

84. Gibt die Volkanschauung, die in neuerer Zeit immer mehr durchgedrungen ist, daß auch nichtbeischlafähnliche unzüchtige Handlungen eines Mannes mit einem andern Manne strafwürdig seien, dem Richter die Befugnis, derartige Handlungen auch dann zu bestrafen, wenn sie vor dem 1. September 1935 begangen worden sind?

V. Straffenat. Urf. v. 6. August 1936 g. R. u. a. 5 D 498/36.

I. Landgericht Stettin.

Aus den Gründen:

Zu Herbst 1932 hat der damals wohnungslose Pferdepfleger W. in dem Gasthaus der Mutter des Angeklagten übernachtet; dieser hatte ihm zu verstehen gegeben, daß er von ihm geschlechtlich befriedigt werden müsse. Nachdem sich beide gedrückt und geküßt hatten, mußte W. in die Brust des Angeklagten kneifen und beißen; dadurch kam es bei diesem zur Erektion und zum Samenerguß.

Das VG. findet hierin ein Vergehen gegen § 175 StGB. a. F., obwohl es selbst darlegt, beischlafähnliche Handlungen hätten sich nicht feststellen lassen. In bewusster Abweichung von der ständigen Rechtsprechung des RG., nach der zum Tatbestande des § 175 StGB. a. F. beischlafähnliche Handlungen gehören, führt es aus, eine auf geschlechtliche Befriedigung gerichtete Betätigung, wie sie der Angeklagte getrieben habe, müsse als „widernatürliche Unzucht“ zwischen Männern angesehen werden, da es kaum etwas Wider-natürlicheres gebe; das Gesetz stehe dieser Auslegung nicht entgegen, da sein Wortlaut keine Einschränkungen im Sinne der bisherigen Rechtsprechung des RG. enthalte. Weder die begriffliche Auslegung des RG. in seinem Urteil RGSt. Bd. 2 S. 237 noch der Hinweis auf die geschichtliche Entwicklung dieser Gesetzesbestimmung in dem Urteil RGPr. Bd. 1 S. 662 zwingen zu einer solchen Einschränkung.

Diese Ausführungen beruhen auf einem Rechtsirrtum (vgl. schon RGUrt. v. 18. Oktober 1935 4 D 902/35<sup>1</sup>). Im § 175 StGB. a. F. ist der Tatbestand nicht bis ins einzelne genau angegeben, sondern im wesentlichen durch einen Begriff — „widernatürliche

<sup>1</sup> R. 1936 S. 260 Nr. 18. D. G.

Unzucht“ — gekennzeichnet. Bei der Auslegung einer solchen Vorschrift ist grundsätzlich zunächst ihre geschichtliche Entwicklung zu betrachten und zu prüfen, welche Handlungen der Gesetzgeber hat unter Strafe stellen wollen. Tut man das im vorliegenden Falle, so ist kein Zweifel möglich, daß der Gesetzgeber im § 175 StGB. a. F. nicht jede Unzucht unter Männern, wie in § 175 StGB. n. F., sondern nur beischlafähnliche Handlungen hat bestrafen wollen.

Schon die Vorgeschichte des § 143 des pr. StGB., der als Tatbestand dieselben Worte wie § 175 StGB. n. F. enthielt, zeigt mit aller Deutlichkeit, daß als „widernatürliche Unzucht zwischen Personen männlichen Geschlechts“ nur beischlafähnliche Handlungen im oder am Körper eines anderen Mannes bestraft werden sollten (vgl. Goldammer: Die Materialien zum Strafgesetzbuche für die preussischen Staaten Teil II, 1852, Bem. 1 bis 3 zu § 143 S. 293 bis 295 und das dort angeführte Schrifttum). Auch die Rechtsprechung zu § 143 des pr. StGB. hat hieran festgehalten (vgl. Ur. d. pr. Obertribunals v. 1. Juli 1853 = Entsch. Bd. 26 S. 403 bis 406; Plenarbeschluß des pr. Obertribunals v. 13. April 1863 = Rspr. d. Dr. in Strafsachen, herausgegeben von Oppenhoff, Bd. 3 S. 385 bis 389).

Da der § 175 StGB. a. F. den § 143 des pr. StGB. im Tatbestande wörtlich übernommen hat, ohne sachlich etwas ändern zu wollen (vgl. die Begründung zum Entwurf eines StGB. für den Norddeutschen Bund S. 100 bis 101 zu § 173 des Entwurfes), hat auch das RG. in ständiger Rechtsprechung daran festgehalten, daß unter widernatürlicher Unzucht zwischen Männern i. S. des § 175 StGB. a. F. nur beischlafähnliche Handlungen, und zwar nicht nur im, sondern auch am Körper eines anderen Mannes, zu verstehen sind. Diese Auffassung stützt das RG. teils auf die Vorgeschichte (vgl. RGSt. Bd. 1 S. 395, 396; RWMspr. Bd. 1 S. 663, Bd. 4 S. 493), teils auf den Wortlaut der Strafbestimmung und zwar auf die Worte

- a) „widernatürliche“ (vgl. RGSt. Bd. 2 S. 237),
- b) „Unzucht“ im Gegensatz zu „unzüchtigen Handlungen“ (vgl. RWMspr. Bd. 1 S. 663; RGSt. Bd. 1 S. 396, 397) und
- c) „zwischen“ (vgl. RGSt. Bd. 20 S. 225, 226).

