

Öffentliche Anhörung des Verteidigungsausschusses des Deutschen Bundestages am 26. April 2021 – Stellungnahme zum Entwurf der Bundesregierung bezüglich eines Gesetzes zur Rehabilitierung der wegen einvernehmlicher homosexueller Handlungen, wegen ihrer homosexuellen Orientierung oder wegen ihrer geschlechtlichen Identität dienstrechtlich benachteiligten Soldatinnen und Soldaten (BT-Drucksache 19/26835)

Deutscher Bundestag Verteidigungsausschuss
Ausschussdrucksache 19(12)1035
23.04.2021 - 19/3933
5410

A. Rechtliche Einordnung:

1. (Verfassungs-)Rechtliche Ausgangslage

Es gibt für die Ausgestaltung des in Rede stehenden Gesetzes keine gesetzliche Verpflichtung. Weder aus rechtsphilosophischen Grundüberlegungen (hier die sog. Radbruchsche Formel) noch geänderter Rechtsauffassung zwingt die heutige, nachträgliche Bewertung zur Schaffung einer bestimmten Anspruchsgrundlage.

Denn die o.g. rechtsphilosophische Formel besagt, dass *„der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit ... dahin zu lösen sein [dürfte], dass das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzumutbar ist, es sei denn, dass der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, dass das Gesetz als ‚unrichtiges Recht‘ der Gerechtigkeit zu weichen hat.“*¹ Für die Annahme, dass die damals im Dienstrecht zur Anwendung gelangten Gesetze ihrer Definition nach nicht der Gerechtigkeit dienen sollten, spricht nichts, denn es handelt sich um Normen mit unbestimmten Rechtsbegriffen. Keine der im Dienstrecht angewendeten Normen behandelte zu dem damaligen Zeitpunkt seinem Wortlaut nach Fragen der sexuellen Orientierung oder Identität.

Vielmehr war es die Anwendung dieser unbestimmten Rechtsbegriffe, Begriffe, welche durch Verwaltung und Rechtsprechung ausgefüllt wurde. Diese Ausfüllung stand jedoch im Einklang mit der geltenden Rechtsordnung und wurde von allen drei Gewalten wechselseitig bestätigt.

Vor diesem Hintergrund besteht ein **weiter gesetzgeberischer Spielraum**.

2. Allgemeines/Vergleich zur strafrechtlichen Rehabilitierung

Mit Gesetz vom 17.7.2017 wurde bereits ein strafrechtliches Rehabilitierungsgesetz geschaffen, das eine Diskriminierung einvernehmlich homosexueller Handlungen rückwirkend beseitigen soll.

Für das Verständnis des jetzt vorliegenden Gesetzesentwurfes zur Rehabilitierung von Soldaten muss jedoch verdeutlicht werden, dass es sich dabei gerade **nicht um Strafrecht, sondern um Dienstrecht** handelt. Auch wenn der jeweils Betroffene die erlittenen Nachteile einheitlich als Sanktion wahrnimmt, verfolgt das Strafrecht den Schutz bestimmter Rechtsgüter; demgegenüber handelt es sich bei Dienstrecht um Maßnahmen zur **Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der Streitkräfte**. Beide Rechtsgebiete haben ihrer Natur nach keinen Zusammenhang.

Die im Strafrecht normierten Tatbestände sollen festlegen, welches Handeln als strafbares Unrecht anzusehen ist und welche (Geld- oder Freiheits-)Strafen drohen. Im **Dienstrecht** muss hingegen nochmals differenziert werden:

¹ Gustav Radbruch, SJZ 1946, 105 (107).

- a) Einerseits ist gesetzlich festgelegt, dass ein Soldat nur nach Eignung, Befähigung und Leistung einzustellen (vgl. Art. 33 Abs. 2 GG) und zu verwenden ist (vgl. § 3 Abs. 1 SG). Mit dieser Festlegung ist die sog. **Bestenauslese** verpflichtend angeordnet. Der Dienstherr hat hierfür zunächst einen Beurteilungsspielraum, um die aus seiner Sicht erforderliche Eignung, Leistung und Befähigung für das Wehrdienstverhältnis allgemein zu definieren. Weiterhin hat er einen Ermessensspielraum, um im konkreten Fall diese Kriterien bei einem Bewerber zu bejahen oder zu verneinen. Sowohl die Beurteilung als auch die Ermessensausübung sind nur begrenzt gerichtlich überprüfbar.

Die Folgen der Pflicht zur Bestenauslese sind:

- erfüllt ein Bewerber für ein Wehrdienstverhältnis die Anforderungen an Eignung, Leistung und Befähigung nicht, darf er nicht eingestellt werden;
- erfüllt ein Soldat die Anforderungen an seine Laufbahn nicht, steht innerhalb der ersten vier Dienstjahre eine Entlassung im Raum² bzw. – sofern möglich – die Rückführung in die vorherige (niedrigere) Laufbahn;
- erfüllt ein Soldat auf Zeit oberhalb dieser Zeit oder ein Berufssoldat die Vorgaben an Eignung, Befähigung und Leistung nicht, darf er nicht weiter gefördert werden.

