



An den
Deutschen Bundestag
Rechtsausschuss
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Halle, den 20. April 2010

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am Mittwoch,
dem 21. April 2010 zu dem

- Gesetzentwurf der Fraktion der SPD – BT-Drucks. 17/254
- Gesetzentwurf der Abgeordneten Dr. Barabara Höll, Cornelia Möhring, Matthias W. Birkwald, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE – BT-Drucks. 17/472
- Gesetzentwurf der Abgeordneten Volker Beck (Köln), Jerzy Montag, Kai Gehring, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – BT-Drucks. 17/88.

1. Gegenstand und Zielsetzung der Anträge

1.1. Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG

Die drei Gesetzentwürfe zur Änderung des Grundgesetzes zielen einheitlich darauf ab, in Artikel 3 Absatz 3 Satz 1 nach den Wörtern „wegen seines Geschlechts“ die Wörter

„seiner sexuellen Identität“

einzufügen. Damit sollen die in der Norm verankerten Diskriminierungsverbote um einen Tatbestand erweitert werden.

1.2. Zielsetzungen

Die Gesetzentwürfe gehen – mit Unterschieden in den Details der Argumentation – gemeinsam davon aus, dass durch das bestehende allgemeine Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG sowie die einfachgesetzlichen Regelungen zu Benachteiligungsverboten aufgrund der sexuellen Identität der Personengruppe der Lesben, Schwulen, Bisexuellen, Transgenden, transsexuellen und intersexuellen Menschen bislang noch kein ausreichender Schutz vor Benachteiligungen geboten wird. Durch eine Verankerung in der Verfassung soll deshalb der Schutz normativ verstärkt und dem Wechselspiel politischer und gesellschaftlicher Kräfte sowie des „einfachen Gesetzgebers“ entzogen werden.

Im historischen Rückblick wird von allen drei Gesetzentwürfen darauf verwiesen, dass bei der Abfassung des Art. 3 Abs. 3 GG in seiner ursprünglichen Fassung zwei von den Nationalsozialisten verfolgte Personengruppen „vergessen“ wurden: die Behinderten und die Homosexuellen. Während ein Diskriminierungsverbot für Menschen mit Behinderung durch die Verfassungsänderung des Jahres 1994 ergänzt wurde, sei dies für die Homosexuellen bislang nicht erfolgt.

Darüber hinaus werden in den einzelnen Gesetzentwürfen als weitere Zielsetzungen die Verstärkung der Signalwirkung des Diskriminierungsverbotes in die Gesellschaft hinein, insbesondere der weitere Abbau von Vorurteilen, sowie die Verbesserung der Ausstrahlungswirkung in das Privatrecht über unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln angeführt.

Konstatiert wird in den Gesetzesbegründungen allerdings auch, dass die gesellschaftliche Toleranz gegenüber Lesben, Schwulen, Bisexuellen, Transgenden, transsexuellen und intersexuellen Menschen in den letzten Jahrzehnten deutlich zugenommen hat.

2. Diskriminierungsverbote in der Systematik der Grundrechtsgewährleistungen

2.1. Zur Entwicklung von Diskriminierungsverboten im deutschen Verfassungsrecht

Bevor auf die beantragten Verfassungsänderungen eingegangen wird, erscheint es zunächst sinnvoll und geboten, die Bedeutung von Diskriminierungsverboten in der Systematik der Grundrechtsgewährleistungen und des Verfassungsrechts insgesamt in den Blick zu nehmen. Ausgangspunkt ist dabei die Feststellung, dass Diskriminierungsverbote als Erscheinungsform der absoluten Verbotsnormen in der deutschen Verfassungsgeschichte bislang nur sehr sparsam Verwendung gefunden haben und dabei jeweils die Reaktion auf ein gesellschaftliches „Problem“ erheblichen Ausmaßes den Anlass bot.

Die Weimarer Reichsverfassung konzentrierte sich bei den Diskriminierungsverboten auf die Gleichbehandlung der Geschlechter und die Abschaffung der Standesunterschiede. Hinzu kam die Einführung des allgemeinen Wahlrechts, durch das ebenfalls eine bis dahin bestehende Diskriminierung abgeschafft wurde.

