

# Berichte und Kommentare

## Neues von der Unzucht

»... das Strafrecht hat nicht die Aufgabe, auf geschlechtlichem Gebiet einen moralischen Standard des erwachsenen Bürgers durchzusetzen, sondern es hat die Sozialordnung der Gemeinschaft vor Störungen und groben Belästigungen zu schützen.« Diese Forderung bezeichnet Anfang und Ende der gegenwärtigen Entwicklungen auf dem Gebiet des Sexualstrafrechts, charakterisiert die sich wandelnde Rechtsprechung über »unzüchtige« Schriften und Abbildungen als Reflex gesellschaftlicher Veränderungen. Da sich hinter dem formalen Begriff »Sozialordnung der Gemeinschaft« gewiß nicht nur die bürgerlich-emanzipatorischen Utopien unseres Grundgesetzes verbergen, sondern die Sozialordnung« der Verfassungswirklichkeit des »Spät«kapitalismus gemeint ist, besagt dieses Postulat moderner Strafrechtspolitik auf dem Gebiet des Sexualstrafrechts, daß sie, »durch diese präventiven Handlungsorientierungen auf administrativ lösbare technische Aufgaben eingeschränkt...«<sup>1</sup>, »an der Beseitigung von Dysfunktionalitäten und an der Vermeidung von systemgefährdenden Risiken, also nicht an der Verwirklichung praktischer Ziele, sondern an der Lösung technischer Fragen orientiert«<sup>2</sup> ist. Das aus dem angeführten Satz sprechende »technokratische Bewußtsein«<sup>3</sup>, das »technokratische Konfliktmanagement räumt auf mit dysfunktional gewordener Unterdrückung, ersetzt tendenziell in allen gesellschaftlichen Bereichen die traditionellen Formen autoritär-diktatorischer Repressionen«<sup>4</sup>.

Das eingangs zitierte Postulat beschreibt die Funktion des Sexualstrafrechts in zweckrational sich verändernden Herrschaftsverhältnissen und spiegelt damit die Funktionalisierung der Sexualität als von personalen Interaktionen entfremdetes Instrument ökonomischer Interessen wider. Das moderne Krisenmanagement in den hochindustrialisierten Staaten muß sich zunehmend damit beschäftigen, Konflikte zu lösen, die sich aus der psychischen Massenverelendung als Folge der verinnerlichten, sublimierten Formen ökonomischer Ausbeutung ergeben.<sup>5</sup>

Verfasser des vorangestellten Zitats ist daher weder ein linker Gesellschaftswis-

<sup>1</sup> Habermas, Technik und Wissenschaft, Frankfurt 1968 (es 287), S. 78.

<sup>2</sup> Habermas, a. a. O., S. 77.

<sup>3</sup> Habermas, a. a. O., S. 88.

<sup>4</sup> von Freyberg, Sexualität und Strafrecht. Zur Kritik der bürgerlichen Strafrechtsreform, in: KJ 1970, 185, 186; ich verweise in diesem Zusammenhang weitgehend auf die Ausführungen von Freybergs. Vgl. auch Bacia, Maß für Maß, in KJ 1969, 50 ff.

<sup>5</sup> Vgl. besonders: Sozialistisches Patientenkollektiv Heidelberg, SPK, Dokumentation I und II, Hg. Basisgruppe Medizin Giessen, Fachschaft Medizin Giessen, (Prolit-Buchvertrieb, 63 Gießen, Postfach 2969); SPK – Aus der Krankheit eine Waffe machen. Eine Agitationsschrift des Sozialistischen Patientenkollektivs an der Universität Heidelberg, Mit einem Vorwort von Jean-Paul Sartre, München 1972 (trikont); Kursbuch Nr. 28: Das Elend mit der Psyche, Berlin 1972 (Wagenbach).

senschaftler, noch ein Strafrechtsreformer<sup>6</sup>, sondern der Bundesgerichtshof, der als eine der Zentralen der Macht auf der Höhe des Herrschaftswissens unserer Zeit argumentiert. Mit diesem Postulat des inzwischen »klassischen« Fanny-Hill-Urteils<sup>7</sup> leitete er die neuere Rechtsprechung zu § 184 StGB ein als Nachvollzug zweckrational veränderter Herrschaftsverhältnisse (»... die Rechtsprechung (kann) nicht an einer tiefgreifenden und nachhaltigen Änderung der allgemeinen Anschauungen über die Toleranzgrenze gegenüber geschlechtsbezogenen Äußerungen vorbeigehen.«<sup>8</sup>) und bestimmte zugleich – zutreffend – die Toleranzgrenze an den Interessen der herrschenden Sozialordnung.

Der Übergang von repressiven zu technokratischen Herrschaftsformen hat inzwischen die Rechtsprechung zur sog. Pornografie stark verwirrt und verunsichert. Von Freyberg<sup>9</sup> hat den gesellschaftlichen Wandel auf diesem Gebiet richtig als »sich erst langsam und widersprüchlich durchsetzende Tendenzen« vorhergesehen. Die Verhältnisse haben sich seit seiner Analyse zu einem systemimmanenten Konflikt zwischen Konservativen und Technokraten entwickelt. Beiden gibt das Fanny-Hill-Urteil eine Chance; den Konservativen, indem es das »wertausfüllungsbedürftige« Tatbestandsmerkmal »unzüchtig« durch die neue Leerformel ersetzt: »Schilderung geschlechtlicher Vorgänge, die aufdringlich vergrößernd oder anreißerisch ist«, den Technokraten, indem es fortfährt: »und dadurch Belange der Gemeinschaft stört oder ernsthaft gefährdet«.<sup>10</sup>

Den Konservativen kommt das Fanny-Hill-Urteil besonders dadurch entgegen, daß es den »Schutzzweck« des § 184 StGB darin erblickt, »in bezug auf Schriften ... dem erwachsenen Menschen vor allem »die Notwendigkeit der Entscheidung zu ersparen, ob er sie lesen will oder nicht« und sich dabei auf das Sondervotum des Justice William O. Douglas zum Urteil des US Supreme Court vom 21. 3. 1966<sup>11</sup> beruft, was groteskerweise alsbald als ein Falschzitat entlarvt wurde.<sup>12</sup>

