




Antidiskriminierungsstelle
des Bundes



Rehabilitierung der nach § 175 StGB verurteilten homosexuellen Männer: Auftrag, Optionen und verfassungsrechtlicher Rahmen

Rechtsgutachten von Professor Dr. Martin Burgi



Nomos

Rechtsgutachten zur Frage der

Rehabilitierung der nach § 175 StGB verurteilten homosexuellen Männer: Auftrag, Optionen und verfassungsrechtlicher Rahmen

erstellt im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes

von **Professor Dr. Martin Burgi**

Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Wirtschaftsverwaltungsrecht,
Umwelt- und Sozialrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München

Buchautoren:

Prof. Dr. Martin Burgi / Akad. Rat Daniel Wolff

Zitiervorschlag:

Burgi/Wolff, Rehabilitierung der nach § 175 StGB
verurteilten homosexuellen Männer

Mai 2016

Vorwort

Liebe Leserinnen und Leser,
liebe Interessierte,

homosexuelle Handlungen von Männern waren – unter wechselnden Tatbestandsvoraussetzungen – bis 1994 strafbar.

Die junge Bundesrepublik hatte den 1935 durch die Nationalsozialisten verschärfte § 175 des Strafgesetzbuchs (StGB) übernommen. Nach dem Krieg gerieten deshalb manche aus den KZ befreite homosexuelle Männer wieder in Haft, wo sie ihre Reststrafe verbüßen mussten. Bis zur Entschärfung des ehemaligen § 175 StGB im Jahr 1969 gingen die Repressionen für diese Männer also unverändert weiter. Erst 1994 wurde die Strafvorschrift durch den Deutschen Bundestag vollständig aufgehoben.

So kam es zwischen 1949 und 1969 in der Bundesrepublik zu etwa 50.000 Verurteilungen. Die Verurteilungen waren nicht nur strafrechtlich relevant. Sie zerstörten in vielen Fällen Partnerschaften, bürgerliche Existenzen und ganze Biografien. Erpressung und Doppelleben, gesellschaftliche Ausgrenzung und berufliche Vernichtung, Angst und Selbstmorde waren die erschütternde Realität vieler homosexueller Männer.

Im Jahr 2002 hob der Deutsche Bundestag die während der Zeit des Nationalsozialismus ergangenen Urteile gegen Homosexuelle auf. Damit wurden die bis 1945 Verurteilten rehabilitiert.

Die Opfer der Strafverfolgung nach 1945 bis zur Aufhebung der Strafvorschrift im Jahr 1994 wurden jedoch nicht rehabilitiert, die sie kriminalisierenden Urteile nicht aufgehoben. Zwar hat der Bundestag im Jahr 2000 in einer einstimmigen EntschlieÙung bedauert, dass der § 175 nach 1945 fortbestand. Konsequenzen hat er daraus jedoch nicht gezogen.

Das ist eine offene Wunde unseres Rechtsstaates, die unbedingt geheilt werden muss.

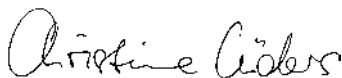
Diese Männer leben bis heute mit dem Makel einer Verurteilung. Die Betroffenen sind durch Verfolgung und Verurteilung im Kernbestand ihrer Menschenwürde verletzt worden. Es ist nicht zufällig Art. 1 unseres Grundgesetzes, der die Würde des Menschen für unantastbar erklärt. Diese zu achten und zu schützen und bei Verletzungen wiederherzustellen, ist erste Verpflichtung aller staatlichen Gewalt. Wenn Menschen durch staatliche Gewalt in ihrer Menschenwürde verletzt worden sind, reichen bloßes Bedauern und eine Entschuldigung nicht aus. Es ist die Aufgabe des Staates, die Opfer zu rehabilitieren und Wiedergutmachung zu leisten.

Die Antidiskriminierungsstelle des Bundes möchte einen Beitrag zur Rehabilitation dieser Opfer der Strafverfolgung nach § 175 leisten. Hierzu wurde der Staatsrechtler Prof. Dr. Martin Burgi mit der Erstellung eines Gutachtens beauftragt, das zu einem eindeutigen Ergebnis kommt: Der Gesetzgeber ist zum Handeln, zur Rehabilitation verpflichtet.

Dieses Ergebnis freut mich für die Betroffenen sehr.

Jetzt ist der Gesetzgeber gefordert, dieser Pflicht zur Rehabilitation nachzukommen und die Strafurteile, die nach 1945 ergangen sind, aufzuheben.

Die Veröffentlichung des Gutachtens soll bislang geltend gemachte rechtliche Bedenken überwinden helfen und die politisch Verantwortlichen endlich zum Handeln bewegen, bevor es für viele Betroffene zu spät sein könnte.



Christine Lüders
Leiterin der Antidiskriminierungsstelle
des Bundes

Inhalt

Vorwort	5
Zusammenfassung	11
Teil 1: Einführung, Entwicklung und bisherige Ansätze	14
A. Themenstellung und Aufbau	14
B. Die Strafbarkeit homosexueller Handlungen in der Entwicklung der Gesetzgebung	15
I. Die Entwicklung bis 1933	15
II. Die Entwicklung von 1933 bis 1945	17
1. Die Vorgeschichte des 6. Strafrechtsänderungsgesetzes	17
2. Neue Rechtslage: §§ 175, 175a RStGB	19
3. Intensivierung der Strafverfolgung	21
III. Die Entwicklung nach 1949	22
1. Die Entwicklung in der DDR	22
2. Die Entwicklung in der Bundesrepublik Deutschland	26
a) Die Situation zwischen 1945 und 1969	26
aa) Die Rechtslage	26
bb) Strafverfolgungspraxis und Situation der Betroffenen	28
b) Die Strafrechtsreform von 1969 – Entkriminalisierung der sog. einfachen Homosexualität	30
aa) Die Rechtslage	30
bb) Entstehung und Begründung der Gesetzesänderung	32
cc) Kritik und verfassungsgerichtliche Billigung der neuen Rechtslage	33
c) Die Strafrechtsreform von 1973 – Abschaffung der abgestuften Altersgrenze und Abkehr vom „Sittlichkeitsdelikt“ hin zur „Jugendschutzvorschrift“	34
d) Die Strafrechtsreform von 1994 – Abschaffung der gesonderten strafrechtlichen Behandlung von Homosexualität	36
3. Zusammenfassung	37
C. Die Strafbarkeit homosexueller Handlungen im Spiegel der Rechtsprechung	38
I. Bundesverfassungsgericht	38

1.	Das Urteil vom 10. Mai 1957 _____	38
2.	Der Beschluss vom 2. Oktober 1973 _____	39
II.	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte _____	40
III.	Menschenrechtsausschuss der Vereinten Nationen _____	42
D.	Bisherige Ansätze einer Rehabilitierungsgesetzgebung _____	42
I.	Rehabilitierung der im Dritten Reich wegen einvernehmlicher homosexueller Handlungen verurteilten Männer _____	43
1.	Die Diskussion über eine Wiedergutmachung in der „alten“ Bundesrepublik _____	43
2.	Die Rehabilitierung der während des Dritten Reichs ver- urteilten Homosexuellen durch das NS-Aufhebungsgesetz _	43
II.	Initiativen zur Aufhebung der nach 1945 erfolgten Verurteilungen_	45
1.	1995 (13. Wahlperiode des Deutschen Bundestags) _____	45
2.	2000 (14. Wahlperiode des Deutschen Bundestags) _____	45
3.	2008–2009 (16. Wahlperiode des Deutschen Bundestags) _	47
4.	2010–2013 (17. Wahlperiode des Deutschen Bundestags) __	48
5.	2015 (18. Wahlperiode des Deutschen Bundestags) _____	51
6.	Zusammenfassung _____	53

Teil 2: Rechtliche Rehabilitierungsoptionen und verfassungsrechtliche Legitimation _____ 54

A.	Konzentration auf den Umgang mit der sog. einfachen Homosexualität _____	54
I.	Bundesrepublik und DDR _____	54
II.	Erfasste Tatbestände _____	55
B.	Gesamtpanorama der möglichen staatlichen Rehabilitierungs- maßnahmen _____	56
I.	Rehabilitierung _____	56
II.	Politische und rechtliche Maßnahmen _____	56
III.	Kollektive Rehabilitierung durch gesetzliche Aufhebung der einschlägigen Strafurteile _____	57
1.	Eckpunkte _____	57
2.	Bewertung _____	58
3.	§ 31 BVerfGG als Hindernis? _____	58
a)	Implizite Aufgabe der BVerfG-Entscheidungen aus den Jahren 1957 und 1973 _____	59
b)	Hilfsweise: Keine Bindungswirkung gegenüber dem Gesetzgeber _____	61

c) Fazit _____	63
IV. Kollektive Entschädigungsleistung _____	64
1. Eckpunkte _____	64
2. Bewertung _____	65
V. Konzentration auf die Maßnahmen der kollektiven Rehabilitierung _____	65
1. Blick auf Maßnahmen der individuellen Rehabilitierung _____	65
a) Wiederaufnahmeverfahren _____	65
b) Verfahren auf Erklärung für menschenrechtswidrig _____	65
c) Einzelfallentschädigung _____	66
2. Bewertung _____	67
C. Verfassungsrechtliche Legitimation für Maßnahmen der kollektiven Rehabilitierung im Zusammenhang mit § 175 StGB _____	69
I. Relevante Situation: Fortbestehender Strafmakel auf der Grundlage eines mit höherrangigem Recht unvereinbaren Straftatbestandes _____	70
II. Grundrechtlich-rechtsstaatlich und sozialstaatlich verankerte Schutzpflicht als Grundlage des Rehabilitierungsauftrags _____	72
1. Grundlagen _____	72
2. Konsequenzen _____	74

Teil 3: Verfassungsrechtliche Grenzen gegenüber Maßnahmen der kollektiven Rehabilitierung _____

A. Keine verfassungsrechtlichen Grenzen gegenüber der kollektiven Entschädigung _____	76
B. Der Grundsatz der Rechtssicherheit als Grenze gegenüber einer Aufhebung der einschlägigen Strafurteile? _____	77
I. Inhalt und Bedeutung _____	77
II. Anerkannte Durchbrechungen im Zusammenhang mit gegen höherrangiges Recht verstoßenden Straftatbeständen _____	78
1. Im Falle eines Systemumbruchs _____	78
2. Innerhalb der zeitlichen Geltung des Grundgesetzes _____	79
III. Kein abschließender Charakter und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers _____	79
IV. Die Voraussetzungen für eine Durchbrechung der Rechtssicherheit außerhalb eines Systemumbruchs und ihr Vorliegen im Zusammenhang mit § 175 StGB _____	82
1. Rehabilitierungsauftrag qua grundrechtlich-rechtsstaatlicher und sozialstaatlicher Schutzpflicht _____	82

2.	Qualifizierter Verfassungsverstoß _____	83
a)	Begründung und Beschreibung _____	83
b)	Vorliegen der Voraussetzungen im Hinblick auf § 175 StGB _____	85
aa)	Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 GG (Menschenwürde)? _____	85
bb)	Jedenfalls hinreichend qualifizierter Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG _____	86
(1)	Eingriff in den unantastbaren Kernbereich bzw. ausweglose Betroffenheit _____	86
(2)	Hilfsweise: Grob unverhältnismäßiger Eingriff in Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG _____	88
(3)	Fazit _____	90
cc)	EMRK _____	90
3.	Kollektive, klar abgrenzbare Betroffenheit _____	91
4.	Fazit _____	92
C.	Der Grundsatz der Gewaltenteilung als Grenze gegenüber einer Aufhebung der einschlägigen Strafurteile? _____	93
I.	Inhalt und Bedeutung _____	94
II.	Rehabilitierungsauftrag und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers _____	95
III.	Vereinbarkeit mit dem Gewaltenteilungsgrundsatz _____	96
IV.	Fazit _____	97
D.	Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG als Grenze gegenüber einer Aufhebung der einschlägigen Strafurteile? _____	98
I.	Inhalt und etwaige Bedeutung im vorliegenden Zusammenhang _____	98
II.	Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers _____	99
III.	Rechtfertigung der kollektiven Rehabilitierung ausschließlich der durch eine Verurteilung nach § 175 StGB Betroffenen _____	99
1.	Vergleichsweise weniger qualifizierter Verfassungsverstoß _____	99
2.	Vergleichsweise weniger intensive Verfolgungspraxis und schwächere Betroffenheit _____	100
IV.	Fazit _____	101
	Literaturverzeichnis _____	102

Zusammenfassung

1. Nach der Vorschrift des § 175 StGB sind in der Bundesrepublik bis 1969 und in der DDR bis in das Jahr 1968 sexuelle Handlungen zwischen erwachsenen Männern ohne Vorliegen weiterer Umstände (nachfolgend: „einfache Homosexualität“) bestraft worden. Zwischen 1945 und 1969 führte die Strafverfolgungspraxis allein in der Bundesrepublik zu bis zu 50.000 Verurteilungen. Für die Betroffenen bedeutet dies durch die Haft erlittene Schädigungen an Freiheit, Leib und Seele und schwerwiegende soziale Belastungen, die vom Verlust von Arbeitsplatz und Wohnung über die Ausgrenzung in weiten Teilen der Gesellschaft bis hin zum Verlust der bürgerlichen Existenz reichen. Auf diesen Zeitraum konzentriert sich die hiermit vorgelegte, grundsätzlich angelegte verfassungsrechtliche Untersuchung.
2. Bundestag und Bundesrat sehen mittlerweile durch die zwischen 1945 und 1969 fortbestehende Strafbarkeit der sog. einfachen Homosexualität die Menschenwürde der Betroffenen verletzt. Während der Bundestag sich bislang darauf beschränkt hat, sein „Bedauern“ auszusprechen, fordert der Bundesrat gesetzliche Regelungen, die „vorrangig“ die Aufhebung der einschlägigen Strafurteile zum Inhalt haben sollen. Durch das NS-Aufhebungsgesetz wurden im Jahre 2002 alle auf der Grundlage des § 175 RStGB während der nationalsozialistischen Zeit ergangenen Urteile aufgehoben; § 175 RStGB ist nach der Gründung der Bundesrepublik Deutschland unverändert in der von den Nationalsozialisten verschärften Fassung im StGB beibehalten worden.
3. Die rechtswissenschaftliche Analyse zeigt, dass es eine verfassungsrechtliche Legitimation für staatliche Rehabilitierungsmaßnahmen zugunsten der Betroffenen gibt. Deren Bezugspunkt ist der gegenwärtige Zustand eines fortbestehenden Strafmakels auf der Grundlage einer mit höherrangigem Recht unvereinbaren Strafvorschrift (eben § 175 StGB). Dies knüpft an frühere Entscheidungen des BVerfG an, wonach der Fortbestand eines Strafmakels unter bestimmten Voraussetzungen Rehabilitierungsmaßnahmen auslösen kann. Grundlagen des staatlichen Rehabilitierungsauftrags sind die grundrechtliche Schutzpflicht sowie das Rechts- und das Sozialstaatsprinzip. Das Bestehen dieses Rehabilitierungsauftrags wirkt

sich bei der Bestimmung etwaiger Grenzen für einzelne zu seiner Umsetzung ergriffene Maßnahmen aus. Der Rehabilitierungsauftrag selbst ist auf das Ziel, nicht bereits auf einzelne konkrete Maßnahmen gerichtet. Allerdings ist der Staat angesichts des fortbestehenden Strafmakels verpflichtet, die Vereinbarkeit dieses Zustands mit den Maßstäben des höherrangigen Rechts zu überprüfen und sein bisheriges Unterlassen neu zu bewerten.

4. Sowohl als Erstadressat des verfassungsrechtlich verankerten Rehabilitierungsauftrags als auch bei der Entscheidung zugunsten einer Durchbrechung des rechtsstaatlichen Grundsatzes der Rechtssicherheit und des Grundsatzes der Gewaltenteilung ist dem Gesetzgeber ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum eröffnet.
5. Als Maßnahmen der kollektiven Rehabilitierung kommen die Aufhebung der einschlägigen Strafurteile durch Gesetz und/oder eine kollektive Entschädigungsleistung in Gestalt eines signifikanten Geldbetrages zwecks Durchführung von Aufklärungsprojekten, Erinnerungs- und Bildungsveranstaltungen in Betracht. Die Erweiterung der Wiederaufnahmetatbestände nach § 359 StPO oder die Schaffung eines Verfahrens zur Erklärung der einzelnen Urteile für menschenrechtswidrig erscheinen demgegenüber ebenso wenig zur erfolgreichen Erfüllung des Rehabilitierungsauftrags geeignet wie eine Einzelfallentschädigung. Denn angesichts der Zeitabläufe ist davon auszugehen, dass in den allermeisten Fällen die maßgeblichen Verfahrensakten nicht mehr verfügbar sind und dass das die Maßnahmen der individuellen Rehabilitierung kennzeichnende Erfordernis von Einzelentscheidungen sowohl für die betroffenen Männer als auch für Gerichte bzw. Behörden einen kaum vorstellbaren Verfahrensaufwand verursachen würde.
6. Die dem Rehabilitierungsauftrag am besten genügende kollektive Rehabilitierungsmaßnahme der Aufhebung der einschlägigen Strafurteile würde nicht am Bestehen belastbarer verfassungsrechtlicher Grenzen scheitern.
 - a) Insbesondere liegen alle Voraussetzungen für eine Durchbrechung des Grundsatzes der Rechtssicherheit vor, da der fortbestehende Strafmakel auf einem klar abgrenzbaren Kreis von persönlich durch die staatliche Strafverfolgung und die

strafrechtlichen Verurteilungen schwer Betroffenen lastet und auf einer Norm (§ 175 StGB) beruht, die in qualifizierter Weise gegen Verfassungsvorschriften verstößt. Denn § 175 StGB stellt einen Eingriff in den unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG dar, jedenfalls bildet er einen grob unverhältnismäßigen Eingriff in dieses Grundrecht. Jene Voraussetzungen für eine Durchbrechung des Grundsatzes der Rechtssicherheit knüpfen teilweise an bislang anerkannte Durchbrechungen an, die aber nicht als abschließend anzusehen sind; der bloße Schluss aus dem Umstand des bisherigen Fehlens eines Aufhebungsgesetzes innerhalb der zeitlichen Geltung des Grundgesetzes (also ohne einen Systemumbruch) auf dessen Verfassungswidrigkeit greift zu kurz.

- b) Auch der (in den Worten des BVerfG) nirgends rein verwirklichte Grundsatz der Gewaltenteilung kann im hier vorliegenden Falle eines qualifizierten Verfassungsverstoßes der Strafandrohungsvorschrift (des § 175 StGB) einerseits, einer kollektiven, klar abgrenzbaren Betroffenheit andererseits durchbrochen werden, zumal ein Aufhebungsgesetz lediglich ad personam wirken und primär an die frühere Verantwortung des Gesetzgebers selbst anknüpfen würde.
 - c) Schließlich würde die Aufhebung der Strafurteile auf der Grundlage des § 175 StGB keine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG im Hinblick auf den gleichzeitigen Fortbestand von Verurteilungen aufgrund eines Verstoßes gegen die seinerzeit bestehenden Straftatbestände der Kuppelei bzw. des Ehebruchs bewirken. In beiden Fällen liegt kein bzw. ein vergleichsweise deutlich weniger qualifizierter Verfassungsverstoß vor und bestand eine weniger intensive Verfolgungspraxis sowie eine schwächere Betroffenheit. Die Stigmatisierung und die Intensität der gesellschaftlichen Repressionen, die die von einer Verurteilung nach § 175 StGB Betroffenen überwiegend und typischerweise erlitten haben, sind insoweit unvergleichlich.
7. Ebenfalls keine verfassungsrechtlichen Bedenken würde die Rehabilitierungsmaßnahme einer kollektiven Entschädigungsleistung auslösen.

Teil 1: Einführung, Entwicklung und bisherige Ansätze

A. Themenstellung und Aufbau

In den letzten 15 Jahren haben sich sowohl der Bundestag als auch der Bundesrat mehrfach mit der strafrechtlichen Verfolgung männlicher Personen aufgrund der Vornahme homosexueller¹ Handlungen beschäftigt, die erst im Jahr 1994 ihr vollständiges Ende gefunden hat. Im Anschluss an eine im Jahre 2000 durch den Deutschen Bundestag einstimmig gefasste Resolution, in der dieser sein Bedauern für die unveränderte Fortgeltung des § 175 StGB in der Bundesrepublik nach dem Zweiten Weltkrieg bis ins Jahr 1969 ausdrückte und bekannte, dass die nach 1945 weiter bestehende Strafandrohung in beiden deutschen Staaten die davon betroffenen homosexuellen Männer in ihrer Menschenwürde verletzt habe², entwickelte sich eine bis heute andauernde rechtliche und rechtspolitische Debatte um die Frage, ob und wie eine rechtliche Rehabilitierung der Betroffenen in Betracht kommen könnte. Da die Rechtsgeschichte der Bundesrepublik Deutschland bislang keine Fälle kennt, in denen aufgrund legislativen, nachkonstitutionellen Unrechts in der Bundesrepublik erfolgte Verurteilungen wiedergutmacht worden sind³, fehlt es an grundlegenden rechtswissenschaftlichen Problemerkörterungen.

-
- 1 Homosexualität wird im Folgenden vor allem im Sinne einer verhaltensbezogenen Definition als „Sexualverhalten zwischen zwei Personen gleichen Geschlechts“ verstanden (Beckers, Homosexualität und Humanentwicklung, S. 25). Zwar werden in der Forschung gegenwärtig zwei weitere Ansätze zur Bestimmung des Begriffs der Homosexualität diskutiert: Eine identitätsbasierte Definition betont die sexuelle Selbstwahrnehmung von Personen in Bezug auf ihre gesellschaftliche Umwelt, wohingegen eine Definition auf der Basis sexueller Wünsche und Neigungen die individuell empfundene sexuelle Anziehungskraft des gleichen Geschlechts ins Zentrum stellt (vgl. zu diesen Definitionen Savon-Williams, *Current Directions in Psychological Science* 15 (1) [2006], S. 40 [41]). Da die strafrechtliche Sanktionierung von Homosexualität in erster Linie auf homosexuelles Verhalten abzielt, bildet die erste Definition die Basis des vorliegenden Beitrags (so auch Rinscheid, *Zeitschrift für vergleichende Politikwissenschaft* 7 (3) [2013], S. 251 [253]).
 - 2 BT-Drucks. 14/4894.
 - 3 Vgl. *Schöneburg/Lederer, Rehabilitierung und Entschädigung*, S. 1 ff. Das „Strafrechtliche[s] Rehabilitierungsgesetz“ (StrRehaG) i. d. F. d. B. v. 17. Dezember 1999 (BGBl. I S. 2664), das zuletzt durch Art. 1 des Gesetzes vom 22. Dezember 2014 (BGBl. I, S. 2408) geändert worden ist, sowie das „Gesetz zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile in der Strafrechtspflege“ (NS-AufhG) vom 25. August 1998 (BGBl. I, S. 2501), das zuletzt durch Art. 1 des Gesetzes vom 24. September 2009 (BGBl. I, S. 3150) geändert wurde, betreffen Verurteilungen aufgrund vorkonstitutioneller Gesetze.

Die Ausführungen im 1. Teil sind der Entwicklung der Strafbarkeit auf der Ebene der Gesetzgebung und der Rechtsprechung gewidmet. Ferner werden die bisherigen Ansätze zur Rehabilitation dokumentiert. In Teil 2 werden die infrage kommenden Optionen für rechtliche Rehabilitierungsmaßnahmen mit Eckpunkten analysiert. Im Anschluss daran wird nach der verfassungsrechtlichen Legitimation für eine staatliche Rehabilitierungspolitik in diesem Kontext gefragt. Teil 3 ist dann den etwaigen verfassungsrechtlichen Grenzen für Rehabilitierungsmaßnahmen gewidmet.

B. Die Strafbarkeit homosexueller Handlungen in der Entwicklung der Gesetzgebung

In der Bundesrepublik Deutschland und zuvor bereits im Deutschen Reich existierte etwa 123 Jahre lang ein „Paragraph 175“, der – mit divergierenden Fassungen des Tatbestandes und mit unterschiedlichen Strafordrohungen – als Grundlage für die strafrechtliche Verfolgung homosexueller Männer diente.

I. Die Entwicklung bis 1933

Die strafrechtliche Sanktionierung homosexueller Handlungen zwischen Männern hat in christlich geprägten Gesellschaften eine lange Tradition und geht zurück auf Rechtsvorschriften des kanonischen Rechts.⁴ Unter dem Eindruck der Französischen Revolution setzten sich die Säkularisierungstendenzen der Aufklärung fort und bewirkten in den deutschen Partikularstaaten den langsamen Übergang von einer fundamental-religiösen zu einer diesseitigen, auf Rationalität, Empirie, naturphilosophischer wie naturwissenschaftlicher Erkenntnis beruhenden Rechtsordnung. „Unzuchtstaten“ wurden – nicht zuletzt aufgrund der nunmehr einsetzenden wissenschaftlichen Beschäftigung mit Sexualität – nicht mehr vornehmlich als sündige Handlungen, sondern als Symptome einer Krankheit verstanden.⁵ In der Folge fand eine Abkehr von drakonischen biblischen Strafordrohungen hin zu einer

4 Zum Ganzen vgl. Schäfer, „Widernatürliche Unzucht“, S. 17 ff.

5 Vgl. Schäfer, „Widernatürliche Unzucht“, S. 23; Mildner, in: Gross/Buchli, S. 81.

„profanen“ Zuchthausstrafe statt.⁶ So beschränkte beispielsweise das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten aus dem Jahr 1794 in § 1069 und § 1070 die Strafbarkeit für unnatürliche Sünden im Strafmaß auf ein- oder mehrjährige Zuchthausstrafen.⁷ Am 14. April 1851 trat schließlich § 143 PreußStGB⁸ in Kraft, der den Begriff der „widernatürlichen Unzucht“ in die gesetzliche Terminologie einführte, sich auf die Erfassung „mannmännlicher und sodomitischer“ Begehungsweisen beschränkte und gleichzeitig die Reduzierung der Strafbarkeit auf qualifizierte Fälle unzüchtiger Handlungen, wie sie das liberale Bayerische Strafgesetzbuch von 1813 in Art. 186 ff. vorgenommen hatte, zurückwies. Diese Vorschrift behielt bis zum Erlass eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund Gültigkeit.⁹ In dieser Kodifikation, die durch die Begründung des Norddeutschen Bundes und die damit einhergehende Zuständigkeit des Bundes zur Schaffung eines einheitlichen Bundesstrafrechts ermöglicht worden war¹⁰, wurde § 143 PreußStGB weitgehend übernommen. Lediglich das Höchstmaß der angedrohten Freiheitsstrafe wurde im neuen § 175 des Strafgesetzbuchs des Norddeutschen Bundes auf zwei Jahre Gefängnis reduziert, doch konnte der Straftäter nunmehr seiner bürgerlichen Ehrenrechte vollständig und nicht nur auf Zeit verlustig gehen. Von dort ging „§ 175“ unverändert und unter derselben bis heute über juristische Kreise hinaus bekannten Nummerierung in das Reichsstrafgesetzbuch vom 15. Mai 1871 über und lautete nunmehr:

„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.“

6 Vgl. *Bleibtreu-Ehrenberg*, Tabu Homosexualität, S. 311; *Schäfer*, „Widernatürliche Unzucht“, S. 23 ff. In den Staaten des romanischen Rechtskreises führte die Naturrechtslehre ab dem späten 18. Jahrhundert zu einer noch weitergehenden Säkularisierung des Strafrechts, die auch die Entkriminalisierung der Homosexualität durch den „Code pénal“ einschloss; vgl. *Steinke*, Forum Recht 2/2005, S. 60 (61); *Graupner*, in: Hey/Pallier/Roth, S. 198 (205 f.). Bayern und das Rheinland, auf deren Territorien während der napoleonischen Besatzung ebenfalls der Code pénal eingeführt worden war, hatten in ihren jeweiligen strafrechtlichen Kodifikationen die Sodomiestrafen abgeschafft, konnten sich bei der Reichsgründung und der Schaffung eines einheitlichen Reichsstrafgesetzbuchs allerdings nicht gegen die anderen deutschen Staaten, insbesondere Westfalen und Preußen durchsetzen; vgl. *Bleibtreu-Ehrenberg*, in: Lautmann, S. 61 (90 f.).

7 Vgl. *Schäfer*, „Widernatürliche Unzucht“, S. 25.

8 PreußGSammlung 1861, Nr. 10, S. 130.

9 Zum Ganzen vgl. *Schäfer*, „Widernatürliche Unzucht“, S. 26.

10 Vgl. *Schäfer*, „Widernatürliche Unzucht“, S. 28.

Bereits kurz nach Inkrafttreten des Reichstrafgesetzbuchs hatte das Reichsgericht in Bezug auf die „Unzucht zwischen Männern“ entschieden, dass nach dem Wortlaut der Vorschrift nicht die Unzucht schlechthin, sondern nur die „widernatürliche“ Unzucht strafbar sei.¹¹ Als widernatürlich galt dem Reichsgericht aber nicht jede unzüchtige Geschlechtsvertraulichkeit. Nur die „beischlafähnliche“ Handlung, bei der der Geschlechtsteil der einen Person in den Körper der anderen eingeführt werde, so den heterosexuellen Geschlechtsakt imitiere und damit ein Analogon zum naturgemäßen Beischlaf darstelle, sei strafwürdig.¹² Masturbierende Handlungen eines Mannes an dem Geschlechtsteil eines anderen Mannes fielen demnach nicht unter die Strafvorschrift¹³. Diese restriktive Auslegung des Tatbestandes hielt die Rechtsprechung solange aufrecht, wie § 175 in der Fassung vom 15. Mai 1871 Bestand hatte¹⁴.

II. Die Entwicklung von 1933 bis 1945

1. Die Vorgeschichte des 6. Strafrechtsänderungsgesetzes

Nachdem sich weder im 19. Jahrhundert noch in der Weimarer Republik liberale Reformvorschläge hatten durchsetzen können¹⁵, wurde nach der Machtergreifung Hitlers im Jahr 1933 noch Ende desselben Jahres eine „Amtliche Deutsche Strafrechtskommission“ um den Justizminister *Franz Gürtner* zur Konzeption eines neuen nationalsozialistischen Strafgesetzbuches einberufen.¹⁶ Obwohl die Beratungen über den geänderten Referentenentwurf formal noch nicht abgeschlossen waren, wurden ungeachtet der Vorschläge der Strafrechtskommission die bestehenden strafrechtlichen Regelungen über die „widernatürliche Unzucht“ durch das Strafrechtsänderungsgesetz vom 28. Juni 1935 erheblich ausgeweitet.¹⁷ Der Abbruch der Beratungen und die hastige Gesetzesänderung

11 RGSt 1, 395 (396); bestätigt kurz darauf in RGSt 2, 237 (238).

12 RGSt 1, 395 (396); siehe auch RGSt 34, 246 und RGSt 64, 109.

13 Vgl. RGSt 1, 663; 4, 493; 6, 211; 23, 289 (291).

14 Zum Ganzen vgl. *Schäfer*, „Widernatürliche Unzucht“, S. 32; für sexuelle Handlungen von Männern mit jungen Mädchen galt im Übrigen § 182 RStGB, der die Jungfernschaft des Mädchens schützte.

15 Vgl. *Schäfer*, „Widernatürliche Unzucht“, S. 34 ff.

16 Vgl. *Gruchmann*, Justiz im Dritten Reich, S. 753 ff. Während sich in dieser Kommission keine Mehrheit für die nationalsozialistisch indoktrinierte Sanktionierung der weiblichen Homosexualität fand, erfuhr der Straftatbestand eine Ausweitung dahingehend, dass das Merkmal der Beischlafähnlichkeit aufgrund von Beweisschwierigkeiten und im Sinne der angestrebten Bekämpfung der „Seuche Homosexualität“ aufgegeben wurde.

17 Drittes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches v. 28. Juni 1935; Art. 6, RGBl. I 1935, S. 839/841. Das Gesetz ist am 1. September 1935 in Kraft getreten.

wurden offiziell mit den Ereignissen um den bekennend homosexuellen Führer der SA, *Ernst Röhm*, begründet. Eines der gesetzgeberischen Ziele der nationalsozialistischen Führung bestand darin, durch die Gesetzesänderung die Zeugungskraft des Mannes auf die „Sicherstellung und Erhaltung der gesunden Volkskraft“ zu konzentrieren.¹⁸ Zudem sollte durch die Verschärfung des § 175 RStGB der Anschein eines entschlossenen Durchgreifens gegen alle „unsittlichen Umtriebe“ in der Öffentlichkeit gewahrt bleiben. Die Schaffung einer regimestabilisierenden heterosexuellen Gesellschaftsstruktur und der Kampf gegen den sittlichen Verfall des deutschen Volkes waren weitere erklärte Ziele des geänderten, nunmehr nationalsozialistisch geprägten Sexualstrafrechts.¹⁹ Ferner spielten auch rassenhygienische Gesichtspunkte eine Rolle.²⁰ Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass §§ 175, 175a RStGB in der Fassung des Strafrechtsänderungsgesetzes von 1935 in starkem Maße weltanschaulich geprägt waren.²¹

18 Vgl. *Stümke/Finkler*, Rosa Winkel, Rosa Listen, S. 216.

19 Vgl. *Schäfer*, „Widernatürliche Unzucht“, S. 40; und die amtliche Begründung zum 6. Strafrechtsänderungsgesetz vom 28. Juni 1935 in den amtlichen Sonderveröffentlichungen der Deutschen Justiz 10, S. 39: „Der neue Staat, der ein an Zahl und Kraft starkes, sittlich gesundes Volk erstrebt, muß allem widernatürlichen geschlechtlichen Treiben mit Nachdruck begegnen. Die gleichgeschlechtliche Unzucht zwischen Männern muß er besonders stark bekämpfen, weil sie erfahrungsgemäß die Neigung zu seuchenartiger Ausbreitung hat und einen erheblichen Einfluß auf das ganze Denken und Fühlen der betroffenen Kreise ausübt.“

20 So auch *Schäfer*, „Widernatürliche Unzucht“, S. 295. Bereits bei der ersten Lesung des StGB-Entwurfs von 1927 führte der spätere nationalsozialistische Reichsinnenminister *Wilhelm Frick* aus: „Einen Beitrag zur sittlichen Erneuerung des deutschen Volkes glaubte Ihr Parteitag in Kiel dadurch leisten zu können, dass er die Aufhebung des § 175 und die Aufhebung der Strafe für Ehebruch verlangt hat (gemeint ist der SPD-Parteitag). Wir dagegen sind der Ansicht, dass diese Leute des § 175 [...] mit aller Schärfe verfolgt werden müssen, weil solche Laster zum Untergang des deutschen Volkes führen müssen. Natürlich sind es die Juden, Magnus Hirschfeld und seine Rassegenossen, die auch hier wieder bahnbrechend wirken, wie ja überhaupt die jüdische Moral das deutsche Volk geradezu verwüstet.“ Am deutlichsten brachte der „Völkische Beobachter“ am 2. August 1930 die Haltung der NSDAP zur Homosexualität im Kontext der geplanten Reform des § 175 auf den Begriff: „Wir gratulieren zu diesem Erfolg, Herr Kahl und Herr Hirschfeld! Aber glauben Sie ja nicht, dass wir Deutschen solche Gesetze auch nur einen Tag gelten lassen, wenn wir zur Macht gelangt sein werden.“ In der Homosexualität seien „alle boshafte Triebe der Judenseele“ versammelt, die man „in Kürze“ als das kennzeichnen müsse, „was sie sind, als ganz gemeine Abirrungen von Syriern, als allerschwerste, mit Strang und Ausweisung zu ahnende Verbrechen“. Vgl. zum Ganzen *Schöneburg/Lederer*, Rehabilitation und Entschädigung m. w. N.

21 Vgl. nur *Schäfer*, „Widernatürliche Unzucht“, S. 295.

2. Neue Rechtslage: §§ 175, 175a RStGB

Mit Inkrafttreten des Strafrechtsänderungsgesetzes vom 28. Juni 1935 hatten §§ 175 und 175a RStGB folgenden Wortlaut:

„§ 175 RStGB

(1) Ein Mann, der mit einem anderen Mann Unzucht treibt oder sich von ihm zur Unzucht mißbrauchen läßt, wird mit Gefängnis bestraft.

(2) Bei einem Beteiligten, der zur Zeit der Tat noch nicht einundzwanzig Jahre alt war, kann das Gericht in besonders leichten Fällen von Strafe absehen.

