

Stellungnahme des Sachverständigen  
Prof. Dr. Martin Löhnig

**Stellungnahme zu den Anträgen der Abgeordneten Dr. Höll, Korte, Alpers, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE „Rehabilitierung und Entschädigung der verfolgten Lesben und Schwulen in beiden deutschen Staaten“ (BT-Drs. 17/10841) und der Abgeordneten Beck, Bender, Gehring, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN „Rehabilitierung und Entschädigung der nach 1945 in Deutschland wegen homosexueller Handlungen Verurteilten“ (BT-Drs. 17/4042)**

### **Empfehlung**

Die Aufhebung von im zeitlichen Geltungsbereich des Grundgesetzes ergangenen Urteilen durch Parlamentsgesetz würde grundlegende Strukturprinzipien des freiheitlichen Rechtsstaates, wie sie auch im Grundgesetz ihren Niederschlag gefunden haben, verletzen und ist deshalb abzulehnen. In Betracht kommt die Ergänzung des § 359 StPO um einen weiteren, allerdings über Fälle der §§ 175 ff. StGB hinausreichenden Wiederaufnahmetatbestand.

### **Gründe**

**1.)** Die Bundesrepublik Deutschland als Rechtsstaat verfügt über eine unabhängige Judikative. Diese Form der Gewaltenteilung ist – historisch gesehen – die früheste Entwicklungsstufe, die sich in Deutschland bereits im 18. Jahrhundert herauszubilden begonnen hat. Aufgeklärte Fürsten, etwa Friedrich der Große von Preußen, verzichteten darauf, durch Machtsprüche oder Kabinettsjustiz in die Rechtsprechung einzugreifen, also laufende Verfahren zu beeinflussen oder Urteile zu korrigieren. In den Verfassungen der deutschen Einzelstaaten wurde die Unabhängigkeit der Justiz seit dem 19. Jahrhundert mit Verfassungsrang abgesichert. Der Richter war von einem Diener des Fürsten zu einem Diener des Rechts geworden. Dem Fürsten als Souverän verblieb nur das Gnadenrecht.

Diese kurzen rechtshistorischen Ausführungen sollen verdeutlichen, welche grundlegende Prinzipien betroffen sind, wenn über die Möglichkeit einer Aufhebung rechtskräftiger Gerichtsurteile bundesdeutscher Gerichte durch ein vom Bundestag beschlossenes Parlamentsgesetz nachgedacht wird, denn die genannten Grundsätze sind selbstverständlich auch im Grundgesetz geregelt. Die Justiz ist sachlich wie persönlich unabhängig, Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG, und der Zugriff anderer Gewalten auf die Justiz bedarf einer grundgesetzlichen Rechtsgrundlage.

**2a.)** Auf einer derartigen Rechtsgrundlage, nämlich Art. 60 Abs. 2 GG, beruht das heute dem Bundespräsidenten zustehende Begnadigungsrecht. Dieses aus monarchischen Zeiten überkommene Recht betrifft jedoch erstens den Einzelfall und greift zweitens nicht auf das rechtskräftige Strafurteil zu, sondern beendet lediglich den Vollzug der im Urteil ausgesprochenen, gegenwärtig verbüßten Haftstrafe.

**b.)** Darüber hinaus ist nach Auffassung des BVerfG (erstmalig BVerfGE 2, 213, 222) auf Grundlage des Art. 74 Nr. 1 GG (Strafrecht und Strafvollzug) eine Amnestie durch Parliamentsgesetz möglich: „Sofern Amnestien nicht aus Anlaß eines besonders bedeutsamen Ereignisses im Leben eines Volkes (z. B. Inkrafttreten einer neuen Verfassung) gewährt werden, liegt ihnen in der Regel die Absicht des Gesetzgebers zugrunde, unter eine Zeit, in der das Rechtsbewußtsein infolge außergewöhnlicher Verhältnisse erheblich gestört war, einen Strich zu ziehen. Es wird dabei einer allgemeinen Befriedung der Vorrang vor der Durchsetzung von Strafanordnungen eingeräumt. In diesen Fällen stellt eine Amnestie die Reaktion auf eine bestimmte Situation in der Vergangenheit dar und ist jeweils auf vergangene Sachverhalte bezogen.“ (BVerfGE 10, 234, 239) Amnestiegesetze sind in der Bundesrepublik Deutschland in den Jahren 1949 und 1954 ergangen, um NS-Belastete in die Gesellschaft zu reintegrieren und politischen Frieden zu schaffen.

