

Deutscher Bundestag
- Rechtsausschuss -
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Prof. Dr. Klaus F. Gärditz
Lehrstuhl für Öffentliches Recht

Postanschrift:
Adenauerallee 24-42
53113 Bonn
Tel.: +49 (0) 228/73-9176
Email: gaerditz@jura.uni-bonn.de

Bonn, 13. Mai 2013

Stellungnahme zum

1. Antrag „Rehabilitierung und Entschädigung der nach 1945 in Deutschland wegen homosexueller Handlungen Verurteilten“ (Drucksache 17/4042)

der Abgeordneten Volker Beck (Köln), Birgitt Bender, Kai Gehring, Ingrid Hönlinger, Uwe Kekeritz, Maria Klein-Schmeink, Memet Kilic, Sven-Christian Kindler, Tom Koenigs, Monika Lazar, Agnes Malczak, Jerzy Montag, Dr. Konstantin von Notz, Omid Nouripour, Claudia Roth (Augsburg), Elisabeth Scharfenberg, Hans-Christian Ströbele, Dr. Harald Terpe, Wolfgang Wieland, Josef Philip Winkler und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN;

2. Antrag „Rehabilitierung und Entschädigung der verfolgten Lesben und Schwulen in beiden deutschen Staaten“ (Drucksache 17/10841)

der Abgeordneten Dr. Barbara Höll, Jan Korte, Agnes Alpers, Nicole Gohlke, Dr. Rosemarie Hein, Ulla Jelpke, Kathrin Senger-Schäfer, Raju Sharma, Frank Tempel, Halina Wawzyaniak und der Fraktion DIE LINKE.

Beide Anträge verfolgen zusammenfassend das Ziel, die nach 1945 erfolgten Verurteilungen männlicher Homosexueller wegen Straftaten nach den inzwischen aufgehobenen Strafbestimmungen der §§ 175, 175 StGB zu missbilligen, entsprechende rechtskräftige Strafurteile aufzuheben und die Betroffenen zu entschädigen. Konkret ist zwischen zwei strukturell unterschiedlichen Inhalten zu unterscheiden, nämlich

- der Erklärung, dass man die Strafverfolgung von homosexuellen Handlungen nach 1945 als Menschenrechtsverletzung missbillige;
- dem Beschlussantrag, dass man die Bundesregierung auffordere, einen Gesetzentwurf zur gesetzlichen Rehabilitierung und Entschädigung vorzulegen.

I. Missbilligungserklärung

Mit einer schlichten Erklärung sind keine rechtlichen Folgen verbunden. Der Deutsche Bundestag muss entscheiden, ob er eine solche symbolische Rehabilitierung für politisch sinnvoll erachtet. Hierzu ist aus rechtlicher Sicht lediglich Folgendes anzumerken:

- Zur Selbstvergewisserung des Parlaments hinsichtlich seiner Haltung zu Homosexuellen trägt eine solche Symbolik nichts Substantielles bei. Entsprechende Straftatbestände wurden seit längerer Zeit abgeschafft, Homosexuellen wurde mit der Eingetragenen Lebenspartnerschaft nach LPartG ein familienrechtliches Institut zur Verfügung gestellt, das – nicht zuletzt durch die Rechtsprechung des BVerfG – sukzessive der Ehe angenähert wurde. Homosexuelle Handlungen sind unbestritten eine grundrechtlich geschützte Freiheitsentfaltung, deren – von niemandem ernstlich in Betracht gezogene – Rekriminalisierung offensichtlich einen unverhältnismäßigen und damit verfassungswidrigen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG) darstellen würde. Denn Tatbestände wie §§ 175 f. StGB verfolgen nach heutigen Maßstäben schon kein erkennbares legitimes Ziel und wären zudem mangels Beeinträchtigung rechtlicher Interessen bei einvernehmlichen sexuellen Handlungen unter Erwachsenen auch unzumutbar. Da dies niemand ernsthaft in Frage stellt, bedarf es indes keiner parlamentarischen Bestätigung.
- Eine moralische Missbilligung der strafrechtlichen Verfolgung Homosexueller hat der Deutsche Bundestag bereits im Jahr 2000 ausgesprochen, und zwar einstimmig.¹ Es besteht kein Anlass, diese zu wiederholen, will man nicht entsprechende Erklärungen zu einem regelmäßigen Ritual verkommen lassen und damit ihre sozialkommunikative Bedeutung entwerten.
- Allerdings setzen die Erklärungen des Deutschen Bundestags aus dem Jahr 2000 und der nunmehr vorliegende Beschlussantrag unterschiedliche Akzente: Ging es in dem Antrag aus dem Jahr 2000 primär um die menschenverachtende Verfolgung Homosexueller unter der NS-Herrschaft durch eine nationalsozialistisch indoktrinierte Willkürjustiz, richten die Anträge nunmehr das Augenmerk auf die Strafverfolgung *nach* 1945. Insoweit wird der Deutsche Bundestag zu prüfen haben, ob er eine pau-

¹ BT-Drs. 14/4894 in Verbindung mit Plenarprotokoll 14/140, S. 13745.

schale Gleichsetzung für gerechtfertigt hält. Bessere Gründe sprechen hiergegen, wie noch zu zeigen sein wird (siehe unten).

II. Aufforderung zum Gesetzentwurf

Die Aufforderung an die Bundesregierung durch unverbindlichen Beschluss, einen Gesetzentwurf vorzulegen, ist zwar weder unüblich noch unzulässig, indiziert aber „Schaufensterpolitik“, weil bei einem ernsthaften Regelungsanliegen ein entsprechender Gesetzentwurf nach Art. 76 Abs. 1 GG, § 75 Abs. 1 lit. a GOBT aus der Mitte des Bundestags durch eine Fraktion eingebracht und im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren beraten werden könnte. Wer einen solchen Gesetzentwurf nicht vorlegt, obgleich er zur Formulierung in der Lage wäre, zeigt letztlich, dass er dem legislativen Vorhaben keine Verwirklichungschancen beimisst und es eher um den mit einer erwarteten Ablehnung verbundenen Vorführeffekt geht. Es bestünden daher schon insoweit sachliche Gründe, die Anträge abzulehnen und auf die Möglichkeit zu verweisen, einen Gesetzentwurf einzubringen, der dann auch einer konkreteren rechtlichen Würdigung zugänglich wäre.

