

Gesetzentwurf

der Abgeordneten Katja Keul, Volker Beck (Köln), Renate Künast, Luise Amtsberg, Kai Gehring, Monika Lazar, Irene Mihalic, Özcan Mutlu, Dr. Konstantin von Notz, Corinna Rüffer, Ulle Schauws, Hans-Christian Ströbele und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Entwurf eines Gesetzes zur Aufhebung der nach 1945 in beiden deutschen Staaten gemäß den §§ 175, 175a Nummer 3 und 4 des Strafgesetzbuches und gemäß § 151 des Strafgesetzbuches der DDR ergangenen Unrechtsurteile

A. Problem

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat die Bestrafung einvernehmlicher homosexueller Handlungen unter Erwachsenen als Verstoß gegen die Europäische Menschenrechtskonvention eingestuft, ebenso die Festlegung unterschiedlicher strafrechtlicher Schutzaltersgrenzen für homo- und heterosexuelle Handlungen.

Der Deutsche Bundestag stellte am 7. Dezember 2000 in einer einstimmig getroffenen Entschließung fest, „dass durch die nach 1945 weiter bestehende Strafdrohung homosexuelle Bürger in ihrer Menschenwürde verletzt worden sind“ (Plenarprotokoll 14/140, Drs. 14/4894).

In der Bundesrepublik Deutschland galt die nationalsozialistische Gesetzgebung gegen Homosexuelle bis zum 31. August 1969 unverändert fort (§§ 175, 175a StGB). Sämtliche sexuellen Handlungen zwischen Männern waren strafbar. Von 1969 bis 11. Juni 1994 galten unterschiedliche Schutzaltersgrenzen für homo- und heterosexuelle Handlungen.

Die DDR war 1950 zur vornazistischen Fassung des § 175 zurückgekehrt, hat aber Homosexualität zwischen Erwachsenen bis 1968 nicht vollständig entkriminalisiert. Sie hielt auch bis dahin am nationalsozialistischen § 175a fest. Von 1968 bis 30. Mai 1989 galten mit § 151 StGB-DDR unterschiedliche Schutzaltersgrenzen für homo- und heterosexuelle Handlungen.

Die im Nationalsozialismus ergangenen Urteile nach den §§ 175 und 175a Nr. 4 RStGB wurden 2002 mit dem Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile in der Strafrechtspflege aufgehoben, die Verurteilten damit rehabilitiert. Für die nach dem 8. Mai 1945 wegen einvernehmlicher homosexueller Handlungen Verurteilten steht eine verfassungsgebundene Rehabilitierung noch aus. Das ist ein monströser Schandfleck unseres Rechtsstaates.

B. Lösung

Die verurteilenden strafgerichtlichen Entscheidungen, die nach 1945 in beiden deutschen Staaten gemäß den §§ 175, 175a Nr. 3 und 4 des Strafgesetzbuches und gemäß § 151 des Strafgesetzbuches der DDR unter Verstoß gegen die Europäische Menschenrechtskonvention ergangen sind, werden durch dieses Gesetz aufgehoben.

C. Alternativen

Keine.

D. Kosten

Keine.

Entwurf eines Gesetzes zur Aufhebung der nach 1945 in beiden deutschen Staaten gemäß den §§ 175, 175a Nummer 3 und 4 des Strafgesetzbuches und gemäß § 151 des Strafgesetzbuches der DDR ergangenen Unrechtsurteile

Vom ...

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

Artikel 1

Gesetz zur Aufhebung der nach 1945 in beiden deutschen Staaten gemäß den §§ 175, 175a Nummer 3 und 4 des Strafgesetzbuches und gemäß § 151 des Strafgesetzbuches der DDR ergangenen Unrechtsurteile

§ 1

Durch dieses Gesetz werden verurteilende strafgerichtliche Entscheidungen, die nach 1945 in beiden deutschen Staaten gemäß

- § 175 und § 175a Nr. 3 und 4 StGB in der Fassung, die in der DDR bis zum 30. Juni 1968 und in der Bundesrepublik Deutschland bis zum 31. August 1969 gegolten hat,
- § 175 Abs. 1 Nr. 1 und 3 StGB in der Fassung, die in der Bundesrepublik Deutschland ab 1. September 1969 bis zum 27. November 1973 gegolten hat,
- § 175 StGB in der Fassung, die in der Bundesrepublik Deutschland ab 28. November 1973 bis zum 10. Juni 1994 gegolten hat und
- § 151 StGB in der Fassung, die in der DDR ab 01. Juli 1968 bis zum 30. Juni 1989 gegolten hat

ergangen sind und im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte gegen die Europäische Menschenrechtskonvention verstoßen haben, aufgehoben. Die den Entscheidungen zugrunde liegenden Verfahren werden eingestellt.

