

DAS FRAGWÜRDIGE DER STRAFRECHTSREFORM

Ein Strafgesetz ist nicht ein Gesetz wie eine Verordnung zur Einfuhrbeschränkung von Erdbeeren oder Tomaten. Es läßt sich nicht von einem Tag auf den anderen ändern, verbessern oder „modernisieren“. Im Rang wenig unter der Verfassung stehend, greift es tief in das Leben des einzelnen Staatsbürgers ein, und die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs trifft den Verurteilten in seinen höchsten Rechtsgütern, in Eigentum oder Freiheit. Ein Strafgesetz sollte daher auf der Höhe seiner Zeit, nicht aber „in der Tiefe seiner Vorzeit“¹ stehen. Es muß Schritt halten mit den modernen Erkenntnissen der Wissenschaften, an erster Stelle mit denen der Kriminologie, aber auch mit denen der Psychologie und Medizin, der Soziologie, der Politologie und den Wirtschaftswissenschaften. Es muß zudem getragen werden von der Rechtsüberzeugung der einzelnen, von ihrer Zustimmung und ihrem Vertrauen. Das alles zusammen zu erreichen ist ein schwieriges Unterfangen, zumal dann, wenn es sich um eine „Totalrevision“ oder gar um ein „Jahrhundertgesetz“ handeln soll, um das bislang geltende Strafrecht aus dem Jahr 1871 abzulösen.

74mal wurden bereits Teile dieses Gesetzes novelliert. Die wichtigsten sind: das Jugendgerichtsgesetz von 1923, 1943 und 1953, das den Besonderheiten der Jugendkriminalität Rechnung trägt und in jugendliche Täter und Heranwachsende klassifiziert; dann die Geldstrafengesetzgebung der Jahre 1921-1924, in der die kurzfristige Freiheitsstrafe zurückgedrängt wurde; 1933 die Einführung der „Zweispurigkeit“ des Strafrechts mit der Unterteilung in Strafen und Maßregeln und schließlich 1953 die Möglichkeit, die verhängte Freiheitsstrafe unter gewissen Bedingungen zur Bewährung aussetzen zu können. Bestrebungen, das Strafgesetzbuch von 1871 zu reformieren und grundlegend umzugestalten, hat es praktisch von Anfang an gegeben. Sie hier im einzelnen aufzuführen, würde zu weit führen. Wichtig erscheint nur, in diesem Zusammenhang auf die Vorarbeiten der Großen Strafrechtskommission zu verweisen, die von 1954 bis 1959 periodisch getagt hat. Strafrechtslehrer, Richter, Staatsanwälte, Mitglieder der Landesjustizministerien und des Bundesjustizministeriums, Anwälte und Parlamentarier gehörten ihr an. Die Arbeitsprotokolle füllen ganze 14 Bände. Ihr wesentliches Ergebnis war schließlich der Entwurf 1959, der Grundlage des Entwurfs 1962, des E 62, wurde. Über die Schwächen dieses Gesetzgebungsvorschlags ist viel und ausgiebig diskutiert und gestritten worden. Hier soll nur wiederholt werden, daß der Tübinger Strafrechtsprofessor *Jürgen Baumann* ihn als „verstaubt, kleinbürgerlich, moraltriefend, an vielen Stellen verlogen und das Rechtsgefühl zahlreicher Mitbürger mit Füßen tretend, voll kleinlicher Pedanterie und voller Perfektionismus“² bezeichnet hat. Der CDU-Bundestagsabgeordnete und ehemalige Generalbundesanwalt *Max Güde* feierte ihn hingegen als das Werk der „Repräsentanten des deutschen Strafrechtslebens“³. Die gesetzgeberischen Unzuträglichkeiten des E 62 führten indes bereits

¹ Wiethölter, Rechtswissenschaft, S. 77, Frankfurt am Main 1968.

² Baumann, Kleine Streitschriften zur Strafrechtsreform I, S. 29, Bielefeld 1965.

³ Hierzu Nedelmann, Die Reform des Rechtsgüterschutzes unter dem Dogma des Strafprinzips, in: Kritik der Strafrechtsreform, Frankfurt am Main 1968, dort S. 25. Siehe aber auch ebenda: „Der E 62 ist im Fluß der deutschen Reform zum Durchgangspunkt geworden, den man nicht künstlich fixieren sollte“ — ein Wort, das Güde vier Jahre später sagte.

1963 zum Gegenentwurf von *Baumann*⁴ und schließlich 1966 zum Alternativ-Entwurf von 14 deutschen und ausländischen Strafrechtsprofessoren⁵, den die FDP-Bundestagsfraktion als eigenen Gesetzgebungsvorschlag ins Parlament einbrachte. Die jetzt am 25. Juni und 4. Juli 1969 vom Bundesgesetzgeber verabschiedete Strafrechtsreform ist ein Kompromiß aus beiden Entwürfen, die allerdings „in der grundsätzlichen Konzeption und in vielen Einzelfragen“⁶ einander entgegengesetzt sind. Ob es in der Tat gelungen ist, wie *Müller-Emmert*, der Stellvertretende Vorsitzende des Strafrechtssonderausschusses, meint⁷, einen geglückten Kompromiß zu schaffen, ist angesichts der vielfach berechtigten Argumente der Gegenseite⁸ noch sehr in Frage. Denn es ist kein leichtes Werk, „eine Brücke zwischen den verschiedenen Standorten“ zu schlagen, indem einfach „die besten Gedanken“ beider Entwürfe zusammengetragen werden⁹. Hierauf werden wir noch im einzelnen zu sprechen kommen.

1. Ein rechtspolitisches Problem

Hat das Parlament heute überhaupt noch Zeit für große Reformgesetze?

Am Beginn der hier anzustellenden Überlegungen soll eine rechtspolitische Frage stehen, die im Laufe der Diskussion um die Strafrechtsreform zwar hin und wieder gestellt¹⁰, aber kaum ausgedeutet worden ist: Ist das Parlament unter den Bedingungen der täglichen, drückenden Arbeitslast überhaupt noch in der Lage, ein solch wesentliches Gesetz wie die Reform des Strafgesetzbuchs zu bearbeiten? Nach der Auffassung der Väter der Strafrechtsreform sollte sie ein „Jahrhundertgesetz“ werden, das an die großen Gesetzeswerke des 19. Jahrhunderts, die Reichsjustizgesetze von 1877 und das Bürgerliche Gesetzbuch von 1900, anknüpfen sollte. Was aber jetzt als Reformwerk im Bundesgesetzblatt verkündet worden ist, ist, wie gesagt, ein Kompromiß, eine Teilreform. Wesentliche Materien stehen noch aus: die dringende Reform des Vollzugsrechts, die Überarbeitung der noch nicht revidierten Tatbestände des Besonderen Teils und schließlich die Reform des Prozeßrechts. Es ist jedoch wahrscheinlich gar kein Fehler, daß die Strafrechtsreform nur

⁴ Baumann, Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, in: *Recht und Staat*, Heft 274/275, Tübingen 1963.

