

Aus dieser Entwicklung ist zweierlei zu entnehmen:

1. Bis 1933 ist ein eindeutiges Bestreben sowohl in den Reformarbeiten wie auch in der Rechtsprechung und in den Äußerungen fortschrittlicher Menschen aus allen Kreisen festzustellen, die gewöhnliche Homosexualität ganz straflos zu lassen, oder sie zumindest nur in möglichst engen Grenzen zu bestrafen. Diese Tendenz wirkte sich sogar noch in § 175 Abs. 2 der Fassung von 1935 aus, nach der bei Jugendlichen in minderschweren Fällen von Strafe abgesehen werden konnte.

2. Ebenso eindeutig feststellbar ist aber die Tendenz, die qualifizierten Fälle — die nach Ansicht fortschrittlicher Kreise überhaupt die allein strafwürdigen waren — schärfer zu bestrafen, als es nach dem alten Recht möglich war.

II. Wenn wir jetzt auch hier vor der Entscheidung der Frage stehen, ob der Fassung des Gesetzes, das unter dem Nationalsozialismus erlassen worden ist, oder der alten Fassung der Vorzug zu geben ist, sollten wir uns bemühen, eine Lösung zu finden, die den beiden soeben aufgezeigten Tendenzen möglichst weitgehend gerecht wird. Sind doch diese Tendenzen auch heute noch grundsätzlich anzuerkennen.

1. Es ist nicht möglich, eine Lösung zu finden, nach der die gewöhnliche Homosexualität gar nicht bestraft wird. Das würde eine Änderung des Gesetzes voraussetzen, die im Interesse der Erhaltung der Rechtseinheit Deutschlands bei einem so wichtigen Grundgesetz, wie es das Strafgesetzbuch ist, nur vorgenommen werden darf, wenn ein unabweisbares Bedürfnis für sie besteht. Bei aller Anerkennung der Wichtigkeit dieses Problems kann aber ein solch unabweisbares Bedürfnis nicht anerkannt werden. (Es sei aber auch an dieser Stelle darauf hingewiesen, daß der juristische Prüfungsausschuß für Gesetzgebung und Gesetzesanwendung in Berlin bei seinen Vorschlägen für die Neufassung des Strafgesetzbuches durch den Kontrollrat in seinem 106. Beschluß nach heftiger Diskussion zu dem Vorschlag gekommen ist, den § 175 zu streichen.)

Es bleibt also nur die Möglichkeit, zu versuchen, möglichst wenige Fälle der gewöhnlichen Homosexualität zu bestrafen. Unter diesem Gesichtspunkt muß daher die Frage entschieden werden, ob der alten oder der neuen Fassung des § 175 der Vorzug zu geben ist. Der Unterschied beider Fassungen liegt — wenn man einmal von der gesondert zu behandelnden Sodomie absieht — darin, daß nach der alten Fassung die widernatürliche Unzucht zwischen Personen männlichen Geschlechts und nach der neuen Fassung der Mann bestraft wurde, der mit einem anderen Manne Unzucht treibt.

Nun würde man bei unbefangener Betrachtung der beiden Fassungen kaum einen wesentlichen Unterschied zwischen ihnen feststellen. Es besteht auch kein Zweifel darüber, daß bei dem Erlaß eines neuen Strafgesetzbuches grundsätzlich davon Abstand genommen werden würde, mit Begriffen wie „Unzucht“ — darunter noch immer jede außereheliche geschlechtliche Betätigung verstanden wird! — oder auch „widernatürliche Unzucht“ zu arbeiten. Es wird dann erforderlich sein, auf dem gesamten Gebiet der Sittlichkeitsdelikte, das einer völligen Reform bedarf, klarere und der gesellschaftlichen Entwicklung Rechnung tragende Begriffe zu verwenden. Doch müssen wir uns aber, solange das Gesetz besteht, mit diesen alten, überholten Begriffen abfinden und müssen, was wesentlich ist, auch in Rechnung stellen, welchen Inhalt diese Begriffe im Laufe der Zeit, besonders auch durch eine ständige Rechtsprechung, erhalten haben. Dann gelangen wir aber zu der verschiedenartigen Auslegung der beiden Fassungen, auf die das OLG Halle hinweist: Widernatürliche Unzucht liegt nur vor, wenn sogenannte b eischlaf ähnliche Handlungen vorgenommen werden; Unzucht treiben umfaßt dagegen jede auf geschlechtliche Erregung gerichtete Betätigung.

Es mag mehr als zweifelhaft sein, ob die beiden Begriffe, für sich allein betrachtet, zu einer solchen Auslegung zwingen. Darauf kann es aber bei der Aufstellung von Richtlinien für die praktische Rechtsanwendung nicht ankommen. Hier muß man vielmehr den Inhalt und die Auslegung von Begriffen so berücksichtigen, wie sie historisch geworden sind. Man kann

also dem erstrebten Ziel, möglichst wenige Fälle der Homosexualität zu bestrafen, dadurch am nächsten kommen, daß man die alte Fassung des § 175 anwendet. Man kann das sachlich auch damit rechtfertigen, daß man die Veränderung dieses Tatbestandes durch das Gesetz von 1935 mit der Begründung, die das OLG Halle gegeben hat, als nazistisch bezeichnet.

