

21. April 2010



Stellungnahme zu den Gesetzentwürfen der:

- Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 3 Absatz 3 Satz 1) — **BT-Drs 17/88** v. 27. 11. 2009
- Fraktion der SPD: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 3 Absatz 3 Satz 1) — **BT-Drs 17/254** v. 15. 12. 2009
- Fraktion DIE LINKE: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 3 Absatz 3 Satz 1) — **BT-Drs 17/472** v. 20. 01. 2010

Obwohl Art. 3 Abs. 1 GG bestimmt, dass alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind, sind Homosexuelle während der ersten fünfzig Jahre der Bundesrepublik Deutschland nicht wie gleichberechtigte Staatsbürger behandelt worden.

1. Die Strafverfolgung homosexueller Männer

Nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes sind homosexuelle Männer zwei Jahrzehnte lang unbarmherzig verfolgt worden. Die junge Bundesrepublik hat die nationalsozialistische Verfolgung der Homosexuellen bruchlos fortgesetzt. Die von den Nazis verschärften Strafvorschriften wurden beibehalten und ebenso exzessiv angewandt. Homosexuelle, die die nationalsozialistischen Konzentrationslager überlebt hatten, wurden zur Fortsetzung der Strafverbüßung wieder eingesperrt. Man setzte - wie zu Zeiten der Nationalsozialisten - alles daran, die Homosexuellen aufzuspüren und „unschädlich“ zu machen. Wenn jemand auffiel, durchkämmte man seinen gesamten Bekanntenkreis. Die Strafen für überführte Homosexuelle waren gnadenlos hoch. Die Verurteilung bedeutete für sie zugleich den sozialen Tod. Nicht wenige Homosexuelle, die die Verfolgung der Nazis überlebt hatten, sind in den fünfziger Jahren aus Verzweiflung über diese Verfolgungspraxis freiwillig aus dem Leben geschieden.

Das Ausmaß der Verfolgung wird deutlich, wenn man sich die Strafverfolgungsstatistiken anschaut. Seit 1950 stieg die Zahl der Verurteilten von knapp 2000 kontinuierlich an und erreichte im Jahre 1959 mit mehr als 3500 ihren Höhepunkt. Allein in den ersten fünfzehn Jahren wurden in der Bundesrepublik insgesamt fast 45 000 Personen verurteilt. Ein Vergleich mit den Verurteilungszahlen für die fünfzehn Jahre des Bestehens der Weimarer Republik von 1918 bis 1932 macht den Verfolgungseifer deutlich: **Während in Weimar insgesamt 9375 Personen verurteilt worden sind, hat sich die Zahl unter dem Schutz des Grundgesetzes mehr als vervierfacht.** Dabei zeigt die Polizeistatistik für die Bundesrepublik Deutschland, dass nur etwa jeder vierte Fall von Homosexualität, der der Polizei gemeldet wurde, abgeurteilt worden ist. Die Statistik gibt 7100 „gemeldete Fälle“ für das Jahr 1953 an, die bis zum Jahre 1959, dem Höhepunkt der Verfolgung, auf rund 8700 anstiegen und insgesamt für den Zeitraum von 1953 bis 1966 zusammen mehr als 100.000 betragen.

Bundesgeschäftsstelle

Hausadresse:
Pipinstraße 7
50667 Köln

Tel.: 0221 9259610
Fax: 0221 92595111
Email: lsvd@lsvd.de
Internet:
<http://www.lsvd.de>

Postadresse
Postfach 103414
50474 Köln

Mildtätiger Verein
Spenden sind
steuerabzugsfähig

Offizieller Beraterstatus im
Wirtschafts- und
Sozialausschuss der
Vereinten Nationen

Mitglied im Deutschen
Paritätischen
Wohlfahrtsverband
(DPWV)

Mitglied der International
Lesbian and Gay
Association ILGA

2. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 10. Mai 1957

Die Strafverfolgung Homosexueller Männer ist vom Bundesverfassungsgericht 1957 gebilligt worden.

Wenn deutsche Gerichte Forderungen nach Gleichbehandlung abwehren wollen, weisen sie daraufhin, dass nach Art. 3 Abs. 1 GG nur wesentlich Gleiches rechtlich gleich zu behandeln ist, wesentlich Ungleiches dagegen seiner Eigenart entsprechend rechtlich ungleich. Der Satz klingt harmlos, ist es aber nicht, weil die Definitionsmacht, was gleich ist, bei den Gerichten liegt.