§ 175a RStGB

Mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren, bei mildernden Umständen mit Gefängnis nicht unter drei Monaten wird bestraft:

1. ein Mann, der einen anderen Mann mit Gewalt oder durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben nötigt, mit ihm Unzucht zu treiben oder sich von ihm zur Unzucht mißbrauchen zu lassen;

2. ein Mann, der einen anderen Mann unter Mißbrauch einer durch ein Dienst-, Arbeits- oder Unterordnungsverhältnis begründeten Abhängigkeit bestimmt, mit ihm Unzucht zu treiben oder sich von ihm zur Unzucht mißbrauchen zu lassen;

3. ein Mann über einundzwanzig Jahren, der eine männliche Person unter einundzwanzig Jahren verführt, mit ihm Unzucht zu treiben oder sich von ihm zur Unzucht mißbrauchen zu lassen;

4. ein Mann, der gewerbsmäßig mit Männern Unzucht treibt oder von Männern sich zur Unzucht mißbrauchen läßt oder sich dazu anbietet.“

Der nationalsozialistische „Gesetzgeber“²² hatte sich dazu entschlossen, „widernatürliche Unzucht“ durch „Unzucht treiben“ zu ersetzen, so dass von nun an nicht mehr nur die „widernatürliche“, sondern jegliche „Unzucht“ strafbewehrt war. Mit der strafrechtlichen Ahndung war die Strafandrohung einer Gefängnisstrafe bis zu fünf Jahren (vgl. § 16 Abs. 1 RStGB) verbunden, die nur bei Strafen bis zu drei Monaten durch eine Geldstrafe ersetzt werden konnte (vgl. § 27b RStGB). Ferner wurde der Grundtatbestand des neu gefassten § 175 RStGB um die Qualifikationsvorschrift des § 175a RStGB ergänzt, der Fälle „schwerer Unzucht

²² Das Gesetz war auf Grundlage des Gesetzes zur Behebung der Not von Volk und Reich vom 24. März 1933 (RGBl. I, S. 141), dem sog. Ermächtigungsgesetz, von der nationalsozialistischen Reichsregierung ohne die Mitwirkung der im eigentlichen Sinne gesetzgeberischen Körperschaften erlassen worden.

zwischen Männern“ erfasste.²³ In diesem Fall galt ein Strafraum von bis zu zehn Jahren Zuchthaus, bei milderem Umständen von Gefängnis nicht unter drei Monaten.²⁴ Die Erfassung der „widernatürlichen Unzucht“ zwischen Männern und derjenigen mit Tieren durch ein und denselben Straftatbestand wurde beseitigt und die „Unzucht mit Tieren“ isoliert in § 175b RStGB inkriminiert. Die Strafschärfung resultierte aus dieser Trennung der Vorschriften in Verbindung mit der genannten Streichung des Adjektivs „widernatürlich“ im neu gefassten § 175 RStGB. Folglich war jedwede „Unzuchtshandlung“ strafbewehrt, die „objektiv nach gesunder Anschauung des sittlich empfindenden deutschen Menschen das Schamgefühl in geschlechtlicher Beziehung zu verletzten vermochte und subjektiv in wollüstiger, libidinöser Absicht vorgenommen“ wurde.²⁵

Das Reichsgericht nahm die Änderungen der nationalsozialistischen Strafrechtsnovelle vorweg und änderte seine bisherige Rechtsprechung nach Verkündung, aber bereits vor Inkrafttreten des Gesetzes. Verlangte es zunächst formal, nicht aber tatsächlich noch eine beischlafähnliche Handlung, gab es später das Erfordernis der Beischlafähnlichkeit der Tathandlung vollständig auf. Zum „Unzucht treiben“ mit einer anderen Person gehörte im Rahmen der §§ 175, 175a RStGB nunmehr allein, dass die auf Erregung oder Befriedigung des Täters gerichtete Handlung geeignet war, das allgemeine Scham- und Sittlichkeitsgefühl in geschlechtlicher Beziehung zu verletzen, und dass dabei der Täter den Körper des anderen Mannes als Mittel benutzte, um Wollust zu erregen oder zu befriedigen.²⁶ In der Konsequenz der geänderten Rechtsprechung konnte der Straftatbestand der „Unzucht“ zwischen Männern nach seiner Novellierung bereits durch eine Umarmung in wollüstiger Absicht²⁷, aber auch durch Handlungen erfüllt sein, bei denen eine körperliche Berührung des anderen überhaupt nicht stattfand.²⁸ So war sichergestellt, dass man auch die von zwei Männern voreinander betriebene Onanie bestrafen konnte.²⁹

Als sog. qualifizierte Fälle der Homosexualität galten homosexuelle Handlungen, die unter Anwendung von Gewalt (§ 175a Nr. 1 RStGB), bei

23 Art. 6, § 175a 3. StrÄndG; RGBl. I 1935, 841.

24 Siehe dazu *Wasmuth*, in: FS Reh binder, S. 777 (778).

25 Amtliche Begründung zum Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches (RGBl. S. 839), S. 39.

26 Ständige Rechtsprechung seit RGSt 70, 224 (224 f.).

27 Zur Kasuistik der strafbaren Handlungen vgl. *Jäger*, Homosexualität, S. 40.

28 So ausdrücklich RGSt 73, 78 (78).

29 Vgl. v. *Bülow*, Umgang, 2000, S. 190.

Bestehen eines Abhängigkeitsverhältnisses (§ 175a Nr. 2 bzw. § 175 in Tateinheit mit § 174 RStGB), an Minderjährigen unter 21 Jahren (§ 175a Nr. 3 bzw. § 175 in Tateinheit mit § 176 RStGB) oder „gewerbsmäßig“ (§ 175a Nr. 4 RStGB) vorgenommen wurden.

3. Intensivierung der Strafverfolgung

In den ersten Jahren nach der Machtergreifung zerschlug die Polizei zunächst die wichtigsten Institutionen der homosexuellen Subkultur. An den Treffpunkten der Homosexuellen, insbesondere ihren Bars, wurden Razzien veranstaltet³⁰ und führende Vertreter der Bürgerrechtsbewegung der Homosexuellen verhaftet sowie in Konzentrationslager verbracht.³¹ Bereits am 22. Februar 1933 wurde eine Anordnung gegen die Prostitution erlassen und am Folgetag ein Erlass, der die Schließung aller Homosexuellen-Lokale und der „Stundenhotels“ anordnete.³² Um die Strafverfolgung effektiver zu gestalten, wurde das „Sonderdezernat Homosexualität“ als zentrale Erfassungsstelle für Homosexuelle in der Abteilung II („Amt Politische Polizei“) bei dem Staatspolizeiamt Berlin geschaffen, das im Zuge der Neuorganisation der Kriminalpolizei im Jahr 1936 in der neu gegründeten „Reichszentrale zur Bekämpfung der Homosexualität und Abtreibung (Referat B 3d)“ aufging.³³ Letztere war für die zentrale bürokratische Erfassung und Klassifikation nach Tätergruppen zuständig³⁴, übernahm aber auch die Planung der Deportation Homosexueller in die Konzentrationslager.³⁵ Neben den gesetzlichen Grundlagen wurden damit auch die administrativen Bedingungen für die staatliche Ächtung und Diskriminierung Homosexueller geschaffen. Es begann eine massive polizeiliche Verfolgung von Homosexuellen, und in allen deutschen Großstädten kam es, insbesondere im August 1936, zu Razzien an den bekannten Treffpunkten Homosexueller.³⁶ Dementsprechend stieg seit der Gesetzesänderung im Jahre 1935 die Zahl der rechtskräftig nach §§ 175 ff. RStGB verurteilten Personen bis

30 Vgl. *Lautmann/Grikschat/Schmidt*, in: *Lautmann*, S. 325 (328).

31 Vgl. *Stümke/Finkler*, Rosa Winkel, Rosa Listen, S. 234.

32 Vgl. *Stümke/Finkler*, Rosa Winkel, Rosa Listen, S. 236.

33 Vgl. *Stümke/Finkler*, Rosa Winkel, Rosa Listen, S. 239 und S. 243.

34 Vgl. v. *Bülow*, *Umgang*, S. 105.

35 Vgl. *Stümke*, *Homosexuelle in Deutschland*, S. 111. Die Reichszentrale zur Bekämpfung der Homosexualität und Abtreibung ging im September 1939 in das Reichssicherheitshauptamt über, jene Behörde, in der alle Fäden des Polizeiparats der NSDAP zusammenliefen; vgl. dazu *Stümke/Finkler*, Rosa Winkel, Rosa Listen, S. 244.

36 Vgl. *Lautmann*, *Kriminologisches Journal* 43 (2011), S. 268 (275).

zum Jahr 1938 um mehr als das Vierfache³⁷, wobei neben die quantitative auch eine qualitative Verschärfung trat und immer häufiger Gefängnis- und Zuchthausstrafen statt der zuvor üblichen Geldstrafen verhängt wurden.³⁸ Überdies wurden gegen Homosexuelle über den gesetzlichen Rahmen hinaus vielfach weitere, auch nach dem damals geltenden Recht rechtswidrige Maßnahmen ergriffen. Insbesondere wurden sie teils im Zusammenhang mit dem normalen Strafvollzug, teils unabhängig davon allein aufgrund ihrer Neigung in Konzentrationslager eingewiesen, wo sie den „rosa Winkel“ als Erkennungsmerkmal tragen mussten.³⁹ Die Anzahl der während der Zeit des Nationalsozialismus in Konzentrationslagern internierten Homosexuellen beläuft sich jüngsten Untersuchungen zufolge auf 5.000 bis 15.000 Personen.⁴⁰

III. Die Entwicklung nach 1949

1. Die Entwicklung in der DDR

Nachdem in der sowjetischen Besatzungszone (SBZ) zunächst Unklarheit über die Fortgeltung von NS-Recht geherrscht hatte, zeichnete eine im Jahr 1949/1950 getroffene Entscheidung des Strafsenats des Obersten Gerichts der DDR (OG) die rechtliche Entwicklung in der DDR vor.⁴¹ Das Gericht entschied, § 175 nicht mehr in der verschärfen Version aus dem Jahr 1935 anzuwenden, da der Paragraph seitdem typisches nationalsozialistisches Gedankengut aufweise.⁴² Diese Einschätzung bedeutete für das Oberste Gericht jedoch nicht, die homosexuellen Verhaltensweisen zu entkriminalisieren, und auch nicht, die Neufassung der §§ 175, 175a gänzlich zu verwerfen, denn die prinzipielle Strafbarkeit von männlichem homosexuellen Verhalten wurde durch das Gericht nicht infrage

37 Wurden im Jahr 1935 noch 2.106 Personen rechtskräftig verurteilt, waren es 1938 bereits 8.562; siehe *Grau* (Hrsg.), *Homosexualität in der NS-Zeit*, S. 197. Die Höhe der verhängten Strafen variierte zwischen wenigen Monaten Gefängnis und langjährigen Zuchthausstrafen, vgl. v. *Bülow*, *Umgang*, S. 167.

38 Zu den Statistiken vgl. *Grau* (Hrsg.), *Homosexualität in der NS-Zeit*, S. 197. Angehörigen der SS und der Polizei drohte infolge der Vornahme homosexueller Handlungen ab dem 15. November 1941 infolge des geheimen „Erlaßes des Führers zur Reinhaltung von SS und Polizei“ sogar die Todesstrafe; vgl. dazu *Stümke/Finkler*, *Rosa Winkel, Rosa Listen*, S. 260; *Stümke*, *Homosexuelle in Deutschland*, S. 121.

39 Vgl. *Stümke/Finkler*, *Rosa Winkel, Rosa Listen*, S. 268 ff.

40 Vgl. *Lautmann/Grikschat/Schmidt*, in: *Lautmann*, S. 325 (333).

41 Urt. v. 28. März 1950, OGS 1, 190; siehe dazu und zum Folgenden *Taylor*, *JoJZG* 8 (2014), S. 1 ff.

42 Vgl. dazu *Thinius*, in: *Grimm*, *Die Geschichte des § 175*, S. 145 (145 f.).

gestellt.⁴³ Das Gericht urteilte vielmehr, § 175 in der Version von 1871 und nach Maßgabe der alten Rechtsprechung anzuwenden, nach der nur beischlafähnliche Handlungen bestraft wurden. Ferner bestätigte das Gericht die Geltung des § 175a, um die „gesunde Entwicklung der Jugend“ zu ermöglichen.⁴⁴ Die Verfolgungsintensität war in der DDR mit Blick auf § 175 StGB-DDR dabei fünf Mal geringer als die in der BRD auf Grundlage des dort geltenden § 175 StGB.⁴⁵

Im Rahmen von Strafrechtsreformentwürfen 1952 und 1957/58 wurde die Entkriminalisierung homosexueller Handlungen diskutiert. Zwar erfolgte durch das Strafrechtsänderungsgesetz vom 11. Dezember 1957⁴⁶ formal noch keine solche Entkriminalisierung, aber von nun an kam nach § 8 des Strafgesetzbuches der DDR ein „Ausschluß der strafrechtlichen Verantwortlichkeit“ in Betracht. Nach § 8 Abs. 1 StGB-DDR lag eine Straftat dann nicht vor, „wenn die Handlung zwar dem Wortlaut eines gesetzlichen Tatbestandes entspricht, aber wegen ihrer Geringfügigkeit und mangels schädigender Folgen für die DDR, den sozialistischen Aufbau, die Interessen des werktätigen Volkes sowie des einzelnen Bürgers nicht gefährlich ist“.⁴⁷ Damit galt die sog. einfache Homosexualität, d. h. homosexuelle Betätigungen unter Erwachsenen ohne Hinzutreten weiterer Umstände, nicht mehr als Officialdelikt, sondern „nur“ als Formalstraftat.⁴⁸ Von dieser Geringfügigkeitsklausel sollte nach der Rechtsprechung des Kammergerichts Berlin „weitherzig“ Gebrauch gemacht werden, sodass § 175 StGB-DDR praktisch weitgehend außer Kraft gesetzt wurde.⁴⁹

Formal wurde die Entkriminalisierung männlicher sexueller Handlungen durch die Streichung des § 175 StGB-DDR im Jahr 1968 umgesetzt⁵⁰, sodass vom 1. Juli 1968 an einvernehmliche Handlungen zwischen

43 Vgl. *Thinius*, in: Grimm, Die Geschichte des § 175, S. 145 (146).

44 Vgl. *Grau*, Lexikon der Homosexuellenverfolgung 1933–1945, S. 154; *Thinius*, in: Grimm, Die Geschichte des § 175, S. 145 (146).

45 Vgl. *Berndl/Kruber*, Jahrbuch für die Geschichte der Homosexualitäten 12 (2010), S. 58 (87 f.). Verfolgungsintensität meint in diesem Fall die relative Zahl der Verurteilten bezogen auf die strafmündige, männliche Bevölkerung in beiden deutschen Staaten unter Berücksichtigung der damals unterschiedlichen Volljährigkeitsgrenzen.

46 § 9 des Gesetzes zur Ergänzung des Strafgesetzbuchs – Strafergänzungsgesetz v. 11. Dezember 1957, GBl.-DDR, S. 643 f.

47 Vgl. dazu *Thinius*, in: Grimm, Die Geschichte des § 175, S. 145 (149); v. *Kowalski*, Homosexualität in der DDR, S. 19.

48 Vgl. *Grau*, in: Landesstelle für Gleichbehandlung, § 175 StGB, S. 44 (52).

49 Vgl. *Rinscheid*, Zeitschrift für vergleichende Politikwissenschaft 7 (3) [2013], S. 251 (266).

50 GBl.-DDR I, S. 1 und S. 97.

erwachsenen Männern gleichen Geschlechts zum ersten Mal in der deutschen Rechtsgeschichte straffrei waren⁵¹. Der Jugendschutzaspekt wurde von § 175a, der gestrichen wurde, in § 151 StGB-DDR überführt, der nunmehr die Vornahme sexueller Handlungen durch einen Erwachsenen mit einem Jugendlichen gleichen Geschlechts mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren sanktionierte, jedoch keine Mindeststrafe vorsah. Gleichwohl galt weiterhin eine höhere Schutzaltersgrenze bei homo- (18 Jahre) als bei heterosexuellen Handlungen (grundsätzlich 16 Jahre; vgl. §§ 149, 150 StGB-DDR). Da die Vorschriften der §§ 149–151 StGB-DDR nicht mehr geschlechtsbezogen formuliert waren, erfassten sie nunmehr auch sexuelle Handlungen von Frauen mit Mädchen oder Jungen, sodass in dieser Hinsicht eine weitreichendere Strafbarkeit als in der Bundesrepublik galt.⁵²

Die Jugendschutzvorschriften der §§ 149–151 StGB-DDR („Sexueller Mißbrauch von Jugendlichen“) lauteten folgendermaßen:

„§ 149

(1) Ein Erwachsener, der einen Jugendlichen anderen Geschlechts zwischen vierzehn und sechzehn Jahren unter Ausnutzung der moralischen Unreife durch Geschenke, Versprechen von Vorteilen oder in ähnlicher Weise dazu missbraucht, mit ihm Geschlechtsverkehr auszuüben oder geschlechtsverkehrsähnliche Handlungen vorzunehmen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Verurteilung auf Bewährung bestraft.

(2) Die Strafverfolgung verjährt in zwei Jahren.

§ 150

(1) Ein Erwachsener, der unter Ausnutzung seiner Stellung einen Jugendlichen anderen Geschlechts zwischen vierzehn und sechzehn Jahren, der ihm zur Erziehung oder Ausbildung anvertraut ist oder der in seiner Obhut steht, zu sexuellen Handlungen missbraucht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Verurteilung auf Bewährung bestraft.

(2) Ein Erwachsener, der unter denselben Voraussetzungen einen Jugendlichen anderen Geschlechts zwischen sechzehn und achtzehn Jahren zum Geschlechtsverkehr oder zu geschlechtsverkehrsähnlichen Handlungen missbraucht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Verurteilung auf Bewährung bestraft.

51 Vgl. *Grau*, Lexikon der Homosexuellenverfolgung 1933–1945, S. 154.

52 Vgl. dazu die Stellungnahme des Sachverständigen *Bruns* zu den Anträgen BT-Drucks. 17/10841 und 17/4042, S. 10.

§ 151

Ein Erwachsener, der mit einem Jugendlichen gleichen Geschlechts sexuelle Handlungen vornimmt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Verurteilung auf Bewährung bestraft.“

Nachdem das Oberste Gericht am 11. August 1987 unter Berufung auf § 3 StGB-DDR, der generell ein Vergehen ausschloss, „wenn die Handlung zwar dem Wortlaut eines gesetzlichen Tatbestandes entspricht, jedoch ihre Auswirkungen auf die Rechte und Interessen der Bürger oder der Gesellschaft und der Grad der Schuld der Tat des Täters gering ist“, entschieden hatte, dass die Sondervorschrift des § 151 StGB-DDR nicht mehr anzuwenden sei⁵³, wurde § 151 im 5. Strafrechtsänderungsgesetz vom 14. Dezember 1988 mit Wirkung zum 1. Juli 1989 zugunsten einheitlicher Jugendschutzvorschriften (§§ 149, 150 StGB-DDR) gestrichen.⁵⁴ Danach lag das Schutzalter für Geschlechtsverkehr oder geschlechtsverkehrsähnliche Handlungen mit Jugendlichen bei 16 Jahren, bei Taten unter Ausnutzung eines Abhängigkeitsverhältnisses bei 18 Jahren. Bei Taten unter Ausnutzung eines Abhängigkeitsverhältnisses mit Jugendlichen unter 16 Jahren waren auch sonstige sexuelle Handlungen strafbar. Unter die Vorschriften fielen aber auch Frauen, die mit Mädchen oder Jungen unter 16 Jahren sexuelle Handlungen vornahmen. Die Vorschriften lauteten:

„§ 149

(1) Ein Erwachsener, der einen Jugendlichen zwischen vierzehn und sechzehn Jahren unter Ausnutzung der moralischen Unreife durch Geschenke, Versprechen von Vorteilen oder in ähnlicher Weise dazu missbraucht, mit ihm Geschlechtsverkehr auszuüben oder geschlechtsverkehrsähnliche Handlungen vorzunehmen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Verurteilung auf Bewährung bestraft.

(2) Die Strafverfolgung verjährt in zwei Jahren.

§ 150

(1) Ein Erwachsener, der unter Ausnutzung seiner Stellung einen Jugendlichen zwischen vierzehn und sechzehn Jahren, der ihm zur Erziehung oder Ausbildung anvertraut ist oder der in seiner Obhut steht, zu sexuellen

⁵³ OG, NJ 1987, S. 467 f.; vgl. dazu Thinius, in: Grimm, Die Geschichte des § 175, S. 145 (159); Wasmuth, in: Jellonek/Lautmann, S. 173 (178). Das OG nahm eine Strafbarkeit vom Homosexuellen nur nach den auch für Heterosexuelle geltenden Bestimmungen der §§ 149 f. StGB-DDR an.

⁵⁴ GBl-DDR I, Nr. 29, S. 335.

Handlungen missbraucht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Verurteilung auf Bewährung bestraft.

(2) Ein Erwachsener, der unter denselben Voraussetzungen einen Jugendlichen zwischen sechzehn und achtzehn Jahren zum Geschlechtsverkehr oder zu geschlechtsverkehrsähnlichen Handlungen missbraucht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Verurteilung auf Bewährung bestraft.“

2. Die Entwicklung in der Bundesrepublik Deutschland

a) Die Situation zwischen 1945 und 1969

aa) Die Rechtslage

Unmittelbar nach Kriegsende hatte die alliierte Militärregierung in ihren „Allgemeinen Anweisungen für Richter“ (Nr. 1 bis 8b) ausdrücklich untersagt, von Strafverschärfungen, die nach dem 1. Januar 1933 eingeführt worden waren, Gebrauch zu machen. Diese Anweisungen wurden jedoch hinfällig, nachdem mit dem Kontrollratsgesetz Nr. 1 vom 20. September 1945⁵⁵ sowie den Kontrollratsgesetzen Nr. 11 vom 30. Januar 1946⁵⁶ sowie Nr. 55 vom 20. Juni 1947⁵⁷ spezifisch nationalsozialistische (Straf-)Normen außer Kraft gesetzt wurden. §§ 175, 175a RStGB fanden in diesen Gesetzen allerdings keine Erwähnung, sodass diese Normen weiter fort galten.⁵⁸ Dies führte unter anderem dazu, dass manche der am Kriegsende aus den Konzentrationslagern befreiten homosexuellen Männer wieder in Haft gerieten, da die ihnen auferlegte Freiheitsstrafe aufgrund § 175 RStGB noch nicht als verbüßt galt.⁵⁹

Zwar pönalisierte ein Entwurf des Kontrollrats zum Strafgesetzbuch homosexuelle Betätigungen lediglich nach Maßgabe des § 175 RStGB in seiner bis 1935 geltenden Fassung.⁶⁰ Entgegen diesem Entwurf wurden

55 Gesetz Nr. 1 bzgl. der Aufhebung von Nazi-Gesetzen vom 20. September 1945, Amtsblatt KontrollR Nr. 1 vom 29. Oktober 1945, S. 6–8.

56 Gesetz Nr. 11 bzgl. der Aufhebung einzelner Bestimmungen des deutschen Strafrechts, Amtsblatt KontrollR Nr. 11 vom 30. Januar 1946, S. 55.

57 Gesetz Nr. 55 bzgl. der Aufhebung von Vorschriften auf dem Gebiet des Strafrechts, Amtsblatt KontrollR Nr. 55 vom 20. Juni 1947, S. 284.

58 Vgl. *Blühm*, in: Landesstelle für Gleichbehandlung, § 175 StGB, S. 8; siehe zur Diskussion über die letztlich gescheiterte „Entnazifizierung des Strafrechts gegen Homosexuelle“ aus dieser Zeit *Pretzel*, *Gescheiterte Entnazifizierung*, in: ders., S. 71 (76 ff.).

59 Vgl. *Steinke*, *Forum Recht* 2/2005, S. 60 (60); Stellungnahme des Sachverständigen Bruns zu den Anträgen BT-Drucks. 17/10841 und 17/4042, S. 4.

60 Vgl. dazu *Etzel*, *Die Aufhebung von nationalsozialistischen Gesetzen*, 1992; *Wasmuth*, in: FS Reh binder, S. 777 (778).

§ 175 und § 175a RStGB jedoch auch nach der Gründung der Bundesrepublik Deutschland am 24. Mai 1949 im StGB in der von den Nationalsozialisten modifizierten Fassung beibehalten. Das Grundgesetz hatte in Art. 123 Abs. 1 die Fortgeltung vorkonstitutionellen, nicht grundgesetzwidrigen Rechts verfügt⁶¹, wozu auch §§ 175, 175a RStGB gezählt wurde⁶².

Der Bundesgerichtshof hatte in mehreren Entscheidungen die uneingeschränkte Gültigkeit und Verfassungsmäßigkeit des § 175 StGB bestätigt⁶³, insbesondere sah das Gericht keine Anhaltspunkte dafür, dass die §§ 175, 175a in der Fassung von 1935 „eine Verwirklichung nationalsozialistischer Ziele oder Gedanken bilde“.⁶⁴ Der Weg zurück zur vornationalsozialistischen Rechtsprechung des Reichsgerichts, welches eine Tatbestandsrestriktion über das Erfordernis der Beischlafähnlichkeit der Tatbestandshandlung erreicht hatte⁶⁵, war von der höchstrichterlichen Nachkriegsrechtsprechung nicht beschränkt worden. In denkbar weiter Auslegung des Tatbestands hatte der Bundesgerichtshof vielmehr jede Handlung ausreichen lassen, die das „allgemeine Scham- und Sittlichkeitsgefühl in geschlechtlicher Beziehung verletz[t] und der Erregung oder Befriedigung der Wollust – der eigenen oder der fremden –“ dient.⁶⁶ Auch das BVerfG hatte in einem aufsehenerregenden Urteil vom 10. Mai 1957, nachdem es von zwei wegen gleichgeschlechtlicher „Unzucht“ verurteilten Homosexuellen im Wege der Verfassungsbeschwerde angerufen worden war, die Vereinbarkeit des § 175 StGB sowohl mit dem Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG als auch mit dem in Art. 2 Abs. 1 GG (heute in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG) garantierten Recht auf eine freie Entfaltung der Persönlichkeit bestätigt (dazu näher C I 1).⁶⁷

Rechtswissenschaftliche Impulse zur Aufhebung bzw. Lockerung des § 175 StGB, darunter die Beschlüsse des 39. Deutschen Juristentags 1951,

61 Zum Ganzen vgl. Schäfer, in: Pretzel/Weiß, S. 189 (190).

62 Der Religionshistoriker Schoeps, Der Homosexuellen Nächste, S. 86, konstatierte deshalb Anfang der 1960er-Jahre: „Für die Homosexuellen ist das Dritte Reich noch nicht zu Ende.“

63 BGHSt 1, 80 (81); BGH, NJW 1951, 810; BGH, NJW 1952, 796.

64 BGHSt 1, 80; vgl. dazu Stümke, in: Jellonek/Lautmann, S. 329 (334).

65 Erstmals RGSt 1, 395 (396).

66 Ständige Rechtsprechung seit BGHSt 1, 293 (293 f.).

67 BVerfGE 6, 389 ff.

blieben bis Mitte der 1960er-Jahre in der Gesetzgebung folgenlos.⁶⁸ Erst der Bundestagsausschuss für die Strafrechtsreform, der den ursprünglichen Bundestagsentwurf infolge der ersten Lesung 1969 modifizierte, zeigte sich offen für rechtswissenschaftliche Vorarbeiten, die Impulse hinsichtlich der Entkriminalisierung gaben. Als besonders einflussreich sind die 1968 verabschiedeten Empfehlungen des 47. Deutschen Juristentages sowie der Alternativentwurf zum Besonderen Teil des Strafgesetzbuchs einzuschätzen, die dem Gesetzgeber den Übergang vom Sitten- zum Rechtsgüterschutz-Strafrecht anempfahlen.⁶⁹

bb) Strafverfolgungspraxis und Situation der Betroffenen

Die Strafverfolgung blieb nach dem Zweiten Weltkrieg quantitativ auf einem sehr hohen Niveau und erfolgte in einer als systematisch zu qualifizierenden Weise.⁷⁰ So kam es zwischen 1945 und 1969 aufgrund der §§ 175, 175a StGB zu etwa 100.000 Anklagen und ca. 45.000–50.000 Verurteilungen, und damit zu ähnlich vielen Strafverfahren wie in der Zeit der nationalsozialistischen Herrschaft, während es in der Weimarer Republik „lediglich“ 9.375 Verurteilungen gegeben hatte.⁷¹ Allein zwischen 1952 und 1962 wurden jährlich ca. 3.000 Homosexuelle aufgrund von Verstößen gegen §§ 175, 175a rechtskräftig verurteilt.⁷²

68 Der 39. Deutsche Juristentag forderte im Jahr 1951, die sog. einfache Homosexualität im deutschen Strafrecht zu entkriminalisieren (39. DJT, Teil C, S. 123); vgl. dazu *Sommer*, Die Strafbarkeit der Homosexualität, S. 348. Auch die Vorschläge der Großen Strafrechtskommission aus den Jahren 1958 und 1962, die von einer völligen Straffreiheit bis hin zur Festlegung einer Schutzaltersgrenze von 21 Jahren reichten, wurden zunächst vom Gesetzgeber nicht aufgegriffen. Vielmehr wird in den amtlichen Begründungen zu dem Entwurf für eine Strafrechtsreform aus dem Jahr 1960 die „sittenbildende Kraft des Strafrechts“ beschworen, mit der die von der Homosexualität ausgehende „Gefahr für eine gesunde und natürliche Lebensordnung im Volke“ sowie die „Entartung des Volkes und der Verfall seiner sittlichen Kräfte“ eingedämmt werden könne; vgl. dazu *Schäfer*, in: Pretzel/Weiß, S. 189 (191 f.).

69 Vgl. *Schäfer*, „Widernatürliche Unzucht“, S. 300.

70 Vgl. den Wortbeitrag des Sachverständigen *Bruns*, Protokoll der öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses vom 15. Mai 2013, S. 2, der darauf hinweist, dass die Polizei alle, die Kontakt zu einem nach § 175 StGB Verdächtigen gehabt hatten, teilweise bis in die 1980er-Jahre, in sogenannte Rosa Listen aufnahm und Arbeitgeber und Behörden vor Verdächtigen warnte; zu Einzelheiten vgl. auch *Bogen*, Der Bürger im Staat 65 (2015), S. 36 (36 f.).

71 Vgl. *Balsler/Kamp/Müller/Gotzmann*, Himmel und Hölle, S. 138, sowie *Bruns*, in: Landesstelle für Gleichbehandlung, § 175 StGB, S. 26 (29), sprechen von „fast 45.000 Personen“, wohingegen *Bommarius*, AnwBl 8/9, 2004, M 258, *Baumann*, Paragraph 175, S. 64 f., und *Pretzel*, Gescheiterte Entnazifizierung, in: ders., S. 71 (78), 50.000 Verurteilte anführen.

72 Vgl. dazu *Baumann*, Paragraph 175, S. 63 ff. Im Jahr 1959 erreichte die Zahl der Verurteilten mit mehr als 3.500 ihren Höhepunkt; vgl. dazu *Bruns*, in: Landesstelle für Gleichbehandlung, § 175 StGB, S. 26 (28).

Neben dem Bestrafungsrisiko bestanden schwerwiegende soziale Risiken individuell gelebter Homosexualität, die zwar nicht allein, aber doch maßgeblich auch durch „den Homosexuellenparagrafen“ bedingt waren. Homosexuelle hatten den Verlust der bürgerlichen Existenz zu befürchten. Unter anderem drohte der Verlust des Arbeitsplatzes, die Wohnung konnte gekündigt werden, „Therapien“ zur Heterosexualisierung wurden begonnen, die sexuelle Betätigung wurde eingeschränkt, es entstand ein Druck zur Verehelichung ohne anschließende eheliche Lebensgemeinschaft und in Religionsgemeinschaften wurden Homosexuelle ausgegrenzt. Homosexualität wurde gesamtgesellschaftlich als abnorme, krankhafte und asoziale Verhaltensweise eingestuft⁷³, was zu institutionellen Beschränkungen homosexueller Lebensführung führte, wie beispielsweise der Nichtzulassung von Selbstorganisationen Homosexueller.⁷⁴ Darüber hinaus wurden Homosexuellen die ihnen an sich zustehenden Grundrechte der Meinungs- und Versammlungsfreiheit unter Berufung auf das Sittengesetz oftmals versagt.⁷⁵

Zusammenfassend kann der Zeitraum zwischen 1945 und 1969 als Phase rechtlicher Kontinuität bezeichnet werden. Die §§ 175, 175a StGB verharrten ohne Rückbesinnung auf die Reformbestrebungen vor 1933 in der Tradition der nationalsozialistischen Gesinnungsvorschriften.⁷⁶

73 Aufschlussreich in diesem Zusammenhang sind einige Passagen des von der damaligen Bundesregierung 1962 vorgelegten Entwurfs eines Strafgesetzbuchs (BT-Drucks. IV/650, S. 375 ff.): An Verfehlungen nach § 175 StGB seien überwiegend Personen beteiligt, „die nicht aus angeborener Neigung handeln, sondern durch Verführung, Gewöhnung oder geschlechtliche Übersättigung dem Laster verfallen sind oder die sich aus reiner Gewinnsucht dem gleichgeschlechtlichen Verkehr dienstbar machen“. Selbst wenn das Strafrecht überwiegend dem Rechtsgüterschutz diene, schließe dies nicht aus, „bestimmte Fälle ethisch besonders verwerflichen und nach der allgemeinen Überzeugung schändlichen Verhaltens auch dann mit Strafe zu bedrohen, wenn durch die einzelne Tat kein unmittelbar bestimmbares Rechtsgut verletzt wird“. Im Übrigen lehre schon die geschichtliche Erfahrung, „wo die gleichgeschlechtliche Unzucht um sich gegriffen und großen Umfang angenommen hat, war die Entartung des Volkes und der Verfall seiner sittlichen Kräfte die Folge“; vgl. dazu auch *Wasmuth*, in: *Jellonek/Lautmann*, S. 173 (180).

74 Vgl. *Lautmann*, *Invertito* 13 (2011), S. 173 (178 f.); *ders.*, *Kriminologisches Journal* 43 (2011), S. 268 (276).

75 Vgl. *Stümke*, *Homosexuelle in Deutschland*, S. 137; *Wasmuth*, in: *Jellonek/Lautmann*, S. 173 (176); *Bogen*, *Der Bürger im Staat* 65 (2015), S. 36 (37).

76 Vgl. *Schäfer*, „Widernatürliche Unzucht“ (§§ 175, 175a, 175b, 182 a. F. StGB). Reformdiskussion und Gesetzgebung seit 1945, 2006, S. 297; die teilweise vorhandenen Gemeinsamkeiten und Kontinuitäten der Homosexuellenpolitik bis und nach 1945 lassen manche Autoren auch von einer einzigen Generation sprechen; so *Lautmann*, *Invertito* 13 (2011), S. 173 (180) m. w. N.

b) Die Strafrechtsreform von 1969 – Entkriminalisierung der sog. einfachen Homosexualität

Besagte Strafvorschriften erfuhren durch das Erste Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 25. Juni 1969 (1. StrRG)⁷⁷, welches am 1. September 1969 in Kraft trat, ihre erste gesetzliche Modifizierung seit 1935.⁷⁸

aa) Die Rechtslage

§ 175 StGB lautete fortan in der Fassung des Ersten Strafrechtsreformgesetzes:

„(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren wird bestraft
1. ein Mann über achtzehn Jahre, der mit einem anderen Mann unter einundzwanzig Jahren Unzucht treibt oder sich von ihm zur Unzucht mißbrauchen läßt,
2. ein Mann, der einen anderen Mann unter Mißbrauch einer durch ein Dienst-, Arbeits- oder Unterordnungsverhältnis begründeten Abhängigkeit bestimmt, mit ihm Unzucht zu treiben oder sich von ihm zur Unzucht mißbrauchen zu lassen,
3. ein Mann, der gewerbsmäßig mit Männern Unzucht treibt oder von Männern sich zur Unzucht mißbrauchen läßt oder sich dazu anbietet.
(2) In den Fällen des Absatzes 1 Nr. 2 ist der Versuch strafbar.
(3) Bei einem Beteiligten, der zur Zeit der Tat noch nicht einundzwanzig Jahre alt war, kann das Gericht von einer Strafe absehen.“

Die bedeutsamste Neuerung lag in der Entkriminalisierung der homosexuellen Betätigung unter Erwachsenen als solcher, d. h. ohne Hinzutreten weiterer Umstände (sog. einfache Homosexualität).⁷⁹ Im Einzelnen wurden der Grundtatbestand und die Qualifikation nach § 175a StGB zu einem einheitlichen Tatbestand der „Unzucht“ zwischen Männern in § 175 StGB n. F.⁸⁰ zusammengeführt. Die bisherige Jugendschutzvorschrift in § 175a Nr. 3 StGB wurde von § 175 Abs. 1 Nr. 1 StGB n. F. mit der Änderung übernommen, dass nunmehr eine doppelte Altersgrenze von 18 und 21

⁷⁷ Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts (1. StrRG) v. 25. Juni 1969, BGBl. I 1969, Nr. 52, S. 645–682.

⁷⁸ Deutschland war im internationalen Vergleich mit dem bis Ende der 1960er-Jahre bestehenden Totalverbot ein Nachzügler bei der Liberalisierung; vgl. dazu *Heichel/Rinscheid*, in: *Moralpolitik in Deutschland*, 2015, S. 127 (132).

⁷⁹ Daneben beseitigte das 1. StrRG weitere Tatbestände des Sexualstrafrechts, etwa Ehebruch, und das Erschleichen des außerehelichen Beischlafs.

⁸⁰ § 175 StGB in der Fassung des 1. StrRG (BGBl. I 1969, Nr. 52, S. 653 f).

