

Ulrich Keßler  
Richter am Verwaltungsgericht  
Rathenower Str. 37  
10559 Berlin

Berlin, 8. Mai 2013

**Rehabilitierung der nach 1945 wegen homosexueller Handlungen verurteilten Männer**  
Stellungnahme zu den Anträgen der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – BT-Drs.  
17/4042 – und der Fraktion DIE LINKE – BT-Drs. 17/10841

Die Erkenntnis, dass das Aufrechterhalten der Strafbarkeit einvernehmlicher homosexueller Handlungen erwachsener Männer nach 1945 – in der Bundesrepublik sogar in der verschärf-ten NS-Fassung – menschenrechtswidrig war, bedarf m.E. keiner weiteren Erörterung; sie ergibt sich aus der in den Drucksachen zitierten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR). Im Übrigen dürfte dies auch Konsens sein. Dies ergibt sich zum einen aus der einstimmig beschlossenen Entschuldigung des Bundestages vom 7. Dezember 2000, zum anderen auch aus den Protokollerklärungen der Ministerpräsidentin des Saarlandes und des Hessischen Justizministers zu der Entschließung des Bundesrates vom 12. Oktober 2012 – BR-Drs. 241/12 –, die dem Anliegen inhaltlich zustimmen und lediglich die Form der Umsetzung problematisieren<sup>1</sup>.

Erörterungsbedürftig erscheinen mir danach folgende Punkte:

**1. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes**

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat die bekannte Entscheidung vom 10. Mai 1957<sup>2</sup> darauf gestützt, dass die Strafbarkeit homosexueller Handlungen mit dem Grundgesetz vereinbar sei. An Entscheidungen des BVerfG ist zwar gemäß § 31 Abs. 1 BVerfGG auch der Gesetzgeber gebunden, aber Gesetzeskraft nach § 31 Abs. 2 BVerfGG hat eine solche Entscheidung nur, wenn die Normbestätigung in der Entscheidungsformel enthalten ist (und demnach im Bundesgesetzblatt veröffentlicht werden muss). Eine solche Entscheidung hat das BVerfG damals aber nicht getroffen; vielmehr lautet die Entscheidungsformel schlicht: „Die Verfassungsbeschwerde des [Name] wird zurückgewiesen.“

Darüber hinaus ist die genannte Entscheidung aus zwei Gründen überholt:

a) Das BVerfG selbst stützte die damalige Entscheidung maßgeblich darauf, dass gleichgeschlechtliche Betätigung nicht unter die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG falle, weil sie „eindeutig gegen das Sittengesetz“ verstoße. Inzwischen gehen beide Senate des BVerfG in ihren Entscheidungen zum Lebenspartnerschaftsgesetz davon aus, dass Lebensge-

---

<sup>1</sup> Plenarprotokoll 901, S. 461

<sup>2</sup> BVerfGE 6, 389

meinschaften homosexueller Menschen dem Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG unterstehen<sup>3</sup>, ohne dass die Frage eines Verstoßes gegen das Sittengesetz überhaupt angesprochen würde.

b) Allerdings führt das BVerfG in der Entscheidung zur Sukzessivadoption aus<sup>4</sup>:

Gegenüber der Situation bei Inkrafttreten des Grundgesetzes hat sich nicht nur das Gesetzesrecht, sondern auch die Einstellung der Gesellschaft zur Gleichgeschlechtlichkeit und der Lebenssituation gleichgeschlechtlicher Paare erheblich gewandelt.

Selbst wenn dies so verstanden werden könnte, als sähe das BVerfG seine damalige Entscheidung bezogen auf die damalige Zeit als rechtmäßig an, stünde dem die Rechtsprechung des EGMR entgegen. Diese ist auch für das BVerfG beachtlich; es hat zur Frage des Einflusses der Rechtsprechung des EGMR auf das deutsche Verfassungsrecht ausgeführt<sup>5</sup>:

Die Heranziehung der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte als Auslegungshilfe auf der Ebene des Verfassungsrechts über den Einzelfall hinaus dient dazu, den Garantien der Menschenrechtskonvention in der Bundesrepublik Deutschland möglichst umfassend Geltung zu verschaffen...

In dieser Entscheidung hat das BVerfG im Hinblick auf die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 7 EMRK eine Bestimmung für verfassungswidrig erklärt, die es noch sieben Jahre zuvor für verfassungsgemäß erklärt hatte<sup>6</sup>. Ebenso müsste es seine Rechtsprechung zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 175 StGB ändern, wenn diese Frage erneut an es herangetragen werden könnte. Der EGMR hat bereits in seiner Entscheidung von 1984 festgestellt, dass Strafgesetze, die zwischen Erwachsenen im gegenseitigen Einverständnis begangene homosexuelle Handlungen für strafbar erklären, das in Art. 8 EMRK garantierte Recht auf Achtung des Privatlebens verletzen, ohne dies etwa auf eine seit In-Kraft-Treten der EMRK veränderte Einstellung der Gesellschaft zur Gleichgeschlechtlichkeit zu stützen.

