

## Dr. Helmut Graupner

Rechtsanwalt, Verteidiger in Strafsachen

auch zugelassen in der Tschechischen Republik

# Stellungnahme

für die öffentliche Anhörung des  
Rechtsausschusses des Bundestages am 21.04.2010

zur Änderung des Grundgesetzes  
(„sexuelle Identität“)  
(BT-Drs. 17/88, 17/254, 17/472)

(17.04.2010)

## I. Sexuelle Orientierung im internationalen Menschenrechtsschutz

### A. Europa

Gleichgeschlechtlich l(i)ebende Menschen sind, wie es die Parlamentarische Versammlung des Europarates formulierte, Opfer jahrhundertalter Vorurteile.<sup>1</sup> Die Aufhebung sämtlicher diskriminierender Bestimmungen ist eine Voraussetzung für die Aufnahme neuer Mitglieder in den Europarat,<sup>2</sup> und die Parlamentarische Versammlung des Europarates hat Diskriminierung auf Grund sexueller Orientierung wiederholt als „besonders abscheulich“ und als „eine der abscheulichsten Formen von Diskriminierung“ verurteilt.<sup>3</sup>

Nach der heute ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) ist die sexuelle Selbstbestimmung ein zentrales Schutzgut der Europäischen Menschenrechtskonvention<sup>4</sup> und Diskriminierung auf Grund sexueller Orientierung inakzeptabel.<sup>5</sup>

Der Gerichtshof erachtet solche Diskriminierung als ebenso schwerwiegend wie Diskriminierung auf Grund des Geschlechts, der Religion, der Rasse, Hautfarbe oder der ethnischen Herkunft<sup>6</sup> und verlangt für die Rechtfertigung von Differenzierungen auf Grund

---

<sup>1</sup> Parlamentarische Versammlung des Europarates, *Empfehlung 924 (1981)* (par. 3)

<sup>2</sup> *Parliamentary Assembly of the Council of Europe*: Written Declaration No. 227, Febr. 1993; Halonen-Resolution (Order 488 [1993]); Opinion No. 176 (1993); Opinion 221 (2000); <http://assembly.coe.int>

<sup>2</sup> Opinion 216 (2000); Rec. 1474 (2000) (par. 7)

<sup>3</sup> Opinion 216 (2000); Rec. 1474 (2000) (par. 7) ; Im September 2001 hat das *Ministerkomitee des Europarates* der Versammlung versichert “that it will continue to follow the issue of discrimination based on sexual orientation with close attention” (Doc 9217, 21.09.2001).

<sup>4</sup> *L. & V. v. Austria* (39392/98, 39829/98), judg. 09.01.2003, par. 36 (« most intimate aspect of private life »); *S.L. v. Austria* (45330/99), judg. 09.01.2003, par. 29 (« most intimate aspect of private life »); *Woditschka & Wilfling vs. Austria* (69756/01, 6306/02), judg. 21.10.2004, par. 29f; *Ladner vs. Austria* (18297/03), judg. 03.02.2005, par. 24f; *Dudgeon vs. UK* (7525/76), judg. 22.10.1981, par. 41, 52; *Norris vs. Ireland* (10581/83), judg. 26.10.1988 (par. 35ff); *Modinos vs. Cyprus* (15070/89), judg. 22.04.1993 (par. 17ff); *Laskey, Brown & Jaggard sv. UK* (21627/93; 21826/93; 21974/93) 19.02.1997, par. 36; *Lustig-Prean & Beckett vs. UK* (31417/96; 32377/96) (par. 82), 27.09. 1999; *Smith & Grady vs. UK* (33985/96; 33986/96), judg. 27.09.1999 (par. 90); *A.D.T. vs. UK* (35765/97), judg. 31.07.2000 (par. 21ff); *Fretté vs. France* (36515/97), judg. 26.02.2002 (par. 32); European Commission of Human Rights: *Sutherland vs. UK 1997* (25185/94), dec. 01.07.1997 (par. 57: “most intimate aspect of effected individuals ‘private life’”, also par. 36: “private life (which includes his sexual life)”

<sup>5</sup> *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal* (33290/96), judg. 21.12.1999 (par. 36); *E.B. vs. France*, judg. 22.01.2008

<sup>6</sup> *Lustig-Prean & Beckett vs. UK* (31417/96; 32377/96), judg. 27.09. 1999 (par. 90); *Smith & Grady vs. UK* (33985/96; 33986/96), judg. 27.09.1999 (par. 97); *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal* (33290/96), judg. 21.12.1999 (par. 36); *L. & V. v. Austria* (39392/98, 39829/98), judg. 09.01.2003 (par. 45, 52); *S.L. v. Austria* (45330/99), judg. 09.01.2003 (par. 37, 44); *Woditschka & Wilfling vs. Austria* (69756/01, 6306/02), judg.

der sexuellen Orientierung, die er als einen intimen und verwundbaren Teil des Privatlebens eines Menschen sieht,<sup>7</sup> dementsprechend besonders schwerwiegende Gründe.<sup>8</sup>

Unterschiedliche Regelungen für gleichgeschlechtliche Lebenssachverhalte einerseits und verschiedengeschlechtliche andererseits müssen für die Erfüllung eines legitimen Zieles notwendig sein. Bloße Plausibilität, Vernünftigkeit, Sachlichkeit oder die bloße Eignung das Ziel zu erreichen, genügen nicht.<sup>9</sup> Unterscheidungen sind, wie bei Geschlecht, Religion, Rasse, Hautfarbe und ethnischer Herkunft nur zulässig, wenn diese Unterscheidungen wirklich notwendig („necessary“) sind, insb. wenn es um ungleiche Behandlung homo- und heterosexueller Lebensgemeinschaften geht.<sup>10</sup>

Vorurteile einer heterosexuellen Mehrheit gegenüber einer homosexuellen Minderheit können, wie der Gerichtshof wiederholt festgestellt hat, ebensowenig eine ausreichende Begründung für Eingriffe in die Rechte homo- und bisexueller Menschen bieten, wie ähnlich negative Einstellungen gegenüber Menschen anderer Rasse, Herkunft oder Hautfarbe.<sup>11</sup>

In diesem Sinne hat der Gerichtshof nicht nur Totalverbote homosexueller Kontakte für menschenrechtswidrig erklärt<sup>12</sup> sondern auch strafrechtliche Verbote von homosexuellem Mehrverkehr<sup>13</sup> sowie Sonderaltersgrenzen für gleichgeschlechtliche Beziehungen.<sup>14</sup> Einem 17jährigen Jugendlichen erkannte er Schadenersatz dafür zu, dass er, der sich stets für ältere Partner interessierte, von seinem 14. bis zu seinem 18. Geburtstag von § 209 öStGB

---

21.10.2004, par. 29f; *Ladner vs. Austria* (18297/03), judg. 03.02.2005, par. 24f; *Karner vs. Austria*, appl. 40016/98 (par. 37);

<sup>7</sup> *Kozak vs. Poland*, judg. 02.03.2010, appl. 13102/02 (par. 92)

