

Prof. Dr. Kyrill-A. Schwarz, Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg

97070 Würzburg
Domerschulstraße 16
Telefon: (0931) 31-8 82335
E-Mail: Kyrill-alexander.schwarz@uni-wuerzburg.de
Sekretariat: Renate Ludwig
E-Mail: renete.ludwig@uni-wuerzburg.de

Würzburg, den 23.4.2013

Stellungnahme zu den Anträgen

der Abgeordneten Dr. Höll, Korte, Alpers, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE „Rehabilitierung und Entschädigung der verfolgten Lesben und Schwulen in beiden deutschen Staaten“ (BT-Drs. 17/10841)

und

der Abgeordneten Beck, Bender, Gehring, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN „Rehabilitierung und Entschädigung der nach 1945 in Deutschland wegen homosexueller Handlungen Verurteilten“ (BT-Drs. 17/4042)

I. Ausgangssituation

Die den Gegenstand beider Anträge bildende Frage nach der Zulässigkeit einer Rehabilitierung und Entschädigung von Personen, die wegen der Vornahme sexueller Handlungen strafrechtlich verfolgt wurden, berührt zentrale Fragen des Verfassungsrechts. Dies betrifft zum einen die Frage nach dem grundrechtlichen Schutz für entsprechende Verhaltensweisen und zum anderen die Frage, ob der Gesetzgeber verpflichtet ist, in Kenntnis gewandelter gesellschaftlicher Vorstellungen Wiedergutmachungsleistungen für diejenigen vorzusehen, die über Jahrzehnte unter der strafrechtlichen Verfolgung gelitten haben.

Während die sexuelle Ausrichtung als Ausdruck einer autonomen Entscheidung einen durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 GG gewährleisteten besonderen Autonomie-schutz genießt,

vgl. dazu *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, 39. Ergl., 2001, Art. 2 Rdnr. 200

und damit der grundrechtliche Schutz grundsätzlich unbestreitbar ist, stellt sich die Frage, ob eine Generalaufhebung – also kein Wiederaufgreifen im Einzelfall nach Maßgabe strafprozessualer Vorgaben – von Urteilen, die in Verkennung dieser grundrechtlichen Ausgangslage die Vornahme homosexueller Handlungen strafrechtlich sanktionierten, nicht gleichwohl von Verfassungs wegen unterbleiben sollte, weil sie gerade nicht ein besonders hohes Maß politischer Verfassungskultur zum Ausdruck bringt, sondern vielmehr geeignet ist, zentrale Fragen des freiheitlichen Verfassungsstaates in Frage zu stellen.

II. Entscheidungsvorschlag

Die Anträge sollten abgelehnt werden, da die gesetzliche Aufhebung von im zeitlichen Geltungsbereich des Grundgesetzes ergangenen Urteilen mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben der Gewaltenteilung, der Rechtssicherheit und der Garantie einer unabhängigen Justiz nicht zu vereinbaren sind. Dies bedeutet im Übrigen nicht, dass das homosexuellen Menschen gegenüber begangene Unrecht nicht anders gesühnt und aufgearbeitet werden kann. Dies gilt insbesondere für die Feststellung der Versagung der ihnen zukommenden Anerkennung, für die damit zugleich verbundene Stigmatisierung und massive Beeinträchtigung ihrer Persönlichkeit. In diesem Zusammenhang darf aber auch in Erinnerung gerufen werden, dass die durch die Anträge umschriebenen Sachverhalte nur einen Teil des Bereichs ausmacht, der insgesamt noch gesellschaftlich aufzubeheben ist, nämlich der Umgang mit zerstörten Lebensentwürfen aus der Frühphase der Bundesrepublik (exemplarisch seien hier die Behandlung von Kindern und Jugendlichen in öffentlichen Einrichtungen ebenso genannt wie die Ausgrenzung und Ächtung von Kriegsdienstverweigerern).