⁵ Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, 2. verbesserte Auflage, Tübingen 1969 unter Mitwirkung von Baumann, Brauneck, Hanack, Kaufmann, Klug, Lampe, Lenckner, Maihofer, Noll, Roxin, Schmitt, Schultz, Stratenwerth, Stree und Quensel.

Die neuen Perspektiven des AE sind außer dort selbst, S. 28 ff, abgehandelt in Reinisch, *Die deutsche Strafrechtsreform*, München 1967; Baumann, *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, Frankfurt am Main 1968; ders., *Mißlingt die Strafrechtsreform?* Neuwied und Berlin 1969; ders., *Kleine Streitschriften zur Strafrechtsreform I und II*, Bielefeld 1965 und 1969.

⁶ Hierzu Müller-Emmert, *Haben es die Verbrecher leichter?* in: *Die Zeit* vom 2. Mai 1969, S. 44.

⁷ Ebenda.

⁸ Hierzu vor allem Baumann u. a. in: *Mißlingt die Strafrechtsreform?* S. 7 ff. Baumann meint, man könne „nicht beide Entwürfe wie Steinbrüche benutzen, jeweils nicht zueinander passende Regelungen zusammenstückeln und gleichwohl hoffen, ein Gesetz aus einem Guß vorlegen zu können“.

⁹ So aber Müller-Emmert, aaO.

¹⁰ Hierzu Schüler in: *Die Welt* vom 10. Mai 1969, S. 2; vgl. auch Graf von Westphalen, *Rechtsfremdheit wächst*, in: *Die Entscheidung*, Nr. 5/69, S. 28 f.

schrittweise durchgeführt werden wird. Vieles, was neu und noch sehr wenig praktisch erprobt ist, kann sich so bewähren und auch notfalls leichter revidiert werden. Das ist durchaus ein Vorteil. Man sollte ihn zu würdigen wissen und nicht in den berüchtigten deutschen Fehler verfallen, nur dann etwas gutzuheißen, wenn es möglichst vollkommen und perfektioniert ist.

Aber die gestellte Frage reicht tiefer. Es ist in der Tat ein Symptom der heutigen Zeit, einer hochmobilen, industrialisierten und technisierten Gesellschaft, daß große gesetzgeberische Reformwerke in einem Wurf nicht oder kaum noch — durchzuführen sind. *Gallas* hat recht, wenn er 1963 auf der Strafrechtslehrertagung in Saarbrücken bemerkte, unserer Zeit fehle die Jungfräulichkeit der Gesetzgebung, was der Grund für eine starke Komplizierung und Detaillierung sei¹¹. Es gibt heute eben nicht mehr das, was der berühmte Vertreter der historischen Rechtsschule, von *Savigny*, in seiner Auseinandersetzung mit dem Heidelberger *Thibaut* zu Beginn des vorigen Jahrhunderts den „Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“ nannte. Die unvermeidliche Konsequenz sind Teilreformen, gesetzgeberische Versuche anstelle einheitlicher schöpferischer Gesamtentwürfe.

Die unterlassene Information der Öffentlichkeit

Diese Entwicklung liegt im Zug der Zeit und ist je länger, desto mehr unvermeidlich. Aber bei der Schaffung eines neuen Strafgesetzes ist es unbedingt erforderlich, daß die neuen Reformgedanken der Öffentlichkeit frühzeitig und umfassend bewußt gemacht werden. Das ist unendlich wichtig. Unser Strafrecht erhebt ja den Anspruch, deswegen zu strafen, weil der Bürger einen Tatbestand schuldhaft im Bewußtsein der Rechtswidrigkeit verwirklicht hat. Wie aber soll der einzelne — sprechen wir ruhig vom „kleinen Mann“ — sich eine neue Rechtsüberzeugung bilden, wenn ihm das Neue nur sehr unvollkommen mitgeteilt wird? Es verträgt sich daher weder mit der Würde noch mit dem Verantwortungsbewußtsein des Parlaments, daß es die schwerwiegenden Probleme der Strafrechtsreform in knapp zwei Tagen, am 7. und 9. Mai 1969, abgehandelt hat. Es kamen nur sechs Abgeordnete zu Wort, alle waren sie Juristen, also Spezialisten. Unter ihnen war kein Psychologe, kein Mediziner, kein Pädagoge — keiner, dem es einprägsam gelungen wäre, die komplizierte Materie aus der Ebene des rein Fachlich-Sachlichen zu „übertragen“ ins Allgemeinverständliche. Das ist in der Tat ein schweres Versagen der Volksvertretung, die sich — mal wieder — mit der sehr zweifelhaften Rolle des Notars zufriedengab. Es ist ein unverzeihliches Ärgernis, daß die Regierungsfraktionen Eile und Einigkeit geboten und ursprünglich sogar beabsichtigt hatten, nur drei Sprecher zu Wort kommen zu lassen: *Güde* (CDU), *Müller-Emmert* (SPD) und *Diemer-Nicolaus* (FDP)¹². Was nicht vorgesehen war, ereignete sich dann doch noch — gleichsam als „Betriebsunfall“: Der CDU-Abgeordnete *Wuermeling* mahnte noch einmal vor der Streichung der Strafbarkeit des Ehebruchs, der CSU-Abgeordnete *Zimmermann* sprach im Namen einer Reihe von Abgeordneten gegen die Reform des Sexual-Strafrechts und sein CSU-Kollege *Jäger* warnte vor der Abschaffung der Zuchthausstrafe. Das war alles. Indes, die entscheidenden Fragen, die an das Grundgefüge der staatlichen Ordnung rühren, wurden erst gar nicht gestellt, geschweige denn öffentlich in gegenseitiger Toleranz und Redlichkeit ausdiskutiert:

¹¹ Hierzu *Baumann*, aaO., *Streitschrift I*, S. 53.

¹² Vgl. in: *Das Parlament* vom 30. Mai 1969, S. 1 ff.

Darf der Staat überhaupt strafen? Mit welchem Recht? Was heißt Schuld? Warum wird Schuld bestraft? Was ist Sühne für begangenes Unrecht usw.? Der Katalog der Fehlleistung des Parlaments in diesem Punkt ließe sich beliebig weit fortsetzen; wir werden noch darauf zurückkommen.

