

Rechtsprechung

Wenn nichts anderes vermerkt ist, sind die Entscheidungen rechtskräftig. Die mit einem † versehenen Entscheidungen der Obergerichte sind zum Abdruck in der amtlichen Sammlung des betr. Gerichts vorgesehen. Ein * nach der lfd. Nr. der Entscheidung bedeutet, daß zu dieser eine Anmerkung im unteren Teil der Seiten abgedruckt ist.

1. Bundesverfassungsgericht

1. StGB §§ 175f.; GG Art. 2 Abs. 1 (Männliche Homosexualität und GG)

a) Die Strafvorschriften gegen die männliche Homosexualität (§§ 175f. StGB) verstoßen nicht gegen den speziellen Gleichheitssatz der Abs. 2 und 3 des Art. 3 GG, weil der biologische Geschlechtsunterschied den Sachverhalt hier so entscheidend prägt, daß etwa vergleichbare Elemente daneben vollkommen zurücktreten.

b) Die §§ 175f. StGB verstoßen auch nicht gegen das Grundrecht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG), da homosexuelle Betätigung gegen das Sittengesetz verstößt und nicht eindeutig festgestellt werden kann, daß jedes öffentliche Interesse an ihrer Bestrafung fehlt.

c) Welche Folgen der Tod des Beschwerdeführers für ein anhängiges Verfassungsbeschwerdeverfahren hat, läßt sich nur im Einzelfall unter Berücksichtigung der Art des angegriffenen Hoheitsaktes und des Standes des Verfassungsbeschwerdeverfahrens entscheiden.

BVerfG, Urt. v. 10. 5. 1957 - 1 BvR 550/52

Aus den Gründen: [Das Urteil beginnt mit einem historischen Überblick über die strafrechtliche Behandlung der gleichgeschlechtlichen Unzucht und bringt dann den Prozeßablauf (A). Anschließend führt das Gericht aus (B I), daß die §§ 175, 175a StGB trotz ihres nationalsozialistischen Ursprungs, insbesondere ihrer Ableitung aus dem Ermächtigungsgesetz v. 24. 3. 1933, formell wie materiell beim erstmaligen Zusammentritt des Bundestages in Geltung standen. Dieser Abschnitt schließt mit den Worten:]

„Die §§ 175, 175a StGB sind von keinem deutschen Gesetzgeber in den westlichen Besatzungszonen aufgehoben oder geändert worden. Die Gerichte haben nach anfänglichem Schwanken diese Bestimmungen einheitlich angewandt und dafür die Billigung der neu errichteten obersten Gerichte gefunden (OGHSt. 1, 126 für § 175a; BGHSt. 1, 80 für § 175 und dann fortlaufend: BGHSt. 1, 107 = NJW 51, 437; BGHSt. 4, 293; 4, 323 = NJW 53, 1761; LM § 175 Nr. 5 = NJW 50, 810; NJW 52, 796). Auch in der Literatur ist der Weitergeltung dieser Vorschriften nur vereinzelt widersprochen worden; zweifelnd vor allem Lange-Kohlrausch, 39./40. Aufl. (1950), wo im Ergebnis aber die Fortgeltung behauptet und nur für die Auslegung des § 175 n. F. StGB die Rückkehr zu der Beschränkung auf beschlafähnliche Handlungen gefordert wird (vgl. auch Lange, JZ 51 S. 562 ff., in der Besprechung von BGHSt. 1, 80).“ [Sodann fährt das Urteil fort:]

II. Die Vereinbarkeit der §§ 175, 175a Ziff. 3 StGB mit dem GG bestreitet der BeschwerF in erster Linie unter Hinweis auf Art. 3 GG. Er macht geltend, diese Vorschriften verletzen den Gleichheitsgrundsatz vor allem in seiner besonderen Ausgestaltung hinsichtlich der Gleichberechtigung der Geschlechter, sei seien aber auch mit dem allgemeinen Gedanken der Rechtsgleichheit unvereinbar.

Der in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG ausgesprochene Grundsatz der Gleichberechtigung von Männern und Frauen werde durch die §§ 175, 175a StGB verletzt, weil zwar gleichgeschlechtliche Beziehungen zwischen Männern bestraft werden, nicht aber auch solche zwischen Frauen. § 175a Ziff. 3 StGB sei außerdem mit dem speziellen Gleichheitssatz deshalb unvereinbar, weil das Schutzalter für jugendliche Männer gesetzlich sei, während das Schutzalter für Mädchen gegen Verführung zum Beischlaf nach § 182 StGB nur 16 Jahre betrage.

Es fehle ferner schlechthin jeder zureichende sachliche Grund dafür, gleichgeschlechtliche Beziehungen zu bestrafen, falls nicht besondere Erschwerungsgründe hinzutreten, denn durch gleichgeschlechtliche Beziehungen als solche werde ein öffentliches Interesse nicht verletzt. Die Bestrafung der männlichen Homosexualität sei also willkürlich und verstoße dadurch auch gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG.

A. Das GG statuiert in Art. 3 Abs. 2 die Gleichberechtigung der Geschlechter positiv: „Männer und Frauen sind gleichberechtigt“ und wiederholt dieselbe Regel im Rahmen der Differenzierungsverbote des Abs. 3 in negativer Wendung: „Niemand darf wegen seines Geschlechts... benachteiligt oder bevorzugt werden.“ Durch diese Bestimmungen, wie durch die sonstigen Wertentscheidungen des GG, wird auch der Gesetzgeber gebunden, der Raum seiner Gestaltungsfreiheit begrenzt. Die Verfassungsbeschwerde müßte also Erfolg haben, wenn Art. 3 Abs. 2 und 3 GG überhaupt auf die vom BeschwerF genannten Tatbestände anwendbar wäre. Das ist aber nicht der Fall.

1. Die Ansicht des BeschwerF, die Festsetzung des Schutzalters in § 175a Ziff. 3 StGB verstoße gegen den Grundsatz der Gleichberechtigung der Geschlechter, ist unbegründet. § 175a Ziff. 3 StGB behan-

delt ein gleichgeschlechtliches, § 182 StGB ein heterosexuelles Delikt. Die beiden Straftatbestände sind also - auch abgesehen von dem Geschlecht des Geschützten - wesensverschieden und daher i. S. des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG nicht vergleichbar.

2. Die Strafvorschriften gegen die männliche Homosexualität verstoßen (aber auch) in ihrer Gesamtheit nicht gegen Art. 3 Abs. 2 und 3 GG.

a) . . . b) Eine Prüfung ergibt, daß der Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau für die gesetzgeberische Behandlung der männlichen und der weiblichen Homosexualität keinen Maßstab abgibt.

Bereits in der Entsch. des BVerfG v. 18. 12. 1953 (BVerfGE 3, 225 = NJW 54, 65) ist darauf hingewiesen, daß - unbeschadet des Grundsatzes der Gleichberechtigung - im Bereich des damals zur Erörterung stehenden Familienrechts „im Hinblick auf die objektiven biologischen oder funktionalen (arbeitsteiligen) Unterschiede nach der Natur des jeweiligen Lebensverhältnisses auch eine besondere rechtliche Regelung erlaubt oder sogar notwendig ist (z. B. alle Bestimmungen zum Schutze der Frau als Mutter, Differenzierungen der Art der Leistung für die Familiengemeinschaft)“ (aaO [242]). Der gleiche Gedanke trägt die Entsch. v. 25. 5. 1956 (BVerfGE 5, 9 [12] = NJW 56, 985), in der es sich um die Vereinbarkeit von Arbeitszeitbeschränkungen zugunsten der Frau mit Art. 3 Abs. 2 und 3 GG handelte. Die Vereinbarkeit ist hier bejaht worden, weil die angegriffene Norm eine Regelung trifft, „die der biologischen Besonderheit der Frau im Rahmen ihres Arbeitsverhältnisses schützend Rechnung trägt“.

Auch für das Gebiet der Homosexualität rechtfertigen biologische Verschiedenheiten eine unterschiedliche Behandlung der Geschlechter. Die Verwendung des Ausdrucks „wegen seines Geschlechts“ in Art. 3 Abs. 3 GG scheint allerdings darauf hinzudeuten, daß gerade solche Unterscheidungen untersagt sind. Mit dieser Auslegung wird man dem Sinn dieser Bestimmung jedoch nicht gerecht: Wie der ganze Grundrechtsteil des GG hat auch Art. 3 GG den Menschen als sozialbezogene Persönlichkeit im Auge; daher gilt das Verbot der Differenzierung nach dem Vergleichspaar Mann-Frau nur dann, wenn der zu ordnende soziale Lebensbestand essentiell vergleichbar ist, d. h. wenn er, vom Geschlecht der Betroffenen abgesehen, weitere wesentliche Elemente umfaßt, die ihrerseits gleich sind. Es müssen also den für Mann und Frau zu vergleichenden Tatbeständen wesentliche Elemente gemeinsam sein, die verglichen werden können - wie z. B. im Arbeitsrecht oder im Wahlrecht. Diese Voraussetzung für die Anwendung von Art. 3 Abs. 3 GG fehlt nicht nur, wenn gemeinsame Elemente überhaupt nicht vorhanden sind, sie ist auch dann nicht gegeben, wenn der biologische Geschlechtsunterschied den Lebenssachverhalt so entscheidend prägt, daß etwa vergleichbare Elemente daneben vollkommen zurücktreten. Auch dann sind für eine natürliche Auffassung vergleichbare Tatbestände nicht mehr gegeben, so daß die verschiedene Behandlung von Mann und Frau mit den in Art. 3 Abs. 3 GG gebrauchten Begriffen „Benachteiligen“ und „Bevorzugen“ nicht mehr sinnvoll zu erfassen ist - sie passen nicht mehr.

Die Unanwendbarkeit des Art. 3 Abs. 3 GG - und dasselbe gilt für Abs. 2 dieses Artikels - aus diesen Gründen ist evident, wenn der zu ordnende Lebensbestand überhaupt nur in einem Geschlecht verwirklicht werden kann.

Zum Beispiel kann der Mann, da nur die Frau Mutter wird, durch Bestimmungen zum Schutz der Mutter niemals im Rechtssinn bevorzugt oder benachteiligt werden. Deshalb spielt die Gleichberechtigung keine Rolle im gesamten Gebiet des Mutterschutzes.

Ebenso schließen die oben entwickelten Gründe die Anwendung der Abs. 2 und 3 des Art. 3 GG im Bereich des Sexualstrafrechts aus, für dessen Tatbestände der Geschlechtstrieb des Menschen das konstituierende Element ist. Ohne weiteres ergibt sich ihre Unanwendbarkeit auf Strafbestimmungen, die dadurch notwendig werden, daß die zwischen den Geschlechtern bestehende Spannung typische soziale Gefahren mit sich bringt. Diese Spannung beruht gerade auf der natürlichen Verschiedenheit der beiden Geschlechter, so daß der Geschlechtsunterschied für diese Gruppe von Strafbestimmungen der notwendige Ausgangspunkt ist. Hier wird der Straftatbestand wendige Ausprägung dadurch bestimmt, daß der Mann als männliches Geschlechtswesen, die Frau als weibliches Geschlechtswesen in Erscheinung tritt und aus der besonderen biologischen Eigenart der beiden Geschlechter sich typische besondere Gefahrensituationen ergeben. Es kann daher keine Rede davon sein, daß es Art. 3 Abs. 2 und 3 GG verletzen würde, wenn beispielsweise die Strafdrohungen der §§ 177 (Notzucht) oder 181a (Zuhälterei) sich einseitig gegen das männliche Geschlecht richten,

Bei der gleichgeschlechtlichen Liebe handelt es sich nun nicht um das Spannungsverhältnis zwischen den Geschlechtern, da die beteiligten Personen nicht zu dem anderen, sondern zu dem eigenen Geschlecht in Beziehung treten. Daraus folgt aber keineswegs, daß männliche und weibliche Homosexualität vergleichbare Tatbestände im Sinne von Art. 3 Abs. 2 und 3 GG bilden. Gemeinsam ist hier zwar der formale Oberbegriff der „gleichgeschlechtlichen“ oder „widernatürlichen“ Unzucht, nicht aber sind es die entscheidenden Elemente des Tatbestandes. Mann und Frau können als verschiedene Geschlechtswesen auch die gleichgeschlechtliche Unzucht nur in den ihrem Geschlecht möglichen und eigenen Formen ausüben. Diese besondere Geschlechtsprägung der gleichgeschlechtlichen Unzucht tritt wie in der Verschiedenartigkeit der körperlichen Begehungsformen so auch in dem verschiedenartigen psychischem Verhalten bei diesen Vorgängen zutage und bestimmt von diesen biologischen Verschiedenheiten her deutlich das gesamte Sozialbild dieser Form sexueller Betätigung.

Die Beweisaufnahme hat [durch Anhörung und Verlesung gutachtlicher Äußerungen von Sachverständigen] dies zur vollen Überzeugung des Gerichts geklärt. Sie hat zunächst ergeben, daß die Verbreitung der weiblichen Homosexualität hinter der der männlichen erheblich zurückbleibt. Allerdings sind die deutschen Sachverständigen mangels statistischer Unterlagen insoweit auf Vermutungen angewiesen, ihr Urteil über das Ausmaß der Verbreitung ist daher nicht einheitlich, zumal die ungleiche strafrechtliche Behandlung von schwer durchschaubarer Bedeutung für Häufigkeit und Bekanntheit der einzelnen Fälle ist. Besonders aufschlußreich ist daher das Gutachten des Sachverständigen *Graßberger* über die Verhältnisse in Österreich, wo die Homosexualität bei beiden Geschlechtern in gleicher Weise bestraft wird. Seinem Gutachten liegt Material für 6098 Fälle männlicher und 142 Fälle weiblicher Homosexualität aus den Jahren 1922 bis 1936 und für 3550 Fälle männlicher und 114 Fälle weiblicher Homosexualität aus den Jahren 1946 bis 1953 zugrunde. Dieses Material zeigt, daß in Österreich die Zahl der wegen lesbischer Liebe verurteilten Frauen weniger als 4% der wegen gleichgeschlechtlicher Unzucht verurteilten Männer erreicht, und daß damit der Anteil von Frauen an den Verurteilungen wegen gleichgeschlechtlicher Unzucht nur rund ein Siebtel ihrer Beteiligung an der gesamten Kriminalität beträgt. Dabei betont der Sachverständige ausdrücklich, daß dieser zahlenmäßige Unterschied nicht auf einer bei den Frauen höheren Dunkelziffer beruht, die etwa aus einer unterschiedlichen Verfolgungsintensität zu erklären wäre.

Gewiß kann es für die Vergleichbarkeit männlicher und weiblicher Homosexualität als Straftatbestand nicht entscheidend auf die Häufigkeit solcher Fälle ankommen. Trotzdem hat die Verschiedenheit der Quantität ihre Bedeutung, denn sie ist ein wichtiges Symptom auch für eine qualitative Verschiedenheit; sie legt den Gedanken nahe, daß beide Tatbestände als soziale Phänomene ihrem Wesen nach verschieden sind. Das wird durch die Sachverständigengutachten bestätigt.

Wie der Sachverständige *Giese* dargelegt hat, müssen bei der Sexualität zwei Aspekte unterschieden werden: ein generativ-vegetativer, d. h. ein Aspekt auf das unbewußte Funktionieren des Körpers im Zusammenhang mit der Geschlechtlichkeit, und ein davon geprägter sozialer Aspekt. Schon die körperliche Bildung der Geschlechtsorgane weist für den Mann auf eine mehr drängende und fordernde, für die Frau auf eine mehr hinnehmende und zur Hingabe bereite Funktion hin. Dieser Unterschied der physiologischen Funktion läßt sich aus dem Zusammenhang des geschlechtlichen Seins nicht ausgliedern, er ist mit konstituierend für Mann und Frau als Geschlechtswesen (*Kroh*). Der entscheidende Unterschied zwischen Mann und Frau - der alle übrigen Unterschiede im Keim in sich schließt - ist aber unter dem generativ-vegetativen Aspekt die Tatsache, daß sich das Vatersein an den kurzen Zeugungsvorgang nicht über weitere generativ-vegetative Leistungen, sondern nur durch zeitlich davon getrennte soziale Leistungen anschließt, während die sozialen Leistungen des Mutterseins mit dem Vorgang des Empfangens über die generativ-vegetativen Leistungen der Schwangerschaft, der Geburt und des Stillens, also durch einen langdauernden natürlichen Prozeß, unmittelbar verknüpft sind. Anders als der Mann wird die Frau unwillkürlich schon durch ihren Körper daran erinnert, daß das Sexualleben mit Lasten verbunden ist.

1) Das *BVerfG* hatte die Anhörung von Sachverständigen zu folgenden Fragen angeordnet:

a) Bestehen im Triebleben beim Mann und bei der Frau wesentliche Unterschiede, die sich auch bei gleichgeschlechtlicher Betätigung auswirken?

b) In welcher Richtung stellen männliche Homosexualität einerseits und lesbische Liebe andererseits eine soziale Gefährdung dar? Sind ihre Auswirkungen und Erscheinungsformen in Familie und Gesellschaft verschieden? Welche Rolle spielen in diesem Zusammenhang der große Frauenüberschuß und die Häufigkeit der gemeinsamen Haushaltsführung zweier oder mehrerer Frauen (Gefahr bössartigen Klatsches und der Erpressung)?

c) Besteht ein Unterschied in der Aktivität und Hemmungslosigkeit bei gleichgeschlechtlichen Handlungen zwischen Männern einerseits und zwischen Frauen andererseits, so daß damit der Grad der Verbreitung solcher Handlungen und die Gefahr zur Verführung insbesondere hierzu verschieden ist? Trifft die männliche Homosexualität im Gegensatz zur lesbischen Liebe stärker in der Öffentlichkeit in Erscheinung? Gibt es eine Prostitution der männlichen Homosexuellen und der Lesbierinnen? "

Damit mag es zusammenhängen, daß bei der Frau körperliche Begehrde (Sexualität) und zärtliche Empfindungsfähigkeit (Erotik) fast immer miteinander verschmolzen sind, während beim Manne, und zwar gerade beim Homosexuellen, beide Komponenten vielfach getrennt bleiben (*Wiethold-Hallermann*). Die Gefahr einer Akzentverschiebung zu Lasten der Bereitschaft, Verantwortung zu übernehmen, und zugunsten des bloßen Lustgewinnes ist daher eine besondere Gefahr der männlichen Sexualität. Die kulturelle Aufgabe, Lustgewinn und Bereitschaft zur Verantwortung zu verbinden, wird von „dem männlichen Sexualverhalten extrem häufiger . . . verfehlt“ als von dem weiblichen (*Giese*).

Diese Verschiedenheiten des Geschlechtslebens machen sich bei der Gleichgeschlechtlichkeit womöglich noch stärker geltend als bei heterosexuellen Beziehungen, da der auf Mutterschaft angelegte Organismus der Frau unwillkürlich den Weg weist, auch dann in einem übertragene sozialen Sinne fraulich-mütterlich zu wirken, wenn sie biologisch nicht Mutter ist, während eine entspr. Kompensation beim Manne fehlt. So gelingt der lesbisch voranlagten Frau das Durchhalten sexueller Abstinenz leichter, während der homosexuelle Mann dazu neigt, einem hemmungslosen Sexualbedürfnis zu verfallen (*Giese*; ähnlich *Graßberger* und *Scheuner*).

Für die Verschiedenheit männlicher und weiblicher Homosexualität spielt es ferner eine Rolle, daß die Anfälligkeit gegen Verführung der zum gleichgeschlechtlichen Verkehr Aufgeforderten in der Pubertät je nach dem Geschlecht verschieden ist. Alle Sachverständigen stimmen darin überein, daß es in der Pubertät eine Phase der Zielsicherheit des Geschlechtstriebes gibt, und daß die in dieser Periode empfangenen Eindrücke von entscheidender Bedeutung für die Prägung der Persönlichkeit des Heranwachsenden sein können. Eine homosexuelle Verführung in dieser Altersstufe ist besonders geeignet, zu Fehlprägungen des sexuellen Empfindens zu führen, wobei offenbleiben kann, ob diese Gefahr nur da besteht, wo die Veranlagung des Verführten ihre Verwirklichung begünstigt. Die Gefahr solcher Fehlprägung ist aber bei Mädchen weit geringer als bei männlichen Jugendlichen. Diese allgemeine Erfahrung wird von den Sachverständigen zum Teil darauf zurückgeführt, daß das Mädchen weit mehr als der Knabe durch ein natürliches Gefühl für sexuelle Ordnung bewahrt werde, zum Teil darauf, daß die Mädchen altersmäßig früher auf heterosexuelle Beziehungen fixiert seien (*Scheuner*, *Wiethold-Hallermann*).

Weiterhin lehrt die Erfahrung, daß die Lesbierin nicht in dem gleichen Maße ausschließlich gleichgeschlechtlich eingestellt ist wie der homosexuelle Mann, so daß für die Lesbierin der „Um Schlag zum anderen Geschlecht“ (*Scheuner*) leichter möglich ist (ebenso *Graßberger*, *Wenzhy*, *Kroh*).

Die geschilderten Unterschiede des Natürlichen werden auch im sozialen Aspekt sichtbar.

So kann der bei beiden Geschlechtern vorhandene Trieb zu einem „Überbau“, einem „Zuhause“ (*Giese*) zwar auch bei homosexuellen Männern zu Dauerbeziehungen führen, jedoch gelingen sie selten. Männliche Homosexuelle streben häufig zu einer homosexuellen Gruppe, lehnen aber familienhafte Bindungen meist ab und neigen zu ständigem Partnerwechsel. Lesbische Verhältnisse hingegen tendieren allgemein zur Dauerhaftigkeit (*Scheuner*, *Wenzhy*, *Giese*). Zieht man dazu die größere geschlechtliche Aggressivität des Mannes in Betracht, so macht schon das evident, daß die Gefahr der Verbreitung der Homosexualität beim Manne weit größer ist als bei der Frau.

Außerordentlich verstärkt wird dieser Unterschied durch den Unterschied in der begeherten Alterslage des Partners (*Graßberger*). Jugendliche Lesbierinnen fehlen; Fälle von Verführung weiblicher Jugendlicher durch Lesbierinnen oder gar der Knabenschändung analoge Tendenzen sind unbekannt (*Wenzhy*, *Wiethold-Hallermann*, *Giese*). Dieses soziale Erscheinungsbild der weiblichen Homosexualität wird nicht beeinflusst durch Einzelfälle, wie sie die Sachverständigen *Kretschmer* und *Schelsky* erwähnt haben, dieser nur unter Hinweis auf ihm gegenüber gelegentlich gemachte Mitteilungen. In der Regel richtet sich das Begehren der aktiven Lesbierin nicht auf die jugendliche, sondern auf die geschlechtlich erfahrene Frau. Die Mehrzahl der zum gleichgeschlechtlichen Verkehr aufgeforderten Frauen befindet sich im Alter von 18 bis 37 Jahren. Bei den Frauen besteht daher ein weitgehender Gleichklang im Alter der Beteiligten (*Graßberger*). Demgegenüber liebt der typisch homosexuelle Mann den Jüngling und neigt dazu, ihn zu verführen (*Wiethold-Hallermann*); er sucht den 20- bis 27jährigen „Jünglinghaften“ gleichwohl bereits reifen Mann (*Giese*). Daneben gibt es die Gruppe der Päderasten, die die Altersspanne von 12 bis 17 Jahren „bis zum Bartwuchs“ begehrt (*Giese*, auch *Scheuner* und *Kroh*).

Ein weiterer Unterschied im sozialen Erscheinungsbild männlicher und weiblicher Homosexualität ist es, daß das Strichjungenwesen eine spezifische Erscheinung der männlichen Homosexualität darstellt. Keinem der Sachverständigen war eine nur-lesbische Prostitution überhaupt bekannt; nach den Angaben des Sachverständigen *Wenzhy* gibt es z. B. in Köln 230 bis 240 Strichjungen, aber keine eigentliche lesbische Prostitution, nur etwa 4 der 350 bis 380 weiblichen Prostituierten verkehren auch mit Lesbierinnen. Unter 170 Fällen weiblicher Homosexualität, die der Sachverständige *Graßberger* untersucht hat, spielten materielle Erwägungen nur in einem einzigen Falle eine Rolle.

Sodann tritt die männliche Homosexualität unvergleichlich viel stärker als die weibliche in der Öffentlichkeit in Erscheinung, was wesentlich durch das größere weibliche Schamgefühl und die größere Zurückhaltung der Frau in Geschlechtsfragen bedingt sein dürfte. Anbahnung, Schließung und Fortführung lesbischer Verhältnisse bleiben privater (*Kretschmer*, *Giese*, *Schelsky*, *Scheuner*).

Die Verschiedenheit des Sozialbildes zeigt sich schließlich darin, daß angesichts des auch bei der Lesbierin vorhandenen Überwiegens zärtlicher Empfindungen über das rein Geschlechtliche zwischen einer

lesbischen Beziehung und einer zärtlichen Frauenfreundschaft kaum eine Grenze zu ziehen ist. Infolgedessen wären Frauen, wenn weibliche Homosexualität unter Strafe gestellt würde, der Gefahr der Erpressung in weit höherem Maße ausgesetzt als Männer (Schelshy, Wiethold-Hallermann).

Während die übrigen Sachverständigen übereinstimmend männliche und weibliche Sexualität, durch die Verschiedenheit von Mann und Frau als Geschlechtswesen bedingt, als etwas Verschiedenes ansehen, vertritt der Sachverständige Kretschmer eine etwas andere Auffassung. Zwar hat auch er nicht in Abrede gestellt, daß Unterschiede zwischen der männlichen und weiblichen Sexualität vorhanden sind - er hat das als selbstverständlich bezeichnet und hinzugefügt, es sei „ja wohl auch kaum anders zu erwarten, als daß diese Nuancen in der männlichen und weiblichen Sexualität irgendwie auch in dem Verhältnis zwischen Homosexuellen zum Ausdruck kommen“. In seinen weiteren Ausführungen hat er jedoch den Akzent auf die Merkmale gelegt, „die im öffentlichen Interesse liegen“, d. h. er hat sich die Frage gestellt, ob hinsichtlich der sozialen Gefährdung, der Gefahr der „Bedrohung von Personen und Rechtsgütern“, die weibliche und die männliche Homosexualität durchgreifende Unterschiede aufweisen. Von dieser besonderen Fragestellung aus hat er das Bestehen „wirklich grundsätzlicher Unterschiede“ zwischen der Homosexualität beider Geschlechter verneint; hinsichtlich der Sozialgefährlichkeit (Gefährdung Jugendlicher, öffentliche Ärgerniserregung namentlich durch Propaganda, Prostitution) sind nach seiner Ansicht die Unterschiede mehr quantitativer als eigentlich grundsätzlicher Art. Sie erklären sich seiner Ansicht nach nur teilweise aus der sexuellen Eigenart von Mann und Frau, die ja auch innerhalb des Geschlechts vielfältige Varianten zeige, weitgehend dagegen aus der verschiedenen „öffentlichen Belichtung“, die u. a. gerade durch die verschiedene forensische Behandlung herbeigeführt werde. Das Gutachten des Sachverständigen Kretschmer weicht also von denen der anderen Sachverständigen nicht darin ab, daß er Verschiedenheiten zwischen der männlichen und weiblichen Homosexualität verneint, sondern darin, daß er diese Verschiedenheiten anders erklärt und ihre Bedeutung unter dem Gesichtspunkt der sozialen Gefährlichkeit anders bewertet. Diese Ausführungen, die im Ergebnis die Straflosigkeit der Homosexualität zwischen Erwachsenen, aber einen besonderen Schutz auch des jungen Mädchens gegen homosexuelle Verführung, vielleicht auch die Bestrafung des bloßen „Verleiten“ über das „Verführen“ i. S. des § 175a Ziff. 3 StGB hinaus, wünschenswert erscheinen lassen könnten, mögen de lege ferenda Bedeutung haben, sie können aber für die verfassungsrechtliche Prüfung des geltenden Rechts am Maßstab des Art. 3 GG nicht maßgebend sein.

Entscheidend ist, ob es sich von den biologischen Verschiedenheiten her bei der männlichen und der weiblichen Homosexualität um verschiedene Tatbestände handelt. Hiervon ist das Gericht auf Grund des Gesamtergebnisses der Beweisaufnahme überzeugt. Daher kann der Verfassungssatz von der Gleichberechtigung der Geschlechter hier keine Anwendung finden.

Diese Feststellung wird noch dadurch bestätigt, daß in dem Kampf um die Gleichberechtigung der Geschlechter von einer Gleichbehandlung männlicher und weiblicher Homosexualität niemals die Rede war.

Gewiß bediente man sich bei den Bemühungen, die Bestrafung der männlichen Homosexualität zu beseitigen, auch des Arguments, eine nur gegen die männliche Homosexualität gerichtete Strafbestimmung sei gerade wegen dieser Einseitigkeit ungerecht. Doch wurde aus diesem Argument nicht schlechthin die Forderung nach Gleichbehandlung der Geschlechter abgeleitet, vielmehr wurde auf die ungleiche Behandlung der Geschlechter nur hingewiesen, um die Strafbarkeit der Homosexualität überhaupt zu bekämpfen. In der sich über mehr als ein halbes Jahrhundert erstreckenden öffentlichen und wissenschaftlichen allgemeinen Diskussionen um die Gleichberechtigung von Mann und Frau ist, soweit erkennbar, niemals eine Gleichbehandlung der Geschlechter im Sexualstrafrecht gefordert worden.

Auch bei der Schaffung der Abs. 2 und 3 des Art. 3 GG wurde nicht daran gedacht, daß diese Bestimmung in das geltende Sexualstrafrecht zugunsten einer formalen Gleichstellung der Geschlechter eingeleitet werden könne. Allerdings kann der Gesetzesgeschichte für die Auslegung der einzelnen Bestimmungen des GG ausschlaggebende Bedeutung in der Regel nicht zukommen. Doch spiegelt sich in der Tat das natürliche Gefühl für die Verschiedenheit männlicher und weiblicher Homosexualität.

Eine weitere Bestätigung dieser Auffassung ist es schließlich, daß auch der Bundestag es unterlassen hat, in dem 3. StrRändG v. 4. 8. 1953 die §§ 175 f. StGB zu ändern, obwohl dieses Gesetz nicht nur das StGB von überholten, insbes. von natsoz. Bestimmungen säubern, sondern es auch dem nach Ablauf der Übergangsfrist des Art. 117 Abs. 1 GG unbeschränkt in Geltung getretenen Grundsatz der Gleichberechtigung der Geschlechter anpassen sollte. Wenn der Gesetzgeber bei diesem Anlaß auf die §§ 175 f. StGB nicht zurückkam, so offenbar deswegen, weil er an ihrer Vereinbarkeit mit Art. 3 GG nicht ernstlich zweifelte.

Nach alledem ist das Differenzierungsverbot des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG im Rahmen der Strafbestimmungen gegen gleichgeschlechtliche Unzucht nicht anwendbar, weil die Eigenart der Frau als weibliches Geschlechtswesen und die Eigenart des Mannes als männliches Geschlechtswesen den Tatbestand so wesentlich und so entscheidend verschieden prägen, daß das

vergleichbare Element, die anormale Wendung des Triebes auf das eigene Geschlecht, zurücktritt und lesbische Liebe und männliche Homosexualität im Rechtssinne als nicht vergleichbare Tatbestände erscheinen.

B. Kann das Vergleichspaar männliche und weibliche Homosexualität nicht unter Art. 3 Abs. 2, 3 GG subsumiert werden, so entfällt damit auch die Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 1; denn auch Art. 3 Abs. 1 GG setzt den Vergleich im wesentlichen gleicher Tatbestände voraus, woran es, wie dargelegt, hier fehlt.

Das weitere Vorbringen des BeschwerF, die Bestrafung der einfachen männlichen Homosexualität sei willkürlich, weil daran kein öffentliches Interesse bestehe, macht einen unberechtigten Eingriff staatlicher Gewalt in die persönliche Freiheit geltend. Dieser Einwand ist unter dem Gesichtspunkt von Art. 2 GG zu prüfen.

III. Hierzu trägt der BeschwerF vor, die Bestrafung der einfachen Homosexualität (§ 175 StGB) verletze das in Art. 2 Abs. 1 GG jedem gewährleistetete Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit. Dieses Recht umfasse auch die freie geschlechtliche Betätigung des Individuums. Es bedeute eine gewaltsame Einengung der Existenz gleichgeschlechtlich empfindender Menschen - deren Eigenheit in den meisten Fällen angeboren sei -, wenn man ihnen nicht die Möglichkeit gebe, diese Empfindungen in die Tat umzusetzen. Insbes. bestehe keinerlei Bedürfnis und kein öffentliches Interesse daran, die freiwillige Ausübung homosexuellen Verkehrs unter Erwachsenen unter Strafe zu stellen.

I. Zu dem Bereich der in Art. 2 Abs. 1 GG als Grundrecht gewährleisteteten freien Entfaltung der Persönlichkeit gehört auch das Gebiet des Geschlechtlichen. Dieses Grundrecht ist aber durch die verfassungsmäßige Ordnung begrenzt. Hierunter ist, wie das BVerfG in seinem Ur. v. 16. 1. 1957 (1 BvR 253/56, abgedr. u. a. NJW 57, 297 = JZ 57, 161 ff.) dargelegt hat, die allgemeine Rechtsordnung zu verstehen, die aber, um eine verfassungsmäßige Rechtsordnung zu sein, den materiellen und formellen Normen der Verfassung voll entsprechen muß. Von dieser rechtlichen Grundlage aus ist der Vortrag des BeschwerF dahin zu verstehen, daß § 175 StGB gegen Art. 2 Abs. 1 GG verstoße, der - in Verb. mit Art. 1 Abs. 1 GG - den engsten Bereich der menschlichen Freiheit schütze, weil hier durch eine Strafvorschrift das Recht auf Achtung der Intimsphäre des Menschen verletzt werde. Wäre diese Rüge berechtigt, so würde § 175 StGB in der Tat verfassungswidrig sein.

a) Sicherlich gibt es, wie in dem Ur. v. 16. 1. 1957 ausgeführt, einen „letzten, unantastbaren Bereich menschlicher Freiheit...“, der der Einwirkung der gesamten öffentlichen Gewalt entzogen ist, in den einzudringen also dem Gesetzgeber schlechthin verwehrt ist. Dieser Bereich wird aber verlassen, wenn Handlungen des Menschen in den Bereich eines anderen einwirken, ohne daß besondere Umstände, wie etwa familienrechtliche Beziehungen, diese Gemeinschaftlichkeit des Handelns als noch in den engsten Intimbereich fallend erscheinen lassen. Grundsätzlich gibt schon die Berührung mit der Persönlichkeitssphäre eines andern Menschen einer Handlung den Bezug auf das Soziale, der sie dem Recht zugänglich macht. Doch können auch Vorgänge, die sich in „Kommunikation“ mit anderen vollziehen, aus dem Gesichtspunkte der Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG dem Zugriff des Gesetzgebers entzogen sein; die Zulässigkeit eines Eingriffs hängt davon ab, ob der „Sozialbezug“ der Handlung intensiv genug ist. Zu besonderer Zurückhaltung ist der Gesetzgeber verpflichtet, wenn es sich um einen Eingriff durch ein Strafgesetz handelt, also um die schärfste Sanktion, über die die staatliche Gemeinschaft verfügt. Für diese Entsch. des Gesetzgebers kann es nun von großer Bedeutung sein, ob die in Frage stehende Handlung gegen das Sittengesetz verstößt. Denn es liegt auf der Hand, daß bei einer in dem Grenzbezirk zwischen privatem und sozialem Bereich liegenden Handlung das Bedürfnis nach Bestrafung eher bejaht werden wird, wenn feststeht, daß die soziale Gemeinschaft die Handlung eindeutig als im Widerspruch zu dem Sittengesetz stehend betrachtet, das sie allgemein als für sich verbindlich anerkennt. Eine Sanktion der Gemeinschaft wird dann im allgemeinen das Rechtsgefühl nicht verletzen, ja häufig von ihm geradezu gefordert werden. Die Verletzung, ja häufig von ihm geradezu gefordert werden. Die Verletzung erkennt das selbst an, indem sie in Art. 2 Abs. 1 GG das Sittengesetz auch als eine rechtliche Schranke des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit setzt. Für die Gesetzgebung in ihrem Verhältnis zur verfassungsmäßigen Ordnung bedeutet das zweierlei: einerseits darf sie selbst dem Sittengesetz nicht widersprechen - „unsittliche“ Gesetze gehören nie zur verfassungsmäßigen Ordnung! - und andererseits kann das Sittengesetz ihr selbst zum Richtmaß dienen, insofern es einen sonst unzulässigen oder doch in seiner Zulässigkeit zweifelhaften Eingriff des Gesetzgebers in die menschliche Freiheit

legitimieren kann. So wirkt das Sittengesetz, das formal eine selbständige Schranke gegenüber dem einzelnen bei der freien Entfaltung seiner Persönlichkeit bildet, auf die verfassungsmäßige Ordnung ein, soweit diese dem Gesetzgeber beschränkt, wenn er seinerseits in die freie Entfaltung der Persönlichkeit eingreifen will.

b) Gleichgeschlechtliche Betätigung verstößt eindeutig gegen das Sittengesetz. Auch auf dem Gebiet des geschlechtlichen Lebens fordert die Gesellschaft von ihren Mitgliedern die Einhaltung bestimmter Regeln; Verstöße hiergegen werden als unsittlich empfunden und mißbilligt.

Allerdings bestehen Schwierigkeiten, die Geltung eines Sittengesetzes festzustellen. Das persönliche sittliche Gefühl des Richters kann hierfür nicht maßgebend sein; ebensowenig kann die Auffassung einzelner Volksteile ausreichen. Von größerem Gewicht ist, daß die öffentlichen Religionsgesellschaften, insbes. die beiden großen christlichen Konfessionen, aus deren Lehren große Teile des Volkes die Maßstäbe für ihr sittliches Verhalten entnehmen, die gleichgeschlechtliche Unzucht als unsittlich verurteilen. Der BeschwF hält zwar die Verurteilung der Homosexualität durch die Lehren der christlichen Theologie für unbeachtlich: sie sei aus alttestamentlichen Vorschriften der jüdischen Religion übernommen, die nach der Rückkehr aus der babylonischen Gefangenschaft aus bevölkerungspolitischen Erwägungen als zeitbedingte Notmaßnahme entstanden seien. Ob diese Deutung den geschichtlichen Vorgängen gerecht wird, mag dahinstehen.

Nicht darauf kommt es an, auf Grund welcher geschichtlichen Erfahrungen ein sittliches Werturteil sich gebildet hat, sondern nur darauf, ob es allgemein anerkannt wird und als Sittengesetz gilt.

Ein Anhalt dafür, daß die Homosexualität als unsittlich angesehen wird, ergibt sich daraus, daß die Gesetzgebung in Deutschland sich zur Rechtfertigung der Bestrafung der gleichgeschlechtlichen Unzucht stets auf die sittlichen Anschauungen des Volkes berufen hat. [Wird unter Hinweis auf d. Motive z. Entw. eines StGB f. d. Nordd. Bund, die Entwürfe 1919, 1925 und 1927 ausgeführt.]

Diese Umstände rechtfertigen die Feststellung, daß auch heute noch das sittliche Empfinden die Homosexualität verurteilt. Einzelne gegenteilige Äußerungen, vorwiegend aus interessierten Kreisen, kommen demgegenüber nicht in Betracht, jedenfalls haben sie eine Änderung des allgemeinen sittlichen Urteils nicht durchsetzen können.

Hiergegen wendet der BeschwF ein: Ein Sittengesetz könne nur anerkannt werden, wenn es dem abendländischen Kulturkreis gemeinsam sei; die Verurteilung der einfachen Homosexualität sei dies aber nicht mehr, nachdem in einer Reihe von Staaten des westeuropäischen Kulturkreises ihre Strafbarkeit beseitigt worden sei. - Dem BeschwF kann zugegeben werden, daß eine Änderung der sittlichen Anschauungen möglich ist: so könnten neue Forschungsergebnisse der medizinischen Wissenschaft dazu führen, die Homosexualität als unausweichliche körperlich-seelische Abartigkeit zu verstehen, der gegenüber eine sittliche Verurteilung ihren Sinn verlieren würde. Die Tatsache allein, daß eine Reihe von Staaten auf eine Strafverfolgung verzichtet haben, rechtfertigt noch nicht die Annahme einer Änderung des sittlichen Urteils in diesen Staaten, denn eine solche Gesetzesänderung kann ebensogut aus einer veränderten Auffassung von der Zweckmäßigkeit der Bestrafung der Homosexualität entspringen sein. Keinesfalls kann die Beseitigung der Strafbarkeit in einigen Staaten zu der Annahme führen, daß auch in Deutschland die Homosexualität nicht mehr sittlich mißbilligt werde.

Wenn unter diesen Umständen - eindeutiger Sittenverstoß, Herkömmlichkeit der Bestrafung im deutschen Rechtsgebiet - der Gesetzgeber sich nicht dazu entschließen konnte, die Strafbestimmung des § 175 n. F. StGB zu beseitigen oder enger zu fassen, so kann das BVerfG dieser Entscheidung nicht entgegenreten. Das gilt gerade auch hinsichtlich der von dem BeschwF besonders bekämpften Bestrafung gleichgeschlechtlicher Beziehungen zwischen erwachsenen Männern. Für die Bestrafung solcher Beziehungen läßt sich immerhin anführen, daß das Bedürfnis nach einem Schutz gegen homosexuelle Verführung nicht schlechthin mit der Altersgrenze von 21 Jahren endet und daß eine stärkere Verbreitung der Homosexualität unter Erwachsenen, die eine wahrscheinliche Folge ihrer Straflosigkeit sein würde, die Gefahr auch für die Jugend erhöhen müßte; namentlich könnte die Straflosigkeit der Beziehungen zwischen erwachsenen Männern auch zu einer weniger strengen Beurteilung solcher Beziehungen zwischen Erwachsenen und Jugendlichen führen. Daher kann, auch soweit es sich um die Beziehungen zwischen erwachsenen Männern handelt, nicht festgestellt werden, daß jedes öffentliche Interesse an einer Aufrechterhaltung der Strafbestimmung fehle, der Gesetzgeber also die ihm gezogenen Grenzen überschritten habe.

2. Eine Überschreitung der dem Gesetzgeber durch Art. 2 Abs. 1 GG gezogenen Grenzen eblickt der BeschwF vor allem auch in der Einbeziehung unzüchtiger Handlungen jeglicher Art, insbes. der gegenseitigen Onanie, in die Strafbarkeit durch die Neufassung des § 175

StGB. Diese Ausdehnung des einfachen Tatbestandes hat er vorzugsweise im Auge, wenn er die Bestimmung ihres natsoz. Inhalts wegen bekämpft.

Es ist nicht Sache des BVerfG, darüber zu entscheiden, ob der Wortlaut der Neufassung, die von der früheren Fassung sich sprachlich nur wenig unterscheidet, zu der weiten Auslegung des Straftatbestandes zwingt, die ihm das RG und diesem folgend die höheren Gerichte im Gebiet der Bundesrepublik, insbes. der BGH, gegeben haben. Auch wenn man diese Auslegung zugrunde legt, ergeben sich entscheidende verfassungsrechtliche Bedenken gegen diese Strafbestimmung nicht.

Die Homosexualität bietet die Besonderheit, daß für eine Abgrenzung schwerer Fälle von Fällen untergeordneter Bedeutung eindeutige äußere Merkmale sich nicht darbieten. Wenn die preuß. Gesetzgebung und Rspr. seit dem Ausgang des 18. Jh. die Strafbarkeit auf beischlafähnliche Handlungen, also auf besonders derbe Begehungsformen, beschränkt und onanistische Handlungen ausgenommen haben, so ist diese Abgrenzung nicht überzeugend. Die Rspr. des RG bis 1935 vermochte die Abgrenzungsschwierigkeiten ebenfalls nicht zu lösen, da auch ihr eine klare Umgrenzung des Begriffs der beischlafähnlichen Handlungen nicht gelang. In der Rechtslehre wurde dieser Mangel einer klaren Bestimmung des Tatbestandes vielfach gerügt, zumal die von der Rspr. entwickelte Beschränkung zu erheblichen Beweisschwierigkeiten führte. Die Reformentwürfe haben daraus die Folgerung gezogen, für die qualifizierten Fälle von der Beschränkung auf beischlafähnliche Handlungen abzusehen und jedes „Unzuchttreiben“ oder „zur Unzucht mißbrauchen lassen“, also alle Begehungsformen, unter Strafe zu stellen. Unter diesen Umständen kann es nicht als ein Verstoß gegen rechtsstaatliche Grundsätze bezeichnet werden, wenn das Gesetz v. 28. 6. 1935 die Abgrenzung auf beischlafähnliche Handlungen auch für die einfache Homosexualität aufgab, zumal, wie das Beispiel des BeschwF zeigt, die verschiedenen Begehungsformen sich vermischen können und für das sittliche Empfinden zwischen ihnen kaum ein Unterschied besteht.

§ 175 StGB bleibt also noch im Bereich der verfassungsmäßigen Ordnung und begrenzt daher das Recht zur freien Entfaltung der Persönlichkeit.

3. Zu § 175 a StGB hat der BeschwF darauf hingewiesen, daß zwar nicht die Pönalisierung der einzelnen Tatbestände, jedoch der dem Strafrichter zur Verfügung gestellte Strafrahmen natsoz. Gepräge trage, indem er übermäßig schwere Strafen androhe.

Aus den allgemeinen Prinzipien des GG, insbes. dem Rechtsstaatsprinzip, folgt für das Strafrecht, daß die angedrohte Strafe in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zu dem Verschulden des Täters stehen muß (so zutreffend auch BayVerfGH, Urt. v. 28. 7. 1950, VerwRspr. 51, 145 [150]); sie darf nach Art und Maß der unter Strafe gestellten Handlung nicht schlechthin unangemessen oder gar grausam sein (BVerfGE 1, 332 [348] = NJW 52, 1429). Ein hiergegen verstoßendes Strafgesetz könnte nicht Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung sein.

Der Einwand des BeschwF ist aber nicht begründet. Gegenüber den Entwürfen zu einem Allgem. Dt. StGB ist der Strafrahmen des § 175 a StGB in doppelter Richtung erweitert: einerseits bedeutet die Einführung von Zuchthaus als Regelstrafe ebenso wie die Bemessung der Höchststrafe auf 10 Jahre Zuchthaus eine Verschärfung; andererseits ist die bei mildernden Umständen zulässige Mindeststrafe, für die in den Entwürfen 6 Monate Gefängnis vorgesehen waren, auf 3 Monate Gefängnis herabgesetzt worden. Dieser Strafrahmen ist so weit, daß er den Richter nicht zur Verhängung übermäßig hoher oder unangemessener Strafen zwingt, sondern ihm die Möglichkeit bietet, bei der Strafzumessung im Einzelfall eine angemessene Strafe auszusprechen. Damit genügt dieser Strafrahmen rechtsstaatlichen Grundsätzen. Daß im vorl. Fall bei der Strafzumessung diesen Grundsätzen nicht Rechnung getragen worden sei, ist nicht geltend gemacht, auch nicht erkennbar.

IV. Der BeschwF hatte sich anfänglich noch darauf berufen, daß die §§ 175 f. StGB mit allgemeinen Regeln des Völkerrechts unvereinbar seien und daher gegen Art. 25 GG verstießen; solche allgemeinen Regeln des Völkerrechts hat er in den Bestimmungen der am 4. 11. 1950 in Rom unterzeichneten Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten sehen wollen. Demgegenüber hat das BVerfG bereits früher (BVerfGE 4, 110 [111f.]) darauf hingewiesen, daß Art. 25 GG weder Grundrechte noch diesen nach § 90 Abs. 1 BVerfGG gleichgestellte Rechte enthält, eine Verfassungsbeschwerde daher auf eine Verletzung von Art. 25 GG nicht gestützt werden kann. Im Hinblick hierauf hat der BeschwF diesen Einwand in der mündlichen Verhandlung fallen lassen. Die Frage, ob die §§ 175 f. StGB mit den Vorschriften dieser Konvention vereinbar sind, muß jedoch unabhängig von einer Rüge des BeschwF von Amts wegen geprüft werden, denn die genannte Konvention ist nach Ratifikation auf Grund Gesetzes v. 7. 8. 1952 (BGBl. II 685, 953) am 3. 9. 1953 für die Bundesrepublik in Kraft getreten (Bek. v. 15. 12. 1953 [BGBl.

1954 II 14)], und der BeschwF R. ist erst am 14. 10. 1933, also nach Inkrafttreten dieser Konvention, verurteilt worden. Wären die §§ 175f. StGB durch die Bestimmungen der Menschenrechtskonvention außer Kraft gesetzt worden, so wäre der BeschwF auf Grund eines nicht mehr geltenden Strafgesetzes verurteilt worden und seine Verfassungsbeschwerde müßte dann Erfolg haben.

Im vorl. Fall bedarf es keiner Entscheidung darüber, welche allgemein-rechtliche Bedeutung der Menschenrechtskonvention im deutschen Rechtssystem zukommt. Denn keinesfalls wird die Geltung der §§ 175, 175a StGB von ihr berührt.²⁾

a) In Betracht kommen könnte Art. 8 Abs. 1 der Konvention: „Jedermann hat Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, seiner Wohnung und seines Briefverkehrs.“ In dieses Recht darf aber nach Abs. 2 dieses Artikels eingegriffen werden, sofern der Eingriff gesetzlich vorgesehen ist und eine Maßnahme darstellt, die „in einer demokratischen Gesellschaft . . . zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit und der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist“. Ein Strafgesetz, das den Grundsätzen eines demokratischen Rechtsstaates entspricht, wird durch diesen Vorbehalt jedenfalls gedeckt. Die §§ 175f. StGB werden, wie dargelegt, diesen Anforderungen gerecht.

b) Ebensovienig kommt Art. 2 Abs. 1 der Konvention in Frage, auf den der BeschwF hingewiesen hatte:

„(1) Das Recht jedes Menschen auf das Leben wird gesetzlich geschützt.“

Wie sich aus dem zweiten Satz dieses Abs. und aus dem folgenden Abs. des Art. 2 ergibt, wo die Fälle im einzelnen aufgezählt werden, in denen eine „absichtliche Tötung“ zulässig ist, soll diese Bestimmung nur das menschliche Leben als solches schützen; sie entspricht daher etwa dem Grundrecht auf Leben des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG. Eine weitergehende Bedeutung i. S. einer Gewährleistung der Entfaltung der Persönlichkeit kommt ihr nicht zu.

c) Art. 13 und 14 der Konvention, auf die der BeschwF sich weiter berufen hatte, enthalten nur Verfahrensvorschriften; das materielle Recht betreffen sie nicht.

Auch unter diesem Gesichtspunkt ist die Verfassungsbeschwerde des BeschwF R. unbegründet.

C. Der [weitere] BeschwF K. ist nach Schluß der mündlichen Verhandlung am 26. 4. 1956 verstorben.

Darüber, welche Folgen der Tod des BeschwF auf ein anhängiges VerfassungsbeschwVerfahren hat, ist gesetzlich nichts bestimmt. Die Frage läßt sich nur für den einzelnen Fall unter Berücksichtigung der Art des angegriffenen Hoheitsaktes und des Standes des VerfassungsbeschwVerfahrens entscheiden.

