

Expertise

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





Dokumente
lesbisch-schwuler
Emanzipation

29

Expertise

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

Univ. Prof. Dr.iur., Dr.sc.pol., Dipl.Soz. Hans-Joachim Mengel, LL.M (Yale)
Leiter des Center of the Study of Discrimination based on Sexual Orientation
(CSDSO) an der Freien Universität Berlin

Mitarbeit:

*Research Fellows René Mertens, Dipl. Pol. Patrick Hand
und Jennifer Bierski*

erstellt im Auftrag der Senatsverwaltung für Arbeit, Integration und Frauen,
Landesstelle für Gleichbehandlung – gegen Diskriminierung

„Lange Zeit blieben die homosexuellen Opfer des Nationalsozialismus aus der Gedenkkultur ausgeschlossen – in der Bundesrepublik wie in der DDR. Hier wie dort wurden Schwule lange Zeit weiter strafrechtlich verfolgt. In der Bundesrepublik Deutschland galt der § 175 unverändert bis 1969 fort. Aus seiner Geschichte heraus hat Deutschland eine besondere Verantwortung, Menschenrechtsverletzungen gegenüber Schwulen und Lesben entschieden entgegenzutreten.“

Schrifttafel am Mahnmal für die ermordeten und
verfolgten Homosexuellen in Berlin-Tiergarten

Inhalt

Einleitung

1. ZUM STAND DER DISKUSSION ÜBER DIE AUFHEBUNG DER VERURTEILUNGEN AUFGRUND DER §§175 UND 175 a STGB IN DER BUNDESREPUBLIK UND DER §§ 175, 175 a UND 151 STGB IN DER DDR UND DIE ENTSCHÄDIGUNG DER BETROFFENEN	6
2. PARLAMENTARISCHE INITIATIVEN	7
3. RECHTSPHILOSOPHISCHE ERWÄGUNGEN	9
3.1. Gibt es ein naturrechtliches Gebot, dass Homosexualität nicht bestraft werden darf?	10
3.2. Gibt es religiöse Gebote, Homosexualität strafrechtlich zu verfolgen?	11
3.3. Gibt es ein menschenrechtliches Verbot, Homosexualität strafrechtlich zu verfolgen?	13
4. VERFASSUNGSPOLITISCHE UND VERFASSUNGSRECHTLICHE ERWÄGUNGEN	14
4.1. Würde eine Aufhebung der Urteile nach §§ 175, 175a und 151 den „Ordre Public“ verletzen?	14
4.2. Verletzung des Gewaltenteilungsprinzips?	14
4.3. Verletzung des Rechtsstaatsprinzips?	16
4.4. Verpflichtung zur Neubewertung bei offensichtlichen legislativen und höchstrichterlichen Fehleinschätzungen und zur Milderung der darauf beruhenden Folgen	17
4.5. Verfassungsrechtliche und verfassungspolitische Erwägungen zur Entschädigung	18
4.6. Steht § 31 Abs.1 BVerfGG einer Rehabilitierung entgegen?	20
4.7. Fehleinschätzung der nationalsozialistischen Prägung der §§ 175 und 175 a StGB durch die politischen und juristischen Instanzen	21
5. DIE VERSCHÄRFTE VERFOLGUNG UND ERMORDUNG HOMOSEXUELLER IM DRITTEN REICH MIT RASSISTISCH NATIONALSOZIALISTISCHER BEGRÜNDUNGSIDEOLOGIE	22
5.1. Die strafrechtliche Verfolgung von Homosexuellen im Dritten Reich	23
5.2. Homophobie im nationalsozialistischen Staat	25
6. DIE VERFOLGUNG HOMOSEXUELLER IN DER BRD AUFGRUND FORTGELTENDEN NATIONALSOZIALISTISCHEN RECHTS UNTER AUßERACHTLASSUNG NATIONALSOZIALISTISCHER VERFOLGUNGSPRAXIS	27
6.1. Strafrechtliche Verfolgung durch die Jurisdiktion der Bundesrepublik	28
6.2. Der verfassungspolitische Verfolgungsrahmen	31
6.3. Der rechtspolitische Verfolgungsrahmen: Der Entwurf eines Strafgesetzbuches von 1962	41
7. DIE RECHTSWIDRIGKEIT DER VERFOLGUNG AUFGRUND VÖLKERRECHTLICHER ERWÄGUNGEN	42
8. ERGEBNIS	47

Einleitung

In der Bundesrepublik Deutschland galten die im Nationalsozialismus verschärften Strafvorschriften §§ 175 und 175 a StGB für homosexuelle Handlungen bis zum 31. August 1969 unverändert fort. Von 1969 bis zum 31. Mai 1994 galten unterschiedliche Schutzaltersgrenzen für homo- und heterosexuelle Handlungen.

In der DDR wurde seit 1950 der § 175 StGB in der Fassung, wie er vor der Verschärfung durch die Nationalsozialisten galt, angewendet. Der § 175a wurde in der von den Nationalsozialisten formulierten Fassung bis 1968 angewendet. Eine Entkriminalisierung erfolgte 1968. Von 1968 bis zum 30. Mai 1989 gab es auch in der DDR unterschiedliche Schutzaltersgrenzen für homo- und heterosexuelle Handlungen (§151 StGB).

Mit dem Gesetz zur Änderung nationalsozialistischer Unrechtsurteile in der Strafrechtspflege vom 23. Juli 2002 wurden die nach den §§ 175 und 175 a des Reichsstrafgesetzbuches in den Jahren 1935 bis 1945 ergangenen Urteile aufgehoben und damit die Verurteilten rehabilitiert. Dies gilt nicht für die nach dem 8. Mai 1945 wegen einvernehmlicher homosexueller Handlungen verurteilten Bürger der Bundesrepublik.

Am 7. Dezember 2000 verabschiedete der deutsche Bundestag einstimmig eine EntschlieÙung, die feststellt, *„dass durch die nach 1945 weiter bestehende Strafdrohung homosexuelle Bürger in ihrer Menschenwürde verletzt worden sind“*.¹ Gegen eine Aufhebung auch dieser Urteile und eine damit verbundene Rehabilitierung – hierzu liegen bereits mehrere parlamentarische Initiativen vor – werden jedoch Bedenken hinsichtlich der dadurch befürchteten Verletzung des Gewaltenteilungsprinzips und der Rechtstaatlichkeit, zu der auch die Rechtssicherheit gehöre, vorgetragen. Die Befürworter einer Rehabilitierung verweisen insbesondere darauf, dass die Bestrafung aufgrund nationalsozialistisch geprägten Rechts erfolgt sei, und dass diese Vorschriften völkerrechtswidrig gewesen seien. Die hier vorgelegte Expertise beschäftigt sich mit der verfassungsrechtlichen, verfassungspolitischen und völkerrechtlichen Abwägung und bezieht sich dabei sowohl auf die Argumente der Befürworter als auch der Gegner einer solchen Rehabilitierung. Die Ergebnisse sind in Kapitel 8 (S.47-48) zusammengefasst.

¹ Vgl. Plenarprotokoll 14/14o, BT- Drs. 14/4894

1. Zum Stand der Diskussion über die Aufhebung der Verurteilungen aufgrund der §§175 und 175 a StGB in der Bundesrepublik und der §§ 175, 175a und 151 StGB in der DDR und die Entschädigung der Betroffenen

Die Diskussion um die Aufhebung der Urteile aufgrund des § 175 und 175 a StGB in der Bundesrepublik muss stets vor dem Hintergrund gesehen werden, dass es der Mehrheit der Bevölkerung durchaus nicht unrecht war, dass Homosexualität weiterhin unter Strafe gestellt wurde. Dies gilt auch für die Mehrzahl der politischen Repräsentanten im Nachkriegsdeutschland. Dieses strafwürdige Bild der Homosexualität war lange durch die gesellschaftspolitisch einflussreichen christlichen Kirchen geprägt worden, so dass sich niemand stark dafür machen wollte, die Strafbarkeit abzuschaffen. Es galt nur darzustellen, dass die Strafbarkeit und auch die Strafverschärfung im Dritten Reich nicht spezifisch nationalsozialistisch geprägt waren. Da die christlichen Kirchen im Nachkriegsdeutschland als vergleichsweise unbelastet durch nationalsozialistische Verstrickung galten, hatte ihre Einstellung zu dieser Frage eine hohe Bedeutung, sowohl für die Einschätzung der Legislative als auch für die Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts. Hinzu kommt, dass die juristische Elite, aber auch die gesamte breite Richterschaft aus dem nationalsozialistischen System nahezu komplett in den Justizapparat der Bundesrepublik übernommen worden war. Es ist kaum anzunehmen, dass sie die verinnerlichte, durch die nationalsozialistische homophobe Propaganda aggressiv geschürte Ablehnung der Homosexualität von einem Tag auf den anderen unter der neuen Verfassung der Bundesrepublik ablegen konnten.

Da auch die christlichen Kirchen das gewünschte Ergebnis, nämlich die Beibehaltung der Strafvorschriften für homosexuelle Handlungen, unterstützten, gab es keine größere gesellschaftliche oder rechtspolitische Diskussion um die unveränderte Übernahme dieser Vorschriften. Zumal es auch schon vor dem Nationalsozialismus die Strafbarkeit der Homosexualität in der Weimarer Republik und dem Kaiserreich gab. Dabei wäre es auch zum damaligen Zeitpunkt möglich und notwendig gewesen – selbst unter Berücksichtigung der zu jener Zeit vorherrschenden Einstellung zur Homosexualität in der jungen Bundesrepublik – nachzuweisen, dass die Verfolgung Homosexueller aufgrund der §§ 175 und 175 a StGB im Dritten Reich in seiner

verschärften Form sowohl durch die Praxis der Strafverfolgung als auch im Strafmaß eindeutig nationalsozialistisch geprägt war. Dies hätte zwingend zur Aufhebung der genannten Strafvorschriften, als nunmehr durch nationalsozialistisches Gedankengut geistig durchdrungenes Recht zusätzlich diskreditiert, führen müssen. Gerade angesichts der unsäglichen Verfolgungspraxis im Dritten Reich wäre es nicht nur möglich, sondern zwingend erforderlich gewesen, die strafrechtliche Verfolgung von Menschen aufgrund ihrer sexuellen Orientierung zu beenden.

2. Parlamentarische Initiativen

Es gab bislang mehrere Initiativen im politischen Raum, die darauf abzielten, die Urteile, die im Nachkriegsdeutschland sowohl im Westen als auch im Osten Homosexuelle aufgrund der §§ 175 und 175 a StGB und des §151 StGB (DDR) bestrafen, aufzuheben und die Verurteilten zu entschädigen.

So brachten die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen und Die Linke nahezu zeitgleich im Jahre 2008 Anträge zur Rehabilitierung der wegen homosexueller Handlungen im Nachkriegsdeutschland verurteilten Bürger ein.

- 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- Drs.16/10944 v. 13.11.2008
- Fraktion Bündnis 90/Die Grünen: Rehabilitierung und Entschädigung der nach 1945 in Deutschland wegen homosexueller Handlungen verurteilten – BT- Drs.16/11440 v. 17.12.2008
- Fraktion Bündnis 90/Die Grünen: Rehabilitierung und Entschädigung der nach 1945 in Deutschland wegen homosexueller Handlungen Verurteilten- BT- Drs. 17/4042 vom 1.12. 2010

Mit den Initiativen wird der Deutsche Bundestag aufgefordert, festzustellen, dass der Europäische Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) die Bestrafung einvernehmlicher homosexueller Handlungen unter Erwachsenen als Verstoß gegen die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) eingestuft hat, und

dass der Deutsche Bundestag seine bereits am 7. Dezember 2000 einstimmig getroffene Bewertung bekräftigen solle, “ [...] *dass durch die nach 1945 weiter bestehende Strafdrohung homosexuelle Bürger in ihrer Menschenwürde verletzt worden sind.*“² Es handele sich um Menschenrechtsverletzungen im großen Ausmaß. Rehabilitierung und Entschädigung seien überfällig. Daher solle der Deutsche Bundestag die Bundesregierung auffordern, einen Gesetzentwurf vorzulegen, der die gesetzliche Rehabilitierung und Entschädigung der Menschen vorsieht, die nach 1945 in Deutschland aufgrund einer Strafbestimmung gegen homosexuelle Handlungen verurteilt wurden, die nach der Rechtsprechung des EGMR als menschenrechtswidrig einzustufen ist. Die entsprechenden Urteile seien aufzuheben und die ihnen zugrunde liegenden Verfahren einzustellen. Vorzusehen sei zudem eine Regelung zur teilweisen Aufhebung von Urteilen, sofern die genannten Tatbestände nicht der einzige Grund für die Verurteilung waren. Daraus resultierende Entschädigungen sollen mindestens den Umfang haben, wie sie im Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen (StrEG) für Schäden durch eine ungerechtfertigte strafgerichtliche Verurteilung vorgesehen sind.

Das Parlament lehnte am 6. Mai 2009 auf Empfehlung des Rechtsausschusses die beiden Initiativen von 2008 mit der Mehrheit der Koalitionsfraktionen CDU/CSU und SPD sowie der FDP-Fraktion ab. Zu dem Antrag von 2010 sind die Beratungen noch nicht abgeschlossen.

Die Argumente der Gegner einer Rehabilitierung durch Aufhebung der Urteile und der Zubilligung einer Entschädigung lassen sich folgendermaßen zusammenfassen:

Eine Aufhebung der Urteile berühre die Frage, ob die Legislative – also eine Parlamentsmehrheit – rechtskräftige Urteile unabhängiger Gerichte aufheben könne. Insofern würde eine Aufhebung massiven verfassungsrechtlichen Einwänden begegnen. Gesetze, die rückwirkend in die Rechtskraft von Gerichtsentscheidungen eingriffen, verletzen den Grundsatz der Gewaltenteilung (siehe hierzu Kapitel 6). Eine Aufhebung sei auch rechtspolitisch höchst bedenklich. Bezug nehmend auf die Tatsache, dass es das Gesetz zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile gab, betonen die Gegner, dass es ein fundamentaler Unterschied sei, ob man über

² Zitiert nach BT-Drs. 14/4894; Vgl. Plenarprotokoll 14/140.

die Aufhebung von Urteilen, die von unabhängigen Gerichten in einem demokratischen Rechtsstaat gefällt worden seien, diskutiere, oder über die Aufhebung von Urteilen, die während eines Unrechtsregimes ergangen seien. Aber auch von den Gegnern einer Rehabilitierung wird betont, dass die damals fortbestehende Strafverfolgung in der Bundesrepublik die Menschenwürde Homosexueller verletzt habe.

In der Diskussion um das Für und Wider der Aufhebung und Entschädigung darf nicht übersehen werden, dass die Argumente beider Seiten auch von den Werteeinstellungen und der jeweiligen Nähe zu Wertegemeinschaften wie beispielsweise den christlichen Kirchen auch hinsichtlich der Homosexualität durchaus nicht unbeeinflusst bleiben. Auch sind die beteiligten Akteure in dieser letztendlich weit über die rein juristischen Fragen hinaus gehenden politisch-gesellschaftlichen Wertedebatte nicht frei schwebend, sondern mannigfachen gesellschaftlichen Einflüssen ausgesetzt.