Ein »progressiver« Richter bemerkt dazu lapidar: »Hier kommt unverhohlene geistige Bevormundung zum Ausdruck.«<sup>13</sup> Die »sich erst langsam und widersprüchlich durchsetzenden gesellschaftlichen Tendenzen« bringen auch Gerichte, die noch auf die Schamgefühle des Durchschnittsdeutschen abstellen, bisweilen zu »liberalen« Ergebnissen:

»Zwar wird in den Filmen der normale Geschlechtsverkehr in mehreren Variationen zwischen mehreren nackten Personen (bis zu vier) vorgeführt, wobei die Geschlechtsorgane während der Kopulation und auch des Samenergusses in Großaufnahme gezeigt werden, überdies auch der Mundverkehr zwischen Männern und Frauen, ferner lesbischer Verkehr. Jedoch kann in der filmischen Dar-

<sup>6</sup> Deren subjektiv redlicher Glaube, unbeeinflusst von Herrschaftsinteressen und ökonomischen Zwängen dem »einzelnen« ausschließlich zu dienen (Ausfluß ihrer privilegierten Stellung), hindert sie schier unvermeidlich, ihre objektiv verschleiende Funktion zu erkennen. Der hierfür typische Biedersinn Jürgen Baumanns in seiner etwas ungehobelten Kritik an Bacia a. a. O. (in KJ 1969, 392 ff.) muß rühren, nicht verärgern (vgl. Anmerkung der Redaktion in KJ 1969, 395 f.). Er meint es gut und kann es mit den Erkenntnismöglichkeiten des systemimmanenten Juristen mit liberalem Anspruch nicht besser meinen: »Dabei kann ich dem Autor versichern, daß wir uns um Marcuses »Fortsschrittskalkül« nicht gekümmert haben. Es ging uns um einen vernünftigen und auf das Notwendige beschränkten Schutz des einzelnen im Sexualbereich vor Übergriffen rabiaten Personen.« (a. a. O., Anm. 4)

<sup>7</sup> In NJW 1969, 1818–1820 = BGHSt. 23, 40 ff.

<sup>8</sup> BGH, a. a. O. unter Hinweis auf Schönke-Schröder, StGB, 14. Aufl., § 184 Anm. II 2.

<sup>9</sup> A. a. O., S. 194.

<sup>10</sup> Dieser zweite Teil des Definitionsversuchs wird von den Konservativen meist ignoriert.

<sup>11</sup> Memoirs etc. v. Massachusetts Nr. 368, 86 S. Ct. 975 bei BGH in NJW 1969, 1818.

<sup>12</sup> Knies in NJW 1970, 15, 18 Fußnote 35a.

<sup>13</sup> AG Mönchengladbach, Vorlagebeschuß vom 4. November 1971 – 14 Ds 153/71.

stellung derartiger Praktiken keine Verletzung der Bestimmungen des § 184 StGB gefunden werden. Denn hiernach ist darauf abzustellen, ob durch den Inhalt der Filme das Scham- und Sittlichkeitsgefühl eines durchschnittlichen, das heißt weder prüden noch verdorbenen Betrachters erheblich verletzt wird. Wo diese Grenze zu ziehen sein wird, ist nach den jeweiligen Zeitanschauungen zu ermitteln unter Berücksichtigung des Wandels der allgemeinen Auffassung über die Schilderung geschlechtlicher Vorgänge.

Daß diese Grenze heute weit zu ziehen ist, zeigen nicht nur die Erörterungen im Deutschen Bundestag über die gänzliche Freigabe der sogenannten Pornographie (mit Ausnahme bestimmter Varianten, die hier nicht gegeben sind), sondern auch ganz besonders die Darstellungen und Schilderungen geschlechtlicher Vorgänge in Illustrierten und Tageszeitungen, die nicht nur die Abbildungen nackter weiblicher und männlicher Personen in eindeutig geschlechtsbezogenen Stellungen zum Gegenstand haben, sondern auch die eingehende Erläuterung von Vorzügen und Nachteilen diverser Paarungsmethoden einschließlich des wechselseitigen Mundverkehrs.

Wenn überdies von offiziellen Stellen in Bremen ein sogenanntes »Muehl-happening« mit der öffentlichen Darbietung von Geschlechtsbeziehungen geduldet, ja sogar durch Zurverfügungstellung von schulischen Räumen gefördert wird, so vermag die Kammer das Vorführen von zwar unästhetischen und geschmacklosen Filmen oben angeführten Inhalts in der Bremer Hafengegend nicht als Verstoß gegen die Bestimmung des § 184 StGB zu werten.«<sup>14</sup>

Bemerkenswert erscheint, daß diese Entscheidung nach objektiven Indizien für das »Durchschnittsgefühl« in Zeiterscheinungen sucht, von denen die Richter sich deutlich distanzieren, während herkömmlicherweise deutsche Richter das Erlaubt-ist-was-gefällt an ihrer eigenen Lustfähigkeit zu messen pflegen: der Würdigung des Begriffs der Unzüchtigkeit liegen im wesentlichen auch rechtliche Erwägungen zugrunde<sup>15</sup>; das heißt:

»Es entscheidet eben am Ende nicht die Vorstellung des durchschnittlichen Mitglieds der Gesellschaft, sondern die Vorstellung des Richters. Und daß der »durchschnittliche« Richter erfahrungsgemäß einer erheblich konservativeren Einstellung nahe steht als der »durchschnittliche Allgemeinbürger« braucht nicht weiter ausgeführt zu werden. Um so bemerkenswerter ist die allgemeine Unsicherheit der Gerichte im Umgang mit dem § 184 StGB.«<sup>16</sup>

Diese allgemeine Unsicherheit als Symptom der sich erst langsam und widersprüchlich durchsetzenden gesellschaftlichen Tendenzen läßt sich auch anhand der zahlreichen Appelle an die Grundrechte und die Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit, an die schönen bürgerlichen Emanzipationshoffnungen, belegen. Technisch geschieht das in Form von Vorlagebeschlüssen und Verfassungsbeschwerden. Dem Bundesverfassungsgericht sind mittlerweile dreizehn Strafsakten nach Artikel 100 Absatz 1 GG zur Prüfung der Frage vorgelegt worden, ob § 184 StGB mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Der erste Vorlagebeschluß datiert bereits vom 10. September 1969.<sup>17</sup>

<sup>14</sup> LG Bremen, Große Strafkammer III, Beschl. v. 15. 1. 1971 – 11 Js 750/70 – (Aufhebung eines Beschlagnahmebeschlusses).