Inhaltlich ist zu den Anträgen wie folgt Stellung zu nehmen:

1. Verfassungsrechtlicher Rahmen

Die Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen ist vom Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) gewährleistet,² rechtfertigt es also, Entscheidungen unabhängig von ihrer Richtigkeit im Interesse von Rechtsfrieden und Rechtssicherheit bestehen zu lassen. Rechtskraft bewirkt insoweit die prinzipielle Endgültigkeit von Streitentscheidungen.³ Das BVerfG hat frühzeitig festgestellt, dass es mit dem Gedanken der Rechtssicherheit unverträglich sei, rechtskräftige Urteile „nur wegen eines Wandels der Rechtsauffassung“ wieder zu beseitigen. Das Gericht erkannte aber zugleich an, dass es gerechtfertigt sein kann, die Rechtskraft gesetzlich zu durchbrechen, wenn besondere, schwerwiegende und der Rechtssicherheit übergeordnete Gründe dazu Anlass geben.⁴ Ganz allgemein verfügt der Gesetzgeber insoweit über einen Gestaltungsspielraum, aus übergeordneten Gründen die Rechtskraft zu durchbrechen oder rechtskräftige Entscheidungen aufzuheben.⁵ Da die Rehabilitierung von Verurteilten, die nach heutigen verfassungsrechtlichen Maßstäben unbestritten nicht wegen entsprechender Taten verurteilt werden könnten, einen gewichtigen Sachgrund darstellt, ist eine Aufhebung der Strafurteile verfassungsrechtlich grundsätzlich möglich. Im Einzelnen ist hierbei Folgendes zu beachten:

- Eine weitergehende verfassungsrechtliche Begrenzung der Aufhebbarkeit bestandskräftiger Gerichtsentscheidungen folgt aus dem Gebot der Rechtssicherheit, sofern Dritte auf den Bestand eines Urteils vertrauen durften. Erwägungen des *Vertrauensschutzes* spielen vorliegend aber keine Rolle, weil lediglich *Strafurteile* von einer nachträglichen Aufhebung betroffen wären, also Entscheidungen, die die Betroffenen

² BVerfGE 13, 261 (271); 15, 313 (319); 19, 150 (166); 107, 395 (401 f.); Gärditz, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum GG, 2012, Art. 20 Abs. 3 (Rechtsstaat), Rn. 185; Germelmann, Die Rechtskraft von Gerichtsentscheidungen in der Europäischen Union, 2009, S. 11, 102 f.

³ BVerfGE 47, 146 (161); Germelmann (Fn. 2), S. 10.

⁴ BVerfGE 2, 380 (405).

⁵ BVerfGE 15, 313 (319); 22, 322 (329); 35, 41 (47); Gärditz (Fußn. 2), Rn. 185.

belasten, ohne dass dem eine individuell anderen Grundrechtsträgern zurechenbare Begünstigung gegenübersteht.⁶ Die subjektive Rechtssicherheit würde anders gewendet nicht dadurch beeinträchtigt, dass alte Strafurteile aufgehoben würden, weil niemand geschütztes Vertrauen in den Bestand von Strafe haben kann.

- Der Grundsatz der funktionalen *Gewaltengliederung* (Art. 20 Abs. 2 Satz 2, 20 Abs. 3, 92 GG) dürfte es zwar verbieten, durch konkret-individuell wirkendes Gesetz unmittelbar einzelne Gerichtsentscheidungen *ad personam* zu korrigieren. Eine Korrektur einer ganzen Fallgruppe, die – wie hier – eine Vielzahl von Urteilen betrifft und durch abstrakt-generell Merkmale ohne Ansehung konkreter Fälle definiert wird, schließt dies aber grundsätzlich nicht aus, auch wenn die Aufhebung unmittelbar durch Gesetz erfolgt.
- Allerdings muss die Aufhebung rechtskräftiger Gerichtsentscheidungen durch Gesetz auf besondere und begrenzbar Fallgruppen beschränkt bleiben, damit nicht entweder das objektive *Institut der Rechtskraft* ausgehöhlt oder der *Gleichheitsgrundsatz* verletzt wird. Allein die Verfassungswidrigkeit eines Urteils rechtfertigt eine Aufhebung nicht, weil bereits jedes Urteil, das einfaches Gesetzesrecht oder untergesetzliche Normen verletzt, gegen die Gesetzesbindung nach Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG sowie zumindest gegen die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) der unterlegenen Streitpartei, sofern diese grundrechtsberechtigt ist, verstößt. Damit stünde aber die Rechtskraft als solche zur Disposition, was objektiv mit Art. 20 Abs. 3 GG unvereinbar wäre. Es kann also bei der Durchbrechung nur um qualifizierte sowie systematisch eingrenzbar Verfassungsverstöße gehen. Erst recht reicht ein Wandel der Rechtsanschauung nicht aus.⁷

Hierbei muss der Deutsche Bundestag auch im Blick behalten, dass Art. 3 Abs. 1 GG eine Gleichbehandlung hinsichtlich der Stabilität rechtskräftiger Entscheidungen fordert, weshalb sich generelle Durchbrechungen der Rechtskraft auf nach ihrer Schwere und Wertigkeit im Wesentlichen vergleichbare Fallgruppen bzw. auf punktuell sehr atypische Sonderkonstellationen beziehen müssen. Eine Öffnung des Rehabilitationsrechts für eine neue Fallgruppe kann daher mittelbar auch verfassungsrechtlichen Druck aufbauen, andere (nach Verletzungsgehalt vergleichbare) Fälle früherer strafgerichtlicher Verurteilungen zu korrigieren.