Jahren galt. Der neu gefasste § 175 Abs. 1 Nr. 1 StGB ersetzte zudem den früheren Grundtatbestand in § 175 Abs. 1 StGB, was zur Straflosigkeit einvernehmlicher „Unzuchtshandlungen“ zwischen über 21-jährigen Männern führte.⁸¹ Weiterhin wurde die bislang als Qualifikation ausgestaltete Missbrauchs- und Abhängigkeitsvariante des § 175a Nr. 2 StGB unter derselben Nummerierung in den neu gefassten § 175 Abs. 1 StGB integriert. Die bis dahin ebenfalls qualifizierend wirkende gewerbsmäßige Begehungsweise einer Tat nach § 175a Nr. 4 StGB führte nun zur einfachen Strafbarkeit nach § 175 Abs. 1 Nr. 3 StGB n. F. Die Anwendung von Gewalt und Drohung im Sinne des § 175a Nr. 1 StGB wurde geschlechtsneutral nach § 176 Abs. 1 Nr. 1 StGB n. F. als Verbrechen bestraft. Der beschränkt persönliche Strafausschließungsgrund für minderjährige Täter wurde in § 175 Abs. 3 StGB n. F. unter Aufgabe der in § 175 Abs. 2 StGB noch vorgesehenen Begrenzung auf besonders leichte Fälle beibehalten. Aufgrund der Änderungen des Straffolgesystems durch das Erste Strafrechtsreformgesetz wurde die Tat nicht mehr mit Gefängnis entsprechend § 16 StGB, sondern mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren nach §§ 14 ff. StGB n. F. geahndet.⁸² Soweit die früheren Qualifikationen nach § 175a StGB in der Neufassung des § 175 StGB aufgingen, wandelte sich durch die Änderung der Strafandrohung von Zuchthaus in zeitige Freiheitsstrafe der Charakter der Delikte nach dem damals gültigen § 1 StGB vom Verbrechen zum Vergehen.⁸³ Zum besonderen Schutz der Über- und Unterordnungsverhältnisse vor geschlechtlichen Einflüssen ordnete § 175 Abs. 2 StGB n. F. deshalb die Strafbarkeit des Versuchs für den Fall des § 175 Abs. 1 Nr. 2 StGB n. F. an. Die Tathandlung selbst wurde weder auf beischlafähnliche Handlungen, wie dies die meisten Entwürfe der Großen Strafrechtsreform vorgeschlagen hatten, noch auf sexuelle Handlungen von einiger Erheblichkeit, wie dies der Alternativentwurf vorgeschlagen hatte, beschränkt. Vielmehr verwendete der geänderte § 175 StGB zur Umschreibung der Tathandlung die bekannte Formulierung „Unzucht treiben“ und „sich zur Unzucht missbrauchen lassen“.⁸⁴

81 Die Altersgrenze von 21 Jahren erklärt sich aus der damals gültigen Volljährigkeitsregelung in § 2 BGB; erst zum 1. Januar 1975 wurde die Volljährigkeitsgrenze auf 18 Jahre gesenkt, dies durch das entsprechende Gesetz v. 31. Juli 1974 (BGBl. I 1974, S. 1713).

82 Die Einheitsstrafe, die den Wechsel u. a. der Gefängnisstrafe in zeitige Freiheitsstrafe bewirkte, wurde eingeführt durch Art. 1 Ziff. 4 1. StrRG, BGBl. I 1969, S. 646.

83 Nach der Dreiteilung des § 1 StGB a. F. wurden Straftaten nicht nur in Verbrechen (Abs. 1) und Vergehen (Abs. 2), sondern ferner in Übertretungen (Abs. 3) gegliedert.

84 Zum Ganzen vgl. Schäfer, in: Pretzel/Weiß, S. 189 (201 ff.).

bb) Entstehung und Begründung der Gesetzesänderung

Der Reform der Strafbarkeit einvernehmlicher homosexueller Handlungen waren umfangreiche parlamentarische Diskussionen vorangegangen, die schließlich in den Beratungen des „Sonderausschusses für die Strafrechtsreform“ mündeten, der 1966 aufgrund des Umfangs der angedachten Reformen des StGB vom Bundestag eingerichtet worden war.⁸⁵ Besagter Ausschuss behandelte die „Unzucht“ zwischen Männern auf seiner 130. Sitzung am 16. Januar 1969, in der der einleitende Redner – der Abgeordnete *Müller-Emmert* (SPD) – sich dafür einsetzte, der mehrheitlichen juristischen und fachwissenschaftlichen Einschätzung zu entsprechen und einfache gleichgeschlechtliche Handlungen mangels Sozialschädlichkeit straflos zu stellen.⁸⁶ Nachdem sich auch der Ausschussvorsitzende *Güde* (CDU/CSU) sowie das Justizministerium für eine Streichung des § 175 StGB eingesetzt hatten, votierten die Ausschussmitglieder bei zwei Stimmenthaltungen für diesen Vorschlag.⁸⁷ Mit Blick auf § 175a StGB konzentrierte sich die Diskussion auf die Neugestaltung der Jugendschutzvorschriften. Obwohl unter dem Eindruck entsprechender medizinischer Empfehlungen zunächst beschlossen worden war, die Altersgrenze für die Täter auf 18 Jahre festzusetzen⁸⁸, wurde final doch eine Altersgrenze von 21 Jahren gewählt.⁸⁹ Dies lag darin begründet, dass mit Blick auf die Bundeswehr eine Beeinträchtigung der militärischen Ordnung und im Ergebnis eine Verminderung der Schlagkraft der Bundeswehr befürchtet worden war.⁹⁰

Nach Abschluss der Beratungen des Sonderausschusses wurde von diesem ein begründeter Gesetzesentwurf in Form eines Berichts verfasst, der am 23. April 1969 als Antrag des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform in den Bundestag eingebracht und ohne Änderungen am 9. Mai 1969 vom Bundestag⁹¹ sowie am 30. Mai 1969 vom Bundesrat beschlossen wurde. Diesem Bericht kam daher gleichsam die Bedeutung

85 Vgl. Einleitung, 1. Bericht des Sonderausschusses Strafrecht, BT-Drucks. V/4094, S. 1 f.

86 Beratungen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, 5. Legislaturperiode, 1969, 130. Sitzung, S. 2623 ff.; vgl. dazu *Schäfer*, „Widernatürliche Unzucht“, S. 204.

87 Beratungen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, 5. Legislaturperiode, 1969, 130. Sitzung, S. 2629.

88 Beratungen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, 5. Legislaturperiode, 1969, 130. Sitzung, S. 2644.

89 Beratungen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, 5. Legislaturperiode, 1969, 130. Sitzung, S. 2648.

90 Zum Ganzen vgl. *Schäfer*, „Widernatürliche Unzucht“, S. 205 m. w. N.

91 BT-Drucks. V/4094.

einer offiziellen Begründung des Ersten Strafrechtsreformgesetzes zu.⁹² In dem Bericht wird die Straflosigkeit einfacher gleichgeschlechtlicher „Unzucht“ unter Berufung auf den „einhelligen Rat der medizinischen und psychologischen Wissenschaft, der ganz überwiegenden Meinung im rechtswissenschaftlichen Schrifttum und dem Vorbild der meisten europäischen Strafgesetze“ gerechtfertigt.⁹³ Ferner spreche gegen den bisherigen § 175 StGB, dass „viele Männer, die sich gleichgeschlechtlich betätigen, eine irreversible Prägung aufweisen“.⁹⁴

Gleichzeitig verteidigte der Sonderausschuss die Festlegung der Schutzaltersgrenze auf 18 bis 21 Jahre in § 175 Abs. 1 Nr. 1 StGB n. F. mit der Rücksichtnahme auf „die Dauer der allgemeinen seelischen Reifung und der sozialen Orientierung junger Menschen“⁹⁵, ohne jedoch den eigentlichen verteidigungspolitischen Hintergrund der Regelung zu erwähnen. Die Beibehaltung des Missbrauchs- und Abhängigkeitstatbestands in § 175 Abs. 1 Nr. 2 StGB n. F. begründete der Ausschuss damit, dass „gleichgeschlechtliche Übergriffe den Abhängigen regelmäßig in größere Schwierigkeiten bringen als Zumutungen auf normal geschlechtlichem Gebiet“.⁹⁶ Der „homosexuellen Prostitution“ in Form des § 175 Abs. 1 Nr. 3 StGB n. F. „weiterhin mit Mitteln des Strafrechts entgegenzutreten“, sei – so der Sonderausschuss – ein „Gebot der öffentlichen Sicherheit“, da nur so „eine gewisse Kontrolle der kriminellen Unterwelt, in der sie sich abspielt“, gewährleistet werden könne.⁹⁷

Neben der Neufassung des § 175 wurde § 175b StGB („Unzucht mit Tieren“) aufgehoben. § 182 StGB (Verführung unbescholtener Mädchen durch Männer zum Beischlaf) blieb unverändert.

cc) Kritik und verfassungsgerichtliche Billigung der neuen Rechtslage

Die an die Stelle des bisherigen Grundtatbestandes getretene Jugendschutzvorschrift in § 175 Abs. 1 Nr. 1 StGB n. F. erfuhr vielfach Kritik,

92 Vgl. Schäfer, „Widernatürliche Unzucht“, S. 206.

93 1. Bericht des Sonderausschusses Strafrecht, BT-Drucks. V/4094, S. 30.

94 1. Bericht des Sonderausschusses Strafrecht, BT-Drucks. V/4094, S. 30 f.

95 1. Bericht des Sonderausschusses Strafrecht, BT-Drucks. V/4094, S. 31.

96 1. Bericht des Sonderausschusses Strafrecht, BT-Drucks. V/4094, S. 31.

97 1. Bericht des Sonderausschusses Strafrecht, BT-Drucks. V/4094, S. 32; vgl. zur Zusammenfassung der Begründung des Sonderausschusses auch Schäfer, „Widernatürliche Unzucht“, S. 207 f.

da sie zu erheblichen Wertungswidersprüchen führte.⁹⁸ Insbesondere wurde nicht einsichtig, weshalb die homosexuelle Begegnung Jugendlicher zwischen 18 und 21 Jahren schlechthin unter Strafe gestellt wurde, fehlte es doch insoweit an dem erkennbaren Übergewicht eines Beteiligten und gehörte doch gerade der über 18-Jährige in anderen Fallgruppen erkennbar nicht zum Täter-, sondern zum geschützten Personenkreis.⁹⁹

Nichtsdestotrotz wurde der gesamte § 175 StGB n. F. im Oktober 1973 vom BVerfG als verfassungskonform bestätigt (dazu näher unten C I 2).¹⁰⁰

c) Die Strafrechtsreform von 1973 – Abschaffung der abgestuften Altersgrenze und Abkehr vom „Sittlichkeitsdelikt“ hin zur „Jugendschutzvorschrift“

Die weitere Entkriminalisierung blieb vier Jahre später dem Vierten Strafrechtsreformgesetz vom 23. November 1973¹⁰¹ vorbehalten, welches mit den Stimmen der Regierungsparteien SPD und FDP gegen die Stimmen von CDU/CSU im Bundestag verabschiedet wurde.¹⁰² § 175 StGB lautete nun folgendermaßen:

„(1) Ein Mann über achtzehn Jahren, der sexuelle Handlungen an einem Mann unter achtzehn Jahren vornimmt oder von einem Mann unter achtzehn Jahren an sich vornehmen lässt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Das Gericht kann von einer Bestrafung nach dieser Vorschrift absehen, wenn

- 1. der Täter zur Zeit der Tat noch nicht einundzwanzig Jahre alt war oder*
- 2. bei Berücksichtigung des Verhaltens desjenigen, gegen den die Tat sich richtet, das Unrecht der Tat gering ist.“*

⁹⁸ Vgl. dazu Schulz, Paragraph 175 (abgewickelt): Homosexualität und Strafrecht im Nachkriegsdeutschland, S. 40 f. m. w. N.

⁹⁹ Vgl. Schäfer, in: Pretzel/Weiß, S. 189 (204 f.), der darauf hinweist, dass die Neufassung aufgrund ihres eigentlichen rechtspolitischen Hintergrunds, nämlich dem Drängen der Bundeswehr, vielfach als „Bundeswehrparagraf“ oder „Lex Bundeswehr“ bezeichnet wurde; so auch Bruns, in: Landesstelle für Gleichbehandlung, S. 26 (32).

¹⁰⁰ BVerfGE 34, 41 ff. Das Gericht bezog sich auf die Begründung seines Urteils aus dem Jahr 1957 und bestätigte erneut die „qualitative Unvergleichbarkeit der männlichen und der weiblichen Homosexualität gerade auch im Hinblick auf die Gefährdung Jugendlicher“.

¹⁰¹ Viertes Gesetz zur Reform des Strafrechts (4. StrRG) vom 23. November 1973 (BGBl. I 1973, S. 1725).

¹⁰² Vgl. Heichel/Rinscheid, in: Moralpolitik in Deutschland, 2015, S. 127 (135).

Zwar hielt der Gesetzgeber ein Festhalten an § 175 aus Gründen des Jugendschutzes weiterhin für erforderlich, da sich nicht ganz ausschließen lasse, dass homosexuelle Erlebnisse bei Jugendlichen unter 18 Jahren prägende Wirkung haben könnten¹⁰³. Jedoch wurde die abgestufte Altersgrenze aufgegeben und das Schutzalter für einvernehmliche sexuellen Handlungen zwischen männlichen Personen einheitlich auf 18 Jahre festgelegt. Der zeitgleich modernisierte, aber sachlich nicht veränderte § 182 StGB beinhaltete für heterosexuelle Handlungen eines Mannes gegenüber einem „Mädchen“ zur selben Zeit eine niedrigere Schutzaltersgrenze, nämlich 16 Jahre. Außerdem wurde § 175 auf eine einzige tatbestandliche Variante zurückgeführt. In formaler Hinsicht ersetzte das Vierte Strafrechtsreformgesetz die moralisch-ethisch belastete Beschreibung der Tathandlung als „Unzucht treiben“ durch den wertneutralen Begriff der „sexuellen Handlung“, womit auch semantisch eine Abkehr vom Sittlichkeitsdelikt zum Jugendschutztatbestand vollzogen wurde.¹⁰⁴ Eine weitere Änderung bestand darin, dass § 175 Abs. 2 StGB um einen fakultativen persönlichen Strafausschließungsgrund ergänzt wurde. Es sollte nicht mehr nur das Alter des Täters (§ 175 Abs. 1 Nr. 1 StGB n. F.), sondern auch das Opferverschulden, also die Bereitschaft des betroffenen Jugendlichen zu der Tat, im Rahmen der Strafzumessung Berücksichtigung finden können (§ 175 Abs. 2 Nr. 2 StGB n. F.). Die vormals als § 175a Nr. 1 StGB strafbewehrte und mit dem Ersten Strafrechtsreformgesetz als geschlechtsneutrale Vorschrift in § 176 Abs. 1 Nr. 1 StGB überführte „Unzuchtsnötigung“ blieb als sexuelle Nötigung nach § 178 Abs. 1 StGB n. F. strafbar.¹⁰⁵

Die Vorschrift des § 175 hatte in der Folge kaum mehr praktische Bedeutung, d. h., die Strafverfolgung ging stark zurück. Zwischen 1969 und 1994 kam es noch zu weiteren 3.500 Verurteilungen, davon in den letzten Jahren zu ca. 100 Verurteilungen pro Jahr.¹⁰⁶ Die strafrechtliche Verfolgung erfuhr gleichzeitig immer mehr öffentliche Kritik, was auch mit den teilweise unwürdigen Verfolgungs- und Überwachungsmaßnah-

103 Vgl. Begründung der Bundesregierung zum Entwurf des Vierten Gesetzes zur Reform des Strafrechts, BT-Drucks. 7/514, S. 6; vgl. dazu *Bruns*, in: Grimm, S. 165 (166).

104 Vgl. *Schäfer*, „Widernatürliche Unzucht“, S. 216 f.; *Hörnle*, in: *Duttge/Engel/Zoll*, S. 69 (70).

105 Zum Ganzen vgl. *Schäfer*, „Widernatürliche Unzucht“, S. 216 f.

106 Vgl. Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes – §§ 175, 182 StGB, BT-Drucks. 12/4584, S. 6. In der Literatur findet sich des Öfteren die Zahl von 3.545 Verurteilungen.

men zusammenhing, denen Homosexuelle ausgesetzt waren.¹⁰⁷ Trotz reger Reformdiskussionen in den 1980er-Jahren¹⁰⁸ und viel beachteter Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) aus den Jahren 1981 und 1988, in denen die Unvereinbarkeit der Strafbarkeit einfacher Homosexualität mit der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) festgestellt worden war (dazu noch C II)¹⁰⁹, kam es bis zum Jahr 1994 jedoch zu keiner weiteren gesetzgeberischen Anpassung.¹¹⁰

d) Die Strafrechtsreform von 1994 – Abschaffung der gesonderten strafrechtlichen Behandlung von Homosexualität

Zu einer Intensivierung der Reformdiskussion¹¹¹ kam es erst wieder nach der Wiedervereinigung, bedingt durch die unterschiedliche Bestrafung gleichgeschlechtlicher Handlungen im Bundes- und im Beitrittsgebiet. § 175 des StGB der Bundesrepublik Deutschland wurde nämlich nicht auf ganz Deutschland ausgedehnt, sondern §§ 149, 150 StGB-DDR blieben vorerst für das Gebiet der neuen Bundesländer weiter in Kraft.¹¹² Infolgedessen waren einvernehmliche sexuelle Handlungen von Männern mit männlichen Jugendlichen über 16 Jahren in Ostberlin straffrei, während sie in Westberlin bestraft wurden.¹¹³ Die innerdeutsche Rechts- einheit wurde schließlich mit dem Neunundzwanzigsten Strafrechts-

107 Die „Hamburger Morgenpost“ veröffentlichte beispielsweise am 4. Juli 1980 einen Artikel mit der Überschrift „Das darf doch wohl nicht sein: Polizisten beobachteten Homosexuelle heimlich auf öffentlichen WCs!“, nachdem öffentlich bekannt geworden war, dass Hamburger Polizisten hinter Einwegspiegeln in öffentlichen Toiletten Homosexuelle überwachten; vgl. dazu *Stümke/Finkler*, Rosa Winkel, Rosa Listen, S. 372 f.

108 Vgl. die Zusammenstellung in der Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes - §§ 175, 182 StGB, BT-Drucks. 12/4584, S. 5.

109 Insbesondere EGMR, Urt. v. 22. Oktober 1981, Dudgeon, EuGRZ 1983, S. 488 ff.; Urt. v. 26. Oktober 1988, Norris, EuGRZ 1992, S. 477 ff., vgl. dazu noch C II.

110 Vgl. *Schäfer*, in: Pretzel/Weiß, S. 189 (206).

111 Als erste Bundestagspartei forderte die FDP in ihrem Wahlprogramm 1980 die Streichung des § 175 StGB. Der erste Antrag auf ersatzlose Streichung des § 175 StGB wurde 1985 von der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen in den Bundestag eingebracht; vgl. *Dworek*, in: FS Bruns, S. 46 (52).

112 Art. 9 Abs. 2 des Einigungsvertrages vom 31. August 1990 in Verbindung mit Anlage II Kapitel III Sachgebiet C Abschnitt 1 Nr. 1 und Art. 1 des Gesetzes vom 23. September 1990, BGBl. II 1990, 885, 1168, gültig ab dem 29. September 1990.

113 Dies wurde vom BGH, Beschl. v. 8. April 1992, NStZ 1992, 383, trotz der dagegen erhobenen verfassungsrechtlichen Bedenken (vgl. LG Essen, NStZ 1992, S. 38) gebilligt, da der Gesetzgeber „innerhalb angemessener Frist Gelegenheit haben“ müsse, die unterschiedlichen Regelungen des § 175 StGB-BRD und des § 149 StGB-DDR einander anzugleichen; vgl. dazu *Bruns*, in: Landesstelle für Gleichbehandlung, S. 26 (34).

änderungsgesetz vom 31. Mai 1994 mit Wirkung zum 11. Juni 1994¹¹⁴ in der Weise wiederhergestellt, dass § 175 StGB sowie der in der DDR gültige § 149 StGB-DDR aufgehoben und durch eine geschlechtsneutrale Jugendschutzvorschrift im neu gefassten § 182 StGB ersetzt wurden.¹¹⁵ Durch das Neunundzwanzigste Strafrechtsänderungsgesetz erhielt § 182 StGB seine bis heute gültige Fassung und die Strafbarkeit einfacher homosexueller Handlungen ihre letzte Modifikation.¹¹⁶ Damit wurde nach 123 Jahren die gesonderte strafrechtliche Behandlung von Homosexualität in Deutschland durch die Aufhebung des § 175 beseitigt.¹¹⁷

3. Zusammenfassung

Mit Blick auf die Strafbarkeit der sog. einfachen Homosexualität ist zu konstatieren, dass ihre Kriminalisierung in der Bundesrepublik (erst) mit Wirkung zum 1. September 1969 aufgehoben wurde. In der DDR waren entsprechende homosexuelle Handlungen mit Wirkung zum 1. Juli 1968 straffrei gestellt worden. Galten in beiden deutschen Staaten im Anschluss an diese gesetzgeberischen Reformen unterschiedliche Schutzaltersgrenzen für homosexuelle und heterosexuelle Handlungen, wurde diese Ungleichbehandlung gegenüber Heterosexuellen durch die Einführung einheitlicher Jugendschutzvorschriften in der DDR mit Wirkung zum 1. Juli 1989, in der Bundesrepublik erst zum 11. Juni 1994 beseitigt.

114 Neunundzwanzigstes Strafrechtsänderungsgesetz – §§ 175, 182 StGB (29. StrÄndG) vom 31. Mai 1994, BGBl. I 1994, Nr. 33, S. 1168–1169; ablehnende Stimmen, beispielsweise des Sachverständigen *Herbert Tröndle*, der kritisierte, dass man die „männliche Jugend den Aktivitäten homosexueller Erwachsener preisgebe“ (Niederschrift über die 9. Sitzung des Ausschusses für Frauen und Jugend am 4. März 1992, FJ 1100-0 – Nr. 10/92, S. 254), konnten sich in den Beratungen hingegen nicht durchsetzen.

115 BGBl. I 1994, S. 1168 (1168); vgl. dazu *Grau*, Lexikon, S. 157.

116 Vgl. *Schäfer*, in: Pretzel/Weiß, S. 189 (207).

117 So *Heichel/Rinscheid*, in: *Moralpolitik in Deutschland*, 2015, S. 127 (137); *Schäfer*, „Widernatürliche Unzucht“ S. 283, weist zutreffend darauf hin, dass neben der weitgehenden Entkriminalisierung männlicher Homosexueller zum ersten Mal weibliche heterosexuelle wie homosexuelle Handlungen durch diese Strafrechtsänderung kriminalisiert wurden, da mit der Neufassung des § 182 StGB sexuelle Handlungen erwachsener Frauen mit unter 16-jährigen Mädchen und Jungen erstmals bundesweit unter Strafe standen.

C. Die Strafbarkeit homosexueller Handlungen im Spiegel der Rechtsprechung

I. Bundesverfassungsgericht

Wie bereits festgestellt, sind die verschiedenen Fassungen des § 175 zunächst durch den BGH, später, in den Jahren 1957 und 1973, durch das BVerfG als verfassungskonform qualifiziert worden. Die betreffenden Entscheidungen werden nun näher beleuchtet.

1. Das Urteil vom 10. Mai 1957

Im Jahr 1957 hat sich das BVerfG erstmals aufgrund der Verfassungsbeschwerden zweier Männer, die aufgrund des § 175 StGB verurteilt worden waren, mit der verfassungsrechtlichen Problematik dieses Straftatbestands zu beschäftigen.¹¹⁸ In dem Verfahren war die Tatsache geltend gemacht worden, dass nur homosexuelle Handlungen von Männern, nicht aber diejenigen lesbischer Frauen strafbar wären, würde gegen den Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) sowie das Gebot der Gleichberechtigung der Geschlechter nach Art. 3 Abs. 2 GG verstoßen. Das BVerfG wandte sich gegen diesen Vorwurf – gestützt auf Sachverständigenutachten – mit einer biologistischen Argumentation: „Der Grundsatz der Gleichberechtigung“ könne „für die gesetzgeberische Behandlung der männlichen und weiblichen Homosexualität keinen Maßstab“ abgeben, denn „auch für das Gebiet der Homosexualität rechtfertigen biologische Verschiedenheiten eine unterschiedliche Behandlung der Geschlechter. [...] Schon die körperliche Bildung der Geschlechtsorgane weist für den Mann auf eine mehr drängende und fordernde, für die Frau auf eine mehr hinnehmende und zur Hinnahme bereite Funktion hin.“ Anders als der Mann würde „die Frau unwillkürlich schon durch ihren Körper daran erinnert, dass das Sexualleben mit Lasten verbunden“ sei, was sich vor allem darin niederschläge, „dass bei der Frau die körperliche Begierde (Sexualtrieb) und zärtliche Empfindungsfähigkeit (Erotik) fast immer miteinander verschmolzen sind, während beim Manne, und zwar gerade beim Homosexuellen, beide Komponenten vielfach getrennt bleiben“. Was nun die Lesben anbeträfe, so weise „der auf Mutterschaft angelegte Organismus der Frau unwillkürlich den Weg

118 BVerfGE 6, 389.

[...], auch dann in einem übertragenen sozialen Sinne fraulich-mütterlich zu wirken, wenn sie biologisch nicht Mutter ist“.¹¹⁹

Das BVerfG verneinte auch einen Verstoß gegen das Grundrecht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG), da homosexuelle Betätigung gegen das Sittengesetz verstoße und nicht eindeutig festgestellt werden könne, dass jedes öffentliche Interesse an ihrer Bestrafung fehle. Zur Begründung führte das BVerfG u. a. aus: „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 öffentlichen 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. Der Beschwerdeführer hält zwar die Verurteilung der Homosexualität durch die Lehren der christlichen Theologie für unbeachtlich: Sie sei aus alttestamentlichen Vorschriften der jüdischen Religion übernommen, die nach der Rückkehr aus der babylonischen Gefangenschaft aus bevölkerungspolitischen Erwägungen als zeitbedingte Notmaßnahme entstanden seien. Ob diese Deutung den geschichtlichen Vorgängen gerecht wird, mag dahinstehen: Nicht darauf kommt es an, aufgrund welcher geschichtlichen Erfahrungen ein sittliches Werturteil sich gebildet hat, sondern nur darauf, ob es allgemein anerkannt wird und als Sittengesetz gilt.“¹²⁰

2. Der Beschluss vom 2. Oktober 1973

Mit dem Beschluss vom 2. Oktober 1973 erklärte das BVerfG den § 175 StGB in der 1969 modifizierten Fassung und damit das Fortbestehen einer Sondervorschrift gegen männliche Homosexualität erneut für verfassungskonform.¹²¹ In seinem Vorlagebeschluss hatte das Jugendschöffengericht des Amtsgerichts Eutin einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG

119 BVerfGE 6, 389 (425 ff.).

120 BVerfGE 6, 389 (434 f.).

121 BVerfGE 36, 41 ff.

einerseits durch die willkürliche Wahl der doppelten Altersgrenze des § 175 Abs. 1 Nr. 1 StGB, andererseits aufgrund des Fehlens einer entsprechenden Strafbestimmung sowohl für heterosexuelle Beziehungen zu über 16-jährigen weiblichen Jugendlichen als auch für geschlechtliche Handlungen unter Frauen erkannt.¹²² Das BVerfG begründete die Verfassungsmäßigkeit des § 175 StGB hingegen vor allem mit einem Hinweis auf die rechtlichen Ausführungen zu Art. 3 Abs. 1 GG in seinem Urteil vom 10. Mai 1957. Dort sei die qualitative Unvergleichbarkeit weiblicher und männlicher Homosexualität einerseits und Homo- und Heterosexualität andererseits eingehend erläutert und von mehreren Gutachtern wissenschaftlich bestätigt worden.¹²³ Die doppelte Altersgrenze sei ebenfalls keineswegs willkürlich, da § 175 Abs. 1 Nr. 1 StGB einen verfassungsrechtlich unbedenklichen, dem Schutz der männlichen Jugendlichen vor Schädigungen ihrer sexuellen Entwicklung dienenden Tatbestand darstelle.¹²⁴

II. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

Der EGMR hatte in den 1950er- und 1960er-Jahren ebenfalls (konkulent) seine Akzeptanz der §§ 175, 175a StGB dadurch zum Ausdruck gebracht, dass er entsprechende Individualbeschwerden als offensichtlich unbegründet zurückgewiesen hatte.¹²⁵ Seit Anfang der 1980er-Jahre entschied er hingegen wiederholt, dass Strafgesetze, die einvernehmliche homosexuelle Handlungen zwischen Erwachsenen für strafbar erklären – in den konkreten Fällen Normen aus dem Vereinigten Königreich, Irland und Zypern –, das in Art. 8 EMRK garantierte Recht auf Achtung des Privatlebens verletzen.¹²⁶ Ferner urteilte der Straßburger Gerichtshof ab 2003 in mehreren die Rechtslage in Österreich betreffenden Entscheidungen, dass Strafgesetze, die für einvernehmliche sexuelle Handlungen von Männern mit Jungen ein höheres Schutzzalter vorsehen als für einvernehmliche sexuelle Handlungen von Männern mit Mädchen, ebenfalls gegen Art. 8 EMRK verstoßen, da jegliche objektive und vernünftige Rechtfertigung für die Aufrechterhaltung eines höheren

122 Vgl. dazu BVerfGE 36, 41 (42 f.).

123 BVerfGE 36, 41 (45).

124 BVerfGE 36, 41 (45 f.); vgl. zum Ganzen Schäfer, „Widernatürliche Unzucht“, S. 231 f.

125 Siehe dazu im Einzelnen Johnson, Homosexuality, S. 19 ff.

126 EGMR, Urt. v. 22. Oktober 1981, Dudgeon vs. Vereinigtes Königreich, EuGRZ 1983, S. 488 ff.; Urt. v. 26. Oktober 1988, Norris vs. Ireland, EuGRZ 1992, S. 477 ff.; Urt. v. 22. April 1993, Modinos vs. Zypern.

Einwilligungsalters für homosexuelle Handlungen fehle.¹²⁷ Dies betraf in der Sache die Bestimmungen der §§ 175 und 175a Nr. 3 und Nr. 4 StGB in der Fassung von 1945 bis 1969, § 175 Nr. 1 und Nr. 3 StGB in der Fassung ab dem 1. September 1969 und § 175 StGB in der Fassung ab dem 27. November 1973 sowie § 151 StGB-DDR.¹²⁸

Jedoch ist ein Verstoß der §§ 175, 175a StGB gegen Art. 8 EMRK gegenüber der Bundesrepublik Deutschland niemals festgestellt worden, weil die maßgebliche Gesetzesreform im damaligen Westdeutschland bereits 1969 stattgefunden hat, während die erste Entscheidung des EGMR erst 15 Jahre später ergangen ist.¹²⁹ So scheidet denn auch eine Wiederaufnahme der damaligen Verfahren aufgrund der (geänderten) Rechtsprechung des EGMR zu Fragen der Strafbarkeit homosexueller Handlungen nach deutschem Strafrecht aus. Der durch das Gesetz zur Reform des strafrechtlichen Wiederaufnahmerechts vom 9. Juli 1998 angefügte § 359 Nr. 6 StPO¹³⁰ lässt zwar eine Wiederaufnahme zu, wenn der EGMR eine Verletzung der EMRK oder ihrer Protokolle festgestellt hat und das Urteil auf dieser Verletzung beruht. Jedoch muss dies im konkreten Fall geschehen sein.¹³¹ Einen weitergehenden Antrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen, der eine Wiederaufnahme des Strafverfahrens ermöglichen sollte, „wenn die Konventionswidrigkeit einer bundesdeutschen Rechtsnorm oder einer deren Regelungsgehalt entsprechenden Rechtsnorm eines anderen Signatarstaates der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten festgestellt wurde“, hat die Mehrheit im Rechtsausschuss des Bundestags bereits im Jahr 1998 mit der Begründung abgelehnt, dass Feststellungen des EGMR nur inter partes Wirkung hätten. Außerdem stehe es einem strafrechtlich Verfolgten nach Aufhebung der bundesdeutschen konventionswidrigen Strafrechtsnorm frei, sich an den EGMR zu wenden.¹³² Eine solche Entscheidung des EGMR können die von §§ 175, 175a StGB Betroffenen heute

127 Urt. v. 9. Januar 2003, L. u. V. vs. Österreich, ÖJZ 2003, S. 394; Urt. v. 9. Januar 2003, S. L. vs. Österreich, ÖJZ 2003, S. 395; Urt. v. 21. Oktober 2004, Woditschka u. Wilfling vs. Österreich, ÖJZ 2005, S. 396; Urt. v. 3. Februar 2005, Ladner vs. Österreich, ÖJZ 2005, S. 725; Urt. v. 26. Mai 2005, Wolfmeyer vs. Österreich; Urt. v. 2. September 2005, H. G. u. G. B. vs. Österreich; Urt. v. 19. Januar 2006, R.H. vs. Österreich.

128 So Bruns, in: Landesstelle für Gleichbehandlung, S. 26 (36).

129 Stellungnahme des Sachverständigen *Löhnig* zu den Anträgen BT-Drucks. 17/10841 u. 17/4042, S. 5.

130 Dies geschah durch das „Gesetz zur Reform des strafrechtlichen Wiederaufnahmerechts vom 9. Juli 1998, BGBl. I, S. 1802.

131 Meyer-Gößner, in: ders./Schmitt, StPO, § 359, Rn. 52.

132 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des strafrechtlichen Wiederaufnahmerechts, BT-Drucks. 13/10333, S. 3 f.

aber schon wegen Ablaufs der sechsmonatigen Ausschlussfrist, die mit der endgültigen innerstaatlichen Entscheidung beginnt (Art. 35 Abs. 1 EMRK), nicht mehr erwirken. Dennoch eingereichte Beschwerden hat der EGMR gemäß Art. 34 Abs. 3 EMRK als unzulässig zurückgewiesen. Aktuell läuft damit der Wiederaufnahmetatbestand des § 359 Nr. 6 StPO für Strafverfolgungen nach §§ 175, 175a StGB insgesamt leer.¹³³

III. Menschenrechtsausschuss der Vereinten Nationen

1994 entschied der UN-Menschenrechtsausschuss, dass das australische Totalverbot homosexueller Beziehungen den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19. Dezember 1966 verletzt. Er sah dabei nicht nur das Recht auf Privatleben (Art. 17), sondern auch das Recht auf Gleichbehandlung (Art. 26) verletzt, da eine Ungleichbehandlung aufgrund der sexuellen Orientierung immer auch eine Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts darstelle.¹³⁴

D. Bisherige Ansätze einer Rehabilitierungs-gesetzgebung

Der Deutsche Bundestag hat sich in den letzten beiden Jahrzehnten mehrfach mit der Rehabilitierung und Entschädigung der wegen einverständlicher homosexueller Handlungen verurteilten Männer beschäftigt. Dabei sind im Folgenden zunächst (I) die Rehabilitierungsversuche mit Blick auf Verurteilungen während des Dritten Reichs zu beleuchten, die zwar nicht im Zentrum des vorliegenden Gutachtens stehen, aber als Anschauungsmaterial für die hier interessierende Frage von großem Wert sind. In einem zweiten Schritt werden sodann (II) die Initiativen in Bundestag und Bundesrat hinsichtlich einer Rehabilitierung der nach 1945 verurteilten homosexuellen Männer präsentiert.

133 So die Stellungnahme des Sachverständigen *Löhnig* zu den Anträgen BT-Drucks. 17/10841 u. 17/4042, S. 5.; vgl. *Wasmuth*, in: FS Rehbinder, S. 777 (786 f.).

134 *Toonen vs. Commonwealth of Australia*, CCPR/C50/D/488/1992, views of 31.03.1994; vgl. dazu *Graupner*, in: Hey/Pallier/Roth, S. 198 (212).

I. Rehabilitierung der im Dritten Reich wegen einvernehmlicher homosexueller Handlungen verurteilten Männer

1. Die Diskussion über eine Wiedergutmachung in der „alten“ Bundesrepublik

Eine Wiedergutmachung für während der nationalsozialistischen Herrschaft verfolgten homosexuellen Männer wurde in der Bundesrepublik lange Zeit abgelehnt.¹³⁵ Das Schrifttum zum Bundesentschädigungsgesetz begründete diese Handhabung mit der Erwägung, die Verfolgung habe lediglich Zweckmäßigkeitserwägungen¹³⁶ oder Sicherheitsgründen¹³⁷ gedient und habe nichts mit einer echten politischen Gegnerschaft zu tun gehabt¹³⁸. Dementsprechend ging auch ein Bericht der Bundesregierung zur Wiedergutmachung von NS-Unrecht¹³⁹ davon aus, dass die „Bestrafung homosexueller Betätigung in einem nach den strafrechtlichen Vorschriften durchgeführten Strafverfahren [...] weder NS-Unrecht noch rechtsstaatwidrig“ gewesen sei. Diese Strafen könnten daher nicht als Freiheitsentziehung entschädigt werden.¹⁴⁰

2. Die Rehabilitierung der während des Dritten Reichs verurteilten Homosexuellen durch das NS-Aufhebungsgesetz

Nach dem Zweiten Weltkrieg waren in den Ländern der westlichen¹⁴¹ Besatzungszonen Gesetze erlassen worden, die die Rehabilitierung von NS-Opfern durch Wiederaufnahmeverfahren anstrebten und die in der Bundesrepublik als partielles Bundesrecht fort dauerten. Jedoch waren die einschlägigen Landesgesetze und ihre Inanspruchnahme durch die damals Verurteilten aus verschiedenen Gründen¹⁴² sehr unterschiedlich, sodass eine Vielzahl von Opfern der nationalsozialistischen Strafver-

135 Vgl. dazu den Überblick bei *Stümke*, in: Jellonek/Lautmann, S. 329 ff.

136 So *Ehring*, in: Blessin/Ehring/Wilden, Bundesentschädigungsgesetz, § 1 Rn. 12.

137 So *Gießler*, in: Schwarz/Bundesministerium der Finanzen, Das Bundesentschädigungsgesetz, Erster Teil, S. 13 f.

138 Siehe *Pretzel*, Strafrechtliche Rehabilitierungsansprüche, in: ders., S. 83 (95 ff.).

139 BT-Drucks. 19/6287, S. 40.

140 Vgl. zum Ganzen *Wasmuth*, in: FS Manfred Reh binder, S. 777 (783 f.).

141 In der sowjetischen Besatzungszone erklärte der Oberste Chef der Militäradministration im Jahr 1946 die NS-Urteile sogar für nichtig.

