

behördlichen Vorschriften einfach hinweggesetzt hat, so liegt darin ein Verstoß gegen Abschn. I § 1 Abs. 1 Ziff. 3 der WStrVO. Dies hat das vorinstanzliche Gericht zutreffend festgestellt.

§§ 175, 175a StGB<),

§ 175 StGB ist in der alten Fassung und nach Maßgabe der Rechtsprechung zu dieser Fassung anzuwenden.

§ 175a StGB gilt in der neuen Fassung des Gesetzes vom 28. Juni 1935.

KG Berlin, Urteil vom 21. Februar 1950 — 1 Ss 165/49 (3/50).

Aus den Gründen:

Die Neufassung des § 175 StGB im Gesetz vom 28. Juni 1935 stellt sich, unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung nach der Ansicht des Senats, der sich der Ansicht des OLG Halle in NJ 1949 S. 144 und Weiß a. a. O. S. 145 anschließt, als eine nicht fortschrittliche Ausdehnung der Strafbarkeit und als ihrem Zweck nach nazistische Strafbestimmung dar. Sie ist ein gewaltsamer Bruch in der oben dargestellten Rechtswicklung zur Frage der Bestrafung der einfachen Homosexualität. Die neue Fassung der Bestimmung des § 175 ist, das zeigt, abgesehen von den obigen Betrachtungen über die Rechtswicklung von 1909 bis 1927 und den Inhalt der Vorschrift, in diesem Falle aber auch der Zeitpunkt und der Anlaß ihres Entstehens (die sogenannte „Röhm-Revolution“, aus der nazistischen Zweckerwägung hervorgegangen, die Macht der SA, der HJ und anderer Machtinstrumente des Nazistaates, damit die der Kriegsvorbereitung dienende sogenannte „Wehrtüchtigung“ und „Wehrhaftigkeit“ des Faschismus zu gewährleisten. Die neue Fassung ist gleichzeitig ein Bestandteil der sogenannten „Bevölkerungspolitik“ des Nazismus. Der Senat bejaht aus diesen Erwägungen den nazistischen Inhalt der neuen Fassung des § 175 StGB; § 175 ist daher in alter Fassung anzuwenden.

Bei Anwendung des § 175 StGB alter Fassung ist die Rechtsauffassung des ersten Richters jedoch insoweit nicht frei vom Rechtsirrtum, als es im Widerspruch mit der oben dargestellten fortschrittlichen Rechtswicklung und der ständigen, die Strafbarkeit einfacher Homosexualität auf beischlafähnliche Handlungen beschränkenden Rechtsprechung das Tatbestandsmerkmal der widernatürlichen Unzucht dahin erweiternd ausgelegt hat, daß auch andere als beischlafähnliche Handlungen darunter zu subsumieren seien. In Übereinstimmung mit der Rechtsansicht des OLG Halle und Weiß a. a. O. S. 143 ff. und 146 ff. schließt sich auch der erkennende Senat des Kammergerichts der Auffassung an, daß bei § 175 alter Fassung keine extensive Interpretation des Tatbestandes zulässig ist, vielmehr die von der zuständigen bis 1933 bestehenden Rechtsprechung gegebene Auslegung zugrunde zu legen ist. Nach den in nicht gerügtem und von Rechtsmängeln freiem Verfahren getroffenen tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils liegen solche beischlafähnlichen Handlungen nicht vor. Es kann daher eine Bestrafung aus dieser Rechtsvorschrift nicht erfolgen.

Soweit die Revision auch die Anwendung des § 175a StGB gerügt hat, konnte sie jedoch keinen Erfolg haben. Zwar ist diese Vorschrift ebenfalls durch das Gesetz vom 28. Juni 1935 eingeführt worden. Ob eine Rechtsbestimmung der Nazizeit reaktionär ist und nazistischer Ideologie folgt, einen dieser entsprechenden Inhalt hat und derartige Zwecke verfolgt, oder ob sie etwa fortschrittliche Gedanken der schon vor der Nazizeit begonnenen Rechtswicklung folgt, kann nicht allein aus dem Zeitpunkt des Erlasses des Gesetzes festgestellt werden (vgl. hierzu zutreffend OLG Halle a. a. O. S. 144). Ob die Bestimmungen strafpolitisch und gesellschaftlich einen fortschrittlichen Gedanken verwirklichen, kann nur durch eine sorgfältige historische Analyse der Rechtswicklung und durch das Studium der Vorschriften festgestellt werden. Eine solche Untersuchung führt aber, abweichend von § 175 neuer Fassung bei § 175a StGB, wie Weiß — insoweit abweichend vom OLG Halle — a. a. O. S. 145 zutreffend und mit überzeugender Begründung ausführt, zu einer anderen rechtlichen *)