Festzuhalten bleibt jedenfalls, daß die ohnedies schon beklagenswerte Rechtsfremdheit in unserer Bevölkerung jetzt wachsen wird. Der CDU-Abgeordnete *Güde* sah wenigstens noch das Problem und meinte: „Für keinen Ausschuß (gemeint ist der Strafrechtssonderausschuß) wäre es so notwendig gewesen, einen ständigen Kontakt mit der öffentlichen Meinung planmäßig und systematisch angelegt zu haben. Auch das ist eine Bemerkung zur Parlamentsreform.“ Darauf reagierte das Plenum zwar mit „Beifall“¹³. Aber der Hinweis *Güdes*, der Interessierte habe schließlich die Möglichkeit gehabt, sich anhand der Wortprotokolle des Strafrechtssonderausschusses umfassend zu informieren, überzeugt doch nicht. Denn es enthebt das Parlament sicherlich nicht seiner Verantwortung, seine Beweggründe für diese oder jene Regelung der Öffentlichkeit umfassend zu unterbreiten. Der Kreis der Interessierten ist von vornherein beschränkt, zumal dann, wenn diese Protokolle nicht im öffentlichen Buchhandel zu haben sind¹⁴. Darüber hinaus: In aller Regel wird nicht der „Interessierte“ straffällig, sondern eben der Bürger X oder Y, dessen aktuelles Unrechtsbewußtsein während der Tat im Strafverfahren ihm nachzuweisen ist. Darum geht es. Daß die Informationspolitik des Parlaments in keiner Weise ausgereicht und die Volksvertretung ihren Öffentlichkeitsauftrag sträflich verletzt hat, wird schlagend dadurch bewiesen, daß schon vor der Verabschiedung der Strafrechtsreform — und verstärkt nachher — von einer „weichen Welle“ die Rede war und viele der Meinung sind, der Bundestag habe das Sittenstrafrecht „demontiert“. Daß die Verantwortlichen, wie Bundesjustizminister *Ehmke* und andere¹⁵, darauf hinweisen, daß dies gerade nicht der Fall sei, daß die Absicht des Gesetzgebers ganz und gar nicht in diese Richtung ziele, erhärtet den hier erhobenen Vorwurf nur zu sehr. Die Zeche für das Versagen des Parlaments, dem die Ausmaße rechts-politischer Problematik oft nur sehr schemenhaft präsent sind¹⁶, muß — man kann fast resignierend sagen: mal wieder — die Justiz zahlen. Sie hat mit der bereits vorhandenen Rechtsfremdheit schon genug zu schaffen. Jetzt aber wird sie auch damit fertig werden müssen, wenn die kriminalpolitischen Ziele der Strafrechtsreform mißgedeutet werden, die — mißverstanden — ein Anreiz oder doch eine weniger starke Abschreckung des potentiell Kriminellen sein können.

Auch das Bundesjustizministerium informierte den Bürger nicht ausreichend

Indes, der Vorwurf mangelnder Erfüllung des Öffentlichkeitsauftrags trifft bei der Strafrechtsreform nicht nur das Parlament, wengleich an erster Stelle. Auch das Bundesjustizministerium ist von diesem Vorwurf nicht freizusprechen. Es verbreitete zwar zuletzt eine sehr brauchbare Schrift über „Die neue Strafrechtsreform“, in der Aufsätze enthalten sind, die zuvor in der Wochenzeitung „Rheinischer Merkur“ erschienen waren. Da sie jedoch alle von anerkannten Fachleuten verfaßt sind, er-

¹³ Ebenda, S. 3.

¹⁴ Sie sind lediglich beim Bundestag zu erhalten gegen ein Entgelt von DM 160,—.

¹⁵ Vgl. auch Müller-Emmert, aaO.; insbesondere Baumann, Streitschrift I, Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer — eine Strafrechtserweichung? S. 135 ff.

¹⁶ Hierzu der ausgezeichnete Vortrag von Ehmke auf dem rechts-politischen Kongreß der SPD in Mainz vom 21. bis 23. Februar 1969, vervielfältigtes Manuskript.

weisen sie sich nicht eben als ausreichende Information der Öffentlichkeit. Das versuchte das Ministerium durch seine Schrift „Fortschritt im Strafrecht — Forderung unserer Zeit“ zu erreichen. Ob sie allerdings ein Erfolg ist, ist doch sehr fraglich. Das Unterfangen freilich bleibt lobenswert, wenngleich die Publikation dieser Broschüre erst erfolgte, als die Strafrechtsreform so gut wie abgeschlossen war. Zudem erliegt sie an einigen Stellen der Gefahr unzuträglicher Simplifizierung und apodiktischer Behauptung¹⁷. Eine solche Schrift kann auch nicht mit einem Schlag die Öffentlichkeit erreichen, wenn man es jahrelang verabsäumt hat, durch systematische Kontakte mit berufenen Vertretern der Massenmedien gediegene Öffentlichkeitsarbeit zu leisten.

Auch wäre es bei der Strafrechtsreform durchaus angezeigt gewesen, öffentliche Hearings abzuhalten. Bei der Notstandsgesetzgebung und bei dem publizitätswirksamen Thema „Sportförderung“ im Hinblick auf die Münchener Olympiade hat sich die Exekutive darin versucht — und, wie man zugeben wird, mit einigem Erfolg. Es ist nicht leicht erklärlich, warum man dies bei der mindestens ebenso wichtigen Strafrechtsdiskussion nicht getan hat. Sicherlich, der Nürnberger Juristentag im September 1968 hatte eine gewisse Information der Öffentlichkeit über das strittige Thema der Reform des Sittenstrafrechts zuwege gebracht. Aber das ist keineswegs eine ausreichende oder akzeptable Entschuldigung des rechts-politischen Versagens von Legislative und Exekutive. Gerade weil immer wieder betont worden ist, wie aufgeschlossen die Bevölkerung den Gedanken der Strafrechtsreform gegenüberstehe¹⁸, hätte man es auch nicht unterlassen sollen, den Öffentlichkeitsetat der zuständigen Stellen einmal voll einzusetzen, um sachkundige Schriften zu subventionieren.

Denn: Es hätte mehr getan werden können und müssen, um die Bevölkerung über die reformerischen Gedanken aufzuklären. Das ist das rechts-politische Fazit der Strafrechtsreform.

2. Streichung der Strafbarkeit des Ehebruchs

Die Beendigung des Sittenstrafrechts

Nicht minder schwer wiegt der Vorwurf an den Gesetzgeber im Hinblick auf die Reform des Sittenstrafrechts. Es ist bekannt, daß bereits am 1. September 1969 aufgrund des Ersten Strafrechtsänderungsgesetzes vom 25. Juni 1969 (BGBl. I. S. 645 ff) die Strafbarkeit des Ehebruchs, § 172 StGB, aufgehoben und die der Homosexualität, § 175 StGB, eingeschränkt worden ist. Davon, daß die Strafbarkeit der Sodomie, § 175b StGB, weggefallen ist und die Vorschrift über die Gotteslästerung geändert wurde, § 166 StGB, sowie über die vielfältigen Neuerungen des E 62 im Bereich des Sittenstrafrechts soll hier nicht gesprochen werden, da sie entweder nicht in die Strafrechtsreform aufgenommen oder nebensächlich sind.

Um es mit aller Deutlichkeit vorweg zu sagen: Der Ausgangspunkt der Reform des Sittenstrafrechts ist richtig und zu begrüßen, Begründung und Ergebnis aber bleiben fragwürdig. Beides wird nicht immer klar auseinandergehalten. Viele sind so stolz auf ihren Gedanken, jetzt die Strafbarkeit unsittlichen Verhaltens durch

¹⁷ Z. B. im Kapitel über die „Entkrampfung des Sexualstrafrechts“, S. 15 f; dagegen Güde, in: Das Parlament, S. 3.