142 Das Antragsverfahren, die teilweise fehlende Kenntnis der Opfer von der Antragsmöglichkeit, insbesondere der nunmehr im Ausland wohnenden Personen, sowie die oft vergebliche Suche nach zerstörten Akten waren nur einige dieser Gründe; vgl. dazu *Rudolph*, NJW 1999, S. 102 (103).

folgung nicht rehabilitiert wurde. Angesichts dieses unzulänglichen Erfolgs der Versuche, die Opfer der NS-Strafjustiz in Einzelverfahren wirksam zu rehabilitieren, entschloss sich der Gesetzgeber im Jahr 1998 dazu, mit dem Gesetz zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile in der Strafrechtspflege (NS-AufhG) vom 26. August 1998¹⁴³ alle nicht eindeutig bereits aufgehobenen NS-Unrechtsurteile der Strafjustiz ohne Einzelfallprüfung durch Bundesgesetz aufzuheben.

Im Einzelnen bestimmte das Gesetz in seinem § 1, dass 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, rassischen, religiösen oder weltanschaulichen Gründen ergangen sind, aufgehoben und die den Entscheidungen zugrunde liegenden Verfahren eingestellt werden. Als entsprechende Entscheidungen galten insbesondere solche des Volksgerichtshofs, Entscheidungen der aufgrund der Verordnung über die Einrichtung von Standgerichten vom 15. Februar 1945¹⁴⁴ gebildeten Standgerichte und Entscheidungen, die auf den in der Anlage genannten gesetzlichen Vorschriften beruhten (§ 2). Unter Nr. 26 der Anlage waren allerdings die §§ 175, 175a RStGB nicht aufgeführt. Dieser Zustand wurde durch das „Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile in der Strafrechtspflege“ geändert, welches am 17. Mai 2002 gegen die Stimmen von CDU/CSU und FDP verabschiedet und am 23. Juli 2002 im Bundesgesetzblatt verkündet wurde.¹⁴⁵ In Nr. 26 der Anlage wurden zusätzlich § 175 und § 175a Nr. 4 RStGB eingefügt. Diese gesetzgeberische Ergänzung hatte zur Folge, dass nunmehr alle auf Grundlage dieser Vorschriften während der nationalsozialistischen Zeit ergangenen Urteile aufgehoben sind.

Zum 1. September 2004 erfolgte schließlich eine Änderung der Richtlinien der Bundesregierung über Härteleistungen an Opfer von nationalsozialistischen Unrechtsmaßnahmen im Rahmen des Allgemeinen Kriegsfolgengesetzes (AKG) vom 7. März 1988. Durch die Neufassung wurde erstmals auch Opfern der §§ 175 und 175a Nr. 4 RStGB aus der NS-Zeit ein Anspruch auf Entschädigung eröffnet. Zuvor war nur

143 Gesetz zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile in der Strafrechtspflege und von Sterilisationsentscheidungen der ehemaligen Erbgesundheitsgerichte, BGBl. I, S. 2501.

144 RGBl. I, S. 30.

145 BGBl. I, S. 2714.

KZ-Haft entschädigungsfähig, nicht aber Strafhaft nach den §§ 175 und 175a RStGB.¹⁴⁶

II. Initiativen zur Aufhebung der nach 1945 erfolgten Verurteilungen

1. 1995 (13. Wahlperiode des Deutschen Bundestags)

Im Jahr 1995, kurz nach der Streichung des § 175 im Strafgesetzbuch, begannen die ersten parlamentarischen Überlegungen hinsichtlich einer Rehabilitierung der nach 1945 aufgrund § 175 und § 175a StGB Verurteilten. Die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen stellte eine Kleine Anfrage, die mit Blick auf eine Verpflichtung der Bundesregierung zu einer Rehabilitierung der Verurteilten damit beantwortet wurde, dass sich eine solche weder (unmittelbar) aus der EMRK noch aus der Rechtsprechung des EGMR ergebe.¹⁴⁷

2. 2000 (14. Wahlperiode des Deutschen Bundestags)

Am 27. Januar 2000 brachte die Fraktion der PDS im Deutschen Bundestag einen Antrag ein, wonach der Bundestag zum einen sein Bedauern über die strafrechtliche Verfolgung Homosexueller in der Bundesrepublik und der DDR zum Ausdruck bringen und zum anderen die Bundesregierung zur Vorlage eines Gesetzesentwurfs auffordern sollte, damit sichergestellt werde, dass noch im Bundeszentralregister eingetragene Vorstrafen wegen einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen Erwachsenen getilgt werden und den wegen dieser Handlungen Verurteilten eine einmalige Entschädigung gezahlt wird.¹⁴⁸ Dieser Antrag wurde am 24. März 2000 zusammen mit einem thematisch ähnlichen Antrag der damaligen Regierungsfractionen der SPD und von Bündnis 90/Die Grünen vom 21. März 2000¹⁴⁹ in erster Lesung im Deutschen Bundestag beraten. SPD und Grüne hatten den Rehabilitations- und Entschädigungsbestandteil des Antrags der PDS nicht übernommen, sich aber den Aspekt des Bedauerns zu eigen gemacht. Sie beantragten nunmehr eine Entschuldigung des Deutschen Bundestags „für die bis 1969 andauernde

¹⁴⁶ Vgl. Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, Rehabilitierung und Entschädigung der nach 1945 in Deutschland wegen homosexueller Handlungen Verurteilten – BT-Drucks. 16/11440 v. 17. Dezember 2008 bzw. 17/4042, S. 4.

¹⁴⁷ BT-Drucks. 13/2101.

¹⁴⁸ BT-Drucks. 14/2620.

¹⁴⁹ BT-Drucks. 14/2984 (neu).

strafrechtliche Verfolgung homosexueller Bürger, die durch die drohende Strafverfolgung in ihrer Menschenwürde, in ihren Entfaltungsmöglichkeiten und in ihrer Lebensqualität empfindlich beeinträchtigt wurden“. Nach anfänglichen Vorbehalten in der Union¹⁵⁰ entschied man sich fraktionsübergreifend, eine Entschuldigung vorzunehmen und den Antrag der PDS für erledigt zu erklären.¹⁵¹ So verabschiedete der Deutsche Bundestag am 7. Juli 2000 einstimmig folgende Resolution¹⁵²:

„Der Deutsche Bundestag bedauert, dass die in der NS-Zeit verschärfte Fassung des § 175 im Strafrecht der Bundesrepublik Deutschland bis 1969 unverändert in Kraft blieb. In beiden Teilen Deutschlands wurde eine Auseinandersetzung mit dem Verfolgungsschicksal der Homosexuellen verweigert. Das gilt auch für die DDR, auch wenn dort die in der NS-Zeit vorgenommene Verschärfung des § 175 bereits 1950 zurückgenommen wurde. Unter Hinweis auf die historischen Bewertungen zum § 175 StGB, die in der Plenardebatte anlässlich seiner endgültigen Streichung aus dem Strafgesetzbuch im Jahre 1994 abgegeben wurden, bekennt der Deutsche Bundestag, dass durch die nach 1945 weiter bestehende Strafandrohung homosexuelle Bürger in ihrer Menschenwürde verletzt worden sind.“

Obleich der Deutsche Bundestag in seinem einstimmig gefassten Beschluss davon ausging, dass die bis 1994 gegenüber homosexuellen Männern bestehenden Strafdrohungen deren Menschenwürde verletzt haben, sah er dennoch davon ab, eine gesetzliche Rehabilitierung der Verfolgten wegen der Verfolgungsakte durch die bundesdeutsche Strafjustiz vorzunehmen. Die Beweggründe für diese Entscheidung sind in der Rede des Abgeordneten *Gehb* (CDU/CSU) zusammengefasst.¹⁵³ Danach solle nicht der Stab über die Vorgänger im demokratischen

150 Der Abgeordnete *Gehb* (CDU/CSU) führte in der ersten Lesung aus (BT-Plenarprotokoll 14/96 v. 24. März 2000, S. 8965D-8966A): „Aber wenn wir uns für alles, was der Gesetzgeber bei retrospektiver Betrachtungsweise als Unrecht erkennt und aufhebt, gleichzeitig immer wieder bedauern und entschuldigen wollen, dann erinnert mich das ein bisschen – ich muss es sagen, meine Damen und Herren – an Koketterie. Die Aufhebung des Gesetzes und die Streichung sind doch sicherlich nicht unter ausdrücklicher Zurückstellung des Bedauerns oder der Entschuldigung geschehen. Deswegen muss ich Ihnen ehrlich sagen: Ich könnte damit leben, wenn sich der Deutsche Bundestag nicht wieder einmal ausdrücklich dafür entschuldigt; denn es gibt auch viele andere Verurteilungen, die auf Strafnormen fußen, die im Laufe von Strafrechtsreformen weggefallen sind.“

151 Siehe BT-Drucks. 14/4894 v. 6. Dezember 2000, S. 6.

152 BT-Plenarprotokoll 14/140 v. 7. Dezember 2000, TOP 10, S. 1378D bis 13775B i. V. m. der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses BT-Drucks. 14/4894, Buchstabe a, S. 4.

153 Rede in der Bundestagssitzung vom 7. Dezember 2000, BT-Plenarprotokoll, 14. Wahlperiode, 140. Sitzungstag, S. 13740 ff.

Deutschland gebrochen werden. Die strafrechtliche Verfolgung sei seinerzeit Ausdruck einer weithin bestehenden Überzeugung gewesen. Dies habe über die Parteigrenzen hinweg gegolten. Es sei der demokratische Gang der Dinge, dass Gesetze geändert und abgeschafft werden, wenn sich Auffassungen wandeln und es eine ausreichende politische Mehrheit hierfür gebe. Daneben sei Respekt des Deutschen Bundestages vor dem BVerfG und seiner nach § 31 BVerfGG mit Bindungswirkung ausgestattete Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit der §§ 175, 175a StGB einzufordern. Im europäischen Vergleich stehe die Bundesrepublik mit der strafrechtlichen Verfolgung Homosexueller ebenfalls nicht allein da. Staaten wie das Vereinigte Königreich und Irland hätten erst durch den EGMR zur Rücknahme ihrer Strafdrohungen bewegt werden müssen. Ohnehin sei nicht absehbar, wie der EGMR in den 1950er- und 1960er-Jahren entschieden hätte. Die Ungleichbehandlung der strafrechtlichen Verfolgung vor und nach dem 8. Mai 1945 hat der Abgeordnete *van Essen* (FDP)¹⁵⁴ schließlich mit der Überlegung begründet, mit der Rehabilitierung der Verurteilungen nach §§ 175, 175a StGB im Nachkriegsdeutschland werde keine wirkliche Gerechtigkeit geschaffen, weil es nach 1945 zahlreiche Felder gebe, in denen die Strafjustiz ohne hinreichende Distanz zur NS-Herrschaft Unrechtsurteile gefällt habe.¹⁵⁵

3. 2008–2009 (16. Wahlperiode des Deutschen Bundestags)

In der 16. Wahlperiode kam es zu zwei Anträgen der Oppositionsfraktionen¹⁵⁶ auf Rehabilitierung und Entschädigung der in der Bundesrepublik und der DDR Verurteilten. Beide Anträge zielten darauf ab, die Bundesregierung aufzufordern, einen entsprechenden Gesetzesentwurf vorzulegen. Während der Antrag der Fraktion DIE LINKE auf Verurteilungen abstellte, die in der Bundesrepublik auf Grundlage des § 175 StGB in der Fassung vom 28. August 1935 bzw. in der DDR zwischen 1950 und 1968 auf der Basis von § 175 StGB-DDR ergangen sind, betraf der Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen solche Personen, „die nach 1945 in Deutschland aufgrund einer Strafbestimmung gegen homose-

¹⁵⁴ Rede in der Bundestagssitzung vom 7. Dezember 2000, BT-Plenarprotokoll, 14. Wahlperiode, 140. Sitzungstag, S. 13743 ff.

¹⁵⁵ So die Zusammenfassung bei *Wasmuth*, in: FS Reh binder, S. 777 (788).

¹⁵⁶ Fraktion DIE LINKE, Rehabilitierung für die Verfolgung und Unterdrückung einvernehmlicher gleichgeschlechtlicher Handlungen in der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik und Entschädigung der Verurteilten – BT-Drucks. 16/10944 v. 13. November 2008 sowie Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, Rehabilitierung und Entschädigung der nach 1945 in Deutschland wegen homosexueller Handlungen Verurteilten – BT-Drucks. 16/11440 v. 17. Dezember 2008 bzw. 17/4042.

xuelle Handlungen verurteilt wurden, die nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte als menschenrechtswidrig anzusehen sind“. Darunter sollten nach dem Antrag „neben den Urteilen, die in der Bundesrepublik Deutschland bis 1969 und der DDR bis 1968 aufgrund der §§ 175 und 175a Nr. 4 StGB [...] ergangen sind, auch Urteile nach § 175 StGB und § 151 StGB der DDR, die aufgrund diskriminierender Altersgrenzen ergangen sind“, fallen. Nach dem Antrag von Bündnis 90/Die Grünen sollte die Entschädigung mindestens den Umfang haben, wie er im Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen (StrEG) für Schäden durch eine ungerechtfertigte strafgerichtliche Verurteilung vorgesehen ist.“

Beide Anträge wurden am 6. Mai 2009 von den Fraktionen der CDU, SPD und der FDP auf Empfehlung des Rechtsausschusses abgelehnt.¹⁵⁷ Gesetze, die rückwirkend in die Rechtskraft von Gerichtsentscheidungen eingriffen, verletzen den Grundsatz der Gewaltenteilung.¹⁵⁸ Eine Aufhebung sei auch rechtspolitisch höchst bedenklich. Bezugnehmend auf das NS-AufhG betonten die Gegner einer Rehabilitierung, dass es ein fundamentaler Unterschied sei, ob man über die Aufhebung von Urteilen, die von unabhängigen Gerichten in einem demokratischen Rechtsstaat gefällt worden sind, oder über die Aufhebung von Urteilen, die während eines Unrechtsregimes ergangen sind, spreche. Würde man den Anträgen Folge leisten, müsse man auch alle anderen Gerichtsurteile, die auf materiellem Recht beruhen, das inzwischen aufgehoben worden ist, aufheben.¹⁵⁹

4. 2010–2013 (17. Wahlperiode des Deutschen Bundestags)

In der 17. Wahlperiode des Bundestags beantragte die Bundestagsfraktion von Bündnis 90/Die Grünen erneut die Rehabilitierung und Entschädigung der verurteilten Homosexuellen.¹⁶⁰ In der 1. Lesung am 12. Mai 2011, in der die Überweisung an den Rechtsausschuss beschlossen wurde, wurden die bekannten Argumente ausgetauscht, wobei die verfassungsrechtliche Argumentation der Gegner einer Rehabilitierung

¹⁵⁷ BT-Plenarprotokoll 16/219 v. 6. Mai 2009, S. 23916D-23917D.

¹⁵⁸ Vgl. *Dressel* (SPD), BT-Plenarprotokoll 16/199 v. 21. Januar 2009, S. 21535B.

¹⁵⁹ Vgl. *Gehb* (CDU/CSU), BT-Plenarprotokoll 16/219 v. 6. Mai 2009, S. 23959B; *Dressel* (SPD), BT-Plenarprotokoll 16/219 v. 6. Mai 2009, S. 23960C; *van Essen* (FDP), BT-Plenarprotokoll 16/219 v. 6. Mai 2009, S. 23961A-C.

¹⁶⁰ Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, Rehabilitierung und Entschädigung der nach 1945 in Deutschland wegen homosexueller Handlungen Verurteilten – BT-Drucks. 17/4042 v. 1. Dezember 2010, S. 4 f.

bedeutungsschwerer wurde.¹⁶¹ Nachdem der Antrag im Rechtsausschuss immer wieder vertagt worden war, folgte am 26. September 2012 ein weiterer Antrag im Deutschen Bundestag – dieses Mal von der Fraktion der Partei DIE LINKE –, der erneut die „Rehabilitierung und Entschädigung der verfolgten Lesben und Schwulen in beiden deutschen Staaten“ forderte.¹⁶² Am 7. November 2012 schloss sich schließlich ein zweiter Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen an, der die Rehabilitierung zum Inhalt hatte.¹⁶³ Dieser wurde am 18. Oktober 2012 vom Bundestag beraten und ebenfalls an den Rechtsausschuss überwiesen. Der Rechtsausschuss wiederum beriet vorstehende Drucksachen in seiner 98. Sitzung am 24. Oktober 2012 sowie in seiner 112. Sitzung am 16. Januar 2013 und beschloss eine öffentliche Anhörung durchzuführen, die schließlich in seiner 132. Sitzung am 15. Mai 2013 stattfand. In der Anhörung sprachen sich die Rechtswissenschaftler *Prof. Dr. Klaus F. Gärditz* (Universität Bonn) und *Prof. Dr. Kyrill-Alexander Schwarz* (Universität Würzburg) sowie der Notar *Prof. Dr. Dr. Grziwotz* (Regensburg) gegen eine legislative Aufhebung der Urteile, der Bundesanwalt a. D. *Manfred Bruns* (Karlsruhe), der Historiker i. R. *Dr. Günther Grau* (Berlin), der Verwaltungsrichter *Ulrich Keßler* (Berlin) sowie der emeritierte Soziologieprofessor *Prof. Dr. Dr. Lautmann* für eine sog. Generalkassation, d. h. für eine Aufhebung der Urteile unmittelbar durch Gesetz aus.¹⁶⁴ Nachdem der Rechtsausschuss in seiner 135. Sitzung am 5. Juni 2013, in seiner 139. Sitzung am 12. Juni 2013 und in seiner 142. Sitzung am 26. Juni 2013 die Beratung der Vorlagen auf Drucksache 17/10841 und auf Drucksache 17/4042 jeweils mit den Stimmen der Fraktionen der CDU/CSU und FDP gegen die Stimmen der Fraktionen SPD, DIE LINKE und Bündnis 90/Die Grünen vertagt hatte, verlangten die Fraktionen DIE LINKE und Bündnis 90/Die Grünen zulässigerweise gemäß § 62 Abs. 2 der Geschäftsordnung

161 Der Abgeordnete *Heveling* (CDU/CSU), BT-Plenarprotokoll 17/108 v. 12. Mai 2011, S. 12459C-D führte etwa aus: „Im Kern kann man also sagen: Sie fordern die Aufhebung unseres im Grundgesetz normierten Gewaltenteilungsprinzips, namentlich die Verpflichtung, die Staatsakte der jeweils anderen Staatsgewalten als rechtmäßig anzuerkennen. Damit nehmen Sie eine folgenschwere Absage an unsere Rechtssicherheit in Kauf. [...] Natürlich erscheint es aus heutiger Sicht unvereinbar mit dem Grundgesetz, einvernehmliche gleichgeschlechtliche Handlungen unter Strafe zu stellen. Und selbstverständlich muss unsere Rechtsordnung unserer gesellschaftlichen Weiterentwicklung Rechnung tragen. Die Veränderungen können und dürfen aber auf keinen Fall dazu führen, Entscheidungen des demokratischen Rechtsstaates und seiner Gerichte pauschal als Unrecht zu bewerten. Damit würde unserer rechtsstaatlichen Ordnung jegliche Berechtigungsgrundlage entzogen.“

162 BT-Drucks. 17/10841.

163 BT-Drucks. 17/11379.

164 Vgl. die Stellungnahmen der Sachverständigen zu den Anträgen BT-Drucks. 17/10841 u. 17/4042 sowie das Protokoll der 132. Sitzung des Rechtsausschusses am 15. Mai 2013.

des Deutschen Bundestages einen Bericht des Rechtsausschusses über den Stand der Beratungen, der am 26. Juni 2013 vom Vorsitzenden des Rechtsausschusses erstattet wurde.¹⁶⁵ In den Beratungen über den Bericht stellte der Abgeordnete *Ansgar Heveling* als Vertreter der Fraktion von CDU/CSU fest, dass die Sachverständigenanhörung „kein einheitliches Bild“ ergeben und bislang „nicht den Schlüssel zur Klärung der schwierigen Abwägungsfrage“ geboten habe, ob die Korrektur von heute nicht mehr rechtmäßig anzusehenden Urteilen kraft Gesetzes die Infragestellung der Unabhängigkeit der Justiz durch legislative Eingriffe rechtfertige. Es habe bislang kein Abschluss der Meinungsbildung erfolgen können.¹⁶⁶

Parallel zum Vorgehen im Bundestag beantragte das Land Berlin am 27. April 2012 im Bundesrat eine „Entschließung des Bundesrats für Maßnahmen zur Rehabilitierung und Unterstützung der nach 1945 in beiden deutschen Staaten wegen einvernehmlicher homosexueller Handlungen Verurteilten“¹⁶⁷. Diese Vorlage, der das Land Hamburg zwischenzeitlich beigetreten war, wurde am 11. Mai 2012 dem Rechtsausschuss zugewiesen.¹⁶⁸ Nachdem dem Antrag, der im Einzelnen die Aufforderung der Bundesregierung beinhaltete, Maßnahmen zur Rehabilitierung und Unterstützung vorzuschlagen, zusätzlich die Länder Nordrhein-Westfalen und Brandenburg beigetreten waren, wurde diese Entschließung per Beschluss mit einer Mehrheit der Mitglieder des Bundesrats am 12. Oktober 2012 gefasst.¹⁶⁹ Jedoch wurde für die Bundesländer Saarland, Hessen, Niedersachsen und Rheinland-Pfalz von der Ministerpräsidentin des Saarlandes, *Kramp-Karrenbauer* (CDU), sowie vom hessischen Staatsminister *Hahn* (CDU) zu Protokoll erklärt, dass eine gesetzliche Aufhebung von im zeitlichen Geltungsbereich des Grundgesetzes ergangenen Urteilen abgelehnt werde, da eine solche gegen „verfassungsrechtlich verankerte Prinzipien der Gewaltenteilung der Rechtssicherheit und der Unabhängigkeit der Rechtsprechung“ verstoße.¹⁷⁰

165 Vgl. den Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) gemäß § 62 Absatz 2 der Geschäftsordnung, BT-Drucks. 17/14196 v. 26. Juni 2013.

166 *Heveling* (CDU/CSU), BT-Plenarprotokoll 17/250 v. 27. Juni 2013, S. 32289B-C.

167 BR-Drucks. 241/12 v. 27. April 2012.

168 BR-Plenarprotokoll der 896. Sitzung v. 11. Mai 2012, S. 224B.

169 BR-Drucks. 241/12 (Beschluss) v. 12. Oktober 2012; BR-Plenarprotokoll der 896. Sitzung v. 12. Oktober 2012, S. 445C.

170 BR-Plenarprotokoll der 896. Sitzung v. 12. Oktober 2012, S. 461B-462C.

Nachdem sich der Bundestag aufgrund der Bundestagswahl im Herbst 2013 auflöste, bis dahin dort noch keine Beschlussfassung stattgefunden hatte und sich in der Folge ein neuer Bundestag konstituierte, erledigten sich die Anträge im Bundestag nach dem Grundsatz der sachlichen Diskontinuität.

5. 2015 (18. Wahlperiode des Deutschen Bundestags)

Nachdem die Rehabilitierungsfrage im Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD nicht angesprochen worden ist, erfolgten zu Beginn der Legislaturperiode zunächst keine parlamentarischen Verstöße. Auf eine Kleine Anfrage der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen zur aktuellen Position der Bundesregierung zur Rehabilitierung der Opfer des § 175 StGB und § 151 DDR-StGB antwortete die Bundesregierung:

„Die Bundesregierung teilt ausdrücklich die Einschätzung des Deutschen Bundestages aus dem Jahr 2000, dass durch die nach 1945 weiter bestehende Strafandrohung homosexuelle Bürger in ihrer Menschenwürde verletzt worden sind. [...]

Ob eine rückwirkende Aufhebung von nachkonstitutionellen Strafurteilen verfassungsrechtlich zulässig wäre, ist – wie auch die Öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages im Mai 2013 zeigte – äußerst umstritten. Die mit Blick auf die Verfassungsprinzipien der Gewaltenteilung und der Rechtsstaatlichkeit geäußerten Bedenken sind erheblich. Vor diesem Hintergrund und auch im Lichte des Umstandes, dass mit einer solchen gesetzlichen Maßnahme zum ersten Mal derart in die nachkonstitutionelle Rechtsprechung eingegriffen würde, kann die Frage nur nach sorgfältiger Abwägung entschieden werden. Die hierzu erforderlichen Prüfungen dauern an. Es ist noch nicht absehbar, wann und mit welchem Ergebnis sie abgeschlossen werden können.“¹⁷¹

Am 28. April 2015 beantragte das Land Berlin im Bundesrat erneut eine Entschließung des Bundesrats für Maßnahmen zur Rehabilitierung der nach 1945 in beiden deutschen Staaten gemäß §§ 175, 175a Nr. 3 und Nr. 4 des Strafgesetzbuches und gemäß § 151 des Strafgesetzbuches der DDR verurteilten Männer.¹⁷² Ferner fasste die Frühjahrskonferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder am 17./18. Juni

171 Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, Sachstand bei Gleichstellung und Antidiskriminierungspolitik – BT-Drucks. 18/3778 v. 20. Januar 2015, S. 3.

172 BR-Drucks. 189/15.

2015¹⁷³ einen Beschluss, in dem zum einen festgestellt wurde, dass Verbote einvernehmlicher gleichgeschlechtlicher Handlungen unter Erwachsenen und insbesondere ihre strafrechtliche Verfolgung auch nach 1945 die betroffenen Menschen in ihrer Menschenwürde verletzt haben¹⁷⁴. Zum anderen wurde festgestellt, dass die Justizministerinnen und Justizminister es für erforderlich halten, dass die Betroffenen rehabilitiert und entschädigt werden, wozu es einer zeitnahen bundesgesetzlichen Regelung bedürfe.

In seiner 935. Sitzung am 10. Juli 2015 fasste der Bundesrat daraufhin mit Mehrheit eine entsprechende EntschlieÙung.¹⁷⁵ Darin wurde erneut betont, dass die mit den Verurteilungen verbundenen Eingriffe die durch Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Menschenwürde verletzen (S. 1). Sodann werden die Rehabilitierung der Verurteilten gefordert und diesbezüglich zwei Alternativen aufgezeigt. Vorrangig komme die Aufhebung der einschlägigen Strafurteile durch eine gesetzliche Regelung in Betracht (S. 3). Nachrangig wird empfohlen, eine gesetzliche Regelung zu schaffen, nach der ein Wiederaufnahmegrund auf Antrag oder von Amts wegen für die den Verurteilungen zugrunde liegenden Strafverfahren geschaffen wird (S. 4). Ferner solle bei den aufgezeigten Ansätzen der Rehabilitierung zugleich die Beseitigung strafrechtlicher Konsequenzen der früheren Verurteilungen in die gesetzliche Regelung einbezogen werden, indem etwa die Verurteilungen aus dem Bundeszentralregister gelöscht werden. Außerdem solle eine Entschädigungsleistung vorgesehen werden, die sich in ihrer Höhe an dem Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen orientieren könne (S. 5).

Aus dem Protokoll der Bundesratssitzung ist ersichtlich, dass sich der Freistaat Bayern aufgrund verfassungsrechtlicher Bedenken gegen eine Generalkassation und aus vornehmlich praktischen Gründen gegen die

173 Berichterstattende Länder waren Niedersachsen, Brandenburg, Saarland, Nordrhein-Westfalen, Hamburg, Schleswig-Holstein, Sachsen-Anhalt, Thüringen, Baden-Württemberg, Bremen und Hessen.

174 Kurz darauf, am 30. Juni 2015, wurde diese Forderung auch von der hessischen Justizministerin *Kühne-Hörmann* (CDU) und dem Vorsitzenden der hessischen Grünen *Klose* in einem Gastbeitrag in der „Frankfurter Rundschau“ artikuliert; siehe *Kühne-Hörmann/Klose*, Verurteilte Homosexuelle rehabilitieren, FR v. 30. Juni 2015, abrufbar unter: <http://www.fr-online.de/gastbeitraege/gastbeitrag-verurteilte-homosexuelle-rehabilitieren,29976308,31078626.html>.

175 BR-Drucks. 189/15 v. 10. Juli 2015, EntschlieÙung des Bundesrates für Maßnahmen zur Rehabilitierung und Entschädigung der nach 1945 und in beiden deutschen Staaten gemäß §§ 175, 175a Nummer 3 und 4 des Strafgesetzbuches und gemäß § 151 des Strafgesetzbuches der Deutschen Demokratischen Republik verurteilten Männer.

Schaffung eines Wiederaufnahmegrundes gewandt hat.¹⁷⁶ Ebenfalls verfassungsrechtliche Bedenken gegenüber einer legislativen Aufhebung der Urteile äußerte das Saarland.¹⁷⁷

6. Zusammenfassung

Bundestag (2000) und Bundesrat (2015) sehen durch die zwischen 1945 und 1969 fortbestehende Strafandrohung gegenüber der sog. einfachen Homosexualität die Menschenwürde der Betroffenen verletzt. Während der Bundestag sich bislang darauf beschränkt hat, sein „Bedauern“ auszusprechen, fordert der Bundesrat gesetzliche Regelungen, die „vorrangig“ die Aufhebung der einschlägigen Strafurteile zum Inhalt haben sollen. Auch die „Frage nach der Entschädigung (sei) in den Blick zu nehmen“. Die Bundesregierung (2015) geht von einer Verletzung der Menschenwürde aus, hält aber noch weitere Prüfungen für erforderlich.

¹⁷⁶ *Bausback*, BR-Plenarprotokoll der 935. Sitzung v. 10. Juli 2015, S. 282D-283D.

¹⁷⁷ *Bouillon*, BR-Plenarprotokoll der 935. Sitzung v. 10. Juli 2015, S. 283D-284A.

Teil 2: Rechtliche Rehabilitierungsoptionen und verfassungsrechtliche Legitimation

A. Konzentration auf den Umgang mit der sog. einfachen Homosexualität

I. Bundesrepublik und DDR

Die nachfolgende Untersuchung konzentriert sich auf die Strafbarkeit der sog. einfachen Homosexualität im Zeitraum zwischen dem Inkrafttreten des Grundgesetzes am 24. Mai 1949 und dem Außerkrafttreten der damaligen Fassungen des § 175 StGB am 31. August 1969 bzw. der Streichung des § 175 StGB-DDR am 30. Juni 1968. Wenngleich im Hinblick auf die Anknüpfung an den in der NS-Zeit bestehenden Zustand ebenso wie Ausmaß und Vehemenz der Verfolgung in der DDR weniger ausgeprägt waren als im damaligen Westdeutschland (vgl. Teil 1 B III 1), sollte m. E. innerhalb des Zeitraums zwischen 1949 und 1969 keine Differenzierung erfolgen, da sie dem Geist einer nunmehr gemeinsamen Rechtsordnung widersprechen würde.¹⁷⁸ Infolge des Umstandes eines mit dem Ende der DDR eingetretenen Systemumbruchs ist überdies das etwaige verfassungsrechtliche Gegenargument der Rechtssicherheit, das in Teil 3 (B) ausführlich erörtert werden wird, in geringerem Maße betroffen, sodass namentlich die Rechtfertigung für Maßnahmen der Rehabilitierung durch Aufhebung der Verurteilungen im Hinblick auf die Rechtslage unter dem StGB-DDR eher erleichtert ist. Das Gleiche gilt im Hinblick auf die zwischen 1945 und 1949, also noch vor dem Inkrafttreten des Grundgesetzes, erfolgten Verurteilungen während der Besatzungszeit; auch deren Aufhebung ließe sich gleichsam *a maiore ad minus* rechtfertigen, wenn der Nachweis dafür gelingt, dass einer Aufhebung der Strafurteile bundesrepublikanischer Gerichte keine verfassungsrechtlichen Grenzen entgegenstehen.

¹⁷⁸ Ebenso Mengel, Strafrechtliche Verfolgung, S. 18. Dazu, dass die Rechtfertigung insoweit leichter fiele, vgl. Krieg/Wieckhorst, Der Staat 54 (2015), S. 556 f.

II. Erfasste Tatbestände

Des Weiteren konzentriert sich die Untersuchung auf die Strafandrohung gegenüber sexuellen Handlungen zwischen Männern über 21 Jahre gemäß § 175 StGB in der damaligen Fassung, d. h. betreffend die sog. einfache Homosexualität (vgl. Teil 1 B III 1). Hier liegt der ganz eindeutige Schwerpunkt der Betroffenheit und der jahrzehntelangen politischen Diskussion. Im Unterschied zu den durch § 175a StGB erfassten Qualifizierungstatbeständen bestehen im Hinblick auf den Grundtatbestand in weitaus geringerem Maße Überschneidungen mit weiteren Straftatbeständen, was die Ergreifung kollektiver Rehabilitierungsoptionen erleichtern und u. U. komplizierte strafrechtliche Konkurrenzfragen entbehrlich machen würde.¹⁷⁹

Von vornherein nicht in Betracht kommen Rehabilitierungsmaßnahmen im Hinblick auf die Strafandrohung wegen des Einsatzes von Gewalt oder Drohung (§ 175a Nr. 1 StGB in der Fassung bis 1969) sowie wegen Missbrauchs eines Abhängigkeits- bzw. Unterordnungsverhältnisses (§ 175a Nr. 2 StGB in der Fassung bis 1969 und § 175 Abs. 1 Nr. 2 StGB in der Fassung von 1969 bis 1973).¹⁸⁰ Erwägenswert erscheint die Einbeziehung der (Qualifikations-)Tatbestände betreffend die Strafbarkeit der „gewerbsmäßigen Unzucht“ (§ 175a Nr. 4 StGB in der Fassung bis 1969 bzw. § 175 Abs. 1 Nr. 3 StGB in der Fassung bis 1973) und betreffend die Strafbarkeit aufgrund Unterschreitens einer gegenüber heterosexuellen Handlungen höheren Schutzaltersgrenze (§ 175a Nr. 3 StGB in der Fassung bis 1969, § 175 Abs. 1 Nr. 1 StGB in der Fassung von 1969 bis 1973 und § 175 Abs. 1 StGB in der Fassung von 1973 bis 1994)¹⁸¹; strukturell läge die Einbeziehung der Strafandrohung für „gewerbsmäßige Unzucht“ auf der Linie des NS-AufhG im Hinblick auf die Verurteilungen in der NS-Zeit. Politische Bestrebungen im Hinblick auf eine Einbeziehung der genannten Strafvorschriften, die die diskriminierenden Schutzaltersgrenzen statuierten, könnten auf die Rechtsprechung des EGMR Bezug nehmen, wonach unterschiedliche Schutzaltersgrenzen für hetero- und homosexuelle Handlungen mit der EMRK für unvereinbar erachtet wurden (vgl. Teil 1 C II). Daher erscheint auch insoweit die Rehabilitierungsmaßnahme einer Aufhebung der Strafurteile, jedenfalls

179 Diesbezügliche Lösungsansätze bietet die Stellungnahme des Sachverständigen *Keßler* zu den Anträgen BT-Drucks. 17/10841 u. 17/4042, S. 5.

180 Ebenso *Wasmuth*, in: FS Reh binder, S. 777 (802 f.).

181 Hierfür hatte sich in der Sache auch die Entschließung des Bundesrates im Juli 2015 ausgesprochen (BR-Drucks. 189/15).

die Rehabilitierungsmaßnahme einer kollektiven Entschädigungsleistung (vgl. zu ihr Teil 2 B III und IV) diskutabel.

B. Gesamtpanorama der möglichen staatlichen Rehabilitierungsmaßnahmen

I. Rehabilitierung

Rehabilitierung meint im vorliegenden Zusammenhang die Wiederbegründung des sozialen Ansehens eines Verurteilten innerhalb der Rechtsgemeinschaft, um zu Unrecht erlittene Haft, Schädigungen an Leib und Seele, Diskriminierung in der Gesellschaft, Zurücksetzungen im Beruf sowie den Entzug von Gütern und Lebenschancen zumindest ansatzweise zu kompensieren.¹⁸² Systematisierend können dabei Maßnahmen der individuellen von Maßnahmen der kollektiven Rehabilitierung unterschieden werden. Während Maßnahmen der kollektiven Rehabilitierung auf eine bestimmte, durch gemeinsame Merkmale gekennzeichnete Gruppe abzielen, sollen individuelle Rehabilitierungsmaßnahmen unmittelbar dem einzelnen Betroffenen zugutekommen.

II. Politische und rechtliche Maßnahmen

Während rechtliche Rehabilitierungsmaßnahmen durch das Eingreifen konkreter rechtlicher Folgen gekennzeichnet sind (beispielsweise die Gewährung einer Entschädigung oder die Aufhebung von Strafurteilen), verbinden sich mit rein politischen Maßnahmen keine rechtlichen Folgen. Ein Beispiel für eine solche Rehabilitierungsmaßnahme stellt etwa die im Jahre 2000 einstimmig durch den Deutschen Bundestag ausgesprochene moralische Missbilligung der strafrechtlichen Verfolgung Homosexueller dar.¹⁸³ Die nachfolgenden Ausführungen konzentrieren sich auf Rehabilitierungsmaßnahmen rechtlichen Charakters.

