Schriftenreihe der Hirschfeld-Eddy-Stiftung – Band 3

Vom Verbot zur Gleichberechtigung

Die Rechtsentwicklung zu Homosexualität und Transsexualität in Deutschland

Festschrift für Manfred Bruns

Vom Verbot zur Gleichberechtigung
From Prohibition to Equal Rights

Die Rechtsentwicklung zu Homosexualität
und Transsexualität in Deutschland

The Development of Laws Pertaining to Homosexuality
and Transsexuality in Germany

Festschrift für Manfred Bruns
Festschrift *in Honour of Manfred Bruns*

5 Jahre
HIRSCHFELD-EDDY-STIFTUNG

Inhalt | *Contents*

Grußwort | ***A Word of Greeting*** **04/06**
Christine Lüders

Vorwort | ***Preface***
Bedeutung des Wertewandels für die Gesetzgebung und Gleichstellungspolitik **08**
The Meaning of Changes in Values for Legislation and Equal Rights Policy **11**
Uta Kehr & Axel Hochrein

01 **Sexuelle Identität, Gleichheitssatz und Diskriminierungsverbot** **14**
Sexual Identity, the Principle of Equality, and the Prohibition of Discrimination **20**
Prof. Dr. Brun-Otto Bryde

02 **Antidiskriminierung – Rechtsanspruch und Wirklichkeit** **27**
***Anti-Discrimination* – Legal Right and Reality** **37**
Christine Lüders

03 **§ 175 StGB: „weggefallen" – nach 123 Jahren** **46**
Paragraph 175 of the Penal Code: "Abolished" after 123 Years **58**
Günter Dworek

04 **Von der *Aktion Standesamt*, über die eingetragene Lebenspartnerschaft zur Ehe – Ein gesellschaftlicher Kampf einer Minderheit um Gleichberechtigung** **70**
From the* Aktion Standesamt *via the Registered Partnership to Full Access to the Institution of Marriage – The Social Struggle of a Minority for Equal Rights **76**
Volker Beck

05 **Auf dem Weg zur Ehe für gleichgeschlechtliche Paare Die Rechtsentwicklung im internationalen Vergleich** **82**
Towards Marriage for Same-sex Couples The International Development **88**
Dr. Jens M. Scherpe

06 **Adoptionsrecht für Regenbogenfamilien** **96**
Familienform zwischen Vorurteil und Wirklichkeit
The Right to Adoption for Rainbow Families **100**
Family Constellations between Prejudice and Reality
Brigitte Zypries

07 **Transsexuelle und Verfassungsrecht** **104**
Verfassungsgerichtsentscheidungen zur Transsexualität
Transsexuals and Constitutional Law **113**
Constitutional Court Decisions Related to Transsexuality
Maria Sabine Augstein

08 **Gesundheitsförderung für schwule Männer und andere Männer,** **122**
die Sex mit Männern haben
Promoting the Health of Gay Men and other Men Who Have Sex with Men **130**
Axel Blumenthal

09 **Gibt es eine richtige Rechtsprechung in der falschen? Ein Versuch** **138**
Das Bundesverwaltungsgericht, die Homosexualität und das
Grundrecht auf Asyl
Can Legal Decisions Be Just in a World that Is Not? An Attempt **144**
The Federal Administrative Court, Homosexuality and the Human
Right to Asylum
Dirk Siegfried

10 **Deutschlands Verantwortung für die Menschenrechte von LSBTI** **150**
Germany's Responsibility for the Human Rights of LGBTI **155**
Markus Löning

11 **Rechtsnormen versus Ideologie und Tradition** **159**
Legal Norms versus Ideology and Tradition **165**
Axel Hochrein

Autorinnen und Autoren **171**
Authors

Grußwort

Manfred Bruns verwirklicht Tag für Tag, was zwar in Sonntagsreden gern gefordert, in der gesellschaftlichen und politischen Wirklichkeit aber dann doch oft genug als störend empfunden wird: Er ist anstößig. Er gibt sich mit vermeintlichen gesellschaftlichen Realitäten nicht ab. Ihm ist diese Festschrift gewidmet.

Manfred Bruns ist in einer Zeit erwachsen geworden, als es für Schwule weder die Möglichkeit gab, sich zu orientieren, ihre Identität an Vorbildern und gelungenen Biografien zu entwickeln, noch die Möglichkeit, ihre sexuelle Identität zu leben, ohne in Gefahr zu geraten, strafrechtlich verfolgt zu werden.

Der Lebensweg des 1934 Geborenen war bis in die 1980er-Jahre typisch für Lesben und Schwule einer ganzen Generation: Er ist geprägt von den Versuchen, sich in der Norm der Mehrheitsgesellschaft zurechtzufinden, von Rücksichtnahme und Ängsten.

Dann aber hat Manfred Bruns 1985, in der Mitte seines Lebens, sein öffentliches Coming-out gewagt.

Das war damals für einen hohen Beamten ein unerhörter und keineswegs ungefährlicher Schritt, der sein berufliches Wirken in der Bundesanwaltschaft sicherlich nicht erleichtert hat. Ich erinnere nur daran, dass ein Jahr zuvor die unsägliche Kießling-Affäre Westdeutschland erschütterte.

Die deutliche Veränderung des gesellschaftlichen Klimas, die es heute auch führenden Politikern möglich macht, zu ihrer sexuellen Identität zu stehen – sie wäre ohne mutige Pioniere wie Manfred Bruns nicht möglich gewesen.

Manfred Bruns war in der zweiten Hälfte der 1980er-Jahre einer der wichtigsten Wegbereiter der liberalen AIDS-Politik in der Bundesrepublik. Heute ist der Erfolg dieser Politik tausendfach bestätigt. Aber diejenigen, die diese Zeit bewusst miterlebt haben, wissen noch, wie schwer es war, den Rückfall in eine „Seuchenhygiene" zu verhindern, die Ausgrenzung und Quarantäne in obrigkeitsstaatlicher Regie als Königsweg propagierte.

Ein zweites wichtiges Projekt hat Manfred Bruns mit initiiert und seit mehr als 20 Jahren gegen vielfache Widerstände verfochten: Die Gleichstellung von lesbischen und schwulen Lebensgemeinschaften mit der Ehe. Dabei geht es um den Abbau von

Diskriminierungen und um gleiche Bürgerrechte. Dem Wirken Manfred Bruns und vieler Mitstreiterinnen und Mitstreiter ist es zu verdanken, dass ein Jahrzehnt nach der Verabschiedung des Lebenspartnerschaftsgesetzes die Mehrheit der Bevölkerung keinen Unterschied zwischen Ehe und Lebenspartnerschaft mehr macht.

Jeden einzelnen Schritt zur Gleichberechtigung mussten sich Lesben und Schwule hart erkämpfen. Und noch immer sind sie nicht vollständig gleichberechtigt. Doch eines hat sich getan, und das ist das große Verdienst von Manfred Bruns: Immer mehr Menschen in Deutschland wollen sich damit nicht länger abfinden. Dafür gebührt ihm unser Dank.

Christine Lüders

A Word of Greeting

Day-in-day-out Manfred Bruns does what many only preach, and is often enough considered disruptive within the context of social and political reality: he often goes on the offensive. He is not satisfied with what are considered social realities. Hence, this commemorative publication is dedicated to him.

Manfred Bruns grew up during a time when gay men neither had the opportunity to orient themselves on their own, to develop their own identities in relation to role models, to develop successful biographies, nor the opportunity to live out their sexual orientation without running the risk of prosecution.

The path that this man, who was born in 1934, took was typical for a whole generation of gay men up until the 1980s: it was characterised by attempts to find his way within the norms of majority society, by the need to take consideration of others, and by fear.

In 1985, however, Manfred Bruns had the courage to come out publically in mid-life.

It was, at that time, a daring and relatively dangerous step of a high-ranking civil servant, and it certainly did not make his career in the Office of the Attorney General in Germany any easier. Here I would like to remind you that the insufferable Kießling affair had shaken West Germany just one year earlier.

The marked change in the social climate, which also makes it possible for leading politicians to now acknowledge their sexual identity, would not have been possible without courageous pioneers like Manfred Bruns.

Manfred Bruns was, in the second half of the 1980s, one of the most important pioneers of a liberal AIDS policy in the Federal Republic of Germany. Today, the success of this policy has been confirmed thousand-fold. However, those who consciously experienced this period still know how hard it was to prevent regressive policies in a form of "plague hygiene", propagating exclusion and quarantines under the direction of state authorities, from taking hold.

Manfred Bruns helped to initiate a second important project and has defended it for over twenty years against tremendous opposition: putting lesbian and gay life unions on equal footing with marriages. This is a matter of eliminating discrimination and ensuring equal civil rights. The efforts of Manfred Bruns and many of his comrades-in-arms are to thank for the fact that a decade after the ratification of the Life Partnership Act,

the majority of the population no longer differentiates between a marriage and a life partnership.

Lesbians and gay men had to fight hard for every single step along the way to equal rights. And the goal of full equal rights has still not been achieved. However, one thing has happened, and this is one of Manfred Bruns' great accomplishments: more and more people in Germany are no longer willing to settle for less. And for that he deserves our thanks.

Christine Lüders

Axel Hochrein, Uta Kehr

Bedeutung des Wertewandels für die Gesetzgebung und Gleichstellungspolitik

Von 1871 bis 1994 wurden Homosexuelle in Deutschland durch den § 175 StGB kriminalisiert und strafrechtlich verfolgt. In der Zeit des Nationalsozialismus erreichte die Verfolgung ihren barbarischen Höhepunkt, als zehntausende schwuler Männer in Konzentrationslager geschickt wurden, wo viele den Tod fanden.

