

Zucht durch Recht

Juristische Konstruktionen der Sittlichkeit im österreichischen Strafrecht

Nikolaus Benke, Elisabeth Holzleithner¹

I. Prolegomena zur Disposition von *Unzucht* als Begriff des Strafrechts

Das Kind, die Frau, die Perversen und das Paar – sie sind die Zielscheibe von Praktiken, die „um den Sex spezifische Wissens- und Machtdispositive entfalten“^[2] und so „Sexualität“ überhaupt erst produzieren.³

Sittlichkeit im Sinn des Begriffspaares *Unzucht/Zucht* ist ein Versuch, das „Sexuelle“⁴ kulturell zu fassen. Dieses Begriffspaar suggeriert das Vorhandensein von unbeherrschten „natürlichen“ Trieben, die kulturell überformt, also „gezüchtigt“ werden müssen.⁵ „Unzüchtigkeit“ bedeutet demnach einen Mangel an „Kultur“.⁶

Wie diese kulturelle Fassung auf der Ebene des österreichischen Strafrechts entwickelt ist, wird Gegenstand der folgenden Überlegungen sein. Vor einem Blick auf ausgewählte Exempel des österreichischen Sexualstrafrechts und deren Wurzeln erscheint es dienlich, einige Charakteristika jener beiden Sachbereiche darzustellen, die im Thema

- 1 Email-Kontakt: nikolaus.benke@univie.ac.at, elisabeth.holzleithner@univie.ac.at. Die Verfasserin und der Verfasser danken herzlich für kritische Lektüre und hilfreiche Anmerkungen Viktor Mayer-Schönberger, Franz-Stefan Meissel, Ilse Reiter-Zatloukal und Alexander Somek.
- 2 Michel Foucault, *Der Wille zum Wissen. Sexualität und Wahrheit II*, Frankfurt a. M. 1977, 125.
- 3 Hinrich Fink-Eitel, *Foucault zur Einführung*, Hamburg²1992, 86.
- 4 Anstelle des ebenso abstrakten wie stark besetzten Begriffs der *Sexualität* erscheint es hier angebracht, bei der Fokussierung der Analyse auf bestimmte Aspekte, Faktoren und Vorgänge des menschlichen Sexuallebens vom *Sexuellen* zu sprechen.
- 5 Siehe dazu Jacob Grimm u. Wilhelm Grimm, *Deutsches Wörterbuch*, Elfter Band, II. Abteilung (U-Umzwängen), bearbeitet von Viktor Dollmayr und der Arbeitsstelle des Deutschen Wörterbuchs, Leipzig 1936, 2306: „UNZUCHT, *f.*, *mangel an zucht*“.
- 6 Die an dieser Stelle identifizierte Dichotomie von Natur und Kultur ist ein wiederholt behandeltes Thema feministischer Forschung, welche die geschlechtsspezifische Konnotation dieses Begriffspaares (Natur ist weiblich, Kultur ist männlich) aufgewiesen hat. Diesem Problem kann hier allerdings nicht weiter nachgegangen werden.

„strafrechtliche Unzucht“ konvergieren. Erstens, das Sexuelle; zweitens, das Strafrecht.

Das Sexuelle ist ein Bereich, der von vielen Wissenschaften als Erkenntnisobjekt beansprucht wird, welche Entstehung, Funktion, Charakter, „Normalität“ und „Abweichung“ auf je eigene Weise konstituieren und je eigene Wissensparadigmen produzieren. Es handelt sich hierbei um hochkomplexe, ineinander verwobene, nicht notwendig interdisziplinär angelegte Erkenntnisprozesse. Das daraus gewonnene Wissen, das mit je eigener Macht verbunden ist, durch das bestimmte Typen von Menschen und Sexualitäten konstituiert werden, wird selektiv vom Rechtsdiskurs rezipiert und entfaltet sich so im Rahmen des Regimes von rechtlich-normativer Macht. Dieses Regime operiert über das Setzen von starren Grenzen und eindeutigen Figuren: Männer und Frauen sind für das Recht biologisch fixierbare und fixierte Wesen mit klaren Körpergrenzen⁷ und spezifischen sexuellen Verletzbarkeiten.⁸

Gemeinsam ist beiden Wissenskomplexen ihre diskursive Entfaltung. Der Diskursbegriff wird in diesem Text weit verstanden. Anknüpfungspunkt dafür sind die Ausführungen von Maihofer, die den Begriff in Anschluß an Foucault als Geflecht von verschiedensten „Denk-, Gefühls- und Handlungsweisen, Körperpraxen, Wissens(chafts)formen, Institutionen, gesellschaftliche[r] Macht und Herrschaftsverhältnisse[n], Naturverhältnisse[n], Kunst, Architektur, innere[r] Struktur von Räumen etc.“⁹ definiert.

Bei den folgenden beiden Thesenkatalogen geht es nicht darum, das aktuelle wissenschaftliche Szenario zu Sexualität und zu Strafrecht abzubilden. Für solch ein Referat gibt es hier weder Raum noch unmittelbaren Anlaß. Was sich jedoch empfiehlt, ist eine topische Anführung von Propositionen, mit deren Hilfe der Blick für die Analyse der „Zucht“ fokussiert werden kann. Die folgenden Sentenzen sind somit nicht als (abschließende) materielle Einsichten zu verstehen, sondern als Blickpunkte, von denen aus und auf die hin dann die Frage nach „Zucht durch Recht“ behandelt wird; hier an den Beginn gestellt haben sie die Funktion, jene Perspektiven und Aspekte zu thematisieren, die in der Konstruktion strafrechtlicher Unzucht in ganz spezifischer Weise zum Ausdruck kommen.

7 Große Schwierigkeiten bereitet aus diesem Grund der Umgang mit Transsexualität. In Österreich hat man sich, was obigen Befund jedenfalls für das österreichische Recht bestätigt, für eine restriktive Regelung entschieden, was etwa die Änderung des Vornamens anbelangt: Eine solche kann erst nach einer Änderung der Geschlechtseintragung im Geburtenbuch bewirkt werden. Diese Eintragung kann nur erfolgen, wenn operativ eine „deutliche Annäherung an das äußere Erscheinungsbild des anderen Geschlechts“ stattgefunden hat. („Transsexuellen-Erlaß“ des Bundesministeriums für Inneres [Zahl: 36.250/66-IV/4/96], zit. nach: Maria Könnel, Transsexualismus im österreichischen Recht, Diss. jur., Wien 1997, 196–198.) Vgl. darüber hinaus folgenden bemerkenswerten Leitsatz des OGH (27.09.1983, 10 Os 131/83): „Geschlechtliche Betätigung mit Zwittern ist jedenfalls nicht heterosexuell, sondern gleichgeschlechtlicher Unzucht zuzuordnen.“

8 Siehe dazu unten III. A.

9 Andrea Maihofer, *Geschlecht als Existenzweise. Macht, Moral, Recht und Geschlechterdifferenz*, Frankfurt a. M. 1995, 80 (Verweis getilgt).

A. Das Sexuelle

1. Das Sexuelle ist interpersonal. Der Diskurs des Sexuellen erfolgt in einer (unmittelbaren und mittelbaren) interpersonalen Dynamik von Reiz, Begehren und Befriedigung.
2. Die Dramaturgie sexueller Akte sieht Reizverstärkung und letztlich Entspannung vor. Die dabei erfolgende „Verdichtung“ des sexuellen Diskurses kann luststeigernd wirken bis hin zum Erleben von Ekstase.
3. Selbstbestimmtes sexuelles Erleben – Stimulation wie Befriedigung – kann Wohlbefinden schaffen. Wohlbefinden fördert die Kräfte der Persönlichkeit und somit die personale Identität.
4. Sexuelles Erleben ist verbunden mit einem Zustand gesteigerter Sensitivität. Dieser Zustand wird als komplex und ambivalent erlebt, als verstärkte Vitalität und Präsenz und zugleich als erhöhte Verletzbarkeit.
5. Das Sexuelle geht einher mit personaler Entgrenzung. Die Grammatik des sexuellen Diskurses ist darauf angelegt, die gleichsam äußerlichen personalen Konturen und interpersonalen Distanzen (allein oder) in einer Kommunikation reziproken Attrahierens-Attrahiertwerdens/ Berührens-Berührtwerdens/ Umfangens-Umfangenswerdens/ Eindringens-Aufnehmens herauszufordern bzw. zu überschreiten.
6. Diese personale Entgrenzung erzeugt eine Ambivalenz zwischen Selbstentfaltung und Selbstentfremdung.
7. Interpersonale Entgrenzung ist ein Diskurs der Intimität. Intimität tendiert zu Privatheit, also zu einem den Öffentlichkeiten Entzogensein.
8. Die Befriedigung sexueller Bedürfnisse ist für das Individuum nicht (über-)lebensnotwendig. Sexuelle Askese gehört zu den Optionen persönlicher Lebenskonzepte.
9. Das sexuelle Potential des Menschen ist weit größer und vielfältiger als für den Effekt der (arterhaltenden) Reproduktion erforderlich. Somit hat das Sexuelle auch Spielcharakter.
10. Das Sexuelle hat (auch) „Triebcharakter“¹⁰. Die „Triebimpulse“ des Sexuellen können mit pointierter Vehemenz, ja in aggressiver Form auftreten. Sexuelles Verhalten kann impulsiv zielorientiert und als solches geeignet sein, konträre oder hemmende Faktoren – insbesondere auch eigene physische und psychische Kräfte – situativ auszuschalten oder abzuschwächen.
11. Der sexuelle Diskurs hat Ebenen der Macht. Jenseits der balancierten Machtdynamik konsensueller sexueller Begegnungen realisieren sich im sexuellen Diskurs vielfach geschlechtsspezifische Machtgefälle bis hin zu Mustern der Gewalt.¹¹

10 Mit dieser Wortwahl soll nicht suggeriert werden, es handle sich hierbei um *natürliche* Impulse im Sinne der oben erwähnten Dichotomie zwischen *Natur* und *Kultur*.

11 Sehr radikal formuliert diesen Zusammenhang von Sexualität und Gewaltausübung Catharine MacKinnon, *Rape. On Coercion and Consent*, in: dies., *Towards a Feminist Theory of the State*, Cambridge, Massachusetts/London 1989, 171–183. Siehe auch Susan Estrich, *Real Rape*, Cambridge, Massachusetts/London 1988.

12. Der Lebensvollzug des Sexuellen stellt einen integralen Bestandteil der Persönlichkeit dar, so daß von einer „sexuellen Identität“ gesprochen werden kann. Sexuelle Identitäten entwickeln sich in komplexer Weise und können instabil sein.¹² Die Veränderung sexueller Identitäten wird herkömmlicherweise nicht als positive Entwicklungsdimension, sondern als (individueller wie kollektiver¹³) Verunsicherungsfaktor erlebt.

B. Das Strafrecht

1. Recht ist ein Diskurs, in dessen Rahmen die Rechtsfindung im Anschluß an gesetzliche Vorgaben als autorisierte Form legitimer¹⁴ staatlicher Macht operiert.¹⁵
2. Recht definiert autoritativ. Die vom Rechtsdiskurs verwendeten Begriffe stellen Sinnangebote an die Rechtsgemeinschaft dar. Die Art rechtlicher Benennung ist bereits eine Vorentscheidung, was den vom Normsetzenden implizierten Wert des so Bezeichneten anbelangt.¹⁶
3. Modernes Recht ist formal, zwingend (staatlich sanktioniert), positiviert und prozedural.¹⁷
4. Das Strafrecht wird gebildet aus typisierten Situationen der Strafbarkeit (Straftatbestände, auch Strafdelikte genannt) samt Strafsanktionen (Strafen) und Rechtsregeln über die hermeneutische und prozedurale Anwendung seiner Tatbestands- und Sanktionsvorschriften.¹⁸
5. Das Strafrecht normiert, welche Verhaltensweisen als derart „sozial inadäquat“¹⁹ gelten, daß ihre Verwirklichung eine Bestrafung – das

12 Siehe dazu insbes. Nancy Chodorow, Heterosexualität als Kompromißbildung. Reflexionen über die psychoanalytische Theorie der sexuellen Entwicklung, in: Jessica Benjamin Hg., Unbestimmte Grenzen. Beiträge zur Psychoanalyse der Geschlechter, Frankfurt a. M. 1995, 126–167.

13 Gesamtgesellschaftlich wird ein Wechsel von homosexueller zu heterosexueller Identität freilich nicht als Verunsicherung wahrgenommen.

14 Diese Forderung ist ein aufgrund der Säkularisierung des Rechts notwendig gewordenes Erbe der Aufklärung. Siehe dazu Jürgen Habermas, Die Einbeziehung des Anderen, Frankfurt a. M. 1996, 251: „Das positive Recht fordert zwar nur legales Verhalten, muß aber legitim sein.“

15 Vgl. Zillah Eisenstein, The Female Body and the Law, Berkeley/Los Angeles/London 1988, 33: „[L]aws and the law operate as authorized discourses for the state.“

16 Siehe dazu etwa unten C.1.c.

17 Siehe Habermas, Einbeziehung, wie Anm. 14, 250.

18 Die Wirkweise eines Strafrechtssystems hängt in hohem Maß davon ab, wie das materielle Strafrecht (niedergelegt v.a. im Strafgesetzbuch, in einem Katalog einzelner Strafrechtsdelikte, wie z. B. Mord, Diebstahl u. a.) mit allgemeinen Vorschriften über die Delikte, der Zumessung von Strafen und über die Gestaltung des Strafverfahrens (Allgemeiner Teil des Strafgesetzbuchs, Strafprozeßordnung) und dem Strafvollzug (Strafvollzugsgesetz) zusammenspielt.

19 Der Gesetzgeber verwendet in diesem Zusammenhang immer den Begriff *sozial-schädlich*, der aber in dieser Studie aufgrund seiner Konnotation durch das NS-Regime vermieden wird. Der Begriff *sozial inadäquat* scheint zudem eher zum Ausdruck zu bringen, daß die Verletzung *individueller* Rechte auch zu einer Störung sozialer Beziehungen führt.

ist die rechtlich-institutionelle Feststellung der „Verwerflichkeit“²⁰, verbunden mit der Verhängung eines (weiteren) persönlichen Nachteils – zur Folge haben soll.

6. Das Strafrecht ist darauf angelegt, in spezifischer Weise jene zentralen Werte und Institutionen zu schützen, die als Bedingungen einer gedeihlichen Existenz des Individuums und des Gemeinwesens gelten. Diese Werte und Institutionen werden Rechtsgüter genannt, ihre Verletzung wird als „sozial inadäquat“ wahrgenommen.²¹
7. Das Strafrecht reflektiert mit seiner Erfassung und Gestaltung von Rechtsgütern weit deutlicher als andere Rechtsbereiche, was die staatstragende Gruppe als ihre herrschende Konzeption von Personalität und Gesellschaft vertritt.²²
8. Im Lichte moderner Grund- und Freiheitsrechte darf Strafrecht nur dann eingesetzt werden, wenn es zum Schutz eines fundamentalen Rechtsguts notwendig oder wenigstens dringend geboten erscheint; andernfalls schließt das Prinzip der rechtsstaatlichen Liberalität den Einsatz von Strafrecht aus.
9. Die Strafe stellt wie keine andere Rechtsfolge eine existentiell einschneidende Sanktion dar.²³ Eine Bestrafung deklassiert den Delinquenten oder die Delinquentin als Person und Bürger oder Bürgerin und zwingt ihm oder ihr (zeitweilig) eine Erschwerung der Lebensbedingungen auf.

20 Dies gilt insbes. für das gerichtliche Strafrecht, das bei Verurteilung u. a. die Rechtsfolge des Vorbestraftseins verhängt. Helmut Fuchs, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Wien/New York 1995, 3, spricht in diesem Zusammenhang von der „Tadelfunktion“ des Strafrechts und hält fest: „Die Strafe enthält ein Unwerturteil über den Täter wegen seiner Tat und damit auch eine negative Bewertung seines Verhaltens, der Straftat (Strafnormen als Bewertungsnormen).“ (Hervorhebungen getilgt.)

Bedeutsam ist der Unterschied zwischen Strafrecht und Schadenersatzrecht: Die Zwecke der Strafe sind Generalprävention, Spezialprävention, allenfalls auch Vergeltung. (Siehe dazu Fuchs, Strafrecht, 12, der die Vergeltung als „selbständige[n] Zweck des Strafrechts“ ablehnt. [Hervorhebungen getilgt.]) Hingegen dient das Schadenersatzrecht bloß dem Ausgleich zugefügten Schadens und hat grundsätzlich keine Straffunktion.

21 Aus diesem Grund hat das Strafrecht auf wissenschaftlicher Ebene eine spezifische Nahebeziehung zur Philosophie, in jüngerer Vergangenheit auch vermehrt zu Humanwissenschaften wie Psychologie und Soziologie. Die Strafrechtswissenschaft gehört zu den jungen Disziplinen wissenschaftlicher Jurisprudenz, hingegen gehören Strafrechtsquellen zu den ältesten Rechtsquellen überhaupt. Siehe dazu etwa Uwe Wesel, Geschichte des Rechts: Von den Frühformen bis zum Vertrag von Maastricht, München 1997, Rz. 44, 57, 64f, 76, 88.

22 Dies steht in einem Spannungsverhältnis zum neuzeitlich-demokratischem Rechtsverständnis, demgemäß die Veredelung des Menschen nicht Aufgabe des Rechts ist. Dies ist eine der zentralen Aussagen der kantischen Rechtsphilosophie: „Moralität kann ... nur höchstpersönlich verwirklicht, nicht aber von anderen befohlen werden.“ (Gerhard Luf, Freiheit und Gleichheit. Die Aktualität im politischen Denken Kants, Wien/New York 1978, 47.)

23 Vgl. dazu Fuchs, Strafrecht, wie Anm. 20, 4: „Charakteristisch für die Kriminalstrafe ist der besondere Tadel, den sie ausspricht: Der Täter wird ... mit der schwersten Sanktion belegt, die der staatlichen Gemeinschaft zur Verfügung steht, und ist damit ‚als Krimineller‘ ‚vorbestraft‘, bis seine Verurteilung im Strafregister ‚getilgt‘ ist.“ (Hervorhebungen getilgt.)

10. Das Strafrecht als Regime existentiell einschneidender Sanktionen verlangt besondere rechtsstaatliche Vorkehrungen.²⁴ Mit Blick auf dieses Erfordernis gilt im Strafrecht ein qualifiziertes Legalitätsprinzip (es impliziert ein Analogieverbot²⁵): *nullum crimen, nulla poena sine lege*²⁶ – *nulla poena sine lege scripta*²⁷, *praevia*²⁸, *certa*²⁹.
11. *Nulla poena sine culpa*³⁰: Strafbarkeit setzt u. a. voraus, daß dem Delinquenten oder der Delinquentin ein Schuldvorwurf zu machen ist. Somit operiert das Strafrecht mit einer rechtlichen Wahrnehmung von Schuld.
12. Die strafrechtlichen Deliktstrukturen haben insgesamt eine weit über den Rechtsbereich hinausgehende normative Bedeutung, denn es kommt ihnen eminente gesellschaftliche Signal- und Symbolwirkung zu. Was das Strafrecht verbietet, gilt jedenfalls als nachhaltig verpönt und schafft damit eine überragend affirmative Position im politischen und moralischen Diskurs.³¹

24 Deren verfassungsrechtliche Verankerung findet sich insbesondere in Art. 5–7 Europäische Menschenrechtskonvention 1950 (MRK), BGBl Nr 210/1958. Die MRK ist Bestandteil des österreichischen Verfassungsrechts.

25 *Nulla poena sine lege stricta*: Läßt sich ein Verhalten – selbst im Wege extensiver Interpretation – nicht unter einen strafrechtlichen Deliktstatbestand subsumieren, so ist dieses Verhalten eben nicht strafbar, selbst wenn es im Lichte eines gegebenen Straftatbestands strafwürdig erscheint; eine analoge Anwendung dieses Straftatbestands darf nicht erfolgen. Fuchs, Strafrecht, wie Anm. 20, 36, hält dazu fest: „Unzulässig ist die Analogie ... zur Neuschöpfung oder Ausdehnung von Strafvorschriften sowie zur Neuschaffung oder Verschärfung von Strafen oder vorbeugenden Maßnahmen.“ Er weist freilich auch darauf hin, daß „[d]as Analogieverbot ... nur wenig wirksam [ist], wenn das Gesetz unbestimmte normative Begriffe verwendet.“ (37; Hervorhebungen getilgt.)

26 Siehe § 1 StGB 1975. Keine Strafe ohne Gesetz. (1) Eine Strafe oder eine vorbeugende Maßnahme darf nur wegen einer Tat verhängt werden, die unter eine ausdrückliche Strafdrohung fällt und schon zur Zeit ihrer Begehung mit Strafe bedroht war.

27 Strafrecht muß geschriebenes Recht sein. Mündlich überliefertes Gewohnheitsrecht ist als Strafrechtsquelle ausgeschlossen. Vgl. Otto Triffterer, Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil 1985, 22: „Da gem § 1 für die Tat wie für die Strafdrohung Gesetzesrecht gefordert wird, schließt diese Vorschrift notwendigerweise strafbegründendes und strafverschärfendes Gewohnheitsrecht aus.“ (Hervorhebungen getilgt.)

28 Strafrechtliche Bestimmungen dürfen nicht auf Taten angewendet werden, die vor deren Erlassung begangen wurden. Davon gibt es nur wenige Ausnahmen: Wenn die Anwendung der neu erlassenen Norm für den Täter/die Täterin günstiger ist („Rückwirkungsverbot des strengeren Gesetzes“, vgl. Fuchs, Strafrecht, wie Anm. 20, 38; Hervorhebungen getilgt.); weiters bei Verstoß gegen zwingende Normen des Völkerrechts (*ius cogens*) und bei Vorliegen „schwersten kriminellen Unrechts“ (siehe die Entscheidung des deutschen Bundesverfassungsgerichts in den Mauerschützenprozessen, BVerfG 1851/94 u. a.).

29 Strafrecht muß bis zu einem gewissen Grad determiniert sein; eine Generalermächtigung an ein obrigkeitliches Organ, das eine globale, nicht in Straftatbestände und Strafrahmen ausdifferenzierte Strafkompentenz einräumen würde, widerspräche dem Bestimmtheitsgebot des Art. 18 B-VG. „Die gesamte staatliche Verwaltung darf nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden.“ Vgl. dazu Fuchs, Strafrecht, wie Anm. 20, 39.

30 § 4 StGB. Keine Strafe ohne Schuld. Strafbar ist nur, wer schuldhaft handelt. Fuchs, Strafrecht, wie Anm. 20, 14, betont: „Vor allem ... darf den Einzelnen die mit der Strafe verbundene sozialetische Verurteilung nur dann treffen, wenn ihm sein Verhalten persönlich zum Vorwurf gemacht werden kann“. (Hervorhebungen getilgt.)

