach* (1775–1833) befreite 1813 das bayerische StGB von ›opferlosen Verbrechen‹; es gab nicht einmal mehr einen eigenen Abschnitt über Sexualstraftaten. Dies geschah eigentlich um eines Prinzips willen (strafbegründend ist nur die Verletzung der Rechte eines anderen) und nicht aus einer liberalen Haltung heraus. In der damals erschienenen Auflage seines Lehrbuchs zum Peinlichen Recht bescheinigt Feuerbach der Sodomie einen hohen Grad von Verworfenheit.

Die strafeinschränkende Tendenz seit dem ALR paßte manchem Rechtswissenschaftler durchaus nicht. Den Grundtatbestand wegzulassen oder so eng zu fassen, daß »viele und schwere widernatürliche Verbrechen notwendig straflos bleiben müssen«, wird kritisiert, und ebenso, daß die Feuerstrafen außer Gebrauch geraten sind.<sup>47</sup>

Als nur von der Logik getragene Konsequenz eines Dogmas (wie »vernünftig« immer dies sein mochte) war die Entkriminalisierung ein Kunstprodukt. Ohne ein Minimum an sozialer Grundlage war sie nicht lebensfähig. Diese Grundlage konnte in einer liberalen Politiktendenz bestehen (wie in den nach Frankreich blickenden ehemaligen Rheinbundstaaten) oder in einer

<sup>47</sup> Carl Ernst Jarcke, *Handbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, Bd. 3, Berlin (Dümmler) 1830, S. 177–180.

Konzeption des Sexuellen, die über ein Reproduktionsmodell hinausgeht. Ein solches Sexualwissen wird jedoch erst nach der Jahrhundertmitte aufkommen und dann mit Abstand, nach Gegenwehr und in ganz anderer Weise das Strafrecht beeinflussen.<sup>48</sup> Noch Feuerbach selbst korrigierte sich in einem Artikel von 1822 und in seinem Neuentwurf von 1824, wo er die Homosexualität und andere Unsittlichkeiten rekriminalisierte.<sup>49</sup>

*Karl Mittermaier* (1787–1867) führte das Feuerbachsche Lehrbuch fort. An den Nachschriften seiner Vorlesungen und den Zusätzen zum Lehrbuch kann man die Entwicklung seines Denkens verfolgen. 1824 werden noch französische Gesetze lobend erwähnt. Doch verschiebt sich der Akzent, wenn man die Vorlesungen bis 1833 mit der von 1838 vergleicht. Früher hatte es geheißt (strafbeschränkender Akzent): »Die Praxis straft daher nur, insofern ...«. Jetzt heißt es (strafausdehnend): »Die Praxis straft besonders mit Rücksicht, ob ...«. Und noch deutlicher: »Wo die Volksstimme kräftig sich gegen dies Verbrechen erklärt, darf der Gesetzgeber nicht wohl die Drohung einer Strafe unterlassen.«<sup>50</sup>

Der Impuls, die überkommene Homosexuellenstrafe einzuschränken oder abzuschaffen, kommt in dieser Epoche nicht aus der Strafrechtswissenschaft, auch wenn einzelne Juristen so argumentieren mögen. Für die Gesetzgebung wahrnehmbar ist nur das Rheinische Recht, zumal dieses immer wieder von dort bekräftigt wird – einschließlich der Code-pénal-Lösung zur Homosexuellenstrafe.

### *Öffentliche Meinung*

Wenn ein Gesetzentwurf publiziert wird und eine lebhafte Debatte sich anschließt, dann legt das Justizministerium schon einmal eine Akte mit Zeitungsausschnitten an. Wahrscheinlich werden indessen hieraus mehr die einzelnen Autoren wahrgenommen, als daß sich die Texte zu einer ›Öffentlichkeit‹ zusammenfügen. Eine öffentliche Meinung mit Politikrelevanz kann sich in vordemokratischen Verhältnissen vielleicht in ausgewählten Teilöffentlichkeiten, nach heutigem Verständnis aber gar nicht bilden. Die Gesetzgeber sorgen sich denn auch um etwas anderes: um das Ruhigbleiben der Bevölkerung, um die Legitimität der Herrschaftsverhältnisse.