- b) Andererseits sollen **Dienstplichten** festlegen, welches Handeln als dienstlich erforderlich anzusehen ist – was bei einem Pflichtenverstoß als **Disziplinarmaßnahme** droht, ist jedoch eine **Ermessensentscheidung** im Einzelfall, basierend auf einer Vielzahl zu beachtender Aspekte (vgl. § 38 Abs. 1 WDO). Die schwerwiegendste Disziplinarmaßnahme ist die Entfernung aus dem Wehrdienstverhältnis durch ein Urteil eines Wehrdienstgerichtes. Stellt sich der Pflichtverstoß innerhalb der ersten vier Dienstjahre als so gravierend dar, dass er die militärische Ordnung ernstlich gefährdet, ist der betreffende Soldat durch Verwaltungsakt fristlos zu entlassen (vgl. § 55 Abs. 5 SG).

- c) Sofern eine schuldhaft **Dienstplichtverletzung** eine **ernstliche Gefährdung** der militärischen Ordnung oder des Ansehens der Bundeswehr darstellt, ist³ innerhalb der ersten vier Dienstjahre ein Soldat nach § 55 Abs. 5 SG **fristlos zu entlassen**. Hierbei handelt es sich um eine Gefahrenabwehrmaßnahme in den Fällen, in denen die Prognose ergibt, dass eine Disziplinarmaßnahme keine ausreichende Reaktion auf das Fehlverhalten sein wird. Die Einschätzung, ob das Tatbestandsmerkmal „ernstliche Gefährdung“ vorliegt, obliegt nicht dem Dienstherrn alleine, sondern ist vollständig gerichtlich überprüfbar – das Werturteil des Dienstherrn kann durch ein Gerichtsurteil ersetzt werden.⁴ Und **ob** das **Ansehen der Bundeswehr gefährdet** ist, ist nach **allgemein gültigen objektiven Maßstäben** zu beurteilen; maßgeblich ist, wie ein „vernünftiger Betrachter“ den Lebenssachverhalt im Hinblick auf das Ansehen der Bundeswehr bewerten würde.⁵

² Grundsätzlich kann der Soldat in diesen Fällen gem. § 55 Abs. 4 Satz 1 SG entlassen werden, soll es nach Satz 2 dieser Norm jedoch, wenn er sich in der Laufbahnausbildung befindet und das Ausbildungsziel nicht erreichen wird.

³ Ein Abweichen von dieser Regel ist nur in atypischen Fällen zulässig, vgl. OVG NRW, Beschluss vom 20.1.2005 – 1 B 2009/04 – juris.

⁴ ständige Rechtsprechung BVerwG, vgl. zuletzt Urteil vom 3.2.2021 – 2 C 29/20 – m.w.N.

⁵ Vgl. BVerwGE 17, 5; 42, 20; 59, 361; *Sohm* in: Heidelberger-Kommentar zum Soldatengesetz (Eichen/Metzger/Sohm), 4. Aufl. 2021, § 55 Rn. 62.

3. Rechtliche Einordnung einer Korrektur früheren Handelns

Stellt der Gesetzgeber im Nachhinein fest, dass eine Handlung (hier: einvernehmliche sexuelle Handlungen) entgegen seiner früheren Rechtsauffassung nicht strafbar sein soll, ist sein Rehabilitierungsbemühen als Kompensation für erlittenes Unrecht zu bewerten.

Soll demgegenüber der Gesetzgeber feststellen, dass eine Handlung/Orientierung/sexuelle Identität die **Funktionsfähigkeit** der Streitkräfte **nicht beeinträchtigt** hat, kann sich ein Rehabilitierungsbemühen nur als **Kompensationsangebot für seine Fehleinschätzung** darstellen.

Für die Korrektur einer **Fehleinschätzung** wäre jedoch die Feststellung **notwendig, dass** bis zum 3.7.2000 homosexuelle Handlungen, Orientierung oder geschlechtliche Identität **keinen Einfluss auf die Funktionsfähigkeit der Streitkräfte** gehabt hätten.

Dies bedeutet, bekannte homosexuelle Orientierung, Handlungen oder geschlechtliche Identität hätten einerseits keinen Einfluss auf Eignung, Befähigung und Leistung haben dürfen, andererseits hätte dies keinerlei Verlust im Ansehen von Untergebenen und Gleichgestellten oder im Vertrauen der eigenen Vorgesetzten nach sich ziehen dürfen.

