

IFHV, City-Campus am Bochumer Fenster
RUHR-UNIVERSITÄT BOCHUM | 44780 Bochum |
Germany

**INSTITUT FÜR
FRIEDENSSICHERUNGS-RECHT
UND HUMANITÄRES**
Geschäftsführender Direktor

JURISTISCHE FAKULTÄT
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und
Völkerrecht, insbes.
Friedenssicherungsrecht und
Humanitäres Völkerrecht

**Prof. Dr. Pierre Thielbörger, M.P.P.
(Harvard)**

Telefon +49 234 32-27934

Telefax +49 234 32-14208

pierre.thielboerger@rub.de

www.rub.de/ifhv

25. April 2021

<p>Deutscher Bundestag Verteidigungsausschuss</p> <p>Ausschussdrucksache 19(12)1038</p> <p>26.04.2021 - 19/3937</p> <p>5410</p>
--

Stellungnahme von Prof. Dr. Pierre Thielbörger zum Entwurf eines Gesetzes zur Rehabilitierung der wegen einvernehmlicher homosexueller Handlungen, wegen ihrer homosexuellen Orientierung oder wegen ihrer geschlechtlichen Identität dienstrechtlich benachteiligten Soldatinnen und Soldaten (SoldRehaHomG)

Der vorgelegte Entwurf (Drucksache 19/26835) des Bundesministeriums der Verteidigung ist insgesamt sehr begrüßenswert. Er stellt eine deutliche Verbesserung zum Referentenentwurf vom 02.10.2020 (RefE SoldRehaHomG) dar. Insofern sind die hier vorgetragenen Punkte als Kritik an einer insgesamt erfreulichen Gesetzesinitiative zu verstehen.

1) Einführung

2016 hat das Gutachten von Prof. Dr. Martin Burgi und Akademischem Rat Daniel Wolff im Auftrag der Anti-Diskriminierungsstelle des Bundes den entscheidenden Impuls zur Rehabilitierung der nach 1945 in beiden deutschen Staaten wegen einvernehmlicher gleichgeschlechtlicher Handlungen Verurteilten gesetzt (siehe M. Burgi und D. Wolff, *Rechtsgutachten zur Frage der Rehabilitierung der nach § 175 StGB verurteilten homosexuellen Männer: Auftrag, Optionen und verfassungsrechtlicher Rahmen*, Nomos 2016). Darin kamen die Autoren zum Ergebnis, dass es einen verfassungsrechtlichen Auftrag für die Rehabilitierung der nach § 175 StGB verurteilten Männern gebe, die aus der grundrechtlichen Schutzpflicht und dem Rechts- und Sozialstaatsprinzip abgeleitet werden können. Insbesondere stünden diesem staatlichen Rehabilitierungsauftrag weder die verfassungsrechtlichen Prinzipien von Rechtssicherheit und Gewaltenteilung noch der allgemeine Gleichheitssatz entgegen. Die Autoren des Gutachtens resümieren, dass durch die Strafurteile ein fortbestehender Strafmakel auf der Grundlage einer mit höherrangigem Recht unvereinbaren Vorschrift bestünde und der Gesetzgeber insofern gehalten sei, seine Untätigkeit neu zu bewerten (näher dazu P. Thielbörger, *Jetzt wird es ernst: Zur Rehabilitierung und Entschädigung von nach § 175 StGB verurteilten Männern*, Verfassungsblog, 25.07.2016). 2017 wurde schließlich das Gesetz zur strafrechtlichen Rehabilitierung der nach dem 8. Mai 1945 wegen einvernehmlicher homosexueller Handlungen verurteilten Personen (StrRehaHomG) eingeführt.

Der im folgenden betrachtete Gesetzentwurf, der jahrelange Forderungen nach einer Rehabilitierung und Entschädigung der aufgrund ihrer Homosexualität oder anderweitigen sexuellen Identität Entlassenen, wehrdienstgerichtlich Verurteilten oder anderweitig diskriminierten Soldat*innen betrifft, ist ein wichtiger Schritt in der Aufarbeitung und Wiedergutmachung schwerwiegender Benachteiligungen.

