

Dr.jur. Dr.phil. **Rüdiger Lautmann**

o. Prof. (em.) für Allgemeine Soziologie und Rechtssoziologie an der Universität Bremen

10781 Berlin
Lindauer Str. 7
Tel. (30)-53091193
Email: LautmannHH@aol.com
Homepage: www.lautmann.de

8. Mai 2013

„Rehabilitierung und Entschädigung verurteilter Homosexueller nach § 175 StGB“
BT-Drs. 17/4042 und BT-DRs 17/10841

Stellungnahme zur Anhörung im Rechtsausschuss des Bundestags am 15. Mai 2013

Die *rechtswissenschaftliche* Erörterung des Anhörungsthemas sei vor allem den hauptberuflich tätigen Juristen überlassen. Auf die ebenso gravierende *rechtspolitische* Bedeutung gehe ich hier aus interdisziplinärer Sicht ein.

1. Verfassungswidrige Straftätigkeit vom Geltungsbeginn des Grundgesetzes an, nicht erst seit 1969

Die Sonderbehandlung gleichgeschlechtlicher Handlungen (in den beiden Teilen Deutschlands) verstieß gegen verfassungsmäßige Grundrechte, insb. gegen das Allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 GG). Als das Bundesverfassungsgericht dies 1957 verkannte, täuschte es sich noch über die Durchschlagskraft der Grundrechte; die Maßstäbe dazu wurden erst danach entwickelt (so der Richter am BVerfG Brun-O. Bryde, ähnlich der Vizepräs. des BVerfG Winfried Hassemer, beide bis vor kurzem dort tätig). Eine Heidelberger Dissertation hatte bereits 1996 festgestellt, dass die Homosexualität nach Art. 2 Abs. 1 GG zu schützen ist. Nach dieser unwidersprochenen Meinung sind alle auf § 175 StGB gestützten Urteile und Staatshandlungen verfassungswidrig.

2. Nicht nur die NS-Fassung des Strafparagraphen, auch der Grundtatbestand war stets verfassungswidrig

Etwas zu kurz greift es, die Rehabilitation nur mit der irrig aufrechterhaltenen Fassung des § 175 StGB von 1935 zu begründen. Die meisten Verurteilungen konnten sich ohnehin auf die Fassung von 1871 sowie die vom Reichsgericht sukzessive eingeführten Tatbestandserweiterungen berufen.

Dass das BVerfG 1957 die nationalsozialistische Verschärfung als ‚nicht NS-typisch‘ einstufte, schuf ein besonderes Unrecht: Es wurde versäumt, den Bruch mit dem nationalsozialistischen Geist der Homosexuellenverfolgung zu vollziehen. Bekanntlich hat durch Gestapo, SS und Konzentrationslager die mörderischste jemals bekannt gewordene Repression stattgefunden. In der Bundesrepublik blieben diese Vorgänge bis zur Entkriminalisierung undokumentiert. Der Strafparagraph und die rege Urteilstätigkeit haben zu dieser ‚Zweiten Schuld‘ entscheidend beigetragen.

3. *Ab wann wirkt die Menschenrechtskonvention auch innerstaatlich?*

Separat zu prüfen ist der Zeitraum, für den die europarechtlich seit 1981 konstatierte Verletzung der Menschenrechte zutrifft. Die EMR-Konvention stammt von 1952. Die Menschenrechtsverletzungen betreffen jedenfalls das Unrecht der ungleichen Schutzaltersgrenzen, wie sie bis 1994 gegolten haben. Der rechtspolitisch stärkere Impuls geht allerdings m.E. vom Verstoß gegen das Allgemeine Persönlichkeitsrecht in Art. 2 GG aus.

