

Susanne Baer

Sexuelle Identität als Grundrecht?

Die Diskussion um eine Ergänzung von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG¹

Die Abgeordneten Beck u.a. und die Fraktion Bündnis 90/Die GRÜNEN, die Fraktion der SPD und die Abgeordneten Höll u.a. mit der Fraktion DIE LINKE haben in den Deutschen Bundestag den Antrag eingebracht, ein Grundrecht auf Gleichheit hinsichtlich der sexuellen Identität in das deutsche Grundgesetz einzufügen. Artikel 3 Absatz 3 Satz 1 soll um drei Worte ergänzt werden: „seiner sexuellen Identität“.² Damit würde das Grundgesetz eine Entwicklung nachholen, die landesverfassungsrechtlich in Berlin, Brandenburg und Bremen sowie Thüringen bereits eingesetzt hat: Deren Verfassungen schützen ausdrücklich vor Benachteiligungen hinsichtlich der sexuellen Identität, Thüringen hinsichtlich der sexuellen Orientierung.

Diese Stellungnahme widmet sich den rechtspolitischen Argumenten, die gegen diese Anträge vorgebracht werden: Sie behandelt kurz den tatsächlichen Regelungsbedarf (1.) und konzentriert sich auf die derzeitige Rechtslage und damit den juristischen Regelungsbedarf (2.). Da es sich um Anträge auf Änderung der Verfassung im Bereich der Grundrechte handelt, muss mit Blick auf die Bestimmtheit (3.), die Verfassungssystematik (4.), die auch internationale Verfassungspolitik (5.) und die grundlegende

Verfassungsfunktion von Grundrechten (6.) behandelt werden.

1. Tatsächlicher Regelungsbedarf

Die These, die Verfassung sei die falsche Ebene und das Problem besser durch den einfachen Gesetzgeber zu lösen, ist falsch: Sie verkennet sowohl die Probleme als auch die Funktion von Grundrechten.

Die beantragenden Abgeordneten und Fraktionen argumentieren, die beantragte Neuregelung halte „zum Abbau rechtlicher und außerrechtlicher Benachteiligungen an“. Sie verweisen auf die Geschichte der NS-Verfolgung von Homosexuellen und der Strafverfolgung schwuler Männer in der Bundesrepublik.³ Es besteht auch weithin zumindest allgemein Einigkeit, dass die Diskriminierung von Menschen aufgrund der sexuellen Identität heute tatsächlich vorkommt. Allerdings besteht keineswegs Einigkeit darüber, was genau im konkreten Fall eine Diskriminierung, also eine benachteiligende und damit Grundrechte verletzende Ungleichbehandlung ausmacht.

In aller Kürze ist daher auf folgende Sachverhalte hinzuweisen:

Menschen nicht-heterosexueller und nicht eindeutig einem Geschlecht zuordnungsfähiger Identität

1 Stellungnahme zu den Entwürfen eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 3 Absatz 3 Satz 1) – BT-Drucks. 17/88, 17/254 und 17/472 – Berlin, im April 2010

2 Derartige Anträge werden in Deutschland nicht zum ersten Mal gestellt, scheiterten aber 1994 an der erforderlichen Mehrheit

und im Jahr 2009 im Bundesrat (Antrag Berlin, Bremen, Hamburg).

3 BT-Drs. 17/88 v. 27. 11.2009, BT-DRs. 17/253 v. 15.12.2009, BT-Drs. 17/472 v. 20.1.2010.

erfahren soziale Ausgrenzung, werden belästigt, haben auf dem Markt der Wohnangebote und vieler Dienstleistungen sowie in der Gestaltung ihrer familiären Beziehungen nicht dieselben Chancen und Rechte wie Heterosexuelle, erleben Benachteiligungen im Erwerbsleben und sind Opfer von spezifisch gegen ihre sexuelle Identität gerichtete Gewalt.⁴ Ihnen droht zudem weltweit Verfolgung, weshalb sie des Schutzes der diplomatischen Vertretungen bedürfen.⁵

Im Einzelnen geben je spezifische Diskriminierungserfahrungen Anlass zu Sorge:

- Homosexuelle und Bisexuelle erfahren Ausgrenzungen, je deutlicher sie nicht in die Normalitätserwartungen einer heterosexuellen Mehrheit passen. Mit dem Lebenspartnerschaftsrecht besteht in Deutschland die Möglichkeit, eine Gemeinschaft zweier Erwachsener gleichen Geschlechts auch rechtlich zu schützen, doch ist diese Gemeinschaft gegenüber der Ehe sozial wie auch rechtlich schlechter gestellt.⁶ Familien homosexueller Eltern begegnen besonders großen Vorbehalten.
- Heterosexuelle erfahren Ausgrenzungen mit Blick auf tradierte Anforderungen an Geschlechtsrollen („kein echter Mann“, „keine echte Frau“), also mit Blick auf Geschlechtsrollenstereotype, aber weniger aufgrund ihrer sexuellen Identität. Vielmehr werden Heterosexuelle als „Normale“ sozial und rechtlich privilegiert.
- Transsexualität ist in Deutschland als Möglichkeit des sozialen und körperlichen Geschlechtswechsels geregelt. Dennoch sind transsexuelle Menschen erheblichen Benachteiligungen und Gewalterfahrungen ausgesetzt. Insbesondere sind die geltenden Maßstäbe, die eine Anerkennung von Transsexualität steuern, in problematischer Weise auf eine traditionelle heterosexuelle Identität ausgerichtet; plurale sexuelle Identitäten werden nicht anerkannt.⁷