Beurteilung. Es ist Sache der Gesetzgebung, bei einem künftigen neuen Strafrecht für Deutschland zu prüfen, welche Gesellschaftsschädlichkeit und Gesellschaftsgefährlichkeit gleichgeschlechtliche Sexualität darstellt, welche sozialwidrige Einstellung Täter solcher Handlungen zeigen, und welche Strafbestimmungen daher eine künftige Regelung des Problems erfordert. Für die Frage der Anwendung des geltenden Rechts und der Weitergeltung des § 175a kann jedoch die Frage der gesellschaftlichen Schädlichkeit und Gefährlichkeit von Handlungen und Tätern, die gleichgeschlechtliche Handlungen unter den qualifizierenden Umständen des § 175a StGB begehen, nicht unberücksichtigt bleiben. Betrachtet man die Rechtswicklung seit 1909, so zeigt sich deutlich, daß der einschränkenden Tendenz bei der Strafwürdigkeit der einfachen Homosexualität gegenüber in den Fällen qualifizierter Homosexualität die Notwendigkeit eines wirksamen Schutzes und daher einer strengeren Bestrafung besteht. Das ist insbesondere da der Fall, wo Tat und Täter durch Anwendung von Zwang, Drohung, Nötigung, durch Mißbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses, durch gewerbsmäßige Betätigung oder durch die Verführung junger Menschen eine besondere Gefahr für die Gesellschaft darstellen. Die fortschrittlichen Gesetzentwürfe lassen daher erkennen, daß die Gesetzgebung in solchen Fällen die Notwendigkeit einer erhöhten strafrechtlichen Verantwortung statuiert. § 175a StGB verwirklicht daher einen in der fortschreitenden Linie der Rechtswicklung liegenden Gedanken eines notwendigen Schutzes der Gesellschaft gegen sozialschädliche homosexuelle Handlungen qualifizierter Art und hat daher keinen typisch nazistischen Inhalt. Die Vorschrift verwirklicht insbesondere insoweit einen fortschrittlichen Gedanken, als sie die geschlechtliche Integrität und damit die gesunde Entwicklung der Jugend schützt. Mit Recht verneint daher auch Weiß a. a. O. S. 146 bei § 175a einen nazistischen Inhalt. Der Senat weist auf die auch in der Gegenwart bestehende Notwendigkeit hin, die Jugend in wirksamer Weise vor den schädlichen Gefahren sexuellen Mißbrauchs und Verführung durch sozialwidrige Elemente zu schützen. Der Jugend sind beim Aufbau eines neuen demokratischen Deutschland, dem Wiederaufbau einer Friedenswirtschaft und der Entwicklung und Festigung der demokratischen Ordnung, wie besonders das Gesetz der Deutschen Demokratischen Republik vom 20. Januar 1950 hervorhebt, wichtige Aufgaben gestellt, zugleich aber sind in diesem Gesetz Schutz, Förderung und Entwicklung der Jugend in gesellschaftlicher, kultureller und gesundheitlicher Beziehung verankert. Junge Menschen vor einer durch Verführung möglichen gesundheitlichen und charakterlichen Fehlentwicklung zu schützen, ist eine gesellschaftlich bedeutsame und fortschrittliche Aufgabe der Rechtsordnung und einer demokratischen Justiz. § 175a StGB setzt, wie der Senat in Übereinstimmung mit Weiß a. a. O. und abweichend von dem Beschluß des OLG Halle annimmt, eine mit den Jahren 1909 beginnende fortschrittliche Rechtswicklung im Interesse des Schutzes der Jugend und des Schutzes vor gesellschaftsschädlichen homosexuellen Handlungen fort. Die Rechtswicklung zeigt eindeutig feststellbar die Tendenz, die qualifizierten Fälle schärfer zu bestrafen. Aus diesen Erwägungen ist auch der Senat zu der Überzeugung gelangt, daß § 175a StGB keinen nazistischen Inhalt hat.

Die Ziffer 3 des § 175a StGB stellt einen neuen selbständigen Tatbestand dar. Seine Anwendung ist daher nicht, wie die Revision irrtümlich meint, auf den Tatbestand des § 175 alter Fassung zu beschränken. Die Prüfung der Frage, ob nicht die Strafverschärfung des § 175a StGB gegenüber dem im Tatbestand gleichen Gesetzentwurf von 1927 als nazistisch angesehen werden muß, kann hier dahingestellt bleiben; die vom Landgericht ausgeworfene Strafe liegt im vorliegenden Fall im Rahmen des § 175a StGB alter Fassung. Im übrigen entspricht die Strafverschärfung des § 175a StGB dem Strafrahmen der Delikte der §§ 174 und 176 StGB, dessen Notwendigkeit und Gültigkeit allgemein anerkannt ist, so daß der Hinweis auf den Strafrahmen des § 175a StGB nicht als entscheidend angesehen werden kann (vgl. Weiß a. a. O. S. 146 Ziff. II 3a).

*) Vgl. dazu den Artikel von K i m m e r (S. 109 dieses Heftes) über „Die Homosexualität und ihre Bestrafung.“