Dies berücksichtigend, sind im Folgenden die jeweiligen Hauptargumente der Befürworter und Gegner einer Rehabilitierung zu werten.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass es für die in diesem Gutachten zu bewertenden Fragen nicht ausschließlich auf die verfassungsrechtliche Interpretation weit auslegbarer Verfassungsprinzipien wie der Gewaltenteilung und der Rechtsstaatlichkeit oder auf das Vorhandensein zwingender positivrechtlicher Regelungen ankommt, sondern dass eine der Demokratie und dem Rechtsstaat angemessene Antwort nur unter Einbeziehung rechtsphilosophischer und verfassungspolitischer Erwägungen gefunden werden kann.

Aus diesem Grund sollen den rechtlichen Ausführungen rechtsphilosophische und verfassungspolitische Aspekte vorangestellt werden.

3. Rechtsphilosophische Erwägungen

Wenn nachgewiesen werden kann, dass die Verfolgung aufgrund sexueller Orientierung gegen fundamentale Prinzipien verstößt, die nicht allein vom Nationalstaat in souveräner Entscheidung, sei es durch seine Legislative, Exekutive oder Judikative willkürlich verletzt werden dürfen, dann ist die Beantwortung unserer

Fragestellung eine andere, als wenn die jeweilige Gesellschaft in dieser Frage der Verfolgung Homosexueller aufgrund des Prinzips staatlicher Souveränität völlig frei entscheiden kann.

Grundsätzlich geht man von der Freiheit nationaler politischer Systeme aus, ihr Recht und besonders auch das Strafrecht autonom zu gestalten. Allerdings könnte auch diese Gestaltungsfreiheit nicht schrankenlos sein. Prinzipien, die diese Freiheit begrenzen, können sich aus verschiedenen Quellen speisen. Einmal mögen diese Grenzen naturrechtlich begründet werden, zum anderen könnten religiöse unabänderliche Prinzipien zwingende Wirkung entfalten, oder aber der Nationalstaat ist an die Prinzipien des übergeordneten Völkerrechts gebunden. Sollte auch nur eine solch zwingende Schranke es dem Nationalstaat versagen, Menschen aufgrund ihrer sexuellen Orientierung strafrechtlich zu verfolgen, wären alle entsprechenden nationalen Vorschriften rechtswidrig und aufzuheben, und man hätte gute Gründe, die Opfer zu rehabilitieren und zu entschädigen.

3.1. Gibt es ein naturrechtliches Gebot, dass Homosexualität nicht bestraft werden darf?

Diese Frage mag angesichts der religiös geprägten Argumentation, dass Homosexualität ein Verbrechen wider die Natur sei, überraschen. Bevor sie weiter verfolgt wird, soll jedoch kurz erörtert werden, ob es überhaupt eine tragfähige Begründung für naturrechtliche Schranken gibt. Kann es naturrechtlich begründetes Recht geben? Anhänger eines naturrechtlichen Ansatzes bejahen dies, um gerade gewisse Menschenrechte, indem sie naturrechtlich begründet werden, dem menschlichen Gestaltungswillen zu entziehen. Dieser Ansatz beinhaltet jedoch mehrere nicht lösbare Probleme. Wer definiert solche unveränderbaren Rechte und aufgrund welcher Maßstäbe? Führt nicht alles dahin, dass es letztendlich wiederum Menschen sind, die die Definition des Naturrechts vornehmen, und die Maßstäbe setzen, innerhalb derer die Definition erfolgt?

Diese Schwierigkeiten gelten auch, wenn man das Recht und seine Vorgaben religiös begründen will. Auch hier ist es eher unwahrscheinlich, dass ein höheres Wesen direkt Recht gesetzt hat, sondern wahrscheinlich ist, dass es Menschen

waren und sind, die im Namen Gottes oder einer anderen höheren religiösen Macht Recht formulierten, und die bis heute darüber Definitionsmacht beanspruchen.

Angesichts dieser nur in wenigen Stichworten aufgezeigten Problematik wird hier die These vertreten, dass alles Recht von Menschen gestaltet und begründet wird. Dass es keinerlei Beschränkung dieser Gestaltungs- und Begründungsfreiheit gibt, sondern menschliche Gesellschaften auf nationaler und internationaler Ebene sich die Grenzen selbst setzen müssen.

Insofern ist die Frage, ob Gesellschaften gehindert sind, aufgrund naturrechtlicher Begründungen, Homosexualität strafrechtlich zu verfolgen und zu sanktionieren, zu verneinen. Es gibt keine naturrechtlichen Schranken für die Gestaltungsfreiheit des Rechts durch menschliche Gesellschaften. Dies gilt sogar für das Recht auf Leben. Wenn es so etwas gäbe, wären insbesondere hoch entwickelte Gesellschaften wie die der Vereinigten Staaten daran gehindert, die Todesstrafe zu praktizieren.

Allerdings gilt auch, dass, wenn es solche naturrechtlichen Vorgaben nicht gibt, es dann auch irrig ist, zu argumentieren, dass Homosexualität aufgrund solcher Vorgaben als Sünde wider die Natur zu bestrafen sei.

3.2. Gibt es religiöse Gebote, Homosexualität strafrechtlich zu verfolgen?

Kern christlich-religiöser Überzeugungen – und darauf beschränken wir uns hier – ist an die Wahrheit und Unveränderbarkeit göttlicher Gebote zu glauben. Die Kirchen betrachten es als ihre Aufgabe, nicht nur ihre Gläubigen zur Einhaltung dieses von Gott gesetzten rechtlich verbindlichen Verhaltensrahmens zu bewegen, sondern diesen Rahmen auch in der Gesellschaft, in der die Gläubigen leben, zur Entfaltung zu bringen, wenn nicht sogar ihn vollständig umzusetzen. Dabei geht vor allem die Katholische Kirche davon aus, dass ihre tragenden Prinzipien, keine katholisch - religiösen Besonderheiten sind. Es seien die Prinzipien eines natürlichen Sittengesetzes, dem alle Menschen unterlägen, ob sie es wissen oder nicht. Insofern verweist sie in ihrer Moral und Sexuallehre auch auf naturrechtliche Begründungen, um so den Anspruch zu untermauern, dass ihre Forderungen für alle Menschen Geltung beanspruchen können, da sie auf der Grundlage religiöser und naturrechtlicher Gegebenheiten, unabänderlich vom menschlichen Gestaltungswillen

existieren. Es liegt auf der Hand, dass angesichts eines Dialogpartners, der in der Wertediskussion den Anspruch erhebt, sich nicht nur auf gottgegebene religiös vorgegebene Werte zu berufen, sondern diese auch als naturgegeben betrachtet, kaum ein gesellschaftspolitischer Dialog über davon abweichende Sichtweisen zu Stande kommen kann.

Bestes Beispiel ist die Diskussion um die Homosexualität. Nach wie vor ist diese für die Katholische Kirche eine Sünde wider die Natur, obwohl die Vernunft und die Wissenschaft uns sagen, dass Homosexualität eine in der gesamten Natur vorkommende Erscheinung ist und schon allein deshalb nicht ein Phänomen wider die Natur sein kann.

Um jedoch die Ausgangsfrage zu beantworten, ob Homosexualität aufgrund religiöser Überzeugungen unter Strafe gestellt werden müsse, muss man zwischen dem gesellschaftlichen/politischen Bereich und dem religionsinternen Bereich unterscheiden. Bei letzterem hält insbesondere die Katholische Kirche an Sanktionsmechanismen, wie den Beschränkungen für Homosexuelle im Zusammenhang mit der Zulassung zum Priesteramt, fest. In der gesellschaftlichen Wirklichkeit hat sich die Kirche offenbar damit abgefunden, dass es keine strafrechtlichen Sanktionen mehr gibt. Akzeptanz oder Gleichstellung mit Heterosexuellen in der Gesellschaft, insbesondere, wenn Fragen der partnerschaftlichen Verbindung betroffen sind, ist damit nicht verbunden.

Jedoch sehen zumindest in unserer Gesellschaft die christlichen Kirchen heute keine Veranlassung mehr die Homosexualität aus religiös zwingenden Gründen unter staatliche Strafbewehrung zu stellen.

Diese Fragen zu erörtern ist im Zusammenhang mit dem Untersuchungsauftrag, die verfassungsrechtlichen Möglichkeiten der Aufhebung der Urteile zu ergründen, wichtig. Wie an anderer Stelle schon betont, geht es unter Umständen in der Diskussion um die Rehabilitierung nicht allein um verfassungsrechtliche Argumente, wie eine mögliche Verletzung der Gewaltenteilung oder Rechtssicherheit. Es könnte auch in dieser Wertedebatte darum gehen, nicht allzu deutlich eingestehen zu müssen, dass man auf Druck und unter dem Einfluss der christlichen Kirchen Strafvorschriften über lange Jahre hinweg angewendet hat, deren Fortbestand und

deren Vollzug die Menschenwürde verletzt und namenloses Leid über die Verurteilten gebracht hat.

3.3. Gibt es ein menschenrechtliches Verbot, Homosexualität strafrechtlich zu verfolgen?

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass alles Recht und somit auch die Menschenrechte von Menschen konzipiert, definiert, in verbindliches Recht gegossen, durchgesetzt, interpretiert und geändert werden können. Für diese Gestaltungsautonomie auf nationalstaatlicher, gesellschaftlich-politischer Ebene gibt es keinerlei naturrechtliche oder religiöse Begrenzung mehr, wie dies in der Vergangenheit angenommen wurde. Dennoch ist diese Gestaltungsfreiheit eingeschränkt und zwar durch den Konsens der Völkergemeinschaft und die sich daraus ergebenden völkerrechtlich bindenden Regeln des internationalen Menschenrechtsschutzes.

Diese Konventionen auf europäischer und globaler Ebene erlauben es den Nationalstaaten schon länger nicht mehr, Regelungen zu treffen, die Menschenrechte, auf die sich die Weltgemeinschaft insgesamt, beispielsweise im Rahmen der Charta der Vereinten Nationen oder regional mit der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) verbindlich geeinigt hat, zu verletzen. Alle entgegenstehenden Regelungen sind als unwirksam zu betrachten. Die Problematik, die sich hier auftut, ist einerseits sich auf eine gemeinsame Interpretation des jeweilig betroffenen Rechts zu verständigen, und sich andererseits auch über die konkreten Folgen einer Verletzung des Rechts zu einigen.

Jüngstes Beispiel ist die Frage der strafrechtlichen Verfolgung homosexueller Handlungen. Ist diese Verfolgung heute oder war sie jemals mit den internationalen Konventionen zum Schutz der Menschenrechte vereinbar? Dies wird an anderer Stelle dieses Gutachtens näher untersucht werden. Hier zunächst der Hinweis, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) mehrmals festgestellt hat, dass eine strafrechtliche Verfolgung homosexueller Handlungen menschenrechtswidrig ist.³

³ Vgl. Urteile des EGMR im Fall Dudgeon gegen Vereinigtes Königreich bzw. EGMR Urteil im Fall Norris gegen Irland / Modinos gegen Zypern.

4. Verfassungspolitische und verfassungsrechtliche Erwägungen

4.1. Würde eine Aufhebung der Urteile nach §§ 175, 175a und 151 den „Ordre Public“ verletzen?

Ich gehe im Folgenden der Frage nach, ob eine Aufhebung der Urteile nach den § 175, 175a StGB und § 151 StGB (DDR) den „ordre public“ verletzen würde.

Es muss kein politischer oder wissenschaftlicher Streit darüber entstehen, dass eine demokratische Gesellschaft gewisse Grundprinzipien und Grundwerte anerkennt, deren Infragestellung, Änderung oder Neudefinition nur mit größter Sorgfalt und nicht tagespolitisch leichtfertig begründet werden darf. Diese Gesamtschau tragender Prinzipien, den „ordre Public“, machen in unserem Verfassungssystem sicherlich die Gewaltenteilung, das Rechtsstaatsprinzip, die Einhaltung nicht veränderbarer Grundrechtswerte im Kernbereich aus. Im Folgenden soll abgewogen werden, inwiefern einige dieser Kernpunkte unseres „ordre Public“, wie etwa die Gewaltenteilung, das Rechtsstaatsprinzip und die Autorität und Stellung des Bundesverfassungsgerichts durch eine Aufhebung der Urteile aufgrund der §§ 175 und 175 a StGB und §151 StGB (DDR) berührt würden.

Um diese Fragen zu beantworten, ist es notwendig, die Offenheit des Verfassungsrahmens zu diskutieren. Weder das Gewaltenteilungsprinzip, noch das Rechtsstaatsprinzip und besonders auch die mit diesen Begriffen untrennbar verbundenen Werte unserer Gesellschaft können sich angemessen entfalten, wenn nicht, insbesondere für die Wertediskussion, ein offener Verfassungsrahmen gewährleistet ist.

4.2 Verletzung des Gewaltenteilungsprinzips?

Eines der wichtigsten Argumente der Gegner einer Aufhebung der Urteile aufgrund des § 175 StGB ist, dass man mit einer solchen Aufhebung durch die Legislative die Gewaltenteilung zwischen Judikative und Legislative verletzen würde. Mit gutem Grund gibt es diese Teilung im demokratischen Rechtsstaat. Eine unabhängige Justiz ist ein hohes und unverzichtbares Gut. Dies war auch die Argumentation zu den gesetzgeberischen Initiativen, die zu Beginn vorgestellt wurden.

Dieses Gut ist jedoch durch die Forderung nach Aufhebung der Urteile und nach Rehabilitierung der Verurteilten nicht gefährdet. Es geht bei dieser Forderung nicht darum, in laufende strafrechtliche Verfahren durch die Legislative oder Exekutive einzugreifen, sondern um die nachträgliche Korrektur mittels Aufhebung von Urteilen, die aufgrund von Fehleinschätzungen von der Justiz des selben Landes vor längerer Zeit gefällt wurden, und die sowohl zum Zeitpunkt der Urteilsverkündung als auch aus heutiger Sicht verkannt haben, dass nationalsozialistisch geprägtes Recht diesen Urteilen zugrunde lag, und die ferner auch den Kernbereich der neuen Grundrechtsordnung, den Schutz der Würde des Menschen gerade auch vor dem Hintergrund der Verfolgungspraxis gegenüber Homosexuellen im Dritten Reich in fundamentaler Weise fehl interpretiert haben. Das dadurch entstandene Leid fordert zwingend eine angemessene Reaktion staatlicher Gewalten.

Die Gewaltenteilung wurde nicht geschaffen, um beliebige abstrakte Ideen von Verfassungsjuristen und Philosophen durchzusetzen, sondern weil sie den Zweck hat, Machtmissbrauch zu verhindern, und die Balance zwischen den verschiedenen Gewalten zum Schutz und Wohl der Bürger zu gewährleisten.