2. **Besondere Gründe für einen Eingriff in rechtskräftige Entscheidungen**

Dementsprechend kommt es vorliegend darauf an, besondere und inhaltlich hinreichend begrenzbar Gründe nachzuweisen, nach denen sich eine Aufhebung von Verurteilungen nach §§ 175, 175a StGB in der Nachkriegszeit begründen ließe sowie sich zugleich in das sonstige Recht der strafrechtlichen Rehabilitation einfügen würde.

⁶ Ob durch Strafverfolgung der Täter auch Rechten der Opfer entsprochen wird, ist umstritten, richtigerweise aber abzulehnen, weil das im öffentlichen Interesse institutionalisierte Strafverfahren – jenseits von § 172 StPO – den moralischen Status der Opfer aus guten Gründen nicht in subjektive Berechtigungen übersetzt hat. Vorliegend kann dies offen bleiben, weil es bei den betroffenen Straftaten nach §§ 175 f. StGB schon *kein materielles Opfer* gibt.

⁷ Nochmals BVerfGE 2, 380 (405).

a) Keine Systemdiskontinuität

Ein besonderer Grund, der einen gesetzlichen Eingriff in rechtskräftige Entscheidungen generell rechtfertigen kann, ist ein staatsrechtlicher Systembruch. Eine normativ relevante Systemdiskontinuität macht Rechtsakte, die unter einer strukturell anders verfassten Rechtsordnung ergangen sind, grundsätzlich verfügbar. Dies betraf und betrifft namentlich die gesetzliche Korrektur von Willkürurteilen der Justiz unter NS-Herrschaft oder in der DDR, sofern einzelne Entscheidungen oder Entscheidungsgruppen mit heutigen elementaren Anforderungen an Rechtsstaatlichkeit und Menschenwürde offenkundig unvereinbar wären. Vorliegend geht es aber jedenfalls auch (und quantitativ wohl in erster Linie) um die pauschale Aufhebung von Urteilen, die in Systemkontinuität unter dem Grundgesetz ergangen sind.⁸ Das von den Anträgen berührte Sonderproblem, dass entsprechende Urteile auch in der DDR ergangen sind, soll insoweit außer Betracht bleiben, auch weil eine unterschiedliche Behandlung kaum zu rechtfertigen erscheint, da es hier nicht um rechtsstaatliche Defizite des Verfahrens, sondern um die materiellen Straftatbestände geht, die hinsichtlich des vertatbestandlichen Unrechts prinzipiell gleich sind.

b) Rechtssystematik: Keine Integration in das bestehende Rehabilitationsrecht

Gegen eine Aufhebung bestandskräftiger Urteile zum Zwecke der Rehabilitierung spricht rechtssystematisch, dass dieser weitreichende Eingriff in die Rechtskraft bislang mit Recht auf solche Entscheidungen beschränkt blieb, die mit elementaren Grundsätzen der freiheitlichen und rechtsstaatlichen Ordnung schlechthin unvereinbar sind. So sieht § 1 Abs. 1 StrRehaG⁹ für Willkür-Urteile der DDR-Justiz vor, dass eine Entscheidung „auf Antrag für rechtsstaatswidrig zu erklären und aufzuheben [ist] (Rehabilitierung), soweit sie mit wesentlichen Grundsätzen einer freiheitlichen rechtsstaatlichen Ordnung unvereinbar ist.“ Noch spezifischer wurde dies durch das NS-AufhG¹⁰ gefasst, dessen § 1 Satz 1 bestimmt: „Durch dieses Gesetz werden verurteilende strafgerichtliche Entscheidungen, die unter Verstoß gegen elementare Gedanken der Gerechtigkeit nach dem 30. Januar 1933 zur Durchsetzung oder Aufrechterhaltung des nationalsozialistischen Unrechtsregimes aus politischen, militärischen, rassistischen, religiösen oder weltanschaulichen Gründen ergangen sind, aufgehoben.“ Übergreifende normative Anhaltspunkte, wann die Aufrechterhaltung der Rechtskontinuität hinsichtlich einzelner gerichtlicher Entscheidungen unerträglich wird, liefert insoweit Art. 79 Abs. 3 GG, der auf die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) verweist.

Es bestehen erhebliche Zweifel, ob sich die vorliegend betroffenen Verurteilungen in dieses Korsett einfügen lassen, und zwar aus folgenden Gründen:

- Die *Rechtsstaatlichkeit* der zugrunde liegenden *Strafverfahren* lässt sich – bezogen auf die in der Bundesrepublik Deutschland ergangenen Urteile – kaum in Frage stel-

⁸ Dass im Zeitraum vom 8. Mai 1945 bis zum 23. Mai 1949 eine staatsrechtliche Sondersituation bestand (Besatzungsrecht), die möglicherweise nochmals andere Bewertungen erfordern würde, soll hier außer Betracht bleiben, wird aber von den pauschalen Anträgen nicht thematisiert. Auch die in Bezug genommene EMRK ist erst im September 1953 in Kraft getreten.

⁹ Strafrechtliches Rehabilitierungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. Dezember 1999 (BGBl. I S. 2664), das zuletzt durch Artikel 11 des Gesetzes vom 22. Juni 2011 (BGBl. I S. 1202) geändert worden ist.

