Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften

Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Steuerrecht

Prof. Dr. Hanno Kube, LL.M.

Fachbereich Rechts- und Wirtschafts-
wissenschaften

Johannes Gutenberg-Universität Mainz

D - 55099 Mainz

Telefon: +49 6131 39 - 22 725
Telefon: +49 6131 39 - 23 043 (Sekr.)
Telefax: +49 6131 39 - 23 826
E-Mail: hkube@uni-mainz.de

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 –

mäß Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG geschützt. Das Bundesverfassungsgericht hat dies schon im Jahr 1977 in einem Urteil zur Sexualerziehung in der Schule erkannt.[3] In zahlreichen weiteren Entscheidungen, insbesondere zur staatlichen Anerkennung der subjektiven Bestimmung des eigenen Geschlechts und zur Gestaltung des eigenen Sexuallebens, hat das Bundesverfassungsgericht diese Rechtsprechung bestätigt und stetig ausgebaut.[4]

Intensiv gegen Diskriminierung geschützt ist die sexuelle Identität des Menschen zudem durch den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Bundesverfassungsgericht die Anforderungen aus Art. 3 Abs. 1 GG umso strenger fasst, je deutlicher sich eine rechtliche Unterscheidung auf den Menschen als Person bezieht. Weil die sexuelle Identität in besonderer Weise personkonstituierend wirkt, ergeben sich aus Art. 3 Abs. 1 GG nach dieser gefestigten, stetigen Rechtsprechung insoweit kaum geringere – wenngleich anders strukturierte (dazu sogleich unten III. 2.) – Anforderungen als aus dem Katalog des Art. 3 Abs. 3 GG. Gezeigt hat sich dies etwa in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 7. 7. 2009, in der das Gericht die Ungleichbehandlung von Ehen und eingetragenen Lebenspartnerschaften im Bereich der Hinterbliebenenversorgung als verfassungswidrig rügte.[5] In die gleiche Richtung weist auch die kurz darauf ergangene Entscheidung zu Differenzierungen bei den Anforderungen an eine Stiefkindadoption.[6]

Die europa- und verfassungsrechtlichen Regelungen, zumal in ihrer richterlichen Anwendung, belegen, dass die sexuelle Identität heute sehr wirksam gegenüber rechtlichen Diskriminierungen geschützt wird. Einzelne Rechtsbereiche, in denen vor dem Hintergrund überkommener Anschauungen unzulässig nach der sexuellen Ausrichtung unterschieden wurde, wurden aufgrund der genannten europa- und verfassungsrechtlichen Maßstäbe verlässlich auf Diskriminierungsfreiheit hin neu ausgerichtet (siehe auch die ausdrückliche Vorgabe in § 1 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes). Soweit noch Anpassungsbedarf besteht, ist dieser mithin nicht durch unzureichend deutliche höherrangige Rechtsvorgaben begründet, sondern schlicht dadurch, dass die Anpassung noch vorgenommen werden muss.

---

[3] BVerfGE 47, 46 (73) („Das Grundgesetz hat den Intim- und Sexualbereich des Menschen als Teil seiner Privatsphäre unter den verfassungsrechtlichen Schutz des Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG gestellt. Diese Vorschriften des Grundgesetzes sichern dem Menschen das Recht zu, seine Einstellung zum Geschlechtlichen selbst zu bestimmen.).

[4] BVerfGE 49, 286 (297); 60, 123 (134); 96, 56 (61); 115, 1 (14); 116, 243 (264); 119, 1 (29 f.); 120, 224 (238 f.); 121, 175 (190 f.); auch BVerwGE 36, 53 (57 f.).

[5] BVerfG v. 7. 7. 2009, DVBl. 2009, S. 1510.

[6] BVerfG v. 10. 8. 2009, FamRZ 2009, S. 1653.

III. Vor- und Nachteile der Ergänzung von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG

Vor dem Hintergrund der schon gegenwärtig eindeutigen europa- und verfassungsrechtlichen Verbote von Diskriminierungen wegen der sexuellen Identität sind die Vor- und Nachteile einer entsprechenden Ergänzung von Art. 3 Abs. 3 GG sorgfältig abzuwägen.

1. Signalwirkung

Für eine Ergänzung von Art. 3 Abs. 3 GG mag sprechen, dass hierdurch ein besonders klares, noch über die Aussagekraft der oben genannten Bestimmungen hinaus gehendes Bekenntnis zur Gleichbehandlung aller Menschen ungeachtet ihrer sexuellen Identität abgelegt wird. Dies könnte umso mehr deshalb gelten, weil Art. 3 Abs. 3 GG aufgrund der Entstehungsgeschichte der Norm (Reaktion auf die nationalsozialistische Selektions- und Verfolgungspolitik) eine besondere, herausgehobene Stellung innehat.