## **2. Durchbrechung der Rechtskraft gerichtlicher Entscheidung durch die Gesetzgebung**

Nach der Rechtsprechung des BVerfG sind für die Frage, ob rechtskräftige strafgerichtliche Entscheidungen abgeändert werden können, das heißt deren Rechtskraft durchbrochen wird, grundsätzlich die Gerichte selbst zuständig, so dass die Aufhebung formell fortbestehender Strafurteile durch den Gesetzgeber eine Maßnahme ist, die in einem Rechtsstaat besonderer Rechtfertigung bedarf. Eine gesetzliche Aufhebung ist daher nicht von vornherein durch das Gewaltenteilungsprinzip ausgeschlossen, zumal dieses nirgends rein verwirklicht ist, sondern zahlreiche Gewaltenschränkungen und -balancierungen bestehen. Das Grundgesetz fordert nicht eine absolute Trennung, sondern die gegenseitige Kontrolle, Hemmung und Mäßigung der Gewalten<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> Erstmals Urteil zur Verfassungsmäßigkeit des LPartG vom 17. Juli 2002, BVerfGE 105, 313 = juris Rdnr. 88: „Die eingetragene Lebenspartnerschaft ... erkennt gleichgeschlechtlichen Paaren Rechte zu. Der Gesetzgeber trägt damit den Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 und 3 GG Rechnung, indem er diesen Personen zu einer besseren Entfaltung ihrer Persönlichkeit verhilft und Diskriminierungen abbaut.“

<sup>4</sup> Urteil vom 19. Februar 2013, NJW 2013, 847 = juris Rdnr. 55

<sup>5</sup> Urteil vom 4. Mai 2011, BVerfGE 128, 326 = juris Rdnr. 90

<sup>6</sup> Urteil vom 5. Februar 2004, BVerfGE 109, 133 (betr. § 67d Abs. 3 StGB i.d.F. von 1998)

<sup>7</sup> Beschluss vom 8. März 2006, BVerfGE 117, 363 = juris Rdnr. 73 ff. zum NS-Aufhebungsgesetz

Dabei hat das BVerfG die Aufgabe der Aufhebung rechtskräftiger Entscheidungen aus der „Ausübung der Strafgerichtsbarkeit“ als typischer Aufgabe der rechtsprechenden Gewalt abgeleitet, also die Fehlerkorrektur derjenigen Gewalt zugewiesen, die für den Fehler verantwortlich ist. Dem entsprechend sind die herkömmlichen Wiederaufnahmegründe in § 359 Nr. 1-5 StPO auch auf Fehlerquellen des jeweiligen konkreten Verfahrens bezogen. Soweit es um die Fortgeltung und Anwendung von §§ 175, 175a StGB über 1945 hinaus geht, ist jedoch hinsichtlich der Verantwortlichkeit für das fortgesetzte Unrecht eine Gemengelage festzustellen: Grundlage waren zunächst die legislative Entscheidung, die strafrechtlichen Bestimmungen beizubehalten, sodann die Entscheidung des BVerfG, dies nicht zu beanstanden, und schließlich die auf dieser „gesicherten“ Grundlage ergangenen einzelnen Strafurteile. Schon unter diesem Gesichtspunkt erscheint es widersinnig, eine Fehlerkorrektur durch den mit verantwortlichen Gesetzgeber a priori ausschließen zu wollen.

Vor allem aber ist festzustellen, dass es auch nach dem herkömmlichen Wiederaufnahmerecht nicht etwa der rechtsprechenden Gewalt selbst überlassen bleibt, ob und wie sie ihre Fehler korrigiert. Vielmehr ist es eine Entscheidung des Gesetzgebers, in welcher Weise er den Konflikt zwischen den beiden aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Grundsätzen der materiellen Gerechtigkeit einerseits und der Rechtssicherheit andererseits löst<sup>8</sup>. So waren es jeweils Entscheidungen des Bundestages, über die bereits in § 399 der StPO von 1877 enthaltenen Wiederaufnahmegründe in § 359 Nr. 1-5 StPO hinaus Wiederaufnahmegründe für die Fälle einzuführen, in denen das BVerfG ein Gesetz für verfassungswidrig erklärt (§ 79 Abs. 1 BVerfGG) oder der EGMR einen Verstoß gegen die EMRK festgestellt hat (§ 359 Nr. 6 StPO<sup>9</sup>). Dabei geht das BVerfG selbst davon aus, dass der Gesetzgeber mit § 79 BVerfGG die Rechtsfolgen der Nichtigkeit eines Gesetzes im Interesse des Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit begrenzt hat; eine Ausnahme von diesem Grundsatz hat der Gesetzgeber nur für das Strafrecht gemacht, weil niemand gezwungen sein sollte, den Makel einer Strafe auf sich lasten zu lassen, die auf einem verfassungswidrigen Strafgesetz beruhe<sup>10</sup>.