Es entfällt damit allerdings die Möglichkeit der Anwendung des an sich fortschrittlichen Abs. 2 des § 175 neuer Fassung. Doch wird man bei verständiger Anwendung des RJGG und des § 153 StPO genügend Möglichkeiten finden, um von der Durchführung von Strafverfahren dieser Art gegen Jugendliche abzu-
sehen.

2. Wendet man § 175 in der alten Fassung an, so muß die Sodomie — deren Strafwürdigkeit mindestens so zweifelhaft ist, wie die der gewöhnlichen Homosexualität — ebenfalls wieder nach § 175 bestraft werden. Damit wird § 175 b neuer Fassung gegenstandslos.

3. Würde man aus dem bisher gewonnenen Ergebnis die Folgerung ziehen, daß es, wenn man den § 175 in der alten Fassung anwendet, auch notwendig sei, von einer Anwendung des § 175 a abzusehen, so würde man damit von vornherein darauf verzichten, auch der zweiten, der oben erwähnten beachtenswerten Tendenzen bei der Behandlung dieses Problems Rechnung zu tragen. Man würde keine Möglichkeit haben, die qualifizierten Fälle besonders scharf zu bestrafen.

Diese Konsequenz braucht aber nicht gezogen zu werden. Es ist durchaus möglich, die Frage der Anwendung von Gesetzen, die im Dritten Reich erlassen worden sind, dahin zu beantworten, daß einzelne Vorschriften eines solchen Gesetzes — und auch einer Gesetzesänderung — anzuwenden sind und andere nicht. Bei der Methode, mit der die Herren des Dritten Reiches von alten Reformvorschlägen Gebrauch gemacht haben und auf die das OLG Halle in seinem Urteil mit Recht hinweist, ist es nicht selten, daß die Gesetze ihrem Inhalt nach teils fortschrittliche und teils rückschrittliche Gedanken zum Ausdruck brachten. Es ist also selbständig zu untersuchen, ob § 175 a wegen seines nazistischen Charakters nicht mehr angewandt werden kann.

Dabei ist zunächst festzustellen, daß der Zweck dieser Vorschrift — nämlich die qualifizierten Fälle schwer zu bestrafen — der zweiten der zu beachtenden Tendenzen gerecht wird. Das OLG Halle will den § 175 a trotzdem nicht anwenden und führt zur Begründung dieser Ansicht zwei Gesichtspunkte an:

a. Zunächst weist es darauf hin, daß die Strafdrohungen sich gegenüber dem Entwurf von 1927 dahin geändert haben, daß nach dem Entwurf von 1927 die Regelstrafe Gefängnis war und nur in besonders schweren Fällen auf Zuchthaus erkannt werden konnte, während nach der Fassung von 1935 die Regelstrafe Zuchthaus ist und nur bei mildernden Umständen eine Gefängnisstrafe in Betracht kommt. Das ist zweifellos eine Verschärfung. Es ist aber darauf hinzuweisen, daß diese Verschärfung den entsprechenden Strafvorschriften zum Schutze der Frauen sowohl im § 171f (Ausnutzung von Abhängigkeitsverhältnissen) wie im § 176 (Nötigung zur Unzucht) entspricht. Hinzu kommt aber, daß die Mindeststrafe nach der Fassung von 1935 (3 Monate Gefängnis) geringer ist als nach der Fassung des Entwurfes von 1927 (6 Monate Gefängnis). Insoweit kann man also sogar von einer Milderung der Strafe sprechen. Aus diesem Grunde kann der erste Gesichtspunkt des OLG Halle nicht als entscheidend angesehen werden.

b. Hinsichtlich des zweiten Gesichtspunktes können an sich Zweifel bestehen. Hier geht es darum, ob es richtig ist, die Schutzgrenze für junge Menschen auf 18 Jahre oder auf 21 Jahre festzulegen. Es kann hierzu zunächst auf den Beschluß des Reichstagsausschusses verwiesen werden, der die Schutzgrenze ebenfalls auf 21 Jahre festgesetzt hatte. Ebenso war es in dem fortschrittlichen Gegenentwurf von 1911. Es handelt sich hier um ein allgemeineres Problem, bei dem es darum geht, ob dem Bestreben, Jugendlichen einen möglichst weitgehenden Schutz zu geben, der Vorzug zu geben ist gegenüber dem Bestreben, die Homosexualität in möglichst geringem Umfange zu bestrafen. Beide Bestrebungen sind beachtenswert. Es kann aber weder die eine noch die andere Ansicht zu dieser Frage als nazistisch angesehen werden, so daß auch dieser zweite vom OLG Halle zur Begründung