

**PROF. DR. DR. HERBERT GRZIWO TZ**  
NOTAR, HISTORIKER UND HONORARPROFESSOR AN DER  
UNIVERSITÄT REGENSBURG

---

Am Sand 9, 94209 Regen  
Tel.: 09921/88130, Fax: 09921/881319  
E-Mail: info@notare-grziwotz.de

---

**Stellungnahme**  
**zur öffentlichen Anhörung des**  
**Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages**  
**am 15.5.2013**  
**zu dem**

- a) Antrag der Abgeordneten Dr. Barbara Höll, Jan Korte, Agnes Alpers,  
weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

**Rehabilitierung und Entschädigung der verfolgten Lesben und Schwulen  
in beiden deutschen Staaten**

**BT-Drucksache 17/10841**

- b) Antrag der Abgeordneten Volker Beck (Köln), Birgitt Bender, Kai Gehring,  
weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

**Rehabilitierung und Entschädigung der nach 1945 in Deutschland  
wegen homosexueller Handlungen Verurteilten**

**BT-Drucksache 17/4042**

---

# I. Strafbarkeit homosexueller Handlungen

## 1. Die Entwicklung – widernatürliche Unzucht zwischen Personen männlichen Geschlechts

Die Strafvorschrift des § 175 (R)StGB galt zwar nur im Zeitraum vom 15.5.1871 bis 10.3.1994.<sup>1</sup> Die Pönalisierung homosexueller Handlungen zwischen Männern ist jedoch älter.<sup>2</sup> Im Laufe der Geschichte wechselte die Einstellung zu ihr wiederholt.<sup>3</sup> Zwischen Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit scheint gerade in diesem Bereich nicht selten ein großer Unterschied bestanden zu haben. Dies betrifft auch die Neuzeit. Die widernatürliche Unkeuschheit, nämlich die „fleischliche Vermischung mit dem Viehe, todten Körpern, oder Leuthen einerley Geschlechts, als Mann mit Mann, Weib mit Weib“ wurde noch im 18. Jahrhundert „nach vorheriger Enthauptung durch das Feuer gestrafft“ (6. Kap., § 10 Codex Juris Bavarici Criminalis, 1751).<sup>4</sup> Das Bayer. Strafgesetzbuch von

---

<sup>1</sup> Ausführlich Sommer, Die Strafbarkeit der Homosexualität von der Kaiserzeit bis zum Nationalsozialismus, 1998, passim. Zur geschätzten Zahl der Verurteilungen s. Hoffschildt, 140.000 Verurteilungen nach „§ 175“ abrufbar im Internet unter <http://old.hannover.gay-web.de/huk/vehn/aufsaeetze/140.000.htm> [Stand: 8.5.2013].

<sup>2</sup> S. nur Kappe, KritJ 1991, 205, 206; Sigusch, APuZ 15-16/2010, 3 u. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 1969, S. 441. Von einer bis zum 13. Jahrhundert „völlig legalen Handlung“ (so Wikipedia § 175, abrufbar im Internet unter [http://de.wikipedia.org/wiki/%C2%A7\\_175](http://de.wikipedia.org/wiki/%C2%A7_175) [Stand: 8.5.2013]), kann deshalb keine Rede sein. Vgl. auch Collatio legum Mosaicarum et Romanorum (Coll.) 5, 3; Paul. Sent. 2, 26, 12 f.; Inst. Just. 4, 18, 4; Nov. Just. 77 u. 141 u. Schwulencity.de: Kaiser Justinian, abrufbar im Internet unter <http://www.schwulencity.de/codexjustinianus.html> [Stand: 8.5.2013] u. Spreitzer, Die Stumme Sünde, 1988, Textanhang sowie Cohen, Sexuality, Violence, and the Athenian Law of hubris Greece and Rome 38, 1991, 171 ff.; Krause, Kriminalgeschichte der Antike, 2004, S. 42 f., 77, 183 ff. u. Wilhelm, JfsZ Bd. 1, 1899, 97 ff. Zur Begründung, dass das Gemeinwesen wegen dieser Laster Schaden (z. B. Hungersnöte, Missernten, Unwetter, Seuchen, Feuersbrunst) nehmen könnte, s. Nov. Just. 77. S. zu diesem Topos als Folge des frevelhaften Eros auch Plat. Symp. 188a u. b.

<sup>3</sup> Vgl. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 1969, S. 431.

<sup>4</sup> Vgl. die Vorgängervorschriften Art. 141 der Bambergensis (1507) und Art. 116 der Peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karl V. (1532), die lautete: „Straff der unkeusch, so wider die Natur beschickt. Item so eyn mensch mit eynem vihe, mann mit mann, weib mit weib, unkeusch treiben, die haben auch das Leben verwürckte, und man soll sie der gemeynen gewonheynt nach mit dem feuer vom leben zum todt richten.“ Ausführlich zur

1813 bestrafte als widernatürliche Unzucht dagegen nur Täter, die einen Knaben oder ein Mädchen unter zwölf Jahren zu widernatürlicher Wollust gebraucht oder verführt hatten (Art. 191). Demgegenüber kehrte das Preußische Gesetzbuch von 1851 (§ 143) und in seiner Folge das Reichsstrafgesetzbuch (RStGB) zur widernatürlichen Unzucht zwischen Männern zurück.<sup>5</sup>

In der Weimarer Republik traten vereinzelt liberale Kreise für eine Straffreiheit sexueller Handlungen unter erwachsenen Männern ein. Man wollte nur noch besondere Qualifikationen der homosexuellen Handlungen bestrafen.<sup>6</sup> Demgegenüber gab es auch Bestrebungen, die Strafbarkeit der einfachen Homosexualität unter erwachsenen Männern beizubehalten, sie mit höheren Strafen zu sanktionieren und die Strafbarkeit auf Lesben auszudehnen.<sup>7</sup> Im beginnenden 19. Jahrhundert und in der Weimarer Republik gab es keine von der Öffentlichkeit unterstützte breite Strömung, die für eine Straflosigkeit homosexueller Betätigung unter Erwachsenen eingetreten wäre. Auch die angebliche „lebendige lesbische und schwule Kultur“ beschränkte sich auf einzelne Örtlichkeiten und Einrichtungen. Begegnungen von Homosexuellen in bestimmten Lokalen fanden zwar keine allgemeine Akzeptanz, sie wurden aber auch nicht unverzüglich zum gesellschaftlichen Skandal hochstilisiert.<sup>8</sup> Die juristische Diskussion dieser Zeit betraf vor allem die Frage der Tatbestandsmäßigkeit „beischlafähnlicher Handlungen“, deren Abgrenzung als zu unbestimmt angesehen wurde. Die praktische Folge war allerdings eine extensivere Interpretation der unbestimmten Tatbestandsmerkmale des § 175

---

Entwicklung Baumann, Paragraph 175, 1968, S. 23 ff. u. kurz Müller-Götzmann, Artificielle Reproduktion und gleichgeschlechtliche Elternschaft, 2009, S. 76 ff.

<sup>5</sup> § 175 RStGB hatte ursprünglich folgenden Wortlaut: „Die widernatürliche Unzucht, welche zwischen Personen männlichen Geschlechts oder von Menschen mit Tieren begangen wird, ist mit Gefängnis zu bestrafen; auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.“ Zu diesen Strafvorschriften s. Textbuch zur Strafrechtsgeschichte der Neuzeit, 1998.

<sup>6</sup> So die Entwürfe von 1911 (Kahl, von Lilienthal, von Liszt und Goldschmidt), von 1922 (Radbruch) und von 1930 (Kahl).

<sup>7</sup> Feustel, Die Geschichte der Homosexualität, 2003, S. 137 f.

<sup>8</sup> Zutr. Feustel, Die Geschichte der Homosexualität, 2003, S. 137.

RStGB.<sup>9</sup> Die Öffentlichkeit reagierte auf männliche Homosexualität, wie die Harden-Eulenberg-Affäre zeigt,<sup>10</sup> mit Ablehnung; sie konnte deshalb als Waffe im politischen und publizistischen Meinungskampf eingesetzt werden.

Die politische Forderung nach Abschaffung des § 175 RStGB war zudem meist keine isolierte, sondern stand regelmäßig im Zusammenhang mit der Liberalisierung des gesamten Sexualstrafrechts. So forderte der SPD-Parteitag in Kiel (1927) sowohl die Aufhebung des § 175 RStGB als auch die Aufhebung der Strafe für Ehebruch.<sup>11</sup> Gegner der Abschaffung der Strafbarkeit der Homosexualität von Männern unter Beibehaltung der Straflosigkeit der lesbischen Beziehungen von Frauen nannten als Grund vor allem die „Verfälschung des öffentlichen Lebens durch die Schaffung von persönlichen Abhängigkeitsverhältnissen“. Der Vorwurf persönlicher Verbindungen war publizistisch meist eine versteckte Anspielung auf homoerotische Beziehungen in politischen Kreisen und Zirkeln. Er hatte wegen der verbreiteten Ansicht, dass Homosexualität eine unvoreingenommene politische Willensbildung und Entscheidung ausschließen würde, auch Resonanz in der Öffentlichkeit. Bei lesbischen Frauen traf dies wegen ihrer weniger maßgebenden Stellung in staatlichen und öffentlichen Ämtern nicht zu.<sup>12</sup>

Die Nationalsozialisten hatten zunächst strafbare homosexuelle Handlungen entsprechend der Rechtsprechung des Reichsgerichts auf beischlafähnliche Handlungen beschränken wollen.<sup>13</sup> Erst nach dem Röhm-Putsch wurde § 175 RStGB durch die Ersetzung des Begriffs der widernatürlichen Unzucht durch den Begriff der Unzucht und die Schaffung der neuen Bestimmung des § 175a

---

<sup>9</sup> S. nur Baumann, Paragraph 175, 1968, S. 43 ff.

<sup>10</sup> S. dazu nur Nipperdey, Dt. Geschichte, Bd. II, 2. Aufl. 1993, S. 734 u. Steffahn, Glanz und Elend der Deutschen, 2006, S. 287.

<sup>11</sup> Vgl. Feustel, Die Geschichte der Homosexualität, 2003, S. 138.

<sup>12</sup> So beispielsweise noch das Reichsministerium der Justiz von 1942, zit. nach Feustel, Die Geschichte der Homosexualität, 2003, S. 139.

<sup>13</sup> Gleispach, in: Gürtner (Hrsg.), Das kommende deutsche Strafrecht, BT, 1935, S. 125 f.

RStGB erheblich ausgeweitet.<sup>14</sup> Von entscheidender Bedeutung für die Praxis der nationalsozialistischen Verfolgung homosexueller Männer war vor allem die vom NS-Strafrecht ermöglichte Bestrafung einer Tat, „die ... nach dem gesunden Volksempfinden Bestrafung verdient“. Insofern wirkten sich auch die im Rahmen der nationalsozialistischen Ausweitung der Strafbarkeit nach § 175 RStGB enthaltenen Erleichterungen, nämlich die Streichung der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte und die Möglichkeit für den Richter, in besonders leichten Fällen von Strafe abzusehen, in der Rechtswirklichkeit nicht aus. Es waren im wesentlichen die Spruchpraxis der (Sonder-)Gerichte und die Geheimbefehle,<sup>15</sup> die für die systematische Verfolgung homosexueller Männer im Dritten Reich verantwortlich sind.<sup>16</sup> Selbst die verschärften §§ 175, 175a RStGB wurden von den Nationalsozialisten als ungenügend zur „Behandlung Gemeinschaftsfremder“<sup>17</sup> angesehen.