¹⁰ Gesetz zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile in der Strafrechtspflege vom 25. August 1998 (BGBl. I S. 2501), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 24. September 2009 (BGBl. I S. 3150) geändert worden ist.

len. Verurteilungen sind in förmlichen Strafverfahren nach der StPO ergangen, die insoweit kein spezifisches (diskriminierendes) Sonderrecht für die hier in Rede stehenden Straftaten kennt. Den Beschuldigten/Angeklagten standen alle rechtsstaatlichen Garantien des Grundgesetzes, des Art. 6 EMRK und des formellen Strafrechts (StPO, GVG) zu. Gegebenenfalls hätte jeder Verurteilte zur Durchsetzung der verfassungsrechtlichen Mindestanforderungen an ein rechtsstaatliches Strafverfahren nach Erschöpfung des Rechtswegs eine – vor 1969 bereits einfach-gesetzlich gewährleistete – Verfassungsbeschwerde (§§ 90 ff. BVerfGG 1951) erheben können.

- Die Beschlussanträge beziehen sich darauf, dass die Bestrafung männlicher Homosexueller nach 1945 deren *Menschenwürde* verletzt habe.¹¹ Dies mag im Einzelfall im Hinblick auf das verhängte Strafmaß der Fall gewesen sein, erscheint aber bezogen auf die bloße Anwendung der Strafbestimmungen der §§ 175 f. StGB überzogen. Die Entfaltung der individuellen sexuellen Orientierung ist vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG) geschützt¹² und wird vom BVerfG – obschon mit zweifelhafter Begründung¹³ – im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) überdies hinsichtlich der Rechtfertigungsanforderungen für Ungleichbehandlungen in die Nähe des Art. 3 Abs. 3 GG gerückt.¹⁴ Beschränkungen der sexuellen Entfaltungsmöglichkeiten sind an den Schranken des Art. 2 Abs. 1 GG zu messen und können daher, sofern hinreichende Gemeinwohlbelange zur Verfügung stehen, gerechtfertigt werden. Das Urteil des BVerfG zum Geschwisterinzent¹⁵ hat dies noch im Jahr 2008 bestätigt. Die Frage, welche sexuellen Handlungen sich verbieten lassen, ist damit im Kern ein Problem der Verhältnismäßigkeit, deren Anforderungen auf Grund der Abhängigkeit von gesellschaftlichen Reaktionsbedürfnissen in der Zeit nicht stabil sind (siehe unten). Dass nach heutigen Maßstäben ein Verbot homosexueller Handlungen (gleich ob strafbewehrt oder nicht) unverhältnismäßig wäre, ist unbestritten. Jedem Menschen steht es frei, seiner sexuellen Orientierung gemäß zu leben, solange er Rechte Dritter oder objektive Belange der Allgemeinheit nicht beeinträchtigt. Nicht jede Unverhältnismäßigkeit ist aber sogleich mit einer Verletzung der Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG gleichzusetzen.¹⁶ Mit der Hochzonung der freien Entfaltung der Sexualität zum unmittelbaren Bestandteil der unantastbaren Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG würde letztlich der verfassungsrechtliche Höchstwert und letzte Bezugspunkt der Rechtsordnung banalisiert.
- Jedenfalls der Beschlussantrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen stellt zudem maßgeblich darauf ab, dass durch die fraglichen Strafbestimmungen nicht nur ein bestimmtes Verhalten untersagt, sondern die *sexuelle Identität* beeinträchtigt worden sei.¹⁷ Da die Begründung – anders als etwa eine amtliche Gesetzesbegründung – un-

¹¹ BT-Drs. 17/4042, S. 1; BT-Drs. 17/10841, S. 2; zuvor bereits BT-Drs. 14/4894, S. 4.

¹² Etwa BVerfGE 121, 175 (191 f.); BVerfG-K, NJW 1997, 1632 (1633); *Cornüls*, ZJS 2009, 85 (85); *Hohmann-Dennhardt*, KJ 2009, Beiheft 1, S. 125 (127).

¹³ Kritisch *Gärditz*, JZ 2011, S. 930 (933 f.); *Hillgruber*, JZ 2010, 41 (42); *Hofmann*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Hopfauf (Hrsg.), GG, 12. Aufl. (2011), Art. 6 Rn. 22a; *Krings*, in: Festgabe für Karl Heinrich Friauf, 2011, S. 269 (272 ff.); *Rieble*, NJW 2011, 819 (821).

¹⁴ BVerfGE 124, 199 (226); BVerfG, NVwZ 2012, 1304, Rn. 56 ff.

¹⁵ BVerfGE 120, 224 ff.

¹⁶ Wollte man dies anders sehen, müsste man im Übrigen jedes Strafurteil, das in der Strafzumessung das angemessene Strafmaß überschritten hat, der Kassation unterwerfen.

¹⁷ BT-Drs. 17/4042, S. 5; eher cursorisch auch BT-Drs. 17/10841, S. 2.

mittelbarer Bestandteil eines etwaigen Parlamentsbeschlusses wäre, muss auch dieses Argument hinterfragt werden. Bei der sexuellen Identität handelt es sich um eine im Einzelnen durchaus nicht unproblematische Kategorie. Der Deutsche Bundestag hat Anträge, den Schutz der sexuellen Identität in der Verfassung zu verankern, bislang gerade abgelehnt.¹⁸ Auch weiterhin ist nicht zu erkennen, weshalb die sexuelle Identität gegenüber anderen Identitäten, die die Persönlichkeit eines Menschen prägen, einen herausgehobenen Schutz genießen soll. Die menschliche Persönlichkeit hat viele Facetten, die individuelle (sozial korrelierte) Identität ausmachen, die aber in der Rechtsordnung keinen herausgehobenen Schutz genießen. Es besteht insoweit die Gefahr, dass hier einmal mehr legitime Anliegen Homosexueller als Vehikel missbraucht werden, das Sexuelle in der Rechtsordnung ganz allgemein gegenüber anderen – etwa politischen, beruflichen, familiären oder religiösen – Formen identitätsprägender Freiheitsausübung zu privilegieren und die in der Verfassung nicht qualifiziert geschützte sexuelle Identität zum Metagrundrecht zu überhöhen. Solchen Tendenzen sollte kein Vorschub geleistet werden.

Im Übrigen bedürfte es, bevor man parlamentarische Entscheidungen maßgeblich auf eine abstrakte Kategorie der sexuellen Identität stützt, zunächst eine – bislang unterbliebene – präzise Eingrenzung, um zu verhindern, dass auch sexuelle Präferenzen, die keinen Schutz verdienen (mitunter ihrerseits die Menschenwürde anderer in Frage stellen können), als Trittbrettfahrer von dieser Aufwertung des Sexuellen profitieren. Dieses Problem stellt sich auch im Rahmen des § 1 AGG.¹⁹ Die Diskussion in der jüngsten Zeit über Irrwege sexualistischer Selbstentfaltungsideologien der 1980er Jahre dürften den Präzisionsbedarf zusätzlich unterstreichen. Man täte gut daran, sich darauf zu beschränken, die legitimen Belange Homosexueller konkret zu benennen und rechtssystematisch im allgemeinen Persönlichkeitsrecht zu verorten, das ein hinreichend hohes Schutzniveau bietet, Rekurse auf eine abstrakte sexuelle Identität aber zu vermeiden. Die gegebene Begründung spricht daher ebenfalls gegen die Annahme des Antrags.

c) **Wertungswiderspruch zu § 79 Abs. 1 BVerfGG**

Es besteht bereits eine Regelung, wie mit rechtskräftigen verfassungswidrigen strafgerichtlichen Entscheidungen, die unter dem Grundgesetz ergangen sind, im Fall von verfassungsrechtlichen Konflikten umzugehen ist. Gegen ein rechtskräftiges Strafurteil, das auf einer mit dem Grundgesetz für unvereinbar oder nach § 78 BVerfGG für nichtig erklärten Norm oder auf der Auslegung einer Norm beruht, die vom BVerfG für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt worden ist, ist gemäß § 79 Abs. 1 BVerfGG die Wiederaufnahme des Verfahrens nach den Vorschriften der StPO zulässig. Die §§ 359 ff. StPO werden also für entsprechend anwendbar erklärt.

§ 79 Abs. 1 BVerfGG schafft einen problemsensiblen Konfliktausgleich zwischen der Rechtssicherheit einerseits, die dadurch verwirklicht wird, dass bundesverfassungsgerichtliche Normverwerfungen ergangene Einzelakte grundsätzlich unberührt lassen, und dem Interesse an einer Durchbrechung zur Durchsetzung der materiellen Verfassungskonformität er-

¹⁸ Zuletzt BT-Drs. 17/4775, S. 5.

¹⁹ Vgl. *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, Rn. 214 f.

gangener Urteile andererseits.²⁰ Obschon im Strafrecht die Urteilsfolgen besonders einschneidend sind und es um erwiesenen verfassungswidrige Strafgesetze (sprich: um eine Bestrafung ohne verfassungskonforme Rechtsgrundlage) geht, hat der Gesetzgeber keine automatische Aufhebung vorgesehen, sondern nur fallbezogenen ein Verfahren eröffnet, dessen Rechtsschutzziel die Aufhebung ist.²¹ § 79 Abs. 1 BVerfGG verlangt die vorherige Feststellung der Verfassungswidrigkeit. Vorliegend wurde hingegen die Verfassungskonformität der angewandten Strafbestimmungen sogar zweimalig bestätigt. Würde man *daneben* wie beantragt die gesetzliche Aufhebung von postkonstitutionellen Strafurteilen einführen, stünde dies in einem *offenen Wertungswiderspruch* zu § 79 Abs. 1 BVerfGG. Das sinnvoll ausstarierte System exzeptioneller Rechtskraftdurchbrechung würde aufgebrochen, was dann auch die bereits angesprochenen Gleichheitsprobleme aufwerfen würde.

d) **Zeitgebundenheit von Rechtsprechung**

Wenn man die entsprechenden Strafurteile, die unter Geltung des Grundgesetzes ergangen sind, einer Aufhebung unmittelbar durch Gesetz unterwerfen wollte, würde suggeriert, die bereits unter dem Grundgesetz erlassenen Urteile genügen keinen rechtsstaatlichen Minimalanforderungen und müssten daher pauschal wie Willkürentscheidungen der NS- oder DDR-Justiz eliminiert werden. Dies greift indes zu kurz und wird auch der Zeitgebundenheit des Rechts innerhalb einer demokratischen Rechtsordnung nicht gerecht. Nicht zuletzt modernere Ansätze, die insbesondere die Verfassungsrechtsdogmatik durch eine stärkere Kontextualisierung von Entscheidungen verzeitlichen (und entlasten) möchten,²² machen die intertemporale Dynamik gerichtlicher Rechtserzeugung sichtbar. Man sollte vor allem vorsichtig sein, heutige verfassungsrechtliche Bewertungen kurzerhand zurückzuprojizieren. Die Behauptung, es würden auch Entscheidungen aufgehoben, „die schon damals als menschenrechtswidrig hätten erkannt werden müssen“, greift jedenfalls zu kurz.

Insoweit ist Folgendes zu berücksichtigen:

- Das BVerfG hat die relevanten Strafbestimmungen in einer Entscheidung vom Mai 1957 verfassungsrechtlich gebilligt, und zwar weder einen Verstoß der asymmetrischen Bestrafung allein der männlichen Homosexualität gegen Art. 3 Abs. 2, 3 GG noch einen Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 GG angenommen.²³ Die Verfassungskonformität des früheren § 175 Abs. 1 Nr. 1 StGB wurde im Oktober 1973 auf eine Richtervorlage hin nochmals bestätigt, und zwar unter Bezugnahme auf die Entscheidung aus dem Jahr 1975.²⁴

Selbstverständlich darf man die damalige Rechtsprechung des BVerfG als verfehlt kritisieren. Dies gilt im Übrigen auch für heutige Entscheidungen des Gerichts. Namentlich ist fraglich, ob das Gericht der besonderen Bedeutung der Grundrechte, ge-

²⁰ Siehe BVerfGE 20, 230 (235); 53, 115 (130); Gärditz (o. Fußn. 2), Rn. 93; Graßhof, in: Umbach/Clemens/Dollinger (Hrsg.), BVerfGG, 2. Aufl. (2005), § 79, Rn. 1; Lechner/Zuck, BVerfGG, 6. Aufl. (2011), § 79, Rn. 2 f.; Lenz/Hansel, BVerfGG, 2013, § 79, Rn. 7; Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. (1991), § 8, Rn. 16, § 20, Rn. 73 ff.; Steiner, in: Festschrift für Walter Leisner, 1999, S. 569 (578 f.).