31 Siehe oben 6. und 7. Vgl. Rüdiger Lautmann, Das Verbrechen der widernatürlichen Unzucht. Seine Grundlegung in der preußischen Gesetzesrevision des 19. Jahrhunderts, in: Kritische Justiz 1992, 294–314, 294.

In der Strafbarkeit „unzüchtiger Handlungen“ nimmt der Rechtsdiskurs eine ganz bestimmte Fassung des Sexuellen auf. Deren Wurzeln liegen ethymologisch³² wie rechtlich³³ am Beginn der Neuzeit. „Unzucht“ wurde sowohl vom Strafrecht als auch durch philosophische Abhandlungen einer inhaltlichen Bestimmung zugeführt. Ab der Aufklärung zeigt sich ein Spannungsverhältnis zwischen Freiheit und konventioneller Sittlichkeit im Bereich des Sexuellen, das auch heute noch aktuell ist.

Die Geschichte der „Unzucht“ in Österreich seit der Aufklärung beweist die langjährige und andauernde Blüte einer gesellschaftlichen Ordnungskonzeption, die mit einem Sittlichkeitsregime einhergeht, das häufig in einem die legitime Schutzfunktion des Strafrechts³⁴ weit überscheidenden Maß Ausgrenzung rechtlich festschreibt und mit normierenden Ängsten arbeitet. Anstatt aus dem Strafrecht zu verschwinden, erlebte der Unzuchtsbegriff gerade nach der Aufklärung eine erstaunliche Ausdifferenzierung und Vervielfältigung³⁵, deren Höhepunkt mit dem Strafgesetz von 1852³⁶ erreicht wurde. Das StG 1852, das auch während der Zeit des Nationalsozialismus³⁷ in Geltung stand,³⁸ blieb – trotz etlicher Novellen – bis 1975 in seiner Substanz weitgehend unverändert.

II. Ideologiegeschichte vielfältiger „Laster“: Zum Erbe der Aufklärung

Grundsätzlich leben wir, Nachfahren der Aufklärung, die wir sind und der wir uns – wenn auch mit gebührender Skepsis – verpflichtet fühlen, denn

32 Siehe dazu Grimm/Grimm, Deutsches Wörterbuch, wie Anm. 5, 2308.

33 Siehe die einschlägigen Bestimmungen der Landgerichtsordnungen des 15.–17. Jahrhunderts, abgedruckt in Ernst Carl Hellbling, Grundlegende Strafrechtsquellen der österreichischen Erbländer vom Beginn der Neuzeit bis zur Theresiana. Ein Beitrag zur Geschichte des Strafrechts in Österreich (bearb. u. hg. v. Ilse Reiter), Wien/Köln/Weimar 1996.

34 Siehe oben I.B.8.

35 Vgl. Friedrich Hartl, Das Wiener Kriminalgericht. Strafrechtspflege vom Zeitalter der Aufklärung bis zur österreichischen Revolution, Wien/Köln/Graz 1973, 350.

36 Dieses war im wesentlichen eine (neoabsolutistisch gefärbte, deliktsvermehrnde und strafsaterhöhende) *Redigierung* des StG 1803. Siehe Regierungsvorlage 39 Blg. NR 12. GP (02.06.1970), 2.

37 Wegen seiner Komplexität und spezifischen Beschaffenheit wird das rechtliche Sittlichkeitsregime der nationalsozialistischen Herrschaft im Rahmen dieser Studie nicht behandelt.

38 In der NS-Ära gab es keine kodifikatorische Neuregelung des Strafrechts. Siehe Herbert Loebenstein, Strafrecht und Strafenpraxis im nationalsozialistischen Staat, in: Ulrike Davy u. a. Hg., Nationalsozialismus und Recht. Rechtssetzung und Rechtswissenschaft in Österreich unter der Herrschaft des Nationalsozialismus, Wien 1990, 200–208. Siehe aber auch (1944!) Theodor Rittler, Die Abgrenzung der Geltungsgebiete des gemeindeutschen und des partikular-österreichischen Strafrechts, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1944, 65–85, der zwar festhält, man könne „dem Führer für diese Entscheidung“, nämlich, daß „[d]as ehemals österreichische Recht zu einem partikularen deutschen Recht geworden“ sei, „nur dankbar sein“ könne (65), am Schluß jedoch festhält: „Der ideale Zustand wird erst hergestellt sein, wenn der Dualismus des Rechts in dem einen deutschen Reich beseitigt und ein einheitliches großdeutsches Recht für das Reich in allen seinen Teilen geschaffen ist. Hoffen wir, daß dieser Tag nicht allzu fern ist!“ (85)

sie hat uns den Stachel der Freiheit nachhaltig eingepflanzt, im Zeitalter der „Entmoralisierung“ des Rechts, also seiner Befreiung vom „Knochenengerüst“³⁹ überkommener Moralvorstellungen. Doch gerade konträr zu den Prinzipien ihrer Freiheits- und Rechtskonzeption konstituierten bedeutende Philosophen der Aufklärung die herkömmlich unter dem Titel der „Unzucht“ vielfältig figurierenden Körperpraktiken als „verwerflich“ und setzten den Staat als Hüter der „Sittlichkeit“ ein.

Immanuel Kant etwa stellte in Form des „Kategorischen Imperativs“⁴⁰ ein moralisches Beurteilungsprinzip auf, das die teleologische Bestimmung des Menschen als Teil einer gottgegebenen, natürlichen Ordnung verabschieden und menschliche Autonomie in einer neuen Qualität ernst nehmen sollte. Anknüpfend an eine philosophische Tradition, die „von der Stoa über das Christentum, den Humanismus bis zum aufklärerischen Vernunftrecht reicht, radikalisierte Kant den Begriff der Menschenwürde, indem er „den unbedingten Wert der Person ... in der Freiheit des Menschen zu verantwortlicher Selbstbestimmung fundiert[e]“.⁴¹

Es war expliziter Grundsatz der kantischen Rechtsphilosophie, wie Luf hervorhebt, „die Absolutheit des individuellen Gewissens zu betonen und so die Eigenverantwortung des moralischen Subjekts gegenüber den Ansprüchen eines Naturrechtsdenkens zu verteidigen“⁴², das den Bogen des „notwendigen“ Inhalts von Recht unangemessen weit spannte und tief in die individuelle Lebensführung der Rechtsunterworfenen eingriff. Doch für das Sexuelle sollte Kant seine Maßstäbe für personale Eigenverantwortung nicht entfalten: „Jeder Gebrauch der Geschlechterneigung, außer unter der Bedingung der Ehe, ist ein Mißbrauch derselben, also ein *crimen carnis*.“⁴³

In jenem Abschnitt seiner Rechtslehre, welcher der Konstitution der Ehe gewidmet ist, wird die bürgerliche Sexualmoral Schritt für Schritt ihrer rechtlichen Bestimmung zugeführt:

Geschlechtsgemeinschaft (*commercium sexuelle*) ist der wechselseitige Gebrauch, den ein Mensch von eines anderen Geschlechtsorganen und Vermögen macht (*usus membrorum et facultatum sexualium alterius*), und entweder ein natürlicher (wodurch seines Gleichen erzeugt werden kann), oder ein unnatürlicher Gebrauch, und dieser entweder an einer Person ebendesselben Geschlechts, oder einem Tiere von einer anderen als der Menschen Gattung; welche Übertretungen der Gesetze, unnatürliche Laster

39 Gerhard Luf, Rechtsphilosophie, Wien 1997, 49.

40 Immanuel Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (Riga 1785/1786), (Werkausgabe Bd. VII, hg. v. Wilhelm Weischedel), Frankfurt a. M. 1974, BA 52: „Handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, daß sie ein allgemeines Gesetz werde.“ (*Allgemeine Gesetzesformel*) BA 66–67: „Handle so, daß du die Menschheit sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden andern, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchest.“ (*Zweck an sich-Formel*)

41 Gerhard Luf, Kant in Bonn. Überlegungen zum Kant-Verständnis im deutschen Verfassungsrecht, erscheint in: Menschenwürde als Rechtsbegriff. Überlegungen zum Kant-Verständnis in der neueren deutschen Grundrechtstheorie, erscheint in: Rainer Zaczyk u. a. Hg., Festschrift für E. A. Wolff.

42 Luf, Freiheit und Gleichheit, wie Anm. 22, 56.

43 Immanuel Kant, Eine Vorlesung über Ethik (hg. v. Gerd Gerhardt), Frankfurt a. M. 1990, 182.

(*crimina carnis contra naturam*), die auch unnenbar⁴⁴ heißen, als Läsion der Menschheit in unserer eigenen Person, durch gar keine Einschränkungen und Ausnahmen wider die gänzliche Verwerfung gerettet werden können.⁴⁵

In der Vorlesung über Ethik differenziert er zwischen „*crimina carnis secundum naturam*“ und „*crimina carnis contra naturam*“, wobei erstere als „natürliche Triebbefriedigung“, allerdings außerhalb der Ehe, letztere als „Gebrauch der Geschlechterneigung, der dem natürlichen Instinkt und der Tierheit entgegen ist“⁴⁶ zu betrachten sind. Darunter subsumiert er drei Verbrechen: Onanie, Homosexualität und Sodomie und hält zusammenfassend fest:

Alle *crimina carnis contra naturam* erniedrigen die Menschheit unter die Tierheit, machen den Menschen der Menschheit unwürdig. Der Mensch verdient nicht, daß er eine Person ist. Dieses ist das unedelste und niedrigste, was der Mensch in Ansehung seiner Pflichten gegen sich selbst tun kann.⁴⁷

So gelangen wir mit Kant zur Notwendigkeit, mit welcher der „naturgemäße“ „wechselseitige Gebrauch der Geschlechtseigenschaften“ in der Ehe seinen angemessenen und einzig legitimen Ort haben soll, denn der Ehevertrag ist seiner Ansicht nach „kein beliebiger, sondern durchs Gesetz der Menschheit notwendiger Vertrag, d. i., wenn Mann und Weib einander ihren Geschlechtseigenschaften nach wechselseitig genießen wollen, so müssen sie sich notwendig verehlichen, und dieses ist nach Rechtsgesetzen der reinen Vernunft notwendig.“⁴⁸ Dies will Kant mit dem spezifischen Charakter des Geschlechtsverkehrs begründen:

Denn der natürliche Gebrauch, den ein Geschlecht von den Geschlechtsorganen des anderen macht, ist ein Genuß, zu dem sich ein Teil dem anderen hingibt. In diesem Akt macht sich ein Mensch selbst zur Sache, welches dem Rechte der Menschheit an seiner eigenen Person widerstreitet. Nur unter der einzigen Bedingung ist dies möglich, daß, indem die eine Person von der anderen, gleich als Sache, erworben wird, diese gegenseitig wiederum jene erwerbe; denn so gewinnt sie wiederum sich selbst und stellt ihre Persönlichkeit wieder her.⁴⁹

44 Auch dies führt Kant, Ethik, wie Anm. 43, 184–185 noch genauer aus. Der Kassationshof hält in diesem Sinne fest, „daß sich das Gesetz ... in eine Thatbeschreibung des Deliktes aus begreiflichen Gründen nicht eingelassen hat“. (18.02.1887, KH 1029) Als kleine Anekdote am Rande mag hier festgehalten werden, daß es 1921 im Britischen Parlament Stimmen gab, die die Einführung von rechtlichen Sanktionen gegen lesbische Geschlechtsakte mit folgenden Gründen ablehnten: „You are going to tell the whole world that there is such an offence, to bring it to the notice of women who have never heard of it, never thought of it, never dreamt of it. I think that is a very great mischief.“ Zit. in: Lynda Hart, *Fatal Women. Lesbian Sexuality and the Mark of Aggression*, London 1994, 1.

45 Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten* (Königsberg 1797), (Werkausgabe Bd. VIII, hg. v. Wilhelm Weischedel), Frankfurt a. M. 1977, § 24 (Hervorhebungen getilgt).

46 Kant, Ethik, wie Anm. 43, 183.

47 Kant, Ethik, wie Anm. 43, 184–185.

48 Kant, *Metaphysik*, wie Anm. 45, § 24.

49 Kant, *Metaphysik*, wie Anm. 45, § 25. In Verbindung mit dem *Kategorischen Imperativ* läßt sich mit Kant begründen, daß sexuelle Begegnung nur gewaltfrei statthaben darf, da ansonsten eine Person als *Mittel zum Zweck* benützt wird.

Diese Erwerbung geschieht nach Kant ausschließlich mittels des Ehevertrags, der ein auf „dingliche Art persönliches Recht“⁵⁰ konstituiert. Die Notwendigkeit der Verehelichung findet sich bei Fichte ebenso wie bei Hegel, dem bedeutendsten Philosophen des deutschen Idealismus, der wie Kant die Ehe als Verpflichtung sieht: „Die objektive Bestimmung, somit die sittliche Pflicht, ist, in den Stand der Ehe zu treten.“⁵¹ Gegen Kant bezeichnet er es allerdings als „Schändlichkeit“⁵², die Ehe als bloßen Vertrag zu konstituieren, ohne den darin investierten Liebesgefühlen gerecht zu werden. Damit wird die Liebesideologie, die mit der bürgerlichen Ehe untrennbar verknüpft ist, philosophisch instituiert. Diese Apotheose der bürgerlichen Ehe und Familie sollte fürderhin – neben dem Eherecht⁵³ – auch breit im Strafrecht Eingang finden und zeigt noch Residuen in den geltenden Normen.

III. Zur Aktualität des Begriffs „Unzucht“ im österreichischen Strafrecht

A. Delikte

Die Sexualdelikte sind im 10. Hauptstück des österreichischen Strafgesetzbuchs (StGB) geregelt.⁵⁴

50 Kant, *Metaphysik*, wie Anm. 45, § 26.

51 G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*. Mit Hegels eigenhändigen Notizen und den mündlichen Zusätzen (Berlin 1821), (Werke 7) Frankfurt a. M. 1986, § 162.

52 Hegel, *Grundlinien*, wie Anm. 51, § 75. Siehe Elisabeth Holzleithner u. Judith Putzer, *Kant, Fichte, Hegel und die Ehe*. Ein Beitrag zur Konstitution der Geschlechterdifferenz in Aufklärung und deutschem Idealismus, unveröffentl. Manuskript 1993.

53 Siehe dazu etwa Franz von Zeiller, *Das natürliche Privat=Recht*, Wien 1808, dessen Ausführungen hier von besonderem Interesse sind, da er zu den Redaktionen des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs (1811) gehört. Unter Berufung u. a. auf die Systeme des Vernunftrechts von Kant und Fichte faßt Zeiller „die Befriedigung des Geschlechtstriebes“ insofern als rechtlich einforderbar, als „sie unter moralischen Schranken und auf eine solche Weise geschehen soll, daß dadurch die Zeugung seines Gleichen wenigstens nicht verhindert werde; ... so scheint mir die Erklärung der Ehe, sie sey eine Gesellschaft zwischen Personen verschiedenen Geschlechtes zur Zeugung der Kinder, noch immer den Vorzug vor andern zu verdienen. (195) ... Der eben aufgestellte Zweck der Ehe ... erheischt innigste Geselligkeit, (Liebe,) den vertrautesten Umgang und unzertheiltes Interesse der Ehegatten.“ (196–197).

54 Siehe oben I.B.4. Derzeit finden sich die (meisten) sexualbezogenen Delikte im zehnten Abschnitt folgender Gliederung des StGB: Erster Abschnitt, Strafbare Handlungen gegen Leib und Leben; Zweiter Abschnitt, Schwangerschaftsabbruch; Dritter Abschnitt, Strafbare Handlungen gegen die Freiheit; Vierter Abschnitt, Strafbare Handlungen gegen die Ehre; Fünfter Abschnitt, Verletzungen der Privatsphäre und bestimmter Berufsheimnisse; Sechster Abschnitt, Strafbare Handlungen gegen fremdes Vermögen; Siebenter Abschnitt, Gemeingefährliche strafbare Handlungen und strafbare Handlungen gegen die Umwelt; Achter Abschnitt, Strafbare Handlungen gegen den religiösen Frieden und die Ruhe der Toten; Neunter Abschnitt, Strafbare Handlungen gegen Ehe und Familie; Zehnter Abschnitt, Strafbare Handlungen gegen die Sittlichkeit; Elfter Abschnitt, Tierquälerei. (Daran schließen sich weitere Abschnitte von Deliktsgruppen.)

Diese Verortung scheint ein deutliches Signal: Statt in Nachbarschaft zu den Delikten gegen Leib und Leben sowie jenen gegen die Freiheit befinden sich die Delikte gegen die Sittlichkeit gleich im Anschluß an jene gegen Ehe und Familie. Zwei Begriffe bestimmen die Rhetorik: „Sittlichkeit“ und „Unzucht“. Will man sich dem Begriff der „Unzucht“ auf statistische Art und Weise annähern, so kommt man zu folgendem Befund⁵⁵: Sieben Paragraphen des aus nunmehr 19 Paragraphen bestehenden 10. Abschnitts des StGB tragen den Begriff in ihrem Titel: „Unzucht mit Unmündigen“⁵⁶, „Gleichgeschlechtliche Unzucht mit Personen unter 18 Jahren“⁵⁷, „Entgeltliche Förderung fremder Unzucht“⁵⁸, „Förderung gewerbsmäßiger Unzucht“⁵⁹, „Öffentliche unzüchtige Handlungen“⁶⁰, „Ankündigung zur Herbeiführung unzüchtigen Verkehrs“⁶¹, „Werbung für Unzucht mit Tieren“⁶².

Weitere fünf Paragraphen weisen im (ausführenden) Normtext den Begriff auf: „Schändung“⁶³, „Mißbrauch eines Autoritätsverhältnis-

55 *Sedes materiae* ist die Rechtslage vor der Strafrechtsnovelle 1998 (BGBl. I Nr. 153/1998). Die durch dieses Gesetz mit 1.10.1998 bewirkten Änderungen sind überblicksweise im Postskriptum am Ende dieses Artikels dargestellt.

56 § 207. (1) Wer eine unmündige Person auf andere Weise als durch Beischlaf zur *Unzucht* mißbraucht oder zu einer *unzüchtigen* Handlung mit einer anderen Person, oder, um sich oder einen Dritten geschlechtlich zu erregen oder zu befriedigen, dazu verleitet, eine *unzüchtige* Handlung an sich selbst vorzunehmen, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis fünf Jahren zu bestrafen.

(2) Hat die Tat eine schwere Körperverletzung (§ 84 Abs. 1) zur Folge, so ist der Täter mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren, hat sie aber den Tod der unmündigen Person zur Folge, mit Freiheitsstrafe von 5 bis 15 Jahren zu bestrafen.

(3) Übersteigt das Alter des Täters das Alter der unmündigen Person nicht um mehr als zwei Jahre und ist keine der Folgen des Abs. 2 eingetreten, so ist der Täter nach Abs. 1 nicht zu bestrafen.

57 § 209. Eine Person männlichen Geschlechtes, die nach Vollendung des 19. Lebensjahres mit einer Person, die das 14., aber noch nicht das 18. Lebensjahr vollendet hat, gleichgeschlechtliche *Unzucht* treibt, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.

58 § 214. Wer eine Person der *Unzucht* mit einer anderen Person zuführt, um sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.

59 § 215. Wer eine Person der gewerbsmäßigen *Unzucht* zuführt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen.

60 § 218. Wer öffentlich und unter Umständen, unter denen sein Verhalten geeignet ist, durch unmittelbare Wahrnehmung berechtigtes Ärgernis zu erregen, eine *unzüchtige* Handlung vornimmt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.

61 § 219. Wer öffentlich eine Ankündigung erläßt, die bestimmt ist, *unzüchtigen* Verkehr herbeizuführen, und die nach ihrem Inhalt geeignet ist, berechtigtes Ärgernis zu erregen, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.

62 § 220a. Wer in einem Druckwerk, in einem Laufbild oder sonst öffentlich zur *Unzucht* mit Tieren auffordert oder sie in einer Art gutheißt, die geeignet ist, solche *Unzuchts-handlungen* nahezu legen, ist, sofern er nicht als Beteiligter (§ 12) mit strengerer Strafe bedroht ist, mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.

63 § 205. (1) Wer eine Person weiblichen Geschlechtes, die sich in einem Zustand befindet, der sie zum Widerstand unfähig macht, oder die wegen einer Geisteskrankheit, wegen Schwachsinn, wegen einer tiefgreifenden Bewußtseinsstörung oder wegen einer anderen schweren, einem dieser Zustände gleichwertigen seelischen Störung unfähig ist, die Bedeutung des Vorgangs einzusehen oder nach dieser

ses“⁶⁴, „Kuppelei“⁶⁵, „Zuhälterei“⁶⁶, „Menschenhandel“⁶⁷. Im Abschnitt „Strafbare Handlungen gegen die Freiheit“ sind überdies die Delikte

Einsicht zu handeln, zum außerehelichen Beischlaf mißbraucht, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis fünf Jahren zu bestrafen.

(2) Wer eine Person, die sich in einem Zustand befindet, der sie zum Widerstand unfähig macht, oder die wegen einer Geisteskrankheit, wegen Schwachsinn, wegen einer tiefgreifenden Bewußtseinsstörung oder wegen einer anderen schweren, einem dieser Zustände gleichwertigen seelischen Störung unfähig ist, die Bedeutung des Vorgangs einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln, außer dem Fall des Abs. 1 zur *Unzucht* mißbraucht oder zu einer *unzüchtigen* Handlung mit einer anderen Person, um sich oder einen Dritten geschlechtlich zu erregen oder zu befriedigen, dazu verleitet, eine *unzüchtige* Handlung an sich selbst vorzunehmen, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.

(3) Hat die Tat eine schwere Körperverletzung (§ 84 Abs. 1) oder eine Schwangerschaft zur Folge, so ist der Täter in den Fällen des Abs. 1 mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren, in den Fällen des Abs. 2 mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen. Hat die Tat jedoch den Tod der mißbrauchten Person zur Folge, so ist der Täter in den Fällen des Abs. 1 mit Freiheitsstrafe von fünf bis zu fünfzehn Jahren, in den Fällen des Abs. 2 von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen.

64 § 212. (1) Wer sein minderjähriges Kind, Wahlkind, Stiefkind oder Mündel und wer unter Ausnützung seiner Stellung gegenüber einer seiner Erziehung, Ausbildung oder Aufsicht unterstehenden minderjährigen Person diese zur *Unzucht* mißbraucht oder, um sich oder einen Dritten geschlechtlich zu erregen oder zu befriedigen, dazu verleitet, eine *unzüchtige* Handlung an sich selbst vorzunehmen, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.