Ohne Zweifel gab es in Bezug auf die strafrechtliche Verfolgung Homosexueller aufgrund unveränderten nationalsozialistischen Rechts Fehlentwicklungen sowohl auf Seiten der Legislative und Exekutive als auch in der Judikative. Legislative und Exekutive haben bewusst oder aus Nachlässigkeit im Zusammenhang mit der Aufhebung von nationalsozialistisch geprägtem Recht eine unzureichende Prüfung der §§ 175 und 175 a StGB und der Verfolgungspraxis im Dritten Reich vorgenommen und diese Vorschriften weiterhin gelten lassen. Anstatt diese Fehlentscheidung im Lichte des neuen Grundgesetzes und des durch dieses Grundgesetz gewollten Bruchs mit dem Dritten Reich zu revidieren, verkannte die Jurisdiktion in Gestalt des Bundesverfassungsgerichts anschließend die Bedeutung einer Fortgeltung dieser Paragraphen und berief sich bei der Prüfung auf die Auffassung der anderen Gewalten. Hier wäre eine objektive sorgfältige Analyse notwendig gewesen, ob diese Paragraphen durch ihre Verschärfung und Nutzung derart von nationalsozialistischer Ideologie geprägt worden waren, dass eine Fortgeltung sich zwangsläufig verboten hätte. Dies ist nicht geschehen und stellt eine bis heute fortwirkende tiefe Verletzung rechtsstaatlichen Empfindens dar.

Mit diesem einen Fehler war es jedoch noch nicht genug. Das Gericht verkannte darüber hinaus, dass die Bestrafung einvernehmlicher homosexueller Handlungen

auch gegen das neue Grundgesetz, insbesondere gegen Art.1 GG, der die Würde des Menschen schützt, verstieß. Insofern vertiefte die dritte Gewalt die Fehler der anderen beiden Gewalten, die die Bestrafung Homosexueller aufgrund von Fehleinschätzungen legalisiert und angewendet hatten.

Nachdem jedoch nunmehr unstreitig klar ist, dass die beteiligten Gewalten in ihrer Rolle versagt haben, nachdem der Deutsche Bundestag einstimmig festgestellt hat, dass durch die Verurteilungen die Würde der Verurteilten verletzt worden ist, und sich bei den Betroffenen entschuldigte, ist es an der Zeit, das damalige Versagen der gegenseitigen Kontrolle der Gewalten anzuerkennen und daraus die notwendigen Konsequenzen zu ziehen. Dies würde die Funktion der Gewaltenteilung im Nachhinein auch in dieser Frage wiederherstellen. Insofern gefährdet eine solche Rehabilitierung nicht die Gewaltenteilung, sondern stärkt diese sogar.

4.3 Verletzung des Rechtsstaatsprinzips?

Gesetze zu ändern oder aufzuheben, auf deren Grundlage staatliches und privates Handeln erfolgt, hat die Voraussetzungen und Folgen stets zu beachten.

Gewiss ist der Gesetzgeber frei, jederzeit neues Recht zu schaffen, auch zu identischen Sachverhalten. Niemand kann davon ausgehen, dass das augenblickliche Recht so bleibt wie es ist. Bis es allerdings geändert ist, müssen die Bürgerinnen und Bürger davon ausgehen bzw. darauf vertrauen können, dass es bis zur rechtskräftig gewordenen Änderung Gültigkeit hat.

Selbst die Rechtsprechung ist nicht immer an das Prinzip "*stare decisis*" gebunden, sie kann ihre Gesetzesinterpretationen und die daraus folgenden Begründungen durchaus auch ändern, jedoch dürfen die beiden Gewalten dies nicht willkürlich unternehmen. Es müssen nachvollziehbare und transparente Begründungen geliefert werden.

Folglich bewährt sich der Rechtsstaat nicht im starren Formalismus oder der Gewaltenteilung, sondern in einer immer weiter zu entwickelnden Dynamik, die aufgrund eines permanenten öffentlichen transparenten Diskurses über die Inhalte und Praxis dieser tragenden Prinzipien sicherstellt, dass im Ergebnis vernünftige, den Grundwerten unserer Verfassung entsprechende Schlussfolgerungen gezogen werden können.

4.4 Verpflichtung zur Neubewertung bei offensichtlichen legislativen und höchstrichterlichen Fehleinschätzungen und zur Milderung der darauf beruhenden Folgen

Legislative und Judikative sind jedoch nicht bei allen Änderungen aufgrund gesellschaftlichen Wandels und durch Wandel der Rechtsauffassung aufgerufen, die Folgen für die Betroffenen, etwa hinsichtlich Rehabilitierung oder/und Entschädigung zu prüfen. Die Bürgerinnen und Bürger müssen bis zu einem gewissen Grade solche Folgen tragen. Allerdings gibt es Ausnahmefälle wie den hier vorliegenden. Hier haben gleich zwei Gewalten in ihrer Verpflichtung, die Bürger/innen in ihren Grundrechten zu schützen, versagt: Die Legislative, die die §§ 175 StGB und 175 a StGB nicht als von nationalsozialistischer Anwendungspraxis für jedwede rechtsstaatliche Kontinuität als desavouiert beurteilt hat, und auch auf spätere völkerrechtliche Entwicklungen nicht reagiert hat, und die Jurisdiktion, die dies hätte korrigieren können, und sowohl in der Beurteilung der grundrechtlichen als auch der völkerrechtlichen Dimension versagte. Die verfolgten Bürger konnten sich aufgrund der Tabuisierung des Themas Homosexualität nicht einmal in einem öffentlichen Diskurs gegen dieses Versagen der staatlichen Organe wehren, sondern verstummten nach den Entscheidungen bzw. Unterlassungen und erduldeten nach der Verfolgung durch das NS - Regime die fortwährende Verfolgung durch den Rechtsstaat. Die ganze Tragweite dieses schrecklichen Versagens des jungen demokratischen Rechtsstaates kommt in folgender Feststellung zum Ausdruck:

“Die Bundesrepublik Deutschland knüpfte in ihrer juristischen Haltung den Homosexuellen gegenüber nicht an das Kaiserreich und auch nicht an die Republik von Weimar an, schon garnicht an die Reformansätze von 1929. Im Gegenteil: Als Rechtsnachfolgerin des NS-Reiches übernahm sie auch die nationalsozialistische Rechtsauffassung zum Paragraphen 175 und ließ ihn unverändert bis zum Jahre 1969 fortbestehen. Für die homosexuelle Minderheit endete der Nationalsozialismus juristisch daher erst 24 Jahre nach dem Zusammenbruch des Dritten Reichs.”⁴

Da dem so ist, wird der moralische rechtspolitische Zwang deutlich, der zwingend eine Rehabilitierung durch die Aufhebung der Urteile erforderlich macht.

Fraglich ist, ob ein solcher rechtspolitisch/moralischer Aufhebungszwang auch für die Urteile gilt, die aufgrund homosexueller Handlungen in der DDR gefällt wurden.

Hier könnte man argumentieren, dass die DDR bei der Bestrafung nicht in gleicher Weise auf die aus dem Dritten Reich übernommenen Gesetze zurückgriff wie dies in der Bundesrepublik geschah. Bei dem § 175 StGB griff die DDR auf die "Vornazifassung" zurück. Der § 175 a StGB wurde aus dem Dritten Reich übernommen. Ausmaß und Vehemenz der Verfolgung waren weniger ausgeprägt als in der BRD. Die Strafbarkeit homosexueller Handlungen zwischen Erwachsenen wurde 1968, fast zeitgleich mit der BRD, abgeschafft.

Der Rehabilitierungsdruck ist für die Verurteilungen in der DDR zwar weniger deutlich als für die alte Bundesrepublik, doch gleichwohl vorhanden. Deshalb wird hier dezidiert die Auffassung vertreten, dass keine Differenzierung erfolgen sollte. Die Würde der Betroffenen wurde in beiden deutschen Staaten verletzt. Die Aufhebung sollte insofern auch für alle Urteile, die auf dem Gebiet der ehemaligen DDR Homosexuelle wegen einvernehmlicher Handlungen bestrafen, gelten. Es gibt keine Rechtsgründe, die eine Differenzierung zwingend erforderten. Eine Differenzierung würde dem Geist einer nunmehr gemeinsamen Rechtsordnung elementar widersprechen.

4.5 Verfassungsrechtliche und verfassungspolitische Erwägungen zur Entschädigung

Angesichts der besonderen Verantwortung Deutschlands in Anbetracht der Verfolgung und Ermordung Homosexueller im Dritten Reich und der rechtswidrigen Perpetuierung der Verfolgung unter dem Grundgesetz und angesichts des Leids der Betroffenen und der Schwere der Schuld, die der Rechtsstaat Deutschland in der Bundesrepublik gegenüber homosexuell orientierten Bürgern auf sich geladen hat, wäre eine Entschädigung eine angemessene Geste. Die Frage der Entschädigung sollte jedoch nicht einem möglichst breiten Konsens und einer schnellen Lösung in Bezug auf eine Rehabilitierung im Wege stehen.

Durch die gebotene Aufhebung der Urteile, die die einvernehmlichen homosexuellen Handlungen unter Erwachsenen betreffen, manifestiert sich gleichfalls auch deren Rechtswidrigkeit. Allerdings müsste für eine mögliche Entschädigung eine gesetzliche Grundlage vorhanden sein bzw. geschaffen werden.

⁴ Stümke, Hans-Georg, 1989, Homosexuelle in Deutschland. Eine politische Geschichte. S. 132

Diese Grundlage ist augenblicklich nicht vorhanden. Das in diesem Zusammenhang in Frage kommende Gesetz über die Entschädigung für rechtswidrige Strafverfolgungsmaßnahmen (StrEG) ist hier nicht einschlägig, da es sich hier um die Entschädigung für legislatives Unrecht handelt. Den einzelnen Strafverfahren Fehlerhaftigkeit in einem dazu erforderlichen weiteren Strafverfahren nachzuweisen, erscheint nicht möglich.

Selbstverständlich stünde es dem Gesetzgeber frei, eine solche Grundlage zu schaffen, dabei wäre es sogar nicht einmal notwendig, sich auf historische Vorbilder oder Analogien zu berufen. Das Parlament als höchster Souverän kann solch eine Regelung treffen. Insofern sind die Hinweise der Befürworter einer solchen gesetzlichen Entschädigungsregelung, die sich auf Regelungen in Bezug auf das DDR Unrecht beziehen, nicht hilfreich. Diese Gesetze sehen politische Verfolgung als Grund der Entschädigung an. Das Argument, das hier ähnlich wie bei der Bestrafung der Homosexuellen aufgrund des § 175 StGB Menschenrechte und das Prinzip der Verhältnismäßigkeit verletzt wurden, ist nicht ausreichend, um solche Parallelen zu ziehen.

Die Frage, die jedoch gestellt werden muss, ist ob eine Entschädigungsregelung zum gegenwärtigen Zeitpunkt rechtspolitisch sinnvoll erscheint, oder ob sie dem berechtigten Anliegen auf Rehabilitation möglicherweise im Wege steht.

Für letzteres könnten mehrere Gründe sprechen. Der Gesetzgeber ist nur in extrem seltenen Fällen bereit, für legislatorisches Fehlverhalten Entschädigungsregeln zu schaffen. Dies gilt sowohl für Entschädigungszahlungen aufgrund von Einzelfallprüfungen, als auch für solche, die generell für alle Betroffenen gewährt werden.

Entschädigungsregelungen aufgrund von Einzelfallprüfungen der Verurteilungen nach § 175 StGB würden hinsichtlich ihrer Effektivität ins Leere laufen, da nur Wenige der Verurteilten, aus naheliegenden Gründen, eine Entschädigung beantragen würden.

Eine allgemeine Entschädigung für alle Betroffenen, ohne Ansehen des Einzelfalls, würde neben anderen Problemen die Frage der Höhe aufwerfen, die dann möglicherweise rein symbolischen Charakter haben würde. Eine solche symbolische Geste läge jedoch schon in der Rehabilitation der Betroffenen und es bedürfte nicht noch weiterer komplizierender Symbolik. Allerdings ist dies eine politisch zu

entscheidende Frage. Jedwede Entscheidung sowohl für als auch gegen eine angemessene Entschädigung ist rechtlich vertretbar.

4.6 Steht § 31 Abs.1 BVerfGG einer Rehabilitierung entgegen?⁵

„Für die Homosexuellen ist das Dritte Reich noch nicht zu Ende“⁶

Dieser später häufig zitierte Satz von Hans Joachim Schoeps aus dem Jahr 1963 soll den Erwägungen vorangestellt werden, die die Frage behandeln, ob die in § 31 BVerfGG niedergelegte Bindungswirkung an die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts – auch in der Frage der Gültigkeit der §§ 175 und 175a StGB in der BRD – einer Aufhebung der aufgrund dieser fortgeltenden Gesetze gefällten Urteile entgegensteht.

Dazu ist zunächst folgendes festzustellen: Es geht nicht um die formelle Aufhebung eines Urteils des BVerfG. Gleichwohl ist wahr, dass es um die Aufhebung von Urteilen geht, die von anderen Teilen der Jurisdiktion nur so gefällt werden konnten, weil das BVerfG die Rechtsgrundlagen dafür als verfassungsgemäß eingestuft hat (siehe hierzu Kapitel 6.2). Im Abschnitt über die Frage, ob die Gewaltenteilung durch eine Aufhebung der entsprechenden Urteile berührt würde, wurde ausgeführt, dass das Recht im Spannungsverhältnis der drei Gewalten entsteht und auch gegenseitiger Kontrolle unterliegt. Es wäre für unser rechtsstaatliches System ein deutlicher Mangel, wenn es nicht möglich wäre, in diesem Verfassungsrahmen eklatante Fehlentwicklungen, – eben auch der Justiz – korrigieren zu können. Dies darf nicht leichtfertig geschehen, sondern einer solchen Korrektur und deutlicher Kritik muss ein offener sorgfältiger Diskurs vorangehen, damit deutlich wird, dass es sich nicht um eine opportunistische tagespolitische willkürliche Entscheidung handelt, sondern um eine Entscheidung, die die Grundprinzipien unserer Werteordnung berührt und im Einklang mit dieser getroffen werden muss. Eine solche Diskussion und der Mut, sich nicht auf formaljuristische Argumente zurückziehen zu wollen, würde ein hohes Maß an politischer Verfassungskultur deutlich machen. Insofern steht die Bindungswirkung des § 31 BVerfGG einem

⁵ Bundesverfassungsgerichtsgesetz § 31 Abs.(1): Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts binden die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden.

⁶ Hans Joachim Schoeps: Der homosexuelle Nächste, Hamburg, 1963, S.86

Vorhaben der Aufhebung der Urteile nicht nur nicht entgegen, sondern der §31 BVerfGG kann seine rechtsstaatlich friedenssichernde Wirkung auf Dauer nur entfalten, wenn er diese Möglichkeit nicht verhindert.