²¹ Lechner/Zuck (o. Fußn. 20), § 79 Rn. 5.

²² Lepsius, in: Scholz/Lorenz/Pestalozza/Kloepfer/Jarass/Degenhart/Lepsius (Hrsg.): Realitätsprägung durch Verfassungsrecht, 2008, S. 103 ff.; Schönberger, VVDStRL 71 (2012), 298 (322, 324); zurückhaltend Wahl, JZ 2013, 369 (376).

²³ BVerfGE 6, 389 (420 ff.).

²⁴ BVerfGE 36, 41 (45 f.).

rade auch abweichendem Verhalten von Minderheiten angemessenen Schutz zukommen zu lassen, gerecht geworden ist, zumal 1957 die gesellschaftlichen Freiheitsrisiken andere waren und das Gericht hierauf keine befriedigende grundrechtsdogmatische Antwort gegeben hat. Und gewiss erscheinen manche der vom BVerfG im Jahr 1957 dargebotenen Entscheidungsgründe heute bizarr und angreifbar.²⁵ Dies ändert aber nichts daran, dass die Geltung der – auch im zeitkontextbezogenen Rechtsvergleich in anderen westlichen Demokratien nicht ungewöhnlichen – Strafvorschriften vom BVerfG in einem Verfahren, das über jede rechtsstaatliche Zweifel erhaben ist, bestätigt wurde und das Gericht hierfür – dem Zeitkontext entsprechende – Sachargumente angeführt hat. Die Rechtsprechung des BVerfG, das in der Zeit seiner Gründung gerade mit Personen besetzt war, deren Biografien dezidiert nicht mit einer personell-institutionellen Kontinuität zur NS-Justiz belastet waren, lässt sich gewiss auch nicht mit einer Fortwirkung nationalsozialistisch gefärbter Dogmen in der Nachkriegszeit erklären. Das Gericht war schlicht in den gängigen Vorstellungen und Werturteile seiner Zeit gefangen; dies sind wir heute auch.

- Im Übrigen ist auch die retrospektive Beurteilung der Verfassungskonformität von Rechtsvorschriften im Zeitverlauf alles andere als einfach. Das BVerfG hat seine Billigung der §§ 175 f. StGB im Rahmen der Filterbestimmung des Art. 123 Abs. 1 GG im Wesentlichen auf das Sittengesetz als Schranke des Art. 2 Abs. 1 GG gestützt. Über Inhalt und Auslegung dieser heute aus der Zeit gefallen anmutenden Klausel bestehen weiterhin große Unsicherheiten,²⁶ auch weil die Schranke inzwischen kaum mehr eine Rolle spielt. Versteht man das Sittengesetz – vergleichbar der öffentlichen Ordnung im Polizeirecht – als eine Verweisung auf Sozialnormen, denen qua Rezeption rechtsnormative Relevanz zugebilligt wird, zeigt sich die Zeitabhängigkeit dieser Schranke: Das Sittengesetz im Jahr 1957 war gewiss ein anderes als es das Sittengesetz im Jahre 2013 ist. Auch das Gebot der Verhältnismäßigkeit, das als Schranken-Schranke richtigerweise bezogen auf das Sittengesetz zum Tragen kommt, ist zeitkontextabhängig, weil Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit von gesellschaftlichen Rahmenbedingungen abhängig bleiben. Namentlich die Bedürfnisse nach sozialer Kontrolle durch Strafrecht verlaufen parallel zu gesellschaftlichen Wertungen und Reaktionsbedürfnissen, sodass sich auch die Beurteilung, ob eine bestimmte Strafbestimmung verfassungskonform ist, im Laufe der Zeit ändern kann. Anders gewendet schlägt also Wertewandel auf die Verhältnismäßigkeit durch. Auch die heute schlechthin nicht mehr nachvollziehbaren Tatsachenbefunde zur besonderen Gefährlichkeit männlicher Homosexualität stützten sich ausweislich der

²⁵ Vor allem BVerfGE 6, 389 (428 ff.). Makabre Kostprobe: „In der Regel richtet sich das Begehren der aktiven Lesbin nicht auf die jugendliche, sondern auf die geschlechtlich erfahrene Frau. Die Mehrzahl der zum gleichgeschlechtlichen Verkehr aufgeforderten Frauen befindet sich im Alter von 18 bis 37 Jahren. Bei den Frauen besteht daher ein weitgehender Gleichklang im Alter der Beteiligten (Grassberger). Demgegenüber liebt der typisch homosexuelle Mann den Jüngling und neigt dazu, ihn zu verführen (Wiethold-Hallermann); er sucht den 20- bis 27-jährigen ‚jünglinghaften‘ gleichwohl bereits reifen Mann (Giese). Daneben gibt es die Gruppe der Päderasten, die die Altersspanne von 12 bis 17 Jahren ‚bis zum Bartwuchs‘ begehrt (Giese, auch Scheuner und Kroh). [...] Ein weiterer Unterschied im sozialen Erscheinungsbild männlicher und weiblicher Homosexualität ist es, daß das Strichjungenwesen eine spezifische Erscheinung der männlichen Homosexualität darstellt. Keinem der Sachverständigen war eine nur lesbische Prostitution überhaupt bekannt; [...]. Sodann tritt die männliche Homosexualität unvergleichlich viel stärker als die weibliche in der Öffentlichkeit in Erscheinung, was wesentlich durch das größere weibliche Schamgefühl und die größere Zurückhaltung der Frau in Geschlechtsfragen bedingt sein dürfe. Anbahnung, Schließung und Fortführung lesbischer Verhältnisse bleiben privater (Kretschmer, Giese, Schelsky, Scheuner).“

²⁶ Eingehend *Kahl*, Festschrift für Detlef Merten, 2007, S. 57 ff.