<sup>15</sup> BGH, Urt. v. 23. 9. 1954 – 3 StR 661/53 – zustimmend angeführt bei BGH a. a. O. (Anm. 1) und BayObLG, Urt. v. 9. 4. 1970 – RReg 4b St 107/69 – in NJW 1970, 1759 (1760).

<sup>16</sup> AG Waiblingen, Beschl. v. 10. 1. 1972 – 3 Ds 362/71 – (Nichteröffnung eines Hauptverfahrens).

<sup>17</sup> AG Frankfurt am Main – 922 Cs 962/68 – in Frankfurter Rundschau vom 10. November 1969; Henryk M. Broder, Wer hat Angst vor Pornografie, Darmstadt 1970, S. 157 ff.; weiter liegen

Die neueren Vorlagebeschlüsse wiederholen – soweit ersichtlich – im wesentlichen die Argumentation des AG Frankfurt am Main<sup>18</sup>, wenngleich in erfrischend handfesten Formulierungen. Zur Verletzung des rechtsstaatlichen Prinzips der Rechtssicherheit (Artikel 103 Absatz 2, 20 Absatz 3 GG)<sup>19</sup> heißt es (jeweils unter Hinweis auf die angeblich gewandelten Moralanschauungen):

»Das Tatbestandsmerkmal ›unzüchtig‹ ist ein auszufüllendes Merkmal. Es gibt heute keine auch nur einigermaßen zuverlässigen Kriterien dessen, was noch ›züchtig‹ oder was schon ›unzüchtig‹ ist. Der Staatsbürger kann im voraus nicht ersehen, geschweige denn selbst zuverlässig beurteilen, ob etwa ›Fanny Hill‹ oder eine Zeitschrift wie ›Weekend-Sex‹ dem Bereich strafbewehrter Pornographie zuzurechnen ist oder nicht. Auch bei Fachleuten juristischer, psychologischer oder literaturwissenschaftlicher Richtung gehen die Meinungen weit auseinander.

Sind aber ausfüllungsbedürftige Tatbestandsmerkmale als Norm, an der gemessen werden soll, ungeeignet, ist mithin eine zuverlässige Subsumption nicht möglich, so ist die Strafbarkeit eines Verhaltens nicht vorher gesetzlich bestimmt.«<sup>20</sup>

»Schon in der amtlichen Begründung zu § 220 StGB – E 1962 (BT Drucksache IV 650 / Seite 383) wird mit Recht festgestellt: ›Der Begriff des Unzüchtigen entzieht sich jeder (!) abstrakten Beschreibung.‹ Wenn das stimmt, dann ist der von mir behauptete Verstoß gegen Art. 103 GG offenkundig. Den Beweis dafür liefert im Grunde das BGH-Urteil (Fanny Hill) in Band 23 Blatt 40 ff. selbst. Auch diese neue einschränkende Umschreibung bringt keine hinreichende Bestimmbarkeit des Unzuchtsbegriffes. Das gilt unabhängig von der Frage, ob die Rechtsprechung überhaupt einen verfassungswidrigen Rechtsbegriff durch einschränkende Auslegung auf den Boden der Verfassung zurückführen kann und darf; es geht immerhin um die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes und nicht um die der Rechtsprechung.

Sieht man sich die neue Umschreibung des Unzuchtsbegriffes näher an, dann ist folgendes festzustellen:

Es gibt keine verlässlichen Maßstäbe mehr für aufdringliche, vergröbernde oder anreißerische Sexualität. Wonach soll entschieden werden, was ausschweifend und pervers ist? Das entscheidet letztlich jedes Partnerpaar für sich privat, und zwar auch die Frage, ob der Sexualakt einen weiteren Sinnzusammenhang haben soll oder nicht. Diese letztlich doch wieder moralisierende Feststellung des Bundesgerichtshofes ist ein Widerspruch zum eigenen Ausgangspunkt. Obszöne Ausdrucksweisen in geschlechtlicher Hinsicht gehören zur Alltagssprache eines großen Teils unserer Mitbürger. Das wird immer wieder deutlich bei Vernehmungen, bei denen erst die Benutzung der Vulgärsprache eine Kommunikation und damit eine wirklich brauchbare Aussage ermöglicht. Woran soll gemessen werden, daß und wodurch eigentlich Belange der Gemeinschaft gestört oder

dem Bundesverfassungsgericht zum § 184 StGB Vorlagebeschlüsse der folgenden Amtsgerichte vor: Frankfurt am Main (zwei weitere), Bielefeld (fünf), Hannover (zwei), Frankenthal, Duisburg, Mönchengladbach (je einer); hinzu kommen fünf Verfassungsbeschwerden (nach Auskunft des Bundesverfassungsgerichts vom 11. August 1972).

<sup>18</sup> Wegen der angeführten Fundstellen wird davon abgesehen, sie hier wiederzugeben; von den zehn Vorlagebeschlüssen, die nicht von dem AG Frankfurt am Main ergingen, wurden für die vorliegende Untersuchung ein Beschluß des AG Bielefeld (von insgesamt fünf Vorlagebeschlüssen) und einer des AG Mönchengladbach ausgewählt. Das bedeutet natürlich nicht, daß die anderen Vorlagebeschlüsse und die Verfassungsbeschwerden nicht der Erörterung wert wären.

<sup>19</sup> AG Frankfurt am Main bei Broder, S. 159 f.

<sup>20</sup> AG Mönchengladbach a. a. O.

ernstlich gefährdet werden? (Dessen sind sich Sexualforscher nicht einmal mehr unter dem Gesichtspunkt des Jugendschutzes sicher, doch ist diese Frage hier nicht entscheidungserheblich).