- a) Es ist davon auszugehen, dass die **sexuelle Orientierung** oder **geschlechtliche Identität keinen Einfluss auf Eignung, Befähigung oder Leistung** hat. Denn die Eignung zum Soldaten wird zwar (u.a.) durch die körperliche Konstitution, nicht aber die sexuelle Ausrichtung oder geschlechtliche Identität erbracht; auch Befähigung und Leistung eines Soldaten haben keinen Anknüpfungspunkt daran. Diese Annahme wird auch durch die Realität in den heutigen Streitkräften belegt. Vor diesem Hintergrund sind etwaige frühere Entscheidungen, bei denen Eignung, Befähigung oder Leistung infolge sexueller Orientierung oder geschlechtlicher Identität verneint wurden, auf sachfremder Basis gefällt worden und damit rechtswidrig.
- b) Demgegenüber sind **Achtung und Vertrauen** von Untergebenen, Gleichgestellten und eigenen Vorgesetzten naturgemäß **nicht frei von gesellschaftlichen Einflüssen; gleiches gilt für das Ansehen der Bundeswehr**. Zwar darf der Dienstherr nicht jeder gesellschaftlichen Auffassung Raum geben (bspw. hätte er sich erkennbaren homophoben Verhaltensweisen infolge seiner Pflicht zur Grundrechtswahrung entgegenstellen müssen); aber mit Blick auf die Funktionsfähigkeit der Streitkräfte waren schlicht die **Lebensrealitäten** anzuerkennen.

So war vom Dienstherrn die **Tatsache** hinzunehmen, dass bspw. ein **Untergebener** die – **achtungsmindernde – Haltung** hat, dass sein Gruppenführer infolge homosexueller Handlung ein Straftäter ist. Aus demselben Grund durfte dessen **Vorgesetzter** nur noch **reduziertes Vertrauen** darin haben, dass dieser Gruppenführer, wegen der geringen Achtung, seine Untergebenen wird sicher führen können. Wenn aber zu der damaligen Zeit tatsächlich Achtungs- und Vertrauensverluste eingetreten sind, war die **Annahme berechtigt**, dass die **Funktionsfähigkeit** der Streitkräfte **gefährdet** ist und damit die Einschätzung des Dienstherrn zutreffend. Insoweit hat auch die **Rechtsprechung** diese **Einschätzung** des Dienstherrn **mitgetragen**.

Zur Klarstellung: eine Einschätzung, dass die Funktionsfähigkeit der Streitkräfte gefährdet war, durfte nicht darauf beruhen, dass der Dienstherr für sich diese Orientierung, Handlung oder geschlechtliche Identität ablehnt. Hat er trotzdem Verwendungsentscheidungen alleine darauf gestützt und so Eignung, Befähigung oder Leistung verneint, war diese Einschätzung rechtswidrig. Seine Einschätzung durfte jedoch darauf beruhen, wie die übrigen Soldaten eine homosexuelle Orientierung oder geschlechtliche Identität wahrnehmen und welche Folgen das für Achtungs- und Vertrauenswürdigkeit des Betroffenen hat; auch hatte er nach den damals

allgemein gültigen Maßstäben zu beurteilen, ob das Verhalten das Ansehen der Bundeswehr schädigen kann. Und auch wenn sich die heutige gesellschaftliche Anschauung gewandelt hat (und die damalige gesellschaftliche Anschauung als falsch bewertet wird), liegt wohl keine Fehleinschätzung zum damaligen Zeitpunkt vor.

Demzufolge ist ein Bemühen um **Rehabilitierung** des Dienstherrn von Soldaten für die erlittenen Unbillen der damaligen Zeit **einerseits** als **Kompensation** für erlittenes Unrecht (bei Verwendungsentscheidungen), **andererseits** als **Bemühen** anzusehen, die damalige **Realität** heute **als Fehler zu bewerten**.

B. Bewertung des Gesetzesentwurfes

Wie der Begründung des Entwurfs entnommen werden kann, soll mit den Maßnahmen dieses Gesetzes systematisches Benachteiligungsverhalten im Geschäftsbereich des BMVg kompensiert werden. Fehlverhalten einzelner Soldaten, das auf individueller Haltung (Homophobie o.ä.) beruhte, ist von dem Gesetz ebenso wenig erfasst, wie systematische Diskriminierung zum Nachteil sonstiger Angehöriger des Geschäftsbereiches (Angestellte, Beamte, Richter).

Es wird sich im Nachfolgenden bei der rechtlichen Bewertung auf die konkreten Maßnahmen beschränkt, die als Rehabilitierung im Raum stehen. An dieser Stelle sei nur darauf hingewiesen, dass der Entwurf für einen Antragsteller ein denkbar einfaches Verfahren vorsieht. So braucht dieser seine Benachteiligung nur (ggf. durch Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung) glaubhaft zu machen. Er muss also, anders als in jedem sonstigen verwaltungsgerichtlichen Verfahren, seinen Anspruch nur in überschaubarem Umfang darlegen und nicht beweisen. Damit reduziert sich das Risiko, den Anspruch nicht durchsetzen zu können, auf ein denkbar geringes Maß. Geringer wäre nur noch, wenn der Entwurf eine Behauptung der Benachteiligung ausreichen ließe – dies würde nach hier vertretener Auffassung jedoch ein unverhältnismäßig hohes Missbrauchsrisiko in sich tragen, so dass die hier vorgeschlagene **Art der Antragstellung** als **gut vertretbar** bewertet wird.