Das Grundgesetz musste die Regelung zu den Standesunterschieden nicht wiederholen und hat stattdessen in Art. 3 Abs. 3 neue Diskriminierungstatbestände eingeführt, die einerseits an das nationalsozialistische Unrecht anknüpften, darüber hinaus aber auch auf die Folgen der Flüchtlingsströme reagierten, denn die Verbote der Diskriminierung wegen der Sprache, der Heimat und der Herkunft war vor allem darauf und nicht in erster Linie auf nationalsozialistisches Unrecht bezogen. Es handelte sich demnach sämtlich um Phänomene, für die entweder die Abkehr von einem kurz zurückliegenden schwerwiegenden Unrecht oder ein gegenwärtiges hohes Konfliktpotenzial zu verzeichnen war, auf die durch die Aufnahme des Diskriminierungsverbotes reagiert werden sollte. Der Umgang des Bundesverfassungsgerichts mit den Diskriminierungsverboten muss als vorsichtig und zurückhaltend charakterisiert werden.¹

In der Konvention zum Schutz der Menschenrechte (EMRK) findet sich in Art. 14 ein allgemeines Diskriminierungsverbot, das mit dem Verweis auf einen „sonstigen Status“ eine Öffnungsklausel enthält. Anders als Art. 3 Abs. 3 GG besitzt Art. 14 EMRK aber keine eigenständige Bedeutung, sondern zielt nur auf die *Ergänzung* der übrigen Menschenrechtsgewährleistungen der EMRK ab.²

Rechtsdogmatisch stellen Diskriminierungsverbote die ultima ratio im Ausgleich von Freiheit und Gleichheit dar, die das Verfassungsrecht und vor allem die Grundrechtsgewährleistungen von Beginn an prägen. Dabei beschneiden die Diskriminierungsverbote nicht nur die Abwägungsentscheidungen des parlamentarischen Gesetzgebers, der durch die Gesetzesvorbehalte der Grundrechte sowie des allgemeinen Gleichheitssatzes der Ausgleich zwischen Freiheit und Gleichheit in den verschiedenen Lebensbereichen überantwortet ist.³ Es wird im Falle der Erstreckung der Diskriminierungsverbote auf den privat-gesellschaftlichen Bereich auch die private grundrechtlich geschützte Freiheit eingeschränkt, so dass in diesen Fällen auch die Notwendigkeit der Rechtfertigung dieser Grundrechtseingriffe berücksichtigt werden muss.⁴

¹ *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 3, Rn. 248 ff.

² *Meyer-Ladewig*, Europäische Menschenrechtskonvention, Kommentar, 2. Aufl. 2006, Art. 14, Rn. 5.

³ Im Einzelnen *Jestaedt*, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVDStRL 64 (2005), S. 300 ff.

⁴ Dazu auch *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 3, Rn. 138 der zutreffend darauf hinweist, dass aus Art. 3 Abs. 3 GG kein Schutzauftrag abzuleiten ist.

2.2. Spezifische Wirkungen von Diskriminierungsverboten

Indem durch die Einführung von Diskriminierungsverboten die verfassungsrechtliche Bindung des parlamentarischen Gesetzgebers erweitert wird, kommt darin ein gewisses Misstrauen gegenüber dem demokratischen Prozess und dem parlamentarischen Gesetzgeber zum Ausdruck, vor allem gegenüber dem zukünftigen parlamentarischen Gesetzgeber. Dafür mag es gute Gründe geben, doch sollte über jede derartige Verschiebung der Grenze der politischen Gestaltungsfreiheit, die zu einer Einschränkung des Parlaments führt, auf Grund der damit verbundenen Beschränkung der Suche nach angemessenen Lösungen für die verschiedenen Lebensbereiche, mit großer Vorsicht erfolgen. Wo von vorneherein klar ist, dass z.B. dem Selbstbestimmungsrecht der Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften durch Ausnahmetatbestände Rechnung getragen werden muss (siehe auch § 9 AGG⁵) erscheint die Aufnahme *absolut* formulierter Verbotstatbestände problematisch, da sie mehr verspricht als im Ergebnis der einfachgesetzlichen Umsetzung gehalten werden kann.