Die weiteren Entscheidungen haben ohne nähere Begründung stets nur die oben gekennzeichnete Rechtsprechung des RG. aufrecht erhalten (vgl. RWMspr. Bd. 3 S. 151, 152; Bd. 10 S. 416, 417; RGSt. Bd. 2 S. 237, 238; Bd. 23 S. 289, 291; Bd. 34 S. 245,

249; Bd. 36 S. 32, 33; Bd. 48 S. 234, 235; Bd. 64 S. 108, 110; Bd. 69 S. 273, 274; RG. 61. Bd. 46 S. 112, 113; Bd. 61 S. 348, 349; RG. Ur. v. 18. April 1913 4 D 103/13 = JW. 1913 S. 935 Nr. 9). Nur so weit ist die Rechtsprechung des RG. — seit dem in RG. St. Bd. 69 S. 273 bis 276 abgedruckten Urteil des früheren fünften Strafsenats v. 1. August 1935 — geändert worden, als die wechselseitige Selbstbefriedigung nicht mehr schlechthin als nicht beischlafähnlich bezeichnet, sondern es dem Richter überlassen wird, ob in einem solchen Fall eine beischlafähnliche Handlung anzunehmen sei (vgl. RG. Ur. v. 3. September 1935 4 D 650/35; v. 18. Oktober 1935 4 D 902/35 = JW. 1936 S. 260 Nr. 18; v. 21. Dezember 1935 6 D 498/35 = JW. 1936 S. 881 Nr. 23). Dieser Rechtsprechung tritt der erf. Senat aus den angeführten Gründen, insbesondere wegen der Vorgeschichte des § 175 StGB. a. F., in vollem Umfange bei.

Der Gesetzgeber hat also, wie schon in § 143 des pr. StGB., so auch in § 175 StGB. a. F., nur zwischen Männern begangene beischlafähnliche Handlungen unter Strafe stellen wollen, nicht dagegen andere — mit natürlichem Geschlechtsempfinden ebenfalls im Widerspruch stehende — unzüchtige Handlungen eines Mannes mit einem andern Manne, obwohl auch solche Handlungen stets als sittlich höchst verwerflich angesehen worden sind (vgl. schon das Ur. des LG. Breslau v. 18. Juli 1837<sup>1</sup>; RG. St. Bd. 2 S. 238; Bd. 6 S. 212; RG. Spr. Bd. 4 S. 493).

Das LG. meint ferner, man dürfe, selbst wenn frühere Gesetze und die Begründung zum Entwurf eines StGB. unter widernatürlicher Unzucht nur die obenbezeichneten Handlungen verstanden hätten, „an dieser veralteten Auffassung“ nicht festhalten, da sich auch die Auslegung älterer Gesetze der jeweiligen, im Volke verankerten Auffassung anpassen müsse und jeder körperlich und geistig gesunde Mann eine geschlechtliche Befriedigung unter seinesgleichen als naturwidrig empfinden und ablehnen werde; die Beischlafähnlichkeit der Handlung könne höchstens als straffschärfend berücksichtigt werden. Von diesen Ausführungen ist nur so viel richtig, daß selbstverständlich jedes ältere Gesetz vom Standpunkte der nationalsozialistischen Weltanschauung aus verstanden werden muß und daß es dann im Einzelfalle durchaus möglich ist, zu anderen

<sup>1</sup> ZentrBl. f. Preuß. Juristen 1839 Sp. 494—498 u. 516—525 i. Sp. 521. D. E.

Ergebnissen zu gelangen als zu einer Zeit, zu der diese Weltanschauung noch nicht herrschte. Das kann aber niemals dazu führen, daß Vorschriften, durch die nur ganz bestimmte Handlungen unter Strafe gestellt werden sollten, jetzt auf Handlungen angewendet werden dürften, die nach dem Willen des Gesetzgebers nicht strafbar sein sollten. Die Rechtsprechung ging seit dem 1. Juli 1853 in Preußen und seit dem 23. April 1880 im Deutschen Reiche — obwohl auch nicht beifolgsähnliche unzüchtige Handlungen eines Mannes mit einem andern Manne stets als sittlich höchst verwerflich angesehen wurden — ständig dahin, daß der Gesetzgeber solche Handlungen habe straffrei lassen wollen. Diese Auslegung des Gesetzes muß den früheren Gesetzgebern bekannt geworden sein; gleichwohl haben sie das Gesetz nicht geändert. Änderte sich in neuerer Zeit die allgemeine Volksanschauung dahin, daß auch in solchen Fällen gerichtliche Bestrafung für nötig erachtet wurde, so mußte der Gesetzgeber eingreifen und durch Beseitigung der Schranke, die er aufgestellt hatte, dem Richter die Möglichkeit geben, auch diese Handlungen zu bestrafen. Der Richter, der an das Gesetz gebunden ist, darf es nicht eigenmächtig auf Fälle anwenden, auf die es der Gesetzgeber nicht hat angewendet wissen wollen.