Der Zusammenbruch der Naziherrschaft führte in beiden deutschen Staaten nicht zur Revision oder gar Streichung der §§ 175, 175a StGB. Hintergrund ist u. a. auch, dass die Siegermächte, abgesehen von Frankreich, selbst männliche Homosexualität bestrafte. Insofern herrschte die Auffassung vor, dass die genannten Paragraphen nicht in einem Maße nationalsozialistisch geprägtes Recht seien, dass ihnen in einem freiheitlich-demokratischen bzw. sozialistischen Staat die Geltung versagt werden müsse. Auch in der ehemaligen DDR wurde Homosexualität weiterhin in der diskriminierenden Assoziationskette „Prostitution, Homosexualität und Verbrechen“ genannt. Sie sollte in der sozialistischen Gesellschaft keinen Nährboden mehr haben.<sup>18</sup>

---

<sup>14</sup> S. nur Feustel, Die Geschichte der Homosexualität, 2003, S. 140.

<sup>15</sup> Vgl. dazu Feustel, Die Geschichte der Homosexualität, 2003, S. 142.

<sup>16</sup> Vgl. zu diesen Entrechtungsmechanismen Kirchheimer, in: Wirtschaft, Recht und Staat im Nationalsozialismus, Analysen des Instituts für Sozialforschung 1939 und 1942, hrsg. v. Dubiel/Söllner, 1984, S. 315, 331 f.

<sup>17</sup> So das noch 1943 vorbereitete Gesetz (vgl. Feustel, Die Geschichte der Homosexualität, 2003, S. 144).

<sup>18</sup> Vgl. die Äußerungen des späteren Präsidenten der DDR, Wilhelm Pieck, und der Ostberliner Presse, zit. von Feustel, Die Geschichte der Homosexualität, 2003, S. 148. Vgl. auch die Weigerung des Magistrats von Ost-Berlin, Homosexuelle, die im KZ inhaftiert waren, als Opfer des Faschismus anzuerkennen.

In der Bundesrepublik wurde die Strafbarkeit der Homosexualität im Zusammenhang mit den Straftaten gegen die Ehe und die Straftaten der Sexualspähre (Sittlichkeitsdelikte) behandelt. Unzucht oder unzüchtige Handlung war jede Handlung, „die objektiv das allgemeine geschlechtliche Schamgefühl gröblich verletzte und subjektiv in wollüstiger Absicht vorgenommen wurde, nämlich in der Absicht, eigene oder fremde Geschlechtslust zu erregen oder zu befriedigen“.<sup>19</sup> Als Rechtsgüter des Einzelnen, die das Sexualstrafrecht zu verteidigen hat, wurden die „Freiheit zu geschlechtlicher Selbstbestimmung“, „die ungestörte sexuelle Entwicklung des jungen Menschen“ sowie das „Freibleiben von schwerwiegenden Belästigungen in sexueller Hinsicht“ genannt. Die Rechtsgüter der Allgemeinheit waren in diesem Zusammenhang insbesondere „Ehe und Familie“, aber auch „die elementaren Grundlagen des menschlichen Zusammenlebens, zumal die Toleranz und die Achtung vor der Menschenwürde des anderen“.<sup>20</sup> Auch Reformen, wie z. B. das 4. Strafrechtsreform-G<sup>21</sup>, orientierten sich trotz dieser vorgenannten Rechtsgüter in Wirklichkeit an einem „Kodex sittlicher Normen für das Sexualverhalten der Menschen, der der damaligen Auffassung entsprang“. So sollte § 175 StGB die „geschlechtliche Entwicklung von Knaben und Jünglingen vor Störungen bewahren“.<sup>22</sup> Recht und Moral vermischten sich. Anders als mit moralischen Erwägungen lässt sich die Strafdrohung gegen homosexuelle Handlungen auch schwerlich rechtfertigen.<sup>23</sup> Insofern räumte der Zweite Bericht des Sonderausschusses<sup>24</sup> ausdrücklich ein, dass junge Männer vor der Gefahr geschützt werden müssten, durch homosexuelle Kontakte „in dieser Richtung“ geprägt, dadurch „bei den herrschenden gesellschaftlichen Moralvorstellungen“ in eine „Außenseiterrolle“ gedrängt und deshalb dauernd psychisch schwer belastet zu werden. Die Sozialschädlichkeit der männlichen Homosexualität wurde somit in gewisser Weise „unbefangen aus der moralischen Missbilligung abgeleitet, der sie im sozialen Leben ausgesetzt“ war. Gleiches galt für die Ablehnung einer Strafdrohung für

---

<sup>19</sup> Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 1969, S. 431.

<sup>20</sup> Vgl. BT-Drs. VI/1552, S. 9 f. u. dazu Bockelmann, Strafrecht BT/2, 1997, S. 125.

<sup>21</sup> Vom 23.11.1973, BGBl. I, 1725.

<sup>22</sup> BT-Drs. 7/514, S. 5 u. dazu Bockelmann, Strafrecht BT/2, 1997, S. 126.

<sup>23</sup> Vgl. BT-Drs. 7/514, S. 6 u. dazu Bockelmann, Strafrecht BT/2, 1997, S. 127.

<sup>24</sup> BT-Drs. 7/514, S. 6.

weibliche Homosexualität.<sup>25</sup> Zweck des § 175 StGB war somit der Jugendschutz. Mit ihm sollte nach damaliger Auffassung „der Gefahr“ begegnet werden, „dass unreife Jünglinge durch ein Prägungserlebnis in eine homosexuelle Entwicklung gedrängt“ würden.<sup>26</sup> Erst im Zuge der Reform des 29. Strafrechtsänderungsgesetzes, die zur Abschaffung des § 175 StGB führte, hatte sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass die Festlegung der Sexualität auf Hetero- oder Homosexualität bereits in einer sehr frühen Entwicklungsstufe, vermutlich bereits vor der Geburt, erfolgt und deshalb die Strafandrohung im Hinblick auf das frühere Schutzgut zwecklos ist.<sup>27</sup>

## 2. Die Rechtsprechung nach dem 2. Weltkrieg

Die Rechtsprechung zu den §§ 175, 175a StGB nach Gründung der BRD und Inkrafttreten des Grundgesetzes ist von einer gewissen Unsicherheit gekennzeichnet. Grund ist sicherlich, dass eine Verinnerlichung der demokratischen Werte, die nach der Verfassung das soziale Leben bestimmen sollten, auch bei der Richterschaft nicht gleichsam von heute auf morgen erfolgen konnte.<sup>28</sup>

Kennzeichnend für die damalige Situation der Justiz nach dem Zusammenbruch einer Staats- und Gesellschaftsordnung ohne Achtung vor der Würde des Menschen<sup>29</sup> ist der Streit zwischen einzelnen Oberlandesgerichten und wohl sogar Senaten am selben Oberlandesgericht, ob es sich bei den §§ 175, 175a StGB um typisch nationalsozialistisches Recht handelte.<sup>30</sup> Teilweise wurde von

---

<sup>25</sup> Zutr. Bockelmann, Strafrecht BT/2, 1997, S. 127.

<sup>26</sup> Vgl. Bockelmann, Strafrecht BT/2, 1997, S. 148.

<sup>27</sup> Vgl. Schroeder, NJW 1994, 1501, 1502.

<sup>28</sup> S. nur Stammer, in: Gehler/Schelsky, Soziologie, 1955, S. 256, 262 u. kurz Wassermann, Der politische Richter, 1972, S. 17 f. Auf die personelle Kontinuität zwischen Weimarer Republik, NS-Zeit und Nachkriegszeit kann hier nicht näher eingegangen werden; s. dazu nur Friedrich, Freispruch für Nazi-Justiz, 1983, S. 13 ff. u. Staff, Justiz im Dritten Reich, 2. Aufl. 1978, S. 221 ff.

<sup>29</sup> Vgl. den Vorspruch der Bayer. Verfassung zur unmittelbar präsenten Erfahrung der Entwertung aller Werte und dazu Nawiasky/Leusser, BV, 1948, S. 78 u. kurz Lindner, in: Lindner/Möstl/Wolff, BV, 2009, Vorspruch Rn. 2.

<sup>30</sup> So OLG Oldenburg, SJZ 1946, 96; OLG Halle, Urt. v. 25.7.1947 – Ss 27/47 u. OLG Halle, Beschl. v. 20.9.1948 – 1 Ws 43/48, zit. nach NJW 1949, 519; HessOLG v. 8.5.1947 – Ss 16/47; anders OLG Halle, Urt. v. 1.7.1948 – Ss

Gerichten bei einer homosexuellen Betätigung zwischen erwachsenen Männern auch lediglich auf eine symbolische Strafe erkannt.<sup>31</sup> Der BGH<sup>32</sup> versuchte, an die Rechtsprechung vor der Nazizeit anzuknüpfen und die deutsche Rechtsentwicklung in den Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung einzufügen. Zudem wurde hinsichtlich der unzüchtigen Handlungen solche zwischen erwachsenen Männern einerseits und solche zwischen Erwachsenen und Kindern bzw. Jugendlichen andererseits unterschieden.<sup>33</sup> Insofern hat die auch damals bereits kritisierte Rechtsprechung<sup>34</sup> vor allem bei Jugendlichen auf körperliche Berührungen hinsichtlich der unzüchtigen Handlungen verzichtet.<sup>35</sup>

Nachdem der Bundesgesetzgeber im 3. StrafRändG (Strafrechtsbereinigungsgesetz) v. 4.8.1953<sup>36</sup> die Vorschrift des § 175 StGB nicht geändert hat und darauf hingewiesen wurde,<sup>37</sup> dass die beibehaltenen Änderungen des StGB durch die Gesetzgebung der nationalsozialistischen Zeit und der Besatzungsmächte „vom Gesetzgeber anerkannt werden“, wurde dies als Zeichen gewertet, das Tatbestandsmerkmal der geschlechtlichen Unzucht weit auszulegen.<sup>38</sup> Allerdings hatten einzelne Gerichte die Fortgeltung des § 175 StGB bis zu diesem Zeitpunkt noch verneint,<sup>39</sup> Richter und auch Anwälte

---

111/48, zit. nach NJW 1948, 519; OLG Düsseldorf, MDR 1948, 60; OGH Köln, SJZ 1949, 282; OLG Braunschweig, NJW 1953, 1929; OLG Frankfurt/M., NJW 1949, 232 u. OLG Frankfurt/M., NJW 1949, 913. Vgl. dazu Schiefelbein, in: Zeitsch. f. Sexualforschung, 1992, S. 59 ff.

<sup>31</sup> So LG Münster, NJW 1949, 956; LG Bielefeld, HuW 1950, 253; LG Hamburg, NJW 1951, 85 (niedrigste Geldstrafe von 3 DM).

<sup>32</sup> BGH, BeckRS 1951, 31194269.

<sup>33</sup> BGHSt 1, 80, 293; BGH, NJW 1952, 796; BGH, NJW 1959, 1887; BGH, NJW 1963, 57; BGH, NJW 1965, 2308; ähnlich BGHSt 5, 88 = NJW 1954, 519 zum Triolisten bei Minderjährigen. Vgl. auch OLG Düsseldorf, NJW 1962, 62 u. OLG Hamm, NJW 1963, 64 zum Küssen unter erwachsenen Männern.

<sup>34</sup> So z. B. Schmidt-Leichner, NJW 1953, 1761.

<sup>35</sup> Vgl. BGH, NJW 1953, 1761 (gleichzeitige Onanie; allerdings auch Betasten des Geschlechtsteils des 17jährigen).

<sup>36</sup> BGBl. I, 735.

<sup>37</sup> BT-Drs. 1/3713, 19.

<sup>38</sup> So z. B. OLG Braunschweig, NJW 1953, 1929; vgl. auch BVerfG, BeckRS 1954, 00065.