Weiterhin wird deutlich, dass eine dem Anspruch der Kohärenz unterliegende Erweiterung der Diskriminierungsverbote nur dann überzeugend gerechtfertigt werden kann, wenn eine den vorhandenen Tatbeständen vergleichbar schwerwiegende Beeinträchtigung nachgewiesen werden kann. Dies gilt selbstverständlich erst Recht, wenn anschließend durch einfachgesetzliche Regelung die Geltung der gem. Art. 1 Abs. 3 GG zunächst auf die Staatsgewalt beschränkte Bindungswirkung auf Private erweitert werden soll, denn in diesem Fall muss zusätzlich die damit verbundene Beschränkung grundrechtlicher Freiheit legitimiert werden.

Diese Vorüberlegungen verdeutlichen, dass es sich bei den Diskriminierungsverboten um systematische Ausnahmerecheinungen handelt. Vor diesem Erkenntnishintergrund ist im nächsten Schritt nach dem Regelungsbedarf zu fragen.

3. Besteht ein verfassungsrechtlicher Regelungsbedarf?

3.1. Hohe Anforderungen an die Begründung einer Verfassungsänderung

Das Grundgesetz verlangt normtextlich im Falle einer Verfassungsänderung nicht den Nachweis eines Regelungsbedarfs. Es begnügt sich mit den materiellen und formellen Anforderungen des Art. 79 GG, die im vorliegenden Fall nicht tangiert sind.

⁵ Dazu näher *Wedde*, in: Däubler/Bertzbach (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2. Aufl. 2008, § 9, Rn. 33 ff.

Gleichwohl ist auf verfassungspolitischer Perspektive, insbesondere mit Blick auf die Funktionen einer Verfassung, ein spezifischer Regelungsbedarf zu fordern. Dies erschließt sich aus folgenden Überlegungen:

Die Verfassung ist als Rahmenordnung des politischen Prozesses auf *Dauerhaftigkeit* angelegt. Durch Verfassungsänderungen sollte deshalb nicht in den alltäglichen politischen Meinungskampf eingegriffen werden oder eine Lösung für Detailfragen gesucht werden. Nur wo langfristig ein Regelungsbedarf gesehen wird, sollte dieser in der Verfassung verankert werden.

Jede Verfassungsänderung muss die *Integrationsfunktion* der Verfassung berücksichtigen. Sie muss die Frage beantworten, wie sich die Aufnahme neuer Regelungen auf die Möglichkeit der Identifikation der Normadressaten mit der Verfassung und dem von ihr konstituierten Gemeinwesen auswirkt, ob dadurch der Zusammenhalt verbessert wird oder ob umgekehrt die Gefahr der Schaffung oder Erhöhung von Distanz besteht.

In der Tradition des Parlamentarischen Rates sollte im Falle der Grundgesetzes der Grundrechtsteil auf solche Regelungen beschränkt bleiben, die gerichtlich durchsetzbar sind. Die Aufnahme vorwiegend symbolisch wirkender Regelungsgehalte sollte weiterhin vermieden werden.

Ein Regelungsbedarf ist schließlich nur dann anzunehmen, wenn die verfolgten Ziele nicht auf andere Art und Weise, insbesondere durch einfache Gesetzgebungstätigkeit, ausreichend und nachhaltig verfolgt werden können.

3.2. *Bestehende Regelungen*

Um den Regelungsbedarf zu ermitteln und einzuschätzen bedarf es in einem ersten Schritt der Ermittlung bereits geltender Regelungen, die auf die Vermeidung einer Diskriminierung wegen der sexuellen Identität abzielen. Dabei sind auch die im deutschen Rechtsraum wirkenden Normen des Unionsrechts zu berücksichtigen.

3.2.1. Regelungen der Europäischen Union

Die seit dem 1. 12.2009 rechtswirksame Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh) normiert in ihrem Art. 21 Abs. 1 ein Verbot der Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung.⁶ Dieses erstreckt sich auf den Kompetenzbereich der Europäischen Union und

⁶ Zu Einzelheiten *Sachs*, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Europäische Grundrechte-Charta, Kommentar, 2006, Art. 21, Rn. 23 f.

erfasst auch die Tätigkeit der Mitgliedstaaten, soweit diese Unionsrecht durchführen (Art. 51 GRCh), also Richtlinien umsetzen, Verordnung anwenden etc.⁷

In Art. 10 AEUV wird zudem vorgegeben, dass die Union bei der Festlegung und Durchführung ihrer Politik und ihrer Maßnahmen u.a. darauf abzielt, Diskriminierungen aus Gründen der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen.