Allerdings besteht ein qualitativer Unterschied darin, ob der Gesetzgeber der rechtsprechenden Gewalt vorgibt, unter welchen Voraussetzungen diese selbst rechtskräftige Entscheidungen einer erneuten Kontrolle unterziehen darf und muss, oder ob es der Gesetzgeber in die eigene Hand nimmt, eine Gruppe von Entscheidungen einer Generalkassation unterzieht. Dem entsprechend hat das BVerfG in der bereits genannten Entscheidung zum NS-AufhG auch ausgeführt, dass eine solche Maßnahme in einem Rechtsstaat besonderer Rechtfertigung bedürfe, es jedoch nicht gegen das Gewaltenteilungsprinzip und das Rechtsstaatsgebot verstoße, richterliche Urteile, die auf Bestimmungen beruhen, die gravierendes Unrecht verkörperten, und daher offenes Unrecht darstellen, durch Gesetz als nichtig aufzuheben<sup>11</sup>. Die gleiche

---

<sup>8</sup> BVerfG, Entscheidung vom 8. November 1967, BVerfGE 22, 322 = juris Rdnr. 19

<sup>9</sup> eingefügt durch Gesetz vom 9. Juli 1998, BGBl. I S. 1802

<sup>10</sup> Beschluss vom 6. Dezember 2005, BVerfGE 115, 51 = juris Rdnr. 32 f.

<sup>11</sup> siehe Fußnote 7, Rdnr. 75

Auffassung vertritt übrigens – und zwar nicht etwa beschränkt auf NS-Unrecht – Roman Herzog<sup>12</sup>.

Dies bedeutet daher auch keineswegs, die Rechtsprechung in der Bundesrepublik – und sei es nur hinsichtlich der Urteile nach §§ 175, 175a StGB – mit NS-Unrecht gleichzusetzen. Schon der Umstand, dass es nicht um die pauschale Aufhebung der Urteile bestimmter Gerichte (§ 2 NS-AufhG) oder um einen 60 Punkte umfassenden Katalog unrechtmäßiger Strafvorschriften geht (Anlage zum NS-AufhG), sondern letztlich um eine einzige Strafvorschrift, zeigt, dass hier nicht die Qualität als Rechtsstaat in Frage gestellt, sondern vielmehr anerkannt wird, dass auch der Rechtsstaat ausnahmsweise zu Unrechtsmaßnahmen fähig ist. Dass es sich um Unrecht handelt, ergibt sich wiederum aus der Rechtsprechung des EGMR.

Dass schließlich mit diesem Gesetzgebungsvorhaben keine allgemeine Erosion der Rechtssicherheit droht, wird durch das Bewusstsein sichergestellt, dass es sich um eine in besonderem Maße rechtfertigungsbedürftige Maßnahme handelt und sich die besondere Rechtfertigung hier aus folgenden Voraussetzungen ableitet:

- a) Der Grundsatz der Rechtssicherheit tritt gegenüber dem Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit umso mehr zurück, je weniger Nutzen die Rechtssicherheit bietet. Anders als etwa bei Urteilen von Zivilgerichten, bei denen der Obsiegende darauf vertraut, das Erlangte behalten zu dürfen, ist das vor allem bei Strafurteilen der Fall, wie schon die Regelung des § 79 BVerfGG zeigt. Das gilt erst recht, wenn es sich wie hier um Straftaten ohne Opfer handelt.
- b) Die Erkenntnis, dass es sich um Unrecht handelte, beruht nicht auf gewandelten gesellschaftlichen Auffassungen, sondern auf der Rechtsprechung des EGMR.
- c) Die Generalkassation – statt etwa der Möglichkeit eines Wiederaufnahmeverfahrens – ist dadurch gerechtfertigt, dass sich die Aufhebung auf eindeutig bestimmte, verlässlich abgrenzbare Strafvorschriften bezieht, so dass es keines weiteren Umsetzungsaktes bedarf.

### **3. Verurteilungen nach § 175 StGB ab 1969 sowie nach § 151 StGB-DDR**

Die Wortlaute der verschiedenen Fassungen der einschlägigen Bestimmungen liegen schon in der Anlage zur Stellungnahme von Manfred Bruns vor, worauf ich Bezug nehme.