1. Rehabilitierungsmaßnahmen

Nachfolgend werden die einzelnen Maßnahmen des Gesetzesentwurfes im Einzelnen angesprochen und bewertet:

a) Aufhebung wehrdienstgerichtlicher Urteile

Grundsätzlich erwachsen Urteile in Rechtskraft. Rechtskraft bedeutet, dass diese gerichtliche Entscheidung nicht mehr angefochten werden kann (formelle Rechtskraft). Weiterhin bedeutet Rechtskraft, dass die Parteien aber auch andere Gerichte⁶ an die Feststellung der Rechtsfolge als Ergebnis der Subsumtion des festgestellten Sachverhalts unter das Gesetz⁷ gebunden sind (materielle Rechtskraft). Die in Rede stehenden Urteile von Wehrdienstgerichten sind in ihren Feststellungen und rechtlichen Bewertungen demzufolge so nicht mehr änderbar.

Mittels des Gesetzesentwurfs sollen diese Urteile aufgehoben werden. Bei jenen Urteilen kann es sich nur um solche handeln, die **festgestellt** haben, dass ein Soldat **schuldhaft** seine **Dienstplichten verletzt** hat; es handelt sich also nicht darum, ob er den Eignung-/Leistungs- oder Befähigungsvorgaben nicht gerecht wurde.

⁶ BVerwG, NVwZ-RR 2017, 148.

⁷ Stuhlfauth in: Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll, Verwaltungsgerichtsordnung, 7. Aufl. 2018, § 121 [Rechtskraft], Rn. 13.

Wird also ein wehrdienstgerichtliches Urteil aufgehoben, werden sowohl die sachliche Feststellung, dass der Soldat eine Dienstpflicht verletzt hat, **als auch die Konsequenz hieraus** aus der Welt geschaffen.

Wenn bspw. ein Soldat infolge homosexueller Handlung gegen seine Pflicht zum achtungs- und vertrauenswürdigen Verhalten gem. § 17 Abs. 2 Satz 2 SG⁸ verstoßen hat und deshalb aus dem Dienstverhältnis entfernt wurde, bewirkt das Gesetz dann, dass weder diese Feststellung noch diese Konsequenz jemals erfolgten.

Allerdings soll die **Reichweite dieser Aufhebung begrenzt** werden. Die **Wirkung** soll gem. § 1 Abs. 4 SoldRehaHomG-Entwurf nicht über diese Aufhebung hinausgehen. Folge davon ist, dass kein Soldat, der infolge Urteils entlassen wurde, wieder in einem Wehrdienstverhältnis steht, oder auch, dass kein Soldat, der infolge Urteils nicht befördert oder degradiert wurde, jetzt befördert wird oder seinen alten Dienstgrad zurückerhält. Vielmehr hat diese Begrenzung nach § 1 Abs. 4 SoldRehaHomG-Entwurf die fiktionale Wirkung, dass sie die Kausalitätslücke, die eine Aufhebung des Urteils reißt, gleichsam wieder schließt.

Weiterhin ist die Aufhebung auf diejenigen Urteile begrenzt, die als **Sachverhalt** lediglich einvernehmliche homosexuelle Handlungen zum Gegenstand haben. Nicht erfasst sind Fälle, bei denen gegen den Willen des Partners homosexuelle Handlungen vorgenommen wurden; ebenfalls nicht erfasst sind sonstige Dienstpflichtverletzungen, mögen sie auch die Disziplinarmaßnahme mitgetragen haben.

Weiterhin werden Urteile anderer Gerichtszweige nicht aufgehoben – in Betracht kämen verwaltungsgerichtliche Urteile, da im Verwaltungsrechtsweg bspw. Entlassungen aus dem Wehrdienstverhältnis gerichtlich überprüft werden.

Vor dem Hintergrund des o.g. Bemühens um Korrektur gesellschaftlichen Fehlverhaltens ist diese Maßnahme auch in ihrer **begrenzten Wirkung vertretbar**. Hierfür ist zunächst festzuhalten, dass es nicht darum geht, Ersatz für rechtswidrigen Schaden zu leisten – die damaligen Urteile ergingen im Rahmen der geltenden Rechtsordnung. Also besteht auch **keine Pflicht**, den **Zustand herzustellen**, der bestünde, **wenn** es das **Urteil nicht gegeben** hätte. Vielmehr darf die Wirkung auf die Aufhebung des Urteils begrenzt werden. Weiterhin darf berücksichtigt werden, dass sich eine weiterreichende Wirkung der Aufhebung dieser Urteile spürbar auf den laufenden Haushalt Einfluss nehmen würde. Denn gemäß Art. 87a Abs. 1 Satz 2 GG sind die Grundzüge der Organisation der Streitkräfte im Haushalt festzuhalten – dieser müsste in jetzt noch nicht absehbarem Umfang angepasst werden.