— Die fehlende Anerkennung unterschiedlicher sexueller Identitäten trifft insbesondere Transgender-Personen, die sich auch den Verfahren nach dem Transsexuellenrecht nicht unterwerfen wollen, aber derzeit gezwungen sind, in engen Mustern tradierter Geschlechtsrollenzuweisungen zu leben.⁸

— Intersexuelle – kurz gefasst: Menschen, die geschlechtsuneindeutig geboren werden – haben erst vor wenigen Jahren den Mut finden können, ihre Erfahrungen öffentlich zu thematisieren. Sie sind u.a. im Rahmen ihrer medizinischen Versorgung und auch sozial gravierenden Demütigungen, Ausgrenzungen und Benachteiligungen ausgesetzt. Die Möglichkeit, die eigene Identität zu leben und nicht an eine traditionelle Vorstellung von einem Geschlecht angepasst zu werden, besteht bislang nicht.⁹

Es liegen also Diskriminierungen hinsichtlich der sexuellen Identität vor, die in einer Mischung aus juristischen und sozialen Regeln, Anschauungen und Wertvorstellungen, Überzeugungen und Vorurteilen ihre Ursache und ihren Ausdruck finden.

Ganz offensichtlich geht es hier um grundsätzliche Fragen der Toleranz gegenüber auf Geschlecht und Sexualität bezogenen Verhaltens- und Ausdrucksweisen, um grundsätzliche Haltungen und Orientierungen in der deutschen Gesellschaft. Deshalb wird argumentiert, das Recht könne hier nicht helfen. Vielmehr entstehe Veränderung nur durch Erziehung, Aufklärung usw. Damit wird jedoch eine wichtige Funktion der Verfassung verkannt: Sie verdeutlicht die Bedingungen, unter denen Bürgerinnen und Bürger in Deutschland zusammen leben. Gerade wenn die Menschenwürde und die gleiche Freiheit der Bürgerinnen und Bürger ganz grundsätzlich in Gefahr ist, kommt als Regelungsebene, auf der dies behandelt wird, die Verfassung in Betracht. Die Politik hat nur und gerade mit der Verfassungspolitik

4 Es liegen mehrere und auch vergleichende Studien vor. S. u.a. European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity in the EU Member States, Part II - The Social Situation*, 2009. Im Landesbericht zu Deutschland heißt es: „Studies show that homophobia among youth is particularly prevalent, and a higher suicidal tendency among LGB youth has been identified. Furthermore, a survey of 2,230 gay and lesbians showed that 44.4 per cent of respondents said they had experienced mockery and ridicule in the workplace because of their sexual orientation.“ S.a. Buba, H.P., Vaskovic, L.A.: Benachteiligung gleichgeschlechtlich orientierter Personen und Paare, Studie im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, 2001.

5 Daten zur Rechtslage finden sich bei ILGA: *State-Sponsored Homophobia – A world survey of laws prohibiting same sex activity between consenting adults* (Neufassung 2009).

6 Die rechtliche Schlechterstellung variiert nach Bundesländern. Bundesrechtlich bezieht sie sich insbesondere auf die Fremdkindadoption und soziale Rechte. Vgl. Basedow, J. u.a., *Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften*, 2000; Council of Europe (Parliamentary Assembly): *Situation of lesbi-*

ans and gays and their partners in Council of Europe member states (Doc. 8755), 06 June 2000. Vgl. aber auch BVerfG v. 10. 8. 2009 (Stiefkindadoption) und EGMR v. 22.01.2008, Rs. 43546/02, E.B./Frankreich (Adoption darf nicht durch pauschalen Verweis auf Homosexualität verweigert werden).

7 Nachweise finden sich u.a. in: Alternativbericht zum Sechsten Bericht der Bundesrepublik Deutschland zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW), mut- Menschenrecht und Transsexualität 2009 oder in Presseberichten, z.BV. Diana Aust. *Diskriminierung von Transsexuellen Ich und ich*. Süddeutsche Zeitung v. 14.01.2010.

8 Das Bundesverfassungsgericht hat eine Fixierung auf Geschlechtsrollenstereotype mit Blick auf die Rollenanforderungen an Frauen bereits 1992 als verfassungsrechtliches Problem identifiziert hat; vgl. BVerfG, Urteil vom 28.01.1992 - 1 BvR 1025/82 (Nachtarbeit).

9 K. Plett, *Intersexualität aus rechtlicher Perspektive*, 2001, http://www.zerp.uni-bremen.de/deutsch/pdf/plett_intersexualitaet.pdf.

die Möglichkeit, grundlegende Zeichen zugunsten von Menschen zu setzen, die kaum je „normale“ (Gesetzgebungs-) Mehrheiten erreichen. Deshalb ist die These, die Verfassung sei die falsche Ebene und das Problem eher durch den einfachen Gesetzgeber zu lösen, nicht überzeugend.

2. Juristischer Regelungsbedarf

Die These, Menschen seien im Hinblick auf Diskriminierungen wegen der sexuellen Identität bereits ausreichend durch die Verfassung geschützt, ist falsch; sie verkennt die Rechtslage und den Kern von Verfassungspolitik.