Nach § 2 Nr. 3 i.V.m. Nr. 26 der Anlage zum NS-AufhG werden nur Verurteilungen nach §§ 175, 175a Nr. 4 RStGB aufgehoben. § 175a Nr. 4 RStGB betraf die Strafverschärfung in Prostitutionsfällen. Da § 175a Nr. 3 RStGB – Unzucht eines Mannes über 21 mit einem Mann unter 21 – nicht unter die Aufhebung fällt, erfasst die Aufhebung von Verurteilungen (nur) nach § 175 RStGB lediglich sexuelle Handlungen zwischen Männern über 21 Jahren. Soweit die Rehabilitierung für Urteile nach 1945 nicht weiter reichen soll als diejenige nach dem NS-VEntschG, entspricht dem für die Bundesrepublik bis 1969 die Aufhebung der selben – unveränderten – Vorschriften; für die Zeit zwischen 1969 und 1973 kommt noch § 175 Abs. 1 Nr. 2 StGB hinzu, der im Wesentlichen § 175a Nr. 4 RStGB entspricht. Für die DDR wären entsprechend die Verurteilungen nach §§ 175, 175a Nr. 4 StGB bis 1968 aufzuheben.

---

<sup>12</sup> in Maunz/Dürig, GG Art. 20 Abschnitt V Rdnr. 65

Nach der in beiden Drucksachen zitierten Rechtsprechung des EGMR ist jedoch nicht nur die Strafbarkeit einvernehmlicher homosexueller Handlungen zwischen Erwachsenen konventionswidrig, sondern auch unterschiedliche Schutzaltersgrenzen für hetero- und homosexuelle Handlungen. Eine gesetzliche Regelung, die die konventionswidrigen Verurteilungen aus der Welt schaffen soll, wäre ohne Berücksichtigung dieses Bereiches ein Torso. Aufzuheben sind somit auch Verurteilungen nach § 175 StGB in der Bundesrepublik bis 1994 und nach § 151 StGB-DDR. Allerdings bedarf es hier der Grenzziehung zwischen legitimem Jugendschutz und konventionswidriger Diskriminierung, d.h. Verurteilungen nach diskriminierenden Bestimmungen sind nur insoweit aufzuheben, als nicht zugleich auch gegen die allgemeinen Jugendschutzbestimmungen verstoßen wurde. Daraus ergeben sich folgende Fallgruppen:

a) Nach dem bis 1994 in der Bundesrepublik und dem bis 1968 in der DDR geltenden Recht bestand zwischen den allgemeinen, geschlechtsneutral formulierten Bestimmungen zum Schutz vor sexuellen Übergriffen einerseits und den Tatbeständen der §§ 175, 175a StGB andererseits so genannte Idealkonkurrenz, d.h. ein Täter, der homosexuelle Handlungen mit Schutzbefohlenen (§ 174 StGB) oder Kindern (§ 176 StGB) vornahm, wurde nach diesen Bestimmungen in Tateinheit mit §§ 175, 175a StGB verurteilt. In derartigen Fällen kommt eine teilweise oder vollständige Aufhebung durch gerichtliche Entscheidung entsprechend §§ 3 und 4 NS-AufhG in Betracht. Eine vollständige Aufhebung ist z.B. in Fällen denkbar, in denen nachweislich nur deshalb nicht wegen geringer Schuld von Strafe abgesehen wurde, weil es sich um eine homosexuelle Handlung handelte.

b) Etwas schwieriger wird es bei den §§ 149-151 StGB-DDR zwischen 1968 und 1987/89, da diese zwischen hetero- (§§ 149 und 150 StGB-DDR) und homosexuellen Handlungen (§ 151 StGB-DDR) unterschieden, so dass keine Idealkonkurrenz, sondern Spezialität bestand mit der Folge, dass die Verurteilung entweder nach § 151 StGB-DDR oder nach §§ 149 oder 150 StGB erfolgte. Aber auch in diesen Fällen wird eine §§ 3 und 4 NS-AufhG vergleichbare Lösung in Betracht kommen, bei der ein Gericht zu entscheiden hat, ob eine Verurteilung nach § 151 StGB-DDR bei Verschiedengeschlechtlichkeit auch nach §§ 149 oder 150 StGB-DDR erfolgt wäre.

c) Wenn sich der Gesetzgeber zur Aufhebung der Verurteilungen auf Grund der für homosexuelle Handlungen überschießenden und damit diskriminierenden Jugendschutzbestimmungen entschließt, ist konsequenter Weise auch § 175a Nr. 3 StGB in der bis 1968 in der DDR und bis 1969 in der Bundesrepublik geltenden Fassung einzubeziehen, der für homosexuelle Handlungen eine Schutzaltersgrenze von 21 Jahren vorsah.



Ulrich Kessler