¹⁸² Formulierung nach Dreier, in: Badura/Dreier, FS 50 Jahre BVerfG, S. 159 (177). Terminologisch vergleichbar könnte auch von „Wiedergutmachung“ gesprochen werden.

¹⁸³ BT-Drucks. 14/4894 i. V. m. BT-Plenarprotokoll 14/140 v. 7. Dezember 2000, S. 13745. In seiner Stellungnahme zu den Anträgen BT-Drucks. 17/10841 u. 17/4042 (S. 2 f.) äußert Gärditz Zweifel an der politischen Sinnhaftigkeit einer „solche(n) symbolische(n) Rehabilitierung“ und sieht keinen Anlass, diese zu wiederholen, „will man nicht entsprechende Erklärungen zu einem regelmäßigen Ritual verkommen lassen und damit ihre sozial kommunikative Bedeutung entwerten“.

III. Kollektive Rehabilitierung durch gesetzliche Aufhebung der einschlägigen Strafurteile

1. Eckpunkte

Die Aufhebung sämtlicher einschlägiger Strafurteile durch den Gesetzgeber bildet eine seit Langem erörterte Option, die der Bundesrat in seiner Entschließung aus dem Jahre 2015 (vgl. Teil 1 D II 5) als „vorrangig“ bezeichnet hat. Diese teilweise auch als „Generalkassation“¹⁸⁴ titulierte Maßnahme ist in der Geschichte der Bundesrepublik bislang allein in Gestalt des NS-AufhG erfolgt (vgl. Teil 1 D I 2). Die Aufhebung sämtlicher einschlägiger Strafurteile bewirkt deren Beseitigung und die Einstellung der den Entscheidungen zugrunde liegenden Strafverfahren (vgl. § 1 NS-AufhG). Mitwirkungsakte vonseiten der Gerichte wären hierbei nicht erforderlich. Entsprechende gesetzliche Regelungen könnten in struktureller und sprachlicher Hinsicht an den Formulierungen des NS-AufhG orientiert werden. Dessen § 1 lautet: „Durch dieses Gesetz werden verurteilende strafgerichtliche Entscheidungen [...] aufgehoben. Die den Entscheidungen zugrunde liegenden Verfahren werden eingestellt.“ Als „Entscheidungen im Sinne“ dieser Vorschrift werden sodann in § 2 Nr. 3 u. a. diejenigen „Entscheidungen, die auf den in der Anlage genannten gesetzlichen Vorschriften beruhen“, bezeichnet. In der entsprechenden Anlage findet sich u. a. die Vorschrift des § 175 RStGB. Die Aufhebung der Urteile würde (in Anlehnung an § 7 NS-AufhG) auch „alle Nebenstrafen und Nebenfolgen“ umfassen. Für den Fall, dass eine Entscheidung auf die Verletzung mehrerer Strafvorschriften gestützt ist und die Voraussetzungen für eine Aufhebung nur hinsichtlich eines Teils der Entscheidung vorliegen, sieht § 3 Abs. 1 mit § 4 Abs. 1 NS-AufhG die teilweise Aufhebung vor; sofern der Teil der Entscheidung, der die Aufhebungsvoraussetzungen erfüllt, nicht von untergeordneter Bedeutung ist. Die Teilaufhebung der Verurteilung (in unserem Fall nach § 175 StGB) ist gemäß § 4 Abs. 1 nur auf Antrag möglich. In dieser Situation wäre demnach ein gerichtliches Verfahren erforderlich.

184 Diesen Begriff hat etwa das BVerfG in seinem Beschluss v. 8. März 2006 zum NS-AufhG verwendet, 2 BvR 486/05 (juris), Rn. 75.

2. Bewertung

Die kollektive Rehabilitierungsmaßnahme der Aufhebung der einschlägigen Strafurteile könnte bei Vorhandensein der entsprechenden politischen Mehrheiten in den gesetzgebenden Organen auf Bundesebene¹⁸⁵ den intendierten Rehabilitierungseffekt gleichsam *uno actu* erzielen. Im Normalfall wären keine weiteren Verfahren auf behördlicher oder gerichtlicher Ebene durchzuführen, auch müssten die Betroffenen nicht selbst tätig werden. Zudem wäre die vollständige Erfassung sämtlicher von der seinerzeit geltenden Strafandrohung Betroffener gewährleistet. Soweit ersichtlich, werden diese Vorzüge der kollektiven Maßnahme „Aufhebung der einschlägigen Verurteilungen“ nicht bestritten. Die hiergegen ins Feld geführten Argumente sind entweder unmittelbar verfassungsrechtlicher Natur oder tragen verfassungspolitischen Charakter, werden aber inhaltlich auf bestimmte verfassungsrechtliche Determinanten bezogen. Daher ist auf sie in Teil 3 dieser Untersuchung ausführlich einzugehen.

3. § 31 BVerfGG als Hindernis?

Gegen eine Rehabilitierung durch legislative Aufhebung der einschlägigen Strafurteile wird teilweise angeführt, dass § 175 StGB im Jahre 1957 vom BVerfG verfassungsrechtlich gebilligt worden ist.¹⁸⁶ Mit Blick auf § 31 Abs. 1 BVerfGG sei es dem Gesetzgeber somit verwehrt, nun diejenigen Personen zu rehabilitieren, die seinerzeit aufgrund der verfassungsgerichtlichen bestätigten Strafandrohungsvorschrift verurteilt worden sind. Nach § 31 Abs. 1 BVerfGG binden die Entscheidungen des BVerfG „die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden“.¹⁸⁷ So führte der Bundestagsabgeordnete Gehb (CDU)

185 Zur Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG zutreffend *Krieg/Wieckhorst*, *Der Staat* 54 (2015), S. 549 f.

186 Vgl. oben Teil 1 C I 1.

187 Einer Prüfung des § 31 Abs. 2 BVerfGG bedarf es hingegen im hiesigen Zusammenhang nicht, da diese Norm lediglich bezweckt, einer grundsätzlich nur *inter partes* wirkenden Entscheidung Allgemeinverbindlichkeit zuzuerkennen, was insbesondere für andere Privatpersonen, aber angesichts der Existenz des § 31 Abs. 1 BVerfGG nicht für Verfassungsorgane von Relevanz ist (so auch *Benda/Klein/Klein*, *Verfassungsprozessrecht*, § 40 Rn. 1440). Ferner liegen die Voraussetzungen des hier allein in Betracht kommenden § 31 Abs. 2 S. 2 BVerfGG nicht vor, da das Gericht im Jahr 1957 die Verfassungsbeschwerde im Tenor lediglich zurückgewiesen hat, ohne §§ 175, 175a StGB in der Entscheidungsformel für verfassungskonform zu erklären. Der bloße „Zurückweisungsausspruch“ wird nämlich nach § 31 Abs. 2 S. 2 BVerfGG nicht gesetzeskräftig (BVerfGE 85, 117 [131]); siehe dazu *Brox*, in: FS Willi Geiger, S. 809 (824 f.); *Bethge*, in: Maunz, BVerfGG, § 31, Rn. 280 u. 283.

bereits bei der ersten Befassung des Bundestags zu Rehabilitierungsfrage aus: „Ich will jetzt keine Rechtsexegese vornehmen, aber die Dogmatik gebietet es nun einmal das zu sagen -, dass der Bundestag dabei der falsche Adressat ist. [...] [D]iese Entscheidung [die des BVerfG aus dem Jahr 1957] entfaltet nun einmal [nach § 31 BVerfGG] Bindungskraft. [...] Daran kommt man nicht vorbei.“¹⁸⁸ Hierauf ist nachfolgend einzugehen, freilich nicht ohne den Hinweis, dass § 31 BVerfGG als einfaches Bundesrecht durchaus im Zusammenhang mit einem Gesetz zur Aufhebung der einschlägigen Strafurteile seinerseits modifiziert werden könnte, was freilich im vorliegenden Zusammenhang nicht nötig sein wird.

a) Implizite Aufgabe der BVerfG-Entscheidungen aus den Jahren 1957 und 1973

Das BVerfG hatte in seinem Urteil aus dem Jahr 1957 erklärt, § 175 StGB verletze deshalb nicht das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit aus Art. 2 Abs. 1 GG, weil homosexuelle Betätigungen gegen das Sittengesetz verstoßen. Im Nachgang der Entscheidung und auch bis ins Jahr 1973 hat das Gericht seine Rechtsprechung zur Verfassungskonformität des § 175 StGB bis zu dessen gesetzgeberischer Abschaffung nie verändert, obwohl es die Möglichkeit dazu durchaus hatte. Auch wenn das BVerfG somit seine spezifische zu § 175 StGB ergangene Rechtsprechung nie korrigiert hat, hat es sich nunmehr doch, und zwar in diversen Entscheidungen, von seinem Urteil aus dem Jahr 1957 konkludent und in einem Fall auch ausdrücklich distanziert.

Zum einen hat das Gericht eine zentrale Bedingung für eine verfassungskonforme strafrechtliche Sanktionierung gleichgeschlechtlicher sexueller Handlungen in mehreren Entscheidungen konkludent verneint.¹⁸⁹ So hatte es im Jahr 1957 noch behauptet, ein Verstoß gegen das Grundrecht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit scheidet aus, da die homosexuelle Betätigung gegen das Sittengesetz verstoße und nicht eindeutig festgestellt werden könne, dass jedes öffentliche Interesse an ihrer Bestrafung fehle.¹⁹⁰ In seiner heutigen Rechtsprechung betont das BVerfG hingegen, dass gleichgeschlechtliche Partnerschaften und damit auch die Ausübung von Homosexualität vom Persönlichkeitsschutz des

188 BT-Plenarprotokoll 14/96 v. 24. März 2000, S. 8964D-8965A.

189 So *Bruns*, in: Landesstelle für Gleichbehandlung, S. 26 (37 und 39), der daraus folgert, dass das BVerfG den Verfassungsbeschwerden gegen § 175 und § 175a StGB unter Zugrundelegung der heutigen Rechtsprechung hätte stattgeben müssen.

190 Vgl. Teil 1 C I 1.

Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG umfasst sind.¹⁹¹ Ein Verstoß gegen das Sittengesetz wird vom BVerfG im Zusammenhang mit gleichgeschlechtlichen Partnerschaften nicht einmal mehr erwähnt, geschweige denn als Schranke des allgemeinen Persönlichkeitsrechts herangezogen, da sich das verfassungsgerichtliche Verständnis der Schranke des Sittengesetzes seit 1957 erheblich gewandelt hat.¹⁹² So stellte das Gericht bereits in seiner ersten Transsexuellen-Entscheidung aus dem Jahr 1978 fest: „Es mag sein, daß in der Bevölkerung die Eheschließung eines männlichen Transsexuellen mit einem Mann aus der unterschwelligten Vorstellung heraus abgelehnt wird, dies sei sittlich zu mißbilligen. Rational nicht zu begründende Auffassungen können dem Abschluß einer Ehe aber nicht entgegenstehen.“ In der Konsequenz verstoße die mit der Berichtigung des Geschlechtseintrags verbundene Folge, dass der Beschwerdeführer nunmehr als Frau einen Angehörigen seines früheren Geschlechts heiraten kann, nicht gegen das Sittengesetz.¹⁹³ Infolge dieser Veränderung des Verständnisses von der Bedeutung des Sittengesetzes und der aufgezeigten Nichterwähnung dieser Schranke des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Zusammenhang mit Entscheidungen zu Fragen der Homosexualität ist davon auszugehen, dass das Gericht (konkludent) die für eine verfassungskonforme Strafbarkeit homosexueller Betätigungen notwendigen rechtlichen Grundannahmen aufgegeben hat.

Schließlich hat das BVerfG sich jüngst in seiner Entscheidung zur Sukzessivadoption sogar ausdrücklich von seiner Entscheidung aus dem Jahr 1957 distanziert.¹⁹⁴ Im Zusammenhang mit der Erörterung der historischen Vorstellung davon, was unter „Eltern“ im Sinne des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG zu verstehen ist, ging das Gericht auf die Strafbarkeit homosexueller Handlungen und die „gesellschaftliche Verpönteit“ von Homosexualität im Zeitpunkt der Entstehung des Grundgesetzes ein. Es betonte, dass sich gegenüber der Situation bei Inkrafttreten des Grundgesetzes nicht nur das Gesetzesrecht, sondern auch die Einstellung der Gesellschaft zur Gleichgeschlechtlichkeit erheblich gewandelt habe. Die Strafbarkeit homosexueller Handlungen sei mehrfach modifiziert und schließlich ganz aufgehoben worden und der Gesetzgeber habe homosexuelle Menschen heterosexuellen weitgehend gleichgestellt. Sodann geht das BVerfG auch auf die Veränderungen seiner eigenen Rechtspre-

191 Vgl. bspw. BVerfG, NJW 1993, S. 3058; BVerfGE 104, 51 (59); 105, 313 (346); 124, 199 (224 ff.); 133, 59.

192 Zum Folgenden *Bryde*, in: FS Bruns, S. 14 (16); vgl. auch *Kahl*, in: FS Merten, S. 57 (63 f.).

193 BVerfGE 49, 286 (299 f.).

194 Zum Folgenden vgl. BVerfGE 133, 59 (79 f.).

chung zu Fragen der Homosexualität ein und stellt fest: „Eine entsprechende Entwicklung ist in der Rechtsprechung [...] des Bundesverfassungsgerichts (vgl. einerseits BVerfGE 6, 389 und andererseits BVerfGE 105, 313; 124, 199) [...] erkennbar.“ Das Gericht kontrastiert somit ausdrücklich seine Entscheidung aus dem 6. Band, d. h. die oben genannte Entscheidung aus dem Jahr 1957, mit seiner aktuellen Rechtsprechung und gibt somit zu erkennen, dass es seine Haltung zur Homosexualität seitdem geändert hat und eine Entscheidung wie diejenige aus dem 6. Band so nicht mehr treffen würde. Angesichts der Tatsache, dass die Straftatbestände der §§ 175, 175a StGB nicht mehr existieren, könnte sich das BVerfG wohl kaum klarer von seiner Rechtsprechung aus dem Jahr 1957 distanzieren und zum Ausdruck bringen, dass diese Rechtsprechungslinie (längst) aufgegeben wurde.

Da die Entscheidungen aus den Jahren 1957 und 1973 somit nach hier vertretener Auffassung von vornherein keine Bindungswirkung mehr entfalten können, ist auf § 31 BVerfGG lediglich hilfsweise einzugehen.

b) Hilfsweise: Keine Bindungswirkung gegenüber dem Gesetzgeber

Von vornherein würde sich keine Bindungswirkung im Hinblick auf das hier infrage stehende Aufhebungsgesetz ergeben, da seinerzeit ja kein Aufhebungsgesetz beurteilt worden ist. Allerdings könnte dem heutigen Gesetzgeber die Aufhebung verwehrt sein, wenn diese zentral von einem Verstoß des damals bestehenden Straftatbestandes gegen höherrangiges Recht abhängt und das BVerfG insbesondere in seiner Entscheidung aus dem Jahr 1957 die damalige Verfassungskonformität des § 175 StGB festgestellt hat.

Gegenstand der Bindungswirkung nach § 31 Abs. 1 BVerfGG ist die konkrete Entscheidung über die streitgegenständliche Frage.¹⁹⁵ Dabei entfaltet nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG nicht nur die Entscheidungsformel (der Tenor) Bindungswirkung, sondern auch die die Entscheidung tragenden Gründe.¹⁹⁶ Nicht erkannte verfassungsrechtliche „Mängel“ des Gesetzes werden von der Bindungswirkung nicht erfasst, d. h., auch ein in den Entscheidungsgründen normbestätigendes Urteil verhilft einer Norm nicht per se zu einer allseitigen Legitimität.¹⁹⁷

195 Vgl. Heusch, in: Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG, § 31 Rn. 57.

196 BVerfGE 1, 14 (37); 19, 377 (392); 96, 375 (404); 104, 151 (197).

197 Vgl. Bethge, in: Maunz, BVerfGG, § 31 Rn. 289.

Während in der Senatsentscheidung aus dem Jahr 1957 lediglich „die Verfassungsbeschwerde des [...] wird zurückgewiesen“ tenoriert wurde, ergibt sich aus der Entscheidungsbegründung, dass das Gericht die Vereinbarkeit der §§ 175, 175a StGB mit Art. 2 Abs. 1 sowie Art. 3 Abs. 1 GG geprüft und bejaht hat. Hingegen finden sich keine Aussagen zur Vereinbarkeit mit der Menschenwürdegarantie aus Art. 1 Abs. 1 GG. Folglich könnte sich die Bindungswirkung des § 31 Abs. 1 BVerfGG auf die diesbezügliche Verfassungskonformität von vornherein nicht erstrecken.¹⁹⁸

Obleich § 31 Abs. 1 BVerfGG unterschiedslos die „Verfassungsorgane des Bundes“ in Bezug nimmt, ist der Gesetzgeber nach verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung und ganz überwiegender Ansicht im Schrifttum¹⁹⁹ mit Blick auf eine *Normverwerfung* durch das BVerfG nicht daran gehindert, eine inhaltsgleiche oder inhaltsähnliche Neuregelung zu beschließen. Dies folge bereits daraus, dass die gesetzgebende Gewalt im Unterschied zu den anderen beiden Gewalten nur an die verfassungsmäßige, nicht auch an die einfachgesetzliche Ordnung gebunden ist. Die Herausnahme des demokratisch legitimierten Gesetzgebers aus der Bindungswirkung des § 31 Abs. 1 BVerfGG beuge einer mit dem Demokratieprinzip unvereinbaren Erstarrung der Rechtsentwicklung vor.²⁰⁰ Obwohl es im vorliegenden Zusammenhang nicht um eine Normverwerfung, sondern um eine inzidente *Normbestätigung* geht, lassen sich diese Überlegungen übertragen. Ebenso wie Normen durch neue tatsächliche oder rechtliche Erkenntnisse verfassungsgemäß werden können, können sie durch solche Entwicklungen auch verfassungswidrig werden, sodass dem Gesetzgeber eine Reaktionsmöglichkeit nicht für alle Zeit versperrt sein darf. Freilich bedarf es im Hinblick auf den ungeschriebenen Grundsatz der sog. Verfassungsorganatreue der Geltendmachung besonderer Gründe, da dieser verfassungsrechtliche Grundsatz dem Gesetzgeber verbietet, das BVerfG zu brüskieren und dessen Autorität infrage zu stellen.²⁰¹ Entsprechende Gründe können sich aus einer wesentlichen Änderung der für die verfassungsrechtliche

198 Ebenso *Wasmuth*, in: FS Rehbinder, S. 777 (813).

199 Vgl. nur *Benda/Klein/Klein*, Verfassungsprozessrecht, § 40 Rn. 1471 m. w. N.

200 BVerfGE 77, 84 (103 f.); vgl. dazu *Heusch*, in: Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG, § 31 Rn. 64; *Hesse*, JZ 1995, S. 265 (268), sowie grundlegend *Kischel*, AöR 131 (2005), S. 219 (288 ff.).

201 *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 484; *Schulze-Fielitz*, in: Badura/Dreier, S. 385 (392 f.); vgl. auch *Sachs*, in: FS Kriele, S. 431 (455), der zudem richtigerweise darauf hinweist, dass der Gesetzgeber die Rechtsauffassung des BVerfG hinreichend ernst nehmen und sich mit ihr auseinandersetzen muss.

Beurteilung maßgeblichen tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse oder der ihr zugrunde liegenden Anschauungen ergeben.²⁰² Am Vorliegen solcher wesentlicher Änderungen kann im hiesigen Zusammenhang allerdings kein Zweifel bestehen.

Schließlich unterliegt die auf die tragenden Entscheidungsgründe erweiterte Bindungswirkung nach § 31 Abs. 1 BVerfGG einer weiteren Grenze, die durch das Eintreten einer wesentlichen Änderung der Lebensverhältnisse markiert wird.²⁰³ Der Bindungswirkung stehen insbesondere im Anschluss an eine Entscheidung des BVerfG entstandene Tatsachen entgegen, wozu auch geänderte Lebensumstände und Anschauungen zählen, namentlich dann, wenn sie zu einer Änderung in der mehrheitlich vorgenommenen Konkretisierung von Verfassungsnormen geführt haben.²⁰⁴ Im folgenden Zusammenhang lässt sich der für die damalige Entscheidung des BVerfG zentrale Gesichtspunkt, dass eine Mehrheit der Bevölkerung homosexuelle Handlungen „als unsittlich verurteilt“, nicht mehr feststellen und überdies stünde das „Sittengesetz“ heute nicht mehr als Schranke des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zur Verfügung.²⁰⁵ Selbstredend hat auch die seit 1957 intensiv vorangeschrittene wissenschaftliche Beschäftigung zu geschlechtlichen Orientierungen und ihrer Entwicklung zu ganz anderen Erkenntnissen geführt, als sie seinerzeit erkenntnisleitend waren. Namentlich ein „Bedürfnis nach einem Schutz gegen homosexuelle Verführung“, wie es das BVerfG zur Rechtfertigung des § 175 StGB herangezogen hatte, kann es demnach heute nicht mehr geben.²⁰⁶

c) Fazit

§ 31 Abs. 1 BVerfGG bildet schon deswegen kein Hindernis für eine gesetzliche Aufhebung der einschlägigen Strafurteile, weil das BVerfG seine noch in den Entscheidungen aus den Jahren 1957 und 1973 vertretenen Auffassungen aufgegeben hat. Abgesehen davon bestünde auch keine Bindungswirkung zulasten des Gesetzgebers und nicht in Anbetracht der veränderten Sachlage.

202 Vgl. BVerfGE 96, 260 (263); *Heusch*, in: Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG, § 31 Rn. 64.

203 So *Bethge*, in: Maunz, BVerfGG, § 31 Rn. 100, mit Verweis auf BVerfGE 33, 199 (203 f.); 82, 198 (205).

204 BVerfGE 39, 169 (181 ff.); 70, 242 (249).

205 Vgl. hier nur *Wasmuth*, in: FS Reh binder, S. 77 (813 f.); *Krieg/Wieckhorst*, *Der Staat* 54 (2015), S. 544 f.

206 Ebenso *Wasmuth*, in: FS Reh binder, S. 777 (814).

IV. Kollektive Entschädigungsleistung

1. Eckpunkte

Eine kollektive Entschädigungsleistung würde in der Festlegung eines einmaligen oder jährlich wiederkehrenden größeren Geldbetrages zwecks Durchführung von Aufklärungsprojekten, Erinnerungsveranstaltungen, Aufklärung über die historische Entwicklung und die soziale Betroffenheit gegenüber Bürgerinnen und Bürgern, insbesondere in allen Sektoren des Bildungswesens, bestehen. Zur Verwaltung der Geldbeträge und zur Durchführung jener hier selbstverständlich nur beispielhaft angedeuteten Projekte müsste eine Zuordnung im Rahmen eines gesonderten Fonds an eine bestehende oder neu einzurichtende staatliche Behörde bzw. Stelle erfolgen. Alternativ wäre auch die Betrauung einer privatrechtlich verfassten Einheit, ggf. unter zusätzlicher Beteiligung privater Träger denkbar. Naheliegender erscheint die Zuweisung der hiermit verbundenen Aufgaben und haushaltsrechtlichen Befugnisse an die bereits bestehende „Bundesstiftung Magnus Hirschfeld“. Diese Stiftung wurde im Oktober 2011 von der Bundesrepublik Deutschland gegründet und hat u. a. zum Ziel, Bildungs- und Forschungsprojekte zu fördern und einer gesellschaftlichen Diskriminierung von Lesben, Schwulen, Bisexuellen, Transsexuellen, Trans- und Intergeschlechtlichen sowie queeren Personen in Deutschland entgegenzuwirken. Verfassungsrechtlich betrachtet, handelt es sich um einen Teil der bundeseigenen Verwaltung i. S. v. Art. 86 GG.²⁰⁷ Die frühere Bundesjustizministerin *Leutheusser-Schnarrenberger* hat in einem Interview auf „Spiegel Online“ am 3. Juni 2014 vorgeschlagen, die Bundesstiftung Magnus Hirschfeld mit der Umsetzung der Entschädigungspolitik zu betrauen.

Finanziell betrachtet würde dies zu einer signifikanten Erhöhung des Stiftungskapitals bedeuten.²⁰⁸ Zusätzlich könnten jährliche Zuwendungen sowohl für die Grundausrüstung als auch für einzelne Projekte gewährt werden.

²⁰⁷ Zu den Einzelheiten vgl. *Burgi*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 86 Rn. 52.

²⁰⁸ So explizit der Sachverständige *Bruns*, Protokoll der Anhörung des Rechtsausschusses vom 15. Mai 2013, Protokoll Nr. 132, S. 39 f.

2. Bewertung

Als Maßnahme der kollektiven Rehabilitierung würde ein solches Entschädigungskonzept die Betroffenen davor bewahren, selbst unter Vorlage von (vielfach nicht mehr vorhandenen) Unterlagen bei (damit erst zu betrauenden) Behörden bzw. Stellen tätig werden zu müssen. Dadurch würden zahlreiche praktische Probleme vermieden. Über die durchgeführten Projekte könnte aktiv und sichtbar in die Zukunft gewirkt werden. Freilich könnte eine kollektive Entschädigungsleistung nur dann einen aus politischer Sicht beachtlichen Beitrag zur Rehabilitierung bedeuten, wenn die zur Verfügung gestellte(n) Entschädigungssumme(n) ein signifikantes Maß erreichen würde(n). Hierbei erscheint aus juristischer Sicht (die Festlegung der Höhe der Entschädigungsleistung liegt primär in der politischen Verantwortung) eine Orientierung an den Entschädigungssummen des Gesetzes über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen (StrEG) für immaterielle Schäden denkbar. Hierfür beträgt die Entschädigungshöhe gemäß § 7 Abs. 2 StrEG 25 € für jeden angefangenen Tag der Freiheitsentziehung.

V. Konzentration auf die Maßnahmen der kollektiven Rehabilitierung

1. Blick auf Maßnahmen der individuellen Rehabilitierung

a) Wiederaufnahmeverfahren

Das strafrechtliche Wiederaufnahmerecht ist in § 359 StPO geregelt. Insoweit käme die Einführung eines neuen Wiederaufnahmegrundes in Betracht, der den auf der Grundlage des § 175 StGB Verurteilten die Wiederaufnahme des Verfahrens ermöglicht. Voraussetzung hierfür ist ein durch den Betroffenen zu stellender Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens, über den gemäß § 367 Abs. 1 StPO nach näherer Maßgabe des GVG ein Gericht entscheidet. Voraussetzung für einen erfolgreichen Antrag wäre u. a. die Vorlage des seinerzeit erfolgten Strafurteils, ggf. weiterer Beweismittel.

b) Verfahren auf Erklärung für menschenrechtswidrig

Eine weitere denkbare Vorgehensweise ist diejenige, die 1992 mit Blick auf rechtsstaatswidrige Strafverfolgungsmaßnahmen in der ehemaligen DDR im StrRehaG gewählt wurde. § 1 dieses Gesetzes sieht vor, dass eine entsprechende strafrechtliche Entscheidung eines Gerichts der DDR „auf

Antrag für rechtsstaatswidrig zu erklären und aufzuheben (Rehabilitierung) [ist], soweit sie mit wesentlichen Grundsätzen der freiheitlichen Ordnung unvereinbar ist“. Die Gerichtsverfahren werden demnach nicht wiederaufgenommen, die in ihnen getroffenen Entscheidungen werden für rechtsstaatswidrig erklärt (womit das sozioethische Unwerturteil, das auf den Verurteilten lastet, für die Öffentlichkeit beseitigt wird)²⁰⁹ und sodann aufgehoben. Im hiesigen Zusammenhang müssten die Entscheidungen ggf. nicht für „rechtsstaatswidrig“, sondern genauer für „grundrechts- und menschenrechtswidrig“ erklärt werden.

Das in §§ 7 ff. StrRehaG angeordnete Aufhebungsverfahren zeichnet sich im Gegensatz zum Wiederaufnahmeverfahren durch das Fehlen einer erneuten Hauptverhandlung aus. Während im Wiederaufnahmeverfahren im Anschluss an ein zweistufiges Vorverfahren grundsätzlich erneut eine Hauptverhandlung durchzuführen ist, entscheidet das Gericht nach § 11 Abs. 3 StrRehaG in der Regel „ohne mündliche Erörterung“. Ferner sieht das StrRehaG ggf. eine bevorzugte Behandlung der Rehabilitierungsanträge bei den zuständigen Gerichten vor (§ 11 Abs. 1 StrRehaG). Im Ergebnis ist das Rehabilitierungsverfahren somit im Vergleich zum Wiederaufnahmeverfahren für die betroffenen Verurteilten günstiger.

c) Einzelfallentschädigung

Fest steht zunächst, dass eine Entschädigung nach den Vorschriften des Gesetzes über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen (StrEG) nicht in Betracht kommt, weil die dort aufgestellte Voraussetzung, dass die Fehlerhaftigkeit eines durchgeführten Strafverfahrens in einem neuerlichen förmlichen Strafverfahren festgestellt wird, nicht erfüllt ist. Würde der Gesetzgeber die oben (B V 1 a) geschilderte Rehabilitierungsmaßnahme des Wiederaufnahmeverfahrens vorsehen, wäre der Weg für eine Entschädigung nach dem StrEG eröffnet, weil dessen § 1 u. a. an den Fortfall der vormaligen Verurteilung in einem Wiederaufnahmeverfahren anknüpft. Würde sich der Gesetzgeber für die kollektive Rehabilitationsmaßnahme der Aufhebung der einschlägigen Strafurteile entscheiden, könnte er in einem solchen Gesetz auf die Rechtsfolgen nach dem StrEG verweisen, die sowohl eine Entschädigung für materielle als auch für immaterielle Schäden beinhalten. Eine dritte Option könnte in der Schaffung eines eigenen Entschädigungstatbestandes unabhängig von der Erweiterung der Wiederaufnahmegründe

²⁰⁹ Vgl. BVerfGE 101, 275 (289).

bzw. der Verabschiedung eines Aufhebungsgesetzes liegen; hierbei würde es sich um eine Art freiwillige Sozialleistung handeln. Mit Blick auf Art und Umfang der Entschädigung käme u. U. eine Orientierung an der in § 17 des StrRehaG vorgesehenen „Kapitalentschädigung“ (dort im Zusammenhang mit der Erklärung von strafrechtlichen Verurteilungen in der DDR für rechtsstaatswidrig vorgesehen) in Betracht, die gemäß § 17 Abs. 1 StrRehaG 306,78 € für jeden angefangenen Kalendermonat der jeweiligen Freiheitsentziehung beträgt.

2. Bewertung

Alle soeben beschriebenen Maßnahmen der individuellen Rehabilitation wären von Verfassungsrechts wegen leichter zu rechtfertigen als die kollektive Rehabilitierungsmaßnahme der Aufhebung der einschlägigen Strafurteile, weil sie mit deutlich geringerer Intensität die Rechtssicherheit beeinträchtigen würden; dadurch, dass für individuelle Rehabilitierungsmaßnahmen jeweils gerichtliche Entscheidungen erforderlich sind, stünde überdies von vornherein kein Verstoß gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung (vgl. zu diesem unten Teil 3 C) im Raum. Namentlich die Gewährung individueller Entschädigungsleistungen stieße nicht auf unüberwindbare verfassungsrechtliche Grenzen: Entweder würde sie im Anschluss an ein Wiederaufnahmeverfahren bzw. im Zusammenhang mit einem Aufhebungsgesetz erfolgen und wäre dann gleichsam *a maiore ad minus* von deren verfassungsrechtlicher Rechtfertigung mit umfasst²¹⁰ oder man würde die individuelle Entschädigungsleistung als freiwillige Sozialleistung ausgestalten, dann stünden dem ebenfalls keine verfassungsrechtlichen Bedenken entgegen, weil (mit den Worten des gegenüber einer Aufhebung der einschlägigen Strafurteile kritischen Sachverständigen Gärditz)²¹¹ „die Spielräume der Gestaltung [...] im Bereich der freiwilligen Sozialleistungen wesentlich weiter als im Bereich förmlich-verfahrensrechtlicher Kassation“ sind.²¹² Ein Gleichheitsverstoß im Hinblick auf andere Gruppen, die im vergleichbaren Zeitraum von Straftatbeständen erfasst wurden, die mit höherrangigem Recht unvereinbar sind, besteht nicht, wie unten (Teil 3 D) ausführlich erläutert werden wird.

210 Eingehender zur Statthaftigkeit individueller Entschädigungsleistungen *Schöneburg/Lederer*, Gutachten, Ziffer 4.

211 Protokoll der 132. Sitzung des Rechtsausschusses am 15. Mai 2013, S. 36 f.

212 Ebenso hat sich bei dieser Anhörung der Sachverständige *Keßler* geäußert (Protokoll der 132. Sitzung am 15. Mai 2013, S. 32).

Allerdings werden die Maßnahmen der individuellen Rehabilitierung in der nachfolgenden rechtlichen Untersuchung nicht weiter verfolgt, weil sie aufgrund verschiedener praktischer Umstände als nicht (mehr) geeignet erscheinen, um einen veritablen Beitrag zum politischen Ziel der Rehabilitierung leisten zu können. Denn angesichts der Zeitabläufe (selbst die jüngsten Verurteilungen liegen nun knapp 50 Jahre zurück) ist davon auszugehen, dass in den allermeisten Fällen die maßgeblichen Verfahrensakten nicht mehr verfügbar sind und auch die Betroffenen nicht mehr über entsprechende Unterlagen verfügen²¹³, da beispielsweise im Land Berlin sämtliche Urteilsakten der Jahre 1949 bis 1969 im Einklang mit den Grundsätzen der staatlichen Archivordnung „geschreddert“ worden sind. Entsprechendes konnte für die Länder Rheinland-Pfalz und Sachsen festgestellt werden.

Selbst wenn im Einzelfall Akten noch verfügbar sind, würde das alle Maßnahmen der individuellen Rehabilitierung kennzeichnende Erfordernis von Einzelentscheidungen durch jeweils neu damit zu betrauende Gerichte bei ca. 50.000 Verurteilungen auf der Grundlage des § 175 StGB einen kaum vorstellbaren Verfahrensaufwand verursachen. In der Folge käme es zu einer weiteren Verzögerung bei der Aufhebung der Urteile und damit zur Verfehlung des Rehabilitierungsziels. Insoweit entspricht die Situation derjenigen, die das BVerfG in seinem Urteil zum NS-AufhG angetroffen hatte (und aus der es den Schluss gezogen hat, dass ein Aufhebungsgesetz ungeachtet des möglicherweise im Hinblick auf die Rechtssicherheit schonenderen Mittels des Wiederaufnahmeverfahrens durchgeführt werden könnte; dazu noch Teil 3 C III).²¹⁴ Zudem muss berücksichtigt werden, dass es den betroffenen Verurteilten aufgrund ihres hohen Alters kaum zuzumuten ist, vor einem Gericht in einer erneuten, je nach Ausgestaltung umfänglichen Einzelfallprüfung eine Aufhebung „ihres“ Urteils zu erwirken.²¹⁵ Entsprechendes würde im Hinblick auf die Beantragung einer Entschädigung für jeweils nachzuweisende Vermögensschäden bzw. immaterielle Schäden gelten. Selbst bei einer Ausgestaltung als freiwillige Sozialleistungen bedürfte es eines administrativen Verfahrens und es müssten bestimmte Nachweis-

213 Dies ergibt sich aus der Stellungnahme des Historikers *Grau* bei der öffentlichen Anhörung durch den Rechtsausschuss am 15. Mai 2013 (Protokoll der 132. Sitzung am 15. Mai 2013, S. 33); ähnliche Einschätzung bei *Gerlach*, in: Pretzel, S. 133 (153).

214 BVerfG, Beschl. v. 8. März 2006, 2 BvR 486/05 (juris), Rn. 100–103.

215 So auch die Feststellung in BT-Drucks. 13/353, S. 13; 13/9747, S. 2.

pflichten statuiert werden.²¹⁶ Schließlich ist es den betroffenen, noch lebenden Verurteilten auch nicht zuzumuten, sich erneut an Strafverfolgungsbehörden zu wenden, um in einem Aufhebungsverfahren mit dem einstigen Schuldspruch und der damit verbundenen entwürdigenden Verletzung ihrer Intimsphäre erneut konfrontiert zu werden.²¹⁷ Aus diesen Gründen überzeugt letztlich auch das von *Krieg/Wieckhorst*²¹⁸ vorgeschlagene „vereinfachte Aufhebungsverfahren“ als Option zur Erfüllung der staatlichen Rehabilitierungspflicht nicht.

C. Verfassungsrechtliche Legitimation für Maßnahmen der kollektiven Rehabilitierung im Zusammenhang mit § 175 StGB

Eine Untersuchung, die den verfassungsrechtlichen Rahmen bestimmen soll, innerhalb dessen der demokratisch legitimierte Gesetzgeber Rehabilitierungsmaßnahmen ergreifen bzw. initiieren kann, darf nicht von vornherein nur nach den Grenzen fragen, die einem solchen Vorhaben möglicherweise entgegenstehen. Vielmehr ist die gesamte Diskussion dadurch vom Kopf auf die Füße zu stellen, dass zunächst nach etwaigen verfassungsrechtlichen Impulsen geforscht wird, die den Gesetzgeber bei einem solchen Vorhaben möglicherweise zusätzlich legitimieren könnten. Die bisherige Diskussion zu Rehabilitierungsmaßnahmen im Zusammenhang mit § 175 StGB leidet m. E. daran, dass beispielsweise das Rechtsstaatsprinzip von vornherein ausschließlich als Grenze (beispielsweise einer Aufhebung der einschlägigen Strafurteile) thematisiert wird, ohne zumindest darüber nachzudenken, ob die Korrektur erkannter Rechtsverstöße nicht möglicherweise ihrerseits rechtsstaatlich legitimiert sein kann.