Im Staatsrat geht es 1841 um die Streichung der einfachen Homosexualität. Dagegen wird angeführt, das Volk betrachte dies als schwere Schandtat, deren Straflosigkeit einen üblen Eindruck hervorbringen werde.<sup>51</sup>

Die öffentliche Meinung zwischen 1820 und 1850 ist keine wirkliche, sondern eine angenommene. Sie wird bloß als Argument bemüht, etwa der Empfehlung von Feuerbach folgend, der Gesetzgeber müsse auf die öffentliche Meinung Rücksicht nehmen. Tatsächlich artikuliert hat sich eine Überzeugung der Bevölkerung erst nach 1900, unterrichtet durch die Skandalprozesse und hiernach über das Treiben der Homosexuellen aufgebracht.

Nur im Rheinland ist öffentliche Meinung bereits möglich. Gegen den Entwurf von 1843 wird hier in starker Erregung protestiert. Eine anonyme (vielleicht von Ruppenthal geschriebene) Verteidigung des rheinischen Rechts beruft sich auf »diese allgemeine, laute, einhellige öffentliche Meinung«.<sup>52</sup> Wenn mehr als tausend Kölner Bürger mit Dampfern nach Düsseldorf fahren, um gegen den preußischen Oktroy zu protestieren, dann bedeutet das einen Vorgriff um viele Jahrzehnte. In Berlin war man darob beunruhigt, aber kaum beeindruckt.

48 Siehe hierzu genauestens Jorg Hutter, *Definitionsmacht Medizin und soziale Kontrolle der Homosexualität. Eine Dokumentenanalyse der Normsetzungs- und -anwendungsdebatte im 19. Jhd., Frankfurt a. M. (Campus) 1992.*

49 Vgl. hierzu im einzelnen Fritz Eduard Rosenberger, *Das Sexualstrafrecht in Bayern von 1813 bis 1871. Jur. Diss., Marburg 1973.*

50 Mittermaier, Vorlesungsnachschrift von A. Wilkens im Sommersemester 1838 (Univ.bibl. Heidelberg).

51 ZStA Merseburg, Rep. 90a. X. Nr. 1, Bd. 2 adhibendum, Bl. 405.

52 ZStA Merseburg, Rep. 84. II. 4. I. Nr. 12 Fasc. 4, Bl. 209.

Letztlich weiß man sich eins mit dem Kollektivbewußtsein oder gar mit der Idee von einer richtigen Gesellschaft. Es bleibt die erzieherische Aufgabe, Wissen und Meinen der Bevölkerung zu behüten. Dem widmet sich auch das in diesen Jahrzehnten oft vorgebrachte Argument, man wolle tunlichst eine Publizität vermeiden. Der Rekurs auf eine unterstellte öffentliche Meinung, eigentlich der Herren eigenen Geist, dient immer der Kriminalisierung. Wo man hingegen den Sekundärschaden durch Strafverfolgung in Betracht zieht, wird von der Pönalisierung abgeraten.

### V. Das Strafrecht in der Gesamtpolitik

Daß Kriminalrecht in der Politik einen *zentralen Platz* einzunehmen vermag, will uns Heutigen kaum einleuchten. In vierzig Jahren Bundesrepublik erreichte die Kriminalpolitik nur in zwei Teilbereichen die Prominenz eines Reizthemas: beim Staatsschutz und beim Schwangerschaftsabbruch. Vor 150 Jahren hingegen ordneten sich das Strafrecht im allgemeinen und die Homosexuellenstrafe im besonderen wie selbstverständlich in den Gang der großen Politik ein. Verknüpft mit einer noch monistischen Moral, von keiner rationalen Straftheorie behindert, entfesselten sie affektive Anteilnahme und leidenschaftliche Reaktion. Strafrecht besaß damals ein hohes Prestige, sowohl politisch wie professionell. Viele der führenden Juristen waren, zumindest für einen Teil ihrer Laufbahn, auch im Kriminalbereich tätig. Und das rechtspolitische Hauptthema in Deutschland zwischen 1815 und 1871, der »Kampf um das rheinische Recht«, betraf in erster Linie formelles und materielles Strafrecht.