Wenn das Bayerische Oberste Landesgericht sagt<sup>21</sup>, der Unzuchtsbegriff als Norm sei fester Bestandteil unseres Rechtsbewußtseins, dann ist das kein juristisches Argument sondern ein Glaubenssatz, dem jeder Bezug auf die Realitäten in unserem Volk fehlt.«<sup>22</sup>

Der früheren, inhaltlich gleichartigen Argumentation des AG Frankfurt am Main vermochte die höchstrichterliche Rechtsprechung lediglich entgegenzuhalten:

»Daß das . . . Tatbestandsmerkmal ›unzüchtig‹ sich in den durch das rechtsstaatliche Prinzip der Rechtssicherheit . . . gezogenen Grenzen hält und insbesondere hinreichend bestimmt und klar genug formuliert ist, haben der BGH und das BayObLG . . .<sup>23</sup> unter Hinweis auf Entscheidungen des BVerfG<sup>24</sup> überzeugend dargelegt; der gegenteiligen Ansicht des AG Frankfurt . . . vermag der Senat demgegenüber nicht zu folgen.«<sup>25</sup>

Es fragt sich, warum der Senat nicht zu folgen vermag. Gegenüber dem vom BGH aufgestellten Erfordernis, durch die Schilderung geschlechtlicher Vorgänge müßten Belange der Gemeinschaft gestört oder ernsthaft gefährdet werden, betonen die Vorlagebeschlüsse, § 184 StGB widerspreche dem aus den Grundsätzen des demokratischen und sozialen Rechtsstaats folgenden verfassungsrechtlichen Gebot, nur sozialschädliches Verhalten unter Strafe zu stellen:<sup>26</sup>

»Es fehlt jeder Anhaltspunkt dafür, daß Pornographie für den einzelnen Bürger oder die Gemeinschaft schädlich oder gefährlich sei. Wer solche Schriften und Darstellungen ablehnt, braucht sich mit ihnen nicht auseinanderzusetzen; Wer aber interessiert ist, bedarf keines Schutzes.«<sup>27</sup>

»Jugendschutz wird bejaht. Der Pornokonsument ist nicht schutzwürdig, er weiß, was ihn erwartet.«<sup>28</sup>

»Wenn der BGH im Fanny Hill-Urteil z. B. meint, es sei Sinn des § 184 StGB, dem erwachsenen Menschen die Notwendigkeit der Entscheidung darüber zu ersparen, ob er solche Schriften lesen will oder nicht, dann wird damit genau der Bereich beschrieben, aus dem sich der Staat in einer freiheitlichen Demokratie herauszuhalten hat, eben weil das ›Rechtsgut‹, das geschützt werden könnte, eine Fiktion ist.

Diese Fiktion beruht auf genau den Moralvorstellungen, deren Durchsetzung nach der eigenen Aussage des BGH dem Staat nicht zukommt.«<sup>29</sup>

»Die Sozialschädlichkeit des Pornoverkaufs wie des Pornokonsums ist unbewiesen. Als Straftatauslöser dürfte es nicht anders als Alkohol zu werten sein.«<sup>30</sup>

<sup>21</sup> BayObLG in GA 1969, 81 = JZ 1969, 398.

<sup>22</sup> AG Bielefeld, Vorlagebeschluß vom 8. Oktober 1971 – 5 Ms 4/71.

<sup>23</sup> BGH a. a. O. = MDR 1969, 942; BayObLG a. a. O.

<sup>24</sup> Der BGH führt a. a. O. nur eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts an (BVerfGE 11, 234, 237); im übrigen zitiert er fast ausschließlich sich selbst.

<sup>25</sup> OLG Hamm in NJW 1970, 1754, 1755.

<sup>26</sup> AG Frankfurt am Main bei Broder a. a. O., S. 157.

<sup>27</sup> AG Bielefeld a. a. O.

<sup>28</sup> AG Mönchengladbach a. a. O.

<sup>29</sup> AG Bielefeld a. a. O.

<sup>30</sup> AG Mönchengladbach a. a. O.

Dagegen weiß das OLG Hamm gar Schreckliches zu berichten:

57

»Die derzeitige übermächtige Überschwemmung der Bevölkerung mit pornographischem Material, das in einem erheblichen Umfange bereits öffentlich gezeigt und feilgehalten, darüber hinaus aber auch in unverlangten Reklamesendungen angepriesen wird und selbst bei Lieferung auf Bestellung an Erwachsene allzu leicht auf unkontrollierbare Weise später auch in die Hände von Kindern und Jugendlichen gelangen kann, ist geeignet, Kinder und Heranwachsende erheblich sittlich zu gefährden und zu Sexualdelikten anzureizen.«<sup>81</sup>

und vergißt dabei das von ihm angeführte Fanny-Hill-Urteil, das bemerkt:

»Der § 184 StGB dient nicht der Abwehr von Gefahren im Bereich des Jugendschutzes; die für diesen Zweck erforderlichen Grenzen sind durch das Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften gezogen.«

Hier ist anzumerken, daß der Glaube an die Jugendgefährdung durch Pornografie aufgrund neuester Forschungen zu wanken beginnt. So heißt es beispielsweise in einem noch unveröffentlichten umfangreichen Gutachten zu dieser Frage:

»Aber auch bei Publikationen über sexuelle Verhaltensabweichungen, denen kein sexualpädagogischer Wert zukommt, wird man zweifellos deswegen nicht ohne weiteres eine Jugendgefährdung unterstellen können. Wollte man alles, was nicht direkt pädagogisch nützlich ist, für sittlich gefährdend erklären und wollte die Jugend hiervor »schützen«, ergäbe sich dadurch eine solche hochgradige Abschirmung, die einer natürlichen Persönlichkeitsentwicklung zweifellos abträglich wäre.

Die Gefährdungsmöglichkeiten durch Erotika für Kinder und Jugendliche sind in der Vergangenheit ganz erheblich überschätzt worden. Darüber hinaus kann aber auch festgestellt werden, daß die Gefährdungsmöglichkeiten heute durch die allgemeine Einstellungsänderung gegenüber der Sexualität deutlich geringer geworden sind. Unsere heutige Jugend hat ein natürlicheres und unbefangeneres Verhältnis zur Sexualität. Sie hat viele und ausreichende Möglichkeiten zur Information über Tatbestände der Sexualität. Die Welt der Sexualität wird vor Kindern und Jugendlichen nicht mehr abgeschirmt, sondern sie werden frühzeitig mit ihr konfrontiert, so daß sie zu einem selbstverständlichen Teil ihres Lebensraumes geworden ist. (Hierzu insbes. das Hearing des Strafrechtsänderungsausschusses des Bundestages und den »Report of the Commission on Obscenity and Pornographie« sowie die moderne sexualpädagogische Literatur.)