(2) Ebenso ist zu bestrafen, wer

1. als Arbeit einer Krankenanstalt oder Angestellter einer Erziehungsanstalt oder sonst als ein in einer Erziehungsanstalt Beschäftigter eine in der Anstalt betreute Person oder

2. als Beamter eine Person, die seiner Obhut anvertraut ist, unter Ausnützung seiner Stellung dieser Person gegenüber entweder zur *Unzucht* mißbraucht oder, um sich oder einen Dritten geschlechtlich zu erregen oder zu befriedigen, dazu verleitet, eine *unzüchtige* Handlung an sich selbst vorzunehmen.

65 § 213. (1) Wer eine Person, zu der er in einem der im § 212 bezeichneten Verhältnisse steht, unter den dort genannten Voraussetzungen zur *Unzucht* mit einer anderen Person verleitet oder einer solchen *Unzucht* zuführt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.

(2) Handelt der Täter, um sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen, so ist er mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.

66 § 216. (1) Wer mit dem Vorsatz, sich aus der gewerbsmäßigen *Unzucht* einer anderen Person eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen, diese Person ausnützt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten zu bestrafen.

(2) Wer mit dem Vorsatz, sich aus der gewerbsmäßigen *Unzucht* einer anderen Person eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen, diese Person ausbeutet, sie einschüchtert, ihr die Bedingungen der Ausübung der *Unzucht* vorschreibt oder mehrere solche Personen zugleich ausnützt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr zu bestrafen.

(3) Wer eine nach den vorstehenden Bestimmungen mit Strafe bedrohte Handlung als Mitglied einer Bande begeht, ist mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen.

(4) Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren ist auch zu bestrafen, wer durch Einschüchterung eine Person abhält, die gewerbsmäßige *Unzucht* aufzugeben.

67 § 217. (1) Wer eine Person, mag sie auch bereits der gewerbsmäßigen *Unzucht* ergeben sein, dieser *Unzucht* in einem anderen Staat als in dem, in dem sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat, zuführt oder sie hierfür anwirbt, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren, wenn er die Tat jedoch gewerbsmäßig begeht, mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen.

(2) Wer eine Person (Abs. 1) mit dem Vorsatz, daß sie in einem anderen Staat als in dem, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzt oder in dem sie ihren gewöhnlichen

„Entführung einer willenslosen oder wehrlosen Frau“⁶⁸ sowie „Entführung einer unmündigen Person“⁶⁹ anzutreffen, deren Tatbestände ebenfalls den Unzuchtsbegriff enthalten.

„Unzucht“ ist ein pejorativer Begriff und bezeichnet das Sinnangebot des Gesetzgebers für bestimmte sexuelle Handlungen.⁷⁰ Und „Unzucht“ ist ein schillernder Begriff:

- Niemals unzüchtig ist der eheliche Beischlaf.⁷¹
- Außerehelicher Beischlaf ist nur dann – aber dann jedenfalls – Unzucht, wenn dafür bezahlt wird, also im Rahmen „gewerbsmäßiger Unzucht“, kurz Prostitution.
- Bei anderen Delikten findet sich die Wendung „auf andere Weise als durch Beischlaf zur Unzucht mißbraucht“⁷². Daraus geht hervor, daß der Beischlaf uU rechtlich verpönt (und somit „unzüchtig“) ist, hier aber nicht unter den Begriff „Unzucht“ fällt.
- Namentlich Unzucht sind alle sonstigen sexuellen Praktiken: vom heterosexuellen Oralverkehr bis zu all dem, was zwei Menschen gleichen Geschlechts miteinander tun oder einander antun können.
- Diese sexuellen Praktiken scheinen jedenfalls, wenn Unmündige (also Personen unter 14 Jahren) involviert sind, nicht so „sozial inadäquat“ zu sein wie der Beischlaf, denn die Strafdrohung für „Beischlaf mit Unmündigen“ (§ 206, 1–10 Jahre Haft) ist doppelt so hoch wie jene für „Unzucht mit Unmündigen“ (§ 207, 6 Monate bis 5 Jahre Haft); diese Strafdrohung wiederum entspricht genau jener für „Gleichgeschlechtliche Unzucht mit Personen unter achtzehn [!] Jahren“ (§ 209), einer Norm, die das Mindestalter für konsensuelle homosexuelle Kontakte zwischen Männern um vier Jahre höher ansetzt als jenes für heterosexuelle Kontakte sowie sexuelle Kontakte zwischen Frauen. Bemerkenswerterweise werden also unter den „Personen“ des § 209 – wie die Textierung des Tatbestands klarmacht – ausschließlich Männer verstanden. Einmal mehr setzt hier das Recht die „Person“ mit dem „Mann“ gleich.

Aufenthalt hat, gewerbsmäßige *Unzucht* treibe, durch Täuschung über dieses Vorhaben verleitet oder mit Gewalt oder durch gefährliche Drohung nötigt, sich in einen anderen Staat zu begeben, oder sie mit Gewalt oder unter Ausnützung ihres Irrtums über dieses Vorhaben in einen anderen Staat befördert, ist mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen.

68 § 100. (1) Wer eine Person weiblichen Geschlechtes, die geisteskrank ist oder sich in einem Zustand befindet, der sie zum Widerstand unfähig macht, entführt, um sie zur *Unzucht* zu mißbrauchen oder der *Unzucht* zuzuführen, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis fünf Jahren zu bestrafen.

(2) Hat ein an der Tat Beteiligter (§ 12) die Entführte geheiratet, so wird der Täter nur bestraft, wenn die Ehe für nichtig erklärt oder aufgehoben worden ist.

69 § 101. Wer eine unmündige Person entführt, um sie zur *Unzucht* zu mißbrauchen oder der *Unzucht* zuzuführen, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis fünf Jahren zu bestrafen.

70 Siehe oben I.B.1., 2.

71 Im rechtlichen Sinn des „Eindringens des männlichen Gliedes in die Scheide der Frau“. Franz Pallin, §§ 201–221 StGB, in: Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch hg. v. Egmont Foregger u. Friedrich Nowakowski, 4. Lieferung, Wien 1980, § 201, Rz. 21.

72 Siehe §§ 205, 207.

B. Zur „Leistung“ der Konstruktion strafrechtlicher Unzucht

Unzüchtig ist jede Handlung, durch die die Sittlichkeit in geschlechtlicher Beziehung verletzt wird.⁷³

1. „Unzucht“ hat sich im österreichischen Strafrecht als Größe von hoher Bestandskraft erwiesen; erst in einzelnen Novellierungen der jüngsten Vergangenheit spricht der Gesetzgeber von „geschlechtlichen Handlungen“. Abgesehen davon wird „Unzucht“ im juristischen Diskurs weitgehend kritiklos reproduziert.

Auf politischer Ebene wird seit Jänner 1997 an einer Reform des Sexualstrafrechts gearbeitet. Die im Justizministerium eingerichtete „Arbeitsgruppe Sexualstrafrecht“ soll den Ende der 80er Jahre begonnenen Paradigmenwechsel – vom konventionellen Sittlichkeitsverständnis hin zur sexuellen Selbstbestimmung – fortsetzen und auch den Begriff „Unzucht“ verabschieden. Dieses Konzept der Reform stößt allerdings auf großen Widerstand seitens der Österreichischen Volkspartei (ÖVP)⁷⁴, was eine baldige Einigung in der Legislative eher unwahrscheinlich macht.⁷⁵ Damit dürften Begriff und Thema dieser Abhandlung noch länger aktuell bleiben.

2. Dieser Befund wirft die Frage auf, wie das System der Sittlichkeitsdelikte funktioniert, d. h. nach welchen Grundmustern und in welchem gesellschaftlichen Verständnis das unzuchtsfokussierte Sittlichkeitsregime des Strafrechts eingerichtet ist und in Gang gehalten wird. Welche Aufgabe erfüllt, welchen Nutzen bringt der rechtliche Unzuchtsbegriff? Diese Frage wird hier nicht im Detail zu beantworten sein – doch sollen dazu zwei Zusammenhänge angeführt werden, die als Erklärungsansätze denkbar erscheinen.

Erster Erklärungsansatz: Das strafrechtliche Sittlichkeitsregime reagiert auf Bedrohungen. Die einfachste Annahme besteht darin, daß ein offener, dem Sexuellen mehr Spielraum gewährender Diskurs tatsächlich in einem Maß destabilisiert⁷⁶, daß er gravierend „sozial inadäquat“ wirkt und daher als unerträglich (auch) durch Einsatz von Strafrecht hintanzuhalten ist. Unter dieser Annahme würde der Sittlichkeitskodex strafrechtlich reaktiv eingesetzt und hätte im wesentlichen keine andere Rolle als die einer Friedenswahrung.⁷⁷

73 OGH, 18.01.1960, 8 Os 307/59, Richterzeitung 1960, 37.

74 Die ÖVP ist laut Selbstdefinition (Grundsatzprogramm, beschlossen am 22.04.1995) „die christdemokratische Partei“.

75 Siehe dazu diverse Zeitungsmeldungen, insbesondere „Gegen Denkverbot durch Khol. Arbeitsgruppe Sexualstrafrecht setzt auf Konsensmoral und Schutz“, in: Der Standard, 08./09.11.1997, 7 und Conrad Seidl, Eine Debatte ums Schlafzimmer, in: Der Standard, 17.11.1997, 6.

76 Zu möglichen Anhaltspunkten des „Destabilisierungssyndroms“ siehe oben I.A.2., 4., 5., 6., 10., 12.

77 So etwa die Argumentation von Graßberger in der Diskussion über eine Entkriminalisierung im Bereich der Pornographie. Nachdem er unter Rekurs auf die Situation in Schweden festgehalten hatte, daß das „Streben nach Lustbefriedigung ... den Menschen in gewissem Umfang zugrunderichtet“, stellte er fest: „Es ist kein Propagandaschlagler von mir, wenn ich die Sexwelle mit der Verbrechenswelle in Zusammenhang bringe, sondern das ergibt sich schon aus der Tatsache, daß ursprünglich

Zweiter Erklärungsansatz: Das strafrechtliche Sittlichkeitsregime verfolgt – jenseits eines Reagierens auf Bedrohungen – den (Selbst-) Zweck, Herrschaft zu verstärken. Dies geschieht durch die Etablierung eines wirksamen Kontroll- und Disziplinierungsmechanismus. Der Verdacht, daß „Zucht“ als (meist geschickt ideologisch bzw. rhetorisch getarnter) Zugriff auf Intimität zum wahren Zweck der Förderung von Herrschaft erfolgt, ist nicht neu – aber er ist auch keineswegs erledigt. Diese Instrumentalisierung hat einen bestimmten „Ordnungseffekt“, der freilich – ohne „notwendigen“ Grund – auf Kosten von Freiheit und Selbstbestimmung geht.⁷⁸

3. Die anhaltende, von jüngeren entkriminalisierenden Tendenzen wenig beeinflusste Konjunktur der Unzucht im österreichischen Strafrecht lenkt das Augenmerk auf den zweiten Erklärungsansatz.⁷⁹

Paradox mag zunächst erscheinen, daß die Kontrolle des Sexuellen durch ein Sittlichkeitsregime so hohe und andauernde Akzeptanz findet. Doch bei näherer Betrachtung zeigt das Phänomen zwei plausible Ursachen: Erstens, es hat wohl einen Angelpunkt in der (kulturellen?) Disposition des Menschen, (auch) den Appell zur Kontrolle von „Triebhaftigkeit“ als sinnstiftendes Ereignis aufzufassen und zu internalisieren. Dies wäre gewiß unproblematisch, käme nicht ein zweiter Faktor hinzu: Die Sexualitätskontrolle wird als Wert an sich suggeriert, sie wird dadurch zum Selbstzweck erhoben und mystifiziert. Gerade am Sexualstrafrecht wird dieser Vorgang besonders deutlich. Anders als durch Sakrosanktstellen einer (wenigstens teilweise) körper- und sexualitätsfeindlichen Sittlichkeitskonzeption ist die Kriterienlosigkeit nicht zu erklären, die bisweilen beim Einsatz des Sexualstrafrechts zutage tritt und die nicht selten durch argumentationsdefizienten Intuitionismus und Anstandsrhetorik überspielt wird.

IV. Auf der Suche nach den Rechtsgütern

A. Standort und Vorgangsweise

Im folgenden soll der Frage nachgegangen werden, wie der Einsatz von Strafrecht in den verschiedenen Lebenszusammenhängen, in denen ein explizit sexueller Diskurs stattfindet, *de lege lata* zu rechtfertigen ist. Somit richtet sich der Blick auf das dem Sexualdelikt jeweils zugrunde

Sexual- und Aggressionstrieb eine Einheit bildeten und erst im Wege der Differenzierung sich zu besonderen Triebkräften entwickelten. Wenn diese Differenzierung jetzt zusammenfällt, ist auch das eine regressive Entwicklung.“ (Diskussionsbeitrag bei einer Enquete über die Anwendung und Gestaltung des Pornographiegesetzes, o. J., 12–13)

⁷⁸ Siehe oben I.B.8.

⁷⁹ Im internationalen Vergleich erweist sich das österreichische Sittlichkeitsregime als zwar nicht singulär, in seiner Konzeption aber keineswegs als Regelfall. Weiters zeigt ein Blick in die Geschichte, daß frühere Epochen nicht (notgedrungen) strengere strafrechtliche Sittlichkeitsregime hatten. Siehe dazu bei den historischen Ausführungen, insbes. unten Anm. 106.

liegende Rechtsgut.⁸⁰ Dabei interessiert zunächst, wie solch ein Rechtsgut benannt wird oder benannt werden kann, und weiters, ob das Rechtsgut so fundamental erscheint, daß sein Schutz durch das Strafrecht als adäquate Maßnahme zu akzeptieren ist.⁸¹

Allein der Titel des 10. Hauptstücks, „Strafbare Handlungen gegen die Sittlichkeit“ ist bemerkenswert. Was den Gesetzgeber bei dieser Benennung des Rechtsguts geleitet hat, ist in der Regierungsvorlage zum StGB 1975 nachzulesen, die dazu eine in ihrer Breite und Unbestimmtheit problematische Formulierung aufweist:

Mehr als die Sexualbezogenheit der Handlung und ihre Eignung, das allgemeine Scham- und Sittlichkeitsempfinden auf sozial schädliche Weise zu verletzen, gehört nicht zum Wesen der Sittlichkeitsdelikte.⁸²

Mit solcher Wortwahl wird die Konnotation der Mißbilligung durch eine Gemeinschaft transportiert, während die Mißbilligung einer Verletzung der sexuellen Integrität des Individuums nicht eigens zum Ausdruck kommt.

Diesen zweiten Aspekt anzuführen, wäre keine innovative Kühnheit gewesen: Bereits der Strafrechtler Theodor Rittler hatte zumindest in der 2. Auflage seines Strafrechtslehrbuchs im Jahr 1962 zwei verschiedene Arten der „Angriffe auf die Sittlichkeit“ unterschieden: die „Verletzungen der geschlechtlichen Freiheit“ und die „Überschreitungen der Schranken, die der Staat im Gemeininteresse der Betätigung der geschlechtlichen Freiheit zu ziehen für nötig findet.“⁸³ Das „Gemeininteresse“ einer genaueren Untersuchung zuzuführen, hielt Rittler freilich nicht für erforderlich. Wir wollen uns in den folgenden Analysen einzelner Sittlichkeitsdelikte an die von Rittler vorgeschlagene Schutzgüterdifferenzierung anlehnen.

B. Sexuelle Integrität als Rechtsgut

Eine Reihe von Sexualdelikten lassen sich ohne größeren Argumentations- oder Analyseaufwand als Ausdruck des Rechtsguts der personalen Integrität in Form der sexuellen Integrität⁸⁴ verstehen. Sexuelle Selbstbestimmung tritt als essentielle Komponente im Projekt der Person als autonomes Wesen hervor. Dabei ist sexuelle Selbstbestimmung nicht nur punktuell, sondern auch unter Einschluß von persönlichen Entwicklungsdimensionen zu sehen.

Dieses Rechtsgut wird immer dann beeinträchtigt, wenn ein explizit sexueller Diskurs nicht den freien Entschluß jeder/s Beteiligten manifestiert, sondern gravierend durch Gewalt, Drohung, Abhängigkeit, Aus-

80 Siehe oben I.B.6., 7.

81 Siehe oben I.B.6., 8.

82 Regierungsvorlage 30 Blg. NR 13. GP, 339.

83 Theodor Rittler, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, Bd. II, Besonderer Teil, Wien 1962, 298.

84 Sexuelle Integrität ist in einem weiten Sinn – also nicht allein als Abwehr möglicher Eingriffe in die Sexualsphäre – zu verstehen und umfaßt demnach auch die Dimension der Entwicklung und Gestaltung des eigenen Geschlechtslebens im Sinne der persönlichen Autonomie.

nutzung und dergleichen geprägt ist.⁸⁵ Solch ein Machtgefälle mag sich nicht zuletzt durch einen Mangel an persönlicher Reife oder Einsichtsfähigkeit ergeben. Gerade im Fall adoleszenter Unreife läßt sich sexuelle Integrität auch dahingehend verstehen, daß die Persönlichkeitsentwicklung nicht durch eine Überforderung der Kapazität, sexuelle Impulse zu verarbeiten, belastet werden soll.⁸⁶

Die meisten Sexualdelikte des österreichischen Strafrechts können prinzipiell als Maßnahmen zum Schutz der sexuellen Integrität des Menschen verstanden werden. Die sexuelle Integrität erscheint weiters als derart bedeutender Aspekt des freien Personseins⁸⁷, daß für Situationen der massiven Beeinträchtigung oder Bedrohung (sogar) das Strafrecht als Schutzinstrument legitim wirkt.

Um zu exemplifizieren, wie der Rechtsdiskurs das Thema sexueller Integrität behandelt(e), soll im folgenden auf die historische Entwicklung und gegenwärtige Fassung der Delikte „Vergewaltigung“ (§ 201 StGB) und „Geschlechtliche Nötigung“ (§ 202 StGB) eingegangen werden. Bis zur Novelle des Jahres 1989 waren derart gravierende Eingriffe in die sexuelle Integrität gemäß dem Paradigma Zucht/Unzucht konstruiert – als „Notzucht“ (§ 201), „Nötigung zum Beischlaf“ (§ 202), „Zwang zur Unzucht“ (§ 203) und „Nötigung zur Unzucht“ (§ 204). Anschließend werden nun einige Themen, denen im Zusammenhang mit der rechtlichen Konstruktion gewaltsam erzwungenen Geschlechtsverkehrs zentrale Bedeutung zukommt, aus historischer Perspektive aufgefächert.

Exempel: Eine Frage der Ehre?

Der Gegenstand dieses Verbrechens ist eine Weibsperson, wenn auch von schlechtem Rufe, mit welcher der Täter nicht verehlicht ist.⁸⁸

a) Notzucht und Geschlechtsehre

Um die Geschlechtsehre der betroffenen Frau ging es in zweierlei Hinsicht. Zum einen bei der Frage, ob die genotzüchtigte Frau selbst zu bestrafen sei, was in der Frühzeit der Fall war⁸⁹, bzw. ob nicht zumindest ihre Ehre in Mitleidenschaft gezogen wurde⁹⁰. Beides wird in der *Constitutio Criminalis Theresiana* (CCT 1767) ausdrücklich verneint:

⁸⁵ Siehe oben I.A.11.

⁸⁶ Siehe oben I.A.4., 5., 6.

⁸⁷ Siehe oben I.A., insbes. 3., 4., 6., 7., 11., 12.

⁸⁸ Sebastian Jenull, Das Oesterreichische Criminal-Recht nach seinen Gründen und seinem Geiste, Zweyter Theil, Wien 1809, 116–117 (Hervorhebungen und Verweis getilgt).

⁸⁹ Hellbing, Grundlegende Strafrechtsquellen, wie Anm. 33, 118.

⁹⁰ Dem gerichtlichen Unwerturteil gegen den Mann als Vergewaltiger stand (bzw. steht, siehe übernächste A.) also ein soziales Unwerturteil zu Lasten der vergewaltigten Frau gegenüber.

Die genöthigte Person aber bleibt dieserwegen unverleumdert, und kann ihr auch solches zu keiner Unehre angezogen, vielweniger sie derenthalben gestraffet werden.⁹¹

Spätere Kodifikationen erwähnten dieses Problem nicht mehr; auf rechtlicher Ebene schien es also abgehakt. Als soziales Problem jedoch taucht der Topos, daß eine Vergewaltigung „Schande“ über die vergewaltigte Frau bringe, noch immer auf.⁹²

Zum anderen ist die Geschlechtsehre Thema im Zusammenhang mit der Frage, welche Frau Subjekt der Strafbestimmung sein konnte, *d. h.* zumindest hoffen konnte, als Opfer einer Notzucht auch rechtlich anerkannt zu werden. Zentral erscheint dabei der Begriff der „Unverleumdetheit“. Die CCT 1767 spricht in Art. 76 § 1 von „unverleumdeten Jungfrauen, Wittib oder Frauen“ als potentiellen Opfern. Spätere Gesetzwerte weisen diesen Begriff im Tatbestand nicht mehr auf. Daß dieser Aspekt nicht erledigt ist, zeigt die Kommentarliteratur, die seit Beginn des 19. Jahrhunderts gebetsmühlenartig darauf hinweist, der „Ruf“ einer Frau sei „gleichgültig“.⁹³ Denn das „Vorleben“ von Vergewaltigungsopfern spielt noch immer eine Rolle, insbesondere in Verteidigungsstrategien der Anwaltschaft vor Gericht.⁹⁴

Erst 1987⁹⁵ wurde, um dem entgegenzuwirken, in der Strafprozeßordnung normiert, daß „[e]ine durch eine strafbare Handlung in ihrer Geschlechtssphäre verletzte Person ... die Beantwortung von Fragen nach Umständen aus ihrem höchstpersönlichen Lebensbereich ... verweigern“⁹⁶ kann. Allerdings wird durch die Normierung, das Opfer könne „zum Zeugnis verhalten werden, wenn dies wegen der besonderen Bedeutung seiner Aussage unerlässlich ist“,⁹⁷ ein Schlupfloch eröffnet.

b) Notzucht und Außerehelichkeit

Das Tatbestandsmerkmal „außerehelich“ taucht erstmals im StG 1852 auf. Davor betrachteten Gesetzgeber es offenbar als selbstverständlich, daß ehelicher Beischlaf nie „mißbräuchlich“ sein könne.⁹⁸ Die Kommen-

91 Art. 76 § 8 CCT 1767 letzter Satz.

92 Siehe dazu nur Marianne Enigl, Zerbrochenes Spielzeug, profil Nr. 18, 28. April 1997, 90–91, die hier die Frage stellt: „Warum dreht ein Mann seiner Ehefrau, die in London von acht Burschen vergewaltigt worden ist, den Rücken zu und geht?“ Eine Story der Boulevardzeitung „The Sun“ mit der Schlagzeile „Meine Schande“ war bekannt geworden. Berichtet wurde, der Ehemann habe die Frau verstoßen, weil er mit dem Geschehenen nicht fertig geworden sei und seine Frau als „schmutzig“ und „besudelt“ empfunden habe. Im Interview hält er fest: „Mich hat das so fertig gemacht, die Vorstellung, daß die so intim geworden sind mit dem, was nur mir gehört.“

93 Siehe Jenull, Criminal-Recht, wie Anm. 88, 116; Pallin, §§ 201–221 StGB, wie Anm. 60, § 201, Rz 1 und Rittler, Lehrbuch, wie Anm. 83, 298, mit weiteren Nachweisen.

