

5 Der Alltag in der Nachkriegsgesellschaft – Sexualität, Gesundheit, Wohnen, Schule, Mobilität

Die höchstrichterliche Rechtsprechung des BGH zeichnet in Teilbereichen letztlich auch ein Bild des Alltags der Nachkriegsgesellschaft, denn viele der zu entscheidenden Einzelfälle vermitteln einen Eindruck davon, welche gesellschaftlichen Themen und Streitigkeiten die Bevölkerung beschäftigten. Des Weiteren ist die gerichtliche Praxis in gewissem Umfang auch ein Spiegel des moralethischen Zeitgeists, denn in den Bereichen Sexualität, Gesundheit, Wohnen und Schule wird deutlich, dass die BGH-Richter mit ihren Entscheidungen die bestehenden Vorstellungen von Sittlichkeit und Moral prägten und dahingehende Unsicherheiten in gesellschaftlichen Grundfragen im Ergebnis anhand der jeweils eigenen Auffassung auflösen wollten. Und auch im Straßenverkehr war es ihr erklärtes Anliegen, das Verhalten der Menschen zu beeinflussen, allerdings weniger unter weltanschaulichen als unter Sicherheitsaspekten.

5.1 Sexualität – „Unsittlichkeit“ vor dem Strafrichter

Ob und in welchem Ausmaß eine Gesellschaft Recht und Moral trennt, zeigt sich insbesondere bei den Sittlichkeitsdelikten, in deren wechselvoller Geschichte immer wieder Phasen starker Moralisierung mit liberaleren abwechselten.¹ Die 1950er Jahre waren in dieser Hinsicht ambivalent: Auf der einen Seite besaß die Nachkriegsgesellschaft eher ein konservativ-bürgerliches Moralverständnis, auf der anderen Seite konstatierte nicht nur der BGH, dass der Krieg „freihere Auffassungen“ nach sich gezogen habe.² Diese einzuhegen hat das Gericht versucht, was sich einerseits im Scheidungsrecht gezeigt hat,³ aber auch bei den Sittlichkeitsdelikten zu beobachten ist.

¹ Die Forderung der Aufklärung nach einer Trennung von Recht und Moral, wie sie vor allem von Kant theoretisch gefordert und von Feuerbach im juristischen Bereich teilweise durchgesetzt worden war, hatte Ende des 18. Jahrhunderts zu einer Reduzierung der Sittlichkeitstatbestände geführt, was sich z. B. in dem von Feuerbach redigierten bayrischen StGB von 1813 zeigte; vgl. Kubiciel, Absonderung, S. 402 f. Die Re-Moralisierung Mitte des 19. Jahrhunderts hatte dann im Kaiserreich zunehmend zu einer gegenläufigen Tendenz im Strafrecht geführt, zum Ganzen s. Roth, Sittlichkeitsdelikte, S. 199 ff.

² Von einer „weitgehenden Demoralisierung“ spricht etwa der 1. Senat (BGH v. 28.2.1961 – 1 StR 467/60, BGHSt 15, 377); vgl. auch BGH v. 27.3.1958 – 4 StR 555/57.

³ Oben Kapitel 3.3.3.

5.1.1 Homosexualität

Die Strafverfolgung homosexueller Handlungen unter Männern, geregelt in § 175 StGB aF,⁴ wurde in der Nachkriegszeit bedenkenlos von der Justiz (und der Politik) akzeptiert,⁵ und verfassungsrechtliche Zweifel wurden, wenn sie überhaupt existierten, verdrängt. Auch das Bundesverfassungsgericht hat die Norm für verfassungskonform erklärt.⁶ Der BGH argumentierte, wie so oft bei dieser Frage, formal: Die Alliierten hätten die Norm nicht aufgehoben, also sei sie weiterhin gültig.⁷

Die Tatsache, dass der nationalsozialistische Gesetzgeber im Jahre 1935 die Norm geändert⁸ und den Anwendungsbereich erweitert hatte, warf gleichwohl die Frage auf, wie der Begriff der „Unzucht“ konkret zu verstehen ist. Es hätte sich jedenfalls die Möglichkeit einer einschränkenden Anwendung aufgedrängt, denn schon unmittelbar nach dem Zweiten Weltkrieg, also noch vor der Gründung des BGH, hatte es Vorschläge gegeben, die Vorschrift restriktiv auszulegen. Die Oberlandesgerichte Hamburg und Tübingen etwa vertraten die Auffassung, dass eine Unzucht zumindest eine gewisse Intensität erfordere, also Kontakte zwischen den beiden Personen, die enger und zeitlich länger andauernd sein müssten als bloß kurze Berührungen.⁹ Auch die Revisionsbegründung einer Frankenthaler Rechtsanwältin vor dem BGH ging in diese Richtung; die Vorschrift sei nur auf intensivere Handlungen anzuwenden,¹⁰ und in der rechtswissenschaftlichen Literatur wurde sogar ein noch weitergehender Vorschlag gemacht, die Norm auf beischlafähnliche Handlungen zu beschränken.¹¹ Diese Auffassung konnte sich auch auf die frühe Rechtsprechung des Reichsgerichts (vor 1935) berufen, die noch einen relativ engen Anwendungsbereich angenommen hatte.¹²

Die BGH-Strafsenate haben solche Überlegungen allerdings abgelehnt und vielmehr an die späte Rechtsprechung angeknüpft, die das Reichsgericht im Nationalsozialismus entwickelt hatte, wonach der Begriff weit zu fassen ist und auch geschlechtliche Handlungen einbezogen sind, die keinen beischlafähnlichen Charakter haben.¹³ Diese Auslegung hat der 1. Strafsenat des BGH schon im Jahr 1951 übernommen.¹⁴ Un-

4 Die gleichgeschlechtliche Liebe unter Frauen war nicht mit Strafe bedroht.

5 Auch die wissenschaftliche Literatur äußerte keine Zweifel an der Weitergeltung. Einzig das Landgericht Hamburg hatte starke Bedenken gegenüber der Vorschrift geäußert (LG Hamburg v. 22.6.1951 (NJW (1951), S. 853 f.)).

6 BVerfG v. 10.5.1957 – 1 BvR 550/52 (NJW (1957), S. 865).

7 BGH v. 13.3.1951 – 1 StR 1/51 (BGHSt 1, 80 ff.). Das wurde auch in der Literatur so gesehen (Leipziger Kommentar-Mezger, 1958, § 175 Anm. 1; Lange, Anmerkung, in: JZ (1951), S. 562, 563).

8 Gesetz vom 28.6.1935 (RGBl I, 1935, 839).

9 OLG Hamburg, in: SJZ (1947), S. 553; OLG Tübingen, in: MDR (1949), S. 186.

10 Revisionsbegründung v. 9.12.1950 (BA, B 283/84404, Bl. 9).

11 Kohlrausch/Lange § 179 III; Labin, Anmerkung, in: MDR (1948), S. 60 ff. mit rechtshistorischen Argumenten.

12 RGSt 1, 395; RGSt 19, 416; RGSt 64, 108.

13 RGSt 70, 224; RGSt 73, 78.

14 BGH v. 13.3.1951 – 1 StR 1/51 (BGHSt 1, 80, 81).

zucht sei nunmehr gleichzusetzen mit unzüchtigen Handlungen, so dass ein Mann auch verurteilt werden konnte, weil er und ein anderer sich kurz und oberhalb der Kleidung unzüchtig berührt hatten.¹⁵ Der Senat knüpfte insoweit nahtlos an die Rechtsprechung der zweiten Hälfte der 1930er Jahre an¹⁶ und übernahm die damalige Definition.¹⁷ Die Änderung des Jahres 1935 habe nicht der Verwirklichung nationalsozialistischer Ziele oder Gedanken gedient.¹⁸ Ob dies auch für die Reichsgerichts-Rechtsprechung mit ihrer Tatbestandserweiterung galt oder ob an dieser Stelle nicht doch mittelbar ideologisches Gedankengut eingeflossen ist, bleibt offen. Dem 1. Senat folgend, vertrat auch der 4. Senat – nur einen Monat später – diese Auslegung und ging sogar noch ein wenig weiter: Der gesetzlich verwendete Begriff „Unzucht treiben“ enthalte das Merkmal einer gegenseitigen körperlichen Berührung gerade nicht.¹⁹ Dieser Linie treubleibend, sah schließlich der 2. Senat 1953 auch die gleichzeitige Onanie als strafbar an²⁰ und verurteilte im gleichen Jahr dann auch einen Mann, der lediglich Zuschauer von unzüchtigen Handlungen zweier anderer Männer gewesen war.²¹ Der Zweck der Strafnorm wurde hierbei nicht in dem Schutz konkreter Rechtsgüter gesehen, sondern darin, „die geistige Gesundheit des Volkes [...] zu erhalten und vor Abirungen zu bewahren.“²²

Letztlich hat eine kasuistische Rechtsprechung mit einem weiten Anwendungsreich alle möglichen Formen des „Unzucht-Treibens“ erfasst, und auch die Versuchsstrafbarkeit wurde bei diesem Delikt weit ins Vorfeld verlagert. Das Landgericht Frankfurt am Main hatte einen über 60-jährigen Mann verurteilt, weil er zu jungen Männern brieflich Kontakt aufgenommen und sich mit einem von ihnen in einem Café getroffen hatte. Da er nach Überzeugung des Gerichts beabsichtigt hatte, mit den Betroffenen sexuell zu verkehren (wozu es nicht gekommen ist), sei bereits mit dem

¹⁵ BGH v. 13.3.1951 – 1 StR 1/51 (BGHSt 1, 80).

¹⁶ Zitiert wurde RGSt 70, 224.

¹⁷ BGH v. 13.3.1951 – 1 StR 1/51 (BGHSt 1, 82); BGH v. 13.7.1951 – 2 StR 275/51 (BGHSt 1, 293); BGH v. 6.5.1952 – 1 StR 768/51 (*N/W* (1952), S. 796); BGH v. 22.9.1953 – 2 StR 160/53 (BGHSt 4, 323); BGH v. 13.11.1953 – 2 StR 456/53 (BGHSt 5, 88); BGH v. 11.2.1955 – 2 StR 404/54 (BGHSt 7, 231); BGH v. 14.6.1955 – 1 StR 450/54 (BGHSt 8, 1, 3); BGH v. 13.3.1956 – 2 StR 13/56 (BGHSt 9, 111, 113).

¹⁸ RGSt 70, 224; RGSt 73, 78; BGH v. 13.3.1951 – 1 StR 1/51 (BGHSt 1, 80, 82).

¹⁹ BGH v. 12.4.1951 – 4 StR 131/50 (BGHSt 1, 107, 109). Auch bei der Verführung (§ 236 StGB aF) wurde der Begriff der Unzucht nicht auf den Beischlaf beschränkt (BGH v. 24.7.1958 – 1 StR 256/58 (BGHSt 12, 28)).

²⁰ BGH v. 22.9.1953 – 2 StR 160/53 (BGHSt 4, 323) (gleichzeitige Selbstbefriedigung).

²¹ BGH v. 13.11.1953 – 2 StR 456/53 (BGHSt 5, 88): bestraft wurde der sogenannte „Triolist“; ähnlich: BGH v. 14.6.1955 – 1 StR 450/54 (BGHSt 8, 1). Eine Einschränkung nahm der 2. Senat in einer Entscheidung vom 11.2.1955 vor, in der er ein „Unzucht-Treiben“ verneinte, wenn keine gedankliche Verbindung zwischen den beiden „Beteiligten“ bestehe, da der Körper des anderen in irgendeiner Form in Mitteleidenschaft gezogen werden müsse, was bei einer – vorgespülten – ärztlichen Untersuchung nicht der Fall sei (BGH v. 11.2.1955 – 2 StR 404/54 (BGHSt 7, 231)).

²² BGH v. 11.2.1955 – 2 StR 404/54 (BGHSt 7, 231, 233).

Besuch der Gaststätte ein Versuch des Delikts zu bejahen.²³ Der 2. BGH-Senat hat diese weite Auslegung des Versuchsbegriffs gebilligt²⁴ und damit den starken Hang zur Kriminalisierung durch die unteren Instanzen gefördert. Das wird auch durch die Zahlen bestätigt: Zu beobachten ist ein deutlicher Anstieg der Zahl der nach § 175 StGB aF rechtskräftig Verurteilten in der Bundesrepublik von 1.920 Verurteilten im Jahre 1950 auf über 3500 im Jahr 1959.²⁵

Wenig erstaunlich war es nach dem Gesagten, dass der 4. Senat in Anlehnung an die Rechtsprechung des Reichsgerichts²⁶ auch den Begriff des „Verführers zur Unzucht“ (gemäß § 175 a Nr. 3 StGB aF) nicht eng verstanden hat.²⁷ Die zweite Alternative des Tatbestandes (Verführung eines Minderjährigen, sich zur Unzucht missbrauchen zu lassen) wurde weit ausgelegt: Zur Unzucht missbrauchen ließ sich

wer die Handlungen eines Mannes von einer gewissen Stärke und Dauer, die das allgemeine Scham- und Sittlichkeitsgefühl verletzen, bei sich duldet und hierbei die eigene oder die fremde Sinneslust erregen oder befriedigen will.²⁸

Wer die Labilität eines jungen, noch leicht beeinflussbaren Mannes für sexuelle Handlungen ausnutze, falle unter diese Vorschrift,²⁹ unabhängig davon, ob der Minderjährige einwilligte.³⁰

Aufschlussreich ist schließlich, wie der BGH auf die Schuldfrage geblickt hat. Das Gericht sah Homosexualität als eine das Triebleben betreffende emotionale Störung an, die aber nicht „allein um ihrer Abartigkeit willen“ die Bedeutung einer krankhaften Störung der Geistestätigkeit im Sinne einer Schuldunfähigkeit (§ 51 StGB aF) habe. Vielmehr hatte ein Sachverständiger festzustellen, ob beim Täter eine „naturwidrige gleichgeschlechtliche Triebhaftigkeit“ von solcher Stärke gegeben sei, dass ihm ein „Widerstehen auch unter Aufbietung aller ihm eigenen Willenskräfte unmöglich“,“³¹

²³ LG Frankfurt v. 12.1.1959 – 43 Kls 32/58 (HStA, Abt. 461/36281).

²⁴ 2 StR 111/59 – HStA, Abt. 461/36281, Bl. 182. Mit Entscheidung v. 17.4.1959 hat er die Revision des Angeklagten zurückgewiesen. Den Vorsitz führte Richard Busch (zu ihm Abschnitt 4).

²⁵ Zahlen bis 1956 wurden genannt von Schafheutle in einer Sitzung der Strafrechtskommission (Sitzung der Großen Strafrechtskommission am 18.6.1959, Bd. 13, S. 549). Allerdings ist der Anstieg wohl nicht allein auf die BGH-Rechtsprechung zurückzuführen.

²⁶ RG GA 48, S. 451; RG JW 1939, 541.

²⁷ Schäfer nennt die Auslegung sogar „uferlos“, s. Schäfer, Der Prozess, S. 96; siehe: BGH v. 10.11.1961 – 4 StR 70/61 (BGHSt 17, 63).

²⁸ BGH v. 26.7.1951 – 2 StR 358/51; BGH v. 7.12.1951 – 2 StR 517/51 (BGHSt 2, 40 = NJW (1952), S. 354); im konkreten Fall waren diese Voraussetzungen nicht nachgewiesen.

²⁹ BGH v. 10.11.1961 – 4 StR 70/61 (BGHSt 17, 63).

³⁰ BGH v. 25.3.1955 – 5 StR 617/54 (BGHSt 7, 312); eine Verführung nach § 175 a Nr. 3 StGB wurde allerdings abgelehnt, wenn das Opfer nicht gefügig gemacht wurde, sondern aus Angst die Tat duldete (BGH v. 10.11.1961 – 4 StR 70/61 (BGHSt 17, 63)).

³¹ BGH v. 8.12.1953 – StR 564/53; BGH v. 18.1.1955 – 2 StR 365/54; BGH v. 27.6.1955 – 1 StR 69/55; BGH v. 28.2.1956 – 1 StR 529/55; BGH v. 27.11.1959 – 4 StR 394/59 (BGHSt 14, 30).

beziehungsweise dass „sein Hemmungsvermögen erheblich herabgesetzt“ war.³² Anderenfalls liege lediglich ein „Charaktermangel“ vor, so dass eine Schuldfähigkeit bejaht wurde.³³ In vielen Verfahren forderte daher der BGH, einen Gutachter einzuschalten, um die Frage der Schuldfähigkeit klären zu lassen.³⁴

Die weite Auslegung durch die BGH-Senate hat nicht nur in quantitativer Hinsicht die Zahlen beeinflusst, sondern aufgrund ihrer Konturlosigkeit auch zu einer uneinheitlichen Rechtsprechung der unteren Instanzen geführt, was sogar das Mitglied des 2. Strafsenats Paulheinz Baldus konzedierte.³⁵ Sie musste sich aber vor allem den Vorwurf gefallen lassen, dass sie mit einer Verschiebung weg vom Körperlichen hin zum Gleichzeitigen³⁶ eine bedenkliche Ausweitung der Norm vorgenommen hatte. Die Linie des BGH knüpfte letztlich an die nationalsozialistische Rechtsprechung des Reichsgerichts und nicht an die der 1920er Jahre an, so dass es zumindest nicht auszuschließen ist, dass damit, ob gewollt oder nicht, auch die NS-Ideologie in gewissem Umfang „weiterlebte“. Schließlich haben die Senate einen wesentlichen Aspekt ausgeblendet, nämlich ob die Übernahme der extensiven Auslegung des Reichsgerichts zur nationalsozialistischen Zeit mit dem nunmehr neuen Grundgesetz weiterhin zu vereinbaren war.³⁷ Auch wenn möglicherweise das rigorose Vorgehen des BGH von weiten Teilen der Bevölkerung geteilt wurde, ist darauf hinzuweisen, dass es durchaus gegenteilige Bewegungen gab, die für die Abschaffung der Strafbarkeit der Homosexualität votierten, nicht nur im Ausland, sondern auch in den maßgeblichen medizinischen Fachgesellschaften. Der 39. Deutsche Juristentag hatte sich schließlich ebenfalls für die Streichung ausgesprochen.³⁸ Ebenso hatte ein nennenswerter Teil der Mitglieder der Großen Strafrechtskommission im Jahr 1958 votiert, während der erwähnte Paulheinz Baldus, Mitglied des 2. Strafsenats des BGH, in dieser Kommission für eine Beibehaltung des Grundtatbestandes plädierte und mit dem „Dammbruchargument“ gegen eine Abschaffung des Straftatbestandes der Homosexualität fast schon peinlich dramatisierte:

Die Homosexuellen sind nicht zurückhaltend, sondern aufdringlich vorlaut, wenn sie glauben, sich das leisten zu können. Sie betonen gelegentlich sogar, dass ihre Art der geschlechtlichen Betätigung die ethisch höher stehende sei. [...] Der nächste Schritt wird sein, dass diese Leute mit

³² BGH v. 8.2.1955 – 1 StR 475/54 (*MDR* (1955), S. 368).

³³ BGH v. 18.1.1955 – 2 StR 365/54; BGH v. 8.2.1955 – 1 StR 475/54 (*MDR* (1955), S. 368); BGH v. 27.4.1956 – 1 StR 72/56; BGH v. 2.12.1956 – 1 StR 482/55; BGH v. 27.11.1959 – 4 StR 394/59 (BGHSt 14, 30).

³⁴ BGH v. 19.6.1957 – 4 StR 235/57 (*GA* (1957), S. 409). In BGH v. 8.2.1955 – 1 StR 475/54 (*MDR* (1955), S. 368) forderte der erste Senat ein zweites Gutachten.

³⁵ Senatspräsident Baldus räumte ein sehr unterschiedliches Strafmaß ein, glaubte aber nicht, dass die gefundenen Ergebnisse ungerecht seien (Sitzung der Großen Strafrechtskommission am 18.6.1959, S. 548).

³⁶ Kohlrausch, § 179 III.

³⁷ Denn aus den Grundrechten kann das Gebot einer Verhältnismäßigkeit des Strafens abgeleitet werden.

³⁸ Verhandlungen 39. Deutscher Juristentag 1951.

aller Entschiedenheit und ganz offen für eine Herabsetzung dieser Grenze kämpfen, und zwar werden sie sagen, dass es ihnen in erster Linie auf die Jugendlichen ankommt! Sie werden keine Zurückhaltung üben, sondern sie werden uns über den Kopf wachsen!³⁹

Konsequenterweise setzte er sich bei der Abstimmung für die Weitergeltung der Strafbarkeit ein. Dass dies jedoch nicht die Haltung aller BGH-Richter war, beweist das Abstimmungsverhalten von Else Koffka, die ebenfalls in dieser Kommission mitwirkte und hierbei gegen die Beibehaltung (des Grundtatbestandes) votierte.⁴⁰ Und auch Dietrich Lang-Hinrichsen – in der NS-Zeit rassistisch verfolgt und nach Brasilien geflüchtet – hat sich in seinen wissenschaftlichen Publikationen für eine Abschaffung des Grundtatbestandes des § 175 StGB aF ausgesprochen.⁴¹ Lang-Hinrichsen hat insbesondere den auch von seinem BGH-Kollegen Baldus erhobenen Vorwurf, die Homosexuellen neigten zur Cliquenbildung und würden den Staatsdienst unterlaufen und gefährden,⁴² unter Hinweis auf sozialwissenschaftliche Forschungen zurückgewiesen.⁴³

Gerade die Tatsache, dass intensiv über die Abschaffung des Tatbestandes diskutiert wurde, hätte den BGH-Richtern zu denken geben müssen, ob ihre sehr weite Auslegung nicht doch einer Korrektur bedurft hätte. Der Gedanke, dass in die Freiheit nur im notwendigen Umfang eingegriffen werden soll und das Strafrecht sich auf die Sanktionierung von Verstößen gegen elementare Werte beschränken soll, wurde durch die Strafsenate des BGH jedenfalls in ihrer Rechtsprechung nicht verfolgt, auch wenn Dietrich Lang-Hinrichsen genau in diese Richtung argumentiert hat.⁴⁴

5.1.2 Weitere Fälle von „Unzucht“

Im Gegensatz zu der geschilderten „Unzucht unter Männern“ wurde das Merkmal des „Unzuchtreibens“ beim Tatbestand der Unzucht mit Tieren (gemäß § 175 b StGB aF) restriktiv angewandt: Nur eine dem Beischlaf ähnliche Handlung sei strafbar;⁴⁵ womit der BGH insoweit zur Reichsgerichts-Rechtsprechung vor 1935 zurückkehrte.⁴⁶ Als

³⁹ Baldus in: Sitzung der Großen Strafrechtskommission am 18.6.1959, S. 539 f. Bereits Hanack hat darauf verwiesen, dass die Formulierungen in der Kommission, aber auch in der Rechtsprechung erhebliche Vorurteile erkennen lassen, s. Hanack, Die Straftaten, in: ZStW (1965), S. 416 ff.

⁴⁰ Abstimmungsergebnis in der Großen Strafrechtskommission am 18.6.1959 (Sitzung der Großen Strafrechtskommission am 18.6.1959, S. 552).

⁴¹ Lang-Hinrichsen, Zur Frage, S. 144.

⁴² Die Hauptgefahr der Homosexualität sei, so Baldus, „die Gefahr der Cliquenbildung im staatlichen Leben. Diese Gefahr halte ich für wesentlich größer, als sie hier dargestellt wird. Nur durch eine Strafbarkeit können derartige Bestrebungen im öffentlichen Dienst auf die Dauer niedergehalten werden“ s. Baldus, in: Sitzung der Großen Strafrechtskommission am 28.4.1958, S. 234.

⁴³ Lang-Hinrichsen, Zur Frage, S. 137.

⁴⁴ Lang-Hinrichsen, Zur Frage, S. 106 ff.

⁴⁵ BGH v. 1.4.1952 – 2 StR 754/51 (BGHSt 2, 269 = NJW (1952), S. 673).

⁴⁶ Baldus in: Sitzung der Großen Strafrechtskommission am 28.4.1958, S. 238.

Grund für die Strafbarkeit der Sodomie galt der Schutz des Einzelnen gegen die Verletzung der eigenen Menschenwürde, was den paternalistischen Zug des damaligen Sittenstrafrechts unterstreicht. Senatspräsident Paulheinz Baldus verteidigte die Beibehaltung auch dieser Strafvorschrift: „Ich glaube wir können uns über das Empfinden der ländlichen Bevölkerung nicht einfach hinwegsetzen“.⁴⁷

Sex mit Abhängigen

Die Rechtsprechung zum Tatbestand der Unzucht mit Kindern (§ 176 Abs. 1 Nr. 3 StGB aF) ist ein weiteres Beispiel dafür, dass es dem BGH in der Nachkriegszeit im Bereich des Sexualstrafrechtes in erster Linie auf die Wahrung der „allgemeinen Sittlichkeit“ ankam, während der (körperliche) Schutz der betroffenen Opfer weniger im Vordergrund stand. Insoweit kam die sprachliche Weite der Norm diesem Anliegen entgegen. Das Reichsgericht hatte diesen Straftatbestand zunächst nur angewandt, wenn ein körperlicher Bezug zwischen Täter und Opfer bestand,⁴⁸ diese Voraussetzung später aber aufgegeben.⁴⁹ An diese späte Reichsgerichts-Rechtsprechung knüpfte dann auch der BGH an und griff dabei auf die oben geschilderte weite Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Unzucht treiben“ (zu § 175 StGB aF) zurück. Zur Verwirklichung auch des Straftatbestandes der Unzucht mit Kindern war hiernach ein körperlicher Kontakt mit dem kindlichen Opfer gerade nicht erforderlich.⁵⁰ Maßgebend für eine Strafbarkeit waren vielmehr die „Unsittlichkeit“ der Verhaltensweisen beziehungsweise die „unsittlichen Absichten“ des Täters, die der BGH auch bei einer lediglich „geistigen Verbindung zu dem Körper des Kindes“ bejahte.⁵¹ Der Täter sei auch dann strafbar, wenn er „geschlechtlich beziehungslose“ kindliche Handlungen aus „wollüstigen Absichten“ heraus provozierte.⁵² Konkret nahm der 2. Senat eine Strafbarkeit nach dieser Vorschrift daher auch an, wenn der Täter aus einer wollüstigen Absicht heraus Mädchen unter 14 Jahren dazu veranlasste, Kopfstände zu machen, um dadurch unzüchtige Blicke auf deren Unterwäsche zu ermöglichen. Der Schutzzweck des § 176 Abs. 1 Nr. 3 StGB aF verlange nicht, dass sich die Kinder der Unzüchtigkeit ihrer – harmlosen – Handlung bewusst sein müssen.⁵³ Diese Auffassung bestätigte der 4. Senat gut ein Jahr später, indem er einen Mann nach dieser Vorschrift verurteilte, der ein 5-jähriges Mädchen dazu bewogte, einen Stock zwischen die Beine zu nehmen und

⁴⁷ Baldus in: Sitzung der Großen Strafrechtskommission am 28.4.1958, S. 238.

⁴⁸ RGSt 49, 178.

⁴⁹ RGSt 73, 78.

⁵⁰ BGH v. 14.3.1952 – 2 StR 625/51 (BGHSt 2, 212).

⁵¹ BGH v. 14.3.1952 – 2 StR 625/51 (BGHSt 2, 212); BGH v. 18.5.1962 – 2 StR 366/61 (BGHSt 17, 280); Dazu auch ausführlich: Brüggemann, Entwicklung, S. 308 ff.

⁵² Dies sei „Unzucht“ im Sinne des § 176 Abs. 1 Nr. 3 StGB aF (BGH v. 14.3.1952 – 2 StR 625/51 (BGHSt 2, 212); BGH v. 18.5.1962 – 2 StR 366/61 (BGHSt 17, 280)).