¹⁸ Ehmke, passim aaO.

den Begriff der „Sozialschädlichkeit“ zu umschreiben, daß sie meinen, damit auch der Last überzeugender Begründung enthoben zu sein. So einfach liegen die Dinge jedoch nicht. Gewiß, die Prämisse, strafwürdiges Verhalten müsse „sozialschädlich“ sein, ist ein großer Schritt nach vorn in die richtige Richtung. Er trägt dazu bei, das umstrittene Gebiet des Sexualstrafrechts zu entmythologisieren und zu versachlichen. Der eigentliche Strafgrund wird rational einsichtiger¹⁹. Mit Hilfe dieses Begriffs ist es auch gelungen, die eigenständigen Bereiche der Moral- und Rechtsordnung klarer als bisher voneinander zu trennen. Das Recht hat nämlich die wesentliche Aufgabe, eine Freiheits- und Friedensordnung für das gesamte Staatsvolk innerhalb des Staatsgebiets zu verbürgen. Es soll das gedeihliche Miteinander aller Menschen ermöglichen. Funktion des Strafrechts ist daher in erster Linie — mit der gebotenen Kürze muß es hier gesagt sein²⁰ —, die wichtigsten Rechtswerte und Rechtsgüter des Menschen zu schützen, deren Verletzung er um keinen Preis hinnehmen kann²¹. Kennzeichen der Moralordnung ist demgegenüber, daß der einzelne bestimmte Werte in seinem persönlichen Leben verwirklichen kann, von deren Richtigkeit er überzeugt ist, um in ihrer Erfüllung ein bestimmtes Ziel zu erreichen.

Es wäre nun töricht, einfachhin zu sagen, der Gesetzgeber müsse bestrebt sein, den Bereich des Strafwürdigen auf die augenfällig kriminellen Tatbestände zu beschränken, daher scheide von vornherein die Bestrafung unsittlichen Verhaltens aus²². Andererseits ist es zutreffend, wenn der Rekurs auf die christlichen Moralwerte allein ebenfalls nicht mehr ausreicht, strafwürdiges und strafloses Tun zu unterscheiden. Soll ein Verhalten pönalisiert werden, so ist daher in jedem Fall eine gravierende Beeinträchtigung des Gemeinwohls im Sinn der „Sozialschädlichkeit“ zu fordern. Würde der Gesetzgeber auf dieses Kriterium verzichten, so wäre angesichts des gegenwärtigen Pluralismus der Moralauffassungen die zwingende Konsequenz die, daß die Zahl der dann erforderlichen Rechtsregeln Legion wäre, um jedes von irgendeiner Gruppe als unmoralisch und sündhaft betrachtete Verhalten zu sanktionieren. Es wäre der Staat als Zwanganstalt.

Ist aber die Aufhebung der Strafbarkeit des Ehebruchs zu Recht erfolgt? Wie das Gutachten von *Hanack* zum 47. Deutschen Juristentag in Nürnberg 1968 ausführt²³, sind die hier auftretenden Probleme in Wirklichkeit viel komplexer als die Diskussion im Parlament erkennen läßt. Es ist eine sehr verkürzte Sicht, wenn Bundesjustizminister *Ehmke* sich zugunsten der Straflosigkeit des Ehebruchs auf das bereits geflügelte Wort des kanadischen Ministerpräsidenten *Trudeau* beruft: „Der

¹⁹ Lackner, aaO., in: Rheinischer Merkur vom 14. März 1969, S. 4 f.

²⁰ Das ist im einzelnen natürlich sehr umstritten, weil sogleich nach dieser allgemeinen Feststellung die Frage nach dem Strafzweck, nach Schuld und Sühne gestellt werden muß. Vgl. hierzu als typischen Vertreter der sog. soziologischen Schuld von Liszts, Nedelmann, aaO.; als Vertreter des Gedankens der *défense sociale*, Mergen, Die Antwort der Gesellschaft auf das Verbrechen — Strafe oder Maßnahme, in: Die deutsche Strafrechtsreform, S. 40 ff; als Vertreter des herkömmlichen Schuldgedankens statt vieler Baumann, Streitschrift I, Der Schuldgedanke im heutigen Strafrecht und vom Sinn staatlichen Strafens, S. 135 ff, sowie Schuld und Sühne als Grundproblem heutiger Strafrechtspflege? in: Streitschrift II, S. 110 ff.

²¹ So Baumann, Streitschrift I, S. 107.

²² Diesen Kurzschluß findet man bei — nicht sehr wohlwollender — Auslegung auch in der Broschüre des Bundesjustizministeriums, Fortschritt im Strafrecht — Forderung unserer Zeit, S. 15: „Gerade das Sexualstrafrecht gibt zur Feststellung Anlaß, daß der Strafrichter nicht dazu berufen ist, Sitten- und Tugendwächter zu sein. Nicht alles, was unter religiösen, ethischen oder weltanschaulichen Maßstäben unsittlich oder unmoralisch ist, kann strafbar sein.“ Vgl. hierzu auch Wiethölter, aaO., S. 121 f.

²³ Hanack, Empfiehlt es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen? S. 28 ff.

Staat hat in den Schlafzimmern seiner Bürger gar nichts zu suchen.“ Ebenfalls wenig überzeugend ist es — es ist sogar eher entlarvend für den Geist der Verfasser — wenn in der öffentlich verbreiteten Broschüre des Bundesjustizministeriums von einer „Entkrampfung des Sexualstrafrechts“ die Rede ist. Das sind Schlagworte, die nicht weiterführen^{24 25}.

Es ist jedoch erwiesen, daß die Pönalisierung des Ehebruchs keine ausreichend abschreckende Wirkung mehr ausgeübt hat. Die Zahlen zusammen mit der außerordentlich hohen Dunkelziffer sprechen für sich²⁶. Nach Angaben von *Müller-Emmert* wurden im Jahr 1966 nur 136 Ehegatten wegen Ehebruchs verurteilt, davon 117 zu Geldstrafen und 19 zu vorwiegend kurzen Freiheitsstrafen, 16 von ihnen erhielten sogar Strafaussetzung zur Bewährung. Es ist aber sehr zweifelhaft, ob man schon daraus angesichts der gewandelten Moralansichten den Schluß ziehen kann und darf, die Unwirksamkeit der Bestrafung des Ehebruchs indiziere jetzt seine Straflosigkeit.

Wie bekannt, ging der E 1962 genau den entgegengesetzten Weg: In § 193 verdoppelte der Gesetzgeber die zulässige Gefängnisstrafe „mit Rücksicht auf die Bedeutung des verletzten Rechtsgutes“ auf ein Jahr. Die in der großen Strafrechtskommission angeführte Begründung ist hier von wesentlicher Bedeutung: Sie meint, „daß von ihr (der Strafbestimmung) eine sittenprägende und sittenerhaltende Wirkung ausgeht und daß in ihr das Bekenntnis des Staates zu der Einrichtung der Ehe als einer der tragenden Grundlagen unserer Gemeinschaft zum Ausdruck kommt. Daher würde sich, zumal in einer Zeit, in der sich die Lockerung der Auffassungen über die Beziehungen der Geschlechter zueinander bemerkbar macht, ein Abbau des strafrechtlichen Schutzes in weiten Kreisen des Volkes nicht verstanden und von anderen Kreisen dahin mißverstanden werden, daß der Staat der Ehe nicht mehr dasselbe Gewicht beimißt wie bisher. Er würde auch der durch Art. 6 GG begründeten Verpflichtung widersprechen, Ehe und Familie unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung zu stellen²⁷. Die oben gestellte Frage: War es richtig, die Strafbarkeit des Ehebruchs zu streichen? spitzt sich also darauf zu, ob die Unwirksamkeit der Strafbewehrung des Ehebruchtatbestandes angesichts der veränderten Moralauffassung in weiten Bevölkerungskreisen den Gesetzgeber ermächtigt, den § 172 StGB zu streichen oder ob nicht vielmehr das Recht keine Handlangerdienste zur Destruktion grundlegender moralischer Prinzipien leisten darf? Dieser Streit wird mit einem erheblichen Aufwand an persönlichen Animositäten geführt; zugunsten beider Seiten streiten gewichtige Argumente.