Einer Erörterung auf Grund der neuen Fassung des § 2 StGB. bedarf es nicht, da sie zur Zeit der Tat noch nicht gegolten hat.

Rechtssirrig ist auch die Auffassung des LG., die Tatsache, daß die Regierung in dem neuen § 175 StGB. das Wort „widernatürliche“ weggelassen habe, beweise am besten, wie wenig das allgemeine Volksempfinden mit der Rechtsprechung des RG. im Einklang gestanden habe. Das LG. will damit sagen, die Rechtsprechung des RG. habe nicht dem Gesetz entsprochen; eine Änderung des Gesetzes sei nicht erforderlich gewesen; das RG. hätte das Gesetz anders auslegen müssen. Aus der Änderung des Gesetzes geht aber nur hervor, daß es die Reichsregierung für notwendig erachtet hat, die Schranken zu beseitigen, die der § 175 StGB. a. F. nach der Rechtsprechung einer Bestrafung unzüchtiger Handlungen von Männern mit Männern gesetzt hatte.

Überdies ist der § 175 StGB. n. F. nicht einfach in geänderter Form an die Stelle des § 175 StGB. a. F. getreten; es gelten vielmehr jetzt statt des § 175 StGB. a. F. die §§ 175, 175a und 175b StGB. n. F. . . .

Ergebnissen zu gelangen als zu einer Zeit, zu der diese Weltanschauung noch nicht herrschte. Das kann aber niemals dazu führen, daß Vorschriften, durch die nur ganz bestimmte Handlungen unter Strafe gestellt werden sollten, jetzt auf Handlungen angewendet werden dürften, die nach dem Willen des Gesetzgebers nicht strafbar sein sollten. Die Rechtsprechung ging seit dem 1. Juli 1853 in Preußen und seit dem 23. April 1880 im Deutschen Reiche — obwohl auch nicht beifolgsähnliche unzüchtige Handlungen eines Mannes mit einem andern Manne stets als sittlich höchst verwerflich angesehen wurden — ständig dahin, daß der Gesetzgeber solche Handlungen habe straffrei lassen wollen. Diese Auslegung des Gesetzes muß den früheren Gesetzgebern bekannt geworden sein; gleichwohl haben sie das Gesetz nicht geändert. Änderte sich in neuerer Zeit die allgemeine Volksanschauung dahin, daß auch in solchen Fällen gerichtliche Bestrafung für nötig erachtet wurde, so mußte der Gesetzgeber eingreifen und durch Beseitigung der Schranke, die er aufgestellt hatte, dem Richter die Möglichkeit geben, auch diese Handlungen zu bestrafen. Der Richter, der an das Gesetz gebunden ist, darf es nicht eigenmächtig auf Fälle anwenden, auf die es der Gesetzgeber nicht hat angewendet wissen wollen.

Einer Erörterung auf Grund der neuen Fassung des § 2 StGB. bedarf es nicht, da sie zur Zeit der Tat noch nicht gegolten hat.

Rechtssirrig ist auch die Auffassung des LG., die Tatsache, daß die Regierung in dem neuen § 175 StGB. das Wort „widernatürliche“ weggelassen habe, beweise am besten, wie wenig das allgemeine Volksempfinden mit der Rechtsprechung des RG. im Einklang gestanden habe. Das LG. will damit sagen, die Rechtsprechung des RG. habe nicht dem Gesetz entsprochen; eine Änderung des Gesetzes sei nicht erforderlich gewesen; das RG. hätte das Gesetz anders auslegen müssen. Aus der Änderung des Gesetzes geht aber nur hervor, daß es die Reichsregierung für notwendig erachtet hat, die Schranken zu beseitigen, die der § 175 StGB. a. F. nach der Rechtsprechung einer Bestrafung unzüchtiger Handlungen von Männern mit Männern gesetzt hatte.

Überdies ist der § 175 StGB. n. F. nicht einfach in geänderter Form an die Stelle des § 175 StGB. a. F. getreten; es gelten vielmehr jetzt statt des § 175 StGB. a. F. die §§ 175, 175a und 175b StGB. n. F. . . .

Aber selbst wenn die Rechtsansicht des LG. zuträfe, hätte es den Angeklagten schon deshalb nicht verurteilen dürfen, weil dem das Ges. über die Gewährung von Straffreiheit v. 7. August 1934 § 2 Abs. 2 entgegenstand; denn die Tat ist vor dem 2. August 1934 begangen worden; das LG. hat eine Strafe von fünf Monaten Gefängnis für angebracht gehalten, und der Angeklagte war bei Begehung der Tat nur mit Geldstrafen vorbestraft. Trotzdem war im vorliegenden Falle nicht auf Einstellung, sondern auf Freisprechung zu erkennen (vgl. RGE. Bd. 70 S. 193, 197).