94 Siehe dazu die Beispiele bei Brigitte Schliermann, Vergewaltigung vor Gericht, Hamburg 1993, 138–147.

95 Strafrechtsänderungsgesetz, BGBl. 1987/605.

96 § 153 (2) StPO.

97 § 153 (1) StPO.

98 Die Kommentarliteratur zum StG 1803 bestätigt diese Einschätzung; siehe dazu nur Jenull, Criminal-Recht, wie Anm. 88, 187.

tarliteratur erwähnt die schlichte Tatsache: „Der Ehemann, der seiner Frau den Beischlaf abnötigt, erfüllt niemals das Tatbild der Notzucht.“⁹⁹ Aber zugleich sollte doch nicht jeder Geschlechtsverkehr in der Ehe erlaubt sein, also wurden „Auffangtatbestände“ konstruiert. Die Kommentarliteratur schwankte diesbezüglich zwischen Erpressung¹⁰⁰ und Nötigung¹⁰¹. Daß der Ehemann gemäß damals herrschender Meinung wegen Nötigung strafbar war, schien noch 1988 Grund genug, die Kriminalisierung der Vergewaltigung in der Ehe als rechtspolitisch unerwünscht abzulehnen.¹⁰² Dabei wurden Argumente verwendet wie:

Die Straffreiheit der Ehegattennotzucht ist rechtsdogmatisch gerechtfertigt, [weil, d. Verf.] die Ehepartner mit ihrem Jawort auf dem Standesamt ua ihre generelle Einwilligung zum Geschlechtsverkehr erteilen.^[103] ...

Es wird nicht geleugnet, daß die Pönalisierung der Ehegattennotzucht durch die Möglichkeit der Anzeige oder des Strafantrags ein Druckmittel in die Hand gibt, das allenfalls im Scheidungsverfahren *unberechtigzte Vorteile* einspielen könnte.¹⁰⁴

Als ultimates Argument aber wurde Sinn und Zweck des Strafrechts angeführt: Es sollen ja nur jene Handlungen kriminalisiert sein, „die das Zusammenleben in der Gesellschaft schwer beeinträchtigen und die deshalb jedermann als strafwürdig erkennen kann“; ob diese Voraussetzungen bei der oben erwähnten Handlungsweise zutreffen, muß füglich bezweifelt werden.“¹⁰⁵ Welche Ungeheuerlichkeit in diesem Ansatz liegt, wird noch deutlicher, wenn man ihn etwas anders formuliert: Je unbefangener Männer ihre Ehefrauen vergewaltigen, desto sicherer ist das Strafrecht ausgeschlossen.

c) Über den Beischlaf hinaus

Ursprünglich war Gewaltanwendung (im weitesten Sinn) bei sexuellen Akten zwischen Menschen gleichen Geschlechts in Österreich¹⁰⁶ kein Thema¹⁰⁷. Erst das StG 1852 führte die Gewaltanwendung als Strafver-

99 Rittler, Lehrbuch, wie Anm. 83, 299.

100 So Rittler, Lehrbuch, wie Anm. 83, 299.

101 So Pallin, §§ 201–221 StGB, wie Anm. 71, § 201, Rz. 21.

102 Diese Haltung reflektiert ein männlich-hegemoniales Wegleugnen der Schädlichkeit von Vergewaltigungen, die in der Ehe stattfinden. Siehe oben I.B.5.

103 Siehe dazu auch Helmut Koziol u. Rudolf Welser, Grundriß des bürgerlichen Rechts, Bd. II, Wien 1996, 200: „Die im alten § 90 ausdrücklich erwähnte eheliche Pflicht (Gestattung der Beiwohnung) kommt in der neuen Regelung nicht mehr vor; sie ist aber aus der Pflicht zur umfassenden ehelichen Gemeinschaft abzuleiten.“

104 Barbara Feichtinger, Vergewaltigung in der Ehe – Notwendigkeit eines neuen Straftatbestandes? Österreichische Juristenzeitung 1988, 268–272, 270; Kursivsetzung d. Verf.

105 Vorspann zu Feichtinger, Vergewaltigung in der Ehe, wie Anm. 104, 268, mit Rekurs auf die Regierungsvorlage zum StGB 1975.

106 Im Rom der späten Republik und der heidnischen Kaiserzeit dürften homosexuelle Kontakte straffrei gewesen sein, denn Strafrechtsnormen sind nur für die Fälle von gleichgeschlechtlicher Vergewaltigung und von gleichgeschlechtlichen Handlungen mit Unmündigen überliefert. Siehe dazu Nikolaus Benke, Women in the Courts: An Old Thorn in Men's Sides, Michigan Journal of Gender & Law, 1 (1995), 195–256, hier 244–247.

107 Wie etwa in der CCT 1767, im StG 1787 und 1803.

schärfungsgrund bei der „Unzucht wider die Natur“ ein mit dem Ergebnis, daß die Strafdrohung für das heterosexuelle wie für das homosexuelle Delikt gleich hoch war, nämlich 5 bis 10 Jahre Haft. Erst das StGB 1975 kennt den „Zwang zur Unzucht“ (§ 203) und die „Nötigung zur Unzucht“ (§ 204) als parallel zu jenen Delikten verlaufende Normen, die erzwungenen Beischlaf kriminalisierten.¹⁰⁸ Diese sollten alle darüber hinausgehenden, somit auch gleichgeschlechtliche sexuelle Handlungen erfassen. Allein die Strafen waren wesentlich geringer. Jene des § 203, der Parallelnorm zur Notzucht (§ 201), entsprach exakt jener des § 209 (Gleichgeschlechtliche Unzucht mit Personen unter achtzehn Jahren), nämlich 6 Monate bis 5 Jahre Haft.

d) Rechtsrealität

Zur Zeit des Inquisitionsprozesses verhinderten komplizierte Beweisregeln fast immer eine Bestrafung der angeklagten Männer – im seltensten Fall, nämlich nur, wenn es für ein derartiges Delikt taugliche Zeugen gab, kam es zu Verurteilungen.¹⁰⁹ Aber auch später und heute noch ist es vielfach nicht leicht, als Opfer einer Vergewaltigung „Recht“ zu bekommen. Die Kooperation von Rechtsprechung und Strafrechtswissenschaft erfand vielfältige Strategien, die einen Mann vor der rechtlichen Stigmatisierung als „Notzüchtiger“ bewahr(t)en. Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf Rechtsprechung und Kommentarliteratur ab 1975.

Von größter Bedeutung war, daß Notzucht – im übrigen seit dem StG 1787 – als „zweiaktiges“ Delikt gefaßt war. Das bedeutet: Zuerst mußte die Frau durch Gewalt oder gefährliche Drohung „widerstandsunfähig“ gemacht werden und dann mußte der Beischlaf vollzogen werden.

Charakteristisch für die Behandlung der Notzucht ist das parteiische Abstellen auf den Täterhorizont: Dem Täter, der irrtümlich der Meinung ist, die Frau wäre „mit der Gewalt oder mit dem nachfolgenden Beischlaf einverstanden“¹¹⁰, fehlt es am Vorsatz. Und jenem Täter, der „aus Ekel (Menses)“¹¹¹ von seinem Tun abläßt, billigt man straflosen Rücktritt vom Versuch zu. Der Begriff der „Widerstandsunfähigkeit“ wurde in engem Zusammenhang mit jenem der „Gewalt“ interpretiert: „Ohne ernsthafte allerdings im Rahmen des Möglichen gehaltene Widerstandsleistung gibt es keine Gewalt.“¹¹² Damit konnte tatsächliche Gewaltausübung über das Opferverhalten wegdefiniert werden. Bei der „Widerstandsunfähigkeit“ war man wiederum sehr streng:

Die Widerstandsunfähigkeit manifestiert sich nach außen in einer Lage extremer Hilflosigkeit, vergleichbar ... einer Bewußtlosigkeit, die der Frau weder die Möglichkeit gestattet, die Vollziehung des Beischlafes abzuwehren noch zu flüchten, noch die Hilfe dritter Personen herbeizuholen. Unterläßt

108 Notzucht (§ 201) und Nötigung zum Beischlaf (§ 202).

109 Siehe dazu Hartl, Kriminalgericht, wie Anm. 35, 350–352, mit Beispielen aus der Rechtsprechung.

110 Pallin, §§ 201–221 StGB, wie Anm. 71, § 210, Rz. 10.

111 Pallin, §§ 201–221 StGB, wie Anm. 71, § 201, Rz. 24.

112 Pallin, §§ 201–221 StGB, wie Anm. 71, § 201, Rz. 8.

sie es aus Scham oder zur Vermeidung ihrer Rufgefährdung, um Hilfe zu rufen, so ist sie nicht widerstandsunfähig.¹¹³

Damit schließt sich der Kreis einer fast hermetischen Abriegelung des Delikts vor Opfer wie Täter gleichermaßen. Eine endlose Kette von Beispielen könnte hier angefügt werden. Es sei jedoch nur ein Urteil des Straflandesgerichts Wien zitiert, das einen Mann der versuchten sexuellen Nötigung aus Mangel an Beweisen freisprach; die Geschichte der Frau, die Frau selbst, war nicht glaubwürdig, da, so das Gericht, „es nicht wahrscheinlich erscheint, daß ein 13 Jahre jüngerer und zirka 25 kg leichter Mann diese Frau derart vehement begehren sollte“.¹¹⁴

e) Reform

Auf überparteiliche Initiative der Frauen im Parlament hin kam es in den späteren 80er Jahren zu einer umfassenden Reform der Deliktstatbestände. Dieser Reform ging eine lange Überzeugungsarbeit voraus. Deren Schwierigkeiten wollte Dr. Fasslabend (ÖVP) im Parlament mit den vielfältigen Gründen erklären, aus denen Männer und Frauen zum Thema Vergewaltigung unterschiedliche Meinungen vertreten:

Biologische und soziologische Faktoren. Biologische Faktoren hängen sicherlich mit der männlichen Konstitution zusammen, mit der höheren Muskelkraft und der dadurch wahrscheinlich etwas höheren Aggressivität. Aber es ist auch so, daß wir, gerade was das Sexualverhalten betrifft, aus der Verhaltensforschung besonders interessante Aufschlüsse erhalten haben. Es gibt zumindest die Annahme, daß der Sexualtrieb bei fast allen höheren Lebewesen nie isoliert vorkommt, sondern immer zusammen mit einem anderen Trieb. Das Interessante daran ist, daß hier ein gravierender Unterschied zwischen dem männlichen und dem weiblichen Verhalten vorliegt. Beim männlichen Wesen ist es üblicherweise mit dem Aggressionstrieb gekoppelt und beim weiblichen Wesen mit dem Fluchttrieb.¹¹⁵

Es ist bemerkenswert, daß Fasslabend weibliche Sexualität nicht mit dem Liebestrieb koppelt.¹¹⁶ Aber vielleicht gehört zum Paarungsverhalten von Graugänsen das Flüchten der Weibchen.

Im Zentrum der Reform stand das Anliegen, die „Bedeutung der sexuellen Selbstbestimmung des Menschen und der Ablehnung ihrer Mißachtung durch gewaltsam-aggressive Verhaltensweisen“¹¹⁷ zu be-

113 Pallin, §§ 201–221 StGB, wie Anm. 71, § 201, Rz. 15.

114 LG für Strafsachen Wien, 5c Vr 8097/92, Hv 5400/92.

115 StenProt NR 17. GP, 102. Sitzung, 27.04.1989, 11050.

116 J. G. Fichte, Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre, Jena/Leipzig 1796 (in: Fritz Medicus Hg., Werke, Bd. II, Schriften von 1796–1798, Leipzig o.J., 312) hatte dies getan: „Das Weib ... kann überhaupt sich nicht hingeben der Geschlechtslust, um ihren eigenen Trieb zu befriedigen; und da sie sich denn doch zufolge eines Triebes hingeben muß, kann dieser Trieb kein anderer sein, als der, den Mann zu befriedigen ... Sie behauptet ihre Würde, ohnerachtet sie Mittel wird, dadurch, daß sie sich freiwillig, zufolge eines edlen Naturtriebs, des der Liebe, zum Mittel macht. Liebe also ist die Gestalt, unter welcher der Geschlechtstrieb im Weibe sich zeigt.“ Ganz anders das männliche Geschlecht: „Im Manne ist ursprünglich nicht Liebe, sondern Geschlechtstrieb.“

117 Justizausschußbericht (JAB), 927 Blg. NR 17. GP, 2.

tonen. Die neuen Normen, § 201 („Vergewaltigung“¹¹⁸) und § 202 („Geschlechtliche Nötigung“¹¹⁹) kommen ohne den Unzuchtsbegriff aus. Die – geschlechtsneutrale – Differenzierung verläuft nun zwischen „Beischlaf“ und „beischlafsähnlichen Handlungen“, wobei es kein Strafgefälle gibt: Beiderlei Arten des erzwungenen Geschlechtsverkehrs sind also gleichermaßen verpönt. Begründet wurde dies vom Justizausschuß mit dem Hinweis darauf, daß die Differenzierung zwischen „Beischlaf“ und „Unzucht“ „häufig weder der Intensität der sexuellen Inanspruchnahme des Opfers und der Schwere des Eingriffs in die sexuelle Selbstbestimmung noch dem Ausmaß der Demütigung und Erniedrigung des Opfers voll gerecht wird.“¹²⁰ Allerdings gibt es heftige Diskussion darüber, welche geschlechtlichen Handlungen „beischlafsähnliche Handlungen“ sein sollen. Rätsel gibt die Wendung auf, daß dazu „jede auf *Befriedigung des Geschlechtstriebes* gerichtete Form einer oralen, vaginalen oder analen Penetration zu zählen“¹²¹ sei. Das veranlaßt einige Strafrechtslehrer dazu, „beischlafsähnliche Handlungen“ nur dort zu sehen, wo „der Penis des Mannes ‚im Spiel‘“ ist.¹²² Der OGH interpretiert diesen Begriff demgegenüber erstaunlich weit und faßt darunter auch die sogenannte „digitale“ Penetration, also jene mit dem Finger.¹²³

118 § 201. (1) Wer eine Person mit schwerer, gegen sie gerichteter Gewalt oder durch eine gegen sie gerichtete Drohung mit gegenwärtiger schwerer Gefahr für Leib oder Leben zur Vornahme oder Duldung des Beischlafes oder einer beischlafsähnlichen Handlung nötigt, ist mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen. Als schwere Gewalt ist auch die Betäubung zu verstehen.

(2) Wer außer dem Fall des Abs. 1 eine Person mit Gewalt, durch Entziehung der persönlichen Freiheit oder durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben zur Vornahme oder Duldung eines Beischlafes oder einer dem Beischlaf gleichzusetzenden geschlechtlichen Handlung nötigt, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.

(3) Hat die Tat eine schwere Körperverletzung (§ 84 Abs. 1) zur Folge oder wird die vergewaltigte Person durch die Tat längere Zeit hindurch in einen qualvollen Zustand versetzt oder in besonderer Weise erniedrigt, so ist der Täter im Fall des Abs. 1 mit Freiheitsstrafe von fünf bis zu fünfzehn Jahren, im Fall des Abs. 2 mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen. Hat die Tat den Tod der vergewaltigten Person zur Folge, so ist der Täter im Fall des Abs. 1 mit Freiheitsstrafe von zehn bis zu zwanzig Jahren, im Fall des Abs. 2 mit Freiheitsstrafe von fünf bis zu fünfzehn Jahren zu bestrafen.

119 § 202. (1) Wer außer den Fällen des § 201 eine Person mit Gewalt oder durch gefährliche Drohung zur Vornahme oder Duldung einer geschlechtlichen Handlung nötigt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.

(2) Hat die Tat eine schwere Körperverletzung (§ 84 Abs. 1) zur Folge oder wird die genötigte Person durch die Tat längere Zeit hindurch in einen qualvollen Zustand versetzt oder in besonderer Weise erniedrigt, so ist der Täter mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis fünf Jahren, hat die Tat aber den Tod der genötigten Person zur Folge, mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen.

120 JAB, wie Anm. 117, 3.

121 JAB, wie Anm. 117, 3 (Kursivsetzung d. Verf.).

122 Klaus Schwaighofer, Entscheidungsbesprechung zu OGH 23.04.1992, Juristische Blätter 1992, 730–732, 731. Zurecht kritisch dazu Katharina Beclin, Juristische Blätter 1997, 404–407 (Entscheidungsbesprechung zu OGH 06.03.1996, 13 Os 191/95) sowie Elisabeth Holzleithner, Begriffsbestimmungen: Habermas, Unbestimmtheit und „beischlafsähnliche Handlungen“, Juridikum 4 (1996), 21–25.

123 Der OGH selbst spricht von einer „gefestigten Rechtsprechung“ (11.05.1995, 15 Os 95, Evidenzblatt 153/1995).

Auch in der Ehe kann nun rechtlich gesehen vergewaltigt werden. Allerdings ist der Ehegatte (ebenso wie der Lebensgefährte) gemäß § 203 in einigen Belangen begünstigt. Bei „Begehung in Ehe oder Lebensgemeinschaft“ sind sowohl Vergewaltigung als auch sexuelle Nötigung Antragsdelikte, also nur „auf Antrag der verletzten Person zu verfolgen“, außer die Tat hat „eine schwere Körperverletzung (§ 84 Abs. 1) zur Folge oder die betroffene Person wird durch längere Zeit hindurch in einen qualvollen Zustand versetzt oder in besonderer Weise erniedrigt“ oder die Tat hat gar ihren Tod zur Folge.¹²⁴ Überdies „kann von der außerordentlichen Strafmilderung nach § 41 auch ohne die dort genannten Voraussetzungen¹²⁵ Gebrauch gemacht werden, wenn die verletzte Person erklärt, weiter mit dem Täter leben zu wollen, und nach der Person des Täters sowie unter Berücksichtigung der verletzten Person eine Aufrechterhaltung der Gemeinschaft erwartet werden kann.“¹²⁶ Homosexuelle Täterinnen und Täter sind keine Lebensgefährten im rechtlichen Sinn, können sich also auf diese Bestimmung nicht berufen.

So gibt es – im Unterschied zum sonstigen Strafrecht bei Vergewaltigung – immer noch Residuen häuslicher Zucht, die den Ehegatten und Lebensgefährten als Tätern sowie den Ehefrauen und Lebensgefährtinnen als Opfern jeweils Sonderrollen geben. Als Ausfluß eines merkwürdigen „*Favor Matrimonii*“ hat der Gesetzgeber die Entlastung des Mannes programmiert, wenn das Gesetz der vergewaltigten Frau anheimstellt, sich als großzügig zu erweisen: Sie kann, indem sie erklärt, weiter mit dem Täter leben zu wollen, Gnade vor Recht walten lassen. Was ihre Entscheidung dabei (mit)bestimmt, ist freilich eine andere Frage.

C. Die „richtige“ sexuelle Orientierung und das Sittlichkeitsempfinden als Rechtsgüter

Unter den herkömmlichen Begründungsfiguren des Sexualstrafrechts sind im Primat der Heterosexualität und im Sittlichkeitsempfinden zwei von der sexuellen Integrität deutlich absteckende Rechtsgüter anzutreffen.¹²⁷ Beide, der Primat der Heterosexualität wie das Sittlichkeitsempfinden, zeigen bereits bei bloß ansatzweise kritischer Betrachtung einen recht labilen Charakter.

124 §§ 201 (3), 202 (2).

125 Hauptvoraussetzung für eine außerordentliche Strafmilderung ist gem. § 41 StGB, daß die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen sowie eine günstige Prognose hinsichtlich künftigen Wohlverhaltens.

126 § 203 (2). Eine fundierte Kritik dieser Bestimmungen steht noch aus. Kritisch, aber aus anderer Perspektive, Franz Pallin, Ergänzungsheft zu §§ 201–221, in: Egmont Foregger u. Friedrich Nowakowski Hg., Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4a. Lieferung, Wien 1991, 2, der klagt: „Grundsätzlich verfehlt war es auch, die Vergewaltigung der eigenen Ehefrau der Vergewaltigung einer extranea gleichzustellen, ungeachtet der Unterschiede in der Sozialschädlichkeit dieser Handlungen.“ Es soll also weniger „sozialschädlich“ sein, wenn ein Mann seine Ehefrau vergewaltigt.

127 Siehe oben I.B.7.

Es geht in diesem Zusammenhang um die Kriminalisierung bestimmter homosexueller Begegnungen und um das Öffentlich-Sichtbar-machen bestimmter Körperpraktiken – Schlagwort Pornographie. Beide Bereiche werden üblicherweise mit den zwei in der Überschrift angeführten Rechtsgütertopoi versehen, die sich jenseits des trauten Kreises moralisch Gleichgesinnter insofern als ungemein kühne Konstrukte erweisen, als ihre behauptete Schutzbedürftigkeit im Sinne einer Abwehr „sozial inadäquater“ Effekte nicht oder bloß marginal und akzidentell greifbar wird.¹²⁸ Freilich kann ein kritischer, im Bereich des Strafrechts notwendig universalistischer, postkonventioneller¹²⁹ Diskurs nicht umhin, den Standpunkt außerhalb der moralisch Gleichgesinnten einzunehmen und in ernsthafter Würdigung rechtsstaatlicher wie strafrechtlicher Prinzipien durchzuhalten.¹³⁰

1. Die „heterosexuelle Orientierung der rechtlich geordneten Gesellschaft“¹³¹

Von den unterschiedlichen Ansätzen, Homosexualität zu verwerfen, ist als Residualgröße die Sentenz geblieben, daß der Staat Homosexualität nicht fördern, sondern heterosexuellen Lebensweisen nachordnen will. Was in dieser und ähnlicher Form wie eine für Staat und Gesellschaft prinzipiell offene Option erscheint, stellt sich im Lichte moderner Menschenrechte als glattes Diskriminierungsprojekt dar. Dieser Befund beruht nicht auf partikularer Rechtspolitik, sondern auf dem aktuellen Grundrechtsverständnis¹³², das bereits in vielen internationalen Normierungen¹³³ wie auch in nationalen Bestimmungen¹³⁴ rechtlich Niederschlag gefunden hat.