2) Reichweite der erfassten Diskriminierungen

Es ist begrüßenswert, dass der Gesetzentwurf nicht nur die Rehabilitierung und Entschädigung von Soldat*innen, die von einem Wehrdienstgericht wegen eines Dienstvergehens verurteilt worden sind, in den Blick nimmt (§ 1 Absatz 1 SoldRehaHomG). Stattdessen ist er auch mit anderen, nicht nur unerheblichen dienstrechtlichen Benachteiligungen auf Grund von einvernehmlichen homosexuellen Handlungen oder auf Grund der sexuellen Identität befasst (§ 1 Absatz 2 SoldRehaHomG). Denn freilich gingen die von Soldat*innen erfahrenen Benachteiligungen weit über die diejenigen hinaus, die gerichtlich verhängt wurden. Ebenso erfreulich ist es, dass auch ehemalige Soldat*innen der Nationalen Volksarmee in den Kreis der Berechtigten aufgenommen wurden (§ 1

Absatz 3 SoldRehaHomG). Zwar unterschied sich die Gesetzeslage in der Deutschen Demokratischen Republik (DDR) erheblich zu derjenigen der Bundesrepublik, aber das hier grundsätzlich in Rede stehende Problem bestand auf beiden Seiten der innerdeutschen Grenze. Denn trotz der formalen Abschaffung des § 175 in der DDR im Jahr 1968, lassen sich in den Reihen der NVA ähnliche Benachteiligungen aufgrund der Homosexualität oder sexuellen Identität von Armeeangehörigen finden (K. Storkmann, *Homosexuelle in DDR-Volksarmee und Staatssicherheit*, Bundeszentrale für politische Bildung, 31.08.2020).

3) **Anspruchsberechtigte Personen**

Nach § 2 Absatz 1 SoldRehaHomG stellt das Bundesministerium der Verteidigung auf Antrag fest, ob ein Urteil nach § 1 Absatz 1 SoldRehaHomG aufgehoben worden ist oder eine andere nicht unerhebliche dienstrechtliche Benachteiligung nach § 1 Absatz 2 SoldRehaHomG vorliegt. Über die Feststellungen wird eine Rehabilitierungsbescheinigung erteilt. Bezüglich dieses Rehabilitierungsanspruches sind nach § 2 Absatz 4 SoldRehaHomG neben der betroffenen Person nach dessen Tod auch die nächsten Angehörigen antragsberechtigt. Dazu zählen *„die Ehegattin oder der Ehegatte [gem. § 21 Lebenspartnerschaftsgesetz entsprechend für Lebenspartner und Lebenspartnerin, s. Begründung], die oder der Verlobte, die Eltern, die Kinder und die Geschwister“*.

Es wäre begrüßenswert auch folgende Personengruppe aufzunehmen: *„Kinder des*der Ehegatte*in oder des*der Lebenspartner*in“*. Denn da die gemeinsame Adoption für gleichgeschlechtliche Paare in Deutschland erst mit dem Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20. Juli im Jahr 2017 (BGBl. I S. 2787) rechtlich möglich wurde, sind Fälle denkbar, in denen ein*e homosexuelle*r Angehörige*r der Bundeswehr die Kinder des*der Partner*in nicht formell adoptieren konnte, bevor der*die Soldat*in verstorben ist oder aus anderem Grunde nach der Volljährigkeit die Adoption nicht vorangetrieben hat. Bei Benachteiligung des nicht-leiblichen Elternteils oder des homosexuellen Lebensgefährten oder der homosexuellen Lebensgefährtin des leiblichen Elternteils sollte, im Falle dessen Todes, auch das Kind anspruchsberechtigt sein, das nicht „formal“ leibliches oder adoptiertes Kind ist. Nicht zuletzt die laufenden Rechtssachen zur Benachteiligung von Kindern gleichgeschlechtlicher Eltern vor dem EUGH (*Stolichna obshtina, Rayon „Pancharevo“ C-490/20*) und vor dem BVerfG (durch Beschluss Az. 21 UF 146/20 des Oberlandesgerichts Celle vorgelegt) machen die Aktualität und vor allem lückenhafte und unzureichende Regelung dieser Thematik deutlich, sodass dem durch eine entsprechende Änderung der Anspruchsberechtigten in diesem Referentenentwurf Rechnung getragen werden sollte.