Ein Antrag auf ein Grundrecht – hier: das Grundrecht gegen Diskriminierung aufgrund der sexuellen Identität – ist aus juristischer Sicht abzulehnen, wenn dem Anliegen, grundlegende Ausgrenzungserfahrungen in einer Gesellschaft zu thematisieren und problematischen Mehrheitsauffassungen und –entscheidungen entgegen zu treten, bereits Genüge getan ist. Diese These ist gängig; sie war nicht zuletzt ein Grund für die ablehnende Haltung des Bundesrates zu den Anträgen der Stadtstaaten, das hier in Rede stehende Grundrecht zu normieren. Das Argument, Menschen seien jetzt schon durch die Rechtsprechung geschützt, trägt jedoch in der Sache nicht.

Erstens wird hier das Mobilisierungsproblem ignoriert¹⁰: Derzeit werden Fälle von Diskriminierung hinsichtlich der sexuellen Identität nur sehr selten vor Gericht behandelt. Diese fehlende Mobilisierung von Recht gegen Unrechtserfahrungen hat viele Ursachen und ist für Diskriminierungen typisch: Je erfolgreicher die soziale Ausgrenzung, desto weniger Inanspruchnahme von Recht. Das hängt auch damit zusammen, ob ein Gemeinwesen eine Diskriminierung ausdrücklich als Grundrechtsverletzung aner-

kennt, also bekundet, dass diese Fälle ernst zu nehmen sind. Die ablehnenden Entscheidungen von 1994 und 2009 in dieser Sache sind für die Betroffenen höchst problematische Signale („ihre Anliegen finden keine Mehrheit“¹¹); sie tragen dazu bei, dass sich Menschen im demokratischen Rechtsstaat als nicht gleichberechtigt erleben, ihre Würde und Selbstbestimmung als Bürgerinnen und Bürger beeinträchtigt ist.

Zweitens wird ignoriert, dass die Rechtsprechung insbesondere des Bundesverfassungsgerichts, aber auch des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte und des Europäischen Gerichts in Luxemburg aufgrund des Mobilisierungsproblems mit zahlreichen Benachteiligungen noch nicht konfrontiert war. Fehlende Urteile sind aber kein Zeichen für fehlende Probleme, sondern im Kontext sozialer Ausgrenzung gerade ein Indiz für anhaltende Problemlagen.

Drittens treten die wenigen vorliegenden Entscheidungen einigen Fällen der Diskriminierung hinsichtlich der sexuellen Identität entgegen, anderen aber nicht. Die Rechtsprechung ist nicht eindeutig. Teile der Benachteiligung von Lebenspartnerschaften und die Benachteiligung von Homosexuellen, die Eltern sein wollen, werden von Gerichten – und auch vom Gerichtshof in Straßburg¹² – durchaus akzeptiert.¹³ Das Argument, derzeit genüge der Schutz, beruht darauf, dass dies nicht als Diskriminierung wahrgenommen wird. Aus der Perspektive der Betroffenen handelt es sich jedoch um eine Benachteiligung, die ein Grundrecht einer erhöhten Begründungslast unterstellen würde. In den Fachgerichten zeigen sich auch heute noch Probleme, wenn es um den Respekt vor homosexuellen Lebensentwürfen geht und Betroffene berichten von erheblichen Schwierigkeiten bei

10 Dieses Problem zeigt sich empirisch in den Beschwerdestatistiken der Bundes-Antidiskriminierungsstelle, ist aber auch in der rechtssoziologischen Forschung vielfach belegt.

11 1994 gab es zwar eine Mehrheit für die Klarstellung, sie lag aber unter 2/3; BT-Drs. 12/6000, S. 54. Kommunizieren lässt sich politisch und sozial wirksam jedoch nicht.

12 Das Gericht hat mehrfach entschieden, dass kein Staat Homosexuelle pauschal benachteiligen darf, weil und soweit damit das Grundrecht auf Respekt vor dem Privatleben aus Art. 8 EMRK verletzt wird. Jedoch betont das Gericht als internationaler Spruchkörper einen Spielraum der Staaten („margin of appreciation“) insbesondere mit Blick auf Regelungen zu Ehe und Familie. Ein Land muss, so die Entscheidungen in Karner und Kozak 2010, nachweisen können, dass eine solche Ausgrenzung erforderlich („necessary“) war; Kozak v. Poland, Application No. 13102/02 (2010); Karner v. Austria, Application No. 40016/98 (24.07.2003) (Rechte zum Eintritt in einen Mietvertrag nach dem Tod des – nicht verheirateten – Partners dürfen nicht danach unterschieden werden, ob das Paar homosexuell oder heterosexuell war). Derzeit sind mindestens 16 einschlägige Verfahren in Straßburg anhängig.