128 Siehe oben I.B.5^s.

129 Ein postkonventioneller Diskurs zeichnet sich durch eine verantwortliche Stellungnahme zu vorfindlichen Vorstellungen von Sitte und Moral aus. Im Gegensatz dazu ist ein konventioneller Diskurs durch eine unkritische Übernahme tradierter Moralvorstellungen charakterisiert.

130 Siehe oben I.B.8.

131 Vgl. OGH, 06.06.1977, 13 Os 39/77 (verstärkter Senat), Österreichische Richterzeitung 1977/95.

132 Insbes. Art. 8 MRK (Recht auf Privatheit) sowie Art 14 MRK (Verbot der Diskriminierung u. a. aufgrund des Geschlechts oder eines sonstigen Status; siehe dazu unten IV.C.g.)

133 Vgl. etwa Resolution 924 (1981) sowie Entschließung 756 (1981) der Parlamentarischen Versammlung des Europarats sowie die Entschließung zur sexuellen Diskriminierung am Arbeitsplatz vom 13. März 1984 des Europäischen Parlaments. Für weitere Belege siehe Helmut Graupner, Von ‚widernatürlicher Unzucht‘ zu ‚sexueller Orientierung‘. Homosexualität und Recht, in: Barbara Hey u. a. Hg., Que(e)rdenken. Weibliche/männliche Homosexualität und Wissenschaft, Innsbruck 1997, 198–254, hier 216–230.

134 Siehe für Österreich § 5 (1) der Verordnung des Bundesministers für Inneres, mit der Richtlinien für das Einschreiten der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes erlassen werden (BGBl. 266/1993): Achtung der Menschenwürde: „Die Organe des Sicherheitsdienstes haben bei der Erfüllung ihrer Aufgaben alles zu unterlassen, das geeignet ist, den Eindruck von Voreingenommenheit zu erwecken oder als Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes, der Rasse oder Hautfarbe, der nationalen oder ethnischen Herkunft, des religiösen Bekenntnisses, der politischen Auffassung oder der sexuellen Orientierung empfunden werden könnte.“

Dabei mag im Detail zu analysieren sein, ob und allenfalls wie eine Unterstützung heterosexueller, quasi „kreatürlich“¹³⁵ die Fortpflanzungs- und Aufzuchtfunction erfüllender Lebenskonstellationen stattfinden soll. Solch eine Differenzierung ließe sich möglicherweise als sachlich gerechtfertigt mit dem Gleichheitssatz in Einklang bringen. Unhaltbar bleibt es jedenfalls, sexuelle Orientierung im rechtlichen Diskurs prinzipiell unterschiedlich zu evaluieren und insbesondere, eine auf dieser Basis vorgenommene Deklassierung noch durch das Strafrecht zu potenzieren. Vor diesem Hintergrund versteht sich die Darstellung der historischen Entwicklung und jetzigen Rechtslage im Lichte von Rechtsprechung und Kommentarliteratur.

a) Von der Abwürdigung der Menschheit gegen ihre Natur¹³⁶

Der nicht im Sinne der „Arterhaltung“ funktionale Geschlechtsverkehr war in allen früheren Kodifikationen und bis 1971 in unterschiedlicher Breite unter dem Titel der „Unzucht wider die Natur“ pönalisiert. In der CCT 1767 erreichte der Begriff seine größte Ausdehnung:

Art. 74, § 1 Das abscheulichste Laster der Unkeuschheit wider die Natur, oder sodomitische Sünd wird verübt erstlich: wenn von einem Menschen mit dem Viehe, oder toden Körpern; andertens: wenn zwischen Personen einerley Geschlechts, als Mann mit Mann, Weib mit Weib, oder auch Weib mit Mann wider die Ordnung der Natur Unzucht getrieben wird; worzu drittens: gewissermaßen auch die von jemanden allein begehend – wider-natürliche Unkeuschheiten zu rechnen sind.

In einem völligen Bruch mit dieser Tradition verschob Joseph II das auf gleichgeschlechtliche Betätigungen und Sodomie geschrumpfte Delikt 1787 vom gerichtlichen Strafrecht in das Polizeistrafrecht. Das StG 1803 vollzog wieder eine Kehrtwendung und verbot die „Unzucht wider die Natur“, ohne den Begriff näher zu spezifizieren, erneut als Verbrechen und transferierte die Materie zurück in das gerichtliche Strafrecht.

Im StG 1803 sah das Delikt mit einem Rahmen von 6 Monaten bis 1 Jahr eine erstaunlich geringe Strafdrohung vor. Hinsichtlich der Interpretation des Begriffs im StG 1803 gab es einen Konflikt bei der Frage, ob er eher weit (im Sinne der CCT 1767) oder eng (im Sinne des StG 1787) zu interpretieren sei. Allerdings interpretierten auch die Verfechter einer breiten Begriffsverwendung das Delikt insofern restriktiv, als sie zusätzlich zur sexuellen Handlung die Erregung öffentlichen Ärgernisses für erforderlich hielten.¹³⁷

Gemäß Art. I § 2 (1) Z 1 des Bundesgesetzes über den Nationalfonds der Republik Österreich für Opfer des Nationalsozialismus (BGBl. Nr. 432/1995) werden Leistungen aus diesem Fonds auch an Personen erbracht, die vom nationalsozialistischen Regime aus Gründen der sexuellen Orientierung verfolgt worden sind. Bezüglich anderer nationaler Rechtsordnungen siehe Graupner, ‚Widernatürliche Unzucht‘, wie Anm. 133, 230–251.

135 Siehe demgegenüber die markante Relativierung dieser *Kreatürlichkeit* durch die neuen Methoden künstlicher Befruchtung.

136 Paraphrase der Bestimmung im StG 1787 (§ 71).

137 Jenull, Criminal-Recht, wie Anm. 88, 100. Dies bezeugt auch die Darstellung der Rechtsprechung bei Hartl, Kriminalgericht, wie Anm. 35, 355–357.

Ab dem StG 1852¹³⁸ wurden die einzelnen Fälle der „Unzucht wider die Natur“ ausdrücklich angeführt und beschränkten sich auf Sodomie bzw. „Bestialität“ (§ 129 I a StG) sowie „gleichgeschlechtliche Unzucht“ (§ 129 I b StG). Der Strafraum von einem Jahr bis fünf Jahren übersteigt jenen der früheren Deliktsfassungen um das Fünffache. Diese Bestimmung existierte unverändert bis 1971.

b) Rechtsprechung: Teleologien

Hatte das Höchstgericht nach Erlassung der Bestimmung noch judiziert, daß lediglich „beischlafsähnliche Handlungen“ tatbildlich seien,¹³⁹ so wurde dieser Standpunkt aus teleologischen Erwägungen bald aufgegeben. Daher war es auch möglich, „jene von der Ordnung der Natur abweichende Befriedigung des Geschlechtstriebes, welche unter dem Namen der Lesbischen Liebe (Tribadie) bekannt ist“¹⁴⁰, zu erfassen. Für die Erfüllung des Delikts war es nötig, in einer auf sexuelle Entspannung abzielenden, nicht bloß flüchtigen Weise mit irgendeinem Teil des Körpers die Geschlechtsorgane der anderen Person zu berühren. Vollendet war das Verbrechen dann, „wenn das Streben nach Erregung eigener Geschlechtslustgefühle oder solcher Gefühle des Partners zum Erfolg, also zur Erregung solcher Gefühle geführt hat“.¹⁴¹ Diese doch nicht unaufwendigen Begriffsbestimmungen verdanken sich dem Rekurs auf die „natürliche“ Bedeutung des Begriffs:

Das Wort „Unzucht“ im § 129 I b StG ist, wie sich aus der historischen Entwicklung dieses Begriffes ergibt und auch das Hofdekret vom 26. Juni 1844, JGS. Nr. 816, ausspricht, in seiner natürlichen Bedeutung zu nehmen.¹⁴²

Flüchtigere „Manipulationen“ oder erfolglose Anbahnungen waren von dieser Definition nicht erfaßt; sie konnten freilich unter dem Titel des „Versuchs“ strafrechtlich relevant werden.

Eine bemerkenswerte Linie der Judikatur sei hier noch angefügt, weil sie den verzweifelten Einfallsreichtum der betroffenen „Täter“ und „Täterinnen“ beweist: Viele wandten sich an das Höchstgericht mit dem Versuch, aufgrund des Strafausschließungsgrunds des „unwiderstehlichen Zwangs“ oder der „Sinnenverrückung“, die mit ihren homosexuellen Neigungen verbunden wären, straflos auszugehen.¹⁴³ Das Höchstgericht beschied diesem Vorbringen in keinem einzigen Fall rechtliche

138 Das 14. Hauptstück des StG 1852, „Von der Nothzucht, Schändung und anderen schweren Unzuchtsfällen“ enthält nur 6 Straftatbestände: Neben den schon im Titel aufgezählten Delikten finden sich die „Unzucht wider die Natur“, „Blutschande“, „Verführung zur Unzucht“ und „Kuppelei in Beziehung auf eine unschuldige Person“. Allerdings werden im 13. Hauptstück des 2. Teils etliche auch von den Gerichten wahrzunehmende Vergehen und Übertretungen, also minderschwere Delikte, „gegen die öffentliche Sittlichkeit“ normiert.

139 Rittler, Lehrbuch, wie Anm. 83, 311.

140 Kassationshof, 18.02.1887, KH 1028.

141 OGH, 15.04.1958, 8 Os 48, Evidenzblatt 1958/209. Vgl. oben I.A.2.

142 Ebd. (Hervorhebung getilgt).

143 Die Betroffenen bezogen sich auf § 2 StG 1852, „Gründe die den bösen Vorsatz ausschließen“.

Relevanz: „Perverser Geschlechtstrieb begründet an sich keinen unwiderstehlichen Zwang zur widernatürlichen Unzucht.“¹⁴⁴ Dieser „perverse Geschlechtstrieb“ wurde als pathologisch isoliert; dem „Rest“ der Person geistige Gesundheit zugeschrieben – es erfolgte die Verurteilung. Die Verurteiltenstatistik weist für jedes Jahr bis 1971 400 bis 600 Fälle aus. Nur ein Vergleichsbeispiel: 1970 wurden 459 (davon 62 jugendliche) Personen, darunter 5 Frauen, nach § 129 I b StG verurteilt. Demgegenüber wurden lediglich 86 Männer nach § 125 StG (Notzucht im Sinne des oben beschriebenen zweiaktigen Delikts) verurteilt.¹⁴⁵

Die Divergenz der Verurteilungszahlen wirken in der heutigen Betrachtung österreichischer Verhältnisse umso sonderbarer, als zum einen selbstbestimmte, gleichgeschlechtliche Handlungen Erwachsener wohl kaum mehr als strafrechtlich zu ahndende Skandala wahrgenommen werden, und zum anderen niemand ernsthaft vertreten dürfte, es gäbe pro Monat nur etwa sieben Vergewaltigungen von Frauen durch Männer.

c) Novelle 1971: Psychologie statt Natur

Die Mittel der Strafrechtspflege sind nicht geeignet, die Triebrichtung zu ändern oder Menschen zu dauernder geschlechtlicher Enthaltsamkeit zu bestimmen.¹⁴⁶

Die Novelle 1971 brachte im Zusammenhang mit der Entkriminalisierung „einfacher“ Homosexualität sowie der Sodomie eine „Denaturalisierung“. Die Basis für die Strafbarkeit „qualifizierter“ Fälle von Homosexualität war es nicht mehr, „wider die Natur“ zu handeln, sondern nun kam die Psychologie in Gestalt der „Verführungstheorie“ zu ihrem „Recht“, fungiert also als Basis für die ab 1971 als „flankierende Maßnahmen“¹⁴⁷ neu geschaffenen Strafbestimmungen gegen Homosexualität.¹⁴⁸ Der zentrale Topos heißt nunmehr Jugendschutz:¹⁴⁹

144 Kassationshof, 10.02.1911, KH 3788. 1940 wurde festgestellt, die „widernatürliche Veranlagung“ sei „auch kein Milderungsgrund“. Aus dem Sachverhalt: „Der Angeklagte hatte sich verantwortet: Er verspüre, obwohl er auch mit Frauen verkehre, oft einen Drang in sich, Männerbekanntschaften zu machen; obwohl er es nachher bitter bereue, suche er doch immer wieder Lokale auf, in denen Homosexuelle verkehren; er beabsichtige jetzt zu heiraten, um sich dadurch vor einem Rückfall zu schützen.“ Dem Angeklagten wurde beschieden, es entspreche „nicht dem Geiste des Gesetzes, eine ... widernatürliche Veranlagung, durch die die Widerstandskraft gegen den Anreiz zu gleichgeschlechtlicher Betätigung aufgehoben oder vermindert wird, als mildernden Umstand gelten zu lassen.“ (Reichsgericht, 31.01.1941, 6 D 495/40)

145 Bei den Verurteilten gemäß § 129 I b StG wurden 167 Personen zu unbedingtem Kerker verurteilt; gemäß § 125 71 Männer.

146 RegVorl 1970, wie Anm. 36, 13.

147 StenProt NR 12. GP. 50. Sitzung 07.07.1971, 3796 (Skritek, SPÖ).

148 Es handelt sich dabei um „Gleichgeschlechtliche Unzucht mit Jugendlichen“ (§ 129), „Gewerbsmäßige gleichgeschlechtliche Unzucht“ (§ 500a), „Werbung für Unzucht mit Personen des gleichen Geschlechtes oder mit Tieren“ (§ 517), „Verbindungen zur Begünstigung gleichgeschlechtlicher Unzucht“ (§ 518).

149 Siehe Helmut Graupner, Sexualität, Jugendschutz und Menschenrechte – Über das Recht von Kindern und Jugendlichen auf sexuelle Selbstbestimmung, Diss. Jur., Wien 1995, 2 Bde. Die Arbeit, gegliedert in einen dogmatischen und einen doku-

Im Regelfalle handelt es sich ... um eine erworbene Eigenschaft. Sie beruht, wie die Wissenschaft heute annimmt, auf frühkindlichen Erlebnissen, die oft in der Mutter-Kind-Beziehung liegen und zu falschen Identifikationen führen können, die später zur Unsicherheit gegenüber den normalen Sexualobjekten führen. Erst durch solche frühkindliche Entwicklungen werden jene Bedingungen geschaffen, die bei späteren, in der Pubertätsphase eintretenden homosexuellen Erlebnissen zu einer Manifestation der abwegigen Triebrichtung führen können. Aussicht auf Heilung eines echten Homosexuellen durch die psychiatrische Medizin besteht nach Aussagen der Wissenschaft kaum.¹⁵⁰

Die Mutter – so das Psychologieparadigma des Gesetzgebers 1971 – bereitet den Boden für eine „Fehlprägung“ des Buben, der homosexuelle Mann kann diese durch seine Verführung des Buben manifest werden lassen. Heterosexuelle Männer versuchen zu retten, was zu retten ist. Das Strafrecht erscheint als das probate Mittel. Der Begriff „Unzucht“ ist das Signal:

Gerade die weitergeltende Strafbarkeit der qualifizierten Fälle von gleichgeschlechtlicher Unzucht – übrigens auch der mit Absicht beibehaltene Terminus: wir sprechen noch immer von Unzucht – beweist, daß der Gesetzgeber dem Phänomen der Homosexualität nicht etwa wohlwollend neutral oder gar indifferent gegenübersteht. Unsere schon von den biologischen Grundlagen her heterosexuell strukturierte Gesellschaft wird Homosexualität nach wie vor als sozial nicht wünschenswert und als widernatürlich empfinden.¹⁵¹

Auf den Pfaden seines Psychologieparadigmas gelangte der Gesetzgeber zu weiteren Abenteuerlichkeiten: Das in § 209 normierte Verbrechen – die Strafdrohung umfaßt 6 Monate bis 5 Jahre, bei Delikten mit Strafdrohung bis zu drei Jahren spricht man (bloß) von Vergehen – kann nur von Männern begangen werden. Die Begründung dafür ist zumindest bemerkenswert:

In der Tat wirkt sich eine gleichgeschlechtliche Triebrichtung bei Frauen nicht in gleicher Weise aus wie bei Männern, erschwert die Einpassung in die gegebenen gesellschaftlichen Strukturen nicht in gleichem Maße und tritt nach außen hin nur wenig in Erscheinung. Andererseits spielen prägende Erlebnisse in jugendlichem Alter für die Entwicklung der Triebrichtung bei weiblichen Personen anscheinend eine geringere Rolle als bei Männern. Danach ist das Schutzbedürfnis in doppelter Richtung geringer: Die Tathandlung hat geringere Wirkungschancen und eine etwaige Wirkung wäre weniger schwerwiegend. Schließlich wären die Tathandlungen in der Regel nur schwer faßbar. Die Grenzen zwischen freundschaftlichen Zärtlichkeitsbezeugungen, Berührungen im Zuge von Hilfeleistungen bei der Körperpflege und dergleichen einerseits und echten gleichgeschlechtlichen Akten andererseits entzögen sich weitgehend der Feststellung im Strafprozeß. Verfahren wegen gleichgeschlechtlicher Unzucht zwischen Frauen sind denn auch heute außerordentlich selten. Nach alledem ist es berechtigt, die Strafdrohung auch unter dem Gesichtspunkt des Jugendschutzes auf Akte zwischen Personen männlichen Geschlechts zu beschränken.¹⁵²

mentarischen Abschnitt, betrachtet die im Titel genannten Themen auf juristischer Ebene u. a. durch Aufzeigen zahlreichen Rechtsentwicklungen sowie aus rechtsvergleichender Perspektive.

150 StenProt, 1971, wie Anm. 147, 3800 (Hauser, ÖVP), (Absatz getilgt).

151 StenProt, 1971, wie Anm. 147, 3801 (Hauser, ÖVP).

Rüdiger Lautmann ist demnach zuzustimmen, wenn er festhält, daß Vorschriften gegen Homosexualität „auch einen funktionalen Stellenwert für die vorfindliche Männer-Frauen-Disparität“ haben. Sie sind „geschlechtsspezifisch formuliert und setzen eine bestimmte Konzeption der Geschlechterrollen voraus“.¹⁵³

Ironischerweise stützt die Verurteiltenstatistik, die für jedes Jahr bis 1971 auch Frauen ausweist, die wegen gleichgeschlechtlicher Handlungen verurteilt wurden, die oben vertretene Dissimulations- und Irrelevanzdeutung lesbischer Praxis nicht. Diese Verurteilungen waren gerade deshalb möglich, weil die Interpretation des Begriffs des „Unzucht-treibens“ nicht auf „beischlafsähnliche Handlungen“ (hier im Sinne der Penetration mit dem Penis) beschränkt war.

Das StGB 1975 behielt hinsichtlich der „gleichgeschlechtlichen Unzucht“ die Rechtslage bei, die mit der Novelle 1971 geschaffen worden war.

d) § 209 im Lichte von Rechtsprechung und Kommentarliteratur

Die Homosexualität ist nach hM viel gefährlicher.¹⁵⁴

In der Rechtsprechung zeitigt das psychologische Paradigma seltsame Blüten. In den 70er Jahren lag dem OGH ein Fall zur Entscheidung vor, bei dem ein Mann einen 17jährigen „durch Ankündigung von Schlägen, sohin durch gefährliche Drohung zur Duldung des Afterverkehrs genötigt habe“.¹⁵⁵ Das Erstgericht hatte, im Einklang mit einer prominenten Kommentarmeinung, den Fall unter § 204 (Nötigung zur Unzucht, Strafraum bis zu drei Jahren) subsumiert; eine Anwendung von § 209 wurde mit dem Argument abgelehnt, daß die von § 209 bekämpfte „Verführung“ im Fall von Gewaltanwendung ausgeschlossen erscheinen müsse. Nach der *ratio legis* sei dies dadurch zu begründen, „daß offensichtlich das [konsensuelle, d. Verf.] Unzucht-Treiben mit einem Jugendlichen für dessen Entwicklung wesentlich gefährlicher sei, da es eher gleichgeschlechtliche Neigungen bei ihm manifestieren könne als ein Nötigen, das dem Täter schon wegen der angewendeten Begehungsmittel das Unrecht des Tuns klar zum Bewußtsein bringt.“

Aus der Sicht des (rechtlich rezipierten) psychologischen Paradigmas scheint dies schlüssig. Der OGH hingegen entschied, die Tat sei § 209 (Strafraum 6 Monate bis 5 Jahre) zu unterstellen. Der OGH sah die Strafwürdigkeit primär im gleichgeschlechtlichen Geschehen, das einen unter und einen über 19jährigen als Protagonisten hatte und

152 RegVorl, wie Anm. 36, 15. Diese Argumentation wurde 1989 vom Verfassungsgerichtshof übernommen, als dieser zu entscheiden hatten, ob § 209 gleichheitswidrig sei, was er verneinte (VfSlg 12182, 10.03.1989).

153 Lautmann, Verbrechen der widernatürlichen Unzucht, wie Anm. 31, 294.

154 Christian Bertel u. Klaus Schwaighofer, Österreichisches Strafrecht, Besonderer Teil II (§§ 169–321 StGB), Wien/New York 21994, 70. In der dritten Auflage (Wien/New York 1997, 74) relativieren die Autoren: „Weil Homosexualität angeblich viel gefährlicher ist als die lesbische Liebe, wird nur sie pönalisiert.“

155 OGH, 18.11.1976, 13 Os 144/76, Evidenzblatt 1977/136.

insofern der Konstruktion des § 209 entsprach.¹⁵⁶ Diese Perspektive des Falles war für den OGH so dominant, daß er eine Verfolgung wegen § 204 (Nötigung zu Unzucht) ausschloß und dies damit begründete, das Nötigungselement der Tat ließe sich im hohen Strafraumen des § 209 mitberücksichtigen.

In diesem Fall tritt mit erhöhter Deutlichkeit die eklatante Wertungsdifferenz des Gesetzgebers hervor, erzwungene geschlechtliche Handlungen als weit weniger schädlich zu betrachten als eine konsensuale, zwischen handlungsfähigen Personen stattfindende sexuelle Begegnung.