Ebenfalls vertretbar ist die Aufhebung **nur** solcher **Urteile**, soweit sie die den Sachverhalt **einvernehmlicher homosexueller Handlungen** zum Gegenstand hatten. Zwar sind nach § 18 Abs. 2 WDO mehrere Dienstpflichtverletzungen als ein Dienstvergehen zu ahnden. Durch das Gesetz würde diese Einheit des Dienstvergehens jedoch aufgebrochen; die übrigen damaligen Dienstpflichtverletzungen beanspruchen weiterhin Geltung. Dies ist **gut vertretbar**; es wäre vielmehr anders unbillig, gleichsam „im Fahrwasser“ geänderter gesellschaftlicher Vorstellungen die sexuelle Orientierung betreffend, sonstiges Fehlverhalten aus der Welt zu schaffen. Dies wäre eine **Überkompensation**, die infolge ihrer Ungleichbehandlung **verfassungsrechtlich nicht mehr legitimiert** wäre.

Letztlich ist auch eine **Begrenzung auf Urteile der Wehrdienstgerichte** vertretbar. Denn mit der Feststellung in § 1 Abs. 2 Nr. 1 SoldRehaHomG-Entwurf, wonach Entlassungen (durch Verwaltungsakt) als nicht unerhebliche Benachteiligung anzusehen sind, brauch ein **verwaltungsgerichtliches Urteil** nicht mehr aufgehoben zu

⁸ Rechtslage bis zum 3.7.2000; heute ist die sog. außerdienstliche Wohlverhaltenspflicht in Satz 3 von § 17 Abs. 2 SG mit identischer Verhaltensforderung zur damaligen Rechtslage normiert.

werden. Denn ein solches Urteil ist **lediglich die Bestätigung der Entlassungsverfügung** – wird jedoch die Verfügung durch Gesetz als Unrecht deklariert, sind es auch dessen Folgen.

b) Feststellung des Unrechts

Mit § 1 Abs. 2 SoldRehaHomG-Entwurf soll die Feststellung getroffen werden, dass nicht unerhebliche, damalige Benachteiligungen Unrecht waren. Diese Feststellung ist **notwendige Bedingung**, um eine nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 SoldRehaHomG-Entwurf gewünschte **Entschädigungsleistung** i.H.v. 3.000,- Euro zu erhalten.

Es wird weiterhin in dem Entwurf **definiert**, welche **Benachteiligungen** als „**nicht unerheblich**“ anzusehen sind: namentlich handelt es sich um Entlassungen oder Verwendungsentscheidungen als Verwaltungshandeln, d.h. außerhalb von gerichtlichen Verfahren. Es handelt sich dabei sämtlich um Maßnahmen innerhalb des Wehrdienstverhältnisses; Verwaltungshandeln, welches schon den Zugang zum Wehrdienstverhältnis verschlossen hat, ist nicht erfasst. Weiterhin ist die **Aufzählung** nach dem Gesetzesentwurf **abschließend**, d.h. darüber hinausgehende Vorstellungen, was sonst noch als „nicht unerheblich“ zu bewerten ist, werden ausgeschlossen.

Betreffend denkbarer Benachteiligungen innerhalb des Wehrdienstverhältnisses ist diese **Aufzählung** als **vertretbar** anzusehen. Denn auch wenn eine über diese Aufzählung hinausgehende Berücksichtigung sonstiger nicht unerheblicher Benachteiligungen nicht möglich ist, enthält § 1 Abs. 2 Nr. 5 eine hinreichende Formulierung, auch jetzt nicht gesehene Benachteiligungen mit einzubeziehen, sofern sie nur in ihrer Intensität mit den übrigen vergleichbar ist. Damit wird im Ergebnis doch erreicht, dass Benachteiligungen, die im Gesetzgebungsverfahren übersehen wurden, Berücksichtigung erfahren können.

In Bezug auf eine **Benachteiligung außerhalb des Wehrdienstverhältnisses** erscheint die Regelung ebenfalls vertretbar, wonach dieser **Personenkreis nicht erfasst** wird.

Zunächst ist festzuhalten, dass nach ständiger Rechtsprechung die Entscheidung über die **Heranziehung zum Wehrdienst** alleine dem **öffentlichen Interesse** an einer optimalen Deckung des Personalbedarfs der Streitkräfte dient und nicht zugleich auch den privaten Interessen der Betroffenen.⁹

Zwar werden von diesem Grundsatz **Ausnahmen** gemacht, wenn die Zurückstellung ihre Grundlage in dem persönlichen Verhalten des Betroffenen hat.¹⁰ So liegt der Fall auch hier, wenn eine Zurückstellung vom Wehrdienst alleine in Hinblick auf die sexuelle Orientierung getroffen worden ist. Allerdings stellen sich dem Verfasser – ohne nähere Unterlagen – Bedenken in Hinblick auf einen etwaigen Missbrauch ein, wenn die Geltendmachung nur die geringe Hürde einer Glaubhaftmachung übersteigen muss.