<sup>8</sup> *L. & V. v. Austria* (39392/98, 39829/98), judg. 09.01.2003 (par. 45); *S.L. v. Austria* (45330/99), judg. 09.01.2003 (par. 37); *Woditschka & Wilfling vs. Austria* (69756/01, 6306/02), judg. 21.10.2004, par. 29f; *Ladner vs. Austria* (18297/03), judg. 03.02.2005, par. 24f; *E.B. vs. France*, judg. 22.01.2008; *Kozak vs. Poland*, judg. 02.03.2010, appl. 13102/02 (par. 92)

<sup>9</sup> *Dudgeon vs. UK* 1981 (7525/76), judg. 22.10.1981 (par. 51), *Norris vs. Ireland* (10581/83) judg. 26.10.1988 (par. 41f), *Modinos vs. Cyprus* (15070/89) 22.04.1993 (par. 25)

<sup>10</sup> *Karner vs. Austria*, judg. 24.07.2003, appl. 40016/98 (par. 41); *Kozak vs. Poland*, judg. 02.03.2010, appl. 13102/02 (par. 92)

<sup>11</sup> *Lustig-Prean & Beckett vs. UK* (31417/96; 32377/96), judg. 27.09.1999 (par. 90); *Smith & Grady vs. UK* (33985/96; 33986/96), judg. 27.09.1999 (par. 97); *L. & V. v. Austria* (39392/98, 39829/98), judg. 09.01.2003 (par. 52); *S.L. v. Austria* (45330/99), judg. 09.01.2003 (par. 44); *Woditschka & Wilfling vs. Austria* (69756/01, 6306/02), judg. 21.10.2004, par. 29f; *Ladner vs. Austria* (18297/03), judg. 03.02.2005, par. 24f;

<sup>12</sup> *Dudgeon vs. UK* (7525/76), judg. 22.10.1981; *Norris vs. Ireland* (10581/83), judg. 26.10.1988; *Modinos vs. Cyprus* (15070/89), judg. 22.04.1993;

<sup>13</sup> *A.D.T. vs. UK* (35765/97), judg. 31.07.2000

<sup>14</sup> *L. & V. v. Austria* (39392/98, 39829/98), judg. 09.01.2003; *S.L. v. Austria* (45330/99), judg. 09.01.2003; *Woditschka & Wilfling vs. Austria* (69756/01, 6306/02), judg. 21.10.2004; *Ladner vs. Austria* (18297/03), judg. 03.02.2005; *Thomas Wolfmeyer vs. Austria* (5263/03), judg. 26.05.2005; *G.B. & H.G. vs. Austria* (11084/02 and 15306/02), judg. 02.06.2005; *R.H. vs. Austria* (7336/03), judg. 19.01.2006.

davon abgehalten worden ist, erfüllende intime Beziehungen einzugehen, die seiner Neigung (zu erwachsenen Männern) entsprachen.<sup>15</sup> Auch im Ausschluss homosexueller Frauen und Männer vom Dienst in den Streitkräften sah der Gerichtshof eine Verletzung der EMRK (Art. 8).<sup>16</sup> Ebenso wie im Verbot von Gay-Pride-Paraden.<sup>17</sup> Auch ein Verbot homosexueller Pornografie verletzt die Europäische Menschenrechtskonvention.<sup>18</sup>

Entscheidungen im *Kindschaftsrecht*, die (teilweise) auf der Homosexualität eines Elternteiles beruhen, qualifizierte der Gerichtshof als ungerechtfertigte Diskriminierung auf Grund sexueller Orientierung.<sup>19</sup> Auch die Ungleichbehandlung von unverheirateten gleichgeschlechtlichen Paaren gegenüber unverheirateten verschiedengeschlechtlichen Paaren beim Eintrittsrecht in den Mietvertrag des verstorbenen Partners hat der Gerichtshof als ungerechtfertigt angesehen.<sup>20</sup> Das von der österreichischen Regierung vorgetragene Argument, die Bevorzugung heterosexueller Paare diene dem Schutz der traditionellen Familie ließ der Gerichtshof nicht gelten.<sup>21</sup> Dies wiederholte der Gerichtshof im Jahr 2010 und fügte hinzu, dass der Schutz der traditionellen Familie insbesondere berücksichtigen muss, dass es nicht nur einen einzigen Weg oder eine einzige Möglichkeit gibt, sein Familien- oder Privatleben zu führen.<sup>22</sup>

Zuletzt erkannte der Gerichtshof die Nichtzulassung homosexueller Menschen zur Adoption von Kindern als Menschenrechtsverletzung.<sup>23</sup>

2007 hat der EGMR überdies zwei Urteile gefällt, die auch für die Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare richtungweisend sind. In *Emonet gg. Schweiz*<sup>24</sup> erkannte er eine Verletzung des Art. 8 EMRK dadurch, dass nationale Bestimmungen - zur Vermeidung einer

<sup>15</sup> *S.L. v. Austria* (45330/99), judg. 09.01.2003 (par. 49, 52);

<sup>16</sup> *Lustig-Prean & Beckett vs. UK* (31417/96; 32377/96), judg. 27.09.1999; *Smith & Grady vs. UK* (33985/96; 33986/96), judg. 27.09.1999.

<sup>17</sup> *Baczowski vs. PL*, judg. 03.05.2007

<sup>18</sup> EKMR: *S vs Ch*, 14.01.1993

<sup>19</sup> *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal* (33290/96), judg. 21.12.1999. Fälle, die den gesetzlichen Ausschluß homosexueller Menschen von der Möglichkeit, Blut zu spenden, zum Gegenstand hatten, wurden von der Liste gestrichen, nachdem das entsprechende Gesetz geändert worden ist (*Tosto vs. Italy* (49821/99), dec. 15.10.2002; *Crescimone vs. Italy*, 49824/99, dec. 15.10.2002; *Faranda vs. Italy*, 51467/99, dec. 15.10.2002)

<sup>20</sup> *Karner vs. Austria* (40016/98), judg. 24.07.2003. Da der Beschwerdeführer selbst nach Einbringung seiner Beschwerde verstorben ist, hatte der Gerichtshof zu entscheiden, ob er den Fall von der Liste streicht oder ob er die Prüfung des Falles fortsetzt; er hat die Prüfung fortgesetzt und dies damit begründet, dass die gegenständliche Frage eine „wichtige Frage von allgemeiner Bedeutung nicht nur für Österreich ist sondern auch für andere Mitgliedstaaten“ (par. 27).

<sup>21</sup> *Karner vs. Austria* (40016/98), judg. 24.07.2003 (§ 41).

<sup>22</sup> *Kozak vs. Poland*, judg. 02.03.2010, appl. 13102/02 (par. 98)

<sup>23</sup> *E.B. vs. France*, judg. 22.01.2008

im Endeffekt gemeinschaftlichen Adoption durch unverheiratete Paare - bei einer Stiefkindadoption den Verlust der elterlichen Rechte des leiblichen Elternteils statuieren. In *Wagner et. al. gg. Luxemburg*<sup>25</sup> wiederum lag die Verletzung der Art. 8 und 14 EMRK in der Nichtanerkennung einer im Ausland (im konkreten Fall: in Peru) erfolgten Adoption eines Kindes durch eine alleinstehende Frau auf der Grundlage, dass das nationale Recht eine Adoption durch unverheiratete Einzelpersonen verbietet. Diese Entscheidungen lassen sich unschwer auf Adoptionen durch gleichgeschlechtliche Paare übertragen.

2002 schließlich hat der Gerichtshof ausgesprochen, daß der Wesensgehalt des *Rechts auf Eheschließung* verletzt wird, wenn einer post-operativen transsexuellen Person nicht die Eheschließung mit einem Angehörigen ihres früheren Geschlechts ermöglicht wird.<sup>26</sup> Der Gerichtshof hat damit das Recht anerkannt, eine Person des gleichen biologischen Geschlechts zu ehelichen. Hievon ist es kein allzu großer Schritt mehr, auch das Recht zu gewähren, eine Person zu heiraten, die nicht nur biologisch sondern auch genital und sozial vom gleichen Geschlecht ist, zumal die Begründung des Gerichtshof eins zu eins auch auf solche Ehen übertragbar ist.

So hat der Gerichtshof den bedeutenden sozialen Wandel der Institution Ehe seit der Unterzeichnung der Europäischen Menschenrechtskonvention ebenso betont wie die dramatischen Änderungen durch die Entwicklung von Medizin und Wissenschaft;<sup>27</sup> und er hat das Argument als künstlich zurückgewiesen, dass post-operative Transsexuelle nicht ihres Rechts auf eine Eheschließung beraubt worden seien, weil sie ja weiterhin eine Person ihres früheren Gegengeschlechts heiraten können. Der Gerichtshof verwies darauf, dass die Beschwerdeführerin als Frau lebe und nur einen Mann zu heiraten wünsche; da ihr diese Möglichkeit verwehrt wurde, sei der Wesensgehalt des Rechts auf Eheschließung verletzt worden.<sup>28</sup>

Auch im Hinblick auf die (voll) gleichgeschlechtliche Ehe trifft es zu, dass die Ehe bedeutende soziale Änderungen erfahren hat, und die medizinischen und wissenschaftlichen Erkenntnisse dramatische Änderungen erfahren haben. Ebenso künstlich ist das (oft gehörte)

---

<sup>24</sup> judg. 13.12.2007, appl. 39051/03

<sup>25</sup> judg. 28.06.2007, appl. 76240/01

<sup>26</sup> *Christine Goodwin vs. UK* (28957/95), judg. 11.07.2002 [GC]; *I. vs. UK* (25680/94), judg. 11.07.2002 [GC]

<sup>27</sup> *Christine Goodwin vs. UK* (28957/95), judg. 11.07.2002 [GC] (par. 100); *I. vs. UK* (25680/94), judg. 11.07.2002 [GC] (par. 80)

Argument, Homosexuelle würden vom Recht auf Eheschließung ausgeschlossen, weil sie ja ohnehin eine Person des anderen Geschlechts heiraten könnten. Entsprechend der Argumentationslinie des Gerichtshofs in den Transsexuellenfällen leben Homosexuelle mit Partnern des gleichen Geschlechts und wünschen, nur eine Person des gleichen Geschlechts zu heiraten, wenn sie diese Möglichkeit nicht haben, erscheint der Wesensgehalt des Rechts auf Eingehung einer Ehe verletzt.

Der Gerichtshof unterstrich, daß die Unfähigkeit eines Paares, *Kinder zu zeugen* oder Eltern von Kindern zu sein, nicht per se ihr Recht auf Eingehung einer Ehe beseitigen kann.<sup>29</sup> Und er verwies darauf, dass Artikel 9 der EU-Grundrechtecharta, ohne Zweifel mit Absicht, insofern vom Wortlaut des Art. 12 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) abgegangen ist, als die Bezugnahme auf Frauen und Männer gestrichen wurde.<sup>30</sup>

In Frühjahr 2007 hat der EGMR die österreichische Bundesregierung aufgefordert, den Ausschluss gleichgeschlechtlicher Paare von der *Zivilehe* (Art. 12 EMRK) bzw. das Fehlen eines *vergleichbaren Rechtsinstituts* (Art. 8, 14 EMRK) zu rechtfertigen.<sup>31</sup>

Die Parlamentarische Versammlung des Europarates hat es zur Jahrtausendwende als eindeutig bezeichnet, dass Diskriminierung auf Grund sexueller Orientierung heute als von ebenso grosser Schwere akzeptiert ist wie die anderen, in Art. 14 EMRK ausdrücklich genannten Gründe.<sup>32</sup> Sexuelle Orientierung sollte daher, wie die anderen „besonders abscheulichen“ Formen von Diskriminierung auch, ebenfalls ausdrücklich in Art. 14 aufgenommen werden.<sup>33</sup>

---

<sup>28</sup> *Christine Goodwin vs. UK* (28957/95), judg. 11.07.2002 [GC] (par. 101); *I. vs. UK* (25680/94), judg. 11.07.2002 [GC] (par. 81)

<sup>29</sup> *Christine Goodwin vs. UK* (28957/95), judg. 11.07.2002 [GC] (par. 100); *I. vs. UK* (25680/94), judg. 11.07.2002 [GC] (par. 80)

<sup>30</sup> *Christine Goodwin vs. UK* (28957/95), judg. 11.07.2002 [GC] (par. 98); *I. vs. UK* (25680/94), judg. 11.07.2002 [GC] (par. 78) ; vgl. auch Europäischer Gerichtshof: *K.B. gegen National Health Service Pensions Agency und Secretary of State for Health*, Case C-117/01 (07.01.2004) [http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=DE&numdoc=62001J0117&model=guichett](http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=DE&numdoc=62001J0117&model=guichett).

<sup>31</sup> *Schalk & Kopf vs. Austria* (appl. 30141/04) (aus VfGH 12.12.2003, B 777/03)

<sup>32</sup> *Committee on Legal Affairs and Human Rights*, Report on Draft Protocol No. 12 to the European Convention on Human Rights (14.12.2000) (II.A.22.)

<sup>33</sup> Opinion 216 (2000) (par. 6);

Das Ministerkomitee des Europarates hat die 47 Mitgliedstaaten zur Bekämpfung von Diskriminierung auf Grund sexueller Orientierung und Geschlechtsidentität aufgerufen und in dieser Empfehlung vom 31. März 2010 festgehalten, dass homo- und bisexuelle sowie Transgender-Personen seit Jahrhunderten, und auch heute immer noch, auf Grund ihrer sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität Homophobie, Transphobie und anderen Formen von Intoleranz und Diskriminierung ausgesetzt sind, einschließlich Kriminalisierung, Marginalisierung, sozialem Ausschluss und Gewalt. Es seien daher (nicht nur allgemeine sondern) *„besondere Maßnahmen“* erforderlich, um zu gewährleisten, dass diese Personen in den vollen Genuss der Menschenrechte gelangen.<sup>34</sup>

Das Ministerkomitee betont, dass weder kulturelle noch traditionelle oder religiöse Werte und auch nicht die Regeln einer „herrschenden Kultur“ herangezogen werden dürfen, um Verhetzung oder irgendeine andere Form von Diskriminierung, einschliesslich auf Grund von sexueller Orientierung und Geschlechtsidentität, zu rechtfertigen.<sup>35</sup>

Es ruft die Mitgliedstaaten des Europarates daher u.a. zur Annahme (und wirksamen Vollziehung) von *gesetzlichen* (und anderen) *Maßnahmen* auf, mit denen Diskriminierung auf Grund sexueller Orientierung und Geschlechtsidentität bekämpft und Toleranz gegenüber homo- und bisexuellen sowie Transgender-Personen gefördert wird. Dabei fordert das Ministerkomitee auch die Zurverfügungstellung *wirksamer Beschwerdemöglichkeiten auf nationaler Ebene*.<sup>36</sup> Diese Maßnahmen sollen Teil einer *„umfassenden Strategie“* zur Bekämpfung der Diskriminierung auf Grund sexueller Orientierung und Geschlechtsidentität sein.<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> *Committee of Ministers of the Council of Europe*, Recommendation CM/Rec(2010)5 to member states on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity (31.03.2010), [www.wcd.coe.int](http://www.wcd.coe.int)

<sup>35</sup> Ibid.

<sup>36</sup> Ibid.

<sup>37</sup> *Explanatory Memorandum* to Recommendation CM/Rec(2010)5 of the Committee of Ministers of the Council of Europe to member states on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity (31.03.2010), [www.wcd.coe.int](http://www.wcd.coe.int)

## B. Global

Auch auf globaler Ebene werden das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung und das Recht auf Gleichbehandlung auf Grund sexueller Orientierung zunehmend anerkannt. So erklärte der *Menschenrechtsausschuß der Vereinten Nationen* ein Totalverbot homosexueller Beziehungen zwischen Männern als Verletzung des Rechts auf Privatheit<sup>38</sup> und erachtete die Beschränkung von Hinterbliebenenpensionen auf verschiedengeschlechtliche Partner als gleichheitswidrig.<sup>39</sup> Das Diskriminierungsverbot des Art. 26 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte beinhaltet auch das Verbot der Diskriminierung auf Grund sexueller Orientierung.<sup>40</sup>

Auch die Arbeit vieler anderer UN-Einrichtungen beinhaltet die Bekämpfung von Menschenrechtsverletzungen auf Grund von sexueller Orientierung und Geschlechtsidentität. So haben der *Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte*, der *Ausschuß zur Beseitigung von Rassendiskriminierung*, das *Antifolter-Komitee*, der *Ausschuß zur Beseitigung der Diskriminierung von Frauen*, der *Kinderrechte-Ausschuß* und der *Flüchtlingshochkommissar* und die *Menschenrechtshochkommissare* wiederholt die UN-Mitgliedstaaten aufgerufen, Verfolgung, Kriminalisierung und Diskriminierung in Gesetzgebung und Politik zu beenden und wirksamen Schutz durch ein ausdrückliches Verbot der Diskriminierung auf Grund sexueller Orientierung verlangt.<sup>41</sup>

Anlässlich des 60. Jahrestages der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte haben 67 Staaten in der UN-Generalversammlung eine *Resolution gegen Kriminalisierung von homosexuellen Handlungen und gegen Diskriminierung auf Grund sexueller Orientierung* unterstützt. Eine, von der Organisation islamischer Staaten lancierte, Gegenresolution unterstützten lediglich 60 Staaten.<sup>42</sup> Sogar der *Vatikan* erklärte ausdrücklich, dass „die

<sup>38</sup> *Toonen vs. Australia* (CCPR/C50/D/488/1992, views of 31.03.1994);

<sup>39</sup> *Young vs. Australia* (CCPR/C/78/D/941/2000, views of 29August 2003); *X. vs. Colombia* (1361/05, views of 27. May 2007);

<sup>40</sup> *Young vs. Australia* (CCPR/C/78/D/941/2000, views of 29August 2003) (par. 10.4)

<sup>41</sup> Narrain A, Human Rights and Sexual Minorities: Local and Global Contexts, *Law, Social Justice & Global Development (LGD)*, 2001 (2), [http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/lgd/2001\\_2/narrain/](http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/lgd/2001_2/narrain/) (30.08.2009); International Commission of Jurists (ICJ), *International Human Rights References to Human Rights Violations on the grounds of Sexual Orientation and Gender identity*, 2nd edition (October 2006 Geneva), [http://www.icj.org/IMG/UN\\_references\\_on\\_SOGI.pdf](http://www.icj.org/IMG/UN_references_on_SOGI.pdf) (30.08.2009); Graupner, H. & Tahmindjis, P.: *Sexuality and Human Rights – A Global Overview* (Haworth Press New York 2005)

<sup>42</sup> Statement on human rights, sexual orientation and gender identity on behalf of Albania & 65 other nations, U.N. General Assembly (18.12.2008),

wohlbekannten Grundsätze des Respekts für die fundamentalen Rechte der Person und die Zurückweisung jeder Form von ungerechter Diskriminierung – die ebenso klar im Katechismus der katholischen Kirche festgeschrieben sind – nicht nur die Todesstrafe sondern alle Formen von strafrechtlicher Gesetzgebung ausschliessen, die gewalttätig oder diskriminierend gegenüber homosexuellen Menschen ist“.<sup>43</sup>

Die Generalversammlung der *Organisation amerikanischer Staaten (OAS)* schließlich hat im Juni 2008 einstimmig eine „Resolution über Menschenrechte, Sexuelle Orientierung und Geschlechtsidentität“ angenommen. Darin betonen die 34 Staaten die Bedeutung der Yogyakarta-Prinzipien und die Bedeutung der Bekämpfung von Diskriminierung auf Grund sexueller Orientierung.<sup>44</sup> Diese Resolution hat die Generalversammlung im Jahr 2009 noch einmal ausdrücklich bekräftigt.<sup>45</sup>

Die von der OAS angesprochenen *Yogyakarta-Prinzipien* spiegeln das Ausmaß wider, in dem die Rechte homo- und bisexueller sowie Transgenderpersonen bereits im internationalen Menschenrechtsschutz verankert sind. Diese Prinzipien wurden von hochrangigen Menschenrechtsexperten mit verschiedenem regionalen und beruflichen Hintergrund, von Richtern, Universitätslehrern, einer früheren UN-Menschenrechtskommissarin, UN-Berichterstattem und Mitgliedern verschiedenster UN-Ausschüsse und –Einrichtungen sowie von NGOs, ausgearbeitet, und bekräftigen die Vorgaben des internationalen Menschenrechtsschutzes, an die sich die Staaten halten müssen.

In ihrer Präambel halten die Yogyakarta-Prinzipien fest, dass „der internationale Menschenrechtsschutz allen Menschen, ungeachtet ihrer sexuellen Orientierung oder

---

[http://www.ilga.org/news\\_results.asp?LanguageID=1&FileCategory=44&ZoneID=7&FileID=1211](http://www.ilga.org/news_results.asp?LanguageID=1&FileCategory=44&ZoneID=7&FileID=1211) (30.08.2009); Human Rights Watch (HRW), *UN: General Assembly Statement Affirms Rights for All* (New York 18.12.2008), <http://www.hrw.org/lgbt> (30.08.2009); International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans & Intersex Association (ILGA), *UN: General Assembly Statement Affirms Rights for All* (Brussels 19.12.2008), [http://www.ilga.org/news\\_results.asp?LanguageID=1&FileCategory=44&ZoneID=7&FileID=1211](http://www.ilga.org/news_results.asp?LanguageID=1&FileCategory=44&ZoneID=7&FileID=1211); Sheill, Kate: Human Rights, Sexual Orientation, and Gender Identity at the UN General Assembly (2009) *Journal of Human Rights Practice* 1:315-319;

<sup>43</sup> Vatican Radio, Fr. Lombardi Clarifies Holy See's Position on Decriminalisation of Homosexuality (02.12.2008), <http://www.radiovaticana.org/en1/Articolo.asp?c=249433> (30.08.2009)

<sup>44</sup> Resolution on Human Rights, Sexual Orientation, and Gender Identity, General Assembly, Organisation of American States (OAS) AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08) (03.06.2008), [http://www.oas.org/dil/AGRES\\_2435.doc](http://www.oas.org/dil/AGRES_2435.doc) (30.08.2009)

<sup>45</sup> Resolution on Human Rights, Sexual Orientation, and Gender Identity, General Assembly, Organisation of American States (OAS) AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09) (04.06.2009),

Geschlechtsidentität, den vollen Genuss der Menschenrechte gewährleistet und dass die Anwendung der einzelnen Grundrechtsgarantien auf die besondere Situation und die Erfahrungen von Menschen unterschiedlicher sexueller Orientierungen und Geschlechtsidentitäten Bedacht nehmen soll“, sowie dass „die Staaten Maßnahmen ergreifen müssen, um Vorurteile und Praktiken zu beseitigen, die auf der Idee von der Inferiorität oder Superiorität eines Geschlechts oder auf stereotypen Rollen für Männer und Frauen beruhen“.<sup>46</sup>

## II. Sexuelle Orientierung im Unionsrecht

Das Unionsrecht bringt an mehrfacher Stelle das Prinzip der Gleichbehandlung (auch) auf Grund sexueller Orientierung zum Ausdruck.

Bereits im Februar 1994 verabschiedete das Europäische Parlament die „*Resolution über gleiche Rechte von homosexuellen Frauen und Männern in der EG*“<sup>47</sup>. Es bekräftigte darin seine Überzeugung, daß „alle Bürger gleich behandelt werden [müßten] ungeachtet ihrer sexuellen Orientierung“ und fordert die umfassende Gleichberechtigung und die Beendigung jeder Diskriminierung homosexueller Menschen. Neben der Gleichstellung in anderen Rechtsbereichen wird auch der Zugang zur „Ehe oder vergleichbaren rechtlichen Regelungen“, die „die vollen Rechte und Vorteile der Ehe garantieren“, sowie die Gleichbehandlung im Pflegschafts- und Adoptionsrecht gefordert.<sup>48</sup> In seinen *Menschenrechtsberichten* für die Jahre 1994<sup>49</sup>, 1995<sup>50</sup>, 1996<sup>51</sup>, 1997<sup>52</sup>, 1998/99<sup>53</sup>, 2000<sup>54</sup>, 2001<sup>55</sup> und 2002<sup>56</sup>, in seiner *Entschiessung gegen Homophobie in Europa* (2006)<sup>57</sup> sowie

---

[http://www.globalrights.org/site/DocServer/Resolution\\_2504\\_on\\_Human\\_Rights\\_Sexual\\_Orientation\\_and\\_.pdf?docID=10343](http://www.globalrights.org/site/DocServer/Resolution_2504_on_Human_Rights_Sexual_Orientation_and_.pdf?docID=10343) (30.08.2009)

<sup>46</sup> The Yogyakarta Principles (2006), <http://www.yogyakartaprinciples.org>

<sup>47</sup> Dok. A3-0028/94 (8.2.1994)

<sup>48</sup> Pkt. 5 bis 15 der Resolution.

<sup>49</sup> 15.09.96; Euroletter 45, 6

<sup>50</sup> Entschließung vom 08.04.1997 (A4-0112/97; Pkt. 135, 136, 137, 140)

<sup>51</sup> Entschließung vom 17.02.1998 (A4-0034/98; Pkt. E., 65-69)

<sup>52</sup> Entschließung vom 17.12.1998 (A4-0468/98; Pkt. 10, 51-54, 73, 82)

<sup>53</sup> Entschließung vom 16.03.2000 (A5-0050/00; Pkt. 56-60, 76, 77)

<sup>54</sup> Entschließung vom 05.07.2001 (A5-0223/01, Pkt. 77ff)

<sup>55</sup> Entschließung vom 15.01.2002 (A5-0451/02, Pkt. 65, 99ff)

<sup>56</sup> Entschließung zur Lage der Grundrechte in der Europäischen Union (2002), 04.09.2003

<sup>57</sup> P6\_TA(2006)0018 (18.01.2006)

im *Menschenrechtsbericht 2004–2008*<sup>58</sup> bekräftigte das Parlament seinen Appell zur Beendigung jeder Diskriminierung auf Grund sexueller Orientierung.

Die Aufhebung sämtlicher diskriminierender Bestimmungen ist seit über zehn Jahren eine Voraussetzung für die Aufnahme neuer Mitglieder in die Europäische Union.<sup>59</sup>

Die ausdrückliche Aufnahme des Merkmals „sexuelle Orientierung“ in Antidiskriminierungs- und Gleichbehandlungsklauseln ist heute gängiger Standard in der Unionsgesetzgebung.<sup>60</sup>

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat anfangs zweimal Benachteiligungen homosexueller Paare als nicht gegen das Gemeinschaftsrecht verstossend qualifiziert. Im Fall *Grant vs. South West Trains (1998)*<sup>61</sup> ging es um Freifahrtvergünstigungen eines Eisenbahnunternehmens. Diese wurden Frau Grant für ihre Partnerin verwehrt, obwohl sie männliche Dienstnehmer für ihre Partnerinnen erhielten. Der EuGH sah darin keine Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes. Art. 13 EG war damals noch nicht in Kraft. Im Fall *D. & Schweden gegen den Rat (2001)*<sup>62</sup> ging es wiederum um einen Angestellten des Rates, dem die Haushaltszulage für seinen in Schweden eingetragenen Partner verweigert wurde, während Beamte für Ehepartner diese Zulage erhielten. Der EuGH sah weder eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts noch der sexuellen Orientierung. Eine eingetragene Partnerschaft sei etwas grundlegend anderes als eine Ehe.

Auf beide Urteile reagierte erstaunlich rasch der Gemeinschaftsgesetzgeber. Nach dem Urteil *Grant* erliess er, nach dem Inkrafttreten des Art. 13 EG, die

---

<sup>58</sup> EntschlieÙung zu der Lage der Grundrechte in der Europäischen Union 2004–2008 (14.09.2009), A6-0479/2008

<sup>59</sup> *European Parliament*: Urgency Resolution on the Rights of Lesbians and Gays in the European Union (B4-0824, 0852/98; par. J), 17.09.1998; Resolution on the Respect of Human Rights within the European Union in 1997 ((A4-0468/98; par. 10), 17.12.1998; Resolution on the Respect of Human Rights within the European Union in 1998/99 (A5-0050/00; par. 76, 77), 16.03.2000; Reports on the accession to the European Union for Croatia, the Former Yugoslav Republic of Macedonia and Turkey (12.02.2010); [http://www.europarl.eu.int/plenary/default\\_en.htm](http://www.europarl.eu.int/plenary/default_en.htm)

<sup>60</sup> Die folgende Listung stellt bloss eine Auswahl dar. Für die grosse Zahl weiterer Rechtsakte siehe [http://europa.eu.int/eur-lex/en/search/search\\_lif.html](http://europa.eu.int/eur-lex/en/search/search_lif.html) (Suche mit „sexual orientation“ bzw. „sexueller Ausrichtung“). Freizügigkeits-Richtlinie (ABl. L 229/35, 29.06.2004, Art. 2 Z. 2 lit. a & b); Asyl-Aufnahme-Richtlinie (ABl. L 31/18, 06.02.2003, Art. 2 (d) (i)); Europäischer Haftbefehl (Rahmenbeschluss ABl. L 190/1, 18.07.2002, Erwägung Nr. 12); Beschäftigungsrichtlinie 2000/78/EG (ABl. L 303/16); EG-Personalstatut (VO EG 781/98 = ABl. L 113/4 idgF, Art. 1d Abs. 1 iVm Anhang VII Art. 1 Abs. 2 lit. c); Datenschutzrichtlinie (RL 95/46/EG, Art. 8).

<sup>61</sup> C-249/96

<sup>62</sup> C-122, 125/99

Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG. Und auf Grund des Urteils im Fall *D. & Schweden* novellierte er das Beamtenstatut, das ein ausdrückliches Verbot der Diskriminierung auf Grund sexueller Orientierung enthält sowie eine Gleichstellung eingetragener Partnerschaften mit der Ehe.<sup>63</sup>

2008 fällte der EuGH dann sein richtungweisendes Urteil in der Sache *Tadao Maruko gegen Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen (Vddb)*<sup>64</sup>. Darin erkannte er es als verbotene unmittelbare Diskriminierung iSd RL 2000/78/EG<sup>65</sup>, wenn überlebenden (gleichgeschlechtlichen) eingetragenen Lebenspartnern von Arbeitnehmern eine Hinterbliebenenversorgung verwehrt wird, die hinterbliebene (verschiedengeschlechtliche) Ehepartner erhalten. Voraussetzung für das Vorliegen einer solchen unmittelbaren Diskriminierung ist (im Einklang mit dem Wortlaut des Art. 2 der RL), dass sich der überlebende Lebenspartner in einer „vergleichbaren Situation“ befindet wie ein überlebender Ehepartner (Rn 70-73). Eine solche unmittelbare Diskriminierung kann lediglich gem. Art. 4 Abs. 1 der RL gerechtfertigt werden („wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“).

Mit dem Lissabonner Vertrag fand „sexuelle Orientierung“ gleichberechtigten Eingang auch in die Diskriminierungsverbote und Gleichbehandlunggebote der *Unionsverträge*.

Art. 6 des Vertrages über die Europäische Union (EUV) erklärt die *Charta der Grundrechte der Europäischen Union* als gleichrangig mit den Verträgen, und Art. 21 Abs. 1 dieser Charta verbietet ausdrücklich auch Diskriminierung auf Grund der sexuellen Ausrichtung. Des Weiteren schreibt der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) „*Equality Mainstreaming*“ auch bezüglich sexueller Ausrichtung vor. Art. 10 AEUV bestimmt, dass die Union bei der Festlegung und Durchführung ihrer Politik und ihrer Maßnahmen darauf abzielt, Diskriminierungen u.a. aus Gründen der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen. Und, wie bereits Art. 13 EG, ermächtigt Art. 19 AEUV den Rat, Maßnahmen zur Bekämpfung der Diskriminierung zu erlassen.

---

<sup>63</sup> Art. 1d Abs. 1 iVm Anhang VII Art. 1 Abs. 2 lit. c

<sup>64</sup> C-267/06 (01.04.2008)

Auf dieser Grundlage (des Art. 13 EG) hatte die Union im Jahr 2000 die Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG erlassen, mit der in der gesamten Arbeitswelt Diskriminierungen auf Grund von Rasse und ethnischer Herkunft, von Religion oder Weltanschauung, von Behinderung, von Alter und von sexueller Ausrichtung ausdrücklich verboten wurden. Der *Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH)* hat festgehalten, dass die Richtlinie 2000/78/EG den Grundsatz der Gleichbehandlung nicht in das Unionsrecht erst eingeführt hat, sondern diesen bestehenden Grundsatz lediglich konkretisiert hat.<sup>66</sup> Die konkreten Verbote von Diskriminierungen auf Grund der (in Art. 19 AEUV und) in der Richtlinie enthaltenen konkreten Merkmale stellen nur eine spezifische Anwendung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes des Unionsrechts dar.<sup>67</sup>

Das *Stockholm Programm*, das der Europäische Rat am 2. Dezember 2009 verabschiedet hat und das Richtlinien für eine gemeinsame Innen- und Sicherheitspolitik 2010-2015 festschreibt, unterstreicht die Notwendigkeit, Maßnahmen gegen u.a. Homophobie „energisch zu verfolgen“.<sup>68</sup>

### III. Sexuelle Orientierung im deutschen Recht

Vier Bundesländer verbieten in ihren Landesverfassungen ausdrücklich Diskriminierung auf Grund der sexuellen Identität: Berlin, Bremen, Brandenburg und Thüringen.<sup>69</sup>

Auf Bundesebene enthalten zahlreiche einfache Gesetze ein ausdrückliches Verbot von Diskriminierung auf Grund sexueller Identität.<sup>70</sup> Das Gleiche gilt für die Landesebene.<sup>71</sup>

---

<sup>65</sup> Art. 2 RL 2000/78/EG: „„unmittelbare Diskriminierung ...“, wenn eine Person wegen eines der in Artikel 1 genannten Gründe in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde“.

<sup>66</sup> *Seda Küçükdeveci vs. Swedex GmbH & Co KG* (C-555/07) (19.01.2010) (par. 50); *Werner Mangold vs. Rüdiger Helm* (C-144/04) (22.11.2005) (par. 74)

<sup>67</sup> *Seda Küçükdeveci vs. Swedex GmbH & Co KG* (C-555/07) (19.01.2010) (par. 50); *Werner Mangold vs. Rüdiger Helm* (C-144/04) (22.11.2005) (par. 74)

<sup>68</sup> [www.sexualorientationlaw.eu](http://www.sexualorientationlaw.eu)

<sup>69</sup> Berlin: Verfassung 1995 (Art. 10); Brandenburg: Verfassung 1992 (Art. 12); Bremen: Verfassung (Zusatz 2009, Art. 2); Thüringen: Verfassung 1993 (Art. 2)

<sup>70</sup> *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* (§ 1); *Gesetz über die Gleichbehandlung der Soldatinnen und Soldaten* (§ 1); *Bundesbeamtengesetz* (§ 9); *Gesetz zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern* (§ 9); *Bundespersönalvertretungsgesetz* (§ 67); *Betriebsverfassungsgesetz* (§ 75); *Gesetz über Sprecherausschüsse der leitenden Angestellten* (§ 27); *Drittes Buch Sozialgesetzbuch* –

Eine ausdrückliche Bindung des Gesetzgebers, wie der gesamten sonstigen Staatsmacht (auf Landes- und auf Bundesebene), ergibt sich zudem aus dem Unionsrecht. Die *Charta der Grundrechte der Europäischen Union* verbietet ausdrücklich jede Diskriminierung auf Grund der sexuellen Ausrichtung (oben II.) und dieses Verbot bindet nicht nur die Union selbst sondern auch die Mitgliedstaaten, insoweit sie im Anwendungsbereich des Unionsrechts handeln oder auch nicht handeln (Art 51 der Charta). Der Anwendungsbereich des Unionsrechts ist nämlich sehr weit, weil der EuGH ihn schon dann als gegeben ansieht, wenn nationale Regelungen Bereiche erfassen, die in den Anwendungsbereich einer Verordnung oder Richtlinie fallen.<sup>72</sup>

Es verbleibt also (lediglich) jener Bereich des deutschen Rechts, der nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt.

Zwar hat das *Bundesverfassungsgericht* in seiner richtungweisenden Entscheidung vom 07.07.2009 bei Differenzierungen auf Grund von sexueller Orientierung (wie bei jenen bspw. auf Grund des Geschlechtes) einen strengen Kontrollmaßstab etabliert und ausgesprochen, dass solche Differenzierungen nur dann gerechtfertigt sein können, wenn erhebliche Unterschiede im Tatsächlichen bestehen, die nicht auf Grund von abstrakten Erwägungen sondern nur auf Grund konkreter Lebensrealitäten konstatiert werden dürfen und die einen inneren Zusammenhang von ausreichendem Gewicht mit dem Regelungsgegenstand aufweisen müssen.<sup>73</sup>

---

*Arbeitsförderung* (§ 36); *Viertes Buch Sozialgesetzbuch – Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung* (§ 19a);

<sup>71</sup> *Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien* (§ 7); *Berlin: Gesetz zur Gleichberechtigung von Menschen unterschiedlicher sexueller Identität* (§§ 1ff); *Berliner Richtergesetz* (§ 13); *Personalvertretungsgesetz* (§§ 71f); *Gesetz über die Hochschulen im Land Berlin* (§ 44); *Gesetz über die Zulassung zu den Hochschulen des Landes Berlin in zulassungsbeschränkten Studiengängen* (§§ 8, 10); *Schulgesetz für das Land Berlin* (§ 2); *Gesetz zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und Kindertagespflege*; *Brandenburg: Brandenburgisches Schulgesetz* (§ 4); *Brandenburgisches Pflege- und Betreuungswohnengesetz* (§ 8); *Hamburg: Hamburgisches Personalvertretungsgesetz* (§ 77); *Verordnung über die Laufbahn der hamburgischen Polizeivollzugsbeamten* (§ 2); *Pflegekräfte-Berufsordnung* (§ 2); *Hessen: Hessisches Personalvertretungsgesetz* (§ 61); *Niedersachsen: Niedersächsisches Personalvertretungsgesetz* (§ 59); *Nordrhein-Westfalen: Personalvertretungsgesetz* (§ 62); *Rheinland-Pfalz: Schulgesetz* (§ 1); *Saarland: Berufsordnung für Pflegekräfte* (§ 2); *Verordnung über die Laufbahnen der Beamten im Saarland* (§ 2); *Sachsen-Anhalt: Gesetz zum Abbau von Benachteiligungen von Lesben und Schwulen* (§ 1); *Mediengesetz des Landes Sachsen-Anhalt* (§ 3); *Landespersonalvertretungsgesetz Sachsen-Anhalt* (§ 58); *Schulgesetz des Landes Sachsen-Anhalt* (§ 1); *Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung des Landes Sachsen-Anhalt* (§ 6);

<sup>72</sup> *Seda Küçükdeveci vs. Swedex GmbH & Co KG* (C-555/07) (19.01.2010) (par. 23ff)

<sup>73</sup> 1 BvR 1164/07 (par. 85, 86, 88, 93, 100, 112, 114, 115)

Dieses richterliche Diskriminierungsverbot ist aber nicht grundgesetzlich abgesichert. Das Bundesverfassungsgericht könnte daher seine Rechtsprechung jederzeit wieder abändern oder rückgängig machen. Ausserhalb des Anwendungsbereichs des Unionsrechts bleibt das Verbot von Diskriminierung auf Grund der sexuellen Orientierung daher *im Belieben der Verfassungsrichter*.

Aber auch *im Anwendungsbereich des Unionsrechts* ist das Diskriminierungsverbot unvollständig, weil der diesbezügliche innerstaatliche individuelle Rechtsschutz gegenüber Verletzungen des Grundgesetzes zurückbleibt. Das Bundesverfassungsgericht urteilt nur über Verstöße gegen das Grundgesetz, nicht aber über Verletzungen des Unionsrechts, auch nicht der Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Auch der Beschwerdeweg zum Gerichtshof der Europäischen Union bleibt Diskriminierungsopfern versperrt, denn dieser kann nicht von Einzelpersonen angerufen werden sondern (ausser in wenigen Ausnahmefällen) grundsätzlich nur von innerstaatlichen Gerichten, Organen der Union und Mitgliedstaaten. Diskriminierungsopfer (auf Grund sexueller Orientierung) haben daher – trotz des ausdrücklichen Verbots der Diskriminierung auf Grund sexueller Orientierung – auch im Anwendungsbereich des Unionsrechts *kein der Verfassungsbeschwerde vergleichbares individuelles Beschwerderecht*.

#### IV. Schlussfolgerungen

Die positivierten Grundrechte stellen gleichsam Wachposten um die Festung Menschenwürde dar, die an Stellen postiert worden sind, die sich historisch als besonders verletzlich erwiesen haben.<sup>74</sup>

Gleichgeschlechtlich l(i)ebende Menschen sind, wie es die Parlamentarische Versammlung und das Ministerkomitee des Europarates so treffend formuliert haben, Opfer jahrhundertalter Vorurteile.<sup>75</sup> Homo- und bisexuelle Frauen und Männer gehörten auch zu den Hauptzielgruppen der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft. Abertausende von ihnen mussten in den Konzentrationslagern wegen ihrer sexuellen Orientierung ihr Leben lassen.

---

<sup>74</sup> Franke, Dietrich, *Gewissensfreiheit und Demokratie*, Archiv des öffentlichen Rechts, 1, 7ff, 1989 (9f); Müller, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz, Bern 1964 (76); Öhlinger, Theo, *Die Grundrechte in Österreich, Ein systematischer Überblick*, EuGRZ, 216ff, 1982 (234);

<sup>75</sup> Siehe oben l.a.

Die Bundesrepublik setzte die Verfolgung fort; freilich mit anderen Mitteln: mit Strafverfolgung, Kerker und, oft genug damit verbunden, der Vernichtung der bürgerlichen Existenz.

Gerade hier fehlt der grundgesetzliche Wachposten, der auf der Ebene einfacher Bundes- und Landesgesetze und in einigen Landesverfassungen<sup>76</sup> ebenso bereits aufgestellt worden ist wie im Unionsrecht<sup>77</sup> und in den Verfassungen zahlreicher Länder in Europa und ausserhalb Europas.<sup>78</sup>

Homo- und bisexuelle Frauen und Männer sind die einzige verbliebene Personengruppe, die unter der NS-Herrschaft systematisch verfolgt worden ist, aber bis heute keinen Eingang in Art. 3 Abs. 3 des Grundgesetzes gefunden hat.

Gerade daraus kann nur allzu leicht der Gegenschluß gezogen werden, dass sexuelle Orientierung ein geringeres Schutzniveau genießt als die anderen, ausdrücklich in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmale. Schließlich kann dem (Grund)Gesetzgeber sinnloses Handeln nicht unterstellt werden und wird er sich mit der Schaffung und Formulierung des Abs. 3 des Art. 3 GG etwas gedacht haben. Ansonsten hätte er es ja auch beim allgemeinen Gleichheitssatz des Abs. 1 belassen können.<sup>79</sup>

Damit genossen aber Merkmale, wie Glaube und religiöse bzw. politische Anschauungen, einen höheren Schutz als sexuelle Orientierung, obwohl sie – im Gegensatz zu dieser – frei gewählt und für das Individuum änderbar sind.

---

<sup>76</sup> Siehe oben III.

<sup>77</sup> Siehe oben II.

<sup>78</sup> **Argentinien:** *Buenos Aires* – Verfassung 1996 (Art. 11, orientacion sexual); **Bolivien:** Verfassung 2009 (Art. 14.II., orientacion sexual); **Brasilien** (orientacao sexual): Verfassungen von *Alagoas* (Zusatz 2001, Art. 2-I); *Mato Grosso* (1989, Art. 10.III), *Pará* (2007, Art. 3-IV), *Santa Catarina* (Zusatz 2002, Art. 4-IV), *Sergipe* (1989, Art. 3.II) und des *Bundesbezirks* (1993, Art. 2); **Ecuador:** Verfassung 1998 (Art. 23 par. 3, orientacion sexual), nunmehr in Art. 11(2), 66(9), 83(14) der Verfassung 2008; **Fiji Islands:** Verfassungszusatz 1997 (s. 38(2)(a), sexual orientation); **Portugal:** Verfassung (Zusatz 2004, Art. 13 par. 2, orientacao sexual); **Kosovo:** Verfassung 2008 (Art. 24, sexuelle Orientierung); **Schweden:** Verfassung (Kapitel 1 s. 2 par. 4; sexuelle Orientierung); **Schweiz:** Verfassung 2000 (Art. 8 Abs. 2, Lebensform); **South Africa:** Übergangsverfassung 1993 (s. 8 par. 2), jetzt Verfassung 1996 (s. 9 par. 3), (jeweils sexual orientation). In Österreich sah der Präsidentenentwurf des Österreichkonvents (Verfassungsreformkonvent; [www.konvent.gv.at](http://www.konvent.gv.at)) für eine neue Bundesverfassung ein ausdrückliches Verbot der Diskriminierung auf Grund sexueller Ausrichtung vor (Art. 34 Abs. 2) (2005).

<sup>79</sup> vgl. für eine solche Argumentationsweise *Committee on Legal Affairs and Human Rights*, Report on Draft Protocol No. 12 to the European Convention on Human Rights (14.12.2000) (II.A.21.)

Eine Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 um das Merkmal der sexuellen Identität (oder Orientierung) würde einer solch absurden Konsequenz einen Riegel vorschieben.

Sie würde zudem das Rechtsschutzdefizit beseitigen, das darin liegt, dass in jenen weiten Teilen des deutschen Rechts, die sich im Anwendungsbereich des Unionsrechts befinden, trotz des dort bereits jetzt bestehenden ausdrücklichen Schutzes gegen Diskriminierung auf Grund sexueller Orientierung kein der Verfassungsbeschwerde vergleichbares Beschwerderecht besteht.<sup>80</sup>

Sie würde auch die unbefriedigende Situation beenden, dass das grundgesetzliche Verbot von Diskriminierung auf Grund sexueller Orientierung in Normen des Unionsrechts und in Gerichtsentscheidungen versteckt ist. Dieses ohnehin bereits bestehende Verbot<sup>81</sup> auch für die BürgerInnen tatsächlich sichtbar zu machen, von der Sozialkunde im Schulunterricht bis hin zu den Integrationskursen für AusländerInnen, entspricht der vom Europarat geforderten umfassenden Strategie zur Bekämpfung der Diskriminierung auf Grund sexueller Orientierung und Geschlechtsidentität sowie der Förderung von Toleranz.<sup>82</sup>

Schließlich verbietet der Bundesgesetzgeber in zahlreichen einfachen Gesetzen den Rechtsunterworfenen Diskriminierung auf Grund sexueller Orientierung und haben Bundestag und Bundesrat einem solchen ausdrücklichen Verbot im Unionsrecht ihre Zustimmung gegeben. Die Ergänzung auch des Grundgesetzes sollte daher auch aus Gründen der Glaubwürdigkeit erfolgen. Damit sich die Staatsgewalt nicht erlaubt, was sie den Rechtsunterworfenen verbietet.

Aber nicht zuletzt auch aus Verantwortung vor der eigenen unehrvollen Geschichte von Verfolgung und Unterdrückung; zur Errichtung eines Bollwerks gegen einen Rückfall in solche Unmenschlichkeiten. Das Grundgesetz in seiner derzeitigen Fassung stellt den Schutz homo- und bisexueller Menschen vor Verfolgung, Unterdrückung und Diskriminierung in das Belieben des Bundesverfassungsgerichts, das auf Grund desselben Grundgesetztextes sowohl (seinerzeit) die Strafverfolgung homosexueller Männer gebilligt<sup>83</sup>

---

<sup>80</sup> Siehe oben III.

<sup>81</sup> Siehe oben I.-III.

<sup>82</sup> Siehe oben I.a.

<sup>83</sup> BVerfGE 6, 389 (10.05.1957)

als auch (nunmehr) die Gleichstellung von Lebenspartnerschaften mit der Ehe gefordert hat.<sup>84</sup>

Nur durch eine Ergänzung des Grundgesetzes kann der erreichte Schutz, durch das Erfordernis einer verfassungsändernden Mehrheit des Parlaments, breit gesellschaftlich abgesichert werden.

Gegen die vorgeschlagene Grundgesetzänderung sprechen lediglich die Interessen derjenigen, die der Staatsmacht eine Hintertür offenhalten wollen zur Rückkehr zu einer der abscheulichsten Formen von Diskriminierung.<sup>85</sup>

*Aus diesen Gründen sollten die Gesetzentwürfe angenommen werden.*

**RA Dr. Helmut Graupner**

Co-Coordinator der European Commission on Sexual Orientation Law (ECSOL)

([www.sexualorientationlaw.eu](http://www.sexualorientationlaw.eu))

Vice-President for Europe der International Lesbian and Gay Law Association (ILGLaw)

([www.ILGLaw.org](http://www.ILGLaw.org))

Präsident des Rechtskomitees LAMBDA (RKL) ([www.RKLambda.at](http://www.RKLambda.at))

Co-Präsident der Österreichischen Gesellschaft für Sexualforschung (ÖGS) ([www.oegs.or.at](http://www.oegs.or.at))

Mitglied der World Association for Sexual Health (WAS) ([www.worldsexology.org](http://www.worldsexology.org))

---

<sup>84</sup> Siehe oben III.

<sup>85</sup> Siehe oben I.a.