§ 2

(1) Ist eine Entscheidung auf die Verletzung mehrerer Strafvorschriften gestützt und liegen die Voraussetzungen des § 1 Satz 1 nur hinsichtlich eines Teiles der Entscheidung vor, so wird die Entscheidung insgesamt aufgehoben, sofern der Teil der Entscheidung, der die Voraussetzung des § 1 Satz 1 erfüllt, nicht von untergeordneter Bedeutung ist.

(2) Erscheint nach Lage des Falles zweifelhaft, ob die Voraussetzungen des Absatzes 1 vorliegen, so ist die dem Verurteilten günstigere Auslegung zugrunde zu legen.

§ 3

(1) Ist die Entscheidung in Fällen des § 2 nicht vollständig aufgehoben, so wird auf Antrag der Teil der Entscheidung aufgehoben, für den die Voraussetzungen des § 1 Satz 1 vorliegen.

(2) Über den Antrag entscheidet das Landgericht durch unanfechtbaren Beschluss.

§ 4

(1) Auf Antrag stellt die Staatsanwaltschaft fest, ob ein Urteil aufgehoben ist; hierüber erteilt sie eine Bescheinigung. Antragsberechtigt sind der Verurteilte, nach seinem Tode seine Verwandten und Verschwägerten gerader Linie, seine Geschwister, der Lebenspartner bzw. der Ehegatte und der Verlobte, auch im Sinne des Lebenspartnerschaftsgesetzes. Sind alle Antragsberechtigten verstorben oder ist ihr Aufenthalt unbekannt, so hat die Staatsanwaltschaft die Feststellung von Amts wegen zu treffen, wenn dafür ein berechtigtes Interesse dargetan wird.

(2) Zuständig ist die Staatsanwaltschaft, die das Verfahren eingeleitet hat, das der in § 1 genannten Entscheidung vorausgegangen ist. Lässt sich die Staatsanwaltschaft nicht bestimmen, so ist die Staatsanwaltschaft zuständig, in deren Bezirk der Betroffene zum Zeitpunkt der Tatbegehung seinen Wohnsitz hatte. Lässt sich diese Staatsanwaltschaft aus anderen Gründen nicht bestimmen, so wird die zuständige Staatsanwaltschaft durch den Bundesgerichtshof bestimmt.

Die Staatsanwaltschaft teilt dem Bundeszentralregister die Feststellung der Urteilsaufhebung mit.

(3) Absatz 1 Satz 2 und 3, Absatz 2 gelten für Entscheidungen nach § 3 sinngemäß.

§ 5

Die Aufhebung des Urteils umfasst auch alle Nebenstrafen und Nebenfolgen.

§ 6

Eintragungen im Bundeszentralregister über Urteile, deren Aufhebung gemäß § 4 festgestellt worden ist, sind zu tilgen.

Artikel 2**Inkrafttreten**

Dieses Gesetz tritt am Tag nach der Verkündung in Kraft.