Die Bundesrepublik Deutschland übernahm als Erbe den von den Nationalsozialisten verschärften § 175 unverändert in ihr StGB und wendete ihn gnadenlos an. Die Tatsache, dass eine Opfergruppe der nationalsozialistischen Diktatur im neuen demokratischen Staat Deutschland weiter verfolgt wurde, gehört zu den Geburtsfehlern unseres Staates. Erst im Rahmen der Wiedervereinigung und Rechtsangleichung zwischen Ost- und West-Deutschland wurde der Paragraph 1994 gestrichen. Im Jahr 2000 hat sich der Deutsche Bundestag einstimmig für die Strafverfolgung entschuldigt und sich dazu bekannt, dass dadurch die Menschenwürde der Verfolgten verletzt wurde. Eine Entschädigung der Opfer dieser Verfolgung fand bis heute nicht statt.

Der Wegfall der staatlichen Verfolgung und Kriminalisierung in Deutschland machte den Weg frei für eine Gesetzgebung zur Gleichstellung und zum Schutz vor Diskriminierung von Homosexuellen. Das Gesetz über die eingetragene Lebenspartnerschaft (LPartG) im Jahre 2001 war dabei ohne Zweifel ein historischer Meilenstein. Erstmals konnten Lesben und Schwule eine staatlich anerkannte und legalisierte Verbindung eingehen. Auf dem Klageweg bis hin zum Bundesverfassungsgericht (BVerfG) und durch beständige Überzeugungsarbeit gegenüber Parlamenten und Regierung wurde das Ungleichgewicht an Pflichten und Rechten, die im Verhältnis zur Ehe übernommen wurden, fast vollständig reduziert.

Die Durchsetzung der gleichberechtigten Teilhabe und gesellschaftliche Anerkennung von Menschen, die nicht der heterosexuell definierten Norm entsprechen, betrifft aber nicht nur die Regelung des Zusammenlebens von homosexuellen Paaren. Ein Rückfall in die Zeiten der Stigmatisierung und Diskriminierung drohte Deutschland in den 1980er-Jahren, als HIV und Aids als neue Krankheit auftrat. Die in diesem Zusammenhang schnell wieder aufkeimende Ausgrenzung mit Begriffen wie „Schwulenseuche“ zeigte die latent vorhandene homophobe Stimmung. Es gilt: Eine verantwortliche und umfassende – statt ausgrenzende – Gesundheitspolitik ist Teil einer umfassenden Gleichstellung.

Mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) trat im Jahr 2006 ein Gesetz in Kraft, das Benachteiligungen aus Gründen der „Rasse", der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität verhindern soll. Zur Verwirklichung dieses Ziels erhalten die durch das Gesetz geschützten Personen Rechtsansprüche gegen Arbeitgeber und Private, wenn diese ihnen gegenüber gegen die gesetzlichen Diskriminierungsverbote verstoßen. Eine Hierarchisierung von Diskriminierungsgründen darf es nicht geben. Die Anstrengungen in der Verhinderung der Diskriminierung von Minderheiten müssen für alle Gründe mit gleicher Intensität erfolgen. Die intensive Zusammenarbeit der Antidiskriminierungsstelle des Bundes (ADS) mit der Community und nationalen LSBTI-Organisationen ist ein Zeichen dafür. Die Förderung dieses Bandes der Schriftenreihe der Hirschfeld-Eddy-Stiftung ist ein weiterer Beweis dafür. Für diesen Einsatz sind wir der ADS dankbar.

Auch wenn LSBTI noch immer rechtliche Ungleichbehandlungen in Deutschland hinnehmen müssen, so hat sich in den letzten 20 Jahren das Blatt doch zum Positiven gewendet. Dieser Weg muss von Politik und Gesellschaft konsequent weiter beschritten werden, um bestehende Missstände zu beseitigen. Die Einbeziehung der Meinung der schwulen und lesbischen Community ist dabei Grundvoraussetzung, damit nicht mehrheitsbestimmte Lösungen für die Anliegen von Minderheiten geschaffen werden. Dies gilt genauso für die seit langem offene Neugestaltung des Transsexuellengesetzes (TSG), welches in mehreren Entscheidungen des BVerfG in großen Teilen für verfassungswidrig erklärt wurde. Eine gesetzliche Neureglung wird ohne die maßgebliche Einbeziehung der Vorstellungen der Community der Transsexuellen zu keinem akzeptablen Ergebnis führen.

Ein gleichberechtigtes und gleichwertiges Leben werden Lesben und Schwule in Deutschland nur führen können, wenn staatliche Gesetzgebung und gesellschaftliche Entwicklung sich weiter positiv entwickeln. Der Weg, den Deutschland hier gegangen ist, muss für andere Länder, in denen die rechtliche und gesellschaftliche Lage von LSBTI noch von Verfolgung und Diskriminierung geprägt ist, nicht in jedem Fall nachahmenswert sein. Doch die hier aufgezeigten Entwicklungen können vielleicht wertvolle Anregungen liefern und eine Quelle der Inspiration sein.

Die Hirschfeld-Eddy-Stiftung sieht ihre Aufgabe in der Stärkung und Unterstützung von LSBTI-Menschenrechtsverteidigern weltweit, aber auch in der Aufklärung und Sensibilisierung für diese Aufgabe in Deutschland. Dazu gehört die Anerkennung

der sexuellen Identität als Verfolgungsgrund im Asylrecht ebenso, wie die Beachtung und Förderung der Menschenrechte von LSBTI in der Außenpolitik und der Entwicklungszusammenarbeit. Der weltweite Einsatz für eine Entkriminalisierung der Homosexualität und Ächtung der Homophobie muss eine dauerhafte Verpflichtung der internationalen Politik Deutschlands werden.

Die Hirschfeld-Eddy-Stiftung feiert im Jahre 2012 ihr 5-jähriges Bestehen. Sie ist die Menschenrechtsstiftung des Lesben- und Schwulenverbandes in Deutschland (LSVD). Manfred Bruns gehört seit Gründung des Verbandes dem Bundesvorstand des LSVD an. Als Jurist und Bundesanwalt a. D. hat er maßgeblich dazu beigetragen, den Rechtewandel für Lesben und Schwule in Deutschland zu gestalten. Als einer der Mit-Initiatoren und Gründungsstifter der Hirschfeld-Eddy-Stiftung hat er nicht nur maßgeblich zur Entstehung der Stiftung beigetragen, er begleitet die Stiftung seither auch unermüdlich in ihrem internationalen Kampf für die Menschenrechte von LSBTI.

Wenn wir heute mit ein wenig Stolz auf den positiven Verlauf in der Entwicklung unserer Stiftung zurückblicken, auf die vielfältigen Projekte, die begonnen und weitergeführt werden, dann wissen wir um den enormen Anteil, den Manfred Bruns daran hatte. Als Zeichen unserer Wertschätzung für ihn und sein dauerhaftes Engagement widmen wir ihm den hier vorliegenden dritten Band der Schriftenreihe der Hirschfeld-Eddy-Stiftung.

Axel Hochrein, Uta Kehr

The Meaning of Changes in Values for Legislation and Equal Rights Policy

From 1871 to 1994, homosexuals in Germany were criminalised by Paragraph 175 of the Penal Code and subject to legal prosecution. During the National Socialist period, the persecution reached its barbaric peak, when tens of thousands of homosexual men were sent to concentration camps, where many of them met with their deaths.

The Federal Republic of Germany adopted the stricter Paragraph 175 as a legacy from the National Socialists in its Penal Code and applied it without mercy. The fact that one group of victims from the National Socialist dictatorship continued to be persecuted in the new, democratic Germany is one of the birth defects of our country. Within the context of reunification and legal alignment between East and West Germany, Paragraph 175 was stricken from the Penal Code in 1994. In 2000, the German Bundestag unanimously expressed its regret for the legal prosecution and acknowledged that the dignity of the victims had been infringed upon. To this day, however, no compensation has been provided for the victims of this persecution.

The elimination of state persecution and criminalisation cleared the way for laws to ensure equal rights and protection against the discrimination of homosexuals. The law regulating registered life partnerships in 2001 was, undoubtedly, a historical landmark in this context. For the first time, lesbians and gay men could enter into an officially recognised and legalised union. Through legal action, all the way up to the Federal Constitutional Court, and persistent efforts to convince parliaments and governments, the imbalance between the rights and obligations of a registered partnership in relation to a marriage has been almost completely reduced.

The realisation of equal participation and the social recognition of people who do not conform to the heterosexually defined norm is not just a matter of regulating how homosexual couples live together. In the 1980s, a relapse into the period of stigmatisation and discrimination threatened Germany, when HIV and Aids suddenly emerged as new diseases. The rapidly re-emergent marginalisation that became evident in this context, with terms like "gay plague", demonstrated a latent homophobic atmosphere. A responsible and comprehensive – instead of exclusionist – health policy is part of comprehensive equality.

With the General Equal Treatment Act, a law came into force in 2006, which was intended to prevent discrimination on grounds of "race", ethnic background, gender, religion or world view, a disability, age or sexual identity. In order to realise this goal, those who are protected by this law are granted legal recourse in relation to employers and private per-

sons who have infringed upon their rights as guaranteed by the legal prohibition of discrimination. There shall be no hierarchical treatment of different grounds for discrimination. Efforts to prevent discrimination against minorities must be undertaken with the same intensity in relation to all grounds. The close cooperation between the Federal Anti-Discrimination Office and the LGBTI community and national LGBTI organisations is a sign of this. The support for this volume, within a series published by the Hirschfeld–Eddy Foundation, is further evidence of this. We are indebted to the Anti-Discrimination Office for their engagement.