<sup>39</sup> AG Hattingen/Ruhr v. 10.7.1953 – 25 Ms 133/52.

später Verurteilungen kritisiert<sup>40</sup> und Staatsanwälte Rechtsmittel zugunsten der Verurteilten eingelegt.<sup>41</sup> Und auch nach der Billigung der Strafvorschriften gegen die männliche Homosexualität durch das BVerfG am 10.5.1997<sup>42</sup> haben Amtsgerichte diese Strafvorschriften für verfassungswidrig angesehen und eine erneute Entscheidung des BVerfG über die Gültigkeit dieser Normen eingeholt.<sup>43</sup> Auch der BGH<sup>44</sup> hat in einem Fall, in dem ein Kind betroffen war, das bereits homosexuelle Erfahrungen hatte und dem angeklagten Mann entgegen gekommen war, eine Strafaussetzung zur Bewährung als naheliegend angesehen. Der nach der Wiedervereinigung noch ergangene, häufig kritisierte Beschluss des BGH über die Fortgeltung des § 175 StGB betraf zehn Fälle homosexueller Handlungen mit 13-15jährigen Jungen.<sup>45</sup>

Das BVerfG hat sich in zwei zwischenzeitlich heftig kritisierten Entscheidungen mit der Strafbarkeit homosexueller Männer befasst.

- Im ersten Urteil vom 10.5.1957<sup>46</sup> ging es um zwei Beschwerdeführer, die u. a. wegen homosexueller Handlungen mit Minderjährigen (§ 175a Nr. 3

---

<sup>40</sup> So Amtsgerichtsrat Dr. Buse, NJW 1953, 1929, 1930 zu OLG Braunschweig, NJW 1953, 1929 u. Schmidt-Leichner, NJW 1955, 1600 zu BGHSt 8, 1 = NJW 1955, 1600.

<sup>41</sup> So im Fall OLG Braunschweig, NJW 1953, 1929.

<sup>42</sup> BVerfGE 6, 389 = NJW 1957, 865.

<sup>43</sup> S. AG Bielefeld, NJW 1971, 264 u. AG Eutin, NJW 1972, 504 (vgl. zu diesem Vorlagebeschluss BVerfGE 36, 41 = NJW 1973, 2195 = MDR 1974, 24).

<sup>44</sup> BGH, NJW 1983, 1624.

<sup>45</sup> BGH, NSTZ 1992, 383 = DtZ 1992, 253, wobei nur die Fälle der Berührungen mit der Hand und des Mundverkehrs für strafwürdig angesehen wurden, nicht das bloße Fotografieren der nackten Jungen und das Streicheln des Oberschenkels, die auf Antrag des Generalbundesanwalts eingestellt wurden. Auch BGHSt 40, 64 = NJW 1994, 1542 = JZ 1994, 476, betraf u.a. einen Fall des sexuellen Missbrauchs eines Kindes, in den drei Fällen homosexueller Handlungen hat der BGH das Urteil hinsichtlich der Strafe aufgehoben, um die unterschiedliche Rechtslage im wiedervereinigten Deutschland zu berücksichtigen.

<sup>46</sup> BVerfGE 6, 389 = NJW 1957, 865. Zur Kritik s. nur Kolat, § 175 StGB Rehabilitierung der nach 1945 verurteilten homosexuellen Männer, S. 6, abrufbar im Internet unter [https://www.berlin.de/imperia/md/content/lb\\_ads/gglw/veroeffentlichungen/doku28\\_175\\_bf.pdf?start&ts=1328542973&file=doku28\\_175\\_bf.pdf](https://www.berlin.de/imperia/md/content/lb_ads/gglw/veroeffentlichungen/doku28_175_bf.pdf?start&ts=1328542973&file=doku28_175_bf.pdf) [Stand: 8.5.2013]; Bluhm, ebenda, S. 8, 9; Lederer, ebenda, S. 14; Bruns, ebenda, S. 26, 31 (zurückhaltender); Grau, ebenda, S. 44, 49 sowie Risse, Der verfassungsrechtliche Schutz der Homosexualität, 1998, S. 77; insbes. 103. Zur umgekehrten Kritik konservativer Kreise, das BVerfG

StGB) vom LG Hamburg verurteilt worden waren und hiergegen Verfassungsbeschwerde eingelegt hatten. Ein Beschwerdeführer ist während des Verfahrens verstorben, seine Angehörigen haben das Verfahren nicht fortgeführt. Bundestag,<sup>47</sup> Bundesrat<sup>48</sup> und der Senat der Freien und Hansestadt Hamburg<sup>49</sup> haben sich im Verfahren nicht geäußert. Der Bundesminister der Justiz Dr. Thomas Dehler (FDP) hat eine Stellungnahme abgegeben. Dem BVerfG<sup>50</sup> lagen zehn Gutachten von Sachverständigen zu Fragen der Homosexualität u.a. von Dr. Dr. Giese, Direktor des Instituts für Sexualforschung (Frankfurt/M.), Prof. Dr. Schelsky (Hamburg), Prof. Dr. Grassberger (Wien) und Prof. Dr. Mitscherlich (Gesellschaft für Psychotherapie und Tiefenpsychologie e. V., Heidelberg) vor. Im Verfahren wurde zudem Prof. Wilthold (Frankfurt) vernommen. Sämtliche vom Gericht angefragten Sachverständigen bejahten – mit Abweichungen in Einzelheiten – grundsätzlich Unterschiede zwischen männlicher und weiblicher Homosexualität<sup>51</sup> und ein dringendes Schutzbedürfnis Jugendlicher vor Verführung zu homosexuellen Handlungen. Maßgeblich waren für die verfassungsrechtliche Billigung der §§ 175, 175a StGB neben diesen Äußerungen der Sachverständigen deren Beibehaltung durch die Besatzungsmächte,<sup>52</sup> die Billigung durch die höchstrichterliche Rechtsprechung und die h. L.<sup>53</sup> sowie das Unterlassen des Bundestags, im 3. Strafrechtsänderungsgesetz vom 4.8.1953 die §§ 175, 175a StGB zu ändern, obwohl dieses Gesetz das Strafrecht von nationalsozialistischen

---

verlasse das GG s. <http://www.katholisches.info/2013/02/20/das-bundesverfassungsgericht-urteilt-politisch-nicht-auf-der-grundlage-des-grundgesetzes/> [Stand: 8.5.2013].

<sup>47</sup> Mehrheit der CDU/FDP/DP.

<sup>48</sup> Keine Mehrheit der Regierungsparteien.

<sup>49</sup> 1. und 2. Bgm. SPD, absolute SPD-Mehrheit.

<sup>50</sup> Der 1. Senat war mit je fünf Richtern, die auf Vorschlag der Unionsparteien und fünf Richtern, die auf Vorschlag der SPD gewählt wurden, besetzt.

<sup>51</sup> So bereits OLG Braunschweig, NJW 1953, 1929.

<sup>52</sup> BVerfGE 6, 389, 416 f.

<sup>53</sup> BVerfGE 6, 389, 418, wo darauf hingewiesen wird, dass in den Sachbüchern und Kommentaren nur die Frage der Beschränkung auf beischlafähnliche Handlungen kontrovers diskutiert werde.

Bestimmungen säubern und den Grundsatz der Gleichberechtigung der Geschlechter umsetzen sollte.<sup>54</sup>

- Das Urteil v. 2.10.1973<sup>55</sup> befasste sich mit der Frage der Strafbarkeit homosexueller Handlungen von Männern über 18 Jahren mit Männern unter 18 Jahren. Im Vorlagefall ging es um homosexuelle Handlungen eines 39jährigen Mannes mit einem 16 Jahre alten Schüler. Auch insoweit hielt das BVerfG die Einschränkung der Strafbarkeit auf die männliche Homosexualität weiter unter dem Aspekt des Jugendschutzes für verfassungsgemäß. Der Strafrahmen wurde wegen der Mindeststrafe von einem Tag, des Vorrangs einer Geldstrafe und der Möglichkeit bei unter 21jährigen Beteiligten, von Strafe abzusehen, ebenfalls für verfassungsrechtlich unbedenklich angesehen.

### 3. Europäische und internationale Entdiskriminierung

Die für eine Aufhebung der in der BRD und der DDR ergangenen Strafurteile nach §§ 175 bzw. 175a StGB-DDR plädierende Ansicht geht davon aus, dass spätestens 1981 die Menschenrechtswidrigkeit homosexueller Handlungen von Männern festgestanden hätte und jedenfalls deshalb alle später erlassenen Gerichtsentscheidungen offenkundiges Unrecht darstellten. Sie bezieht sich dabei auf die Entscheidung des EGMR vom 22.10.1981 in Sachen Dudgeon vs. Großbritannien.<sup>56</sup> Dort ging es um das in Nordirland bestehende Verbot homosexueller Handlungen bei über 21jährigen. Der EGMR stellte mit 15 : 4 Stimmen eine Verletzung von Art. 8 EGMR fest.<sup>57</sup> Allerdings führte der EGMR aus: „Es lässt sich nicht bezweifeln, dass eine gewisse Regelung des männlichen homosexuellen Verhaltens, wie in der Tat jede Form sexuellen Verhaltens, mit

---

<sup>54</sup> BVerfGE 6, 389, 431 u. insbes. 437.

<sup>55</sup> BVerfGE 36, 41 = NJW 1973, 2195; an ihm wirkten fünf von der Union und drei von der SPD vorgeschlagene Richter mit.

<sup>56</sup> EGMR, Urt. v. 22.10.1981 – 7525/76 (Dudgeon vs. Großbritannien), NJW 1984, 541 = EuGRZ 1983, 488; s. dazu kurz Schiedermaier, Der Schutz des Privaten als internationales Grundrecht, 2002, S. 264 ff.; Uerpmann-Wittzack, in: Ehlers, EuGR, 3. Aufl. 2009, § 3 Rn. 8 u. Wiemann, Sexuelle Orientierung im Völker- und Europarecht, 2013, S. 152.

<sup>57</sup> In seiner abweichenden Meinung vertrat der Richter Walsh die Ansicht, dass homosexuelle Handlungen nicht zur Privatheit der Familie zählten.

den Mitteln des Strafrechts als notwendig in einer demokratischen Gesellschaft gerechtfertigt werden kann ..., insbesondere für diejenigen, die besonders ungeschützt sind, weil sie jung, geistig oder körperlich schwach oder unerfahren sind oder sich in physischer, amtlicher oder wirtschaftlicher Abhängigkeit befinden.“ Das Recht in Nordirland unterschied sich von den Vorschriften in der Mehrheit der Mitgliedsstaaten jedoch dadurch, dass es generell die schwere Unzucht unter Männern unabhängig von den Einzelumständen verbot. „Solange lediglich Erwachsene in gegenseitigem Einverständnis beteiligt sind“, kann dies nach Auffassung des EGMR die Anwendung des Strafrechts nicht rechtfertigen.<sup>58</sup> Ebenso wurde zum Verbot der Beschäftigung bekennender Homosexueller in der britischen Armee entschieden; die von der Regierung Großbritanniens genannten Ziele der nationalen Sicherheit und der Aufrechterhaltung der Ordnung wurden allerdings als Rechtfertigungsgründe grundsätzlich anerkannt.<sup>59</sup> Art. 8 Abs. 1 EMRK schützt somit die Homosexualität als Teil des Privatlebens; gleichwohl dienen Vorschriften, die Verletzungen der sexuellen Selbstbestimmung unter Strafe stellen, ebenfalls dem Schutz des Privatlebens.<sup>60</sup>

---

<sup>58</sup> Ebenso EGMR, Urt. v. 26.10.1988 – Rs 10581/83 (Norris vs. Irland), EuGRZ 1992, 477; EGMR, Urt. v. 22.4.1993 – 15070/89 (Modinos vs. Zypern), ÖJZ 1993, 821; EGMR, Urt. v. 9.1.2003 – Rs 4533/99 (S. L. vs. Österreich), ÖJZ 2003, 395; EGMR, Urt. v. 9.1.2003 – Rs 39392/98, 39829/98 (L und V vs. Österreich), ÖJZ 2003, 394; vgl. auch Human Rights Committee, No. 488/1992 (Tooner vs. Australia). Krit zur Rechtsprechung des EGMR zur Reichweite sexueller Freiheiten, die durch Art. 8 EKRM geschützt sind, Bamforth, *Sexual Privacy an the European Convention of Human Rights*, *The Cambridge Law Journal* 1997, 480 ff.