⁵³ BGH v. 14.3.1952 – 2 StR 625/51 (BGHSt 2, 212).

darauf zu „reiten“.⁵⁴ Schließlich machte sich sogar ein Mann strafbar, der das unsittliche Verhalten der Kinder nicht selbst veranlasst hatte, sondern dem Treiben lediglich zuschaute.⁵⁵ Auch bei diesem Tatbestand zeigte der BGH seine Tendenz, verschiedene Unanständigkeiten mittels extensiver Auslegung in den Normbereich zu ziehen.

Nach dem Gesagten war es wohl folgerichtig, dass die Strafsenate für den Tatbestand des sexuellen Missbrauchs Schutzbefohlener (nach § 174 Nr.1 StGB aF) ebenfalls ein weites Verständnis der Strafnorm vertraten, mit dem erklärten Ziel, Über- und Unterordnungsverhältnisse im Sinne der Strafvorschrift insgesamt von geschlechtlichen Einflüssen freizuhalten.⁵⁶ Denn die Vorschrift sollte – so der 2. Senat unter Bezugnahme auf das Reichsgericht⁵⁷ – von ihrem Schutzzweck her auch die „allgemeine sittliche Sauberkeit“ und damit das Vertrauen der Öffentlichkeit in die betreffenden Institutionen erfassen, womit er sich ausdrücklich für eine an der gesellschaftlichen Sittlichkeit orientierten Auslegung des Tatbestandes aussprach.⁵⁸ Auch der 1. Strafsenat betonte, dass sowohl die „geschlechtliche Ehre“ der abhängigen Person, als auch deren Respekt und Vertrauen gegenüber der Autoritätsperson zu schützen seien.⁵⁹ Aufgrund dieses weiten Verständnisses des Schutzzweckes konnte der BGH letztlich auch in solchen Fällen einen strafbaren „Missbrauch zur Unzucht“ bejahen, in denen die minderjährige und abhängige Person in die „Liebesbeziehung“ einwilligte⁶⁰ oder gar die sexuellen Handlungen selbst initiiert hatte,⁶¹ etwa bei dem Verhältnis eines Anwalts zu einer 17-jährigen Angestellten.⁶² Auch wenn in dem konkreten Fall der Anstoß vom Opfer ausgehe, habe der „Täter“ sich doch auf die gemeinsamen, von ihr vorgeschlagenen Ausflüge eingelassen. Auch eine bereits vor dem Ausbildungsverhältnis bestehende sexuelle Beziehung, die nach Aufnahme des Abhängigkeitsverhältnisses weiter fortgesetzt wurde, war nach § 174 StGB aF strafbar.⁶³ Dem Autoritätseinhaber wurde insoweit

⁵⁴ BGH v. 10.9.1953 – 4 StR 401/53.

⁵⁵ BGH v. 27.7.1965 – 1 StR 280/65 (GA (1966), S. 309).

⁵⁶ BGH v. 14.3.1952 – 2 StR 625/51 (BGHSt 2, 212); BGH v. 11.11.1955 – 1 StR 442/55 (BGHSt 8, 278, 281). Die Norm wurde allerdings nicht angewandt bei rein unzüchtigen Reden; daher wurde ein Kaufmann, der gegenüber seinem Lehrling entsprechende anzügliche Bemerkungen gemacht hatte, freigesprochen (BGH v. 12.5.1961 – 4 StR 94/61 (BGHSt 16, 87)).

⁵⁷ RGSt 76, 149.

⁵⁸ BGH v. 17.4.1951 – 2 StR 91/51 (BGHSt 1, 122 f.).

⁵⁹ BGH v. 11.11.1955 – 1 StR 442/55 (BGHSt 8, 278); BGH v. 24.11.1959 – 5 StR 518/59 (BGHSt 13, 352).

⁶⁰ BGH v. 14.3.1952 – 2 StR 625/51 (BGHSt 2, 212); BGH v. 11.11.1955 – 1 StR 442/55 (BGHSt 8, 278).

⁶¹ BGH v. 17.4.1951 – 2 StR 91/51 (BGHSt 1, 122); Hanack kommentierte diese Entscheidung dahingehend, dass sie vom Missbrauchsgedanken nichts mehr übriggelassen habe, s. Hanack, Die Straftaten, in: ZStW (1965), S. 432). Nur in einigen wenigen Ausnahmefällen verneinte der BGH einen „Missbrauch zur Unzucht“ nach § 174 StGB aF bei geschlechtlichen Beziehungen innerhalb eines Über- und Unterordnungsverhältnisses. Die Kriterien hierfür waren, dass der Anstoß zu den „unzüchtigen Handlungen“ zweifelsfrei von der abhängigen Person ausgegangen sein musste und diese bereits geschlechtlich erfahren war (BGH v. 10.4.1952 – 5 StR 195/52 (NJW (1952), S. 671)).

⁶² BGH v. 11.11.1955 – 1 StR 442/55 (BGHSt 8, 278).

⁶³ BGH v. 30.6.1953 – 1 StR 215/53 (BGHSt 4, 297) in Anschluss an RG, in: GA 61, S. 360.

eine Pflicht zum Widerstand gegen die „geschlechtlichen Versuchungen“ auferlegt, die selbst dann in strafbarer Weise verletzt wurde, wenn die sexuellen Handlungen nicht unter Ausnutzung des Autoritätsverhältnisses zustande gekommen waren.⁶⁴ Dass die betroffene Person „in voller Erkenntnis des Wesens und der Bedeutung der Geschlechtsehe unzüchtigen Handlungen zustimmt“, schließe den Missbrauch nicht aus.⁶⁵ Eine Einschränkung nahm der BGH – in Anschluss an die Rechtsprechung des Reichsgerichts⁶⁶ – vor, wenn die abhängige Person schon annähernd 21 Jahre alt war und sich aus echter Liebe und in der ernsthaften Absicht einer späteren ehelichen Verbindung in vollem Bewusstsein ihrer Verantwortung für die sexuelle Beziehung zu ihrer Autoritätsperson entschieden hatte.⁶⁷

Die zum Teil heftige Kritik an der BGH-Rechtsprechung⁶⁸ wird heute möglicherweise etwas zu relativieren sein, nachdem die Missbrauchserfahrungen der letzten Jahre und die sogenannte *Me-too-Debatte* die Gefahren der Ausnutzung von Abhängigkeitsverhältnissen offengelegt und zu einer dahingehenden Sensibilisierung unserer Gesellschaft gegenüber zu freizügigen Anschauungen beigetragen haben. Gleichwohl bleibt festzuhalten, dass die damalige Auslegung des Rechts durch die BGH-Senate zu einer erheblichen Kriminalisierung von Verhaltensweisen geführt hat, die heute so nicht mehr vorstellbar ist.

Inzest

Um eine sittliche Wertungsfrage im Verhältnis zu anderen Rechtskulturen ging es bei der Auslegung des Inzestverbots. Die Strafbarkeit des Geschlechtsverkehrs von Verschwägerten wegen Inzests (gem. § 173 StGB aF) wurde nur selten praxisrelevant, am ehesten noch, wenn der Täter aus einem anderen Kulturkreis stammte und angab, von der Strafflosigkeit seines Handelns überzeugt gewesen zu sein, weil sein Heimatrecht eine entsprechende Verbotsnorm nicht kannte. Strittig war, ob diese Unkenntnis einen entschuldigenden Verbotsirrtum darstellen kann.⁶⁹ Eine Auffassung meinte, dass die deutschen Moralvorstellungen beim Inzestverbot einen Familienschutz verfolgen, den es so in vielen anderen Ländern nicht gebe.⁷⁰ Daher sei ein entsprechender Irrtum unter Umständen verzeihlich und möglicherweise vom Gericht als unvermeidbarer Irrtum zu berücksichtigen. Der 5. Senat ließ eine solche Verteidigung nicht gelten, denn er sah die Norm nicht nur als Inzestverbot, sondern als einen besonderen

⁶⁴ BGH v. 12.6.1951 – 1 StR 214/51 (NJW (1951), S. 726).

⁶⁵ BGH v. 24.11.1959 – 5 StR 518/59 (BGHSt 13, 352).

⁶⁶ RG in DR 44, 902.

⁶⁷ BGH v. 12.6.1951 – 1 StR 214/51 (NJW (1951), S. 726).

⁶⁸ Brüggemann warf dem BGH nicht nur eine „äußerst extensive“ Auslegung vor, sondern auch, dass er der Norm einen anderen Charakter gegeben habe als der Gesetzgeber beabsichtigt habe, s. Brüggemann, Entwicklung, S. 373.

⁶⁹ Dafür: Warda, Tatbestandsbezogenes Unrechtsbewusstsein, in: NJW (1953), S. 1052.

⁷⁰ Warda, Tatbestandsbezogenes Unrechtsbewusstsein, in: NJW (1953), S. 1052.

Fall des Ehebruchs an, und da davon auszugehen sei, dass der Täter die Strafbarkeit des Ehebruchs gekannt habe,⁷¹ fehle ihm auch nicht das Unrechtsbewusstsein für sein unsittliches Verhalten.⁷²

„Schundliteratur“

Ein weiterer Tatbestand, der die enorme Relevanz des allgemeinen Sittlichkeitsempfindens für die Auslegung strafrechtlicher Normen deutlich macht, war § 184 StGB aF, welcher die Verbreitung „unzüchtiger Schriften“ unter Strafe stellte. Eigentlich wurde der Begriff der Unzüchtigkeit damals relativ – je nach betroffenen Kreisen – betrachtet („der Begriff des Unzüchtigen in § 184 StGB ist ein relativer“),⁷³ in diesem Zusammenhang wählte der BGH aber eine objektive Betrachtung. Insbesondere bei Schriften im homosexuellen Milieu setzten die Gerichte die Schwelle der Strafbarkeit äußerst niedrig an: So hatte der 2. Senat etwa bereits eine Kontaktanzeige für Homosexuelle unter die Norm gefasst, weil sie die gleichgeschlechtliche Liebe verherrliche.⁷⁴ Maßstab der entsprechenden Bewertung sei nicht der Leserkreis des konkreten Blattes, sondern vielmehr das Durchschnittsempfinden der gesamten Gesellschaft. Auch wenn der Leserkreis nur Homosexuelle seien, ändere dies an der Strafbarkeit nichts, denn hier schlage „die sittliche Verkommenheit“ durch, weil es sich um ein Rechtsgut handle, das dem ganzen Volke eigen sei.⁷⁵ Insoweit könne „nur die Anschauung des normalen gesunden Menschen“ entscheidend sein.⁷⁶

Bei jugendgefährdenden Schriften hatte der BGH anfangs noch darauf abgestellt, ob die Schrift für Jugendliche leicht zugänglich gewesen war,⁷⁷ später dann aber eine rein objektive Beurteilung verlangt, die sich allein auf den Inhalt der Schrift bezieht und nicht auf die äußeren Umstände abstellt.⁷⁸ Der 4. Senat nutzte in seiner Entscheidung aus dem Jahr 1958⁷⁹ die Gelegenheit, seine Position für die Beurteilung der „Sittlichkeit“ einer Schrift (unabhängig von einem bestimmten Personenkreis) darzulegen und die Bedeutung möglicher Änderungen in der Moralvorstellung zu bewerten. Er schloss sich hierbei der Auffassung des Reichsgerichts⁸⁰ an und betonte, dass die Strafnorm das „Sittlichkeits- und Schamgefühl des normal empfindenden Menschen“ schüt-

71 Anders als das Inzestverbot war die Unrechtmäßigkeit des Ehebruchs den meisten aus ihrem Heimatland bekannt.

72 BGH v. 10.4.1952 – 5 StR 195/52 (*NJW* (1952), S. 671); ähnlich: BGH v. 9.12.1952 – 1 StR 459/52 (*NJW* (1953), S. 471); im Ergebnis zustimmend: Zimmermann, Urteilbares, in: *NJW* (1954), S. 908.

73 BGH v. 30.6.1953 – 1 StR 215/53 (BGHSt 4, 297).

74 BGH v. 18.11.1952 – 2 StR 139/52 (BGHSt 3, 295).

75 BGH v. 18.11.1952 – 2 StR 139/52 (BGHSt 3, 297). Hier nimmt der Senat Bezug auf das Reichsgericht (RGSt 32, 418 f.).

76 Wie RGSt 37, 315.

77 BGH v. 19.7.1955 – 5 StR 12/55 (BGHSt 8, 125).

78 BGH v. 14.1.1959 – 2 StR 265/58 (BGHSt 12, 360).

79 BGH v. 27.3.1958 – 4 StR 555/57.

80 RGSt 27, 115.

ze und dass dieses trotz einer zu beobachtenden Änderung der gesellschaftlichen Moralvorstellungen weiterhin den von der bisherigen Rechtsprechung vertretenen konservativen und strengen Idealen entspreche. „Jedenfalls ist der § 184 StGB durch eine etwa eingerissene Sittenverwilderung in keiner Weise außer Kraft gesetzt.“ Der Paragraph habe vielmehr

die Aufgabe, das Sittlichkeits- und Schamgefühl des normal empfindenden Menschen zu schützen. Mag dieser Kreis infolge der zunehmenden Verflachung und ungünstiger anderer Umstände kleiner geworden sein, so besteht er doch nach wie vor in gleichem Umfang. Nur auf ihn kommt es an.⁸¹

Damit wies er den Einwand des Strafverteidigers zurück, der gemeint hatte, dass sich die gesellschaftlichen Annahmen über Sittlichkeit in der letzten Zeit zu einem offeneren Verständnis gewandelt hätten. Deutlich wird auch hier wieder, dass das vom BGH geschützte Rechtsgut die „Sittlichkeit an sich“ ist, ohne dass es einen Betroffenen geben muss; außerdem ändere der gesellschaftliche Wandel nichts an den Grundanforderungen, die die Sittlichkeit an das Recht stelle.

Diese extensive Auslegung wurde erst über zehn Jahre später im Jahre 1969 aufgegeben, als der 1. Senat im sogenannten Fanny-Hill-Urteil entschied, dass nur eindeutige Verstöße nach § 184 StGB aF strafrechtlich zu sanktionieren seien.⁸² Nunmehr löste sich das Gericht von seiner grundsätzlichen Haltung, ein zeitloses „ungeschriebenes Sittengesetz“ heranzuziehen, sondern erkannte an, dass die guten Sitten „zeitbedingt und damit einem Wandel unterworfen“ seien. Es stellte einen solchen Wandel fest, der durch eine „Versachlichung in Bezug auf geschlechtliche Sachverhalte“ gekennzeichnet sei.

Das Strafgesetz hat nicht die Aufgabe, auf geschlechtlichem Gebiet einen moralischen Standard des erwachsenen Bürgers durchzusetzen, sondern es hat die Sozialordnung der Gemeinschaft vor Störungen und groben Belästigungen zu schützen.⁸³

– eine Erkenntnis, die doch erst sehr spät gewonnen wurde.⁸⁴ Die Mitwirkenden an diesem Urteil unterscheiden sich in ihren Biografien kaum von ihren Kollegen,⁸⁵ insbesondere was ihre Verstrickung in das NS-Unrecht angeht, gehörten aber überwiegend zum Kreis der jüngeren Kollegen: Joachim Loesdau, Albert Mösl, Heinz Pikart

81 BGH v. 27.3.1958 – 4 StR 555/57.

82 BGH v. 22.7.1969 – 1 StR 456/68 (BGHSt 23, 40 = *NJW* (1969), S. 1818).

83 BGH v. 22.7.1969 – 1 StR 456/68 (BGHSt 23, 43).

84 Der BGH Richter Dietrich Lang-Hinrichsen hatte ganz grundsätzlich die Auffassung vertreten, dass sich im Strafrecht ein Wandel dahin vollziehen müsse (und teilweise bereits vollzogen habe), dass nur wegen eines sozialen Unrechtsgehalts bestraft werden dürfe; daher sei gerade beim Sittenstrafrecht der Kreis der strafbaren Handlungen enger zu ziehen, s. Lang-Hinrichsen, *Zur Frage*, S. 108 ff.

85 Loesdau, Mösl und Seibert waren Parteigenossen gewesen, die letzten beiden erst nach längerer Kriegsgefangenschaft zurückgekehrt. Pikart war nicht in der NSDAP, hatte aber einen Aufnahmeantrag gestellt. Walter Zipfel ist erst nach dem Krieg in die Justiz eingetreten.

und Walter Zipfel waren alle gegen Ende des Kaiserreichs geboren worden, lediglich der Vorsitzende Claus Seibert (geboren 1902) war etwas älter, so dass sie aufgrund ihres Alters eher gewillt gewesen sein könnten, den mittlerweile veränderten gesellschaftlichen Umständen Rechnung zu tragen.

Restriktive Tendenzen

Während die bisher geschilderten Entscheidungen bei den Vorschriften des Sexualstrafrechts eine klare Tendenz zu einer extensiven Auslegung erkennen lassen, gibt es in der BGH-Rechtsprechung auch einige wenige Ausnahmen davon. Eine Strafbarkeit wegen Zuhälterei (§ 181 a StGB aF) wurde etwa verneint, wenn das Interesse eines Mannes lediglich auf den Erhalt einer geschlechtlichen Beziehung zu einer Prostituierten gerichtet ist und das Interesse an den Einnahmen aus dem Prostitutionsgewerbe nicht den eigentlichen Zweck der Verbindung darstellt.⁸⁶ Zu eng wollte der BGH diese Abgrenzung zur strafbaren Zuhälterei jedoch auch nicht verstehen, sondern stellte in einer weiteren Entscheidung ausdrücklich fest, dass bei gleichrangiger Interessenlage in Hinblick auf den Erhalt einer Wohn- und Lebensgemeinschaft mit der Prostituierten einerseits und dem Streben nach wirtschaftlicher Teilhabe an den Einnahmen aus dem „Unzuchtgewerbe“ andererseits weiterhin der ausbeuterische Charakter der Zuhälterei gegeben sei.⁸⁷

Im Bereich der Strafbarkeit wegen der Erregung öffentlichen Ärgernisses (§ 183 StGB aF) brach der BGH mit der früheren Rechtsprechung des Reichsgerichts,⁸⁸ indem er unzüchtige mündliche Äußerungen aus dem Anwendungsbereich der Norm ausnahm.⁸⁹ Zwar stellte der 5. Senat ausdrücklich fest, dass das Schutzgut des § 183 StGB das „durchschnittliche Scham- und Sittlichkeitsgefühl der Allgemeinheit“ sei, diesem könnte jedoch bei unzüchtigen mündlichen Äußerungen im Zweifel durch den (ehemaligen) Tatbestand des „Groben Unfugs“ (§ 360 Nr. 11 StGB aF) Rechnung getragen werden. Der Senat schloss sich damit der bereits in der juristischen Literatur vertretenen Auffassung an, dass „unzüchtige mündliche Äußerungen“ nicht vom Schutzzweck des § 183 StGB aF erfasst werden und entschied sich insoweit für ein restriktives Verständnis der Norm.⁹⁰

Trotz der Bestrebungen der BGH-Strafrichter, der Unsittlichkeit in der Gesellschaft entschlossen entgegenzutreten, haben sie die Kompetenz, dies durchzusetzen, allein dem Strafrecht und damit der Justiz überantwortet. Eine Selbstjustiz zur Durchsetzung der als richtig empfundenen Moral hat der BGH nicht zugelassen, was ein Urteil des 3. Strafsenats dokumentiert: In einem Düsseldorfer Kino lief der Film *Die Sün-*

⁸⁶ BGH v. 24.6.1954 – 3 StR 748/53 (NJW (1954), S. 1294).

⁸⁷ BGH v. 25.7.1967 – 1 StR 215/67 (BGHSt 21, 272).

⁸⁸ RGSt 4, 130; 23, 233; 70, 159.

⁸⁹ BGH v. 2.9.1958 – 5 StR 339/58 (BGHSt 12, 42).

⁹⁰ BGH v. 2.9.1958 – 5 StR 339/58 (BGHSt 12, 42), hier wird verwiesen auf den Kommentar von Kohlrausch/Lange, s. Kohlrausch/Lange I zu § 183 StGB.

derin, der damals wegen als zu freizügig empfundener Szenen⁹¹ sehr umstritten war und einen Pfarrer veranlasste, die Vorführung verhindern zu wollen, weshalb er mit Gleichgesinnten Stinkbomben in das Filmtheater warf. Er wurde deshalb wegen Nötigung angeklagt, doch das Landgericht sprach ihn frei. Der BGH sah in dem Versuch, die Vorstellung zu verhindern, allerdings eine tatbestandliche Nötigung und hob das freisprechende Urteil auf.⁹² Die Berufung des Pfarrers auf eine Notwehrsituation, um der Unsittlichkeit entgegenzutreten, sei wenig plausibel, da weder er noch die Kinzuschauer einem rechtswidrigen Angriff ausgesetzt gewesen seien.⁹³ Zur Bekämpfung einer angeblichen Unsittlichkeit könne das Notwehrrecht nicht herangezogen werden. Eine Selbstjustiz wurde insoweit abgelehnt.

5.1.3 Prostitution/ Kuppelei

Der Konflikt zwischen einem strengen, auf absolute Geltung zielenden Sittlichkeitsanspruch und einer stärker pragmatisch ausgerichteten Sittenpolizei, die auch die Gesundheitspolitik einbezieht, ist ein Dauerthema der Rechtsgeschichte, das sich besonders bei den Straftatbeständen der Prostitution und der Kuppelei zeigt, bei denen es schon im Kaiserreich Tendenzen zur Entkriminalisierung gegeben hatte, weil soziale und gesundheitspolitische Überlegungen⁹⁴ mit den strafrechtlichen Verfolgungsinteressen konkurrierten. Während damals die „Hardliner“ jede Kuppelei/ Prostitution bestraft sehen wollten,⁹⁵ ging es den Sozialpolitikern darum, Prostituierte nicht dadurch auf die Straße (und damit in die Illegalität) zu treiben, dass man die Vermieter bestrafte; denn die Sozial- und Gesundheitspolitik strebte eher nach einer gewissen Kontrolle über die Prostitution, um den Anstieg der Geschlechtskrankheiten zu bremsen,⁹⁶ was aber durch eine stringente Strafverfolgung unmöglich gemacht wurde.

Zur Prostitution gab es in den ersten Jahren nur eine bedeutsame Entscheidung des BGH, in der festgeschrieben wurde, dass über die Norm des StGB⁹⁷ hinaus kein Recht der Bundesländer und der Kommunen bestehe, eigene Regelungen mit Strafcha-

⁹¹ Die Hauptrolle spielte die Schauspielerin Hildegard Knef. Zu diesem Thema siehe auch: Kuchler, Kirche, S. 147–175.

⁹² BGH v. 2.10.1953 – 3 StR 151/53 (BGHSt 5, 245).

⁹³ SWR Hörfunkarchiv, W0111848. Das Verfahren wurde vom Senatsvorsitzenden Eberhard Rotberg in einer SDR-Rundfunksendung geschildert und kommentiert.

⁹⁴ Die Gesundheitspolitiker wollten Bordelle legalisieren, um die Frauen ärztlich überwachen zu können und somit die Ausbreitung der Geschlechtskrankheiten zu verhindern.

⁹⁵ Stursberg, Die Prostitution, S. 92 ff.

⁹⁶ Schließlich gab es Kritiker, die die Norm in ihrer praktischen Anwendbarkeit als widersprüchlich brandmarkten. Wenn in einer Reihe von Städten die gewerbliche Unzucht als solche erlaubt war, während man gegen die Vermieter der Prostituierten wegen Kuppelei vorging, dann sei dies scheinheilig (zum Beispiel in den Sitzungen des Reichstags – Verhandlungen des Reichstags, Sitzung am 26.1.1900, S. 3765, 3782 und vom 17.5.1900, S. 5560 ff., s. Roth, Kriminalitätsbekämpfung, S. 382 ff.).

⁹⁷ § 361 Nr. 6 bis 6 c StGB aF.

rakter zu erlassen, wie dies in früheren Zeiten üblich gewesen war. Er begründete dies ausführlich mit einer historischen Auslegung der Gesetzgebungsgeschichte.⁹⁸

„Verlobtenkuppelei“

Generell hielt der BGH auch im Bereich von Prostitution und Kuppelei an einer rein moralischen Beurteilung fest. Seine konservative Haltung zeigte sich vor allem bei der Strafvorschrift zur Kuppelei, vielleicht am deutlichsten in der bekannten Entscheidung des Großen Senats, in der dieser sogar die Duldung des Geschlechtsverkehrs Verlobter als strafbare Kuppelei ansah.⁹⁹ Eine Kriegerwitwe, Mutter von vier Kindern, hatte erlaubt, dass der Verlobte ihrer 20-jährigen Tochter bei dieser im Zimmer übernachtete und war aus diesem Grunde wegen Kuppelei bestraft worden. Zur Begründung der Strafbarkeit einer Verkuppelung Verlobter griff der Große Senat im Jahr 1954 unter dem Vorsitz seines Präsidenten Hermann Weinkauff auf naturrechtliche Grundsätze zurück. Der Begriff der Unzucht verweise auf einen außerstrafrechtlichen Normenkreis, denn die Gebote, die das geschlechtliche Zusammenleben regelten, seien die Normen des Sittengesetzes und nicht bloß Konventionalregeln, die dem Belieben wechselnder gesellschaftlicher Gruppen ausgeliefert seien. Eben dieses Sittengesetz (als „Grundlage der Völker und Staaten“) schreibe dem Menschen im Ergebnis den Geschlechtsverkehr auf die Ehe beschränkt vor:

Die sittliche Ordnung will, dass sich der Verkehr der Geschlechter in der Einehe vollzieht, weil der Sinn und die Folge des Verkehrs das Kind ist. [...] Indem das Sittengesetz dem Menschen die Einehe und die Familie als verbindliche Lebensform gesetzt und indem es diese Ordnung auch zur Grundlage des Lebens der Völker und Staaten gemacht hat, spricht es zugleich aus, dass sich der Verkehr der Geschlechter grundsätzlich nur in der Ehe vollziehen soll und dass der Verstoß dagegen ein elementares Gebot geschlechtlicher Zucht verletzt.¹⁰⁰

Das Gericht setzte sich hierbei auch mit der Auffassung des Oberlandesgerichts Düsseldorf auseinander, das gemeint hatte, ein nicht unerheblicher Teil der Bevölkerung, dem man sittlichen Ernst nicht absprechen könne, sehe ein solches Verhalten nicht als unsittlich an; und es sei nicht Aufgabe des Richters, hier eine ethische Entscheidung im Sinne der (vielleicht) herrschenden Moral zu treffen, sondern strafrechtlich müsse die jeweils mildere Auffassung gelten.¹⁰¹ Diese Auffassung geißelte der Große Senat des BGH als „inhaltlosen Relativismus“, als „beklagenswert falsch“. Das von der Kuppelei geförderte Verhalten (in diesem Fall das der Verlobten) brauche nur sittlich, nicht auch strafrechtlich missbilligt werden.

⁹⁸ BGH v. 24.10.1957 – 4 StR 395/57 (BGHSt 11, 31, 42).

⁹⁹ BGH v. 17.2.1954 – GSSt 3/53 (BGHSt 6, 46, 57).

¹⁰⁰ BGH v. 17.2.1954 – GSSt 3/53 (BGHSt 6, 46, 53 f.).

¹⁰¹ OLG Düsseldorf, in: *NJW* (1950), S. 959.