Wie um die Anzahl der nach § 209 zu bestrafenden Personen noch weiter zu erhöhen, wird der Begriff des strafbaren Versuchs äußerst weit gefaßt: Schon „eine bloß flüchtige Berührung von Körperteilen der Sexualsphäre (plötzlicher Griff nach dem Glied des Partners) kann strafbaren Versuch nach § 209 bilden“.¹⁵⁷

e) Sonstige „flankierende Maßnahmen“

Die Strafbestimmungen gegen „gewerbsmäßige gleichgeschlechtliche Unzucht“ (§ 210), „Werbung für Unzucht mit Personen des gleichen Geschlechts oder mit Tieren“ (§ 220) und „Verbindungen zur Begünstigung gleichgeschlechtlicher Unzucht“ (§ 221) gelten heute nicht mehr. § 210 – ein Verbot ausschließlich männlicher homosexueller Prostitution – wurde bereits 1989 aus Gründen der AIDS-Prävention gestrichen.¹⁵⁸ Wenige Jahre nach ihrem Inkrafttreten wurde eine Verurteilung aufgrund dieser Bestimmung aus zwei Gründen angefochten: Der Betroffene führte zu seiner Entlastung, die Norm wäre ihm unbekannt gewesen, machte also Rechtsirrtum gemäß § 9 geltend. Seitens des OGH wurde ihm beschieden:

Die Pönalisierung männlicher homosexueller Prostitution bildet aber unbestreitbar einen Bestandteil des allgemeinen Rechtsbewußtseins in Österreich, und es war sonach beim BF [Beschwerdeführer, d. Verf.] wie bei jedem erwachsenen und schuldfähigen österreichischen Staatsbürger Verbotskenntnis vorauszusetzen.¹⁵⁹

Hinsichtlich der vom Beschwerdeführer eingemahnten Gleichheitswidrigkeit von § 210 hatte der OGH – wie auch immer wieder bei § 209 – keinerlei Bedenken, „denn für die strafrechtliche Verfolgung desselben Verhaltens von Frauen besteht keine kriminalpolitische Notwendigkeit“.¹⁶⁰

§§ 220 und 221 waren geschlechtsneutral gefaßt. Somit richtete sich § 220 auch gegen „Werbung“ für lesbische Sexualität, was sich in der Rechtsprechung zum Pornographiegesetz materialisierte.¹⁶¹ § 221, das

156 Im Sinne der Rechtslage bis zum Jugendgerichtsgesetz 1988 (BGBl. 1988/599), als das Alter des jüngeren Partners von 19 auf 18 Jahre gesenkt wurde.

157 OGH, 23.04.1981, 12 Os 39/81, Juristische Blätter 1981, 550.

158 Justizausschußbericht, 928 Blg. NR 17. GP, 1.

159 OGH, 10.09.1981, 13 Os 115/81, Evidenzblatt 1982/65.

160 Ebda.

161 Siehe etwa OGH, 05.07.1979, 13 Os 45/79, Evidenzblatt 1979/231: „Aus §§ 220, 221

„Vereinsverbot“, wurde offenbar nie (eigens) angewendet, bedeutete aber für die Mitglieder von Selbsthilfe-, Bildungs- und Kulturvereinen der Homosexuellenszene eine erhebliche Belastung. Von der Kommentarliteratur indes wurden diese Paragraphen geradezu als Erleichterung des Lebens von Lesben und Schwulen betrachtet:

[Diese, d. Verf.] Bestimmungen ... sind – richtig gesehen – keine Diskriminierung sexuell anders als die Bevölkerungsmehrheit gearteter Menschen, sondern eine, nicht zuletzt im Interesse der homosexuell veranlagten Menschen selbst gelegene Beschränkung bestimmter Verhaltensweisen, die unliebsame Konflikte auslösen könnten.¹⁶²

Die Konstruktion könnte kaum kühner sein: In Anknüpfung an bestimmte gesellschaftliche, für das Recht in Wahrheit freilich inakzeptable Diskriminierungen, werden die „anders gearteten Menschen“ durch gesetzgeberischen Akt als rechtliche Außenseiter erst geschaffen. Diese seine eigene Wirkung nimmt das Recht aber nicht zur Kenntnis; vielmehr transformiert es die von ihm erzeugte Marginalisierung aus der Realität einer rechtlichen Wirkung zu einer (weitgehend fiktiven) gesellschaftlichen Ursache: Das Recht suggeriert eine externe, jenseits des Rechts gelegene Bedrohung der Homosexuellen, die es umgehend durch sein Sonderregime für Homosexuelle abwehrt.¹⁶³ Die Homosexuellen sollten dem Recht für diese Protektion dankbar sein.

f) Reformen und Reformversuche im Muskelspiel der Parlamentsparteien

Im November 1996 standen die übrig gebliebenen „Homosexuellenparagraphen“, §§ 209, 220 und 221, zur Disposition des Parlaments. Dem vorausgegangen waren ExpertInnenhearings und jahrelange Informationsarbeit von seiten der Schwulen- und Lesbenorganisationen. Die Streichung von § 209 scheiterte wegen Stimmengleichheit (91/91); Anträge von ÖVP¹⁶⁴ und FPÖ¹⁶⁵, die eine modifizierte Version von § 209 mit neuer Überschrift („gleichgeschlechtliche Handlungen“) und (im Fall des FPÖ-Antrags) einem auf 16 Jahre abgesenkten Mindestalter – bei gleichbleibender Strafdrohung – zum Inhalt hatten, fanden ebenfalls keine Mehrheit. Im folgenden wird dargestellt, wie die Gegnerinnen und Gegner der Streichung argumentierten, um die *hic et nunc* hinter dieser Strafbestimmung stehende Ratio deutlich zu machen.

Die im Strafrecht zum Ausdruck gebrachte Wertordnung dürfe nicht ausgehöhlt werden. Eine Streichung der Homosexuellenparagraphen würde den Wert von Ehe und Familie untergraben:

StGB ergibt sich, daß die sonst ‚erlaubte‘ gleichgeschlechtliche Unzucht zwischen Frauen pornographisch und propagandistisch dargestellt, verboten ist.“ Beachtet sei das feinsinnig gesetzte Anführungszeichen.

162 Pallin, §§ 201–221, wie Anm. 71, § 209, Rz. 1.

163 Zu dieser Konstruktion siehe die kritische Auseinandersetzung in Nikolaus Benke, Die unerträgliche Dürftigkeit des Arguments – Eehindernis Gleichgeschlechtlichkeit? In: Juridikum 2/1993, 9–11.

164 Antrag 300/A.

165 Siehe StenProt NR 20. GP, 47. Sitzung, 27.11.1996, 64.

Für uns von der Volkspartei sind die Institute der Ehe und der Familie eben weiterhin von hohem Wert, und wir legen daher den Maßstab dort an: Diese Werte müssen geschützt werden, wodurch diese Instrumente auch in Zukunft die entsprechende Unterstützung erfahren werden.¹⁶⁶

Der noch in der „Prägephase“ befindliche Jugendliche solle nicht „fehlgeprägt“ werden:

Ich möchte nämlich, daß möglichst wenig der zu prägenden Jugendlichen ... in diese Richtung gelenkt werden. Das möchte ich, und ich will ... auch aus diesem Grund kein Zeichen setzen, aus dem man ableiten könnte, daß es unserer Gesellschaft, unserer Gemeinschaft, unserem Staat ... völlig egal ist oder völlig egal sein kann, in welche Richtung Sexualität geprägt wird – dort wo sie prägar ist.¹⁶⁷

Buben seien anders als Mädchen. Buben müßten geschützt werden:

Es gibt einen Unterschied zwischen Buben und Mädchen – das wissen wir alle –, und es gibt auch einen Unterschied in der gleichgeschlechtlichen Liebe zwischen Buben und Mädchen, nämlich jenen, daß bei frühen homosexuellen Kontakten die weitere homosexuelle Prägung bei Burschen eine viel stärkere ist als bei gleichgeschlechtlicher Liebe zwischen Mädchen oder bei heterosexueller Liebe. (*Abg. Mag. Stoitsits: Woher wissen Sie das? – Heftiger Widerspruch bei der SPÖ.*) ... Und schützen wir nun unsere Kinder nicht vor einschlägigen homosexuellen Erfahrungen, dann ist ihre erste Liebesbekanntschaft halt eine homosexuelle, dann ist halt das, was sie unter erster Liebe verstehen, das Schöne, das Wertvolle, das, was ihnen Freude macht. (*Beifall bei den Freiheitlichen. – Abg. Mag. Kammerlander: Na und! – Anhaltende Zwischenrufe bei der SPÖ und bei den Grünen.*) – Hören Sie mir einmal zu!

Das ist es, was sie unter Liebe verstehen. (*Abg. Mag. Stoitsits: Na und!*) Und sie versuchen gar nicht mehr, weitere heterosexuelle Kontakte zu schließen. Sie versuchen es gar nicht mehr, und zwar deswegen, weil – und das wissen wir alle, wir, die wir Kinder haben – Buben auch schüchtern sind. Es ist manchmal viel leichter, zu einem Mann Kontakt zu finden als zu einem [sic] Heterosexuellen, also zu einem Mädchen. (*Heftiger Widerspruch bei der SPÖ und bei den Grünen.*) Das heißt, man raubt dem Kind eine Möglichkeit, man raubt ihm die Möglichkeit der Vielfalt des sexuellen Erlebens und des Experimentierens mit Mädchen, was ganz natürlich und normal ist. Das heißt, man raubt ihm die Entscheidungsmöglichkeit.¹⁶⁸

Die einschlägigen Paragraphen würden ohnehin nicht diskriminieren:

Ich verwahre mich hier persönlich, aber auch für die Abgeordneten der ÖVP dagegen, daß wir die Diskriminierung einer Menschengruppe wollen. *Niemand* will die Diskriminierung von Homosexuellen. – Um das klar zu sagen. (*Beifall bei der ÖVP*)¹⁶⁹

Das Interesse der Gemeinschaft stehe über den Rechten eines Individuums, das einer Minderheit angehört:

166 StenProt, 1996, wie Anm. 165, 61 (Trinkl, ÖVP).

167 StenProt, 1996, wie Anm. 165, 71 (Bauer, FPÖ).

168 StenProt, 1996, wie Anm. 165, 89 (Povysil, FPÖ).

169 StenProt, 1996, wie Anm. 165, 79 (Schwimmer, ÖVP).

Hier steht halt einmal größtmögliche individuelle Freiheit des einzelnen gegen die Interessen, die Lebensinteressen, die existentiellen Interessen der größeren Gemeinschaft, der größeren Gesellschaft, in die dieses Einzelindividuum ja eingebettet ist und eingebettet sein *will!*¹⁷⁰

Sie müssen als Minderheit ... auf die Toleranz der Mehrheit zählen können, aber sie müssen auch zur Kenntnis nehmen, daß sie eine Minderheit sind. – So ist das halt einmal.¹⁷¹

Österreich habe im übrigen andere Probleme:

Wenn man die heutige Debatte verfolgt und vor allem auch das, was sich im Vorfeld dieser Debatte bereits abgespielt hat, dann wird einem klar, daß die Aufgeregtheit in diesem Zusammenhang diametral zu den tatsächlichen Problemen der Mehrheit der Österreicher steht. (*Beifall bei der ÖVP und bei Abgeordneten der Freiheitlichen.*) Denn die Mehrheit der Österreicher weiß sehr wohl, daß Österreich größere Probleme hat, als das Schutzalter bei homosexuellen Übergriffen zu senken.¹⁷²

In dieser Sitzung kam es mit knapper Mehrheit zur Abschaffung des § 220 (90/89); mit ähnlich knapper Mehrheit wurde ein neuer § 220a eingefügt (93/89), der Werbung für „Unzucht mit Tieren“ pönalisiert. § 221 wurde dann mit der deutlichen Mehrheit von 128/52 Stimmen gestrichen.

g) Einige Bemerkungen zur Debatte im Lichte neuer Entwicklungen

Unter all den sonderbaren Argumenten, die in der Debatte für die Beibehaltung des unterschiedlichen Mindestalters für sexuelle Kontakte vorgebracht wurden, sticht die letzte Bemerkung besonders hervor. Der Abgeordnete verabsolutiert die von ihm konstruierte Mehrheitsmeinung auf Kosten der Forderung einer Minderheit, in ihrem Anspruch auf Gleichbehandlung vor dem Gesetz (Art 7 Bundes-Verfassungsgesetz) ernst genommen zu werden. Die Anliegen der Minderheit werden gegen die „tatsächlichen Probleme“ der Mehrheit ausgespielt, als ob eine Herabsetzung des Mindestalters es unmöglich machte, diese Probleme legislativ wahrzunehmen.

Negiert wird zudem, daß Menschenrechtsfragen – und um eine solche handelt es sich hier¹⁷³ – von einer (wohl selbsternannten) „moralischen Mehrheit“ nicht legitimerweise zur Disposition gestellt werden können. Menschenrechtsschutz bedeutet immer auch Minderheitenschutz.¹⁷⁴ Freilich konnten sich die Verfechterinnen und Verfechter der

170 StenProt, 1996, wie Anm. 165, 71 (Bauer, FPÖ).

171 StenProt, 1996, wie Anm. 165, 72 (Bauer, FPÖ).

172 StenProt, 1996, wie Anm. 165, 82 (Kukacka, ÖVP).

173 Siehe oben IV.C.i.

174 Siehe Iacobucci J. in Vriend v. Alberta (Supreme Court of Canada, File No. 25285, 1998: April 2), para. 176 „[T]he concept of democracy means more than majority rule ... In my view, a democracy requires that legislators take into account the interests of majorities and minorities alike, all of whom will be affected by the decisions they make. Where the interests of a minority have been denied consideration, especially where that group has historically been the target of prejudice and discrimination, I believe that judicial intervention is warranted to correct a democratic process that has acted improperly“.

Beibehaltung des unterschiedlichen Mindestalters zu dieser Zeit noch auf die ständige Entscheidungspraxis europäischer Instanzen (des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte wie der Europäischen Kommission für Menschenrechte) berufen.

Diesbezüglich hat sich mittlerweile aber die Situation geändert. Die Europäische Kommission für Menschenrechte hat in der Rechtssache *Euan Sutherland against the United Kingdom*¹⁷⁵ nunmehr festgehalten, daß eine nationale Regelung, die hinsichtlich des *age of consent* zwischen heterosexuellem und homosexuellem Geschlechtsverkehr differenziert, im Lichte von Art 8 (Recht auf Privatheit) und Art 14 (Diskriminierungsverbot) der Europäischen Menschenrechtskonvention (MRK) unzulässig ist.¹⁷⁶

2. Gefährliche Bilder: Das Gespenst der „sexuellen Fehlprägung“

Der zweite Bereich, an dem sich der prekäre Status des Rechtsguts „Sittlichkeitsempfinden“ zeigt, ist das Öffentlichmachen sexuell expliziter Botschaften und Abläufe.

Es wäre wohl verfehlt, das Thema Pornographie überhaupt mit dem Hinweis abzutun, Bilder wären nicht „wirklich“ und daher wirkungslos. Auch wenn die Vorstellungen über die Wirkung von Bildern oft allzu einfach sind, ist die Ansicht nicht gänzlich von der Hand zu weisen, Bilder könnten „Propaganda“ für „unerwünschtes“ Verhalten sein. Das Verhältnis zwischen dem, was wir unter der „Realität“ verstehen und „Bildern“, die vielfach dem Reich der „Phantasie“ zugewiesen werden, ist äußerst komplex, die Dichotomie zwischen Phantasie und Realität reichlich künstlich. Was gesehen oder gelesen werden kann, hat auch seinen Platz in der Realität, kann zu gelebter Praxis werden. So stellt sich die Frage nicht, ob Pornographie Ansichten und Verhalten überhaupt beeinflussen kann; jedoch muß hinsichtlich der Wirkungsmächtigkeit sexuell expliziter Darstellungen relativiert werden:

Pornography, like any other representation or spectacle, has an impact on people; but ... it is *just one model* of sexuality among multiple and contradictory models that individuals draw upon to make choices and to invent new models for their sexuality.¹⁷⁷

Die Flut an strafrechtlichen Normierungen zum Schutz der Jugend und des Rests der Bevölkerung vor den befürchteten, aber kaum greifbaren schädlichen Einflüssen von „unzüchtigen“ Darstellungen aller Art mutet bisweilen geradezu obsessiv an. Im Kontext unseres Themas werden selektiv Normierungen herangezogen, die für die spezifische Ausdiffe-

175 Application No. 25186/94, 01.07.1997.

176 Damit hat zum ersten Mal das Gleichheitsargument den Sieg davongetragen. Auch in den USA wurde im Hinblick auf die Rechte von Homosexuellen kürzlich erfolgreich mit dem Diskriminierungsverbot argumentiert, (*Romer v. Evans*, No. 94–1039, *US Supreme Court* 1996). Siehe dazu etwa Todd Brower, „A Stranger to its Laws“: Homosexuality, Schemas, and the Lessons and Limits of Reasoning by Analogy, in: *Santa Clara Law Review* 1997, 65–152.

177 Dany Lacombe, *Blue Politics: Pornography and the Law in the Age of Feminism*, Toronto/Buffalo/London 1994, 36 (Kursivsetzungen d. Verf.).

renzung des Unzuchtsbegriffs im Darstellungsbereich eine richtungweisende Rolle spielten. Festzuhalten ist darüber hinaus, daß der Gesetzgeber sich bei der Frage nach der Definition des Begriffs „Unzucht“ im Strafrecht regelmäßig auf die Judikatur in diesem Bereich berief.¹⁷⁸

a) ... zum übeln angereizt und verführt ...

Die Not, sich mit „unzüchtigen“ Darstellungen aller Art auseinandersetzen zu müssen, tauchte in den österreichischen Ländern spätestens Mitte des 17. Jahrhunderts auf.¹⁷⁹ Die einschlägigen Normen scheinen anzudeuten, daß „Pornographie“ schon in dieser Zeit nicht der „Luxus einer kleinen Elite“¹⁸⁰ war, sondern aufgrund des umtriebigen Handels damit ein auch im „gemeinen Volk“ verbreitetes Phänomen darstellte. Ein Patent Carls VI. aus 1714 liefert auch den Grund für die Strafbarkeit derartigen Treibens mit, indem durch derlei Darstellungen

mannigfaltige unschuldige Jugend beyderley Geschlechts zum übeln angereizt und verführt, auch fast jedermänniglich geärgert, und mithin GOtt der Allmächtige, wann Wir als regierender Herr und Landes=Fürst aus Christlichem Eifer solches nicht abzustellen trachteten, gar leichtlich zu seinem gerechten Zorn, und verhängenden schweren Straffen, bewogen werden könnte.¹⁸¹

Aus Gott wurde im Zuge der Säkularisierung das Sittlichkeitsempfinden der Bevölkerung; die Sorge um die Jugend blieb die nämliche. Um beide Schutzobjekte kreisen die Normen, die sich in jedem Strafgesetzbuch seit der CCT 1767 finden.

§ 516 StG 1852¹⁸² normiert den Tatbestand der „Gröbliches und öffentliches Ärgernis verursachende[n] Verletzung der Sittlichkeit oder Schamhaftigkeit“ durch bildliche Darstellungen oder durch unzüchtige Handlungen.¹⁸³ Unser Interesse hinsichtlich der Interpretation des Unzuchtsbegriffs bezieht sich auf zwei unterschiedliche Ebenen. Zum einen geht es um die Frage, wie das Phänomen der „Unzüchtigkeit“ mit Bezug auf die „Sittlichkeit“ formal gefaßt wird. Hier kann schnell erkannt werden, daß die aufgegebenen Definitionen zirkulär sind. Nur zwei

178 So etwa in der Regierungsvorlage zum StGB 1975, 30 Blg. NR 13. GP, 340.

179 Patent Ferdinands III. für die Länder ob und unter der Enns, „Unzüchtige Bilder Seyn verboten ...“, *Codex Austriacus*, Bd. I, Wien 1715, 400 (10.10.1642).

180 So aber Bernard Arcand, *The Jaguar and the Anteatator, Pornography Degree Zero*, London/New York 1993, 130.

181 *Codex Austriacus*, Bd. II, Leipzig 1748, 790–791 (03.06.1715).

182 § 516. Wer durch bildliche Darstellungen oder durch unzüchtige Handlungen die Sittlichkeit oder Schamhaftigkeit gröblich und auf eine öffentliches Ärgernis erregende Art verletzt, macht sich einer Übertretung schuldig, und soll zu strengem Arreste von acht Tagen bis zu sechs Monaten verurteilt werden. Wurde aber eine solche Verletzung durch Druckschriften begangen, so ist sie als ein Vergehen mit strengem Arreste von sechs Monaten bis zu einem Jahre zu ahnden.

183 Auf den Hintergrund dieser Differenzierung macht Rittler, *Lehrbuch*, wie Anm. 83, 322, aufmerksam: „Das Gesetz spricht in sehr feiner Weise von der Verletzung der *Sittlichkeit* oder *Schamhaftigkeit*. Die beiden Ausdrücke bedeuten nicht dasselbe. Die *Sittlichkeit* kann nur durch einen ethisch verwerflichen Vorgang verletzt werden, die *Schamhaftigkeit* auch durch einen Vorgang, der durchaus keinem Unwerturteil unterliegt, der aber nach den Anforderungen unserer Kultur verborgen zu halten ist.“

prägnante Formulierungen des OGH: Unzüchtig sind Handlungen, Abbildungen und Gegenstände, „wenn sie die Sittlichkeit in geschlechtlicher Beziehung verletzen“. ¹⁸⁴ „Für die Beantwortung der Frage, ob eine Druckschrift geeignet ist, den sittlichen Anstand in geschlechtlicher Hinsicht gröblich zu verletzen, sind die bei gesitteten Menschen herrschenden sittlichen Anschauungen maßgebend.“ ¹⁸⁵ Da Richter ¹⁸⁶ jeweils zu entscheiden hatten, waren sie wohl von Berufs wegen die „gesitteten Menschen“.

Die zweite Ebene ist jene des verbotenen Inhalts, dessen also, was von „gesitteten Menschen“ als strafwürdig erkannt wird. Im ersten Drittel des zwanzigsten Jahrhunderts wurden die Toleranzgrenzen sehr eng gezogen. In der Zwischenkriegszeit fielen darunter auch Schriften über Verhütung, Abtreibung und außerehelichen Geschlechtsverkehr:

Mag auch der Zweck der Druckschrift der gewesen sein, Anleitungen für die Verhütung der Empfängnis zu geben, so ist doch die Art, wie dies geschehen ist, als grob unzüchtig zu bezeichnen, weil der Verfasser ohne alle Nötigung geschlechtliche Vorgänge, und zwar in einer das Schamgefühl verletzenden, daher unzüchtigen Weise, zur Darstellung gebracht hat. Das gilt insbesondere von den Ausführungen über widernatürlichen Geschlechtsverkehr und unzüchtige Versuche der Schwangerschaftsverhütung sowie von den Stellen, die unverkennbar eine Billigung und Anpreisung des außerehelichen Geschlechtsverkehrs enthalten. ¹⁸⁷

Dies zeigt, wie sehr die Vorschriften gegen unzüchtige Darstellungen dazu dienen sollten, jegliche Inhalte, die die Ehe als einzig legitimen Ort des einzig legitimen Beischlafs in Frage stellen, zu verbieten. In dieses Bild fügt sich trefflich die ebenso wie § 516 bis 1975 in Geltung stehende Vorschrift des § 305 StG, der die Herabwürdigung oder die versuchte Erschütterung der Einrichtung der Ehe oder der Familie sowie einiger weiterer Rechtsgüter wie des Eigentums mit Arrest von bis zu sechs Monaten bedrohte.