Berlin, den 21. Juni 2016

Katrin Göring-Eckardt, Dr. Anton Hofreiter und Fraktion

Begründung

A. Allgemeiner Teil

Die strafrechtliche Verfolgung von einvernehmlichen homosexuellen Handlungen unter Erwachsenen verstößt gegen die Europäischen Menschenrechtskonvention. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat bereits 1981 festgestellt, dass entsprechende Strafnormen das in Artikel 8 EMRK garantierte Recht auf Achtung des Privatlebens verletzen (Dudgeon v. Northern Ireland, no. 752/76, vgl. NJW 1984, 541). Diese Feststellung hat der Gerichtshof seitdem in ständiger Rechtsprechung wiederholt. Bereits die Existenz einer solchen Strafnorm stellt einen permanenten und direkten Eingriff in das Recht dar. (Norris v. Ireland, no. 10581/83, vgl. EuGRZ 1992, 484; Modinos v. Cyprus, no. 15070/89). Nicht nur Verbote sämtlicher homosexueller Handlungen sind menschenrechtswidrig, sondern auch gesonderte Schutzaltersgrenzen für homosexuelle Handlungen. Eine unterschiedliche strafrechtliche Behandlung von homo- und heterosexuellen Kontakten ist nicht gerechtfertigt. Den Eingriff in die Menschenrechte sieht der Gerichtshof als so schwerwiegend an, dass er Klägern, die von Verfolgung aufgrund diskriminierender Strafnormen betroffen waren, mehrfach Entschädigungen zugesprochen hat (L. & V. v. Austria, nos. 39392/98 and 39829/98; S.L. v. Austria, no. 45330/99; Woditschka and Wilfing v. Austria, no. 69756/01 and 6306/02; Ladner v. Austria, no. 18297/03; Wolfmeyer v. Austria, no. 5263/03; H.G. & G.B. v. Austria, no. 11084/02 and 15306/02; R.H. v. Austria, no. 7336/03). Je nach Schwere der Beeinträchtigung durch das Strafrecht bewegten sich die Entschädigungssummen zwischen 5.000 Euro und 75.000 Euro.

§ 175 Reichsstrafgesetzbuch, nachdem ab 1871 „widernatürliche Unzucht“ zwischen Männern mit Gefängnis zu bestrafen war, wurde am 28. August 1935 von den Nationalsozialisten verschärft. Durch Streichung des Wortes „widernatürlich“ konnten nicht mehr nur so genannte „beischlafähnliche“, sondern sämtliche sexuellen Handlungen zwischen Männern verfolgt werden. Der Tatbestand der Unzucht setzte nicht einmal eine Berührung voraus.

Der beispiellosen Verfolgung von Homosexuellen im Nationalsozialismus folgte nach Kriegsende keine Abkehr von der Strafverfolgung. Sowohl der Wortlaut des § 175 als auch der 1935 eingefügte § 175a bestanden in der Bundesrepublik bis 1969 unverändert fort. Zwischen 1945 und 1969 gab es auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland ca. 50.000 bis 60.000 Verurteilungen. Am 1. September 1969 trat ein Strafrechtsänderungsgesetz in Kraft, das den § 175 StGB liberalisierte, aber nicht aufhob. Bis zu 5 Jahren Freiheitsstrafe blieben vorgesehen für sexuelle Kontakte von Männern mit anderen Männern unter 21 Jahren. Die Altersgrenze wurde 1973 im Rahmen einer Reform des Sexualstrafrechts auf 18 herabgesetzt und das Verbot von Prostitution unter erwachsenen Männern wurde aufgehoben. Völlig gestrichen wurde der § 175 erst mit Inkrafttreten des Neunundzwanzigsten Strafrechtsänderungsgesetzes am 11. Juni 1994. Seitdem gelten für homo- und heterosexuelle Handlungen in der Bundesrepublik gleiche Schutzaltersgrenzen. Zwischen der Entkriminalisierung der so genannten „einfachen“ Homosexualität unter Erwachsenen 1969 und der Aufhebung des § 175 im Jahr 1994 gab es 3545 Verurteilungen.

Auch in der DDR galt der § 175 RStGB zunächst fort. 1950 entschied das Ost-Berliner Kammergericht jedoch mit Geltung für die gesamte DDR, dass er in der Fassung anzuwenden sei, die vor 1935 bestand. Unverändert blieb dagegen auch hier zunächst der nationalsozialistische § 175a in Kraft. 1968 gab sich die DDR ein eigenes Strafgesetzbuch, in dem beide Paragraphen nicht mehr enthalten waren. Stattdessen bestimmte § 151 StGB-DDR, dass Erwachsene, die mit Jugendlichen des gleichen Geschlechts sexuelle Handlungen vornehmen, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft werden. Damit galten für homosexuelle Handlungen – auch für lesbische – andere Altersgrenzen als für heterosexuelle. Mit Wirkung vom 30. Mai 1989 wurde § 151 aus dem Strafgesetzbuch der DDR gestrichen. Die Verurteilungen in der DDR zu § 175 und 175a wurden nicht gesondert statistisch ausgewiesen. Die Zahlen lassen sich bislang nur teilweise rekonstruieren. Die Verurteilungszahlen zu § 151 DDR-StGB von 1968 bis 1989 sind unbekannt.