Auf dem Wiener Kongreß hatte Preußen im Westen Gebiete erhalten, vor allem linksrheinisch gelegen, die zur Rheinprovinz vereinigt wurden, obgleich sie rechtlich durchaus zersplittert waren. In Berlin erachtete man es als selbstverständlich, daß das französische Recht abgeschafft und das preußische eingeführt werde. In Koblenz, Köln und Düsseldorf trat man hierzu in Opposition. Rechtserneuerung in Preußen und Integration des Rheinlandes gehören zu den Schwerpunkten damaliger Politik. Das Strafrecht nimmt die Schlüsselstellung ein. Es wird auch als erstes fertig. Der Jahrzehnte dauernde Konflikt um das rheinische Recht wurde hier erstmals gelöst: Rechtseinheit war hergestellt, wobei das französische Recht einen starken Einfluß ausgeübt hat – beispielsweise mit dem Grundsatz *nullum crimen sine lege*. Vor allem die linksrheinischen Verhältnisse repräsentieren bürgerlich-liberales Gedankengut.

Im Rheinland verfestigt sich seit Ende der 1830er Jahre die Forderung, entweder das französische Strafrecht zu behalten oder ein besonderes neues zu bekommen – keinesfalls aber das künftige preußische zu übernehmen. Gegen den E 1843 wird mit höchstem Aufsehen erregendem Nachdruck opponiert. Hierzu gehört, daß der Landtag den Sittlichkeitsabschnitt auf die Hälfte der Vorschriften zusammenstreicht. Für die Ablehnung des E 1843 dankt dem Landtag die berühmt gewordene Spontandemonstration mehrerer tausend Kölner und Düsseldorfer.<sup>53</sup>

### *Einheit des Rechts, Einheit des Staats*

Die Vereinheitlichung des Rechts ist keine Frage der juristischen Eleganz, sondern eine der staatlichen Integration. Das gilt für deutsche Vereinigungen aller Art, wie es

<sup>53</sup> Düsseldorf Zeitung Nr. 173 v. 24. Juni 1843. In der Akte des Kgl. Civil Kabinetts: ZStA Merseburg, Rep. 2.2.1. Nr. 17721, Bl. 137R.

scheint. Dem Strafrecht wird die Funktion zugeschrieben, das Kollektivbewußtsein darzustellen und damit den innergesellschaftlichen Zusammenhalt zu stärken (so dann vor allem Emile Durkheim 1893). Der Kriminalprozeß betätigt sich als *Lehrmeister der kollektiven Moral*. Für solche Veranstaltungen liefern die Sittlichkeitsverbrechen das Szenario par excellence. Das Lernziel heißt: das Reich grenzt sich nach Westen ab. Das Curriculum lautet: wir machen uns mit unseren eigenen Sitten bekannt.

Der rheinische Widerstand richtet sich *gegen den preußischen Zentralismus*. Propagiert wird, nach heutigem Begriff, der Föderalismus. Unterschiedliche Traditionen, in denen sich viele Einflüsse mischen, prägen die deutsche Vielfalt, Staat zu machen. Vor der 1871 vehement einsetzenden Unitarisierung ist das gerade auch in der Sexualregulation der Fall. Der Autonomiewunsch einer zwar abgelegenen, aber modernen Provinz wirkt zentrifugal in einem Preußen, dessen Schwerpunkt weit östlich liegt. Und herrschaftsaflösend wirken die Emanzipationsbestrebungen des Bürgertums; sie rufen Statusängste bei den Konservativen hervor.<sup>54</sup> Die zentralistischen und aristokratischen Interessen werden deutlich vertreten, wenn hierarchisch Höherstehende sich einschalten. Je näher die Entscheidungsebene an die Staatsspitze rückt, desto unnachsichtiger wird die Homosexuellenstrafe gehandhabt. Liberalität, Rationalität und Offenheit für rheinische Signale bleiben auf Teile der Beamtenschaft und die unteren Gremien der Gesetzesvorbereitung beschränkt.

## VI. Unzucht als Metapher

Immer schon ist Strafrechtsdenken konkretistisch. Die Abstraktionshöhe seiner Figuren ist gering, die dogmatische Diskussion ziemlich lau. ›Gute Juristen‹ fühlen sich hier nicht zu Haus; Kriminalwissenschaftler/innen sind Menschen eines besonderen Schlags. Sie fassen ihre Gegenstände in bildkräftiger Sprache, und sie schufen sich bemerkenswerterweise mit der Kriminologie als erste ihre Rechtstatsachenforschung.