4.7 Fehleinschätzung der nationalsozialistischen Prägung der §§ 175 und 175 a StGB durch die politischen und juristischen Instanzen

*“Mit zynischer Offenheit wurde rigoros und mit schwerwiegenden Folgen in das Leben von Menschen eingegriffen, die sich allein aufgrund ihrer sexuellen Orientierung von der Mehrheit unterschieden, in den bevölkerungspolitischen Zwecksetzungen der Faschisten aber als ‘Volksschädlinge’ abgewertet, verfolgt und vernichtet wurden“.*⁷

Zentraler Punkt verfassungsrechtlicher und verfassungspolitischer Argumentation zur Rehabilitierung und Entschädigung ist, dass die Grundlage der Verurteilung fortdauerndes nationalsozialistisch geprägtes Recht darstellte. Demgegenüber haben die verantwortlichen politisch gesetzgeberischen Instanzen und später die oberste Rechtsprechung – zunächst der Bundesgerichtshof (BGH, siehe Kapitel 6.1)⁸ und dann das Bundesverfassungsgericht (BVerfG, siehe Kapitel 6.2)⁹ – diese nationalsozialistische Prägung des §175 StGB verneint und nicht nur auf die auch vor dem Naziregime bestehende Strafbarkeit homosexueller Handlungen verwiesen, sondern auch auf die Akzeptanz einer solchen Strafvorschrift in der öffentlichen Meinung der Bundesrepublik Bezug genommen.

Insofern bedarf es einer Beurteilung, ob die Neufassung der betreffenden Vorschriften im Dritten Reich und deren Anwendung nationalsozialistisch geprägt waren. Nur wenn diese zu dem Schluss kommt, dass sowohl in der verschärfenden Ausrichtung und Änderung der entsprechenden Strafvorschrift unter den Nationalsozialisten, als auch in deren Anwendung, deutlich nationalsozialistische Ideologie eine Rolle gespielt hat, sind diese Strafvorschriften in rechtswidriger Weise in das Recht der BRD als fort geltend aufgenommen worden. Die nachfolgende Darstellung verweist in der gebotenen Kürze auf die vorliegenden historischen Untersuchungen, die zu dem Schluss kommen, dass die Vorschriften zur Bestrafung

⁷ Grau, a.a.O. 1999: 115

⁸ BGH St 1. S. 123

⁹ Urteil vom 10. Mai 1957, BVerfGE 6,389

homosexueller Handlungen in den Dienst nationalsozialistischer Ideologie gestellt wurden und zur Erpressung, Denunziation und Verfolgung bis hin zur Verbringung in KZ's benutzt wurden. Durch diese Ideologisierung und hasserfüllte Verfolgungspraxis wurden die Strafvorschriften insgesamt in ihrer Verschärfung und Anwendung in einer Weise deformiert und pervertiert, dass es zwingend gewesen wäre, sie nicht in die neue rechtsstaatliche Ordnung der Bundesrepublik zu übernehmen. Nicht ohne Grund hatten die Alliierten in diesem Sinne auch einen Vorschlag gemacht.

Warum diesem Vorschlag nicht gefolgt wurde und welche Gründe und Einflussnahmen dazu führten, diese Strafvorschriften als nicht nationalsozialistisch belastet durch die gesetzgeberischen und juristischen Instanzen der Bundesrepublik, zu bewerten, bedürfte weiterer historischer und politikwissenschaftlicher Aufklärung.

Festzuhalten bleibt für die hier zu beantwortende Frage die Tatsache, dass die zuständigen Gewalten im System der Gewaltenteilung in der historischen, politischen, ethischen und rechtlichen Bewertung eines Sachverhaltes eklatant versagt haben.

5. Die verschärfte Verfolgung und Ermordung Homosexueller im Dritten Reich mit rassistisch nationalsozialistischer Begründungsideologie

“Ein Angehöriger der SS und Polizei, der mit einem anderen Mann Unzucht treibt oder sich von ihm zur Unzucht mißbrauchen läßt, wird mit dem Tode bestraft [...]. Die Erkennung der unter I angedrohten Strafen ist unabhängig von dem Alter des Täters.”¹⁰

Es kann im Rahmen dieses Gutachtens nicht eine ausführliche historische Beschreibung der Verfolgungspraxis im Dritten Reich erfolgen. Deshalb beschränkt es sich darauf, beispielhaft aufzuzeigen, dass die Verschärfung der Strafbarkeit der Homosexualität und insbesondere auch die Praxis der Strafverfolgung in wesentlichen Teilen auf nationalsozialistischer Rassenideologie beruhte.

¹⁰ Erlass Adolf Hitlers für die Reinhaltung von SS und Polizei vom 25. November 1941

5.1 Die strafrechtliche Verfolgung von Homosexuellen im Dritten Reich

Ab 1934 ging es den Nationalsozialisten bei dem Vorgehen gegen Homosexuelle nicht allein um die Bekämpfung "*öffentlicher Unsittlichkeit*", die ihre Begründung in der Rassenideologie fand, sondern im Mittelpunkt der Verfolgungsstrategie stand vielmehr die Bekämpfung homosexueller „Staatsfeinde“. Wie die Aussagen des damaligen Reichstagsabgeordneten und späteren Reichsministers des Inneren Wilhelm Frick aus dem Jahre 1927 und ein Artikel aus dem *Völkischen Beobachter* von 1930 verdeutlichen, traten die Nationalsozialisten schon vor der Machtübernahme 1933 für eine härtere Bestrafung der "*Unzucht zwischen Männern*" ein. Bereits 1933 war das "*Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher*" erlassen worden. Nach § 20a Reichsstrafgesetzbuch (RStGB) konnte jeder mehrfach straffällig gewordene Angeklagte als "*gefährlicher Gewohnheitsverbrecher*" klassifiziert und mit einer höheren Strafe, aber auch mit "Maßregeln zur Sicherung und Besserung"¹¹ belegt werden. Die Strafverfolgung der Homosexuellen war somit bereits 1933 verschärft worden, ohne dass der relevante Paragraph selbst verändert wurde. Objektive Voraussetzungen für die Anwendung des § 20a auf homosexuelle Straftäter war die zweimalige Verurteilung wegen eines Verbrechens nach § 175a.

Das Erfordernis zu einer verstärkten Verfolgung von Homosexuellen sah man spätestens aufgrund der Ereignisse im Zusammenhang mit der Röhm-Affäre. Der §175 StGB wurde schließlich durch Artikel 6 der Strafrechtsnovelle vom 28. Juni 1935 erweitert. Dabei wurde die Bestrafung gleichgeschlechtlicher Handlungen zwischen Männern in zweifacherweise verschärft. Einerseits wurde der Grundtatbestand in § 175 verschärft, andererseits der § 175 a hinzugefügt.

Der Grundtatbestand wurde erweitert, da durch das in § 175 definierte Tatbestandsmerkmal der "*Unzucht*" zwischen Männern jegliche sexuelle Handlungen (also nicht ausschließlich beischlafsähnliche, wie dies zuvor bei der Auslegung des Begriffs "*widernatürliche Unzucht*" statt fand) unter Strafe gestellt wurden. Dabei wurde für die Festsetzung des Strafrahmens bei Gefängnisstrafe keine Ober- und Untergrenze festgelegt:

¹¹ Zitiert nach: Grau 1996:305

Das Tatbestandsmerkmal der Unzucht war dabei nach gängiger Rechtsprechung bei sexuellen Handlungen in *“wollüstiger”* Absicht oder auch *“unzüchtigen”* Handlungen ohne körperliche Berührung erfüllt, wobei die Auslegung des Begriffs durch die Gerichte erst ab 1939 einheitlich erfolgte. Der Sexualdenunziation wurde hiermit Tür und Tor geöffnet, da als Bemessungsgrundlage das gesunde Volksempfinden herangezogen wurde. Als mit besonders hoher Strafe (bis zu 10 Jahren) geahndete, qualifizierte Tatbestände galten die in dem neu geschaffenen § 175 a festgelegten Handlungen, z.B. die männliche Prostitution.

Durch die Aufnahme dieser Handlungen in einen eigenen Paragraphen brachten die Nationalsozialisten die besondere Bedeutung der Bekämpfung der Homosexualität zum Ausdruck.

Ganz im Sinne der nationalsozialistischen Ideologie wurde die Verschärfung des §175 mit der vermeintlichen bevölkerungspolitischen Gefahr der Homosexualität, der Möglichkeit der *“seuchenartigen”* Ausbreitung und dem zu verhindernden sittlichen Verfall der Gesellschaft begründet. Die Diskussionen um die strafrechtliche Verfolgung der Homosexualität gingen allerdings auch nach 1935 weiter. So wurde von verschiedenen Seiten gefordert, dass auch ein Verstoß gegen § 175 mit Zuchthaus bestraft werden solle und Homosexuelle, die sich nach § 175a strafbar machten (und deren Homosexualität als genetisch bedingt angesehen wurde) kastriert werden müssten. Diese Bestrebungen mündeten aber nicht in eine neue Strafvorschrift, da es nicht zur Verabschiedung eines geplanten, neuen Strafgesetzbuches kam (in dem die §§ 215 und 216 die Bestrafung der Homosexualität regeln sollten). Vielmehr blieb der § 175 bis Ende des Dritten Reiches (und auch nach 1945) in der Fassung von 1935 bestehen.

Die Verschärfung des § 175 hatte zur Folge, dass bislang nicht kriminalisierte gleichgeschlechtliche Verkehrsformen berücksichtigt und somit der Nachweis einer vermeintlich homosexuellen Betätigung erleichtert wurde. Die Auswirkungen dieser Verschärfung und die Intensivierung der Verfolgung durch die Errichtung der Reichszentrale konnten an der Justizstatistik abgelesen werden.

Zudem konnte das Gericht nach § 42 RStGB neben anderen Strafen (z.B. Einweisung in eine Heilanstalt oder Sicherungsverwahrung) eine Kastration von *“gefährlichen Sittlichkeitsverbrechern”* anordnen. Homosexuelle konnten nach

diesem Paragraphen allerdings nur verurteilt werden, wenn sie gegen § 176 RStGB¹² verstießen. Mit dem Änderungsgesetz zum Erbgesundheitsgesetz¹³ wurde 1936 die Möglichkeit der "freiwilligen" Kastration von Homosexuellen geschaffen, die in der Weimarer Republik noch den Straftatbestand der Körperverletzung erfüllte.¹⁴

Durch dieses Änderungsgesetz sollte es ermöglicht werden, alle nach §§ 175 und 175 a verurteilten Homosexuellen zu kastrieren, da sich gezeigt habe, dass die meisten Personen zwischen 21 und 25 Jahren von älteren Männern verführt würden. Auch wenn das Gesetz aufgrund des Krieges nicht mehr verwirklicht wurde, zeigt es, dass die Nationalsozialisten beabsichtigten, das Vorgehen gegen Homosexuelle, im Sinne der Ausgrenzung dieser Bevölkerungsgruppe aus der *Volksgemeinschaft*, weiter zu verschärfen.¹⁵

Die Kastration nach § 42 k des *Gemeinschaftsfremdengesetzes* hätte ohne medizinische Indikation, sondern lediglich aufgrund der Diskreditierung eines bestimmten sexuellen Verhaltens auf Grundlage moralischer Standpunkte durchgeführt werden können. Generell sollte mit der Entmannung des Homosexuellen ein Schwinden der Potenz und Lust des Betroffenen erreicht werden. Im Sinne der *rassistischen Ideologie* war es nicht mehr das Ziel, den Betroffenen zu therapieren, sondern ihn zum Zwecke der *Aufartung der Rasse* fortpflanzungstechnisch *unschädlich* zu machen. Dabei reichte die eine Fortpflanzung verhindernde Sterilisation nicht aus, vielmehr sollte die weitere *Verseuchung* des Volkes mit der Neigung des Verbrechers verhindert werden.¹⁶

5.2 Homophobie im nationalsozialistischen Staat

Homosexuelle unterlagen im Dritten Reich einer gnadenlosen politischen und propagandistischen Verfolgung. Dies hatte verschiedenste Gründe und Ursachen, war jedoch immer eingebettet und verankert in der nationalsozialistischen Ideologie.

¹² Der § 176 RStGB regelte die Bestrafung der Notzucht und Schändigung von und der Unzucht mit Kindern.

¹³ Das „Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses“ (kurz: Erbgesundheitsgesetz) zeichnete sich durch die breite Möglichkeit zu Zwangssterilisation und durch die Einbeziehung sehr vieler, oft unklar definierter Gruppen von „Erbkranken“ aus. Zur Begutachtung eines Sterilisationsverfahrens wurden formal rechtsförmig agierende „Erbgesundheitsgerichte“ geschaffen, in denen nationalsozialistische Juristen und Mediziner zusammenwirkten.

¹⁴ Vgl. Müller 2003: 69 ff.

¹⁵ Vgl. ebd., S. 60 ff.

¹⁶ Vgl. S. Nieden, 2005: Zur 'Entmannung': Zum juristisch-medizinischen Umgang mit abweichendem Sexualverhalten im Nationalsozialismus". In: Zeitschrift für Geschichtswissenschaft, Heft 7, 2005, S. 793 ff.

Auch die nationalsozialistische Wissenschaft stand im Dienste der Legitimierung anti-homosexueller Maßnahmen. Auch wenn die Theorien zu den Ursachen der Homosexualität sehr unterschiedlich waren, blieben sie doch der Rassenideologie der Nationalsozialisten im Sinne einer Gesinnungswissenschaft verpflichtet, was bedeutet, dass sowohl anlage- und hormonell-, als auch milieubedingte Homosexualität als minderwertig und somit als eine Bedrohung für die rassisch hochwertige Bevölkerung gesehen wurden. Da es an einem Gesamtkonzept zur Entstehung bzw. Entwicklung der Homosexualität und somit auch zu deren Therapie mangelte, konnte jeder, der an der Verfolgung Homosexueller mitwirkte, wie beispielsweise Politiker, Richter oder Ärzte, "wissenschaftliche" Begründungen für die eigenen Vorurteile gegenüber dieser Bevölkerungsgruppe finden. Die unterschiedlichen Erklärungs- und Lösungsansätze waren eine ideale Voraussetzung für ein umfangreiches, aber differenziertes Vorgehen gegen Homosexuelle und legitimierten eine große Bandbreite an Maßnahmen.

Die Verfolgung Homosexueller gab es auch vor dem Nationalsozialismus. Dieser nutzte dies und die im Bewusstsein der Bevölkerung verankerten Feindbilder und negativ besetzte Klischees von Homosexuellen. Diese wurden in die nationalsozialistische Ideologie integriert und weiterentwickelt, um einen Teil der Bevölkerung zu stigmatisieren und als Staatsfeinde zu beseitigen. Da diese Politik auf bereits vorhandene Überzeugungen traf, führte auch die Radikalisierung der antihomosexuellen Propaganda nicht zu Ablehnung oder Hinterfragung in der Bevölkerung.

