

gefochtene Beschluß verneint, da sich die Beschlußstrafkammer der früheren Rechtsprechung anschließt, daß wechselseitige Onanie kein Vergehen nach § 175 StGB alter Fassung darstellt. Gegen diese Beschlüsse hat die Staatsanwaltschaft sofortige Beschwerde form- und fristgerecht eingelegt. Diese Beschwerde ist nicht begründet.

Nach der Verordnung der damaligen Provinz Sachsen-Anhalt vom 6. Februar 1946 gelten die zwischen dem 30. Januar 1933 und dem 8. Mai 1945 ergangenen Gesetze des Privat-, Straf- und Prozeßrechts nur insoweit weiter, als sie das Ergebnis einer von nationalsozialistischen Gedanken unabhängigen Rechtsentwicklung sind. Das Oberlandesgericht in H. hat sich bereits zweimal mit der Frage beschäftigen müssen, ob das Gesetz vom 28. Juni 1935 hinsichtlich der Neufassung des § 175 StGB und der Neuschaffung des § 175 a StGB ein nazistisches Gesetz im Sinne dieser Vorschrift ist oder vielmehr — von nazistischen Gedankengängen unbeeinflusst — einen gesunden rechtspolitischen Fortschritt bedeutet. In seinem Urteil vom 25. Juli 1947 — Sa 27/47 — hat der Strafsenat des Oberlandesgerichts H. die Neufassung der §§ 175, 175 a StGB als typisch nazistisch und deshalb unwirksam angesehen. Hingegen hat der Senat in anderer Besetzung im Urteil vom 1. Juli 1948 — Sa 111/48 — die eingeführte Neufassung als gültig angesehen. Auch sonst ist die Rechtsprechung und die Ansicht des Schrifttums in dieser Frage geteilt.

Der jetzt zur Entscheidung angerufene neugebildete Strafsenat ist der Auffassung, daß die neue Fassung der §§ 175, 175 a StGB ein typisch nationalsozialistisches Gesetz ist. Es ist allerdings noch keine ausreichende Begründung für diese Beurteilung, wenn man darauf hinweist, daß die Neufassung des Jahres 1935 ihren Anlaß in der sogenannten Röhm-Revolution hatte (vgl. Schaefer, Deutsche Justiz 1935, 991).

Ist ein Gesetz während der Nazizeit aus offensichtlich nazistischen Beweggründen erlassen, so entbindet dies nicht von der Notwendigkeit einer sorgfältigen Prüfung, ob es inhaltlich nazistisch ist oder seine Bestimmungen in der Linie einer unnazistischen Rechtsentwicklung liegen und ferner — imgeachtet ihrer Verwendung für den nazistischen Unrechtsstaat — als Bausteine bei dem Aufbau eines demokratischen Gemeinwesens verwandt werden können. Vor Beginn der Naziherrschaft drängte die Entwicklung des allgemeinen Rechtsbewußtseins bereits bei vielen Bestimmungen des Strafrechts und des Strafverfahrens auf eine Reform. Daß sie in der Weimarer Republik nicht verwirklicht wurde, lag eigentlich nur an der immer mehr zunehmenden Arbeitsunfähigkeit des damaligen Parlaments. Viele der damaligen Reformvorschläge griffen die nazistischen Gewalthaber auf, allerdings nicht, um einen neuen Rechtsstaat aufzubauen, sondern weil sie die von ihnen auf gegrieffenen Reformbestimmungen, von denen manche eine notwendige Stärkung der Staatsgewalt und der Justiz im Kampfe gegen Rechtsstörer bezweckten, für geeignet — in ihrer Hand für geeignet — hielten, sie für ihren Unrechtsstaat zu verwenden, d. h. zu mißbrauchen. Dieser Beweggrund ihres Handelns führte dann häufig dazu, daß sie gesunde Grundgedanken der Reformvorschläge so übersteigerten, daß ihre von früheren, sachlich berechtigten Reformvorschlägen ausgehenden Gesetze inhaltlich nazistisch wurden, insbesondere durch die Androhung übermäßig strenger Strafen, die regelmäßig die Wirkung hatte, daß die Gerichte auch solche Strafen verhängten. Diese nazistische Verschärfung geschah vor allen Dingen dann, wenn das Aufgreifen früherer Reformvorschläge seitens der Nazis unmittelbar durch Vorgänge oder Erscheinungen veranlaßt worden ist, die der Nazismus mit besonderer Brutalität bekämpfen wollte. Bei Gesetzen, bei deren Erlaß solche Beweggründe entscheidend ins Gewicht fielen, ist besondere Vorsicht bezüglich ihres Inhalts geboten, eines Inhalts, der aus der Betrachtung des Gesetzes selbst festzustellen ist und nicht aus seiner mißbräuchlichen nazistischen Anwendung. Letztere kann bei der Prüfung der Frage, ob ein in der Nazizeit erlassenes „Gesetz“ als Gesetz des demokratischen Deutschland anzuerkennen ist, nur insoweit berücksichtigt werden, als geprüft werden muß, ob auch bei einer demokratischen Gerichtsorganisation in einer unter demokratischer Volkskontrolle stehenden Justiz ein Mißbrauch,