2. Geringe dogmatische Leistungsfähigkeit von Art. 3 Abs. 3 GG

Demgegenüber ist allerdings zu bedenken, dass die Bestimmung des Art. 3 Abs. 3 GG als Katalog „absoluter Differenzierungsverbote“ in den Jahrzehnten ihrer Geltung kaum tatsächliche, rechtsprägende Bedeutung erlangt hat. Die Regelungserfordernisse, die sich auch in von Art. 3 Abs. 3 GG erfassten Bereichen ergeben haben, haben vielmehr zu einer hölzern, unglücklich und schwer voraussehbar erscheinenden Dogmatik von Ausnahmen und Relativierungen geführt. Bestes Beispiel sind die „biologischen Unterschiede zwischen Mann und Frau“, die trotz der Nennung des Geschlechts in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG zur Rechtfertigung entsprechender Ungleichbehandlungen sollen dienen können.

Der durch Art. 3 Abs. 1 GG gewährleistete Schutz vor Diskriminierung wegen der sexuellen Identität lässt sich demgegenüber, wie die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zeigt, sehr viel effektiver mit tatsächlichen Regelungserfordernissen abstimmen. Auch erlaubt Art. 3 Abs. 1 GG sachgerechte Differenzierungen je nach der – auch nach außen hin sichtbaren – Verfestigung einer bestimmten Lebensform (vgl. die eingetragene Lebenspartnerschaft), an die die Rechtsordnung anknüpfen kann. Dem Schutzanliegen wird damit im Ergebnis besser Rechnung getragen als durch Art. 3 Abs. 3 GG. Art. 3 Abs. 1 GG muss nicht auf hölzern wirkende Bereichsausnahmen rekurrieren, sondern lässt vielmehr Verhältnismäßigkeitserwägungen zu, im Rahmen derer dem Diskriminierungsschutz in personrelevanten Fragen aber zugleich überragende Bedeutung zukommt. Auch der Schutz vor Diskriminierungen wegen der sexuellen Identität, den die Europäische Konvention der Menschenrechte vermittelt, wird wirksam auf Grundlage einer allgemeinen, nicht

aber aufgrund einer spezifischen, verabsolutierenden Norm gewährleistet (Art. 14 EMRK; siehe oben II.).

Entsprechendes gilt für die Leistungsfähigkeit der Dogmatik zu Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG im Vergleich zur Leistungsfähigkeit der Dogmatik aufgrund von Art. 3 Abs. 3 GG. Denn auch der Schutz der sexuellen Identität durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht konnte gerade infolge der strukturellen Offenheit der – hier freiheitsgrundrechtlichen – Dogmatik für die tatsächliche Situation wirksam und realitätsgerecht ausgebaut werden. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist ein eindrucksvoller Beleg (siehe oben II.).

Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, dass eine Aufnahme des Merkmals der sexuellen Identität in den Katalog des Art. 3 Abs. 3 GG unter dem Gesichtspunkt des tatsächlichen Schutzes Vorteile gegenüber der derzeitigen Rechtslage mit sich bringen könnte. Vielmehr ist zu befürchten, dass die Aufnahme in den Katalog Anlass zu Bereichsausnahmen geben würde, die dogmatisch und rechtsstaatlich kaum befriedigen können.

3. Schwierigkeiten systematischer Interpretation

Der hölzerne Charakter der Gewährleistung des Art. 3 Abs. 3 GG würde, nähme man das Merkmal der sexuellen Identität in den Katalog auf, zu Folgeschwierigkeiten auch im Verhältnis zu anderen Bestimmungen des Grundgesetzes führen. Art. 6 Abs. 1 GG verlangt den besonderen Schutz von Ehe und Familie, unter anderem als eine wertentscheidende Grundsatznorm. Pflege und Erziehung der Kinder sind Gegenstand der Bestimmung des Art. 6 Abs. 2 GG, die als ihrerseits wertentscheidende Grundsatznorm unter anderem auf das Kindeswohl abzielt. Diese Grundwertungen lassen sich in konkreten Fallgestaltungen sehr viel besser mit dem Anliegen des Schutzes vor Diskriminierung wegen der sexuellen Identität in Einklang bringen, auch zur effektiven Durchsetzung des Diskriminierungsschutzes, wenn die Interessen in den Rahmen freiheits- und gleichheitsgrundrechtlicher Verhältnismäßigkeitserwägungen gestellt werden können. Würde die sexuelle Identität dagegen als Katalogmerkmal in Art. 3 Abs. 3 GG aufgenommen, ergäben sich verfassungsdogmatisch kaum zu bewältigende Schwierigkeiten der systematischen Interpretation im Verhältnis zu Art. 6 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 2 GG.