216 Daher stellt der Sachverständige *Bruns* (Protokoll der 132. Sitzung des Rechtsausschusses am 15. Mai 2013, S. 39) explizit fest: „Eine Einzelentschädigung kommt für meine Begriffe gar nicht in Betracht, weil es nur noch wenige gibt, die sich melden, und es würde ja auch wieder ein Einzelverfahren bedeuten.“

217 Dies waren auch bereits die Überlegungen bei den Beratungen zum NS-AufhG; siehe dazu *Pretzel*, Strafrechtliche Rehabilitierungsansprüche, in: ders., S. 83 (117 f.).

218 *Der Staat* 54 (2015), S. 569 f.

Immerhin sind im Schrifttum erste Ansätze einer Beschreibung etwaiger verfassungsrechtlicher Legitimationsgründe nachweisbar.²¹⁹ Der insgesamt einem Gesetz über die Aufhebung der einschlägigen Strafurteile kritisch gegenüberstehende Sachverständige Gärditz hat im Rahmen der vom Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages im Mai 2013 durchgeführten Anhörung festgestellt:

„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.“

Allerdings werden sodann die „gewichtigen Sachgründe“ nicht näher charakterisiert. Im Schrifttum zum Umgang mit Rehabilitierungsmaßnahmen infolge eines Systemumbruchs (insbesondere im Hinblick auf NS- bzw. DDR-Unrecht) wird explizit von einer „Pflicht zur Umwertung“ gesprochen (Pieroth).²²⁰ Bernhard Schlink hat festgestellt, dass das Recht „dafür sorgen (kann), dass das Vergangene um seine Fortwirkung gebracht oder dass ihm die Fortwirkung gesichert wird, (dass es) verurteilte Bürger rehabilitieren, erlittene Strafen entschädigen, zerstörte Karrieren reparieren [...] und ebenso vergangene Verurteilungen, Bestrafungen [...] und Karrieren bestehen lassen“ kann.²²¹

I. Relevante Situation: Fortbestehender Strafmakel auf der Grundlage eines mit höherrangigem Recht unvereinbaren Straftatbestandes

Die nachfolgenden Überlegungen betreffen ausschließlich die Situation nach erfolgter Strafverurteilung, basierend auf einer Strafandrohungsvorschrift. Damit geht es nur um einen vergleichsweise kleinen Teil der gesamten Rechtsordnung. Die nach § 175 StGB verurteilten Männer leben bis heute mit einem „Strafmakel“, d. h. damit, dass der Staat der

219 So leitet Wasmuth, in: FS Rehbinder, S. 815, aus dem Grundgesetz eine „Nachbesserungspflicht“ des Gesetzgebers ab, die diesen zum Tätigwerden verpflichten könnte, wenn die Strafgerichte beim Umgang mit der Wiederaufnahmevorschrift des § 79 Abs. 1 BVerfGG den von jenem Autor proklamierten „grundrechtlichen Schutzanspruch“ (dazu noch C II) verkennen würden. Krieg/Wieckhorst, Der Staat 54 (2015), S. 541 ff., befürworten eine grundrechtlich begründete Prüfung des Staates zur Rehabilitierung, allerdings mit knapper Begründung.

220 VVDStRL 51 (1992), S. 91 (99 ff.); daran anknüpfend Dreier, in: FS 50 Jahre BVerfG, S. 160 mit Fn. 6.

221 Schlink, in: König u. a., Vergangenheitsbewältigung, S. 433 (434).

Bundesrepublik Deutschland ihnen gegenüber ein sozialetisches Unwerturteil zum Ausdruck gebracht hat. Die damit verbundene „Kriminalisierung“²²² besteht fort, wenngleich die Tilgung der Eintragungen im Bundeszentralregister jeweils bewirkt hat, dass diese dem Verurteilten im Rechtsverkehr nicht mehr vorgehalten werden dürfen.

Das BVerfG hat wiederholt den „Fortbestand des Strafmakels“ als einen Zustand identifiziert, an den grundsätzlich Rehabilitierungsmaßnahmen geknüpft werden können.²²³ Auf diesen sich täglich fortsetzenden Zustand beziehen sich die nachfolgenden Überlegungen zu Legitimation, Charakter und Grenzen von Rehabilitierungsmaßnahmen im Zusammenhang mit § 175 StGB.

Voraussetzung dafür, dass ungeachtet der Rechtskraft der erfolgten Verurteilungen über staatliche Reaktionen auf den fortbestehenden Strafmakel nachgedacht werden kann (u. U. muss), ist ein Verstoß der Strafandrohung gegen höherrangige Rechtsvorschriften.²²⁴ Dabei braucht an dieser Stelle noch nicht untersucht zu werden, gegen welche Vorschriften des höherrangigen Rechts eine Strafandrohung für homosexuelle Handlungen verstößt, weil es heute unumstritten ist, dass eine entsprechende Strafandrohung weder mit dem Grundgesetz noch mit der EMRK vereinbar wäre (näher dazu Teil 3 B IV 2).

Bezugspunkt einer verfassungsrechtlichen Legitimation für staatliche Rehabilitierungsmaßnahmen und Auslöser einer etwaigen Schutzpflicht zugunsten der Betroffenen bildet mithin der gegenwärtig bestehende Zustand eines fortbestehenden Strafmakels auf der Grundlage einer mit höherrangigem Recht unvereinbaren Strafandrohungs-vorschrift. Hingegen geht es nicht um die retrospektive Beurteilung der Verfassungs- oder Europarechtskonformität des § 175 StGB im Zeitraum zwischen 1949 und 1969.²²⁵ Ebenso wenig geht es darum, die Aufhebung der rechtskräftigen Urteile auf einen eingetretenen Wandel moralischer und sittlicher Auffassungen stützen oder vom bloßen Wechsel politischer Mehrheiten im Bundestag abhängig machen zu wollen.²²⁶

222 Benda/Klein/Klein, Verfassungsprozessrecht, Rn. 1381.

223 BVerfGE 101, 275 (288); BVerfG, Beschl. v. 8. März 2006, 2 BvR 486/05 (juris), Rn. 83.

224 BVerfGE, a. a. O.

225 In diese Richtung gehen aber die Überlegungen von Gärditz zur „Zeitgebundenheit von Rechtsprechung“ (Stellungnahme zur Anhörung im Rechtsausschuss im Mai 2013), S. 8 f.; sehr stark retrospektiv argumentierend auch Lautmann, RuP 2015, S. 13 f.

226 So aber die Erklärung der saarländischen Ministerpräsidentin Kramp-Karrenbauer am 12. Oktober 2012 im Bundesrat, StenBer, 901. Sitzung, BR-Plenarprotokoll 901, Anl. 7, S. 461.

Das fortwährende Unterlassen des heutigen Gesetzgebers bildet den primären verfassungsrechtlichen Prüfungsgegenstand, nicht ein etwaiges Fehlverhalten des Gesetzgebers in den Jahren zwischen 1949 und 1969 oder gar der seinerzeit auf der Grundlage der gesetzlichen Vorschriften urteilenden Gerichte.

II. Grundrechtlich-rechtsstaatlich und sozialstaatlich verankerte Schutzpflicht als Grundlage des Rehabilitierungsauftrags

1. Grundlagen

Die Rechtsprechung des BVerfG hat, beginnend mit dem sog. Fristenlösungsurteil im Jahre 1975²²⁷, eine weitere Funktion der Grundrechte des Grundgesetzes zutage gefördert, die seither als Schutzpflichtfunktion oder auch als grundrechtlicher Schutzauftrag bezeichnet wird. Die damit verbundene Vorstellung, der Verfassung die Pflicht des Staates zur Verfolgung bestimmter Schutzziele zugunsten der Grundrechtsträger zu entnehmen, ist seither in zahlreichen weiteren Entscheidungen gefestigt, ausgebaut und konkretisiert worden und bildet mittlerweile einen unumstrittenen Bestandteil des geltenden Verfassungsrechts.²²⁸ Hiermit wird zum Ausdruck gebracht, dass die Grundrechtsbestimmungen u. U. ein aktives Handeln des Staates zum Schutz bestimmter grundrechtlicher Rechtsgüter erfordern. Diese Schutzpflichten sind Bestandteil der objektiv-rechtlichen Gehalte der Grundrechtsvorschriften. Dabei geht es nicht um die Abwehr staatlicher Eingriffe, sondern um ein aktives Handeln zugunsten der geschützten Rechtsgüter, d. h. zur Erreichung bestimmter Schutzziele, hier: zur Wahrnehmung eines Rehabilitierungsauftrags.

Im vorliegenden Zusammenhang liegen die Voraussetzungen für das Bestehen einer grundrechtlichen Schutzpflicht gegenüber den von einem fortbestehenden Strafmakel Betroffenen vor, obwohl die Betroffenheit seinerzeit durch staatliche Eingriffe (den Straftatbestand des § 175 StGB sowie die Strafurteile) bewirkt worden ist; da die Eingriffswirkung mit der Vollstreckung der Urteile und spätestens mit der Tilgung der Eintragungen im Bundeszentralregister entfallen ist, ist der Staat den

227 BVerfGE 39, 1 (41 f.); eingehend hierzu *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, S. 27 f.

228 Die Entwicklung ist, jeweils mit zahlreichen Rechtsprechungsnachweisen, u. a. nachgezeichnet bei *Stern*, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 931 ff.; *Jarass*, in: *Handbuch der Grundrechte*, Bd. II, § 38 Rn. 28 ff.; *Sachs*, in: *ders.*, GG, vor Art. 1 Rn. 39 ff.

Verurteilten gegenüber nun nicht mehr als Urheber von Eingriffen (und Adressat der Grundrechte als Abwehrrechte), sondern allenfalls noch als Adressat jenes Schutzauftrages verpflichtet.

Diesen strukturellen Aspekt hat das BVerfG in seinen beiden Entscheidungen zur Bedeutung von Gesetzen zur Rehabilitierung von DDR-Unrecht (StrRehaG)²²⁹ bzw. von nationalsozialistischem Unrecht (NS-AufhG)²³⁰ jeweils explizit festgestellt; die Verurteilten müssten „den Fortbestand des Strafmakels aus einer Verurteilung“, die bestimmte Grundsätze des höherrangigen Rechts missachtet hat, nicht hinnehmen, allerdings dürfe der Gesetzgeber „aus Gründen der Rechtssicherheit und Praktikabilität rechtsstaatswidrige Entscheidungen geringeren Gewichts bestehen lassen“. In beiden Entscheidungen wurde dem Gesetzgeber dann jeweils bescheinigt, dass er seine insoweit bestehende „Schutzpflicht“ durch die Nichteinbeziehung bestimmter Straftaten nicht verletzt habe. In der Literatur zum Umgang mit den Folgen von Verurteilungen auf der Grundlage des § 175 StGB wird hierauf teilweise Bezug genommen.²³¹ Die normativen Grundlagen einer solchen Pflicht zur Rehabilitierung als Ziel staatlicher Politik würden im Kontext der Grundrechte diejenigen Verfassungsbestimmungen bilden, die durch den fortbestehenden Strafmakel betroffen sind, im vorliegenden Zusammenhang insbesondere das allgemeine Persönlichkeitsgrundrecht nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG (näher zu diesem Teil 3 B IV 2 b).

Flankierend treten das Rechtsstaats- und das Sozialstaatsprinzip als weitere normative Grundlagen des staatlichen Rehabilitierungsauftrags hinzu. Wie bereits eingangs festgestellt, ist das Rechtsstaatsprinzip nicht nur (gleichsam als Gegengrund) in Gestalt der Rechtssicherheit betroffen (dazu ausführlich Teil 3 B). Vielmehr entstammt ihm die Forderung nach materialer Gerechtigkeit, die namentlich hinter dem in § 359 StPO geregelten Wiederaufnahmeverfahren steht und vermittels diesem die Durchbrechung des Prinzips der Rechtssicherheit ermöglicht.²³² Zutreffend heißt es in einem Grundgesetz-Kommentar, dass Rechtsstaatlichkeit auch

229 BVerfGE 101, 275, Rn. 104.

230 Beschl. v. 8. März 2006, 2 BvR 486/05 (juris), Rn. 89.

231 Freilich ohne nähere dogmatische Fundierung; vgl. etwa *Bruns*, in: Landesstelle für Gleichbehandlung, S. 26 (41); *Wasmuth*, in: FS Rehbinder, S. 791 (allerdings mit unklarer Herleitung und zu weitgehenden Forderungen, u. a. unter Begründung eines subjektiven Rechts der Betroffenen auf S. 808 ff.); a. A. (ohne nähere Begründung) *Mengel*, in: Landesstelle für Gleichbehandlung, S. 63.

232 BVerfGE 22, 322 (329); *Frister*, in: Wolter (Hrsg.), SK-StPO, Vorbemerkungen zu § 359, Rn. 1.

bedeute, „die Relativität rechtlicher Entscheidungen anzuerkennen“.²³³ In den Worten von *Gustav Radbruch* ist die Gerechtigkeit – neben der Rechtssicherheit – die „zweite große Aufgabe des Rechts“.²³⁴ Dies schließt die Fähigkeit des Rechtsstaats zur Selbstkorrektur (jeweils innerhalb bestimmter, im nachfolgenden Teil auszuleuchtender Grenzen) mit ein.²³⁵

Schließlich bildet anerkanntermaßen auch das soziale Staatsziel nach Art. 20 Abs. 1 GG die Grundlage für verschiedene Tatbestände des sog. sozialen Entschädigungsrechts, die als Folge des Dritten Reichs explizit zur Wiedergutmachung des nationalsozialistischen Unrechts geschaffen worden sind, auch dies wiederum Hand in Hand mit dem Rechtsstaatsprinzip.²³⁶ Im Hinblick auf das Kriegsfolgenrecht hat das BVerfG festgestellt, dass der Gesetzgeber vor dem Hintergrund des in Art. 20 Abs. 1 GG verpflichtet sei, „insoweit einen innerstaatlichen Lastenausgleich vorzusehen“. Dabei benennt es ausdrücklich das Rechts- und das Sozialstaatsprinzip als „Wurzeln“ der Wiedergutmachung früheren Unrechts.²³⁷

2. Konsequenzen

Wie bereits festgestellt, ist der soeben beschriebene grundrechtlich-rechtsstaatlich und überdies sozialstaatlich fundierte Auftrag des Staates in der Rehabilitierungspolitik auf das Ziel, nicht hingegen auf einzelne Maßnahmen gerichtet. Im Normalfall erschöpft sich die durch Verfassungsinterpretation ermittelte Pflicht des Staates darin, überhaupt in der vorgezeichneten Schutzrichtung tätig zu werden, erstreckt sich aber nicht darauf, bestimmte, konkrete Handlungen zu erbringen. Erstadressat der Schutzpflicht ist daher der Gesetzgeber, dem bei ihrer Erfüllung ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsbereich zusteht.²³⁸ Eine Missachtung der Schutzpflicht liegt grundsätzlich erst dann vor, „wenn die öffentliche Gewalt Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen hat oder die getroffenen Regelungen und Maßnahmen

233 Gärditz, in: Berliner Kommentar zum GG, Band 2, 31. Lieferung, C Art. 20 (6. Teil), Rn. 17.

234 Aphorismen zur Rechtsweisheit, 1963, S. 23, Nr. 77.

235 Darauf machen *Straßmeir/Ullrich*, ZRP 2013, S. 79, aufmerksam.

236 Hierzu *Zacher*, in: HdbStR II, 2004, § 28 Rn. 45.

237 BVerfG, NJW 1991, S. 1597 (1600).

238 Explizit BVerfGE 77, 170 (214 f.); 88, 203 (262); 97, 169 (176).

gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen oder erheblich dahinter zurückbleiben“.²³⁹

Dementsprechend kann aus dem Rehabilitierungsauftrag nicht abgeleitet werden, dass explizit etwa die kollektive Rehabilitierungsmaßnahme der Aufhebung der einschlägigen Strafurteile und/oder eine kollektive Entschädigung bestimmt werden müssten. Allerdings ist der Staat angesichts des fortbestehenden Strafmakels verpflichtet, dessen Vereinbarkeit mit den Maßstäben des höherrangigen Rechts zu prüfen und – dies im Lichte der nachfolgenden Ausführungen zu den etwaigen Grenzen von Rehabilitierungsmaßnahmen – sein bisheriges Unterlassen neu zu bewerten. Sollte sich im nachfolgenden Abschnitt ergeben, dass einerseits ein besonders qualifizierter Verstoß gegen höherrangige Verfassungsnormen vorliegt und andererseits beispielsweise die Rehabilitierungsmaßnahme einer kollektiven Entschädigungsleistung an keinerlei verfassungsrechtliche Grenzen stößt, dürfte nur schwer zu begründen sein, warum auch diese Maßnahme bislang nicht verwirklicht worden ist, obwohl sowohl der Bundestag als auch der Bundesrat durch den Straftatbestand gegenüber der sog. einfachen Homosexualität die Menschenwürde der Betroffenen als verletzt erachtet haben. Dabei ist nochmals zu betonen, dass den Betroffenen insoweit grundsätzlich kein subjektives Recht eingeräumt ist, zum einen nicht, weil die Schutzpflichtfunktion Bestandteil der objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalte ist, zum anderen nicht, weil die Schutzpflicht nicht bereits auf konkrete einzelne Maßnahmen gerichtet ist, diese vielmehr erst nach gesetzgeberischer Entscheidung zu bestimmen sind.²⁴⁰

239 BVerfGE 92, 26 (46); 79, 174 (202).

240 Insoweit a. A. Wasmuth, in: FS Rehbinder, S. 808 f.

Teil 3: Verfassungsrechtliche Grenzen gegenüber Maßnahmen der kollektiven Rehabilitierung

Die nachfolgende Untersuchung orientiert sich im Ausgangspunkt an den bisher insbesondere gegen die Rehabilitierungsmaßnahme „Aufhebung der einschlägigen Strafurteile“ geltend gemachten verfassungsrechtlichen Bedenken, obgleich kaum anzunehmen ist, dass das BVerfG ein durch den demokratisch legitimierten Gesetzgeber verabschiedetes Aufhebungsgesetz für verfassungswidrig erklären würde.²⁴¹ Selbstverständlich kann im thematisch vorgegebenen (und somit auch begrenzten) Rahmen dieses Gutachtens nicht etwa ein Allgemeiner Teil des Rehabilitierungsrechts unter dem Grundgesetz entfaltet werden. Von Interesse ist allein, unter welchen Voraussetzungen eine kollektive Rehabilitierung möglich sein kann und ob diese Voraussetzungen konkret im Hinblick auf den Umgang mit § 175 StGB vorliegen.

A. Keine verfassungsrechtlichen Grenzen gegenüber der kollektiven Entschädigung

Die oben (Teil 2 B IV) skizzierte Rehabilitierungsmaßnahme der kollektiven Entschädigungsleistung stößt jedenfalls dann nicht an verfassungsrechtliche Grenzen, wenn sie isoliert, d. h. ohne dass gleichzeitig die einschlägigen Strafurteile aufgehoben werden, verwirklicht würde. Dann handelte es sich um eine Art freiwillige Sozialleistung, die bei Beachtung der Vorgaben des allgemeinen Gleichheitssatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG (zu diesem näher D) und bei Vorhandensein des entsprechenden politischen Willens nebst der Bereitschaft zum Einsatz der erforderlichen Haushaltsmittel verfassungsrechtlich unproblematisch verwirklicht werden könnte.²⁴²

²⁴¹ Ebenso *Straßmeir/Ullerich*, ZRP 2013, S. 77.

²⁴² Ebenso die Sachverständigen *Keßler* und *Gärditz*, ausweislich des Protokolls der öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses vom 15. Mai 2013, S. 32 bzw. 36. Auch *Dreier*, in: FS BVerfG, S. 176 f., erachtet kollektive Entschädigungsleistungen im Verfassungsstaat für grundsätzlich unproblematisch.

Würde die Rehabilitierungsmaßnahme „kollektive Entschädigungsleistung“ zusätzlich zu der Rehabilitierungsmaßnahme einer Aufhebung der einschlägigen Strafurteile beschlossen, so würde sie jedenfalls an keine weitergehenden verfassungsrechtlichen Grenzen stoßen als die Aufhebung selbst. Daher kann auf die diesbezüglich erforderliche Rechtfertigung (gleichsam *a maiore ad minus*) im Hinblick auf die Verfassungsgrundsätze der Rechtssicherheit, der Gewaltenteilung und des Art. 3 Abs. 1 GG (sogleich B – D) verwiesen werden.

B. Der Grundsatz der Rechtssicherheit als Grenze gegenüber einer Aufhebung der einschlägigen Strafurteile?

I. Inhalt und Bedeutung

Der Option einer Aufhebung der einschlägigen Strafurteile wird zuerst der Grundsatz der Rechtssicherheit entgegengehalten, der einen seit jeher anerkannten Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips nach Art. 20 Abs. 3 GG bildet. Er verlangt nicht nur einen geregelten Verlauf des Rechtsfindungsverfahrens, sondern auch einen Abschluss, dessen Rechtsbeständigkeit gesichert ist.²⁴³ In den Worten des BVerfG sind „Rechtsfrieden und Rechtssicherheit [...] von so zentraler Bedeutung für die Rechtsstaatlichkeit, dass um ihretwillen die Möglichkeit einer im Einzelfall vielleicht unrichtigen Entscheidung in Kauf genommen werden muss“. Damit ist das einfachgesetzlich begründete Institut der Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen gleichzeitig verfassungsrechtlich gerechtfertigt; die Rechtskraft bewirkt die prinzipielle Endgültigkeit von Streitentscheidungen.²⁴⁴

Sind Dritte betroffen, tritt dem Rechtssicherheits- überdies der Vertrauensschutzgrundsatz zur Seite, der allerdings im vorliegenden Zusammenhang keine Rolle spielt. Denn weder sind im Falle der sog. einfachen Homosexualität Dritte zu „Opfern“ der entsprechenden Betätigungen geworden²⁴⁵ noch besteht eine irgendwie geartete Schutzposition der seinerzeit beteiligten Gerichte oder gar der einzelnen Richterinnen und Richter an der Rechtsbeständigkeit der Urteile.

²⁴³ So bereits BVerfGE 2, 380 (381).

²⁴⁴ BVerfGE 47, 146 (161); vgl. ferner BVerfGE 107, 395 (401 f.).

²⁴⁵ Dies konzediert ausdrücklich auch Gärditz, Stellungnahme zu den Anträgen BT-Drucks. 17/10841 u. 17/4042, S. 3 f.

II. Anerkannte Durchbrechungen im Zusammenhang mit gegen höherrangiges Recht verstoßenden Straftatbeständen

Noch einmal sei daran erinnert, dass es ausschließlich um Durchbrechungen im Zusammenhang mit Strafurteilen geht und dass das Strafrecht innerhalb der Gesamtrechtsordnung einen Ausschnitt bildet, in dem aufgrund der Intensität der belastenden Rechtsfolge Verstöße der Strafvorschriften und der auf ihnen beruhenden Verurteilungen gegen höherrangiges Recht durchaus stärker ins Gewicht fallen; mit den Worten von *Bethge*²⁴⁶ bildet das rechtskräftige Strafurteil, das auf einer grundgesetzwidrig erlassenen oder ausgelegten Norm beruht (also der Fall des § 79 Abs. 1 BVerfG), den „Extremfall des Verstoßes gegen die Gerechtigkeit“.

1. Im Falle eines Systemumbruchs

Insoweit hat der Gesetzgeber bislang in zwei Fällen die Aufhebung einschlägiger Strafurteile aufgrund von deren Unvereinbarkeit mit höherrangigem Recht ermöglicht (so im Falle des StrRehaG durch die Erklärung für rechtsstaatswidrig) bzw. selbst herbeigeführt (so im Falle des NS-AufhG). Auf beide Gesetze ist bereits oben (Teil 1 D I 2) hingewiesen worden. Beide Gesetze sind durch das BVerfG gebilligt worden: Das StrRehaG durch das Urteil vom 7. Dezember 1999²⁴⁷ und das NS-AufhG durch den Beschluss vom 8. März 2006²⁴⁸. Beide Entscheidungen haben im Schrifttum Zustimmung gefunden.

Als tatbestandliche Voraussetzung für die Erklärung der einschlägigen Strafurteile als rechtsstaatswidrig auf der Grundlage des StrRehaG hat das BVerfG in der Entscheidung aus dem Jahr 1999 den „Fortbestand des Strafmakels aus einer Verurteilung, die die in der Völkergemeinschaft allgemein anerkannten Menschenrechte in schwerwiegender Weise missachtet hat“, erkannt. In der Entscheidung aus dem Jahr 2006 stellte das Gericht fest, dass es nicht gegen das Rechtssicherheitsgebot verstoße, „richterliche Urteile, die [...] auf Bestimmungen beruhen, die gravierenden Unrecht verkörpern, und daher offenes Unrecht darstellen“, durch Gesetz aufzuheben.²⁴⁹ In beiden Fällen ging es um Durchbrechun-

246 In: Maunz, BVerfGG, § 79 Rn. 3.

247 BVerfGE 101, 275; befürwortend Dreier, in: FS BVerfG, S. 191.

248 BVerfG, Beschl. v. 8. März 2006, 2 BvR 486/05 (juris).

249 Beschl. v. 8. März 2006, a. a. O., Rn. 75.

gen im Zusammenhang mit einem grundlegenden politischen Systemwechsel.

2. Innerhalb der zeitlichen Geltung des Grundgesetzes

Wie bereits im Abschnitt über die potenziellen Rehabilitierungsmaßnahmen festgestellt (Teil 2 B V 1 a), ermöglicht § 359 StPO die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens zugunsten des Verurteilten und damit eine weitere Durchbrechung des Grundsatzes der Rechtssicherheit. Gemäß § 359 Nr. 6 StPO ist diese Option dann eröffnet, wenn der EGMR eine Verletzung der EMRK oder ihrer Protokolle festgestellt hat und das Urteil auf dieser Verletzung beruht. In diesem Fall muss also die Konventionsverletzung zuvor in einem individuellen Verfahren festgestellt worden sein, bevor in einem weiteren individuellen Verfahren über die Wiederaufnahme entschieden wird. Zielt dieses Verfahren mithin auf die Aufhebung von Verurteilungen, die auf einem Verstoß gegen die EMRK beruhen, so regelt § 79 Abs. 1 BVerfGG die Möglichkeit der Wiederaufnahme nach § 359 StPO²⁵⁰ in denjenigen Fällen, in denen die Verurteilung auf einer durch das BVerfG mit dem Grundgesetz für unvereinbar erklärten Strafvorschrift beruht. Hierdurch soll ein Ausgleich zwischen den Rechten der betroffenen Verurteilten einerseits und dem Grundsatz der Rechtssicherheit andererseits hergestellt werden.²⁵¹ Das BVerfG hat dieser Lösung schon früh bescheinigt, verfassungsgemäß zu sein.²⁵²

III. Kein abschließender Charakter und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers

Etwaige Durchbrechungen des Grundsatzes der Rechtssicherheit können allein durch den Gesetzgeber begründet werden, der überdies im Abschnitt über das Bestehen einer staatlichen Schutzpflicht als deren Erstadressat identifiziert worden ist (Teil 2 C II 2). Vor diesem Hintergrund ist es durchaus bemerkenswert, dass im Gegensatz zum Bundestag, der in wechselnden Besetzungen immer wieder Anläufe zur Ergreifung von Rehabilitierungsmaßnahmen im Zusammenhang mit § 175 StGB

250 Nach allgemeiner Auffassung kann § 79 Abs. 1 BVerfG als zusätzlicher Wiederaufnahmegrund i. S. v. § 359 StPO gelesen werden; vgl. *Grafhof*, in: *Umbach/Clemens/Dollinger*, BVerfGG, § 79 Rn. 11; *Bethge*, in: *Maunz*, BVerfGG, § 79 Rn. 23 f.

251 Vgl. nur *Frister*, in: *Wolter*, SK-StPO, § 359 Rn. 1 f.; *Bethge*, in: *Maunz*, BVerfGG, § 79 Rn. 2.

252 BVerfGE, 2, 380 (403 f.).

unternommen hat (vgl. Teil 1 D II), insbesondere von der Exekutive immer wieder Skepsis²⁵³ bzw. Prüfungsvorbehalte geäußert werden²⁵⁴.

In der Sache selbst gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass die im vorherigen Abschnitt beschriebenen bislang anerkannten Durchbrechungen des Grundsatzes der Rechtssicherheit als abschließend anzusehen wären, mit der Konsequenz, dass der demokratisch legitimierte Gesetzgeber keine weiteren Maßnahmen zur Erfüllung seines Rehabilitierungsauftrages beschließen könnte. Wenn angeführt wird, dass „rechtssystematisch“ gegen eine Aufhebung der Verurteilungen auf der Grundlage des § 175 StGB spräche, dass diese sich nicht „in das bestehende Rehabilitationsrecht“ einfügen lasse²⁵⁵ bzw. dass gar ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG darin liege, dass sich „eine kohärente Einpassung in das geltende Rehabilitationsrecht nicht vornehmen“ ließe²⁵⁶, dann wird hierdurch zwar die Notwendigkeit einer sorgfältigen Prüfung etwaiger Gründe für eine Durchbrechung jenes Grundsatzes zutreffend betont. Der bloße Schluss aus dem Umstand des bisherigen Fehlens eines Aufhebungsgesetzes zwecks Rehabilitierung innerhalb der zeitlichen Geltung des Grundgesetzes auf dessen Verfassungswidrigkeit greift aber zu kurz. Insoweit hat der Sachverständige Schwarz das Richtige getroffen, indem er feststellt, dass es sich um eine „Abwägungsfrage“ handle, bei deren Behandlung „auch Rechtspolitiker zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen mögen“ und daher „die Frage aus der Perspektive der Sachverständigen letzten Endes in die Politik zurückgespielt“ werde.²⁵⁷

Der Blick auf die bislang anerkannten Durchbrechungen erweist zunächst, dass das Arsenal der staatlichen Rehabilitierungsmaßnahmen jedenfalls nicht auf das Wiederaufnahmeverfahren beschränkt ist.²⁵⁸ Vielmehr bieten Aufhebungsgesetze eine bereits bislang praktizierte und (wenngleich lediglich für den Fall des Systemumbruchs) anerkannte Alternative. Diese Alternative wiederum ist von Verfassungsrechts we-

253 Vgl. etwa das Protokoll der 901. Sitzung des Bundesrats vom 12.10.2012, S. 461 f.

254 Immerhin halten es die Justizministerinnen und Justizminister ausweislich ihres Beschlusses auf der Frühjahrskonferenz am 17. und 18. Juni 2015 in Stuttgart „für erforderlich, dass die Betroffenen rehabilitiert und entschädigt werden“ und dass es hierfür „zeitnah bundesgesetzlicher Regelungen“ bedürfe. Hinsichtlich des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz wird sodann mitgeteilt (zu Ziffer 6), dass dieses die Möglichkeiten weiterhin „prüfe“.

255 Gärditz, Stellungnahme zu den Anträgen BT-Drucks. 17/10841 u. 17/4042, S. 5.

256 A. a. O., S. 12.

257 Protokoll der Anhörung zur 132. Sitzung des Rechtsausschusses am 15. Mai 2013, S. 23.

258 So aber Löhnig, ZRP 2013, S. 221.

gen nicht auf den Fall des Systemumbruchs beschränkt. Der bisherigen Rechtsprechung zum StrRehaG bzw. zum NS-AufhG lassen sich dahingehende Äußerungen jedenfalls nicht entnehmen. Im Gegenteil spricht das BVerfG in seinem Beschluss vom 8. März 2006 zum NS-AufhG²⁵⁹ allgemein, d. h. ohne expliziten Bezug zum Fall der Überwindung eines Unrechtsregimes davon, dass eine Generalkassation formell fortbestehender Strafurteile auch dann in Betracht kommen könnte, wenn diese „auf Bestimmungen beruhen, die gravierendes Unrecht verkörpert und daher offenes Unrecht darstellen (Rn. 75)“.

Bereits in seinem Urteil vom 1. Juli 1953, mit dem die Option des Wiederaufnahmeverfahrens grundsätzlich legitimiert worden ist²⁶⁰, hat das Gericht festgestellt, dass Urteile zwar grundsätzlich „nicht nur wegen eines Wandels der Rechtsauffassung wieder beseitigt werden“ können. Im unmittelbar daran anschließenden Satz stellt es aber wörtlich fest: „Eine Ausnahme von dieser Regel könnte nur dann gerechtfertigt sein, wenn besonders zwingende und schwerwiegende, den Erwägungen der Rechtssicherheit übergeordnete Gründe dazu Anlass geben.“ Sodann bescheinigt es dem Gesetzgeber des von ihm seinerzeit zu prüfenden Gesetzes, dass „begrenzte fiskalische Interessen“ insoweit nicht ausreichend wären. Nüchtern betrachtet, bedeutet die Aussage in dieser Formulierung des BVerfG, dass bei Vorliegen besonders zwingender und schwerwiegender Gründe eine Durchbrechung des Grundsatzes der Rechtssicherheit auch außerhalb der Fälle eines Systemumbruchs von Verfassungsrechts wegen nicht ausgeschlossen ist.

Damit verbindet sich auch keine „für den Rechtsstaat höchst schädliche Gleichsetzung von Urteilen aus einem barbarischen Regime mit unter der Geltung des Grundgesetzes ergangenen Urteilen“.²⁶¹ Denn selbstverständlich würde die Aufhebung der vergleichsweise kleinen Zahl von Verurteilungen auf der Grundlage des § 175 StGB (im Verhältnis zur gesamten bundesrepublikanischen Strafrechtspflege) nicht im entferntesten eine kategoriale Gleichsetzung der Urteile jenes Unrechtsregimes mit den Urteilen aus der Nachkriegszeit bedeuten, sondern im Gegenteil die unbestrittene und weltweit geschätzte Qualität der Bundesrepublik Deutschland als Rechtsstaat zusätzlich und ein weiteres Mal unter

259 2 BvR 486/05 (juris).

260 BVerfGE 2, 280 (405).

261 So aber *Löhnig*, Stellungnahme zu den Anträgen BT-Drucks. 17/10841 u. 17/4042, Ziffer 3b.

Beweis stellen.²⁶² Eine Rechtfertigung zugunsten einer auch innerhalb der zeitlichen Geltung des Grundgesetzes, d. h. ohne Vorliegen eines Systemumbruchs möglichen Rehabilitierungsmaßnahme „Aufhebung von Strafverurteilungen, die auf Straftatbeständen im Widerspruch zu höherrangigem Recht beruhen“, ergibt sich vielmehr gerade daraus, dass im Unterschied zu den Maßnahmen des vorherigen Unrechtsregimes die Bundesrepublik Deutschland für die in der Nachkriegszeit getroffenen Entscheidungen unmittelbar Verantwortung trägt und der Maßstab des Grundgesetzes von Anfang an hierfür auch Geltung beansprucht hat.²⁶³

Besonders auffällig in diesem Zusammenhang ist schließlich, dass das BVerfG in allen einschlägigen Entscheidungen zu Rehabilitierungsmaßnahmen betont, dass dem Gesetzgeber von Verfassungen wegen ein „weiter Gestaltungsspielraum“ eingeräumt sei und dass die von ihm getroffenen Regelungen und Maßnahmen erst dann eine Verletzung von Verfassungsrecht darstellen würden, wenn sie „offensichtlich gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind“, um das jeweilige Rehabilitierungsziel zu erreichen.²⁶⁴

IV. Die Voraussetzungen für eine Durchbrechung der Rechtssicherheit außerhalb eines Systemumbruchs und ihr Vorliegen im Zusammenhang mit § 175 StGB

1. Rehabilitierungsauftrag qua grundrechtlich-rechtsstaatlicher und sozialstaatlicher Schutzpflicht

Wie bereits festgestellt (Teil 2 C II), ist der Staat im Falle eines fortbestehenden Strafmakels aufgrund eines Straftatbestands, der mit höherrangigem Recht unvereinbar ist, zum Erlass von Rehabilitierungsmaßnahmen grundsätzlich berechtigt, er handelt hierbei in Erfüllung eines grundrechtlich-rechtsstaatlich und sozialstaatlich fundierten Rehabilitierungsauftrags. Im Einklang mit der allgemeinen Dogmatik zu den staatlichen Schutzpflichten unter dem Grundgesetz verbindet sich hiermit auch eine Schuttermächtigung dahingehend, dass etwa Eingriffe in die Grundrechte anderer (darum geht es hier nicht), aber auch Durchbre-

²⁶² In dieser Richtung auch der Sachverständige *Keßler* in seiner Stellungnahme zu den Anträgen BT-Drucks. 17/10841 u. 17/4042, S. 3 f.; ferner *Straßmeir/Ullrich*, ZRP 2013, S. 76 (78).

²⁶³ Vgl. bereits *Wasmuth*, in: FS Reh binder, S. 809.

²⁶⁴ Vgl. BVerfGE 22, 322 (329); 79, 174 (202); 101, 275 (288); BVerfG, Beschl. v. 8. März 2006, 2 BvR 486/05 (juris), Rn. 84.

chungen anderer Verfassungsgrundsätze (im vorliegenden Zusammenhang des Grundsatzes der Rechtssicherheit) erleichtert werden.²⁶⁵

Während der Rehabilitierungsauftrag aus Anlass eines fortbestehenden Strafmakels dem Grunde nach bereits entsteht, wenn die infrage stehende Strafvorschrift (hier: § 175 StGB) unvereinbar mit Vorschriften des höherrangigen Rechts ist, müssen konkret im Hinblick auf Rehabilitierungsmaßnahmen, mit denen sich eine Durchbrechung des Grundsatzes der Rechtssicherheit verbindet, zusätzliche Voraussetzungen erfüllt sein. In Anbetracht der Rechtsprechung zu den bisher anerkannten Durchbrechungen des Grundsatzes der Rechtssicherheit reicht insoweit das bloße Vorliegen eines gleichsam schlichten Verstoßes gegen höherrangiges Recht nicht aus, vielmehr muss es sich um einen qualifizierten Verfassungsverstoß handeln (dazu 2). Des Weiteren ist zur Wahrung des Ausnahmecharakters solcher Durchbrechungen festzustellen, ob der Strafmakel auf einer klar abgrenzbaren Gruppe von Betroffenen lastet oder sich eher unspezifisch in unterschiedlichen Betroffenheiten äußert (dazu 3).

Noch einmal zu betonen ist, dass sich sämtliche Überlegungen primär auf die durch den Gesetzgeber selbst zu verantwortende Strafvorschrift (§ 175 StGB) beziehen, nicht auf die auf der Grundlage dieser Vorschrift ergangenen Strafurteile.

2. Qualifizierter Verfassungsverstoß

a) Begründung und Beschreibung

Das BVerfG hat das Erfordernis eines qualifizierten Verfassungsverstoßes bereits in seinem Urteil vom 1. Juli 1953 zu den allgemeinen Rahmenbedingungen für eine Durchbrechung des Grundsatzes der Rechtssicherheit vorgezeichnet.²⁶⁶ Danach kommt eine Durchbrechung jedenfalls dann in Betracht, wenn „besonders zwingende und schwerwiegende, den Erwägungen der Rechtssicherheit übergeordnete Gründe dazu Anlass geben“. Konkret im Hinblick auf den Umgang mit Strafurteilen auf der Grundlage des § 175 StGB ist daraus abgeleitet worden,

²⁶⁵ Allgemein zu diesen Zusammenhängen vgl. nur *Jarass*, in: Handbuch der Grundrechte II, § 38 Rn. 38.

²⁶⁶ BVerfGE 2, 380 (405).

dass eine Durchbrechung nur bei Vorliegen „qualifizierter Verfassungsverstöße“ in Betracht komme.²⁶⁷

Daraus dürfte folgen, dass Straftatbestände, die ausschließlich einen Verstoß gegen das Auffanggrundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG darstellen, indem sie nicht auf legitime öffentliche Belange gestützt sind bzw. sich im Rahmen der allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprüfung den Grundsätzen der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit nicht standhalten, grundsätzlich nicht hinreichend qualifiziert wären, um die Aufhebung darauf gestützter rechtskräftiger Strafurteile rechtfertigen zu können. Entsprechendes dürfte bei Verstößen gegen den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG in seiner „Basisversion“ als bloßes Willkürverbot gelten.

Eindeutig als qualifizierte Verfassungsverstöße anzusehen wären hingegen Verstöße gegen Art. 1 Abs. 1 GG, welcher nach der sog. Ewigkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG selbst im Wege der Verfassungsänderung nicht berührt werden dürfte. Auch Grundgesetzverstöße unterhalb dieser Grenze können als qualifizierte Verfassungsverstöße im vorliegenden Zusammenhang angesehen werden, jedenfalls soweit der Menschenwürdekern, der in mehreren anderen Grundrechten steckt, betroffen ist. Ebenfalls von einem qualifizierten Verfassungsverstoß wird man bei einer Strafvorschrift ausgehen müssen, deren Rechtsfolgen in den Worten von § 1 Abs. 1 Nr. 2 StrRehaG „in grobem Missverhältnis zu der zugrunde liegenden Tat stehen“.

Verstieße eine noch bestehende Strafvorschrift in einer solchermaßen qualifizierten Weise gegen die Verfassung, würde sie durch das BVerfG für nichtig erklärt, und zwar *ex tunc*. Die hiervon Betroffenen hätten nach § 79 Abs. 1 BVerfGG einen Anspruch auf Einleitung eines Wiederaufnahmeverfahrens. Dieser Weg ist im vorliegenden Zusammenhang verschlossen, weil der Gesetzgeber selbst die Strafbarkeit der sog. einfachen Homosexualität durch Reform des § 175 StGB im Jahre 1969 aufgehoben und damit vor der zweifelsohne früher oder später erfolgten Kassation jener Fassung des § 175 StGB durch das BVerfG „bewahrt“

²⁶⁷ Vgl. Gärditz, Stellungnahme zu den Anträgen BT-Drucks. 17/10841 u. 17/4042, S. 4. Ausweislich seiner Einlassung im Rahmen der am 15. Mai 2013 durchgeführten öffentlichen Anhörung scheint Gärditz davon auszugehen, dass ein solcher Verfassungsverstoß im vorliegenden Zusammenhang vorliegt, indem er feststellt, „dass die Rechtskraft der seinerzeitigen Urteile verfassungsrechtlich nicht an einer abstrakt-generellen Aufhebung durch Gesetz hindern würde“ (S. 5 des Protokolls).

hat; es trägt m. E. sehr zur Legitimation des nun infrage stehenden Aufhebungsgesetzes bei, dass die Betroffenen nun gleichsam dafür, dass der Gesetzgeber immerhin im Jahr 1969 die verfassungswidrige Strafandrohungsvorschrift des § 175 StGB kassiert hat, büßen müssten, indem man ihnen den Grundsatz der Rechtssicherheit entgegenhält.

b) Vorliegen der Voraussetzungen im Hinblick auf § 175 StGB

aa) Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 GG (Menschenwürde)?

Bemerkenswerterweise gehen drei oberste Bundesorgane (Bundestag, Bundesrat und Bundesregierung) davon aus, dass sich mit den Verurteilungen Eingriffe „in die durch Art. 1 Abs. 1 des Grundgesetzes geschützte Menschenwürde“ verbinden (stellvertretend: Entschließung des Bundesrates vom 10. Juli 2015).²⁶⁸ Nach Art. 1 Abs. 1 GG ist „die Würde des Menschen [...] unantastbar“ und „sie zu achten und zu schützen [...] Verpflichtung aller staatlichen Gewalt“. Auch in der Literatur gibt es mehrere Stimmen, die im vorliegenden Zusammenhang einen Verstoß gegen diese Verfassungsbestimmung annehmen.²⁶⁹ Demgegenüber sieht der Sachverständige *Gärditz* in der „Hochzönung“ der seiner Auffassung nach durch Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützten freien Entfaltung der Sexualität zum unmittelbaren Bestandteil der unantastbaren Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG eine Art Banalisierung jenes verfassungsrechtlichen Höchstwerts und letzten Bezugspunkt der Rechtsordnung.²⁷⁰ Allenfalls im Einzelfall käme im Hinblick auf ein übermäßiges Strafmaß ein Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 GG in Betracht.

An dieser Stelle macht sich bemerkbar, dass bis heute nicht eindeutig geklärt ist, ob der Menschenwürdesatz des Art. 1 Abs. 1 GG überhaupt eine eigenständige Grundrechtsgewährleistung darstellt.²⁷¹ Sowohl im Schrifttum als auch in neueren Entscheidungen des BVerfG lassen sich auch Einschätzungen nachweisen, die in die gegenteilige Richtung weisen, indem beispielsweise die Menschenwürde als „Wurzel aller Grundrechte“²⁷² oder als „tragendes Konstitutionsprinzip und oberster

²⁶⁸ BR-Drucks. 189/15, S. 1.

²⁶⁹ Vgl. nur *Bruns*, in: Landesstelle für Gleichbehandlung, S. 41; *Wasmuth*, in: FS Rehinder, S. 794.

²⁷⁰ Stellungnahme zu den Anträgen BT-Drucks. 17/10841 u. 17/4042, S. 6; skeptisch auch *Krieg/Wieckhorst*, *Der Staat* 54 (2015), S. 542 f.

²⁷¹ Dafür u. a. BVerfGE 15, 283 (286); 61, 126 (137); zum Meinungsspektrum in der Literatur: *Höfling*, in: Sachs, GG, Art. 1 Rn. 5 mit Fn. 15.

²⁷² BVerfGE 93, 266 (293).

Verfassungswert²⁷³ bezeichnet wird.²⁷⁴ Die sich damit verbindende Grundsatzfrage kann und soll im folgenden Zusammenhang nicht aufgelöst werden. Denn für die Annahme eines „qualifizierten Verfassungsverstoßes“ als Voraussetzung für die Durchbrechung des Grundsatzes der Rechtssicherheit würde unter den nachfolgend dargelegten Voraussetzungen auch die Annahme eines Verstoßes gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG ausreichen.

bb) Jedenfalls hinreichend qualifizierter Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG

Unumstritten ist zunächst, dass das Grundgesetz den intimen Sexualbereich des Menschen als Teil seiner „engeren persönlichen Lebenssphäre“ unter den verfassungsrechtlichen Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG stellt.²⁷⁵ Dazu gehört, dass der Einzelne sein Verhältnis zur Sexualität und seine geschlechtlichen Beziehungen zu einem Partner einrichten und grundsätzlich selbst darüber befinden kann, ob, in welchen Grenzen und mit welchen Zielen er Einwirkungen Dritter darauf hinnehmen will.²⁷⁶

(1) Eingriff in den unantastbaren Kernbereich bzw. ausweglose Betroffenheit

Das BVerfG hat zwei Konstellationen identifiziert, in denen der Menschenwürdegehalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts verletzt wird. Zum einen ist dies der Fall, wenn in den Kernbereich privater Lebensgestaltung eingegriffen wird²⁷⁷, d. h. wenn der diesem Grundrecht inwohnende Menschenwürdekern betroffen wird²⁷⁸. Ob ein Sachverhalt dem unantastbaren Kernbereich zuzuordnen ist, hängt davon ab, ob

273 BVerfGE 109, 279 (311).

274 Vgl. aus der Literatur statt vieler *Dürig*, in: Maunz/Dürig; aus neuerer Zeit etwa *Isensee*, AöR 131 (2006), S. 173, S. 209 f.; *Dreier*, in: ders., GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 124 ff.

275 St. Rspr. seit BVerfGE 6, 389 (432); 47, 46 (73) sowie aus neuerer Zeit BVerfGE 121, 175 (190); 128, 109 (124); aus dem Schrifttum vgl. *Lorenz*, in: Bonner Kommentar, Art. 2 Abs. 1, Rn. 310; *Hillgruber*, in: Umbach/Clemens, GG I, Art. 2 Abs. 1, Rn. 50 m. w. N. Kritisch zur pauschalen Zuordnung der sexuellen Selbstbestimmung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht *Dreier*, in: ders., GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 37. Diese Kritik dürfte aber die hier infrage stehende Betroffenheit des Zustandes, homosexuell zu sein, nicht betreffen.

276 BVerfGE 120, 224 (238 f.); vgl. auch BVerfGE 47, 46 (73 f.); 60, 123 (134); 88, 87 (97); 96, 56 (61).

277 BVerfGE 27, 344 (351); 65, 1 (44); 96, 56 (61).

278 *Lorenz*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 133. Erg.-lfg. April 2008, Art. 2 Abs. 1, Rn. 284; so auch BVerfGE 109, 279 (312 ff.); siehe dazu auch *Hillgruber*, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 1 Rn. 27 m. w. N.

er nach seinem Inhalt höchstpersönlichen Charakters ist,²⁷⁹ also auch davon, in welcher Art und Intensität er aus sich heraus die Sphäre anderer oder Belange der Gemeinschaft berührt. Maßgeblich sind nach der verfassungsgerichtlichen Judikatur insofern die Besonderheiten des jeweiligen Falles.²⁸⁰ Der Sexualbereich ist dabei als grundsätzlich der Privatsphäre zuzuordnender Bereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, häufig der unantastbaren Intimsphäre, d. h. dem Kernbereich privater Lebensgestaltung, zuzurechnen.²⁸¹ In seiner „Inzest“-Entscheidung hat das BVerfG einen solchen unzulässigen Kernbereichseingriff verneint. Zwar würden der privaten Lebensgestaltung insbesondere dadurch Grenzen gesetzt, dass bestimmte Ausdrucksformen der Sexualität zwischen einander nahestehenden Personen pönalisiert werden. Darin liege jedoch deshalb kein dem Gesetzgeber von vornherein verwehrter Eingriff in den Kernbereich privater Lebensgestaltung, weil der Beischlaf zwischen Geschwistern nicht ausschließlich diese selbst betreffe, sondern in die Familie und die Gesellschaft hineinwirke und außerdem Folgen für aus der Verbindung hervorgehende Kinder haben könne.²⁸²

Diese Erwägungen treffen auf den Fall einer strafrechtlichen Sanktionierung homosexueller Handlungen zwischen Männern allerdings nicht zu. Diese betreffen ausschließlich die daran beteiligten Homosexuellen selbst. Negative Einwirkungen auf die Familie oder die Gesellschaft sind objektiv nicht zu befürchten. Schließlich können aus diesen Handlungen keine Schwangerschaften und damit auch keine Kinder hervorgehen, die vermeintlichen negativen Belastungswirkungen ausgesetzt sein könnten. In der Folge erscheint vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung des BVerfG die Annahme eines Eingriffs in den unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung naheliegend.²⁸³ Anders ist dies hingegen bei strafrechtlichen Bestimmungen, die gerade auch die geschlechtliche Entwicklung oder die sexuelle Selbstbestimmung anderer, insbesondere auch von Kindern und Heranwachsenden schützen, da in

279 BVerfGE 34, 238 (248); 80, 367 (374).

280 Vgl. BVerfGE 34, 238 (248); 80, 367 (374); 109, 279 (314 f.).

281 BVerfGE 47, 46 (73); *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Lfg. 39, Juli 2001, Art. 2 Abs. 1, Rn. 200.

282 BVerfGE 120, 224 (242 f.).

283 Vgl. auch *Lang*, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 2 Rn. 39, wonach (nur) dann kein Verfassungsverstoß infolge eines Eingriffs in die Intimsphäre durch die Pönalisierung von Ausdrucksformen sexueller Selbstbestimmung vorliegt, wenn diese auf besonders schutzwürdige Dritte einwirken; *Risse, Homosexualität*, S. 64, der dann aber die „Sphärentheorie“ aus allgemein-grundrechtsdogmatischen Gründen ablehnt (S. 65 ff.).

diesen Fällen eine aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG abzuleitende Schutzpflicht gegenüber diesen Personen gegeben ist.²⁸⁴

Aber auch unter einem zweiten Blickwinkel ist ein Menschenwürdeverstoß durch die Sanktionierung der sog. einfachen Homosexualität anzunehmen. In der Inzest-Entscheidung führte das BVerfG aus, dass die Betroffenen, nachdem das strafrechtliche Inzestverbot nur ein eng umgrenztes Verhalten zum Gegenstand habe und die Möglichkeiten intimer Kommunikation nur punktuell „verkürze“, auch nicht in eine mit der Achtung der Menschenwürde unvereinbare ausweglose Lage versetzt werden würden.²⁸⁵ Eine solche ausweglose Lage war jedoch durch die Pönalisierung „einfacher“ homosexueller Handlungen gegeben. Homosexuelle Männer hatten keinerlei Möglichkeit, ihre homosexuelle Orientierung auszuleben, und waren somit vor die Wahl gestellt, entweder ihren sexuellen Bedürfnissen völlig zu entsagen oder sich strafbar zu machen. Ihr Recht auf Sexualität wurde durch § 175 StGB somit zur Gänze negiert.²⁸⁶ Die Existenz einer solchen ausweglosen Lage wird durch die zwar bis heute nicht genau ermittelte, aber unbestritten hohe Anzahl von Suiziden homosexueller Männer dokumentiert, die von Strafverfolgung oder gar Verurteilungen nach § 175 StGB betroffen waren.²⁸⁷ Im Ergebnis stellte die durch § 175 StGB hervorgerufene Sanktionierung „einfacher“ homosexueller Handlungen auch vor dem Hintergrund der dadurch geschaffenen ausweglosen Situation für homosexuelle Männer einen Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 GG dar.

(2) *Hilfsweise: Grob unverhältnismäßiger Eingriff in Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG*

Ferner lässt sich argumentieren, dass es sich bei der durch § 175 StGB hervorgerufenen Belastungswirkung für homosexuelle Männer um einen grob unverhältnismäßigen Eingriff in das allgemeine Persön-

284 *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Lfg. 39, Juli 2001, Art. 2 Abs. 1 Rn. 202.

285 BVerfGE 120, 224 (243).

286 Wortbeitrag des Sachverständigen *Kefler*, Protokoll der öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses vom 15. Mai 2013, S. 17 f.

287 Vgl. Wortbeitrag der Sachverständigen *Lautmann*, Protokoll der öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses vom 15. Mai 2013, S. 19, der auf die Frankfurter Homosexuellenprozesse 1950/1951 hinweist, in deren Zusammenhang es zu sechs Selbsttötungen von wegen § 175 StGB strafrechtlichen Verfolgten kam.

lichkeitsrecht gehandelt hat, sodass diese Norm „gravierendes Unrecht“ verkörperte.²⁸⁸

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. m. Art. 1 Abs. 1 GG) darstellen würde. Mit Blick auf die Belastungswirkung ist ein noch intensiver Eingriff in die persönliche Lebenssphäre des Einzelnen nur schwer vorstellbar. Betroffen ist hier nämlich der Sexualbereich als zentraler und zugleich intimster Ort personaler Selbstverwirklichung.²⁸⁹

Ein solcher Eingriff wäre daher grob unverhältnismäßig. Darf in die persönliche Lebenssphäre ohnehin nur bei Vorliegen besonderer öffentlicher Belange eingegriffen werden²⁹⁰, ist im hier maßgeblichen Zusammenhang überhaupt kein öffentlicher, der sog. einfachen homosexuellen Betätigung entgegenstehender öffentlicher Belang ersichtlich.²⁹¹ Weder die Ablehnung der Homosexualität durch Religionsgemeinschaften noch die Verhinderung einer „Ansteckung“ mit der „Krankheit“ Homosexualität können ernsthaft als entgegenstehende, verfassungsrechtlich relevante legitime Belange geltend gemacht werden.²⁹² Überdies wäre die Pönalisierung homosexueller Handlungen nachweislich völlig ungeeignet, um die homosexuelle Orientierung eines Menschen zu verhindern.

288 Davon, dass grobe Unverhältnismäßigkeit mit einer „freiheitlichen rechtsstaatlichen Ordnung unvereinbar ist“ und deshalb eine Rehabilitierung rechtfertigt, geht § 1 Abs. 1 Nr. 2 StrRehaG aus.

289 Vgl. BVerfGE 96, 56 (61); Lorenz, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 2 Abs. 1 Rn. 310. Das VG Frankfurt a. M., Urt. v. 25. November 2005, 6E 1715/04.A(1), sieht im Verlangen, eine sexuelle Orientierung dauerhaft zu unterdrücken, einen „schweren und unerträglichen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht“.

290 BVerfGE 115, 1 (15); 121, 175 (190).

291 Stellungnahme des Sachverständigen Gärditz zu den Anträgen BT-Drucks. 17/10841 u. 17/4042, S. 2; eingehend, auch unter Auseinandersetzung mit der potenziellen Rechtfertigungsgrundlage des „Sittengesetzes“ Risse, Homosexualität, S. 77 ff.; Krieg/Wieckhorst, Der Staat 54 (2015), S. 543 f.

292 Die im Inzest-Urteil des BVerfG angeführten verfassungsrechtlich legitimen Zwecke (BVerfGE 120, 224 [243 ff.]) des Schutzes von Ehe und Familie, des Schutzes der in einer Inzestbeziehung „unterlegenen“ Partner sowie die Vermeidung schwerwiegender genetisch bedingter Erkrankungen können im vorliegenden Zusammenhang allesamt nicht fruchtbar gemacht werden; das Gleiche gilt für den Kammerbeschluss v. 8. Dezember 2015, 1 BvR 1864/14, betreffend den Tierschutz als Rechtfertigungsgrund für die Ahndung sodomistischer Handlungen.

Schließlich wäre § 175 StGB mangels Beeinträchtigung rechtlicher Interessen auch unzumutbar.²⁹³

(3) Fazit

Die Strafandrohungsvorschrift des § 175 StGB stellt mithin einen Eingriff in den unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung nach Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG dar, jedenfalls bildet sie einen grob unverhältnismäßigen Eingriff in dieses Grundrecht. Das Verdikt der groben Unverhältnismäßigkeit der Strafvorschrift des § 175 StGB wird durch die Einbeziehung des Gleichheitsgrundrechts nach Art. 3 GG verstärkt, weil das BVerfG in Fällen der Anknüpfung an die sexuelle Orientierung einen „deutlich strengeren Prüfungsmaßstab“ als den des allgemeinen Willkürverbots nach Art. 3 Abs. 1 GG einfordert²⁹⁴ und hiermit eine Art Mindeststandard unzulässiger Differenzierungen in durchaus gewollter Nähe zu den in Art. 3 Abs. 3 S. 1 genannten absoluten Diskriminierungsverboten etabliert.²⁹⁵

cc) EMRK

Das Vorliegen groben Unrechts kann ergänzend mit der Rechtsprechung des EGMR seit Anfang der 1980er-Jahre begründet werden. Nach der einschlägigen Judikatur sind Strafgesetze, die einverständliche homosexuelle Handlungen zwischen Erwachsenen für strafbar erklären, nicht mit dem in Art. 8 EMRK garantierten Recht auf Achtung des Privatlebens vereinbar (vgl. Teil 1 C II). Nachdem die EMRK lediglich ein menschenrechtliches Mindestniveau sicherstellen will²⁹⁶, ließe sich argumentieren, dass in einem Fall, in dem sogar dieser menschenrechtliche Mindeststandard unterschritten ist – der sich in der Regel unter dem Grundrechtsstandard des Grundgesetzes befinden wird –, ein gravierender Gerechtigkeitsverstoß anzunehmen ist. Dies würde auch mit § 359 Nr. 6 StPO korrespondieren, der eine Durchbrechung des Prinzips der Rechtsstaatlichkeit in seiner Erscheinungsform als Grundsatz der Rechtssicherheit dann – u. a. infolge materieller Gerechtigkeitsabwägungen – als

293 Stellungnahme des Sachverständigen Gärditz zu den Anträgen BT-Drucks. 17/10841 u. 17/4042, S. 2.

294 BVerfG, NJW 2013, S. 847 (852); dazu im vorliegenden Zusammenhang Bryde, in: FS Bruns, S. 14 f.

295 So in den Entscheidungen BVerfGE 126, 400 (Erbschaftsteuer); BVerfG, NJW 2013, S. 2257 (Ehegattensplittung); BVerfGE 131, 239 (Familienzuschlag) und BVerfG, NJW 2013, S. 847 (Sukzessivadoptionen).

296 Vgl. Art. 53 EMRK.

zulässig erachtet, wenn eine einen Verstoß gegen die EMRK feststellende Entscheidung des EGMR vorliegt. Diesen Erwägungen steht nicht entgegen, dass die EMRK vom EGMR – dem Modell der *living constitution* folgend – in besonderer Weise als dynamisch-evolutives Regelwerk verstanden wird, das kontinuierlich den gesellschaftlichen Rahmenbedingungen anzupassen ist.²⁹⁷ Denn im vorliegenden Zusammenhang geht es gerade um einen fortbestehenden Strafmakel aufgrund einer mit höherrangigem Recht unvereinbaren Strafandrohungsvorschrift.²⁹⁸ Eine Aussage darüber, wie die Rechtslage seinerzeit vom EGMR oder von anderen Gerichten beurteilt worden wäre, wird hingegen nicht getätigt.

Wie bereits festgestellt (Teil 1 C III), hat der UN-Menschenrechtsausschuss bezüglich des damals geltenden Totalverbots homosexueller Beziehungen in Australien entschieden, dass dadurch das Recht auf Privatleben (Art. 17) sowie das Recht auf Gleichbehandlung (Art. 26) verletzt sei. Dies mag ein weiteres Indiz für die Annahme einer jedenfalls groben Unverhältnismäßigkeit bilden.

3. Kollektive, klar abgrenzbare Betroffenheit

Auch die weitere für eine Durchbrechung des Grundsatzes der Rechtssicherheit erforderliche Voraussetzung einer kollektiven, klar abgrenzbaren Betroffenheit ist erfüllt.²⁹⁹ Wie im einleitenden Teil (Teil 1 B III 2 a) ausführlich beschrieben, war die eindeutig abgrenzbare Gruppe der homosexuellen Männer schwerwiegenden sozialen Risiken ausgesetzt, die vom Verlust des Arbeitsplatzes über die Kündigung der Wohnung bis zum gesamten Verlust der bürgerlichen Existenz reichten. Hiervon waren insgesamt ca. 50.000 Personen betroffen. Durch die quantitativ auf hohem Niveau erfolgende und von der Vorgehensweise als intensiv zu qualifizierende Art und Weise der Strafverfolgungspraxis ergibt sich eine zusätzliche kollektive Erfassung, auch im Unterschied zu anderen

297 Stellungnahme des Sachverständigen Gárditz zu den Anträgen BT-Drucks. 17/10841 u. 17/4042, S. 10, der daraus folgert, dass es ausgeschlossen sei, Entscheidungen auf der Zeitachse zurückzuprojizieren und auf frühere Sachverhalte anzuwenden.

298 Vgl. zur „Umwertung der Vergangenheit“ mit Blick auf Geschehnisse in der ehemaligen DDR Pieroth, Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit, VVDStRL 51 (1992), S. 92 (99 ff.).

299 Gárditz, Stellungnahme zur Anhörung im Rechtsausschuss, S. 4, erfasst diese Voraussetzung mit der Formulierung, dass es um „systematisch eingrenzbares“ Verfassungsverstöße gehen müsse, trägt aber bereits damit dem eigentlich relevanten Umstand der Intensität der Strafverfolgung und der sozialen Situation der Betroffenen nicht adäquat Rechnung.

Gruppen (vgl. dazu noch unten im Zusammenhang mit der Prüfung des Art. 3 Abs. 1 GG; D III).

Die kollektive Betroffenheit homosexueller Männer in den Jahren zwischen 1949 und 1969 wird ferner dadurch gesteigert, dass die Strafbarkeit wegen sog. einfacher Homosexualität mit § 175 StGB auf einer Vorschrift beruhte, welche nach 1949 mit dem während des Nationalsozialismus verschärften Inhalt (dazu Teil 1 B III 2 a) und in weitgehend identischer Auslegung fortbestand. Wie bereits mehrfach festgestellt, geht es im folgenden Zusammenhang gerade um die gemeinsame Betroffenheit durch eine Strafandrohungsvorschrift, nicht so sehr um die gemeinsame Betroffenheit durch die strafrichterliche Tätigkeit im Rahmen von Gerichtsverfahren, deren Rechtsstaatlichkeit seit 1949 außer Zweifel steht.³⁰⁰

Infolge der Anknüpfung an den bloßen Umstand, homosexuell zu sein und dies leben zu wollen, ist die Gruppe der Betroffenen überdies durch ein primär statisches und dadurch leichter abgrenzungsfähiges Merkmal gekennzeichnet. Die Angehörigen dieser Gruppe konnten überdies die Verfassungswidrigkeit des § 175 StGB nach 1957 nicht mehr im Wege der Verfassungsbeschwerde geltend machen, weil dem infolge der die Verfassungsmäßigkeit befürwortenden Entscheidung des Bundesverfassungsrechts aus dem nämlichen Jahr die Bindungswirkung des verfassungsgerichtlichen Urteils (gemäß § 31 Abs. 1 BVerfGG) entgegenstand.

4. Fazit

Im Hinblick auf eine Aufhebung der strafrechtlichen Verurteilungen auf der Grundlage des § 175 StGB in seiner bis 1969 geltenden Fassung liegen alle Voraussetzungen für eine Durchbrechung des Grundsatzes der Rechtssicherheit vor. Insbesondere beruht der fortbestehende Strafmaßkel der überdies klar abgrenzbaren Betroffenen auf einer Norm, die in qualifizierter Weise gegen Vorschriften des Grundgesetzes verstößt. Die Verwirklichung des staatlichen Rehabilitierungsauftrags scheitert daher nicht an der rechtsstaatlichen Grenze des Grundsatzes der Rechtssicherheit.

³⁰⁰ Ähnlich bereits *Wasmuth*, in: FS Reh binder, S. 789.

C. Der Grundsatz der Gewaltenteilung als Grenze gegenüber einer Aufhebung der einschlägigen Strafurteile?

Ausgehend von der Beschäftigung mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit tritt im Hinblick auf den Gewaltenteilungsgrundsatz der Umstand hinzu, dass durch die Aufhebung der einschlägigen Strafurteile zugleich eine andere Staatsfunktion, nämlich die der (Straf-)Gerichtsbarkeit betroffen ist. Daraus wird teilweise eine unüberwindbare verfassungsrechtliche Grenze abgeleitet³⁰¹ bzw. es wird zusätzlicher verfassungsrechtlicher Prüfungsbedarf angemeldet³⁰². Im Hinblick auf die Verurteilungen auf der Grundlage von § 175 StGB geht es darum, ob eine Durchbrechung des Gewaltenteilungsgrundsatzes gerechtfertigt werden kann.³⁰³ Eine absolute Grenze bildet der Grundsatz der Gewaltenteilung jedenfalls nicht.

Von vornherein nicht relevant ist übrigens Art. 97 Abs. 1 GG (richterliche Unabhängigkeit), der dem Parlament Beschlussfassungen zu laufenden gerichtlichen Verfahren, die Einflussnahme auf solche Verfahren und die Missbilligung gerichtlicher Entscheidungen untersagt. Diese Vorschrift zielt darauf, die Richterinnen und Richter in der konkreten Einzelsituation frei von politischen Wünschen des Gesetzgebers entscheiden zu lassen. Daher ist es dem Parlament auch verwehrt, ein auf eine konkrete Rechtssache zielendes und die Rechtslage ad hoc umgestaltendes Einzelfallgesetz zu erlassen.³⁰⁴ Die hier infrage stehende Aufhebung der einschlägigen Strafurteile auf der Grundlage des § 175 StGB würde nicht in die ursprüngliche Rechtsprechungstätigkeit eingreifen, welche mehrere Jahrzehnte zurückliegt. Die Vorstellung, dass ein Richter, der seinerzeit entsprechende Urteile gefällt hat, nun durch eine kollektive

301 So Schwarz, Stellungnahme zu den Anträgen BT-Drucks. 17/10841 u. 17/4042, S. 4.

302 So die frühere Bundesjustizministerin *Leutheusser-Schnarrenberger* in einem Interview vom 3. Juni 2014 auf „Spiegel Online“. Zwischenzeitlich äußerte sie sich freilich dahingehend, dass sie „nach vielem Nachdenken [...] inzwischen fast der Meinung (sei), dass die rechtspolitischen Einwendungen, die ich schon erwähnt habe“, doch „in den Griff bekommen“ werden könnten (im Interview mit *Kerler*, Deutschlandfunk vom 19. November 2014).

303 So zutreffend *Grziwotz*, Stellungnahme zu den Anträgen BT-Drucks. 17/10841 u. 17/4042, S. 22 f.; *Löhnig*, Stellungnahme zu den Anträgen BT-Drucks. 17/10841 u. 17/4042, Ziffer 3b, die diese Frage im Ergebnis dann jeweils verneinen.

304 Vgl. allg. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation, S. 151 f.; *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 97 Rn. 92.

Rehabilitierung der früheren Betroffenen in der Ausübung seiner richterlichen Tätigkeit berührt wird, ist fernliegend. Angesichts der nachfolgend zu prüfenden, durchaus anspruchsvollen Voraussetzungen für ein ausnahmsweises Tätigwerden des Gesetzgebers kann auch der Eindruck, stets unter dem Damoklesschwert der nachfolgenden Aufhebung seitens des Gesetzgebers urteilen zu müssen³⁰⁵, bei den Angehörigen der Dritten Gewalt nicht aufkommen. Schließlich ist entscheidend, dass infolge der Anknüpfung an den fortbestehenden Strafmakel qua verfassungswidriger *Strafvorschrift* der eigentliche Adressat der aufhebenden Tätigkeit des heutigen Gesetzgebers gar nicht die Judikative, sondern der seinerzeit (un-)tätige Gesetzgeber ist.

I. Inhalt und Bedeutung

Die in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG normierte Teilung der Gewalten ist ein tragendes Organisations- und Funktionsprinzip des Grundgesetzes. Es dient der gegenseitigen Kontrolle der Staatsorgane und der Mäßigung der Staatsherrschaft. Wiederholt hat das BVerfG festgestellt, dass die Gewaltenteilung „nirgends rein verwirklicht“ ist, dass vielmehr „zahlreiche Gewaltenschränkungen und -balancierungen“ bestehen. Daher fordert das Grundgesetz nicht eine „absolute Trennung, sondern die gegenseitige Kontrolle, Hemmung und Mäßigung der Gewalten“, sofern die in der Verfassung vorgenommene Verteilung zwischen den drei Gewalten insgesamt gewahrt bleibe. Keine Gewalt dürfe daher ein „von der Verfassung nicht vorgesehenes Übergewicht über eine andere Gewalt erhalten“ und keine Gewalt dürfe der „für die Erfüllung ihrer verfassungsmäßigen Aufgaben erforderlichen Zuständigkeiten beraubt werden“³⁰⁶. In seiner bisherigen Rechtsprechung hat das Gericht daher Verstöße gegen den Gewaltenteilungsgrundsatz nur in seltenen Ausnahmefällen festgestellt und weist im Übrigen diesem Grundsatz eine „schwache normative Direktionswirkung“³⁰⁷ zu. Mittlerweile herrscht die Einschätzung vor, dass nicht in der Trennung, sondern in der funktional differenzierten Zuordnung das Charakteristikum der Gewaltenteilung liegt.³⁰⁸ Die in der Sachverständigenanhörung am 15. Mai 2013 von dem Sachverständigen

305 Zu diesem Ergebnis gelangt auch *Straßmeir/Ullerich*, ZRP 2013, S. 79; *Mengel*, Strafrechtliche Verfolgung, S. 17; *Lautmann*, RuP 2015, S. 17.

306 Ständige Rechtsprechung seit BVerfGE 9, 268 (279 f.); 34, 52 (59); 106, 51 (60); 98, 218 (251 f.).

307 So die Einschätzung von *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Rn. 95.

308 So *P. Kirchhof*, in: Isensee (Hrsg.), Gewaltenteilung, S. 99 (106 ff.); *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Bd. II, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 75.

Grziwotz zutreffend beschriebene historische Funktion des Gewaltenteilungsgrundsatzes, nämlich den einzelnen Menschen im Kampf mit der Macht des Polizeistaats und vor Willkür und Despotie zu schützen³⁰⁹, ist im vorliegenden Zusammenhang ersichtlich nicht infrage gestellt.

Hinsichtlich der Anforderungen an eine Durchbrechung des Grundsatzes der Gewaltenteilung im hier zu beurteilenden Fall einer Aufhebung einschlägiger Strafurteile durch den Gesetzgeber orientiert sich das BVerfG in seinem Beschluss vom 8. März 2006 zum NS-AufhG an der zum Grundsatz der Rechtssicherheit bereits vorgezeichneten und im vorherigen Abschnitt dieser Untersuchung (B II) beschriebenen Linie, d. h., es unterwirft eine Durchbrechung des Gewaltenteilungsgrundsatzes den gleichen Anforderungen wie eine Durchbrechung des Grundsatzes der Rechtssicherheit. Wörtlich formuliert es (in Rn. 75) dieser Entscheidung, dass das NS-AufhG daher „nicht gegen das Gewaltenteilungsprinzip und das Rechtsstaatsgebot“ verstößt.

II. Rehabilitierungsauftrag und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers

Ebenso wie im Hinblick auf den Grundsatz der Rechtssicherheit ist auch hier zunächst festzustellen, dass eine Durchbrechung des Verfassungsgrundsatzes der Gewaltenteilung durch das Bestehen des staatlichen Rehabilitierungsauftrags infolge des fortbestehenden Strafmakels aufgrund einer mit höherrangigem Recht unvereinbaren Strafvorschrift grundsätzlich legitimiert sein kann. Zudem verfügt der Gesetzgeber bei der von ihm zu treffenden Entscheidung über einen weiten Gestaltungsspielraum. Dies hat das BVerfG explizit auch im Hinblick auf den Gewaltenteilungsgrundsatz, sowohl in seiner Entscheidung zum StrRehaG³¹⁰ als auch im Beschluss zum NS-AufhG³¹¹, festgestellt.

309 Stellungnahme, S. 24 f.

310 BVerfGE 101, 275.

311 2 BvR 486/05 (juris), Rn. 84.