Normen des Sittengesetzes gelten aus sich selbst heraus; ihre starke Verbindlichkeit beruht auf der vorgegebenen und hinzunehmenden Ordnung der Werte und der das menschliche Zusammenleben regierenden Sollenssätze; sie gelten unabhängig davon, ob diejenigen, an die sie sich mit dem Anspruch auf Befolgung wenden, sie wirklich befolgen und anerkennen oder nicht; ihr Inhalt kann sich nicht deswegen ändern, weil die Anschauungen über das, was gilt, wechseln.¹⁰²

Der Leser der BGH-Entscheidung wird damit nicht nur mit einem schwer erträglichen naturrechtlichen Pathos konfrontiert, sondern hat auch den Eindruck, der BGH-Präsident persönlich spreche an dieser Stelle.¹⁰³ Die starken Worte und langen Ausführungen zu den sittlichen Maßstäben stehen in erstaunlichem Gegensatz zu der Frage, wie und mit welchen Erkenntnissen der Große Senat diese ermittelt hat; hier herrscht methodische Leere.¹⁰⁴ Der Begriff der Sittlichkeit wird außerrechtlich verstanden und auch entsprechend hergeleitet. Es ist letztlich nichts anderes als das moralische Empfinden des einzelnen Richters, das in dieser Frage das Ergebnis bestimmt. Dass davon die Strafbarkeit abhängen soll, ist nicht nur im Nachhinein rechtstaatlich höchst problematisch.

Zwar steht diese Haltung in der Tradition der älteren Rechtsprechung des Reichsgerichts¹⁰⁵ und fügt sich in gewisser Weise in das Gesamtbild der BGH-Rechtsprechung ein, weil ja auch andere Senate, zum Teil zeitlich vorher, den Beischlaf außerhalb der Ehe für sittlich anstößig hielten.¹⁰⁶ Dennoch ist es noch einmal eine deutliche Steigerung, wenn bereits die bloße Duldung dieses sittenwidrigen Verhaltens (soweit man dies für Verlobte überhaupt annehmen darf) durch Dritte mit Strafe belegt wird. Dieses Urteil ist eines der markantesten Beispiele einer um eine bürgerliche Sittlichkeit bemühten Rechtsprechung, für die andere Auffassungen von Sittlichkeit nicht akzeptabel waren. Wie das Düsseldorfer Gegenbeispiel zeigt, war der Große Senat in diesem Punkt wohl nicht allein ein „Kind seiner Zeit“, sondern hinkte seiner Zeit hinterher; seine Formulierungen hätten auch gut ins Kaiserreich gepasst. Max Güde hat mitgeteilt, dass die Entscheidung, so apodiktisch sie klingt, im Senat selbst wohl umstritten war.¹⁰⁷ Es ist auf den ersten Blick erstaunlich, dass es offensichtlich Hermann Wein-

102 BGH v. 17.2.1954 – GSSt 3/53 (BGHSt 6, 46, 52).

103 So Max Güde in einem Interview, Ein neues Sexualstrafrecht, in: *Der Spiegel*, 16.9.1968. „Es war die Persönlichkeit des damaligen BGH-Präsidenten Weinkauff, der die Entscheidung geprägt hat.“

104 Auf die in methodischer Hinsicht fragwürdige Begründung weist beispielsweise hin: Sax, Zur Frage, in: *JZ* (1954), S. 474 ff. Immerhin werden vom Senat individuelle Einschränkungen der Strafbarkeit herausgearbeitet, etwa die fehlende Möglichkeit des Einschreitens insbesondere bei Eltern und Lehrern.

105 Schon das RG war für diese rigorose Haltung kritisiert worden (so auch der BGH v. 17.2.1954 – GSSt 3/53 (BGHSt 6, 46, 52)).

106 BGH v. 16.4.1953 – IV ZR 157/52.

107 Interview mit Max Güde, Ein neues Sexualstrafrecht, in: *Der Spiegel*, 16.9.1968, S. 60: „Es gab zwei ungefähr gleich starke Lager in dieser Frage. Diese BGH-Entscheidung war im BGH selbst umstritten bis zum Zerzett. Ich selbst war gegen dieses Urteil, das ja nicht kirchlich oder weltanschaulich, sondern naturrechtlich begründet war.“

kauff gelungen ist, sich mit seiner Ansicht durchzusetzen. Auf der anderen Seite hatte er im Großen Senat überwiegend Personen an seiner Seite, die seine Ansichten geteilt haben dürften: Paulheinz Baldus, der sich in der Strafrechtskommission ganz offen für eine strenge Handhabung der Sittendelikte eingesetzt hat, und auch Heinrich Jagusch, der nicht nur in Staatsschutzsachen eine harte Linie vertreten hat.¹⁰⁸ Im Übrigen ist es gut vorstellbar, dass gerade die älteren, noch im 19. Jahrhundert geborenen Senatsmitglieder eher ein konservatives Sittenbild mitbrachten wie etwa Dagobert Moericke, Jahrgang 1885, Wilhelm Dotterweich, Jahrgang 1898, dessen autoritäre Haltung gefürchtet war,¹⁰⁹ und Hans Koeniger, Jahrgang 1896.¹¹⁰ Elisabeth Krumme fällt da deutlich aus dem Rahmen, es spricht einiges dafür, dass sie die von Max Güde angedeutete Gegenposition eingenommen hat.

Wenig verwunderlich hat das Urteil harsche Kritik auf sich gezogen,¹¹¹ es steht aber nicht allein, sondern reiht sich ein in die wiederholten Versuche des Gerichts, einer angeblich beobachteten sittlichen Verwahrlosung mittels des Strafrechts Einhalt zu gebieten, was sich aber in der Rechtsgeschichte meistens als ungeeignet erwiesen hat.

Sogar bei der Frage, ob Eltern ihre Fürsorge- oder Erziehungspflicht gröblich vernachlässigen und dadurch das körperliche oder sittliche Wohl des Kindes gefährden (§ 170 d StGB aF), wurde der nicht eheliche Geschlechtsverkehr relevant.¹¹² Für die Beurteilung, ob eine Gefährdung des sittlichen Kindeswohls konkret vorliegt, verlangte der 4. Senat in Übereinstimmung mit dem Reichsgericht¹¹³ einen „Zustand, der nach den obwaltenden Umständen vornehmlich bei natürlicher Weiterentwicklung der gegebenen Sachlage nach menschlicher Erfahrung die Möglichkeit einer Verwahrlosung des Kindes nahelegt“. ¹¹⁴ Bejaht wurde dies, als ein (noch) verheiratetes Ehepaar, dessen Ehe bereits zerrüttet war, zeitweilig jeweils ihren neuen Partner beziehungsweise die neue Partnerin in den Haushalt aufnahmen. Dadurch hätten die Eltern verhindert, dass die Söhne grundlegende Vorstellungen vom Wesen der Einehe ausbilden könnten, da die Eltern „die Ausschließlichkeit der ehelichen Gemeinschaft vor den Augen der Kinder planmäßig preisgeben“, ¹¹⁵ und sich nach § 170 d StGB aF strafbar gemacht.

108 Zu ihm Band I Kap. 4.6, Die „Blutrichterkampagne“ und die Ausstellung „Ungesühnte Nazijustiz“ sowie in diesem Band Kap. 1.2.2.

109 BA, Pers 101/48781, Personalblatt. S. Band 1, Kap. 3.2.2, Mitgliedschaft in der NSDAP.

110 BA, Pers 101/48843, Personalblatt.

111 Zum Beispiel: Sax, Zur Frage, in: *JZ* (1954), S. 474 ff.; zu den Widersprüchen in der Entscheidung: Peter Schneider, Staatsrechtler und (späterer) Präsident der Mainzer Universität. S. Schneider, *Naturrechtliche Strömungen*, S. 102 ff.

112 BGH v. 12.10.1951 – 2 StR 457/51 (*NJW* (1952), S. 476).

113 RG, DR 1944, 529 Nr. 7.

114 BGH v. 6.11.1952 – 4 StR 167/52 (BGHSt 3, 256).

115 BGH v. 6.11.1952 – 4 StR 167/52 (BGHSt 3, 256). Dagegen wurde keine Gefährdung des sittlichen Wohls des Kindes darin gesehen, dass der Vater seinen Sohn angestiftet hatte, für den familiären Haushalt Holz zu stehlen (BGH v. 12.10.1951 – 2 StR 457/51 (*NJW* (1952), S. 476)).

Noch im Jahr 1962 wurden Stiefeltern, die den Geschlechtsverkehr zwischen der volljährigen Tochter und ihrem Verlobten duldeten, bestraft.¹¹⁶ Diese Tendenz zur weiten Auslegung gipfelte schließlich darin, dass auch die Förderung der eigenen Unzucht unter die Norm gefasst wurde, so dass der Verkuppelte selbst zur Kuppelei anstiften konnte.¹¹⁷ Wegen Ehegatten-Kuppelei wurde ferner ein Ehemann bestraft, weil er zugelassen (und fotografiert) hatte, dass seine Frau und ein Bekannter sich gegenseitig unzüchtig berührt hatten.¹¹⁸ Die – angeblich – herrschende Moral sollte entschlossen mit strafrechtlichen Mitteln verteidigt werden, was bedeutete, dass möglichst keine Strafbarkeitslücken aufkommen sollten.

Dogmatische Probleme bereitete im Jahr 1961 in dieser Hinsicht ein Fall, in dem der wegen Mittäterschaft zur gewohnheitsmäßigen Kuppelei Angeklagte sich damit verteidigte, dass er keine Kenntnis von der Gewohnheitsmäßigkeit der Kuppelei des Haupttäters gehabt habe. Fraglich war, ob insoweit bei ihm ein Bewusstsein der Rechtswidrigkeit gegeben war. Grundsätzlich gilt im Strafrecht zwar, dass eine Kenntnis des Grundtatbestandes eine Kenntnis der Rechtswidrigkeit der Qualifikation mit umfasst. Nun war aber zu diesem Zeitpunkt die einfache Kuppelei nicht mehr strafbar, sondern nur die eigennützige beziehungsweise gewohnheitsmäßige Kuppelei, so dass ein Grundtatbestand gar nicht existierte. Der BGH löste dieses Problem, indem er letztlich einen „straflosen Grundtatbestand“ bildete,¹¹⁹ um den Mann verurteilen zu können, was in Teilen der Strafrechtswissenschaft auf Unverständnis stieß.¹²⁰

Schließlich noch eine Entscheidung des 3. Senats aus dem Jahre 1954 zu der Frage, ob die Strafbarkeit wegen schwerer Kuppelei gemäß § 180 Abs. 1 Nr. 2 StGB aF, die nur von Männern begangen werden konnte, gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 2 GG verstößt. Dies verneinte der 3. Senat und begründete dies mit den – natürlichen – Unterschieden zwischen Männern und Frauen, wobei das Gericht eine biologische Erklärung anbot:

Infolge ihrer schwächeren, weniger zur Betätigung drängenden als zur duldenden Hingabe bereiten Natur und des daraus entspringenden Anlehnungsbedürfnisses neigt die Frau in ihrem Liebesleben mehr zur festen Bindung als der Mann. Sie ist in geschlechtlichen Dingen regelmäßig weit zurückhaltender als er.¹²¹

116 BGH v. 9.3.1962 – 4 StR 527/61 (BGHSt 17, 230). Der Vergleich mit dem Zuhälter, der ebenfalls nach § 272 StGB bestraft wurde, zeigt das – nicht nur aus heutiger Sicht – große Gefälle innerhalb dieser Norm, wenn man sie so weit auslegt.

117 BGH v. 1.10.1957 – 5 StR 404/57 (BGHSt 10, 386); ähnlich: BGH v. 28.11.1957 – 4 StR 511/57 (BGHSt 11, 94).

118 BGH v. 29.4.1954 – 3 StR 898/53 (BGHSt 6, 167).

119 BGH v. 28.2.1961 – 1 StR 467/60 (BGHSt 15, 377, 383).

120 Zum Beispiel: Baumann, Zur Teilbarkeit, in: JZ (1961), S. 564; Brüggemann, Entwicklung, S. 157.

121 BGH v. 29.4.1954 – 3 StR 898/53 (BGHSt 6, 167, 169).

Diese natürliche Ungleichheit der Geschlechter, die der Senat genau zu kennen vorgibt, rechtfertigt die entsprechende gesetzliche Ungleichbehandlung.¹²² Der Schutz der Ehefrau erfolge „nicht wegen ihrer schwächeren familiären Stellung, sondern wegen ihrer wesensmäßig schwächeren Natur als Mensch.“¹²³

Das Kondom im Automaten

Der geschilderte Zielkonflikt zwischen einer rigorosen Bekämpfung der (subjektiv empfundenen) Unsittlichkeit auf der einen und einer pragmatischen Gesundheitspolitik auf der anderen Seite zeigte sich in den 1950er Jahren deutlich bei dem Aufstellen von Warenautomaten, in denen Verhütungsmittel angeboten wurden. Während einige Gerichte und Teile der Literatur in diesem Vorgang noch keine generelle Unsittlichkeit sahen, sondern nur bei Hinzutreten besonderer Umstände der Darbietung, etwa beim Aufstellen in der Nähe von Schulen oder Kirchen,¹²⁴ bejahte der 1. Strafsenat des BGH ab Ende der 1950er Jahre eine generelle Strafbarkeit.¹²⁵ Der Verkauf in der Öffentlichkeit verletze Sitte und Anstand, daher

[...] kann die Allgemeinheit nicht zusehen, wie das Beginnen um sich greift, Gegenstände der in § 184 Abs. 1 Nr. 3 a StGB bezeichneten Art in Warenautomaten an öffentlichen Straßen und Plätzen feilzubieten.¹²⁶

Das Gericht räumte zwar ein, dass schon im Gesetz von 1927¹²⁷ versucht worden war, eine Abwägung zwischen dem Gesundheitsschutz auf der einen und dem Anspruch auf Durchsetzung der Sittlichkeit auf der anderen Seite herzustellen, gab aber letzte-

122 Während in dieser Entscheidung die Frau geschützt wird, galt dies für Prostituierte nicht: Wurden sie um ihren Lohn geprellt, so war dies kein Betrug seitens der Freier (BGH v. 9.10.1953 – 2 StR 402/53 (BGHSt 4, 373)), da wegen der Sittenwidrigkeit des Vertrages zwischen „Freier und Dirne“ kein Anspruch auf den vereinbarten Lohn bestand.

123 BGH v. 29.4.1954 – 3 StR 898/53 (BGHSt 6, 171).

124 So das LG München als Vorinstanz zu dem geschilderten BGH-Fall (das Münchener Urteil v. 8.7.1958 befindet sich in: BA, B 283/89811, Bl. 1 ff.); ähnlich OLG Hamm JMBL NRW 1958, 111; OLG Hamm (NJW (1960), S. 1416) mit einem Vorlagebeschluss an den BGH; OVG Koblenz *FamRZ* (1958), S. 232 und das BVerwG (*FamRZ* (1960), S. 1407). Unentschieden: OLG Düsseldorf JMBL NRW 1956, 139. Das OLG Hamm hatte danach differenziert, ob die Packungen nach außen sichtbar seien, also ob sie flach oder senkrecht in den Automatschächten liegen.

125 BGH v. 17.3.1959 – 1 StR 562/58 (BGHSt 13, 16); BGH v. 27.1.1961 – 1 StR 324/60 (BGHSt 15, 361). Ähnlich: VGH Stuttgart *FamRZ* (1958), S. 235 Nr. 102 (mit zustimmender Anmerkung Bosch, in: *FamRZ* (1958), S. 240).

126 BGH v. 17.3.1959 – 1 StR 562/58 (BGHSt 13, 16, 20).

127 Das Gesetz zur Bekämpfung von Geschlechtskrankheiten (RGBl I, 1927, 61), bedrohte in § 11 den automatisierten Verkauf von Verhütungsmitteln (im Gegensatz zu „Mitteln der Linderung und Heilung“) nicht unmittelbar mit Strafe, sondern erteilte in § 13 lediglich die Ermächtigung zu einer entsprechenden Vorschrift. Hieraus könnte man den (Umkehr-)Schluss ziehen, dass allgemeine Strafrechtsnormen, die diesen Fall nicht ausdrücklich regeln, diese Differenzierung nicht verdrängen können.

rem generell den Vorrang. Der 1. Senat stellte sich damit gegen das Bundesverwaltungsgericht, das eine Politik, die den Gesundheitsschutz und die Empfängnisverhütung verfolgt, als nicht unsittlich einstufte und eine Strafbarkeit des Aufstellens von Automaten, deren Produkte diesen Zielen dienten, nur dann annahm, wenn in der Art und Weise der Darbietung eine Sittenwidrigkeit liegt.¹²⁸ Die Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts fügt sich damit in die erwähnte, schon im Kaiserreich begonnene und dann im Gesetz von 1927 fortgesetzte Linie ein, die eine deutliche Einschränkung einer rein sittlichen Betrachtung zugunsten einer gesundheitspräventiven hinnahm.¹²⁹ Diese Sicht setzte sich zwar auch in den 1950er Jahren in der (Gesundheits-) Politik allmählich durch,¹³⁰ wurde aber vom BGH noch abgelehnt, obwohl diese Aspekte in den Verfahren bereits angesprochen worden waren: Sowohl die Verteidigung als auch die Staatsanwaltschaft wiesen in diesem Zusammenhang jeweils auf diese Gesichtspunkte sowie auf den Widerspruch hin, dass in Schaufenstern von Drogerien und Apotheken eine Auslage ungeniert stattfinden könne.¹³¹ Aber der 1. Strafsenat wollte offensichtlich, wie das obige Zitat nahelegt, ein Bollwerk gegen solche Bestrebungen einer Relativierung aufgrund gesundheitspolitischer Erwägungen bilden. Dass das Gericht hierbei nicht alleinstand, beweisen die lobenden Zuschriften an den BGH, insbesondere aus kirchlichen Kreisen,¹³² die andeuten, dass in diesen Fragen ein Riss nicht nur durch die Rechtsprechung, sondern auch durch die damalige Gesellschaft ging.

5.1.4 Schließung von Strafbarkeitslücken

Bezeichnend für den Versuch, die Sittlichkeit in der Bundesrepublik mit dem Mittel des Strafrechts beeinflussen zu wollen, ist die Heranziehung des Straftatbestandes der Beleidigung quasi als Auffangtatbestand für sonstige sittenwidrige Verhaltensweisen. So hat der Große Strafsenat nicht nur die unverlangte Zusendung von Sex-Werbung – vor allem für Verhütungs- und „Stärkungsmittel“¹³³ – als Beleidigung gewertet,¹³⁴ sondern auch der Geschlechtsverkehr mit einem nicht volljährigen Mädchen konnte als Beleidigung einzustufen sein, wenn die einwilligende junge Frau noch nicht den erfor-

128 BVerwG *FamRZ* (1960), S. 1409. Und auch die Vorinstanz des BGH, das LG München I, hatte freigesprochen (BA, B 283/89811, Bl. 1 ff.). Güde hat sich gegen die Rechtsprechung ausgesprochen (Güde, Ein neues Sexualstrafrecht, in: *Der Spiegel*, 16.9.1968): „Dass das so nicht zu halten ist, wie es da steht, bedarf gar keiner Äußerung.“

129 S. Roth, Kriminalitätsbekämpfung, S. 385 für das Kaiserreich.

130 Vgl. Hanack, Die Straftaten, in: *ZStW* (1965), S. 409, der betont, dass die Empfängnisverhütung ein legitimes Anliegen der Medizin sei.

131 BA, B 283/89811, z. B. S. 25.

132 BA, B 283/89811, Bl. 72 ff. Das kommt in den Zuschriften zum Ausdruck, mit denen das BGH-Urteil insbesondere von katholischen Verbänden begrüßt wurde.

133 BA, B 283/89811, S. 72.

134 BGH v. 18.11.1957 – GSSt 2/57 (BGHSt 11, 67).

derlichen Reifegrad besaß.¹³⁵ Auch die Strafbarkeit des Ehebruchs (§ 172 StGB aF) wurde schließlich durch den Tatbestand der Beleidigung „ergänzt“. Die Strafvorschrift des Ehebruchs setzte voraus, dass die Ehe als Folge des Vergehens wegen Verschuldens des „Ehebrechers“ geschieden worden war. Um keine Lücke für die Fälle entstehen zu lassen, in denen kein Verschulden des Gatten und damit keine Scheidung vorlag, griffen die Richter – ganz in der Tradition der Rechtsprechung des Reichsgerichts¹³⁶ – auf § 185 StGB aF zurück und werteten das Verhalten als Beleidigung des Ehemannes, sogar wenn dieser die Tat gar nicht mitbekommen hatte.

Ist bei einem Ehebruch der § 172 StGB unanwendbar, weil die Ehe mangels eherechtlicher Schuld des beteiligten Gatten nicht geschieden werden kann, so kann das Verhalten des Ehestörers als Beleidigung strafbar sein,

so lautet der Leitsatz eines Urteils des 1. Senats.¹³⁷ Das Problem, dass hier vielleicht das Gebot der Gesetzlichkeit des Strafens umgangen wird, deutet der Senat zumindest an:

An sich ist der Straftatbestand des Ehebruchs (§ 172 StGB) gegenüber der Beleidigung die engere Vorschrift und schließt, soweit er anwendbar ist, den § 185 aus. Wegen Ehebruchs kann der Angekl. aber nicht verurteilt werden; mangels Verschuldens der Frau W. fehlt es bei ihr eherechtlich an einem Ehebruch (§ 42 EheG).¹³⁸

Letztlich sei es dem Ehemann nicht zuzumuten, die im Ehebruch liegende schwere Ehrenkränkung ungesühnt hinzunehmen. Mit anderen Worten: Die Strafwürdigkeit begründet die Strafbarkeit, eine Argumentation, die ersichtlich die Schließung von gefühlten Strafbarkeitslücken zum Ziel hatte.¹³⁹

5.1.5 Fazit

Generell bleibt festzuhalten, dass die BGH-Rechtsprechung zu den Sittlichkeitsdelikten in den 1950er und Anfang der 1960er Jahre einen absoluten Anspruch auf „Sittlichkeit“ in der Gesellschaft durchsetzen wollte. Diese Tendenz zieht sich fast durch sämtliche Entscheidungen und ist bei allen beteiligten Senaten zu beobachten, so dass eine diffe-

135 Bei einer 18-Jährigen verneint (BGH v. 12.11.1953 – 3 StR 713/52 (BGHSt 5, 362)), bei fehlender Reife sei ein Angriff auf die Geschlechtsehre zu bejahen, insoweit sei dann die Einwilligung unerheblich (wie RG 75, 179)).

136 RG v. 13.2.1936 – 3 D 710/35 (RGSt 70,94).

137 BGH v. 5.2.1952 – 1 StR 415/51 (NJW (1952), S. 476).

138 BGH v. 5.2.1952 – 1 StR 415/51 (NJW (1952), S. 476).

139 Ein Grund dafür bestand aber auch in der Zurückhaltung der Verurteilung wegen Notzucht gem. § 170 StGB aF, da die Gerichte selbst bei einer vollendeten Tathandlung, die zunächst gegen den – heftigen – Widerstand der Frau durchgeführt wurde, dem Täter glaubten, er habe bei nachlassendem Widerstand von einer Einwilligung ausgehen können (BGH v. 10.4.1952 – 4 StR 149/51).

renzierende senatsbezogene Betrachtung in diesem Zusammenhang kaum Sinn ergibt. Den Höhepunkt bildet das Urteil zur Kuppelei Verlobter, das bezeichnenderweise vom Großen Strafsenat unter dem Vorsitz des BGH-Präsidenten und unter Mitwirkung der Senatspräsidenten der anderen Strafsenate gefällt wurde. In gewisser Hinsicht mag dies mit dem damaligen konservativen und in sexueller Hinsicht etwas prüden Zeitgeist zu erklären sein. Von der Tendenz her wird man aber wohl konstatieren müssen, dass die in der Rechtsprechung der Strafsenate zum Ausdruck kommende Moralvorstellung in ihrer Rigorosität schon zu ihrer Zeit überholt war, gerade auch wenn man auf die zeitgleich zu beobachtenden liberaleren Einstellungen zur Empfängnisverhütung oder die Forderungen zur Abschaffung der Strafbarkeit der Homosexualität blickt. In diesem Bereich haben die Senate ohne Skrupel auf die Reichsgerichts-Rechtsprechung nach 1935 angeknüpft und sich auf den gesetzgeberischen Willen berufen, ohne zu berücksichtigen, dass dies der Wille des nationalsozialistischen Gesetzgebers gewesen ist.

Wie schon bei dem einen oder anderen Urteil aufgezeigt, ist die BGH-Rechtsprechung durch eine stark an außergesetzlichen Normen orientierte Auslegung gekennzeichnet sowie durch den Willen, mit dem Mittel des Strafrechts die als unsittlich etikettierten Fehlentwicklungen in der Gesellschaft zu bekämpfen. Es ist wahrscheinlich, dass große Teile der Gesellschaft dieser harten Linie wohlwollend gegenüberstanden, gleichwohl bleibt eine solch immense Ausweitung des Strafens nicht nur rechtsstaatlich bedenklich, sondern sie führt auch zu einer Kriminalisierung von Verhaltensweisen, die keine konkreten Rechtsgüter verletzen, ein Thema, das seit der Aufklärung zu intensiven Diskussionen im Strafrecht geführt hat, wovon die BGH-Senate scheinbar unberührt geblieben sind, obwohl Dietrich Lang-Hinrichsen mit einer deutlich liberaleren Haltung für eine restriktivere Linie eingetreten ist, womit er sich aber in dem hier untersuchten Zeitraum bei seinen Kollegen nicht hat durchsetzen können.

5.2 Gesundheitsfragen

5.2.1 Einwilligung in ärztliche Heileingriffe

Das Gesundheitswesen hat sich in der Nachkriegszeit erst langsam aus der Tradition einer allein aus ärztlicher Sicht bestimmten Medizin befreien können. Immerhin war nach dem Zweiten Weltkrieg mittlerweile anerkannt, dass jeder ärztliche Eingriff, auch wenn er nur zu Heilzwecken erfolgt und im Ergebnis eine Heilung bewirkt, gleichwohl den Tatbestand einer Körperverletzung in strafrechtlicher wie in zivilrechtlicher Hinsicht erfüllt.¹⁴⁰ Daher bedarf jeder medizinische Eingriff zur Rechtfertigung der Einwilligung des Patienten, ohne die der Arzt sich strafbar und (bei einem

¹⁴⁰ Das war im Kaiserreich und zu Beginn der Weimarer Republik noch umstritten gewesen.

Schaden) ersatzpflichtig macht.¹⁴¹ Einen solchen Schadensersatz verlangte im Jahr 1959 ein Patient, der nach einer Augenoperation erblindet war. Der operierende Arzt verteidigte sich damit, dass er keinen Kunstfehler begangen habe und außerdem die Augenerkrankung des Patienten auch ohne die Operation zur Erblindung geführt hätte. Da der medizinische Eingriff ohne wirksame Einwilligung erfolgt war, wurde der Arzt verurteilt; sein schuldhaftes Verhalten bestehe in der Vornahme der Maßnahme ohne eine Einwilligung, so dass ein Operationsfehler nicht nachgewiesen werden müsse.