Auch die Wiedererlangung der Dienstbezeichnung posthum durch die nahen Verwandten sollte ermöglicht werden, um die Dienstbezeichnung beispielsweise bei Angaben über die verstorbenen Partner*innen / Eltern / Kinder/ Geschwister angeben zu können, sowie für Ehrungen des*der Verstorbenen, beispielsweise auf dem Grabstein. Insofern sollte § 2 Absatz 4 Satz 2 SoldRehaHomG angepasst werden.

Zuletzt hielte ich es für sinnvoll, wenn auch in Bezug auf die Entschädigung nach § 3 SoldRehaHomG die nahen Angehörigen im Falle des Todes des*der benachteiligten Soldat*in anspruchsberechtigt würden. § 3 SoldRehaHomG, insbesondere Absatz 5 Satz 1, sollte entsprechend angepasst werden. Dafür spricht, dass die auf Grund ihrer sexuellen Identität dienstrechtlich benachteiligten Soldat*innen massiven Einschränkungen in ihrer Berufslaufbahn ausgesetzt waren. Durch Entlassungen, Nichternennung zum*zur Berufssoldat*in oder Versperrung von Aufstiegsmöglichkeiten sind Berufswege dramatisch abgeschnitten und Verdienstmöglichkeiten beschränkt worden. Solche auch finanziellen Benachteiligungen treffen nicht nur den oder die Soldat*in selbst, sondern immer auch die nächsten Angehörigen. Daher sollten diese im Todesfall des*der Soldat*in die Entschädigung beantragen können.

Hinsichtlich dieser Mitbeeinträchtigung enger Angehöriger und insbesondere aufgrund der mehrfach in der Begründung betonten Symbolik des Gesetzes als „Zeichen gesellschaftlicher Solidarität“ ist die Ausgestaltung des Anspruchs auf Entschädigung in § 3 SoldRehaHomG als höchstpersönlicher Anspruch abzulehnen. Auch die höchstrichterlich entwickelte Rechtsprechung zur Unvererblichkeit von Entschädigungsansprüchen aus Persönlichkeitsrechtsverletzungen (z.B. BGH, Urteil vom 29.04.2014, Az. VI ZR 246/12) steht dem nicht nur aufgrund der Andersartigkeit des geltend gemachten Ersatzanspruches nicht entgegen, sondern auch weil sich die Funktion des Entschädigungsanspruches - anders als bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen - nicht nur auf die Entschuldigungs- und Genugtuungsfunktion gegenüber den betroffenen Individuen beschränkt, sondern insbesondere auch eine gesamtgesellschaftliche, symbolische Aufarbeitungs- und Rehabilitierungsfunktion für das von der LGBTTIQ*-Gemeinschaft erlebte Unrecht innehat, auf deren verfassungsrechtliche Gebotenheit bereits einleitend eingegangen wurde. Mindestens sollte die Vererbbarkeit jedenfalls in den (wegen der anvisierten Verfahrensschnelle freilich nur vereinzelt) Fällen möglich sein, in denen der Antragssteller zwischen Stellung des Antrags und dessen Bewilligung verstirbt.

4) Entschädigungen

Anzumerken bleibt, dass die anvisierte Entschädigung eher niedrig ausfällt und tatsächlich erlittene Schäden nicht annähernd ausgleicht. Es geht zwar ausdrücklich nicht um Schadenersatz, sondern um eine symbolische Entschädigung, aber diese muss trotzdem angemessen sein und in einem realistischen Verhältnis zu den erfahrenen Nachteilen und der durchlebten Diskriminierung stehen. Dies ist insbesondere wichtig, da die Begründung des Gesetzentwurfs explizit auf 2 Absatz 1 i.V.m. Artikel 1 Absatz 1 des GG und Artikel 8 der EMRK hinweist und daraus folgert, dass „[d]as Anknüpfen benachteiligender Maßnahmen an die Betätigung der homosexuellen Orientierung (...) daher als in besonderem Maße grund- und menschenrechtswidrig anzusehen [ist].“ Die reguläre menschenrechtliche Rechtsprechung zur Wiedergutmachung von diskriminierenden Maßnahmen folgt dem Standard, dass eine Wiedergutmachung Personen in die Lage versetzen soll, in der sie ohne die diskriminierende Maßnahme wären (sogenannte *restitutio in integrum*, siehe hierzu: A. Buyse, *Lost and Regained? Restitution as a Remedy for Human Rights Violations in the Context of International Law*, ZaöRV 68 (2008), 129-153). Obgleich dies nicht das Ziel des SolRehaHomG ist, ist es gleichwohl angezeigt, sich nicht zu weit von diesem etablierten Standard zu entfernen, da die hinter der menschenrechtlichen Rechtsprechung liegenden Erwägungen zu einer fairen Wiedergutmachung auch hier in die Überlegung mit einbezogen werden sollten.