<sup>59</sup> EGMR, Urt. v. 27.9.1999 – Rs 33985/96, 33986/96 (Smith und Grady vs. Großbritannien), NJW 2000, 2089; EGMR, Urt. v. 27.9.1999 – Rs 31417/96, 32377/96 (Lustig-Prean und Becket vs. Großbritannien), abrufbar im Internet unter [http://www.menschenrechte.ac.at/orig/99\\_5/Lustig\\_Prean.pdf](http://www.menschenrechte.ac.at/orig/99_5/Lustig_Prean.pdf) [Stand: 8.5.2013]; das Verbot wurde nur als unverhältnismäßig angesehen. Zur Diskriminierung und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei Maßnahmen, die die sexuelle Orientierung betreffen, s. auch EGMR, Urt. v. 21.10.2010 – 4916/07, 25924/08, 14599/09 (Alekseyev vs. Russland), NVwZ 2011, 1375 u. EGMR, Urt. v. 19.2.2013 – 19010/07 (X u.a. vs. Österreich), BeckRS 2013, 04490.

<sup>60</sup> Uerpmann-Witzack, in: Ehlers, *EuGR*, 3. Aufl. 2009, § 3 Rn. 8.

Homosexuelle Handlungen sind entgegen der Rechtsprechung des EGMR noch in vielen Staaten der Welt strafbar.<sup>61</sup> Die Weltgesundheitsorganisation (WHO) hatte noch 1948 die Homosexualität in ihre „Internationale Liste für Krankheiten“ aufgenommen.<sup>62</sup> Auch als 1998 das dänische Parlament mehrheitlich das „Gesetz über registrierte Partnerschaften“ verabschiedete und damit erstmals international homosexuellen Paaren beiderlei Geschlechts die Möglichkeit der Registrierung ihrer Beziehung gab, wurde ihnen das Recht zur Adoption von Kindern weiterhin verwehrt. Erst 1990 ließ die Zentralkonferenz der amerikanischen Rabbiner Homosexuelle zum Rabbineramt zu.<sup>63</sup> Im Dezember 2008 stimmten nur 66 von 192 Ländern in der UN-Generalversammlung für eine Erklärung gegen die Diskriminierung Homosexueller.<sup>64</sup> Weltweit kann deshalb auch heute noch nicht von einer einhelligen Meinung der Straffreiheit einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen Männern ausgegangen werden.

## II. Moral und Recht

### 1. Unzucht, Perversion und Homosexualität

Homosexualität ist eine in allen Kulturen vorkommende Ausformung des menschlichen Sexuallebens und deshalb eine ebensolche Verkehrsform wie Heterosexualität.<sup>65</sup> Diese Erkenntnis setzte sich allerdings erst Anfang der 90er Jahre des letzten Jahrhunderts durch. Homosexualität wurde bis dahin als Krankheit oder Perversion angesehen. Typisch hierfür ist auch die Frage, auf welchem Weg eine nichtheterosexuelle Entwicklung in eine heterosexuelle übergeführt werden könnte. Sie zielt auf die Verwirklichung einer „heilen Welt“,<sup>66</sup> die auch auf dem Wege des Strafrechts gefördert und geschützt

---

<sup>61</sup> S. den Überblick bei GayLaw – Homosexualität und das Gesetz (<http://www.gaystation.info/law/?/law/europa.html> [Stand: 8.5.2013]) u. Mengel, APuZ 15-16/2010, S. 33 ff. Vgl. zur Strafverfolgung auch VG Düsseldorf, BeckRS 2012, 53305 u. BVerwGE 79, 143 = NVwZ 1998, 388.

<sup>62</sup> Vgl. Feustel, Die Geschichte der Homosexualität, 2003, S. 148 (Die Streichung erfolgte erst 1992).

<sup>63</sup> Feustel, Die Geschichte der Homosexualität, 2003, S. 155.

<sup>64</sup> Sigusch, APuZ 15, 16, 210, S. 3, 4.

<sup>65</sup> Morgenthaler, Homosexualität, Heterosexualität, Perversion, 1994, S. 97 u. 99.

<sup>66</sup> Vgl. Morgenthaler, Homosexualität, Heterosexualität, Perversion, 1994, S. 97.

werden sollte. Nichtheterosexuelles Verhalten wurde als Abweichung, das heißt als Perversion angesehen.<sup>67</sup> Auch die Kritiker der Strafbarkeit homosexueller Handlungen konnten sich von den Klischees, Stereotypen und Zerrbildern, die im gesellschaftlichen Diskurs Grund für die Strafbarkeit der homosexuellen Betätigung waren, nicht vollständig entziehen.<sup>68</sup> Beispiel ist die bereits 1929 veröffentlichte Stellungnahme von Alexander und Staub zur Strafbarkeit Homosexueller.<sup>69</sup> Sie lautete: „ihre Bestrafung ist sinnlos und ungerecht ... Die Homosexualität des Erwachsenen kann man nur dulden ...“.<sup>70</sup> Die Begründung verwendet die gleichen Topoi wie die Befürworter der Strafbarkeit. Sie geht von einer großen Verbreitung der erworbenen Homosexualität und von einer untergeordneten Bedeutung einer angeborenen Homosexualität aus. Homosexualität sei ebenso wie alle anderen Perversionen ein Erziehungsproblem, nicht eine Frage des Kriminalrechts.<sup>71</sup> Die Gesellschaft räche damit ihre eigenen Fehler an den Opfern.<sup>72</sup> Dieses Argument sprach lange Zeit unter Jugendschutzgesichtspunkten für eine Beibehaltung der Strafbarkeit homosexueller Handlungen mit Personen, bei denen die Fixierung der sexuellen Orientierung noch nicht abgeschlossen war. Sie sollten vor einer konträren sexuellen Entwicklung geschützt werden.

---

<sup>67</sup> S. nur Pollack, in: Ariès/Béjin/Foucault, u. a., Die Masken des Begehrens und die Metamorphosen der Sinnlichkeit. Zur Geschichte der Sexualität im Abendland, 1986, S. 55 u. unter Bezugnahme auf von Krafft-Ebing, Psychopathia sexualis, ND 1984, S. 2754; von Krafft-Ebing, Der Conträrsexuale vor dem Strafrichter, 2. Aufl. 1895 u. von Notzing, Die Suggestionstherapie bei krankhaften Erscheinungen des Geschlechtssinnes mit besonderer Berücksichtigung der conträren Sexualempfindung, 1892. Vgl. auch den Beschluss der Amerikanischen Psychiatrischen Vereinigung aus dem Jahr 1974, die Homosexualität nicht mehr als Geisteskrankheit zu qualifizieren (Pollack, ebenda, S. 55).

<sup>68</sup> Vgl. Hirschfeld, in: Jahrbuch für sexuelle Zwischenstufen, 5, 1903, der bei Homosexuellen spezifische physiologische Merkmale z. B. weibliche Züge, ausmachen wollte (vgl. dazu Pollack, ebenda, S. 55, 56).

<sup>69</sup> Alexander/Staub, Der Verbrecher und seine Richter (1929), in: Moser (Hrsg.), Psychoanalyse und Justiz, 1974, S. 225, 329 ff.

<sup>70</sup> Alexander/Staub, Der Verbrecher und seine Richter (1929), in: Moser (Hrsg.), Psychoanalyse und Justiz, 1974, S. 225, 329.

<sup>71</sup> Alexander/Staub, Der Verbrecher und seine Richter (1929), in: Moser (Hrsg.), Psychoanalyse und Justiz, 1974, S. 225, 329.

<sup>72</sup> Alexander/Staub, Der Verbrecher und seine Richter (1929), in: Moser (Hrsg.), Psychoanalyse und Justiz, 1974, S. 225, 329.

In modernen Abhandlungen entsteht hinsichtlich der Homosexualität das „Bild eines Marktes“. Zu ihm gehören spezifische Homosexuellen-Treffpunkte, ein intensives Sexualleben, eine verbreitete Häufigkeit von Beziehungen, eine hochkarätige Promiskuität sowie eine Diversifizierung und zugleich Spezialisierung in bestimmten Praktiken (Leder, Bars mit back-room etc.).<sup>73</sup> Kultur und Ghetto liegen somit in der Aufarbeitung der Homosexualität von Männern nahe beieinander.<sup>74</sup> Insofern ist die Gefahr eines Wandels bei einer „Wiederkehr der moralischen Ordnung“ nicht von vornherein von der Hand zu weisen.<sup>75</sup> Der Homosexuelle war lange Zeit pervers, zumindest anomal.<sup>76</sup> Grund ist, dass er von der normalen Norm der sexuellen Entwicklung abwich. Diese war auf die „rechtmäßige“ Ehe zentriert. Abweichungen von ihr wurden mit geistigen Defiziten verkettet.<sup>77</sup> Der junge Homosexuelle verweigerte die Ehe und vernachlässigte – bei einem Doppelleben – seine Frau und verweigerte sich damit in den Augen der Kritiker gleichgeschlechtlicher Sexualität der gesellschaftlichen Reproduktion.<sup>78</sup>

## 2. Strafrecht und (Familien-)Moral

Eine bekannte Debatte über das Verhältnis von Strafrecht und Moral wurde ausgehend von der Empfehlung, homosexuelles Verhalten unter Erwachsenen bei gegenseitigem Einverständnis straffrei zu stellen,<sup>79</sup> kurz nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu § 175 StGB geführt.

---

<sup>73</sup> S. dazu Pollack, in: Ariès/Béjin/Foucault, u. a., Die Masken des Begehrens und die Metamorphosen der Sinnlichkeit. Zur Geschichte der Sexualität im Abendland, 1986, S. 56, 58 ff.

<sup>74</sup> Vgl. auch die Studien von Bell/Weinberg, Der Kinsey-Institut-Report über weibliche und männliche Homosexualität, 1978, S. 327 ff. sowie Dannecker/Reiche, Der gewöhnliche Homosexuelle, 1974, passim.

<sup>75</sup> So Ariès, in: Ariès/Béjin/Foucault, u. a., Die Masken des Begehrens und die Metamorphosen der Sinnlichkeit, 1986, S. 80 f. unter Bezugnahme auf Matzneff, „Le Monde“ v. 5.1.1980.

<sup>76</sup> S. nur Ariès, in: Ariès/Béjin/Foucault, u. a., Die Masken des Begehrens und die Metamorphosen der Sinnlichkeit, 1986, S. 80, 84.

<sup>77</sup> Foucault, Der Wille zum Wissen, Sexualität und Wahrheit 1, 1983, S. 41 ff. u. 105.

<sup>78</sup> So Ariès, in: Ariès/Béjin/Foucault, u. a., Die Masken des Begehrens und die Metamorphosen der Sinnlichkeit, 1986, S. 109 u. 113. Vgl. auch Sigusch, APuZ 15-16/2010, 3, 6.

<sup>79</sup> Vgl. zur diesbezüglichen Empfehlung des Wolfenden Reports (Report of the Departmental Committee on Homosexual Offences and Prostitution) v. 4.9.1957 u. dazu nur Mannheim, Vergleichende Kriminologie, 1974, Bd. 1, S. 63 f.