Denn alle Maßnahmen innerhalb des Wehrdienstverhältnisses sind im Rahmen einer Glaubhaftmachung hinreichend nachvollziehbar – es liegen hinreichend Dokumentationen vor, die eine systematische Benachteiligung annehmen lassen. Demgegenüber kann der Ausschluss von dem Zugang zum Wehrdienstverhältnis jedoch – insbesondere wenn dieser Ausschluss in Form einer ärztliche Ermessensentscheidung erging –

⁹ BVerwG, Urteile vom 22.2.1985 - 8 C 25.84 - Buchholz 448.0 § 21 WPflG Nr. 36 S. 12 (14 f.) m.w.N., vom 26.2.1993 - 8 C 20.92 - BVerwGE 92, 153 (157), vom 22.2.2003 - 6 C 18.02 - Buchholz 448.0 § 48 WPflG Nr. 3 S. 2 f., vom 17.9.2003 - 6 C 4.03 - Buchholz 448.0 § 48 WPflG Nr. 4 S. 8 und vom 28.10.2015 - 2 C 23.14 - Buchholz 449 § 59 SG Nr. 1 Rn. 12 ff., 19.

¹⁰ BVerwG, Urteil vom 3.2.2021 – 2 C 29/20 – Rn. 13 f.

von Seiten des Dienstherrn dann nicht nachvollzogen werden, wenn hier keinerlei Dokumentation die Annahme stützt, dass systematisch benachteiligt wurde. Dann wäre jedoch eine **Missbrauchsgefahr** unberechtigter Kompensationsleistungen ungleich höher, als gegenüber den Maßnahmen, die innerhalb des Wehrdienstverhältnisses ergriffen wurden. Diesbezüglich liegt dem Verfasser jedoch für eine abschließende Stellungnahme nicht ausreichend Material vor.

c) Erlaubnis, den Dienstgrad zu führen

Nach § 2 Abs. 3 SoldRehaHomG-Entwurf erhält ein Betroffener auf Antrag die Erlaubnis, wieder den Dienstgrad zu führen, den er als Folge eines Urteils oder Benachteiligung im Sinne des Gesetzesentwurfs verloren hat. Dieses Recht steht allerdings nur dem Betroffenen zu seinen Lebzeiten zu; seinen Erben steht ein solches Antragsrecht nicht zu (vgl. § 2 Abs. 4 Satz 2 des Entwurfs). Die – ohnehin nur – symbolische Wirkung, auf den früheren Dienstgrad hinweisen zu können, ist damit auf den Personenkreis begrenzt, der nach Inkrafttreten des Gesetzes als Betroffener zu Lebzeiten einen entsprechenden Antrag stellt. Dies kann im Einzelfall dazu führen, dass bspw. der Witwer eines Betroffenen mangels Antragsbefugnis auch später keine Traueranzeige „in memoriam“ unter Nennung des Dienstgrades aufgeben dürfte. Inwieweit dies vor dem Hintergrund des Symbolgehaltes des gesamten Gesetzes noch zweckmäßig ist, entzieht sich einem Rechtsgutachten; die Maßnahme begegnet **zumindest keinen durchgreifenden Bedenken** aus Sicht des postmortalen Persönlichkeitsschutzes.

d) Entschädigung

Nach § 3 Abs. 2 SoldRehaHomG-Entwurf ist für jedes Urteil eines Wehrdienstgerichtes eine Entschädigungsleistung i.H.v. 3.000,- Euro zu zahlen. Weiterhin ist bezüglich aller erlittenen nicht unerheblichen Benachteiligungen eine einmalige Leistung i.H.v. ebenfalls 3.000,- Euro forderbar.

Damit handelt es sich um **pauschalisierte Zahlungsansprüche**; es wird nicht in jedem Einzelfall geprüft, ob das erlittene Unrecht – in Zahlen ausgedrückt – eine vielleicht höhere oder niedrigere Entschädigungssumme gerechtfertigt hätte.

Der Höhe nach wurde sich **augenscheinlich an dem StrRehaHomG orientiert** – jenes Gesetz sieht für jedes Strafurteil eine Entschädigungssumme in identischer Höhe vor; daneben werden noch Jahre der Freiheitsstrafe entschädigt (1.500,- Euro/Jahr), außerdem – jedoch nur in den Fällen, in denen es nicht zu einer Verurteilung kam – die Tatsache eines Ermittlungsverfahrens (500,- Euro), vorläufige Freiheitsentziehungen (1.500,- Euro) sowie sonstige Benachteiligungen infolge des Strafverfahrens (Einmalzahlung von 1.500,- Euro).