Die Zulässigkeit schon dieser Amnestien war umstritten und seit dieser außergewöhnlichen Situation hat der Gesetzgeber nicht mehr von diesem Mittel Gebrauch gemacht, auch nicht nach dem 3. Oktober 1990 zugunsten von Häftlingen in Gefängnissen der ehemaligen DDR. Doch selbst dieses außerordentliche Mittel wird dem von den Anträgen verfolgten Ziel nicht gerecht, denn die nach § 175 StGB a.F. verhängten Strafen sind längst verbüßt.

**3a.)** Das Ziel der Antragsteller ist nur durch die Aufhebung der bereits vollstreckten Urteile als solcher zu erreichen. Der Deutsche Bundestag hat in der Vergangenheit bereits Gesetze erlassen, die rechtskräftig ergangene Strafurteile aufgehoben haben. So zum Beispiel ein Gesetz zur Rehabilitierung von Wehrmachtssoldaten, die im Zweiten Weltkrieg durch Militärgerichte wegen Fahnenflucht verurteilt waren, welches die Aufhebung der Militärgerichtsurteile und eine symbolische Entschädigung der Überlebenden und ihrer Angehörigen ermöglicht hat, allerdings auf Grundlage einer Einzelfallprüfung.

2002 erfolgte eine Novelle dieses Gesetzes, die alle Urteile der Militärgerichte gegen Deserteur der Wehrmacht genauso pauschal aufgehoben hat wie Militärgerichtsurteile nach §§ 175, 175a Nr. 4 RStGB. An der Sinnhaftigkeit einer pauschalen Aufhebung der Fahnenfluchturteile läßt sich durchaus zweifeln, denn es lassen sich in den einschlägigen Akten auch Beispiele finden, in denen Angehörige der Wehrmacht beispielsweise Straftaten begangen hatten und sich dann aus Angst vor Strafe einfach abgesetzt haben. Die pau-

schale Aufhebung der auf Grundlage der §§ 175, 175a Nr. 4 RStGB ergangenen Militärgerichtsurteile begegnet hingegen keinen Bedenken und ist uneingeschränkt begrüßenswert.

**b.)** Anders als vorliegend handelte es sich hier allerdings um Urteile aus einem Staatswesen, das keine Gewaltenteilung kannte, keine unabhängige Justiz, noch dazu um Urteile von Militärgerichten, deren Verfahren zum Teil recht problematisch verlaufen sind. Kurz: Um Urteile aus einem Nicht-Rechtsstaat. Die vorliegend geprüften Anträge betreffen jedoch die Aufhebung rechtskräftiger Strafurteile rechtsstaatlicher ordentlicher Gerichte unter Geltung des Grundgesetzes. Diese Urteile sind auf Grundlage einer geltenden Norm des Strafgesetzbuches ergangen, welche das Bundesverfassungsgericht einer Entscheidung vom 10. Mai 1957 (BVerfGE 6, 389) zudem als verfassungskonform angesehen hat.