III. Begründung

1. Der Wandel der gesellschaftlichen Verhältnisse als untaugliche verfassungsrechtliche Argumentationsfigur

Soweit beide Anträge im Ergebnis zu begründen versuchen, dass die Verurteilungen schon deshalb aufgehoben werden müssten, weil die gesetzlichen Verhältnisse sich grundlegend geändert haben, greift dies zu kurz. Auch wenn der Deutsche Bundestag im Jahr 2000 festgestellt hat, „...dass durch die nach 1945 weiter bestehende Strafdrohung homosexuelle Bürger in ihrer Menschenwürde verletzt worden sind“

Plenarprotokoll 14/140 der Sitzung vom 7. Dezember 2000 zu BT-Drs. 14/4894, S. 13739 ff.

vermag der – im Übrigen auch rechtsvergleichend nur bedingt überzeugende – Hinweis auf die historische Entwicklung nur wenig zu überzeugen. So dürfte der Hinweis auf die Rechtsprechung des EGMR aus den 80er und frühen 90er Jahren

EGMR, NJW 1984, 541 ff.; EGMR, EuGRZ 1992, 484 ff.

schon kaum überzeugen, wenn dies als ein Argument gegen die bundesdeutsche Praxis der Strafverfolgung in den 50er und 60er Jahren herangezogen werden soll. Es sei nur der Hinweis gestattet, dass auch die Entscheidungen des EGMR deutlich durch die gesellschaftlichen Rahmenbedingungen geprägt werden und von daher bemerkenswert ist, dass jedenfalls der EGMR erst nach ersten Liberalisierungsbestrebungen in Deutschland im Jahr 1969 seine eigene liberale Position gefunden hat. Im Übrigen sei der Hinweis auf die Gefahren gestattet, die sich daraus ergeben, wenn allein die wechselnden Mehrheiten im Bundestag, die zugleich auch ein Indiz für einen Wandel gesellschaftlicher Vorstellungen darstellen, der Grund für die rückwirkende Beseitigung von Strafurteilen sein sollen. So zutreffend es ist, dass es heute – zu Recht – keinen gesellschaftlichen Konsens für die Strafbarkeit homosexueller Handlungen mehr gibt

wobei anzumerken ist, dass beispielsweise für die katholische Kirche Homosexualität „objektiv ungeordnet“ ist, vgl. nur Abs. 2358 des Katechismus der Katholischen Kirche von 1997/2003, im Internet unter www.vatican.va

und die Strafgesetze damit auch den gesellschaftlichen Konsens der jeweiligen Zeit widerspiegeln, so kann die dem Demokratieprinzip innewohnende Berechtigung zur kritischen Überprüfung und Infragestellung heutiger Moralvorstellungen nicht zugleich die Verpflichtung zur Aufhebung aller Urteile bedeuten, die zugleich auch Ausdruck eines bestimmten Zeitgeistes sind. Anderenfalls dürfte es von Rechts wegen keinen Bedenken begegnen, in Ansehung der prominent vertretenen Forderung nach einer Aufhebung der Strafbarkeit des Geschwister-Inzests

prominentester Vertreter dürfte sicherlich der frühere Verfassungsrichter *Hassmer* sein, vgl. nur Sondervotum in *BVerfGE* 120, 224 (255 ff.)

auch entsprechende Strafurteile generell aufzuheben. Ähnliches mag beispielsweise auch für die Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs oder die Straftatbestände der Kuppelei oder des Ehebruchs gelten.

so der Abgeordnete *Gehb* (CDU), Plenarprotokoll 14/140 der Sitzung vom 7. Dezember 2000, S. 13739 (13741); ob beispielsweise unter Hinweis auf die ihrerseits nicht unumstrittene Wiederheiratungsfreiheit auch Verurteilungen wegen Ehebruchs aufgehoben werden könnten, erscheint unter diesen Prämissen jedenfalls nicht von vornherein unplausibel; der EGMR hält Kündigungen wegen Ehebruchs in Tendenzbetrieben jedenfalls im Einzelfall für unzulässig, eine Bewertung, die 100 Jahre zuvor wohl kaum geteilt worden wäre, vgl. insgesamt dazu *EGMR*, NVwZ 2011, 482 ff.

Im Übrigen ist der Hinweis auf einen gesellschaftlichen Wandel auch im internationalen Kontext nur bedingt tragfähig. So existiert zwar die „Erklärung der Vereinten Nationen über die sexuelle Orientierung und geschlechtliche Identität“ vom 18. Dezember 2008, die auch von 66 Mitgliedstaaten – darunter allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union – der Vereinten Nationen unterzeichnet

wurde; es existiert aber auch eine Gegenerklärung von 57 Staaten, überwiegend aus dem arabischen und afrikanischen Raum, die die Klärung solcher Fragen als Eingriff in die Souveränität der Unterzeichnerstaaten ansehen.

2. Der Verstoß gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung

Gewaltenteilung ist das Kernelement eines modernen Verfassungs- und Rechtsstaates, verhindert sie doch um des Schutzes der Menschenwürde und der individuellen Freiheit willen Machtkonzentrationen und versucht damit zugleich, Verantwortungszurechenbarkeiten ebenso transparent zu machen wie staatliches Handeln insgesamt zu kontrollieren.

vgl. dazu nur statt aller *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl., 2010, Art. 20 Rdnr. 210 ff.