Wenn den Gerichten Forderungen nach Gleichbehandlung nicht passen, stellen sie fest, dass die Sachverhalte nicht gleich sind. Typisch dafür ist das Urteil des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1957 zur Verfassungsmäßigkeit des früheren § 175 StGB (BVerfGE 6, 389). In dem Verfahren war geltend gemacht worden, die Tatsache, dass nur schwule Männer, nicht aber auch lesbische Frauen bestraft würden, verstoße gegen den Gleichheitsgrundsatz. Das Bundesverfassungsgericht hat dazu gemeint, dass „die Eigenart der Frau als weibliches Geschlechtswesen und die Eigenart des Mannes als männliches Geschlechtswesen den Tatbestand so wesentlich und so entscheidend verschieden prägen, dass das vergleichbare Element, die anormale Wendung des Triebes auf das eigene Geschlecht, zurücktritt und lesbische Liebe und männliche Homosexualität im Rechtssinne als nicht vergleichbare Tatbestände erscheinen.“

Was das Bundesverfassungsgericht dafür als Begründung angeführt hat, ist so sehr zeitgeprägt, dass man darüber heute nur noch lachen kann. Andererseits kann niemand garantieren, dass sich die jetzige liberale Haltung der Gesellschaft gegenüber Lesben und Schwulen nicht wieder ändert. **Dann werden sich auch wieder Richter finden, die diese Vorurteile in „Recht“ umsetzen. Art. 3 Abs. 1 GG schützt die Lesben und Schwulen davor nicht.**

3. Ungleichbehandlung von Personengruppen

Daran hat auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Ungleichbehandlung von Personengruppen nichts geändert. Seit der Entscheidung zur Präklusion im Zivilprozess (BVerfGE 55, 72) **wendet das Bundesverfassungsgericht die sogenannte „Neue Formel“ an**, wenn es über die Ungleichbehandlung von Personengruppen urteilen muss.

Danach ist der Gleichbehandlungsgrundsatz vor allem dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten (BVerfGE 55, 72, 88). Diese Bindung ist umso enger, je mehr sich die personenbezogenen Merkmale den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten annähern und je größer deshalb die Gefahr ist, dass eine an sie anknüpfende Ungleichbehandlung zur Diskriminierung einer Minderheit führt. Die engere Bindung ist jedoch nicht auf personenbezogene Differenzierungen beschränkt. Sie gilt vielmehr auch, wenn eine Ungleichbehandlung von Sachverhalten mittelbar eine Ungleichbehandlung von Personengruppen bewirkt. Bei lediglich verhaltensbezogenen Unterscheidungen hängt das Maß der Bindung davon ab, inwieweit die Betroffenen in der Lage sind, durch ihr Verhalten die Verwirklichung der Merkmale zu beeinflussen, nach denen unterschieden wird. Überdies sind dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers umso engere

Grenzen gesetzt, je stärker sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann (BVerfGE 88, 87, 96).

Man sollte meinen, dass danach Lesben und Schwule hinreichend vor einer Benachteiligung geschützt sind. Ihre abweichende sexuelle Identität ist für sie ein unabänderliches persönliches Merkmal, das für ihr Leben in der sozialen Gemeinschaft eine ähnlich grundlegende Bedeutung hat wie das in Art. 3 Abs. 3 GG ausdrücklich erwähnte persönliche Merkmal des Geschlechts. Die Bindung des Gesetzgebers an den Gleichbehandlungsgrundsatz ist somit besonders eng. Eine Benachteiligung ist nur zulässig, wenn dafür Gründe von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleichen Rechtsfolgen rechtfertigen können.

4. Die Nichtannahmebeschlüsse der 1. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts zum Familienzuschlag für verpartnerte Beamte

Das hat die Gerichte aber nicht gehindert, die Benachteiligung von Lebenspartnern gegenüber Ehegatten zu billigen.

Diese Rechtsprechung ist von der 1. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts durch eine Serie von Nichtannahmebeschlüssen bestätigt worden (NJW 2008, 209; FamRZ 2008, 487; NJW 2008, 2325). Die Kläger waren verpartnerte Beamte. Sie erhielten keinen Familienzuschlag, obwohl sie genauso für ihre Partner einstehen müssen wie ihre verheirateten Kollegen und der Familienzuschlag an die Unterhaltspflicht anknüpft. Nach Auffassung der Kammer darf der Gesetzgeber die Ehe besser behandeln, weil Ehen typischerweise zur Gründung einer Familie führen, Lebenspartnerschaften hingegen typischerweise nicht. Art. 6 Abs. 1 GG enthalte eine Grundsatzentscheidung für den Schutz der Ehe. Dieses Differenzierungsgebot sei spezieller als der allgemeine Gleichheitssatz.

Die Kammer hat in allen Entscheidungen darauf hingewiesen, dass sie die Ungleichbehandlung nicht nach Art. 3 Abs. 3 GG zu prüfen habe, weil die sexuelle Orientierung nicht zu den in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG genannten Unterscheidungsmerkmalen gehöre.

Die unterschiedliche Bedeutung von Absatz 1 und Absatz 3 kann man wie folgt verdeutlichen: In Absatz 1 wird die Gleichbehandlung geboten, in Absatz 3 die Diskriminierung verboten. Gleichbehandlung ist aber etwas anderes als Diskriminierungsschutz. Während das Gleichbehandlungsgebot bedeutet, dass Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln ist und somit lediglich ein vernünftiger, einleuchtender Grund für eine Ungleichbehandlung vorliegen muss, verbieten absolute Diskriminierungsverbote jede ungleiche Behandlung aufgrund eines bestimmten Merkmals - unabhängig vom Vorliegen eines "billigenswerten" Sachgrundes. Allenfalls besonders schwerwiegende "zwingende" Gründe können eine Diskriminierung rechtfertigen.

Für die Benachteiligung verpartnerter Beamter beim Familienzuschlag gibt es solche besonders schwerwiegenden Gründe nicht. Der besondere Schutz der Ehe durch Art. 6 Abs. 1 GG kann die Benachteiligung nicht rechtfertigen. Heterosexuelle Beamte können nicht dadurch bewogen werden zu heiraten, dass ihre lesbischen und schwulen Kolleginnen und Kollegen keinen Familienzuschlag der Stufe 1 erhalten. Auch hat die Schlechterstellung von Lebenspartnerschaften gegenüber Ehen keine

Bedeutung für die Entscheidung von Ehepartnern, Kindern das Leben zu schenken oder nicht.

Auch die gleichgeschlechtlich ausgerichteten Beamten selbst können durch die Verweigerung des Familienzuschlags der Stufe 1 nicht dazu veranlasst werden, auf die Eingehung einer Lebenspartnerschaft mit einem gleichgeschlechtlichen Partner zu verzichten und stattdessen eine Ehe mit einem verschiedengeschlechtlichen Partner einzugehen.

Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass der Staat durch die Benachteiligung der Lebenspartner Mittel einspart. Denn er verwendet diese Mittel nicht gezielt zur Förderung von Ehen. Hinzu kommt, dass die Anzahl der Lebenspartner noch sehr gering ist, so dass die Einsparungen und Mehreinnahmen haushaltsmäßig nicht messbar ins Gewicht fallen.

Die 1. Kammer des Zweiten Senats hätte deshalb anders entscheiden müssen, wenn das Verbot der Diskriminierung wegen der sexuellen Identität schon in Art. 3 Abs. 3 GG enthalten gewesen wäre.

5. Der Beschluss des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 07.07.2009

Der **Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts** ist in einem Beschluss vom 07.07.2009 zum gegenteiligen Ergebnis gelangt (DVBl 2009, 1510, Rz. 85 ff.) Er vertritt unter Berufung auf die „neue Formel“ die Auffassung, dass Ungleichbehandlungen, die an das Merkmal der sexuellen Orientierung anknüpfen, einer strengen Prüfung unterliegen. Das entspreche auch der Rechtsentwicklung im Europarecht. Der Senat verweist insoweit auf Art. 13 EGV (jetzt Art. 19 EUV) und Art. 21 Abs. 1 der Charta der Grundrechte Europäischen Union (EuGrCh) sowie auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR).

Dieser wertet die sexuelle Orientierung in ständiger Praxis als unzulässiges Unterscheidungsmerkmal. Zwar erwähnt 14 EMRK - genauso wie Art. 3 Abs. 3 GG - die „sexuelle Orientierung“ nicht. Aber der EGMR schließt aus den Worten „insbesondere wegen“, dass die Aufzählung der verbotenen Diskriminierungsmerkmale in Art. 14 nur Beispielcharakter habe und nicht erschöpfend sei. Der Gerichtshof beurteilt demgemäß Benachteiligungen wegen der sexuellen Orientierung genauso wie Benachteiligungen wegen des Geschlechts. Das bringt er in seinen Urteilen mit folgender Formulierung zum Ausdruck: „Ebenso wie Unterschiede, die sich auf das Geschlecht gründen, verlangen Unterschiede, welche sich auf die sexuelle Orientierung gründen, nach besonders wichtigen Gründen für ihre Rechtfertigung“ (Rs. Karner gegen Österreich, ÖJZ 2004, 36; Rs. Kozak v. Polen).

