

83. 1. Zum Begriff der widernatürlichen Unzucht zwischen Personen männlichen Geschlechts.

2. Von wann an hat das Reichsgericht den infolge der Staats-erneuerung eingetretenen Wandel der Lebens- und Rechtsanschauungen zu berücksichtigen?

V. Straffenat. Ur. v. 1. August 1935 g. St. u. Gen. 5 D 429/35.

I. Landgericht Weimar.

Aus den Gründen:

Das LG. geht davon aus, daß zum Begriff der widernatürlichen Unzucht i. S. d. § 175 StGB. in seiner derzeitigen Fassung die Vornahme einer beischlafähnlichen Handlung gehöre. Es erachtet eine solche Handlung stets dann als vorliegend, wenn ein Mann das Glied eines anderen Mannes in die Hand nimmt und daran drückt und reibt, bis eine Erregung des Gliedes und schließlich Samenerguß eintritt. Dabei ist es sich bewußt, daß es mit seiner Rechtsauffassung von der bisherigen Rechtsprechung des RG. abweicht. Das LG. ist zur Verurteilung der Angeklagten gelangt. Der erf. Senat ist der Ansicht, daß das in den vorliegenden Fällen zu billigen ist.

Das RG. hat bisher in allen seinen Entscheidungen zu § 175 StGB. angenommen, daß als widernatürliche Unzucht zwischen Männern i. S. dieser Vorschrift nur die Vornahme beischlafähnlicher Handlungen anzusehen ist (RGSt. Bd. 1 S. 395; Bd. 34 S. 246; Bd. 64 S. 109). Diese Rechtsauffassung hat, wie erwähnt, auch das LG. seiner Entscheidung zugrunde gelegt. Ihr schließt sich der erkennende Senat an. Mit diesem Grundsatz hat sich aber das RG. selbst in mehreren Entscheidungen in Widerspruch gesetzt, indem es masturbierende Handlungen eines Mannes an dem Geschlechtsteil eines anderen Mannes schlechthin als nichtbeischlafähnlich bezeichnet hat (vgl. vor allem RGStpr. Bd. 1 S. 663; Bd. 4 S. 493; ferner RGSt. Bd. 6 S. 211; Bd. 23 S. 289, 291). Weder der Wortlaut noch der Sinn des Gesetzes rechtfertigen eine derartige allgemeine Einschränkung. Sie ist um so bedenklicher, als sich das RG. nicht durchweg an diese einschränkende Gesetzesauslegung gehalten hat (vgl. z. B. die Entscheidungen v. 18. April 1913

4.D. 103/13 und v. 30. Oktober 1913. 1 D 710/13, mitgeteilt jene in der JW. 1913 S. 935 Nr. 9 und diese in OJ. Bd. 61 S. 348).

Der Senat vertritt gegenüber dieser schwankenden, von Widersprüchen nicht freien Rechtsprechung des RG. die Ansicht, daß über die Frage, ob die unzüchtige Handlung im Einzelfall der Ausübung des natürlichen Weischlafes i. S. d. § 175 ähnlich ist oder nicht, in der Hauptsache der Tatrichter zu entscheiden hat. Das hat auch schon das Urteil RGSt. Bd. 2 S. 237 angenommen. Die folgerichtige Durchführung dieses Gedankens führt dazu, dem Tatrichter ein größeres Maß von Freiheit in seinen Feststellungen zu lassen, als es bisher zuweilen geschehen ist. Wenn die genannte Feststellung Sache der tatsächlichen Beurteilung ist, so muß es dem Tatrichter auch überlassen bleiben, zu entscheiden, worin er die Ähnlichkeit zwischen der Ausführung des natürlichen Weischlafes und der abzuurteilenden Tat finden und welche Vergleichsmöglichkeiten er heranziehen will. Das Ergebnis seines Ermessens ist als tatsächliche Feststellung grundsätzlich der Nachprüfung des Revisionsgerichts entzogen; nur soweit die Ausübung des Ermessens einen Rechtsirrtum erkennen läßt, ist die Entscheidung mit der Revision anfechtbar.

Der Senat weicht hiernach von der bisherigen Rechtsprechung anderer Senate insoweit ab, als sie das Ermessen des Tatrichters in weiterem Umfange, als oben dargelegt, eingeschränkt, insbesondere in den Fällen der gegenseitigen Onanie ohne weiteres die Weischlafähnlichkeit verneint haben.

Trotz dieser Abweichung hält es der Senat nicht für notwendig, eine Entscheidung der vereinigten Strafsenate über diese Rechtsfrage herbeizuführen.