Insofern sollte über eine Erhöhung der Sätze nachgedacht werden. Entlassungen aus dem Dienst oder Degradierungen haben LGBTTIQ*-Personen nicht nur entwürdigt, sondern oft ihre beruflichen Biografien stark geschädigt oder gar zerstört. Dies wirkt sich bis heute finanziell negativ für die Betroffenen aus, beispielsweise durch niedrigere Renten. Diese Schäden berücksichtigt der Gesetzentwurf nicht: § 1 Abs. 5 StrRehaHomG regelt, dass die Aufhebung der Strafurteile keine Rechtswirkungen außerhalb des Gesetzes entfaltet, was auch das Wiederaufleben eines beendeten Dienstverhältnisses miteinschließt. Dies entspricht auch der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte in ähnlich gelagerten Fällen: auch wenn Entlassungen aus dem Militär wegen sexueller Identität Art. 8 EMRK (Recht auf den Schutz des Privatlebens) verletzen, sprachen die Straßburger Richter*innen in solchen Fällen keinen Wiedereinstellungsanspruch der Kläger aus, sondern nur eine finanzielle Wiedergutmachung (siehe z.B. EGMR, 27.9.1999, *Smith and Grady v United Kingdom*; EGMR, 22.10.2002, *Perkins and R v UK*; EGMR, 22.10.2002, *Beck, Copp, and Bazeley v UK*). Auch wenn sich der vorliegende Gesetzesentwurf im Unterschied zu diesen Urteilen nicht auf tatsächlich erlittene Schäden bezieht, machet die Höhe der durch den EGMR verfüigten

Wiedergutmachungen für immateriellen Schäden von etwa 30.000 Euro deutlich, dass 3.000 Euro keinesfalls eine angemessene Entschädigung darstellen.¹

5) Mischurteile und Grundsatz der Einheitlichkeit des Dienstvergehens

Problematisch war die Entscheidung des Gesetzentwurfs vom Oktober letzten Jahres, Urteile kategorisch nicht aufzuheben, wenn mit dem Urteil noch weitere, mit der homosexuellen Handlung oder sexuellen Orientierung oder Identität (vermeintlich) *nicht* in Verbindung stehende Dienstpflichtverletzungen abgeurteilt wurden. Bei diesen „Mischurteilen“ sei, so wohl die damalige Annahme des Ministeriums, anders als im Strafrecht (siehe z.B. § 2 Abs. 1 StrRehaHomG)² wegen des Grundsatzes der Einheitlichkeit des Dienstvergehens eine Teilaufhebung nicht möglich, so dass die Urteile im Ganzen Bestand behalten müssten.

Der Wortlaut des nun vorgelegten Gesetzesentwurfes ist deutlich verbessert, denn § 1 Abs. 1 SoldRehaHomG sieht vor, dass „[v]or dem 3. Juli 2000 ergangene wehrdienstgerichtliche Urteile (..) *insoweit* aufgehoben [werden], als sie einvernehmliche homosexuelle Handlungen zum Gegenstand haben.“ (kursive Hervorhebung durch den Autor). Dies ist implizit als Anordnung der Durchbrechung des Grundsatzes der Einheitlichkeit des Dienstvergehens zu verstehen. Im Sinne der Rechtssicherheit wäre eine deutlichere Formulierung zur Klarstellung hier wünschenswert, dass sich der Gesetzentwurf nunmehr auch auf Mischurteile bezieht.

