

**„Junges Publizieren“**

Seminararbeit von

*Lukas Volkmann*

**„Zur Geschichte der Strafbarkeit männlicher Homosexualität  
gem. § 175 StGB a.F.“**

Friedrich-Schiller-Universität Jena

Juristische Fakultät

Seminar: „Sexualstrafrecht – dogmatische und kriminalpolitische Fragen“

Sommersemester 2021

Abgabedatum: 11.5.2021

bei

Prof. Dr. Edward Schramm

Inhaltsverzeichnis

<b>I. Einführung .....</b>	<b>45</b>
<b>II. Die Begründung des § 175 .....</b>	<b>46</b>
1. <i>Begriffsdefinition .....</i>	46
2. <i>Vorgeschichte des § 175 .....</i>	46
3. <i>Strafbare Handlung .....</i>	47
a) <i>§ 175 in seiner Ursprungsfassung von 1871 .....</i>	47
b) <i>§§ 175, 175a nach 1935 .....</i>	48
c) <i>§ 175 nach 1969 .....</i>	49
4. <i>Straflosigkeit der weiblichen Homosexualität .....</i>	50
5. <i>Schutzgut des § 175 .....</i>	51
a) <i>Sittlichkeit .....</i>	52
b) <i>Jugendschutz .....</i>	53
c) <i>Sonstige Begründungsansätze .....</i>	54
6. <i>Zwischenfazit .....</i>	54
<b>III. Die Abschaffung des § 175 .....</b>	<b>55</b>
1. <i>Gegenstimmen zur und nach Einführung des § 175 .....</i>	55
2. <i>Reformbestrebungen zu Beginn des 20. Jahrhunderts .....</i>	56
3. <i>Entwicklung in der BRD .....</i>	57
4. <i>Entwicklung in der DDR .....</i>	58
5. <i>Wiedervereinigung und Abschaffung des § 175 .....</i>	59
<b>IV. Folgen und Nachwirkungen .....</b>	<b>59</b>

## I. Einführung

Das Leben queerer<sup>1</sup> Personen wird stark beeinflusst durch ihre geschlechtliche bzw. sexuelle Identität, ihre Gefühle, ihre Selbst-wahrnehmung. Prägend sind vor allem aber auch die Reaktionen ihrer Umwelt. Vielfach leben sie in Angst, als Abnormalität, gar als Bedrohung wahrgenommen zu werden. Beschimpfungen als „schwul“ oder „Homo“ sind nicht selten, gerade unter Jugendlichen.<sup>2</sup> Regelmäßig machen homo- oder transphobe Angriffe die Schlagzeilen.<sup>3</sup>

Das Ganze nimmt eine deutlich unheimlichere Dimension an, wenn man sich vergegenwärtigt, dass der eigene Staat vor nicht allzu langer Zeit selbst zu diesem Hass beigetragen hat. Der gleiche Staat, der Handlungsfreiheit<sup>4</sup> und Gleichheit<sup>5</sup> propagiert, hat tausende<sup>6</sup> schwule Männer nicht nur verpönt, sondern jahrelang diffamiert, verfolgt und eingesperrt. Der Paragraph 175 des Strafgesetzbuchs ist heutzutage nur noch ein Mahnmal für eine groteske Ungerechtigkeit des Bundesstaats. Vor 70 Jahren noch war er Realität und Identität<sup>7</sup> für jeden schwulen Mann in Deutschland.

§ 175 StGB wurde im Jahre 1871 in das Reichsstrafgesetzbuch eingeführt. Neben sexuellen Handlungen zwischen Männern wurden auch sexuelle Handlungen mit Tieren unter Strafe gestellt – beides liebevoll mit den Worten „widernatürliche Unzucht“ umschrieben. Seitdem wurde die Vorschrift in der Zeit des Nationalsozialismus verschärft, in der entstehenden Bundesrepublik beibehalten und sogar vom Bundesverfassungsgericht für legitim erklärt<sup>8</sup>. Es hat bis 1969 gebraucht, einvernehmliche homosexuelle Handlungen für straffrei zu erklären, und die Überreste des § 175 StGB wurden erst 1994, nach der Wiedervereinigung, beseitigt.

In Anbetracht der heutzutage herrschenden Liberalisierung der Sexualität scheint es besonders verwunderlich, wie ein Straftatbestand, der einvernehmliche, sprich gefahrlose Handlungen unter Strafe stellte, so lange überleben konnte – insbesondere, da andere europäische Staaten wie Frankreich oder Italien schon deutliche Entkriminalisierungsfortschritte gezeigt hatten<sup>9</sup>.

Um diese Frage zu beantworten, sollen in dieser Arbeit sowohl die Begründung der Strafbarkeit sowie ihre Abschaffung beleuchtet werden. Der erste Teil beschäftigt sich daher mit der Entstehungsgeschichte des § 175 StGB, die dadurch strafbewehrten Handlungen und dem Normzweck. Im zweiten Teil werden die Bestrebungen zur Abschaffung der Norm und die dafür relevanten Argumente näher dargestellt. Ziel der Arbeit soll es sein, den Entwicklungsprozess der Norm aufzuzeigen und die Ansätze zur Begründung und Beibehaltung der Strafbarkeit auszuwerten und kritisch zu hinterfragen.

<sup>1</sup> *Queer* i.S.v. nicht cisgender und heterosexuell. Der Begriff wird trotz seiner Geschichte als Schimpfwort im US-amerikanischen Sprachraum zum Zwecke der *reclamation* mit einer positiven Konnotation weiterverwendet, vergleichbar mit dem Wort *schwul*.

<sup>2</sup> Siehe *Finger*, Homophobie und Strafrecht, 2015, S. 139 ff.

<sup>3</sup> Vgl. z.B. *Queer.de*, „Erneut Angriff auf trans Frauen in Frankfurt“, abrufbar unter: [https://www.queer.de/detail.php?article\\_id=38514](https://www.queer.de/detail.php?article_id=38514) (zuletzt abgerufen am 11.5.2021); Das BMI hat für 2020 über 700 Straftaten aus transphober oder homophober Einstellung erfasst, über 100 davon Gewalttaten, siehe PMK 2020, abrufbar unter: [https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2021/05/pmk-2020-hasskriminalitaet.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=4](https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2021/05/pmk-2020-hasskriminalitaet.pdf?__blob=publicationFile&v=4) (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).

<sup>4</sup> Art. 2 Abs. 1 GG.

<sup>5</sup> Art. 3 GG.

<sup>6</sup> In den ersten 15 Jahren wurden in der BRD über 45.000 Personen verurteilt, *Bruns*, Betrifft Justiz 2012, 409; vgl. auch *Baumann*, Paragraph 175, 1968, S. 63 ff.

<sup>7</sup> „175er“ war eine gängige Bezeichnung von schwulen Männern, siehe *Darnstädt*, Verschlussache Karlsruhe, 2. Aufl. (2019), S. 162.

<sup>8</sup> BVerfGE 6, 389.

<sup>9</sup> Vgl. *Fleischmann*, abrufbar unter: <https://de.euronews.com/2019/06/13/wann-wurde-homosexualitaet-in-den-laendern-europas-legalisiert> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).

## II. Die Begründung des § 175 StGB

### 1. Begriffsdefinition

Homosexualität bedeutet im modernen Sprachgebrauch die sexuelle Zuneigung zum eigenen Geschlecht.<sup>10</sup> Dagegen war im Kontext des § 175 StGB stets nur die Vornahme homosexueller Handlungen relevant, also solche, die auf die Erregung oder Befriedigung des Geschlechtstriebes abzielten<sup>11</sup>; nie dagegen die sexuelle Orientierung an sich.<sup>12</sup> Der einvernehmliche Akt zwischen Erwachsenen wird in der strafrechtlichen Diskussion als „einfache“ Homosexualität bezeichnet und wird deshalb hier auch so genannt.

Bei der Begutachtung der einschlägigen historischen Quellen fällt auf, dass ein recht einseitiges, sexualisiertes und trieborientiertes Bild von homosexuellen Männern entstanden ist. So spricht beispielsweise der Entwurf eines Strafgesetzbuches von 1962<sup>13</sup> davon, dass es sich bei der „Neigung von Mann zu Mann [...] um einen Trieb [handele], dessen Beherrschung dem von ihm Betroffenen häufig unmöglich sei.“ *Tröndle* hat noch im Jahre 1992 homosexuelle Männer auf ihre angebliche Promiskuität (und ihre Zuneigung zu Kindern und Jugendlichen) reduziert.<sup>14</sup> Die Realität stellt sich jedoch als deutlich vielfältiger dar: die klassischen Assoziationen zur verschiedengeschlechtlichen Liebe, insbesondere der Romantik und des Flirtens, sind auch bei der gleichgeschlechtlichen Liebe verankert. Es ist daher wichtig hervorzuheben, dass Homosexualität mehr als nur das Sexuelle ist.<sup>15</sup>

Daneben ist klarzustellen, dass Sexualität aus heutiger Sicht ein deutlich komplexeres, vielfältigeres und undurchsichtigeres Konstrukt ist, als man der Historie entnehmen würde. Bisexualität (sexuelle Anziehung zu zwei oder mehr Geschlechtern), Pansexualität (sexuelle Anziehung unabhängig vom Geschlecht), Asexualität (keinerlei sexuelle Anziehung) und viele weitere Identitäten sind heute definierbar und lassen sich in einer multikulturellen Gesellschaft finden. Dagegen schien früher selbst die Anziehung zu sowohl Frauen als auch Männern ein undenkbares Konzept zu sein.<sup>16</sup>

Da der § 175 StGB nur homosexuelle Handlungen unter Männern unter Strafe gestellt hat, wird in dieser Arbeit auch größtenteils nur die Homosexualität unter Männern betrachtet. Auf homosexuelle Frauen wird im Kontext der Gleichbehandlung noch eingegangen. Nicht-binäre Identitäten können aufgrund ihrer mangelnden historischen Relevanz hier nicht einbezogen werden.

### 2. Vorgeschichte des § 175 StGB,

Die Einführung des § 175 StGB war nicht die erste entscheidende Wende, nach welcher Homosexuelle plötzlich verachtet und verfolgt wurden. Es gab wohl kaum eine Zeit, in der sie nicht mit Ausgrenzung zu kämpfen hatten. Im antiken Griechenland war Homosexualität zwar in Form der Päderastie (Knabenliebe) durchaus verbreitet und sogar angesehen.<sup>17</sup> Eine Beziehung unter Erwachsenen war dennoch eher verpönt und die Männer in der passiven

<sup>10</sup> Vgl. *Kramer*, Über die Wandlungsfähigkeit des Grundgesetzes am Beispiel gleichgeschlechtlich orientierter Personen und Paare, 2017, S. 124.

