

**Schriftliche Stellungnahme
zu den BT-Drucksachen 17/254, 17/472 und 17/88
im Rahmen der Anhörung vor dem Rechtsausschuss
des Deutschen Bundestages am 21. April 2010**

A. Vorbemerkung

Die vorliegenden Gesetzesentwürfe enthalten im Wesentlichen gleichlautende Begründungen für das Gesetzesvorhaben: Danach soll die angestrebte Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung vor staatlichen Eingriffen verbessern und insbesondere eine nochmalige strafrechtliche Sanktionierung der homosexuellen Geschlechtsgemeinschaft zwischen Erwachsenen für die Zukunft ausschließen. Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG biete „*keinen ausreichenden Schutz gegenüber abweichenden, in der Gesellschaft herrschenden Sexualvorstellungen.*“ Zugleich versprechen sich die drei Fraktionen von dieser Ergänzung des Grundgesetzes den Abbau nicht näher benannter „*rechtlicher wie außerrechtlicher Benachteiligungen*“. In den Begründungen aller drei Gesetzentwürfe wird schließlich der hohe Symbolwert einer solchen Ergänzung betont, der eine Bekenntnis- und Signalfunktion im Hinblick auf sexuell konnotierte Diskriminierungen zukomme.

Das grundsätzlich begrüßenswerte politische Ziel, sich gegen die Abwertung von Menschen aufgrund ihrer sexuellen Präferenzen zu wenden, darf indes nicht den Blick auf die erheblichen rechtlichen Schwächen der vorgeschlagenen Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 GG um das Merkmal der „sexuellen Identität“ verstellen: Der Inhalt dieses Rechtsbegriffs ist bisher nur in ungenügender Weise durch Rechtsprechung und Literatur rechtlich konturiert (nachfolgend B.). Bei Erfolg des Gesetzesvorhabens wäre zudem die Verschiedengeschlechtlichkeit als Strukturmerkmal der Ehe gefährdet (nachfolgend C.). Soweit die angestrebte Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 GG die sexuelle Selbstbestimmung der Betroffenen auf verfassungsrechtlicher Ebene schützen und etwa eine erneute strafrechtliche Sanktionierung der Homosexualität verhindern soll, ist sie im Übrigen nicht erforderlich (nachfolgend D.).

B. Begriffliche Unschärfen des Merkmals der „sexuellen Identität“

I. Verankerung des Begriffs der „sexuellen Identität“ in der Rechtsordnung

Der Rechtsbegriff der *sexuellen Identität* findet sich bisher nur vereinzelt in der deutschen Verfassungsrechtsordnung.

Auf *landesverfassungsrechtlicher Ebene* wird er – bei sechzehn Bundesländern – nur in den Verfassungen der Länder Berlin¹, Brandenburg² und Bremen³ erwähnt. Er findet dort in einem mit Art. 3 Abs. 3 GG vergleichbaren Normkontext Verwendung. *Einfachgesetzlich* ist der Begriff der „sexuellen Identität“ auf Bundesebene seit neuerer Zeit in einigen Gesetzen normiert worden;⁴ er wird auch in einzelnen Landesgesetzen verwandt.

Andere Normen enthalten indes nicht den Begriff der „sexuellen Identität“, sondern den der *sexuellen Orientierung*. Das betrifft etwa die Thüringische Verfassung⁵, den Rundfunkstaatsvertrag⁶ und einige weitere Landesgesetze; in einer Reihe von ihnen werden allerdings sowohl die „sexuelle Identität“ als auch die „sexuelle Orientierung“ gemeinsam erwähnt.⁷

Dem *europäischen Recht* ist der Rechtsbegriff der „sexuellen Identität“ dagegen gänzlich fremd. Stattdessen wird sowohl im Primär- als auch im Sekundärrecht ausschließlich der Begriff der *sexuellen Ausrichtung* verwandt.⁸

Schon die beschriebene Verwendung verschiedener Rechtsbegriffe wie „sexuelle Identität“, „sexuelle Orientierung“ und „sexuelle Ausrichtung“ in unterschiedlichen Normen zeigt anschaulich deren begriffliche Unschärfe auf. Eine Systematik bei der Normierung dieser Begriffe ist ebenso wenig erkennbar wie eine konsistente Begründung des jeweiligen Verfassungs- bzw. Gesetzgebers dafür, warum im konkreten Fall gera-

¹ Art. 10 Abs. 2 Verfassung von Berlin.

² Art. 12 Abs. 2 Brandenburgische Verfassung.

³ Art. 2 Abs. 2 Bremische Verfassung.

⁴ § 1 AGG, § 9 Satz 1 BBG, § 9 BeamtStG, § 75 Abs. 1 BetrVG, § 67 Abs. 1 Satz 1 BPersVG, § 19a Satz 2 SGB IV, § 3 Abs. 1 SG, § 1 Abs. 1 SoldGG; § 27 Abs. 1 SprAuG.

⁵ Art. 2 Abs. 3.

⁶ § 7 Abs. 1 Nr. 2.

⁷ Hamburg: § 77 HambPersVG, § 2 Abs. 1 HambLVO; Nordrhein-Westfalen: § 33 Abs. 1 Satz 5 SchulG. Die kumulative Verwendung beider Begriffe erfolgt vermutlich, um die nachfolgend beschriebenen Abgrenzungs- und Definitionsschwierigkeiten von vornherein auszuschließen.

⁸ Vgl. etwa Art. 21 Abs. 1 EU-Grundrechte-Charta; Art. 10 EU-Arbeitsweisevertrag; Art. 6 Abs. 2 Schengener Grenzkodex VO(EG) 562/2006; Art. 10 Art. 1 Gleichbehandlungs-Rahmenrichtlinie RL 2000/78/EG.

de der jeweils normierte Begriff – und kein anderer – gesetzlich festgeschrieben worden ist. Die Schwierigkeiten einer präzisen und rechtssicheren Definition, die für einen Verfassungsbegriff allerdings unabdingbar ist, werden im Folgenden im Hinblick auf das Merkmal der „sexuellen Identität“ näher dargestellt.

II. Definitionsschwierigkeiten beim Merkmal der „sexuellen Identität“

Alle drei vorliegenden Gesetzentwürfe enthalten in ihren Begründungen keine Definition des Begriffs der „sexuellen Identität“; sie erwähnen stattdessen als zu schützende Personengruppen pauschal „Lesben, Schwule, Bisexuelle, Transgender, transsexuelle und intersexuelle Menschen“. Der Ansatz, in der Begründung ausschließlich die durch das Merkmal der „sexuellen Identität“ geschützten Personengruppen anzugeben, nicht jedoch den Begriffsinhalt selbst zu erläutern, deckt sich insoweit mit dem bisherigen Vorgehen des Gesetzgebers bei der Implementierung des Merkmals der „sexuellen Identität“ in das deutsche Recht. Eine präzise Definition dieses Merkmals ist bisher – zu Lasten der Rechtssicherheit – unterblieben. Infolgedessen bestehen im juristischen Schrifttum – vor allem in Bezug auf § 1 AGG – erhebliche Kontroversen über Inhalt und Reichweite dieses Merkmals, die bisher auch durch die Rechtsprechung nicht geklärt worden sind. Zumindest bei den nachfolgenden Anwendungsfeldern ist umstritten, ob sie zum geschützten Merkmal der „sexuellen Identität“ gehören:

1. Sexuelles Verhalten

Nach den vorliegenden Gesetzentwürfen soll in Art. 3 Abs. 3 GG das Merkmal der „sexuellen Identität“, nicht jedoch das Merkmal der „sexuellen Orientierung“ oder „Ausrichtung“ implementiert werden. Aus der Wortbedeutung des Begriffes „Identität“ ergeben sich bei einem Vergleich mit den Begriffen „Orientierung“ und „Ausrichtung“ mehrere Unterscheidungsmerkmale:

Zum einen liegt den Begriffen „sexuelle Orientierung“ bzw. „sexuelle Ausrichtung“ ein sexueller Bezug zu mindestens einer anderen Person zugrunde; dagegen enthält der Begriff der „Identität“ einen solchen Bezug nicht. Er stellt ausschließlich auf die jeweilige Person selbst und ihr Selbstverständnis ab. Das Merkmal der „sexuellen Identität“ weist mithin – anders als die sonst in der Rechtsordnung verwandten Begriffe – kein zwingend interpersonales Charakteristikum auf.

Zum anderen stellt der Begriff „Identität“ einen stärkeren Bezug zur Persönlichkeit des Betroffenen als die Begriffe „Orientierung“ und „Ausrichtung“ her. Schon aufgrund der Wortbedeutung können zur „Identität“ eines Menschen nur Merkmale gehören, die

ihn und seine Persönlichkeit grundlegend prägen. Das gilt auch für die Sexualität. Deshalb kann dazu nicht schon jedes beliebige Verhalten in diesem Bereich zählen.

Aus diesen charakteristischen Merkmalen, die der Wortbedeutung der „sexuellen Identität“ zugrunde liegen, ergeben sich schwierige Abgrenzungsfragen zur Reichweite dieses Begriffs: So wird im Schrifttum etwa kritisch diskutiert, ob auch alle einmaligen oder bloße situationsabhängige Sexualkontakte selbst dann zur „sexuellen Identität“ gehören, wenn diese Handlungen die Persönlichkeit der betroffenen Person nicht prägen. Ein Teil der Literatur sieht solche Handlungen nicht als vom Merkmal der „sexuellen Identität“ umfasst an.⁹ Die Gegenmeinung, die jedes beliebige sexuelle Verhalten zur sexuellen Identität einer Person – unabhängig von dessen Selbst- oder Fremdwahrnehmung – zählt,¹⁰ überdehnt den Identitätsbegriff und höhlt ihn letztlich aus. Welche sexuellen Verhaltensweisen zur Identität einer Person gehören, dürfte mit der notwendigen Rechtssicherheit ohnehin im Einzelfall von außen nur mit großen Schwierigkeiten oder sogar gar nicht zu bestimmen sein. Gedankliches Fundament der personalen Identität ist nämlich letztlich die eigene Selbstwahrnehmung. Diese Selbstwahrnehmung unterscheidet sich nicht nur in Bezug auf die einzelnen Personen, sondern kann auch im Vergleich zur Fremdwahrnehmung von dieser erheblich abweichen.

Die begriffliche Reichweite der „sexuellen Identität“ und damit auch ihr Schutzgegenstand sind daher schon mit Blick auf das geschützte sexuelle Verhalten nicht eindeutig zu bestimmen.

2. Pädophilie

Der Begriff der „sexuellen Identität“ enthält keine eindeutige Abgrenzung zur Pädophilie.

Die Vornahme sexueller Handlungen an einer Person unter vierzehn Jahren ist nach einfachgesetzlichem Recht gemäß § 176 Abs. 1 StGB strafbar. Die Strafbarkeit bestimmter sexueller Handlungen auf einfachgesetzlicher Ebene stünde dem Schutz der zugrundeliegenden sexuellen Prägungen auf Ebene der Verfassung indes nicht per se entgegen: Das Verfassungsrecht steht über dem einfachgesetzlichem Recht und determiniert letzteres. Ob die pädophile Neigung einer Person zu dessen sexueller Identität gehört und entsprechende sexuelle Handlungen durch ein in Art. 3 Abs. 3 GG imple-

⁹ *Thüsing*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 1 AGG Rn. 89; vgl. auch *Schlachter*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 10. Aufl. 2010, § 1 AGG Rn. 14, der diesbezügliche Benachteiligungen nur als *mittelbare* Diskriminierungen ansieht.

¹⁰ *Roloff*, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm, AGG, Stand: März 2010, § 1 AGG Rn. 9.

mentiertes Merkmal der „sexuellen Identität“ verfassungsrechtlich geschützt würden, kann deshalb nicht allein mit Verweis auf die rangniedrigere einfachgesetzliche Sanktionierung solcher Handlungen durch das Strafrecht beantwortet werden.

Stellte man auf das sexuelle Selbstverständnis des betroffenen Personenkreises und die Unumkehrbarkeit einer pädophilen Prägung ab, könnte diese durchaus zur sexuellen Identität eines Menschen gerechnet werden; berücksichtigte man bei einer Auslegung dieses Begriffs indes verfassungsrechtliche Wertungsgesichtspunkte – etwa die Menschenwürde oder Grundrechte der betroffenen Kinder –, sprächen diese gegen eine Einbeziehung der Pädophilie. Aus dem Begriff der „sexuellen Identität“ selbst ergibt sich insoweit keine evidente Lösung der aufgezeigten Problematik.

Aus diesem Grunde wird im Zusammenhang mit § 1 AGG die jedenfalls nach dem Wortlaut uneingeschränkte Reichweite des Begriffs der „sexuellen Identität“ in Bezug auf die Pädophilie kritisiert.¹¹

Von den vorliegenden Gesetzentwürfen wird diese Problematik nur in der Begründung des Gesetzentwurfes der Fraktion DIE LINKE angesprochen. Nach deren Auffassung diskreditiere *„eine weitergehende Interpretation des Begriffs, beispielsweise eine, die hierin den Schutz von Sodomiten und Pädophilen sehen würde, [...] den Begriff ‚sexuelle Identität‘ bewusst“*.¹² Eine rechtliche Begründung dafür, warum eine pädophile Prägung nicht zur sexuellen Identität der betroffenen Personen gehören soll, enthält diese politische Aussage indes nicht.

Weil der Begriff der „sexuellen Identität“ pädophile Handlungen nicht eindeutig ausschließt, ist er als Merkmal, an das ein strenges verfassungsrechtliches Diskriminierungsverbot anknüpfen soll, daher nicht geeignet.

3. Transsexualität

Umstritten und systematisch ungeklärt ist auch, in welchem Umfang sich Transsexuelle auf das Merkmal der „sexuellen Identität“ berufen können.

Transsexuelle sollen nach den Begründungen der vorliegenden Gesetzentwürfe als Personengruppe vom Merkmal der „sexuellen Identität“ erfasst werden. Der EuGH hat allerdings bisher bei der Prüfung der rechtlichen Ungleichbehandlung Transsexueller

¹¹ *Schlachter* (Fn. 9), Rn. 14; *Thüsing* (Fn. 9), Rn. 88.

¹² BT-Drucks. 17/472, S. 4.

als Maßstab ausschließlich das Merkmal des *Geschlechts* herangezogen.¹³ Dieses Merkmal ist schon in der bisher geltenden Fassung des Art. 3 Abs. 3 GG enthalten. Im Schrifttum zu § 1 AGG wird die Anwendung des Merkmals der „sexuellen Identität“ als Prüfungsmaßstab bei der Benachteiligung Transsexueller daher teilweise gänzlich abgelehnt¹⁴ oder aber eingeschränkt.¹⁵

4. Zwischenergebnis

Die vorstehende Darstellung der Streitstände macht deutlich, dass sich die Reichweite des Merkmals der „sexuellen Identität“ nicht in jedem Fall rechtssicher ermitteln lässt. Die verfassungsdogmatische Ursache dieses Befundes liegt letztlich in der Verwendung des Begriffs der „Identität“ selbst begründet. Die Identität eines Menschen basiert auch im sexuellen Bereich entscheidend auf dessen Selbstverständnis und tiefgreifender Persönlichkeitsprägung; daraus ergeben sich allerdings in Zweifelsfällen keine ausreichenden Anknüpfungspunkte für eine präzise Begrenzung des Schutzzumfangs, die rechtssicheren Anforderungen genügen. Dies gilt umso mehr bei einer Verfassungsnorm wie dem besonderen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 3 GG mit seinen einschneidenden Rechtsfolgen für den legislativen Gestaltungsspielraum. Schon aufgrund der skizzierten begrifflichen Unschärfen der „sexuellen Identität“ wird deren Verwendung als Verfassungsbegriff daher nicht empfohlen.

C. Gefährdung des ehelichen Strukturmerkmals der Verschiedengeschlechtlichkeit

Alle drei die Gesetzentwürfe tragenden Fraktionen sehen eine Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 GG als eine „klare Maßgabe für den einfachen Gesetzgeber“ an, die „zum Abbau rechtlicher wie außerrechtlicher Benachteiligungen“ anhalte. Welche konkreten „rechtlichen und außerrechtlichen Benachteiligungen“ die Antragsteller im Blick haben, ist den Begründungen der Gesetzentwürfe nicht zu entnehmen. Zumindest denkbar ist, dass sie die Beschränkung der durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützten Ehe auf verschiedengeschlechtliche Paare für eine Benachteiligung gleichgeschlechtlicher Paare halten. Tatsächlich würde durch die Implementierung des Merkmals der „sexuellen Identität“ in Art. 3 Abs. 3 GG die Geschlechtsverschiedenheit als wesentliches verfassungsrechtliches Strukturmerkmal der Ehe gefährdet.

¹³ EuGH, Urteil vom 30.04.1996 - Rs. C-13/94 („P/S u. Cornwall County Council“), in: NJW 1996, S. 2421 (2421 f.).

¹⁴ Thüsing (Fn. 9), Rn. 89.

¹⁵ Schlachter (Fn. 9), Rn. 13, soweit es „um die Ausrichtung der Partnerwahl geht statt um das Selbstverständnis der eigenen Geschlechtsrolle“.

Die Rechtswirkungen des in Art. 3 Abs. 3 statuierten besonderen Gleichheitssatzes werden im verfassungsrechtlichen Schrifttum kontrovers und breit diskutiert.¹⁶ Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts folgt bisher keinem der in der Literatur diskutierten verfassungsdogmatischen Ansätze stringent, sieht aber – etwa beim Merkmal des Geschlechts – auch *mittelbare Diskriminierungen* als vom besonderen Gleichheitssatz erfasst an.¹⁷ Das Merkmal darf „*grundsätzlich nicht zum Anknüpfungspunkt und zur Rechtfertigung für rechtliche Ungleichbehandlungen benachteiligender oder bevorzugender Art herangezogen werden. Das gilt auch dann, wenn eine Regelung nicht auf eine nach Art. 3 Abs. 3 GG verbotene Ungleichbehandlung angelegt ist, sondern in erster Linie – oder gänzlich – andere Ziele verfolgt.*“¹⁸ Insofern ist festzuhalten, dass aus allen diskutierten Ansätzen eine enge Bindung des Gesetzgebers an die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG folgt und diese Verbote zudem auf die übrige Verfassung und die gesamte Rechtsordnung ausstrahlen.

Die in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Diskriminierungsverbote sind allerdings nicht absoluter Natur und gelten daher auch nicht schrankenlos.¹⁹ Als Begrenzung kommen beispielsweise kollidierendes Verfassungsrecht oder widerstrebende Prinzipien von Verfassungsrang in Betracht. Sie müssen im Lichte des Verfassungsprinzips der praktischen Konkordanz im Rahmen einer Abwägung mit Art. 3 Abs. 3 GG zu gegenseitigem Ausgleich gebracht werden.²⁰

Zu den Begrenzungen des Art. 3 Abs. 3 GG gehört auch der in Art. 6 Abs. 1 GG statuierte besondere Schutz von Ehe und Familie durch die staatliche Ordnung. Der durch die Institutsgarantie des Art. 6 Abs. 1 GG geschützte Ehebegriff wird in der Verfassung selbst nicht legaldefiniert. Die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stellt aber seit jeher konstitutiv auf die Lebensgemeinschaft von *Mann und Frau* ab.²¹ Die Beschränkung des Zugangs zur Ehe auf verschiedengeschlechtliche Paare beruht insofern – jedenfalls mittelbar – durchaus auf einer Anknüpfung an der „sexuellen Orientierung“ der Eheleute, weil homosexuelle Personen regelmäßig keinen Partner des anderen Geschlechts heiraten werden und ihnen damit faktisch der Zugang zur Ehe verschlossen ist. Aus diesem Befund ergibt sich, dass ein Diskriminie-

¹⁶ Instruktive Übersicht über den Meinungsstand bei *Englisch*, in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, 2010, Art. 3 Rn. 75 ff.

¹⁷ Vgl. etwa BVerfG, Urteil vom 18.06.2008 – 2 BvL 6/07, in: NVwZ 2008, S. 987 (988).

¹⁸ BVerfG, a. a. O., in: NVwZ 2008, S. 987 (988).

¹⁹ *Kannengießer*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, Grundgesetz, 11. Aufl. 2008, Art. 3 Rn. 58.

²⁰ *Englisch* (Fn. 16); Rn. 153; *Sodan*, in: Ders., Grundgesetz, 2009, Art. 3 Rn. 24; *Kannengießer* (Fn. 19).

²¹ Vgl. nur BVerfG, Beschluss vom 07.07.2009 – 1 BvR 1164/07, st. Rspr.

rungsverbot der „sexuellen Identität“, das als Anknüpfungsverbot verstanden wird, im verfassungssystematischen Widerspruch zur Beschränkung der Ehe auf verschiedengeschlechtliche Paare stünde²² und diese Beschränkung gefährden könnte. Zwar wird im Schrifttum vertreten, dass Art. 6 Abs. 1 GG mit seinem überkommenen Ehebegriff *lex specialis* zu Art. 3 Abs. 3 GG sei und letzterem daher vorgehe.²³ Als endgültig geklärt kann diese verfassungsrechtliche Problematik allerdings nicht gelten. Auch das Bundesverfassungsgericht hat sich bisher zum Verhältnis von Art. 3 Abs. 3 GG und Art. 6 Abs. 1 GG nicht abschließend geäußert.²⁴

Von der vorgeschlagenen Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 GG wird daher abgeraten, wenn man eine Gefährdung des bisherigen verfassungsrechtlichen Ehebildes ausschließen will.

Eine Verpflichtung zur vollständigen Gleichstellung von Ehe und Lebenspartnerschaft folgte aus der vorgeschlagenen Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 GG im Übrigen nicht. Art. 6 Abs. 1 enthält eine Differenzierungsermächtigung für eine Ungleichbehandlung zwischen Ehe- und Lebenspartnern, wenn dafür hinreichend gewichtige Sachgründe vorliegen. Daran hat auch der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 7. Juli 2009 – 1 BvR 1164/07 nichts geändert. Das Bundesverfassungsgericht hat auch in diesem Beschluss ausdrücklich festgehalten, dass *„wegen des verfassungsrechtlichen Schutzes der Ehe [...] es dem Gesetzgeber grundsätzlich nicht verwehrt [ist], sie gegenüber anderen Lebensformen zu begünstigen.“* Diese Differenzierungsermächtigung bliebe auch bei einer Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 GG bestehen. Es ist allerdings davon auszugehen, dass die Befürworter einer vollständigen Gleichstellung von Ehe und Lebenspartnerschaft sich im rechtspolitischen Diskurs auf den ergänzten Art. 3 Abs. 3 GG berufen würden.

D. Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 GG als verfassungsrechtliches Instrument zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung nicht erforderlich

Die Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 GG um das Merkmal der „sexuellen Identität“ ist aus verfassungsrechtlicher Sicht im Übrigen nicht erforderlich, um die sexuelle Selbstbestimmung effektiv zu schützen.

²² So auch *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 5. Aufl. 2005, Art. 3 Rn. 384: „Widerspruch zur Institution der Ehe (zwischen zwei Menschen verschiedenen Geschlechts)“.

²³ So etwa *Schmitt-Kammler*, in: Sachs, Grundgesetz, 4. Aufl. 2007, Art. 6 Rn. 6; *Schüffner*, Eheschutz und Lebenspartnerschaft, 2007, S. 394 m.w.N.

²⁴ Das BVerfG, Beschluss vom 04.10.1993 – 1 BvR 640/93, in: NJW 1993, S. 3058, hat in einer Kammerentscheidung zur Geschlechtsverschiedenheit der Ehe Art. 6 Abs. 1 GG gegenüber „dem Gleichheitssatz“ für spezieller gehalten, zu Art. 3 Abs. 3 GG aber keine konkreten Aussagen getroffen.

1. Schutz durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht

Die sexuelle Selbstbestimmung ist Bestandteil des in Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Dazu gehört nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, „*dass der Einzelne sein Verhältnis zur Sexualität und seine geschlechtlichen Beziehungen zu einem Partner einrichten und grundsätzlich selbst darüber befinden kann, ob, in welchen Grenzen und mit welchen Zielen er Einwirkungen Dritter darauf hinnehmen will.*“²⁵ Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht können zwar grundsätzlich durch die in Art. 2 Abs. 1 GG statuierte Schrankentrias der Rechte anderer, der verfassungsmäßigen Ordnung und des Sittengesetzes verfassungsrechtlich legitimiert sein. Bei staatlichen Eingriffen in das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts allerdings der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wegen der verfassungsdogmatischen Nähe zur Menschenwürde strikt zu wahren.²⁶ Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an solche Eingriffe sind insofern besonders streng, weil das allgemeine Persönlichkeitsrecht gegenüber der allgemeinen Handlungsfreiheit eine schutzverstärkende Dimension besitzt.²⁷ Beschränkungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sind daher generell nur dann verfassungskonform, wenn dafür *besonders wichtige Gründe* vorliegen.²⁸ Eingriffe in die Intimsphäre als unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung sind darüber hinaus generell staatlichen Eingriffen entzogen.²⁹ Das Sittengesetz als denkbare eigenständige Schranke des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist im Rahmen der Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zudem faktisch bedeutungslos geblieben, weil staatliche Eingriffe regelmäßig zumindest auf Grund eines Gesetzes ergehen und damit auf die verfassungsmäßige Ordnung zurückzuführen sind.³⁰ Diese ist indes – wie gezeigt – an die strengen Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips gebunden.

Staatliche Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung – wie etwa die Wiedereinführung der schon seit über vierzig Jahren nicht mehr bestehenden Strafbarkeit der homosexuellen Geschlechtsgemeinschaft zwischen Erwachsenen – wären vor dem aufge-

²⁵ BVerfG, Beschluss vom 26.02.2008 – 2 BvR 392/07, in: NJW 2008, S. 1137 m. w. N. aus der Rspr. des BVerfG.

²⁶ BVerfG, a. a. O., in: NJW 2008, S. 1137 m. w. N. aus der Rspr. des BVerfG.

²⁷ *Sodan* (Fn. 20), Art. 2 Rn. 5.

²⁸ *Horn*, in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, 2010, Art. 2 Rn. 101.

²⁹ BVerfG, a. a. O., in: NJW 2008, S. 1137 m. w. N.

³⁰ Vgl. *Horn* (Fn. 28), Art. 2 Rn. 94: „kaum ein Anwendungsfall“; *Sodan* (Fn. 20), Art. 2 Rn. 14: „bedeutungslos“; *Kunig*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 5. Aufl. 2000, Art. 2 Rn. 28: „funktionslos“.

zeigten verfassungsrechtlichen Hintergrund unverhältnismäßige und damit verfassungswidrige Beschränkungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Betroffenen.

2. Schutz durch den allgemeinen Gleichheitssatz

Auch der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG stellt sicher, dass staatliche Diskriminierungen sexueller Minderheiten oder gar eine erneute strafrechtliche Sanktionierung ausgeschlossen sind. Das Bundesverfassungsgericht hat hervorgehoben, dass *„Anforderungen bei einer Ungleichbehandlung von Personengruppen umso strenger [sind], je größer die Gefahr ist, dass eine Anknüpfung an Persönlichkeitsmerkmale, die mit denen des Art. 3 Abs. 3 GG vergleichbar sind, zur Diskriminierung einer Minderheit führt. Das ist bei der sexuellen Orientierung der Fall.“*³¹ Eine gesetzliche Differenzierung anhand der sexuellen Orientierung kann deshalb nur den strengen Maßstäben des allgemeinen Gleichheitssatzes genügen, wenn sich ein *„sachlich vertretbarer Unterscheidungsgesichtspunkt von hinreichendem Gewicht“*³² anführen lässt. Das Schutzniveau des in Art. 3 Abs. 1 GG verankerten allgemeinen Gleichheitssatzes ist insofern beim Merkmal der „sexuellen Orientierung“ dem Schutzniveau des besonderen Gleichheitssatzes in Art. 3 Abs. 3 GG angenähert. Ein sachlich vertretbarer Unterscheidungsgesichtspunkt läge etwa bei einer strafrechtlichen Differenzierung zwischen Homo- und Heterosexualität nicht vor. Staatliche Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung verstießen deshalb schon gegen Art. 3 Abs. 1 GG, ohne dass es für die Begründung dieses Ergebnisses noch des Rückgriffs auf den besonderen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 3 GG bedürfte.

Inwieweit der allgemeine Gleichheitssatz nach Auffassung der Antragsteller keinen *„ausreichenden Schutz“* gegenüber *„abweichenden, in der Gesellschaft herrschenden Sexualvorstellungen“* bietet, erschließt sich insoweit nicht.

3. Schutz durch das Europarecht

Die strafrechtliche Sanktionierung von im gegenseitigen Einverständnis begangenen homosexuellen Handlungen Erwachsener verstößt zudem gegen das in Art. 8 EMRK statuierte Recht auf Achtung des Privatlebens.³³ Außerdem verbietet Art. 21 Abs. 1 EU-Grundrechte-Charta ausdrücklich Diskriminierungen wegen der sexuellen Ausrichtung. Auch auf europarechtlicher Ebene besteht insofern ein ausreichender Schutz für die sexuelle Selbstbestimmung vor Eingriffen des Staates.

³¹ BVerfG, Beschluss vom 07.07.2009 – 1 BvR 1164/07.

³² BVerfG, Beschluss vom 07.07.2009 – 1 BvR 1164/07.

³³ EGMR, Urteil vom 22.10.1981 – „Dudgeon“, in: NJW 1984, S. 541.

4. Bewertung der früheren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Das in den Begründungen der vorliegenden Gesetzentwürfe an mehreren Stellen zitierte Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 10. Mai 1957 – 1 BvR 550/52 – zur Verfassungskonformität des § 175 StGB in der Fassung vom 28. Juni 1935 ist angesichts der Fortentwicklung seiner Rechtsprechung überholt. Eine solche Entscheidung würde das Bundesverfassungsgericht nach heutigem Stand der Rechtsprechung dieses Gerichts nicht mehr fällen: Zum Zeitpunkt der Entscheidung im Jahre 1957 hatte das Bundesverfassungsgericht die dogmatische Struktur des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und insbesondere deren grundrechtliche Schutzverstärkung vor staatlichen Eingriffen noch nicht entfaltet. Auch der skizzierte strenge Prüfungsmaßstab des allgemeinen Gleichheitssatzes bei personenbezogenen Ungleichbehandlungen war zu diesem Zeitpunkt vom Bundesverfassungsgericht noch nicht entwickelt worden.

Die Prüfungsmaßstäbe des Bundesverfassungsgerichts an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen im sensiblen Bereich der Intim- und Privatsphäre sind deshalb unvergleichlich strenger als im Jahr 1957. Eine sachgerechte Prognose der zukünftigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann deshalb nicht vom Stand des Jahres 1957 ausgehen, sondern muss auch die vorgenannte dogmatische Entwicklung seit diesem Zeitpunkt mit einbeziehen. Nach diesem Maßstab bestehen keine Zweifel, dass auch das Bundesverfassungsgericht den § 175 StGB a. F. aus heutiger Sicht für verfassungswidrig hielte. Die Sorge der Antragsteller, dass das schon bestehende grundgesetzliche Schutzniveau diesbezüglich nicht ausreiche, ist daher unbegründet. Eine Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 GG ist auch insoweit nicht erforderlich.

E. Zusammenfassung

1. Die vorgeschlagene Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 GG begegnet erheblichen Bedenken, weil Inhalt und Schutzbereich dieses Merkmals nur mit großen Schwierigkeiten zu bestimmen sind. Das Merkmal genügt insofern in Bezug auf die Rechtssicherheit nicht den besonders hohen Anforderungen an im Grundgesetz verwandte Rechtsbegriffe, an die eine enge Begrenzung des Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers anknüpft.

2. Art. 3 Abs. 3 GG würde bei Implementierung des Merkmals der „sexuellen Identität“ die Verschiedengeschlechtlichkeit als Strukturmerkmal der Ehe gefährden. Dadurch würde die – vom Bundesverfassungsgericht nach der bisherigen Rechtsprechung verneinte – Frage neu aufgeworfen werden, ob die Ehe auch gleichgeschlechtlichen

Paaren offen stünde. Die vorgeschlagene Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 GG vermittelte Lebenspartnern indes keinen verfassungsrechtlichen Anspruch auf generelle Angleichung der rechtlichen Ausgestaltung der Lebenspartnerschaft an die der Ehe.

3. Schließlich genügt das bisherige verfassungs- und europarechtliche Schutzniveau, um staatliche Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung effektiv abzuwehren. Eine erneute staatliche Sanktionierung homosexueller Sexualkontakte zwischen Erwachsenen wäre verfassungs- und europarechtswidrig, weil sie sowohl gegen das in Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht, gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG als auch gegen das Recht auf Achtung des Privatlebens nach Art. 8 EMRK verstieße. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1957 ist insoweit überholt und würde von diesem Gericht heute aufgrund der grundrechtsdogmatischen Entwicklung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht mehr aufrechterhalten werden. Die Ergänzung des Grundgesetzes ist daher nicht erforderlich, um staatliche Sanktionierungen der sexuellen Selbstbestimmung verfassungsrechtlich auszuschließen.

Insgesamt sind rechtliche Vorteile der angestrebten Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 GG gegenüber einfachgesetzlichen Regelungen zur Bekämpfung etwaiger staatlicher Diskriminierungen im Sexualbereich nicht ersichtlich. Dagegen hätte diese Veränderung des Grundgesetzes – wie gezeigt – negative rechtliche Konsequenzen und verfassungssystematische Unsicherheiten zur Folge. Von der Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 GG um das Merkmal der „sexuellen Identität“ sollte daher abgesehen werden.

Dr. Marc Schöffner