III. Vereinbarkeit mit dem Gewaltenteilungsgrundsatz

Zur Legitimation der mit einem Aufhebungsgesetz verbundenen Veränderung innerhalb der ursprünglichen Gewaltenteilung trägt zunächst die Erfüllung der im Abschnitt über die Rechtssicherheit bereits ermittelten Voraussetzungen, nämlich das Vorliegen eines qualifizierten Verfassungsverstoßes und einer kollektiven, klar abgrenzbaren Betroffenheit (B IV), bei. Sodann wirkt sich aus, dass sich der Gesetzgeber im Falle eines Rehabilitierungsgesetzes ja nicht an die Stelle des Richters in einem konkreten Einzelfall setzt, sondern gerade ohne Ansehung des Einzelfalls, also *ad personam*³¹², eine Entscheidung in Gestalt einer abstrakt-generellen Regelung trifft.³¹³ Des Weiteren ist auch an dieser Stelle wiederum darauf hinzuweisen, dass die eigentliche Grundlage des bis heute fortbestehenden Strafmakels die seinerzeitige Entscheidung des Gesetzgebers für die Beibehaltung des § 175 StGB bildet.³¹⁴

Endgültig den Ausschlag zugunsten der Vereinbarkeit des hier infrage stehenden Aufhebungsgesetzes mit dem Gewaltenteilungsgrundsatz gibt der vergleichende Blick auf das individuelle Rehabilitierungsinstrument der Erweiterung der Aufnahmegründe nach § 359 StPO. Lassen sich sachliche Gründe dafür finden, dass der Gesetzgeber seinem Rehabilitierungsauftrag nicht mithilfe des Wiederaufnahmeverfahrens, sondern nur mit einem Ausführungsgesetz nachkommen kann, dann wäre die durch jene Maßnahme ermöglichte geringfügigere Beeinträchtigung des Grundsatzes der Gewaltenteilung von Verfassungsrechts wegen unschädlich.

So liegen die Dinge im hiesigen Zusammenhang³¹⁵, denn ein Wiederaufnahmeverfahren würde von den Betroffenen aller Voraussicht nach als „erneute Entwürdigung nach einem Leben voller Demütigung“ empfunden³¹⁶. Die bereits oben (Teil 2 B V 2) bei der Vorstellung dieser potenziel-

312 Darauf weist auch Gärditz, Stellungnahme zu den Anträgen BT-Drucks. 17/10841 u. 17/4042, S. 4, hin.

313 Ebenso *Straßmeir/Ullrich*, ZRP 2013, S. 77; *Lautmann*, RuP 2015, S. 16.

314 Hierauf weisen auch *Keßler*, Stellungnahme zu den Anträgen BT-Drucks. 17/10841 u. 17/4042, S. 3, *ders.*, Protokoll zur 132. Sitzung des Rechtsausschusses am 15. Mai 2013, S. 16 f. sowie *Straßmeir/Ullrich*, ZRP 2013, S. 7, hin.

315 Insofern gilt das Gleiche, wie vom BVerfG im Hinblick auf das NS-AufhG mit Beschl. v. 8. März 2006, 2 BvR 486/05 (juris), Rn. 90, entschieden; a. A. *Krieg/Wieckhorst*, *Der Staat* 54 (2015), S. 559 ff., die gegenüber den Verurteilungen aus der früheren BRD nur ein neu konzipiertes Wiederaufnahmeverfahren für statthaft halten.

316 So die Formulierung des BVerfG, a. a. O., Rn.100.

len Rehabilitierungsoption des Wiederaufnahmeverfahrens beschriebenen praktischen Probleme (v. a. fehlende Akten, hohe Arbeitsbelastung der Justiz und hohes Alter der Betroffenen) kommen hinzu. Erneut wirkt sich schließlich aus, dass der Unrechtscharakter nicht durch die *Anwendung* von Normen begründet wurde (was die Alternative des Wiederaufnahmeverfahrens eher in Betracht kommen ließe). Vielmehr beruht der fortbestehende Strafmakel auf der *gesetzlichen Strafandrohungsvorschrift*; die Verhältnisse liegen daher eindeutig und klar genug³¹⁷, um das politische Ziel der Rehabilitierung unmittelbar durch Gesetz herbeizuführen zu können.

IV. Fazit

Die kollektive Rehabilitierungsmaßnahme eines Gesetzes zur Aufhebung der einschlägigen Strafurteile erweist sich als mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung vereinbar. Dieser nirgends rein verwirklichte Grundsatz ermöglicht im hier vorliegenden Fall eines qualifizierten Verfassungsverstoßes der Strafvorschrift einerseits, einer kollektiven, klar abgrenzbaren Betroffenheit andererseits eine Durchbrechung, zumal das Aufhebungsgesetz lediglich *ad personam* wirken und primär an die frühere Verantwortung des Gesetzgebers selbst anknüpfen würde. Die Alternative einer Erweiterung der Wiederaufnahmegründe würde zwar eine geringfügigere Durchbrechung des Gewaltengrundsatzes darstellen. Dies führt aber aufgrund des Eingreifens gewichtiger Sachgründe nicht zur Unstatthaftigkeit eines Aufhebungsgesetzes.

³¹⁷ Auf der Linie der Formulierung in BGHZ 10, 75 (79), wonach es nur ein formaler Einwand sei, wenn man darauf abheben wollte, dass zur Beseitigung von materiell unrichtigen und ungerechten Urteilen nur der Weg des förmlichen Wiederaufnahmeverfahrens gegeben sei.

D. Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG als Grenze gegenüber einer Aufhebung der einschlägigen Strafurteile?

I. Inhalt und etwaige Bedeutung im vorliegenden Zusammenhang

In der bisherigen Diskussion wird teilweise behauptet, dass Art. 3 Abs. 1 GG eine Gleichbehandlung hinsichtlich der Stabilität rechtskräftiger Entscheidungen erfordere, weswegen sich generelle Durchbrechungen der Rechtskraft auf nach Schwere und Wertigkeit im Wesentlichen vergleichbare Fallgruppen beziehen müssten. So habe es in der Anfangszeit der Bundesrepublik neben § 175 StGB einige weitere Straftatbestände gegeben, die heute „auf völliges Unverständnis stoßen“ würden³¹⁸, und ebenso wie die Strafbarkeit sog. einfacher Homosexualität nach § 175 StGB erst mit der sog. großen Strafrechtsreform 1969 aufgehoben worden seien. Eine isolierte Betrachtung der Urteile allein auf der Grundlage des § 175 StGB führe daher zu einer willkürlichen Ungleichbehandlung gegenüber den Opfern jener Verurteilungen, weswegen ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz angenommen werden müsse.³¹⁹ In diesem Zusammenhang werden insbesondere die seinerzeit bestehenden Strafandrohungen gegenüber der Kuppelei (vgl. § 180 StGB a. F.)³²⁰ und dem Ehebruch (§ 172 StGB a. F.)³²¹ genannt.

318 So der Abg. von Essen (FDP), BT-Plenarprotokoll 16/219 v. 6. Mai 2009, S. 23961 B-C.

319 So *Löhnig*, Stellungnahme zu den Anträgen BT-Drucks. 17/10841 u. 17/4042, Ziffer 3b; *Schwarz*, Stellungnahme zu den Anträgen BT-Drucks. 17/10841 u. 17/4042, S. 3; *Gärditz*, Stellungnahme zu den Anträgen BT-Drucks. 17/10841 u. 17/4042, S. 4 und 5, wo dies eher als verfassungspolitisches Argument verwendet wird, bevor es dann aber in der Zusammenfassung (auf S. 12) explizit heißt, dass eine Aufhebung von Urteilen, die auf der Grundlage des § 175 StGB ergangen sind, „gegen Art. 3 Abs. 1 GG“ verstoßen würde. Das von diesem Autor bis dato verwendete Argument einer angeblich inkohärenten „Einpassung in das geltende Rehabilitationsrecht“ wird so unversehens zur Grundlage einer angeblichen verfassungsrechtlichen Grenze.

320 Hiervon waren bis 1973 alle Handlungen erfasst, mit denen der Täter durch Vermittlung oder durch Gewährung oder Verschaffen von Gelegenheit der Unzucht zwischen Dritten Vorschub leistete. Strafbar war Kuppelei dann, wenn der Täter gewohnheitsmäßig oder aus Eigensucht handelte.

321 Definiert als die Verletzung der ehelichen Treue durch außerehelichen Beischlaf seitens eines der beiden Ehegatten mit einer dritten Person.

Nach dem allgemeinen Gleichheitssatz darf der Gesetzgeber wesentlich Gleiches nicht ohne rechtfertigenden Grund ungleich behandeln und entsprechend wesentlich Ungleiches nicht gleich. Dabei wird durch eine Gewichtung nach Verhältnismäßigkeit ermittelt, ob und inwieweit die Ähnlichkeit oder Verschiedenheit rechtserheblich ist. Art. 3 Abs. 1 GG gestattet es dem Gesetzgeber, nur dann Personengruppen ungleich zu behandeln, wenn zwischen ihnen Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen können.³²² Nachfolgend ist nicht vertieft zu prüfen, ob eine Erstreckung des hier geprüften Aufhebungsgesetzes auf die früheren Strafandrohungsvorschriften betreffend die Kuppelei oder den Ehebruch verfassungsrechtliche Grenzen überschreiten würde; zu klären ist allein, ob die Beschränkung eines Aufhebungsgesetzes auf die Strafandrohungsvorschrift des § 175 StGB auf sachlichen und hinreichend gewichtigen Gründen beruht.

II. Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers

Die durch den Gesetzgeber vorzunehmenden Differenzierungen müssen nach dem Vorstehenden auf den jeweiligen Sachbereich bezogen sein und sich auf vernünftige Gründe zurückführen lassen.³²³ Dabei besteht wiederum ein Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, der dadurch „weiter gespannt ist“, dass es sich um eine bevorzugende und nicht um eine benachteiligende Typisierung handelt. Dies hat das BVerfG explizit im Zusammenhang mit der Beurteilung des NS-Aufhebungsgesetzes festgestellt.³²⁴

III. Rechtfertigung der kollektiven Rehabilitierung ausschließlich der durch eine Verurteilung nach § 175 StGB Betroffenen

1. Vergleichsweise weniger qualifizierter Verfassungsverstoß

Die Straftatbestände betreffend die Kuppelei und den Ehebruch weisen im Unterschied zur Strafandrohung gegenüber der sog. einfachen Homosexualität keinen Bezug zur Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 GG auf. Der Kuppeleiparagraf griff nicht einmal in das allgemeine Persönlich-

322 Vgl. BVerfGE 4, 144 (155); 68, 81 (87); 92, 277 (318).

323 BVerfGE 75, 108 (157); 76, 256 (329).

324 BVerfG, Beschl. v. 8. März 2006, 2 BvR 486/05 (juris), Rn. 111.

keitsrecht, sondern lediglich in die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG ein.³²⁵ Die Strafbarkeit des Ehebruchs berührte zwar den Sexualbereich und damit auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. 1 Abs. 1 GG. Da die Verwirklichung dieses Tatbestands jedoch nicht allein die beiden „ehebrechenden“ Partner, sondern auch den „betrogenen“ Ehegatten betrifft, wird die Sphäre anderer berührt, wodurch jedenfalls ein Eingriff in den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung und damit in die unantastbare Intimsphäre (vgl. B IV 2 b bb) von vornherein ausscheidet. Überdies stünde mit der Institutsgarantie zugunsten der Ehe nach Art. 6 Abs. 1 GG ein im Grundsatz verfassungsrechtlich durchaus gewichtiger Gegenbelang zur Verfügung. Der Ehebruchstatbestand verbot im Unterschied zu § 175 StGB jedenfalls nicht die heterosexuelle Betätigung als solche, sondern lediglich die Partnerwahl und auch dies nur nach vorheriger Eheschließung.³²⁶

2. Vergleichsweise weniger intensive Verfolgungspraxis und schwächere Betroffenheit

Wie im ersten Teil ausführlich dargelegt (Teil 1 B III 2 a bb), wurden homosexuelle Männer in den Jahren zwischen 1949 und 1969 systematisch verfolgt, und zwar von Amts wegen. Demgegenüber handelte es sich beim Straftatbestand des Ehebruchs um ein Antragsdelikt und auch der Kuppeleiparagraf wurde nicht in gleicher Weise systematisch gegenüber Hoteliers, Mietern oder Eltern angewendet.³²⁷ Die Betroffenheit in sozialer Hinsicht in der Folge einer Verurteilung nach den Tatbeständen des Ehebruchs oder Kuppelei ist in keiner Weise mit der Stigmatisierung und den intensiven gesellschaftlichen Repressionen vergleichbar, die die von einer Verurteilung nach § 175 StGB Betroffenen überwiegend und typischerweise erlitten haben. Anders als die sog. einfache Homosexualität ist weder das Kuppeln noch das Ehebrechen als Grundbestandteil der sozialen Identität anzusehen und war mithin auch nicht als solcher betroffen.³²⁸

325 Vgl. *Straßmeir/Ullrich*, ZRP 2013, S. 78.

326 In dieser Richtung auch *Keßler*, Protokoll der 132. Sitzung des Rechtsausschusses am 15. Mai 2013, S. 17 f.

327 Vgl. zu beidem den Wortbeitrag des Sachverständigen *Bruns*, Protokoll der 132. Sitzung des Rechtsausschusses am 15. Mai 2013, S. 1.

328 Vielmehr dürfte sich eine Bestrafung nach diesen Tatbeständen in der Biografie der Betroffenen als durchaus „marginal“ dargestellt haben (vgl. *Lautmann*, RuP 2015, S. 17).

IV. Fazit

Die Aufhebung der Strafurteile auf der Grundlage der Strafvorschrift des § 175 StGB in der Fassung bis 1969 bewirkt keine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG im Hinblick auf den gleichzeitigen Fortbestand von Verurteilungen aufgrund eines Verstoßes gegen die seinerzeit bestehenden Straftatbestände der Kuppelei bzw. des Ehebruchs. Bemerkenswerterweise sind bislang nicht einmal Rehabilitationsforderungen der nach jenen Straftatbeständen verurteilten Betroffenen bekannt geworden.³²⁹

³²⁹ Vgl. *Straßmeir/Ullrich*, ZRP 2013, S. 78; *Lautmann*, RuP 2015, S. 17.

Literaturverzeichnis

Badura, P./Dreier, H. (Hrsg.), Festschrift – 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Band I: Verfassungsgerichtsbarkeit – Verfassungsprozeß, Tübingen 2001.

Balser, K./Kamp, M./Müller, J./Gotzmann, J. (Hrsg.), Himmel und Hölle. Das Leben der Kölner Homosexuellen 1945–1969, Köln 1995.

Baumann, J., Paragraph 175. Über die Möglichkeit, die einfache, nichtjugendgefährdende und nichtöffentliche Homosexualität unter Erwachsenen straffrei zu lassen, Berlin 1968.

Becker, J./Hilty, R. M./Stöckli, J.-F./Würtenberger, T. (Hrsg.), Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfeldes, Festschrift für Manfred Rehbinder, München 2002.

Beckers, T., Homosexualität und Humanentwicklung, Genese, Struktur und Wandel der Ablehnung und Akzeptanz gleichgeschlechtlicher Sexualkontakte in einer international vergleichenden Kontextanalyse, Diss., Köln 2008.

Benda, E./Klein, E./Klein, O., Verfassungsprozessrecht, 3. Auflage, Heidelberg 2011.

Berndl, K./Kruber, V., Zur Statistik der Strafverfolgung homosexueller Männer in der SBZ und DDR bis 1959, Invertito, Jahrbuch für die Geschichte der Homosexualitäten 12 (2010), S. 58.

Bleibtreu-Ehrenberg, G., Antihomosexuelle Strafgesetze. Zur Biographie eines Vorurteils, in: Lautmann (Hrsg.), Seminar: Gesellschaft und Homosexualität (s. dort), S. 61.

- , Tabu Homosexualität, Die Geschichte eines Vorurteils, Frankfurt am Main 1978.

Blessin, G./Ehring, H.-G./Wilden, H. (Hrsg.), Bundesentschädigungsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, München 1960.

Blühm, C., Begrüßung, in: Landesstelle für Gleichbehandlung – gegen Diskriminierung (Hrsg.), § 175 StGB, Rehabilitierung der nach 1945 verurteilten homosexuellen Männer (s. dort), S. 8.

Bogen, R., Ausgrenzung und Verfolgung homosexueller Männer in Württemberg, *Der Bürger im Staat* 65 (2015), S. 36.

Bommarius, C., Legalisiertes Unrecht, *Anwaltsblatt (AnwBl)* 8/9, 2004, M 258.

Brox, H., Zur Zulässigkeit der erneuten Überprüfung einer Norm durch das Bundesverfassungsgericht, in: Leibholz/Faller/Mikat/Reis (Hrsg.), *FS Geiger* (s. dort), S. 809.

Bruns, M., Das Sexualstrafrecht und der Jugendschutz, in: Grimm (Hrsg.), *Die Geschichte des § 175* (s. dort), S. 165.

- , Die strafrechtliche Verfolgung homosexueller Männer in der BRD nach 1945, in: Landesstelle für Gleichbehandlung – gegen Diskriminierung (Hrsg.), § 175 StGB, Rehabilitierung der nach 1945 verurteilten homosexuellen Männer (s. dort), S. 26.

- , Schriftliche Stellungnahme, 132. Sitzung des Rechtsausschusses in der 17. Wahlperiode des Deutschen Bundestages am 15. Mai 2013 zu den Anträgen der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen – BT-Drs. 17/4042 und der Fraktion DIE LINKE – BT-Drs. 17/10841.

Bryde, B.-O., Sexuelle Identität, Gleichheitssatz und Diskriminierungsverbot, in: Hirschfeld-Eddy-Stiftung (Hrsg.), *FS Bruns* (s. dort), S. 14.

Bülow, C. v., *Der Umgang der nationalsozialistischen Justiz mit Homosexuellen*, Diss., Oldenburg 2000.

Deutscher Bundestag, Wortprotokoll der öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses vom 15. Mai 2013, 17. Wahlperiode, Protokoll Nr. 132.

Dreier, H., Verfassungsstaatliche Vergangenheitsbewältigung, in: Badura/Dreier (Hrsg.), *FS 50 Jahre BVerfG* (s. dort), S. 159.

- (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Band I, 3. Auflage, Tübingen 2013.

- (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band II, 3. Auflage, Tübingen 2015.

Duttge, G./Engel, W./Zoll, B. (Hrsg.), Sexuelle Identität und gesellschaftliche Norm, Göttingen 2010.

Dworek, G., § 175 StGB: „weggefallen“ – nach 123 Jahren, in: Hirschfeld-Eddy-Stiftung (Hrsg.), FS Bruns (s. dort), S. 46.

Epping, V./Hillgruber, C. (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2. Auflage, München 2013.

Etzel, M., Die Aufhebung von nationalsozialistischen Gesetzen durch den Alliierten Kontrollrat (1945–1948), Tübingen 1992.

Friauf, K. H./Höfling, W. (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz (Loseblatt), Stand: 47. EL, Berlin 2015.

Gärditz, K. F., Schriftliche Stellungnahme, 132. Sitzung des Rechtsausschusses in der 17. Wahlperiode des Deutschen Bundestages am 15. Mai 2013 zu den Anträgen der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen – BT-Drs. 17/4042 und der Fraktion DIE LINKE – BT-Drs. 17/10841.

Gerlach, C., unter Mitarbeit von *Kruber, V.*, Auskunft aus dem Strafregister: Vorbestraft, in: Pretzel (Hrsg.), NS-Opfer unter Vorbehalt (s. dort), S. 133.

Grau, G. (Hrsg.), Homosexualität in der NS-Zeit, Dokumente einer Diskriminierung und Verfolgung, Frankfurt am Main 1993.

- , Lexikon der Homosexuellenverfolgung 1933–1945, Institutionen – Personen – Betätigungsfelder, Berlin 2011.

- , Strafrechtliche Verfolgung der Homosexualität in der DDR, in: Landesstelle für Gleichbehandlung – gegen Diskriminierung (Hrsg.), § 175 StGB, Rehabilitierung der nach 1945 verurteilten homosexuellen Männer (s. dort), S. 44.

- , Schriftliche Stellungnahme, 132. Sitzung des Rechtsausschusses in der 17. Wahlperiode des Deutschen Bundestages am 15. Mai 2013 zu den Anträgen der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen – BT-Drs. 17/4042 und der Fraktion DIE LINKE – BT-Drs. 17/10841.

Graupner, H., Von ‚Widernatürlicher Unzucht‘ zu ‚Sexueller Orientierung‘: Homosexualität und Recht, in: Hey/Pallier/Roth (Hrsg.), Que(e)rdenken: Weibliche/männliche Homosexualität und Wissenschaft (s. dort), S. 198.

Grimm, M. (Hrsg.), Die Geschichte des § 175, Strafrecht gegen Homosexuelle, Katalog zur Ausstellung in Berlin und in Frankfurt am Main, Berlin 1990.

Gruchmann, L., Justiz im Dritten Reich 1933–1940. Anpassung und Unterwerfung in der Ära Gürtner, München 1988.

Grziwotz, H., Schriftliche Stellungnahme, 132. Sitzung des Rechtsausschusses in der 17. Wahlperiode des Deutschen Bundestages am 15. Mai 2013 zu den Anträgen der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen – BT-Drs. 17/4042 und der Fraktion DIE LINKE – BT-Drs. 17/10841.

Heichel, S./Rinscheid, A., Ein klassischer Fall von Inkrementalismus: Die Liberalisierung der Regulierung von Homosexualität, in: Knill/Heichel/Preidel/Nebel (Hrsg.), Moralpolitik in Deutschland (s. dort), S. 127.

Hesse, K., Verfassungsrechtsprechung im geschichtlichen Wandel, JuristenZeitung (JZ) 1995, S. 265.

Hey, B./Pallier, R./Roth, R. (Hrsg.), Que(e)rdenken: Weibliche/männliche Homosexualität und Wissenschaft, Innsbruck 1997.

Hirschfeld-Eddy-Stiftung (Hrsg.), Vom Verbot zur Gleichberechtigung. Die Rechtsentwicklung zu Homosexualität und Transsexualität in Deutschland, Festschrift für Manfred Bruns, Berlin 2012.

Hörnle, T., Strafrechtliche Sanktionierung sexueller Abweichungen, in: Duttge/Engel/Zoll (Hrsg.), Sexuelle Identität und gesellschaftliche Norm (s. dort), S. 69.

Isensee, J., Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates, Berlin 1983.

- (Hrsg.), Gewaltenteilung heute. Symposium aus Anlaß der Vollendung des 65. Lebensjahres von Fritz Ossenbühl, Heidelberg 2000.

-, Menschenwürde: Die säkulare Gesellschaft auf der Suche nach dem Absoluten, Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 131 (2006), S. 173.

Isensee, J./Kirchhof, P. (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band II: Verfassungsstaat, 3. Auflage, Heidelberg 2004.

Jäger, H., Homosexualität. Ein Beitrag zu den Versuchen einer Lösung des Problems im Strafrecht, Diss., Erlangen 1953.

Jarass, H. D., Funktionen und Dimensionen der Grundrechte, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Band II (s. dort), § 38.

Jellonek, B./Lautmann, R. (Hrsg.), Nationalsozialistischer Terror gegen Homosexuelle. Verdrängt und ungesühnt, Paderborn 2002.

Johnson, P., Homosexuality and the European Court of Human Rights. Abingdon, Oxon [UK], New York 2013.

Kahl, W., Das Sittengesetz im Öffentlichen Recht, in: Kirchhof/Papier/Schäffer (Hrsg.), FS Merten (s. dort), S. 57.

Kahl, W./Waldhoff, C./Walter, C. (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz (Loseblatt), Stand: 175. EL, Heidelberg 2015.

Kerler, W., Der Paragraph 175 und seine juristische Aufarbeitung, Deutschlandfunk vom 19. November 2014, abrufbar unter: http://www.deutschlandfunk.de/homosexuelle-der-paragraph-175-und-seine-juristische.724.de.html?dram:article_id=303689 (zuletzt abgerufen am 18.3.2016).

Keßler, U., Schriftliche Stellungnahme, 132. Sitzung des Rechtsausschusses in der 17. Wahlperiode des Deutschen Bundestages am 15. Mai 2013 zu den Anträgen der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen – BT-Drs. 17/4042 und der Fraktion DIE LINKE – BT-Drs. 17/10841.

Kirchhof, F./Papier, H.-J./Schäffer, H. (Hrsg.), Rechtsstaat und Grundrechte, Festschrift für Detlef Merten, Heidelberg 2007.

Kirchhof, P., Gewaltenteilung zwischen europäischen und mitgliedstaatlichen Organen, in: Isensee (Hrsg.), Gewaltenteilung heute (s. dort), S. 99.

Kischel, U., Darf der Gesetzgeber das Bundesverfassungsgericht ignorieren?, Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 131 (2005), S. 219.

Knill, C./Heichel, S./Preidel, C./Nebel, K. (Hrsg.), *Moralpolitik in Deutschland*, Wiesbaden 2015.

König, H./Kohlstruck, M./Wöll, A. (Hrsg.), *Vergangenheitsbewältigung am Ende des zwanzigsten Jahrhunderts*, Leviathan Sonderheft 18, Opladen 1998.

Kowalski, G. v., *Homosexualität in der DDR. Ein historischer Abriss*, Marburg 1987.

Krieg, J./Wieckhorst, A., *Bewältigung gravierenden Unrechts im demokratischen Rechtsstaat*, *Der Staat* 54 (2015), S. 539.

Kühne-Hörmann, E./Klose, K., *Verurteilte Homosexuelle rehabilitieren*, *Frankfurter Rundschau* v. 30. Juni 2015, abrufbar unter: <http://www.fr-online.de/gastbeitraege/gastbeitrag-verurteilte-homosexuelle-rehabilitieren,29976308,31078626.html> (zuletzt abgerufen am 18.3.2016).

Landesstelle für Gleichbehandlung – gegen Diskriminierung (Hrsg.), § 175 StGB, *Rehabilitierung der nach 1945 verurteilten homosexuellen Männer*, Dokumentation des Fachsymposiums am 17. Mai 2011 zum internationalen Tag gegen Homophobie im Festsaal des Abgeordnetenhauses von Berlin und ergänzende Beiträge, Berlin 2012.

Lautmann, R. (Hrsg.), *Seminar: Gesellschaft und Homosexualität*, Frankfurt am Main 1977.

- , *Abolition der Vergangenheit. Lässt sich rechtsstaatliches Strafrecht rückwirkend aufheben?*, *Kriminologisches Journal* 43 (2011), S. 268.

- , *Historische Schuld – Der Homosexuellenparagraf in der frühen Bundesrepublik*, *Invertito, Jahrbuch für die Geschichte der Homosexualitäten* 13 (2011), S. 173.

- , *Wie korrigiert der Rechtsstaat sein falsches Recht? Die Problematik des verfassungswidrigen Homosexuellenparagrafen*, *Recht und Politik (RuP)* 2015, S. 12.

Lautmann, R./Grikschat, W./Schmidt, E., *Der rosa Winkel in den nationalsozialistischen Konzentrationslagern*, in: *Lautmann* (Hrsg.), *Seminar: Gesellschaft und Homosexualität* (s. dort), S. 325.

Leibholz, G./Faller, H. J./Mikat, P./Reis, H. (Hrsg.), Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung, Festschrift für Willi Geiger zum 65. Geburtstag, Tübingen 1974.

Leutheusser-Schnarrenberger, S., Interview zum Paragrafen 175, SpiegelOnline v. 3. Juni 2014, abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/eines-tages/paragraf-175-sabine-leutheusser-schnarrenberger-a-971978.html> (zuletzt abgerufen am 18.3.2016).

Löhnig, M., Schriftliche Stellungnahme, 132. Sitzung des Rechtsausschusses in der 17. Wahlperiode des Deutschen Bundestages am 15. Mai 2013 zu den Anträgen der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen – BT-Drs. 17/4042 und der Fraktion DIE LINKE – BT-Drs. 17/10841.

- , Umgang mit nachkonstitutionellem Unrecht, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 2013, S. 221.

Mangoldt, H. von./Klein, F./Starck, S. (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band II, 6. Auflage, München 2010.

Maunz, T./Dürig, G. (Begr.), Grundgesetz-Kommentar (Loseblatt), Stand: 74. EL, München 2015.

Maunz, T./Schmidt-Bleibtreu, B./Bethge, H. (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz-Kommentar (Loseblatt), Stand: 46. EL, München 2015.

Mengel, H.-J., Strafrechtliche Verfolgung homosexueller Handlungen in Deutschland nach 1945. Zur Rehabilitierung und Entschädigung der nach § 175 und § 175a StGB wegen homosexueller Handlungen in der BRD und der DDR Verurteilten. Verfassungsrechtliche, verfassungspolitische und völkerrechtliche Erwägungen, Berlin 2012.

- , Zur Aufhebung der Urteile und Entschädigung der in beiden deutschen Staaten nach 1945 verurteilten Homosexuellen. Verfassungspolitische und verfassungsrechtliche Fragen, in: Landesstelle für Gleichbehandlung – gegen Diskriminierung (Hrsg.), § 175 StGB, Rehabilitierung der nach 1945 verurteilten homosexuellen Männer (s. dort), S. 60.

Merten, D./Papier, H.-J. (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band II: Grundrechte in Deutschland – Allgemeine Lehren I, München 2006.

Mildenberger, F., Der Diskurs über männliche Homosexualität in der deutschen Medizin von 1880 bis heute, in: Gross/Buchli (Hrsg.), Normal – anders – krank? Akzeptanz, Stigmatisierung und Pathologisierung im Kontext der Medizin, Berlin 2008, S. 81.

Pieroth, B., Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL) 51 (1992), S. 92.

Pretzel, A., Die gescheiterte Entnazifizierung des Rechts, in: ders. (Hrsg.), NS-Opfer unter Vorbehalt (s. dort), S. 71.

- , Ansprüche auf strafrechtliche Rehabilitierung, in: ders. (Hrsg.), NS-Opfer unter Vorbehalt (s. dort), S. 83.

- (Hrsg.), NS-Opfer unter Vorbehalt – Homosexuelle Männer in Berlin nach 1945, Münster 2002.

Pretzel, A./Weiß, V. (Hrsg.), Ohnmacht und Aufbegehren. Homosexuelle Männer in der frühen Bundesrepublik, Hamburg 2010.

Radbruch, G., Aphorismen zur Rechtsweisheit, gesammelt, eingeleitet und herausgegeben von A. Kaufmann, Göttingen 1963.

Rinscheid, A., Entkriminalisierung ohne Individualisierung? Eine komparativ-historische Fallstudie zur Entkriminalisierung von Homosexualität in BRD und DDR, Zeitschrift für vergleichende Politikwissenschaft 7 (3) [2013], S. 251.

Risse, J., Der verfassungsrechtliche Schutz der Homosexualität, Diss., Baden-Baden 1998.

Rudolph, K., Die vergessenen Opfer der NS-Justiz, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1999, S. 102.

Sachs, M. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 7. Auflage, München 2014.

Sachs, M., Zur Verbindlichkeit bundesverfassungsgerichtlicher Entscheidungen, in: Ziemske/Langheid/Wilms/Haverkate (Hrsg.), FS Kriele (s. dort), S. 431.

Savon-Williams, R. C., Who's gay? Does it matter?, *Current Directions in Psychological Science* 15 (1) [2006], S. 40.

Schäfer, C., „Widernatürliche Unzucht“ (§§ 175, 175a, 175b, 182 a. F. StGB). Reformdiskussion und Gesetzgebung seit 1945, Berlin 2006.

- , Das Ringen um § 175 StGB während der Post-Adenauer-Ära: Der überfällige Wandel von einer Sitten- zu einer Jugendschutzvorschrift, in: Pretzel/Weiß (Hrsg.), Ohnmacht und Aufbegehren. Homosexuelle Männer in der frühen Bundesrepublik (s. dort), S. 189.

Schlaich, K./Korioth, S., Das Bundesverfassungsgericht – Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 10. Auflage, München 2015.

Schlink, B., Die Bewältigung von Vergangenheit durch Recht, in: König/Kohlstruck/Wöll (Hrsg.), Vergangenheitsbewältigung am Ende des zwanzigsten Jahrhunderts (s. dort), S. 433.

Schoeps, H.-J., Der Homosexuellen Nächste, Hamburg 1963.

Schöneburg, V./Lederer, K., Rehabilitierung und Entschädigung der aufgrund einvernehmlicher homosexueller Handlungen strafrechtlich Verfolgten in der DDR bzw. der BRD bis 1968 bzw. 1969, Gutachten – Zum Vorgehen nach Bundestags-Drs. 14/2620 im Auftrag der Fraktion der PDS im Deutschen Bundestag, 17. Juni 2000.

Schulz, C., Paragraph 175 (abgewickelt): Homosexualität und Strafrecht im Nachkriegsdeutschland. Rechtsprechung, juristische Diskussionen und Reformen seit 1945, Hamburg 1994.

Schulze-Fielitz, H., Wirkung und Befolgung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, in: Badura/Dreier (Hrsg.), FS 50 Jahre BVerfG (s. dort), S. 385.

Schwarz, K.-A., Schriftliche Stellungnahme, 132. Sitzung des Rechtsausschusses in der 17. Wahlperiode des Deutschen Bundestages am 15. Mai 2013 zu den Anträgen der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen – BT-Drs. 17/4042 und der Fraktion DIE LINKE – BT-Drs. 17/10841.

Schwarz, W./Bundesministerium der Finanzen (Hrsg.), Die Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts durch die Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV, Das Bundesentschädigungsgesetz, Erster Teil, München 1981.

Sommer, K., Die Strafbarkeit der Homosexualität von der Kaiserzeit bis zum Nationalsozialismus, Frankfurt am Main 1998.

Steinke, R., „Ein Mann, der mit einem anderen Mann ...“. Eine kurze Geschichte des § 175 in der BRD, Forum Recht 02/2005, S. 60.

Stern, K., Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1: Allgemeine Lehren der Grundrechte, München 1988.

Straßmeir, A./Ullrich, R., Umgang mit nachkonstitutionellem Unrecht. Zur Zulässigkeit der Aufhebung der Homosexuellenverurteilungen wegen „Unzucht“ nach 1945, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 2013, S. 76.

Stümke, H.-G./Finkler, R., Rosa Winkel, Rosa Listen. Homosexuelle und „Gesundes Volksempfinden“ von Auschwitz bis heute, Reinbek 1981.

Stümke, H.-G., Homosexuelle in Deutschland. Eine politische Geschichte, München 1989.

-, Wiedergutmachung an homosexuellen NS-Opfern von 1945 bis heute, in: Jellonek/Lautmann (Hrsg.), Nationalsozialistischer Terror gegen Homosexuelle (s. dort), S. 329.

Taylor, G., Zur strafrechtlichen Gleichstellung Homosexueller in der späten DDR, Journal der Juristischen Zeitgeschichte (JoJZG), S. 1.

Thinius, B., Verwandlung und Fall des Paragraphen 175 in der Deutschen Demokratischen Republik, in: Grimm (Hrsg.), Die Geschichte des § 175 (siehe dort), S. 145.

Tschentscher, A., Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, Tübingen 2006.

Umbach, D. C./Clemens, T. (Hrsg.), Grundgesetz, Mitarbeiterkommentar, Heidelberg 2002.

Umbach, D. C./Clemens, T./Dollinger, F. W. (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Mitarbeiterkommentar und Handbuch, 2. Auflage, Heidelberg 2005.

Wasmuth, J., Strafrechtliche Verfolgung Homosexueller in BRD und DDR, in: Jellonek/Lautmann (Hrsg.), Nationalsozialistischer Terror gegen Homosexuelle (s. dort), S. 173.

- , Verfassungsrechtliche Notwendigkeit der Rehabilitierung Homosexueller wegen strafrechtlicher Verfolgung durch die bundesdeutsche Justiz, in: Becker/Hilty/Stöckli/Würtenberger (Hrsg.), FS Rehbinder (s. dort), S. 777.

Wolter, J. (Hrsg.), SK-StPO, Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Band VII, 4. Auflage, Köln 2014.

Zacher, H. F., Das soziale Staatsziel, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band II (s. dort), § 28.

Ziemske, B./Langheid, T./Wilms, H./Haverkate, G. (Hrsg.), Staatsphilosophie und Rechtspolitik, Festschrift für Martin Kriele zum 65. Geburtstag, München 1997.

Herausgeberin:

Antidiskriminierungsstelle des Bundes
11018 Berlin
www.antidiskriminierungsstelle.de

Kontakt Beratung:

Tel.: 030 18 555-1865
(Mo. bis Fr., 9–12 Uhr und 13–15 Uhr)
Fax: 030 18 555-41865
E-Mail: beratung@ads.bund.de
Besuchszeiten nach Vereinbarung

Kontakt Zentrale:

Tel.: 030 18 555-1855
Fax: 030 18 555-41855
E-Mail: poststelle@ads.bund.de

Gestaltung: www.avitamin.de

Stand: Mai 2016, 1. Auflage

Druck: Silber Druck oHG, Niestetal

Alle Rechte vorbehalten. Auch eine fotomechanische Vervielfältigung des Werkes (Fotokopie/Mikrokopie) oder von Teilen daraus bedarf der vorherigen Zustimmung der Antidiskriminierungsstelle des Bundes.

ISBN 978-3-8487-3277-7

Homosexuelle Handlungen zwischen Männern waren – unter wechselnden Tatbestandsvoraussetzungen – bis 1994 strafbar. Die junge Bundesrepublik hatte den 1935 durch die Nationalsozialisten verschärften § 175 des Strafgesetzbuchs (StGB) übernommen. Erst 1994 wurde die Strafvorschrift durch den Bundestag vollständig aufgehoben. Die Opfer der Strafverfolgung nach 1945 bis zur Aufhebung der Strafvorschrift im Jahr 1994 wurden bis heute nicht rehabilitiert, die sie kriminalisierenden Urteile nicht aufgehoben. In der Bundesrepublik wurden mehr als 50.000 Männer unter dem § 175 verurteilt, Familien, Karrieren und Partnerschaften zerstört. Hierzu wurde Prof. Dr. Martin Burgi mit der Erstellung eines Gutachtens beauftragt, das zu einem eindeutigen Ergebnis kommt: Der Gesetzgeber ist zum Handeln, zur Rehabilitierung verpflichtet.