<sup>11</sup> Vgl. z.B. den Begriff der unzüchtigen Handlung nach *BGH*, NJW 1952, 796.

<sup>12</sup> *Schäfer*, Widernatürliche Unzucht, 2006, S. 15.

<sup>13</sup> BT-Drs. IV/650, S. 375.

<sup>14</sup> Vgl. *Tröndle*, ZRP 1992, 297 (297 ff.).

<sup>15</sup> *Finger*, S. 20; *Schmidt*, Sexualwissenschaft und Strafrecht 1987, 34 (35).

<sup>16</sup> Das Wort „bisexuell“ wird zumindest von *Lemke* in einem medizinisch-orientierten Bericht zur Homosexualität aus dem Jahre 1940 erwähnt, aber abgelehnt. Er geht nicht von einer eigenen sexuellen Orientierung aus, sondern beschreibt, wie die „Triebstörung“ der Homosexualität vortritt, der „natürliche Trieb“ der Heterosexualität versiegt und dadurch eine Zuneigung zu zwei Geschlechtern entsteht, vgl. *Lemke*, Über Ursache und strafrechtliche Beurteilung der Homosexualität, 1940, S. 17.

<sup>17</sup> *Schäfer*, S. 18 f.; *Finger*, S. 37 f.

Rolle im Geschlechtsverkehr wurden als unehrenhaft betrachtet.<sup>18</sup> Ähnlich verhielt sich dies im antiken Rom, wo zwar der Verkehr mit Sklaven möglich war, außerhalb dessen aber eine ähnliche Verachtung herrschte.<sup>19</sup> Mit dem Aufkommen des Christentums verschlechterte sich die Situation allerdings ungemein: So wurde insbesondere die Geschichte um Sodom und Gomorra, wonach Gott eine von Sünde befallene Stadt zerstörte, von Kaiser *Justinian* ausgedehnt, um Homosexuelle als Sünder und Übelsbringer darzustellen.<sup>20</sup> Diese „Sodom-Mythe“ prägte den Begriff der Sodomiten für Homosexuelle, bzw. Sodomie für Homosexualität<sup>21</sup>, gab Grundlage zur Verhängung von Folter- und Todesstrafen<sup>22</sup> und prägte die Einstellung des Christentums<sup>23</sup>.

Diese Einstellungen haben sich im Mittelalter nicht geändert – das Christentum hatte schließlich extremen Einfluss – und so wurde in der „*Constitutio Criminalis Carolina*“ von 1532 (im ersten Strafgesetzbuch für das gesamte Deutschland)<sup>24</sup> der gleichgeschlechtliche Verkehr (sowohl bei Männern als auch Frauen) mit dem Feuertod bestraft.<sup>25</sup> Gemäßigter war das „Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten“ von 1794, was Sodomie „nur“ mit Zuchthaus und Auspeitschen bestrafte.<sup>26</sup> Das Preußische Strafgesetzbuch von 1851, beeinflusst vom Code Napoleon, sah nur noch Gefängnisstrafe von 6 Monaten bis 4 Jahren vor.<sup>27</sup> In einigen süddeutschen Staaten wie Bayern wurde die Verfolgung sogar ganz aufgehoben.<sup>28</sup>

Wegweisend war schließlich die Begründung des Norddeutschen Bundes (sowie des folgenden Deutschen Reiches), da hierbei ein einheitliches deutsches Strafgesetzbuch entwickelt werden sollte. Trotz kritischer Stimmen von Juristen<sup>29</sup> und Medizinern<sup>30</sup> entschied sich der Gesetzgeber dafür, eine nur leicht angepasste Version der Strafbarkeit nach dem Preußischen StGB einzuführen. Damit entstand der § 175 des Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, der unverändert als § 175 des Reichsstrafgesetzbuchs vom 15. Mai 1871 (in Kraft ab 1.1.1872) weitergeführt wurde.

### 3. Strafbare Handlung

Da nicht Homosexualität an sich, sondern nur homosexuelle Handlungen unter Strafe gestellt wurden, bedarf es einer Definition der strafbaren Verhaltensweisen. Diese hat sich im Verlauf der Rechtsgeschichte des § 175 StGB jedoch mehrfach geändert und soll im Folgenden erläutert werden.

#### a) § 175 StGB in seiner Ursprungsfassung von 1871

In der Fassung aus 1871 stellte die „(widernatürliche) Unzucht“ den zentralen Begriff des § 175 StGB dar. Dieser ist kennzeichnend für die Sittlichkeitsdelikte der damaligen Zeit und lässt sich so z.B. auch bei der Bestrafung der Kuppelei (§§ 180, 181 StGB a.F.) oder der weiblichen Prostitution (§ 361 Nr. 6 StGB a.F.) finden; zudem wird in anderen Vorschriften auch der Begriff der „unzüchtigen Handlung“ verwendet (z.B. §§ 174, 176 StGB a.F.). Nach

<sup>18</sup> Kramer, S. 125.

<sup>19</sup> Kramer, S. 125.

<sup>20</sup> Schäfer, S. 20 f.; Kappe, KJ 1991, 205 (207); Gollner, Homosexualität, Ideologiekritik und Entmythologisierung einer Gesetzgebung, 1974, S. 129 ff.

<sup>21</sup> Kramer, S. 127.

<sup>22</sup> Schäfer, S. 20 f.

<sup>23</sup> Kramer, S. 126 f.

<sup>24</sup> Kappe, KJ 1991, 205 (208).

<sup>25</sup> Kramer, S. 128; Kappe, KJ 1991, 205 (208); Sommer, Die Strafbarkeit der Homosexualität von der Kaiserzeit bis zum Nationalsozialismus, 1998, S. 31.

<sup>26</sup> Kappe, KJ 1991, 205 (209); zur generelleren Strafmilderung seinerzeit vgl. Gollner, S. 155.

<sup>27</sup> Kappe, KJ 1991, 205 (209).

<sup>28</sup> Schäfer, S. 26 f.; Sommer, S. 32 f.

<sup>29</sup> Vgl. Aussage des Appellationsgerichtsrates von Stenglein, in: Kappe, KJ 1991, 205 (210).

<sup>30</sup> Vgl. Brüggemann, Entwicklung und Wandel des Sexualstrafrechts in der Geschichte unseres StGB, 2013, S. 204 f.; Sommer, S. 38.

§ 175 StGB sollte die widernatürliche Unzucht sowohl zwischen Männern als auch zwischen Mensch und Tier bestraft werden; jeweils mit Gefängnis bis zu 5 Jahren (§ 16 StGB a.F.).

Problematisch war allerdings seit jeher die Auslegung.<sup>31</sup> Der Begriff der Unzucht umfasste generell Handlungen gegen das „Eheprinzip“<sup>32</sup> bzw. Handlungen, welche das Scham- und Sittlichkeitsgefühl in geschlechtlicher Beziehung verletzen<sup>33</sup> und mit wollüstiger Absicht begangen wurden<sup>34</sup>. Damit hätte potenziell jede homosexuelle Handlung erfasst werden können.

Da jedoch bei einvernehmlichen Handlungen kein Recht eines anderen verletzt wurde, sondern die Vorschrift nur im Interesse der öffentlichen Moralität<sup>35</sup> stand, wurde eine einschränkende Auslegung durch den Begriff der „Widernatürlichkeit“ präferiert. Somit sollte nur „eine solche Verbindung menschlicher Körper, welche die Befriedigung des Naturtriebs in anderer Weise als durch die Berührung des eigenen Geschlechtsteiles mit dem einer Person des anderen Geschlechtes sucht“<sup>36</sup> bestraft werden – mit anderen Worten wurde eine so genannte „beischlafähnliche“<sup>37</sup> Handlung gefordert<sup>38</sup>, also eine Analogie zum heterosexuellen, ehelichen Geschlechtsverkehr. Allerdings könnte man praktisch für jeden heterosexuellen Akt ein homosexuelles Äquivalent finden<sup>39</sup>; weitere Einschränkungen durch die Rechtsprechung waren daher notwendig.

Erforderlich war danach Berührung zwischen den Personen; die gleichzeitige Onanie war somit vom Tatbestand nicht umfasst.<sup>40</sup> Dagegen war keine Voraussetzung, dass es zum Samenerguss oder zum Eindringen des Geschlechtsteils kam.<sup>41</sup> Ausreichend war jedoch Oralverkehr<sup>42</sup>; auch das Reiben des Geschlechtsteils am Körper eines anderen Mannes war umfasst, nicht jedoch nur die wechselseitige Onanie.<sup>43</sup> Bezüglich der wollüstigen Absicht war notwendig, die Erregung oder Befriedigung des Geschlechtstriebes bei wenigstens einem Beteiligten zu erzielen; der Täter musste also nicht seine eigene Befriedigung beabsichtigen.<sup>44</sup>

Insgesamt kam es jedoch nur in relativ wenigen Fällen zu Verurteilungen, da die Betroffenen häufig die Auslegungsmethoden kannten, sich absprachen und dadurch die Beweisführung ihrer Handlungen erschweren konnten.<sup>45</sup>

#### b) §§ 175, 175a StGB nach 1935<sup>46</sup>

Nach der Machtergreifung wurde, infolge der *Röhm*-Affäre<sup>47</sup>, durch Gesetz vom 28. Juni 1935 das Wort „widernatürlich“ aus dem Tatbestand gestrichen. Mit dieser Neufassung sollte jede Art von gleichgeschlechtlichen sexuellen Handlungen umfasst werden, nicht nur das beischlafähnliche Handeln.<sup>48</sup> Nach diesem weiten Unzuchtsbegriff genügte also, „das allgemeine Scham- und Sittlichkeitsgefühl in geschlechtlicher Beziehung zu verletzen“

<sup>31</sup> Ausführlich dazu *Sommer*, S. 43 ff.

<sup>32</sup> *Brüggemann*, S. 31.

<sup>33</sup> RGSt 11, 4 (5) zur Kuppelei § 180 RStGB; RGSt 22, 33 (34) zum § 176 Nr. 3 RStGB.

<sup>34</sup> Vgl. RGSt 28, 77.