²⁴ Ehmke, in: Das Parlament, S. 1.

²⁵ Vgl. Fußnote 22.

²⁶ Hierzu insbesondere Koffka, Der Ehebruch in der Strafrechtsreform, in: Sexualität und Verbrechen, herausgegeben von Bauer, Bürger-Prinz, Giese und Jäger, Frankfurt a. Main 1963, S. 144 ff, zählt auf S. 144 folgende Zahlen auf: 1934 waren es 420 Verurteilungen; 1935 347; 1936 342; 1950 143; 1951 229; 1952 211; 1953 210; 1954 144; 1955 159; 1956 176.

Eine weitere Zahlenangabe findet sich in: Heinemann, Plädoyer für den Rechtsstaat, Karlsruhe 1969, dort: Grundgesetz und Strafrechtsreform, S. 39, für das Jahr 1964 123 Verurteilungen wegen Ehebruchs, davon 101 mit Geldstrafe und der Rest mit einer Freiheitsstrafe, die zur Bewährung ausgesetzt wurde.

Diese Bestrafungen lassen in der Tat den Schluß zu, daß derartige „Symbolstrafen“ im Grunde eine eklatante Mißachtung des Instituts der Ehe sind. Von daher wird das Wort Ehmkes verständlich, der in der Bundestagsdebatte davon sprach, ein Ehebruch würde „preislich“ auf die gleiche Stufe wie falsches Parken gestellt, vgl. in: Das Parlament, S. 2.

²⁷ Hierzu bei Wiethölter, aaO., S. 123. Die Entscheidung für diese Formulierung der Begründung fiel freilich bereits in der Kommission mit einer sehr knappen Mehrheit von 11 zu 9 Stimmen.

Gegensätzliche Argumentationen

Der Bundesgerichtshof hat in seinem bekannten Kuppelei-Urteil vom 17. Februar 1954²⁸ den Geschlechtsverkehr unter Verlobten als unsittlich charakterisiert und die Straflosigkeit der Eltern nur für den Fall zugelassen, daß ihnen ein anderes Verhalten nicht möglich oder schlechterdings unzumutbar war. Seine vom katholischen Naturrechtsverständnis abgeleitete Begründung²⁹ geht davon aus, daß die Normen des Sittengesetzes Teil der Rechtsordnung sind. Denn die „Normen des Sittengesetzes gelten aus sich selbst heraus; ihre Verbindlichkeit beruht auf der vorgegebenen und hinzunehmenden Ordnung der Werte und der das menschliche Zusammenleben regierenden Sollenssätze; sie gelten unabhängig davon, ob diejenigen, an die sie sich mit dem Anspruch auf Befolgung wenden, sie wirklich befolgen und anerkennen oder nicht; ihr Inhalt kann sich nicht deswegen ändern, weil die Anschauungen über das, was gilt, wechseln.“ Und weiter: „Gerade weil die naturhaft nächste Beziehung der Geschlechter so folgenreich ist, kann sie sich nur in der ehelichen Gemeinschaft zweier einander achtender und einander zu lebenslanger Treue verpflichtender Partner sinnvoll erfüllen. Indem das Sittengesetz den Menschen die Einehe und die Familie als verbindliche Lebensform gesetzt und indem es diese Ordnung auch zur Grundlage des Lebens der Völker und der Staaten gemacht hat, spricht es zugleich aus, daß sich der Verkehr der Geschlechter grundsätzlich nur in der Ehe vollziehen soll und daß der Verstoß dagegen ein elementares Gebot geschlechtlicher Zucht verletzt.“

Nach Ansicht des Großen Senats für Strafsachen besitzen also Rechts- und Sittenordnung in ihren wesentlichen Punkten das gleiche Fundament, sie sind insoweit identische Größen. Daraus ergibt sich — als Forderung an den Gesetzgeber —, daß ein Verhalten, das gegen diese grundlegenden ethischen Normen verstößt, zu denen auch in unserem Kulturbereich der Schutz der Einehe zählt, stets bestraft werden müßte.

Inzwischen aber hat sich, wie schon angedeutet, die weithin in Rechtsprechung und Lehre herrschende Ansicht von der notwendigen Begrenzung des Strafrechts auf Abwehr sozialschädlicher oder -gefährlicher Erscheinungen fast vollständig durchgesetzt^{29a}, da — überspitzt formuliert — der „Richter nicht dazu berufen ist, Sitten- oder Tugendwächter zu sein“³⁰. Für eine Kritik an der Strafrechtsreform ist es daher recht unergiebig, der heute überholten Theorie des Bundesgerichtshofs noch Tribut zu zollen. Sie würde schon aus diesem Grund auf strikte Ablehnung stoßen. Der „Trend“ und der viel beschworene „Zeitgeist“ im Mantel einer mitunter sehr durchsichtigen Pseudowissenschaftlichkeit gehen so eindeutig in eine andere Richtung, daß *Max Güde* während der Strafrechtsdebatte feststellte: „Die Strafvorschrift gegen den Ehebruch war bei einer Reform nicht mehr zu halten, nicht nur weil sie von der öffentlichen Meinung aufgegeben ist, sondern auch weil der Gesetzgeber nicht ignorieren kann, wie die Dinge sich entwickelt haben, und — das sage ich nun als alter Richter und Staatsanwalt, der auch diesen Teil des Strafrechts in der Praxis erlebt hat — weil diese Vorschrift eklatant unwirksam und daher unnütz

²⁸ BGH in BGHST 6, 46 ff.

²⁹ Sie ist immer wieder auf vielfältige Kritik gestoßen, vgl. statt vieler Wiethölter, aaO., S. 129.

^{29a} Hierzu Hanack, Gutachten für den Juristentag, S. 31 ff.

³⁰ Hierzu Broschüre des Bundesjustizministeriums, S. 15.

war“³¹. Da somit der Gesetzgeber zugegebenermaßen sich am „Zeitgeist“ ausgerichtet hat, fragt es sich, ob schon damit seine Prüfungspflicht erfüllt ist, so daß die Streichung des Ehebruchsparagraphen gerechtfertigt wäre. Wäre das der Fall, so wäre die Aufgabe des Gesetzgebers in Zukunft nur noch die des Statistikers oder die eines Demoskopens, der die für jeden Rechtssatz notwendigen Tatsachen ohne Rücksicht auf ihren materialen und moralisch-ethischen Aussagegehalt ermitteln müßte, um ihnen dann von Gesetzes wegen Rechtskraft zu verleihen. Es ist nicht unwichtig, zu sehen, daß die allgemeine Vorliebe für den Begriff der „Sozialschädlichkeit“, rein faktisch gesehen, in diese Richtung zielen kann. Im Endergebnis würde dies aber die Loslösung des Rechts von den Grundlagen der Moral und Ethik, die Abkehr von philosophisch-naturrechtlichen Prinzipien zu rein positivistisch-sozial-empirischen Ergebnissen hin bedeuten, letztlich, der Verzicht auf Rechts-Gestaltung und Ordnung.