Soweit der Bundestag aber in Gesetzesform Entscheidungen einer anderen Staatsgewalt nicht nur korrigiert, sondern insgesamt aufhebt, trifft er damit eine Entscheidung, die von Verfassungs wegen einer anderen Stelle zugewiesen ist. Er setzt damit seine demokratisch legitimierte Entscheidung an die Stelle einer Entscheidung, die durch unabhängige Gerichte in einem rechtsförmlichen Verfahren getroffen wurde. Damit stellt er letzten Endes die Justiz unter einen generellen Abänderungsvorbehalt, der ihr unabhängiges Agieren in Frage stellt. Die Zusammenführung von Gesetzgebung und Rechtsprechung in einer staatlichen Funktion ist kein Zeichen von verfassungsrechtlicher Güte; sie stellt vielmehr den Bruch mit gewachsenen verfassungsrechtlichen Prinzipien dar.

3. Die Aufhebung von Strafurteilen und der Gedanke der Rechtssicherheit

Aus dem Grundsatz der Rechtssicherheit folgt, dass gerichtliche Entscheidungen in besonderem Maße auf Beständigkeit angewiesen sind, damit staatliches Handeln für den Bürger auch vorhersehbar und verlässlich ist.

BVerfGE 47, 146 (159 ff.); siehe ferner auch im Schrifttum *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, 66. Ergl., 2012, Art. 20 Rdnr. 50

Auch wenn unbestritten ist, dass das Recht auch der materiellen Gerechtigkeit zu dienen bestimmt ist und vor diesem Hintergrund sowohl das NS-Unrechtsregime

siehe dazu nur *BVerfGE* 23, 98 (105); 54, 53 (68 f.); siehe ferner auch *BVerwGE* 114, 195 (200 f.)

als auch – in Teilen – die „Rechts“-ordnung der DDR der Idee materieller Gerechtigkeit diametral entgegengesetzt war,

in Sonderheit gilt dies für die sog. Mauerschützenproblematik, *BVerfGE* 95, 96 (130 ff.); EGMR, NJW 2001, 3042 ff.; insgesamt zu dieser Problematik auch noch *Schwarz*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 145 ff.

so muss sich der Rechtsstaat treu bleiben.

Pieroth, VVDStRL 51 (1991), S. 91 (104)

Das bedeutet aber, dass die zwar grundsätzlich dem Gesetzgeber zugewiesene Aufgabe der Konfliktauflösung von Rechtssicherheit einerseits und materieller Gerechtigkeit andererseits diesem auch einen nicht unerheblichen Gestaltungsspielraum beim Ausgleich dieser widerstreitenden Vorgaben eröffnet,

BVerfGE 3, 225 (237); 15, 313 (319 f.); 35, 41 (47)

allerdings entbindet dies nicht von der Verpflichtung, materielle Kriterien zu benennen, die geeignet sind, den Ausnahmecharakter einer rechtspolitisch intendierten generellen Urteilsaufhebung durch den Gesetzgeber zu legitimieren. Ob man in Ansehung eines erst in den 80er Jahren erfolgten allgemeinen Meinungswandels bei der (strafrechtlichen) Bewertung von Homosexualität von einer schweren Menschenwürdeverletzung sprechen kann,

so jüngst *Straßmeir/Ullrich*, ZRP 2013, 76 (78)

kann allerdings dahinstehen,

Fraglich ist hier schon, ob der Würdebegriff des Art. 1 GG mit einer Erstreckung seines Schutzes auf homosexuelle Verhaltensweisen nicht überfrachtet wird. Zudem genießt eine homosexuelle Beziehung den Schutz aus Art. 2 Abs. 1 GG; wie hier auch *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), GG., 2. Aufl., 2004, Art. 2 Rdnr. 67

da auch dies nur in ganz eng umgrenzten Ausnahmefällen die Aufhebung von Entscheidungen aus materiell-rechtlichen Gründen gestattet. Gerade die Gegenüberstellung von NS-Unrechtsurteilen und den Handlungen von Organen der ehemaligen DDR einerseits und Urteilen aus der Anfangszeit der Bundesrepublik Deutschland macht aber deutlich, dass bundesdeutsche Gerichte, soweit sie geltendes Recht angewandt haben, nicht mit Unrechtsinstitutionen der vorgenannten Art gleich gesetzt werden können.

gez. Kyrill-A. Schwarz