<sup>35</sup> RGSt 2, 237 (238).

<sup>36</sup> RGSt 2, 237 (238).

<sup>37</sup> Früher beischlafähnliche Handlung genannt.

<sup>38</sup> *Pr. Obertribunal*, Oppenhoff 15, 363; RGSt 1, 395 (396 f.); RGSt 20, 225; RGSt 34, 245 (246).

<sup>39</sup> *Gollner*, S. 183.

<sup>40</sup> RGSt 20, 225.

<sup>41</sup> RGSt 1, 395 (396); die Rechtsprechung verwendete den Begriff der „Päderastie“, was in diesem Kontext wohl Analverkehr bedeutet und nicht, wie ursprünglich, die „Knabenliebe“, vgl. dazu auch *Anonym/Krafft-Ebing*, ZStW 1892, 34 (37).

<sup>42</sup> RGSt 34, 245 (247 f.).

<sup>43</sup> RGSt 6, 211 (212).

<sup>44</sup> RGSt 34, 245 (247 f.).

<sup>45</sup> *Grau*, Homosexualität in der NS-Zeit, 1993, S. 93.

<sup>46</sup> Nicht betrachtet werden kann in dieser Arbeit die äußerst harte, mit dem Tod drohende Behandlung von Homosexuellen in der SS und Polizei und in Konzentrationslagern; vgl. dazu *Grau* (Rn. 46), S. 242 f., 325 ff.

<sup>47</sup> ≙ u. a. die Ermordung des homosexuellen SA-Leiters *Röhms* durch das Regime *Hitlers*, siehe *Sommer*, S. 316 ff.

<sup>48</sup> *RG*, Urt. v. 31.5.1936 – 5 D 274/37 (Rn. 247); *Grau* (Rn. 45), S. 93.

und den Körper des anderen in wollüstiger Absicht zu nutzen.<sup>49</sup> Mit anderen Worten konnten nun eine Vielzahl von homosexuellen Handlungen, wie das Anfassen des Geschlechtsteils des anderen<sup>50</sup> oder sogar nur die Selbstbefriedigung in Gegenwart des anderen<sup>51</sup>, bestraft werden. Dies diente einer ausgedehnteren Verfolgung von Homosexuellen<sup>52</sup>; insbesondere Beweisschwierigkeiten vor Gericht sollten damit umgangen werden<sup>53</sup>. Argument zur Ausdehnung war u.a. auch der Schutz der Volksgesundheit.<sup>54</sup>

Für unter 21 Jahre alte Männer gab es im § 175 Abs. 2 StGB eine fakultative Strafbefreiungsregelung in besonders leichten Fällen. Daneben wurden zeitgleich auch die §§ 175a und 175b StGB im Jahre 1935 eingeführt. Während § 175b StGB nur eine Auslagerung der Unzucht mit Tieren in eine eigene Vorschrift bezweckte, sah § 175a StGB eine erheblich höhere Verbrechensstrafbarkeit (Zuchthaus bis zu 10 Jahre) für „qualifizierte“ Delikte (schwere Unzucht)<sup>55</sup> im Zusammenhang mit männlicher Homosexualität vor. Absatz 1 stellte die durch Nötigung erzwungene Unzucht unter Strafe, Absatz 2 schützte vor Missbrauch in Abhängigkeitsverhältnissen (z.B. im Arbeitsverhältnis), Absatz 3 stellte eine verstärkte Jugendschutznorm dar, mit einem Schutzalter von 21 Jahren, und Absatz 4 bestrafte die Prostitution unter Männern. Der Begriff der Unzucht glich dem aus § 175 StGB<sup>56</sup>; zwischen den beiden Normen war allerdings Tateinheit möglich.<sup>57</sup>

Die §§ 175 ff. StGB wurde in dieser Fassung durch die Besatzungsmächte und später auch in der BRD<sup>58</sup> übernommen. Trotz Versuchen, den Tatbestand des § 175 StGB aufgrund seiner nationalsozialistischen Herkunft wieder auf die Auslegung vor 1935 zu begrenzen<sup>59</sup>, hielt die oberste Rechtsprechung nach wie vor an der weiten Auslegung fest<sup>60</sup>. Die Kritik, dass der Tatbestand nationalsozialistisches Gedankengut enthielte und damit verfassungswidrig wäre, wurde stets abgewiesen.<sup>61</sup> Dies wurde schließlich auch vom *BVerfG* bestätigt.<sup>62</sup>

### c) § 175 StGB nach 1969

Erst durch Gesetz vom 25. Juni 1969 wurden die §§ 175a, 175b StGB gestrichen und der Tatbestand des § 175 StGB beschränkt; es waren nur noch qualifizierte Fälle der Homosexualität i.S.d. § 175a Nr. 2 – 4 StGB a.F. strafbar. Geändert wurde, dass nach Abs. 1 Nr. 1 die Unzucht eines Mannes über 18 Jahre mit einem Mann unter 21 Jahren bestraft wurde (vorher einheitliche Grenze von 21 Jahren in § 175a Nr. 3 StGB). Diese Konstruktion hatte die seltsame Folge, dass zwei Jungen unter 18 Jahren, die zusammen waren, straffrei blieben, sich jedoch dann strafbar machten, sobald sie jeweils 18 Jahre alt wurden, und erst wieder straffrei wurden, sobald sie beide 21 Jahre alt waren.<sup>63</sup> Diese nicht nachvollziehbare Konsequenz wurde hingenommen. Das *BVerfG* ging dieser Problematik aus dem Weg, indem es nur eine Schutzaltersgrenze von 18 Jahren überprüft hatte.<sup>64</sup>

Mit Gesetz vom November 1973 wurde, im Zuge der Strafrechtsreform, der Begriff der Unzucht durch den der sexuellen Handlungen ersetzt. Zudem wurde die Schutzaltersgrenze auf 18 Jahre gesenkt, sodass sich die paradoxe

<sup>49</sup> RGSt 70, 224 (225).

<sup>50</sup> RGSt 70, 224 (225).

<sup>51</sup> *Grau* (Rn. 45), S. 93; RGSt 74, 77 (78 f.), wobei danach die nur an sich selbst vorgenommene Onanie nicht ausreichend sei, hinzukommen müsse noch ein gewisses „besonderes, abhebbendes“ Moment der Situation.

<sup>52</sup> RGSt 70, 224; *Baumann*, S. 49.

<sup>53</sup> *Kramer*, S. 134 m.w.N.

<sup>54</sup> RGSt 70, 224; vgl. auch *Grau* (Rn. 45), S. 29.

<sup>55</sup> *Schönke*, StGB, 4. Aufl. (1949), § 175a.

<sup>56</sup> RGSt 74, 77; *Jaguschn*, MDR 1949, 83.

<sup>57</sup> *BGH*, Urt. v. 14.6.1951 – 4 StR 297/51; vgl. *OLG Tübingen*, MDR 1949, 186; a.A. *OLG Frankfurt a.M.*, MDR 1949, 186 f.

<sup>58</sup> Zur Entwicklung in der DDR weiter unten in III, 4.

<sup>59</sup> *Kohlrausch*, Deutsches Strafgesetz mit Nebengesetzen, 1947, S. 83; *Labin*, MDR 1948, 59 (60 ff.); vgl. auch *Lange*, JZ 1951, 561 (562).

<sup>60</sup> BGHSt 1, 80, Rn. 3 (juris); 1, 293, Rn. 5 (juris).

<sup>61</sup> BGHSt 1, 80, Rn. 2 (juris); *OGH Köln*, MDR 1949, 180 (181) für § 175a StGB; vgl. *OLG Braunschweig*, NJW 1953, 1929.

<sup>62</sup> BVerfGE 6, 398, Rn. 111 ff.

<sup>63</sup> Vgl. *Brüggemann*, S. 226.

<sup>64</sup> BVerfGE 36, 41, Rn. 10, 14 (juris).

Konstruktion erledigt hatte. Die beiden qualifizierten Fälle der Unzucht im Abhängigkeitsverhältnis und der Prostitution wurden ebenso gestrichen, sodass die Vorschrift praktisch nur noch dem Jugendschutz dienen sollte. Schließlich wurde durch Gesetz vom 31. Mai 1994 mit der Einführung einer einheitlichen Jugendschutzvorschrift in § 182 StGB der Inhalt des § 175 StGB obsolet und damit endgültig beseitigt.

#### 4. Straflosigkeit der weiblichen Homosexualität

Auffällig ist, dass von Beginn an stets nur die Homosexualität unter Männern, nicht aber unter Frauen strafbar war. Dies ist kein Einzelfall der deutschen Strafrechtsgeschichte – selbst heutzutage stellen viele Länder, die Homosexualität überhaupt noch verfolgen, diese nur zwischen Männern unter Strafe (z.B. Syrien, Kenia, Singapur)<sup>65</sup>. Die Begründung dafür ist jedoch schwierig, würde die weibliche Homosexualität doch ebenso eine „unzüchtige“ bzw. „unnatürliche“ Art darstellen.

Ein Begründungsversuch lässt sich im Beitrag von einem\*anonymen Autor\*in aus dem Jahre 1892 finden<sup>66</sup>. So könnten Unzüchtigkeiten zwischen Frauen bloß onanistischer Art sein. Das fehlende penetrative Element, welches klassischerweise den heterosexuellen Geschlechtsverkehr ausmache, wäre demnach nicht vorhanden; anders bei Männern und Analverkehr. Somit fehle ein Analogon zum „natürlichen“ Beischlaf.<sup>67</sup>

Das allein hätte jedoch die Konsequenz, dass bei einer Ausweitung der Strafbarkeit auf onanistische Handlungen konsequent auch solche zwischen Frauen bestraft werden müssten – dies ist jedoch nicht geschehen, als der Tatbestand 1935 erweitert wurde. Stattdessen sei die geringe Rolle der Frau im öffentlichen Leben Grund für den Strafausschluss gewesen.<sup>68</sup> Die sexistische Komponente der Begründung ist so offensichtlich wie nicht überzeugend und konnte spätestens zu Zeiten des Grundgesetzes nicht mehr sachdienlich sein. Es musste daher eine andere Begründung herangezogen werden.

Die Spannungen mit dem Gleichheitsgrundsatz in Art. 3 GG durch die Fortwirkung des § 175 StGB wurden schnell offensichtlich.<sup>69</sup> Der *BGH* hat recht früh bereits geurteilt, dass dies keine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes darstelle, weil der „naturegegebene Unterschied der Geschlechter“ eine unterschiedliche Bewertung in der Kriminalpolitik rechtfertigen könne.<sup>70</sup> Worin sich dieser Unterschied genau äußern würde, hat er offengelassen.

In seinem berüchtigten Urteil von 1957<sup>71</sup> sah sich das *BVerfG* schließlich auch gezwungen, diese Frage zu beantworten. Zu diesem Zweck berief es eine Handvoll Sachverständiger zur Stellungnahme, insbesondere Mediziner, Psychologen und Soziologen.<sup>72</sup> Die Antworten stellten im Regelfall eine Annahme der These dar, dass die Sexualität von Frauen anders zu bewerten sei als die von Männern: so erklärte *Giese*<sup>73</sup>, dass die Sexualität von Frauen stark von einem „generativ-vegetativen Aspekt“ beeinflusst sei, also sehr auf den Prozess der Schwangerschaft und Geburt gerichtet sei. Bei Männern hingegen fehle dies und es läge ein „Antriebsüberschuss“ vor, was im Ergebnis zu einem stärkeren Hang zur Promiskuität führe. *Grassberger* führte aus, dass Frauen weniger sexuell aktiv seien, da sie aufgrund von Menstruation und Schwangerschaft immer wieder daran erinnert werden, dass

<sup>65</sup> Vgl. BT-Drs. 19/9077, S. 7 f. (Stand 2019).

<sup>66</sup> *Anonym/Krafft-Ebing*, ZStW 1892, 34 (38 f.); es handelte sich wahrscheinlich um einen männlichen Autor, da *Krafft-Ebing* im Nachwort andeutete, dass er aus Angst vor Bestrafung anonym blieb.

<sup>67</sup> Vgl. auch *Gollner*, S. 168.

<sup>68</sup> Zur Begründung der Neufassung des § 175 StGB in 1935, *Gollner*, S. 176.

<sup>69</sup> So z.B. *Schultz*, MDR 1950, 599 (600).

<sup>70</sup> *BGH*, NJW 1951, 810.

<sup>71</sup> BVerfGE 6, 389.

<sup>72</sup> BVerfGE 6, 389, Rn. 36 ff (juris).

<sup>73</sup> BVerfGE 6, 389, Rn. 55 f (juris).

„ihr Sexualeben auch mit Lasten verbunden sei“.<sup>74</sup> Die einzige befragte Frau, *Scheuner*, betonte ebenso die Promiskuität von Männern und beschrieb Mädchen als generell eher scheu und zurückhaltend, mit einem „natürliche[n] Gefühl für sexuelle Ordnung und Zielrichtung“, die sich altersmäßig früher heterosexuell betätigten.<sup>75</sup> Selbst unterstellt, dass diese Ansätze Bestätigung fänden (was bei der extremen Kategorisierung und der implizierten „richtenden“ Wirkung heterosexueller Handlungen alleine schon bedenklich erscheint): Fraglich bleibt, ob dies überhaupt eine Ungleichbehandlung rechtfertigen könnte. Denn schließlich zielt Art. 3 Abs. 2 GG darauf ab, eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts alleine abzubauen. Das *BVerfG* hat dieses Problem dahingehend „umgangen“, dass eine Ungleichbehandlung im Hinblick auf biologische Unterschiede erlaubt sein kann, evtl. sogar notwendig sein muss.<sup>76</sup> Klassisches Beispiel sind die Mutterschutzbestimmungen (wobei auch diese heutzutage gegenüber trans Männern entsprechend angewendet werden und somit ein eindeutiger Unterschied auch nicht mehr ersichtlich ist). Diese Unterschiede müssten allerdings nach seiner eigenen Rechtsprechung den „Lebenssachverhalt so entscheidend präg[en], dass etwa vergleichbare Elemente daneben vollkommen zurücktreten.“<sup>77</sup> Es hat schließlich mit Berufung auf die vorhin genannten Argumente eine solche Prägung angenommen und damit die Ungleichbehandlung für gerechtfertigt erklärt. Dies erscheint jedoch selbst aus damaligem Blickwinkel höchst fraglich, insbesondere warum der Schutz der weiblichen Jugend selbst bei geringerer Intensität nicht dennoch gefördert werden sollte. Das Gericht schien sich eher zu bemühen, den § 175 StGB aufrechtzuerhalten, trotz deutlicher Zweifel.<sup>78</sup>

Mit den Worten des obersten Organs der Rechtsprechung war somit die Ungleichbehandlung für die nächsten Jahre zementiert.<sup>79</sup> Erst mit der Einführung der gleichbehandelnden allgemeinen Jugendschutzvorschrift in 1994 (§ 182 StGB) wurde diese Problematik aufgelöst, wenngleich es auch dazu kritische Stimmen bezüglich der angestrebten Gleichbehandlung von Frauen und Männern gab.<sup>80</sup>

Offensichtlich ist und war nicht Ziel der Diskussion, die Strafbarkeit von lesbischen Frauen herbeizuführen (was auch das *BVerfG* erkannt hat<sup>81</sup>), sondern die Absurdität der Vorschrift darzustellen. Die Verfolgung von homosexuellen Männern schien stets ein Dorn im Auge der Gesetzgeber gewesen zu sein, während homosexuelle Frauen oft nicht mal der Erwähnung wert waren – trotz der vergleichbaren „Widernatürlichkeit“.

### 5. Schutzgut des § 175 StGB

Das heutige Strafrecht ist von einem Rechtsgutgedanken geprägt: Strafen dienen dem Schutz von Rechtsgütern, demnach muss einem Straftatbestand ein geschütztes Rechtsgut zugeordnet werden können.<sup>82</sup> Auch wenn diese Ansicht vergleichsweise modern ist, war bereits früher klar, dass ein Strafgesetz jedenfalls einen legitimen Zweck verfolgen muss. Gerade bei der Strafbarkeit der (einfachen) männlichen Homosexualität stellt sich dies aber als schwierige Situation dar. Die einvernehmlichen Handlungen zwischen zwei erwachsenen und einwilligungsfähigen Männern verletzen keine Individualrechtsgüter. Wie kann eine solche Strafbarkeit dann legitimiert werden?

<sup>74</sup> BVerfGE 6, 389, Rn. 68 (juris).

<sup>75</sup> BVerfGE 6, 389, Rn. 84 (juris).

<sup>76</sup> BVerfGE 6, 389, Rn. 140 (juris).

<sup>77</sup> BVerfGE 6, 389, Rn. 141 (juris).

<sup>78</sup> Vgl. dazu unten auch die problematische Begründung anhand des „Sittengesetzes“; *Darnstädt* schließt die Zurückhaltung des *BVerfG* auf eine Angst, die Politik zu verärgern und damit die Legitimation des Gerichts zu gefährden, *Darnstädt*, S. 175 ff.

<sup>79</sup> Vgl. *Bruns*, *Betrifft Justiz* 2012, 409 (410).

<sup>80</sup> Z.B. von *Tröndle*, *ZRP* 1992, 297 (299), der die Gleichstellung mit Bezug auf das Urteil des *BVerfG* immer noch abgelehnt hat.

<sup>81</sup> BVerfGE 6, 389, Rn. 157 ff (juris).

<sup>82</sup> Vgl. *Jäger*, in: *Bürgerrechtliche Argumente*, 2011, S. 94 (95), wonach nur sozialschädigende Handlungen bestraft werden sollen, nicht moralische Konformität erzwungen werden soll.

### a) Sittlichkeit

Die Sittendelikte der ursprünglichen Konzeption des StGB, zu denen auch § 175 StGB gehörte, dienten dem Schutz der rechtlichen und sittlichen Ordnung des geschlechtlichen Lebens.<sup>83</sup> Die Strafbarkeit der Homosexualität entspringe weiterhin dem „gesundem Rechtsempfinden im Volke“ und habe sich aus langer Gewohnheit gebildet.<sup>84</sup> Die Begründung von Strafbarkeiten durch einer in der Bevölkerung einheitlichen Moralvorstellung (einem „Sittengesetz“) oder gar nur die Existenz eines solchen Sittengesetzes ist jedoch in sich selbst bereits ein Problem.<sup>85</sup>

Die große Schwierigkeit ist einerseits festzustellen, was das Sittengesetz überhaupt enthalten soll, und andererseits, wie sich ein solches moralgeleitetes, ungeschriebenes System in einen Rechtsstaat einfügen soll. Der *BGH* hat in seinem Urteil zur Kuppelei ausgeführt: „Normen des Sittengesetzes dagegen gelten aus sich selbst heraus; ihre (starke) Verbindlichkeit beruht auf der vorgegebenen und hinzunehmenden Ordnung der Werte und der das menschliche Zusammenleben regierenden Sollenssätze [...] ihr Inhalt kann sich nicht deswegen ändern, weil die Anschauungen über das, was gilt, wechseln.“<sup>86</sup>

Es scheint widersprüchlich, ein Rechtssystem an die Anschauungen der Gesellschaft auszurichten und es gleichzeitig an ursprüngliche Anschauungen zu binden. Worin besteht dann noch die Legitimation des Sittengesetzes, wenn dessen Inhalte nicht mehr unterstützt werden? Zudem ist äußerst problematisch, wie ein solch unbestimmtes Konzept sowohl zum einen Freiheitseingriffe durch das Strafrecht und zum anderen Eingriffe in die Intimsphäre, mit Blick auf die Delikte im Sexualstrafrecht, rechtfertigen soll.

Weiterhin hielt das *BVerfG* in seinem Urteil zur Strafbarkeit der Homosexualität fest, dass „gleichgeschlechtliche Betätigung [...] eindeutig gegen das Sittengesetz [verstößt]“.<sup>87</sup> Es sei aber bereits schwierig, den Inhalt eines solchen Sittengesetzes überhaupt festzustellen. Weder das sittliche Gefühl der Richter noch einzelner Volksteile seien maßgebend<sup>88</sup>; starkes Indiz sei hingegen die durch die Lehren der zwei großen Kirchen verbreiteten Verurteilung der Unzucht<sup>89</sup>, ebenso die Beibehaltung der Strafbarkeit im Verlaufe des letzten Jahrhunderts<sup>90</sup>. Daher konnte es nicht feststellen, dass „jedes öffentliche Interesse an einer Aufrechterhaltung der Strafbestimmung fehle“<sup>91</sup>.

Das *BVerfG* ließ jedoch außer Acht, dass es immer wieder Versuche gab, die einfache Homosexualität straffrei zu stellen.<sup>92</sup> Eine eindeutige gesellschaftliche Ansicht, dass Homosexualität strafwürdig sei, ist daher zu bezweifeln.<sup>93</sup> Auch dass eine Strafwürdigkeit indiziell durch die Anschauungen der Kirchen abgeleitet werden soll, ist mit Blick auf die Religionsfreiheit kritisch zu betrachten. Schließlich erscheint es äußerst fragwürdig, eine Strafbarkeit zu begründen, weil ein öffentliches Interesse bestehen *könnte*. Wegen des hohen Eingriffsgehalts des Strafrechts sollte sich im Zweifelsfall für Straflosigkeit entschieden werden.<sup>94</sup>

<sup>83</sup> LK-StGB, 7. Aufl. (1951), Vor 13. Abschnitt.

<sup>84</sup> Vgl. *Sommer*, S. 220.

<sup>85</sup> Dazu ausführlich *Erbel*, Das Sittengesetz als Schranke der Grundrechte, 1971.

<sup>86</sup> BGHSt 6, 46, Rn. 10 (juris).

<sup>87</sup> BVerfGE 6, 389, Rn. 167 (juris).

<sup>88</sup> BVerfGE 6, 389, Rn. 167 (juris).

<sup>89</sup> BVerfGE 6, 389, Rn. 167 (juris).

<sup>90</sup> BVerfGE 6, 389, Rn. 168 ff. (juris).

<sup>91</sup> BVerfGE 6, 389, Rn. 176 (juris).

<sup>92</sup> Z.B. § 245 Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs, 1911, S. 238 ff; § 260 Österreichischer Gegenentwurf zu dem Allgemeinen Teil des Ersten Buches des Deutschen Strafgesetzentwurfes vom Jahre 1919, 1922, S. 31; § 296 Entwurf 1930, zitiert nach *Baumann*, S. 140.

<sup>93</sup> So hat z.B. *Hirschfeld* bereits zu Beginn des 19. Jahrhunderts eine recht liberale Einstellung gegenüber Homosexualität vertreten, siehe *Hirschfeld*, Die Homosexualität des Mannes und des Weibes, 1914.

<sup>94</sup> So auch *Jäger*, Bürgerrechtliche Argumente, 94 (98 f.), *Höfling*, JuS 2017, 617 (620).

Die Ideen eines „Moralstrafrechts“ wurden schließlich auch als überholt angesehen und mit den Strafrechtsreformen in den 70er-Jahren verworfen.<sup>95</sup> Stattdessen zeichnen sich die §§ 174 ff. StGB jetzt durch den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung aus, wie der Titel des Abschnitts auch signalisiert. Damit kann die einfache Homosexualität nicht mehr strafwürdig sein, da sie, wie oben erläutert, keine Rechtsgüter verletzt.

#### b) Jugendschutz

Dies beendete aber die diskriminierende Behandlung der Homosexualität im Strafrecht noch nicht. 1969 wurde § 175 StGB auf qualifizierte Fälle beschränkt, insbesondere in Bezug auf Jugendliche. Das Schutzzalter bei homosexuellen Handlungen lag zunächst bei 21 Jahren, später bei 18 Jahren, und damit deutlich höher als bei heterosexuellen Handlungen (14 Jahre, § 182 StGB a.F.). Die Norm bezweckte also den Jugendschutz, aber intensiver. Fraglich ist, was einen solch intensivierten Schutz begründen sollte.

Dass die Homosexualität die Jugend „verderben“ würde, war schon früh ein Argument für die Strafbarkeit.<sup>96</sup> Relevant wurde dieser Punkt noch einmal wesentlich später, als es um die Abschaffung des § 175 StGB ging. Ansatzpunkt war die Frage, ob homosexuelle Erfahrungen im jungen Alter Schädigungen hervorrufen können. Die Gesetzesbegründung zur Abschaffung der einfachen Homosexualität erklärte, dass frühe homosexuelle Erlebnisse die „seelische Entwicklung belasten, erhebliche Konflikte mit der Umwelt verursachen und die Begegnung mit dem anderen Geschlecht nachhaltig stören“ könnten.<sup>97</sup> Sie führte dies nicht weiter aus; die generelle Betrachtung der Heterosexualität als „normale“<sup>98</sup> Orientierung ist aber deutlich.

Deutlich wird die noch verankerte Homophobie (sowie gewisser Sexismus) in der Argumentation von *Tönnies*, welche Jungen als deutlich anfälliger für die Avancen älterer Männer hält als Mädchen<sup>99</sup>: Homosexuelle Männer würden vor Jungen als eine Art Vaterfigur auftreten, die diesen ein Gefühl von Wahrnehmung und Beachtung geben. Mädchen hingegen sei ihre Ausstrahlung auf ältere Männer bewusst und sie könnten sich daher schon frühzeitig davor schützen. Weiterhin zieht sie Parallelen zur Antike und deren „Päderastie“, also der Knabenliebe, wonach der Päderast insbesondere von der Knabenhaftigkeit der Jungen angezogen gewesen sei.<sup>100</sup>

Ersichtlich ist die Annahme, dass Homosexuelle dazu neigen würden, Jugendliche zu sexuellen Handlungen zu beeinflussen. Dies ist kein Zufall: Die Annahme, dass Homosexuelle andere, „normale“ Männer verführen würden, lässt sich schon in frühen Gesetzesentwürfen zum StGB finden.<sup>101</sup> Auch das *BVerfGE* hat nicht davor gescheut, die Gefahr einer Verführung deutlich zu machen.<sup>102</sup> *Bruns* führt dieses Stereotyp darauf zurück, dass homosexuelle Männer im Strafverfahren argumentiert haben, sie seien „verführt“ worden und demnach unverschuldet in ihrer Orientierung, um eine gemilderte Strafbarkeit zu erlangen.<sup>103</sup> Diese Prägungstheorien sind jedoch widerlegt und waren es auch schon zu Zeiten dieser Diskussion.<sup>104</sup> Eine Berufung darauf offenbart nur ein mangelndes Verständnis und fehlende Empathie gegenüber Homosexuellen sowie damit verbundene Homophobie.

<sup>95</sup> Vgl. *Jäger*, Bürgerrechtliche Argumente, 94 (96 f.).

<sup>96</sup> *Anderssen*, ZStW 1911, 490 (493 f.); *OLG Braunschweig*, NJW 1953, 1929 (1931).

<sup>97</sup> BT-Drs. V/4094, S. 31.

<sup>98</sup> Wortlaut der Begründung: „normal empfindende Menschen“, BT-Drs. V/4094, S. 31.

<sup>99</sup> *Tönnies*, ZRP 1992, 411.

<sup>100</sup> *Tönnies*, ZRP 1992, 411 (412).

<sup>101</sup> Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung, 1925, S. 135; vgl. auch *Jäger*, Bürgerrechtliche Argumente, 94 (96 f.).

<sup>102</sup> *BVerfGE* 6, 389, Rn. 149 (juris).

<sup>103</sup> *Bruns*, ZRP 1993, 232; vgl. auch *Kappe*, KJ 1991, 205 (214).

<sup>104</sup> Vgl. *Steinmeister*, ZRP 1992, 87 (88); *Bruns*, ZRP 1993, 232.

Ebenso kritisch ist die Implikation, dass Homosexuelle pädophile Neigungen hätten. Nach *Frommel* lässt sich das vor allem auf Bemühungen einer Pädophilenbewegung zurückführen, die die Abschaffung des § 175 StGB mit der Intention der Abschaffung von Schutzaltersgrenzen unterstützt haben.<sup>105</sup> Die Assoziation existierte aber auch schon davor<sup>106</sup>; nicht zuletzt wegen der antiken Päderastie<sup>107</sup>. Dass der Gesetzgeber aber den Schutz Minderjähriger gegenüber homosexuellen Handlungen hervorgehoben hat, hat sicherlich nicht zur Ausräumung dieses Vorurteils geholfen. Dennoch ist es widerlegt – Homosexuelle sind statistisch nicht pädophiler veranlagt als Heterosexuelle.<sup>108</sup>

### c) Sonstige Begründungsansätze

Weitere (problematische) Ansätze, warum Homosexualität strafbar sein sollte, lassen sich beispielsweise in einem Urteil des *OLG Braunschweig* von 1953 finden.<sup>109</sup> Demnach sind Gefahren der Homosexualität u.a. „Verfälschung des öffentlichen Lebens“ (so auch das Reichsgericht 1936)<sup>110</sup>, die „Gefährdung der Volksgesundheit“ (ebenso das Reichsgericht 1936<sup>111</sup>, aber auch später der *BGH*<sup>112</sup>) oder auch die „Sicherung [...] der Reinheit des Volkslebens in sittlicher Beziehung“<sup>113</sup>.

Die Parallelen zur Begründung der nationalsozialistischen Verfolgung von Homosexualität sind ersichtlich.<sup>114</sup> Dies ist nicht sonderlich überraschend, hat die BRD mit §§ 175, 175a StGB nicht nur die gleichen Strafnormen der NS-Zeit übernommen, sondern auch die Karteien und Listen<sup>115</sup> mit Verdachten auf Homosexualität weitergeführt.<sup>116</sup> Gerade deshalb wirkt es aber erstaunlich, dass diese Paragraphen nicht als „nationalsozialistisch geprägtes Recht“ betrachtet wurden.<sup>117</sup> Die Rehabilitierung der nach dem 8. Mai 1945 verurteilten Personen durch das StrRehaHomG zeigt immerhin die Auffassung der heutigen BRD, dass die Vorgehensweise und die Begründungen zur Verfolgung absolut verwerflich und haltlos waren.

## 6. Zwischenfazit

Die Bestrafung der Homosexualität ist nicht zu rechtfertigen.<sup>118</sup> Jegliche Versuche, sie zu begründen, scheitern daran, eine ernsthafte Gefahr festzustellen. Die Berufung auf eine angebliche Moralvorstellung der Bevölkerung, pseudo-biologische Gründe oder Leerformeln („Verfälschung des öffentlichen Lebens“) stellen keine geeignete Grundlage dar. Der mit der Ungleichbehandlung von Frauen einhergehende Sexismus unterstreicht das pure vorurteilsbeladene Vorgehen des Staates. Diese gesellschaftlichen Vorbehalte<sup>119</sup> gegenüber Homosexualität reichen jedoch nicht zur Strafbegründung aus. Diese Auffassung dürfte heutzutage die ganz herrschende Meinung darstellen.