Nach dem Gesagten ist den Wissenschaftlern, die die Verfolgung Homosexueller im Dritten Reich ebenfalls als Versuch einer Endlösung bezeichnen, durchaus zuzustimmen. Analysiert man die Maßnahmen und die Ideologie und Äußerungen zur Homosexualität im Nationalsozialismus, kommt man zu dem Ergebnis, dass die Angehörigen dieser Minderheit nicht nur als Volksschädlinge, sondern sogar als Staatsfeinde betrachtet wurden. Die Schwierigkeit bei einer Endlösung hinsichtlich dieser Gruppe im Vergleich zu anderen bestand darin, dass große Unsicherheit darüber bestand, ob Homosexualität angeboren oder eine Entscheidung der jeweiligen Person sei. Insofern konnte es keine zeitliche Zielsetzung und kurzfristige endgültige Lösung zur Ausmerzungen dieser Minderheit geben, da keine Sicherheit bestand, dass sie sich im Gegensatz zu den anderen auszulöschenden Minderheiten

nicht ständig erneuerte. Ein permanenter Vernichtungsprozess warf andere Probleme auf, als die einmalige zeitlich begrenzte Auslöschung einer Minderheit. Hinzu kam, dass es für eine Endlösung der vollständigen Vernichtung Homosexueller schwierig war, diese Minderheit verlässlich zu identifizieren. Insofern spricht das differenzierte und oft durch Einzelmaßnahmen gekennzeichnete Verfolgungsbild gegenüber Homosexuellen nicht gegen die Schlussfolgerung, dass die Nationalsozialisten auch hinsichtlich der Gruppe der Homosexuellen eine dauerhafte Ausmerzung anstrebten und alle durchgeführten Maßnahmen als Schritte zu diesem Ziel gewertet werden müssen. Diese Schritte dienten auch dazu, die effektivsten Methoden zur Ausmerzung und zum Ausschluss aus der Volksgemeinschaft zu testen, angesichts der Unsicherheit über die Möglichkeiten der Identifizierung dieser Personen und die Ursache ihrer Homosexualität.

Unter Berücksichtigung aller historischen, soziologischen und rechtlichen Analysen der Verfolgungspraxis gegenüber Homosexuellen im Nationalsozialismus ist die Schlussfolgerung zwingend, dass die in das Recht der Bundesrepublik übernommenen Strafvorschriften bezüglich der Strafbarkeit homosexueller Handlungen eindeutig durch nationalsozialistische Ideologie geprägt waren. Sie waren dadurch in einer Weise diskreditiert, dass eine Übernahme nicht hätte erfolgen dürfen.

Diese dem Wortlaut und dem Geist des Grundgesetzes widersprechende Kontinuität legte die Grundlage für die fortwährende Verfolgung Homosexueller in der neuen Rechtsordnung mit Zustimmung aller drei Staatsgewalten.

6. Die Verfolgung Homosexueller in der BRD aufgrund fortgeltenden nationalsozialistischen Rechts unter Außerachtlassung nationalsozialistischer Verfolgungspraxis

Die fortdauernde Geltung nationalsozialistischen Rechts, sanktioniert durch die bundesrepublikanische Jurisdiktion unter Verkennung der verfassungsrechtlichen Grundwerte, kann nicht nachvollzogen werden, ohne den Einfluss der christlichen Kirchen auf die Meinungsbildung, nicht nur der breiten Öffentlichkeit, sondern auch auf die Rechtsprechung in den Blick zu nehmen.

Das Urteil des BVerfG von 1957 nimmt ausdrücklich in der Begründung für die Aufrechterhaltung des §175 StGB Bezug auf die Anschauungen der beiden großen christlichen Konfessionen, die maßgeblich das in Deutschland geltende Sittengesetz mitbestimmten und somit dieses wertemäßig ausfüllten, beziehungsweise einen gewichtigen Anteil an der Definition desselben für sich in Anspruch nahmen und in dieser Rolle auch von der Jurisdiktion ausdrücklich anerkannt wurden. Dass sich diese Auffüllung nicht wesentlich von den Inhalten des "gesunden Volksempfindens", das gegenüber Homosexuellen im Dritten Reich aggressiv in negativer Richtung befördert worden war, unterscheidet, macht eine Analyse dieser beiden Begriffe in Bezug auf die Haltung zur Homosexualität deutlich.

Für die betroffenen Homosexuellen zeigte dieser meinungsbildende Einfluss auf das "Sittengesetz" nicht nur entscheidende Wirkung innerhalb der höchstrichterlichen Rechtsprechung, sondern verfehlte auch nicht seine Wirkung bei den politischen Eliten im Nachkriegsdeutschland. Immer wieder griff die Politik auf die Begründungen, insbesondere der katholischen Morallehre zurück, die Homosexualität als widernatürlich, gegen Gottes Schöpfung, die Existenz und die Moral des Volkes zersetzende Sünde brandmarkten. Die konzentrierte Homophobie der Kirchen und der politischen Eliten konnte auch nicht ohne Wirkung auf die Gesellschaft insgesamt bleiben.

6.1 Strafrechtliche Verfolgung durch die Jurisdiktion der Bundesrepublik

Die Rechtsprechung deutscher Gerichte bezüglich dieser Paragraphen zu Beginn der 1950er Jahre war nach anfänglichem Zögern einhellig in der Anwendung der in Frage stehenden Bestimmungen, und erhielt dafür die Billigung der obersten Gerichtsbarkeit. Nur sehr vereinzelt sahen einige Gerichte Probleme, da der § 175 StGB aus ihrer Sicht kaum noch dem modernen Rechtsempfinden entsprach.¹⁷

So wies etwa das Landgericht Hamburg bezüglich der Strafzumessung des § 175 in einem Urteil vom 22. Juni 1951 darauf hin, "daß homosexuelle Betätigung zwischen Männern in einer großen Zahl von außereuropäischen Ländern, so in der Schweiz,

¹⁷ Vgl. Ch. Schulz,(1994):Paragraph 175. (abgewickelt): Homosexualität und Strafrecht im Nachkriegsdeutschland - Rechtsprechung, juristische Diskussionen und Reformen seit 1945.S. 12 ff.

Schweden, Dänemark nicht strafbar seien, und daß auch in Deutschland seit langem, und zwar nicht nur aus Kreisen der Homosexuellen, Bestrebungen im Gange seien, die Bestrafung gleichgeschlechtlicher Betätigung zwischen erwachsenen Männern abzuschaffen, und daß die gleiche Betätigung zwischen Frauen auch in Deutschland straffrei sei.¹⁸ Des Weiteren wird bemängelt, dass der Gesetzgeber nicht unterscheiden könne, ob ein Homosexueller seinen Trieb aufgrund einer Veranlagung oder mangels eines heterosexuellen Partners auslebt und das Gesetz an Homosexuelle im Vergleich zu Heterosexuellen sehr viel schärfere Forderungen bezüglich der Unterdrückung ihres Sexualtriebes stelle. Eine Gefängnisstrafe sah das Gericht als unangemessen an, da es in diesem Falle, in dem auch keine privaten oder öffentlichen Rechtsgüter verletzt wurden, nicht an eine abschreckende Wirkung glaubte. Die Angeklagten wurden zu einer symbolischen Strafe von 3 DM verurteilt.¹⁹

Andere Gerichte, so etwa das Berliner Verwaltungsgericht, führten die Rechtslage aus dem Jahre 1935 konsequent fort. Das Gericht bestätigte die Praxis der Behörden, *“[...] den Führerschein solchen Bewerbern zu verweigern, die wegen begangener Sittlichkeitsdelikte vorbestraft sind”*. Begründet wurde dies mit der Gefahr, dass sittlich labile Menschen leichter rückfällig würden, wenn sie über ein Kraftfahrzeug verfügten.²⁰

Klagen gegen den Fortbestand der §§ 175 und 175 a StGB in ihrer nationalsozialistischen Fassung wurden allerdings nicht nur von der unteren Gerichtsbarkeit abgelehnt. Obwohl die Militärregierung der Besatzungsmächte 1946 einen Entwurf eines neuen Strafgesetzbuches, welche die Fassung des § 175 aus dem Kaiserreich und der Weimarer Republik enthielt, vorlegte, hielt man in der Bundesrepublik an der nationalsozialistischen Fassung auf allen Ebenen der Gerichtsbarkeit entsprechend den Vorgaben des Gesetzgebers fest.

Verwundern kann diese Rechtsprechung jedoch kaum, wurde doch eine Vielzahl von Richtern aus der NS-Zeit übernommen.

Der Bundesgerichtshof hatte bereits 1951 festgestellt, dass die Begründung für die Verschärfung im Jahr 1935 nicht nationalsozialistisch geprägt sei.²¹ Der BGH

¹⁸ Vgl. Landgericht Hamburg, Urteil vom 22.6.1951: Zur Frage der Strafzumessung im Falle des § 175 StGB, in: Neue Juristische Wochenschrift, 4. Jahrgang, Heft 21, 1951, S. 853.

¹⁹ Vgl. Urteil des Landgerichts Hamburg, Urteil vom 22.6.1951, S. 853 f.

²⁰ Zitiert nach: Stümke 1986:133 ff.

²¹ BGHSt 1, S.123

gestand zwar zu, dass die Verschärfung wohl im Zusammenhang mit nationalsozialistischen Verhältnissen gesehen werden könne, und dass die Nationalsozialisten die Strafvorschrift auch zur Beseitigung ungeliebter Personen oder Organisationen genutzt hatten, doch sah er die Fassung nicht als Instrument der Verwirklichung nationalsozialistischer Ziele oder Ideen an. Bei seiner Begründung ging der BGH nicht auf die Motive ein, die 1935 zur Änderung des Paragraphen geführt hatten, sondern sah den Umstand, dass die Strafvorschriften bis zum Urteil 1951 noch nicht geändert worden waren, als Beweis dafür, dass sie nicht nationalsozialistisch geprägtes Recht seien.

Es hätte jedoch gerade im Aufgabenbereich des BGH liegen müssen, zu überprüfen, ob eine unterlassene Änderung des § 175 StGB rechtmäßig war. Die bloße kontinuierliche Anwendung schafft keine Rechtmäßigkeit. Die nationalsozialistische Zielsetzung bezüglich der Erhaltung der Volksgesundheit und der Rasse ließ das Gericht unbeachtet. Auch die Definition der Unzucht, die vom Reichsgericht gegeben wurde und in der schon eine Erregung und nicht die Befriedigung der Wollust ausreichte, übernahm der BGH, wobei er zwischen Handlungen gegenüber Minderjährigen bzw. Kindern und Erwachsenen unterschied. Bei Letzteren gestand das Gericht eine weitere Auslegung bezüglich des Tatbestandsmerkmals der Unzucht zu und stellte fest, dass man solche Handlungen *zwischen erwachsenen Männern zwar als derb und unanständig, aber noch nicht als unsittlich*²² empfinden müsse. Die Verwendung der Begriffe “derb” und “*unanständig*” zeigen die Nähe, die eine solche Interpretation des Sittengesetzes, das im Grundgesetz als Beschränkung der Handlungsfreiheit genannt wird, zum Begriff des “*gesunden Volksempfindens*” aufweist.

Die Urteilsbegründung des BGH lässt den Schluss zu, dass das Gericht seine Aufgabe im Schutz der Bevölkerung vor der Homosexualität sah. Bezeichnend ist die Übernahme der Unzuchtsdefinition des Reichsgerichts, nach der eine Bestrafung nach §175 keine gegenseitige Berührung voraussetzte. Eingeschränkt wurde dies durch den BGH insofern, dass für die Tatbestandserfüllung die Handlung von einer gewissen Dauer und Stärke sein müsse.

Durch die Einschätzung der §§175 und 175 a StGB als nicht gegen die neue Rechtsordnung verstoßend, konnten diese vor allem als Instrument zur Wahrung

²² Vgl. BGHSt 1, S.80 ff., BGHSt 1, 107, BGHSt 1, 293, BGHSt 4, 323

und Durchsetzung des Sittengesetzes eingesetzt werden. Dadurch erhielt die homophobe Grundstimmung in der frühen Bundesrepublik, in der die nationalsozialistische Propaganda noch späte Früchte trug, und die strafrechtliche Verfolgung Homosexueller eine vermeintliche Legitimität, die sich aus der Übereinstimmung des sittlichen Empfindens der Bevölkerung mit den Strafvorschriften herleiten sollte. Übersehen wurde jedoch insbesondere durch die Rechtsprechung, dass es gerade ihre Aufgabe gewesen wäre, die Grundwerte der Verfassung auch, wenn notwendig, gegen das Volksempfinden und dessen Vollstrecker in den gesetzgeberischen Institutionen und der Exekutive zu verteidigen.

6.2 Der verfassungspolitische Verfolgungsrahmen

Dieses Versagen wird vor allem durch das Urteil des BVerfG aus 1957²³ und durch den Entwurf eines neuen Strafgesetzbuches von 1962 deutlich. Hiermit wurde die strafrechtliche Verfolgung Homosexueller in Judikative und Legislative unter Verletzung rechtsstaatlicher Prinzipien (Verkennung der nationalsozialistischen Prägung des § 175 StGB und des Begriffs menschlicher Würde in Art. 1 GG) fest verankert. Beide Fehlentwicklungen sollen im Folgenden betrachtet werden.

Die Kläger, die beide zu Beginn der fünfziger Jahre mehrmals aufgrund von Verstößen gegen §§ 175 und 175 a StGB zu Gefängnisstrafen verurteilt worden waren, hatten Verfassungsbeschwerden gegen ihre Verurteilungen eingelegt. Sie begründeten ihre Beschwerden mit dem Argument, dass die vorinstanzlichen Gerichte die §§ 175 und 175 a StGB zu Unrecht als geltendes Recht behandelt hätten. Da der § 175 StGB in der Fassung von 1935 inhaltlich nationalsozialistisches Gedankengut enthalte und auf dem so genannten Ermächtigungsgesetz von 1933 beruhe, seien die Strafvorschriften und die auf ihnen beruhenden Urteile nach dem Ende der nationalsozialistischen Herrschaft nicht mehr gültig. Sie müssten als Nazi-Unrecht eingestuft und für nichtig erklärt werden. Des Weiteren führten die Beschwerdeführer an, dass die §§ 175 und 175 a StGB gegen Grundrechte des Grundgesetzes verstießen. Zum einen seien sie mit Artikel 3 GG unvereinbar, da gleichgeschlechtliche Handlungen von Frauen unbestraft blieben und zum anderen

²³ BVerfG 6,389

verletze die Bestrafung der einfachen Homosexualität nach § 175 den Artikel 2 Abs. 1 GG, das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit.²⁴

Gegenüber dem BVerfG führte die Bundesregierung aus, dass die §§ 175 und 175 a StGB nicht gegen das Grundgesetz verstießen, insbesondere auch kein nationalsozialistisch geprägtes Recht seien. Bemerkenswert ist, dass weder der Bundestag noch der Bundesrat einer Einladung zu einer Stellungnahme nachkamen.