Eine pauschale Nichtdurchbrechung des Grundsatzes der Einheitlichkeit des Dienstvergehens an dieser Stelle, wie noch im Entwurf vom Oktober letzten Jahres vorgesehen, hätte erhebliche Härten im Einzelfall bedeuten können. Verurteilungen und Benachteiligungen waren in eine Atmosphäre der Ablehnung und Schikanie von homosexuellen Menschen und Handlungen in der Bundeswehr eingebettet (siehe etwa: Klaus Storkmann, Tabu und Toleranz, Der Umgang der Bundeswehr mit Homosexualität von 1955 bis zur Jahrtausendwende, 2020). In einem solchen Umfeld ist es lebensnah anzunehmen, dass die abgeurteilten Dienstverletzungen, die mit der homosexuellen Handlung nicht unmittelbar in Verbindung stehen, nur deswegen beobachtet, dokumentiert und sanktioniert wurden, weil die betreffende Person durch homosexuelle Handlungen oder ihre sexuelle Orientierung aufgefallen ist. Es ist auch nicht fernliegend, dass geringe Dienstverletzungen von

¹ Siehe hierzu die vom EGMR angeordneten Entschädigungszahlungen in: ECHR, *Smith and Grady v UK (Just Satisfaction)*, App. nos. 33985/96 and 33986/96, 25 July 2000; ECHR, *Lustig-Prean and Beckett v UK (Just Satisfaction)*, App. nos. 31417/96 and 32377/96, 25 July 2000; ECHR, *Perkins and R v UK (Merits and Just Satisfaction)*, App. nos. 43208/98 and 44875/98, 22 October 2002; ECHR, *Beck, Copp, and Bazeley v UK (Merits and Just Satisfaction)*, App. nos. 48535/99, 48536/99 and 48537/99 22 October 2002.

² § 2 Abs. 1 StrRehaHomG: „Ist ein Urteil auch aufgrund anderer als der in § 1 Absatz 1 genannten Strafvorschriften ergangen, so wird der Teil des Urteils aufgehoben, der auf den in § 1 Absatz 1 genannten Strafvorschriften beruht.“

LGBTIQ*-Soldat*innen zur Anklage gebracht wurden, über die bei heterosexuellen Soldat*innen regelmäßig hinweggesehen wurde.

Vorzugswürdig ist deswegen eine nun im Gesetzentwurf angedeutete Lösung, die Mischurteile grundsätzlich einbezieht. Jedenfalls der Teil der Mischurteile, der sich auf die Sexualität oder geschlechtliche Identität bezieht, muss auch in diesen Urteilen aufhebbar sein.

Möglich wäre es zudem, auch die in Mischurteilen abgeurteilten anderen Dienstvergehen nicht völlig aus dem Blick zu lassen. Es könnte eine Regelvermutung dahingehend eingeführt werden, dass mehrere zusammen abgeurteilte Dienstvergehen nicht miteinander in Verbindung stehen (so, dass der andere Teil des Urteils erhalten bleibt). Gleichzeitig könnte die Möglichkeit einer Ausnahme zur Aufhebung des gesamten Urteils geschaffen werden, wenn die Antragsteller nachweisen können, dass die Verfolgung des anderen Dienstvergehens doch ebenfalls auf eine Benachteiligung der betroffenen Person wegen ihrer Sexualität oder sexuellen Identität beruht oder im Vergleich ein nur sehr geringfügiges Dienstvergehen betrifft (wie etwa Zuspätkommen).

Durchbrechungen des Grundsatzes der Einheitlichkeit des Dienstvergehens, der u.a. aus § 77 I 1 BGG abzuleiten ist, sind bereits an anderer Stelle des Beamtenrechts verankert (beispielsweise in §§ 19 und 56 BDG).³ Es handelt sich also keinesfalls um einen eisernen, unumstößlichen Grundsatz. Vielmehr müssen Interessen und Belange des Einzelfalls in einer Abwägung mitberücksichtigt werden können, um eine Durchbrechung zu rechtfertigen, was der neue Gesetzentwurf nun ermöglicht.