<sup>105</sup> *Frommel*, KJ 2014, 46 (50).

<sup>106</sup> Vgl. *Frommel*, KJ 2014, 46 (50).

<sup>107</sup> Jedenfalls gibt die Päderastie Anlass für diese Argumentation, so auch durch *Tömmies*, ZRP 1992, 411 (412).

<sup>108</sup> *Bruns*, ZRP 1993, 232.

<sup>109</sup> *OLG Braunschweig*, NJW 1953, 1929 (1931) m.w.N.

<sup>110</sup> RGSt 70, 145 (149).

<sup>111</sup> RGSt 70, 145 (149); 70, 224.

<sup>112</sup> BGHSt 7, 231, Rn. 4 (juris).

<sup>113</sup> Vgl. auch z.B. *OLG Düsseldorf*, MDR 1948, 59.

<sup>114</sup> *Wasmuth*, NJ 2017, 353 (355); Vgl. *Frommel*, Rechtsstaatliches Strafrecht 2017, 109 (111).

<sup>115</sup> Vgl. *Grau* (Rn. 46), S. 120 f.

<sup>116</sup> *Frommel*, Rechtsstaatliches Strafrecht 2017, 109 (110).

<sup>117</sup> Vgl. BVerfGE 6, 389, Rn. 122 (juris).

<sup>118</sup> So auch der *EGMR*, siehe Urt. v. 22.10.1981 – 7525/76.

<sup>119</sup> Dazu ausführlicher *Böllinger*, in: *Jäger/Schorsch*, Sexualwissenschaft und Strafrecht, 1987, 10 (26 ff.).

### III. Die Abschaffung des § 175 StGB

Die Verlaufsgeschichte des § 175 StGB ist allerdings auch stets mit einer ebenfalls starken Gegenbewegung verbunden. Trotz der verbreiteten Ablehnung von Homosexuellen in der Gesellschaft<sup>120</sup>, gab es immer wieder Individuen und Gruppierungen, die sich gegen die Strafbarkeit von zumindest einvernehmlichen Handlungen unter Erwachsenen auflehnten. Eine vollständige Ausführung aller Positionen und Argumente ist in diesem Rahmen nicht möglich; es wird sich daher auf eine exemplarische Darstellung beschränkt, wodurch die grundsätzlichen Ideen aber deutlich werden sollten.

#### 1. Gegenstimmen zur und nach Einführung des § 175 StGB

Die Strafbarkeit der Homosexualität war bereits vor der Einführung des § 175 StGB hochumstritten: In einem Gutachten der königlich-wissenschaftlichen Deputation für das Medizinalwesen von 1869 wurde für die Streichung einer solchen Vorschrift plädiert.<sup>121</sup> Begründet wurde dies u.a. damit, dass grundsätzlich keine gesundheitlichen Nachteile ausgehen würden und die Unzucht zwischen Männern (und Mensch und Tier) nicht verwerflicher wäre als andere unzüchtige Handlungen.<sup>122</sup> Ebenso wurde vom bayrischen Appellationsgerichtsrates *von Stenglein* vorgebracht, dass „weder die Rechtsordnung noch die sittliche Wohlfahrt des Staates gefährdet“ sei.<sup>123</sup> Beides wurde jedoch zurückgewiesen und der § 175 StGB wurde in seiner Form belassen.<sup>124</sup>

Dies waren jedoch nicht die einzigen Gegenstimmen und in der Folgezeit sollte sich die Diskussion nur noch verstärken. Nach *Hirschfeld* wurden in den Jahren 1898-1908 über 1000 Schriften verfasst<sup>125</sup>, welche sich (wohl überwiegend) gegen die Strafbarkeit aussprachen<sup>126</sup>.

*Sontag* hat beispielsweise bereits 1870 einen Aufsatz gegen die Einführung des § 175 StGB verfasst und insbesondere die Berufung auf das „Volksbewusstsein“ kritisiert, was einen Mangel an Rechtsgründen offenbare.<sup>127</sup> Zudem würden die Taten nicht in die Sphäre des Rechtslebens eingreifen und damit nicht rechtswidrig sein, womit einer Strafbarkeit der Boden entzogen sei.<sup>128</sup>

Weiterhin wurde von *Krafft-Effing*, einem einflussreichen Psychiater<sup>129</sup>, die Straflosigkeit gefordert, u.a. da die Delikte einer „krankhaft seelischen Veranlagung“ entspringen würden.<sup>130</sup> Die Beschreibung der Homosexualität als Krankheit lässt sich in vielerlei Texten gegen die Strafbarkeit aus dieser Zeit finden – teilweise als Anlage, teilweise als Prägung verstanden – stets mit der Konsequenz, dass die betroffenen Personen nicht aufgrund von Krankheit bestraft werden sollten.<sup>131</sup>

<sup>120</sup> Vgl. *Kramer*, S. 135.

<sup>121</sup> *Baumann*, S. 78; *Kramer*, S. 131.

<sup>122</sup> Vgl. Wortlaut des Gutachtens in *Hirschfeld*, S. 961 f.

<sup>123</sup> Vgl. *Kappe*, KJ 1991, 205 (210).

<sup>124</sup> Vgl. Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, 1869, S. 270 f.

<sup>125</sup> Vorwort zu *Hirschfeld*.

<sup>126</sup> *Baumann*, S. 84.

<sup>127</sup> *Sontag*, Archiv für preußisches Strafrecht 18 (1870), 18 (23 f.).

<sup>128</sup> *Sontag*, Archiv für preußisches Strafrecht 18 (1870), 18 (24 f.).

<sup>129</sup> Vgl. *Baumann*, S. 79.

<sup>130</sup> *Krafft-Effing* in einem Nachwort zu einem anonym verfassten Aufsatz, der sich ebenso gegen die Strafbarkeit ausspricht, ZStW 1892, 34 (53).

<sup>131</sup> Vgl. *Baumann*, S. 81 f.; *Sommer*, S. 67 ff.

Herausragendes Gegenbeispiel ist der bereits erwähnte *Hirschfeld*, der Homosexualität nicht als Krankheit, sondern als Stück der Naturordnung betrachtet hat.<sup>132</sup> Sie sei auch nicht heilbar (eine Heilung sei ohnehin nicht angebracht)<sup>133</sup>; stattdessen könnte am besten durch Aufklärung und Vertrauensschaffung durch Ärzte geholfen werden<sup>134</sup>.

## 2. Reformbestrebungen zu Beginn des 20. Jahrhunderts

Im Verlauf des Deutschen Reichs und der Weimarer Republik kam es zu einer Vielzahl an Entwürfen zur Änderung des Strafgesetzbuches, die einen Einfluss auf die Strafbarkeit der Homosexualität gehabt hätten.

Im „Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch“ von 1909 wurde im § 250 die widernatürliche Unzucht „mit einer Person gleichen Geschlechts“ mit Strafe bedroht<sup>135</sup> und stellt damit einen von wenigen Versuchen dar, die Strafbarkeit auch auf Frauen zu erweitern. Des Weiteren sollte die Strafbarkeit bei Abhängigkeitsverhältnissen und Prostitution verschärft werden; eine Tendenz, die sich auch in den späteren Entwürfen zeigt.

Ein Gegenentwurf dazu wurde 1911 verfasst, der dagegen die einfache Homosexualität straflos stellen sollte und dafür eine Verbrechenstrafbarkeit bei Abhängigkeitsverhältnissen, Prostitution und der Verführung Minderjähriger verhängen sollte.<sup>136</sup> Die Strafrechtskommission wollte 1913 dagegen sowohl die Qualifikationen als auch die grundsätzliche Strafbarkeit beibehalten, diese jedoch begrenzt auf beischlafähnliche Handlungen (was ohnehin in dieser Weise von der obersten Rechtsprechung ausgelegt wurde).<sup>137</sup> Der Entwurf 1919 entsprach inhaltlich dem von 1913.<sup>138</sup> Unter Leitung *Radbruchs*<sup>139</sup> sollte im Entwurf 1922 wiederum die einfache Homosexualität straffrei gelten und nur die Qualifikationen einführen.<sup>140</sup> Wieder dagegen wurde in den Entwürfen 1925<sup>141</sup> und 1927<sup>142</sup> die einfache und die qualifizierte Homosexualität unter Strafe gestellt. Schließlich sah der Entwurf von 1930 erneut eine Beschränkung auf Qualifizierungen vor.<sup>143</sup>

Dieses „Ping-Pong-Spiel“ in den Entwürfen führte schlussendlich jedoch zu nichts: Keiner der Entwürfe konnte sich durchsetzen, nicht zuletzt wegen der politisch prekären Lage und der Parteiensplitterung im Reichstag.<sup>144</sup> Einzig und allein der im Entwurf 1930 präsentierte § 297 StGB, der eine Strafschärfung für qualifizierende Merkmale vorsah, fand sich im Wesentlichen im § 175a StGB wieder<sup>145</sup> – ohne die gleichzeitige Strafbefreiung der einfachen Homosexualität natürlich.

Etwaige Reformversuche zugunsten Homosexueller fanden schließlich ihr vorläufiges Ende mit der Machtergreifung und dem Aufbau des NS-Regimes. Stattdessen wurden nur Erweiterungen der Unzuchtstatbestände erwo-gen<sup>146</sup>, wie schließlich auch durch die Erweiterungen des § 175 StGB und § 175a StGB im Jahre 1935 realisiert. Dass es keine ernsthaften Bemühungen gab, eine Strafmilderung im Gesetz zu erzielen, verwundert aufgrund der Härte, mit der der Staat Homosexuelle verfolgte<sup>147</sup>, nur wenig.

<sup>132</sup> *Hirschfeld*, S. 395.

<sup>133</sup> Vgl. *Hirschfeld*, S. 397 f.

<sup>134</sup> *Hirschfeld*, S. 460.

<sup>135</sup> § 250 Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, 1909, S. 50.

<sup>136</sup> § 245 Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs, 1911, S. 238 ff.

<sup>137</sup> § 322 Entwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Strafrechtskommission, 1913, S. 85.

<sup>138</sup> Vgl. § 325 Entwurf von 1919, in: Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, 2020, S. 72.

<sup>139</sup> Vgl. *Schubert*, Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts, 1995, Einleitung X.