Für Kinder vor dem Eintritt in die Pubertät haben Erotika – besonders wenn sie sich mit Verhaltensabweichungen beschäftigen – ohnehin meist keinen Aufforderungscharakter; sie sind für sie uninteressant und können daher auch keinen gefährdenden Einfluß ausüben.

Bei Jugendlichen aber kann man heute eine ausreichende Vertrautheit mit Fakten menschlicher Sexualität voraussetzen, so daß sie in der Regel fähig sind, Darstellungen sexueller Verhaltensabweichungen richtig einzuordnen. So hat z. B. der Hamburger Sexualpädagoge Prof. Scarbath in seinem im Auftrage der Bundesprüfstelle erstatteten Gutachten über die »St. Pauli-Nachrichten« vom 9./15. 9. 1970, dem die BPS bekanntlich gefolgt ist, zu dieser speziellen Frage ausgeführt (S. 28): »Über entsprechende Sachverhalte »abweichenden« Sexual-

<sup>81</sup> A. a. O.

verhaltens ist zumindest bei der im Brennpunkt dieses Gutachtens stehenden Altersgruppe (Jugendliche; Anm. des Verf.) elementare Kenntnis vorauszusetzen, zumal gerade auf Wunsch der jugendlichen Teilnehmer (im Gruppengespräch, in »Zettelbefragung« über Themenwünsche) sexualpädagogische Veranstaltungen immer wieder auf die Thematik von Homosexualität und sog. Perversion eingehen müsse (vgl. auch die entsprechende Berücksichtigung solcher Thematik in Lehr- und Informationsbüchern wie Goldstein/McBride, Lexikon der Sexualität, Wuppertal 1970). Die Konfrontation mit Tatsachen abweichenden Sexualverhaltens, sofern sie sich nicht auf Mitvollzug oder unmittelbare Beobachtung (teilnehmende Beobachtung) entsprechender sexueller Akte erstreckt, kann noch nicht als jugendgefährdend angesehen werden.«<sup>32</sup>

Wenn ein Verhalten unter Strafe gestellt wird, das nicht sozialschädlich ist, wird das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit verletzt (Artikel 2 Absatz 1 GG):

»Zur freien Entfaltung der Persönlichkeit gehört auch die eigene Entscheidungsmöglichkeit, das selbst zu lesen, was aus den allgemein zugänglichen Quellen geboten wird. Solche Quellen müssen auch Pornoschriften sein (vgl. zur Interpretation BVerfG, Beschluß vom 3. Oktober 1969 – 1 BvR 46/65 ...). Hiervon geht nunmehr sogar das geltende Strafrecht aus, denn der Endverbraucher bleibt straflos. Wie hiermit die Ausführungen des Bundesgerichtshofes in Einklang zu bringen sind, Sinn der Vorschrift des § 184 StGB sei es, »dem erwachsenen Menschen vor allem die Notwendigkeit der Entscheidung zu ersparen, ob er sie lesen will oder nicht« (BGH aaO. S. 42), bleibt unerfindlich. Hier kommt unverhohlene geistige Bevormundung zum Ausdruck.«<sup>33</sup>

»... die freie Entfaltungsmöglichkeit des einzelnen ist nicht an sexual-ethische Zielvorstellungen gebunden. Der Konsument von Pornographie verletzt keine fremden Rechte. Der Hersteller oder Händler aber auch nicht, denn es ist jedermann unbenommen, solche Produkte aus welchen Gründen auch immer von sich fernzuhalten.

Die Berufung auf das Sittengesetz als immanente Schranke dieses Freiheitsbereichs führt beim Problem der Pornographie auch nicht weiter. Der einleitend aufgezeigte Anschauungswandel beweist das. Es gibt insoweit keine allgemein verbindliche sittliche Norm mehr.

Sogenannte Sittengesetze waren schon immer wandelbar, und dieser Wandel hat sich inzwischen vollzogen.

Im übrigen dürfte es kein bundesrepublikanisches sondern allenfalls ein abendländisches Sittengesetz geben. Dessen Unbestimmtheit zum vorliegenden Thema ergibt sich aber z. B. aus der weitgehenden Aufhebung des Pornographieverbots in Dänemark.«<sup>34</sup>

Schließlich wird das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung, insbesondere die Pressefreiheit und das Recht auf ungehinderte Unterrichtung (Artikel 5 Absatz 1, 2 GG), verfassungswidrig eingeschränkt:

<sup>32</sup> Prof. Dr. Lothar Michel, Direktor am Psychologischen Institut der Universität Mannheim, Gutachtliche Stellungnahme zur Frage der Sozialschädlichkeit von Darstellungen normabweichenden Sexualverhaltens vom 26. Oktober 1972.

<sup>33</sup> AG Mönchengladbach a. a. O.

<sup>34</sup> AG Bielefeld a. a. O.



»Die Informationsfreiheit in Art. 5 GG beinhaltet nach meiner Meinung auch das Recht jedes erwachsenen Menschen, Pornographie nach seiner Wahl wann und wie immer er will zu erwerben und zu konsumieren. § 184 StGB als allgemeines Gesetz stellt eine unzulässige Schranke nach Art. 5 Abs. II GG dar. Solche Schranken darf der Gesetzgeber nur setzen, wenn sie notwendig sind zum Schutz der Gemeinschaft oder des einzelnen. Vom Jugendschutz abgesehen ist ein zu schützendes Rechtsgut aber nicht ersichtlich!<sup>35</sup> (wird ausgeführt)«

»Dem – straflosen – Verhalten des Endverbrauchers, garantiert in seinem Unterrichtsrecht, steht in Art. 5 Abs. I Satz 1 GG das ebenfalls verbrieft Verbreitungsrecht gegenüber. Der Gesetzesvorbehalt trifft zu Unrecht nur den Verteiler (vgl. Art. 5 Abs. II GG). Soll sich der Endverbraucher im Ausland Porno kaufen müssen, wenn er – straflos bleiben und zu Recht – nach seinem Willen solches lesen will?«