13 Im Europarecht hat die Politik die Entscheidung des EuGH Rs. Grant korrigiert, in der dieser die Gleichbehandlung von homosexuellen Beschäftigten ablehnte, weil das Europarecht damals die sexuelle Identität noch nicht als Diskriminierungsgrund aner-

kannte. Dies verdeutlicht, wie wichtig die explizite Regelung ist. Ein weiteres Beispiel ist die Entscheidung des BVerfG von 2008 zum Familienzuschlag beim Gehalt im öffentlichen Dienst. Es betonte – wie das BVerwG 2006 –, dass auch im Lichte des europäischen Rechts keine Pflicht bestehe, Lebenspartner und Eheleute gleich zu behandeln. Der Gesetzgeber habe das ausdrücklich nicht gewollt; denn er hat bei den Reisekosten, den Umzugskosten, dem Trennungsgeld, dem Sonderurlaub und dem Laufbahnrecht gleichgestellt, aber eben nicht beim Familienzuschlag. Die normative Ausgestaltung der Institute sei entscheidend, nicht aber die Lebenssituation. Es hieß: „In Anknüpfung an die verfassungsrechtliche Wertung in Art. 6 Abs. 1 GG berücksichtigt § 40 Abs. 1 Nr. 1 BBesG den in der Lebenswirklichkeit anzutreffenden typischen Befund, dass in der Ehe ein Ehegatte namentlich wegen der Aufgabe der Kindererziehung und hierdurch bedingter Einschränkungen bei der eigenen Erwerbstätigkeit tatsächlich Unterhalt vom Ehegatten erhält und so ein erweiterter Alimentationsbedarf entsteht.“ Und dann: „Demgegenüber hat der Gesetzgeber bei der eingetragenen Lebenspartnerschaft in der Lebenswirklichkeit keinen typischerweise bestehenden Unterhaltsbedarf gesehen, der eine rechtliche Gleichstellung nahe legen könnte“. Das Gericht trat Diskriminierung an anderer Stelle auch entgegen (BVerfG v. 07.07.2009 – Hinterbliebenenversorgung bei Lebensgemeinschaften), folgt damit aber in erster Linie dem EuGH in der Rechtssache Maruko. Zu Art. 6 GG unten.

der Anerkennung transsexueller oder transgener-Identitäten. Das ganz überwiegende Schweigen der Kommentar- und sonstigen Fachliteratur zu diesem Thema und zur Intersexualität trägt zur Benachteiligung der Betroffenen bei: Sie scheuen den Weg zum Gericht, denn die Grundrechte meinen sie bislang ausdrücklich nicht mit.

Viertens beruhen die gerichtlichen Entscheidungen, die die These bereits ausreichenden Schutzes belegen sollen, auf deutlich leichter einschränkbareren Grundrechten als Art. 3 Abs. 3 GG.¹⁴ Sie vermitteln Schutz, aber in geringerem Maß. Das aufrecht zu erhalten, wäre Ausdruck einer grundrechtlichen Zweiklassengesellschaft. Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts stützen sich auf Art. 2 i.V.m 1 GG, das allgemeine Persönlichkeitsrecht¹⁵, oder auf Art. 3 Abs. 1 GG, den allgemeinen Gleichheitssatz.¹⁶ Beide ermöglichen es sowohl dem Gericht wie auch dem Gesetzgeber, gerade keinen umfassenden Schutz zu gewährleisten, sondern diesen im Wege der bei diesen Grundrechten weit gesteckten Schranken deutlich zu relativieren. Wer das will, lehnt die Anträge ab; wer umfassenden Schutz erreichen möchte, muss ihnen genau aufgrund der enger gesteckten Schranken des Art. 3 Abs. 3 GG zustimmen.

Die Aufnahme des Grundrechts gegen Diskriminierung aufgrund der sexuellen Identität ist fünftens keine Selbstblockade für den Gesetzgeber oder untaugliches Mittel zur Lösung der benannten Probleme. Art. 3 Abs. 3 GG stellt erhöhte Anforderungen an die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen.¹⁷ Es unterwirft auch Regelungen, die sich mit Inter- oder Transsexualität, mit Homo- oder Bisexualität befassen oder Regelungen, die sich faktisch benachteiligend auf Menschen dieser Identitäten auswirken, einer Rationalitätskontrolle. Das ist im demokratischen Verfassungsstaat nie ein Fehler.

Sechstens markiert die Bundesrepublik Deutschland mit dem Grundgesetz verfassungspolitisch im weltweiten Vergleich einen herausragenden Rang,

der einer Zustimmung zu den Anträgen gehalten werden könnte. Rechtsprechung, die sich auf den allgemeinen Gleichheitssatz oder das allgemeine Persönlichkeitsrecht stützt, um Menschen auch in ihrer sexuellen Identität vor Diskriminierung zu schützen, ist von großer Bedeutung. Eine Entscheidung des Deutschen Bundestages gegen ein entsprechendes Grundrecht verweigert aber genau die auch international sichtbare Anerkennung für die Schwere entsprechender Grundrechtsverletzungen. Sie überliesse es Gerichten, dies mühsam im Wege umstrittener und manchen als zu aktivistisch erscheinender, den Gesetzgeber überspielender Interpretation zu entwickeln. Deutschland ist aber kein Jurisdiktionsstaat, sondern demokratischer Verfassungsstaat. Wenn dieser Menschen wirklich schützen will, muss der Verfassungsgeber das sagen.

Siebtens ist die These bereits ausreichenden Schutzes auch nicht durch den Hinweis auf das Europarecht oder das Völkerrecht zu belegen. Es ist richtig, dass Artikel 21 Absatz 1 der Grundrechtecharta die sexuelle Identität als Diskriminierungsgrund benennt.¹⁸ Doch erzeugt das in Deutschland nur mittelbaren und damit begrenzten Schutz.¹⁹ Die Charta bindet unmittelbar nur die europäischen Aktivitäten; mittelbar muss sie in der Rechtsprechung beachtet werden. Die europäische Verfassungsentwicklung ist aber – die das Bundesverfassungsgericht im Urteil zum Lissabon-Vertrag betont – zuvörderst Aufgabe des demokratischen Gesetzgebers; sie darf von diesem nicht der europa- und völkerrechtsfreundlich interpretierenden Gerichtsbarkeit überlassen werden. Daher ist Art. 21 der Charta zwar ein Zeichen, aber gerade kein Grund für das Parlament, diese Frage nicht zu beantworten.