<sup>140</sup> § 260 Österreichischer Gegenentwurf zu dem Allgemeinen Teil des Ersten Buches des Deutschen Strafgesetzentwurfes vom Jahre 1919, 1922, S. 31.

<sup>141</sup> § 267 Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung, 1925, S. 29 (Entwurf); 135 f. (Begründung).

<sup>142</sup> §§ 296, 297 Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs, 1927, S. 31 (Entwurf); 147 f. (Begründung).

<sup>143</sup> § 296 Entwurf 1930, zitiert nach *Baumann*, S. 140.

<sup>144</sup> *Kramer*, S. 133.

<sup>145</sup> *Baumann*, S. 99.

<sup>146</sup> Vgl. *Schäfer*, S. 38.

<sup>147</sup> Vgl. z.B. *Schäfer*, S. 43 ff.; *Grau* (Rn. 45), S. 33; im Bereich der Medizin siehe auch *Baumann*, S. 119.

### 3. Entwicklung in der BRD

Erst mit Ende des Krieges und der Errichtung der Besatzungszonen hätte die Diskussion wieder entflammen können. Allerdings ließ der Alliierte Kontrollrat die Vorschriften der §§ 175 ff. StGB, trotz deren Verschärfungen im Nationalsozialismus, in Kraft<sup>148</sup>, was schließlich in der BRD auch übernommen wurde<sup>149</sup> und vom BGH für rechtmäßig erklärt wurde, selbst in der weiten Auslegung des Unzuchtsbegriffs<sup>150</sup>. Vom Staat und der Rechtsprechung war damit eine Reformbedürftigkeit nicht ersichtlich<sup>151</sup>; die Forderung nach Strafflosigkeit durch den 39. Deutschen Juristentag 1951 blieb unberücksichtigt<sup>152</sup>. Gefestigt wurde diese Ansicht schließlich durch das Urteil vom BVerfG, welches die Legitimität des § 175 StGB bestätigte.<sup>153</sup>

1962 wurde ein neuer Entwurf zur Reform des Strafgesetzbuches eingebracht<sup>154</sup> (der bereits in der vorherigen Legislaturperiode entwickelt wurde)<sup>155</sup>, welcher die Strafbarkeit der einfachen Homosexualität beibehalten sollte, unter Einschränkung auf beischlafähnliche Handlungen<sup>156</sup> – trotz erheblicher Zweifel aus juristischen und medizinischen Schrifttum<sup>157</sup>.

Infolgedessen wurden Gegenstimmen wieder deutlicher. Beispielsweise bezeichnete *Hanack* die Begründungen für „peinlich“<sup>158</sup>; so seien sie sehr vorurteilsbelastet und gefühlsgeladen<sup>159</sup> und auch widersprüchlich (es wurde von hohen Anforderungen an die Neigung Homosexueller und gleichzeitig von einer zumutbaren Triebbeherrschung gesprochen)<sup>160</sup>. *Baumann* erläuterte 1968 in seinem Werk „Paragraph 175“ den Verlauf der Diskussion um die Strafbarkeit und stellte die Argumente gegenüber, mit dem Ziel, die einfache Homosexualität straflos zu stellen.<sup>161</sup> Im „Plädoyer für die Abschaffung des § 175“ wurden Argumente gegen die Strafbarkeit aus mehreren Blickwinkeln (Psychologie, Kriminologie, Theologie) gesammelt. Beispielhaft seien hier genannt: Ein Rechtsvergleich ergäbe eine Tendenz zur Abschaffung der Strafbarkeit<sup>162</sup>, die Bestrafung durch den Richter bestärke Homosexuelle in ihrer Einstellung (ein durchaus kritisch zu betrachtendes Argument aus der Psychoanalyse)<sup>163</sup> und das Strafgesetz solle „Zusammenleben regeln, nicht Buße predigen“<sup>164</sup>.

Dies kumulierte schließlich in der endgültigen Abschaffung der Strafbarkeit der einfachen Homosexualität durch Gesetz vom 25. Juni 1969.<sup>165</sup> Begründet wurde dies unter anderem mit der irreversiblen Prägung homosexueller Männer, der Ungleichbehandlung aufgrund der äußerst hohen Dunkelziffer und der Möglichkeit der Erpressung durch Strafanzeige.<sup>166</sup> Strafbewehrt waren nur noch die Qualifikationen des § 175a StGB (überführt in den § 175 StGB), von welchen, nach Reform 1973, auch nur noch die Jugendschutzregelung übrig blieb.

<sup>148</sup> *Schäfer*, S. 52; *Kramer*, S. 136.

<sup>149</sup> *Kramer*, S. 136.

<sup>150</sup> BGHSt 1, 80, Rn. 2 f. (juris)

<sup>151</sup> Eine ausführliche Darstellung der Entwicklung in den Besatzungszonen findet sich in *Schäfer*, S. 49 ff.

<sup>152</sup> *Burgi/Wolff*, Rechtsgutachten zur Frage der Rehabilitierung der nach § 175 StGB verurteilten homosexuellen Männer: Auftrag, Optionen und verfassungsrechtlicher Rahmen, 2016, S. 27 f.

<sup>153</sup> Vgl. oben; BVerfGE 6, 389.

<sup>154</sup> BT-Drs. IV/650, E 1962.

<sup>155</sup> Vgl. *Schäfer*, S. 169 ff.

<sup>156</sup> § 216 E 1962, BT-Drs. IV/650.

<sup>157</sup> *Brüggemann*, S. 223.

<sup>158</sup> *Hanack*, ZStW 1965, 398 (416 f.).

<sup>159</sup> *Hanack*, ZStW 1965, 398 (416).

<sup>160</sup> *Hanack*, ZStW 1965, 398 (417).

<sup>161</sup> Vgl. *Baumann*, S. 198 f. sowie den Untertitel des Werks: „Über die Möglichkeit, die einfache, nichtjugendgefährdende und nichtöffentliche Homosexualität unter Erwachsenen straffrei zu lassen“.

<sup>162</sup> *Mergen*, in: Brocher/Mergen/Bolewski/Müller, Plädoyer für die Abschaffung des § 175, 1966, S. 55 f.; *Müller*, in dies., S. 120.

<sup>163</sup> *Brocher*, in: Brocher/Mergen/Bolewski/Müller, S. 30.

<sup>164</sup> *Bolweski*, in: Brocher/Mergen/Bolewski/Müller, S. 108.

<sup>165</sup> BGBl. I 1969, S. 653 f.

<sup>166</sup> BT-Drs. V/4094, S. 30 f.

#### 4. Entwicklung in der DDR

Im Gegensatz zu den westlichen Besatzungszonen wurde die Gültigkeit der §§ 175, 175a StGB in der sowjetischen Besatzungszone angezweifelt, was eine unterschiedliche Rechtsprechungspraxis zur Folge hatte.<sup>167</sup> Die Gerichte sahen mehrheitlich die Verschärfung aus dem Jahre 1935 als nationalsozialistisch geprägt an<sup>168</sup>, sodass die Fassung des § 175 StGB in der Version aus 1871 genutzt werden sollte<sup>169</sup>. Vereinzelt wurden auch Bestrebungen aufgenommen, die einfache Homosexualität durch Streichen des § 175 StGB für straffrei zu erklären.<sup>170</sup>

Die „Deutsche Verwaltung des Inneren“ erklärte zwar 1949 den § 175 StGB in der Fassung von 1935 für verbindlich in den SBZ-Ländern.<sup>171</sup> Jedoch verwarf das Oberste Gericht diese Auffassung nur ein Jahr später und hielt § 175 in der Fassung des Reichstrafgesetzbuches für maßgeblich.<sup>172</sup> Dagegen wurde der § 175a StGB weiterhin angewandt, um Schutz vor besonders sozialschädlichen Handlungen zu ermöglichen.<sup>173</sup> Die Paragraphen standen unabhängig voneinander, weshalb auch § 175a StGB mit dem weiten Unzuchtsbegriff ausgelegt wurde.<sup>174</sup>

Mit Erlass des Strafrechtsergänzungsgesetz in 1957 wurde weiterhin die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Tätern ausgeschlossen, wenn ihre Handlungen geringfügig und ohne Folgen waren (§§ 8, 9 Strafrechtsergänzungsgesetz). Damit waren einvernehmliche Handlungen zwischen Männern mangels schädigenden Charakters faktisch straflos.<sup>175</sup>

Die Einführung des Strafgesetzbuchs der DDR im Jahre 1968 machte dies auch im Gesetz transparent und reduzierte die Strafbarkeit homosexueller Handlungen im § 151 StGB-DDR auf solche zwischen Erwachsenen und Jugendlichen. Der Tatbestand wurde von „Unzucht“ zu „sexuelle Handlungen“ geändert. Allerdings wurden aufgrund der geschlechtsneutralen Formulierung nun auch Frauen miteinbezogen. Damit war zwar nicht die gesellschaftliche Missbilligung der Homosexualität in der DDR beseitigt<sup>176</sup>, aber zumindest wurde die ohnehin stets kritisch betrachtete Strafbarkeit einvernehmlicher Handlungen aufgehoben, mit spürbar höherer Geschwindigkeit als in der BRD.

In der Folgezeit wurden jedoch Bemühungen, auch den § 151 StGB-DDR zu streichen, vonseiten der Wissenschaft deutlich.<sup>177</sup> Dies führte im Jahre 1987 dazu, dass das Oberste Gericht den § 151 StGB-DDR aufgab, mit der Begründung, dass homosexuelle Handlungen mit Jugendlichen keine wesentlich anderen Folgen bewirken würden als heterosexuelle Handlungen und daher keine bedeutenden Interessen berührt werden würden, die eine Strafbarkeit begründen könnten.<sup>178</sup> Dem folgte der Gesetzgeber, beseitigte die Vorschrift des § 151 StGB-DDR endgültig und stellte Homosexuelle und Heterosexuelle (in den §§ 149, 150 StGB-DDR)<sup>179</sup> damit gleich, sodass die grundsätzliche Schutzaltersgrenze nun einheitlich 16 Jahre betrug. Die diskriminierende Behandlung der Homosexualität war somit in den Ländern der DDR (und schließlich auch den neuen Bundesländern) komplett aufgehoben.

<sup>167</sup> *Grau*, § 175 StGB. Rehabilitierung der nach 1945 verurteilten homosexuellen Männer, 2012, S. 44 (47).