Kontrahenten waren Richter Sir Patrick Devlin und Prof. H. L. A. Hart. Lord Devlin vertrat die Ansicht, dass hinter der Feststellung, dass eine Handlung für die Gesellschaft schädlich ist und sie deshalb verboten werden muss, die Macht des Common Sense, die Kräfte des moralischen Gesetzes stehen.<sup>80</sup> Die Funktion des Strafrechts besteht nach seiner Auffassung darin, „ein moralisches Prinzip durchzusetzen und nichts weiter.“ Beispiel einer Bestrafung einer reinen „Moralwidrigkeit“ ist § 175 StGB. Mit den von ihm erfassten Handlungen („Unzucht“) wird kein Rechtsgut der Beteiligten verletzt; es handelt sich vielmehr um eine reine „Moralwidrigkeit“.<sup>81</sup> Auch die im Strafrecht vertretene Rechtsgutstheorie<sup>82</sup> überantwortet die Entscheidung über den Rang von Rechtsgütern und den Sinn und das Maß der Strafandrohung allerdings dem demokratischen Entscheidungsprozess.<sup>83</sup> Insoweit kann auch berücksichtigt werden, was der Gemeinschaft nützt (sog. legale Gerechtigkeit).<sup>84</sup> Die Aufnahme des Schutzes der sozialen Ordnung in den Strafanon, dessen Ursprung nicht zufällig in der Umbruchzeit des 17. und 18. Jahrhunderts liegen und an der auch in der Periode des Wiederaufbaus nach der Zerstörung der Rechtsordnung durch den Nationalsozialismus festgehalten wurde, betrifft vor allem das Familienrecht. Das Strafrecht übernimmt den Schutz des Familienrechts u. a. durch die Kontrolle der Sexualität hinsichtlich des Ehebruchs, der Verhinderung ungewollter Schwangerschaften und ihrer nachträglichen Beseitigung im Wege der Abtreibung, der Prostitution etc.<sup>85</sup> Auch die Lehre vom Rechtsgüterschutz scheiterte jedenfalls in der

---

<sup>80</sup> Devlin, *The Enforcement of Morals*, 1965 (nunmehr 2. Aufl. 1968), S. 11 u. 22.

<sup>81</sup> Zutreffend Kühl, JA 2009, 833 ff; s. bereits ders., ZStW 116, 2004, 870, 876 ff.

<sup>82</sup> S. nur MünchKommStGB/Joecks, 2. Aufl. 2011, Einl. Rn. 30 ff.; NK-StGB/Hassemer/Neumann, 2. Aufl. 2005, vor § 1 Rn. 108 ff.; Krey, Dt. Strafrecht AT, Bd. 1, 3. Aufl. 2008, Rn. 5 ff.; Roxin, in: FS f. Hassemer, 2010, S. 573 ff.; Heinrich, in: FS f. Roxin, 2011, S. 131 ff.; Hassemer, in: Scholler/Philipps (Hrsg.), *Jenseits des Funktionalismus*, 1989, S. 85 ff.; Neumann, in: ARSP 75, 1989, S. 118 ff.

<sup>83</sup> BVerfGE 120, 224, 241 f. = NJW 2008, 1137 = FamRZ 2008, 757 = JR 2008, 469; s. auch Roxin, *StrafR AT*, 2006, S. 14.

<sup>84</sup> S. nur A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, 2. Aufl. 1997, S. 163; ebenso Devlin, *The Enforcement of Morals*, 1965 (nunmehr 2. Aufl. 1968), S. 11 u. 22; anders Hart, *Law, Liberty and Morality*, 1963 (nunmehr 2. Aufl. 1984), S. 48.

<sup>85</sup> Ähnlich Pirillo, in: ders. (Hrsg.), *Il vincolo del giuramento e il tribunale della coscienza*, 1997, S. 361 ff. u. Prodi, *Eine Geschichte der Gerechtigkeit*, 2003, S. 322; teilw. abw. Kühl, JA 2009, 833, der von einer reinen Moralwidrigkeit ausgeht.

Nachkriegszeit an der bereits von Paul Johann Anselm von Feuerbach gefordert<sup>86</sup> und im Bayerischen Strafgesetzbuch von 1813, das die Strafbarkeit der Homosexualität und der Sodomie gestrichen hatte,<sup>87</sup> nicht verwirklichten Trennung von Moral und Recht.<sup>88</sup> Deshalb blieb es auch in der Rechtslehre zur Strafbarkeit der Homosexualität bei der Feststellung, dass „die Tragik, die auf dem Schicksal so mancher Menschen lastet, nicht durch Nachgeben im Bereich des Strafrechts aufgehoben werden kann“.<sup>89</sup>

Bei der Bestrafung der Homosexualität geht es um Recht und Moral, aber es geht auch um den Mechanismus von Sex und Macht.<sup>90</sup> Der Umstand, dass die weibliche Homosexualität in modernen Gesellschaften nicht bestraft wurde, beruht auch auf deren fehlender Rolle als gesellschaftsbildender Faktor. Die männliche Homosexualität wurde als Gefahr dafür gesehen, dass anstelle zweckmäßiger Entscheidungen die Politik durch sexuelle Bindungen oder grob sexuelle Bestrebungen beeinflusst werden könnte.<sup>91</sup> Die Befürchtungen belegen auch andere (heute längst überholte) geschlechtsspezifische Differenzierungen im Strafrecht.<sup>92</sup> Das Strafrecht schützt entsprechend den gesellschaftlichen Vorstellungen die einzige anerkannte Form geschlechtlicher Betätigung, nämlich die Ehe. Gleichzeitig werden damit die gesellschaftlichen Machtstrukturen von äußeren, insbesondere von sexuellen Einflüssen freigehalten. In diesen Zusammenhang gehört die Strafbarkeit des Ehebruchs (§ 172 a. F. StGB), die Vorschriften über das Beiseiteschaffen von Familienhabe (§ 170a StGB) und das Verlassen Schwangerer (§ 170c StGB).<sup>93</sup> Dass diese

---

<sup>86</sup> v. Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Teil 2, 1800 (ND 1966), S. 117 f.

<sup>87</sup> Vgl. Art. 191 BayStGB 1813 (vgl. Textbuch zur Strafrechtsgeschichte der Neuzeit, 1998, S. 487).

<sup>88</sup> S. dazu auch E. Schmidt, Einführung in die Geschichte der dt. Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, § 224.

<sup>89</sup> Jeschek, in: Recht und Staat, 198/199, 1957, S. 25.

<sup>90</sup> Vgl. auch Foucault, Der Wille zum Wissen, Sexualität und Wahrheit 1, 1983, S. 49, der die Verbindung von Lust und Macht untersucht.

<sup>91</sup> Alexander/Staub, Der Verbrecher und seine Richter (1929), in: Moser (Hrsg.), Psychoanalyse und Justiz, 1974, S. 225, 328.

<sup>92</sup> Vgl. dazu Art. 37 L des kubanischen Strafgesetzbuchs 1936 u. dazu sowie zum Zusammenhang zwischen Strafrecht und der unterprivilegierten Position der Frauen in der Gesellschaft Mannheim, Vergleichende Kriminologie, Bd. 2, 1974 S. 832 f.

<sup>93</sup> Vgl. dazu Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 1969, S. 424, 425 und 428.

Vorschriften nicht nur auf dem Papier standen, zeigen die circa 1.365 Bestrafungen wegen Ehebruchs in den Jahren 1958 bis 1966.

Die Frage, inwieweit der Einfluss der (früher so genannten gesunden) Volksanschauung im Rahmen der Strafrechtsnormen, die Familie und Sexualität betreffen, Bedeutung für die Rechtsprechung haben könnte, wird unter dem Aspekt der Perversion des Rechts im dritten Reich zunächst meist in der Weise beantwortet, dass derartige Anschauungen auf die Rechtsprechung keinen Einfluss haben dürfen. Umgekehrt wird von den Richtern – jedenfalls aus heutiger Sicht – eine Sensibilität selbst im Hinblick auf damals geltendes Strafrecht im Bereich des § 175 StGB verlangt. Gerade im Bereich des Sexualstrafrechts beruht die Verbindlichkeit der Strafrechtsnormen auch auf ihrer Übereinstimmung mit dem Sittengebot.<sup>94</sup> So entschied noch der große Senat für Strafsachen im Jahre 1954, dass Eltern, Geistliche, Lehrer und Erzieher, die dem Geschlechtsverkehr Verlobter Vorschub leisteten oder ihn entgegen der Rechtspflicht zur Gegenwirkung duldeten, eine grundsätzlich gegen die geschlechtliche Zucht verstoßende Handlung förderten und sich damit strafbar machen konnten.<sup>95</sup> Mit Rücksicht insbesondere auf alleinstehende Mütter, deren gesellschaftliche Lage ein Einschreiten von vornherein als sinnlos erscheinen ließ, wurden bei ihnen Ausnahmen gemacht. Das Empfinden unverbildeter Menschen wurde folglich auch in anderen Bereichen des Schutzes der herrschenden Sexualmoral und nicht nur zur Begründung der Strafbarkeit homosexueller Handlungen herangezogen.<sup>96</sup> Betroffen sind aber auch nicht nur strafrechtliche, sondern auch zivilrechtliche Gerichtsurteile im großstädtischen Bereich, in denen es insbesondere um die Aufnahme gleichgeschlechtlicher Lebensgefährten in eine Mietwohnung ging.<sup>97</sup> Die Reaktion auf abweichendes Sexualverhalten beschränkte sich auch nicht auf Strafen, sondern wurde, da es als krankhaft angesehen wurde, zudem mit Unterbringung in einer „Heil- oder Pflegeanstalt“ zusätzlich sanktioniert.<sup>98</sup>

---

<sup>94</sup> BGHSt 6, 46 = NJW 1954, 766, 767.

<sup>95</sup> BGHSt 6, 46 = NJW 1954, 766.

<sup>96</sup> So im Fall OLG Stuttgart, NJW 1963, 1684, 1685.

<sup>97</sup> Vgl. nur AG Hamburg, NJW 1982, 2260.

<sup>98</sup> Vgl. BGH, NJW 1962, 749.

### 3. Die moralische Rehabilitation

Die Rechtsprechung ist an Gesetz und Recht gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 97 Abs. 1 GG). Die Gerichte sind verpflichtet, die vom Gesetzgeber (unter politischen und moralischen Aspekten) erlassenen oder von ihm nicht geänderten Normen anzuwenden. Sie dürfen sich über die Gesetzesbindung nicht hinwegsetzen.<sup>99</sup> Sie dürfen nicht über Akte des Gesetzgebers entscheiden; die dieszügliche Verwerfungskompetenz liegt allein beim BVerfG.<sup>100</sup> Die vor allem in der Begründung des Antrags der Fraktion DIE LINKE, BT-Drs. 17/10841 enthaltenen Vorwürfe an die Richter der BRD sind bereits wegen dieser Gesetzesbindung und des Verwerfungsmonopols des Bundesverfassungsgerichts ungerechtfertigt.<sup>101</sup> Sie verschweigt zudem, dass Richtervorlagen zum § 175 StGB von Amtsgerichten erfolgten.<sup>102</sup> Auch wenn man aus heutiger Sicht die damalige Strafnorm der § 175 StGB zu Recht als Eingriff in die Menschenwürde der betroffenen homosexuell veranlagten Menschen ansieht, war dem Richter ein Rekurs auf die materielle Gerechtigkeit versagt. Das Unrechtsargument im Sinn der Radbruchschen Formel<sup>103</sup> übersieht, dass Gerechtigkeit im modernen Rechtsstaat vor allem durch Verfahren verwirklicht wird.<sup>104</sup> Verantwortlich für das Unrecht, das Schwulen und in der ehemaligen DDR auch Lesben geschehen ist, sind – jedenfalls in der BRD – nicht die Gerichte, sondern der Gesetzgeber, der die entsprechenden

---

<sup>99</sup> BVerfGE 7, 183, 188; BVerfGE 87, 273/280; BVerfGE 96, 375, 394; BVerfG, NVwZ 1998, 947; ausführlich Hassemer, ZRP 2007, 213 ff; Hillgruber, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: November 2012, Art. 97 u. 24; Heusch, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, 12. Aufl. 2011, Art. 97 Rn. 14 u. 17; Morgenthaler, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 97 Rn. 7; Sachs/Detterbeck, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 97 Rn. 12; A. Kaufmann, in: A. Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg.), Einf. in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 7. Aufl. 2004, S. 26, 74.