Der VI. Zivilsenat hatte in einem anderen Fall zu klären, inwieweit eine mutmaßliche Einwilligung ausreicht und ob eine Aufklärung durch den Arzt für eine Rechtfertigung des Heileingriffs erforderlich ist.¹⁴² Die ärztlicherseits geäußerte Auffassung, die Aufklärung würde in einer Reihe von Fällen eher schaden als nutzen, hielt der Senat für nicht ganz abwegig und meinte, dass mitunter eine Aufklärung nicht erwünscht sei:

Hier ist dem Kranken die Autorität des Arztes ein erwünschter fester Punkt, der ihn eigenen Nachdenkens und eigener Verantwortung überhebt. Er will daher eigentlich nicht wissen, sondern gehorchen.¹⁴³

Wenn auch in diesem Zitat eine gewisse Zurückhaltung gegenüber der ärztlichen Aufklärungspflicht zum Ausdruck kommt und immer noch ein gewisses paternalistisches Arzt-Patienten-Verhältnis durchscheint, forderte der Senat doch als Regelfall eine Aufklärung; eine Auffassung, die sich in der zweiten Hälfte der 1950er Jahre gerade auch im Strafrecht durchgesetzt hat: Für die Wirksamkeit der Einwilligung sei eine Aufklärung essentiell, weil sonst die Einwilligung nur formal erfolge, aber eine sinnvolle Einwilligung nur möglich sei, wenn die einwilligende Person die notwendigen Informationen über den medizinischen Heileingriff besitze. Daher erhielt ein Mann, bei dem eine Elektroschockbehandlung mit seiner Einwilligung vorgenommen worden war, ausweislich eines Urteils des VI. Senats unter dem Vorsitz von Herbert Kleinewefers einen Schadensersatzanspruch zugesprochen, weil der Patient vorher nicht aufgeklärt worden war.¹⁴⁴ Wie die Einwilligung konkret auszusehen hat und welche Reichweite sie besitzt, musste erst noch bestimmt werden. Dazu bot sich drei Jahre später eine Gelegenheit: Eine Patientin hatte sich mit ihrer Einwilligung einem chirurgischen Eingriff unterzogen, und das Landgericht hatte gemeint, der Arzt habe vom Einverständnis der Patientin ausgehen können, dass auch die sich während der Operation als medizinisch notwendig erweisende Erweiterung der Maßnahme von dieser Einwilligung gedeckt sei. Demgegenüber entschied der 4. Strafsenat zu Recht, dass ein sehr deutlich

¹⁴¹ BGH v. 10.7.1959 – VI ZR 87/58 (*NJW* (1959), S. 2299).

¹⁴² BGH v. 9.12.1958 – VI ZR 203/57 (BGHZ 29, 46).

¹⁴³ BGH v. 9.12.1958 – VI ZR 203/57 (BGHZ 29, 46, 54).

¹⁴⁴ BGH v. 10.7.1954 – VI ZR 45/54 (*NJW* (1956), S. 1106); s. a. BGH v. 28.11.1957 – 4 StR 525/57 (BGHSt 11, 111).

erweiterter Eingriff (im vorliegenden Fall die völlige Ausräumung der Gebärmutter), deren Notwendigkeit auch schon zum Zeitpunkt des Gesprächs mit der Patientin vor dem Eingriff als realistisch eingeschätzt werden musste, nicht ohne Aufklärung und ihre konkrete Einwilligung vorgenommen werden dürfe.¹⁴⁵

Anderenfalls begehe der Chirurg eine fahrlässige Körperverletzung. Diese Auffassung hat sich durchgesetzt. Bis heute ist die Aufklärungspflicht allerdings ein häufiger Streitpunkt in Arzthaftungsprozessen, meist hinsichtlich der Frage, ob und wie sie konkret durchgeführt wurde und in welchem Umfang sie notwendig gewesen wäre.

5.2.2 Unsittlichkeit der Einwilligung?

Aufsehen erregte Mitte der 1960er Jahre ein Strafverfahren gegen einen Chirurgen, der in über 1.000 Fällen Sterilisationen an Frauen mit deren Einwilligung vorgenommen hatte.¹⁴⁶ Aber waren diese Einwilligungen wirksam? Fraglich war bereits, ob und inwieweit eine Strafbestimmung existierte, die solche Fälle erfasst. Denn die Sonderregelung für Sterilisationen aus dem Erbgesundheitsgesetz war von den Alliierten aufgehoben worden. Die normale Körperverletzung war bei einer Einwilligung des Verletzten grundsätzlich gerechtfertigt, es sei denn, der Einwilligung müsse wegen Sittenwidrigkeit die Wirksamkeit versagt werden. Genau das war hier das Problem. So stellte Bundesanwalt Wagner die entscheidende Frage: „Ist der Wunsch der Eheleute, Nachkommenschaft zu begrenzen, ausreichender Grund für die Sterilisation?“

Der 5. Strafsenat ging davon aus, dass es an einer speziellen gesetzlichen Bestimmung für eine Strafbarkeit fehle und sprach den Arzt frei. Berichterstatterin war Else Koffka, die sich nicht nur in diesem Fall für die Emanzipation der Frau eingesetzt und im Sexualstrafrecht eine im Verhältnis zu ihren Kollegen deutlich liberalere Auffassung vertreten hatte. Die Beantwortung der vom Bundesanwalt gestellten Frage wäre letztlich darauf hinausgelaufen, zwischen sittlich gerechtfertigten Gründen einer Sterilisation und anderen Gründen zu differenzieren, eine Auffassung, die der Senat konkludent verneint hat. Diese Sicht, dass die Motive für die Entscheidung zur Sterilisation für deren sittliche Beurteilung nicht maßgeblich sein dürfen, setzte sich allgemein durch, weil insoweit dem Schutz des Selbstbestimmungsrechts über den eigenen Körper der Vorrang gewährt wurde.¹⁴⁷ Andererseits wurde bei Männern genau eine solche Abwägung damals noch vorgenommen: Eine Unfruchtbarmachung eines Mannes war auch mit Einwilligung des Betroffenen nur unter bestimmten, engen Voraussetzungen zulässig, etwa um den Betroffenen von einem „entarteten“ Geschlechtstrieb zu befreien.¹⁴⁸ Ohne diese Voraussetzung hielt der 4. Senat noch im Jahre 1963

145 BGH v. 28.11.1957 – 4 StR 525/57 (BGHSt 11, 111, 113 f.).

146 BGH v. 27.10.1964 – 5 StR 78/64 (BGHSt 20, 81 = NJW (1965), S. 355).

147 Vgl. zur Entwicklung: Roth/Schlatmann, Eugenik im Recht, S. 156 ff., 172.

148 BGH v. 13.12.1963 – 4 StR 379/63 (BGHSt 19, 201).

die Sterilisation für sittenwidrig, so dass auch die Einwilligung des männlichen Patienten nicht die Rechtswidrigkeit des Eingriffs beseitigen konnte.

5.2.3 Bestimmung der Reichweite des Rechtsguts „Gesundheit“

Eine wichtige Grundsatzentscheidung im Gesundheitsrecht betraf den Umfang des Schutzgutes Gesundheit, konkret die Frage, ob nur lebende Menschen geschützt sind oder ob auch Schäden ersetzbar sind, die ein noch nicht geborenes Kind dadurch erleidet, dass die Mutter, die aufgrund einer rechtswidrigen und schuldhaften Behandlung in einer Klinik mit Lues infiziert wurde, diese Krankheit anschließend auf den Embryo übertrug. Auch wenn zum Zeitpunkt der Deliktshandlung das geschützte Rechtsgut (Gesundheit/körperliche Unversehrtheit eines Menschen) noch gar nicht existierte, weil das Kind noch nicht geboren war, seien Schäden des später geborenen Kindes ersetzbar, so der II. Zivilsenat.

Nach alledem ist es nicht möglich, auf die in § 823 Abs. 1 BGB geschützte Gesundheit des Menschen die auf formaler Rechtstechnik beruhenden Rechtsgrundsätze über die Verletzung subjektiver Rechte anzuwenden.¹⁴⁹

Denn dieses Recht sei anders als die anderen in der Vorschrift genannten Rechte (etwa Eigentum, Besitz) „Ausdruck der Personenhaftigkeit des Menschen, ein Teil der Natur und ein Teil der Schöpfung.“¹⁵⁰ Letztlich bestehe ein Recht darauf, dass der Einzelne nicht von Menschenhand in seinem organischen Wachstum gestört oder beeinträchtigt wird – eine weitreichende und weise Entscheidung, die unter dem Vorsitz von Ernst Canter erging, an der mit Robert Fischer und Ernst Kuhn zwei Richter beteiligt waren, die eine zunehmend moderne Ausrichtung dieses Senats mit zu verantworten hatten.

5.2.4 Das vergessene Skalpell – Die Frage der Beweislast

Im Arzthaftungsrecht spielt die Frage der Beweispflicht bis heute eine zentrale Rolle, zum einen, weil es für den Patienten meist schwierig ist, der Klinik oder dem Arzt ein Verschulden nachzuweisen, zum anderen, weil es kaum gelingt, festzustellen, ob es nicht auch ohne den Fehler zu dem Gesundheitsschaden gekommen wäre. Grundsätzlich muss der Kläger nachweisen, dass der Schaden durch ein Verschulden des Beklagten entstanden ist, was auch für ärztliche Fehler gilt.¹⁵¹ Hinsichtlich der Frage einer Umkehr der Beweislast zugunsten des Patienten waren die BGH-Senate Anfang der

¹⁴⁹ BGH v. 20.12.1952 – II ZR 141/51 (BGHZ 8, 243).

¹⁵⁰ BGH v. 20.12.1952 – II ZR 141/51 (BGHZ 8, 243).

¹⁵¹ BGH v. 13.12.1951 – III ZR 144/50 (BGHZ 4, 138).

1950er Jahre noch zurückhaltend, aber es finden sich einige, zum Teil bedeutende Ansätze: So erörterte der III. Senat anhand eines Operationsfalles, bei dem ein Fremdkörper in der Wunde zurückgeblieben war, inwieweit ein Beweis des ersten Anscheins bei einem Operationsschaden anzunehmen ist. Der Senat meinte, dass ein Zurückbleiben eines Fremdkörpers zwar nicht in jedem Fall auf ein ärztliches Verschulden schließen lasse. Aber konkret sei eine bei einem medizinischen Eingriff benötigte Klemme, die zurückgelassen worden war, schon ein Gegenstand, der für ein Verschulden des Chirurgen spreche, so dass der Beweis des ersten Anscheins gegen den Arzt spreche. Es sei in diesem Fall Sache des Arztes nachzuweisen, inwieweit aufgrund der besonderen Situation der Operation ihn kein Verschulden treffe.¹⁵² Während in dem gerade geschilderten Fall von einem feststehenden Ereignis (Klemme wurde bei der Operation vergessen) auf den Zusammenhang mit dem eingetretenen Erfolg geschlossen wurde, war dies in einem Parallelfall etwas anders: Bei einem medizinischen Zweiteingriff wurden Mullreste in einer Operationswunde gefunden, aber der Arzt der ersten Operation bestritt, dass diese von seinem Eingriff herrührten, zumal er keine derartige Tupfer benutzt habe.¹⁵³ Ein Anscheinsbeweis sei, so der VI. Senat, aber auch anwendbar, wenn umgekehrt von einem eingetretenen Sachverhalt (Mullreste) auf ein bestimmtes Ereignis (Verwendung durch den erstoperierenden Arzt) als Ursache geschlossen werde. Das war hier gegeben, da es eigentlich keine andere Erklärung für den Fremdkörper in der Wunde gebe als die Tatsache, dass er bei der ersten Operation zurückgelassen worden war.

Und auch ein Anspruch eines Patienten wegen einer möglichen Infektion mit Lues aufgrund einer Bluttransfusion wurde bejaht, obwohl eine solche Übertragung als äußerst selten angegeben wurde und andere Ursachen durchaus in Betracht kamen. Der III. Senat¹⁵⁴ hat auch in diesem Fall die Grundsätze des Beweises des ersten Anscheins angewendet, weil rückblickend zu untersuchen sei, welche Anhaltspunkte für das Vorhandensein der anderen möglichen Ursachen bestehen würden. Wenn diese Prüfung, wie im vorliegenden Fall, ergebe, dass feste Anhaltspunkte für ein bestimmtes Krankheitsbild als Ursache gegeben sind (im konkreten Fall die Transfusion), spreche der Beweis des ersten Anscheins dafür.¹⁵⁵

Schließlich noch die sehr praxisrelevante Kausalitätsfrage: Behauptet ein Arzt, die Erkrankung seines Patienten hätte auch ohne Operation zu dem konkreten Schaden (im vorliegenden Fall eine Erblindung) geführt, so ist der Beweis dafür häufig schwer zu führen. Entscheidend war laut VI. Senat der Krankheitszustand des Patienten vor der Operation: Handele es sich um einen noch nicht abgeschlossenen Krankheitsprozess, bei dem unklar sei, ob er wirklich zur Erblindung geführt hätte, so sei der Arzt hinsichtlich des hypothetischen Kausalverlaufs, der ihm zugutekäme, beweispflich-

¹⁵² BGH v. 13.12.1951 – III ZR 144/50 (BGHZ 4, 138, 144).

¹⁵³ BGH v. 10.7.1956 – VI ZR 199/55 (VersR 1956, 577).

¹⁵⁴ BGH v. 14.12.1953 – III ZR 183/52 (BGHZ 11, 227).

¹⁵⁵ BGH v. 14.12.1953 – III ZR 183/52 (BGHZ 11, 230 f.).

tig.¹⁵⁶ Auch bei einer Klägerin, die nach dem Bruch des Handgelenkes mehrfach bei einem Arzt in Behandlung war und der letztlich doch der Unterarm wegen einer starken Entzündung amputiert werden musste, war ebenfalls denkbar, dass dies ohnehin (das heißt auch ohne Fehler des Arztes) hätte erfolgen müssen. Im konkreten Fall wurde dem Arzt die pflichtwidrige Unterlassung ärztlicher Feststellungen, konkret einer bakteriologischen Untersuchung, zum Vorwurf gemacht, mittels derer die Ursache des Krankheitsverlaufs sicherer hätte beurteilt werden können. Deshalb, so der VI. Senat, sei es gerechtfertigt, ihm die Beweislast für die Unschädlichkeit seines Versäumnisses aufzubürden.¹⁵⁷ In diesem Bereich haben die Senate mit einer bewusst behutsamen Rechtsfortbildung wichtige Weichenstellungen für die Zukunft vorgenommen.

5.2.5 Psychische Erkrankungen

Mit dem Siegeslauf der Psychologie, der nach dem Zweiten Weltkrieg begann, kamen auch psychische Störungen immer mehr ins Bewusstsein der Gesellschaft, was sich auch darin ausdrückte, dass vermehrt in Schadensersatzprozessen psychische Beeinträchtigungen als Schadensfaktor geltend gemacht wurden. Allgemein anerkannt war, dass auch durch eine Körperverletzung ausgelöste seelische Störungen einen ersatzfähigen Schaden darstellen können. Umstritten waren und sind die Fälle, in denen der Patient sich einbildet, aufgrund einer Schädigung nicht arbeiten zu können, obwohl die Gesundheitsverletzung rein somatisch diese Folge nicht hat, was mitunter als „Rentenneurose“ bezeichnet wird.¹⁵⁸ Zwar gingen die Gerichte allgemein davon aus, dass eine besondere Labilität des Geschädigten den Schädiger nicht entlasten dürfe. Aber auch diese Rücksichtnahme auf ganz individuelle Besonderheiten kannte ihre Grenze: In einem konkreten Fall hatte der Geschädigte eine Gehirnerschütterung und eine leichte Gehirnprellung erlitten, war aber nach der (physischen) Genesung laut Gutachten wieder voll arbeitsfähig, was der Geschädigte bestritt, der sich fest, ja krankhaft einbildete, ihm stünde eine Rente zu. Der VI. BGH-Senat schloss sich letztlich dem Gutachter an: Wenn eine abnorme seelische Verarbeitung der Unfallfolgen dazu führe, dass der Anspruchsteller sich an vorgestellte Rechtspositionen klammere, so sei ein Anspruch nicht gerechtfertigt.¹⁵⁹ Dies hat der Senat auch aus dem Sinn des Schadensersatzrechtes geschlossen, der darin liege, die Genesung zu erleichtern und zum Beispiel bei der Eingliederung in den Arbeitsprozess zu helfen. Daher sei ein An-

156 BGH v. 10.7.1959 – VI ZR 87/58 (NJW (1959), S. 2299).

157 BGH v. 14.10.1958 – VI ZR 186/57 (VersR 1958, 849).

158 Kritisch gegenüber dem Begriff: Köpp/Studt, Die sogenannte Rentenneurose, in: *FPR* (1999), S. 81–84.

159 BGH v. 29.2.1956 – VI ZR 352/54 (BGHZ 20, 137, 139).

spruch in dieser konkreten Situation, in der er genau das Gegenteil bewirkt, weil der Patient krankhaft überzeugt ist, dass nur eine Rente ihm helfen könne, abzulehnen.¹⁶⁰

5.2.6 Die Schwangerschaftsunterbrechung

Die damals allgemein als „Abtreibung“ bezeichnete Strafnorm des § 218 StGB gab es bereits seit dem Kaiserreich; in der Weimarer Republik (1926) hatte der Gesetzgeber das Delikt vom Verbrechen zum Vergehen herabgestuft, im Nationalsozialismus war 1943 wiederum eine Verschärfung vorgenommen worden.¹⁶¹ Im Untersuchungszeitraum war die Strafbestimmung noch nicht so heftig rechtspolitisch umstritten wie in den dann folgenden Jahrzehnten. § 218 StGB aF bedrohte zum einen in Abs. 1 die Selbstabtreibung durch die Schwangere mit Strafe und erhöhte dieses Strafmaß in Abs. 3 für den Fall der Fremdadtreibung. In den ersten BGH-Entscheidungen wurde klargestellt, dass zwischen Selbst- und Fremdadtreibung eine Verbrechenseinheit bestehe,¹⁶² woraus der 2. Senat folgerte, dass eine Person, auch wenn sie lediglich der Schwangeren helfen wolle und eine „Abtreiberin“ vermittele, gleichwohl wegen Beihilfe zur Fremdadtreibung nach Abs. 3 zu bestrafen sei.¹⁶³ Denn es gehe um eine „sittliche Bewertung nicht der Taten, sondern allein der handelnden Personen“.¹⁶⁴ Der Grund der Differenzierung bestehe darin, dass die Schwangerschaft eine strafmildernde (persönliche) Eigenschaft sei, so dass eine dritte Person, der diese Eigenschaft fehlte, immer aus Abs. 3 zu bestrafen sei.¹⁶⁵ Dies gelte auch dann, wenn die Handlung sich alleine darauf beschränke, die Selbstabtreibung durch die Schwangere zu fördern.¹⁶⁶ Deshalb war etwa auch eine Frau wegen Fremdadtreibung strafbar, die einen Schwangerschaftsabbruch eigentlich ablehnte, der Schwangeren gleichwohl Tabletten gab, weil sie ihr aus Mitleid helfen wollte.¹⁶⁷ Die erfolglose Aufforderung zu einem Abbruch wurde als (versuchte) Anstiftung gewertet,¹⁶⁸ während eine Schwangere, die erfolglos eine andere Person um Hilfe bat, straflos war.¹⁶⁹ Kam es bei einer „Abtreibung“ zur unbeabsichtigten Tötung der Mutter, bestehe zwischen Abtreibung und fahrlässi-

¹⁶⁰ BGH v. 29.2.1956 – VI ZR 352/54 (BGHZ 20, 137, 142); ähnlich: BGH v. 8.7.1960 – VI ZR 174/59 (VersR 1960, S. 740).

¹⁶¹ Die DDR beließ es in ihrem Gesetz aus dem Jahr 1950 bei der grundsätzlichen Strafbarkeit.

¹⁶² BGH v. 10.4.1951 – 2 StR 103/51 (BGHSt 1, 139).

¹⁶³ BGH v. 10.4.1951 – 2 StR 103/51 (BGHSt 1, 139).

¹⁶⁴ BGH v. 10.4.1951 – 2 StR 103/51 (BGHSt 1, 139, 141).

¹⁶⁵ Das entsprach damals der herrschenden Meinung, anderer Ansicht war der Oberste Gerichtshof für die britische Zone gewesen (OGHSt 3, 14).

¹⁶⁶ BGH v. 21.6.1951 – 4 StR 94/50 (BGHSt 1, 249 = JZ (1951), S. 650).

¹⁶⁷ BGH v. 16.10.1952 – 5 StR 291/52.

¹⁶⁸ BGH v. 28.10.1952 – 1 StR 417/52 (BGHSt 3, 228).

¹⁶⁹ BGH v. 4.12.1952 – 4 StR 272/52 (BGHSt 4, 17).

ger Tötung eine Tateinheit, denn „das in der vorsätzlichen Abtreibung enthaltene Unrecht geht in der zugleich begangenen fahrlässigen Tötung keineswegs auf“.¹⁷⁰

Nicht klar geregelt war die bis heute rechtspolitisch sehr umstrittene Frage, unter welchen Umständen eine Schwangerschaftsunterbrechung gerechtfertigt sein könnte. Einigkeit herrschte darüber, dass eine Rechtfertigung wegen sozialer, eugenischer oder allgemeiner ethischer beziehungsweise kriminologischer Indikation (beispielsweise, wenn die Schwangerschaft aus einer Vergewaltigung herrührte) nicht in Betracht kam.¹⁷¹ Die BGH-Senate haben allerdings zur Rechtfertigung § 14 Abs. 1 Erbgesundheits-Gesetz (ErbGG)¹⁷² angewandt,¹⁷³ denn die konkrete Norm war nicht – wie andere Teile des ErbGG – von den Alliierten außer Kraft gesetzt worden. Zulässig war danach eine Schwangerschaftsunterbrechung, wenn sie nach den Regeln der ärztlichen Kunst von einem Arzt vorgenommen wurde mit dem Ziel, eine Gefahr für die Gesundheit oder das Leben der werdenden Mutter abzuwenden. In den Teilen Deutschlands, in denen die Norm doch aufgehoben worden war – wie beispielsweise in Bayern¹⁷⁴ – wurden diese Grundsätze im Rahmen des allgemeinen Rechtfertigungsgrunds des übergesetzlichen Notstandes gleichwohl herangezogen.¹⁷⁵ Im Ergebnis konnte also nach übereinstimmender Auffassung eine Schwangerschaftsunterbrechung aus medizinischer Indikation, das heißt um eine Gesundheitsgefahr von der Schwangeren abzuwenden, gerechtfertigt sein.

Konkret war fraglich, inwieweit eine „Selbstmordgefahr schon eine ausreichende äußere Grundlage für eine Abtreibung“ sein kann.¹⁷⁶ Grundsätzlich wurde dies bejaht, allerdings warnte der 1. Senat davor, diesen Rechtfertigungsgrund leichtfertig anzunehmen, und wies darauf hin, notwendig sei stets eine Güterabwägung sowie die Prüfung, ob bei der Schwangeren geistige Störungen gegeben seien; nur in eng begrenzten Fällen komme daher eine Rechtfertigung wegen Selbstmordgefahr in Betracht. Die geschilderten Anforderungen setzte der Senat auch sehr penibel um: Ein Arzt hatte die Suizidabsicht einer Schwangeren für ernsthaft gehalten und dabei die Tatsache, dass in der Vergangenheit zwei ihrer Angehörigen in ähnlicher Situation „Selbstmord“ begangen hatten, als Indiz für die konkrete Gefahr einer Selbsttötung gewertet und den Schwangerschaftsabbruch mit ihrer Einwilligung vorgenommen. Er war wegen Fremdadtreibung angeklagt worden, das Landgericht hatte ihn aber für gerechtfertigt gehalten und freigesprochen. Dem BGH-Senat genügte die behauptete Selbstmordgefahr indes nicht; vielmehr hätte der Angeklagte die seelische Situation der Frau viel genauer prüfen müssen, der Freispruch wurde aufgehoben. Die Tatsache, dass der

170 BGH v. 12.9.1951 – 4 StR 503/51 (BGHSt 1, 280).

171 BGH v. 7.2.1952 – 5 StR 17/52 (BGHSt 2, 381).

172 Gesetz v. 14.7.1933 (RGBl I, 1933, 529), in der Fassung des Gesetzes v. 26.1.1935 (RGBl I, 773).

173 BGH v. 5.10.1951 – 2 StR 163/51 (BGHSt 1, 329).

174 Gesetz v. 20.11.1945 (GV BL 1945/46, S. 1).

175 BGH v. 15.1.1952 – 1 StR 552/51 (BGHSt 2, 111); BGH v. 29.5.1959 – 2 StR 124/59 (BGHSt 14, 1).

176 BGH v. 6.6.1952 – 1 StR 13/52 (BGHSt 3, 7).

Arzt von der Ernsthaftigkeit der Suizidabsicht überzeugt war, sei kein (vorsatzaus-schließender) Tatbestandsirrtum des Arztes, sondern allenfalls ein hier unbeachtlicher Verbotsirrtum.¹⁷⁷ Diese Folgerung des 1. Senats ist nicht ganz unproblematisch, da sich der Irrtum des Angeklagten ja auf die Ernsthaftigkeit des Selbsttötungsentschlusses der Frau bezog, und dieser (oder sein Fehlen) ist eine Tatsache, die, wenn sie gegeben wäre, die Schwangerschaftsunterbrechung gerechtfertigt hätte.¹⁷⁸

Die Mitwirkung eines Arztes wurde als essenziell für das Eingreifen des Rechtfertigungsgrundes gesehen, so dass eine Schwangere sich strafbar machte, obwohl ihr im Falle der Entbindung eine schwere Gesundheitsgefahr drohte; denn sie hatte die Unterbrechung der Schwangerschaft mithilfe einer „Abtreiberin“, also ohne Arzt durchführen lassen.¹⁷⁹ Sinnvoll war es, dass der BGH die Vornahme eines Eingriffs nach den Regeln der ärztlichen Kunst nicht nur auf die reine Schwangerschaftsunterbrechung bezog, sondern auch auf die gleichzeitige Obhut für die Gesundheit der Schwangeren.¹⁸⁰ Denn deren Leben und Gesundheit waren ebenfalls schutzbedürftig, wie die Richter richtig feststellten. Da der Gesetzgeber zum Schutze der Schwangeren die ärztliche Mitwirkung für geboten hielt, überlegte der 5. Strafsenat in einer Entscheidung aus dem Jahre 1955, ob es zum Nachteil des Angeklagten, also strafschärfend gewertet werden dürfe, dass er als Mediziner zur Erhaltung menschlichen Lebens verpflichtet gewesen sei.¹⁸¹ Der Bundesanwalt hielt dies für unzulässig, weil sich sonst immer ein Strafverschärfungsgrund daraus ergebe, dass der Täter Arzt sei. Denn andererseits wolle das Gesetz verhindern, dass Abtreibungen von anderen Personen mit unsachgemäßen Mitteln durchgeführt werden, die für die Gesundheit der Schwangeren viel gefährlicher sind; dann dürfe der Arztberuf kein Anlass für eine Strafverschärfung sein. Der BGH-Senat war in dieser Angelegenheit jedoch anderer Auffassung, weil das Sittengesetz dem Mediziner gebiete, nicht zu töten und „[...] weil Abtreibungen in großer Zahl den Bestand eines Volkes gefährden können.“ Die Lebensrettung sei eine wesentliche Aufgabe der Ärzte. Auch bei diesem Beispiel zeigt sich die bereits bei den Sittlichkeitsdelikten beobachtete Tendenz der BGH-Senate, durch Strafurteile auf das Verhalten der Bevölkerung Einfluss zu nehmen. Mit der Entscheidung war ein Widerspruch aufgetan, weil auch die Tatsache, dass der Täter nicht Arzt ist, von den Gerichten strafschärfend gewertet wurde; denn dies bedeutete eine besondere Gefährdung für die Schwangere. Dieser Widerspruch sei hinzunehmen:

¹⁷⁷ BGH v. 6.6.1952 – 1 StR 13/52 (BGHSt 3, 7).

¹⁷⁸ Insoweit handelt es sich um den klassischen Fall eines Erlaubnistatbestandsirrtums, dessen (umstrittene) Rechtsfolge unter Umständen die Prüfung eines Verbotsirrtums nach sich ziehen kann.

¹⁷⁹ BGH v. 25.3.1952 – 1 StR 172/51 (BGHSt 2, 242).