Einer Norm freilich, deren sittlicher Gehalt und nach dem Wertewandel, der in den 1960er Jahren seinen Ausgangspunkt genommen hat, schlicht befremdet. Oder in den Worten einer aktuellen Entscheidung des BVerfG: „Einstellung der Gesellschaft zur Gleichgeschlechtlichkeit [hat sich] erheblich gewandelt.“ (BVerfG NJW 2013, 847) Die strafrechtliche Verfolgung konsentierter homosexueller Handlungen ist nach der in den Anträgen zitierten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte heute zweifelsohne als menschenrechtswidrig anzusehen; das Bundesverfassungsgericht hat erstmals in einer Entscheidung aus dem Jahre 2002 (BVerfGE 105, 313) zutreffend ausgesprochen, daß gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften dem Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG unterstehen. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner bereits erwähnten Entscheidung aus dem Jahr 1957 demgegenüber festgestellt: „Gleichgeschlechtliche Betätigung verstößt eindeutig gegen das Sittengesetz. Auch auf dem Gebiet des geschlechtlichen Lebens fordert die Gesellschaft von ihren Mitgliedern die Einhaltung bestimmter Regeln; Verstöße hiergegen werden als unsittlich empfunden und missbilligt. Allerdings bestehen Schwierigkeiten, die Geltung eines Sittengesetzes festzustellen. Das persönliche sittliche Gefühl des Richters kann hierfür nicht maßgebend sein; ebenso wenig kann die Auffassung einzelner Volksteile ausreichen. Von größerem Gewicht ist, dass die öffentliche Religionsgesellschaften, insbesondere die beiden großen christlichen Konfessionen, aus deren Lehren große Teile des Volkes die Maßstäbe für ihr sittliches Verhalten entnehmen, die gleichgeschlechtliche Unzucht als unsittlich verurteilen.“

Diese Aussagen sind Symptom einer „sittlichen“ Einstellung, die Menschen mit den unterschiedlichsten „sittlich“ devianten Lebensentwürfen massiv, zum Teil bis an den Rand ihrer Existenz, gegängelt hat. Es fällt schwer zu akzeptieren, daß derartige Aussagen von einem breiten gesellschaftlichen Konsens der frühen Bundesrepublik Deutschland getragen waren und die gängige Rechtsauffassung in Deutschland und weitesten Teilen Europas spiegelten. Mit Urteilen aus dem NS sind fachgerichtliche Urteile, die auf diesem brei-

ten Konsens beruhen, trotz allen Befremdens nicht zu vergleichen; würden sie pauschal aufgehoben, fände im Ergebnis eine derartige, für den Rechtsstaat höchst schädliche Gleichsetzung von Urteilen aus einem barbarischen Regime mit unter Geltung des Grundgesetzes ergangenen Urteilen statt. Bei den bis zur Strafrechtsreform 1969 ergangenen Urteilen handelt es sich vor diesem Hintergrund um Urteile, die damals aufgrund der nach 1949 glücklicherweise wieder erreichten Gesetzesbindung der Judikative in dieser Weise ergehen mußten; implizite Vorwürfe gegen das rechtsstaatliche Verhalten der Richter, die den Anträgen zu entnehmen sind, verfangen nicht. Auch wenn diese Urteile heute nicht mehr ergehen dürften, weil ein Wertewandel in der Gesellschaft schließlich einen Wandel des geltenden Strafrechts und einen Wandel der Verfassungsinterpretation ebenso verursacht hat wie einen (vergleichsweise spät erfolgten) Wandel in der Rechtsprechung auch des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (erstmalig EGMR, NJW 1984, 541): Es handelt sich deshalb nicht um „Unrechtsurteile“ oder um ein Versagen des Rechtsstaates, das besondere Maßnahmen rechtfertigen könnte; auch ein schwerer Eingriff in unsere Verfassungskultur aus billigen Motiven bleibt ein derartiger schwerer und deshalb unzulässiger Eingriff. Überdies erschiene ein isolierter Zugriff auf Urteile, die auf einer einzelnen Norm des Sittlichkeitsstrafrechts beruhen, angesichts der langjährigen Pönalisierung von Kuppelei oder Ehebruch oder der bis heute andauernden Pönalisierung des Geschwisterinzests höchst willkürlich.