3. Bestimmtheit

Ein Grundrecht gegen Diskriminierung wegen der sexuellen Identität ist ausreichend bestimmt. Es benennt in Art. 3 Abs. 3 GG eindeutig eine strukturelle Benachteiligung und birgt keine unwägbareren Gefahren.

14 Es wäre konzeptionell überzeugend, Benachteiligungen aufgrund der sexuellen Identität als Diskriminierung hinsichtlich des Geschlechts zu verstehen. Hier sollen Menschen vor Diskriminierung geschützt werden, die sie letztlich trifft, weil sie – bzw. ihre Geliebten – das falsche Geschlecht haben. Doch hat das deutsche Gerichte bislang nicht überzeugt, weshalb der Verfassungsgeber handeln muss. Zudem bliebe die symbolische Integrationskraft der Verfassung ungenutzt, die gerade im Bereich der Grundrechte dem Grundgesetz einen großen Teil seines guten Rufes verschafft.

15 Art. 2 Abs. 1 GG schützt als allgemeines Recht der Handlungsfreiheit auch sexuelle Handlungen oder andere Entscheidungen, die die sexuelle Identität betreffen. Allerdings ist das Schutzniveau niedrig.

16 Art. 3 Abs. 1 GG schützt als allgemeines Gleichbehandlungsgebot vor unverhältnismäßiger Ungleichbehandlung. Dieser Schutz genügt trotz der Entwicklung weg vom schlichten Will-

kürverbot hin zu einer Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht den Anforderungen.

17 Es ist daher tendenziell irreführend, von einem „absoluten Differenzierungsverbot“ zu sprechen, hat sich aber in der Dogmatik eingebürgert. In den Anträgen heißt es insofern missverständlich, das Grundrecht stehe „für das deutliche Bekenntnis, dass Gesichtspunkte der sexuellen Identität eine ungleiche Behandlung unter keinen Umständen rechtfertigen können“; BT-Drs. 17/88 v. 27.11.2009, unter A., BT-DRs. 17/253 v. 15.12.2009, unter A., BT-Drs. 17/472 v. 20.1.2010.

18 „Diskriminierungen, insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, sind verboten.“

19 Vgl. Art. 10 AEUV.

Gegen die Einfügung eines Grundrechts gegen Diskriminierung wegen der sexuellen Identität wird vorgebracht, es sei zu unbestimmt und berge Gefahren.²⁰ Hier wird auch das historisch weit zurückreichende homophobe Stereotyp angeblich schwuler Pädophilie benutzt. Derartige Befürchtungen mobilisieren zwar Ressentiment, sind aber in der Sache nicht begründet.

Ein Grundrecht muss benennen, wie weit sein Schutz reicht. In der Kürze des Verfassungstextes reduziert sich eine Grundrechtsaussage bestenfalls auf einen Kernbegriff, der einen sprachlichen Konsens markiert. Dieser ist beim Begriffspaar „sexuelle Identität“ gegeben.²¹ Es findet weltweit auch juristisch Verwendung. Es benennt nicht nur Hetero-, Homo- und Bisexualität („sexuelle Orientierungen“), sondern auch transgender- und transsexuelle sowie intersexuelle Lebensweisen. Mit der „Identität“ liegt auch ein deutlicher Bezug auf das Individuum vor, was der deutschen Grundrechtstradition entspricht.

Grundrechtsbegriffe sind zudem immer bedeutungsreich und damit deutungs Offen. Darin liegt die die Stärke des Grundgesetzes begründet, mit knappen Worten auf Dauer Bestand haben zu können. Durchgängig vertrauen wir hinsichtlich der Deutungen dem Verfassungsgericht und der rechtswissenschaftlichen Dogmatik. Im vorliegenden Fall ist kein Grund dafür ersichtlich, dies nicht zu tun. Vielmehr ist angesichts der bisherigen rechtswissenschaftlichen Debatte in Deutschland zu dem Thema zu erwarten, dass eine eher enge, konservative dogmatische Deutung eines solchen Grundrechts vorherrschen wird.

4. Verfassungssystematik

Das Argument, die Anträge erodierten heimlich Art. 6 GG, trägt nicht. Ein Grundrecht gegen Diskriminierung wegen der sexuellen Identität zwingt den Gesetzgeber, den Schutz der Ehe nach Art. 6 GG sachgerecht zu tarieren. Es sorgt für Harmonie zwischen dem Men-

schenrecht auf Gleichbehandlung und anderen Verfassungsentscheidungen.

Art. 6 Abs. 1 GG schützt die Ehe, die bislang vom Verfassungsgeber als Gemeinschaft zwischen einem Mann und einer Frau definiert wird.²² Lange konnten sich wechselnde politische Mehrheiten dabei auf eine rein institutionelle Vorstellung stützen, ohne begründen zu müssen, warum und inwiefern die Ehe gegenüber anderen Bindungen privilegiert werden soll. Nicht zuletzt angesichts des Wandels der Lebensformen, die sich auch auf soziale Sicherungssysteme auswirken, ist dies begründungsbedürftig geworden. Heute ist der Gesetzgeber tendenziell gefordert, sachliche Kriterien anzugeben, die eine soziale Besserstellung der Ehe begründen. Diese Anforderung würde ein Grundrecht gegen Diskriminierung wegen der sexuellen Identität festschreiben: Der Gesetzgeber müsste im konkreten Fall begründen, warum er die Ehe privilegiert. Ist das sachlich, darf er es selbstverständlich mit Art. 6 Abs. 1 GG weiterhin.