<sup>100</sup> Art. 100 Abs. 1 GG i. V. m. §§ 13 Nr. 11, 80-82 BVerfGG; s. dazu nur Sachs/Sturm, GG, 5. Aufl. 2009, Art. 100 Rn. 2.

<sup>101</sup> Vgl. auch Lechner/Zuck, BVerfGG, 6. Aufl. 2011, § 31 Rn. 33 u. 36.

<sup>102</sup> AG Bielefeld, NJW 1971, 264 u. AG Eutin, NJW 1972, 504.

<sup>103</sup> Vgl. Radbruch, SJZ 1946, 105 ff.; s. dazu Dreier, NJW 1986, 890, 891 u. kurz A. Kaufmann, Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1977, S. 178.

<sup>104</sup> S. nur Forst, Das Recht auf Rechtfertigung, 2007, S. 10 u. ausführlich Höffe, Gerechtigkeit, 4. Aufl. 2010, S. 46 ff. S. zur entsprechenden Rechtsprechung des EGMR bei Art. 8 EMRK Uerpmann/Wittzack, in: Ehlers, EuGR, 3. Aufl. 2009, § 3 Rn. 28 f.

Strafvorschriften nicht geändert oder aufgehoben hat. Insofern ist die bereits erfolgte Entschuldigung und eventuell auch eine nochmalige Entschuldigung des Bundestags, der sich auch Landtage, auch in von der Union regierten Ländern angeschlossen haben,<sup>105</sup> sicherlich der richtige Weg.

Allerdings betrifft dies nicht nur die spezifische Situation schwuler Männer oder in Bezug auf die Strafbarkeit in der DDR auch diejenige von lesbischen Frauen. Es geht allgemein um die gesellschaftliche Stigmatisierung von Minderheiten, die sich in Diskriminierungen auswirken. Aus dem Bereich des Strafrechts wurden bereits die erst am 1.9.1969 abgeschaffte Strafbarkeit des Ehebruchs genannt.<sup>106</sup> Auch wenn nur noch geringe Geldstrafen verhängt wurden,<sup>107</sup> die strafrechtliche Verurteilung, aber auch noch spätere berufsrechtliche Konsequenzen<sup>108</sup> zeigen, dass auch insoweit Lebensmodelle durch moralisierende Strafnormen zerstört wurden. Gleiches gilt für junge Frauen, die in einer Notsituation und unter dem Eindruck der damals herrschenden Sozialmoral bei einem ledigen Kind vor 1995 eine damals eine im Ausland straffreie, aber im Inland strafbare Abtreibung vorgenommen haben, die nunmehr straffrei wäre. Auch hier hatte die Verschärfung der NS-Gesetzgebung<sup>109</sup> noch Wirkungen in der Nachkriegszeit.<sup>110</sup> Auch die Strafbewehrung des Inzestverbotes in § 173 Abs. 2 S. 2 StGB, die erst vor fünf Jahren nochmals vom Bundesverfassungsgericht gebilligt wurde,<sup>111</sup> lässt sich

---

<sup>105</sup> Vgl. [http://www.hr-online.de/website/rubriken/nachrichten/indexhessen34938.jsp?rubrik=34954&key=standard\\_document\\_46179603](http://www.hr-online.de/website/rubriken/nachrichten/indexhessen34938.jsp?rubrik=34954&key=standard_document_46179603) [Stand: 8.5.2013].

<sup>106</sup> Sie wurde in Österreich erst 1997 abgeschafft.

<sup>107</sup> S. nur LG Frankenthal, NJW 1968, 1685 (100 DM).

<sup>108</sup> Vgl. nur BVerwGE 93, 269 = FamRZ 1993, 951 = NJW 1993, 948 (zum Ehebruch eines Soldaten als Dienstvergehen).

<sup>109</sup> Zur Strafbarkeit der Abtreibung in der NS-Zeit s. nur Putzke, Die Strafbarkeit der Abtreibung in der Kaiserzeit und in der Weimarer Zeit, 2003, S. 336 ff.

<sup>110</sup> Vgl. hierzu auch BVerfG, NJW 1975, 573, das ebenso wie die Entscheidung zu § 175 StGB wohl heute nicht mehr so erlassen würde.

<sup>111</sup> BVerfGE 120, 224 = NJW 2008, 1137 = FamRZ 2008, 757 = JR 2008, 469; ebenso EGMR, Urte. v. 12.4.2012 – 43547/08 (Stübing vs. Deutschland), BeckRS 2012, 13105 = FamRZ 2012, 937, wo das Gericht (Rn. 60) abweichend von den Entscheidungen zur Homosexualität der staatlichen Behörden und Gerichten „wegen ihres unmittelbaren Kontaktes mit den bestimmenden Kräften ihres Landes“ das Recht zugesteht, „besser als

unter Rechtsschutzgesichtspunkten kaum rechtfertigen.<sup>112</sup> Bestraft wird auch der Arzt der eine Frau mit dem Sperma ihres Mannes, der dieses nach Bekanntwerden einer zum Tod führenden Krebskrankheit hat konservieren lassen, nach dessen Tode befruchtet (§ 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG).<sup>113</sup> Betroffen sind auch andere Sexualdelikte wie z. B. die Strafbarkeit der Kuppelei.<sup>114</sup> Betroffen ist aber nicht nur das Sexualverhalten.<sup>115</sup> Betroffen sind auch Menschen die in den Gründerjahren beider deutscher Staaten wegen einer Gewissensentscheidung bestraft und verfolgt wurden.<sup>116</sup> Aktuell geht es um das Dunkelfeld der Strafbarkeit von Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidteilnahme, erlaubtem Behandlungsabbruch und Tötung auf Verlangen.<sup>117</sup> Ob Menschen, die dem todkranken Partner aus Mitleid Hilfe zum gewünschten

---

der internationale Richter nicht nur über den genauen Umfang der moralischen Anforderungen in ihrem Land (zu) urteilen, sondern auch über die Notwendigkeit einer Einschränkung, die ihnen Rechnung tragen soll“.

<sup>112</sup> Krit. auch Ellbogen, ZRP 2006, 190 ff.; Greco, ZES 2008, 234 ff.; Gutlich, JA 2008, 549 ff.; Hörnle, NJW 2008, 2085 ff.; Hufen/Jahn, JuS 2008, 550 ff.; Kühl, JA 2009, 833 ff.; Zabel, JR 2008, 453 ff. Abl. zum Urteil des EGMR Jung, GA 2012, 617 ff.

<sup>113</sup> S. nur OLG Rostock, MedR 2010, 874 u. Prehn, MedR 2011, 559 ff.

<sup>114</sup> Vgl. BGHSt 6, 46 = NJW 1954, 766; s. dazu auch die zivilrechtlichen Entscheidungen zur Sittenwidrigkeit der Gewährung einer Übernachtungsmöglichkeit AG Emden, NJW 1975, 1363.

<sup>115</sup> Vgl. auch Tangemann zur Strafbarkeit devianten Sexualverhaltens JuS 2006, 1008 ff. (im Rahmen einer Klausurfragestellung)

<sup>116</sup> Unerklärlich ist deshalb die bisher fehlende Distanzierung vom Unrecht, das an Menschen begangen wurde, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch machen wollten (vgl. dazu Litfin, Was hatte mein Bruder eigentlich verbrochen?, SPIEGELONLINE, abrufbar unter [http://einestages.spiegel.de/static/authoralbumbackground/23331/was\\_hatte\\_mein\\_brueder\\_eigentlich\\_verbrochen.html](http://einestages.spiegel.de/static/authoralbumbackground/23331/was_hatte_mein_brueder_eigentlich_verbrochen.html) [Stand: 8.5.2013]. S. zur Mehrfachbestrafung bei einer Gehorsamsverweigerung als noch nicht anerkannter Kriegsdienstverweigerer BVerfGE 32, 40 = NJW 1972, 93; OLG Bremen, NJW 1993, 1932; OLG Braunschweig, NStZ-RR 1998, 178; BVerfG, NJW 2000, 3269; AG Dannenberg, NStZ-RR 2006, 385; BVerfGE 39, 53; OLG Celle, NJW 1970, 1650; BGHSt 22, 146 u. Messerschmidt, Kriegsdienstverweigerer und Deserteure des Zweiten Weltkriegs, in: Osnabrücker Jahrbuch Frieden und Wissenschaft IV/1997, abrufbar im Internet unter [http://www.ofg.uni-osnabrueck.de/jahrbuch-pdf/1997/JB1997\\_Messerschmidt.pdf](http://www.ofg.uni-osnabrueck.de/jahrbuch-pdf/1997/JB1997_Messerschmidt.pdf) [Stand: 8.5.2013]. Zu später nicht mehr erlaubten Fragen s. BVerwG, NVwZ 1982, 675; BVerfGE 7, 242; BVerwG, BeckRS 1985, 31245638 u. BVerwG, VwRspr 32, 29; abl. Lisken, NVwZ 1982, 664 ff.; vgl. auch Krölls, NJW 1983, 1593.

<sup>117</sup> S. dazu bereits Birkner, ZRP 2006, 52 ff.; Herzberg, NStZ 2004, 1 ff.; Kubiciel, JZ 2009, 600 ff.; Kusch, ZRP 2011, 124 ff.; Roxin, NStZ 1987, 345 ff.; Schliemann, ZRP 2013, 51; OLG Düsseldorf, JMBl. NRW 1983, 197; AG Berlin-Tiergarten, MedR 2006, 298.

Tod leisten, Straftäter sind, könnte in nicht allzu ferner Zeit ebenfalls anders als heute beurteilt werden.<sup>118</sup> Ob der Gedanke des Schutzes vor übereilter Lebensbeendigung als *ratio legis*<sup>119</sup> von § 216 StGB trägt, ist jedenfalls höchst zweifelhaft. Die Beispiele zeigen, dass auch derzeit Strafrechtsnormen existieren, bei denen der Rechtsgüterschutz zweifelhaft ist. Dies könnte vor einer vorschnellen Verurteilung früherer Strafrechtsprechung abhalten. Die moralische Entschuldigung für vergangene Fehler sollte darüber hinaus dazu veranlassen, eigene Fehler zu vermeiden.

### III. Aufhebung der Strafurteile durch den Gesetzgeber

#### 1. Legislatorsische Urteilsaufhebung – Legislative als oberster Gerichtsherr?

Kernpunkt der Anträge ist die Aufhebung der auf der Grundlage der §§ 175, 175a StGB erlassenen Gerichtsurteile durch ein Gesetz des Bundestags. Dass die Betroffenen angesichts nunmehrigen der gesellschaftlichen Akzeptanz homosexueller Partnerschaften eine Revision der Strafurteile erreichen wollen, ist verständlich. Die vorgeschlagene Vorgehensweise begegnet, jedenfalls was die in der BRD erlassenen gerichtlichen Entscheidungen betrifft, grundlegenden Bedenken. Im modernen, dem Gewaltenteilungsprinzip verpflichteten Rechtsstaat kommt der Legislative, auch wenn sie aus demokratischen Wahlen durch das Volk hervorgeht, kein Übergewicht gegenüber den beiden anderen Gewalten, der Exekutive und der Judikative, zu.<sup>120</sup> Ebenso wenig wie die

---

<sup>118</sup> S. dazu nur EGMR, Urt. v. 29.4.2002 – 2346/02 (Pretty vs. Vereinigtes Königreich), NJW 2002, 2851 = EuGRZ 2002, 234; EGMR, Urt. v. 20.1.2011 – Nr. 31322/07 (Haas vs. Schweiz), NJW 2011, 3773; EGMR, Urt. v. 19.7.2012 – 497/09 (Koch vs. Deutschland), EuGRZ 2012, 616 = BeckRS 2012, 81940; BVerfG, NJW 2009, 979; vgl. auch Fischer, StGB, 60. Aufl. 2013, vor §§ 211-216; Rn. 72; MünchKommStGB/Schneider, 2003, § 216 Rn. 1 u. 4; krit. auch Schliemann, ZRP 2013, 51 ff.