Für das Vorgehen gegen Pornographie erschien § 516 StG nach dem ersten Weltkrieg nicht mehr ausreichend, also wurden auf der Ebene des Verwaltungsrechts wie auf jener des Strafrechts diverse ergänzende Bestimmungen, insbesondere zum Zweck des Jugendschutzes, erlassen. ¹⁸⁸

184 OGH, 17.04.1953, 5 Os 1270/52, SS 24/34.

185 OGH, 10.04.1931, 5 Os 177/31, SS 11/33.

186 In Österreich wurde 1947 erstmals eine Frau ins Richteramt berufen. Siehe dazu nur Birgit Feldner, Alle Menschen werden Brüder. 75 Jahre Juristinnen – Ein Dreiaakter, Juridikum 5/1994, 39–41.

187 OGH, 10.04.1931, 5 Os 177/31, SS 11/33, wobei in diesem Fall allerdings aus formalen Gründen ein Freispruch erfolgte.

188 § 12 Preßgesetz, BGBl. 1922/218, eine verwaltungsrechtliche Jugendschutzbestimmung; Art VI der StGNov, BGBl. 1929/440, eine strafrechtliche Ergänzung vorgenannter Bestimmung, die das Zugänglichmachen von Schriften, Abbildungen oder anderen Darstellungen, „die unzüchtig oder doch geeignet“ sind, „das Schamgefühl der Jugend zu überreizen oder irrezuleiten“ kriminalisierte; als jugendlich wurden – wie heute – alle Personen unter 16 Jahren definiert; die Verordnung der Bundesregierung zum Schutze der Sittlichkeit und der Volksgesundheit vom 23. März 1934, BGBl. I Nr. 171, die erst mit Einführung des PornG 1950 aufgehoben wurde.

b) Das österreichische Pornographieggesetz: Der Ruf nach dem „eisernen Besen“

Es ist gewiß nicht schlecht, wenn man an einem Volkskörper Wimmerln entfernt.¹⁸⁹

Die Sorge um die Bevölkerung und insbesondere um die Jugend ließ den Gesetzgeber auch nach dem Zweiten Weltkrieg nicht ruhen. 1950 wurde ein Pornographieggesetz (PornG¹⁹⁰) erlassen, das bis heute, nur unbedeutend reformiert, in Geltung steht. Die Gesetzesmaterialien legen Zeugnis ab von einer großen Alarmiertheit des Gesetzgebers des Jahres 1950 ob des Sittenverfalls, der aufgrund des gesteigerten Erlebnisdrangs der vom Zweiten Weltkrieg gezeichneten Bevölkerung registriert wurde. Besonders Frauen standen im Zentrum der Besorgnis: nicht als Konsumentinnen, sondern als Bilder. Im Nationalrat ereiferte sich etwa Abgeordneter Kranebitter (ÖVP) über „gewissenlose Geschäftsspekulanten, die unserer Jugend statt kräftiger gesunder Geistesnahrung in Presse, Literatur, Lichtbild, Theater und Rundfunk geistiges Schweinefutter in Massen dargereicht haben. In diesen Schmutz- und Schundprodukten ist an Stelle des edlen Frauentums das schamlose Dirnentum zum Ideal erhoben worden“.¹⁹¹ An anderer Stelle richtete dieser Abgeordnete einen Aufruf an die zum Vollzug zuständigen Landeshauptleute und Gerichtsbehörden:

Der Nationalrat Österreichs gibt Ihnen mit diesem Gesetz einen eisernen Besen zur Beseitigung des unsere Jugend bis ins Mark vergiftenden Unrates in die Hand. Benützen Sie dieses Säuberungsinstrument nicht zaghaft und lendenlahm, damit der Schmutz und Schund nicht unter und neben den Paragraphen ausweicht und zur weiteren Verpestung der Jugendseele und Volksgesundheit und zur Entehrung der Frauenwürde und des ganzen Vaterlandes liegen bleibt!¹⁹²

Hier erhellt, daß über die Anwendung des PornG „sexuelle Politik“ betrieben wird, die (in letzter Konsequenz) traditionelle Institutionen wie Ehe und Familie und die damit verbundenen, in vielfältiger Weise und auch rechtlich institutionalisierten Rollenbilder stützen soll. Von anderen Lebenszusammenhängen abgelöste Darstellungen von Sexualität sind verpönt, weil damit die Bedeutung der angesprochenen Institutionen und die damit verbundenen Bilder – vor allem von Frauen – sowie deren stabile Verankerung in der Gesellschaft untergraben werde.¹⁹³ Diese Argumentation stützt sich auf die in dieser Logik verankerte traditionell dichotome Sichtweise von Frauen, die nur zwei Orte besetzen können: jenen der Jungfrau/Mutter und jenen der „Hure“.

189 StenProt NR, 4. GP, 23. Sitzung, 31. März 1950, 857 (Fischer, KPÖ).

190 Bundesgesetz vom 31. März 1950, BGBl. Nr. 97, über die Bekämpfung unzüchtiger Veröffentlichungen und den Schutz der Jugend gegen sittliche Gefährdung.

191 StenProt, 1950, wie Anm. 189, 861, (Kursivsetzung d. Verf.).

192 StenProt, 1950, wie Anm. 189, 863.

193 Siehe dazu nur Eisenstein, *Female Body*, wie Anm. 15, 163–165 und Elisabeth Holzleithner, Ein „vielköpfiges Ungeheuer“. Pornographie in der Diskussion, in: Ursula Floßmann Hg., *Recht, Geschlecht, Gerechtigkeit*, Linz 1998, 121–156 mit weiteren Nachweisen.

So verwundert es im weiteren nicht, wenn auch die gewöhnlich von österreichischen Gerichten angewandte Interpretationsmaxime des PornG davon ausgeht, daß Pornographie das heterosexuelle Schamgefühl als Ausdruck patriarchaler Werte, Institutionen und Herrschaftsansprüche nicht verletzen darf: Für die Beurteilung, ob eine Darstellung „unzüchtig“ oder „anstößig“ ist, ist nach mittlerweile ständiger Rechtsprechung des OGH „von der jeweiligen allgemeinen Auffassung der Rechtsunterworfenen auszugehen, wobei das Grenzmaß nach den zeitverbundenen, soziologisch und gesellschaftlich aufgeschlossenen Ansichten maßgerechter Durchschnittsmenschen gefunden werden muß“. ¹⁹⁴ Alles, was diesen Maßstab überschreitet, ist „ein Verhalten, das das Zusammenleben in der Gesellschaft grob stört und dessen Strafwürdigkeit für jeden normal empfindenden Durchschnittsmenschen allgemein einsichtig ist“. ¹⁹⁵

Zwar wird „Unzucht“ als Kategorie geführt, der strikte Vorstellungen von gut und böse, Tugend und Laster zugrunde liegen. Entschieden wird hingegen rein intuitionistisch: „I know it, when I see it.“ ¹⁹⁶ Dieser klassische „Obszönitätsstandard“, formuliert von Justice Stewart, einem amerikanischen Supreme Court Richter in den 60er Jahren, bringt den mit ihm verbundenen Reflex des Sittlichkeitsempfindens mit entwaffnender Offenheit auf den Punkt. Dieser Intuitionismus wird freilich hinter oft aufwendigen juristischen Konstruktionen versteckt. Dazu gehört etwa die Rede vom „objektiven Inhalt“ einer Darstellung, der allein den Ausschlag geben soll, ob sie als unzüchtig zu bewerten ist. Auf diese Art werden, wie aus folgenden Ausführungen erhellt, scheinbare Bestimmtheiten erzeugt:

Ob eine Darstellung als unzüchtig zu werten ist, richtet sich nur nach ihrem objektiven Inhalt, nach ihrer äußeren Erscheinungsform, wobei ein geschlechtlicher Vorgang, eine reale Sexepisode, in einer gegen das allgemeine Scham- und Sittlichkeitsgefühl gröblich verstoßenden Weise wiedergegeben oder jedenfalls unverkennbar angedeutet werden muß. ¹⁹⁷

c) Da capo: Die „richtige“ sexuelle Orientierung als Anwendungsprinzip des PornG

Knapp nach Erlassung des PornG erschien dem OGH schon durch Frauenfotos mit „derb-sinnlichem Charakter ... die sittliche oder gesundheitliche Entwicklung jugendlicher Personen durch Reizung der Lusternheit oder Irreleitung des Geschlechtstriebes“ ¹⁹⁸ Jugendlischer gefährdet. Doch das „allgemeine Scham- und Sittlichkeitsgefühl“ geht „mit der

194 OGH, 06.07.1971, 10 Os 80/71. In Zusammenhang damit wurde festgehalten: „Der Begriff ‚Unzüchtigkeit‘ kann nicht ausschließlich auf die Ansichten von Liebhabern pornographischer Literatur abgestellt werden.“ OGH, 18.02.1972, 10 Os 267/71.

195 11 Os 61/75, 12.09.1975.

196 Justice Stewart, *Concurring in Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184, 197 (1964).

197 Otto Leukauf u. Herbert Steininger Hg., *Das neue österreichische Strafrecht*, Dritter Teil, *Strafrechtliche Nebengesetze mit erläuternden Anmerkungen und Entscheidungen*, Eisenstadt ²1984, 742.

198 OGH, 15.06.1954, 5 Os 610/54, SSt 25/52.

Zeit". Diese Veränderlichkeit soll über die Interpretation des Unzuchtsbegriffs wahrgenommen werden. Probleme mit dem Bestimmtheitsgebot¹⁹⁹ wurden zwar in späterer Zeit thematisiert, vom OGH aber – mit Verweis auf die durch die eigene Judikatur verbürgte Determinierbarkeit der einschlägigen Begriffe – abgetan.²⁰⁰ Sukzessive führte eine Veränderung der Welt auch zu einer Veränderung des „objektiven Charakters“ solcher Bilder. Davon legt ein Leitsatz aus 1961 Zeugnis ab:

Übersteigt die von der Abbildung einer stark dekolletierten Frau ausgehende geschlechtliche Reizung Jugendlicher nicht jenes Maß an geschlechtlicher Reizung, dem Jugendliche im täglichen Leben ausgesetzt sind, liegt [ein Verstoß gegen das Pornographiegesetz, d. Verf.] nicht vor.²⁰¹

Dies war einer der ersten Liberalisierungsschritte, die bis zur Entkriminalisierung von Fäkaldarstellungen, Analverkehr und Gruppensex gingen.²⁰² Die Liberalisierungspolitik der Rechtsprechung fand allerdings mit dem Aufkommen neuartiger Darstellungen ihre Grenze: Homosexuelles Material wurde durch die Definition als „absolut unzüchtig“ ab den 70er Jahren immer wieder als „Kern“ des strafrechtlichen Verbotstatbestands bestätigt. Und so verstand sich die Legalisierung vorerwähnten Materials nur insoweit, als keine „gleichgeschlechtliche Handlungen vorgenommen“ werden, „denen ein entsprechender Auffälligkeitwert zukommt“.²⁰³

Während in vielen westlichen Staaten ähnliche Phänomene zu beobachten sind, konnten österreichische Gerichte aufgrund der im Strafgesetzbuch firmierenden „Homosexuellenparagrafen“ systematisch interpretieren. Denn Akte „gleichgeschlechtlicher Unzucht“ seien zwar nur beschränkt strafbar, dürften aber nicht „propagiert“ werden (§ 220 StGB); pornographische Darstellungen solcher Art müßten daher im Sinne der „heterosexuellen Orientierung der rechtlich geordneten Gesellschaft“ und ihres Schutzes als harte Pornographie verboten werden.²⁰⁴ Die propagandistische Wirkung einer gleichgeschlechtlichen Darstellung hat innerhalb dieser Logik „die Feststellung zur Voraussetzung, daß mit dem Verkauf der Druckwerke eine größere Zahl von Menschen („Massen“) die bisher heterosexuell eingestellt waren, der homosexuellen Betätigung zugeführt werden können und tatsächlich

199 Siehe oben I.B.10.

200 Der Rechtsbegriff *unzüchtig* sei „im Zusammenhalt mit den übrigen Bestimmungen dieses Gesetzes und unter Berücksichtigung des sich daraus ergebenden Zweckes der Strafnorm einer einheitlichen Auslegung durch das Gericht zugänglich. Somit besteht kein Anlaß zur Einleitung eines Gesetzesprüfungsverfahrens beim VfGH“. Christian Mayerhofer u. Sepp Rieder, Das österreichische Strafrecht, 3. Teil, Nebenstrafrecht, Stand: Gesetzestext 19.03.1992, Kommentar und Entscheidungen 01.07.1991, Wien ³1992, 903.

201 OGH, 08.05.1961, 8 Os 47/61, SSt 32/42. Es ist im übrigen durchaus amüsant nachzulesen, wie der OGH zu begründen sucht, daß das von ihm zu bewertende Bild nicht „lasziv“ ist, etwa weil „nicht davon gesprochen werden [kann], daß die dargestellte Frau einen lüsternen Gesichtsausdruck zur Schau stellt“.

202 Siehe Mayerhofer/Rieder, Nebenstrafrecht, wie Anm. 200, 906.

203 Mayerhofer/Rieder, Nebenstrafrecht, wie Anm. 200, 906.

204 OGH, 24.11.1980, 12 Os 111/80 (verstärkter Senat), Österreichische Richterzeitung 1981/20.

zugeführt werden sollen".²⁰⁵ Die österreichische Rechtspraxis allerdings verzichtete im Einzelfall auf die Überprüfung der tatsächlichen Werbewirkung. Sie wurde schlicht vorausgesetzt, weil sie dem inkriminierten Material gleichsam „wesensmäßig“ anhaften sollte, da eine solche „Werbekomponente ... bei Druckwerken und Laufbildern in der Regel gegeben“ sei. Diese Vorgabe war völlig apodiktisch und auch unabhängig davon anzuwenden, an welchen Adressatenkreis das inkriminierte Material gerichtet war, insbesondere als „auch Personen, die bereits der homosexuellen Betätigung zuneigen, durch Propaganda in ihrer Einstellung fixiert werden“²⁰⁶ könnten.

Durch die Abschaffung von §§ 220–221 StGB ist die Basis für diese systematische Interpretation verloren gegangen.²⁰⁷ Wie die Entwicklung weitergeht, wird abzuwarten sein, aber jedenfalls in engem Zusammenhang mit der von Richterinnen und Richtern konstruierten gesellschaftlichen Bewertung von Homosexualität stehen. Und der Öffentlichkeit wird das Verbot oberwähnten Materials als gegeben mitgeteilt: „Als generell verboten gilt nur die Ausstrahlung von Sex mit Kindern, Tieren oder unter Homosexuellen.“²⁰⁸

d) Reformbestrebungen

Das Bundesministerium für Justiz legte 1993 und 1994 Entwürfe für ein neues, „zeitgemäßes“ Pornographiegesezt vor.²⁰⁹ Mit diesen Entwürfen sollte das „allgemeine Sittlichkeitsempfinden“ als geschütztes Rechtsgut verabschiedet werden.²¹⁰ Hinsichtlich des Jugendschutzes verlegte man sich allerdings nach wie vor darauf, eine „Irreleitung des Geschlechtstriebes“ durch pornographische Schriften sei tunlichst hintanzuhalten:

Die Gefahr der Entwicklung eines solchen abweichenden Sexuallebens ist am ehesten mit einer Konfrontation junger Menschen mit die Menschenwürde mißachtenden Darstellungen geschlechtlicher Handlungen verbunden. Minderjährige unter 16 Jahren, die sich noch in einem sexuellen Reifungsprozeß befinden, können solche Darstellungen nicht oder nur schwer verarbeiten, sodaß durch deren Betrachtung sexuelle Fehlprägungen möglich erscheinen. Mit der Mißachtung der Menschenwürde ist in diesem Zusammenhang nicht die Würde einer bestimmten Person, sondern die Menschenwürde als abstraktes Rechtsgut gemeint.²¹¹

205 OGH, 16.05.1979, 10 Os 62/79, Evidenzblatt 1980/115.

206 OGH, 24.11.1980, wie Anm. 180.

207 Vgl. dazu auch Klaus Schwaighofer, Das Strafrechtsänderungsgesetz 1996 und weitere Neuerungen im Strafrecht. Einführung – Texte – Materialien, Wien 1997, 123: „Es steht ... zu erwarten, daß in der Judikatur ... einer Aufhebung des § 220 StGB auch dadurch Rechnung getragen wird, daß künftig bei der Auslegung des Begriffs ‚unzüchtig‘ im Sinne des § 1 Abs. 1 PornG Unterschiede zwischen heterosexuellen und homosexuellen Darstellungen weitgehend außer Betracht bleiben werden.“ Anzumerken ist hier, daß an Stelle des alten § 220 ein neuer § 220a eingefügt wurde, der die Werbung für Unzucht mit Tieren weiterhin pönalisiert.

208 Die Presse, 23.08.1997, Ressort Kultur.

209 BMJ, 701.011/12-II 2/94.

210 BMJ, wie Anm. 209, 25.

211 BMJ, wie Anm. 209, 23.

Der hier gewählte Topos, es gelte „sexuelle Fehlprägungen“ zu verhindern, manövriert das Konzept in unmittelbare Nachbarschaft zu § 209 StGB und der darin manifestierten „Verführungstheorie“. Doch trotz dieser systematischen Anbindung an Vertrautes war der Widerstand gegen die Novelle so groß, daß sie im parlamentarischen Justizausschuß ihr Ende fand. Michael Graff, damals Vorsitzender dieses Gremiums, brachte es – empört über die Idee einer möglichen Entkriminalisierung homosexueller Pornographie – unvergleichlich auf den Punkt: „Schweinereien gehören verboten.“²¹² Statt der Novelle wurde 1994 ein eigener Straftatbestand gegen Kinderpornographie (§ 207a) beschlossen.

e) Gedanken zu einem neuen Ansatz

Die Frage im Zusammenhang mit Pornographie muß (wieder) lauten, worin der Schaden durch solche Veröffentlichungen liegen kann, und wie allenfalls rechtliche Instrumentarien zum adäquaten Schutz vor solchem Schaden einzusetzen sind.

1. Der notwendige Anknüpfungspunkt ist das Rechtsgut der sexuellen Integrität.²¹³ Demnach erscheint ein rechtliches Korrekturinstrumentarium dann angebracht, wenn Pornographie von der Produktion her auf gravierenden Machtgefällen (Gewalt, Ausbeutung, Unmündigkeit) beruht. Diesbezüglich könnten Strafrecht²¹⁴, Zivilrecht und Arbeitsrecht einen ausreichenden Schutz für die Protagonistinnen und Protagonisten bieten.

Was das Vertreiben und den Konsum von Pornographie betrifft, so zeigen sich erhebliche Schwierigkeiten, ihre soziale Inadäquatheit isoliert von anderen medialen Phänomenen²¹⁵ aufzuweisen und damit rechtliche Repressionsmaßnahmen zu begründen.²¹⁶

212 Michael Graff im Streitgespräch mit Nadja Lorenz, Schweinereien gehören verboten, in: *Wienerin*, September 1994, 28–30, 28.

213 Siehe oben I.A., insbes. 3., 4., 6., 7., 11., 12.

214 Die Normen gegen Vergewaltigung, (geschlechtliche) Nötigung, Erpressung etc. Hier wird also nicht an ein „Sonderstrafrecht“ gedacht.

215 Gegen eine derartige Isolierungsstrategie wendet sich etwa Mariana Valverde, *Sex, Macht und Lust*, Frankfurt a. M. 1994, die Pornographie nur als „Gipfel des Eisbergs“ in einer Gesellschaft, in der sexualisierte Machtverhältnisse allgegenwärtig sind, verstanden wissen will.

216 Strafrechtliche Maßnahmen erscheinen am ehesten im Bereich der Kinderpornographie legitimierbar. Diese Problematik, insbesondere die Ausgestaltung und Anwendung von Strafrecht gegen Vertrieb, Besitz und Konsum von Kinderpornographie, kann im Rahmen dieser Studie nicht weiter ausgeführt werden. Zweifellos ist der Schutz von Kindern vor sexuellem Mißbrauch und sexueller Ausbeutung ein zentrales Anliegen des Rechts. Weniger in Österreich als in anderen Staaten (US-Bundesstaaten, Kanada) wird in diesem Zusammenhang allerdings der Kinderbegriff in fragwürdiger Weise ausgeweitet (bis 17 oder 18 Jahren), ebenso wie der Pornographiebegriff eine erhebliche Ausdehnung erfährt. Als kleines Beispiel mag nur angeführt werden, daß der Film „Die Blechtrommel“ vor kurzem in Oklahoma wegen „Kinderpornographie“ konfisziert und mit einem Verbreitungsverbot versehen wurde. Siehe Nadine Strossen, *Bang The Tin Drum No More*, <http://www.intellectualcapital.com/issues/97/0717/icopinions1.asp>. Aus formalen Gründen wurde diese Ein-

Eine gerade von Pornographie ausgelöste, gleichsam programmatische „Anstiftung“ zu einem Verhalten, das die sexuelle Integrität anderer beeinträchtigt, ist durch die psychologische Wirkungsforschung²¹⁷ nicht erwiesen worden. Damit läßt sich eine generelle strafrechtliche Repression jedenfalls nicht mit Hinweis auf eine unmittelbar von Pornographie ausgehende Gefährdung rechtfertigen.