Dem Ersten Senat ging es wohl darum, bei der Bewertung von Diskriminierungen wegen der sexuellen Orientierung einen Gleichklang zwischen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und dem Bundesverfassungsgericht herzustellen. **Dadurch sind Lesben und Schwule vor Diskriminierungen fast so geschützt, als wenn das Verbot der Diskriminierung wegen der sexuellen Identität schon in Art. 3 Abs. 3 GG stünde.**

Aber das ist nur Rechtsprechung. Wenn die derzeitige Toleranz gegenüber abweichenden sexuellem Verhalten wieder abnehmen sollte, werden sich genügend Ver-

fassungsrichter finden, die diesen Meinungswandel durch eine erneute Änderung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nachvollziehen.

Der Wandel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in den letzten sechzig Jahren ist dafür ein anschauliches Beispiel. Obwohl der Text des Grundgesetzes nie geändert worden ist, hat dies das Bundesverfassungsgericht nicht gehindert, zunächst die Strafverfolgung schwuler Männer zu billigen und schließlich die Gleichstellung von Lebenspartnerschaften mit Ehen zu fordern.

Dem kann durch eine Änderung von Art. 3 Abs. 3 GG mindestens insoweit ein Riegel vorgeschoben werden, dass dann ein erneute Diskriminierung und Verfolgen von Lesben und Schwulen nur noch möglich ist, wenn eine verfassungsändernde Mehrheit des Parlaments das billigt.

6. Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union

Im europäischen Recht hat das Verbot der Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung seit dem Inkrafttreten des Lissabonner Vertrages am 01.12.2009 Verfassungsrang.

Nach Art. 6 Abs. 1 EUV steht die Charta der Grundrechte der Europäischen Union gleichrangig neben den EU-Verträgen. Art. 21 Abs. 1 EuGrCh verbietet u.a. die Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung. Das gilt nach Art. 51 EuGrCh aber nur „bei der Durchführung des Rechts der Union“. Die Organe und Dienststellen der Mitgliedstaaten brauchen deshalb das Verbot der Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung nur bei der Durchführung des Rechts der Union zu beachten, also z.B. bei der Durchführung von Verordnungen und der Umsetzung von Richtlinien, nicht dagegen bei der Auslegung und Anwendung ihres sonstigen innerstaatlichen Rechts.

Allerdings hat der Europäische Gerichtshof Art. 51 Abs. 1 EuGRCh sehr erweitert. Er sieht den Anwendungsbereich der Art. 21 Abs. 1, 51 Abs. 1 EuGRCh schon dann als gegeben an, wenn die nationale Regelung Bereiche erfasst, die in den Anwendungsbereich einer Verordnung oder Richtlinie fallen. Sonst könnten sich die Mitgliedstaaten dem Anwendungsbereich der Art. 21. Abs. 1, 51 Abs. 1 EuGRCh dadurch entziehen, dass sie Durchführungsakte für Verordnungen und Umsetzungsakte für Richtlinien unterlassen und behaupten, ihr nationales Recht erfülle bereits die Anforderungen der Verordnungen und Richtlinien (EuGH, Rs. Küçükdevici, NJW 2010, 427, Rz. 24 ff.).

Das hat zur Folge, dass z.B. das gesamte deutsche Arbeitsrecht, das Recht des öffentlichen Dienstes und das Ausländerrecht an Art. 21 Abs. 1 EuGRCh und damit auch am Verbot der Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung zu messen ist, weil diese Rechtsgebiete in den Anwendungsbereich mehrerer EU-Richtlinien fallen.

Benachteiligte Beschäftigte und Ausländer können sich deshalb nicht nur auf die Grundrechte des Grundgesetzes, sondern auch auf die Grundrechte der EU-Charta berufen.

Allerdings können sie beim Bundesverfassungsgericht nur den Verstoß gegen die Grundrechte des Grundgesetzes rügen. Das Bundesverfassungsgericht prüft nicht, ob eine deutsche Rechtsvorschrift mit dem europäischen Recht vereinbar ist.