Even if LGBTI are still forced to put up with unequal treatment in Germany, there has been progress over the past twenty years. This path must be diligently pursued by policy makers and society in order to do away with all grievances. Taking the opinions of the gay and lesbian community into account is an elemental precondition for ensuring that solutions determined by the majority are not adopted for problems of a minority. This is also true of the long-awaited reform of the Transsexuals' Law, which has, for the most part, been declared unconstitutional in a number of decisions handed down by the Federal Constitutional Court. New legal regulations will not lead to an acceptable result without taking the ideas of the transsexual community into consideration.

Lesbians and gay men in Germany will only be able to lead lives with equal rights and with equal quality of life, when the laws passed by the state and social developments take a positive turn. The path that Germany has taken here must not be considered unequivocally worthy of emulation for other countries in which the legal and social situations of LGBTI are still characterised by persecution and discrimination. However, the developments discussed here can, perhaps, provide important impulses and a source of inspiration.

The Hirschfeld-Eddy Foundation sees its task in promoting and supporting defenders of the human rights of LGBTI worldwide, as well as in promoting understanding and sensibility for this task in Germany. This includes the recognition of sexual identity as a ground for persecution in asylum law as well as the consideration and promotion of the human rights of LGBTI in foreign policy and in cooperative development projects. Taking a stand for the decriminalisation of homosexuality and the ostracism of homophobic tendencies throughout the world must become a lasting obligation in Germany's international policy.

The Hirschfeld-Eddy Foundation is celebrating its fifth anniversary in 2012. It is the human rights foundation of the Lesbian and Gay Federation in Germany (Lesben- und Schwulenverband in Deutschland – LSVD). Manfred Bruns has been a member of the board of the LSVD since its founding. As a lawyer and retired federal attorney, he has played an essential role in effecting legal changes for lesbians and gay men in Germany. As one of the co-initiators of – and original donors to – the Hirschfeld-Eddy Foundation, he has not only played an essential role for the establishment of the foundation, he has untiringly supported the foundation in its international struggle for the human rights of lesbians, gay men, bisexuals, transgender people, and intersexuals.

If we are able look back upon the development of our foundation today with a measure of pride, at the projects that were launched and that are being continued, then it is because of the enormous contribution made by Manfred Bruns, of which we are well aware. As a sign of our appreciation of him and his unceasing engagement, we dedicate this third volume of the Hirschfeld-Eddy Foundation's publication series to him.

Prof. Dr. Brun-Otto Bryde

01 | Sexuelle Identität, Gleichheitssatz und Diskriminierungsverbot

Meine erste Begegnung mit Manfred Bruns war sehr förmlich: ich saß bei der mündlichen Verhandlung über das Lebenspartnerschaftsgesetz vor dem Bundesverfassungsgericht auf der Richterbank, er vertrat den LSVD. Sein Plädoyer war beeindruckend, sachlich, engagiert, vor allem machte es die bedrückende Lebenssituation deutlich, eine Partnerschaft zu leben, die von der Umwelt nicht anerkannt wird.

Es wäre nun für eine Festschrift eine schöne Pointe, zu behaupten, dass er mit diesem Plädoyer den entscheidenden Ausschlag für die positive Entscheidung des Senats gegeben hat. Aber das wäre doch etwas geschichtsfälschend. Mit der wegen des Beratungsgeheimnisses notwendigen Zurückhaltung darf ich andeuten, dass die Angriffe gegen das Gesetz auch ohne seinen Auftritt keine Mehrheit gefunden hätten:[1] dafür waren sie zu schwach.[2]

1. Vergangenes Unrecht

Die Mehrheit war vielmehr, wie es schon in der Entscheidung zur einstweiligen Anordnung heißt, entschlossen, sich dem „Abbau langdauernder Diskriminierungen“[3] der Betroffenen durch den Gesetzgeber nicht in den Weg zu stellen. An dieser Diskriminierung – und insbesondere ihrer langen Dauer – war das Gericht selbst beteiligt.

Im Jahre Jahr 1957 hat es Verfassungsbeschwerden gegen die Strafbarkeit der männlichen Homosexualität nach § 175 StGB zurückgewiesen und zwar mit dem schlimmen Satz: „Gleichgeschlechtliche Betätigung verstößt eindeutig gegen das Sittengesetz“.[4] Ob es sich seiner Sache wirklich so sicher war, ist allerdings zweifelhaft. Es gab vor 50 Jahren noch keine *dissenting opinion* oder auch nur eine Bekanntgabe der Stimmverhältnisse. Den genauen Meinungsstand im Senat kennen wir also nicht. Die breite Wiedergabe der Argumente *für* die Abschaffung der Strafbarkeit im Sachbericht – zum Beispiel die Entwicklung im Ausland und die Verfolgung von Homosexuellen im Dritten Reich – deuten darauf hin, dass sich der Senat die Sache nicht ganz so leicht gemacht hat, wie der zitierte apodiktische Ausspruch es erscheinen lassen könnte. Im Gegensatz zu diesem lauten Einleitungssatz endet die Prüfung auch eher mit einem leisen Satz: „§ 175 StGB bleibt also noch im Bereich der verfassungsmäßigen Ordnung und begrenzt daher das Recht zur freien Entfaltung der Persönlichkeit.“[5] Diese Formulierung mit einem „noch“ verwendet man jedenfalls heute dann, wenn eine Sache gerade nicht „eindeutig“ ist.

Da das Urteil erst fünf Jahre nach Einlegung der Verfassungsbeschwerde erging – einer der Beschwerdeführer war inzwischen verstorben –, mag es zynisch klingen,

wenn man sagt, es sei zu früh ergangen, aber für die Sache der Beendigung der Kriminalisierung der Homosexualität ist das trotzdem zutreffend. Schon wenige Jahre später wäre es so nicht mehr denkbar gewesen. Die Entwicklung eines effektiven Grundrechtsschutzes durch den 1. Senat erfolgte erst in den folgenden Jahren mit dem Lüth-Urteil[6] und dem Apothekenurteil.[7] Das Verhältnismäßigkeitsprinzip wurde gerade erst erfunden, und das Gericht zeigte noch keinen großen Mut in der Auseinandersetzung mit dem Gesetzgeber. Nach dieser Klärung hätten weder die Berufung auf das Sittengesetz, das in der gesamten weiteren Rechtsprechung des Gerichts keine tragende Rolle mehr gespielt hat,[8] noch der hier zugrunde gelegte Maßstab zur Überprüfung eines massiven Persönlichkeitseingriffs durch Strafrecht, für das es kein rechtfertigendes öffentliches Interesse gibt, benutzt werden können. Aber dass das Urteil verfassungsdogmatisch schon ein Jahr nach seinem Erlass überholt war, bedeutet leider nicht, dass sich diese Erkenntnis auch durchgesetzt hätte. So systematisch ist Verfassungsentwicklung nicht, das Verdikt der Verfassungsmäßigkeit des § 175 StGB stand für die nächsten Jahre fest.

Auch wenn das Bundesverfassungsgericht die Strafbarkeit nicht begründet, sondern nur nicht beseitigt hat, hatte sein Urteil Folgen. Es gibt Anzeichen, dass nach diesem Urteil eine bereits im Schwinden begriffene Verfolgungsbereitschaft von Polizei, Staatsanwaltschaften und Gerichten wieder zunahm. Außerdem spielt die Sanktionierung des alten Rechts durch das Gericht bis heute eine Rolle in der Rehabilitierungsdebatte: Wenn das Gericht das Gesetz zu irgendeinem Zeitpunkt für verfassungswidrig erklärt hätte, wäre für alle offensichtlich, dass damals Unrecht geschehen ist. Aber nicht das Bundesverfassungsgericht, sondern der Strafrechtsreformgesetzgeber beseitigte die Strafbarkeit, sodass das Gericht sich nicht selbst korrigieren musste oder konnte, was es früher oder später sicher getan hätte.

1 BVerfGE 105, 313. | **2** Wie schwach lässt sich aus der Kritik unseres Urteils durch einen der Prozessbevollmächtigten nachvollziehen: Braun, Johann:„Das Lebenspartnerschaftsgesetz auf dem Prüfstand – BVerfG *NJW* 2002, 2543". In: *Juristische Schulung* (JuS) 2003. S. 21; was eine so undifferenziert einseitige, Vorurteile pflegende Polemik eines Beteiligten in einer Ausbildungszeitschrift (!) zu suchen hat, wird Geheimnis der Redaktion bleiben. | **3** BVerfGE 104, 51, 60. | **4** BVerfGE 6, 389, 434. | **5** Ebenda 439. | **6** BVerfGE 7, 198. Zur bahnbrechenden Entwicklung der Grundrechtsjudikatur in diesen Jahren: Henne, Thomas: „Von 0 auf Lüth in 6 1/2 Jahren. Thesen zur Rechtsgeschichte der bundesdeutschen Grundrechtsjudikatur in den 1950er-Jahren". In: ders./ Riedlinger, Arne (Hrsg.): *Das „Lüth"-Urteil in (rechts)historischer Sicht. Die Grundlegung der Grundrechtsjudikatur in den 1950er-Jahren. 2005*. S. 197ff. **7** BVerfGE 7, 377. | **8** Mit dem Lüth-Urteil verankert das Bundesverfassungsgericht die grundgesetzliche Wertordnung in der Verfassung, in deutlicher Distanz zum neo-naturrechtlichen Ansatz des BGH: siehe Henne, Anm. 6, S. 210ff; Bryde, Brun-Otto: „Programmatik und Normativität der Grundrechte". In: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.): *Handbuch der Grundrechte I: Entwicklungen und Grundlagen*. Heidelberg 2003. § 17, S. 679, 697 Rn. 45.

2. Die Sexuelle Orientierung als Prüfstein der Gleichheitsdogmatik

Das Gericht hat nämlich später seine Haltung zum Grundrechtsschutz sexueller Orientierung grundlegend geändert, die sexuelle Orientierung hat sogar zur Klärung der Dogmatik des Gleichheitsgrundrechts beigetragen.

Das zeigte sich zunächst in seiner Rechtsprechung zu einer ganz kleinen Gruppe ohne Chance, auf den politischen Prozess einzuwirken, nämlich den Transsexuellen. Der besonders großen Schwierigkeiten dieser Gruppe, ihre sexuelle Identität mit der Rechtsordnung in Übereinstimmung zu bringen, hat das Gericht sich wiederholt angenommen.

In der grundlegenden Entscheidung von 1978[9] ging es um das Begehren einer Transsexuellen, die nach Geschlechtsumwandlung auch rechtlich durch Änderung der amtlichen Register als Frau gelten wollte. Das Gericht bekräftigt nicht nur die Zugehörigkeit des Begehrens, die eigene sexuelle Identität zu leben, mit dem Kern des Persönlichkeitsrechts, sondern beschäftigt sich auch noch einmal mit der von den Verteidigern der bisherigen Rechtslage herangezogenen Schranke des Sittengesetzes, nun aber mit völlig anderer Tendenz. Die mit der Berichtigung des Geschlechtseintrags verbundene Folge, dass der Beschwerdeführer nunmehr als Frau einen Angehörigen seines früheren Geschlechts heiraten kann, verstößt nicht gegen das Sittengesetz. Weder Zeugungsfähigkeit des Mannes noch Gebärfähigkeit der Frau seien Voraussetzung für eine Eheschließung. „Es mag sein, daß in der Bevölkerung die Eheschließung eines männlichen Transsexuellen mit einem Mann aus der unterschwelligen Vorstellung heraus abgelehnt wird, dies sei sittlich zu mißbilligen. Rational nicht zu begründende Auffassungen können dem Abschluß einer Ehe aber nicht entgegenstehen."[10]

Das 2. Transsexuellen-Urteil[11] ist für unser Thema noch wichtiger. Das Gericht benutzt den Fall nämlich, um seine Dogmatik des Gleichheitssatzes zu präzisieren. Art. 3 GG unterscheidet ja den allgemeinen Gleichheitssatz in Abs. 1, wo das Gericht dem Gesetzgeber lange Zeit Differenzierungen bis zur Willkürgrenze erlaubte, und die Diskriminierungsverbote von Abs. 2 und 3, in denen Differenzierungen grundsätzlich verboten sind und die es zunehmend strenger handhabte. Das Gericht hatte diese Unterscheidung bereits mit der sogenannten neuen Formel relativiert, nach der Ungleichbehandlung von Personengruppen strenger geprüft wird als die unterschiedliche Behandlung von Sachverhalten.[12] In dieser Abstraktheit ist die Differenzierung noch nicht sehr fruchtbar, da Gesetze immer menschliches Verhalten re-

geln.[13] Im 2. Transsexuellen-Urteil macht es eine wichtige Präzisierung: Die Bindung des Gesetzgebers ist „um so enger, je mehr sich die personenbezogenen Merkmale den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten (Diskriminierungsverboten) annähern und je größer deshalb die Gefahr ist, daß eine an sie anknüpfende Ungleichbehandlung zur Diskriminierung einer Minderheit führt."[14]

Das ist bemerkenswert und folgenreich. In Ländern, in denen es nur einen allgemeinen Gleichheitssatz gibt, wie vor allem in den USA, hat die Rechtsprechung Fallgruppen entwickelt, die eine mehr oder weniger strenge Prüfung erfordern, letzteres insbesondere bei sogenannten „suspekten" Unterscheidungen. In den meisten Staaten gilt aber heute ein Modell wie in Deutschland: Auch unter dem Einfluss von Diskriminierungsverboten des Völker- und Europarechts verbindet die Verfassung einen allgemeinen Gleichheitssatz mit einem mehr oder weniger umfassenden Katalog von spezifischen verbotenen Diskriminierungen.[15]

Das könnte ein Argumentum e Contrario nahelegen: Wenn die Verfassung selbst festlegt, welche Unterscheidungen suspekt sind, so könnte man argumentieren, dann bedürfen Unterscheidungen, die nicht darunter fallen, auch keiner besonderen Rechtfertigung, sondern unterliegen nur einer Willkürkontrolle. Das war in der Tat in den ersten Jahrzehnten der Bundesrepublik herrschende Lehre und ist wohl gedanklich auch heute noch einflussreich. Das Bundesverfassungsgericht hat demgegenüber erkannt, dass es auch im Anwendungsbereich des Abs. 1 „suspekte" Differenzierungen gibt.

Der im 2. Transsexuellen-Urteil erstmals formulierte strenge Maßstab bei Differenzierungen, „die denen des Abs. 3 nahe kommen", ist dabei besonders wichtig. Das Gericht verwendet die expliziten Verbote des Abs. 3 damit gerade nicht als Argumentum e Contrario, sondern als Ausgangspunkt einer Analogie. In meiner Zeit im Senat haben wir das dann ähnlich für die sexuelle Orientierung in den Entscheidungen zur Altersversorgung[16] und Erbschaftssteuer bei Lebenspartnerschaften[17] bestätigt. Auch die Entscheidungen über die Gleichbehandlung von Ausländern zum Kindergeld[18] und jüngst in der Entscheidung zum bayerischen Erziehungs-

9 BVerfGE 49, 286. | **10** Ebenda, 300. | **11** BVerfGE 88, 87. | **12** BVerfGE 55, 72, 88. | **13** Bryde, Brun-Otto/Kleindiek, Ralf: „Der allgemeine Gleichheitssatz". In: *JURA* 1999. S. 36,39 f. | **14** BVerfGE 88, 87, 96. | **15** Rechtsvergleichender Überblick über grundrechtliche Gleichheitsgarantien: Bryde, Brun-Otto/Stein, Torsten: „General Provisions Dealing with Equality". In: Tushnet/Fleiner/Saunders (Hrsg.): *Routledge Handbook of Constitutional Law.* Erscheint 2012. **16** BVerfGE 124, 199. | **17** BVerfGE 126, 400. | **18** BVerfGE 111, 160; ebenso 111, 176, Erziehungsgeld.

geld[19] gehören in diese Linie. Mit dieser Ausweitung von Tatbeständen im Regelungsbereich des Art. 3 Abs. 1 GG, die wie Diskriminierungsverbote geprüft werden, hält das Gericht dabei auch den Schulterschluss mit der internationalen Rechtsentwicklung, in der verbotene Diskriminierungen ja heute auch über die klassischen Fälle – Rasse und Geschlecht – hinausgehen.[20]

3. Unvollendetes

Mit der Angleichung der Rechtwirkungen von Lebenspartnerschaft und Ehe durch Verfassungsgericht und Gesetzgeber sind viele praktische Probleme gelöst, und es ist zu hoffen, dass die noch verbleibenden Lücken in der Gleichstellung zum Beispiel im Steuerrecht demnächst geschlossen werden. Die Geschichte der Diskriminierung ist damit noch nicht beendet.

So bleibt die Zuweisung von Homosexuellen und Heterosexuellen an unterschiedliche Rechtsinstitute für ihr Zusammenleben im Kern diskriminierend. Die einzige nicht diskriminierende Lösung wäre die Öffnung der Ehe für alle. Das war auch das erste Ziel des Kampfes um Gleichstellung

Dieser hatte vor dem AG Frankfurt sogar Erfolg, das 1992 entschied, die herkömmliche Auslegung des Begriffs der Ehe unter Anknüpfung an die christlich-abendländische Tradition einer Lebensgemeinschaft zwischen Mann und Frau sei mit dem Grundgesetz unvereinbar und das Recht zur Eheschließung bestehe deshalb auch für gleichgeschlechtliche Partner.[21] Diese Entscheidung hat die folgenden Instanzen nicht überlebt. Auch das Verfassungsgericht hat diesen Gleichstellungsweg verworfen.[22]

Der Gleichstellungsweg über die Lebenspartnerschaft war ein pragmatisch sinnvoller Umweg und hat erhebliche Forschritte gebracht. Allerdings hat er, einschließlich des Urteils, das ihn bestätigt[23], auch die Tendenz, den Weg zur völligen Gleichstellung zu blockieren. Die Wahl eines eigenständigen Instituts für gleichgeschlechtliche Paare machte es dem Gericht einerseits leicht, Angriffe wegen angeblicher Verletzung des Grundrechts der Ehe unter dem Gesichtspunkt von Wesensgehaltsgarantie oder Institutsgarantie zurückzuweisen: Die Lebenspartnerschaft ist nach dem Willen des Gesetzgebers keine Ehe, kann deren Regelung daher auch nicht berühren.[24] Aber damit wird gleichzeitig ein historisches Verständnis der Ehe als zweigeschlechtlicher Gemeinschaft festgeschrieben.[25]

Dabei verweist das Nachdenken über den Sinn des Schutzes der Ehe im Grundgesetz im Grunde in eine andere Richtung. Die Argumentation der Gegner des Lebenspartnerschaftsgesetzes ist nämlich geradezu ehefeindlich, weil sie die Ehe ganz auf die Reproduktionsfunktion verkürzt. Gewollt oder ungewollt kinderlose heterosexuelle Ehepaare werden manche Schriften und Schriftsätze der angeblichen Eheverteidiger kaum ohne Zorn lesen können, denn ihrer Gemeinschaft wird jeder eigenständige Wert abgesprochen.