Urteilsgründe auf entsprechende Expertise in der damaligen Zeit. Sowohl der Gesetzgeber als auch die Verfassungsgerichtsbarkeit kann tatsachenabhängige Fragen stets nur in Relation zum etablierten Wissensstand in der jeweiligen Zeit entscheiden.²⁷ Und nicht zuletzt die kontrovers diskutierte Entscheidung des BVerfG zum Geschwisterinzest, die im Wesentlichen auch auf nur begrenzt rationalisierbaren Sittlichkeitsvorstellungen ruht, zeigt, dass über die legitimen Grenzen der Strafbarkeit bei als unmoralisch angesehenem Verhalten erhebliche Unsicherheiten fortbestehen. Dies bedeutet zwar nicht, dass das BVerfG mit seiner Billigung der §§ 175 f. StGB im Jahre 1957 richtig entschieden hätte (dies erscheint auch mir fraglich), zeigt aber doch, dass man die Entscheidung nicht kurzerhand als gröbliches und rechtsstaatswidriges Fehlurteil für irrelevant erklären kann.

- Die jüngere Rechtsprechung des BVerfG zur Benachteiligung Homosexueller wegen ihrer sexuellen Orientierung lassen sich ebenfalls nicht in die 1950er Jahre rückprojizieren, was im Übrigen das BVerfG selbst gesehen hat.²⁸ Die neuere Rechtsprechung basiert zum einen auf der gesetzlichen Anerkennung homosexueller Partnerschaft durch das LPartG, zum anderen aber auch auf geänderten gesellschaftlichen Rahmenbedingungen, die durch Verfassungsrechtsprechung – ungeachtet aller methodischen Unsicherheit – aufgegriffen und interpretatorisch verarbeitet werden.
- Unergiebig ist auch ein Rekurs auf die Rechtsprechung des EGMR, der die Bestrafung einvernehmlicher homosexueller Handlungen erstmals in den 1980er Jahre für unvereinbar mit Art. 8 EMRK erachtet hat.²⁹ Gerade die EMRK wird aber vom Gerichtshof – dem Modell der *living constitution* folgend – in besonderer Weise als dynamisch-evolutives Regelwerk verstanden, das kontinuierlich den gesellschaftlichen Rahmenbedingungen anzupassen ist.³⁰ Dies schließt es methodisch schlechterdings aus, Entscheidungen auf der Zeitachse rückzuprojizieren und auf frühere Sachverhalte anzuwenden. Im Übrigen besteht eine offenkundige Unstimmigkeit innerhalb der Anträge, wenn maßgeblich auf die EMRK abgestellt, aber zugleich Verurteilungen der DDR-Justiz erfasst werden sollen: Die DDR war keine Vertragspartei der EMRK.
- Eine Parallelbeurteilung für die DDR-Justiz ist ohnehin nicht möglich. Für sie galt weder das Grundgesetz noch überhaupt eine Rechtsordnung, die auch nur ansatzweise rechtsstaatlichen Minimalanforderungen genügen würde, sodass es von vornherein

²⁷ Zur Illustration: 1957 war auch der Klimawandel unbekannt, was aber die damalige Umweltgesetzgebung nicht dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit wegen Schutzpflichtverletzung aussetzt.

²⁸ Siehe in der Diagnose zutreffend, obschon methodisch problematisch: BVerfG, Urt. v. 19. 2. 2013, 1 BvL 1/11, Rn. 55: „Zwar ist angesichts der damaligen Strafbarkeit und der gesellschaftlichen Verpönteit von Homosexualität im Zeitpunkt der Entstehung des Grundgesetzes davon auszugehen, dass bei Abfassung von Art. 6 Abs. 2 GG ausschließlich an verschiedengeschlechtliche Eltern gedacht war. In der Norm liegt deshalb aber nicht eine bewusste Entgegensetzung zur Anerkennung gleichgeschlechtlicher Eltern; vielmehr lag diese schlicht außerhalb des damaligen Vorstellungshorizonts. Entsprechend konnte es damals anders als heute zur Elternschaft zweier gleichgeschlechtlicher Personen einfachrechtlich in keiner Konstellation kommen. Die Grenzen der damaligen Vorstellungswelt und des dabei unterlegten historischen Begriffsverständnisses sind indessen mit der Veränderung der rechtlichen Einordnung von Homosexualität nach und nach entfallen. Gegenüber der Situation bei Inkrafttreten des Grundgesetzes hat sich nicht nur das Gesetzesrecht, sondern auch die Einstellung der Gesellschaft zur Gleichgeschlechtlichkeit und der Lebenssituation gleichgeschlechtlicher Paare erheblich gewandelt.“

²⁹ Nachweise bei *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl. (2012), § 22 Rn. 26.

³⁰ Stellvertretend die Methodenanalyse der Richterin *Nußberger*, Rechtswissenschaft 2012, 197 ff.

nur um einen externen Bewertungsrahmen aus der Sicht der heutigen Rechtsordnung unter dem Grundgesetz gehen kann.