Am 1. September 1935 tritt das Gesetz zur Änderung des StGB. v. 28. Juni 1935 (RGBl. I S. 839) in Kraft. Nach der neuen Fassung des § 175 StGB. wird dann allgemein die Unzucht unter Männern bestraft. Die erhebliche Erweiterung dieser Bestimmung soll aber nicht nur der Abschreckung vor einem um sich greifenden geschlechtlichen Laster dienen; sie ist zugleich ein Beweis der veränderten Auffassung über die Strafwürdigkeit solcher Handlungen. Der Senat darf zwar die neue Bestimmung nicht auf Handlungen anwenden, die vor dem 1. September 1935 begangen worden sind. Der Wandel der Rechtsanschauung, der in ihr zum Ausdruck kommt, rechtfertigt es aber, den Tatrichter von Bindungen zu lösen,

die ihm die bisherige Rechtsprechung unter Einschränkung der Tragweite des § 175 StGB. auferlegt hat. Hierzu hält sich der Senat auf Grund des Art. 2 des Ges. z. Änderung von Vorschriften des Strafverfahrens und des StGB. v. 28. Juni 1935 (RGBl. I S. 844) nicht nur für berechtigt, sondern auch für verpflichtet. Zwar tritt dieses Gesetz, von dem der Art. 2 einen Teil bildet, erst am 1. September 1935 in Kraft, so daß bis dahin noch der bisherige § 136 StGB. gilt, der die Herbeiführung einer Entscheidung der vereinigten Straffenate vorschreibt, wenn in einer Rechtsfrage ein Straffenat von der Entscheidung eines anderen Straffenates abweichen will. Erst nach jenem Zeitpunkt ist jeder Senat nach dem Wortlaut des Art. 2 i. Verb. m. Art. 9 Nr. 7 befugt, ohne weiteres von der früheren Rechtsprechung des RG. abzugehen. Trotzdem kommt für den erkennenden Senat die Anrufung der vereinigten Straffenate nicht mehr in Frage. Deren Entscheidung könnte mit Rücksicht auf die erforderliche Vorbereitung nicht vor dem 1. September 1935 ergehen, also erst zu einem Zeitpunkt, in dem eine solche Entscheidung nicht mehr zulässig ist. Abgesehen davon ist an sich schon kaum anzunehmen, daß der Gesetzgeber den einzelnen Senaten des RG. erst vom 1. September an die erwähnte Freiheit hätte geben, sie dagegen in den wenigen Wochen bis dahin an die bisherige Rechtsprechung des RG. auch insoweit hätte binden wollen, als sie durch die nunmehrige Lebens- und Rechtsanschauung überholt ist. Jeder Zweifel in dieser Hinsicht schwindet, wenn man die Einleitung in Betracht zieht, die der Gesetzgeber dem Art. 2 vorausschickt. Dort heißt es: „Das RG. als höchster deutscher Gerichtshof ist berufen, darauf hinzuwirken, daß bei der Auslegung des Gesetzes dem durch die Staatserneuerung eingetretenen Wandel der Lebens- und Rechtsanschauung Rechnung getragen wird. Damit es diese Aufgabe ungehindert durch die Rücksichtnahme auf die aus einer anderen Lebens- und Rechtsanschauung erwachsene Rechtsprechung erfüllen kann, wird folgendes bestimmt:“ (es folgt dann die Bestimmung, die das RG. von der Bindung an die ältere Rechtsprechung befreit). Es muß als ausgeschlossen erachtet werden, daß der Gesetzgeber seinen höchsten Gerichtshof erst vom 1. September an hätte anhalten wollen, bei der Gesetzesauslegung den Wandel der Lebens- und Rechtsanschauung, den die Staatserneuerung mit sich gebracht hat, zu berücksichtigen, zumal es bereits in dem Wesen einer

Lebens- und Rechtsanschauung begründet liegt, daß sie zur Geltung kommt, sobald sie Allgemeingut des Volkes geworden ist. Es wäre ein Unding, eine neue Gesinnung des Richters und ihre Betätigung erst vom 1. September an zu verlangen. Lebens- und Rechtsanschauungen kann man nicht mit befristeter Wirkung zur Geltung bringen. Es ist daher der Gedanke unannehmbar, daß RG. solle bis zum 31. August gezwungen sein, bei der Rechtsfindung noch die frühere Lebens- und Rechtsanschauung zu berücksichtigen, und es sei ihm bis dahin sogar verboten, seine Rechtsprechung im Rahmen des geltenden Strafrechtes der neuen Lebens- und Rechtsanschauung anzupassen. Dieser Gedanke ist umsomehr zurückzuweisen, als der 1. September aus rein äußerlichen Gründen gewählt worden ist und mit der Staatserneuerung nichts zu tun hat.

Der Gesetzgeber hat dadurch, daß er die Anpassung der Rechtsprechung an die neue Lebens- und Rechtsanschauung als eine Aufgabe des RG. bezeichnet hat, eine hohe Auffassung von der Bedeutung des höchsten Richteramtes bewiesen. Er hat damit zu erkennen gegeben, welche Stellung dem RG. im heutigen Staate zukommt. Jene Aufgabe ist nur ein Ausfluß dieser Stellung, die der Gesetzgeber dem RG. offensichtlich nicht erst hat zuweisen wollen, die es vielmehr nach seiner erkennbaren Meinung jetzt schon inne hat.