Sowohl in der Bundesrepublik als auch in der DDR ging die strafrechtliche Verfolgung einher mit einer gesellschaftlichen Ächtung von Homosexualität. Letztere betraf neben Schwulen auch Lesben. In einem Klima der Angst und der Einschüchterung fiel es zudem schwer, die von den Nazis zerstörte homosexuelle Infrastruktur nach dem Krieg wieder aufzubauen. Manche Homosexuelle, die den Naziterror im Gefängnis oder im KZ überlebt hatten, waren im Nachkriegsdeutschland erneut mit Strafverfolgung konfrontiert.

Erst unter der rot-grünen Koalition wurde ab 1998 begonnen, die strafrechtliche Verfolgung Homosexueller aufzuarbeiten. Dabei hatte die Auseinandersetzung mit der unvergleichlichen Verfolgung im Nationalsozialismus Priorität. Die Aufarbeitung problematisierte jedoch von Beginn an auch die über 1945 hinausweisenden strafrechtlichen Kontinuitäten.

Am 7. Dezember 2000 stufte der Deutsche Bundestag in einer einstimmig gefassten EntschlieÙung die 1935 erfolgte Verschärfung des § 175 erstmals als „Ausdruck typisch nationalsozialistischen Gedankenguts“ ein. In der EntschlieÙung heiÙt es weiter: „Sowohl in der Bundesrepublik Deutschland als auch in der DDR wurden auch nach 1949 Menschen wegen einvernehmlicher gleichgeschlechtlicher Beziehungen unter Erwachsenen strafrechtlich verfolgt. In der Bundesrepublik Deutschland blieb der § 175 StGB bis 1969 unverändert in Kraft.“ Der Bundestag betonte weiter, dass die „Verfolgung einvernehmlicher gleichgeschlechtlicher Beziehungen gegen die Europäische Menschenrechtskonvention und nach heutigem Verständnis auch gegen das freiheitliche Menschenbild des Grundgesetzes“ verstößt, und bekannte, „dass durch die nach 1945 weiter bestehende Strafdrohung homosexuelle Bürger in ihrer Menschenwürde verletzt worden sind.“ (Plenarprotokoll 14/140, Drs. 14/4894).

Am 23. Juli 2002 wurde das Gesetz zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile in der Strafrechtspflege ergänzt (NS-AufhÄndG, BGBl. I 2714). Urteile, die in der NS-Zeit nach §§ 175 und 175a Nr. 4 RStGB ergangen waren, wurden pauschal aufgehoben. Das vorliegende Gesetz orientiert sich in seiner Regelungstechnik an dem Gesetz zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile in der Strafrechtspflege (NSAufhG) vom 25. August 1998.

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

Am 12. Dezember 2003 hat der Deutsche Bundestag auf Antrag von SPD und Bündnis 90/Die Grünen die Errichtung eines Denkmals für die im Nationalsozialismus verfolgten Homosexuellen beschlossen, das am 27. Mai 2008 von Bundeskulturstaatsminister Bernd Neumann der Öffentlichkeit übergeben wurde. Auf der dem Denkmal beigefügten Schrifttafel heiÙt es unter anderem: „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.“

Aus der Erkenntnis, dass es sich auch bei der strafrechtlichen Verfolgung nach 1945 um ein schweres Unrecht gehandelt hat, gilt es rechtspolitische Konsequenzen zu ziehen. Um die Opfer dieser ungerechtfertigten Strafverfolgung zu rehabilitieren, sind alle Urteile aufzuheben, die im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte keinen Bestand haben können. Dies betrifft neben den Urteilen, die in der Bundesrepublik bis 1969 und der DDR bis 1968 aufgrund der §§ 175 und 175a Nr. 3 und 4 StGB wegen einvernehmlicher homosexueller Kontakte unter Erwachsenen und mit Jugendlichen ergangen sind, auch Urteile nach § 175 Nr. 1 und 3 StGB in der Fassung, die in der Bundesrepublik Deutschland ab 1. September 1969 bis zum 27. November 1973 gegolten hat, sowie Urteile nach § 175 StGB in der in der Bundesrepublik Deutschland ab dem 28. November 1973 bis zum 10. Juni 1994 geltenden Fassung und Urteile nach § 151 StGB-DDR.