Unser Delikt läßt an Farbigkeit nichts zu wünschen übrig, sei es die ›Sodomie‹ im allgemeinen, seien es die einzelnen darunter gefaßten Handlungen, seien es die von der Gerichtsmedizin geschilderten Körpermerkmale. Nicht nur Männern des 19. Jhdts. konnte es bei der Lektüre schlecht werden. Wie nur erwähnen sich Menschen einen solchen Gegenstand zum Thema des Rechts?

Alles an diesem Delikt ist unsicher. Daher kann es zum Spielball werden, mit dem sich verschiedene Arenen beschäftigen. Fast nie meinen die Akteure unmittelbar das Homosexuelle; dieses liegt ihnen sozial und emotional fern. Ihnen geht anderes durch den Kopf, um dessentwillen sie für oder gegen eine besondere Bestrafung votieren. Homosexualität gilt ihnen als Symbol, und zwar als ein kraftvolles, das zu nutzen sich also lohnt. In der Ankoppelung außersexueller Themen und im sexualideologischen Standort liegen Erklärungspotentiale, denen sich weiterführende Forschungen widmen könnten.

Drei *Wertungsstrategien* werden in der ersten Hälfte des 19. Jhdts. benutzt:

A. Der Akt widernatürlicher Unzucht wird erwähnt, vielleicht geschildert und darauf umstandslos die Bestrafung gefordert.

<sup>54</sup> Unter diesem Gesichtspunkt wird die preußische Gesetzesrevision von Dirk Blasius untersucht (a. a. O., Anm. 4, vgl. insb. S. 98). Seine Beispiele sind das Strafsystem und die Diebstahlsbestrafung.

B. Der Akt wird ausführlich in seiner moralischen Anstößigkeit dargestellt und daraus die Strafbarkeit begründet.

C. Die moralische Anstößigkeit wird deutlich oder beiläufig festgestellt, die Strafbarkeit aber, weil und insofern niemand verletzt sei, abgelehnt.

Die Strategien stellen drei Stufen in der *Entwicklung des Strafdenkens* dar: vom Naturrecht über die Generalprävention zum Rechtsgüterschutz. Insoweit wird Position A als erste verschwinden und C letztlich obsiegen. – Sie repräsentieren auch die *Entwicklung des Denkens über Sexualität*: von der überkommenen Sprachlosigkeit über den moralischen Diskurs zur naturalistischen Hinnahme des Gegebenen.

Die Strategien dürften sich auch *klassenspezifisch* verteilen. Sexuelle Devianz zu erörtern und moralisch zu verurteilen (Pos. B) lag dem Bürgertum des 19. Jhdts. näher als jeder anderen Gruppe. Am Adel kritisierte man gerade die Freizügigkeit und reklamierte sittliche Vortrefflichkeit für sich. Die Aristokratie konnte an moralgetragenen Unzuchtsstrafen kaum interessiert sein; die Sexualverfassung bestand hier nicht aus Rechtsnormen. Mätressen, außereheliche Beziehungen, erotische Darstellungen – und was alles sonst man aus dem alten Versailles abgucken haben mochte – waren möglich und unterlagen bloß der Diskretion. In einer Strafrechtsdiskussion wird man sich daher hier nach Pos. A verhalten. Pos. C muß der sich entwickelnden Intelligenz zugeordnet werden. Sie wird immer nur von Individuen bezogen werden, die ihrem Geist mehr als ihrer Klasse verpflichtet sind. Daher ist diese Position auch (bis heute übrigens) kaum mehrheitsfähig.

Die Homosexuellenstrafe war nie ein Hauptthema. So sehr sie stets im Schatten großer Fragen steht, so wenig bleibt sie unbeachtet und starr. Vielmehr führt sie in ihrem Randdasein ein erstaunlich reges Leben: sie ist die Abhängige in den Veränderungen der großen Politik, auf die sie seismographisch reagiert. Auch drückt sich in ihr der Unterschied zwischen alter und neuer Zeit aus, zwischen feudaler und bürgerlicher Gesellschaft, zwischen Polizeistaat und Rechtssicherheit. In allen Phasen des 19. (und auch des 20.) Jahrhunderts kann die Homosexuellenstrafe als gültiger Indikator für die Sexualpolitik des Staates gesehen werden. Sie bildet eines der kernigen Symbole dafür, wie die politisch durchsetzungsfähigen Kräfte das intime Zusammenleben der Menschen gestaltet wissen wollen.