Diese Rationalitätsanforderung steht auch im Einklang mit berühmten Entscheidungen anderer Verfassungsorgane z.B. in Kanada.²³ Mittlerweile haben in mindestens 26 Staaten auch Gesetzgebungsmehrheiten anerkannt, dass Beziehungen jedweder Geschlechterkombination Anerkennung verdienen.²⁴

5. Verfassungspolitik

Die Anträge fügen sich in eine Verfassungsentwicklung, zu der sich der Deutsche Bundestag bereits bekannt hat.

Derzeit benennen nur wenige Verfassungen und Menschenrechtsdokumente ausdrücklich die Diskriminierung hinsichtlich der sexuellen Identität als eine der grundlegenden Verletzungen eines Achtungsanspruchs: Die tatsächlichen sozialen Probleme waren lange tabuisiert; die Betroffenen waren in die schweigende Rechtlosigkeit verurteilt. In den letzten Jahrzehnten haben Veränderungen eingesetzt: Neben den nationalen Verfassungen von Portugal

20 Die Antragstellenden führen aus, die Ergänzung des Art. 3 GG schaffe „eine klare Maßgabe für den einfachen Gesetzgeber“ (BT-Drs. 17/88 v. 27.11.2009, unter A., BT-Drs. 17/253 v. 15.12.2009, unter A., BT-Drs. 17/472 v. 20.1.2010)

21 Heute ist es angemessen, hier auch auf die Definition in wikipedia zu verweisen. Dort heißt es: „Sexuelle Identität wird häufig synonym für sexuelle Orientierung verwendet. Dies ist auch in der Rechtssprache der Fall. Umstritten ist, ob die Begriffe tatsächlich deckungsgleich sind. Der Begriff Identität ist auf das Individuum bezogen während Orientierung auf eine andere Person gerichtet ist.“ [Zugriff April 2010] Damit wird deutlich, dass gerade mit der Wortwahl Identität keine Handlungen, und schon gar keine Handlungen zu Lasten Dritter geschützt werden.

22 Das BVerfG hat in der Entscheidung zum Lebenspartnerschaftsrecht erklärt, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber dies auch anders definieren kann.

23 Berühmt ist die kanadische Rechtsprechung zur Öffnung der Common law-Ehe für gleichgeschlechtliche Paare, die der Gesetzgeber später nachvollzog. Ontario Court of Appeal in Halpern v. Canada (Attorney General) (10 June 2003). 65 O.R. (3rd) 161. Das Gericht sagt: „129. ... It is not disputed that marriage

has been a stabilizing and effective societal institution. The [applicants] are not seeking to abolish the institution of marriage; they are seeking access to it. [S]ame-sex couples and their children should be able to benefit from the same stabilizing institution as their opposite-sex counterparts.“ „121. We fail to see how the encouragement of procreation and childrearing [justifies] maintaining marriage as an exclusively heterosexual institution. Heterosexual married couples will not stop having or raising children because same-sex couples are permitted to marry. ... 130. ... The law is both overinclusive and underinclusive.“ Ähnlich argumentiert der EGMR in Christine Goodwin v. United Kingdom (11 July 2002) „98. ... [T]he inability of any couple to conceive or parent a child cannot be regarded as per se removing their right to [marry].“ S. a. British Columbia Court of Appeal, EGALE Canada Inc. v. Canada (Attorney General) (1 May 2003), 225 D.L.R. (4th) 472; „156. This Court should not be asked to grant a remedy which makes same-sex couples ‘almost equal’, or to leave it to governments to choose amongst less-than-equal solutions.“

24 Ergänzungen zum Eherecht, die klarstellen, dass gleich- und ungleichgeschlechtliche Paare heiraten dürfen, finden sich in Niederlande, Belgien, Spanien, Kanada, Südafrika und Norwegen.

(2004)²⁵ und Schweden, außerhalb Europas von Südafrika²⁶, den Fiji Inseln (1997)²⁷ und Ecuador (1998)²⁸ bekennen sich vier deutsche Landesverfassungen zu dem hier diskutierten Grundrechtsschutz.²⁹

Wichtiger ist die Europäische Charta der Grundrechte: Sie adressiert diese Benachteiligung explizit. An der Charta haben Bundestag und Bundesrat tatkräftig mitgewirkt und diese schon vor dem formalen Inkrafttreten mit dem Lissaboner Vertrag emphatisch befürwortet.³⁰ Sie haben sich – wie die anderen Mitgliedstaaten der EU – mit der Ratifikation des Vertrages von Lissabon nochmals dazu bekannt.³¹ Sachliche Gründe, warum sich dies nun ändern sollte, sind nicht ersichtlich.

Die Anträge sind damit Ausdruck einer Rechtsentwicklung, der sich der Deutsche Bundestag bereits mehrfach angeschlossen hat.