Das gilt auch für die Urteile nach § 175a Nr. 3 StGB in der Ursprungsfassung und nach § 175 Nr. 1 StGB in der in der Bundesrepublik Deutschland geltenden Übergangsfassung (vom 1. September 1969 bis zum 27. November 1973). Diese Tatbestände waren genauso wie die zuletzt geltenden § 175 StGB und § 151 StGB-DDR als Jugendschutzvorschriften gefasst. Allerdings bestimmten sie für einvernehmliche sexuelle Kontakte bei heterosexuellen und homosexuellen Paaren unterschiedliche Altersgrenzen, was im Lichte der Rechtsprechung des EGMR mit der Europäischen Menschenrechtskonvention nicht vereinbar ist. Diese Vorschriften sollten die Jugendlichen nicht generell vor verfrühten sexuellen Erfahrungen schützen, sondern „vor Schädigung ihrer Entwicklung durch sexuelle Verführung“, so das BVerfG in seiner Entscheidung von 1973 (BVerfGE 36, 41). Damit war die sogenannte Verführungstheorie gemeint. Danach bestand angeblich die Gefahr, dass Jugendliche homosexuell werden könnten, wenn sie zu homosexuell Handlungen verführt werden. Das trifft nicht zu. Der EGMR hat deshalb in

seinen Urteilen zu der analogen österreichischen Vorschrift festgestellt, dass jegliche objektive und vernünftige Rechtfertigung für die Aufrechterhaltung eines höheren Einwilligungsalters für homosexuelle Handlungen fehlt.

Sofern die genannten Urteile nicht nur einvernehmliche, durch die Menschenrechte geschützte Handlungen zum Gegenstand hatten, sind gesetzliche Regelungen zur teilweisen Aufhebung zu treffen.

Auch wenn erfolgte Änderungen im Strafrecht allein keinen Anspruch auf Rehabilitation begründen können, ist es dem Gesetzgeber nicht verwehrt, schwerwiegende Verletzungen der Menschenrechte durch gesetzliche Regelungen zur Entschädigung zu korrigieren. Dementsprechend ist es auch möglich und angemessen, alle Urteile aufzuheben, die auf Gesetze zurückgehen, deren Unvereinbarkeit mit Menschen- und Grundrechten inzwischen evident ist. Hier wurden Menschen wegen Handlungen mit Freiheitsentzug bestraft, die bei anderer sexueller Orientierung ihr unbestrittenes Recht gewesen wären. Dies bedeutet einen tiefen und durch nichts zu rechtfertigenden Eingriff in den Kernbereich der Persönlichkeit.

Zwar soll die Rechtsfrieden stiftende Wirkung rechtskräftiger Urteile unabhängig von ihrer materiellen Richtigkeit nicht nach Belieben in Frage gestellt werden, da die Rechtssicherheit und damit auch das Vertrauen in den Bestand rechtskräftiger Urteile ein wesentlicher Bestandteil des Rechtsstaates darstellt. Allerdings ist die Rechtssicherheit nur eine Seite des Rechtsstaatsprinzips, zu der ebenso die materielle Gerechtigkeit gehört. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, einen solchen Widerstreit zu entscheiden. Dabei hat er zu berücksichtigen, dass es mit dem Gedanken der Rechtssicherheit unverträglich ist, rechtskräftige Urteile nur wegen eines Wandels der Rechtsauffassung wieder zu beseitigen. Eine Ausnahme von dieser Regel ist aber dann gerechtfertigt, wenn besonders zwingende und schwerwiegende, den Erwägungen der Rechtssicherheit übergeordnete Gründe dazu Anlass geben (BVerfGE 2, 380, 405).