4. *Die Prinzipien der Gewaltenteilung, der Unabhängigkeit der Justiz, der Rechtskraft und Rechtsfriedens werden durch eine Urteilsaufhebung nicht berührt.*

Gewaltenteilung ist ein politisches Prinzip, das rechtlich zu beachten ist (Art. 20 Abs. 2 GG). Sie verlangt keine mechanische Aufteilung zwischen Justiz und Gesetzgebung, die sich wechselseitig kontrollieren. Das Grundgesetz verfolgt „keine strikte Gewaltentrennung, sondern enthält in Art. 20 Abs. 2 und 3 GG nur ein ausformungsbedürftiges Strukturprinzip im Sinne eines Gebotes der funktionsgerechten Ordnung der Staatsgewalt“.¹ „Abgesehen vom Grundsätzlichen ist die Bedeutung des Gewaltenteilungsprinzips allerdings bekanntermaßen gering.“² Kommt es zu einer Überschneidung von Rechtsprechung und Gesetzgebung, dann ist der Kompetenzkonflikt nach den Gesichtspunkten der Machtbegrenzung und der Entscheidungsrichtigkeit zu lösen.

Die *Unabhängigkeit der Justiz* verlangt, dass nicht in die Rechtsfindung hineinregiert werde, Art. 97 GG. Gemeint ist damit, dass Richter_innen „in ihrer konkreten Einzelfallentscheidung gänzlich frei von den konkreten Entscheidungswünschen des Parlaments bleiben“.³ Im hier erörterten Fall kann von einem Eingriff der Legislative nicht sinnvoll gesprochen werden – mehr als vier Jahrzehnte nach den fraglichen Strafverfahren. Kein Richter, der eines der Urteile nach § 175 StGB zwischen 1949 und 1969/1973 unterzeichnet hat, amtiert heute noch. Die geplante Urteilsrevision attackiert keinen Richter, weder einzeln noch als Stand.

Die Prinzipien der Gewaltenteilung und der richterlichen Unabhängigkeit führen zu dem für unsere Frage beachtlichen Satz: „Weder dem Parlament noch der Verwaltung steht eine Einzelfallkorrektur in der Entscheidungspraxis zu.“⁴ Die Aufhebung eines ganzen ‚Korpus von Strafurteilen‘ ist etwas anderes als eine ‚Einzelfallkorrektur‘. Nicht individuelle Fehlleistungen werden hier korrigiert, sondern ein Typus und die mit ihm real verbundene Fallmenge.

5. *Der Bundestag ist zuständig*

Welche staatliche Einrichtung könnte dazu berufen sein, das Problem eines Unrechts aus der Zeit der frühen Bundesrepublik heute zu bearbeiten? Die vollziehende Gewalt benötigt dafür eine gesetzliche Grundlage, die rechtsprechende Gewalt auch. Zuständig kann mithin zunächst nur die gesetzgebende Gewalt sein. Die Initiative liegt, verfassungsrechtlich gesehen, bei ihr.

Gesetzgebungstechnisch bedeutet das eine ‚Paketlösung‘: Das Parlament erklärt zunächst die seinerzeit gegolten habende Norm (§ 175 StGB) für Unrecht und hebt pauschal alle Verurteilungen, die auf diesem Paragraphen beruhen, wegen dessen Normdefizit auf, und zwar ohne Prüfung im Einzelfall. Das lässt den Gesetzesgehorsam der seinerzeitigen Gerichte und Staatsanwaltschaften ebenso unangetastet wie die Kompe-

¹ Groß, Selbstverwaltung der Gerichte als Voraussetzung ihrer Unabhängigkeit, in: DRiZ, 2003, 298 ff. (299).

² Tschentscher, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, 162.

³ Tschentscher, 2006, 151.