Wie *Lackner* herausgearbeitet hat^{31a}, stellt sich jedoch in jedem Einzelfall, in dem die Aufhebung von Normen des Sexualstrafrechts zur Debatte steht, die weitere Frage: Handelt es sich bei dem tatsächlich geübten moralischen Verhalten der Gesellschaft verglichen mit der Zeit, in der die betreffende Norm noch allgemein akzeptiert wurde, um „das Ergebnis eines ernsthaften Umdenkens“, oder ist es „nur eine Verfallserscheinung“? Gerade diese letzte Möglichkeit aber ist während der Bundestagsdebatte nur von *Wuermeling* (CDU) erwähnt worden, alle anderen Redner — mit Ausnahme des Abgeordneten *Zimmermann* (CSU) — haben die veränderten moralischen Anschauungen als billigenwertes *fait accompli* hingenommen. Sie sind — von ihrem Ausgangspunkt, nur „sozialschädliches“ Verhalten sei strafwürdig — ganz zu Recht den Weg des geringsten Widerstandes gegangen.

Dabei fragt es sich aber durchaus, ob ehebrecherisches Verhalten nicht doch „sozialschädlich“ ist. Der Abgeordnete *Wuermeling* hat dies in der Bundestagsdebatte bejaht und wurde dafür von *Güde* getadelt, er habe den Begriff verdünnt. Tatsächlich ist es aber doch so, daß ehebrecherisches Verhalten — zumindest dann —, wenn es als allgemein geübte und akzeptierte Verhaltensweise anzusehen ist, das Zusammenleben der Menschen empfindlich stört und eine Schädigung des Gemeinwohls bedingt. Dann ist es aber auch notwendigerweise „sozialschädlich“. Es ist nicht legitim, demgegenüber zu behaupten, daß sei bei der jetzt bekannten Zahl von Ehebrüchen noch nicht der Fall, noch könne die Gesellschaft sie verkraften. Denn die Gesellschaft kann auch einen oder meinetwegen zehn Morde verkraften. Auf diese Arithmetik kommt es nicht an. Entscheidend im Rahmen der hier angestellten Überlegungen ist nur, ob eine Verhaltensweise als solche die friedlich-freiheitliche Ordnung stört oder nicht. Das ist jedoch in unserem Kulturkreis bei ehebrecherischem Verhalten — noch — der Fall. Damit ist im Rahmen der Prüfungspflicht des Gesetzgebers, so wie *Hanack* sie erneut entwickelt hat, das erste Indiz für die Strafbarkeit ehebrecherischen Verhaltens ohne jeden Zweifel gegeben: Das Merkmal der „Sozialschädlichkeit“ ist erfüllt³². Es ist zu bedauern, daß der Gesetzgeber das nicht gesehen hat.

³¹ Güde, in: *Das Parlament*, S. 3.

^{31a} Hierzu ausführlich *Lackner*, *Die Grenzen des Sexualstrafrechts*, in: *Rheinischer Merkur* vom 14. März 1969, S. 4 f.

³² *Hanack*, S. 31 ff.

Der zweite Teil der Prüfungspflicht des Gesetzgebers

Es ist allerdings ein Mißverständnis von *Wuermeling* und anderen³³, nicht zu sehen, daß die Strafbarkeit eines bestimmten Verhaltens noch vom Ausgang weiterer Prüfungen abhängt. *Hanack*, auf den wir uns insoweit wieder berufen³⁴, hat aufgezeigt, daß auch die Nebenfolgen einer Pönalisierung bedacht werden müssen. Sie *verbieten eine Strafbewehrung* der Norm, wenn sie größer sind und damit unverhältnismäßig gegenüber dem Sozialübel, das durch Strafe verhindert werden soll. Dieser Gesichtspunkt ist während der Bundestagsdebatte unter anderem auch von Bundesjustizminister *Ehmke* angesprochen worden. Nämlich: Führt nicht die Inkriminierung des Ehebruchs dazu, daß andere Vergehen verübt werden: Nötigungen, Meineide aus Furcht vor Strafe und Erpressungen für das Unterhaltsverfahren nach dem Rezept: Verzicht auf Strafantrag wegen Ehebruchs gegen 100,— DM mehr Unterhalt im Monat. Daß dies keine rein theoretischen Erwägungen sind, sondern der Wirklichkeit entspricht, weiß fast jeder Anwalt aus eigener Erfahrung zu berichten^{34a}.

Indes, auch dort darf die Prüfung noch nicht stehenbleiben, wie dies allerdings meistens geschehen ist³⁵. Eine der maßgeblichen Nebenfolgen, die *die Streichung der Strafbarkeit einer bestimmten Norm verbieten können*, berührt die Frage, die bereits bei der Begründung des § 193 im E 62 erwähnt worden und Gegenstand erheblicher Polemik ist: Werden nicht viele Bürger die Aufhebung der Strafbarkeit des Ehebruchs dahin mißverstehen, daß jetzt Ehebruch gestattet und erlaubt ist, weil eben alles, was vom Staat nicht ausdrücklich verboten, auch sittlich erlaubt ist. Das ist ein eminent politisches Problem. Es berührt die Kernfrage, inwieweit das Verständnis des Staatsbürgers von Recht, Rechtsordnung und Staat einerseits und persönlicher Moral andererseits reicht. Vielfach herrscht hier der kurzschlüssige Monismus noch vor, der Recht und Moral bedenkenlos in eins setzt. Die Wurzel dieses Mißverständnisses ist in der hierzulande weitverbreiteten, historisch begründeten Rechtsfremdheit zu suchen. Ob es mit Hilfe der Schrift des Bundesjustizministeriums gelungen ist, dem bereits gefährlich werdenden Informationsdefizit in der Öffentlichkeit Einhalt zu gebieten, mag bezweifelt werden³⁶. Sicher ist jedenfalls, daß das Parlament mit seiner Pseudo-Debatte nichts zuwege gebracht hat; das haben wir ja bereits ausgeführt.

An dieser Stelle des Problems hätte es unbedingt nahegelegen, daß der Gesetzgeber sich nicht nur in allgemeine Mutmaßungen flüchtet, daß eben der Ehebruchstatbestand Anlaß ist für Rache- und Erpressungsakte. Vielmehr wäre es seine Pflicht gewesen, mit klarem Zahlenmaterial aufzuwarten. Es hätte sich nicht nur auf die

³³ Listl, Religion und Ethik in der Justiz, in: Rheinischer Merkur vom 8. November 1968, S. 4 f, übersieht, daß es sich bei dieser Prüfungspflicht um einen mehrstufigen Erkenntnisprozeß handelt. Es ist ein Verstoß gegen die Systematik, nur ein einziges Kriterium bei der Beurteilung strafwürdigen Verhaltens heranzuziehen.