<sup>119</sup> MünchKommStGB/Schneider, 2003, § 216 Rn. 8.

<sup>120</sup> Ausdrücklich in der Bill of Rights (1780): „In the government of this commonwealth, the legislative department shall never exercise the executive and judicial powers, or either of them ...“. Anders dagegen Rousseau, bei dem die Legislative als höchste politische Entscheidungsinstanz fungiert (vgl. Hofmann, Einführung in die Staats- und Rechtsphilosophie, 3. Aufl. 2006, S. 177). S. auch Lange, in: Der Staat 19, 1980, 213, 220. S. dazu Riklin, Machtteilung, 2006, S. 363; H. Hofmann, Einführung in die Rechts- und

Gerichte Akte des Gesetzgebers verwerfen dürfen, ist es auch der Gesetzgebung nicht erlaubt, rechtstaatlich ergangene Gerichtsentscheidungen, selbst wenn es sich um Fehlentscheidungen handelt, aufzuheben.<sup>121</sup> Die Ausübung der Strafgerichtsbarkeit ist typische Aufgabe der rechtsprechenden Gewalt.<sup>122</sup> Die Annahme eines monistischen Parlamentsvorbehalt, der der Volksvertretung eine „Überkompetenz“ zuerkennen würde, widerspricht der Gewaltenteilung als tragendem Organisations- und Funktionsprinzip des Grundgesetzes.<sup>123</sup> Demzufolge sind für die Frage, ob rechtskräftige strafgerichtliche Entscheidungen abgeändert werden können, d. h. deren Rechtskraft durchbrochen wird, grundsätzlich die Gerichte selbst zuständig.<sup>124</sup> Eine Ausnahme von dieser Regel hat das Bundesverfassungsgericht nur dann als gerechtfertigt angesehen, wenn besonders zwingende und schwerwiegende, den Erwägungen der Rechtsicherheit übergeordnete Gründe dazu Anlass geben.<sup>125</sup> Der Generalkassation formell bestehender Strafurteile durch den Gesetzgeber ist daher eine Ausnahme, die in einem Rechtsstaat besonderer Rechtfertigung bedarf. Eine solche wurde bisher nur für richterliche Urteile zugelassen, die zur Förderung eines Unrechtregimes gegen die elementaren Grundgedanken der Gerechtigkeit verstoßen oder auf Bestimmungen beruhen, die gravierendes Unrecht verkörpern und daher offenes Unrecht darstellen.<sup>126</sup> Diese Ansicht des Bundesverfassungsgerichts soll auch auf die Strafurteile gegen Homosexuelle zutreffen.<sup>127</sup> Dabei wird allerdings nicht weiter zitiert, welche Urteile das Bundesverfassungsgericht damit gemeint hat. Es verweist ausdrücklich auf Urteile von Institutionen, die

---

Staatsphilosophie, 3. Aufl. 2006, S. 175; Weber-Fas, Über die Staatsgewalt, 2000, S. 170 u. Hofmann, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, GG, 12. Aufl. 2011, Art. 20 Rn. 55.

<sup>121</sup> S. nur BVerfGE 12, 67, 71; BVerfG 38, 1, 21; Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), GG, 2. Aufl. 2008, Art. 97 Rn. 23 f.; Hillgruber, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: November 2012, Art. 97 Rn. 24 u. 92; Meyer, in: v. Münch/Kunigk, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 97, Rn. 15 ff.; Heusch, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, GG, 12. Aufl. 2011, Art. 97 Rn. 14 u. 17; Sachs/Detterbeck, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 97 Rn. 12; Kotulla, in: FS f. Merten, 2007, 199, 202; Tschentscher, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, S. 151.

<sup>122</sup> BVerfGE 8, 197, 207; BVerfGE 12, 264, 274; BVerfGE 22, 49, 78; BVerfG, BeckRS 2006, 22732.

<sup>123</sup> BVerfGE 49, 89, 124; BVerfG 70, 324, 356; BVerfGE 98, 218, 251 u. Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 20 Rn. 88.

<sup>124</sup> BVerfG, BeckRS 2006, 22732.

<sup>125</sup> BVerfGE 2, 380, 405 = NJW 1953, 1137, 1138.

<sup>126</sup> BVerfG, BeckRS 2006, 22732.

<sup>127</sup> So ausdrücklich Straßmeir/Ullrich, ZRP 2013, 76, 77.

wie der Volksgerichtshof zwar als Gerichte bezeichnet, aber aufgrund ihrer Stellung und Aufgabe keine Organe einer unabhängigen rechtsprechenden Gewalt waren, sodass ihre Entscheidungen nicht als richterliche Entscheidung zu werten sind. Auch wenn Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts sowie der Strafgerichte nach § 175 StGB nunmehr als unrichtig eingestuft werden, können sie doch nicht Entscheidungen des Volksgerichtshofs gleichgestellt werden. Eine gesetzgeberische Aufhebung dieser Urteile ist mit Aufhebung der Strafurteile im Dritten Reich nicht vergleichbar. Dabei darf auch nicht vergessen werden, dass die verfassungsrechtliche Unabhängigkeit der Gerichte gerade auf den Erfahrungen des nationalsozialistischen Unrechtsstaates beruht.<sup>128</sup> Die Forderung ihrer strengen Einhaltung<sup>129</sup> ist kein bloßer Formalismus.<sup>130</sup> Auch im Hinblick auf die nunmehr erkannte Menschenrechtswidrigkeit der Strafbarkeit homosexueller Beziehungen Erwachsener und das „Versagen der gegenseitigen Kontrolle der Gewalten“<sup>131</sup> sollten unter dem Etikett der „politischen Verfassungskultur“ keine „Einbrüche“ in das für den Rechtsstaat fundamentale Gewaltenteilungsprinzip erfolgen. Die Inanspruchnahme des Rechts, oberster Gerichtsherr zu sein, könnte gerade in Krisenzeiten bei geänderten politischen Konstellationen zu Eingriffen in rechtstaatliche Gerichtsverfahren genutzt werden.

Das Recht zu Eingriffen in Entscheidungen der Gerichte, insbesondere in Strafsachen, wurde von absolutistischen Herrschern in Anspruch genommen.<sup>132</sup>

---

<sup>128</sup> S. nur BVerfGE 2, 307, 320; Hillgruber, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: November 2012, Art. 97 Rn. 1. Vgl. auch H. Hofmann, Einf. in die Rechts- und Staatsphilosophie, 3. Aufl. 2006, S. 110 u. Fromme, Von der Weimarer Verfassung zum Bonner Grundgesetz, 3. Aufl. 1999, S. 202 ff.

<sup>129</sup> Hillgruber, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: November 2012, Art. 97 Rn. 1.

<sup>130</sup> So aber Mengel, Strafrechtliche Verfolgung homosexueller Handlungen in Deutschland nach 1945, S. 16 ([http://www.berlin.de/imperia/md/content/lb\\_ads/gglw/veroeffentlichungen/doku29\\_175\\_mengel\\_bf.pdf?start&ts=1328543013&file=doku29\\_175\\_mengel\\_bf.pdf](http://www.berlin.de/imperia/md/content/lb_ads/gglw/veroeffentlichungen/doku29_175_mengel_bf.pdf?start&ts=1328543013&file=doku29_175_mengel_bf.pdf) [Stand: 8.5.2013]) u. ders., in: § 175 StGB Rehabilitierung der nach 1945 verurteilten homosexuellen Männer, S. 60, 61 ([https://www.berlin.de/imperia/md/content/lb\\_ads/gglw/veroeffentlichungen/doku28\\_175\\_bf.pdf?start&ts=1328542973&file=doku28\\_175\\_bf.pdf](https://www.berlin.de/imperia/md/content/lb_ads/gglw/veroeffentlichungen/doku28_175_bf.pdf?start&ts=1328542973&file=doku28_175_bf.pdf) [Stand: 8.5.2013]).

<sup>131</sup> Mengel, ebenda.

<sup>132</sup> Ausführlich zur Entwicklung Kotulla, in: FS f Merten, 2007, S. 199 ff.; E. Schmidt, Einführung in die Geschichte der Deutschen Strafrechtsgeschichte, 3. Aufl. 1965, S. 262 ff. u. kurz Frotscher/Pieroth, Verfassungsgeschichte, 8. Aufl. 2009, Rn. 291. S. auch § 93 Verf. f. das Königreich Württemberg v. 25.9.1819.

Die Befreiung der Gerichte von diesen Willkürakten<sup>133</sup> der Kabinetttjustiz<sup>134</sup> ist Existenzbedingung des modernen Rechtsstaates. Mit der Trennung der Gewalten entsteht ein System von Zuständigkeiten,<sup>135</sup> das zum Gradmesser verwirklichter Rechtsstaatlichkeit<sup>136</sup> bzw. umgekehrt der Willkür und Despotie<sup>137</sup> wird. Bei der Befreiung der Strafjustiz von Eingriffen anderer Gewalten ging es letztlich um die Sicherung der Freiheit des Einzelnen im Rechtsstaat im Kampf mit der Macht des Polizeistaates. Es stellt deshalb nicht nur einen Verstoß gegen das Grundgesetz dar,<sup>138</sup> wenn der Bundestag – selbst in moralisch guter Absicht – Gerichtsurteile durch ein Gesetz aufheben möchte. Dies ist darüber hinaus politisch höchst gefährlich. Wenn dieses Gesetz auch die angegriffenen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts<sup>139</sup> betreffen soll, wird überdies die Grenze der Verfassungsorgantreue überschritten.<sup>140</sup>

## 2. Wiederaufnahmeverfahren

Es geht bei den Verurteilungen aufgrund der Strafvorschriften, die homosexuelle Menschen ausgrenzten, nicht um „Fälle“, sondern um

---

<sup>133</sup> Vgl. zu dem zivil- und dann auch strafrechtlichen Fall des Müllers Arnold von 1779 Sendler, JuS 1986, 759 ff.; Wesel, KritV 1987, 157, 160 ff.; Kotulla, in: FS f. Merten, 2007, S. 199, 207; Plathner, Der Kampf um die richterliche Unabhängigkeit bis zum Jahr 1848 unter besonderer Berücksichtigung Preußens, 1935, S. 57.

<sup>134</sup> Zu diesem Begriff s. Schick, Über das Reichständische Instanzenrecht, deren unerlaubte Verfielfältigung und insbesondere von der sogenannten Cabinets-Instanz, 1802, S. 101 f.; Ogris, in: FS f. Krause, 1975, S. 171, 176 f. u. Plathner, Der Kampf um die richterliche Unabhängigkeit bis zum Jahr 1848 unter besonderer Berücksichtigung Preußens, 1935, S. 35.

<sup>135</sup> Vgl. Kant, Metaphysik der Sitten, Erster Teil, § 49 u. Moser, Abhandlung von Kayserlichen Macht-Sprüchen in Rechts-, Staats- und Gemischten Sachen, 1750; s. dazu Weber-Fas, Über die Staatsgewalt, 2000, S. 143 u. aus moderner Sicht Luhmann, Rechtssoziologie, Bd. 1, 1972, S. 134; Wilke, in: Haferkamp/M. Schmid (Hrsg.), Kommunikation und soziale Differenzierung, 1987, S. 247 ff.; Foucault, Überwachen und Strafen, 1994, S. 102, der von einer neuen Ökonomie der Strafgewalt spricht, sowie kurz Gephart, Gesellschaftstheorie und Recht, 1993, S. 108 ff.

<sup>136</sup> Eichenberger, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, 1960, S. 74; Wach, JW 1920, 6.

<sup>137</sup> S. bereits Höberlin, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 1794, S. 289.

<sup>138</sup> So auch Hopfauf, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, 12. Aufl. 2011, Vorb. v. Art. 92 Rn. 3 u. Art. 92 Rn. 10.