»Das vorbehaltene Gesetz selbst muß sich in Frage stellen lassen. Dies gilt sowohl für das Sittengesetz, das eben – wenn es nach der Ansicht der Vertreter des »Naturrechts« selbst unverändert besteht – so doch zu verschiedenen Zeiten verschieden erkannt wird; es gilt aber auch und erst recht für das staatliche Gesetz. Dieses vorbehaltene Gesetz muß sich, will die Bundesrepublik ein »sozialer« Staat sein (vgl. Art. 20 Abs. I GG), auch an seiner Sozialnützlichkeit oder -schädlichkeit messen lassen. Dies tut zutreffend etwa die Präambel des 4. Gesetzes zur Reform des Strafrechts, wenn es heißt: »Es ist darauf zu achten, daß das Strafrecht nur eine äußere Ordnung sozialen Verhaltens zu wahren hat. In der heutigen Gesellschaft sind die Wertvorstellungen über Ehe, Familie und Sexualität sehr vielfältig« (zitiert nach Baumann, Der lange Weg des 4. Strafrechtsreformgesetzes, in: ZRP 1971, 129).«<sup>36</sup>

Angesichts der gleichen Argumentation des AG Frankfurt am Main beweist das OLG Hamm nicht seine Ansicht, sondern allenfalls Haltung:

»Das... als verletzt angesehene Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 GG) gewährt keine schrankenlose individuelle Freiheit, sondern wird durch die Rechte anderer, die verfassungsmäßige Ordnung und das Sittengesetz begrenzt. Ähnlich findet das Grundrecht der Informationsfreiheit (Art. 5 GG) seine Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zu dem Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre. Daß die Einschränkungen der beiden zuletzt genannten Grundrechte dem Gesetzgeber die Möglichkeit geben, die zum Schutze der Allgemeinheit und insbesondere der Jugend vor der Verleitung zu bzw. unerwünschten Konfrontation mit zügelloser Sexualität nützlichen Strafrechtsnormen in dem derzeitigen Umfang zu schaffen und aufrechtzuerhalten, erscheint dem Senat nicht zweifelhaft.«

Die Würde der Menschen, die Pornografie als Krücke ihrer unterdrückten Sexualität benötigen, beschäftigt das Obergericht wie folgt:

»Entgegen dem AG Frankfurt vermag der Senat auch keine Mißachtung der Menschenwürde darin zu sehen, daß der Staat durch Herstellungs- und Verbreitungsverbote den Konsum pornographischer Erzeugnisse durch die Bevölkerung einzuschränken versucht. § 184 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 1a Satz 2 StGB enthalten keine »nicht gerechtfertigte Diskriminierung des Teils der Be-

<sup>35</sup> AG Bielefeld a. a. O.

<sup>36</sup> AG Mönchengladbach a. a. O.



völkerung, der einen deutlich feststellbaren Bedarf an solchen Erzeugnissen hat« (so AG Frankfurt, a. a. O.). Die Vorschriften dienen vielmehr schützenswerten Interessen der Allgemeinheit . . .«

»Man sehe diese Richter an, man höre diese Menschen sprechen, und man wird finden, daß ganze Literaturen umsonst geschrieben sind, daß unsre Bäume nicht für sie blühen, unser Gelächter nicht für sie lacht, unsre Tränen nicht für sie fließen.«<sup>37</sup>

Angesichts der Unzucht wird auch die Meinung vertreten, daß Verfahrensvorschriften mit besonderer Strenge anzuwenden sind; so, wenn die Wiedergabe einer beanstandeten Schrift in ihren wesentlichen Teilen im Urteil für entbehrlich gehalten wird<sup>38</sup> oder die presserechtlichen Beschlagnahmefristen etwas gedehnt werden<sup>39</sup>.

Zu den Widersprüchen der derzeitigen »Rechtslage« gehört angesichts der ernstzunehmenden Vorlagebeschlüsse und Verfassungsbeschwerden, daß für jeden Interessierten ein Verbotsirrtum über die Verfassungswidrigkeit des § 184 StGB unvermeidbar ist.

Dazu gehört aber auch der »neue Richtertyp«, der seine Vorlagebeschlüsse zwar inhaltlich und formal (Ichform!) forsch vorträgt, aber doch vor einer eigenverantwortlichen Entscheidung zurückschreckt. Wie ein Dogma durchzieht sämtliche Beschlüsse die These, daß es sich bei den Bestimmungen des § 184 Abs. 1 Nr. 1 und 1a StGB um nachkonstitutionelles Recht handle, so daß der Richter nicht befugt sei, die Verfassungswidrigkeit des § 184 StGB selbst festzustellen.

Der Aufwand an Argumenten, die für die Verfassungswidrigkeit dieser Vorschrift geltend gemacht werden, korreliert auffällig mit der apodiktischen Leugnung eigener Entscheidungsautonomie in dieser Frage: Die unteren Instanzen wenden sich als »vox populi« an den Souverän, das Bundesverfassungsgericht, beanspruchen Meinungs-, nicht Entscheidungsfreiheit. Dabei läßt sich ebensogut juristisch vertreten, daß es sich bei dem Pornographieverbot um vorkonstitutionelles Recht handelt.

Die Bestimmungen des § 184 StGB sind nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes durch Artikel 1 des Einführungsgesetzes zum Ordnungswidrigkeitengesetz vom 24. 5. 1968 geändert worden, soweit es ihren wesentlichen Inhalt betrifft. Dabei wurde mit Wirkung vom 1. 10. 1968 an auch die Einfuhr »unzüchtiger« Schriften, Tonträger, Abbildungen und Darstellungen in den Geltungsbereich des Strafgesetzbuches sowie das Unternehmen ihrer Ausfuhr unter bestimmten Voraussetzungen unter Strafe gestellt.