Mit der Aufhebung von Verurteilungen nach § 175 StGB und § 151 StGB-DDR werden aber nicht allein Urteile aufgehoben, die heute so nicht mehr gefällt würden, sondern auch solche, die schon damals als menschenrechtswidrig hätten erkannt werden müssen. Schließlich pönalisierte diese Strafnormen nicht nur ein bestimmtes Verhalten; vielmehr sprachen sie in menschenverachtender Weise den Betroffenen einen maßgeblichen Bestandteil ihrer Identität ab. Deshalb beziehen sich gegenwärtige Antidiskriminierungsvorschriften – wie zum Beispiel das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz – nicht auf Verhaltensweisen sondern auf die sexuelle Identität.

Bereits zwei Mal setzte sich der Bundesrat für die Rehabilitation und Entschädigung von Personen ein, die wegen einvernehmlicher homosexueller Handlungen unter Erwachsenen strafrechtlich verurteilt wurden. Im Oktober 2012 forderte er mit einer Entschließung (BR- Drucksache 241/12 (Beschluss)) die Bundesregierung auf, Maßnahmen zur Rehabilitation und Unterstützung vorzuschlagen. Mit einer am 10. Juli 2015 gefassten Entschließung konkretisierte er seinen Appell und forderte die Bundesregierung auf, einen Gesetzentwurf vorzulegen, der Maßnahmen zur Rehabilitation und Entschädigung für die nach 1945 in beiden deutschen Staaten nach den jeweiligen Strafgesetzbüchern Verurteilten vorsieht. Zur Begründung führen die Länder aus, dass die in Deutschland bisher getroffenen Maßnahmen den Anforderungen an eine angemessene Rehabilitation nicht genügen. Es bedürfe einer gesetzlichen Regelung zur Rehabilitation und Entschädigung.

Und auch die Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister hat sich am 2. Juni 2016 für eine umgehende Rehabilitation der nach 1945 nach §§ 175, 175a Nr. 3 und 4 StGB und § 151 StGB der DDR verurteilten Menschen ausgesprochen, die noch in der laufenden Wahlperiode des Deutschen Bundestages erfolgen solle, und erklärte ihre Bereitschaft an einem zügigen Gesetzgebungsverfahren mitzuwirken.

Das im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes am 11. Mai 2016 veröffentlichte Rechtsgutachten von Professor Dr. Martin Burgi kommt zu dem Ergebnis, dass eine Rehabilitation verfassungsrechtlich geboten ist: „Die rechtswissenschaftliche Analyse zeigt, dass es eine verfassungsrechtliche Legitimation für staatliche Rehabilitierungsmaßnahmen zugunsten der Betroffenen gibt. Deren Bezugspunkt ist der gegenwärtige Zustand eines fortbestehenden Strafmakels auf der Grundlage einer mit höherrangigem Recht unvereinbaren Strafvorschrift (eben § 175 StGB). Dies knüpft an frühere Entscheidungen des BVerfG an, wonach der Fortbestand eines Strafmakels unter bestimmten Voraussetzungen Rehabilitierungsmaßnahmen auslösen kann. Grundlagen des staatlichen Rehabilitierungsauftrags sind die grundrechtliche Schutzpflicht sowie das Rechts- und das Sozialstaatsprinzip. Das Bestehen dieses Rehabilitierungsauftrags wirkt sich bei der Bestimmung etwaiger Grenzen für einzelne zu seiner Umsetzung ergriffene Maßnahmen aus. Der Rehabilitierungsauftrag selbst ist auf das Ziel, nicht bereits auf einzelne konkrete Maßnahmen gerichtet. Allerdings ist der Staat angesichts des fortbestehenden Strafmakels

verpflichtet, die Vereinbarkeit dieses Zustands mit den Maßstäben des höherrangigen Rechts zu überprüfen und sein bisheriges Unterlassen neu zu bewerten.“ (S. 11f)

Und auch die verfassungsrechtliche Zweifel bezüglich der Rechtssicherheit, Gewaltenteilung und Gleichbehandlungsgebot werden im Rechtsgutachten widerlegt. Nach Meinung von Prof. Brugi

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

Auch der (in den Worten des BVerfG) nirgends rein verwirklichte Grundsatz der Gewaltenteilung kann im hier vorliegenden Falle eines qualifizierten Verfassungsverstoßes der Strafandrohungsvorschrift (des § 175 StGB) einerseits, einer kollektiven, klar abgrenzbaren Betroffenheit andererseits durchbrochen werden, zumal ein Aufhebungsgesetz lediglich ad personam wirken und primär an die frühere Verantwortung des Gesetzgebers selbst anknüpfen würde.