³⁴ Hanack, aaO., Fußnote 32.

^{34a} Die Begründung des § 193 des E 62 erwähnt die Möglichkeit von Nebenfolgen nur, um sie sogleich als nicht ausreichende Begründung zu verwerfen, die Aufhebung der Strafbarkeit zu rechtfertigen.

³⁵ Weder Güde, Ehmke, Müller-Emmert oder Diemer-Nicolaus trennten in der Bundestagsdebatte die verschiedenen Fragenkomplexe, vgl. „Das Parlament“, S. 1 ff.

³⁶ Sie hatte sich allerdings die recht anspruchsvolle Zielsetzung gegeben: „Diese Schrift, die über die Grundgedanken des neuen Strafrechts unterrichten will, hält sich nicht damit auf, in die vielfache Klage über die Rechtsfremdheit des deutschen Volkes einzustimmen. Sie unternimmt den Versuch, diesen für Demokratie und Rechtsstaat gleichermaßen unbefriedigenden, ja gefährlichen Zustand zu bessern.“ S. 1.

Zahl der jährlich verurteilten Ehebrecher beziehen, sondern hätte auch die Nebenfolgen möglichst umfassend und wirklichkeitsgetreu statistisch erfassen müssen. Dazu hätte auch eine sehr abgewogene Studie über die vermuteten Ziffern ehebrecherischen Verhaltens in den Ländern gehört, in denen dieser Tatbestand seit kurzer oder seit längerer Zeit nicht mehr strafbar ist. Dann wäre es auch dem einzelnen anhand der einleuchtenden Ergebnisse möglich gewesen, seine Rechtsüberzeugung im Detail zu überprüfen. Er hätte so den Sinn einer — möglichen — Streichung des § 172 StGB eher verstanden.

Es geht natürlich nicht an, wegen einiger Unbelehrbarer, die weiterhin ihre eigene Moralüberzeugung zum Bezugspunkt staatlichen Strafens nehmen und Sünde und strafwürdiges Vergehen kurzschlüssig in eins setzen, die Beibehaltung der Strafbarkeit des Ehebruchs zu verteidigen. Solche Personen wird es immer und überall geben, der Gesetzgeber kann auf sie keine Rücksicht nehmen. An dieser Stelle der gesetzgeberischen Prüfungspflicht greift nämlich die Beweislastregel des „in dubio pro libertate“³⁷ für den Gesetzgeber ein: Nur klare Indizien, daß in der Tat „sozialschädliche Folgen eines Verhaltens — unter Einschluß der besprochenen Möglichkeit von Nebenfolgen — zu befürchten sind, vermögen eine Pönalisierung zu rechtfertigen.

Wurde die Beweislastregel überdehnt?

Es fragt sich jedoch, ob dieser Satz in seiner Bedeutung vom Bundesgesetzgeber nicht stillschweigend überdehnt worden ist. Zuzugeben ist, daß eine neue Inkriminierung nur dann erfolgen darf und soll, wenn wirklich „sozialschädliche“ Folgen abzusehen sind. Deren Vorliegen muß der Gesetzgeber beweisen, weil sonst für eine Bestrafung kein Bedürfnis besteht. Der Fall ist jedoch anders zu beurteilen, wenn es sich um die Aufhebung einer bestehenden Strafnorm handelt, sofern diese eine Stütze in der moralischen Überzeugung der Bürger findet, wie das bei der Pönalisierung des Ehebruchs durchaus noch der Fall war. An dieser Stelle kommt nämlich die Frage ins Spiel, ob und inwieweit das Strafrecht überhaupt noch sittenprägende und sittenerhaltende Funktion hat. Im abendländischen Kulturkreis und angesichts unserer gewachsenen Rechtstradition läßt sich die Behauptung schwerlich aufrechterhalten, daß es eine solche Funktion nicht mehr gibt. So argumentieren zwar viele, begehen dabei aber zwei Gedankenfehler: Sie sehen nämlich nicht, daß auch die Strafdrohung wegen Mord, Diebstahl oder Betrug in hohem Maße sittenerhaltenden Charakter hat. Dies abzustreiten fällt nur dem leicht, der Sitte und Sexus verkürzend gleichsetzt. Des weiteren meinen sie, sittenprägende Kraft sei gleich dem Maß der meßbaren abschreckenden Wirkungen der Strafdrohung. Diese Sicht kommt zwar dem zweckrationalen Denken unserer Zeit weit entgegen, überzeugt aber deswegen nicht, weil es nicht zu quantifizieren ist, inwieweit eine vorhandene Norm noch sittenprägend wirkt. Die Effizienz abschreckender Wirkung läßt sich zwar an der vermuteten Differenz zwischen Dunkelziffer und tatsächlich erfolgter Bestrafung ablesen. Aber vom Gesetzgeber auch zu verlangen, das Ausmaß der sittenprägenden Kraft der betreffenden Strafnorm statistisch nachzuweisen, ist gleichbedeutend mit der Forderung, den Beweis des „was wäre, wenn . . .“ zu führen, der bekanntlich in den Bereich der Spekulation gehört.

³⁷ Hierzu vor allem Klug, *Rechtsphilosophische und rechtspolitische Probleme des Sexualstrafrechts*, in: *Sexualität und Verbrechen*, S. 31 ff. Modifizierend Lackner, aaO.; aber wie Klug Hanack, *Gutachten*, S. 33.

Die hier aufgezeigten Gedankenfehler begeht m. E. auch *Maihofer*^{37a}, wenn er meint, es sei nicht zu vertreten, eine Strafnorm nur deswegen beizubehalten, weil der Gesetzgeber ihr unter anderen Funktionen auch „sittenerhaltende Kraft“ zuspricht, denn diese „unbewiesene Behauptung“ sei keine Begründung. Ähnlich argumentiert — leider — auch das Kommissariat der deutschen Bischöfe^{37b} und weiß sich dabei in guter Gesellschaft angesehener Fachgelehrter. Lapidar und etwas sehr oberflächlich wird dort festgestellt: „Die Strafvorschrift gegen den Ehebruch hat sich in der Praxis nicht bewährt . . . Die Strafvorschrift gegen den Ehebruch hat sich nicht als Schutz der Ehe erwiesen . . . Von kirchlicher Seite wird daher einer Streichung der Strafvorschrift gegen den Ehebruch nicht widersprochen.“ Ganze acht Zeilen umfaßt die Begründung, das ist alles. Es ist allerdings sehr merkwürdig, daß dann als besserer Schutz der Ehe ein zivilrechtlicher Schadensersatzanspruch gegen den Ehestörer gefordert wird. Warum aber soll dem Zivilrecht recht sein, was dem Strafrecht nicht billig ist? Eine eigenartige Inkonsequenz, hinter der sich offenbar das schlechte Gewissen verbirgt, einen erhöhten Schutz der Ehe angesichts der zunehmenden moralischen Aufweichung fordern zu müssen, womit es sich allerdings nicht verträgt, ihn im Strafrecht einfach fallenzulassen.