Der in den Vorlagebeschlüssen vertretene Ansicht, es müsse daher angenommen werden, daß sich der Gesetzgeber bei dieser Gelegenheit mit den Bestimmungen des § 184 StGB eingehend beschäftigte und sie dabei »bestätigend in seinen gesetzgeberischen Willen aufnahm« kann ich bei Beachtung der vom Bundesverfassungsgericht hierzu aufgestellten Auslegungsgrundsätze nicht beitreten. Das Bundesverfassungsgericht äußert sich zu dieser Frage wie folgt:

»Um eine vorkonstitutionelle Norm zu einer nachkonstitutionellen zu machen, muß der Gesetzgeber vielmehr seinen konkreten Bestätigungswillen im Gesetz zu erkennen geben. Das ist z. B. der Fall, wenn . . . ein begrenztes und überschaubares Rechtsgebiet vom nachkonstitutionellen Gesetzgeber durchgreifend geän-

<sup>37</sup> Kurt Tucholsky, Politische Justiz, Reinbek 1970, S. 19.

<sup>38</sup> Oberstaatsanwalt Dr. Heiligmann, Augsburg, in NJW 1972, 1961 gegen BayObLG daselbst.

<sup>39</sup> So OLG Frankfurt in NJW 1971, 1226; dagegen Demski in NJW 1971, 1711.

dert wird und aus dem engen sachlichen Zusammenhang der geänderten mit der alten Vorschrift offensichtlich ist, daß der nachkonstitutionelle Gesetzgeber die alte Vorschrift nicht ungeprüft übernommen haben kann.«<sup>40</sup>

Zu Recht bemerkt der Bonner Kommentar zum Grundgesetz zu dieser Auslegungsregel:

»Hier verbürgt nur der Standpunkt Klarheit, der besagt: Was nicht durch den neuen Gesetzesbefehl, wie er nach außen sich kundgibt, erfaßt ist, ist vorkonstitutionell. Eine andere Betrachtungsweise nähert sich der Spekulation.«<sup>41</sup>

Wie sich der neue Gesetzesbefehl nach außen kundgibt, erfaßt er nur die besonderen Begehungsarten der Einfuhr und Ausfuhr von Pornografie, nicht jedoch das Pornografieverbot als solches. Den konkreten Bestätigungswillen hinsichtlich der anderen Begehungsarten hat der Gesetzgeber nicht im ändernden Gesetz zu erkennen gegeben. Das ändernde Gesetz hat kein begrenztes und überschaubares Rechtsgebiet durchgreifend geändert. Der nachkonstitutionelle Gesetzgeber kann sehr wohl die alte Vorschrift ungeprüft übernommen haben; nach dem Gesetzesbefehl, wie er sich nach außen kundgibt, besteht die Möglichkeit, daß der Gesetzgeber lediglich mit Rücksicht auf ausländische Staaten Ein- und Ausfuhr von Pornografie regeln wollte etwa im Hinblick auf die Internationale Übereinkunft vom 12. September 1923 »zur Bekämpfung der Verbreitung und des Vertriebs unzuchtiger Veröffentlichungen«.

Soweit daher nicht die Einfuhr oder Ausfuhr von Pornografie in Rede steht, sind die Bestimmungen des § 184 StGB vorkonstitutionelles Recht. Insoweit ist eine Vorlage zum Bundesverfassungsgericht unzulässig.<sup>42</sup>

Der überwiegend appellative Charakter der Vorlagebeschlüsse ergibt sich auch daraus, daß die von den vorlegenden Gerichten angenommenen Verfassungsverstöße im wesentlichen auch für die »fortschrittlichste« derzeit noch diskutierte Neufassung des § 184 StGB zutreffen, wonach die Herstellung und Verbreitung sadistischer, pädophiler und sodomitischer Pornografie weiterhin umfassend pönalisiert werden.

Da weder jede Schilderung von Gewalttaten, jedes Kinderfoto und jeder Tierfilm als sadistisch, pädophil oder sodomitisch unter den geplanten Tatbestand fallen wird, taucht die Frage nach der Unzuchtigkeit des Erzeugnisses unter dem neuen Etikett »Pornografie« wieder auf – und damit der Mangel an dem gesetzlich bestimmten Tatbestandsmerkmal.

Die Sozialschädlichkeit sadistischer, pädophiler und sodomitischer Pornographie ist ebensowenig plausibel wie die ihrer anderen Varianten. Es fragt sich, warum gerade die Darstellung dieser Spielarten der Sexualität herausgegriffen worden ist und nicht etwa Nekrophilie, Fetischismus, Koprophagie oder Transvestismus. Ob sich hier das deutsche Gemüt, das alle Gewalt außer der staatlichen zu verabscheuen, Kinder und Tiere aber besonders zu lieben meint, Bahn gebrochen hat? Immerhin dürfte die Neufassung somit auch noch Artikel 3 Absatz 1 GG verletzen: Was für die Liebhaber nekrophiler oder fetischistischer Pornografie recht ist, muß für die sadistischen, pädophiler und sodomitischen billig sein. Unerfindlich bleibt es, warum deren freie Entfaltung der Persönlichkeit und deren Unterrichtsrecht eingeschränkt, deren Pressefreiheit verletzt und deren Würde mißachtet werden darf. Der Gesetzgeber betätigt sich offen-

<sup>40</sup> BVerfGE 11, 129 ff. in Weiterführung von BVerfGE 6, 55 ff.

<sup>41</sup> Zu Art. 100 Rdnr. 98 mit weiteren Nachweisen.

<sup>42</sup> So auch BayObLG in GA 1969, 181, 182 = JZ 1969, 398.

bar als *arbitrarius elegantiarum* auf dem Gebiet der Sexualpraktiken. Es besteht keine Hoffnung, daß er sich freiwillig an den Ansprüchen des Grundgesetzes messen wird.

Die zunehmende Funktionalisierung der Sexualität als Ware drückt eine besonders »fortschrittliche« Entscheidung sehr deutlich aus:<sup>43</sup>

»Es ist nicht einzusehen, warum Pornoliteratur anders behandelt werden soll als Wildwest-, Kriminal- oder Horrorgeschichten. Die Handlung in Erzählungen auch bester literarischer Qualität dient logischerweise immer hauptsächlich dazu, den jeweiligen »Helden« ein reiches Betätigungsfeld zu verschaffen. Es besteht kein Anlaß, einen Sexualprotz anders zu behandeln als einen Wildwestkiller, einen Frankenstein, einen Seeräuber, einen Dracula, einen James Bond, einen »Spieler«, »Alten Mann« oder sonstige Romanfiguren. Ein (nicht künstlerisch gestalteter) Romanheld darf nach dieser Rechtsprechung alles tun, nur keinen Geschlechtsverkehr ausführen... Nach der hier vertretenen Auffassung kann ein Buch nicht schon dann im Sinne des § 184 StGB beanstandet werden, wenn sich der Autor einer ordinären Ausdrucksweise bedient, und wenn sich seine Phantasie darauf beschränkt, seine »Helden« auf eine ausdauernd und vielseitig den Geschlechtsverkehr ausübende Maschine zu reduzieren.