Die zentralen Menschenrechtskonventionen der Vereinten Nationen, die Deutschland seit langem ratifiziert hat, werden einmütig so ausgelegt, dass sie auch vor Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung schützen.³² Deutschland hat zudem die 2008 von Frankreich initiierte „United Nations declaration on sexual orientation and gender identity“ – neben weiteren 66 Staaten – unterzeichnet und sich damit politisch zu einem Menschenrechtsstandard bekannt,³³ der mit einer Gegenerklärung auf syrische Initiative hin konfrontiert ist, die bislang 57 Unterzeichnungen gewonnen hat. Es wäre nicht plausibel, wenn der Deutsche Bundestag eine solche weltpoli-

tisch wichtige Handlung zum Schutz universaler Menschenrechte im nationalen Kontext nicht vornehmen würde. Ganz im Gegenteil: Die vorliegenden Anträge ermöglichen es dem Deutschen Bundestag, zumindest in Deutschland diesen global umstrittenen, aber hier konsentierten Standard für verbindlich zu erklären.

Auch der Europäische Gerichtshof betont, dass der Diskriminierungsschutz ein Grundpfeiler der europäischen Union ist.³⁴ Der Europarat hat im März 2010 allen Mitgliedstaaten der EMRK empfohlen, aktiv gegen Diskriminierung wegen der sexuellen Identität vorzugehen und dies auch in Regelungen umzusetzen.³⁵

6. Verfassungsänderungen und Grundrechte

Grundrechte sind ein beeindruckendes Zeichen der Souveränität der parlamentarischen Mehrheit, sich selbst im Geiste der Toleranz Grenzen zu setzen.

Grundrechte sind ein erstaunliches Phänomen. Sie bezeugen den Mut des verfassungsgebenden (hier: des verfassungsändernden) Gesetzgebers, sich selbst Grenzen zu setzen, denn Grundrechte limitieren demokratisch ermächtigte Mehrheiten. Genau das ist Kern einer starken Verfassungskultur, die bestimmte Fragen dem politischen Alltagsgeschäft nicht entzieht, aber die Begründungslasten für eventuell intolerante Regeln steigert. Wenn aber ein Parlament zur Verfassungspolitik aufgefordert ist, bedeutet das auch eine

25 Constitution (as amended in 2004), Article 13(2).

26 Die Übergangsverfassung von Südafrika von 1993 in Art. 8 (2), jetzt in Art 9 (3), verbietet die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung. Die Verfassungsdebatten in Südafrika zeigten damals, dass die langen und brutalen Erfahrungen des Rassismus nicht etwa Anlass waren, Ungleichheiten zu hierarchisieren, sondern die Ähnlichkeit zwischen diesen Ungleichheiten, diesen Ausgrenzungen, diesen Brutalitäten auch rechtlich zu adressieren. Der südafrikanische Verfassungsgerichtshof hat dies in der Entscheidung *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice* (1998) betont: „The impact of discrimination on gays and lesbians is rendered more serious ... by the fact that they are a political minority not able on their own to use political power to secure favourable legislation They are ... almost exclusively reliant on the Bill of Rights for their protection. ... [They] are a permanent minority in society and have suffered in the past from patterns of disadvantage.“ <http://www.constitutionalcourt.org.za/Archimages/2076.PDF> (paras. 25-26, 28). S. a. *Minister of Home Affairs v. Fourie and Lesbian and Gay Equality Project v. Minister of Home Affairs*, <http://www.constitutionalcourt.org.za/Archimages/5257.PDF>.

27 Constitution Amendment Act 1997, section (s.) 38(2)(a).

28 Constitution, 1998, Article 23(3), replaced by Constitution, 2008, Articles 11(2), 66(9), 83(14).

29 In Deutschland: Art. 10(2) VvB; Art. 12(2) BbgLV; Art. 2(3) ThürLV. Dasselbe gilt für Einzelstaaten in anderen föderalen Systemen, wie Mato Grosso (Constitution, 1989, Article 10.III) und Sergipe (Constitution, 1989, Article 3.II.) in Brasilien oder der Stadtstaat Buenos Aires (Constitution, 1 Oct. 1996, Article 11) in Argentinien 1996.

30 Für das Bundesverfassungsgericht war der erhöhte Grundrechtsschutz, den die Charta vermittelt, mit ein Grund für die Entschei-

dung, das Grundgesetz „sage Ja zu Europa“. Für die deutsche Diskussion ist vielleicht nicht ganz uninteressant, dass Roman Herzog den Konvent leitete und deutsche Perspektiven in den Debatten eine wichtige Rolle spielten.

31 Formal bindet die Grundrechtecharta nach Art. 51 Abs. 1 S. 1 die Mitgliedstaaten für ihr europäisches Handeln im Anwendungsbereich des Unionsrechts. Die Wechselwirkungen zwischen europäischen und nationalen Regeln sind heute derart intensiv, dass daraus eine mittelbare Bindung nationaler Regulierung entsteht.

32 Teils wird dieser Fall als Diskriminierung hinsichtlich des Geschlechts angesehen (so das Human Rights Committee zu Artikel 2, 26 ICCPR in *Toonen v. Australia*, Human Rights Committee, Communications: Australia, CCPR/C/50/D/488/1992, April 4, 1994 Rdn. 8.7 („The Committee confines itself to noting, however, that in its view the reference to „sex“ in articles 2, paragraph 1, and 26 is to be taken as including sexual orientation.“). Zum ICESCR das Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No 15, E/C.12/2002/11, January 20, 2002, Rdn. 13.