4. Unbestimmtheit des Tatbestands

Verfassungsrechtlich problematisch erscheint weiterhin, dass das Tatbestandsmerkmal der sexuellen Identität vergleichsweise unbestimmt ist, insbesondere aufgrund des (potentiel-

len) Ausübungsbezugs des Merkmals. Die personale Identität eines Menschen ist nicht vorgegeben, sondern bildet sich heraus, entfaltet sich. Auch der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als Identitätsschutz umfasst deshalb nicht nur den vorgefundenen Status als Mensch und das herausgebildete Persönlichkeitsprofil, sondern darüber hinaus Verhaltensweisen, die in besonderer Weise persönlichkeitsrelevant sind. Wird das Merkmal der sexuellen Identität in Art. 3 Abs. 3 GG aufgenommen, so wird die Bestimmung damit (potentiell) auf Verhaltensweisen erstreckt, die für die sexuelle Identitätsbildung erheblich sind. Welche Verhaltensweisen dies sind, hängt freilich vom Einzelnen ab. Folge dessen wäre, dass ein absoluter verfassungsrechtlicher Differenzierungsschutz auf ein Handeln bezogen wird, das der Grundrechtsträger selbst als für die eigene sexuelle Identität konstituierend bezeichnet. Es stellt sich die Frage, ob dies zu sachgerechten Lösungen führen kann, zumal das Handeln eines Menschen in der Gemeinschaft grundsätzlich abstimmungs- und damit – auch differenzierend – regelungsbedürftig ist. Ein absoluter Differenzierungsschutz nach Selbstverständnis ist gerade in Bereichen konfliktträchtigen Verhaltens nicht praktikabel und letztlich ein nicht einlösbares, leeres Versprechen. Ein entsprechender Verfassungssatz würde an den Herausforderungen der Wirklichkeit scheitern, im Ergebnis einen effektiven Geltungsverlust erleiden.

Das Schicksal der seinerseits weiten Merkmale des Glaubens und der religiösen und politischen Anschauungen in Art. 3 Abs. 3 GG spricht für sich. Die Merkmale haben praktisch keine Bedeutung erlangt; Konfliktlösungen werden im Rahmen der entsprechenden Freiheitsgrundrechte (Art. 4 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 GG etc.) gesucht und gefunden.

5. Wenig förderliche Fragmentierung der Gesellschaft

Wenn der gleichheitsrechtliche Schutz der sexuellen Identität vor Diskriminierung heute wirksam über Art. 3 Abs. 1 GG gewährleistet wird, so wird damit die Selbstverständlichkeit zur Geltung gebracht, dass die Gleichbehandlung „aller Menschen“ auch die Gleichbehandlung aller Menschen in ihrer je individuellen sexuellen Identität meint. Der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG wirkt in seiner Allgemeinheit, in seiner Nichthervorhebung einzelner Gruppen, im Ergebnis weit effektiver und nachhaltiger auf Inkludierung, auf Normalisierung hin als eine Spezialnorm, die Gruppen der Gesellschaft umgrenzt und als Minderheiten definiert. Denn wenngleich das Merkmal der sexuellen Identität als solches neutral erscheint, ist die Schutzrichtung doch gruppenbezogen. Schon in den Beratungen zur Verfassungsreform von 1994 war zu Recht bemerkt worden, dass die Verfassung – ungeachtet der Legitimität der Gleichstellungsanliegen – nicht auf Gruppenbildung, auf Fragmentierung, auf ei-

ne Atomisierung der Gesellschaft hin ausgerichtet werden sollte, sondern vielmehr auf Allgemeinheit, auf den Menschen in seiner gleichen Würde und Freiheit.[7]

6. Keine unnötigen Verfassungsänderungen

Angesichts des bestehenden europa- und verfassungsrechtlichen Schutzniveaus, angesichts des fragwürdigen tatsächlichen Schutzgehalts einer Aufnahme der sexuellen Identität in Art. 3 Abs. 3 GG und angesichts der weitergehenden Schwierigkeiten, die die Aufnahme des Merkmals in Art. 3 Abs. 3 GG mit sich bringen würde, sollte auf eine solche, unnötige Verfassungsänderung verzichtet werden. Das Grundgesetz ist gerade in den vergangenen Jahren allzu häufig ohne hinreichenden Grund modifiziert und verkompliziert worden. Jeder, zumal jeder der einzelnen Zielsetzung gar nicht dienlichen Überfrachtung des Verfassungstextes ist deshalb klar entgegenzutreten. Soweit noch Anpassungen des einfachen Rechts geboten sind, um Diskriminierungen wegen der sexuellen Identität gänzlich auszuschließen, setzt dies keine weitere Verfassungsänderung voraus, sondern vielmehr den politischen Willen, entsprechend der schon heute eindeutigen verfassungsrechtlichen Rechtslage zu handeln.

IV. Fazit

Das bestehende Europa- und Verfassungsrecht gewährleistet bereits gegenwärtig wirksamen Schutz vor Diskriminierungen wegen der sexuellen Identität. Die Rechtsprechung der letzten Jahre und die einfachrechtlichen Rechtsentwicklungen belegen dies in eindeutiger und eindrucksvoller Weise. Eine entsprechende Ergänzung von Art. 3 Abs. 3 GG würde keinerlei materiellen Schutzzuwachs mit sich bringen, sondern vielmehr zu Schwierigkeiten führen, die den tatsächlich gewährleisteten Schutz möglicherweise sogar relativieren könnten. Denn während die bestehende Dogmatik einerseits die überragende Bedeutung des Freiheits- und Gleichheitsschutzes in personrelevanten Bereichen betont, zugleich aber strukturell offen für die tatsächlichen Konfliktlagen des Lebens ist, ist die Bestimmung des Art. 3 Abs. 3 GG in ihrer Grundstruktur unterkomplex angelegt und aufgrund ihrer Sperrigkeit ohne tatsächliche Wirkkraft geblieben. Bereichsausnahmen, die sich im Rahmen der Dogmatik zu Art. 3 Abs. 3 GG herausgebildet haben, lassen die Bestimmung als dogmatisch und rechtsstaatlich unbefriedigend erscheinen. Dem Schutz vor Diskriminierung wegen der sexuellen Identität würde durch die Aufnahme des Merkmals der sexuellen Identität in Art. 3 Abs. 3 GG kein Gefallen getan.

---

[7] BT-Drucks. 12/6000, S. 54.

Soweit in einzelnen Bereichen des einfachen Rechts noch Anpassungsbedarf besteht, um tatsächliche Gleichbehandlung ungeachtet der sexuellen Identität zu erreichen, sollte diese Aufgabe – aufgrund der schon heute eindeutigen verfassungsrechtlichen Vorgaben – angegangen, aber auf eine unnötige weitere Verfassungsänderung, auf „Schaufensterpolitik" verzichtet werden. Dass eine entsprechende Wortlautergänzung als solche nichts bewirkt, zeigt sich in den Bundesländern, deren Verfassungen ein absolutes Verbot der Diskriminierung wegen der sexuellen Identität aufgenommen haben, in denen aber ungeachtet des Verfassungswortlauts die gleichen Probleme bestehen wie in allen anderen Bundesländern.[8]

Entscheidend kommt es damit auf die weitere, je sachangemessene Rechtsentwicklung im einfachen Recht an, das die betreffenden Lebensbereiche konkret anleitet (Besoldung, Versorgung, Beihilfe, Erbrecht, Steuerrecht etc.).

Wichtig und möglicherweise noch wichtiger erscheint es darüber hinaus, die praktischen Ansätze zur Förderung der gesellschaftlichen Akzeptanz unterschiedlicher sexueller Identitäten auszubauen oder auch neue Ansätze zu entwickeln, die auf eine solche Akzeptanz hinzielen. Denn das hier gegenständliche Diskriminierungsproblem ist nicht nur ein rechtliches, sondern gerade auch ein gesellschaftliches. Wie immer deutlicher zu werden scheint, muss auf Toleranz und Akzeptanz dabei schon und insbesondere in den Schulen hingewirkt werden.

Eine Ergänzung von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG um das Merkmal der sexuellen Identität ist vor diesem Hintergrund nicht zu empfehlen.

Mainz, den 17. April 2010

Prof. Dr. Hanno Kube

[8] Vgl. die Verweise auf die Praxis durch die Bundestagsabgeordnete Dr. Barbara Höll, Plenarprotokoll der 20. Sitzung des Deutschen Bundestages v. 29. 1. 2010, Protokollseite 1798.