Zweck der in Rede stehenden Bücher ist ersichtlich nicht, für eine allein sexuelle Lust befürwortende Geisteshaltung zu werben und so auf eine Revolution des Geschlechtslebens hinzuarbeiten, was zu Schädigungen oder Belästigungen führen könnte, sondern einem interessierten Leserkreis Gelegenheit zu geben, sich für gutes Geld delectieren zu können. Der Leser wird nicht gezwungen (oder auch nur verführt) etwas Ungewolltes anzunehmen, sondern erhält Gelegenheit, sich längst insgeheim gehegte Wünsche zu erfüllen.

So betrachtet, stellen sich die beanstandeten Bücher als Ausfluß einer Sparte der Unterhaltungsliteratur dar, deren Lebenslicht sehr bald erlöschen wird, wenn man der von ihr ausströmenden bleiernen Langeweile Gelegenheit gibt, sich auszubreiten. Daß ein mit normalem Scham- und Sittlichkeitsempfinden ausgestatteter Mensch durch eines der vorliegenden Bücher in seinem moralischen Standard (und nicht nur am Geldbeutel) geschädigt werden könnte, hält das Gericht für ausgeschlossen. Es handelt sich daher nicht um unzüchtige Bücher im Sinne des § 184 StGB.«

An dieser Begründung überrascht, daß sie unverhohlen und drastisch sexuelle Lust und eine Veränderung sexuellen Verhaltens als gesellschaftlich unerwünscht bezeichnet, alternativ die Erfüllung »insgeheim gehegter Wünsche« für »gutes Geld« bejaht und damit zu einem – gemessen an der bisherigen Rechtsprechung – relativ fortschrittlichen Ergebnis kommt. Versteht man die Begründung nicht nur als resignativ-zynisch, so fragt sich allerdings, ob es mit dem Anspruch auf freie Entfaltung der Persönlichkeit vereinbar ist, wenn unser System Triebverdrängungen (»insgeheim gehegte Wünsche«) in offenbar großer Zahl schafft und als Ventil käuflichen Ersatz für Triebbefriedigung anbietet. Der Pornografie könnte vorgehalten werden, daß sie nicht imstande ist, auf eine »Revolution des Geschlechtslebens« hinzuarbeiten, sondern vielmehr sexuelle Lust als Tauschobjekt auf Konsum reduziert, der seinerseits die herrschende sublimale ökonomische Ausbeutung legitimiert und von ihr hervorgebracht wird und damit psychische Massenverelendung produziert. Von daher ist Pornografie fragwürdig, weil sie weder Ansätze einer sexuellen Befreiung

<sup>43</sup> AG Waiblingen, Beschluß vom 10. 1. 1972 – 3 Ds 362/71.

in sich trägt, noch diese Ansätze – isoliert von den ökonomischen Bedingungen – zu entwickeln vermag. Pornografie deswegen als sozialschädlich zu werten, hieße Folge mit Ursache verwechseln: nicht die Krücke ist die Ursache dafür, daß der Lahme nicht gehen kann; nimmt man ihm die Krücke weg, so verändert das nicht seine Unfähigkeit zu gehen.

63

*Reiner Demski*

## Zur Isolierung politischer Gefangener

PRESSEERKLÄRUNG VOM 22. 1. 1973

Die von uns anwaltlich vertretenen politischen Gefangenen Irmgard Möller, Helmut Pohl, Holger Meins, Andreas Baader, Margit Schiller, Horst Mahler, Monika Berberich, Brigitte Asdonk, Irene Goergens, Ingrid Schubert, Brigitte Mohnhaupt, Gudrun Enßlin, Siegfried Hausner, Gerhard Müller, Jan-Carl Raspe, Klaus Jünschke, Werner Hoppe haben uns mitgeteilt, daß sie sich in einem unbefristeten Hungerstreik befinden. Sie fordern die sofortige Aufhebung der Isolierung der pol. Gefangenen in Westdeutschland und Westberlin, d. h. insbesondere die Möglichkeit der Teilnahme an Gemeinschaftsveranstaltungen in den Haftanstalten. Seit vielen Monaten – bis zu 20 Monaten – werden 27 pol. Gefangene in Einzelhaft mit zusätzlicher strengster Isolierung gehalten. Anders als beim »normalen« Einzelhaftvollzug haben sie keinerlei Kontakt zu Mitgefangenen. Darüber hinaus sind folgende pol. Gefangene noch besonderen Beschränkungen unterworfen. Sie dürfen nur von nächsten Verwandten und ihren Verteidigern Besuch empfangen und auch nur mit diesen korrespondieren. Jeder Kontakt mit anderen Personen, wie Freunden, Bekannten, auch beruflicher Art, ist streng verboten: Bernhard Braun, Irmgard Möller, Klaus Jünschke, Wolfgang Grundmann, Manfred Grashof, Holger Meins, Gerhard Müller, Ulrike Meinhof, Jan Karl Raspe, Andreas Baader, Brigitte Mohnhaupt, Gudrun Enßlin. Darüber hinaus erhalten die Inhaftierten Manfred Grashof, Wolfgang Grundmann und Klaus Jünschke Zeitungen und Zeitschriften nur zensiert, d. h. alle Artikel, die sich mit den laufenden RAF-Prozessen oder ähnlichem befassen, werden vor der Aushändigung an die Gefangenen rausgeschnitten. Die besonderen Beschränkungen sind bereits Gegenstand von Beschwerden an das Bundesverfassungsgericht wegen Verletzung der Grundrechte der Inhaftierten aus Art. 1, 2, 5, 3 Grundgesetz.

RAe Becker, Laubscher, Becker, Heidelberg  
RAe Plottnitz, Golzem, Riedel, Frankfurt/Main  
RAe Preuß, Eschen, Ströbele, Berlin  
RAe Groenewold, Degenhardt, Reinhard, Hamburg