Die **Höhe** der Kompensationszahlung ist letztlich Ausdruck gewandelter gesellschaftlicher Vorstellung.

Die **Pauschalisierung** des erlittenen Unrechts ist **vertretbar**. Wieder ist zu berücksichtigen, dass vorliegend mangels Rechtswidrigkeit¹¹ **kein Schadenersatz** zu leisten ist. Es ist **keine vollständigen Wiederherstellung** des Zustandes zu leisten ist, der eingetreten wäre, wenn es die Urteile nicht gegeben hätte. Bei der Bemessung eines Pauschsatzes dürfen vielmehr folgende Überlegungen Platz greifen:

¹¹ soweit die Benachteiligung mit der Pflichtverletzung begründet wurde

- Eine **Pauschale** stellt sich als **Spiegelbild zur Glaubhaftmachung** dar: von dem Antragsteller wird nicht mehr als die Behauptung verlangt, benachteiligt worden zu sein – er muss die behauptete Benachteiligung nicht beweisen und sich einem formalisierten Überprüfungsverfahren (mit ungewissem Ausgang) stellen. Spiegelbildlich hierzu wird eine Pauschale zuerkannt, ohne dass der Dienstherr zur Einzelfallbewertung und –beifferung verpflichtet wird;
- Eine **Pauschale** deckt **alle Fälle** ab. Einerseits die Fälle, bei denen Betroffene in ihrem Erwerbsleben größeren Wohlstand erzielt hätten, hätte es die Benachteiligung nicht gegeben. Andererseits sind aber auch die Fälle erfasst, bei denen Betroffene durch die Pauschale mehr erhalten, als sie durch einen ungehinderten Fortgang des Wehrdienstverhältnisses erlangt hätten. Zwar handelt es sich dabei um eine Ungleichbehandlung. Die verfassungsrechtliche Forderung des Art. 3 Abs. 1 GG geht jedoch nur soweit, wesentlich Gleiches gleich, und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln.¹² Im vorliegenden Fall ist Anknüpfungspunkt die sexuelle Orientierung und Identität – hierin liegt **wesentliche Gleichheit**, die dann auch die gleiche Folge nach sich ziehen darf.
- Die Pauschale soll nicht pfänd- oder sonst übertragbar sein (s. § 3 Abs. 5 SoldRehaHomG-Entwurf). Ein **Pfändungsschutz** ist immer auch eine Gläubigerbenachteiligung. Diese ist jedoch immer **weniger gerechtfertigt, je mehr der Charakter** einer **Entschädigung** im Umfang einem **Schadenersatz** entspricht.
- Genauso wie die zeitliche Ausschlussfrist nach § 3 Abs. 3 SoldRehaHomG-Entwurf dient eine Pauschale dem **Rechtsfrieden**. Die geänderte gesellschaftliche Vorstellung zum Umgang mit sexueller Orientierung oder Identität findet Ausdruck in der Solidarität mit den betroffenen Personen. Deren berechtigtes Empfinden, Unrecht erlitten zu haben, soll kompensiert werden. Dieses Kompensationsbemühen ist aber auch damit in Ausgleich zu bringen, dass die **heute** die Kompensationsleistung tragende **Gesellschaft nicht** zwingend **diejenige** ist, **die** das **Unrecht gesetzt** hat. Insofern darf eine Pauschale in ihrer Höhe einen eher symbolischen Charakter zum Ausdruck bringen.
- Das Angebot einer Pauschale enthält das Anerkenntnis vergangenen Unrechts. Im vorliegenden Fall ist diese Bewertung jedoch Ergebnis besseren Wissens *post mortem*. Denn zu dem damaligen Zeitpunkt herrschte in der Bevölkerung allgemein und, als dessen Spiegelbild, innerhalb der Wehrpflichtarmee im Besonderen ein gesellschaftliches Vorstellungsbild, das der Dienstherr zu berücksichtigen hatte (er müsste dies auch heute gleichermaßen). Die Tatsache, dass er mit seiner Einschätzung richtig lag, wurde ihm durch die Wehrdienst- und Verwaltungsgerichte bestätigt. Mit der jetzigen Feststellung von Unrecht ersetzt der Gesetzgeber heute eine damalige gesamtgesellschaftliche Vorstellung. Und anders als im Strafrecht (wo zu Zeiten der Strafbarkeit schon fraglich war, welches Rechtsgut überhaupt geschützt werden sollte) ist die dienstrechtliche Rehabilitierung das Eingeständnis eines Fehlverhaltens des Dienstherrn mit nur begrenzt korrespondierender Vorwerfbarkeit. Dieses **nur eingeschränkt vorwerfbare Fehlverhalten** darf in der Höhe der Pauschale **Ausdruck** finden. An dieser Stelle darf auch berücksichtigt werden, dass die Prüfung der Anträge mit vergleichsweise hohem Verwaltungsaufwand verbunden ist – dies dürfte bei Schadenersatz keine Beachtung finden, darf es aus den o.g. Gründen aber hier.