Andererseits können benachteiligte Beschäftigte den Europäischen Gerichtshof nicht selbst anrufen, wenn sie meinen, die deutsche Gerichte hätten einen Verstoß deutscher Rechtsvorschriften gegen das europäische Recht zu Unrecht verneint. Der Europäische Gerichtshof kann nur von den nationalen Gerichten eingeschaltet werden, indem sie ihm die Frage zur Vorabentscheidung vorlegen, ob die in dem betreffenden Rechtsstreit entscheidungserhebliche Vorschrift gegen europäisches Recht verstößt.

Das Verbot der Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung gilt somit aufgrund der Charta der Grundrechte der Europäischen schon für weite Teile des deutschen Rechts, Benachteiligte haben aber kein der Verfassungsbeschwerde vergleichbares Beschwerderecht.

7. Das europäische und das deutsche Sekundärrecht

Durch den Amsterdamer Vertrag ist der Rat ermächtigt worden, geeignete Vorkehrungen zu treffen, um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen (Art. 13 EGV, jetzt Art. 19 EUV). Seitdem enthält das europäische Sekundärrecht (Verordnungen, Richtlinien, Beschlüsse usw.) regelmäßig einen Katalog von Diskriminierungsverboten, der den Diskriminierungsverboten in Art. 13 EGV bzw. Art 19 EUV und Art. 21 Abs. 1 EuGrCh entspricht. Dabei hat sich inzwischen der **Ausdruck „sexuelle Ausrichtung“** durchgesetzt.

Siehe die Aufstellung in Anlage 1

Auch im deutschen Sekundärrecht sind die dem Art. 3 Abs. 3 GG entsprechenden Diskriminierungsverbote durchweg bereits um das Verbot der Benachteiligung wegen der „sexuellen Identität“ ergänzt worden.

Dasselbe gilt für die **Landesverfassungen von Berlin, Bremen, Brandenburg und Thüringen**. Im **Saarland** wird eine entsprechende Ergänzung der Landesverfassung vorbereitet. In Deutschland hat sich **Ausdruck „sexuelle Identität“** durchgesetzt.

Siehe die Aufstellung in Anlage 2

8. Transparenz für Normadressaten und die gesellschaftspolitische Dimension

Das Bundesverfassungsgericht hat zwar das Merkmal der sexuellen Identität den in Art. 3 Abs. 3 aufgeführten Merkmalen angenähert. Der Bürger als Normadressat muss aber anhand des veröffentlichten Gesetzestextes erkennen können, was rechtens ist. Im Interesse einer für alle Bürgerinnen und Bürger transparenten Gesetzgebung müssen insbesondere fundamentale Normen für das Zusammenleben einfach zugänglich und nicht erst durch die Lektüre von Gerichtsentscheidungen oder Grundrechtskommentaren erschließbar sein.

Es macht auch in der gesellschaftlichen Praxis einen erheblichen Unterschied, ob ein Diskriminierungsverbot ausdrücklich im Grundgesetz verankert ist, oder nicht. Man muss nur zum Beispiel an den Bildungsbereich denken. Alle Schülerinnen und Schüler nehmen in Sozialkunde das Grundgesetz und die Grundrechte durch. Warum soll der Jugendliche im Coming-out darin nichts über seine Grundrechte als Schwuler lesen können? Wie sehr könnte es ihn bei der Selbstfindung ermutigen, wenn er und

alle seine Klassenkameradinnen und -kameraden im Sozialkundeunterricht erfahren, dass in der Verfassung ausdrücklich steht: Niemand darf wegen der sexuellen Identität benachteiligt werden. Ebenso könnte die lesbische Neubürgerin in ihrem Integrationskurs durch die Lektüre von Art. 3 Abs. 3 GG unmittelbar aus dem Originaltext erfahren, dass ihre sexuelle Identität in Deutschland unter dem Schutz der Verfassungsordnung steht.

Zudem kann die ausdrückliche Verankerung in Art. 3 Abs. 3 eine erhebliche Signalwirkung auf den leider immer noch beträchtlichen Teil der Bevölkerung entfalten, der Lesben, Schwule oder Transgender ablehnt, für minderwertig und nicht für gleichrangige Grundrechtsträgerinnen und -träger hält.

A handwritten signature in black ink, reading 'Manfred Bruns'. The signature is written in a cursive style with a large initial 'M' and 'B'.

(Manfred Bruns)
Bundesanwalt beim Bundesgerichtshof a.D.