Das Gericht sah in der Übernahme der Vorschriften kein Problem. Weder formal noch inhaltlich seien die Vorschriften nationalsozialistisch geprägt. Dass die nunmehr übernommene Fassung der Paragraphen aufgrund des Ermächtigungsgesetzes zustandegekommen seien, sei nicht entscheidend. Auch andere, auf diese Weise während des Dritten Reichs zustandegekommenen Gesetze, seien als gültig angesehen worden. "Das Bundesverfassungsgericht hat bereits wiederholt Gesetze und Verordnungen, die aufgrund des Ermächtigungsgesetzes von der nationalsozialistischen Reichsregierung erlassen worden waren, angewendet und dadurch zu erkennen gegeben, daß es sie nicht schon aus diesem Grunde für nichtig hält."²⁵ In der Tat hatte das Bundesverfassungsgericht bereits 1953 festgestellt, dass die §§ 175 und 175 a StGB aus dem Jahre 1935 *"[...] ordnungsgemäß erlassen und von den Mitgliedern der Rechtsgemeinschaft hingenommen und seither jahrelang unangefochten bestanden hätten [...]"*²⁶.²⁷ ²⁸ Darauf bezieht sich auch das neue Urteil aus dem Jahre 1957 : "In dem Urteil vom 17.Dezember 1953 hat das Bundesverfassungsgericht ausgesprochen, die Beseitigung nationalsozialistischer Rechtsvorschriften, die formell ordnungsgemäß erlassen und von den Mitgliedern der Rechtsgemeinschaft hingenommen worden seien und seither jahrelang unangefochten bestanden hätten, müßte aus Gründen der Rechtssicherheit dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben."²⁹

²⁴ Das „Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich“ (so genanntes „Ermächtigungsgesetz“) vom 24. März 1933 wurde von der nationalsozialistischen Reichsregierung ohne die Mitwirkung der gesetzgebenden Körperschaften erlassen und etablierte so de facto die nationalsozialistische Diktatur. Die Gültigkeit des Gesetzes wurde zwar auf vier Jahre begrenzt, jedoch 1937 und 1939 durch den Reichstag, sowie 1943 per Führererlass verlängert. So blieb das Ermächtigungsgesetz bis zum Ende des NS-Regimes im Mai 1945 rechtliche Grundlage der deutschen Gesetzgebung. Vgl. BVerfG 6, 389 ff.

²⁵ BVerfG 6,414

²⁶ BVerfG 3,58 (119)

²⁷ Vgl. Gollner, Günter(1974):Homosexualität: Ideologiekritik und Entmythologisierung einer Gesetzgebung, Berlin S. 190 f.;Stümke 1986:132 ff.

²⁸ Zitiert nach: Stümke 1986:S. 133 f.

²⁹ BVerfG 3,58 (119)

Noch eindeutiger bekennt sich das Gericht zur Rechtssicherheit unter Zurückstellung anderer Werte mit der Ansicht, dass selbst unrechtbeladene Gesetze Gültigkeit haben. Die gegenteilige Ansicht würde "übersehen, daß auch eine ungerechte und von geläuterter Auffassung abzulehnende Gesetzgebung durch das auch ihr innewohnende Ordnungselement Geltung gewinnen kann; sie schafft wenigstens Rechtssicherheit und ist deshalb, wenn sie sich innerhalb gewisser äußerster Grenzen hält, einem völligen Rechtschaos innerhalb der rechtsunterworfenen gegenüber das geringere Übel. In diesem Sinne hat das Bundesverfassungsgericht angenommen, daß die nationalsozialistische Gesetzgebung, soweit sie nicht offenkundiges Unrecht gesetzt hat und daher jeder Wirkung entbehrt, zwar nicht als ihrem Ursprung nach legitime Rechtsordnung, wohl aber kraft "soziologischer Geltungskraft" zu beachten ist und nicht etwa als nur tatsächliche Behinderung der Geltung des wirklichen Rechts beiseite geschoben und nachträglich ungeschehen gemacht werden kann."³⁰

Hier verkennt das Gericht eindeutig seinen Prüfungsauftrag. Es geht nicht um Rechtssicherheit allein, deren Wert nur zurückstehen müsse, wenn inhaltlich äußerste Grenzen überschritten würden.

Auch dass das Gericht sich vermeintlich auf die Entscheidungen der westlichen Besatzungsmächte und des Alliierten Kontrollrates zu stützen können glaubte, bringt ihm hinsichtlich seiner eklatanten Fehleinschätzung keine Entlastung. Die Militärregierung hatte nach 1945 durch das Militärregierungsgesetz Nr. 1 einige nationalsozialistische Grundgesetze und der Kontrollrat zudem Gesetze politischer Natur und einige strafrechtliche Bestimmungen aufgehoben. Von einer generellen Aufhebung nationalsozialistischen Rechts war allerdings abgesehen worden. So waren auch die §§ 175 und 175 a StGB von den Besatzungsmächten nicht aufgehoben oder abgeändert worden. Allerdings gab es hinsichtlich der §§ 175 und 175 a StGB den Vorschlag, die nationalsozialistische Fassung aufzugeben. Dem wurde nicht entsprochen.

Des Weiteren führte das BVerfG an, dass die deutschen Gerichte ein Prüfungsrecht besäßen und ihrerseits ja allein zu der Auffassung kommen konnten, dass ein Gesetz mit den Grundsätzen des demokratischen Rechtsstaates nicht vereinbar

³⁰ BVerfG 6, S. 415

wäre und aus diesem Grunde nicht angewandt werden dürfe. Dies sei im Falle der angeführten Strafvorschriften nicht geschehen.

Auch hier verkennt das Gericht seine Aufgabe. Dass untere Gerichte die Paragraphen angewendet und nicht beanstandet haben, ist in keiner Hinsicht ein Beweis dafür, dass diese Gesetze sowohl hinsichtlich ihrer Vergangenheit als auch hinsichtlich der gegenwärtigen Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz unproblematisch gewesen wären. Dies unabhängig von den Auffassungen der Vorinstanzen zu prüfen, ist Aufgabe des Verfassungsgerichts.

Auch sei bezüglich der §§ 175 und 175 a StGB in den westlichen Besatzungszonen keiner der neuen Gesetzgeber aktiv geworden. Das Gericht schlussfolgerte schließlich:

[Von] 1945 bis zum Zusammentritt des Bundestages herrschte in den westlichen Besatzungszonen so gut wie einhellig die Meinung, die §§ 175 und 175 a StGB seien nicht in dem Maße „nationalsozialistisch geprägtes Recht“, daß ihnen in einem freiheitlich demokratischen Staate die Geltung versagt werden müsse³¹,

Die Paragraphen wären nur nicht anwendbar, wenn sie gemäß Artikel 123 Abs. 1 GG mit dem Grundgesetz unvereinbar gewesen wären. Dass die Bestimmungen beim Zusammentreten des Bundestages formell noch galten und sie von den Gerichten angewandt wurden, zeige aber, dass sie nicht gegen Artikel 123 Abs. 1 GG verstießen und somit mit dem Grundgesetz vereinbar seien.³²

Auch hier wird die völlige Fehleinschätzung des Gerichts zu seiner Funktion deutlich. Der Verweis darauf, dass die gesetzgebenden Instanzen die in Frage stehenden Paragraphen nicht geändert haben, beantwortet die materielle Frage nicht, ob es sich um nationalsozialistisch geprägtes Recht handelt.

Die Antwort auf diese Frage bezieht das Gericht nicht aus einer eigenen neuen Analyse einer möglichen nationalsozialistischen Prägung der §§ 175 und 175 a StGB, sondern es bezieht sich auf die Haltung der unteren Instanzen, der gesetzgebenden Körperschaften und auf vorherige Aussagen. Wobei letzteres noch legitim wäre, wenn diese vorhergehenden Aussagen den hier zu erwartenden Standards entsprochen hätten.

³¹ Ebd.

³² Vgl. ebd., S. 413 ff.

Die von den Klägern angeführten Verstöße gegen das Grundgesetz überprüfte das BVerfG in einem nächsten Schritt. Hier versagte das Gericht ein weiteres mal eklatant bei der Prüfung der inhaltlichen Vereinbarkeit des übernommenen § 175 StGB mit der neuen Verfassung.

Das Gericht hätte die Inhalte solcher Gesetze, die auf Grundlage des Ermächtigungsgesetzes zustande gekommen waren – hier des § 175 StGB – und auch deren Anwendungspraxis während der nationalsozialistischen Zeit im Lichte der Grundrechtsgarantien der neuen Verfassung prüfen müssen.

Stattdessen verloren sich die Richter in ungewöhnlicher Breite in die Frage, ob die Straffreiheit lesbischer Liebe, also die Ungleichbehandlung von Männern und Frauen den Gleichheitsgrundsatz des GG verletze. Mit großem Aufwand wird der Frage nachgegangen, ob hier etwa gleiche Tatbestände ungleich geregelt wurden.

Diese Ausführungen sind für die hier zu beantwortenden Fragen von mäßiger Bedeutung und es entsteht der Verdacht, dass sich das Gericht hier nur so ausführlich einließ, um den grundsätzlichen Werteentscheidungen, die zur Interpretation des Würdebegriffs des Grundgesetzes notwendig sind, aus dem Weg zu gehen. Frappierend in diesem Teil der Gerichtsunterlagen ist die Terminologie sowohl der Gutachter als auch des Gerichts selbst zur Rolle der Frau, der Sexualität von Mann und Frau und anderen in diesem Zusammenhang stehenden Fragen. Dass Gutachter unbelegte Behauptungen, wie etwa die der Sozialschädlichkeit von homosexuellen Männern und Frauen, als Fakten in einer so bedeutenden Gerichtsverhandlung anführten, zeigt auch, welches Maß an Nachlässigkeit und Geringschätzung das BVerfG den Homosexuellen zukommen ließ. Waren Homosexuelle bei den Nationalsozialisten noch als bevölkerungspolitischer Ausfall bezeichnet worden, so galten sie nun als familienpolitisch unerwünscht.

Hinsichtlich des Rechts des Art. 2 GG auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit, führen die Beschwerdeführer aus, dass die Sexualität mit zur freien Entfaltung der Persönlichkeit gehöre. Des Weiteren sei kein öffentliches Interesse an der Bestrafung der einfachen Homosexualität vorhanden. Das BVerfG erkannte an, dass der Paragraph gegen Artikel 2 Abs. 1 GG verstoßen könne, wenn durch die Strafvorschrift das Recht des Menschen auf Achtung der Intimsphäre verletzt werde. Gleichzeitig machte es aber darauf aufmerksam, dass in dem Falle, in dem die Handlung eines Menschen in den Bereich eines anderen Individuums einwirke, ein

Eingriff durch die Strafvorschrift legitimiert sei. Der Staat sei legitimiert aufgrund von ethischen und moralischen Wertvorstellungen, die sich im Sittengesetz niederschlugen auch solche Privatbereiche zu regeln. Das sei z. B. der Fall, wenn eine homosexuelle Handlung von der sozialen Gemeinschaft *eindeutig als im Widerspruch zu dem Sittengesetz stehend betrachtet*³³ werde. Das Gericht verweist dabei auf den Wortlaut des Grundgesetzes, das in Artikel 2 Abs. 1 das Sittengesetz als rechtliche Schranke des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit anführt. Während die Gesetzgebung dem Sittengesetz nicht widersprechen darf, legitimiert das Sittengesetz auf der anderen Seite Eingriffe in die menschliche Freiheit. Das BVerfG stellte hiernach fest, dass homosexuelle Handlungen eindeutig gegen das geltende Sittengesetz verstoßen und auch in sexuellen Angelegenheiten *“die Gesellschaft von ihren Mitgliedern die Einhaltung bestimmter Regeln [fordert]; Verstöße hiergegen werden als unsittlich empfunden und mißbilligt.”*³⁴ Als problematisch sah es das Gericht an, auszumachen, wer dieses Sittengesetz festlegt und seine Geltung überprüft. Dem persönlichen Sittlichkeitsempfinden der beurteilenden Richter oder der Auffassung einzelner Volksteile wollte es diese Rolle nicht zukommen lassen, vielmehr sah es hier *“die öffentlichen Religionsgesellschaften, insbesondere die beiden großen christlichen Konfessionen, aus deren Lehren große Teile des Volkes die Maßstäbe für ihr sittliches Verhalten entnehmen [und] die gleichgeschlechtliche Unzucht als unsittlich verurteilen [...]”*³⁵ als entscheidenden Maßstab an. Bei der Feststellung, was das Sittengesetz genau sei wollte sich das Gericht nicht alleine auf die Wissenschaft stützen und berief sich deshalb auf die Moralvorstellungen der beiden großen christlichen Kirchen. Diese mißbilligten homosexuelles Verhalten.³⁶ Die Kirchen bildeten in den Augen der Richter maßgeblich das Sittengesetz und in diesen Falle somit auch die Grundlage des Strafrechts. Damit berief sich das BVerfG nicht mehr auf den Verfassungsgeber, sondern auf die Lehre der christlichen Kirchen. Über das Schicksal Homosexueller wurde durch das Gericht nicht auf Grundlage wissenschaftlicher Erkenntnisse etwa auch einer nachvollziehbaren juristischen Auslegungsmethodik oder aufgrund eines breiten demokratischen Diskurses, der angesichts der Tabuisierung des Themas nicht erfolgte, entschieden. Wesentliche Grundlage war die kirchliche Verurteilung der Homosexualität als Sünde.

³³ Vgl. BVerfG, Urteil Nr. 26, S. 434.

³⁴ Vgl. BVerfG, Urteil Nr. 26, S. 434.

³⁵ Vgl. ebd., S. 434 f.

Dabei kam es dem BVerfG nicht darauf an, wie diese Sittlichkeitsmaßstäbe zustande kamen, sondern nur, dass sie in der Bevölkerung allgemein anerkannt wurden. Als Beweis für diese Annahme stützte es sich auf den Wortlaut der Begründungen aus dem Entwurf des Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund von 1869 und der Strafgesetzbuchentwürfe von 1919 und 1925, in denen die strafrechtliche Verfolgung der männlichen Homosexualität mit dem so genannten Volksempfinden gerechtfertigt wurde. Andere Meinungen stammen aus Sicht des Gerichts *“vorwiegend aus interessierten Kreisen [und] kommen demgegenüber nicht in Betracht [...]”*.³⁷ Den Verweis des Beschwerdeführers, andere europäische Staaten hätten die Strafbarkeit der einfachen Homosexualität aufgehoben, sah das Gericht als irrelevant für Deutschland an, da dies nicht beweise, dass sich die sittliche Anschauung in diesen Staaten geändert habe und man, selbst wenn dies der Fall sei, nicht davon ausgehen könne, dass dies auch für Deutschland gelte.

Da auch der deutsche Gesetzgeber nichts gegen die Fortgeltung der Bestrafung unternommen habe, liege es nicht im Aufgabenbereich des BVerfG, diese aufzuheben. Auch die Bestrafung gleichgeschlechtlicher Beziehungen zwischen erwachsenen Männern über 21 Jahren müsse einerseits wegen des Schutzes vor Verführung und andererseits zur Verhinderung der weiteren Verbreitung von Homosexualität unter Erwachsenen weiter bestehen. Ferner könne davon ausgegangen werden, dass dies im Interesse der Öffentlichkeit liege.

Abschließend konnte das Gericht in der Ausweitung der Anwendung des § 175 auf *“Unzuchttreiben”* (und nicht nur auf beischlafähnliche Handlungen) durch das nationalsozialistische Gesetz von 1935 keinen Verstoß gegen rechtsstaatliche Grundsätze erkennen, da *“wie das Beispiel des Beschwerdeführers zeigt, die verschiedenen Begehungsformen sich vermischen können und für das sittliche Empfinden zwischen ihnen kaum ein Unterschied besteht.”*³⁸ Auch der durch die nationalsozialistische Gesetzgebung geänderte Strafrahmen für die §§ 175 und 175 a StGB galt dem Gericht nicht als Verstoß gegen rechtsstaatliche Grundsätze, da er dem Richter im Einzelfall ausreichenden Freiraum bei der Strafzumessung ließe.³⁹

³⁶ Vgl. R. Moeller 1997:274 ff.