¹² Vgl. statt vieler Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, Art. 3 Rn. 10 f. m.w.N.

Weiterhin muss berücksichtigt werden, dass bei **Verwendungsentscheidungen** kein Soldat mit Erfolg geltend machen kann, er hätte bei ungehindertem Fortgang seiner Geschichte eine Karriere bis in den Spitzendienstgrad seiner **Laufbahn** gemacht. Eine solche Annahme ist deshalb lebensfremd, weil die Laufbahn von Soldaten **keine lineare Fortschreibung** eines einmal eingeschlagenen Weges ist. Vielmehr handelt es sich bei einer militärischen **Karriere** um eine **Vielzahl an Variablen**, die infolge dessen das Ergebnis nicht sicher vorhersehbar werden lassen. Wie bereits ausgeführt, dürfen Soldaten nur nach der Bestenauslese gefördert und befördert werden. Es kann also nicht mit Erfolg behauptet werden, dass ein Unteroffizier in jedem Fall Oberstabsfeldwebel geworden wäre, hätte man ihn nur nicht wegen seiner homosexuellen Orientierung benachteiligt. Anders ausgedrückt: eine nicht unerhebliche Benachteiligung ist nicht adäquat ursächlich, um eine Entschädigungsleistung zu rechtfertigen, die sich an einer denkbaren Karriere bemisst.

Darüber hinaus zeigt ein **Vergleich** mit dem **StrRehaHomG**, dass der SoldRehaHomG-Entwurf in der **Summe höher** ausfällt. Allerdings dürfen aus den eingangs erwähnten Feststellungen hier keine Parallelen gezogen werden. Erstens sind Überlegungen für erlittene Maßnahmen der Freiheitsentziehung für die dienstrechtliche Kompensation mangels Bezugspunkt ohne Relevanz.¹³ Zweitens handelt es sich bei der dienstrechtlichen Kompensation gerade nicht um eine strafrechtliche – es ist deshalb weniger danach zu fragen, wie eine Sanktion zu beziffern ist; vielmehr muss gefragt werden, ob der Einschnitt in die Berufsausübungsfreiheit in der Vorstellung gewandelter gesellschaftlicher Überzeugung hinreichend finanziell kompensiert wird. Ob im Ergebnis dieser Überlegung ein identischer Zahlbetrag für alle Fälle festgelegt wird, oder (mit dem Arbeitsrecht vergleichbar) eine Staffelung nach Jahren der Zugehörigkeit zum Dienst, wäre gleichermaßen vertretbar. Der sehr weite gesetzgeberische Spielraum lässt eine Anlehnung an die Zahlen des StrRehaHomG jedoch **nicht unverhältnismäßig** erscheinen.

Soweit der Entwurf in § 3 Abs. 5 SoldRehaHomG-Entwurf vorsieht, dass der Anspruch auf Entschädigung **nicht pfändbar, nicht übertragbar und nicht vererbbar** ist, begegnet dies ebenfalls **keinen Bedenken**. Der Pfändungsschutz sichert dem Betroffenen die tatsächliche Gewährleistung des Geldbetrages. Gleichermäßen sichert die Unübertragbarkeit, dass der Betroffene nicht nur tatsächlich, sondern auch selbst in den Genuss der Entschädigung kommt. Soweit der Anspruch nicht vererbt werden kann, ist dies dem deutschen Recht nicht fremd¹⁴ und damit auch der Wille, die hier in Rede stehende Kompensation ausschließlich und exklusiv dem Betroffenen zukommen zu lassen, legitim.

¹³ An dieser Stelle braucht nicht näher auf die freiheitsentziehende Disziplinarmaßnahme eines Arrests eingegangen zu werden. Denn dieser bleibt in seiner freiheitsentziehenden Wirkung deutlich hinter einer U-Haft oder gar Freiheitsstrafe zurück, denn der Soldat nimmt vollständig am Tagesdienst teil. Eher stellt sich der Arrest als Verschärfung der dem Soldaten – ohnehin nach § 18 SG grundsätzlich obliegenden – Pflicht zum Wohnen in der Gemeinschaftsunterkunft dar, in dem Zeitraum nach Dienst bis Dienstbeginn zum Aufenthalt in einem verschlossenen Raum gezwungen zu sein. Dabei beträgt ein Arrest mindestens drei Tage, maximal drei Wochen (vgl. § 26 Satz 2 WDO). Vor diesem Hintergrund ist es sachgerechter, diese freiheitsentziehende Maßnahme als unerhebliche Benachteiligung i.S.v. § 1 Abs. 2 Nr. 5 SoldRehaHomG-Entwurf zu werten.

¹⁴ Vgl. im Sachenrecht die beschränkte persönliche Dienstbarkeit und deren Unübertragbarkeit gem. § 1092 Abs. 1 Satz 1 BGB.