6) Vorgesehene Ausschlussfrist zum 3. Juli 2000

Nach dem Gesetzentwurf können nur Diskriminierungen bis zum Stichtag der Aufhebung des Erlasses (BMVg P II 1 16-02-05/02) am 3. Juli 2000 einer Rehabilitierung und Entschädigung zugeführt werden. Diese scharfe Ausschlussfrist ohne jegliche Übergangsfrist erscheint völlig realitätsfern. Eine Verwaltungspraxis, die sich über mehrere Jahrzehnte etabliert hat, wird sich kaum von einem Tag auf den anderen ändern. Insofern erscheint die Frist mit Blick auf Alternative 1 der Rehabilitierung für militärgerichtliche Urteile (§ 1 Abs. 1 SoldRehaHomG) zwar sinnvoll, nicht aber für die Alternative 2 der sonstigen nicht unerheblichen Benachteiligung (§ 1 Abs. 2 SoldRehaHomG). Eine fünfjährige Übergangsfrist (Ausschlussfrist zum 3. Juli 2005) wäre mindestens angebracht. Andernfalls erweckt der Staat den Eindruck, er wolle sich auf den Standpunkt stellen, seine

³ BVerwG, Urteil vom 14.02.2007 - 1 D 12.05, <https://www.bverwg.de/140207U1D12.05.0>: „...Durch die gesetzlichen Regelungen des § 19 Abs. 2 und der §§ 53, 56 BDG wird der von der Rechtsprechung aus § 77 Abs. 1 Satz 1 BGG abgeleitete Grundsatz der Einheit des Dienstvergehens in verfahrensrechtlicher Hinsicht eingeschränkt.“

Schuldigkeit mit Aufhebung des Erlasses getan zu haben. Er schuldet aber im Gegensatz auch Verantwortung für die fortwirkenden Effekte einer Regelung, die er selbst – gemessen an heutigen Standards – grundrechtswidrig in Kraft gesetzt hatte. Gerade weil die Regelung selbst über mehrere Jahrzehnte Geltung hatte, ist davon auszugehen, dass es mindestens eine halbe Dekade gedauert hat, bis sich dieser Wandel auch in den Köpfen der Soldat*innen vollzogen hatte. Die Sorge nach einer wahrheitswidrigen Ausnutzung der Regelung nach dem 3. Juli 2000 einzelner ehemaliger Soldat*innen dürfte eher unbegründet sein. Sollte sie doch Hintergrund der strikten Ausschlussfrist sein, könnte sie durch eine höhere Beweisschwelle adressiert werden, etwa durch die Pflicht zur eidesstaatlichen Versicherung zur Bestätigung der Diskriminierung in der Zeit zwischen 3. Juli 2000 bis 3. Juli 2005.

7) **Prozesskostenhilfe bei verwaltungsgerichtlichen Verfahren**

Denkbar wäre schließlich noch die Einführung einer gehaltsunabhängigen Prozesskostenhilfe für das Bestreiten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens, soweit das Verfahren nicht evident oder mit überwiegender Wahrscheinlichkeit keine Aussicht auf Erfolg hat. Zwar haben Antragssteller*innen nach den allgemeinen Grundsätzen die Möglichkeit, Prozesskostenhilfe zu beantragen, wenn sie glaubhaft machen, die Kosten des Verfahrens nicht bewältigen zu können (§§ 166 VwGO i.V.m. § 114 ZPO). Diese Möglichkeit steht aber je nach finanzieller Lage nicht allen Antragsberechtigten zu (vgl. § 115 ZPO), sodass grundsätzlich davon auszugehen ist, dass die Antragsberechtigten die Prozesskosten im Zweifel selbst zu tragen haben. Allerdings ist im Falle der Rehabilitierung und Entschädigung zu beachten, dass der Entschädigungsanspruch (nach aktuellem Stand) nur bei max. 6.000,00 € liegt. Mögliche Prozesskosten könnten Antragssteller*innen abschrecken, die Entschädigung bei Ablehnung ihres Antrages einzuklagen.

Mit freundlichen Grüßen

Prof. Dr. Pierre Thielbörger, M.PP. (Harvard)