³⁷ Vgl. ebd., S. 436.

³⁸ BVerfG 6, 389 (438f.)

³⁹ Vgl. ebd., S. 432 ff.

Das Gericht unterließ es, in angemessener Weise zu hinterfragen, ob die vom allgemeinen Sittengesetz aufgestellten Grenzen mit der Würde des Menschen, die in Art. 1. Abs.1 GG geschützt wird, vereinbar ist. Es räumt durchaus die Möglichkeit ein, dass es um letzte, unantastbare Bereiche menschlicher Freiheit gehen könne, in denen Einwirkungen des Staates sich verbieten. Um solch einen Bereich handele es sich aber hier nicht. "Dieser Bereich wird aber verlassen, wenn Handlungen des Menschen in den Bereich eines anderen einwirken, ohne dass besondere Umstände, wie etwa familienrechtliche Beziehungen, diese Gemeinschaftlichkeit des Handelns als noch in den engsten Intimbereich fallend erscheinen lassen."⁴⁰ Zwar seien an die schärfste Eingrenzung der Intimsphäre, nämlich die strafrechtliche Sanktion für bestimmte Verhaltensweisen hohe Anforderungen zu stellen. Diese seien jedoch erfüllt, wenn das Sittengesetz solche Handlungen eindeutig verurteile. Dies sei bei homosexuellen Handlungen der Fall.

Eine angemessene eigenständige Auseinandersetzung mit dem Begriff der Würde findet in dem Urteil nicht statt. Ähnlich wie bei der BGH Entscheidung scheint das Gericht mit großer Mühe nach Gründen zu suchen, die den Schutz der Bevölkerung vor den vermeintlich verderblichen Einflüssen von Homosexualität rechtlich möglich machen. Dabei ist das Strafrecht offenbar eine effektive Waffe und das Gericht tut alles, daß diese Waffe den staatlichen Gewalten nicht aus der Hand geschlagen wird.

Zu Recht stieß dieses Urteil auf mannigfache Kritik. Hier sollen darauf nur wenige Hinweise erfolgen:

So empfindet Hans-Georg Stümke die Feststellung des BVerfG, der von den Nationalsozialisten 1935 verschärfte § 175 StGB sei ordnungsgemäß erlassen worden, als zynisch. Auch die biologistische Argumentation⁴¹ hinsichtlich der vom Kläger vorgebrachten Beschwerde ließ sich aus Stümkes Sicht "[...] *in ihrem sexistischen Gehalt kaum vom nationalsozialistischen Geschlechtsrollenverständnis [...]*"⁴² unterscheiden. Darüber hinaus kritisiert er, dass sich die Richter des BVerfG nicht eindeutig genug von nationalsozialistischem Vokabular abgesetzt hätten. Dies ließe auf eine Beeinflussung und teilweise Übernahme nationalsozialistischer Argumente, beziehungsweise zumindest auf eine fehlende Differenzierung zwischen

⁴⁰ Vgl. ebd., S. 433.

⁴¹ Das BVerfG. führte aus, dass auf Grund der biologischen Unterschiede männliche und weibliche Homosexualität nicht gleich zu behandeln sei.

dem Sexualstrafrecht der Weimarer Republik und des Dritten Reichs, schließen. So wurde in dem Urteil im Zusammenhang mit der Erwähnung des Sittengesetzes auf die sittliche Anschauung des Volkes verwiesen, was der Formulierung vom *„gesundem Volksempfinden“* aus dem nationalsozialistischen Kommentar von 1935 sehr ähnlich scheint. Bei der Frage danach, wer das erwähnte Sittengesetz auslegt, wurde wie dargestellt, in dem Urteil auf die christlichen Konfessionen verwiesen, womit für Stümke *die Kirchen das verfassungsrechtliche Erbe des „gesunden Volksempfindens“* bzw. für die *„gesunde und natürliche Lebensordnung im Volke“* antraten.⁴³

Christian Schulz kritisiert die suggestive Fragestellung des BVerfG an die herangezogenen Gutachter, in der erwartungsgemäß fast alle der Experten ein öffentliches Interesse an der Bestrafung homosexueller Handlungen attestierten. Die Begründung des BVerfG, vor allem hinsichtlich der Vereinbarkeit der §§ 175 und 175 a StGB mit Artikel 2 Abs. 1 GG, hält Schulz für äußerst fraglich, da *„[...] es eine Pflicht des Gesetzgebers sein müßte, beim Erlaß von Strafgesetzen, die zwangsläufig immer grundrechtsrelevante Freiheiten des Einzelnen tangieren, nachzuweisen, daß überhaupt ein die Bedeutung der getroffenen Grundrechte überwiegendes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung bestimmter Sachverhalte besteht.“*⁴⁴ Dem Gericht reichte es vielmehr aus, dass ein Fehlen des öffentlichen Interesses nicht generell ausgeschlossen werden konnte, was eine Umkehrung der Pflicht des Gesetzgebers darstellte. Da das BVerfG nicht feststellen ließ, ob ein öffentliches Interesse vorlag und wie dieses geartet war, unterließ *„[...] es die durch das Rechtsstaatsprinzip zwingend gebotene Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Bestrafung und der Schwere des Grundrechtseingriffs, vor allem unter den Aspekten der Erforderlichkeit und Angemessenheit des Eingriffs sowie seiner Zumutbarkeit für den Betroffenen [...]“*⁴⁵ Schulz kommt zu dem Schluss:⁴⁶ *„dass die beteiligten Richter entweder die Bedeutung der Garantie individueller Grundrechte und Grundfreiheiten schon grundsätzlich verkannt haben oder aber sich in Bezug auf Homosexuelle ganz bewusst nicht von einer Rechtstradition lösen wollten, die einem vermeintlich gesunden Volksempfinden und*

⁴² Vgl. Stümke 1986 :134 ff.

⁴³ Vgl. Stümke, a.a.O., S. 133 f.

⁴⁴ Vgl. Ch.Schulz., Paragraph 175, S. 16f.

⁴⁵ Vgl. ebd., S. 17.

⁴⁶ Vgl. ebd., S. 14 ff.

dem Interesse an der „Reinhaltung der arischen Rasse“ regelmäßig den Vorzug vor den Menschen- und Bürgerrechten Einzelner gegeben hatte.“⁴⁷

Auch er kritisiert, dass das Gericht zwar erkannte, dass die Verschärfung der Paragraphen in Zusammenhang mit dem “Röhm-Putsch” gesehen werden musste und auf die lange Historik der Strafvorschriften einging, es allerdings vollkommen vermied, auf den Bezug der Paragraphen zu der rassistischen Bevölkerungspolitik der Nationalsozialisten einzugehen.

Insgesamt führte die nicht zu rechtfertigende subjektiv selektiv vom gewünschten Ergebnis her, unter dem Deckmantel rein juristisch/wissenschaftlicher Argumentation sich verbergende geprägte Herangehensweise des Gerichts, ein weiteres Mal in der deutschen Geschichte dazu, dass die Verfolgung Homosexueller aufgrund von Herabsetzungen und bloßen Annahmen geschah.

All dies führt zu der Feststellung, dass dieses Urteil so kurz nach dem Ende des Dritten Reiches Hoffnungen zerstörte. Hoffnungen auf eine, die Bürgerrechte gegenüber staatlichen Gewalten und dem gesunden Volksempfinden bzw. Sittengesetz verteidigende oberste Verfassungsgerichtsbarkeit. Zu Recht gab es im Deutschen Reichstag zur 50. jährigen Wiederkehr dieses Urteils eine wissenschaftliche Veranstaltung, um die Ursachen und verheerenden Wirkungen dieses Urteils zu analysieren. Dieses Urteil machte in Kontinuität mit der Verfolgung von Homosexuellen im Dritten Reich die andauernde Verfolgung auch unter der neuen Rechtsordnung möglich. Der Unterzeichnende bezeichnete auf dieser Konferenz das Urteil als “Schandurteil”. Es ist höchste Zeit, dass dieser dunkle Schatten in der jungen Rechtsgeschichte der Bundesrepublik angemessen aufgearbeitet wird, und dass diejenigen rehabilitiert werden, denen dieser Schatten ihr Leben verdunkelte.

Die Haltung der Rechtsprechung wurde nicht etwa, wie es geboten gewesen wäre, von der Legislativen und Exekutiven als Fehlentwicklung angesehen. Anstelle einer gesetzgeberischen Korrektur ex nunc wurde durch den Entwurf für ein neues Strafgesetzbuch entgegen dem Rat der Fachleute an der strafrechtlichen Verfolgung festgehalten. Dieses Verhalten insbesondere der Exekutive charakterisiert das

⁴⁷ Vgl. *ebd.* S.17

Versagen der Gewalten in ihrer gegenseitigen Korrektiv- und Ausgleichsfunktion und gibt ein weiteres Argument für die Rehabilitierung.

6.3 Der rechtspolitische Verfolgungsrahmen: Der Entwurf eines Strafgesetzbuches von 1962

Der damalige Justizminister Dehler hatte 1954 die so genannte *Große Strafrechtskommission* zur grundlegenden Umgestaltung des Strafgesetzbuches einberufen. Diese kam bei der Behandlung des Sexualstrafrechts zu dem Schluss, dass die einfache Homosexualität unter Männern in Zukunft straffrei bleiben sollte. Die Mitglieder stützten sich bei ihrer Entscheidung auf den "Kinsey-Report" von 1949, in dem festgestellt wurde, dass 37% der amerikanischen Männer im Laufe ihres Lebens zumindest einmal Erfahrungen im Sinne von § 175 gesammelt hätten und den von der britischen Regierung erstellten "Wolfenden-Report", indem man sich für die Straffreiheit der einfachen Homosexualität ausgesprochen hatte. Des Weiteren gaben sie eigene Gutachten in Auftrag, die mehrheitlich zu dem gleichen Schluss gelangten.

Das Votum der Strafrechtskommission hinderte das Justizministerium allerdings nicht daran, diesen Tatbestand nahezu unverändert als § 222 bei der Überarbeitung des Kommissionsentwurfs im Jahre 1959 in seinen amtlichen Entwurf einzufügen. Auch der zweite amtliche Entwurf des Ministeriums aus demselben Jahr enthielt eine solche Strafvorschrift. Auch wurde dieses Votum der Kommission beim zweiten Entwurf nicht erwähnt. So ist hinsichtlich der Entwürfe von 1960 und 1962 zu vermerken, dass trotz der ausdrücklichen Berufung auf die Vorarbeiten der großen Strafrechtskommission weder im Text noch in der Begründung überhaupt erwähnt wird, dass die Mehrheit der Kommission sich gegen die Bestrafung einvernehmlicher homosexueller Handlungen ausgesprochen hatte und dass die Entwurfsfassung nur auf einem Minderheitenvotum basierte. Diese Fassung wurde vom Bundeskabinett verabschiedet, da die dritte Wahlperiode 1961 endete, wurde der Entwurf nicht mehr weiter verfolgt.

Dieser Vorgang ist ein eindrucksvoller Beleg für das homophobe rechtspolitische Umfeld im Nachkriegsdeutschland.

7. Die Rechtswidrigkeit der Verfolgung aufgrund völkerrechtlicher Erwägungen

Nachdem dargelegt wurde, dass die Fortgeltung nationalsozialistischen Rechts so niemals hätte geschehen dürfen, soll nunmehr noch ein zusätzliches Argument auf seine juristische Tragfähigkeit hin untersucht werden. Es geht um die Frage, ob die fortdauernden Anwendung der §§175 StGB auch aus übergeordneter völkerrechtlicher Sicht rechtswidrig war.

Zunächst ist festzustellen, dass im Rahmen der völkerrechtlichen Diskussion um die Ausgestaltung und den Schutz der Menschenrechte – ebenso wie auf der nationalstaatlichen Ebene – die Frage der sexuellen Orientierung ein Tabu war.⁴⁸ Dies hatte zur Folge, dass es in keiner völkerrechtlichen Konvention, auch nicht in der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), einen ausdrücklichen Schutz homosexueller Identität gab. Es galt als Ausdruck nationaler kultureller Identität, dass der Nationalstaat frei war, entsprechend seiner Werteentscheidungen strafrechtliche Sanktionen gegen unerwünschtes Verhalten zu verhängen. Es herrschte völkerrechtlicher Konsens darüber, dass die einzelnen Nationalstaaten das Recht besaßen, ethische, religiöse und moralische Vorstellungen, die oft von den Prägungen der verschiedenen Kulturkreise abhingen, in eigener souveräner Gestaltung mittels Gesetzgebung durchzusetzen. Das sich langsam entwickelnde Völkerrecht im Menschenrechtsschutzbereich zog nur dort Grenzen, wo diese nationale Wertegestaltungsfreiheit fundamentale im Konsens gefundene völkerrechtliche Grundprinzipien verletzte. Für den Schutz homosexueller Identität gab es eine solche Grenze nicht. Auch nicht durch mittelbare Interpretation etwa dergestalt, dass diese sexuelle Identität und ihr Ausleben durch den Schutz der Würde des Menschen oder den Schutz menschlicher Privatsphäre mit geschützt sei.

Insofern sind auch die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts in dem Urteil von 1957 hinsichtlich einer möglichen Verletzung des Völkerrechts – insbesondere der EMRK – aus der damaligen völkerrechtlichen Sicht nicht zu beanstanden. Natürlich hätte es dem Gericht, gerade angesichts der Verfolgung und Verfolgungspraxis gegenüber Homosexuellen im Dritten Reich gut angestanden, bei

⁴⁸ A. Zimmermann, Th., Giegerich, 2007, Gender und Internationales Recht

der völkerrechtlichen Interpretation des Art. 8.Abs. 1 der Konvention eine Vorreiterrolle zu übernehmen. Es wäre ihm, wenn der Wille dazu vorhanden gewesen wäre, möglich gewesen, das in diesem Artikel geschützte Recht auf Achtung der Privatsphäre in einer Weise zu interpretieren, wie es dann ab 1981 durch den EGMR geschah. In den 1950er Jahren ist jedoch eine solche Frage noch nicht an den EGMR herangetragen worden.

Da es dies aber schon nicht im nationalstaatlich durch das Grundgesetz vorgegebenen Rahmen tat – was als eklatantes Versagen zu bewerten ist –, war nicht zu erwarten, dass es nun eine völkerrechtliche Vorreiterrolle hinsichtlich des Schutzes Homosexueller vor Verfolgung übernehmen würde. Stattdessen zog es sich auf die Möglichkeiten der Einschränkungen der Privatsphäre des Art. 8 Abs. 2 EMRK, sofern der Eingriff gesetzlich vorgesehen ist und eine Maßnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit und der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist, zurück. Ein Strafgesetz, das den Grundsätzen eines demokratischen Rechtsstaates entspricht, werde durch diesen Vorbehalt jedenfalls gedeckt. Das Gericht kommt zu dem Schluss: “Die § 175 f. StGB werden, wie dargelegt, diesen Anforderungen gerecht.”⁴⁹

Bis zum heutigen Tage ist die Unterstellung auch der sexuellen Orientierung unter den Schutz völkerrechtlicher Menschenrechtsregelungen außerordentlich umstritten. Auch wenn es neuere ermutigende Entwicklungen gibt, homosexuelle Identität und deren Ausleben unter den Schutz völkerrechtlicher Normen, wie etwa der Europäischen Menschenrechtscharta oder der Charta der Vereinten Nationen zu stellen, so ist der Widerstand dagegen noch bei weitem nicht erlahmt.