Lackner^{37c} ist, soweit wir sehen, der einzige, der entgegen der herrschenden Meinung ausgesprochen hat, daß die Beweislastpflicht des Gesetzgebers nicht die stringente Beweispflicht des Strafprozeßrechts sein darf. So bleibt zumindest bei der Streichung einer Norm auch Platz für eine politische Entscheidung nach Maßgabe der Gerechtigkeitspostulate: nämlich für oder gegen eine „sittenprägende Kraft“ des Sittenstrafrechts. Was das Bundesjustizministerium in seiner Broschüre als „Entkrampfung“ bezeichnet, fällt von daher in recht grelles Licht. Auch die an sich überzeugenden Ausführungen von *Arthur Kaufmann* zur erforderlichen fragmentarischen Struktur des Strafrechts haben deshalb eher bei der Einführung von neuen Strafbarkeitsgeboten als bei Aufhebung bestehender Normen ihre Berechtigung: „Das Wort von der fragmentarischen Natur des Strafrechts ist eben weithin nur ein Lippenbekenntnis. Wer nicht den Mut zu Strafbarkeitslücken hat, sollte dieses Wort gar nicht in den Mund nehmen. An dieser Frage scheiden sich fürwahr die Geister. Es geht um nichts Geringeres als um das Ja oder Nein zu einer freiheitlichen Ordnung unserer Gesellschaft. Es geht darum, ob wir bereit sind, im Bereich des Ethisch-Differenten einen möglichst großen Raum der frei verantwortlichen, nicht durch Strafvorschriften gegängelten Entscheidungen dem einzelnen zu überlassen, oder ob wir glauben, uns ein solches fragmentarisches Strafrecht nicht leisten zu können, weil das bei uns — nach der Devise: Was nicht strafbar ist, ist auch erlaubt — zu einem Absinken der allgemeinen Moral führen würde. Daß in deutschen Landen die letztere Ansicht zweifellos die herrschende ist — von allen Seiten, nicht zuletzt von kirchlicher, wird ja unablässig nach dem strafenden Staat gerufen, ist ein schlechtes Zeichen für das Verantwortungsbewußtsein unserer Bürger. Wird ihnen ja doch unterstellt, daß sie nur dann Rechtes zu tun wissen, wenn das Damoklesschwert der Strafe über ihnen schwebt, daß sie also unfreie Menschen sind, außerstande, die sittliche Entscheidung in die eigene Verantwortung zu nehmen. Für den

^{37a} Maihofer, Die Reform des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches, in: Programm für ein neues Strafgesetzbuch, S. 116, S. 122.

^{37b} Stellungnahme des Kommissariats der deutschen Bischöfe in Bonn zu Fragen der Reform des Strafrechts, KNA Nr. 6/21. Februar 1969.

^{37c} Lackner, Die Grenzen des Sexualstrafrechts, in: Rheinischer Merkur vom 14. März 1969, S. 4 f.

freiheitsliebenden und verantwortungsfreudigen Menschen machen Strafbarkeitslücken das Leben überhaupt erst lebens- und liebenswert — nicht weil er hier nach Belieben alles tun und lassen dürfte, sondern weil er zur eigenverantwortlichen Entscheidung aufgerufen ist³⁸.

Indes, nicht alle Staatsbürger erfüllen die hier geforderten Voraussetzungen. Das hat mit obrigkeitsstaatlichem Denken nichts zu tun, sondern ist eine Tatsache, die sich täglich hundertfach bewahrheitet. Aber selbst wenn man den Vorwurf an den Gesetzgeber, er habe stillschweigend auf die sittenprägende Funktion des Strafrechts bei der Streichung des § 172 StGB verzichtet, nicht in aller Schärfe aufrechterhalten will, so kann man sich jedoch kaum der Schlüssigkeit der Behauptung entziehen: Der Gesetzgeber hätte bei der Prüfung dieser Frage wesentlich pragmatischer vorgehen und mit Hilfe wissenschaftlicher Erhebungen seine Entscheidung treffen sollen³⁹. Daß das im einzelnen nicht geschehen ist, berührt im übrigen den wunden Punkt aller rechtspolitischen Bestrebungen in Deutschland: Es fehlt einfach an den erforderlichen Daten. Kein Geringerer als Bundesjustizminister *Ehmke* hat dieses betrübliche Faktum vor einiger Zeit hervorgehoben. Auf dem SPD-Kongreß für Rechtspolitik in Mainz im Februar 1969 sagte er: „Uns fehlen auch im übrigen bisher Mittel und Verfahren, die Rechtstatsachen rechtzeitig und vollständig zu erheben, die wir kennen müssen, um rechtspolitisch solide Vorschläge machen zu können.“ Und weiter: „Große Anstrengungen werden nötig sein, um dies fatale Informationsdefizit zu beseitigen⁴⁰.“ Das ist in der Tat ein wesentlicher Gesichtspunkt, dessen chronische Nichtbeachtung sich wie ein roter Faden durch die gesamte Strafrechtsdiskussion hindurchzieht. So wäre dem Postulat der Gerechtigkeit bei der Reform des Sittenstrafrechts sicherlich mehr und adäquater Genüge getan worden, wenn die Strafbarkeit des Ehebruchs erst dann aufgehoben worden wäre, wenn — um es nochmals zusammenfassend zu sagen — die Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit von Nebenfolgen bei Beibehaltung der Strafbarkeit des Ehebruchs wissenschaftlich festgestellt und bei dem vermuteten positiven Ausgang dieser Erhebungen die dann zwingenden pragmatischen Gründe für die Streichung des § 172 StGB der Öffentlichkeit umfassend unterbreitet worden wären. Das hätte einen doppelten Vorteil gehabt: Eine Verständigung über die Grundfragen zwischen den Vertretern aller Weltanschauungen und pluralistischen Schattierungen wäre so viel leichter möglich gewesen, der oft beklagte „weltanschauliche Ballast“ wäre von selbst über Bord gegangen, und es wäre darüber hinaus größere Gewähr gegeben, das Rechtsfremdheit und Irrtumsmöglichkeit, was nicht verboten sei, sei auch erlaubt, wirksam bekämpft worden wären. Da dies alles jedoch nicht geschehen ist⁴¹, stellt die Aufhebung der Strafbarkeit des Ehebruchs einen ungedeckten Wechsel auf die Zukunft dar.

(Ein zweiter Beitrag folgt)

³⁸ In: Baumann, Was erwarten wir von einer Strafrechtsreform? in: Programm für ein neues Strafgesetzbuch, S. 18.

³⁹ Wichtig erscheint in diesem Zusammenhang die Kritik Hanacks, Gutachten, S. 24 f.

⁴⁰ Ehmke, aaO.

⁴¹ Es ist sehr bedenklich, daß man nicht den ausländischen Beispielen bei der Strafrechtsreform, z. B. dem englischen Wolfenden- und dem Griffin-Report und den dabei angewandten Methoden gefolgt ist, um tatsächlich ein wissenschaftlich zu erhärtendes Meinungsspektrum zu bestimmten Fragen der Sexualmoral zu erhalten.