<sup>139</sup> BVerfGE 6, 389 = NJW 1957, 865; BVerfGE 36, 41 = NJW 1973, 2195.

<sup>140</sup> Vgl. dazu Voßkuhle, NJW 1987, 2216 ff. u. Schulze-Fielitz, AöR 122, 1997, 1, 27 ff.

Einzelchicksale und zerbrochene Lebensentwürfe. Und es geht den Betroffenen, die gesellschaftlich ausgegrenzt wurden, um Anerkennung ihrer Menschenwürde und darum, im Nachhinein fair behandelt zu werden. Der einstimmige Beschluss des Bundestags vom 7. Dezember 2000 war hierzu ein wichtiges moralisches Signal.<sup>141</sup>

Die juristische Rehabilitierung der Betroffenen würde über einen Wiederaufnahmegrund im Strafprozessrecht möglich sein. § 359 Nr. 6 StPO, der eine Wiederaufnahme bei einer Verletzung der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) vorsieht, betrifft nach h. M.<sup>142</sup> nur diejenigen verurteilten Personen, die selbst beim EGMR eine Entscheidung erstritten haben. Dies könnte der Gesetzgeber ändern.<sup>143</sup> Allerdings müsste dann in jedem einzelnen Wiederaufnahmeverfahren geprüft werden, wie dies auch die Anträge vorsehen, ob nicht weitere Straftatbestände bei der früheren Verurteilung vorlagen. Bedeutung hatte insoweit die gesetzgeberische Entscheidung, generell Kinder unter 14 Jahren (§ 176 StGB) und Jugendliche unter 18 bzw. 16 Jahren in bestimmten Missbrauchsfällen (§ 182 StGB) in ihrer ungestörten geschlechtlichen Entwicklung zu schützen.<sup>144</sup>

Wenn man lediglich die in der NJW veröffentlichten Entscheidungen zu §§ 175, 175a StGB kursorisch prüft,<sup>145</sup> sind in doch nicht unerheblichen Fällen

---

<sup>141</sup> Vgl. BT-Drs. 14/4894.

<sup>142</sup> S. nur Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 55. Aufl. 2012, § 359 Rn. 52 m. w. Nachw.

<sup>143</sup> S. dazu Swoboda, HRRS 2009, 188, 192.

<sup>144</sup> Str., s. dazu nur BGH, NJW 2000, 3726; NK-StGB/Frommel, 2. Aufl. 2005, § 176 Rn. 10 u. Schroeder, NJW 1994, 1501, 1502. Vgl. auch BGH, NJW 1998, 1162 = NStZ 1998, 244.

<sup>145</sup> OLG Frankfurt/M. NJW 1945, 913 (versuchte Verführung eines Jugendlichen); BGH, BeckRS 1951, 31194269 (Handlungen gegenüber Jugendlichen, die teilweise hierzu nicht bereit waren); BGHSt 2, 40 = NJW 1952, 354 (Knaben und Mädchen unter 14 Jahren); BGHSt 4, 323 = NJW 1953, 1761 (17jähriger); BGHSt 5, 88 = NJW 1954, 519 (zwei Jugendliche); BGHSt 7, 231 = NJW 1955, 917 (u. a. 15jähriger Lehrling); BGHSt 8, 1 = NJW 1955, 1600 (drei Jugendliche); BGH, NJW 1956, 958 (Führer von Pfadfindergruppe, wobei fünf Jungen unter 14 Jahren alt waren); OLG Hamburg, NJW 1959, 1887 (Jugendlicher); BGH, NJW 1963, 57 (Lehrlinge und Freunde des Sohnes); BGH, NJW 1965, 2308 (zwei Jugendliche); BGH, NJW 1983, 1624 (homosexuelle Handlungen mit einem Kind); BGH, NStZ 1992, 383 = DtZ 1992, 253 (10 Fälle homosexueller Handlungen mit 13-15jährigen Jungen); BGH, NStZ 1993, 591 (sexueller Missbrauch von Kindern in Tateinheit mit § 175 StGB); BGHSt 40, 64 =

Jugendliche bzw. Minderjährige betroffen, so dass eine Wiederaufnahme die Betroffenen zudem nach langer Zeit nochmals peinlichen Untersuchungen und Fragen aussetzen würde.<sup>146</sup> Es ergibt sich eine ähnliche Problematik, wie nach der Aufhebung des § 175 StGB durch Art. 1 Nr. 1 des 29. StrÄndG vom 31.5.1994.<sup>147</sup> Die Verurteilung wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern blieb auch damals bestehen.<sup>148</sup> Die juristische Diskussion um die diesbezüglichen Missbrauchsfälle in kirchlichen und anderen Einrichtungen sowie um Einzelpersonen (z. B. Cohn-Bendit) haben gezeigt, dass insoweit ein breiter Konsens in Politik, Medien und der Öffentlichkeit über die Strafwürdigkeit und die Notwendigkeit einer Sühne für derartige Taten herrscht. Gleichzeitig belegen die Einzelfälle, wie schwierig es ist nach langer Zeit insoweit sowohl den Tätern als auch den Opfern gerecht zu werden. Dies berücksichtigen die Anträge nicht.

## Fazit:

Die vollständige Rehabilitierung homosexueller Menschen, die in der BRD und der ehemaligen DDR wegen homosexueller Handlungen mit erwachsenen Personen bestraft wurden, ist längst überfällig. Dies betrifft insbesondere eventuell weiter bestehende Nachteile, vor allem hinsichtlich der beruflichen Karriere wegen der diesbezüglichen Verurteilung. Eine parteiübergreifende Beschlussfassung des Bundestags, den als Legislative die Verantwortung für das damalige Fortbestehen der betreffenden strafrechtlichen Vorschriften trifft, könnte helfen, insoweit weiterhin in Teilen der Bevölkerung bestehende Vorurteile abzubauen.

---

NJW 1994, 1452 = JZ 1994, 476. Vgl. auch die in Fußn. 148 zitierten Entscheidungen nach Aufhebung des § 175 StGB.

<sup>146</sup> So bereits Pracht, NJW 1949, 913, 914.

<sup>147</sup> BGBl. I, 1168.

<sup>148</sup> Vgl. BGH, BeckRS 1994, 05431 (sexueller Missbrauch eines Kindes, die Verurteilung wegen § 175 StGB ist in die Strafe nicht mehr eingeflossen); BGH, NSTZ 1995, 179 (das Verhalten des Angekl. fiel unter § 182 StGB n. F.); BGH, NSTZ-RR 1996, 33 (sexueller Missbrauch von Jugendlichen in 24 Fällen, drei in Tateinheit mit sexuellem Missbrauch von Kindern in 15 Fällen, das betreffende Opfer war 13 Jahre alt, mit ihm führte der Täter Oral- und Analverkehr gegen Geldzahlungen und Zuwendung eines Fernsehgeräts aus). Vgl. zum Problem auch Schroeder, NJW 1994, 1501, 1502 u. Tönnies, ZRP 1992, 411 ff.

Eine legislative Aufhebung der entsprechenden Gerichtsurteile wäre dagegen nicht nur verfassungswidrig, sondern als Missachtung der Unabhängigkeit der Justiz auch politisch höchst gefährlich. Ein heiliger Zweck bedarf keiner unheiligen Mittel.<sup>149</sup> Dadurch besteht die Gefahr, dass auch das berechnete Anliegen der Betroffenen diskreditiert wird. Der Hinweis, die dem modernen Staat zu Grunde liegenden Prinzipien dürften nicht ausschließlich von Staatsrechtlern definiert werden,<sup>150</sup> verkennt, dass sie von der Verfassung vorgegeben sind.

Ob das rechtstaatlich mögliche Wiederaufnahmeverfahren den Betroffenen und dem Schutz des Persönlichkeitsrechts der Opfer dient, ist höchst fraglich. Vor diesbezüglichen übereilten Entscheidungen sollte eine vorurteilsfreie wissenschaftliche Aufarbeitung der Nachkriegszeit in beiden deutschen Staaten erfolgen. Deutschland könnte wegen der Sondersituation der beiden deutschen Staaten mit ihrer unterschiedlichen Zugehörigkeit zu den beiden damaligen Machtblöcken ohne ideologische Scheuklappen dazu beitragen, Ungerechtigkeiten in der Nachkriegszeit darzustellen. Betroffen ist nicht nur die sexuelle Orientierung von Menschen, sondern auch Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts, der Herkunft und von Überzeugungen. Erst nach Vorliegen gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnisse sollte über Maßnahmen der Rehabilitation der Betroffenen und eine eventuelle Entschädigung für entgangene Lebenschancen der einzelnen Menschen entschieden werden. Die entsprechenden Mittel für die Forschung sollten möglichst umgehend zur Verfügung gestellt werden. Es darf nämlich nicht übersehen werden, dass die Zeitzeugen nicht mehr zeitlich unbegrenzt zur Verfügung stehen.

Bernd Rütters<sup>151</sup> hat seine Analyse der Rechtsperversion unter der NS-Herrschaft mit folgendem Appell beendet: „Gehorsam gegen das demokratisch zustande gekommene Gesetz ist die Grundlage eines freiheitlichen Staats- und Gesellschaftssystems. Das ist das Fundament der Demokratie. Wenn Richter,

---

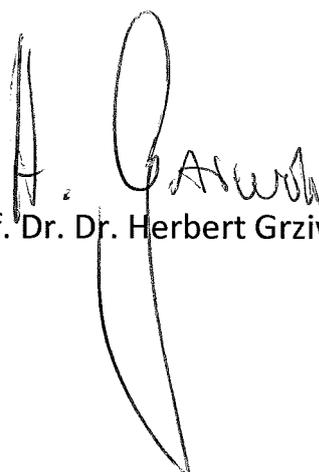
<sup>149</sup> K. Marx, in: MEW Bd. 1, 1972, S. 60 (Rhein. Zeitung Nr. 135 v. 15.5.1842).

<sup>150</sup> So Mengel, in: § 175 StGB Rehabilitierung der nach 1945 verurteilten homosexuellen Männer, S. 60, 62 ([https://www.berlin.de/imperia/md/content/lb\\_ads/gglw/veroeffentlichungen/doku28\\_175\\_bf.pdf?start&ts=1328542973&file=doku28\\_175\\_bf.pdf](https://www.berlin.de/imperia/md/content/lb_ads/gglw/veroeffentlichungen/doku28_175_bf.pdf?start&ts=1328542973&file=doku28_175_bf.pdf) [Stand: 8.5.2013]).

<sup>151</sup> Rütters, Entartetes Recht, Rechtslehre und Kronjuristen im Dritten Reich, 1988, S. 212.

Staats- oder Rechtsanwälte – bewusst in voller Robe, also unter Berufung auf ihre Dienstfunktion am Recht – gegen das demokratisch verabschiedete Gesetz und gegen den demokratisch gebildeten Mehrheitswillen aufstehen unter dem verfälschenden Etikett einer 'Demonstration', die als Rechtsbruch konzipiert ist, dann verstoßen sie nicht nur gegen das Demokratieprinzip. Sie bauen den Rechtsstaat ab, der allein die grundrechtlichen Freiheiten gewährleisten kann. Sie zerstören das Vertrauen in eine unabhängige und unparteiische Gerichtsbarkeit.“ Es ist kein Zufall, dass diese Erkenntnis das Ergebnis der Befassung mit den Rechtsbrüchen der NS-Zeit ist, die insbesondere die Gleichschaltung der Justiz betrafen. Es kann deshalb nur nochmals dringend vor einem legislativen Akt des demokratisch gewählten Parlaments gewarnt werden, der in die Gerichtsbarkeit eingreift. Zugleich sollte unter Anerkennung der tatsächlichen Verantwortung für schlechte Gesetze vielleicht etwas mehr Zurückhaltung in der Kritik an der Justiz der Nachkriegszeit geübt werden.

Regen, den 10. Mai 2013



Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz