



RUPRECHT-KARLS-UNIVERSITÄT HEIDELBERG
INSTITUT FÜR STAATSRECHT
VERFASSUNGSLEHRE UND RECHTSPHILOSOPHIE
Direktor Prof. Dr. Bernd Grzeszick, LL.M.

Stellungnahme
zu den Entwürfen eines
Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes
(Art. 3 Absatz 3 Satz 1)

- BT-Drs. 17/88, 17-254 und 17/472 -

- Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags am 21.4.2010 -

A. Gegenstand und Struktur der Stellungnahme

Gegenstand der Stellungnahme sind die oben bezeichneten Gesetzesentwürfe. Danach soll **Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG wie folgt geändert** werden: Hinter „wegen seines Geschlechtes,“ werden die Wörter „*seiner sexuellen Identität*,“ eingefügt.

Eine angemessene Bewertung dieser vorgeschlagenen Verfassungsänderung erfordert, die dadurch bewirkten Folgen einzufangen. Daher wird zunächst der gegenwärtige Schutz der sexuellen Identität im geltenden Recht skizziert (B.). In einem zweiten Schritt werden dann die möglichen Folgen der Änderung erarbeitet (C.). Auf dieser Grundlage wird schließlich eine Bewertung der vorgeschlagenen Verfassungsänderung vorgenommen, aus der die Empfehlung folgt (D.).

B. Derzeitiger rechtlicher Schutz der sexuellen Identität

Das derzeit geltende Recht sieht zum Schutz der sexuellen Identität auf verschiedenen Ebenen unterschiedliche Regelungen vor.

I. Völkerrecht

Auf der Ebene des Völkerrechts schützt die **Europäische Menschenrechtskonvention** in **Art. 14 EMRK gegen Diskriminierungen** und in **Art. 8 Abs. 1 EMRK** das **Privatleben**, als dessen Teil **auch die sexuelle Ausrichtung** verstanden wird. Der EGMR hat deshalb ein generelles Verbot homosexueller Handlungen, das allein mit der öffentlichen Moral begründet wird, verworfen.¹ Weiter hat er geurteilt, dass bei der Beschäftigung im öffentlichen Dienst eine Differenzierung aufgrund der sexuellen Ausrichtung allein aufgrund schwer wiegender Gründe zulässig sein könnte.² Zudem hat der Gerichtshof in einer Entscheidung vom Januar 2008 zum französischen Recht entschieden, dass es gegen Art. 14 i.V.m. Art. 8 Abs. 1 EMRK verstößt, einer homosexuellen Frau die Adoption eines Kindes alleine unter Berufung auf das Argument zu verweigern, dem Kind fehle bei der Deputation eine väterliche Bezugsperson.³

II. Unionsrecht

Auf der Ebene des Unionsrechts verpflichtet **Art. 10 AEUV** die Union dazu, bei der Durchführung ihrer Politik und ihrer Maßnahmen **Diskriminierung aus Gründen der „sexuellen Ausrichtung“ zu bekämpfen**. Diese Regelung enthält als **Querschnittsklausel** einen Handlungsauftrag an die Union; sie enthält allerdings kein unmittelbar für die Verwaltungen der Mitgliedstaaten verbindliches Diskriminierungsverbot.

Allerdings verpflichtet **Art. 1 EG-Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/78/EG** die Mitgliedstaaten zum **Schutz vor Diskriminierungen wegen der „sexuellen Ausrichtung“**. Der

¹ EGMR, Urt. v. 22.10.1981 - o. Az. (Fall Dudgeon): NJW 1984, S. 541 ff.

² EGMR, Urt. v. 27. 9. 1999 - 33985/96 und 33986/96 (Smith und Grady/Vereinigtes Königreich): NJW 2000, S. 2089 ff.

³ EGMR, Urt. v. 22. 1. 2008 - 43546/02 (E.B./Frankreich): NJW 2009, S. 3637 ff.

EuGH hat daraus Konsequenzen vor allem im Hinblick auf die **Gleichbehandlung gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaften** hingezogen: Soweit das nationale Recht die Bedingungen der Lebenspartnerschaft denen der Ehe annähert, folgt daraus, dass **Lebenspartnerschaft und Ehe gleich zu behandeln sind, soweit die rechtlich erfassten Lebenssituationen vergleichbar sind**. Auf dieser Grundlage wurde der im deutschen Recht gegebene Ausschluss von Lebenspartnern aus der sozialversicherungsrechtlichen Witwerversorgung als nicht hinreichend begründet angesehen.⁴ Allerdings ist bislang nicht im einzelnen geklärt, in welchen Fällen eine Vergleichbarkeit der rechtlich erfassten Lebenssituation in diesem Sinne besteht, und welche Wirkungen die Regelung des Art. 6 Abs. 1 GG, die Ehe und Familie unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung stellt, in diesem Zusammenhang entfalten kann; dazu – vor allem mit Blick auf die Rechtsprechung des BVerfG – unten Näheres.

Art. 21 Abs. 1 EU-Grundrechtecharta verbietet gleichfalls **Diskriminierungen wegen der „sexuellen Ausrichtung“**. Nach **Art. 51 Abs. 1 S. 1 EU-Grundrechtecharta** gilt dieses Diskriminierungsverbot für die Mitgliedstaaten aber nur, soweit diese das Recht der Union durchführen. Ob damit auch solche Konstellationen erfasst sind, in denen das Handeln der Mitgliedstaaten lediglich im Anwendungsbereich des Unionsrechts liegt, ist umstritten, wird allerdings überwiegend bejaht. Soweit dies nicht der Fall ist, sind die Mitgliedstaaten allerdings nicht dem Diskriminierungsverbot unterworfen.

III. Verfassungsrecht

Ungeachtet des Wortlautbefundes schützt das Verfassungsrecht die sexuelle Identität beziehungsweise sexuelle Orientierung bereits mehrfach und intensiv.

1. Allgemeines Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG)

Zunächst ist sie als Teil der menschlichen Individualität vom **allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG** geschützt.⁵ Da **Eingriffe** in das allgemeine Persönlichkeitsrecht die individuelle Persönlichkeitsentfaltung beschränken, **können sie nur durch besondere öffentliche Belange gerechtfertigt werden**. Ein entsprechend gewichtiger öffentlicher Belang liegt im Regelfall nur vor, wenn Konfliktsituationen zu bewältigen sind, in denen die **Entfaltung der sexuellen Identität zu Gefährdungen oder Verletzungen von Rechtsgütern Dritter führt**. Alleine der Verweis auf eine vorherrschende Moral oder gesellschaftliche Wertmaßstäbe kann deshalb Eingriffe nicht rechtfertigen. Zudem führt auch eine Gefährdung oder Verletzung von Rechtsgütern Dritter nicht automatisch dazu, dass die Entfaltung der sexuellen Identität durch staatlichen Eingriff beschränkt werden darf. Vielmehr **bedarf es jeweils der Prüfung, ob der Eingriff verhältnismäßig ist**, also zum Schutz der kollidierenden Rechtsgüter geeignet ist, das mildeste der gleich geeigneten Mittel darstellt, und bei einer Abwägung zwischen der sexuellen Identität und den durch Eingriffe in die Identität geschützten Rechtsgütern der Verlust an Entfaltungsfreiheit nicht außer Verhältnis zum dadurch erreichten Schutz der Rechtsgüter anderer steht. Das **allgemeine Persön-**

⁴ *EuGH*, Urteil vom 1. 4. 2008 - C-267/06 (Tadao Maruko/Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen): NJW 2008, S. 1649 ff.

⁵ Sexuelles Selbstbestimmungsrecht als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts: *BVerfG*, Beschl.v. 26. 2. 2008 - 2 BvR 392/07, E: 120, 224 (239 f.); *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, 56. Aufl., Art. 2 Rdnr. 200.

lichkeitsrecht vermittelt so bereits einen flächendeckenden und intensiven Schutz des Habens und des Auslebens einer sexuellen Identität.

2. Gleichbehandlungsgebot (Art. 3 Abs. 1 GG)

Weiter **schützt Art. 3 Abs. 1 GG vor Ungleichbehandlungen, die sachlich nicht gerechtfertigt sind.** An einer entsprechenden Rechtfertigung fehlt es, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten.⁶ Die entsprechende **inhaltliche Kontroll-dichte einer Ungleichbehandlung** ist vor allem **dann hoch anzusetzen, wenn die vom Gesetzgeber gewählten Differenzierungskriterien zu persönlichen, beziehungsweise die Identität prägenden Merkmalen der Betroffenen einen engen Bezug haben, oder je stärker sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Tatbeständen auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann.** Angesichts des soeben dargelegten Schutzes der sexuellen Identität beziehungsweise Orientierung aus **Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG** führt dies dazu, dass Differenzierungen aus diesem Grund **regelmäßig eine hohe Rechtfertigungslast** auslösen. Die Parallele setzt sich auch insoweit fort, als der gleichheitsrechtlichen Rechtfertigungslast im Ergebnis wohl nur entsprochen werden kann, falls Konfliktsituationen zu bewältigen sind, in denen die Entfaltung der sexuellen Identität zu Gefährdung oder Verletzungen von entsprechend wichtigen Rechtsgütern Dritter führen.

3. Schutzniveau des Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 6 Abs. 1 GG: 1. Senat vs. 2. Senat

Problematisch und derzeit in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung nicht hinreichend sicher geklärt sind vor allem zwei Fragen. Zum einen ist unklar, ob die sexuelle Identität bzw. Orientierung nur durch den allgemeinen Gleichheitssatz geschützt wird, oder **ob bereits jetzt bereits ein entsprechender Schutz durch Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG besteht.** Zum anderen wird debattiert, in welchem **Verhältnis Art. 3 Abs. 1 bzw. Abs. 3 GG zum besonderen Schutz von Ehe und Familie gemäß Art. 6 Abs. 1 GG** steht.

Diese Fragen enthalten deshalb besondere Brisanz, weil die beiden **Senate des Bundesverfassungsgerichts hier auf unterschiedlichen Linie** liegen, und weil das Ergebnis dieser Fragen weit reichende Folgen für die Anwendung und Auslegung beziehungsweise nötige Änderung des einfachen Rechts (vor allem Familienrecht, Erbrecht, Steuerrecht, Sozialrecht sowie öffentliches Dienstrecht) haben.

Bis Mitte 2009 gingen Rechtsprechung und Literatur davon aus, dass das Merkmal der sexuellen Orientierung beziehungsweise Identität nicht unter den Schutz des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG fällt, sondern nur unter den Schutz des Art. 3 Abs. 1 GG, der freilich – wie ausgeführt – bereits recht intensiv ist. Mit einer Entscheidung vom 7.7.2009 hat nun der **1. Senat des BVerfG** in dieser Frage Neuland betreten. In dieser Entscheidung wurde festgestellt, dass die Ungleichbehandlung von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft im Bereich der betrieblichen Hinterbliebenenrente verfassungswidrig ist. In der Begründung führt der 2. Senat aus, dass die **sexuelle Orientierung als qualifiziertes Persönlichkeitsmerkmal anzusehen** sei,

⁶ BVerfG, Beschl. v. 18.7.2005 - 2 BvF 2/01, E: 113, 167 (214 f.) m.w.Nachw.

das **mit den in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG aufgeführten Merkmalen vergleichbar** sei, und das daher **gleichfalls nur aus besonderen Gründen verfassungsmäßigen Differenzierungen zugänglich** sei.⁷ Der 2. Senat hat damit den durch Art. 3 Abs. 1 GG vermittelten Schutz gegenüber Differenzierungen wegen der sexuellen Orientierung auf das **Schutzniveau von Art. 3 Abs. 1 S. 1 GG** gehoben.

Allerdings sind die dadurch bewirkten allgemeinen Unterschiede im Ergebnis zunächst weniger gravierend, als er auf den ersten Blick zu sein scheint: Da einerseits – wie bereits ausgeführt – das Merkmal der sexuellen Orientierung bzw. Identität bereits unter Art. 3 Abs. 1 GG einen intensiven Schutz genießt, und andererseits im Bereich von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG vor allem mittelbare Differenzierungen nach der Rechtsprechung des BVerfG nicht ausgeschlossen sind, sondern lediglich einer entsprechend intensiven Rechtfertigung bedürfen, halten sich die generellen Unterschiede in Grenzen.

Insbesondere **vermittelt auch Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG** nach Ansicht der Literatur⁸ und des BVerfG **keinen absoluten Differenzierungsschutz**; dazu BVerfGE 39, 334, 368: „Davon abgesehen gilt jenes formalisierte Verbot des Art. 3 Abs. 3 GG nicht absolut. Es sollte auf der Hand liegen, dass es nicht unzulässig sein kann, bei der Verwendung eines Lehrers an einer konfessionellen Schule auf dessen Bekenntnis abzustellen oder bei der Berufung des Leiters einer Mädchenschule einer weiblichen Direktorin den Vorzug zu geben oder einen Deutschen deshalb nicht anzustellen, weil er im Ausland aufwuchs und nicht der deutschen Sprache mächtig ist. Man kann diese Grenzen damit begründen, dass Art. 3 Abs. 3 GG ("wegen") nur die "bezweckte" Benachteiligung oder Bevorzugung verbietet, nicht aber einen Nachteil oder einen Vorteil, der die Folge einer ganz anders intendierten Regelung ist (z.B. Regelung zum Schutz der werdenden Mutter oder zum Schutz der verfassungsmäßigen Ordnung usw.), oder kurz mit dem Rückgriff auf "die Natur der Sache" (vgl. BVerfGE 7, 155 [170]).“

Bedeutung hat die neue Rechtsprechung freilich **für die rechtliche Behandlung der Ehe**. Das geltende Recht knüpft vielfältige Vorzüge und Leistungen an den Tatbestand einer Ehe an, nicht aber an den Tatbestand einer gleichgeschlechtlich orientierten Menschen offenen Lebenspartnerschaft. In der Entscheidung vom 7.7.2009 setzt der 1. Senat des BVerfG den Differenzierungsmöglichkeiten des Gesetzgebers nun engere Grenzen. Ansatzpunkt für diese Grenzverschiebung ist eine **Neuinterpretation von Art. 6 Abs. 1 GG**: Der nach dem Verfassungstext vorgesehene besondere Schutz von Ehe und Familie wird nun so verstanden, dass der **„bloße Verweis auf das Schutzgebot der Ehe“ Differenzierungen dann nicht rechtfertigt, wenn hierdurch andere Lebensformen wie z.B. die gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaft ohne Sachgründe von hinreichendem Gewicht benachteiligt würden**.

Dieses Urteil bewirkt ein Zweifaches: Zum einen wird der **gleichheitsrechtliche Schutz der sexuellen Orientierung von Art. 3 Abs. 1 GG auf die Ebene des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG gezogen**. Diese Änderung alleine ist freilich nur von begrenzter Bedeutung, da, wie gezeigt, einerseits bereits unter Art. 3 Abs. 1 GG ein intensiverer Schutz gegenüber Differenzierung besteht, andererseits in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch im Bereich von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG Differenzierungen zulässig sein können, soweit sie Nachteil oder Vorteil einer Regelung sind, die andere Ziele intendiert als die Differenzierung bzw. auf Gründen beruht, die nicht unmittelbar den in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG genannten Merkmalen entsprechen.

⁷ BVerfG, Beschl. v. 7.7.2009, 1 BvR 1164/07, Rdnr. 87 ff.

⁸ Kischel, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), GG, Ed.6, Art. 3 Rdnr. 193.

Ihre eigentliche Wirkung entfaltet die **gleichheitsrechtliche Hochzoning der sexuellen Identität erst im Verbund mit der Herabzoning des verfassungsrechtlichen Schutzes der Ehe**, die dadurch bewirkt wird, dass nun **Differenzierungen nicht mehr alleine auf das explizite verfassungsrechtliche Schutzgebot der Ehe gestützt** werden dürfen, **sondern weitere Sachgründe von hinreichendem Gewicht erfordern**. Damit wird in der Sache ein **grundsätzliches Gleichbehandlungsgebot von Ehe und anderen Formen des Zusammenlebens postuliert**, das für Differenzierungen zwischen Ehen und anderen Formen des Zusammenlebens weitere sachliche Gründe verlangt. Rechtliche Differenzierungen zwischen Ehe und Lebenspartnerschaft dürfen nun nicht mehr allein auf das explizite verfassungsrechtliche Schutzgebot der Ehe gestützt werden, sondern erfordern weitere Sachgründe von hinreichendem Gewicht. Den Bestand dieser Rechtsprechung vorausgesetzt, wäre der dadurch ausgelöste **Bedarf an Änderungen es einfachen Rechts** ganz erheblich. Da er im Ergebnis dem entsprechen würde, was auf Basis der Rechtsprechung vor dem 7.7.2009 bei der vorgeschlagenen Änderung des Grundgesetzes veranlasst wird, wird dies an dieser Stelle unten aufgezeigt werden.

4. Art. 33 Abs. 2 GG

Für den Bereich des **öffentlichen Dienstrechts** ist zudem Art. 33 Abs. 2 GG zu beachten, wonach jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt hat. Diese Regelung lässt allein die genannten positiven Kriterien bei der Auswahl von Einstellungen und Beförderungen zu und **schließt damit den Rückgriff auf die sexuelle Identität beziehungsweise Orientierung als unzulässiges Auswahlkriterium aus**.

5. Landesverfassungsrecht

Das Verfassungsrecht abschließend ist darauf hinzuweisen, dass **einige Landesverfassungen ein Benachteiligungsverbot wegen der sexuellen Identität** vorsehen, z.B. Art. 12 Abs. 2 Bbg. Verf, Art. 2 Abs. 2 BremVerf sowie Art. 10 Abs. 2 BerlVerf. Dabei wird unter sexueller Identität im Sinne der Berliner Verfassung das geschlechtliche Selbstverständnis der Grundrechtsträger verstanden. Die thüringische Verfassung verwendet dagegen in Art. 2 Abs. 3 ThürVerf das Merkmal der „**sexuelle Orientierung**“. Zu diesen Differenzen und deren möglicher Bedeutung weiter unten.

IV. Einfaches Recht

Auf der Ebene des einfachen Rechts gibt es zahlreiche und differenzierte Regelungen zum Schutz vor Benachteiligungen wegen der sexuellen Identität. Zunächst ist hier das **Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)** zu nennen, das in seinem Anwendungsbereich sowohl vor unmittelbaren als auch vor mittelbaren Diskriminierungen schützt. Das AGG ist insoweit eine **Umsetzung der EG-Gleichbehandlungsrichtlinie**, weshalb der Begriff der sexuellen Identität hier gleichbedeutend mit dem der sexuellen Ausrichtung im Sinne der Richtlinie sein und daher auch das sexuelle Verhalten (jedenfalls über mittelbare Diskriminierung, vgl. *Schlachter*, in: ErfKomm, 10.Aufl., § 1 AGG Rn. 14) erfassen soll. Der **Anwendungsbereich des AGG** ist zudem **weit gefasst** und umfasst neben **Benachteiligungen von Privaten** auch

solche **staatlicher Akteure**. Zudem gilt das AGG **auch für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse** (vgl. § 24 AGG). An **weiteren einfachrechtlichen Regelungen** sind vor allem zu nennen § 75 BetrVG sowie § 9 BBG bzw. § 9 BeamtStG.

C. Folgen der vorgeschlagenen Verfassungsänderung

I. Folgen abhängig von künftiger Position des BVerfG zu Art. 3 Abs. 3 S. 1, 6 Abs. 1 GG

Die möglichen Folgen der vorgeschlagenen Verfassungsänderung hängen vor allem davon ab, ob und wieweit sich die oben skizzierte Linie des 1. Senats des Bundesverfassungsgerichts durchsetzen wird.

II. Mögliche Folgen bei angenommener nachvollziehender Änderung

Dieses unterstellt, bewirkte die Rechtsprechung bereits nach geltendem Recht einen verfassungsrechtlichen Schutz der sexuellen Identität bzw. Orientierung, der der geplanten Änderung entspricht; **insoweit hätte die Änderung lediglich deklaratorischen Charakter**.

Freilich sind damit die möglichen Folgen der Änderung nicht erschöpft. Vor allem könnte die Aufnahme des Merkmals der sexuellen Identität in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG dazu führen, dass bei der **künftigen Auslegung von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG** der Katalog der dort genannten Merkmale als abschließend betrachtet wird. Dies hätte zur Folge, dass **dynamische Fortentwicklungen und Anpassungen**, wie sie der 1. Senat des BVerfG in der Entscheidung vom 7.7.2009 vorgenommen hat, **künftig als ausgeschlossen zu betrachten** wären. Desgleichen ist nicht ausgeschlossen, dass **Weiterentwicklungen im Bereich des freiheitsrechtlichen Schutzes blockiert** werden mit dem Argument, dass die Rechtsfragen des Schutzes nun umfassend und explizit und insoweit abschließend in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG geregelt seien, weshalb Weiterentwicklungen des aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 I GG gewährten freiheitsrechtlichen Schutzes aus systematischen Gründen nicht zulässig seien.

III. Mögliche Folgen bei angenommener substantieller Änderung

Setzt sich die Linie des 1. Senats nicht durch, wäre die vorgeschlagene Verfassungsänderung eine echte, substantielle Änderung. Deren Folgen können an den Folgen abgeschätzt werden, die Rechtsprechung und Literatur der Entscheidung vom 7.7.2009 zumessen.

1. Unmittelbarer Änderungsbedarf im einfachen Recht

Wie bereits erörtert, besteht die **Hauptwirkung** nicht in einer Verstärkung des allgemeinen Diskriminierungsschutzes, sondern in der **Angleichung von Ehe und eingetragener Partnerschaft**. Die entsprechenden Folgen sind erheblich; **zahlreiche Vorschriften des einfachen Rechts** gehören nun auf den verfassungsrechtlichen Prüfstand und **müssen** gegebenenfalls oder ziemlich sicher **geändert werden**. Als in Folge nur dieses einen Richterspruchs anzupassende bzw. zu ändernde Regelungsbereiche werden unter anderem genannt: Weitere Regelungen der Hinterbliebenenversorgung; verschiedene weitere Regelungen des öffentlichen Dienstrechts, insbesondere der Zusatzversorgung; das Ausbildungsförderungrecht; das

Gewerberecht, insbesondere das Recht der Betriebsfortführung; das Recht der öffentlichen Leistungen und Gebühren; sowie das Steuerrecht.⁹

2. Frage der Fremdkindadoption aufgeworfen

Hinzu tritt eine ganze Reihe weiterer Fragen, die nun der Klärung bedürfen. Insbesondere wäre zu klären, ob die **gemeinschaftliche Adoption eines nicht leiblichen Kindes**, die **bisher Eheleute vorbehalten** ist, auch für Lebenspartner möglich sein müsste. Diese **Rechtsfrage ist bislang nicht geklärt**. Die zweite Kammer des 1. Senats des BVerfG hat in einem Beschluss vom 10.8.2009 lediglich entschieden, dass die auch für Lebenspartner gesetzlich vorgesehene Möglichkeit der **Stiefkindadoption** verfassungsgemäß ist.¹⁰ Über die Adoption nicht-leiblicher Kinder ist damit nichts gesagt. Zudem war dies eine Kammer des 1. Senats, der in diesen Fragen eine andere Grundlinie zu pflegen scheint als der 2. Senat. Der **EGMR** hat gleichfalls bislang nur den Fall gerügt, in dem ein Staat eine homosexuell veranlagte Person diskriminiert hat, die ein Kind nicht gemeinschaftlich adoptieren will;¹¹ der **Sachverhalt eine gemeinschaftliche Adoption durch homosexuelle Lebenspartner** hat dem Gerichtshof **bislang nicht vorgelegen**.

3. Spannungsverhältnis zu Art. 6 Abs. 1 GG

Insgesamt betrachtet stellt sich damit die **Frage, ob Ehe und Lebenspartnerschaft** – in Abgrenzung zur Familie – **umfassend gleichgestellt werden müssen**. Damit zeigt sich deutlich, dass die geplante Änderung des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG in einem **Spannungsverhältnis zum besonderen Schutz der Ehe** steht, **den Art. 6 Abs. 1 GG ausdrücklich vorsieht**. Derartige Spannungsverhältnisse zwischen zwei verfassungsrechtlichen Regelungen können prinzipiell auf zwei Arten aufgelöst werden. Zum einen kann – wie die Entscheidung des 1. Senats vom 7.7.2009 – der **Schutz der Ehe durch den Diskriminierungsschutz überspielt** werden.

Überzeugender wäre es zwar, diese Spannungsverhältnis so aufzulösen, wie das Bundesverfassungsgericht **üblicherweise mit kollidierenden Verfassungsrechtsnormen** umgeht: Die Normen werden einer **wechselseitigen Abwägung** zugefügt, die versucht, die widerstreitenden Punkte im Normprogramm der Regelungen einem möglichst schonenden gegenseitigen Ausgleich zuzuführen. Die Ehe kann dann durch den Gesetzgeber weiterhin geschützt werden. Bei der Intensität und Reichweite dieses Schutzes wäre aber das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG zu beachten. Das Ergebnis lautete zugespitzt: Weiterhin Privilegierung der Ehe, aber auf einem geringeren Niveau. Wie dieses verfassungsrechtlich gebotene Schutzniveau im Einzelfall aussieht, kann dabei nur in Bezug auf die jeweilige Konstellation beurteilt werden. Angesichts der Entscheidung vom 7.7.2009 ist **diese differenzierte Lösung** aber keinesfalls sicher, sondern sogar **eher unwahrscheinlich**.

⁹ Hoppe, DVBl. 2009, S. 1516 (1518 f.); von Roettken, jurisPR-ArbR 48/2009 unter D.

¹⁰ BVerfG, Beschl. v. 10.8.2009 - 1 BvL 15/09: FamRZ 2009, S. 1653 f.

¹¹ EGMR, Urt. v. 22. 1. 2008 - 43546/02 (E. B./Frankreich): NJW 2009, S. 3637 ff.

4. Unklares Verhältnis zu weiteren Formen des Zusammenlebens

Zum anderen ist nicht geklärt, ob die **Gleichstellungspflicht** auf Ehe und Lebenspartnerschaften beschränkt ist, oder ob nicht auch **weiteren Formen des Zusammenlebens** eine entsprechende rechtliche Anerkennung gewährt werden müsste.

a) Bisexuelle

Diese Frage hat Relevanz zum einen in Bezug auf **Bisexuelle**, die **nach der Begründung des Gesetzesentwurfs durch die Grundgesetzänderung gerade auch geschützt** werden sollen. Müsste der Gesetzgeber nun auch bisexuellen Rechtsformen des Zusammenlebens zur Verfügung stellen, die ihrer sexuellen Identität entsprechen? Und wenn diese Frage dem Grunde nach bejaht wird: Müsste der Gesetzgeber den Bisexuellen eine **erweiterte Sonderform der Ehe** zur Verfügung stellen, oder genügte es, wenn er **Bisexuellen eine Kombination aus einer Ehe und einer Lebenspartnerschaft ermöglicht**?

Eine Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG um das Merkmal der sexuellen Identität würde es verbieten, wegen der Bisexualität eines Menschen diesen im Vergleich zu Hetero- und Homosexuellen unterschiedlich zu behandeln. Homo- und heterosexuelle Menschen wird nun mit der Ehe oder der eingetragenen Lebenspartnerschaft die Möglichkeit gegeben, ihrer Beziehung einen rechtlichen Rahmen zu geben. Dagegen **kann ein bisexueller Mensch sich nicht bezüglich beider Sexualpartner in eine rechtlich gesicherte Lebens- und Verantwortungsgemeinschaft¹² begeben**. Dem steht zum einen § 1306 BGB entgegen: Eine Ehe darf nicht geschlossen werden, wenn zwischen einer der Personen, die die Ehe miteinander eingehen wollen, und einer dritten Person eine Ehe oder eine Lebenspartnerschaft besteht“, zum anderen § 1 Abs. 3 Nr. 1 LPartG: Eine Lebenspartnerschaft kann nicht wirksam begründet werden mit einer Person, die minderjährig oder verheiratet ist oder bereits mit einer anderen Person eine Lebensgemeinschaft führt. Aus diesen Verboten folgt jeweils, dass der Standesbeamter an einer entsprechenden Eheschließung oder an dem entsprechenden Eingehen einer eingetragenen Lebenspartnerschaft nicht mitwirken darf (§ 1310 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 BGB; § 13 Abs. 1 PStG). Wird eine Ehe doch geschlossen, so ist sie aufhebbar gemäß § 1314 Nr. 1 BGB.

§1306 BGB enthält als Konsequenz des das – tradierte – Eherecht tragenden **Grundsatzes der Einehe bzw. monogamen Zuordnung¹³ das Verbot der Doppelehe.¹⁴** Während dieser bei der eingetragenen Lebenspartnerschaft eingehalten wird, würde sich dieser Grundsatz **bei bisexuellen Menschen mit ihrer sexuellen Identität nicht in Einklang** bringen lassen. Sie **müssten sich für eine rechtlich gesicherte Beziehung entscheiden**. Ein **Grund**, der eine solche **Ungleichbehandlung rechtfertigen** würde, **wäre angesichts eines geänderten Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG nicht mehr ersichtlich**. Mit einer Anerkennung solcher doppelten Beziehungen wird aber die **prinzipiell zweiseitige Struktur des Eherechts aufgehoben**. Eine **Zuordnung wird schwierig**. Beispielsweise müsste überlegt werden, wie **Sorge- und Umgangsrechte mit Kindern** sowie ein **Zugewinnausgleich** oder der **Versorgungsausgleich** ausse-

¹² BVerfG, Beschl. v. 27.5.2008 – 1 BvL 10/05, E: 121, 175 (198 f., 202 f.)

¹³ Der Grundsatz der monogamen Beziehung wird auch als „Ausprägung eines unantastbar empfundenen kulturellen Besitzes“ bezeichnet: *Gernhuber*, in: Coester-Waltjen, 5. Aufl. § 10 Rn 10.

¹⁴ *Müller-Gindullis*, in: Münchener Kommentar, 5. Aufl., § 1306 Rn. 1

hen könnten. Auch die ehelichen Pflichten bzw. Pflichten in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft müssten gegebenenfalls anders definiert werden.¹⁵

Schließlich würde auch die strafrechtliche Vorschrift § 172 StGB, das **Verbot der Doppelsehe**, dessen Rechtsgut nach überwiegender Auffassung die staatliche Eheordnung ist, die auf dem Grundsatz der Einehe beruht,¹⁶ verfassungsrechtlich problematisch¹⁷. Allerdings gilt § 172 StGB seinem Wortlaut nach nur für die Doppelsehe¹⁸, und eine analoge Anwendung auf Doppellebenspartnerschaften scheidet im Strafrecht aus, weshalb das Problem sich reduziert, aber für Ehen bleibt. Nach der vorgeschlagenen Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG müsste diese Vorschrift wohl aufgehoben werden.

b) weitere Formen des Zusammenlebens

Vergleichbare Fragen können gegebenenfalls in Bezug auf **Transgender** oder **Intersexuelle** auftreten. Vor allem stellte sich aber die weitere Frage, wie der deutsche Gesetzgeber auf eine von den Betroffenen schlüssig vorgetragene **sexuelle Identität, die wesentlich auf dem dauerhaften Zusammenleben einer Frau mit mehreren Männern oder eines Mannes mit mehreren Frauen beruht**, reagieren müsste: Hätte er die **verfassungsrechtliche Pflicht, den Betroffenen ein entsprechendes Rechtsinstitut zu Verfügung zu stellen?**

Bei einer – aufgrund der unklaren und weiten Fassung der Begriffs „sexuelle Identität“ anzunehmenden – weiten Auslegung des Begriffs folgt daraus, dass auch polygame Beziehungen nicht diskriminiert werden dürfen, womit auch unter diesem Aspekt die zuvor genannten Vorschriften des BGB und des LPartG zur Diskussion stehen. Der **Grundsatz der monogamen Beziehungen, seien sie ehelicher oder lebenspartnerschaftlicher Natur, wäre prinzipiell nicht mehr aufrechtzuerhalten**. Und selbst wenn die Wirkung der Verfassungsänderung entgegen der dann anzunehmenden verfassungsrechtlichen Lage auf die Anerkennung ausländischer Ehen beschränkt bliebe, stellen sich entsprechende Fragen; insbesondere kann die Verteilung von Ansprüchen der nach dem Tod verbleibenden Partner fraglich sein.¹⁹

Dass **solche Fragen** nach einer Verfassungsänderung durchaus **real werden können**, zeigt die Entscheidung des **BVerfG** vom 27.5.2008.²⁰ Das Gericht hat darin ausgeführt, dass es mit dem Grundgesetz nicht vereinbar ist, dass ein verheirateter Transsexueller nach einer geschlechtsändernden Operation die Möglichkeit der personenstandsrechtlichen Anerkennung seiner neuen Geschlechtszugehörigkeit erst hat, wenn seine Ehe zuvor geschieden wird. Das Gericht sieht dabei eine mögliche Lösung darin, dass der Gesetzgeber eine gleichwertige Fortsetzung der rechtlich gesicherten Partnerschaft in der Art vorsieht, dass zwar nicht die Ehe fortgesetzt wird, aber der Übergang in eine **vergleichbare, institutionell abgesicherte Lebensform** gesichert wird, die **inhaltlich mit dem Ehestatus voll gleichwertig** ist. Ange-

¹⁵ Bspw. Treue, auch wenn Vereinbarung über liberale Ehe möglich sein soll, so *Roth*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 1353 Rn. 40.

¹⁶ *Lenckner*, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., § 172 Rn. 1

¹⁷ vgl. zu Bedenken bereits *Ritscher*, in: Münchener Kommentar, StGB, § 172 Rn. 2 vor Neufassung des § 1306 BGB, der dem Grundsatz der Einehe keine Zukunft vorhersagt; der Gesetzgeber hat sich aber 2004 mit der Änderung des § 1306 BGB entschieden, diesem Grundsatz umfassendere Geltung zukommen lassen, weil auch Ehe und eingetragene Lebenspartnerschaft nicht nebeneinander existieren sollen

¹⁸ *Lackner/Kühl*, StGB, 26. Aufl. § 172 Rn. 2a

¹⁹ Dazu die Entscheidung des BSG, NZS 2001, S. 426 ff. bzgl. einer Witwenrente in einer Mehrehe eines Ausländers.

²⁰ *BVerfG*, Beschl. v. 27.05.2008, 1 BvL 10/05: E 121, 175 ff.

sichts dieser Entscheidung liegt es nahe, dass das BVerfG bei einem geänderten Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG auch eine **Pflicht des Gesetzgebers zur rechtlichen Anerkennung anderer Formen des Zusammenlebens** annehmen wird.

5. Unklarer und weiter Schutzbereich

Die **Unsicherheiten hinsichtlich der Folgen der vorgeschlagenen Verfassungsänderung werden dadurch verstärkt, dass der den Schutz auslösende Begriff der „sexuellen Identität“ relativ ungenau und weit** ist. Bei der „sexuellen Identität“ handelt es sich um einen relativ vagen und offenen Begriff, der in den bestehenden rechtlichen Regelungen sowie der entsprechenden Literatur unterschiedlich und offen verwendet wird. Die **schwache Bestimmtheit und Offenheit** besetzt dabei vor allem **durch die Verbindung eines unklaren und wohl eher weit zu verstehenden Bezugs zur Frage der Relevanz des subjektiven Selbstverständnisses** (subjektive Überzeugung statt intersubjektiver bzw. objektiver Ankerkennung) **mit einem eher weiten Bezug zum Schutz auch der Handlungsebene** (nicht nur Status bzw. innere Präferenz, sondern auch dessen äußere Entfaltung durch bestimmte sexuelle Verhaltensweisen).

a) keine Eingrenzung in der Begründung des Gesetzesentwurfs

Diese **weite Öffnung kann** auch durch einen Blick auf die in der Begründung genannten Beispielsgruppen unmittelbar oder mit Bezug auf deren Charakteristika **nicht eingegrenzt werden**. Die **Begründungen der Gesetzesentwürfe** enthaltenen insoweit **überwiegend keine weiteren BestimmungenEingrenzungen**. Sie führen zwar regelmäßig auf, was auf jeden Fall in den Bereich der sexuellen Identität fallen soll, nehmen aber keinerlei negative Ausgrenzungen vor zu dem, was nicht in den Bereich fallende Einstellungen und Verhaltensweisen näher konkretisiert werden. Zudem ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass die in den Entwurfsbegründungen angeführte Transsexualität zumindest vom EuGH als Frage der Geschlechteridentität behandelt wird. Eine **negative** Ausgrenzung unternimmt alleine die Begründung des Gesetzesentwurfs der Fraktion „DIE LINE“ (BT-Drucks. 17/472, S. 4). Allerdings finden die dort vertretenen Ausgrenzungen **keinerlei Anhaltspunkte im Wortlauf der vorgeschlagenen Verfassungsänderung** und sind bereits insoweit unschlüssig.

b) Verwendung und Bedeutung variabel und offen

Eine **Orientierung an anderen** einfachrechtlichen, landesverfassungsrechtlichen und unions- bzw. völkerrechtlichen **Vorgaben** ist zum einen **systematisch und normhierarchisch nicht ohne weiteres zulässig**. Zum anderen hilft sie auch deshalb nicht weiter, weil **diese Rechtsbegriffe zum Teil gleichfalls erhebliche Auslegungsunsicherheiten** aufweisen. Zwar fällt auf, dass in den anderen Antidiskriminierungsregelungen statt der „sexuellen Identität“ häufig der Begriff der „sexuellen Ausrichtung“ verwendet wird. Dies beruht zwar nicht nur auf Zufälligkeiten. Allerdings zeigt der **nähere Blick auf Genese und aktuelle Verwendungen der beiden Begriffe** deutlich, dass auch insoweit **ein hinreichend klares Begriffsverständnis nicht zu erlangen** ist.

aa) Verwendung der „sexuellen Identität“ in den Landesverfassungen

Der **Rechtsbegriff der „sexuellen Identität“** ist vornehmlich einer des deutschen (**Landes**)**Verfassungsrechts**. Den – soweit ersichtlich – ersten Schritt in dieser Hinsicht unternahm das **Land Brandenburg**. Allerdings hatte Art. 13 Abs. 3 des Entwurfs des Verfassungsausschusses v. 31.5.1991 (Bbg.-GVBl. I 1991, 96²¹) interessanterweise noch das Merkmal der „sexuellen Orientierung“ in Bezug genommen. Erst mit Art. 12 Abs. 2 des Entwurfs v. SPD, CDU, PDS-LL, FDP, Bündnis 90 (Bbg-LT-Drucks. 1/625 v. 13.12.1991), verabschiedet am 22.4.1992 (GVBl. I 1992, 122), wurde das Merkmal der Orientierung durch das der **Identität** ersetzt. Die Gründe für den Austausch der Begrifflichkeiten sind heute zwar nicht mehr im Einzelnen ermittelbar; allerdings wird deutlich, dass der schlussendlich gewählte **Begriff der sexuellen Identität als überlegener, weil umfassender** betrachtet wurde.

Das Abgeordnetenhaus von Berlin schloss sich dieser Begriffsgebung am 8.6.1995 an, als es mit **Art. 10 Abs. 2 der Verfassung Berlin** ebenfalls ein Verbot der Diskriminierung auf Grund der sexuellen Identität statuierte (Art. 10 Abs. 2 Verf. v. 23.11.1995, GVBl. 1995 S. 779). Der Verfassungsänderung lag allerdings hier ein Verständnis zugrunde, welches „sexuelle Identität“ mit „sexueller Orientierung“ faktisch gleichsetzte, vgl. Schlussbericht der Enquete-Kommission „Verfassungs- und Parlamentsreform“, BI-LT-Drucks. 12/4376, S. 27. Andererseits wurden Bedenken laut, **dass der Begriff der „sexuellen Identität“ ebenso wie die mit dem Diskriminierungsverbot „gewünschte Rechtsfolge“ unklar** seien und damit Missverständnisse in erheblichem Umfang zugänglich sein könnten, Stellungnahme des Senats zum Schlussbericht der Enquete Kommission, BI-LT-Drucks. 12/5224, S. 2 f. Mit derselben Begründung hatte Berlin bereits seine **Stimmhaltung im Rahmen der Beratungen der Verfassungskommission in Bezug auf die bereits damals vorgeschlagene Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 GG um ein Merkmal der sexuellen Identität gerechtfertigt**, dass nämlich, **„sowohl der Begriff als auch die gewünschte Rechtsfolge unklar und damit Missverständnissen erheblichen Umfangs zugänglich sein könnten“** (Bericht über die Ergebnisse der Beratungen der Gemeinsamen Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat und die Haltung Berlins zu den einzelnen Vorschlägen, BI-LT-Drucks. 12/3629, S. 4). Den Initiatoren des schlussendlich dennoch in die Verfassung eingefügten Diskriminierungsverbots jedenfalls stand offenbar eine **weite, insbesondere auch ein „forum externum“ einbeziehende Lesart** vor Augen, vgl. den Antrag über ein Achtundzwanzigstes Gesetz zur Änderung der Verf. von Berlin, BI-LT-Drucks. 12/4874, S. 7 (zu Art. 8 Abs. 2 des Entw.): „[...] enthält die Diskriminierungsverbote des GG und ergänzt diese um die Verbote der Diskriminierung wegen der sexuellen Identität sowie wegen Behinderungen. Damit steht zwei schutzwürdigen gesellschaftlichen Gruppen zusätzlich ein ausdrückliches Diskriminierungsverbot zur Seite.“

Schließlich rekuriert mit dem aktuellen **Art. 2 Abs. 2 der Landesverfassung Bremens** (eingeführt durch G v. 4.9.2001, Brem. GBl. 2001, S. 279) auch die Hansestadt Bremen auf den Begriff der „sexuellen Identität“. Allerdings hatte – ebenso wie in Brandenburg (s.o.) der ursprüngliche Entwurf noch eine Ergänzung der Bremischen Verfassung um die Worte „sexuelle Orientierung“ vorgesehen, s. Antrag der Fraktion B90/Die Grünen für ein Verbot der Diskriminierung wegen sexueller Orientierung in die Landesverfassung, Br-LT-Drucks. 15/581 v. 21.12.2000. Doch die Initiatoren des Entwurfs waren sich der begrifflichen Problematik of-

²¹ „Niemand darf wegen seiner Rasse, Abstammung, Nationalität, Sprache, seines Geschlechts, seiner sexuellen Orientierung, seiner sozialen Herkunft oder Stellung, seiner Behinderung, seiner religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung bevorzugt oder benachteiligt werden.“

fenbar bewusst und sahen Veranlassung zu einer eingehenderen Diskussion der Formulierung, „die das, was wir wollen, am exaktesten und besten trifft, ohne Missverständnisse zu eröffnen“, s. Ausf. MdL *Kuhn* (B90/Die Grünen), Bremische Bürgerschaft, Stenograph. Ber. 15/33, S. 2469 B. Der zur Beratung einberufene nichtständige Ausschuss schlug denn auch die Ersetzung des Merkmals der Orientierung durch das der Identität vor, weil das Merkmal der „Orientierung/Ausrichtung“ offenbar als zu statisch, das der „**Identität**“ demgegenüber offenbar **als entwicklungsöffener, dynamischer und umfassender** verstanden wurde und nur auf diesem Wege eine **Einbeziehung auch Transsexueller** gewährleistet schien. Hierzu Bericht und Antrag des nichtständigen Ausschusses gemäß Art. 125 der Landesverfassung, Br-LT-Drucks. 15/723 v. 16.05.2001, S. 1: „Die Anschauungen über die Sexualität haben sich in den letzten Jahrzehnten gewandelt. Dennoch sind einzelne Formen der Sexualität mit gesellschaftlichen Benachteiligungen verbunden. [...] Die Formulierungen sind unterschiedlich. **Der Ausschuss war sich darin einig, eine Formulierung zu wählen, die Sexualität nicht nur als statisches, vorgegebenes Merkmal erfasst, sondern auch Formen der Sexualität umschließt, die sich im Laufe der lebensgeschichtlichen Entwicklung ergeben oder mit einer bewussten Entscheidung verbunden sein können.** Darüber hinaus soll die Formulierung klarstellen, dass unter das Benachteiligungsverbot neben Homosexuellen auch **Bisexuelle** und **Transsexuelle** fallen sollen. Der Ausschuss geht davon aus, dass der Begriff sexuelle Identität diesen beiden Zielen gerecht wird.“ Die Motivation zur Modifikation des Entwurfswortlauts erschließt sich eindeutig auch aus den Ausf. des MdL *Eckhoff*, Stenograph. Ber. 15/39, S. 2941 C: „Wir waren uns im Ausschuss dann insgesamt darüber einig, dass diese Formulierung [sexuelle Orientierung] nicht alles enthält, was mit sexuellen Wünschen und Vorlieben zu tun hat, sondern insbesondere die Fragestellung von entsprechenden Veranlassungen und damit Neigungen beinhaltet. Aus diesem Grunde sind wir dann im Ausschuss zu der Überzeugung gekommen, dass die Wortwahl der sexuellen Identität besser als der Begriff der sexuellen Orientierung ist. Wir gehen davon aus, dass sich die sexuelle Identität besser auf das bezieht, was der Ausschuss beabsichtigt, nämlich die Landesverfassung um das Benachteiligungsverbot für Homosexuelle, Bisexuelle und Transsexuelle zu ergänzen beziehungsweise die Benachteiligungen, die diese Personenkreise haben, auch durch die Landesverfassung verbieten zu lassen. Es **ging uns nicht darum**, und auch dies ist im Ausschuss gesagt worden, **dass eine Landesverfassung alle Formen von sexuellen Vorlieben sozusagen abdecken und schützen kann.** Wir waren der festen Überzeugung, dass sich dies in dem Begriff der sexuellen Identität besser wiederfindet als in dem der sexuellen Orientierung“. S. schließlich auch MdL *Engelmann*, Stenograph. Ber. 15/39, S. 2942 D: „Für die SPD habe ich im Ausschuss vertreten, dass sich die SPD für den Begriff der sexuellen Identität ausspricht, zum einen, weil wir einfach der Meinung sind, dass nicht nur die Homosexualität, sondern auch Bi- und Transsexuelle unter diesen Schutz gestellt werden sollen. Gerade Transsexuelle leiden unter einem besonderen Schicksal. Von daher sind wir der Meinung, dass auch diese Gruppe einfach einbezogen werden soll. Wir sind der Meinung, dass das Wort Identität ganz einfach für diesen Personenkreis insgesamt eindeutiger und treffender ist.“

bb) Verwendung der „sexuellen Orientierung“ in der thüringischen Verfassung

Art. 2 Abs. 3 der Verfassung des Freistaats Thüringen v. 25.10.1993 (Thür. GVBl. 1993, 625 ff.) statuiert ein Verbot der Diskriminierung auf Grund der sexuellen Orientierung²². Der Grund für diese von der seinerzeit bereits existierenden brandenburgischen Bestimmung abweichenden Begriffswahl ist aus den einschlägigen parlamentarischen Vorgängen und Ablä-

²² So bereits Beschlussempfehlung des Verfassungs- und Geschäftsordnungsausschusses, Thür.-LT-Drucks. 1/2106 v. 01.04.1993, Entw., S. 3 ff., Art. 2 Abs. 3. Ebenso Drucks. 1/2660 v. 20.09.1993, Entw., S. 3 ff.

fen nicht mehr ersichtlich. Eingedenk der als bekannt vorauszusetzenden brandenburgischen Rechtslage ist zwar von einer bewussten Abweichung vom insoweit verwendeten Begriff der Identität auszugehen; genaueres lässt sich aber nicht sagen.

cc) Verwendung des Begriffs der sexuellen Identität im einfachen Recht

Einfachrechtlich nimmt den Begriff der „**sexuellen Identität**“ prominent § 1 AGG auf. Dies ist bemerkenswert, da die ihm zugrunde liegende europarechtliche Vorgabe, namentlich Art. 1 (et passim) der **Richtlinie 2000/78/EG** des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABl. L 303 v. 2.12.2000, S. 16) den Begriff der „**sexuellen Ausrichtung**“ verwendet. Die Begründung zum Regierungsentwurf nimmt insoweit auf die zu diesem Zeitpunkt bereits geltende Fassung des § 75 BetrVerfG Bezug, obwohl offenbar keine überschießende Richtlinienumsetzung intendiert war, s. Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung, BT-Drucks. 16/1780, S. 31: „Der Begriff der „sexuellen Identität“ entspricht der bereits zur Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG in § 75 des Betriebsverfassungsgesetzes erfolgten Wortwahl. Erfasst werden homosexuelle Männer und Frauen ebenso wie bisexuelle, transsexuelle oder zwischengeschlechtliche Menschen.“ § 75 BetrVerfG (i.d.F. des G v. 23.7.2001, BGBl. I 2001, S. 1852). Wiederum lag offenbar ein **Begriffsverständnis** zugrunde, nach welchem die **Begriffe der sexuellen Identität und der sexuellen Ausrichtung quasi deckungsgleich** sind, s. Entw. eines Gesetzes zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes, BT-Drucks. 14/5741 v. 2.4.2001, S. 45: „Damit wird die Richtlinie 2000/78/EG [...] hinsichtlich des Diskriminierungsverbots aufgrund der sexuellen Ausrichtung teilweise umgesetzt.“

Zudem stellt sich auch hier das Problem der Eingrenzung in Kollisionslagen. Das in § 1 AGG aufgeführte Diskriminierungsmerkmal der sexuellen Identität scheint prima facie zwar schrankenlos garantiert. Gleichwohl wird aber davon ausgegangen, dass nicht jede sexuelle Identität des Diskriminierungsschutzes teilhaftig wird. Vielmehr sollen Praktiken, die mit Eingriffen in fremde Rechtsgüter und Verstößen gegen sonstige strafrechtliche Vorschriften verbunden werden „vom Schutzbereich ausgenommen“²³ sein.

dd) Verwendung der „sexuellen Orientierung“ im europäischen Recht

Die dem AGG zugrunde liegende **Richtlinie 2000/78/EG** des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABl. L 303 v. 2.12.2000, S. 16) verwendet (Art. 1 et passim) den Begriff der „sexuellen Ausrichtung“ (engl.: „sexual orientation“, franz.: „orientation sexuelle“). Auch die **Grundrechtecharta** (ABl. C 364 v. 18.12.2000, S. 1; ABl. C 83 v. 30.3.2010 S. 389) bedient sich in Art. 21 Abs. 1 des Merkmals der „sexuellen Ausrichtung“. Hierauf nimmt nunmehr schließlich auch Art. 10 AEUV (ABl. C 83 v. 30.3.2010 S. 1) Bezug: „Bei der Festlegung und Durchführung ihrer Politik und ihrer Maßnahmen zielt die Union darauf ab, Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion

²³ Für einen tatbestandlichen Ausschluss pädophiler Neigungen offenbar etwa *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht, Bd. 1: Individualarbeitsrecht, Berlin u. a., 4. Aufl. (2008), § 5 Rdnr. 10; *Rabbe*, in: Böllmann/Hemme/Korkmaz/Kühn/Sinn (Hrsg.), Die Menschenrechte als Grundlage für eine gesamteuropäische Rechtsentwicklung und ihr Einfluss auf das Strafrecht, das Öffentliche Recht und das Zivilrecht, Berlin (2006), 285 (296); *Stark*, ZEuS 2005, 1 (19); *Hümmerich/Boecken/Düwell*, Anw.-Komm. Arbeitsrecht, Bd. 2, Bonn (2008), § 1 AGG Rdnr. 17.

oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen.“ (Ebenso Art. 19 AEUV).

ee) Begriff der „sexuellen Identität“ in früheren und aktuellen Gesetzesentwürfen

Art. 1 Nr. 3 des Entwurfs der SPD-Fraktion für ein Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes, BT-Drucks. 12/6323 v. 1.12.1993 sah bereits die folgende Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 vor: „Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner sexuellen Identität, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden.“ Auch diesem Entwurf, der sich an der seinerzeit bereits geschaffenen brandenburgischen Verfassungsrechtslage orientierte, lag offenbar ein **weites Verständnis** zugrunde, hierzu Begr., a.a.O., S. 11: „Menschen gleichgeschlechtlicher Orientierung, Bisexuelle und Transsexuelle sind in unserer Gesellschaft Opfer von Vorurteilen. [...] Deshalb ist es erforderlich, ein Diskriminierungsverbot zugunsten der sexuellen Identität in die speziellen Gleichheitsgebote des Artikels 3 Abs. 3 des Grundgesetzes aufzunehmen; ein entsprechendes Diskriminierungsverbot enthält die Verfassung des Landes Brandenburg. **Der Begriff der Identität meint in diesem Zusammenhang ein Gefühl der Einheit und Beständigkeit der Persönlichkeit.** Das daran anknüpfende Diskriminierungsverbot verschafft daher dem in Artikel 1 und Artikel 2 des GG verankerten Schutz der Persönlichkeit mit Blick auf die sexuelle Orientierung der Person besondere Geltung.“

Dagegen wandte allerdings bereits der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages, **Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses**, BT-Drucks. 12/8165 v. 28.6.1994, S. 39, erfolgreich ein: „Die Ausschussmehrheit der Koalitionsfraktionen sieht dagegen die **sexuelle Identität hinreichend** durch den Grundsatz der Menschenwürde, die allgemeine Handlungsfreiheit und das allgemeine Persönlichkeitsrecht **geschützt**. Einer weiteren Ausdifferenzierung des Artikels 3 Abs. 3 GG widerstreite weiterhin, dass die Verfassung durch die Atomisierung in noch mehr Gruppen Schaden nehmen könne, zumal wenn Änderungen allein aus Zeitströmungen heraus vorgenommen würden.“

Die aktuellen Ergänzungsanträge der Länder Berlin, Bremen und Hamburg (BR-Drucks. 741/09) sowie die verhandlungsgegenständlichen Entwürfe der Fraktionen von SPD (BT-Drucks. 17/254), Bündnis 90/ Die Grünen (BT-Drucks. 17/88) und Linkspartei (BT-Drucks. 17/472) greifen ebenfalls auf das Merkmal der **sexuellen Identität** zurück, **begründen diese Begriffswahl indes nicht mehr weiter**. Allein der **Entwurf der Fraktion der Linkspartei** enthält immerhin die **ausdrückliche Erklärung, dass der Begriff der „sexuellen Identität“ den der Ausrichtung mitumfasse und unternimmt überdies den Versuch einer Negativabgrenzung gegen „intolerable“ Sexualpraktiken**, vgl. BT-Drucks. 17/472, S. 4: „Der Begriff „sexuelle Identität“ fasst ausdrücklich und ausschließlich die geschlechtliche Identität und die sexuellen Orientierung. Der Schutz vor Diskriminierung bezieht sich auf Lesben, Schwule, Transsexuelle, Transgender und Intersexuelle. Der Begriff „sexuelle Identität“ ist bereits in § 75 BetrVG, § 1 AGG und in Landesverfassungen von Berlin und Bremen (Artikel 10 Absatz 2 der Verfassung von Berlin, Artikel 12 Absatz 2 der Verfassung des Landes Brandenburg, Artikel 2 der Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen) eingegangen und wird zum Schutz dieser Gruppen verstanden. **Eine weitergehende Interpretation des Begriffs, beispielsweise eine, die hierin den Schutz für Sodomiten und Pädophile sehen würde, diskreditiert den Begriff „sexuelle Identität“ bewusst.**“ In diesem Sinne äußerte sich auch der (für die Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 GG votierende) rheinland-pfälzische Staatsminister Karl Peter Bruch in einer zu Protokoll gegebenen Erklärung zu Punkt 2 der

Tagesordnung, Stenograph. Bericht 864 v. 27.11.2009, Anlage 1, S. 437: „Die Landesregierung weist jedoch zugleich darauf hin, dass es auch unter der angestrebten Verfassungslage nach ihrem Verständnis **möglich bleibt, sachgerecht zu differenzieren und nach dem Wertverständnis der Verfassung nicht tolerable Formen der Sexualität zu unterbinden.** Selbst bei einem weiten Verständnis des Begriffs der sexuellen Identität, das nicht nur die gleichgeschlechtliche Orientierung, sondern auch andere denkbare Formen der Sexualität einbezieht, hindert dies nach allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätzen nicht, zum Schutz anderer Verfassungsgüter Beschränkungsmaßnahmen vorzusehen.“

c) offene Interpretation durch das BVerfG

Hinzu kommt, dass auch dann, wenn die hier in Rede stehende Gesetzentwürfe insbesondere nach einer erneuten Beratung von einem engeren Begriff der sexuellen Identität ausgehen sollten – wie sie im Entwurf der Linksfraktion ausdrücklich niedergelegt ist – eine **hinreichende Sicherung gegen eine ausweitende Interpretation des Begriffs nicht besteht.**

Zum einen wäre eine erforderliche Zweidrittelmehrheit in Bundestag und Bundesrat nicht mit den entwurfstragenden Fraktionen identisch, und sie müsste sich die in der Entwurfsbegründung niedergelegten Auslegungen nicht zu eigen machen. Dies liegt auch deshalb nahe, weil mit dem Begriff der sexuellen Identität ein im außerrechtlichen Diskurs hochkontrovers diskutierter und insoweit „vorbelasteter“ Terminus²⁴ zum Rechtsbegriff erhoben werden soll.

Zum anderen stellt das BVerfG bei der Auslegung von verfassungsrechtlichen Regelungen nur zum Teil auf die Genese einer Regelung sowie das damit vom Gesetzgeber nachweisbar intendierte Regelungsziel ab. Denn statt einer entsprechenden subjektiv-historischen Interpretation greift es in seiner Praxis zu einer **objektiv-historischen Interpretation**, die an die Stelle des historischen Willens des Gesetzgeber eine interpolierende und offene Betrachtung vornimmt, die mit wertenden Aspekten aufgefüllt wird und daher **dem Gericht einen ganz erheblichen Spielraum zur Abweichung von einem tatsächlich intendierten Regelungs-zweck einräumt.**

Die Annahme eines **entsprechend offenen und unklaren Umgangs mit einem offenen und unklaren Begriff** durch die gegenwärtige Entscheidungspraxis des BVerfG bestätigt, nämlich durch die bereits erwähnte **Entscheidung vom 7.7.2009**. Das BVerfG stellt in der Entscheidung **nicht** auf die – als einzufügend vorgeschlagene – „sexuelle Identität“ ab, sondern verwendet **durchgängig** den Begriff der „sexuellen Orientierung“ (Rdnrn. 85, 87 ff.). Der Begriff der „Identität“ wird dagegen **nur im Zusammenhang mit der europäischen Rahmenrichtlinie** erwähnt (Rdnr. 123).

6. Auswirkungen auf das Zivilrecht

Die Auswirkungen auf das Zivilrecht sind zum Teil geringer als angenommen. Denn ein der vorgeschlagenen Verfassungsänderung entsprechender unmittelbarer Schutz wird bereits jetzt

²⁴ Vgl. zur Diskussion um Gehalt und Reichweite des Begriffs der sexuellen Identität anstelle dessen etwa: *Weeks*, in: Schmerl/Soine/Stein-Hilbers/Wrede (Hrsg.), *Sexuelle Szenen. Inszenierung von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften*, Opladen (2000), S. 163 ff.; *Timmermanns*, in: Schmidt (Hrsg.), *Handbuch Sexualpädagogik und sexuelle Bildung*, 261 ff.; *Maccoby*, *Psychologie der Geschlechter: Sexuelle Identität in den verschiedenen Lebensphasen*, Stuttgart (2000).

durch das AGG gewährt, das einen relativ weiten Anwendungsbereich hat. Hinzu kommen die weiteren, bereits bestehenden einfachgesetzlichen Regelungen.

Soweit keine speziellen Vorschriften bestehen, kann ein besonderes, in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG verankertes Diskriminierungsverbot Einfluss auf das Zivilrecht entfalten. Dieser Einfluss erfolgt allerdings nur mittelbar über Generalklauseln, die es dem Verfassungsrecht ermöglichen, auf das Zivilrecht auszustrahlen. Grund für diese Zurücknahme der Wirkung ist, das Zivilrecht grundsätzlich auf der Ebene der Bürger als Normadressaten anzusiedeln ist, wogegen Grundrechte im Regelfall nur den Staat unmittelbar binden. Der mittelbare Einfluss von Grundrechten auf das Zivilrecht im Wege der Ausstrahlungswirkung hat deshalb einen zweifachen Effekt. Zum einen schwächt es die Schutzwirkung der Grundrechte ab. Zum anderen wird die Wirkung relativ ungenau bzw. unbestimmbar. Denn das Zivilrecht öffnet sich mit seinen Generalklauseln den Grundrechten im unterschiedlichen Maße, und wieweit im Streitfall die Gerichte eine entsprechende Öffnung annehmen, ist wegen der damit gegebenen erheblichen Wertungsspielräume nur begrenzt vorhersehbar.

D. Bewertung und Empfehlung

Die Bewertung der vorgeschlagenen Verfassungsänderung anhand ihrer möglichen rechtlichen Folgen ergibt folgendes Bild.

I. Keine Verfassungsänderung in derzeit unklare verfassungsrechtliche Lage hinein

Zunächst ist zu beachten, dass die rechtliche Wirkung der vorgeschlagenen Verfassungsänderung zentral davon abhängt, ob und wie die beiden Senate des BVerfG ihre derzeit divergierenden Positionen zum Schutz der sexuellen Identität bzw. Orientierung in Bezug auf Art. 3 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 und Art. 6 Abs. 1 GG zur Deckung bringen werden. Die **vorgeschlagene Änderung** erfolgte damit **mitten in eine derzeit ungeklärte verfassungsrechtliche Lage hinein**. Die Folgen der vorgeschlagenen Verfassungsänderung sind daher bereits deshalb grundsätzlich unsicher und können erst dann relativ sicher abgeschätzt werden, wenn die **Senate eine gemeinsame Linie erkennen lassen**. Da Entscheidungen des BVerfG aus dem einschlägigen Bereich derzeit recht zahlreich ergehen, wird die **entsprechende zeitliche Verzögerung nicht allzu groß** sein.

II. Nachvollziehende Änderung: Kein Schutzvorteil, aber mögliche Nachteile

Falls sich dabei der 1. Senat mit seiner in der Entscheidung vom 7.7.2009 vertretenen Position durchsetzt, würde der **Änderung zugunsten der in den Gesetzesentwürfen genannten Gruppen keine weitergehende Wirkung** entfalten. Auch würde **keine weitergehende Absicherung gegen spätere, gegenläufige Änderungen der Rechtsprechung** erreicht. Angesichts des Kontrollmaßstabes von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG, der kein absolutes Differenzierungsverbot enthält, sowie die jederzeit mögliche Abwägung mit kollidierendem Verfassungsrecht eröffnet dem BVerfG auch bei Annahme der Vorschläge erheblichen Spielraum, vor allem mittelbare Differenzierungen wegen der sexuellen Orientierung bzw. Identität zuzulassen. Zudem ist für viele Konstellationen des Ehe- und Familienrechts die **Interpretation von Art. 6 Abs. 1 GG** maßgeblich, der aber **nicht Gegenstand der Gesetzesvorschläge** ist.

Allerdings könnte die Verfassungsänderung insoweit negative Wirkungen entfalten, als **Weiterentwicklungen im Bereich des freiheitsrechtlichen Schutzes blockiert** werden. In Folge der Aufnahme des Merkmals der sexuellen Identität in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG könnte bei der **künftigen Auslegung von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG** der Katalog der dort genannten Merkmale als abschließend betrachtet werden. **Dynamische Fortentwicklungen und Anpassungen**, wie die des allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, sowie des 1. Senats des BVerfG in der Entscheidung vom 7.7.2009, könnten **künftig als ausgeschlossen betrachten** werden.

III. Substantielle Änderung: Geringe Schutzvorteile, erhebliche Nachteile

Setzt sich die Linie des 1. Senats nicht durch, wäre die vorgeschlagene Verfassungsänderung eine echte, substantielle Änderung. Deren Folgen können an den Folgen abgeschätzt werden, die Rechtsprechung und Literatur der Entscheidung vom 7.7.2009 zumessen. Allerdings ist der **allein in Bezug auf Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG zu erreichende Schutzvorteil bereits deshalb nur begrenzt, weil nach der derzeitigen Rechtslage** auf der Ebene der EMRK, des Unionsrechts, des Verfassungsrechts des Bundes und der Länder und des einfachen Rechts **bereits zahlreiche Schutzvorschriften bestehen**, die einen differenzierten und wirksamen Schutz vor entsprechenden Differenzierungen bewirken.

Dem stehen erhebliche Nachteile gegenüber. Zum einen kann der ausgelöste **Änderungsbedarf** eine Revision der Regelungen der **Fremdkindadoption** erforderlich machen. Ob und wieweit dies tatsächlich der Fall ist, ist aber derzeit gleichfalls **unklar**, da das BVerfG in der Entscheidung vom 7.7.2009 über den Bestand einer Ehe hinausgehende, weitere sachliche Differenzierungsgründe nicht ausgeschlossen, sondern explizit zugelassen hat. Zudem ist die **Sachfrage rechtspolitisch umstritten** und sollte einer **eigenständigen, ausführlichen Diskussion** zugeführt werden.

Relativ sicher ist der **Grundsatz des monogamen Ehe- und Partnerschaftsrechts zu ändern**. Wie **entsprechende Regelungen und Zuordnungen für Bisexuelle und andere Formen von Mehrpersonengemeinschaften** aussehen sollten, ist **derzeit nicht hinreichend diskutiert**. In den Gesetzesentwürfen wird dieses **Problem anscheinend übersehen**, da sich darin keinerlei einschlägige Ausführungen finden.

Wieweit **weitere Änderungen des einfachen Rechts** nötig sein werden, kann **nur begrenzt beurteilt** werden, da die vorgeschlagene Verfassungsänderung mit dem **Begriff der „sexuellen Identität“** ein **vages und weites Merkmal** aufnimmt. Dessen Gehalt ist auch in vergleichbaren Regelungen recht unbestimmt; insbesondere ist **das Verhältnis zur „sexuellen Orientierung“ ungeklärt**. Lediglich in der Entwurfsbegründung der Fraktion „DIE LINKE“ wird eine **Negativabgrenzung** versucht, die aber **im Wortlaut der vorgeschlagenen Regelung keinerlei Anhaltspunkt** findet. Und selbst wenn im weiteren Gesetzgebungsverfahren aus den Erwägungsgründen das Ziel einer näheren Bestimmung bzw. Eingrenzung hervorgeht, ist **nicht sichergestellt**, dass das **BVerfG** sich daran bei der **späteren Normauslegung** hinreichend orientiert.

Entsprechendes gilt für die **möglichen Wirkungen im allgemeinen Zivilrecht**. Das **AGG** sowie **weitere Regelungen gewähren bereits einen intensiven Schutz**. Weitergehende **Folgen** der Verfassungsänderung sind **auf eine mittelbare Wirkung qua Ausstrahlung auf**

Generalklauseln angewiesen und deshalb **in der konkreten Reichweite nicht sicher zu bestimmen**.

IV. Einfachrechtliche Änderungen bei unterstelltem Handlungsbedarf vorzugswürdig

Deutlich vorzugswürdig wäre deshalb – **bei unterstelltem rechtspolitischem Handlungsbedarf** – ein **weiterer Ausbau des Diskriminierungsschutzes auf einfachrechtlicher Ebene**.

Statt der pauschalen, ungenauen und auch negativen Folgen einer Änderung von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG kann **auf der Ebene des einfachen Rechts der Diskriminierungsschutz bereichsspezifisch, effektiv, effizient und differenziert ausgestaltet** werden. Insbesondere das AGG hat gezeigt, dass solche Regelungen erhebliche Wirkungen entfalten können.

Änderungen des einfachen Rechts **ermöglichten** zudem **eine ausführliche und präzisere Diskussion der rechtspolitisch umstrittenen Themen**, wie z.B. **Fremdkindadoptionen und Mehrpersonenpartnerschaften**. Diese Fragen würden nicht zu – teils noch gar nicht thematisierten – Annexfolgen einer abstrakten Verfassungsänderung degradiert, sondern als das wahrgenommen, was sie tatsächlich sind: **Eigenständige und differenzierte Themen- und Fragenkomplexe, die sachlich differenzierten und auch zeitlich abgestuften Entscheidungen durch den Gesetzgeber zugänglich** sind.

Eine **eher pauschale Änderung auf der Ebene des Verfassungsrechts verbaut** nicht nur **gesetzliche Differenzierungsmöglichkeiten**. Ein solches Vorgehen **erschwert** bereits **die hinreichend differenzierte öffentliche Meinungsbildung**, die in einer Demokratie zentralen politischen Entscheidungen vorausgehen sollte.

Schließlich bestünde auf der Ebene des Verfassungsrechts weiterhin die Möglichkeit, dass sich die **Auslegung und Anwendung des Verfassungsrechts durch das BVerfG hinreichend realitätsoffen und dynamisch entwickelt**. Die verfassungsgerichtliche Schöpfung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sowie die Entscheidung des BVerfG vom 7.7.2009 zeigen, dass auch eine Absage an die vorgeschlagene Verfassungsänderung solche Entwicklungen gerade nicht blockiert, sondern diese Möglichkeit erhalten bleibt.

Aus den vorgenannten Gründen lautet die

Empfehlung: Die vorgeschlagene Verfassungsänderung ist abzulehnen.

Prof. Dr. Bernd Grzeszick, LL.M.