⁴ Tschentscher, 2006, 168.

tenz der heutigen Gerichte zur Einzelfallprüfung. Auch ein symbolischer Grund spricht für den Bundestag: Er ist der unmittelbare Vertreter des Souveräns und kann daher mit höherer Autorität die früheren Verhältnisse zu Unrecht erklären, als andere demokratisch weniger legitimierte Staatsgewalten das könnten.⁵

5. *Weder ‚Dambruch‘ noch ‚Erdrutsch‘*

‚Viele andere können dann auch kommen‘, so wird manchmal argumentiert. Doch ist weder ist die analoge Forderung anderer Sittlichkeitsverurteilter noch ein rechtspolitischer Druck bei anderen Altparagrafen zu erwarten. Bei ihnen handelt es sich um einen Wandel in der Rechts- und Moralauffassung, nicht aber um eine Verfassungswidrigkeit von Anfang an. Die typischen Fälle der Pönalisierung unterscheiden sich in elementaren Hinsichten, also sind es ungleiche Sachverhalte, die ungleich behandelt werden dürfen. Die Differenz bezieht sich auf die Bedeutung, welche der Bestrafung im Leben der Verurteilten zukommt. Für Täter_innen der Kuppelei, Pornographie, Prostitution und Abtreibung bedeutete die Strafe ein Gelegenheitsvorkommnis, äußerlich zu ihrer Person und marginal in ihrer Biographie. Für die Täter der Homosexualität bedeutete die Strafe die Negation eines zentralen Persönlichkeitsmerkmals (‚sexuelle Identität‘) und zugleich meistens die Zerstörung ihres Lebensplans (‚bürgerlicher Tod‘).

6. *Wer sind die Betroffenen des verfassungswidrigen Strafrechts?*

‚Betroffen‘ waren nicht nur die unmittelbar nach § 175 Verurteilten / Angeklagten / Verhafteten; vielmehr lastete die damalige Rechtssituation auf einem Kollektiv von Menschen. Eine ganze Generation homosexueller Männer lebte unter dem Damoklesschwert der Strafdrohung, die ihre gesamte Lebensführung tiefgreifend beeinträchtigte.⁶

Auch Frauen, nicht nur Männer, gehören zum Kreis der von der verfassungswidrigen Strafvorschrift Belasteten. In allen rechtspolitischen Debatten vor 1969 wurde die Einbeziehung der Frauen in den § 175 StGB erwogen und von starken Kräften befürwortet. Letztlich waren es stets nur Opportunitätserwägungen, die von einer Kriminalisierung abgehalten haben. Lesbische Handlungen waren vom staatlichen Unwerturteil mitgemeint. Strafrechtlich konnten sie als Beleidigung geahndet werden, fürsorgerechtlich wurde drakonisch vorgegangen usw. ‚Homosexualität‘ wurde damals wissenschaftlich und in der öffentlichen Meinung für männliche ebenso wie weibliche Gleichgeschlechtlichkeit verwendet. In der DDR betraf die entsprechende Jugendschutzvorschrift Jungen wie Mädchen (§ 151 DDR-StGB von 1968).

Genau genommen trat die Wirkung der Strafurteile nicht nur in den Biografien der Opfer ein und endete mit ihnen. Vielmehr erstreckt sie sich auf die nächsten Generationen von LSBT* – bis heute.

7. *Rehabilitation und Entschädigung sind verfassungspolitisch geboten*

Das bisherige politische Handeln verstößt eklatant gegen den Grundsatz, dass ein Rechtsstaat die in seinem Geltungsbereich begangenen Verletzungen der Menschenwürde adäquat zu ahnden hat. Erst recht muss das gelten, wenn die Verletzungen von staatlichen Einrichtungen ausgegangen sind. Dies ist politisches Neuland, ebenso wie die Urteilsaufhebung. Ein leitender Gesichtspunkt könnte die Staatshaftung sein. Zweifellos bleibt das vom Bundestag 2000 einstimmig ausgesprochene Bedauern hinter der

⁵ Für die Argumente dieses Absatzes danke ich Dr.jur. habil. Prof. Herbert Küpper.

⁶ Für Details einer ‚Lebenswelt im Schatten des Strafrechts‘ vgl. meinen Aufsatz: Abolition der Vergangenheit. Lässt sich rechtsstaatliches Strafrecht rückwirkend aufheben? In: Kriminologisches Journal 43, 2011, 268-287 (276-285).

gebotenen Kompensation schmerzlich weit zurück. Es entfaltete keine Rechtsfolgen; normtheoretisch gehört es zum *soft law* und erinnert an Höflichkeitsregeln.