Dabei hat der Schutz der Gemeinschaft mit Kindern in Art. 6 GG ohnehin im Schutz der Familie seinen Ort. Dieser Schutz kann aber gerade nicht zu eng an die Ehe angebunden werden, weil schon Art. 6 Abs. 5 GG im Interesse der Kinder eine Diskriminierung von Familien, in der die Eltern nicht verheiratet sind, verbietet.[26]

Eine selbstständige Bedeutung hat der Schutz der Ehe daher gerade nur, wenn man ihn ohne Rücksicht auf Kinder in der Entscheidung der Partner sieht, den Lebensweg gemeinsam, in rechtlich verbindlichem, gegenseitigem Einstehen füreinander zu gehen. In dieser Perspektive gibt es aber keine Rechtfertigung, Paare nach ihrer sexuellen Orientierung unterschiedlich zu behandeln.

Einen solchen besonderen verfassungsrechtlichen Schutz rechtlich verbindlicher Paarbeziehungen braucht man nicht zu wollen. Man könnte verfassungspolitisch argumentieren, dass nur der Schutz des Zusammenlebens mit Kindern verfassungsrechtlichen Schutzes bedarf, die Art und Weise wie Erwachsene ihr Zusammenleben organisieren, den Staat aber nichts angeht. Dann müsste die Ehe in Art. 6 GG gestrichen werden. Wenn man hingegen die Ehe, in meiner Sicht durchaus zutreffend, auch unabhängig von Kindern für schützenswert hält, dann muss sie auch unabhängig von der sexuellen Orientierung für alle geöffnet werden, die es wünschen.

Manfred Bruns hat also durchaus noch Arbeit.

19 BVerfG 1 BvL 14/07 vom 07.02.2012. In: *NJW* 2012, 1711. | **20** Vgl. Michael, Lothar: „Lebenspartnerschaften unter dem besonderen Schutze einer (über-)staatlichen Ordnung – Legitimation und Grenzen eines Grundrechtswandelskraft europäischer Integration". In: *NJW* 2010. S. 3537ff (die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist allerdings auch ohne europarechtskonforme Auslegung begründet). | **21** AG Frankfurt. In: *NJW* 1993, 940. **22** BVerfG (3. Kammer des 1. Senats), Beschluss vom 04.10.1993 – 1 BvR 640/93, NJW 1993, 3058. | **23** BVerfGE 105, 313. **24** Ebenda, 313, 345ff | **25** Ebenda, 313, 345 | **26** BVerfGE 106, 166.

Prof. Dr. Brun-Otto Bryde

01 | Sexual Identity, the Principle of Equality, and the Prohibition of Discrimination

My first encounter with Manfred Bruns was quite a formal one; I was sitting on the judges' bench during the hearing before the Federal Constitutional Court on the Life Partnership Act, while he was representing the LSVD. His plea was impressive, factual, committed and, most importantly, he clearly illustrated how oppressive it is to live in a partnership that is not recognised by one's surroundings.

It would have been a wonderful storyline for this Festschrift, this publication dedicated to his life's work, if I were able to claim that his plea was decisive for the positive decision handed down by the senate, but that would be distorting history. With the reticence required by the confidentiality that must be accorded judicial deliberations, I can nevertheless still intimate that the attacks against the law would not have found majority support, even if he had not appeared before the court[1]: they were simply too weak.[2]

1. Past injustice

On the contrary, the majority was, as had already been stated in the decision on the provisional order, determined not to stand in the way of "eliminating persistent discrimination"[3] against those affected by lawmakers.

The court was a party to this discrimination – and was particularly responsible for its long duration.

In 1957, it rejected a complaint lodged with the Constitutional Court against criminal liability on grounds of male homosexuality according to Art. 175 of the German Penal Code with the awful statement: "Intercourse between members of the same sex is a clear breach of moral law."[4] Whether the court was really so sure of itself is, however, questionable. Fifty years ago there were no dissenting opinions nor was the number of votes pro and con ever made public. Hence, we do not know what the exact opinion in the senate was. The extensively documented arguments for the abolition of criminal liability in the introductory report on the facts of the case – for example on developments abroad and the persecution of homosexuals during the Third Reich – seem to indicate that the senate did not take the decision as lightly as it seems from the apodictic statement cited above. In contrast to this loud introductory statement, the review ends on a quieter note: "Art. 175 of the German Penal Code is still within the realm of constitutional order and therefore limits people's right to self-fulfilment." [5] This formulation, which includes the word "still", is now mainly used when something is not "unequivocal".

Since the decision was only handed down five years after the complaint was lodged – at which point one of the parties to the complaint had already passed away – it may sound cynical to claim that the decision was made too early, but it is nevertheless true in relation to the issue of ending the criminalisation of homosexuality. Just a few years later, it would have been inconceivable. The first senate only developed effective protection of fundamental rights during the following years, in the wake of the Lüth Decision[6] and the Apothecary Decision.[7] The principle of proportionality was just in the process of being developed, and the court did not demonstrate any notable courage in conflicts with lawmakers. After this clarification, the court would neither have resorted to referring to moral law, which never again played a determining role in any subsequent decisions by the court,[8] nor to the criteria that are used here to review a massive intervention in the personal sphere by means of criminal law, without being justified by the public interest. But the fact that the decision was outdated in terms of constitutional dogma only a year after it was handed down unfortunately does not mean that this insight had also come to prevail. Developments in constitutional law are not that systematic, the verdict confirming the constitutionality of Art. 175 of the German Penal Code stood unchallenged during the following years.

Even through the Federal Constitutional Court did not justify the criminal liability, but rather simply failed to eliminate it, the decision still had consequences. There is evidence that the police, public prosecutors, and the courts were more inclined to pursue such cases after this decision. Moreover, the fact that the old law was sanctioned by the court has played a role in the rehabilitation debate to this day: if the court had declared the law to be unconstitutional at some point in time, it would then have become obvious to everyone that injustices had been committed.

1 BVerfGE 105, 313. | **2** How weak these arguments were can be seen by reading the criticism of our decision by one of the authorised proxies to the proceedings: Braun, Johann: "Das Lebenspartnerschaftsgesetz auf dem Prüfstand – BVerfG. In: *NJW* 2002, 2543". In: *JuS* 2003. P. 21; what purpose such an undifferentiated, one-sided, highly prejudicial and polemic essay was meant to serve in a educational journal(!) will remain the secret of the editorial board. **3** BVerfGE 104, 51, 60. | **4** BVerfGE 6, 389, 434. | **5** Ibid, 439. | **6** BVerfGE 7, 198. Regarding the pioneering developments in fundamental rights judicature in these years, cf. Henne, Thomas: "Von 0 auf Lüth in 6 1/2 Jahren. Thesen zur Rechtsgeschichte der bundesdeutschen Grundrechtsjudikatur in den 1950er Jahren". In: idem/Riedlinger, Arne (eds.): *Das "Lüth"-Urteil in (rechts)historischer Sicht. Die Grundlegung der Grundrechtsjudikatur in den 1950er Jahren. 2005*. Pp. 197ff. | **7** BVerfGE 7, 377. | **8** With the Lüth Decision, the Federal Constitutional Court anchored the fundamental value system in the constitution, in clear distance to the neo-natural law approach of the Federal Supreme Court: cf. Henne, note 7, pp. 210ff; Bryde, Brun-Otto: "Programmatik und Normativität der Grundrechte". In: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (eds.): *Handbuch der Grundrechte I: Entwicklungen und Grundlagen*. Heidelberg 2003. § 17,p. 679, 697 Rn. 45.

It was not the Federal Constitutional Court that abolished criminal liability, but rather the lawmakers who were responsible for reforming the German Penal Code; thus the court was never required – or able to – correct itself, something that it would surely have done sooner or later.

2. Sexual orientation as a touchstone for the dogma of equality

Later, the court adopted a completely different opinion on the protection of fundamental rights regarding sexual orientation, and the question of sexual orientation even contributed to the clarification of the dogma of the fundamental right to equality.

This was initially demonstrated in its legal findings regarding a very small group that had very little chance of exerting influence on the political process, namely transsexuals. The tremendous problems of this group in trying to bring their sexual identity into harmony with the legal order is a topic that the court dealt with repeatedly.