Auf Art. 13 EGV (Nizza)⁸ basiert unter anderem die EG-Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/78/EG⁹, die gem. Art. 1 auch vor Diskriminierungen wegen der sexuellen Ausrichtung schützt.¹⁰

Von diesen primär- und sekundärrechtlichen Diskriminierungsverboten des Unionsrechts werden weite Bereiche des Berufs- und Wirtschaftslebens einschließlich des öffentlichen Dienstes erfasst.¹¹

3.2.2. Einfachgesetzlicher Diskriminierungsschutz

Insbesondere die Antidiskriminierungsrichtlinien haben den deutschen Gesetzgeber zu einer großen Zahl einfachgesetzlicher Natur verpflichtet, durch die eine Diskriminierung auf Grund der sexuellen Ausrichtung bzw. – wie es in den deutschen Rechtstexten heißt – der sexuellen Identität untersagt wird. Dies betrifft insbesondere das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) vom 14. August 2006 sowie § 75 BetrVG, § 9 BBG und § 9 BeamtenStG.

Es handelt sich dabei um Regelungen, die sowohl den staatlichen als auch den privaten Bereich erfassen, soweit es einen Bezug zum Arbeits- und Wirtschaftsleben gibt. In diesem Bereich waren in der Vergangenheit die meisten und spürbarsten Diskriminierungen zu verzeichnen. Und in diesen Bereich ist auch eine Steuerung durch Recht wirksam möglich, während dies im nicht gesetzlich normierten allgemeinen gesellschaftlichen Leben (Freizeitbereich, Sport etc.) nicht der Fall ist.

3.2.3. Schutzwirkung des Allgemeinen Persönlichkeitsrecht i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG

Die sexuelle Identität ist als Ausdruck des allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) bzw. des Rechts auf Privatleben (Art. 8 EMRK) grund- und men-

⁷ Dazu im Einzelnen *Ladenburger*, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Europäische Grundrechte-Charta, Kommentar, 2006, Art. 51, Rn. 20 ff.

⁸ Zu diesem *Epiney*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 13 EGV, Rn. 4 ff.

⁹ ABl. Nr. L 393, S. 16.

¹⁰ Vertiefend *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, Rn. 214 ff.

¹¹ Im Einzelnen ausgeleuchtet bei *Thüsing*, a.a.O.

schenrechtlich bereits heute geschützt.¹² Beschränkende staatliche Eingriffe unterliegen hohen Rechtfertigungsanforderungen. Früher „übliche“ Ungleichbehandlungen, etwa beim Zugang zum öffentlichen Dienst¹³, sind lange überwunden; das gilt erst Recht für die strafrechtliche Ahndung, für die § 175 StGB a.F. auch heute noch exemplarisch steht.

Neben diesen „Bereinigungen“ bei den diskriminierenden Regelungen hat der Bundesgesetzgeber durch die Einführung einer gesetzlich anerkannten Lebenspartnerschaft einen eigenständigen Rahmen für gleichgeschlechtliche Partnerschaften bereitgestellt, die vom Bundesverfassungsgericht trotz einiger Bedenken als grundgesetzkonform bewertet wurde.¹⁴ Die auf der Hand liegenden Bedenken, dass dadurch der von Art. 6 Abs. 1 GG geforderte „besondere“ Schutz der Ehe relativiert wird, wurden nur durch zwei abweichende Voten geteilt.¹⁵

Daran wird insgesamt deutlich, dass der Gesetzgeber in den letzten Jahren durch eine Vielzahl von Einzelmaßnahmen die Bedingungen für eine gleichberechtigte Teilnahme von Menschen verschiedenster sexueller Identitäten am gesellschaftlichen Leben deutlich verbessert hat.

Durch seine Entscheidung vom 7.7.2009 (1 BvR 1164/07)¹⁶ hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts zudem deutlich gemacht, dass eine Gleichbehandlung gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaften auch ohne ein spezielles Diskriminierungsverbot durch eine sachgerechte Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes gewährleistet werden kann. Dort führt das Gericht u.a. aus:

„Im Hinblick auf die Ungleichbehandlung von Verheirateten und eingetragenen Lebenspartnern nach § 38 VBLS ist ein strenger Maßstab für die Prüfung geboten, ob ein hinreichend gewichtiger Differenzierungsgrund vorliegt. Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Normgeber, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen (vgl. BVerfGE 88, 87 <96>; 110, 274 <291>; 117, 1 <30>; stRspr). Zu beachten sind vorliegend die Rechtfertigungsanforderungen bei der unterschiedlichen Behandlung von Personengruppen (aa). Ein gesteigerter Rechtfertigungsbedarf folgt zudem daraus, dass die Ungleichbehandlung von Ehepartnern und eingetragenen Lebenspartnern das personenbezogene Merkmal der sexuellen Orientierung betrifft (bb) und dass § 38 VBLS sich weitgehend

¹² Siehe nur BVerfGE 121, 175 (191); *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band 1. 2. Aufl. 204, Art. 2 I, Rn. 70 (siehe aber auch Rn. 39). Zur EGMR-Rechtsprechung *Marauhn/Meljnik*, in: *Groze/Marauhn* (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar. 2006, Kap. 16, Rn. 34.

¹³ Vgl. BVerwGE 86, 355 (356).

¹⁴ BVerfGE 105, 313 ff.

¹⁵ BVerfGE 105, 357 ff., 359 ff. Dazu auch *Krings*, ZRP 2000, 409.

¹⁶ JZ 2010, 37 ff. Zuvor ergangene abweichende Kammerentscheidungen sind damit hinfällig geworden.

an den Regelungen des SGB VI zur Witwen- und Witwerrente orientiert, diese Anknüpfung aber zu Lasten der eingetragenen Lebenspartnerschaft durchbricht (cc). ... Die Anforderungen bei einer Ungleichbehandlung von Personengruppen sind umso strenger, 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 (vgl. BVerfGE 88, 87 <96>; 97, 169 <181>). Das ist bei der sexuellen Orientierung der Fall.“

Das Gericht verwendet demnach die sexuelle Orientierung zur Steigerung des Rechtfertigungsbedarfs einer Ungleichbehandlung und hinterfragt dann in einem weiteren Schritt die auf Art. 6 Abs. 1 GG gestützte Ungleichbehandlung nach ihrer Funktion:

„Zur Begründung der Ungleichbehandlung reicht hier die bloße Verweisung auf die Ehe und ihren Schutz nicht aus (1). Tragfähige sachliche Gründe für eine Ungleichbehandlung im Bereich der betrieblichen Hinterbliebenenversorgung liegen unter Berücksichtigung der Ziele und der konkreten Ausgestaltung dieses Versorgungssystems nicht vor und ergeben sich insbesondere auch nicht aus einer Ungleichheit der Lebenssituation von Eheleuten und Lebenspartnern (2).“

Auch wenn man das Ergebnis und die Begründung kritisch beurteilen kann¹⁷, besteht der Vorteil dieses „Lösungsweges“ darin, dass der in einigen Bereichen konfligierende Schutz- und Förderauftrag des Art. 6 Abs. 1 GG mit dem Gebot der Gleichbehandlung genauer abgeglichen werden kann, als dies im Falle eines pauschalen Diskriminierungsverbotes der Fall wäre.

3.3. Einschätzung des aktuellen Gefährdungspotenzials

Die Antragsteller gehen (zutreffend) davon aus, dass die gesellschaftliche Entwicklung der letzten Jahrzehnte durch eine Zunahme der Toleranz gegenüber der zahlreichen Formen der sexuellen Identität geprägt ist und eine Abnahme des Gefährdungspotenzials zu verzeichnen ist. Dies spiegelt sich auch in der medialen Präsenz der Thematik bzw. der entsprechenden Verhaltensformen und Personengruppen wider. Über die vom klassischen Erscheinungsbild und für die Mehrheit der Bevölkerung weiterhin „normale“ Form der heterosexuellen Identität abweichenden Verhaltensweisen wird zwar kontrovers diskutiert, doch gehört dies in einer freien und auf Vielfalt der Meinungen und Lebensmodelle beruhenden Gesellschaftsordnung zur Normalität. Toleranz, die hier als primäres Leitbild ihren Platz hat, verlangt nicht Einmütigkeit und erst Recht nicht Zustimmung Selbstverständnissen, die vom eigenen Selbstverständnis abweichen.

¹⁷ So etwa in seiner Urteilsanmerkung *Hillgruber*, JZ 2010, 41 ff.

Die privaten Übergriffe, die einen kausalen Zusammenhang zu den sexuellen Identität der Zielpersonen aufweisen, unterscheiden sich kaum von den Konflikten, die auch auf Grund anderer Motive durch gewaltbereite Minderheiten gegenüber Ausländern, Anhängern anderer Fußballvereine oder politischer Richtungen ausgelöst werden. Die Personengruppen, von denen die Diskriminierungen ausgehen, dürften häufig identisch sein und allgemein durch eine geringe Toleranzbereitschaft geprägt sein.

In den Gesetzesanträgen werden keine Anzeichen für eine Tendenzwende angesprochen und diese sind auch nicht ersichtlich. Es ist deshalb auch nicht von einem besonderen Gefährdungspotenzial auszugehen, auf das mit einem verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbot reagiert werden müsste. Spezifische Anfeindungen wie sie etwa im Fußballmilieu anzutreffen sind, können eher auf die allgemeine Gewaltbereitschaft und –neigung in diesem Bereich zurückgeführt werden und sind nicht alleine Ausdruck einer Diskriminierung auf Grund der sexuellen Identität. Sie sind deshalb bereits aus fundamentalen Gründen der Missachtung des Friedens- und Toleranzgebotes, von dem die Rechtsordnung ausgeht, zu verurteilen. Diese fundamentale Bewertung wird durch die Bezugnahme auf die Diskriminierung wegen der sexuellen Identität lediglich ergänzt und verstärkt.

Die „Lagebeurteilung“, wie sie auch den Gesetzentwürfen zugrunde liegt, spricht nicht für die Notwendigkeit einer Verfassungsänderung und vermag erst Recht nicht, hier eine Dringlichkeit zu begründen, die diesen Schritt als erforderlich oder gar zwingend erscheinen lässt. Im Gegenteil sprechen die besseren Gründe dafür, dass es an einem solchen Handlungsbedarf auf verfassungsrechtlicher Ebene fehlt.

3.4. Eignung der Verfassungsänderung zur wirksameren Abwehr von Diskriminierungen

Wurzeln die ohne Zweifel weiter zu beobachtenden diskriminierenden Verhaltensweisen vor allem in bestimmten gesellschaftlichen Milieus und *nicht* im staatlichen Verhalten, so stellt sich weiter die Frage, ob eine Verfassungsergänzung überhaupt einen *wirksamen* Beitrag zur Abwehr dieses Diskriminierungen leisten kann.

Mit Blick auf die Landesverfassungen, die bereits entsprechende Diskriminierungsverbote enthalten, sind entsprechende Wirkungen nicht zu bekannt.

Dass von einer Verfassungsänderung eine verhaltensändernde Signalwirkung auf die Bevölkerungsbereiche ausgeht, die für diskriminierendes Verhalten verantwortlich bzw. ursächlich sind, erscheint fraglich. Es handelt sich dabei durchweg um Personengruppen, die durch normative Vorgaben der Verfassung nicht erreicht werden und die sich auch durch strafrechtlich

sanktionierte Gewaltverbote nur begrenzt beeindrucken lassen, soweit die diskriminierenden diese Intensität erreichen.

In Bezug auf den parlamentarischen Gesetzgeber erscheint eine Verstärkung der Bindungswirkung ebenfalls nicht erforderlich. Der größte relevante Sachbereich aktueller und künftiger gesetzgeberischer Maßnahmen, das Arbeits- und Wirtschaftsleben, wird bereits durch die unionsrechtlichen Vorgaben erfasst. Dies wird sich wegen der primärrechtlichen Verankerung des Diskriminierungsverbotes wegen der sexuellen Ausrichtung auch nicht so schnell ändern. Deshalb besteht auch in diesem Zusammenhang kein erkennbarer Handlungsbedarf.

Soweit es um Ungleichbehandlungen im Rahmen von staatlichen Fördermaßnahmen geht, die nach bisherigem Verständnis an Art. 6 Abs. 1 GG, den besonderen Schutz von Ehe und Familie anknüpfen, hat das Bundesverfassungsgericht mit seiner bereits vorgestellten Entscheidung vom 7.7.2009 gezeigt, dass es die auftretenden Probleme mit einer entsprechenden dynamischen Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG zu bewältigen versteht, ohne dass es einer Verfassungsänderung bedarf.

4. Mangelnde tatbestandliche Bestimmtheit des Regelungsvorschlags

4.1. Sexuelle Identität ist kein etablierter Rechtsbegriff

Unabhängig von der Frage, ob es einer Verfassungsänderung bedarf, bestehen auch Zweifel an der ausreichenden tatbestandlichen Bestimmtheit der vorgeschlagenen Regelung für ein verfassungsrechtlich verankertes Diskriminierungsverbot. Dabei wird nicht übersehen, dass es sich um eine Formulierung handelt, die bereits im AGG sowie in § 75 Abs. 1 BetrVG verwendet wird. Es ist aber zu berücksichtigen, dass bei einer Regelung auf verfassungsrechtlicher Ebene möglichen Ungenauigkeiten bei der tatbestandlichen Eingrenzung ein größeres Gewicht zukommt, als dies bei einfachgesetzlichen Regelungen mit einem deutlich begrenzten Anwendungsbereich der Fall ist.

Bereits die Verwendung der sexuelle Identität an Stelle von sexuelle Ausrichtung, wie sie in Art. 21 Abs. 1 GRCh und der Antidiskriminierungsrichtlinie verwendet wird macht deutlich, dass hier tatbestandliche Unsicherheiten zu verzeichnen sind. Auch ist fraglich, ob das in der Gesetzesbegründung verwendete breite Spektrum der erläuternden Aufzählungen (Lesben, Schwulen, Bisexuellen, Transgenden, transsexuellen und intersexuellen Menschen) eine zutreffende Deutung darstellt und wie es um die Einbeziehung der Heterosexualität bestellt ist, die ebenso eine und zwar die ganz vorherrschende sexuelle Ausrichtung bzw. Identität darstellt.

4.2. Erstreckung auf sexuelle Verhaltensweisen

Zusätzlich erschwert wird die Interpretation dadurch, dass nicht klar wird, ob und mit welcher Reichweite nicht nur die „sexuelle Identität“ als Merkmal der Person, sondern auch das sexuelle Verhalten erfasst werden soll. Sprachlich legt die Verwendung der Formulierung „sexuelle Identität“ im Vergleich zu „sexuelle Ausrichtung“ ein engeres Begriffsverständnis nahe, da stärker auf die Persönlichkeit und weniger auf das Verhalten abgestellt wird.

Gleichwohl ergibt sich aus den Begründungen der Eindruck, dass auch die sexuellen Verhaltensweisen erfasst werden sollen, wenn dort klargestellt wird, dass einzelne Verhaltensweise wie Sodomie und Pädophilie nicht erfasst sein sollen. Dabei wird vorausgesetzt, dass grundsätzlich auch die sexuellen Verhaltensweisen vom Diskriminierungsverbot erfasst werden. Damit werden indes zahlreiche Abgrenzungsschwierigkeiten ausgelöst, die den Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbotes in die Nähe eines Freiheitsrechts erweitern. Vor allem bei mittelbaren Beeinträchtigungen sind damit zahlreiche Unsicherheiten vorprogrammiert.

Insgesamt erscheint das Tatbestandsmerkmal der „sexuellen Identität“ deshalb für ein verfassungsrechtliches Diskriminierungsverbot wenig geeignet.