33 Desgleichen hat die Bundesrepublik die sog. »Brazilian Resolution« von 2003 unterstützt, die dasselbe Ziel verfolgt, aber vertagt worden ist.

34 Besonders wichtig sind die beiden Entscheidungen zum Verbot der altersbezogenen Diskriminierung, EuGH Rs. Mangold, Rn. 74; Rs. Küçükdevici v. Swedex (2010), Rn. 20-22.

35 Recommendation CM/Rec(2010)5 of the Committee of Ministers to member states on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity (Adopted by the Committee of Ministers on 31 March 2010 at the 1081st meeting of the Ministers' Deputies).

Konfrontation mit dem demokratischen Dilemma: Anträge auf die Festlegung von Grundrechten gegen Diskriminierung fordern dazu auf, einer Regelung zuzustimmen, die etwas gutheißt, was die eigenen Wählerinnen und Wähler, viele Abgeordnete und einige Sachverständige mehrheitlich „nicht so gut“ finden. Der Bundestag soll mit Blick auf Verhaltensweisen, die Menschen mehrheitlich für nicht „normal“ halten, die von vielen Menschen abgelehnt werden, die nicht Wenige als „schwierig“, manche sogar immer noch als „krank“ oder als „ekelhaft“ bezeichnen, genau das Gegenteil sagen: dass das nicht Normale geschützt ist. Der Deutsche Bundestag soll mit der Ergänzung des Artikel 3 GG erklären, dass er Menschenwürde und Freiheit auch derjenigen achtet, die nicht entsprechend den Vorstellungen der Mehrheit – und auch nicht der gewählten Mehrheiten – leben. Das ist eine große Herausforderung. Deshalb sind Grundrechte auch eine derart große demokratische Leistung.

Grundrechte sind in nationalen Verfassungen und als Menschenrechte in internationalen Verträgen zwischen Staaten festgeschrieben worden, weil mit der Aufklärung der Mensch nicht nur aus der selbstverschuldeten Unmündigkeit befreit werden sollte. Grund- und Menschenrechte sollten und sollen heute mehr denn je genau die Ausbeutung, die Ausgrenzung, die Gewalt, insgesamt: die Diskriminierung beenden, die Menschen erfahren, weil sie „anders“ sind. Grund- und Menschenrechte schützen Menschen davor, in eine Normalität gezwungen zu werden, die ihnen nicht entspricht, nämlich gleichermaßen frei und in Achtung voreinander zu le-

ben. Grund- und Menschenrechte versprechen Menschen, Respekt und Anerkennung zu finden, als gleichermaßen würdig, auch und gerade wenn sie abweichen, solange dies niemandem schadet. Darauf zielte schon der kategorische Imperativ des Aufklärungsphilosophen Kant und darauf zielen heute noch differenzierter die philosophischen Konzepte der Gerechtigkeit in pluralistischen Gesellschaften.

Der Deutsche Bundestag hat mit den Anträgen aus drei Fraktionen folglich auch eine große Chance. Die Politik kann hier zeigen, dass sie nicht der privaten Moral folgt, sondern für das Gemeinwohl die öffentliche Moral schützt, Menschen *nach ihrer Facon selig werden* zu lassen. Da es sich um Anträge auf ein Grundrecht handelt, müssen auch nicht etwa Mehrheiten in der Gesellschaft nachteilig betroffen oder berührt sein. Vielmehr besteht ein tatsächlicher Regelungsbedarf für Grundrechte bereits dann, wenn historisches Unrecht anerkannt und weiteres Unrecht für die Zukunft verhindert werden soll und wenn Einzelne weitere Nachteile treffen, die mit unserem Verständnis von Menschenwürde, Freiheit und Gleichheit nicht zu vereinbaren sind. Der rechtliche Regelungsbedarf ist anzuerkennen, wenn und weil diesem Verständnis bislang auf der Ebene der deutschen Bundesverfassung nicht Rechnung getragen wird. Beides ist dargelegt. Daher sprechen überwiegende Gründe dafür, den Anträgen zuzustimmen.

Was das bedeutet, hat der spanische Premier Zapatero im Jahre 2005 vor dem Parlament ausgeführt, das in einem überwiegend katholischen Land über die Öffnung der Ehe für Homosexuelle entscheiden sollte:

„Wir sind nicht die Ersten, aber ich kann Ihnen versichern, dass wir nicht die letzten sein werden. Nach uns werden viele andere Länder folgen, die von zwei Kräften getrieben werden, die eben nicht zu bremsen sind: Freiheit und Gleichheit. Es geht hier um eine kleine Änderung in einem juristischen Text, der immense Veränderungen im Leben von tausenden Mitbürger_Innen bewirken wird. Wir entscheiden hier nicht für Menschen, die fern oder fremd sind, sondern wir verbessern die Chancen, glücklich zu werden, für unsere Nachbarn, Kolleg_innen, Freund_innen, Verwandten, und gleichzeitig bauen wir eine anständigere Gesellschaft, denn eine anständige Gesellschaft ist eine, die ihre Mitglieder nicht beschämt. Dieses Recht wird keinen Schaden anrichten, denn es wird nur zur Folge haben, unnützes Leiden von Menschen zu verhindern. Mit Ihrer Zustimmung macht unsere Land einen weiteren Schritt der Freiheit und Toleranz, der mit dem Übergang zur Demokratie begann“³⁶.

36 See Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados (30 June 2005), No. 103, p. 5228, http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/DS/PL/PL_103.PDF.