Dabei geht es gar nicht um die Formulierung besonderer Rechte für Homosexuelle, sondern lediglich um die Frage, ob der Schutz der Privatsphäre oder der menschlichen Würde auch die Sexualität des Menschen umfasst.

Insbesondere die großen Religionsgemeinschaften wie die Katholische Kirche und einige Strömungen des Islam setzen all ihren Einfluss und ihre Verbindungen zu den Nationalstaaten und internationalen Organisationen ein, um die Anerkennung des Schutzes durch die völkerrechtlichen Menschenrechte auch für Homosexuelle zu

⁴⁹ BVerfG 6, S.441

verhindern. Sie argumentieren, dass die Nationalstaaten das Recht haben müssten, Handlungen, die den Wertvorstellungen der jeweiligen Gesellschaft nicht entsprächen, zu unterbinden und dafür auch das Sanktionsrecht besäßen. In dieser Diskussion wird nicht auf das Zustandekommen dieser Wertvorstellungen eingegangen, da diese hinsichtlich der Sexualmoral religiös vorgegeben sind und deshalb einer pluralistisch offenen demokratischen Wertediskussion von dem Standpunkt der Religionsgemeinschaften aus gesehen, nicht zugänglich sind.

Es mag zum damaligen Zeitpunkt des Inkrafttretens der EMRK auch ein damit verbundener Schutz Homosexueller vor staatlicher Verfolgung auch völkerrechtsmäßig schon objektiv bestanden haben. Da es aber im Völkerrecht in diesem Sinne Objektivität nicht gibt, sondern die Interpretation im Rahmen der Konsensbildung ein dynamischer Prozess ist, wäre eine solche Annahme auch nicht weiterführend. So ist zwar möglich, dass die damaligen Strafvorschriften mit dem Art. 8 EMRK seit Unterzeichnung der EMRK durch die Bundesrepublik am 4. November 1950 in Rom im Widerspruch standen, aber letztendliche Sicherheit über die völkerrechtliche Lage unter der EMRK gab es erst zu dem Zeitpunkt, zu dem der Europäische Gerichtshof für Menschenrecht (EGMR) die Bestrafung einvernehmlicher homosexueller Handlungen als rechtswidrigen Eingriff in die völkerrechtlich geschützte Privatsphäre beurteilte.⁵⁰ Spätestens ab hier war die Völkerrechtswidrigkeit des § 175 StGB manifest und hätte eine entsprechende Reaktion der Legislativen und Jurisdiktion erfordert. Zumal der Gerichtshof diese Wertung in ständiger Rechtsprechung fortsetzte⁵¹. Diese nicht zu übersehende völkerrechtliche Entwicklung und auch der Blick auf die Tatsache, dass schon im Kaiserreich und der Weimarer Republik die Menschenrechtsdimension des Schutzes homosexueller Identität thematisiert worden war, und die Bemühungen um eine Abschaffung der Strafverfolgung schon weit gediehen waren, ehe dann unter dem Naziregime die Verfolgung intensiviert wurde, hätte die Legislative und Jurisdiktion zum Handeln zwingen müssen.

Die völkerrechtliche Entwicklung zum Schutz homosexueller Identität ist eine weitgehend europäisch geprägte Entwicklung.⁵² Der Weg, der letztendlich zu einem

⁵⁰ Vgl. Urteil des EGMR im Fall *Dudgeon v. Northern Ireland*, no. 752/76, vgl. auch NJW 1984, 541

⁵¹ Vgl. Urteile des EGMR im Fall *Norris v. Ireland*, no. 10581/83, vgl. EuGRZ 1992, 484; Fall *Modinos v. Cyprus*, no. 15070/89

⁵² Vgl. E. Heinze, 1995, *Sexual Orientation: A Human Right*

Diskriminierungsverbot in Bezug auf die sexuelle Identität führte, beginnt im Jahr 1981 mit dem Streitfall Dudgeon gegen das Vereinigte Königreich. Während damals Großbritannien die Kriminalisierung von homosexuellen Handlungen bereits im Jahr 1967 für England und Wales abgeschafft hatte, wurden in Nordirland sexuelle Handlungen zwischen gleichgeschlechtlichen Partnern noch strafrechtlich verfolgt. In diesem Fall klagte Jeffrey Dudgeon vor dem EGMR, da er durch die Gesetze in Nordirland, in Bezug auf gleichgeschlechtliche sexuelle Handlungen, sein Recht auf Respektierung seines Privatlebens verletzt sah. Die europäischen Richter gaben dem Kläger Recht und widersprachen somit der Argumentation der britischen Regierung, die mit dem Gesetz in Nordirland die Moral und die Gesundheit ihrer Bürger schützen wollte. Ähnliche Entscheidungen fällte der Straßburger EGMR in den darauf folgenden Jahren in den Fällen Norris gegen Republik Irland und in dem Fall Modinos gegen die Republik Zypern. In allen Fällen war die Kriminalisierung von homosexuellen Handlungen Verhandlungsgegenstand gewesen und wurde unter Bezugnahme auf Art. 17 der "ICCPR-International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) als unrechtmäßig gewertet. Damit folgte der EGMR einer gesellschaftlichen Entwicklung, im Verlaufe derer eine Mehrheit der Staaten des Europarates die Homosexualität nicht mehr kriminalisierte. Im Jahr 1997 bekräftigte der Gerichtshof seine Haltung im Fall Sutherland gegen das Vereinigte Königreich⁵³ und gegen Österreich. In beiden Fällen wurde von den Klägern die Ungleichbehandlung im Bereich der Mindestaltersgrenze für sexuelle Handlungen angeklagt. In den meisten EU Staaten herrschte für heterosexuelle Handlungen die Mindestaltersgrenze von 16 Jahren, während für den gleichgeschlechtlichen Sex ein Mindestalter von 21 Jahren bestand. Im Falle Sutherland kam der Fall vor die Europäische Menschenrechtskommission (ECHR), die dann schließlich dem EGMR empfahl, der Klage von Sutherland zu entsprechen, da in den Augen der Kommission Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) verletzt wurde. Der Art. 8 garantiert das «Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens» unter Bezugnahme auf Art. 17 des ICCPR.

Der EGMR entschied im Jahr 2001, der Klage von Sutherland zu entsprechen, und forderte das Vereinigte Königreich auf, diese Art der Ungleichbehandlung zu beenden und die entsprechenden Gesetze zu reformieren. Ausschlaggebend für

⁵³ Vgl. European Court of Human Rights: Urteil vom 27. März 2001, Aktenzeichen 25186/94.

diese Entscheidung mag auch das Urteil des Gerichtshofes aus dem Jahr 1999 im Fall Lustig-Prean und Beckett gegen das Vereinigte Königreich⁵⁴ gewesen sein. Innerhalb dieses Verfahrens erkannte der Gerichtshof, dass der Ausschluss von Homosexuellen vom britischen Militär die EMRK verletzen würde.

Im Jahr 2003 hatte ein österreichischer Staatsbürger, ähnlich wie im Fall Sutherland, gegen die Ungleichbehandlung im österreichischen Strafgesetz in Zusammenhang mit dem Schutzalter für Minderjährige geklagt. Das Gesetz schrieb vor, dass homosexuelle Handlungen erst ab 18 Jahren erlaubt seien, während heterosexuelle Handlungen jedoch schon ab 14 Jahren erlaubt waren. Nachdem die Klage vor dem österreichischen Verfassungsgericht keinen Erfolg hatte, wandte sich der Kläger an die Richter in Straßburg, die dann die Regierung in Wien aufforderten, diese Regelungen für homo- und heterosexuelle Menschen anzugleichen.⁵⁵ Insgesamt ist zu den Urteilen des EGMR⁵⁶ anzumerken, dass die Mehrzahl der Urteile, die zugunsten der Kläger entschieden wurden, auf die Art. 8 (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) und 14 (Diskriminierungsverbot) der EMRK zurückgingen und den beiden Artikeln somit eine Schlüsselrolle in der europäischen Rechtsprechung zukam. Diese Rechtspraxis wurde auch in jüngerer Zeit stringent fortgeführt. So forderte das höchste europäische Gericht auch in Fragen des Adoptionsrechts, wie beispielsweise im Fall E.B. gegen Frankreich, die Gleichstellung und erklärte Ungleichbehandlungen, die in der sexuellen Orientierung / Geschlechtsidentität begründet lagen, mit Verweis auf Art. 8 und Art. 14 EMRK, für unrechtmäßig. Die Gerichte der EU benutzen die EMRK in ihren Entscheidungen und machten deutlich, dass die sexuelle Ausrichtung⁵⁷ kein Ausschlusskriterium für die Geltung der EMRK sein darf.

Neben den Entwicklungen in Europa gab es auch im außereuropäischen Bereich wichtige Entwicklungen und Entscheidungen, die den verantwortlichen Gewalten in der Bundesrepublik eine ernsthafte Prüfung der Völkerrechtswidrigkeit einer fortdauernden strafrechtlichen Sanktionierung homosexueller Handlungen hätten nahelegen müssen. Dass dies nicht geschah, hat mit dem an anderer Stelle

⁵⁴ Vgl. European Court of Human Rights: Urteil vom 27. Dezember 1999, Aktenzeichen 31417/96 und 32377/96,

⁵⁵ Vgl. European Court of Human Rights(a): Urteil vom 9. April 2003, Az. 45330/99.

⁵⁶ Vgl. Johnson, Key Case Law of the European Court of Human Rights in respect of sexual orientation

⁵⁷ Dieser Terminus findet sich in den Dokumenten und Erklärungen der EU Institutionen, wie auch in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union und führt die "Sexuelle Orientierung" und die "Geschlechtsidentität" unter dem Begriff der "Sexuellen Ausrichtung" zusammen. In der ERMK ist allerdings weder der Begriff "sexuelle Ausrichtung", noch der begriff der "Sexuellen Orientierung" zu finden.

beschriebenen verfassungspolitischen Verfolgungsrahmen zu tun. Die etwas breitere Darstellung der aktuellen völkerrechtlichen Lage macht auch deutlich, dass die Bundesrepublik mit einer Entscheidung zur Rehabilitierung in dieser internationalen noch nicht abgeschlossenen Diskussion ein wichtiges Zeichen setzen würde und all die Kräfte bestärken würde, die sich gegen die strafrechtliche Verfolgung Homosexueller als nicht vereinbar mit den Menschenrechten wenden.

8. Ergebnis

- Sowohl aus verfassungsrechtlichen, verfassungspolitischen als auch völkerrechtlichen Erwägungen heraus ist eine Rehabilitierung der in der Bundesrepublik aufgrund strafrechtlicher Verfolgung auf der Grundlage der §§ 175 und 175a Verurteilten geboten.
- Die Perpetuierung der §§ 175 und 175 a im Recht der Bundesrepublik verkannte die rassistisch, völkisch geprägte Zielsetzung der Verschärfung dieser Vorschriften und deren Anwendung im Dritten Reich.
- Das BVerfG versagte in rechtswidriger Weise bei der Überprüfung dieser politisch legislatorischen Fehlentscheidung und verkannte zudem die Schutzwirkung elementarer Grundrechte, insbesondere die des Art. 1 GG, der die Würde des Menschen schützt. Das BVerfG argumentierte auch vom damaligen Standpunkt aus in nicht hinnehmbarer Kontinuität nationalsozialistischer Begründungen für die Strafbarkeit der Homosexualität.
- Zumindest seit den Urteilen zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten ab 1981 verstieß die fortwährende strafrechtliche Verfolgung auch gegen geltendes Völkerrecht
- Der § 31 Abs. 1 BVerfGG steht einer Aufhebung der Urteile und einer Rehabilitierung der Betroffenen nicht entgegen. Die Schwere der Verletzung seiner Pflichten durch das BVerfG rechtfertigt vielmehr die nachträgliche Aufhebung der Strafgerichtsurteile. Eine Aufhebung des Urteils des BVerfG zu den §§175 ist nicht erforderlich.

- Die Aufhebung wäre angesichts unserer Geschichte ein Beweis für eine tiefe humanistische Grundeinstellung unserer heutigen Gesellschaft und im Lichte der aktuellen internationalen Diskussion um den Schutz der Menschenrechte auch für Homosexuelle ein deutliches Signal.
- Die Aufhebung sollte auch für alle Urteile, die auf dem Gebiet der ehemaligen DDR Homosexuelle wegen einvernehmlicher Handlungen bestrafen, gelten. Es gibt keine Rechtsgründe, die eine Differenzierung zwingend erforderten. Eine Differenzierung würde dem Geist einer nunmehr gemeinsamen Rechtsordnung elementar widersprechen.
- Der Gesetzgeber ist frei, die von den Urteilen Betroffenen zu entschädigen, da dies weder gegen Verfassungsnormen, den ordre public noch gegen das Völkerrecht verstieße. Es würden auch keine Rechte Dritter verletzt und keine grundlegend tragenden Prinzipien der rechtlichen und politischen Ordnung. Im Gegenteil: das Vertrauen in die Selbstschutzprinzipien des Rechtsstaates würde erhöht. Es ist allerdings darauf zu achten, dass die Komplexität der Entschädigungsfragen den Prozess der Rehabilitierung durch Aufhebung der Urteile nicht hindert oder verzögert.
- Hinsichtlich der Urteile, die nicht nur aufgrund der § 175 und 175 a StGB ergangen sind, sondern die auch als Strafgrundlage Schutzbestimmungen für die Rechte Dritter zum Gegenstand hatten, ist im Einzelfall eine Teilaufhebung zu prüfen.

Impressum:

Dieses Dokument ist Teil der Öffentlichkeitsarbeit des Landes Berlin.
Sie ist nicht zum Verkauf bestimmt und darf nicht zur Werbung für politische Parteien verwendet werden.

Herausgeberin:

Senatsverwaltung für Arbeit, Integration und Frauen,
Landesstelle für Gleichbehandlung - gegen Diskriminierung
Oranienstr. 106, 10969 Berlin
Telefon 030-9028-1866
Internet: www.berlin.de/lads und www.berlin.de/lads/gglw
eMail: antidiskriminierungsstelle@senaif.berlin.de

Lektorat:

Lela Lähnemann
eMail: gleichgeschlechtliche@senaif.berlin.de

V.i.S.d.P.:

Pressestelle der Senatsverwaltung für Arbeit, Integration und Frauen

Berlin 2012

AKZEPTANZ

SEXUELLE

VIELFALT BERLIN

SELBST **BESTIMMUNG**

AKZEPTANZ

SEXUELLE

VIELFALT BERLIN

SELBST **BESTIMMUNG**