A seminal decision handed down in 1978[9] dealt with the desire on the part of a transsexual to be classified as a woman in legal terms after her sexual transformation, this meant changing the entry in the official registry. The court not only confirmed that the desire to live out one's own sexual identity was legitimate and in keeping with the essential meaning of personal rights, it also concerned itself again with moral law, which was cited by the defenders of the existing legal situation as a barrier, but now with a completely different tendency. The consequence of the correction of the entry regarding sex, namely that the party to the complaint would, as a woman, now be able to marry a member of her previous sex, is not a breach of moral law. Neither the reproductive capacities of a man nor of a woman are a prerequisite for entering into a marriage. "It may be the case that the population rejects the idea of a marriage between a male transsexual and a man, due to a subliminal idea that it should be subject to moral disapproval. Opinions that cannot be rationally grounded, cannot, however, stand in the way of a marriage."[10]

The Second Transsexual Decision[11] is even more important for our topic. The court uses this case, namely, in order to formulate its dogma regarding the principle of equality more precisely. Art. 3 of the Basic Law differentiates between the general principle of equality in paragraph 1, where the courts long allowed lawmakers to make differentiations bordering on the arbitrary, and the prohibition of discrimination in paragraphs 2 and 3, in which differentiations are fundamentally forbidden and which it applied with

increasing stringency. The court had already cast this differentiation in more relative terms by introducing what was referred to as a new formula, according to which the unequal treatment of groups of persons is more stringently reviewed than the differences in the treatment of circumstances.[12] On this level of abstraction, this differentiation is still unproductive, since laws always regulate human behaviour.[13] In the Second Transsexual Decision, the court takes an important step towards clarification: lawmakers are bound "more closely, the closer the individual characteristics are to the personal characteristics cited in Art. 3, paragraph 3 of the Basic Law (prohibition of discrimination), and, hence, the greater the danger that unequal treatment based on them will lead to discrimination against a minority."[14]

This is noteworthy and of considerable consequence.

The countries in which there is only one general principle of equality, as is the case, most notably, in the United States, case groups have been developed in judicial practice that require more or less stringent examination, the latter applies especially to cases of so-called "suspect" differentiation. In most countries, however, a model similar to that in Germany applies: also under the influence of prohibitions of discrimination under international and European law, the constitution links a general principle of equality to a more or less comprehensive catalogue of specifically forbidden forms of discrimination.[15]

This might be a case of an argumentum e contrario*: if the constitution itself determines which differentiations are suspect, one might argue, then the differentiations that do not fall into this category do not require any particular justification, but are rather only subject to arbitrary control. That was, in fact, the prevailing doctrine in the first decades of the Federal Republic and it still seems to influence today's thinking. The Federal Constitutional Court has, on the other hand, recognised that there are also "suspect" differentiations in the areas in which Art. 3, paragraph 1 is applied.*

9 BVerfGE 49, 286. | **10** Ibid, 286, 300. | **11** BVerfGE 88, 87. | **12** BVerfGE 55, 72, 88. | **13** Bryde, Brun-Otto/Kleindiek, Ralf: "Der allgemeine Gleichheitssatz". In: *JURA* 1999. Pp. 36, 39f. | **14** BVerfGE 88, 87, 96. | **15** Comparative legal survey of the guaranty of equality in fundamental rights: Bryde, Brun-Otto/Stein, Torsten: "General Provisions Dealing with Equality". In: Tushnet/Fleiner/ Saunders (eds.): *Routledge Handbook of Constitutional Law*. To be published in 2012.

The stringent criterion for differentiation, formulated for the first time in the Second Transsexual Decision, "which comes close to those found in Art. 3", is especially important in this conjunction. The court specifically avoids the use of the explicit prohibitions of Art 3 as argumentum e contrario in this context, and uses them instead as the basis for an analogy. During my tenure in the senate, we confirmed this for the case of sexual orientation in making decisions on old age benefits[16] and inheritance taxes in relation to life partnerships.[17] The decision concerning the equal treatment of foreigners in relation to child benefits[18] and, most recently, the decision regarding Bavaria's child-raising allowance[19] were all decisions along the same lines. By expanding the circumstances that are regulated by Art. 3 subsection 1 of the Basic Law, which are to be examined in the same manner as the prohibition of discrimination, the court also stands on equal footing with developments in international law, in which the forms of discrimination that are prohibited now go beyond the classic cases of race and sex.[20]

3. What remains to be done

With the closer alignment of the legal ramifications of life partnerships and marriage by the Constitutional Court and lawmakers, many practical problems have been solved, and it can be hoped that the remaining gaps in equality, for example in tax law, will soon be closed. The history of discrimination has yet to come to an end.

Hence, assigning homosexuals and heterosexuals to two different legal institutions in order for them to codify their decision to live together is, in essence, discriminatory. The only non-discriminatory solution would be to open up the institution of marriage to all parties. That was also the primary goal in the struggle for equality.

This approach succeeded before the district court in Frankfurt, which decided in 1992 that the traditional interpretation of the concept of marriage, in orientation on Occidental Christian tradition, as a union between a man and a woman, could not be reconciled with the Basic Law and that partners of the same sex also had the right to marry.[21] This decision did not survive subsequent court proceedings. The Constitutional Court also rejected this way of attaining equality.[22]

Introducing life partnerships as a means of establishing equality was a pragmatic, sensible detour and brought considerable progress. However, both life partnerships and the decision that confirmed them[23] have had a tendency to block the path to complete equality. The choice of an independent institution for same-sex couples made it easy for

the court, on the one hand, to refute attacks due to a purported breach of the fundamental right to marry in light of its guaranteeing the essence or the protection of the institution: the life partnership is, according to the will of lawmakers, not a marriage, hence it can also not prejudice its regulations.[24] Thus, it also serves to codify the historical understanding of a marriage as the union of two people of different sexes.[25]

Whereby reflection upon the intention pursued by protecting marriage under the Basic Law leads us in a different direction.

The argumentation of those opposed to the Life Partnership Act almost seemed to express disrespect towards the institution of marriage by reducing it to merely a reproductive function. Heterosexual couples who are childless, whether by choice or not, will hardly be able to read many of the writings and statements submitted by those who were purportedly defending the institution of marriage without feeling some degree of rage: the value of their union, in itself, is completely denied.

Whereby the protection of constellations that include children is already found in Art. 6 of the Basic Law. It is inappropriate to link this protection too closely to marriage, because Art. 6, paragraph 5 of the Basic Law already prohibits the discrimination of families in which the parents are not married in the interest of the children.[26]

The protection of the institution of marriage is therefore only relevant on its own, when one views the decision by the partners to spend their lives together as a legally binding commitment to mutually support each other, regardless of whether they have children or not. Seen from this perspective, there his no justification for treating couples differently according to their sexual orientation.

It is not necessary to provide constitutional protection for legally binding relationships between couples. One could argue that constitutional policy only requires that adults that live together with children require protection under constitutional law, and that

16 BVerfGE 124, 199. | **17** BVerfGE 126, 400. | **18** BVerfGE 111, 160; also 111, 176, child-raising supplement. **19** BVerfGE 1 BvL 14/07 from February 2, 2012. In: NJW 2012. P. 1711. | **20** Cf. Michael, Lothar: "Lebenspartnerschaften unter dem besonderen Schutze einer (über-)staatlichen Ordnung – Legitimation und Grenzen eines Grundrechtswandelskraft europäischer Integration". In: *NJW* 2010. Pp. 3537ff (the decision by the Federal Constitutional Court is, however, also justified without an interpretation in keeping with European Law). | **21** AG Frankfurt NJW 1993, 940 | **22** BVerfG (3rd chamber of the first senate), Decision of October 4, 1993 – 1 BvR 640/93. In: *NJW* 1993. P. 3058. | **23** BVerfGE 105, 313. | **24** Ibid, 313, 345ff. | **25** Ibid, 313, 345 | **26** BVerfGE 106, 166.

how adults organise their lives together is none of the state's business. Then marriage would have to be struck from Art. 6 of the Basic Law. If, on the other hand, one considers the institution of marriage worthy of protection, independent of children, which is the case in my view, then it must also be open to all who wish to enter into it, regardless of their sexual orientation.

Hence, Manfred Bruns still has work ahead of him.

Christine Lüders

02 | Antidiskriminierung – Rechtsanspruch und Wirklichkeit

Am 18. August 2006 trat das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) in Kraft. Vorausgegangen waren eine jahrelange, außergewöhnlich heftige Kontroverse und hinhaltender Widerstand der Gegner eines gesetzlichen Diskriminierungsverbotes. Es brauchte drei Legislaturperioden, zwei unterschiedliche Regierungslager, drei fehlgeschlagene Anläufe und die Androhung von Strafzahlungen durch die EU-Kommission, bis die Umsetzung der europäischen Gleichbehandlungsrichtlinien in deutsches Recht erfolgen konnte. Die Gegner des Gesetzes, vor allem aus wirtschaftsnahen Kreisen, malten Schreckensszenarien an die Wand: milliardenschwere Bürokratiekosten, Klagewellen und das Ende der Vertragsfreiheit.

Bürgerrechtsorganisationen, die sich beispielsweise für die Gleichstellung der Geschlechter, für Integration und für die Gleichberechtigung sexueller Minderheiten einsetzten, verbanden mit der Umsetzung des europäischen Gleichbehandlungsrechts in Deutschland hohe Erwartungen. Endlich sollte es möglich sein, gegen Diskriminierungen bei Beschäftigung, Beruf und Alltagsgeschäften vorzugehen, die bisher hingenommen werden mussten.

Das Gesetz sollte auch eine Grundlage dafür bieten, präventiv gegen Benachteiligung vorzugehen und diskriminierende Strukturen dauerhaft zu überwinden.

Damit sollte eine Lücke geschlossen werden. Das Grundgesetz verbietet in Art. 3 die Benachteiligung aufgrund des Geschlechts, der Abstammung, der Rasse, der Sprache, der Heimat und Herkunft, des Glaubens oder der religiösen oder politischen Anschauungen. Im Jahre 1994 wurde dieser Grundgesetzartikel um das Benachteiligungsverbot von Menschen mit Behinderungen ergänzt.