<sup>168</sup> *Schäfer*, S. 75 f.; *OLG Halle*, NJ 1949, 143 ff.

<sup>169</sup> Vgl. *OLG Halle*, NJ 1949, 143 (143 f.).

<sup>170</sup> *Grau* (Rn. 168), S. 44 (47).

<sup>171</sup> *Grau* (Rn. 168), S. 44 (48).

<sup>172</sup> *OG-DDR*, NJ 1950, 215.

<sup>173</sup> *Schäfer*, S. 121.

<sup>174</sup> *OG-DDR*, NJ 1955, 451.

<sup>175</sup> *Schäfer*, S. 123 f.

<sup>176</sup> Vgl. *Grau* (Rn. 168), S. 44 (55).

<sup>177</sup> Ausführungen bei *Schäfer*, S. 250 f.

<sup>178</sup> *OG-DDR*, NJ 1987, 467.

<sup>179</sup> *GBl. DDR I* 1989, S. 33 (59).

### 5. Wiedervereinigung und Abschaffung des § 175 StGB

Mit der Wiedervereinigung stellte sich bezüglich der Strafbarkeit der Homosexualität das entscheidende Problem, ob § 175 StGB, wonach sexuelle Handlungen zwischen einem Mann über 18 Jahren und einem Mann unter 18 Jahren bestraft werden sollten, bundesweit Anwendung finden würde. Im Einigungsvertrag bestand die DDR darauf, ihre Vorschriften zum Jugendschutz, insbesondere die Gleichbehandlung von homo- und heterosexuellen Handlungen, aufrechtzuerhalten.<sup>180</sup> Dies führte allerdings zu der schwierigen Lage, dass homosexuelles Verhalten in den neuen und alten Bundesländern jeweils anders behandelt werden würde. Das Landgericht Essen hat daher aufgeworfen, dass § 175 StGB gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoße und hat Normenkontrollantrag gestellt<sup>181</sup> (worüber jedoch nicht mehr entschieden wurde). Auch im Schrifttum wurde diese Auffassung vertreten.<sup>182</sup>

Der *BGH* erklärte allerdings mehrfach, dass zwar der § 175 StGB im Beitrittsgebiet nicht angewendet werde<sup>183</sup>, die Ungleichbehandlung aber auch nicht rechtswidrig sei und dem Gesetzgeber „wie auch bei sonstigen beitriffsbedingt notwendigen Änderungen“ ein Gestaltungsspielraum zu gewähren sei<sup>184</sup>. Zumindest sei dies aber in der Strafzumessung zu berücksichtigen.<sup>185</sup>

Aus dieser misslichen Lage heraus verstärkten sich die ohnehin bereits bestehenden Bestrebungen, eine einheitliche Jugendschutzvorschrift für das gesamte Bundesgebiet zu entwickeln. Nicht nur die Ungleichbehandlung an sich, sondern auch die dahinterstehende, immer noch existente homophobe Begründung wurden kritisiert. So würde impliziert werden, dass Jugendliche zur Homosexualität verführt werden, was eine durchweg widerlegte Annahme sei.<sup>186</sup> Auch die Auffassung, dass die ungestörte Sexualentwicklung mit einer heterosexuellen Orientierung abschließen müsste, sei reine Diskriminierung<sup>187</sup> und die mit der Homosexualität verbundenen Negativreaktionen des Umfelds seien durch solche Ungleichheiten erst begründet.<sup>188</sup>

Diese Bedenken haben sich durchgesetzt: Mit Gesetz vom 31. Mai 1994 wurde der § 175 StGB im gesamten Bundesgebiet aufgehoben;<sup>189</sup> dies trat am 11.6.1994 in Kraft.

### IV. Folgen und Nachwirkungen

Die Abschaffung des § 175 StGB zog eine durchweg positive Entwicklung für Rechte von Homosexuellen und generell queeren Personen mit sich. Nur 7 Jahre später führte der Bundestag unter rot-grüner Regierung die sogenannte „Lebenspartnerschaft“<sup>190</sup> ein: Ein der Ehe ähnliches Institut, was homosexuelle Partnerschaften rechtlich anerkennen sollte. Anfänglich noch stiefmütterlich ausgestaltet, hat sie sich im Laufe der Zeit der Ehe stark angenähert<sup>191</sup> und galt im Volksmund auch als „Homo-Ehe“.<sup>192</sup> Auch das *BVerfG* hat ihre Legitimität 2002 bekräftigt<sup>193</sup>

<sup>180</sup> Einigungsvertrag, 1990, Anlage II Kap III C I Nr. 1; vgl. *Wasmuth*, NJ 2017, 353 (354).

<sup>181</sup> *LG Essen*, Urt. v. 28.10.1991 – 23a (33/90).

<sup>182</sup> Z.B. *Kusch*, MDR 1991, 99 (100); *Wasmuth*, NStZ 1991, 160 (163).

<sup>183</sup> *BGH*, NStZ 1992, 383; *BGH*, Urt. v. 26.5.1993 – 5 StR 219/93.

<sup>184</sup> *BGH*, NStZ 1992, 383.

<sup>185</sup> *BGHSt* 40, 64.

<sup>186</sup> *Steinmeister*, KJ 1991, 197 (199); *Bruns*, ZRP 1993, 232; *Böllinger*, Sexualwissenschaft und Strafrecht, 10 (17 f.); *Schmidt*, Sexualwissenschaft und Strafrecht, 34 ff.

<sup>187</sup> *Steinmeister*, KJ 1991, 197 (199).

<sup>188</sup> *Jäger*, Bürgerrechtliche Argumente, 94 (99 f.); *Böllinger*, Sexualwissenschaft und Strafrecht, 10 (21).

<sup>189</sup> 29. StrÄndG, BGBl. I 1994, S. 1168 f.

<sup>190</sup> „Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft“ vom 16.2.2001 (LPartG).

<sup>191</sup> Vgl. *Bäumrich*, DVBl. 2017, 1457 (1459 ff.); *Wasmuth*, NJ 2017, 353 (355 f.) m.w.N., insbesondere der Rechtsprechung des *BVerfG*.

<sup>192</sup> So z.B. auch genannt von *Rößmann*, FuR 2013, 241.

<sup>193</sup> *BVerfGE* 105, 313.

– ein starker Wandel zur Rechtsprechung von vor 50 Jahren. 2017 wurde schließlich auch die „Ehe für alle“ beschlossen<sup>194</sup>, die wohl die bedeutendste Errungenschaft für Homosexuellenrechte der letzten Jahre darstellt. Die Fortschritte für trans Personen (durch das Transsexuellengesetz<sup>195</sup>) und intersexuelle Personen (siehe das Urteil zum *BVerfG* zu Intersex-Rechten)<sup>196</sup> seien ebenfalls zu nennen.

2004 wurde der Internationale Tag gegen Homophobie, Transphobie und Biphobie ins Leben gerufen, der seitdem jedes Jahr am 17. Mai gefeiert wird – das Datum soll an den 17.5.1990 erinnern, an welchem die „World Health Organisation“ Homosexualität aus ihrer Liste psychischer Erkrankungen gestrichen hat.<sup>197</sup> Gleichzeitig, wenn wohl auch zufällig, erinnert das Datum 17.5 an den hier behandelten Paragraphen – eine gewisse Ironie schwingt mit.

Noch immer müssen homosexuelle (und generell queere) Personen mit Diskriminierung rechnen: Neben den vielen Ländern, in denen Homosexualität immer noch verfolgt oder gar mit dem Tode bedroht ist<sup>198</sup>, findet auch hierzulande Homophobie immer noch Raum. Insbesondere in den Bereichen Religion<sup>199</sup> und (Fußball-)Sport<sup>200</sup> sind Vorbehalte noch deutlich spürbar und geben Anlass zur Nachbesserung.

Dennoch ist die Lage offensichtlich besser: Homosexuelle werden vom Staat geschützt und nicht bestraft. Größtes Zeichen für diesen Wertewandel dürfte das Rehabilitierungsgesetz 2017<sup>201</sup> sein, welches die nach 1945 ergangenen strafgerichtlichen Urteile zu § 175 StGB und § 175a StGB a.F. aufgehoben hat und den Opfern einen entschädigenden Ausgleich gewährt hat. Eine solch enorm rückwirkende Aktion stellt nicht nur ein Zeichen dar, dass die Betroffenen gesehen werden und ihre Leidensgeschichte erkannt wird. Sie zeigt auch, dass der Staat bereit ist, seine eigene Vergangenheit auf diesem Thema ordentlich aufzuarbeiten und seine Fehler zuzugeben. Es bleibt zu hoffen, dass queere Personen final und fortwährend als Teil der Gesellschaft anerkannt bleiben. Und dass § 175 StGB a.F. auch alte Fassung bleibt.

*Die Kriminalpolitische Zeitschrift (KriPoZ) darf dieses Werk unter den Bedingungen der Digital Peer Publishing Lizenz (DPPL) elektronisch übermitteln und zum Download bereitstellen. Der Lizenztext ist im Internet abrufbar unter der Adresse <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0009-dppl-v3-de0>.*

<sup>194</sup> „Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts“ vom 20.7.2017.

<sup>195</sup> Eine Reaktion auf ein Urteil vom *BVerfG* (BVerfGE 49, 286); seitdem wurden mehrfach Normen des TSG vom *BVerfG* kontrolliert, für verfassungswidrig erklärt und neu gefasst, siehe auch *De Silva*, abrufbar unter: <https://www.bpb.de/gesellschaft/gender/geschlechtliche-vielfalt-trans/245379/transbewegung-in-deutschland> (zuletzt abgerufen am 10.5.2021).

<sup>196</sup> BVerfGE 147, 1.

<sup>197</sup> *May17.org*, <https://may17.org/about/>.

<sup>198</sup> Vgl. *lsvd.de*, abrufbar unter: <https://www.lsvd.de/de/ct/1245-LGBT-Rechte-weltweit-Wo-droht-Todesstrafe-oder-Gefaengnis-fuer-Homosexualitaet> (zuletzt abgerufen am 10.5.2021).

<sup>199</sup> Vgl. *Finger*, S. 29 ff.

<sup>200</sup> Vgl. *Finger*, S. 33 f.

<sup>201</sup> „Gesetz zur strafrechtlichen Rehabilitierung der nach dem 8. Mai 1945 wegen einvernehmlicher homosexueller Handlungen verurteilten Personen“ vom 17.7.2017 (StrRehaHomG).