8. Der ‚heteronormative Krieg‘

Eine neuere Denkschule stellt die Kritik an der ‚Heteronormativität‘ in den Vordergrund, ausgehend vom Verhältnis zwischen Geschlecht und Sexualität. Der Begriff ist nicht etwa weit hergeholt, hat doch 1966 eine repräsentativ publizierte juristische Studie festgestellt, das in § 175 StGB geschützte Rechtsgut sei allein die „heterosexuelle Struktur der Gesellschaft“.⁷ Die neue Theorie zum Geschlechterverhältnis ist auch für kriminalpolitische Strategien beachtlich. Und sie ist ‚im Vordringen begriffen‘, wie das Vokabular der juristischen Meinungsbildung es ausdrückt.

Politiktheoretisch gesehen wurde damals eine Art ‚Krieg‘ geführt. Auf sämtlichen Ebenen des Staatshandelns wurden Manifestationen einer homosexuellen Lebensweise zwischen Frauen wie Männern bekämpft. Die Kombattanten saßen in zwei Lagern: moralische Majorität und sexuelle Minorität. Schon im ‚Dritten Reich‘ hatten die Homosexuellen als ‚Staatsfeinde‘ gegolten und waren entsprechend behandelt worden.

Das Strafziel ‚Heteronormativität‘ wurde bis Ende der 1960er Jahre in den Bereichen des öffentlichen Dienstes, in den Schulen und Behörden, mit Polizei und Justiz, in der Medienkontrolle usw. so konsequent verfolgt, dass schwule und lesbische Existenzformen vollständig aus der Sichtbarkeit gelöscht wurden. Jeder Widerstand (Vereine, Interessengruppen, Zeitschriften) wurde von den Behörden konsequent unterdrückt. Wenn Schwundformen im Untergrund existierten, dann glich das dem Überleben einer Bevölkerung unter dem Bombardement der staatlichen Sanktionen und Präventionen. Ungezählt viele Betroffene haben den Freitod gesucht.

Ein Verfassungsstaat, der im siebten Jahrzehnt besteht, wird eine rechtspolitische Lösung finden, mit den Irrtümern aus seiner eigenen Vergangenheit aufzuräumen. Viele Formen dafür sind seit dem Ende des Zweiten Weltkriegs hierzulande entwickelt und erfolgreich angewandt worden. Nur Deutschland hat in großem Umfang erfahren, wie ausgleichende Gerechtigkeit nach einem massenhaft aufgetretenem Staatsunrecht ansetzen kann: durch Lastenausgleich, Reparation, Wiedergutmachung, Rückerstattung, Zwangsarbeiterstiftung und andere Kompensationen für Schäden, die staatliches Handeln verursacht hatte.

Eine papierne Geste müsste es allerdings bleiben, wenn nunmehr bloß die Überlebenden von früher aufgerufen würden, sich zu melden und die Hand aufzuhalten. Die wahre Aufgabe lautet, die soziokulturellen Folgen einer Kriminalisierung zu beseitigen. Erforderlich ist dazu ein *Gesetz* (als Grundlage für staatliches Kompensationshandeln), welches *allgemein* gilt (also nicht als Maßnahme für je einzelne Betroffene) und sowohl *individuell* als auch *kollektiv* genutzt werden kann. Ein kollektiv – von Staats wegen – begangenes Unrecht, wie das an den Homosexuellen nach 1949, muss wohl zu einer kollektiven Form der Wiedergutmachung führen.⁸

⁷ Seelbach, Gleichgeschlechtliches Verhalten als Straftatbestand, 1966, 88.

⁸ Vgl. Küpper, Kollektive Rechte in der Wiedergutmachung von Systemunrecht, 2004; speziell zur kollektiven Wiedergutmachung zugunsten von Schwulen und Lesben: 431-451.