**4.)** Nach geltendem Verfassungsrecht ist allein die rechtsprechende Gewalt selbst nach Maßgabe des Gesetzes, vgl. § 359 StPO, zur Durchbrechung der Rechtskraft von Strafurteilen befugt. Auch dies nur, wenn aufgrund von massiven Fehlleistungen in dem Strafverfahren, das zu dem rechtskräftigen Urteil geführt hat, dieses Urteil von vornherein nicht in dieser Weise hätte ergehen dürfen, § 359 Nr. 1-5 StGB, oder wenn das Bundesverfassungsgericht ein Gesetz für verfassungswidrig erklärt, § 79 Abs. 1 BVerfGG, oder der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte einen Verstoß gegen die EMRK festgestellt hat, § 359 Nr. 6 StPO.

Ein Verstoß der §§ 175 ff. StGB gegen Art. 8 EMRK ist gegenüber der Bundesrepublik Deutschland niemals festgestellt worden, weil die maßgebliche Reform bereits 1969 stattgefunden hat, während die erste Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte erst 15 Jahre später ergangen ist; überdies könnte nach § 359 Nr. 6 StPO (KK-StPO/Schmidt § 359 Rn. 39, allerdings streitig) nur derjenige, der selbst von dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte obsiegt hat, ein Wiederaufnahmeverfahren erreichen. Deshalb kommt auf Grundlage der im Gesetz abschließend aufgezählten Wiederaufnahmegründe eine Wiederaufnahme nach § 359 Nr. 6 StPO nicht in Betracht. Erforderlich wäre also die zulässige Einführung eines neuen Wiederaufnahmegrundes, der den auf Grundlage der §§ 175 ff. StGB Verurteilten – und nicht nur diesen – die Wiederaufnahme des Verfahrens ermöglicht.

Ein § 359 Nr. 7 StPO könnte regeln, daß in allen Fällen der Verurteilung auf Grundlage einer inzwischen ersatzlos aufgehobenen Strafrechtsnorm, die heute als „offensichtlich grund- und menschenrechtswidrig“ anzusehen wäre, eine Wiederaufnahme des Verfahrens möglich ist. Es darf nämlich im Ergebnis keinen Unterschied machen, ob eine Norm erst nach einer Rüge durch das Bundesverfassungsgericht oder den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte aufgehoben wird, oder ob der Gesetzgeber aus eigener Initiative tätig geworden und so einer derartigen Rüge zuvorgekommen ist. Denn in sämtlichen Fällen geht es um eine Wiederaufnahme des Verfahrens, um auf der Ebene des Grund- und Menschenrechtsschutzes eine materiell fehlerfreie Rechtsanwendung in Strafsachen (vgl. Sauer JZ 2011, 23, 31) erreichen zu können. Die „offensichtliche Grund- und Menschenrechtswidrigkeit“ hätte das zuständige Strafgericht zu prüfen. Vom Vorliegen dieses Tatbestandsmerkmals ist sicherlich auszugehen, wenn es um eine Verurteilung wegen einverständlich vorgenommener homosexueller Handlungen zwischen zwei volljährigen Partnern geht. In allen anderen Fällen bedürfte es aus Jugendschutzgesichtspunkten, die übrigens auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrecht billigt, einer differenzierten Sichtweise; nicht jede vielleicht heute nicht mehr gebilligte Form von Jugendschutz ist bereits „offensichtlich grund- und menschenrechtswidrig“.

Ob eine derartige Wiederaufnahmemöglichkeit einen sinnvollen Schritt zur dringend erforderlichen Rehabilitation homosexueller Menschen betrifft, läßt sich freilich erheblich bezweifeln, weil die Geltung des „offensichtlich grund- und menschenrechtswidrigen“ Sittlichkeitsstrafrechts bereits Jahrzehnte zurückliegt. Schädlich wäre die Schaffung eines solchen Grundes dennoch nicht. Im Gegenteil, könnte sie doch denjenigen Menschen zugute kommen, die aufgrund heute vorherrschender, aber vielleicht bald nicht mehr gebilligter Sittlichkeitskategorien strafrechtlich verurteilt werden – etwa wegen Inzests unter Erwachsenen oder vielleicht auch, weil sie einem nahen Angehörigen Sterbehilfe geleistet haben, vgl. § 216 StGB.