¹⁸⁰ BGH v. 5.10.1951 – 2 StR 163/51 (BGHSt 1, 329). Eine Vornahme nach den Regeln der ärztlichen Kunst war nicht nur in einer Praxis oder Klinik, sondern unter Umständen auch bei einer Vornahme in einer privaten Wohnung denkbar (BGH v. 5.6.1953 – 3 StR 699/52).

¹⁸¹ BGH v. 3.5.1955 – 5 StR 632/54.

So erklärt es sich, dass sich bei der Abtreibung in aller Regel ein Strafschärfungsgrund finden wird, entweder weil der Täter Arzt ist, oder weil er keine genügenden ärztlichen Kenntnisse hat. Das mag zwar im ersten Augenblick auffallen, es gibt aber keinen Rechtsgrundsatz, der diesem Ergebnis entgegenstehe.¹⁸²

Ein etwas kurioses Ergebnis.

Mehrfach waren die Gerichte auch mit Sachverhalten beschäftigt, in denen untaugliche Mittel zum Schwangerschaftsabbruch verwendet wurden. Sollte ein solches Verhalten gleichwohl als Versuch strafbar sein? Eine untaugliche und daher straflose Beihilfe hat der 3. Senat angenommen bei einer versuchten Selbstabtreibung, bei der die helfende Person Kamillentee besorgt hatte und selbst nicht an dessen Wirkung glaubte (während die Schwangere daran glaubte).¹⁸³ Andererseits wurde eine Anstiftung zur Abtreibung „mit absurden Mitteln“ als strafbar angesehen, wenn der Angeklagte an deren Wirkung geglaubt hatte.¹⁸⁴ Auch zwei Entscheidungen zur Beihilfe aus dem Jahre 1954 zeigen ambivalente Züge: Eine Strafbarkeit wurde abgelehnt, wenn die Hilfe für die Schwangere lediglich in moralisch unterstützenden Ratschlägen bestand, etwa die in Briefen geäußerte Mahnung, bestimmte Vorsichtsmaßnahmen einzuhalten.¹⁸⁵ Eine Beihilfe wurde dagegen relativ weitgehend auch in einem Unterlassen gesehen, wenn eine Garantenstellung, also die Pflicht bestand, den Schwangerschaftsabbruch zu verhindern, was für den Ehegatten der schwangeren Frau bejaht wurde, so dass er wegen Beihilfe zur Abtreibung verurteilt wurde.¹⁸⁶ Schon das Unterlassen einer Aussprache zwischen den Eheleuten konnte strafbare Beihilfe zur Abtreibung sein,¹⁸⁷ eine recht weitgehende Auslegung des Gesetzes, die dem Ehegatten eine sehr große Verantwortung auferlegte. Diese Rigorosität erklärt sich daraus, dass das Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren damals deutlich geringer gewichtet wurde als der Schutz des ungeborenen Lebens. Eine gewisse Milderung bedeutete es, als im Jahr 1954 durch den Gesetzgeber die Strafaussetzung zur Bewährung neu eingeführt worden war.¹⁸⁸ Dies hatte eine Reihe von Entscheidungen des BGH zur Folge, mit denen Verurteilungen wegen Schwangerschaftsunterbrechungen aufgehoben und zurückverwiesen wurden, um prüfen zu lassen, ob eine solche Strafaussetzung in Betracht komme.¹⁸⁹ Insoweit deutet sich schon ganz leicht ein neues Verständnis an, das aber erst später zu intensiven Diskussionen um diesen Straftatbestand führen sollte,

182 BGH v. 3.5.1955 – 5 StR 632/54.

183 BGH v. 21.1.1954 – 3 StR 240/53.

184 BGH v. 19.2.1954 – 1 StR 523/53.

185 BGH v. 6.5.1954 – 3 StR 820/53.

186 BGH v. 26.8.1954 – 4 StR 357/54.

187 BGH v. 27.1.1954 – 3 StR 57/53.

188 Das dritte Strafrechtsänderungsgesetz führte in § 23 Abs. 2 StGB eine zwingende Prüfung ein.

189 BGH v. 2.2.1954 – 1 StR 533/53; BGH v. 16.2.1954 – 5 StR 671/53; BGH v. 19.2.1954 – 2 StR 616/53; BGH v. 9.12.1954 – 4 StR 538/54; BGH v. 20.9.1955 – 2 StR 214/55.

an denen sich dann auch BGH-Richter beteiligt haben¹⁹⁰ und die uns noch heute beschäftigen.¹⁹¹

5.3 Das traute Heim

Das Wohnen – eines der Grundbedürfnisse des Menschen – stellte in der Nachkriegszeit angesichts der großen, durch den Krieg bedingten Zerstörungen und wegen des Zuzugs von über zehn Millionen Flüchtlingen und Vertriebenen für viele Menschen eine existenzielle Herausforderung dar, denn Schätzungen zufolge dürften unmittelbar nach dem Krieg etwa sechs Millionen Wohnungen gefehlt haben.¹⁹² Noch bis Mitte der 1950er Jahre herrschte eine so große Wohnungsnot, dass jeder froh war, wenn er ein Dach über dem Kopf hatte.

5.3.1 Probleme beim Wiederaufbau

Der V. Zivilsenat, der für Klagen aus dem Eigentum zuständig war, hatte zunächst häufig zu entscheiden über Streitigkeiten beim Wiederaufbau der durch den Krieg zerstörten oder stark beschädigten Häuser. Um den Wiederaufbau zu fördern, hatten die Aufbaugesetze der Länder ein gesetzliches dingliches Vorkaufsrecht der Gemeinden vorgesehen; dies, so der V. Senat, konnte nicht durch die Bestellung eines Nießbrauchsrechts „ausgehebelt“ werden.¹⁹³ Der aus einem dinglichen Wohnrecht Berechtigte könne daraus keinen Anspruch auf den Wiederaufbau eines kriegsbedingt vollständig zerstörten Gebäudes herleiten,¹⁹⁴ denn, so der Senat, mit dem Untergang des Hauses erlösche auch das Wohnrecht.¹⁹⁵ Im Rahmen der Beseitigung der umfangreichen Beschädigungen oder Zerstörungen kam es häufiger vor, dass eine sogenannte Kommunmauer¹⁹⁶ beim Aufbau genutzt wurde, was dann mitunter Streitigkeiten von Nachbarn auslöste, sei es, dass es zu einem Grenzüberbau gekommen war,¹⁹⁷ sei es,

190 Zum Beispiel: Lang-Hinrichsen, Zum strafrechtlichen Rechtsschutz.

191 Siehe den Bericht der Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzung, die von der Bundesregierung eingesetzt wurde, aus dem Jahr 2024, s. Grabbe, in: *DIE ZEIT*, 11.4.2024.

192 Bundeszentrale für politische Bildung, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, Wohnungspolitik seit 1945. URL: www.bpb.de/shop/zeitschriften/apuz/183442/wohnungspolitik-seit-1945/ [abgerufen am 19.2.2024].

193 BGH v. 25.1.1961 – V ZR 80/59 (BGHZ 34, 200).

194 Das hätte unter Umständen einer von der Kommune beabsichtigten Neubebauung zur Schaffung möglichst vielen neuen Wohnraumes im Wege gestanden.

195 BGH v. 10.10.1952 – V ZR 159/51 (BGHZ 7, 268); BGH v. 9.5.1969 – V ZR 11/66 (*NJW* (1969), S. 1481).

196 Es handelt sich dabei um eine gemeinsame Grenzwand mindestens zweier Häuser.

197 BGH v. 30.4.1958 – V ZR 215/56 (BGHZ 27, 204).

dass das Eigentumsrecht an einer gemeinsamen Giebelmauer zu klären war.¹⁹⁸ Ein typisches Beispiel: Zwei Häuser, die im 19. Jahrhundert erbaut und im Zweiten Weltkrieg zerstört worden waren, besaßen noch einen teilweise intakten Keller, insbesondere die Trennmauer der beiden Häuser im Keller war erhalten. 1953 baute der Beklagte sein Haus wieder auf, in dem er ohne Vermessung die Giebelwandreste im Keller nutzte und die Grenze überbaute, was dann zu einem Rentenanspruch des Nachbarn aus § 912 Abs. 2 BGB führte.¹⁹⁹ Der V. Senat hat in Abkehr von der Rechtsprechung des Reichsgerichts bei einem entschuldigten Überbau Eigentum des zuerst Bauenden und bei späterem Anbau durch den Nachbarn die Entstehung von Miteigentum an der Mauer angenommen.²⁰⁰

Es kam auch vor, dass darüber gestritten wurde, inwieweit die lichtarmen oder gar lichtlosen Mietskasernen mit Hinterhäusern und engen Höfen in diesem alten Zustand wieder aufgebaut werden sollten und ob insoweit das Lichtschutzrecht des preußischen Allgemeinen Landrechts berücksichtigt werden musste.²⁰¹ In solchen Fragen konnten die sachenrechtlichen Vorschriften keine Lösung bringen, so dass der V. Senat den Ausgleich der widerstreitenden Interessen von Grundstücksnachbarn in erster Linie durch das nachbarrechtliche Gemeinschaftsverhältnis, das nicht im Gesetz geregelt war, gelöst hat.²⁰² Dies war der Fall bei zwei Eigentümern benachbarter Grundstücke, von denen einer auf seinem Ruinengrundstück das Haus neu aufbauen wollte, was dazu geführt hätte, dass den Fenstern des Nachbarn das Licht entzogen worden wäre. Nach den BGB-Vorschriften waren Abwehransprüche nur bei konkreten Belästigungen durch aktive Einflüsse gegeben,²⁰³ sie schützten aber nicht vor negativen Einwirkungen, bei denen natürliche Zuführungen, wie Licht, abgehalten werden. Da ein Lichtrecht als dingliches Recht nicht existierte, kam es auf die Rechtspflicht zu gegenseitiger Rücksichtnahme an, die ausnahmsweise das Eigentum beschränke, wenn anderenfalls der Nachbar von ungewöhnlich schweren Nachteilen betroffen werde.²⁰⁴

Soweit jemand durch ein schadhaftes Haus oder Grundstück zu Schaden gekommen war, stellte sich die Frage der Haftung. Kriegsschäden, so der BGH, stellten keinen Fall höherer Gewalt dar, auch für ein Trümmergrundstück bestehe noch eine Ver-

198 BGH v. 30.4.1958 – V ZR 178/56 (BGHZ 27, 197).

199 BGH v. 30.4.1958 – V ZR 178/56 (BGHZ 27, 197).

200 BGH v. 30.4.1958 – V ZR 178/56 (BGHZ 27, 197).

201 BGH v. 18.6.1954 – V ZR 29/53 (BGHZ 14, 64).

202 BGH v. 15.6.1951 – V ZR 55/50 (LM § 903 BGB Nr. 1).

203 §§ 903, 906, 907, 1004 BGB.

204 BGH v. 10.4.1953 – V ZR 115/51 (LM § 903 BGB Nr. 2). Die Sache war allerdings noch nicht entscheidungsreif und wurde daher vom Senat zurückverwiesen.

kehrssicherungspflicht, an die jedoch keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden sollten.²⁰⁵

Die Richter des V. Zivilsenats, die in den fünfziger Jahren in den hier zitierten Eigentumsfragen urteilten, waren fast alle vor 1945 in der Justiz tätig und Mitglied der NSDAP (und anderer angeschlossener Verbände) gewesen, so der Senatspräsident Friedrich Tasche,²⁰⁶ ferner Georg Augustin,²⁰⁷ Werner Freitag,²⁰⁸ Heinz Schuster²⁰⁹ und Friedrich Mattern,²¹⁰ wobei der eine oder andere auch inhaltlich belastet war.²¹¹ Eine Ausnahme bildet insoweit Alexander von Norman, der kein Parteimitglied war und zwischen 1933 und 1945 als Rechtsanwalt und Notar agierte.²¹²

5.3.2 Das Mietrecht

Schätzungen zufolge waren im Krieg 2,25 Millionen Wohnungen zerstört und 2,5 Millionen beschädigt worden.²¹³ Ein erheblicher Teil der Mietwohnungen wurden im Rahmen des sozialen Wohnungsbaus erst in den 1950er Jahren fertiggestellt, konkret in den zehn Jahren von 1950 bis 1960 etwa drei Millionen geförderte Wohnungen.²¹⁴ Daher wurden mietrechtliche Verfahren auch erst einige Zeit später eine Massenerscheinung und gelangten noch einmal mit einiger Verzögerung erst vor das Revisionsgericht, so dass das Mietrecht in der Rechtsprechung des BGH in den ersten beiden Jahrzehnten erst allmählich einen großen Stellenwert erlangte. Aber auch in der Anfangszeit des BGH finden sich einige, zum Teil auf die kriegsbedingte Wohnungsnot zurückzuführende Entscheidungen, die zunächst zum V. Senat gelangten und ab 1958 in die Zuständigkeit des in diesem Jahr gegründeten VIII. Zivilsenats fielen.

Das zentrale Anliegen der 1950er Jahre, möglichst schnell in großer Zahl neuen Wohnraum zu schaffen, warf vor allem auch Finanzierungsfragen auf, und ohne die Beteiligung vieler Mieter an den Kosten wäre ein solch schneller Wiederaufbau nicht möglich gewesen. Ein verbreitetes Phänomen zur Behebung des finanziellen Engpasses bildete der Baukostenzuschuss, den der Mieter dem Vermieter gewährt, um als Ge-

205 BGH v. 23.1.1951 – III ZR 28/50 (BGHZ 1,103). Die Deutsche Bundesbahn haftete nach § 1 HaftpflG, wenn ein Reisender durch den kriegsbedingten Mangel am Bahnsteig zu Schaden kam (BGH v. 11.12.1950 – III ZR 154/50 (BGHZ 1, 17)).

206 BA, Pers 101/48946, Personalblatt.

207 BA, Pers 101/75751, Personalblatt.

208 BA, Pers 101/75852, Personalblatt.

209 BA, Pers 101/40037, Personalblatt.

210 BA, Pers 101/75977, Personalblatt.

211 BA, Pers 101/75979. Z. B. Mattern, der am Sondergericht in Brünn tätig war und dort auch Todesurteile verhängt haben soll.

212 BA, Pers 101/40024, Personalblatt.

213 Staas, Der Rucksack, in: *DIE ZEIT*, 4.5.2024, S. 34.

214 Bundeszentrale für politische Bildung. URL: www.bpb.de/themen/deutsche-einheit/lange-wege-der-deutschen-einheit/47280/wohnen/ [abgerufen am 7.2.2024].

genleistung eine gewisse Zeit unentgeltlich oder zu einem geminderten Mietzins die Wohnung nutzen zu können. Ein rechtliches Problem bestand immer dann, wenn das Vertragsverhältnis bei einem auf längere Zeit geschlossenen Mietvertrag vorzeitig endete. Die BGH-Senate haben in diesen Fällen den Mieter geschützt, dem bei einer solchen Beendigung für seinen als Mietzinsvorauszahlung geleisteten Baukostenvorschuss ein Bereicherungsanspruch (hinsichtlich des nicht abgewohnten Teils) zugesprochen wurde. Fiel der Vermieter in Konkurs, bleibe ein gezahlter Baukostenzuschuss dem Konkursverwalter gegenüber wirksam.²¹⁵ Das Gleiche gelte auch bei einer Zwangsversteigerung des vermieteten Grundstücks,²¹⁶ denn der Ersteher eines Grundstücks in der Zwangsversteigerung sei genauso wie ein Käufer (analog § 555 BGB aF) zur Rückzahlung des Baukostenzuschusses verpflichtet.²¹⁷ Allerdings war der Anspruch in voller Höhe nur dann sofort zu zahlen, wenn der Vermieter in der Lage war, bei einer anderweitigen Vermietung wieder einen Zuschuss zu erhalten. Anderenfalls, so der VIII. Senat, kämen lediglich Ratenzahlungen in Betracht.²¹⁸ Auch bei einem verlorenen Zuschuss, bei dem im Voraus vertraglich auf die Rückzahlung des Mieterbeitrages verzichtet wird, bestehe gleichwohl ein Rückzahlungsanspruch, jedenfalls wenn die Beendigung des Vertragsverhältnisses auf eine fristlose Kündigung etwa wegen der gesundheitsgefährdenden Beschaffenheit der Wohnung, zurückzuführen ist.²¹⁹ Letztlich sei bei der Abwägung der beiderseitigen Interessen besonders die Tatsache relevant, ob das Geld dem Aufbau des Grundstücks, sei es auch nur mittelbar, tatsächlich zugeflossen ist.²²⁰ Die Rechtsprechung war sichtlich um einen angemessenen Ausgleich der Interessen der Parteien bemüht, der Gesetzgeber hat dann im Jahr 1961 eine entsprechende Regelung geschaffen (§ 557 aF BGB). Die persönliche Betroffenheit einiger BGH-Richter als Mieter hat hier möglicherweise Einfluss gehabt.²²¹

Nicht nur ein Zuschuss in Geld, auch eine andere Aufbauleistung gab im Falle der Beendigung des Mietverhältnisses Anlass, über einen Wertausgleich nachzudenken. In Betracht kam theoretisch ein Verwendungsersatzanspruch, der jedoch relativ schnell, nämlich nach sechs Monaten (gemäß § 558 BGB aF) verjährte, was in vielen Fällen für die Mieter ungünstig gewesen wäre. Wohl zu ihren Gunsten wurde der Verwendungsbegriff meist abgelehnt,²²² so beim Aufbau der Hochparterre eines Hauses durch den späteren Mieter, dem nach dem Ende der Vertragsbeziehung stattdessen

215 BGH v. 6.6.1952 – V ZR 79/51 (BGHZ 6, 202).

216 BGH v. 26.11.1954 – V ZR 24/54 (BGHZ 15, 296).

217 BGH v. 17.12.1954 – V ZR 4/54 (BGHZ 16, 31).

218 BGH v. 12.2.1959 – VIII ZR 54/58 (BGHZ 29, 289 = NJW (1959), S. 1424).

219 BGH v. 12.2.1959 – VIII ZR 54/58 (BGHZ 29, 289, 294 ff. = NJW (1959), S. 1427 f.).

220 BGH v. 25.11.1958 – VIII ZR 151/57 (NJW (1959), S. 380).

221 Dazu sogleich.

222 Bei einer Gewerbemiete entschied der fünfte Senat, dass keine Verwendung gegeben sei, wenn das errichtete Gebäude Eigentum des Grundstückseigentümers geworden ist, im vorliegenden Fall eine Lagerhalle auf einem 11.000 qm großen Grundstück des ehemaligen Reichsluftfahrtfiskus (BGH v. 10.7.1953 – V ZR 22/52 (BGHZ 10, 171)); hinsichtlich weiterer Fragen wurde die Sache zurückverwiesen.

ein Bereicherungsanspruch gewährt wurde.²²³ Selbst wenn der Verwendungsbegriff Anwendung finden würde,²²⁴ so der VIII. Senat, sei gleichwohl die kurze Verjährungsfrist nicht einschlägig, wenn die Aufwendung Teil der Mieterleistung für die Überlassung der Mieträume war und der Mieter den Mietbesitz vorzeitig aufgeben musste.²²⁵ In diesem Fall seien, anders als bei den klassischen Verwendungen, die Aufwendungen des Mieters nicht ohne Rechtsgrund erfolgt, so dass eine andere juristische Bewertung angebracht sei. Auch bei einem Grenzüberbau durch ein Hochhaus wurde die Annahme einer Verwendung abgelehnt, da in diesem Fall das Ersatzrecht des Überbauenden – die Wegnahme des von ihm Eingebauten gem. § 997 BGB – aus Gründen der Wohnraumbewirtschaftung nicht in Betracht kam. Daher sei ihm eine angemessene Entschädigung zu gewähren.²²⁶

Das Thema konnte auch im Rahmen eines Mieterhöhungsverlangens relevant werden, wie ein Fall aus dem Jahre 1958 zeigt: Um die Attraktivität zur Schaffung von Wohnraum nicht zu sehr einzuschränken, sah das Gesetz die Möglichkeit einer einseitigen Mieterhöhung durch den Vermieter vor, wenn dieser die angemessene Miete beanspruchte. Aber sollte dies auch gelten, wenn der Mieter den Vermieter mit einer Aufbauleistung unterstützt hatte? In diesem Punkt kam der BGH den Mietern entgegen und prüfte, ob sich nach einer an Treu und Glauben ausgerichteten Würdigung des gesamten Vertragsverhältnisses ergebe, dass die Parteien die Möglichkeit, den Mietzins zu erhöhen, ausgeschlossen haben würden; bei einer solchen Abwägung der Gesamtumstände sei insbesondere ein zu berücksichtigender Faktor, ob ein Mieter dem Vermieter ein Aufbaudarlehen zu sehr günstigen Bedingungen gewährt hatte und dieses Geld zum Aufbau des Hauses verwendet worden war.²²⁷ Letztlich hat der Senat sich auch hier bemüht, eine interessengerechte Lösung der Einzelfälle zu ermöglichen und nicht pauschal – allein dem Gesetzeswortlaut entsprechend – bestimmte Rechte auszuschließen.

Im Übrigen wurde im Mietrecht aus heutiger Sicht wenig Umwerfendes entschieden: Der V. Senat stellte die heute schon fast als Banalität zu bezeichnende Tatsache fest, dass die Ehefrau an der von ihrem Ehemann gemieteten Wohnung Mitbesitz innehat.²²⁸ Außerdem, so gleich mehrere Senate, seien auch die Familienmitglieder (Ehegatte und Kinder) in den Schutzbereich des Mietvertrages einbezogen, so dass sie zwar nicht vom Schuldner die Leistung fordern, wohl aber Schadensersatzansprüche gegen den Vermieter geltend machen können, soweit dieser für Mängel der Mietsache

²²³ BGH v. 3.2.1959 – VIII ZR 91/58 (*NJW* (1959), S. 872).

²²⁴ Dies hat der Senat bewusst offengelassen.

²²⁵ BGH v. 14.2.1968 – VIII ZR 2/66 (*NJW* (1968), S. 888).

²²⁶ BGH v. 26.2.1964 – V ZR 105/61 (BGHZ 41, 157, 160).

²²⁷ BGH v. 20.10.1959 – VIII ZR 28/59 (BGHZ 31, 285 = *NJW* (1960), S. 386). Das Darlehen wäre erst 1993 getilgt worden. Siehe auch: BGH v. 4.2.1958 – VIII ZR 13/57 (BGHZ 26, 310, 314).

²²⁸ Zum Beispiel: BGH v. 26.2.1954 – V ZR 135/52 (BGHZ 12, 380, 399).

haftet.²²⁹ Diesem müsse allerdings erkennbar sein, dass Dritte mit seiner Leistung in Berührung kommen und dass der Mieter gegenüber diesen Personen fürsorge- und obhutspflichtig sei; es entspreche Sinn und Zweck des Vertrages sowie Treu und Glauben, dass sie dann den Schutz des Mietvertrages genießen.

Dass der Vermieter für Mängel der Mietsache haftet, die bei Übergabe der Mietsache schon vorhanden sind (Garantiehaftung ohne Verschulden), ergibt sich bereits aus dem Gesetz (§ 538 BGB). Im Anschluss an die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat der BGH den Vermieter auch haften lassen für den Körperschaden, den der Mieter infolge eines solchen Fehlers der Mietsache bei dem vertragsgemäßen Gebrauch der Sache erleidet,²³⁰ und zwar bei anfänglichen Mängeln auch ohne Verschulden. Diese Haftung für sogenannte Mangelfolgeschäden war schon damals herrschende Auffassung, der BGH stellte lediglich klar, dass für solche, durch anfänglich bestehende Mängel ausgelöste Schäden nicht nur der ursprüngliche Wohnungsvermieter hafte, sondern auch der Erwerber des Grundstücks, und zwar ebenfalls verschuldensunabhängig.²³¹

Einige Entscheidungen betreffen die heute gerade in größeren Städten häufig anzutreffende, damals aber noch relativ neue Situation, dass mehrere Mieter eine Mietsache gemeinsam gemietet haben. Der Mietvertrag könne grundsätzlich nur einheitlich gegenüber allen Mietern und nicht gegenüber nur einem gekündigt werden,²³² denn mehrere Mieter seien Gesamtschuldner, so dass die gegenüber einem Gesamtschuldner ausgesprochene Kündigung (gemäß § 425 BGB) nicht gegen die Übrigen gilt. Die Gebrauchsüberlassung sei eine unteilbare Leistung, die zwischen Vermieter und Mieter ein einheitliches Rechtsverhältnis begründe, infolgedessen das Mietverhältnis auch nur in seiner Gesamtheit aufgelöst werden könne. Das gelte insbesondere, wenn der Kündigungsgrund im Konkurs einer der Mieter liege.²³³ Den Mietern kam die Rechtsprechung auch in der folgenden Frage entgegen: Soweit ein Mieter die Wohnung untervermiete, ohne dazu berechtigt zu sein, könne der Vermieter zwar verlangen, dass der Untermieter die Wohnung verlässt, allerdings sei der Mieter nicht verpflichtet, dem Vermieter den erzielten Untermietzins herauszugeben, denn er schulde nur die Herausgabe des Nutzungswertes, nicht des Gewinns.²³⁴ Untermieterfreundlich war in diesem Rahmen noch eine weitere Entscheidung des BGH: Eine fünfköpfige Fa-

229 BGH v. 15.5.1959 – VI ZR 109/58 (*NJW* (1959), S. 1676); BGH v. 22.1.1968 – VIII ZR 195/65 (BGHZ 49, 350).

230 BGH v. 21.2.1962 – VIII ZR 4/61 (*NJW* (1962), S. 908); hier ging es nicht um eine Wohnraummietsache, sondern einen Autoscooter.

231 BGH v. 22.1.1968 – VIII ZR 195/65 (BGHZ 49, 350 = *NJW* (1968), S. 885). Die Mietwohnung besaß eine unverschlossene Rauchrohröffnung, der Mietvertrag war im Jahr 1949 geschlossen worden und der Beklagte hatte das Haus 1959 übernommen, ohne von dem Mangel Kenntnis zu haben. Im Jahr 1960 kam es dann zu dem Hausbrand, für den der neue Vermieter einstehen musste.

232 BGH v. 26.11.1957 – VIII ZR 92/57 (BGHZ 26, 102).

233 § 19 Konkursordnung aF.

234 BGH v. 20.5.1964 – VIII ZR 235/63 (*NJW* (1964), S. 1853).

milie, die in zwei Zimmern zur Untermiete wohnte, wollte die Wohnung tauschen mit einem Rentner, dessen Frau gestorben war und der eine Fünfstückwohnung bewohnte. Der Vermieter verweigerte seine Zustimmung. Nach dem damaligen § 30 MietG konnte das Gericht die Einwilligung des Vermieters bei einem Wohnungstausch von Mietern ersetzen. Diese Norm hat der VIII. Senat auch auf den Tausch einer Wohnung eines Untermieters erstreckt, soweit der Untermieter einen eigenen Hausstand führte. Das war bedeutsam, weil damals viele, insbesondere ärmere Familien diesen eigenen Hausstand als Untermieter lebten.²³⁵

Eher vermietetfreundlich war demgegenüber die Auffassung (des VI. Senats), dass die Preisstopp-Verordnung keine Anwendung bei der ersten Vermietung von Räumen finde, was auch dann gelte, wenn die Räume durch Neubau oder Wiederaufbau zerstörter Gebäude gewonnen wurden.²³⁶ Der Senat hat hier vielleicht auch den Markt für den Wohnungsbau im Auge gehabt, denn die gegenteilige Auffassung hätte möglicherweise Neubauvorhaben erschwert.

Zu dem späteren Dauerthema der Schönheitsreparaturen soll für den Untersuchungszeitraum nur eine Entscheidung des VIII. Senats aus dem Jahr 1967 mitgeteilt werden, die aber bereits auf die vielen in späteren Jahren noch aufkommenden Streitfragen hinweist: Die Abwälzung der Pflicht zur Durchführung von Schönheitsreparaturen auf den Mieter war grundsätzlich anerkannt, umstritten war im konkreten Fall, in welchem Umfang diese vom Mieter vorzunehmen waren. Die Bundestrichter sahen den Zweck der Klausel in dem Interesse des Vermieters begründet, die Wohnung neu vermieten zu können, so dass die Wohnung nicht unbedingt vollständig neu hergerichtet werden müsse.²³⁷ Das Unterlassen der durchzuführenden Maßnahme führe zu einem Schadensersatzanspruch des Vermieters wegen Nichterfüllung, der auch nicht dadurch beseitigt werde, dass der neue Mieter die Schönheitsreparaturen übernimmt,²³⁸ weil ein Vorteilsausgleich zugunsten des Altmieters verständlicherweise abzulehnen sei.

Im Ergebnis brachte insbesondere die Rechtsprechung des VIII. Senats Verständnis für die sozialen Probleme der Mieter auf, was auch mit der Tatsache zusammenhängen dürfte, dass die Richter sich nicht aus großbürgerlichen Kreisen rekrutierten, sondern häufig selbst im Krieg oder in der Nachkriegszeit mit ihrer Familie ganz konkret mit Wohnungsnot zu kämpfen hatten.²³⁹ Der Vorsitzende des Senates Emil Großmann war beispielsweise in Dresden während des Krieges total ausgebombt worden und kam nach dem Krieg als DDR-Flüchtling in die Bundesrepublik.²⁴⁰ Er und seine Familie hatten Wohnungsnot am eigenen Leibe erlebt. Das galt auch für Wolfgang Gel-

²³⁵ BGH v. 15.12.1959 – VIII ZB 28/59 (BGHZ 31, 285 = NJW (1960), S. 526).

²³⁶ BGH v. 5.7.1954 – VI ZR 109/53 (MDR (1954), S. 672).

²³⁷ BGH v. 15.11.1967 – VIII ZR 150/65 (NJW (1968), S. 491).

²³⁸ 2121 BGH v. 15.11.1967 – VIII ZR 150/65 (NJW (1968), S. 491).

²³⁹ Siehe Band 1, Kap. 4.7, Soziale Lage der BGH-Richterschaft.

²⁴⁰ BA, Pers 101/39971, Personalblatt; BA, Pers 101/39972, Schreiben v. 9.2.1949.

haar, der am Ende des Krieges aus Danzig hatte fliehen müssen und später als BGH-Richter einen Antrag stellte, in dem er um Möbel für seine Wohnung bat, weil es seiner Familie an allem mangle.²⁴¹ Und auch Hermann Spieler hatte eine Flüchtlingsgeschichte und musste im Jahr 1950 einen Kredit in Höhe von 300 DM aufnehmen, um Mittel für den Haushalt zu generieren.²⁴² Und in den Personalakten von Fritz Artl schließlich finden sich einige Schreiben, in denen er sich über die schlechte Wohnsituation in Karlsruhe beschwerte.²⁴³ Es ist naheliegend, dass die geschilderten persönlichen Erfahrungen dieser Richter, die alle dem VIII. Senat bei seiner Neugründung im Jahr 1956 zugewiesen wurden, nicht ganz ohne Wirkung auf ihre Rechtsprechung gewesen sind.

5.4 Die Schule

Das Verhältnis der Lehrer zu ihren Schülern wird eigentlich in erster Linie durch das öffentliche Recht geregelt, so dass die Gerichte der ordentlichen Gerichtsbarkeit insofern eher selten zur Entscheidung berufen sind, was aber vorkommt, etwa wenn Lehrer auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden oder – noch gravierender – sich sogar strafbar gemacht haben. In einem Schadensersatzprozess stellte der III. Zivilsenat im Jahre 1954 klar, dass Lehrer während der Pausen aufsichtspflichtig sind und bei einer Verletzung dieser Aufsichtspflicht eine Amtspflichtverletzung begehen. Insofern kam ein Schadensersatzanspruch gegen den Staat bei Verletzung eines Schülers in Betracht.²⁴⁴

5.4.1 Das Züchtigungsrecht

Das elterliche Vorbild

Einen großen Streitpunkt bildeten damals die Fälle, in denen es um das Züchtigungsrecht ging. Zunächst ein kurzer Blick auf das, was im Gesetz geregelt war: Das elterliche Züchtigungsrecht wurde bereits 1953 Gegenstand einer Entscheidung des 3. Strafsenats, die einiges Aufsehen verursachte. Eltern hatten ihre 15-jährige Tochter mehrfach betrafft, weil diese sich wiederholt trotz Verbotes mit Jungen herumgetrieben hatte: Die elterlichen Sanktionen bestanden konkret in dem Entzug von Essen (mehrere Mahlzeiten), dem Abschneiden der Haare und der Fesselung am Stuhl beziehungsweise im Bett. Das Landgericht hatte die Eltern wegen Körperverletzung und

²⁴¹ BA, Pers 101/39967, Schreiben v. 7.8.1947 an das Zentraljustizamt.

²⁴² BA, Pers 101/40050, Schreiben v. 7.3.1949 und v. 6.2.1950 an den Präsidenten des OLG Hamm.

²⁴³ BA, Pers 101/75746, Beschwerden aus dem Jahr 1952.

²⁴⁴ BGH v. 15.3.1954 – III ZR 333/52 (BGHZ 13, 25).

Freiheitsberaubung verurteilt, der BGH sprach sie frei.²⁴⁵ Das Handeln der Eltern sei aufgrund des im Gesetz geregelten (väterlichen) Züchtigungsrechts (§ 1631 BGB aF) gerechtfertigt. Die Grenze dieses Rechtes werde durch das Sittengesetz aufgrund der allgemeinen sittlichen Anschauung bestimmt. Im vorliegenden Fall habe die „Zuführung von körperlichem und seelischem Schmerz“ Sinn gehabt, denn

I. war in erheblichem Maße sittlich verdorben. [...] Unter diesen Verhältnissen waren Maßnahmen, die das Ehrgefühl kräftig ansprechen, angemessen.

Das Vertrauen in die (positive) pädagogische Wirkung der hier von den Eltern durchgeführten Maßnahmen war bei den Richtern offensichtlich ungebrochen.²⁴⁶

Immerhin existierte für die elterliche Züchtigung zunächst noch (bis 1958) die erwähnte gesetzliche Vorschrift, während eine solche für Lehrer fehlte. Die Zulässigkeit körperlicher Züchtigung in der Schule sorgte daher in den 1950er Jahren für Diskussionsstoff, nicht nur unter Juristen: Auch Pädagogen zweifelten zunehmend an der Sinnhaftigkeit körperlicher Züchtigung.²⁴⁷ Juristisch ging es damals um den Rechtfertigungsgrund eines Züchtigungsrechts von Lehrern beziehungsweise Heimerziehern gegenüber Schülern oder Heimkindern.

Das Züchtigungsrecht für Lehrer

Abgelehnt hat der 1. Strafsenat eine Befugnis zur körperlichen Züchtigung für Lehrer an einer Berufsschule, da sie weder gesetzlich geregelt noch in diesem Bereich gewohnheitsrechtlich anerkannt sei.²⁴⁸ Das Ergebnis dürfte sich allein schon aufgrund des Alters dieser Schülergruppe von selbst erklären.²⁴⁹ Soweit ein Züchtigungsrecht unstreitig nicht bestand – so bei einem Heimerzieher – stellte sich die Frage, wie dessen Irrtum zu bewerten ist, weil er glaubte, zu seinem Tun befugt gewesen zu sein.²⁵⁰ Der Irrtum über den Rechtfertigungsgrund selbst wurde zutreffend als Verbotsirrtum

²⁴⁵ BGH v. 25.9.1952 – 3 StR 742/51 (NJW (1953), S. 1440).

²⁴⁶ SWR Hörfunkarchiv, W0111913. Zu diesem Fall auch ein Rundfunkbeitrag des SDR: *Aus der Residenz des Rechts*, v. 1.4.1953. Mitgewirkt haben an diesem Urteil zwei Richter, die auch an dem gleich ausführlich besprochenen Urteil zur Prügelstrafe von Lehrern beteiligt waren, Richard Busch und Carlhans Scharpenseel (zu ihnen unten 5.4.3).

²⁴⁷ Die aktuelle Missbrauchsdebatte hat diesem Thema eine unerwartete Aktualität verliehen, insbesondere wenn man davon ausgeht, dass die Zulässigkeit körperlicher Züchtigungen in einem gewissen rechtlichen Rahmen auch illegale Missbrauchsfälle mitbegünstigt haben könnte.

²⁴⁸ BGH v. 1.7.1958 – 1 StR 326/56 (BGHSt 12, 62).

²⁴⁹ Es gab an der betroffenen Schule keine Schüler im vollschulpflichtigen Alter (BGHSt 12, 65). Auch eine Übertragung des elterlichen Züchtigungsrechts auf den Lehrer wurde abgelehnt, da die Eltern die Befugnisse eines Lehrers nicht erweitern könnten (BGHSt 12, 68).

²⁵⁰ BGH v. 6.6.1952 – 1 StR 708/51 (BGHSt 3, 105).

(im Sinne der oben erwähnten neuen Lehre) eingestuft, so dass die Strafbarkeit auf die individuelle Prüfung der Vermeidbarkeit des Irrtums hinauslief.²⁵¹

Äußerst umstritten war die Zulässigkeit körperlicher Züchtigung bei den Grundschul- (damals Volksschul-)Lehrern. Im Jahr 1954 hatte sich der 5. Strafsenat skeptisch zum Züchtigungsrecht von Pädagogen geäußert,²⁵² obwohl er in der Sache nicht hätte Stellung nehmen müssen. Denn der angeklagte Lehrer hatte die Grenze maßvoller Züchtigung ohnehin überschritten beziehungsweise aus nichtigem Anlass gezüchtigt, so dass er sich strafbar gemacht hätte, selbst wenn ihm grundsätzlich ein Züchtigungsrecht zuerkannt worden wäre.²⁵³ Trotzdem gab der 5. Senat zu verstehen, dass er ein Züchtigungsrecht für Lehrer als nicht mehr zeitgemäß ansah.²⁵⁴ Er begründete dies damit, dass es ein gesetzlich geregeltes Recht der körperlichen Strafe in der Schule nicht gebe²⁵⁵ und die Existenz eines diesbezüglichen Gewohnheitsrechts eher zweifelhaft sei, da Landesverordnungen, beispielsweise in Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen Verbote beziehungsweise Einschränkungen formuliert hätten.²⁵⁶ Schließlich sei die körperliche Züchtigung weder zur Aufrechterhaltung der Schulzucht noch zur Abschreckung zulässig, sondern allenfalls zu Erziehungszwecken. Die pädagogische Sinnhaftigkeit sei aber sehr unklar beziehungsweise das Gegenteil richtig, da die Anwendung körperlicher Gewalt regelmäßig zur Nachahmung durch die Gezüchtigten in der Zukunft führe.²⁵⁷

251 BGH v. 6.6.1952 – 1 StR 708/51 (BGHSt 3, 105, 106). Der Irrtum über den Züchtigungsanlass wäre ein Tatbestandsirrtum gewesen.

252 BGH v. 14.7.1954 – 5 StR 688/53 (BGHSt 6, 263 = JZ (1954), S. 752). Es ging um einen Fall, der in der früheren preußischen Provinz Hannover spielt.

253 Damit konnte im konkreten Fall ein Züchtigungsrecht nicht mehr in Frage kommen (BGH v. 14.7.1954 – 5 StR 688/53 (BGHSt 6, 263, 271 ff.)).

254 BGH. 14.7.1954 – 5 StR 688/53 (BGHSt 6, 263, 265 ff.). Allenfalls in Ausnahmefällen sei eine körperliche Sanktion als letztes Mittel denkbar.

255 Die entsprechende Norm des Allgemeinen Preußischen Landrechts (II 12 § 50) von 1794 sei eine Einschränkung, keine Legitimation für ein solches Recht (S. 265).

256 Der Senat hatte allerdings abgelehnt, das Züchtigungsrecht der Zuständigkeit der Länderordnungen zu überlassen, da dann ein unterschiedlicher Rechtszustand in Deutschland bestehe, was dienstrechtlich vielleicht noch vorstellbar sei, strafrechtlich aber nicht.

257 BGH. 14.7.1954 – 5 StR 688/53 (BGHSt 6, 263, 268); SWR Hörfunkarchiv, W0111616, im SDR-Rundfunk wurde begrüßt, dass diese Frage endlich diskutiert werde. Dieses vom „Berliner“ Strafsenat gefällte Urteil erging unter dem Vorsitz von Werner Sarstedt, mitgewirkt haben ferner Else Koffka, Rudolf Börker, Hermann Adolf Schmidt und Karl Siemer. Der Entscheidung stimmte Bader in seiner Urteilsanmerkung unter Hinweis auf pädagogische Erkenntnisse zu, s. Bader, in: JZ (1954), S. 755 f., und auch die Tagespresse äußerte sich überwiegend positiv zu dem Urteil, s. FAZ, 2.11.1954; StN, 18.12.1954.

5.4.2 Rechtfertigung durch Gewohnheitsrecht

Ganz anders sah dies der 2. Senat drei Jahre später: Angeklagt war der 59-jährige Konrektor einer Rüsselsheimer Schule, weil er mehrfach Schüler körperlich gezüchtigt hatte, indem er ihnen teilweise Ohrfeigen verabreicht, mehrmals allerdings auch mit einem Stock auf die Hände/ Finger geschlagen hatte.²⁵⁸ Der Fall war deshalb an das Landgericht und im Revisionsweg an den BGH gelangt, weil einer der Schüler sechs Wochen nach der Züchtigung verstarb. Es stellte sich allerdings heraus, dass Todesursache nicht die Züchtigung, sondern ein Gehirntumor gewesen war.²⁵⁹ Gleichwohl blieb natürlich der Tatbestand der Körperverletzung zu prüfen. In einer ausführlichen Entscheidung stützte der 2. BGH-Senat die Rechtfertigung maßvoller Züchtigung auf ein Gewohnheitsrecht in den deutschen Ländern, speziell bejahte er dies für Lehrer an hessischen Volksschulen.²⁶⁰ Dieses Gewohnheitsrecht habe bis 1945 gegolten und sei danach nicht abgeschafft worden.²⁶¹ Es gelte allerdings nicht nur in Hessen, sondern auch in den anderen Bundesländern.²⁶² Erstaunlich ist, dass die dazu im Widerspruch stehende Entscheidung des 5. Senats so gut wie nicht gewürdigt wurde. In einem ersten Urteilsentwurf des 2. Senats findet sich zu der gegenteiligen Auffassung der Kollegen kein einziges Wort, handschriftlich wurde dann am Schluss des Entwurfes ganz kurz eine kleine Anmerkung eingefügt.²⁶³ Darin heißt es, die Entscheidung des 5. Senats stehe nicht entgegen, da sie nicht auf der abweichenden Auffassung „beruht“. ²⁶⁴ Letzteres ist zwar korrekt,²⁶⁵ gleichwohl wäre eine Auseinandersetzung mit dieser Gegenauffassung zu erwarten gewesen, zumal diese aus dem eigenen Gericht kam und noch nicht lange zurück lag. Und schließlich war die Frage auch von grund-

258 BA, B 283/78386. Im Tatbestand des BGH-Urteils heißt es: „Der damals sieben- bis achtjährige Schüler M. erhielt vom Angeklagten in der Zeit vor August 1953 aus nicht mehr feststellbaren Anlässen viermal mit einem 30 cm langen Rohrstock Schläge auf die geöffnete linke Handfläche. Ende August 1953 gab ihm der Angeklagte, aus einem ebenfalls nicht mehr feststellbaren Anlass eine Ohrfeige. Das Landgericht hat dem Angeklagten geglaubt, dass jeweils ein begründeter Anlass für die Schläge bestand. M. litt, als er die Ohrfeige erhielt, an einer Mittelohrentzündung, die im Abflauen war. Nach der Ohrfeige trat eine nochmalige Verschlimmerung ein. Das Landgericht hält es für unwahrscheinlich, dass die Ohrfeige diese nochmalige Verschlimmerung verursacht hat.“

259 SWR Hörfunkarchiv, W1503924. Der Sachverhalt wird auch im SDR, *Aus der Residenz des Rechts*, 3.5.1958 mitgeteilt.

260 BGH v. 23.10.1957 – 2 StR 458/56 (BGHSt 11, 241 = NJW (1958), S. 799).

261 BGH v. 23.10.1957 – 2 StR 458/56 (BGHSt 11, 245). Der Oberstaatsanwalt beim LG Darmstadt hatte ein solches Recht wegen Art. 56 Abs. 4 der hessischen Verfassung abgelehnt, der Oberbundesanwalt hatte sich hingegen dafür ausgesprochen (BA, B 283/78386).

262 BGHSt 11, 256.

263 BA, B 283/78386, Bl. 127, Handschriftliche Anmerkung v. 7.1.1958.

264 BGH v. 23.10.1957 – 2 StR 458/56 (BGHSt 11, 241, 262).

265 Der Lehrer hätte in dem Fall des 5. Senats ohnehin verurteilt werden müssen, da er die Grenzen des – vermeintlichen – Züchtigungsrechts nicht eingehalten hatte.

sätzlicher Bedeutung. Umso spannender ist die Begründung des 2. Senats, die – wie erwähnt – zwar sehr ausführlich, aber leider inhaltlich wenig substantiiert ausfiel.²⁶⁶

Die von der Staatsanwaltschaft in Übereinstimmung mit Teilen der Literatur²⁶⁷ geäußerte Ansicht, die Züchtigung durch Lehrer²⁶⁸ verstoße gegen die Menschenwürde,²⁶⁹ wurde vom Senat – fast schon entrüstet – pauschal verworfen: Wäre das der Fall, müsste auch das Recht der Eltern auf Züchtigung infrage gestellt werden, was für den Senat offensichtlich unvorstellbar war.²⁷⁰ Die Tatsache, dass der Gesetzgeber § 1631 BGB aF mittlerweile geändert und die Anwendung von Zuchtmitteln (sowohl für den Vater als auch für das Vormundschaftsgericht) gestrichen hatte,²⁷¹ sei, so der Berichterstatter Richard Busch in seinem Votum, unerheblich, da „eine verurteilende Stellungnahme des Gesetzgebers fehlt“.²⁷² In der Gesetzesänderung liege keine Änderung des bisherigen Rechtszustandes, das Gewohnheitsrecht sei dadurch nicht angestastet worden,²⁷³ der Gesetzgeber sei „bewußt neutral geblieben“.²⁷⁴

„Unhaltbar“,²⁷⁵ so der Senat wörtlich, sei die Annahme eines Verstoßes gegen das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG):

Eine solche Auffassung ist nur dazu angetan, den Ernst des Grundrechts in Frage zu stellen. Es ist unmittelbar einsichtig, dass mit dieser Formulierung schwerwiegende Eingriffe wie zum Beispiel Unfruchtbarmachungen oder Zwangsbehandlungen ausgeschlossen werden sollten.²⁷⁶

266 Auffallend sind die sehr vielen handschriftlichen Verbesserungen und Ergänzungen des Urteilsentwurfs, die zeigen, wie schwierig es dem Senat fiel, das offensichtlich erwünschte Ergebnis eines weiter bestehenden Züchtigungsrechts überzeugend zu begründen, was letztlich ja auch nicht gelungen ist.

267 Kopp, Zu dem Urteil, in: *JZ* (1955), S. 319; Bader, Straf- und Strafprozeßrecht, in: *JZ* (1954), S. 755.

268 Die konkreten Schläge mit einem Rohrstock auf die Handflächen und die Finger sowie mehrere Ohrfeigen hielt der Senat für angemessen und sah in ihnen keine Gesundheitsverletzung. Sie verletzten auch nicht „das Anstands- und Sittlichkeitsgefühl“. Bei Ohrfeigen sei die Zulässigkeit zwar umstritten, weil – wenn auch nur selten – Gesundheitsbeeinträchtigungen entstehen. Im Ergebnis sei die Zulässigkeit aber zu bejahen (§. 32 des Urteils).

269 Zum Beispiel: Bader, Straf- und Strafprozeßrecht, in: *JZ* (1954), S. 755.

270 BGH v. 23.10.1957 – 2 StR 458/56 (BGHSt 11, 241, 248 = *NJW* (1958), S. 799).

271 Änderung des § 1631 BGB durch Gesetz v. 18.6.1958 (BGBl I, 609, 624).

272 BA, B 283/78386, S. 3. Auf die Idee, dass eine solche Gesetzesänderung vielleicht ausreichen könnte, wollte sich der Senat offensichtlich nicht einlassen. Ihm ist zuzugeben, dass die Änderung in erster Linie erfolgte, weil das Gesetz bis dahin nur ein Züchtigungsrecht des Vaters gekannt hatte und dies unter Gleichberechtigungsgesichtspunkten nicht mehr tragbar war. Das war das Motiv der Gesetzesänderung.

273 BGH v. 23.10.1957 – 2 StR 458/56 (BGHSt 11, 241, 249).

274 Votum Buschs, S. 3. Man hätte m.E. würdigen können (bzw. müssen), dass bei der Reform eben nicht ein Züchtigungsrecht für beide Eltern eingefügt wurde.

275 Dieses Wort findet sich gleich zweimal.

276 BGH v. 23.10.1957 – 2 StR 458/56 (BGHSt 11, 241, 249), dies allerdings ohne einen Nachweis aus der Entstehungsgeschichte zu bringen.

Im Übrigen wurde auf den Gesetzesvorbehalt verwiesen. Einen Verstoß gegen das Grundgesetz anzunehmen, bezeichnete das Votum des Berichterstatters als „unehrlich“, weil es ja ein elterliches Züchtigungsrecht gebe. Insoweit sind die Ausführungen des Senats wenig überzeugend.

Inhaltlich bedenkenswert sind allenfalls die Überlegungen des Senats zu einer Einschränkung des Grundrechts aufgrund eines Gewohnheitsrechts.²⁷⁷ Der Senat beruft sich auf die Geschichte, da in der Vergangenheit ein solches Recht unangefochten anerkannt war und es bisher nicht abgeschafft worden sei.²⁷⁸ Möglicherweise waren die Richter aber doch verunsichert, denn sie konzidierten durchaus, dass unter Juristen und Pädagogen verbreitet die Gegenansicht vertreten wurde. Hinsichtlich der weiteren Überlegung des Senats, entgegenstehende Verwaltungsvorschriften der Länder könnten ein Gewohnheitsrecht nicht aushebeln, stimmte er mit der Ansicht des 5. Senats zwar überein, doch hätte er sich die Frage stellen müssen, ob verschiedene Verbote auf Landesebene, selbst wenn sie nur ministeriell ausgesprochen wurden, nicht ein Indiz dafür sind, dass es an der allgemeinen Überzeugung von der Richtigkeit der langjährigen Praxis mittlerweile fehlte. Damit wäre eine notwendige Voraussetzung für ein Gewohnheitsrecht zu verneinen gewesen. Dieser Gedanke wird vom Senat ausdrücklich nicht angesprochen, scheint ihm aber möglicherweise auch gekommen zu sein; denn wie um sich abzusichern, verweist er darauf, dass an der konkreten Schule, an der der Vorfall passiert war, einige Jahre zuvor bei einer Elternversammlung 80 Prozent der anwesenden Eltern mit einer körperlichen Züchtigung einverstanden gewesen sein sollen.²⁷⁹ Die auf diese Art (vom Landgericht) ermittelte „Tatsachengrundlage“ soll wohl die allgemeine Überzeugung von der Existenz des Gewohnheitsrechts nachweisen. Es fehlt jede kritische Reflexion darüber, dass ein Gewohnheitsrecht, dessen Berechtigung ja damals von pädagogischer Seite sowie höchststrichterlich²⁸⁰ bestritten wurde, allenfalls mit seriösem statistischen Material hätte erwiesen werden können.²⁸¹ Diese Leere hinsichtlich der Argumentation fällt deshalb besonders auf, wenn man berücksichtigt, dass der Berichterstatter in diesem Verfahren Richard Busch war, der sich 1932 in Leipzig habilitiert hatte und auch als Dozent an der Universität tätig war,²⁸² so dass man eigentlich eine genauere juristische Aufbereitung hätte erwarten können.

277 BGH v. 23.10.1957 – 2 StR 458/56 (BGHSt 11, 241, 250 ff.).

278 BA, B 283/78386, Bl. 71 f. In der Akte befindet sich ein vom BGH angeforderter Erlass des Hessisch-Großherzoglichen Ministeriums des Inneren vom 19.4.1904, der offensichtlich das Gewohnheitsrecht begründen soll.

279 So hieß es auf S. 8 des landgerichtlichen Urteils (BA, B 283/78386).

280 So ja die oben dargestellte Entscheidung des 5. Senats.

281 Die öfter gebrauchte Formulierung, dass das Gewohnheitsrecht „nicht abgeschafft“ worden sei, führt in die Irre, denn es geht darum, ob ein Eingriff in die körperliche Unversehrtheit des Art. 2 Abs. 2 GG gerechtfertigt ist. Da genügt wohl kaum ein Verweis in die Vergangenheit, denn wenn schon für eine gesetzliche Regelung die mit einem Gesetzesvorbehalt verbundenen Einschränkungen zu beachten sind, muss dies erst recht für ein ungeschriebenes Gewohnheitsrecht gelten.

282 Mehr zu ihm sogleich Kap. 5.4.3.

5.4.3 „Eine kleine Ohrfeige hat noch nie geschadet“

Schließlich wird auch nicht auf die von der Staatsanwaltschaft aufgeworfene Frage eingegangen,

ob der Angeklagte gemäß seinen Pflichten als Erzieher und nach den Erkenntnissen der pädagogischen Wissenschaft in genügendem Umfang Überlegungen darüber angestellt hat, ob die einzelne Züchtigung zwingend, d. h. als äußerstes Mittel geboten war.²⁸³

Überdies hatte die Staatsanwaltschaft bezweifelt, dass die Züchtigung durch Schläge mit einem Rohrstock in ihrer Auswirkung überhaupt noch als ein Erziehungsmittel angesehen werden könne, insbesondere wenn sie vor der versammelten Klasse erfolgt. Den pädagogischen Aspekt hat der Senat zwar erwähnt, aber die Frage als strittig stehen gelassen, ohne dazu Stellung zu beziehen;²⁸⁴ man müsse, so das *Votum* Buschs, eine Position einnehmen,

die unabhängig von pädagogischen Überzeugungen anerkannt werden mußte. Sie kann nur in einer strikten Neutralität gegenüber diesen Überzeugungen bestehen.²⁸⁵

Insoweit wird verkannt, dass ohne eine pädagogische Sinnhaftigkeit ein Grundrechtseingriff kaum zu rechtfertigen ist, denn dann wäre ja die Geeignetheit des Mittels (Züchtigung), die im Rahmen der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in ein Grundrecht zu prüfen ist, schlicht nicht gegeben. Es wird in dem *Vermerk* Buschs durchaus gesehen, dass es eine Tendenz zur Abschaffung der Prügelstrafe und eines Züchtigungsrechts gibt, die möglicherweise auch die Schule erfassen könnte.²⁸⁶ Diese Gegenansicht gänzlich abzulehnen trauten sich die Richter nicht:

Wir wären aber schlecht beraten, wenn wir überflüssigerweise das Urteil mit Argumenten belasten wollten, die den Vorwurf reaktionärer Haltung rechtfertigen können.

Dies und die pauschalen Wertungen zu Art. 1 und Art. 2 Abs. 2 GG nähren den Verdacht, dass die Entscheidung des Senats vom Ergebnis her beeinflusst gewesen ist. Die dürftige Argumentation liegt wohl an der Auffassung des Senats, dass eine Strafbar-

283 BA, B 283/78386. So der Oberstaatsanwalt des Landgerichts Darmstadt im Schreiben vom 18.7.1956.

284 Das ist nicht korrekt, da die Einschränkung der Grundrechte der Schüler wohl nur gerechtfertigt gewesen wäre, wenn die Züchtigung als erzieherisch sinnvoll angesehen worden wäre.

285 *Votum*, S. 1. Gegen die pädagogische Sinnhaftigkeit spricht die Tatsache, dass der Lehrer unter anderem einen Schüler, der mit den Händen unter dem Tisch gespielt hatte und mehrfach abgelenkt wirkte, ins Gesicht schlug (Originalurteil, S. 5, nicht in BGHZ) oder einen anderen, weil er sich weigerte, die Teilnehmer einer Schneeballschlacht zu denunzieren (S. 6). In mehreren Fällen war es unklar, was der Anlass für Schläge mit dem Rohrstock gewesen war (S. 14). Die Gerichte glaubten jedenfalls dem Angeklagten, dass es Anlässe dafür gegeben hatte. Vor diesem Hintergrund lässt sich die Frage, ob die Züchtigungen erzieherisch wirken konnten, kaum beantworten.

286 *Votum*, S. 2 unter c).

keit (des Lehrers) nicht mit der Unsicherheit eines sich wandelnden Bewusstseins belastet sein dürfe. Dies geht klar aus dem Vermerk Buschs hervor:²⁸⁷ Dort heißt es gleich zu Anfang, es werde nicht leicht sein, entgegen der Entscheidung des 5. Senats „Überzeugungskraft zu gewinnen“.²⁸⁸ Die positive Anmerkung des Rechtshistorikers Karl Siegfried Bader²⁸⁹ zu der Entscheidung des 5. Senats²⁹⁰ wird vom Berichterstatter des 2. Senats als „Lob des Avantgardismus“ bezeichnet.²⁹¹ Diese Diffamierung eines Mannes, der schon damals als sehr integer gelten musste²⁹² und der eine sachlich gehaltene Anmerkung, allerdings unter Berücksichtigung aktueller pädagogischer Erkenntnisse geschrieben hatte, zeigt, wie wenig der Senat zur sachlichen Auseinandersetzung bereit war.

Daher müsse man ganz neutral auf das Gewohnheitsrecht abstellen, das noch nicht „derogiert“ worden sei. Der Staat dürfe dem Lehrer nicht die Erziehungsaufgabe stellen und ihn machtlos machen gegenüber Störenfriedern.

Es heißt hier die Augen vor der Wirklichkeit verschließen [...] und das angesichts der bewundernswürdigen Behauptung kriminalbiologischer Experten, der künftige Verbrecher könne schon im frühen Alter mit Sicherheit prognostiziert werden.²⁹³

Dass hier die biologistische Kriminologie (der Vorkriegszeit) auch noch bemüht wird, passt ins Bild.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass eine „mäßige“ Züchtigung vom Senat für notwendig erachtet²⁹⁴ und das Grundgesetz als eher störend und hier nicht „passend“ empfunden wurde. Eine andere gesellschaftliche Auffassung müsse unberücksichtigt bleiben, da sie nicht relevant sei. Denn schließlich gebe es kein Gesetz zur Abschaffung des Züchtigungsrechts, wobei die Änderung des BGB mit der Abschaffung des väterlichen Züchtigungsrechts marginalisiert wird. Juristisch ist dies alles wenig überzeugend, weil die Strafbarkeit der Körperverletzung ja eindeutig im Gesetz stand

287 BA, B 283/78386.

288 BA, B 283/78386.

289 Karl Siegfried Bader war zunächst Professor für Rechtsgeschichte in Mainz, bevor er 1953 einen Ruf nach Zürich annahm.

290 Bader, Straf- und Strafprozeßrecht, in: *JZ* (1954), S. 755.

291 BA, B 283/78386: „Dieser Avantgardismus ist eine einseitige Parteinahme und ungerecht.“

292 Karl Siegfried Bader hatte sich in den 1930er Jahren als Anwalt für Juden eingesetzt und war nach dem Krieg von der französischen Besatzungsmacht zum Staatsanwalt ernannt worden; im Rahmen dieser Tätigkeit hatte er beispielsweise die Anklage wegen des Anschlags auf die Freiburger Synagoge vertreten. Er ist vielfach ausgezeichnet worden, unter anderen mit zwei Ehrenbürgerschaften und dem Bundesverdienstkreuz.

293 Votum, S. 4.

294 SWR Hörfunkarchiv, W1503924. In diesem Punkt stand der BGH nicht allein, genauso hatte ja die Vorinstanz entschieden, und dieser Auffassung war auch die Bundesanwaltschaft. Sympathie für das Urteil kommt auch zum Ausdruck bei Oberstaatsanwalt Kirchhoff in der Sendung SDR, *Aus der Residenz des Rechts*, 3.5.1958. In der Verfahrensakte finden sich allerdings auch viele ablehnende Meinungsäußerungen, vor allem aus der Presse, die überwiegend kritisch berichtet hat.

und lediglich die Rechtfertigung auf einer außergesetzlichen gesellschaftlichen Vorstellung beruhte, die aber mittlerweile nicht mehr Konsens war. Und auch pädagogisch befindet sich der Senat schon damals nicht ganz auf der Höhe der Zeit. Die Rechtfertigung der Prügelstrafe wird letztlich allein damit begründet, dass es sie schon immer gegeben hat, und dies wird trotz des mittlerweile in Kraft getretenen Grundgesetzes vertreten, dessen Gesetzesvorbehalt viel zu oberflächlich für einschlägig gehalten wird. Das Urteil hat nicht nur unter Juristen, sondern auch in der Bevölkerung viel Kritik geerntet, aber auch Lob erhalten, also ein unterschiedliches Echo ausgelöst.²⁹⁵

Die vorstehende ausführliche Auseinandersetzung mit den umfangreichen Ausführungen des Senats ist nicht von dem Bestreben geleitet, dem Senat Fehler nachzuweisen, sondern soll plausibel machen, dass es sich um eine am Ergebnis orientierte Entscheidung handelte, und dies wirft die Frage auf, wo die Ursachen dafür zu sehen sind. Da der 5. Senat genau anders entschieden hat, liegt es nahe, biographische Faktoren zu suchen.

Über den Vorsitzenden dieser Entscheidung Paulheinz Baldus ist bereits oben berichtet worden, seine beinahe unversöhnliche Haltung gegenüber Homosexuellen und die hier im Urteil zum Ausdruck kommende Sympathie für die Prügelstrafe sprechen für einen autoritär denkenden, wohl wenig liberalen Menschen. Auch die Tatsache, dass er in den 1940er Jahren am Feldkriegsgericht mitgewirkt hat, passt durchaus in dieses Bild. Berichterstatter Richard Busch stand dem Nationalsozialismus wohl distanziert gegenüber, war vor 1933 DVP-nah und Mitglied einer Freimaurer-Loge gewesen. Er war aber Mitglied des „Stahlhelm“ und fünf Jahre im Kriegseinsatz bei der Wehrmacht,²⁹⁶ in seiner Personalakte wird er als „willensstark“ charakterisiert und ihm ein „starkes militärisches Empfinden“ bescheinigt,²⁹⁷ was durchaus auch für eine autoritäre Haltung spricht. Im Übrigen könnte es eine Rolle gespielt haben, dass sowohl Busch als auch weitere an dem Urteil beteiligte Richter des 2. Senats überwiegend schon relativ alt waren: Wilhelm Dotterweich²⁹⁸ und Richard Busch sind im 19. Jahrhundert geboren worden, Carlhans Scharpenseel 1907,²⁹⁹ so dass sie ihre Kindheit und Jugend im Kaiserreich verbracht hatten und mit einem entsprechenden Erziehungsbild, für das die Prügelstrafe selbstverständlich war, groß geworden sind.³⁰⁰ Für sie war, das kommt vor allem in dem Votum Buschs zum Ausdruck, eine Grund-

295 BA, B 283/78386. In der Verfahrensakte finden sich viele Zeitungsberichte sowie Zuschriften, unter anderem zig Protestschreiben von DDR-Schulen. Aber es finden sich auch vereinzelte zustimmende Stellungnahmen, unter anderem von einigen Lehrern, in denen die Verrohung der Jugend angeprangert und ein Züchtigungsrecht für angemessen erachtet wird.

296 BA, Pers 101/39941, Personalblatt.

297 BA, Pers 6/250887, Beurteilung v. 1.3.1943.

298 BA, Pers 101/48781, Personalblatt.

299 BA, Pers 101/76142, Personalblatt.

300 BA, Pers 101/40031, Personalblatt. Eine Ausnahme bildet insoweit der verfolgte Erich Schalscha, der 10 Jahre jünger war.

schule ohne ein Züchtigungsrecht des Lehrers schlicht nicht vorstellbar. Da mussten juristische Feinheiten zurückgestellt werden.

Wozu diese Haltung führte, zeigte sich bei der Züchtigung eines „Leichtbluters“, der als Folge der Schläge einen schweren Gesundheitsschaden davontrug. Der Lehrer wurde freigesprochen, weil ihm zugutegehalten wurde, dass er diese Information zwar erhalten aber vergessen hatte.³⁰¹ Ob dieser Freispruch im konkreten Fall richtig gewesen ist oder nicht, soll hier nicht thematisiert werden, aber das Beispiel kann trotzdem als Beleg dafür dienen, wie wenig sinnvoll – gemessen an der rechtspolitischen Zielsetzung – die Zulassung eines Züchtigungsrechts auch damals schon war, weil unabhängig von der juristischen Wertung die Nachteile den „Nutzen“ wohl deutlich überwogen haben dürften.

Die beiden gegensätzlichen Entscheidungen des 5. und des 2. Strafsenats, die nur wenige Jahre auseinander liegen, machen deutlich, wie ungenau, ja fehlerhaft es ist, von „der“ Rechtsprechung des BGH zu sprechen. Die Diskrepanz in den Entscheidungen ist ein anschauliches Beispiel dafür, dass es eben oft nicht das Gesetz ist, das das Ergebnis einer Entscheidung vorgibt, sondern dass die handelnden Personen ihre Sicht vom richtigen Recht einbringen und ihr Vorverständnis letztlich Recht setzt.

5.5 Deutschland wird mobil

5.5.1 Die Regeln für den Straßenverkehr

Die zunehmende Mobilität der deutschen Gesellschaft in den 1950er Jahren bedeutete ein rasantes Wachstum des Straßenverkehrs. Während noch vor dem Zweiten Weltkrieg die Eisenbahn das Hauptverkehrsmittel war, wurde sie hinsichtlich des Güterverkehrs Anfang der 1950er Jahre durch die Lastkraftwagen abgelöst. Anschließend führte die Massenmotorisierung der Bevölkerung zu einem Boom der Personenkraftwagen bis 1960 mit einer Zunahme innerhalb eines Jahrzehnts von 400.000 auf 4,5 Millionen (im Jahr 1959).³⁰² Dies brachte Verkehrsunfälle in einem bisher so nicht bekannten Ausmaß mit sich, deren Zahl im Jahr 1954 bei einer halben Million lag und 1961 erstmals die Millionengrenze überstieg.³⁰³ Eine Ursache könnte darin liegen, dass viele Autofahrer überfordert gewesen waren, zum einen wegen der immer komplexer werdenden Verhältnisse auf den Straßen, auf der anderen Seite auch aufgrund der Unerfahrenheit beziehungsweise Unkenntnis mit dem motorisierten Verkehr. Der BGH-Richter Herbert Kleinewefers hat dieses Thema in einer Rundfunksendung ange-

301 BGH v. 9.12.1959 – 2 StR 489/59 (BGHSt 14, 52).

302 1955 war der millionste Käfer vom Band gerollt (Vasek, Land der Denker, S. 59).

303 Die Zahl der Verkehrstoten stieg von gut 10.000 bis 1970 auf fast 20.000, s. Praxenthaler, Sicherheit, S. 190 f.

sprochen und der Hoffnung Ausdruck verliehen, dass die vom BGH „entwickelten Grundsätze allmählich weiteren Kreisen bekannt werden.“³⁰⁴

Ganz ähnlich äußerte sich seine Senatskollegin Elisabeth Krumme, die auf die Fülle neuer Rechtsprobleme in diesem Zusammenhang hinwies. Außerdem fehlte bei den Verkehrsteilnehmern noch eine allgemeine Routine,³⁰⁵ sie mussten sich erst an die Verkehrsregeln gewöhnen, diese waren noch nicht internalisiert, ja teilweise noch nicht einmal konkret festgelegt. Es ist daher wenig erstaunlich, wenn das Straßenverkehrsrecht in zunehmendem Maße die Gerichte und damit gleich zu Beginn der 1950er Jahre auch den BGH beschäftigte. Sowohl im Zivil- als auch im Strafrecht waren verschiedene Senate mit Verkehrsunfällen beziehungsweise ihren Folgen befasst, besonders häufig der ab 1955³⁰⁶ für Verkehrsstrafsachen zuständige 4. Strafsenat.³⁰⁷

So wurde etwa das Verhalten und die Sorgfaltsmaßstäbe für den Fahrzeugführer im Straßenverkehr konkretisiert,³⁰⁸ der Überhol- und der Abbiegevorgang,³⁰⁹ diverse Vorfahrtskonstellationen³¹⁰ und deren Geltungsbereich, ferner das Verhältnis von Kraftfahrzeugfahrer und Fußgänger,³¹¹ mit letzteren hatte sich der BGH sogar öfter zu beschäftigen.³¹² Der Senat setzte sich, wie Elisabeth Krumme es ausdrückte, zum Ziel, „den Verkehr möglichst zügig zu gestalten, um die Verkehrsdichte aufzulockern und vor allem den Berufsfahrern die Erfüllung ihrer Aufgaben zu erleichtern.“³¹³

Ein Beispiel, mit dem die Richter dieses Ziel umsetzten: Beim Linksabbiegen müsse der Fahrzeugführer sich vorher zur Fahrbahnmitte einordnen, weil so die „mit dem Überqueren der Fahrbahn verbundenen Schwierigkeiten von allen Beteiligten

304 SWR Hörfunkarchiv, W0111869.

305 Daher wurde auch eine Sorgfaltspflicht dahingehend gefordert, mit dem verkehrswidrigen Verhalten anderer Verkehrsteilnehmer zu rechnen (BGHSt 14, 95).

306 Der Senat war zuständig gewesen für die Revisionen des OLG Hamm und damit für das rheinisch-westfälische Industriegebiet mit der schon damals größten Verkehrsdichte; deshalb hat man ihm die Verkehrsstrafsachen speziell zugewiesen.

307 Diese Materie machte etwa 20–25 Prozent des Pensums dieses Senats aus.

308 BGH v. 8.7.1952 – 1 StR 195/52 (BGHSt 3, 49, 54); BGH v. 29.8.1952 – 2 StR 330/523 (BGHSt 3, 62); BGH v. 17.12.1953 – 3 StR 520/5 (BGH St 5, 271); BGH v. 25.2.1954 – 4 StR 796/53 (BGHSt 5, 392); BGH v. 12.7.1954 – VGS 1/54 (BGH St 7, 118); rückwärts ausfahren aus Grundstück: BGH v. 1.4.1952 – 1 StR 883/51 (BGHSt 2, 226); blenden durch Fernlicht: BGH v. 17.9.1958 – 4 StR 235/58 (BGHSt 12, 81).

309 Viele Entscheidungen zum Vorgang des Linksabbiegens: BGH v. 27.10.1955 – 4 StR 357/55 (BGHSt 8, 285), geändert durch BGH v. 20.3.1958 – 4 StR 43/58 (BGHSt 11, 296); BGH v. 10.7.1958 – 4 StR 159/58 (BGHSt 12, 21); BGH v. 4.10.1960 – 4 StR 358/60 (BGHSt 15, 178); BGH v. 13.9.1961 – 4 StR 276/61 (BGHSt 16, 255); zum Abbiegen allgemein: BGH v. 12.6.1958 – 4 StR 141/58 (BGHSt 11, 357); BGH v. 15.3.1961 – 4 StR 58/61 (BGHSt 16, 19).

310 BGH v. 5.2.1958 – 4 StR 704/57 (BGHSt 11, 219); BGH v. 7.1.1959 – 4 StR 313/58 (BGHSt 12, 320); BGH v. 13.11.1959 – 4 StR 434/59 (BGHSt 13, 368); BGH v. 13.5.1959 – 4 StR 138/59 (BGHSt 13, 129).

311 BGH v. 14.12.1950 – III ZR 189/50 (BGHZ 1, 21).

312 BGH v. 11.7.1957 – 4 StR 160/57 (BGHSt 10, 369) (Gehen auf Straßen außerhalb von Ortschaften).

313 Krumme, Die Rechtsprechung, in: *DRiZ* (1960), S. 358.

am besten gemeistert werden könnten und der Geradeausverkehr am wenigsten aufgehalten würde.³¹⁴

Die Pflichten des Autofahrers vor Fahrtantritt³¹⁵ sowie beim Abstellen des Fahrzeugs wurden konkretisiert,³¹⁶ das Verhalten auf den Bundesautobahnen war immer wieder Gegenstand der höchstgerichtlichen Rechtsprechung, zum Beispiel dass auf ihnen Anhalten genauso wenig erlaubt ist wie das Rechtsüberholen.³¹⁷

Die noch heute Probleme bereitende Fahruntüchtigkeit wegen Alkoholeinflusses hat den BGH häufig beschäftigt bei Fahrzeugführern,³¹⁸ Kraftradfahrern³¹⁹ sowie Radfahrern.³²⁰ Bei 1,5 Promille bestehe, so die Senate, eine absolute Fahruntauglichkeit, die auch nicht durch eine individuelle Fähigkeit (Fahrprobe) entkräftet werden könne.³²¹ Senatsmitglied Herbert Kleinewefers berichtete über die dem Senat zur Entscheidung vorliegenden Sachverhalte und meinte, es sei den Fahrern oft gar nicht bewusst gewesen, dass sie fahruntauglich waren.³²² Um die von Alkoholfahrten ausgehenden Gefahren einzudämmen, wurden nicht nur die Fahrzeugführer in die Pflicht genommen: Die Garantenstellung des Gastwirts³²³ beziehungsweise des Halters³²⁴ gegenüber alkoholisierten Fahrern wurde als strafrelevant eingestuft, erst recht, wenn der Halter eines Personenkraftwagens als Beifahrer mitfuhr,³²⁵ und nachvollziehbar war die Wettfahrt mit einem alkoholisierten Motorradfahrer strafbar.³²⁶ Wer sich zu einem angetrunkenen Fahrer in den Wagen setze, willige möglicherweise konkludent in einen Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit ein, müsse sich aber auf jeden Fall auch ein Mitverschulden anrechnen lassen.³²⁷ War ein Verkehrsteilnehmer so stark alkoholisiert, dass die Grenze der Schuldunfähigkeit erreicht war, konnte er zwar nicht wegen eines Verkehrsdelikts, aber wegen einer Rauschtat belangt werden.

314 BGH v. 20.3.1958 – 4 StR 43/58 (BGHSt 11, 296). Das gelte auch bei einem Abbiegevorgang in eine Hauseinfahrt.

315 BGH v. 11.2.1955 – 1 StR 478/54 (BGHSt 7, 307); BGH v. 12.12.1956 – 4 StR 481/56 (BGHSt 10, 52) (Reifen); BGH v. 19.7.1957 – 4 StR 286/57 (BGHSt 10, 338) und BGH v. 12.5.1961 – 4 StR 90/61 (BGHSt 16, 89) (zur Beleuchtung); BGH v. 29.5.1957 – 2 StR 195/57 (BGH St 10, 333) (Trunkenheit des Beifahrers); BGH v. 10.7.1958 – 4 StR 180/58 (BGHSt 12, 75).

316 BGH v. 17.5.1960 – 4 StR 155/60 (BGHSt 14, 302); BGH v. 23.3.1962 – 4 StR 475/6 (BGHSt 17, 181).

317 Rechtsüberholen auf Autobahn: BGH v. 7.1.1959 – 4 StR 473/58 (BGHSt 12, 258); Nötigung auf der Autobahn: BGH v. 4.3.1964 – 4 StR 529/63 (BGHSt 19, 263).

318 BGH v. 5.11.1953 – 3 StR 504/53 (BGHSt 5, 168); BGH v. 11.4.1957 – 4 StR 482/56 (BGHSt 10, 265).

319 BGH v. 20.3.1959 – 4 StR 306/58 (BGHSt 13, 83); BGH v. 6.3.1959 – 4 StR 517/58 (BGHSt 13, 278).

320 BGH v. 7.8.1963 – 4 StR 270/63 (BGHSt 19, 82): Frage des Einzelfalles, keine feste Grenze.

321 BGH v. 5.11.1953 – 3 StR 504/53 (BGHSt 5, 168); BGH v. 11.4.1957 – 4 StR 482/56 (BGHSt 10, 265).

322 SWR Hörfunkarchiv W0111869. Kleinewefers im SDR.

323 BGH v. 22.1.1953 – 4 StR 417/52 (BGHSt 4, 20); BGH v. 13.11.1963 – 4 StR 267/63 (BGHSt 19, 152).

324 BGH v. 12.9.1952 – 1 StR 349/52 (BGHSt 3, 175).

325 BGH v. 25.11.1959 – 4 StR 424/59 (BGHSt 14, 24).

326 BGH v. 25.1.1955 – 2 StR 366/54 (BGHSt 7, 112).

327 BGH v. 9.10.1952 – III ZR 282/51 (VersR 1952, 420); BGH v. 14.3.1961 – VI ZR 189/59 (BGHZ 34, 355 = NJW (1961), S. 655).

Worin sollte genau die Schuld des Täters liegen? Der 5. Senat sah als vorwerfbares Verhalten das Berauschen an, weil die Norm die Gefahren bekämpfen wolle, die von Betrunknen ausgehe. Damit gehöre die Vorhersehbarkeit einer späteren Rauschtat zum Tatbestand, diese verstehe sich aber in der Regel von selbst.³²⁸

In vielen Entscheidungen ging es um das Delikt der Unfallflucht,³²⁹ einschließlich des Verhältnisses zur unterlassenen Hilfeleistung.³³⁰ Für die unterlassene Hilfeleistung (§ 330 c StGB aF) stellte sich die Frage, ob die in der Norm enthaltene Verweisung auf das „gesunde Volksempfinden“, die 1935 eingeführt worden war, weiter angewandt werden sollte. Der 4. Strafsenat meinte, dass die mit diesem Begriff vorzunehmende Abgrenzung zwischen der strafwürdigen und der nicht strafwürdigen Untätigkeit, das heißt die Frage der Zumutbarkeit helfenden Eingreifens mittels des allgemeinen Rechtsempfindens zu treffen sei, und in diesem Sinne könne der Begriff durchaus weiterverwendet werden.³³¹ Die gefundenen Ergebnisse waren dann auch nachvollziehbar.

Im Bereich der Unfallflucht waren die BGH-Senate streng. Begangen werde der Straftatbestand beispielsweise, wenn der Verursacher eines Unfalls, ohne Feststellungen seiner Personalien zuzulassen, sein Fahrzeug zurücklässt und sich darauf beruft, mit dem Kennzeichen sei er ja zu ermitteln.³³² Strafbar mache sich des Weiteren, wer einen Unfall verursacht und erst auf der Weiterfahrt Kenntnis von dem Unfall erlangt, aber nicht an den Unfallort zurückkehrt,³³³ ebenso wer zwar an den Unfallort zurückkehrte, dort aber die Polizei täuschte, in dem er angab, Zeuge des Unfalls gewesen zu sein.³³⁴ Die Schwere des verursachten Schadens solle bei der Strafzumessung eine Rolle spielen,³³⁵ strafschärfend wirke sich außerdem ein sogenannter Nachtrunk aus.³³⁶

Dogmatisch grundlegend war die Entscheidung des Großen Zivilsenats, mit der dieser festlegte, dass verkehrsrichtiges Verhalten, auch wenn es einen anderen schädigt, nicht rechtswidrig sei und keine Schadensersatzpflicht auslöst.³³⁷ Ebenfalls von weitreichender Bedeutung war die Ablehnung einer Ursächlichkeit verkehrswidrigen Verhaltens für einen schädlichen Erfolg, wenn dieser auch bei verkehrsgerechtem Verhalten eingetreten wäre.³³⁸ Dies wurde angenommen vom 4. Strafsenat unter

328 BGH v. 7.5.1957 – 5 StR 127/57 (BGHSt 10,247): Motorradfahrer.

329 BGH v. 12.3.1953 – 3 StR 819/52 (BGHSt 4, 144) stellte bereits wesentliche, noch heute maßgeblichen Aspekte fest. Der 4. Senat (BGH v. 26.5.1955 – 4 StR 148/55, BGHSt 8, 263) schränkte den Tatbestand ein: Wenn nur das Fahrzeug des Verursachers geschädigt wurde, sei er nicht erfüllt, was aber nicht gelte, wenn der Wagen nicht dem Fahrer gehört (BGH v. 28.6.1956 – 4 StR 175/56 (BGHSt 9, 267)).

330 BGH v. 10.11.1953 – 1 StR 227/53 (BGHSt 5, 124).

331 BGH v. 28.6.1951 – 4 StR 270/51 (BGHSt 1, 266, 268).

332 BGH v. 21.6.1961 – 4 StR 544/60 (BGHSt 16, 139).

333 BGH v. 20.1.1960 – 4 StR 292/59 (BGHSt 14, 89).

334 BGH v. 8.4.1960 – 4 StR 2/60 (VRS 18, 430, 436 zu 3c).

335 BGH v. 17.9.1958 – 4 StR 165/58 (BGHSt 12, 253).

336 BGH v. 9.2.1962 – 4 StR 519/61 (BGHSt 17, 143).

337 BGH v. 4.3.1957 – GSZ 1/56 (BGHZ 24, 21).

338 BGH v. 25.9.1957 – 4 StR 354/57 (BGHSt 11, 1). Berichterstatterin war Elisabeth Krumme.

dem Vorsitz von Eberhard Rotberg bei einem Unfall eines Lastwagenfahrers, der einen Fahrradfahrer mit zu geringem Abstand überholt hatte. Der unfallbedingte Tod des Radfahrers war nach menschlichem Ermessen wohl auf seine alkoholbedingte absolute Fahruntüchtigkeit zurückzuführen. Es müsse allerdings eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, dass der Erfolg bei pflichtgemäßem Verhalten ausgeblieben wäre.