Dies alles zeigt, dass sich – bei aller Tragik dieses unerfreulichen Kapitels deutscher Strafrechtspflege – jedenfalls *Evidenzschlüsse* verbieten, eine Bestrafung homosexueller Handlungen sei seit Mai 1945 bzw. seit Inkrafttreten des Grundgesetzes – die Anträge differenzieren hier nicht, obschon es normativ um jeweils sehr grundlegende Umbrüche geht – als grundrechts- oder menschenrechtswidrig zu beurteilen. Lässt man sich aber auf die gleichermaßen anspruchsvolle wie methodisch voraussetzungsvolle Kontextbezogenheit des Rechts ein, wird eine retrospektive Bewertung nach heutigen Maßstäben zumindest undeutlich. Daher wäre es verfehlt, die – aus gutem Grund missbilligten – strafgerichtlichen Verurteilungen vor der legislativen Aufhebung der relevanten Bestimmungen pauschal in einen rehabilitationsrechtlichen Topf mit vorrechtsstaatlichen Willkürurteilen (z. B. des Volksgerichtshofs und der im Februar 1945 institutionalisierten Standgerichte, vgl. § 2 NS-AufhG) zu werfen. Eine pauschale Aufhebung aller Entscheidungen, die zu Verurteilungen nach §§ 175, 175a StGB geführt haben, erscheint daher überzogen und würde sowohl die rechtsstaatliche Rechtskontinuität untergraben als auch die Leistungen einer freien Demokratie zur gesellschaftlichen Veränderung verkennen. Zugleich ist es auch aus Respekt vor dem BVerfG angezeigt, das Gericht, das die entsprechenden Straftatbestände mit einer – im Einzelnen durchaus fragwürdigen – Begründung für verfassungskonform erachtet hat, implizit in die Nähe von Willkürjustiz unter NS-Herrschaft oder in der DDR zu rücken. Im Jahre 2000 wurde dies im Deutschen Bundestag mit Recht noch betont.³¹ Wenn nunmehr eine Entschädigungslösung parallel zur Stiftung „Erinnerung, Verantwortung und Zukunft“ angestrebt wird, die spezifisch zur Wiedergutmachung für barbarische NS-Verbrechen gegründet wurde (vgl. die Präambel des EVZStiftG³²), wird dieser Respekt vor rechtsstaatlichen Institutionen aufgegeben und werden die strafgerichtlichen Verurteilungen mit NS-Willkürjustiz gleichgesetzt.

Soweit Anlass zur Annahme bestehen sollte, dass Strafgerichte die §§ 175, 175a StGB nicht nur angewendet, sondern im Rahmen der Anwendung des StGB gegen Homosexuelle auch diskriminierend mit willkürlicher Härte vorgegangen sind, die nicht schon im geltenden Recht angelegt war, mag man solche Auswüchse einer Prüfung im Einzelfall zu unterwerfen. Dies müsste dann aber auch konsequenterweise für andere strafgerichtliche Verurteilungen möglich sein, in denen unangemessene Härte oder Willkür feststellbar ist. Denn es ist – auch mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG – kaum zu rechtfertigen, warum Verurteilungen nur bei bestimmten Delikten einer nachträglichen Korrektur über die Wiederaufnahmegründe des § 359 StPO zugänglich sein sollen. Dies gilt zumal im Hinblick darauf, dass insbesondere die „Große Strafrechtsreform“ 1969 auch andere Straftatbestände aufgehoben hat, deren Neuerlass heute ebenfalls verfassungsrechtlich wie politisch unvertretbar erschiene, namentlich Ehebruch (§ 172 a.F.), Widernatürliche Unzucht (§ 175b a. F.) und Kuppelei (§ 180

³¹ Abgeordneter Dr. Jürgen Gehb (CDU/CSU), Protokoll 14/140, S. 13741: „Einfordern will und muss ich auch den Respekt und die Gesetzestreue dieses Hauses vor den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Das Urteil aus dem Jahr 1957 mag man aus heutiger Sicht bedauern und auch für falsch halten.“

³² Gesetz zur Errichtung einer Stiftung „Erinnerung, Verantwortung und Zukunft“ vom 2. August 2000 (BGBl. I S. 1263), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 1. September 2008 (BGBl. I S. 1797) geändert worden ist.

a.F.).³³ Dem Rechtsfrieden und der sozialen Überzeugungskraft von Rechtsmitteln und Rechtskraft würde man durch eine solche Lockerung einen Bärendienst erweisen.

Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass eine pauschale Aufhebung der unter Geltung des Grundgesetzes ergangenen Urteile sachlich nicht angezeigt ist und zudem verfassungsrechtlich angreifbar wäre:

- Urteile, die in einem rechtsstaatlichen Verfahren in Anwendung materieller Straftatbestände ergangen sind, die vom BVerfG als verfassungskonform befunden worden, können nicht mit politischen Willkürurteilen der NS- und DDR-Justiz gleichgesetzt werden. Der Antrag würde insoweit Organe der Rechtsprechung unangemessen diskreditieren und nicht vergleichbare Sachverhalte undifferenziert parallelen Regelungsinstrumenten unterwerfen.
- Eine Aufhebung von Urteilen, die auf der Grundlage der §§ 175 f. StGB ergangen sind, würde gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen, weil sich eine kohärente Einpassung in das geltende Rehabilitationsrecht nicht vornehmen lässt. Der Unwertgehalt der durch das NS-AufhG und das StrRehaG aufgehobenen und der hier in Rede stehenden Urteile ist nicht vergleichbar. Zudem träte die Aufhebung in einen offenen Wertungswiderspruch zu § 79 BVerfGG. Besondere Sachgründe, gerade nach §§ 175 f. StGB Verurteilte gegenüber anderen, heute nicht mehr vertretbaren Straftatbeständen Verurteilten zu privilegieren, sind nicht ersichtlich.

Im Ergebnis empfehle ich daher, den Beschlussantrag in toto abzulehnen.

(Prof. Dr. Klaus F. Gärditz)

³³ Ferner für aufgehobenes Strafrecht etwa § 360 Abs. 1 Nr. 11 StGB a. F., der die Übertretung des Groben Unfugs abgeschafft und in eine vergleichbare Ordnungswidrigkeit überführt hat (§ 118 OWiG).