Diese grundgesetzlichen Benachteiligungsverbote gelten aber in erster Linie für das Handeln staatlicher Organe gegenüber Bürgerinnen und Bürgern. Auf das Verhältnis zwischen Privatparteien sind sie nur sehr eingeschränkt anwendbar. Bis zum Inkrafttreten des AGG gab es daher keine ausreichende gesetzliche Grundlage, um gegen Diskriminierung in der Arbeitswelt oder beispielsweise bei der Wohnungssuche und bei Versicherungsgeschäften vorzugehen.

Für Lesben, Schwule und Transgender war die Einführung des AGG von besonderer Bedeutung, denn 14 Jahre nach Streichung des §175 wurde damit zum ersten Mal gesetzlich festgeschrieben, dass Benachteiligung aufgrund der sexuellen Identität einen Gesetzesverstoß darstellt.

Ohne EU-Gleichbehandlungsrichtlinien hätte es kein AGG gegeben. In den Jahren 2000 bis 2004 beschloss der Rat der Europäischen Union in relativ rascher Folge vier Gleichbehandlungsrichtlinien, die neben den bereits bestehenden Diskriminierungsverboten wegen der Mitgliedstaatsangehörigkeit und des Geschlechts sieben weitere Diskriminierungsverbote im europäischen Recht verankerten, und zwar aus Gründen der „Rasse", der ethnischen Herkunft, der Religion, der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters und der sexuellen Ausrichtung.

Auslöser für die zügige Verabschiedung insbesondere der Antirassismusrichtlinie war unter anderem der fast schon vergessene Wahlerfolg der rechtspopulistischen FPÖ Jörg Haiders in Österreich Ende 1998. Die Richtlinien sollten auch ein Zeichen gegen aufkeimende xenophobe Tendenzen in Europa setzen.

Die menschenrechtliche Zielsetzung erhielt zusätzliche Schubkraft durch die im März 2000 von den europäischen Staats- und Regierungschefs verabschiedete Lissabon-Strategie, die das Ziel ausgab, Europa zum wettbewerbsfähigsten und dynamischsten wissensgestützten Wirtschaftsraum der Welt zu machen. In diesem ethnisch und kulturell so heterogenen und vielfältigen Raum sollten Hindernisse beim Zugang zum Arbeitsmarkt abgebaut sowie Durchlässigkeit und soziale Kohäsion gefördert werden. Die Gleichbehandlungsrichtlinien sollten dabei überkommene dynamisierungshemmende Strukturen überwinden helfen. Allen Bürgerinnen und Bürgern der europäischen Union sollte es ermöglicht werden, ihre Potentiale ohne Benachteiligung zu entfalten.

Mit dem AGG wurden die Vorgaben von vier EU-Gleichbehandlungsrichtlinien in deutsches Recht umgesetzt.[1]

Das Gesetz verfolgt den sogenannten horizontalen Ansatz, das heißt im Prinzip schützt es gleichermaßen vor Diskriminierung aus rassistischen Gründen oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität.

Das Gesetz schreibt nicht nur einen umfassenden Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht fest, sondern schützt vor Diskriminierung aufgrund aller genannten Diskriminierungsmerkmale auch im Zivilrecht. Damit geht es an einem wichtigen Punkt über die Vorgaben der europäischen Richtlinien hinaus. Ein zivilrechtlicher Schutz gegen Diskriminierung aufgrund einer Behinderung, der Religion oder Weltan-

schauung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung konnte bislang europaweit nicht durchgesetzt werden. Dieses Ziel verfolgt die Europäische Kommission nach wie vor und hat dazu 2008 einen Vorschlag für eine 5. Gleichbehandlungsrichtlinie vorgelegt. Paradoxerweise hat sich Deutschland, das diesen zivilrechtlichen Schutz in sein nationales Recht aufgenommen hat, gegen die Verabschiedung dieser Richtlinie positioniert. Gerade Lesben, Schwulen und Transgender, die in Ländern leben, in denen die Diskriminierung noch viel verbreiteter ist als heutzutage in Deutschland, wird so die europarechtliche Stützung ihres Kampfes um zivilgesellschaftliche Gleichbehandlung vorenthalten.

Das zivilrechtliche Diskriminierungsverbot des AGG ist aber auf diejenigen Schuldverhältnisse beschränkt, die typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen (sogenannte Massengeschäfte) oder bei denen das Ansehen der Person nach Art des Schuldverhältnisses eine nachrangige Bedeutung hat (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG). Rassistische Diskriminierung oder Ungleichbehandlung wegen der ethnischen Herkunft ist jedoch generell untersagt, unabhängig davon, ob es sich um ein Massengeschäft handelt oder nicht.

Nach Einführung des AGG listete die europäische Kommission 14 Punkte auf, die sie nicht für richtlinienkonform hielt. Zu den bemängelten Regelungen zählten beispielsweise die kurzen Klagefristen, die Massengeschäftsregel und die sogenannte Kirchenklausel, die im § 9 des AGG festgeschrieben ist. Sie sieht Ausnahmeregelungen vom Diskriminierungsschutz für Religionsgemeinschaften vor, sofern ihr eigenes Selbstverständnis betroffen ist. Das heißt beispielsweise, dass kirchliche Krankenhäuser oder Kindergärten nur Angehörige der eigenen Religionsgemeinschaft beschäftigen müssen oder katholisch getragene Betriebe Wiederverheiratete oder Beschäftigte, die eine eingetragene Lebensgemeinschaft eingegangen sind, kündigen können. Es ist umstritten, ob die Regelung über den verkündungsnahen Bereich hinaus europarechtskonform ist. Die Tragweite dieser Ausnahmeregelung wird deutlich, wenn man sich vor Augen führt, dass die beiden deutschen Kirchen nach dem Öffentlichen Dienst der größte Arbeitgeber Deutschlands sind. In Teilen Deutschlands haben kirchlich getragene Betriebe beispielsweise in der Sozialbran-

1 Vgl. Gesetzesbegründung BT-Drucksache 16/1780, S. 20. Es handelt sich dabei um die Richtlinie 2000/43/EG (Antirassismusrichtlinie), die Richtlinie 2000/78/EG (Rahmenrichtlinie), die Richtlinie 2002/73/EG (Gender-Richtlinie Arbeitsrecht) und die Richtlinie 2004/113/EG (Gender-Richtlinie Zivilrecht).

che fast eine Monopolstellung. Das von der europäischen Kommission zwischenzeitlich begonnene Vertragsverletzungsverfahren ist allerdings im Herbst 2010 eingestellt worden.

Die europäischen Vorgaben von drei Gleichbehandlungsrichtlinien sehen die Einrichtung sogenannter nationaler Antidiskriminierungsstellen (National Equality Bodies) vor. Zu den wesentlichen Aufgaben dieser Einrichtungen zählt die Unterstützung bei Diskriminierung, Veröffentlichung von Berichten und Empfehlungen sowie Forschung zum Thema. Die Ausgestaltung in den jeweiligen Ländern unterscheidet sich stark in Personalstärke, finanzieller Ausstattung und Kompetenzen. Die Antidiskriminierungsstelle des Bundes (ADS) ist mit circa 20 Beschäftigten verhältnismäßig klein, allein die englische Equality and Human Rights Commission beschäftigt mehrere 100 Personen. Auch die Kompetenzen der Stelle fallen im europäischen Vergleich gering aus. So kann die ADS nicht eigenständig Klage erheben oder Betroffene anwaltlich begleiten.

Gemäß den europäischen Vorgaben arbeitet die ADS unabhängig. Die Leitung der Stelle wird mit Beginn jeder Legislaturperiode vom Bundeskabinett berufen. Aufgabe der ADS ist es auch, den Dialog zwischen Nichtregierungsorganisationen untereinander zu verstärken und ihnen eine Stimme in der nationalen Politik zu verleihen. Für Lesben, Schwule und Transgender ist von besonderer Bedeutung, dass mit der ADS zum ersten Mal eine Institution auf Bundesebene geschaffen wurde, die sich für ihre Belange einsetzen soll und Diskriminierung übergreifend in den Blick nimmt.

Gut sechs Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes kann eines sicher gesagt werden: Die von den Kritikern prophezeite Klagewelle ist ausgeblieben. Im Zivilrecht spielt das Gesetz vor Gericht so gut wie keine Rolle.[2] Eine Recherche in der Urteilsdatenbank „Juris“ anlässlich des 5. Jahrestags kommt gerade einmal auf 66 Entscheidungen im Zivilrecht und auf 935 Entscheidungen im Arbeitsrecht.[3] Einen Missbrauch der gesetzlichen Regelungen kann man somit eindeutig ausschließen.

Vorschnell wäre es allerdings, aus der geringen Zahl gerichtlicher Auseinandersetzungen zu schließen, dass sich Arbeitgeber und Anbieter privater Güter- und Dienstleistungen stets AGG-konform verhalten und wenig Anlass für Klagen besteht.

Ebenso irrig wäre es jedoch auch, aus der geringen Klagezahl zu schließen, dass AGG hätte keine Wirkung im Sinne der Antidiskriminierungspolitik entfaltet.

Die geringe Zahl gerichtlicher Verfahren hat verschiedene Ursachen. Zum einen kennt lediglich jede oder jeder Dritte in Deutschland das Recht auf Diskriminierungsschutz. Zum anderen haben sich Menschen in bestimmten Bereichen daran gewöhnt, Nachteile zu haben oder halten das sogar für normal. Eine Hürde für das Vorgehen gegen Diskriminierungen ist auch die Frage nach Beweisen. Wann hat man schon eindeutige Belege für eine Benachteiligung im Sinn des AGG?[4] Und schließlich trauen sich nur wenige Menschen, gegen den eigenen Arbeitgeber oder Vermieter etc. vor Gericht zu ziehen, ganz abgesehen vom finanziellen Risiko, das die Betroffenen alleine tragen. Oft haben Diskriminierungen also keinerlei Konsequenzen.