Schließlich würde die Aufhebung der Strafurteile auf der Grundlage des § 175 StGB keine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG im Hinblick auf den gleichzeitigen Fortbestand von Verurteilungen aufgrund eines Verstoßes gegen die seinerzeit bestehenden Straftatbestände der Kuppelei bzw. des Ehebruchs bewirken. In beiden Fällen liegt kein bzw. ein vergleichsweise deutlich weniger qualifizierter Verfassungsverstoß vor und bestand eine weniger intensive Verfolgungspraxis sowie eine schwächere Betroffenheit. Die Stigmatisierung und die Intensität der gesellschaftlichen Repressionen, die die von einer Verurteilung nach § 175 StGB Betroffenen überwiegend und typischerweise erlitten haben, sind insoweit unvergleichlich.“ (S. 12f).

Neben der mit diesem Gesetzentwurf angestrebten gesetzlichen Rehabilitierung ist daher auf außergesetzlichem Wege auch sicherzustellen, das heute noch lebende Opfer antihomosexueller Strafverfolgung in Deutschland als Anerkennung für das erlittene Unrecht eine individuelle Entschädigung erhalten können.

Die antihomosexuelle Strafgesetzgebung hat weit über die von Ermittlungs- und Strafverfahren unmittelbar Betroffenen hinaus ganze Generationen von Schwulen in ihren Lebenschancen massiv beschnitten. Die gesellschaftlichen Auswirkungen der staatlichen Ächtung von Homosexualität haben auch Lesben sowie Transsexuelle bzw. Transgender erheblich mitbetroffen. Für diese in ihren Auswirkungen bis heute spürbare Schädigung der homo- und transsexuellen Bürgerinnen und Bürger ist zudem zusätzlich ein kollektiver Ausgleich nur recht und billig. Er sollte der historischen und gesellschaftlichen Aufarbeitung des Unrechts dienen sowie breit angelegte Maßnahmen gegen Homophobie und Transphobie sowie für Respekt und Akzeptanz fördern.

Nach einer am 8. Juni 2016 veröffentlichten repräsentativen YouGov-Umfrage sprachen sich 59 Prozent der Deutschen für eine Rehabilitierung und Entschädigung der Männer aus, die in der Bundesrepublik nach Paragraph 175 verurteilt worden sind. Nur 25 Prozent waren dagegen.

B. Besonderer Teil

Zu Artikel 1 (Gesetz zur Aufhebung der nach 1945 in beiden deutschen Staaten gemäß den §§ 175, 175a Nummer 3 und 4 des Strafgesetzbuches und gemäß § 151 des Strafgesetzbuches der DDR ergangenen Unrechtsurteile)

Zu § 1

§ 1 greift mit der Generalklausel den Grundgedanken der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtsunwirksamkeit staatlicher Maßnahmen auf. Unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten stehen das Gewaltenteilungsprinzip sowie das Prinzip der Rechtssicherheit einer Aufhebung von Urteilen, die gemäß den

§§ 175, 175a Nr. 3 und 4 in der ursprünglichen Fassung, § 175 Nr. 1 und 3 in der Übergangsfassung (vom 1. September 1969 bis zum 27. November 1973) und § 175 in der zuletzt geltenden Fassung des Strafgesetzbuches und gemäß § 151 des Strafgesetzbuches der DDR ergangenen sind, kraft Gesetzes also dann nicht entgegen, wenn diese offenbares Unrecht darstellen. Insbesondere Urteile, die auf Bestimmungen beruhen, die gravierendes Unrecht verkörpern, stellen keine Rechtsprechung dar, die der Gesetzgeber heute akzeptieren muss. Um die vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Voraussetzungen zu erfüllen und damit zu ermöglichen, dass durch dieses Gesetz Unrecht ex tunc beseitigt werden kann, sieht die Generalklausel vor, dass das durch dieses Gesetz aufgehobene Urteil im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte gegen die Europäische Menschenrechtskonvention verstoßen haben muss. Damit wird zugleich deutlich, dass nicht jede aus heutiger Sicht ungerechte, als rechtsstaatswidrig anzusehende Entscheidung als aufgehoben gelten kann. Das Unrecht muss vielmehr ein besonderes Maß erreicht haben.