ähnlich wie er bei den Nazis vorgekommen ist, überhaupt in Frage kommen kann. Ist nach alledem Zeitpunkt und Anlaß eines in der Nazizeit erlassenen Gesetzes nicht ohne Bedeutung, nämlich nach der Richtung hin, daß manchmal besondere Vorsicht bei der Anerkennung eines Nazigesetzes geboten ist, so ist ausschlaggebend doch allein, ob sein Inhalt den Anforderungen entspricht, die an ein im demokratischen Volksstaat anzuerkennendes Gesetz gestellt werden müssen. Hiervon ausgehend ist für den vorliegenden Fall folgendes zu sagen:

Seit Jahrzehnten stand die Bestrafung homosexuellen Verhaltens im Mittelpunkt der Auseinandersetzung nicht nur zwischen Juristen, sondern auch in weitesten Kreisen des Volkes. Schon bald nach 1900 begannen die verschiedenen Entwürfe für das neue Strafgesetzbuch, sich mit dieser Frage eingehend zu befassen. Durch die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichtes und der ihm folgenden Gerichte hatte der Begriff der widernatürlichen Unzucht allgemein seine Auslegung dahin gefunden, daß nur sogenannte beischlafähnliche Handlungen von ihm erfaßt wurden. Die Entwürfe von 1909, 1913, 1925 und 1927, die Reichstagsvorlage von 1930 und schließlich sogar noch der von dem damaligen Reichsjustizminister Gürtner am 13. April 1936 herausgegebene „Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission“ beschränkte die Strafbarkeit der Homosexualität ausdrücklich auf beischlafähnliche Handlungen. An der Strafbarkeit der in diesem Umfange zutage tretenden Homosexualität hielten jedoch die Entwürfe fest, obwohl namhafte Juristen von Mittermair bis Kahl die Abschaffung der Bestrafung der einfachen Homosexualität forderten. Andererseits wurden in diesen Entwürfen bereits sogenannte qualifizierte Fälle geschaffen, für die ein strengerer Strafrahmen gelten sollte.

Durch das Gesetz von 1935 wurde der Tatbestand des § 175 StGB erweitert und das Strafmaß für die qualifizierten Fälle außerordentlich verschärft. Es wurde damit die folgerichtige Linie der Reformbestrebungen und der früheren Entwürfe verlassen. Während bis zur sogenannten Röhm-Revolution Hitler erklärt hatte, daß ihn das Privatleben seiner Anhänger nicht interessiere, wurde nunmehr aus politischen Gründen der Kampf gegen die Homosexuellen in schärfster Form aufgenommen. Er zeigte sich einmal in der Neufassung der §§ 175, 175 a StGB und dann in der Einweisung zahlreicher Homosexueller in die Konzentrationslager, wo sie einer besonders schweren Behandlung unterworfen worden sind.

Die Neufassung der §§ 175, 175 a StGB ist besonders in folgenden drei Punkten typisch nationalsozialistisch:

a) Während die alte Fassung nur widernatürliche Unzucht bestrafte und die Rechtsprechung nur beischlafähnliche Handlungen als widernatürliche Unzucht ansah und die Vorentwürfe ausdrücklich für die Neufassung eine entsprechende gesetzliche Definition vorsahen, bestrafte die Neufassung des § 175 StGB allgemein einen Mann, der mit einem anderen Manne Unzucht treibt oder sich von ihm zur Unzucht mißbrauchen läßt. Der Tatbestand ist nunmehr dadurch außerordentlich ausgeweitet, da nicht mehr wider-natürliche Unzucht, sondern Unzucht schlechthin unter Strafe gestellt wird. Der durch die Neufassung ausgeweitete Tatbestand ist unscharf und hat keine klaren Grenzen. Hingegen war der Tatbestand der alten Fassung, wie sie durch die Rechtsprechung ausgelegt war und nach den Vorentwürfen künftig gesetzlich festgelegt werden sollte, klar abgegrenzt. Durch die Neufassung des Jahres 1935 war somit eine klare rechtsgeschichtliche Entwicklung, die sowohl in Deutschland wie auch sonst in Europa auf die Beschränkung der für die Homosexuellen geltenden Strafbestimmungen hinauslief, abgebrochen und in ihr Gegenteil verkehrt worden.

b) Der Entwurf von 1927 sah in § 297 in den vier qualifizierten Fällen, die auch von dem § 175 a StGB des Gesetzes von 1935 später erfaßt sind, erhöhte Strafen vor und erfaßt in diesen vier qualifizierten Fällen nicht nur beischlafähnliche Handlungen, sondern Unzucht schlechthin. Der Entwurf von 1927 sah für diese qualifizierten Fälle Gefängnis nicht unter sechs Monaten, in besonders schweren Fällen Zuchthaus bis zu zehn Jahren vor. Eine derartige strengere Bestrafung der qualifizierten Fälle entsprang gesunden