2. Hat Pornographie keine direkte Schadenswirkung, so ist zu fragen, ob sie indirekt eine gravierende soziale Inadäquatheit entfaltet. Damit steht der Topos des „Sittlichkeitsempfindens“ zur Diskussion. Ein Sittlichkeitsempfinden als eminentes Rechtsgut zu postulieren (dessen Verletzung gravierend sozial inadäquat wirken und daher den Einsatz von Strafrecht legitimieren würde), entspringt einer angestrebten Konstruktion, die auch vom System her danebengreift. Dazu folgende Beobachtungen:

Das Phänomen des Sittlichkeitsempfindens dürfte unter den rechtlichen Wertungen, Begriffen und Figuren ein Unikum sein. Hier rekurriert die Rechtsordnung auf ein „Empfinden“, also auf eine spontane Gefühlsreaktion, und macht von dieser erhebliche Rechtsfolgen abhängig. Zum Zweck einer – bloß rhetorischen, weil nicht kritisch gemeinten – Fassung dieses Sittlichkeitsempfindens werden doppelt hermetische Sentenzen wie diese produziert: „Für die Beantwortung der Frage, ob eine Druckschrift geeignet ist, den sittlichen Anstand in geschlechtlicher Hinsicht gröblich zu verletzen, sind die bei gesitteten Menschen herrschenden sittlichen Anschauungen maßgebend.“²¹⁸

Die erste Hermetik: Der hier Recht Sprechende durchschaut die sozialisationsbedingte Relativiertheit seiner Rechtsfindung nicht, sondern wähnt sich kraft seiner Rechtsprechungskompetenz über solche Grenzen erhaben und zur Rechtsfindung in ganz allgemeiner Verbindlichkeit berufen. Die zweite Hermetik: Das Rechtsgut Sittlichkeitsempfinden und der Befund seiner Beschädigung ist (gleichsam) das Ergebnis des Rechtsprechungsaktes, nicht dessen Grundlage und Voraussetzung. Was hier erzeugt wird, ist also ein Zirkelschluß: Eine Gruppe setzt ihre Vorstellung vom Konstrukt Sittlichkeitsempfinden absolut; die ins Treffen geführte (externe) Größe, die „Moral der Gemeinschaft“, erweist sich als Topos, der einer allgemein-kritischen Überprüfung entzogen wird. „Die Behauptung, daß ein moralischer Konsens existiert,“²¹⁹ bleibt, was sie ist: eine Behauptung, die „die subjektiven Privatbedingungen des Urteils“ nicht verlassen hat, in welche der hier Recht

schränkung vor kurzem wieder aufgehoben. Siehe APA Archiv, http://uni-wiwi.wiwi.apa.at/apanet/DBL_1/dbddblal.htm*6*1*10/ihY5Vts7.

217 Siehe hier nur Henner Ertel, *Erotika und Pornographie. Repräsentative Befragung und psychophysiologische Langzeitstudie zu Konsum und Wirkung*, München 1990, der die „Anstiftungsthese“ zu den „naiven Kausalannahmen zu Erotika und Pornographie“ (107) zählt. Anzumerken ist, daß die Methoden der psychologischen Wirkungsforschung, insbes. die Vermessung von physischen Reaktionen, häufig im Zentrum der Kritik stehen. Siehe dazu nur Lacombe, *Blue Politics*, wie Anm. 177, 33–38 mit weiteren Nachweisen.

218 OGH, 10.04.1931, 5 Os 177/31, SSt 11/33.

219 Ronald Dworkin, *Bürgerrechte ernstgenommen*, Frankfurt a. M. 1990, 412.

Sprechende „eingeklammert“ ist.²²⁰ Kant bezeichnet ein solches „Eingeklammertsein“ als „bornierte Denkungsart“.²²¹

3. Wie fragwürdig der strafrechtliche Rekurs auf das Sittlichkeitsempfinden in Wahrheit ist, zeigen auch folgende Schlaglichter: Erstens, das Sittlichkeitsempfinden kann anderen Präferenzen weichen: Wenn sexuell explizite Darstellungen das Schicksal erfahren, als Kunst zu gelten (auf die Mechanismen einer solchen Qualifikation ist hier nicht einzugehen), gibt das Recht seine Sittlichkeitsmission auf und huldigt stattdessen der Kunstfreiheit²²² – ein spannender Paradigmenwechsel.

Zweitens, das Sittlichkeitsempfinden erscheint vollends illegitim, wenn man sich vor Augen hält, daß es drastische Gefährdungs- und Schadensursachen gibt, bei denen niemand ernsthaft den Einsatz von Strafrecht vorschlägt. Rauchen beeinträchtigt nachweislich in hohem Maß die individuelle Gesundheit – die der Raucherinnen und Raucher wie der mitrauchenden Nichtraucherinnen und Nichtraucher – und erzeugt überdies erhebliche Verluste an Produktivität sowie Sozialversicherungskosten. Diesen gravierenden individuellen wie kollektiven Schäden wird hierzulande bloß zaghaft durch Mittel des Rechts gesteuert.

Drittens, die Rhetorik der Unzüchtigkeit des öffentlich gemachten explizit Sexuellen und der Unzüchtigkeit der öffentlich gemachten expliziten Gewalt erscheint immer wieder schizophoren. Bei der Darstellung von Gewalt ist die Akzeptanz bzw das Vertrauen, daß eine hinreichende Kontrolle durch das eigene (moralische) Urteil der Konsumenten zum Tragen kommt, ungleich höher als bei der Darstellung des Sexuellen. Der Unterhaltungs- bzw Marktwert von Gewaltdarstellungen wird als derart wichtig betrachtet, daß es keine strafrechtliche Repression unter einem generellen Titel wie „Würde des Menschen“ gibt. Solche Maßnahmen seien auch grundsätzlich nicht empfohlen (hätten sie doch unter anderem einen Kahlschlag der Literatur zur Folge, in der westlichen Tradition etwa beginnend bei Homers Ilias und beim Alten Testament); empfohlen sei lediglich ein nicht von den dezisionistischen Exaltiertheiten der Projektion „Sittlichkeitsempfinden“ beherrschter Umgang mit Pornographie.

4. Skepsis ist auch angebracht, wenn das Sittlichkeitsempfinden (bloß) in neuem Gewand erscheint, etwa in spontan ansprechenden Begriffen wie „Würde des Menschen“ oder „Würde der Frau“. Ein Exempel:²²³ Die kanadische Norm gegen Pornographie, eine an sich traditionelle Obszönitätsbestimmung, wird seit einem Urteil des kanadischen *Supreme*

220 Siehe Immanuel Kant, Kritik der Urteilskraft, Königsberg 1790, 1793, 1799), (Werkausgabe Bd. X, hg. v. Wilhelm Weischedel), Frankfurt a. M. 1974, B 159, A 157.

221 Im Gegensatz zur „erweiterten Denkungsart“. Kant, Urteilskraft, wie Anm. 220, B 159, A 157.

222 Siehe etwa OGH, 06.07.1971, 10 Os 80/71, demzufolge ein Verstoß „gegen das allgemeine Schamgefühl oder Sittlichkeitsgefühl“ dann *nicht* durch das PornG wahrzunehmen ist, wenn „die Darstellung oder Beschreibung aus künstlerisch [sic] oder wissenschaftlichen Gründen gerechtfertigt ist“.

223 Siehe zum Folgenden Elisabeth Holzleithner, Grenzziehungen: Zum Recht der Pornographie, in: Texte zur Kunst 22 (1996), 149–158, insbes. 152–154.

Court aus dem Jahr 1992²²⁴ neu interpretiert: Geschütztes Rechtsgut soll nun insbesondere die „Würde der Frau“ sein. Von radikal-feministischer Seite wurde dies als großer Sieg gefeiert.²²⁵ Die Konsequenzen dieser neuen Rechtslage sind allerdings eigentümlich: Konfisziert wird unter Berufung auf die „Würde von Frauen“ vor allem in feministischen, lesbischen und schwulen Buchläden.²²⁶ Wie zuvor geht man größtenteils „gegen diejenigen sexuellen Ausdrucksformen [vor], die die Regierung und die moralische Mehrheit nicht (wahr)haben wollen“²²⁷. Die Bücher, die an der Grenze zurückgehalten werden, sind vielfach feministische Schriften und solche aus dem Bereich der *Queer Studies*²²⁸. „Erniedrigend für Frauen“ ist demnach etwa der „Lesbian and Gay Studies Reader“. Auch „Pornography. Men Possessing Women“ von Andrea Dworkin, eine bittere Anklageschrift gegen Pornographie und ein „Klassiker“ der Antipornographiebewegung, schaffte zunächst nicht den Weg über die amerikanisch-kanadische Grenze. Brett Easton Ellis' Roman „American Psycho“ dagegen, mit plastischen Beschreibungen von sexueller Gewalt gegen Frauen, der in einem großen Verlagshaus erschienen ist und an „normale“ Buchhandlungen ausgeliefert wird, war für die Zollbehörden niemals ein Thema.²²⁹

Die Anwendungsmaxime des Gesetzes hat sich zwar verändert. Doch der Begriff der „Erniedrigung von Frauen“ ist hinreichend unscharf und läßt genügend Platz, um Altes in neuem Gewande zu präsentieren.²³⁰ Dem willkürlich-repressiven Sittlichkeitsdenken kommt man durch eine neue Rhetorik nicht aus.

5. Eines der beständigsten Argumente für das strafrechtliche Sittlichkeitsregime ist der sogenannte „Schutz der Jugend“²³¹. Dazu sei kurz auf Eigentümlichkeiten dieses Topos hingewiesen:

Erstens, dieser „Jugendschutz“ geht aus vom Modell einer „richtigen sexuellen Orientierung und Praxis“, und der Gefahr, daß es durch bestimmte sexuelle Stimulationen zu einer „Prägung“ im Sinne einer „falschen“ persönlichen Sexualität kommen könne. Beide Annahmen sind in dieser Engführung nicht (mehr) tragfähig. Weiters geht dieser

224 R. v. Butler, 1 S. C. R. 452 (1992, Canada).

225 Catharine MacKinnon, *Nur Worte*, Frankfurt a. M. 1994, 98–104.

226 Nadine Strossen, *Hot, Hotter, Hottest*. Gespräch mit Anette Baldauf, in: [sic!] *Forum für Feministische Gangarten* 8–9 (1995), 23.

227 Strossen, *Hot*, wie Anm. 226, 23.

228 Siehe zu diesem Forschungsfeld Andy Medhurst u. Sally R. Munt Hg., *Lesbian and Gay Studies. A Critical Introduction*, London/Washington 1997 sowie jüngst auf deutsch Barbara Hey u. a. Hg., *Que(e)rdenken. Weibliche/männliche Homosexualität und Wissenschaft*, Innsbruck 1997.

229 Nadine Strossen, *Defending Pornography*, New York 1995, 237. Siehe dazu auch die kritische Analyse der Praxis der Zollbehörden in *Little Sisters Book and Art Emporium u. a., v. The Ministry of Justice u. a.* (Entscheidung des *Supreme Court of British Columbia*, No. A901450).

230 Strossen, *Defending*, wie Anm. 229, 234. Siehe dazu auch Brenda Cossman u. a., *Bad Attitude/s on Trial: Pornography, Feminism and the Butler Decision*, Toronto/Buffalo/London 1997 sowie Holzleithner, „Vielköpfiges Ungeheuer“, wie Anm. 193, 136–141.

231 Foucault, *Wille*, wie Anm. 2, 126 spricht vom „kostbaren und gefährlichen, bedrohlichen und bedrohten [jugendlichen, d. Verf.] Sexualkeim“.

„Jugendschutz“ davon aus, daß „Zucht“ – durchaus im Sinn von Repression – den Heranwachsenden zuträglich, jedenfalls risikolos zumutbar sei. Dahinter steht wohl die Vorstellung, daß ein allfälliges Zuviel an erlebter „pädagogischer“ Zucht im Erwachsenenalter automatisch und schadlos ausgeschieden wird wie ein Zuviel an zugeführtem Vitamin C.

Diese Elemente zeigen, wozu der Topos „Jugendschutz“ hier dient: Er stellt das gesellschaftliche Depot einer bestimmten Sexualmoral dar, das in seiner Bedeutung bis hin zu strafrechtlichen Manifestationen aufgeladen wird. Doch bleibt dieses Konstrukt vielfach weit abgehoben von individuellen wie allgemeinen Existenzbedürfnissen; es zeitigt einen seltsamen Generationenvertrag, der seitens der Erwachsenen besagt: „Wir sind nicht züchtig, daher sollt ihr es werden.“ Das Ganze erfüllt freilich seine Funktion: Eine Gesellschaft, die sich dieser Art von „Jugendschutz“ verschreibt, ist „anständig“ – wenigstens in einer Rhetorik der Weitergabe von „Idealen“, die ihre machtvollen Vertreter selbst nicht erfüllt haben – und die sie, einer scheinbar paradoxen Logik folgend, deshalb ihren Nachkommen umso massiver auferlegen.

Eine positive Entwicklungsperspektive ist auch für den Themenbereich des Jugendschutzes im Rechtsgut der sexuellen Autonomie zu finden. Dabei sind – ohne daß hier detaillierte Konzepte dargelegt werden sollen – zwei Aspekte maßgebend. Erstens, die Wahrung des Sexualsphäre des/der Jugendlichen als eine vor Verletzungen prinzipiell zu schützenden Persönlichkeitssphäre; zweitens, die Anerkennung der sexuellen Autonomie der/des Jugendlichen, und zwar gerade auch im Sinne einer Entfaltung des eigenen Sexuallebens als gesellschaftlich unterstütztes, persönlich-kulturelles Geschehen im Gesamtkontext der Persönlichkeitsentwicklung und des individuellen Lebensvollzuges. Menschen ab 14, denen volle sexuelle Autonomie zusteht, ist es daher auch anheimzustellen, wie sie mit Pornographie umgehen.²³²

V. Ausblicke

Wenigstens zwei Punkte sind offen für weitere, im Rahmen dieses Artikels nicht mehr ausführbare Forderungen:

Eine erste Maßnahme: Zunächst ist der Begriff „Unzucht“ bzw. „unzüchtig“ überall zu tilgen und durch deskriptive Ausdrücke wie etwa „sexuelle Handlung“ zu ersetzen.²³³

Ein größeres Programm: Mit Blick auf mittel- und längerfristige Entwicklungen bedarf vor allem der Rechtsgüterkomplex sexuelle Integrität/sexuelle Autonomie einer aufmerksamen Pflege und Differenzierung im rechtlichen Diskurs. Diese Aufgabe stellt sich nicht zuletzt der Strafrechtswissenschaft.

232 Dies hatte der Ministerialentwurf aus dem Jahr 1993 vorgesehen, was allerdings im Begutachtungsverfahren auf erhebliche Kritik gestoßen war, so daß dieser Vorschlag im Entwurf 1994 wieder zurückgenommen wurde. Siehe BMJ, wie Anm. 209, 9–10.

233 Siehe oben I.B.12. Diese Forderung wird von Vertreterinnen und Vertretern verschiedener Disziplinen, die an den Reformdebatten beteiligt sind, gestellt. Siehe etwa Rotraud Perner im Gespräch mit Maria Fekter, aufgezeichnet von Conrad Seidl, Eine Debatte ums Schlafzimmer, in: Der Standard, 17.11.1997, 6.

Mit der Verabschiedung traditioneller strafrechtlicher Unzuchtskonstruktionen wird jedenfalls ein größerer Umbau einhergehen – und zwar sowohl, was die systematische Gesamtordnung, als auch was den Tatbestandskatalog²³⁴ der sexualbezogenen Delikte, deren interne Struktur²³⁵ und deren Umsetzung im Strafverfahren betrifft.²³⁶

Als inhaltliches Kriterium hat dabei die Frage zu gelten, was die sexualbezogenen Strafnormen schützen. Konkret wird kritisch zu beobachten sein, inwiefern das Strafrecht deutlicher als bisher Abstand davon nimmt, Ideen einer leib- und sexualitätsfeindlichen Sittlichkeit, die im Dienst eines traditionellen Ehe- und Familienbegriffs steht, mit Rechtsmacht zu versehen.²³⁷

Der nachauflärerische Entwurf von Gesellschaft und Staat erhebt die personale Integrität und die persönliche Autonomie jedes Menschen zu zwei seiner zentralen Prinzipien.²³⁸ Das Recht hat die Aufgabe, sie zu gewährleisten; in sie einzugreifen, ist dem Recht grundsätzlich verwehrt. An diese Prinzipien muß sich die brisante Normenmaterie des Strafrechts, das die Person überaus empfindlich trifft²³⁹ – im Bereich des Sexuellen verschärft durch den Umstand, daß individuelle Intimität exponiert wird²⁴⁰ –, besonders streng halten. Damit sind für den Einsatz des Strafrechts im Hinblick auf das Sexuelle (relativ) klare Grenzen gezogen. Jenseits einer individualistisch-liberalen Wahrnehmung dieser Rechtsgüter hat das Strafrecht als Regime über das Sexuelle keine Legitimität.²⁴¹

Postskriptum September 1998

Es ist eine Eigenart des Rechtsdiskurses, daß aktuelle Abhandlungen oft schnell rechtshistorischen Charakter annehmen. Dies ist etwa bei der auf Seite 49 abgedruckten Version von § 207 StGB der Fall. Wie bereits vor einem Jahr absehbar, hat der Gesetzgeber eine kleine Novelle des Sexualstrafrechts²⁴² erlassen, deren Inhalt hier kurz dargestellt werden soll:

234 Primär sind folgende Paragraphen einer kritischen Prüfung unterziehen, ob bzw. inwiefern sie sich (noch) seriös begründen lassen: §§ 100, 203, 209, 214, 218, 219; weiters auch §§ 205, 211.

235 Dabei stellt sich u. a. die Frage, ob der Rechtsgüterkomplex sexuelle Integrität/sexuelle Autonomie allenfalls in neuen Tatbestandsvarianten anderer Delikte als Qualitätsmerkmal Niederschlag finden soll.

236 So wird etwa an § 209 immer wieder die mangelnde Möglichkeit flexibler Handhabung kritisiert: Das Delikt ist kein Antragsdelikt, sondern ein Officialdelikt. Auf die Strafverfolgung hat der jüngere Mann – er ist angeblich das Opfer – keinen (rechtlichen) Einfluß. Der Jüngere muß seinen Partner insofern belasten, als ihm andernfalls ein Strafverfahren wegen falscher Zeugenaussage droht; das entscheidende Beweismittel ist das bei der ersten Einvernahme des Jüngeren hergestellte Polizeiprotokoll. Vgl. Graupner, „Widernatürliche Unzucht“, wie Anm. 133, 209.

237 Siehe oben IV.B., C.

238 Siehe oben II.

239 Siehe oben I.B.9., 10.

240 Siehe oben I.A.4., 7.

241 Siehe oben I.B.1., 8.

242 Strafrechtsänderungsgesetz 1998, BGBl. I Nr. 153/1998. Die Novelle ist am 01.10.1998 in Kraft getreten.

1. Beim sexuellen Mißbrauch von Unmündigen entfällt die Differenzierung zwischen Unzucht und Beischlaf und wird durch jene zwischen „schwerem“ (§ 206) und sonstigem „sexuellem Mißbrauch von Unmündigen“ (§ 207) abgelöst. Überdies gibt es eine neue und einigermaßen komplexe Altersregelung: Übersteigt bei ansonsten schwerem Mißbrauch das Alter des Täters jenes der unmündigen Person nicht um drei Jahre und hat die unmündige Person bereits das 13. Lebensalter erreicht, so ist der Täter nicht zu bestrafen. Ausgenommen sind Fälle der Penetration mit einem Gegenstand. Sonstiger sexueller Mißbrauch wird dann nicht bestraft, wenn das Alter des Täters jenes der unmündigen Person, die das 12. Lebensjahr vollendet haben muß, um nicht mehr als vier Jahre übersteigt.

2. Die Verjährungsfristen für eine strafbare Handlung nach den §§ 201, 202, 205, 207, 212 oder 213 beginnen erst ab erreichter Volljährigkeit des Opfers zu laufen.

3. Die Bestimmungen über die schonende Vernehmung der Opfer von Sexualdelikten wurden im Sinne eines besseren Opferschutzes ausgeweitet.

4. Eine erstaunliche Neuerung bietet die nunmehrige Fassung des § 72, der den strafrechtlichen Angehörigenbegriff definiert. Durch das Streichen von drei Worten („verschiedenen Geschlechts“, „außerehelicher“) sind nun auch homosexuelle Lebensgefährten und Lebensgefährtinnen als Angehörige anerkannt.

Allein der wiederum zur Disposition stehende § 209 ist weiterhin in Geltung. Dies hat Österreich eine neuerliche²⁴³ Rüge des Europäischen Parlaments beschert, verknüpft mit der Aufforderung, § 209 „unverzüglich aufzuheben und alle Personen, die aufgrund dieses Artikels Gefängnisstrafen verbüßen, unverzüglich zu begnadigen und freizulassen“.²⁴⁴

Eine besondere Blüte der österreichischen Rechtsprechung lieferte das Linzer Landesgericht. In Abweisung einer Klage, die 44 lesbische und schwule Einzelpersonen gegen den Autor eines verhetzenden Artikels u. a. wegen kollektiver Beleidigung gerichtet hatten, bediente sich der Richter überaus plastischer Darlegungen, um nachzuweisen, daß Homosexualität erstens der „Natur“ nicht fremd und zweitens die Gruppe der Homosexuellen zu groß sei, um beleidigungsfähig zu sein. Nach der etymologischen Widerlegung der offenbar verbreiteten Annahme, Homosexualität umfasse nur gleichgeschlechtliche Handlungen zwischen Männern, fährt er fort:

In Wahrheit schließt Homosexualität aber auch die Welt der lesbischen Frauen und selbstverständlich auch jene der Tiere ein. Die Homosexualität tritt so häufig bei Tieren auf, besonders bei höheren Säugetieren, daß es

243 Vgl. auch die Entschließungen vom 08.04.1997 (ABl. C 132 vom 28.04.1997, S. 31) und vom 17.02.1998 (ABl. C 80 vom 16.03.1998, S. 43).

244 Entschließung zur Gleichberechtigung von Homosexuellen und Lesben in der Europäischen Union, B4-0824 und 0852/98, vom 17.09.1998, http://www.wdb.europarl.eu.int/dg7/calendrier/data/pv_adopt/de/980917DE.htm. In dieser Entschließung wird unter anderem bedauert, daß das österreichische Parlament „bewußt sowohl den Beschluß im Fall Sutherland“ als auch die vorewähnten Entschlüsse (siehe Anm. 242) mit ihren „nachdrücklich an Österreich gerichteten Anforderungen ignoriert hat“.

unmöglich ist, sie als eine menschliche Zivilisationserscheinung aufzufassen. Mitglieder jeder höheren Tierart wenden sich zur Paarungszeit Tieren ihres eigenen Geschlechts zu, wenn keine andersgeschlechtlichen Partner verfügbar sind. Kühe reiten aufeinander, stampfen mit den Vorderfüßen, werfen die Erde mit den Hinterfüßen auf und brüllen wie Stiere. Stuten stülpen die Schamlippen auf, bringen die Klitoris vor, entleeren Schleim, blitzen mit den Schamlippen, biegen den Hinterleib ein, wenn eine andere Stute die Flanke berührt, reiten aufeinander und lecken sich gegenseitig die Genitalien. Ähnliches kann man bei Kamelhengsten, bei Löwen, bei Hyänen beobachten. Auch auf Hühnerhöfen kann man fast überall lesbische Verhältnisse bei Hühnern, Gänsen, Enten und Fasanen dann beobachten, wenn keine männlichen Tiere zur Verfügung stehen.²⁴⁵

245 Landesgericht Linz, 24 EVr 2326/97, 24 EHv 159/97, 13.7.1998.