Die Notwendigkeit, durch das Gesetz die den aufgehobenen Entscheidungen zugrundeliegenden Verfahren einzustellen, ergibt sich daraus, dass aus strafprozessualer Sicht die Verfahren durch die Urteilsaufhebung wieder in den Stand nach gerichtlichem Eröffnungsbeschluss gesetzt werden. Unschuldige Personen, die wegen seitdem nicht verjährter Delikte angeklagt waren, sollen sich nicht erneut der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung ausgesetzt sehen. Zudem wird mit der Einstellung der Verfahren unnötiger Verwaltungsaufwand vermieden.

Zu § 2

Soweit die Verurteilungen nicht allein auf den genannten Straftatbeständen beruhen und der Teil der Entscheidung, der die Voraussetzung des § 1 Satz 1 erfüllt, nicht von untergeordneter Bedeutung ist, sieht die Regelung eine teilweise Aufhebung der Verurteilungen und Einstellung der Strafverfahren vor.

Zu § 3

Bei Entscheidungen, die auf die Verletzung mehrerer Strafvorschriften gestützt sind und in denen der Teil der Entscheidung, der die Voraussetzung des § 1 Satz 1 erfüllt, von untergeordneter Bedeutung ist, kommt statt pauschaler Aufhebung nur eine Einzelfallprüfung in Frage, die auf Antrag vorgenommen wird.

Zu § 4

Absatz 1 regelt das Feststellungsverfahren. Danach wird die Staatsanwaltschaft grundsätzlich nur auf Antrag tätig. Bei der Ablehnung der Feststellung handelt es sich um einen Justizverwaltungsakt, so dass nach § 23 EGGVG der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet ist.

Nur in den Fällen, in denen alle Antragsberechtigten verstorben oder unbekanntem Aufenthaltsort sind, hat die Staatsanwaltschaft von Amts wegen tätig zu werden. Hierdurch soll verhindert werden, dass gegen den Willen von NS-Justizopfern ein Feststellungsverfahren durchgeführt wird. Weitere Voraussetzung hierfür ist aber darüber hinaus die Geltendmachung eines berechtigten Interesses. Der Begriff des berechtigten Interesses entspricht dem in § 193 StGB. Es liegt vor, wenn ein vom Recht als schutzwürdig anerkannter öffentlicher oder privater, ideeller oder materieller Zweck verfolgt wird. Das ist jedenfalls immer dann gegeben, wenn die Feststellung im Interesse der Allgemeinheit liegt bzw. das Ausmaß der Rechtsverletzung oder die Stellung des Betroffenen im öffentlichen Leben die Feststellung erforderlich erscheinen lassen.

Absatz 2 regelt die örtliche Zuständigkeit. Wie in den bisherigen Gesetzen und Verordnungen bestimmt sich diese in erster Linie nach dem Sitz der Staatsanwaltschaft, die das Verfahren eingeleitet hatte und in zweiter Linie nach dem Wohnsitz des Antragstellers. In den Fällen, in denen sich die Staatsanwaltschaft bzw. der Wohnsitz der Verurteilten nicht bestimmen lassen, soll die zuständige Staatsanwaltschaft durch den Bundesgerichtshof bestimmt werden.

Absatz 3 erstreckt die Geltung der o.g. Regelungen in Bezug auf Antragsberechtigten, die Feststellung der Staatsanwaltschaft von Amts wegen und die örtliche Zuständigkeit sinngemäße auf die im § 3 definierten Fälle.

Zu § 5

Diese Vorschrift stellt klar, dass die Nebenstrafen und Nebenfolgen im Falle der Urteilsaufhebung ebenfalls aufgehoben sind.

Zu § 6

Diese Vorschrift regelt die registerrechtliche Behandlung von aufgehobenen Verurteilungen.

Zu Artikel 2 (Inkrafttreten)

Das Inkrafttreten des Gesetzes wird auf den ersten Tag nach seiner Verkündung festgelegt.