Für eine Verfassungsbeschwerde gegen ein finanzielle Ansprüche ehemaliger Angestellter des öffentlichen Dienstes regelndes Gesetz hat das BVerfG angenommen, daß die Erben eines während des Verfahrens verstorbenen BeschwF das Verfahren weiterführen können (BVerfGE 3, 162 [164] = NJW 54, 27). Entspr. könnte die Tatsache, daß § 361 Abs. 2 StPO bestimmte Angehörige eines Verurteilten ermächtigt, die Wiederaufnahme des Verfahrens zu seinen Gunsten zu betreiben, dafür sprechen, diesen Angehörigen auch die Befugnis zuzubilligen, eine gegen ein Strafurt. gerichtete Verfassungsbeschwerde nach dem Tode des BeschwF weiterzuführen. Im vorl. Fall sind Erklärungen von Rechtsnachfolgern oder nahen Angehörigen des BeschwF K., das Verfahren fortführen zu wollen, nicht eingegangen. Unter diesen Umständen liegt es nahe, dem Tode des BeschwF dieselbe Wirkung zuzusprechen wie seinem Tode während des Strafverfahrens selbst, von dem in der Praxis der Gerichte angenommen wird, daß es sich erledigt, wenn der Angekl. vor Rechtskraft des Urts. stirbt. Dieses Ergebnis würde allerdings dann nicht sachgemäß sein, wenn die Verfassungsbeschwerde nach mündlicher Verhandlung entscheidungsfähig wäre und die zu treffende Entscheidung auf Aufhebung des angef. Strafurt. und Zurückweisung der Sache lauten würde: Zwar wäre eine Fortsetzung des Strafverfahrens nicht mehr möglich, der Angekl. könnte also nicht mehr durch einen etwaigen Freispruch rehabilitiert werden, jedoch würde der Makel der rechtskräftigen Verurteilung von ihm genommen. In einem solchen Falle ließe sich daran denken, in entspr. Ansd. in § 249 Abs. 3 ZPO ausgesprochenen Rechtsgedankens wendung Verkündung des Urts. auch nach dem Tode des BeschwF noch vorzunehmen. Im vorliegenden Fall sind diese Voraussetzungen aber nicht gegeben, da - wie aus den Ausführungen zu der Verfassungsbeschwerde R. hervorgeht - die Verfassungsbeschwerde des BeschwF K. keinen Erfolg hätte haben können.

Unter diesen Umständen war lediglich auszusprechen, daß das Verfahren durch den Tod des BeschwF sich erledigt hat.

d. Schriftlfg.: Vgl. auch die Anm. der Schriftlfg. zu den zit. Entsch. des BVerfG in NJW 56, 985 (Nr. 1) u. 57, 297. Zu dem zuletzt angeführten Urts. vgl. auch Hamann in BB 57, 229.

2) Anm. d. Schriftlfg.: Im gleichen Sinne hat die Europäische Kommission für Menschenrechte des Europarats in einer Entscheidung v. 17. 12. 1955 (AklZ Nr. 104/55) entschieden, daß die Strafandrohung der §§ 175, 175a des deutschen StGB offensichtlich nicht gegen die Bestimmungen der Menschenrechtskonvention verstößt, insbesondere nicht gegen das Recht des einzelnen auf Achtung seines Privatlebens (Art. 8 der Konvention).

2. Ordentliche Gerichte

(Die Entscheidungen des BGH werden mitgeteilt von den Rechtsanwälten beim BGH Dres. Conrad, Keil, Krille und Philipp Möhring.)

A. Zivilrecht

a) BGH

2. BGB §§ 683, 904 (Haftung der Eltern für durch spielende Kinder verursachte Verkehrsunfälle)

Wird ein Kraftfahrzeug dadurch beschädigt, daß es der Fahrer vor einem in die Fahrbahn laufenden Kind scharf herumreißt, so kann der Eigentümer des Kraftfahrzeugs jedenfalls dann vom Vater des Kindes unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag keine Erstattung der Reparaturkosten fordern, wenn der Entlastungsbeweis des § 7 Abs. 2 StVG nicht geführt ist.

BGH, Urts. v. 19. 3. 1957 - VI ZR 29/56 (Hamburg)

Aus den Gründen: Der Fall gibt keinen Anlaß, auf die unstrittene Rechtsfrage näher einzugehen, wann bei Verkehrsunfällen aus dem Gesichtspunkt der Selbstaufopferung in kritischer Lage Ersatzansprüche gegen denjenigen gestellt werden können, zu dessen Gunsten die Rettungshandlung erfolgt (vgl. Brüggemann, Schadensausgleich bei Selbstaufopferung in kritischer Gefahrenlage, DAR 54, 151). Auch wenn man das Bestehen solcher Ansprüche unter unmittelbarer oder entsprechender Anwendung der Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag oder des § 904 BGB grundsätzlich bejaht, so ist doch immer Voraussetzung, daß von Seiten des Kfz.-Halters die gesetzliche Vermutung ausgeräumt ist, daß von seinem Gefahrenbereich ausgehende und von ihm zu vertretende Umstände für den Unfall ursächlich gewesen sind. Ist der Entlastungsbeweis des § 7 Abs. 2 StVG nicht geführt, so läßt das Gesetz den Kfz.-Halter grundsätzlich für den aus dem Betrieb seines Fahrzeugs entstandenen Schaden einstehen, weil es bis zur völligen Aufklärung die Gefährdung und ihre Folgen seinem Betrieb zurechnet. Wird dem Kfz.-Halter aber vom Gesetz sogar eine Schadensersatzleistung angesonnen, so mutet es ihm erst recht zu, daß er den Eigenschaden zu tragen hat, der oben dadurch entstanden ist, daß der ihm zur Last fallende fremde Schaden vermieden wurde. Durch diese Vermutung ist - natürlich immer vorausgesetzt, daß auf der anderen Seite kein besonderer Haftungsgrund gegeben ist - ein Geschäft besorgt, das vom Gesetz dem Rechtskreis des Kfz.-Halters zugerechnet wird. Keinesfalls geht es an, mit Hilfe der Bestimmungen der Geschäftsführung ohne Auftrag diese vom Gesetz gewollte Risikoverteilung beiseite zu schieben und, wie die Rev. es will, eine den §§ 254 BGB, 17 StVG entsprechende Schadensteilung vorzunehmen, ohne daß die rechtlichen Voraussetzungen dieser Bestimmungen gegeben sind.

Anm. d. Schriftlfg.: Vgl. in diesem Zusammenhang auch den Beitrag von Roth-Stielow in NJW 57, 489.

3.+* BGB §§ 823, 826 (Keine Schadensersatzpflicht des Ehestörers)

Wird eine Ehe wegen ehewidriger Beziehungen eines Ehegatten zu einem Dritten geschieden, so sind Ersatzansprüche auf Grund der §§ 823 ff. BGB wegen des Schadens, der dem anderen Ehegatten durch die Scheidung seiner Ehe entsteht, auch gegen den Dritten nicht gegeben (ebenso schon BGH in NJW 56, 1149 Nr. 2).

BGH, Urts. v. 6. 2. 1957 - IV ZR 263/56 (München)

(Abgedruckt in NJW 57, 670)

4.+* BGB §§ 823, 826 (Keine Schadensersatzansprüche zwischen Ehegatten aus ehewidrigem Verhalten)

Dem Ehemann steht gegen seine Ehefrau ein Anspruch auf Ersatz der Kosten nicht zu, die ihm durch die Anfechtung der Ehelichkeit eines von seiner Ehefrau im Ehebruch erzeugten Kindes entstanden sind.

BGH, Urts. v. 30. 1. 1957 - IV ZR 279/56 (Schleswig)

(Leitsatz in NJW 57, 671)

Zu Nrn. 3 u. 4. Anmerkung: In den beiden bemerkenswerten Entscheidungen hat sich der BGH wiederum mit dem Schadensersatz bei Ehestörungen befaßt. In dem Urteil v. 30. 1. 1957 lehnt er Schadensersatzansprüche gegen den schuldigen Ehegatten, in dem Urteil v. 6. 2. 1957 auch solche gegen