Während es bei den erwähnten Entscheidungen um ein Verhalten ging, das noch als Verkehrsausübung bezeichnet werden kann, gab es die Fälle, in denen der Personenkraftwagen missbraucht wurde, was als „Eingriff in den Straßenverkehr“ im Jahr 1953 gemäß § 315 a StGB aF³³⁹ unter Strafe gestellt wurde. Dieser Straftatbestand wurde in zwei Entscheidungen aus dem Jahr 1954 noch weit ausgelegt; für eine Gefährdung des Straßenverkehrs ließ der Senat die Individualgefahr genügen, etwa bei der Gefährdung der Pkw-Insassen bei einer Trunkenheitsfahrt³⁴⁰ oder bei einem Angriff auf einen Taxifahrer durch seinen Fahrgast.³⁴¹ Auch wurde eine Gemeingefahr bejaht bei einer Alkoholfahrt auf schneebedeckter Fahrbahn, selbst wenn die Fahrweise im konkreten Fall nicht zu beanstanden war.³⁴² In der zweiten Hälfte der 1950er Jahre nahm der 4. Senat eine Begrenzung vor: Eine reine Individualgefahr reiche nicht aus, die bloße Gefährdung des selbst gefahrenen Fahrzeugs stelle keinen Eingriff in den Straßenverkehr dar. Selbst wenn der Wagen nicht dem Täter gehört, reiche die Gefährdung dieser einen Sache nicht.³⁴³ Das Gleiche gelte, wenn lediglich Verwandte mit im Auto saßen; auch in einem solchen Fall sei eine Gemeingefahr zu verneinen.³⁴⁴ Erst wenn ein nicht abgrenzbarer Personenkreis gefährdet werde, etwa bei einer Busfahrt,³⁴⁵ sei eine Gemeingefahr anzunehmen. Ein Angriff, der sich konkret gegen nur einen einzelnen Polizisten richte, falle nicht unter die Norm.³⁴⁶ Dieser Ausschluss der Individualgefahr ist als zu eng kritisiert³⁴⁷ und vom Gesetzgeber im Jahr 1964 korrigiert worden.³⁴⁸

Beim „Hindernis-bereiten“ hat der 4. Senat stets eine weite Auffassung vertreten,³⁴⁹ beim Wenden auf der Autobahn sei der Tatbestand gegeben.³⁵⁰ Ausreichend war ferner das ungenügend gesicherte Abstellen auf abschüssiger Straße durch einen

339 Gesetz v. 19.12.1952. Dies wurde später in § 315 b StGB geregelt.

340 BGH v. 23.2.1954 – 1 StR 671/53 (BGHSt 6, 100).

341 BGH v. 29.4.1954 – 4 StR 837/53 (BGHSt 6, 82).

342 BGH v. 30.6.1955 – 4 StR 127/55 (BGHSt 8, 28).

343 BGH v. 18.12.1957 – 4 StR 554/75 (BGHSt 11, 148): Der alkoholisierte Fahrer war allein im Wagen; ähnlich (zu § 1 StVO): BGH v. 9.1.1959 – 4 StR 490/58 (BGHSt 12, 282).

344 BGH v. 16.1.1958 – 4 StR 652/57 (BGHSt 11, 199).

345 BGH v. 16.1.1958 – 4 StR 652/57 (BGHSt 11, 199).

346 BGH v. 1.7.1960 – 4 StR 205/60 (BGHSt 14, 395).

347 So auch der BGH-Richter Christian Mayr, Straßenverkehrsgefährdung, S. 274.

348 Gesetz v. 26.11.1964 (BGBl I, 1964, 921).

349 BGH v. 26.5.1955 – 4 StR 117/55 (BGHSt 7, 379).

350 BGH v. 23.6.1960 – 4 StR 167/60.

betrunkenen Fahrer³⁵¹ und auch der Versuch, einer Polizeikontrolle dadurch zu entgehen, dass der Fahrer in Schlangenlinien sein Fahrzeug lenkt, sei ein Eingriff in den Straßenverkehr.³⁵² Aber es gab auch Grenzen: Ein unzulässiger Überholvorgang bereite kein Hindernis,³⁵³ genau so wenig die Missachtung der Vorfahrt, die aber gleichwohl – wegen einer denkbaren Gemeingefahr – unter die Vorschrift fallen könne.³⁵⁴

Hinsichtlich der Rechtsfolgen ist bis heute der Entzug der Fahrerlaubnis die wohl am meisten gefürchtete Sanktion, die nicht nur zulässig war im Falle der Ungeeignetheit zum verkehrssicheren Führen eines Fahrzeugs, sondern auch bei charakterlicher Unzuverlässigkeit,³⁵⁵ so dass letztlich die gesamte Persönlichkeit zu bewerten ist. Es komme, so der Senat, nicht nur auf die konkret vorgeworfene Tat an, sondern auf die gesamte Persönlichkeit des Fahrers.³⁵⁶ Die Entziehung der Fahrerlaubnis war auch bei einem Freispruch wegen Unzurechnungsfähigkeit möglich, knüpfte also nicht immer an ein Verschulden an.³⁵⁷ Eine Sperrfrist, im konkreten Fall das Verbot, jemals eine Fahrerlaubnis zu erlangen, sei auch möglich gegenüber Personen, die gar keine Fahrerlaubnis besitzen, so der Große Senat für Strafsachen im Jahr 1955.³⁵⁸ Häufiges Fahren ohne Fahrerlaubnis rechtfertigte allerdings noch nicht den Schluss auf einen gefährlichen Gewohnheitstäter.³⁵⁹

Alles in allem hat der BGH in einem Rechtsgebiet, das für einen zunehmend größeren Anteil der Bevölkerung wichtig wurde, Rechtssicherheit geschaffen. Die Notwendigkeit einer Vereinheitlichung der Rechtsprechung war hier gerade deshalb besonders dringlich, weil der motorisierte Verkehr erst nach dem Zweiten Weltkrieg zu einer Massenerscheinung wurde und sowohl die Verkehrsregeln als auch die Sorgfaltsmaßstäbe noch nicht ins allgemeine Bewusstsein gedungen waren. Die BGH-Rechtsprechung war auf diesem Gebiet also besonders wirkmächtig. Das besondere Bedürfnis nach einer Rechtseinheit wird auch dadurch untermauert, dass von den Vorlagen der Oberlandesgerichte, die (gemäß § 121 Abs. 2 GVG) vorgesehen waren, wenn ein Oberlandesgericht von einem anderen Oberlandesgericht oder vom BGH abweichen wollte, ein großer Teil das Straßenverkehrsrecht betraf: Von insgesamt 113 solcher Vorlagen in den ersten neun Jahren betrafen allein 36 dieses Rechtsgebiet, also fast ein Drittel.³⁶⁰ Und diese Rolle zur Rechtsvereinheitlichung hat der BGH, vornehmlich der 4. Strafsenat, so gut es ging ausgefüllt. Neben den bereits erwähnten Elisabeth Krumme und Herbert Kleinewefers, wären noch Eberhard Rotberg zu nennen,

351 BGH v. 29.7.1964 – 4 StR 236/64 (BGHSt 19, 371).

352 BGH v. 26.5.1955 – 4 StR 117/55 (BGHSt 7, 379).

353 BGH v. 4.2.1954 – 4 StR 551/53 (BGHSt 5, 297). Dadurch werde kein Hindernis bereitet.

354 BGH v. 25.2.1954 – 4 StR 796/53 (BGHSt 5, 342).

355 BGH v. 5.11.1953 – 3 StR 542/53 (BGHSt 5, 179); s. a. BGH v. 14.12.1954 – 3 StR 330/54 (BGHSt 7, 165).

356 BGH v. 5.11.1953 – 3 StR 504/53 (BGHSt 5, 168).

357 BGH v. 16.12.1959 – 4 StR 484/59 (BGHSt 14, 68).

358 BGH v. 7.11.1955 – GSSt 2/55 (BGHSt 10, 94).

359 BGH v. 6.9.1963 – 4 StR 325/63 (BGHSt 19, 98).

360 Nachweis bei: Krumme, Die Rechtsprechung, in: DRiZ (1960), S. 352.

der ja auch zusammen mit Kleinewefers einen Kommentar zum Ordnungswidrigkeitenrecht herausgegeben hat,³⁶¹ sowie Heinrich Jagusch, der nach seinem Ausscheiden aus dem Staatsschutzsenat im 4. Strafsenat in vielen Straßenverkehrssachen mitgewirkt und sich als ein Experte auf diesem Rechtsgebiet einen Namen gemacht hat, unter anderem als Autor eines bekannten Handbuchs zum Straßenverkehrsrecht.³⁶² Dass Elisabeth Krumme eine chaotische Fahrerin gewesen sein soll, hat der sinnvollen Rechtsprechung jedenfalls keinen Abbruch getan, genauso wenig wie die Tatsache, dass Max Güde keinen Führerschein besessen hat.

5.5.2 Das KfZ-Schadensersatzrecht

Die quantitativ zunehmenden Verkehrsunfälle führten zu einer Zunahme an Revisionsverfahren beim BGH und warfen auch im Zivilrecht viele neue Rechtsfragen auf, konkret waren damit der für das allgemeine Schadensrecht zuständige III. und der für das Deliktsrecht zuständige VI. Zivilsenat befasst.

Die Haftung

Die Reichweite der verschuldensunabhängigen Haftung des Fahrzeughalters ist gem. § 7 StVG dahingehend umschrieben, dass die Verursachung eines Schadens „*bei Betrieb eines Kraftfahrzeugs*“ erfolgte. Der BGH entschied sich für eine funktionelle Betrachtung und hat damit den Betriebsbegriff weit gefasst. Eine Haftung des Halters bestand (und besteht) auch, wenn der Motor nicht (mehr) betätigt wird, sie war also gegeben, wenn ein Kraftfahrzeug auf einer Straße wegen Motorschadens liegen blieb, selbst wenn dieser Zustand länger anhielt.³⁶³ Konsequent war es, dass dies dann auch für das Anschieben eines Fahrzeugs ohne Betätigung des Motors galt.³⁶⁴ Damit wurde in Abweichung von der Rechtsprechung des Reichsgerichts auch der ruhende Verkehr erfasst. Und die Halterhaftung wurde auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Fahrzeugführer den Wagen für eine vorsätzliche Tötung missbrauchte.³⁶⁵

Es war anerkannt, dass bei der Anrechnung eines Mitverschuldens des Geschädigten (gem. § 254 BGB) auch eine Gefährdungshaftung zu berücksichtigen ist, jedenfalls dann, wenn der Geschädigte seinerseits auch ohne Verschulden haften würde.³⁶⁶ Der als Insasse geschädigte Halter eines Unfallfahrzeugs musste sich daher die Halterhaf-

³⁶¹ Der Kommentar hat bis 1959 vier Auflagen erlebt.

³⁶² Jagusch übernahm das von Johannes Floegel begründete Standardwerk 1968 (17. Aufl.) und führte es bis Anfang der 1980er Jahre fort.

³⁶³ BGH v. 9.1.1959 – VI ZR 202/57 (BGHZ 29, 163).

³⁶⁴ BGH v. 29.3.1960 – 4 StR 55/60 (BGHSt 14, 185) (Anschieben).

³⁶⁵ BGH v. 3.7.1962 – VI ZR 184/61 (BGHZ 37, 311).

³⁶⁶ BGH v. 3.7.1962 – VI ZR 184/61 (BGHZ 37, 320) mit Nachweisen über die Reichsgerichts-Rechtsprechung.

tung gem. § 7 StVG als „Mitverschuldensanteil“ entgegenhalten lassen.³⁶⁷ Letztlich waren es Billigkeitsgesichtspunkte, die den III. Senat zu dieser Auffassung bewegten, da der Geschädigte einem Dritten gegenüber ja auch zusammen mit dem Schädiger haften würde. Kein Mitverschulden nahm der Senat an bei der Trunkenheit eines Fahrers eines Motorrades, der mit einem Autofahrer kollidierte, der die Vorfahrt missachtet hatte.³⁶⁸ Hier fehle es an der Kausalität der Trunkenheit, da der Schaden auch entstanden wäre, wenn der Geschädigte nüchtern gewesen wäre, es griff der oben geschilderte Grundsatz des rechtmäßigen Alternativverhaltens. Der Ausnahmecharakter der Gefährdungshaftung gegenüber der sonst im BGB üblichen Verschuldenshaftung hat den BGH veranlasst, die Norm nicht im Wege der Analogie auf andere Bereiche auszudehnen.³⁶⁹

Die Schadensberechnung

Gemäß § 249 BGB hat der an einem Verkehrsunfall Schuldige Schadensersatz zu leisten, das heißt er hat nach dem Grundsatz der Naturalrestitution den Zustand wiederherzustellen, der vor dem Unfall bestand, also den beschädigten Wagen zu reparieren beziehungsweise die Kosten für eine Reparatur zu tragen. Als schwierig erwies sich die Bestimmung der Höhe des Schadensersatzes. Eine Berechnung ist noch relativ einfach, wenn konkrete Kosten angefallen sind, in der Regel in diesem Zusammenhang die Reparaturrechnung. Aber Probleme ergeben sich, wenn die Reparatur (noch) nicht durchgeführt worden ist oder das Fahrzeug gar nicht repariert wurde. Die fiktive Abrechnung eines Schadens ist zwar kein genereller Grundsatz und ist es zum Beispiel für Körperschäden heute noch nicht (keine Arztkosten, wenn der Verletzte nicht zum Arzt geht!). Für Sachschäden wurde eine solche fiktive Abrechnung letztlich aber allgemein anerkannt; der Geschädigte sei in der Verwendung des Geldbetrages, den er als Schadensersatz erhält, frei. Insoweit dient dann ein Kostenvoranschlag als Grundlage für die Bemessung. Durchgesetzt hat sich die Auffassung des BGH, dass der nach einer Reparatur verbleibende merkantile Minderwert des Fahrzeugs auszugleichen ist, selbst dann, wenn das Fahrzeug nicht verkauft, sondern weiter benutzt wird,³⁷⁰ obwohl sich dann der Minderwert nicht manifestiert.

Zum Schaden gehören auch die Kosten für ein Ersatzfahrzeug während der Zeit der Reparaturdauer, umstritten war aber, ob auch für diesen Schadensfaktor eine fiktive Berechnung zulässig ist, ob also der Betrag für die Mietwagenkosten auch zu ersetzen ist, wenn gar kein Mietwagen genommen wird. Das dahinterstehende dogmati-

³⁶⁷ BGH v. 23.6.1952 – III ZR 297/51 (BGHZ 6, 319).

³⁶⁸ BGH v. 2.2.1960 – VI ZR 21/59 (VersR 1960, 479).

³⁶⁹ Kritisch: Deutsch, Die Gefährdungshaftung, S. 679.

³⁷⁰ BGH vom 3.10.1961 – VI ZR 238/60 (BGHZ 35, 396); BGH v. 2.12.1966 – VI ZR 72/65 (VersR 1967, 183): Zeitpunkt der Schadensberechnung sei die Inbetriebnahme des Fahrzeugs nach der Reparatur. Würde man einen späteren Zeitpunkt wählen (um zu berechnen, wie lange der Geschädigte den Wagen weiter nutzt), würde der Schädiger dafür, dass er mit der Schadensbegleichung im Verzug ist, belohnt.

sche Problem besteht darin, dass in diesem Fall zumindest unmittelbar kein Vermögensschaden gegeben ist, sondern die Einbuße des Geschädigten in der fehlenden Nutzungsmöglichkeit seines Personenkraftwagens liegt. Und Nichtvermögensschäden waren nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes nicht zu ersetzen (§ 253 BGB aF). Der III. Senat hat in einer Entscheidung im Jahr 1963 einen Anspruch gleichwohl anerkannt und einen Vermögensschaden bejaht.³⁷¹ Um das zu begründen, musste das Gericht allerdings einige gedankliche Verrenkungen machen. Der Begriff „Schaden“ sei nicht juristisch, sondern wirtschaftlich zu verstehen, und die fehlende Nutzungsmöglichkeit sei nicht nur persönlich, sondern auch wirtschaftlich nachteilig. Denn der Käufer eines Wagens, den man erst später nutzen könne, würde auch weniger dafür zahlen.³⁷² Nun hängt der Wert eines Wirtschaftsgutes und seine Nutzung immer eng zusammen, denn für einen Kühlschrank, den man nicht nutzen kann, würde ein Kunde auch nichts bezahlen. Letztlich passt der Vergleich des BGH nicht so ganz, da es bei der Abrechnung von fiktiven Mietwagenkosten darum geht, dass der Geschädigte ja gerade auf die Nutzung verzichtet, indem er keinen Ersatzwagen anmietet. Es wird gerade nicht Ersatz für die Nutzung gewährt, sondern ein Nichtvermögensschaden ersetzt. Eine zweite Überlegung des Senats geht in die Richtung, ein Autokauf erfolge auch, „um seine Zeit rationeller zu verwenden.“ Dass mit dem Erwerb eines KfZ Nutzungsmöglichkeiten „erkauft“ werden, ist sicher zutreffend beschrieben, gilt aber für eine unendliche Zahl von Produkten.

Jedenfalls hat der VI. Senat drei Jahre später die geschilderte Auffassung des III. Senats übernommen³⁷³ und als Argument hinzugefügt, dass es im Vergleich zu einem Kunstwerk bei den Pkw „Maßstäbe zur geldmäßigen Bemessung“ gebe.³⁷⁴ Damit war ein Sonderrecht für den Automobilschadensersatz geschaffen, für den sich schon bald der Begriff der Kommerzialisierung herausgebildet hat, der dann auch bei anderen Gütern zum Einsatz gekommen ist.³⁷⁵ Die Grenze zwischen den Vermögensschäden und den Nichtvermögensschäden wurde durch diesen Kommerzialisierungsgedanken entscheidend verschoben, vielleicht sogar aufgelöst.³⁷⁶ Ob dies als Fortschritt zu beurteilen ist, ist Ansichtssache.

371 BGH v. 30.9.1963 – III ZR 137/62 (BGHZ 40, 345).

372 BGH v. 30.9.1963 – III ZR 137/62 (BGHZ 40, 345, 348).

373 BGH v. 15.4.1966 – VI ZR 271/64 (BGHZ 45, 212).

374 BGH v. 15.4.1966 – VI ZR 271/64 (BGHZ 45, 217).

375 Zur Berechnung: BGH v. 18.5.1971 – VI 52/70 (BGHZ 56, 214). Bereits im Jahr 1956 hat der III. Senat unter dem Vorsitz von Geiger den „ungestörten und erholsamen Genuss“ eines Urlaubs für entschädigungswert erachtet und dies mit der Kommerzialisierung einen Vermögensschaden begründet (BGH v. 7.5.1956 – III ZR 243/54, *NJW* (1956), S. 1234).

376 Bereits im Seereise-Fall wurde der Kommerzialisierungsgedanke angewandt, indem der entgangene Urlaubsgenuss entschädigt wurde, weil der Kläger durch die Buchung der Reise einen „ungestörten und erholsamen Genuss“ erkauft hätte, der dadurch beeinträchtigt worden war, dass er zehn Tage ohne Koffer reisen musste (BGH v. 7.5.1956 – III ZR 243/54 *NJW* (1956), S. 1234).

Unabhängig von der Überzeugungskraft der Argumente führte diese Entwicklung zu weiteren Rechtsfragen, zum Beispiel zu komplizierten Berechnungen des Schadens³⁷⁷ oder der Frage, inwieweit der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nutzungsausfalls einen Nutzungswillen und eine Nutzungsmöglichkeit voraussetzt.³⁷⁸ Daran würde es fehlen, wenn der Geschädigte in der fraglichen Zeit eine Kreuzfahrtreise unternimmt. Die Notwendigkeit einer Nutzungsmöglichkeit hat der BGH bejaht, weil er glaubte, mit der Einschränkung des Schadensersatzes werde einer Ausnutzung des Unfalls zur Gewinnerzielung vorgebeugt, was sich aber in der weiteren Entwicklung als nicht ganz realistisch erwiesen hat. Besonders strittig war beispielsweise die Frage, ob die fehlende Möglichkeit der Nutzung auch dann den Schaden ausschließt, wenn der Geschädigte unfallbedingt den Wagen nicht nutzen konnte, etwa weil er im Krankenhaus liegt.³⁷⁹ Dies hat der VI. Senat bejaht, weil es sonst an der „Fühlbarkeit der Einschränkung“ fehle. Allerdings reicht es (für die Fühlbarkeit) aus, wenn ein anderer Angehöriger das Fahrzeug genutzt hätte. Um die Schadensberechnung in diesem Bereich nicht zu sehr auf die Spitze zu treiben, sollte bei der Anmietung eines billigeren Ersatzfahrzeugs nicht auch noch eine Differenz bezahlt werden.³⁸⁰ Schließlich kann ein Unternehmer bei Beschädigung zum Beispiel eines Linienomnibusses die anteiligen Kosten erstattet erhalten, die ihm durch die vorsorgliche Anschaffung eines Reservewagens entstanden sind – die sogenannten Vorhaltekosten.³⁸¹

Im Ergebnis haben die Zivilsenate ein Sonderrecht für den Schadensersatz bei Straßenverkehrsunfällen mit Kraftfahrzeugen entwickelt, was möglicherweise auch dadurch gefördert wurde, dass auf Seiten des Schädigers in der Regel eine Versicherung einspringt. Die Folgen waren mitunter Auswüchse bei der Schadensabrechnung, die nur schwer einzugrenzen sind.³⁸² Mittlerweile ist die Übertragung des darin zum Ausdruck kommenden Kommerzialisierungsgedankens auf andere Rechtsgüter anerkannt, bei denen im Falle einer Beschädigung ebenfalls ein Nutzungsersatz gewährt wird.

Menschlich schwierig waren die Fälle zu entscheiden, in denen Schadensersatzansprüche geltend gemacht wurden, weil ein Familienangehöriger bei einem Verkehrsunfall getötet worden war. Grundsätzlich bestand bei Tötung eines Ehegatten ein Anspruch des anderen Ehegatten auf Ersatz der Kosten, die durch den Wegfall des unterhaltsverpflichteten beziehungsweise des haushaltsführenden Gatten entstanden

377 Es war umstritten, welche Kosten der Mietwagenfirma (etwa deren Gewinn) vorweg abzuziehen sind und wie die Ersparnis des Geschädigten zu berechnen ist (s. BGH v. 3.6.1969 – VI ZR 27/68 (VersR 1969, 828)).

378 Beides bejaht in: BGH v. 13.12.1965 – III ZR 62/64 (VersR 1966, 192). Für eine fehlende Nutzungsmöglichkeit aus unfallunabhängigem Grund: BGH v. 15.4.1966 – VI ZR 271/64 (BGHZ 45, 212).

379 Bejaht von BGH v. 7.6.1968 – VI ZR 40/67 (VersR 1968, 803).

380 BGH v. 22.12.1956 – VI ZR 72/65 (VersR 1967, 183).

381 BGH v. (BGHZ 32, 280); BGH v. 13.12.1965 – III ZR 62/64 (VersR 1966, 192).

382 Zu den komplizierten Berechnungsmethoden anhand von Tabellen: BGH v. 3.6.1969 – VI ZR 27/68 (VersR 1969, 828).

waren.³⁸³ Da ein Mitverschulden des Geschädigten jeweils zu berücksichtigen war, musste sich der Überlebende eine mögliche Halterhaftung des Getöteten anrechnen lassen. Ferner müsse sich die Witwe Einkünfte, die sie aus eigenem Erwerb hätte erzielen können, anrechnen lassen.³⁸⁴ Bei der Tötung einer zwölfjährigen Tochter müsse überlegt werden, ob eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür bestehe, dass diese dem Anspruchsteller hätte unterhaltspflichtig werden können, was den Schaden mindere.³⁸⁵ Ein Schadensersatz (aus § 844 Abs. 2 BGB) bestehe auch zu Gunsten des Kindes einer getöteten nicht verheirateten Mutter, weil dem Kind durch den Tod der Mutter Leistungen der Personensorge entzogen wurden.³⁸⁶

Mehrere Schädiger

Schließlich noch ein Blick auf die nicht ganz seltene Konstellation, dass mehrere Schädiger gemeinsam für einen Schaden verantwortlich sind. Grundsätzlich haften diese als Gesamtschuldner, so dass der Geschädigte seinen Schaden in vollem Umfang von jedem Schädiger verlangen kann. Wenn einer von ihnen den Geschädigten befriedigt, stellt sich die Frage nach einem Ausgleich der Schädiger untereinander, was grundsätzlich je nach Verschuldensquote berechnet wird. Kompliziert wird es, wenn von mehreren einer eine Haftungsprivilegierung gegenüber dem Geschädigten genießt, sei es, weil die beiden verheiratet sind³⁸⁷ oder weil sie einen Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit vertraglich vereinbart haben. Bei einem Autounfall eines Ehepaares, das im Jahr 1948 nach einer Feier alkoholisiert mit ihrem Pkw mit einem Dritten, der ebenfalls betrunken war, kollidierten, meinte der VI. Senat, der vertragliche, konkludent anzunehmende Haftungsausschluss für Mitfahrende wirke nur im Innenverhältnis, nicht gegenüber Dritten.³⁸⁸ Dies wurde dann im Ergebnis genauso entschieden für die gesetzliche Haftungserleichterung unter Ehegatten (gem. § 1359 BGB).³⁸⁹ Aber im Jahr 1961 hat das Gericht dieser Beschränkung der Haftung unter Ehegatten für leichte Fahrlässigkeit in Schadensersatzfällen im Straßenverkehr die Anwendung versagt, da im Straßenverkehr kein Platz sei für eine geringere Sorgfalt, sondern allgemeine Sorgfaltsmaßstäbe gelten müssten.³⁹⁰ Seitdem werden Ehegatten genauso behandelt wie alle anderen an einem Unfall beteiligten. Dieser Grundsatz gilt auch für eine gemeinsame Rückfahrt mehrerer Personen in einem Wagen nach einem Wirts-

383 BGH v. 3.12.1951 – III ZR 72/51 (BGHZ 4, 123) im Rahmen des § 845 BGB bei Tötung der Ehefrau; BGH v. 3.12.1951 – III ZR 119/51 (BGHZ 4, 133) für den Fall eines getöteten Kindes.

384 BGH v. 13.12.1951 – III ZR 83/51 (BGHZ 4, 170) für die Rentenansprüche der Witwe des getöteten Ehemannes.

385 BGH v. 3.12.1951 – III ZR 119/51 (BGHZ 4, 133, 137).

386 BGH v. 26.1.1953 – III ZR 37/52 (BGHZ 8, 374, 377).

387 Gemäß § 1359 BGB haftet ein Ehegatte gegenüber dem anderen nur für grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz.

388 BGH v. 3.2.1954 – VI ZR 153/52 (BGHZ 12, 213).

389 BGH v. 27.6.1961 – VI ZR 205, 60 (BGHZ 35, 317).

390 BGH v. 27.6.1961 – VI ZR 205/60 (BGHZ 35, 317).

hausbesuch: Zwar hat das Gericht die konkludente Gründung einer Gesellschaft angenommen, für die eigentlich eine Haftungsbeschränkung gesetzlich vorgesehen ist (§ 708 BGB aF), diese Norm aber nicht angewandt, weil eine solche Haftungsbeschränkung für den Straßenverkehr nicht angemessen sei.³⁹¹ Dies ist bis heute geltendes Recht.³⁹²

Fazit

Wie gezeigt, hat der VI. Zivilsenat bei Klagen auf Schadensersatz bei Verkehrsunfällen die wesentlichen Weichen gestellt, wodurch im Ergebnis zum Teil ein Sonderrecht entstanden ist, dass seine Ursache in der enormen Bedeutung des Straßenverkehrs haben dürfte, aber auch durch die Tatsache bedingt ist, dass in den meisten der zu entscheidenden Fällen eine Versicherung für den Schaden aufkommt. Inwieweit die Ergebnisse überzeugen, ist Ansichtssache, jedenfalls hat die höchstrichterliche Rechtsprechung insoweit für Rechtssicherheit gesorgt. Noch wichtiger waren klare Regeln für den Straßenverkehr selbst, die vor allem durch die Rechtsprechung des 4. Strafsenats geschaffen worden sind. Mag auch heute die Strafbarkeit etwa für ein unerlaubtes Entfernen vom Unfallort überwiegend für etwas überzogen gehalten werden, so kann man im Großen und Ganzen doch konstatieren, dass die Rechtsprechung viel dazu beigetragen hat, dass der enorme Zuwachs an Mobilität doch relativ glimpflich, was die Schäden angeht, vonstattengegangen ist.

³⁹¹ BGH v. 20.12.1966 – VI 53/60 (BGHZ 46, 313, 324).

³⁹² Keine Gesamtschuld wurde angenommen bei einer Haftungsfreistellung eines Unternehmers nach der Reichsversicherungsordnung, denn das öffentlich-rechtliche Versicherungsprinzip, das hinter diesem Haftungsausschluss steht, verhindere eine Inanspruchnahme durch einen Zweitschädiger im Wege des Rückgriffs (BGH v. 10.1.1967 – VI ZR 77/65 (VersR 1967, 250)).