5. Absehbare negative Auswirkungen

5.1. Erschwerung des besonderen Schutzes von Ehe und Familie

Auch wenn ein neu etabliertes Diskriminierungsverbot wegen der sexuellen Identität den Geltungsanspruch der Einrichtungsgarantie zugunsten von Ehe und Familie in Art. 6 Abs. 1 GG nicht in Frage stellt, wird vor dem Hintergrund wachsender Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Förderauftrag und Diskriminierungsverbot die Umsetzung des besonderen Schutzes erschwert. Das hängt damit zusammen, dass insbesondere die Beschränkung von Fördermaßnahmen auf die Ehe, die nach bisherigen Stand der Gesetzgebung gleichgeschlechtlichen Partnerschaften nicht zugänglich ist, in Konflikt mit dem Diskriminierungsverbot kommen kann. Weniger weitreichend ist damit im Bereich der Fördermaßnahmen für Familien zu rechnen, da diese auch gleichgeschlechtliche Partnerschaften mit Kindern erfassen.

Die Qualifikation der Erschwerung von Fördermaßnahmen zugunsten der Ehe als „negative Auswirkung“ beruht nicht nur auf einer politischen Wertung, sondern zugleich auf der Wertentscheidung, die das Grundgesetz in seiner ursprünglichen und bis heute gültigen Fassung prägt und die deshalb auch als Maßstab für einer Verfassungsänderung herangezogen werden kann, ohne dass daraus ein förmlicher rechtlicher Einwand abzuleiten wäre. Vielmehr geht es

darum, die ursprüngliche Intention der Verfassung, die trotz eines in vielen Bereichen gewandelten gesellschaftlichen Selbstverständnisses zu überzeugen vermag, aufrecht zu erhalten.

5.2. Erschwernis der Integration von Muslimen

Aus dem Blickwinkel der Migrations- und Integrationspolitik ist zu berücksichtigen, dass für gläubige Muslime, bei denen die Toleranz gegenüber der Gruppe der Lesben, Schwulen, Bisexuellen, Transgenden, transsexuellen und intersexuellen Menschen noch wenig entwickelt ist, die politisch erwünschte Integration unter ausdrücklicher Einbeziehung des Bekenntnisses zur Verfassung zusätzlich und erheblich erschwert wird.

Auch an dieser Stelle ist selbstverständlich zu beachten, dass es mehr als wünschenswert ist, dass auch diese Personengruppe in einem aufgeklärten Sinne Toleranz praktiziert, ebenso wie von ihr die Gleichbehandlung der Geschlechter einzufordern ist, die bereits in der Verfassung verankert ist.

Besteht aber kein überzeugender Grund und Anlass, die Verfassung durch ein Diskriminierungsverbot wegen der sexuellen Identität zu ergänzen, so muss im Rahmen der politischen Abwägung auch auf die damit verbundenen Auswirkungen auf ein dringendes und drängendes Politikfeld angemessen berücksichtigt werden. Insoweit besteht aber kein Zweifel, dass für weite Teile der muslimischen Bevölkerung bzw. Zuwanderer die Identifikation mit der Verfassung und der durch sie geprägten Staats- und Gesellschaftsordnung erschwert würde.

6. Ergebnis und Empfehlung

Im Ergebnis fehlt es an überzeugenden Gründen, die für eine Änderung des Grundgesetzes sprechen.

- Im staatlichen Bereich kann heute nicht mehr von einem spürbaren Diskriminierungspotenzial im Hinblick auf die sexuelle Identität gesprochen werden, das über allgemeine Auswirkungen von Meinungsvielfalt und unterschiedlichen Vorstellungen über Lebensformen hinausgeht.
- Im gesellschaftlichen Bereich ist in den letzten Jahrzehnten eine Zunahme der Toleranz und nicht eine Zunahme der Diskriminierung zu verzeichnen.
- In wesentlichen Bereichen der Rechtsordnung sind durch unionsrechtliche Vorgaben wirksame Schutzinstrumente zur Vermeidung einer Diskriminierung auf Grund der sexuellen Identität implementiert und entfalten eine prägende Wirkung.

- Das Bundesverfassungsgericht hat gezeigt, dass auch durch eine sachgerechte Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes Diskriminierung auf Grund der sexuellen Identität wirksam begegnet werden kann-

Damit fehlt es insgesamt an einem Regelungsbedarf mit der Folge, dass empfohlen wird, die Gesetzentwürfe nicht weiter zu verfolgen.

Prof. Dr. Winfried Kluth