Seit Bestehen der Stelle haben sich rund 7.500 Menschen mit Beschwerden wegen Diskriminierungen im Sinne des AGG gemeldet. Rund 25 Prozent dieser Anfragen bezogen sich auf Behinderung, 23 Prozent auf das Geschlecht, etwa je 20 Prozent auf Alter und Ethnie und der Rest (ca. je 5 Prozent) auf Religion/Weltanschauung und sexuelle Identität. Aus dem zahlenmäßigen Verhältnis der Anfragen lässt sich sicherlich nicht eins zu eins die Diskriminierungsrealität in Deutschland ableiten. Eine Reihe weiterer Faktoren spielt bei der Inanspruchnahme der ADS eine Rolle, denn die Beratungslandschaft für die unterschiedlichen Diskriminierungsgründe ist ganz unterschiedlich ausgebaut: So gibt es zum Beispiel kaum Stellen, die zu Altersdiskriminierung beraten.

Die Frage, weshalb sich eine relativ geringe Zahl von Lesben und Schwulen an die ADS gewandt hat, kann nicht gesichert beantwortet werden. Zu beachten ist bei den Zahlen, dass Diskriminierungen von Transgender bei der ADS unter das Merkmal Geschlecht und nicht unter das Merkmal sexuelle Identität gefasst werden. Weiterhin ist davon auszugehen, dass Lesben und Schwule zahlreiche Strategien entwickelt haben, um Diskriminierungen zu vermeiden, zum Beispiel sich nicht an ihrer Arbeitsstätte zu outen. Darüber hinaus gibt es für Lesben und Schwule in Deutschland eine relativ gut ausgebaute Beratungslandschaft. Dies ist ein Verdienst zahlreicher Initiativen. Dennoch haben sich Lesben, Schwule und Transgender an die ADS gewandt. Sie berichten von diskriminierenden Kündigungen, nachdem die Arbeit-

2 Franke, Bernhard: „Das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) in der Rechtsprechung". In: *Neue Justiz* (NJ) 2010. S. 233. | **3** Vgl. Bauer, Jobst-Hubertus: „Fünf Jahre Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – ein Grund zum Feiern?". In: *Handelsblatt* vom 06.09.2011. | **4** Eingehend dazu, Naguib, Tarik: Diskriminierende Verweigerung des Vertragsschlusses über Dienstleistungen Privater: „Diskriminierungsschutzrecht zwischen Normativität, Realität und Idealität". In: *Aktuelle Juristische Praxis* (AJP) 2009. S. 993ff.

geber von ihrer Homosexualität erfahren hatten, von Ablehnung bei kirchlichen Arbeitgebern, wenn sie sich outeten oder etwa von zähen Verwaltungsprozessen, um an Beihilfe und Familienzuschlag für ihre Lebenspartner zu kommen.

Über die Sanktionsgeltung weiß man im Fall des AGG noch wenig.[5] Nach einer neueren Untersuchung haben die Arbeitsgerichte die Tendenz, diskriminierten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern lediglich geringe Entschädigungssummen zuzusprechen.[6] In der Regel belaufen sich diese auf ein Monatsgehalt. Aber auch wenn höhere Summen zugesprochen werden, handelt es sich in der Regel höchstens um drei Monatsgehälter (entsprechend der Kappungsgrenze in § 15 Abs. 2 S. 2 AGG). Es ist fraglich, ob damit eine finanziell abschreckende Wirkung erzielt werden kann. Die europäischen Vorgaben sprechen hier eigentlich eine eindeutige Sprache: Sanktionen sollen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein.[7] Nichtsdestotrotz kann man davon ausgehen, dass die Sorge gerade von größeren Unternehmen vor einem Imageschaden bei einer Verurteilung nicht zu vernachlässigen ist.

Was aber hat das AGG positiv beim Diskriminierungsschutz bewirkt? Welche soziale Geltung hat es inzwischen erlangt? Auf diese Fragen gibt es keine einfache Antwort. Denn eine umfassende Evaluation des Gesetzes gibt es noch nicht. Allerdings ist diese bei einem Gesetz mit einem normativen Ziel auch nicht einfach. Wie will man die Verhinderung und Beseitigung von Benachteiligungen messen? Effekte von Recht sind theoretisch wie empirisch ohnehin schwer zu fassen.

Gemeinhin wird dem AGG eine symbolische Geltung attestiert.[8] Gemeint ist damit, dass das Gesetz Werte wie etwa Chancengleichheit und Fairness bekräftigt, und das Bewusstsein und die Sensibilität für diskriminierende Verhaltensweisen in wichtigen gesellschaftlichen Lebensbereichen schafft. Die symbolische Wirkung sollte nicht unterschätzt werden, da Reflexion und Sensibilisierung einen normativen Wandel bewirken können, der dann das Verhalten beeinflusst. Gerade für die Gleichbehandlung von Lesben, Schwulen und Transgender ist diese symbolische Wirkung nicht zu vernachlässigen, denn wie bereits erwähnt, bekräftigt das AGG erstmals im deutschen Recht, dass die Benachteiligung aufgrund der sexuellen Identität verboten ist.

Die Erfahrungen aus der Beratungspraxis der Antidiskriminierungsstelle des Bundes zeigen erste Ansätze für eine größere Sensibilität auch bei Unternehmen. Anfragen von Arbeitgebern beziehen sich zum Beispiel auf die diskriminierungsfreie Gestaltung von Stellenanzeigen und Bewerbungsverfahren. Vor Einführung des AGG wa-

ren Stellenausschreibungen denkbar, in denen es zum Beispiel hieß „Suche junge Sekretärin“ oder „Suchen Kassiererin, deutsche Muttersprache erwünscht“. Dass Ausschreibungen heutzutage in der Regel diskriminierungsfrei sind, ist dem Diskriminierungsverbot im AGG zu verdanken.

Mit ihrem Pilotprojekt „Anonymisierte Bewerbungsverfahren“ setzt die Antidiskriminierungsstelle selbst Impulse für einen diskriminierungsfreien Zugang zu Beschäftigung.[9] So kann etwa die Angabe des Personenstandes „eingetragene Lebenspartnerschaft“ bei Bewerbungsverfahren zu Diskriminierungen führen. Bei anonymisierten Bewerbungsverfahren steht dagegen die Qualifikation der Bewerbenden im Mittelpunkt. In der ersten Phase der Bewerbung wird auf ein Foto, den Namen, die Adresse, das Geburtsdatum oder Angaben zum Familienstand verzichtet. Erst wenn die Entscheidung über die Einladung zu einem Vorstellungsgespräch gefallen ist, erhalten die Personalverantwortlichen die kompletten Bewerbungsunterlagen. Die Ergebnisse des Projekts zeigen, dass durch die Anonymisierung tatsächlich gerade solche Personen, die häufig aufgrund ihrer Herkunft, des Geschlechts etc. benachteiligt worden sind, die gleichen Chancen auf eine Einladung zum Vorstellungsgespräch erhalten. Die Anonymisierung von Bewerbungen kann sicherlich keine gewollten und bewussten Diskriminierungen verhindern. Bewerberinnen und Bewerber, die Personalern zuerst vielleicht fremd erscheinen und deswegen vielfach gar nicht erst zur Vorstellung eingeladen werden, haben durch dieses Verfahren aber die Möglichkeit, in einem persönlichen Bewerbungsgespräch zu überzeugen.

Das AGG bietet zudem die Möglichkeit, Benachteiligungen präventiv und pro-aktiv zu begegnen. Die Rede ist hier unter anderem von sogenannten positiven Maßnahmen, die in § 5 ausdrücklich erwähnt werden und die Bevorzugung bisher benachteiligter Gruppen unter den dort genannten Voraussetzungen ausdrücklich ermöglichen. So können beispielsweise Frauen bei gleicher Qualifikation aufgrund einzelfallbezogener Quotenregelungen bevorzugt eingestellt werden, wenn sie in der Belegschaft unterrepräsentiert sind. Es gibt hierzu bereits entsprechende gesetzli-

5 Baer, Susanne: „Komplizierte Effekte. Zur Wirkung von Recht“. In: Matthias Mahlmann (Hrsg.): *Gesellschaft und Gerechtigkeit, Festschrift für Hubert Rottleuthner*. Baden-Baden 1. Aufl. 2011. S. 245ff. | **6** Lehmann, Lukas: „Die Höhe des finanziellen Ausgleichs nach § 15 Abs. 1 und 2 AGG unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH“. In: *Konstanzer Schriften zur Rechtswissenschaft*. Bd. 247. Konstanz 1. Aufl. 2010. S. 172. | **7** Vgl. z. B. Art. 15, S. 2 der Antirassismusrichtlinie 2000/43/EG. | **8** Baer Anm. 5, S. 254. Raasch, Sybille/Rastetter, Daniela (Projektleitung): *Die Anwendung des AGG in der betrieblichen Praxis*. Projektbericht Universität Hamburg. März 2009. S. 36
9 Näheres zu dem Projekt findet sich unter www.antidiskriminierungsstelle.de/anonymbewerben

che Regelungen im Bundesgleichstellungsgesetz sowie in Landesgleichstellungsgesetzen, aber nur auf freiwilliger Basis.

Proaktive Maßnahmen sind unter anderem Kampagnen, sogenannte Gender-Checks, Audits zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf, Leitbilder oder Leitlinien, Fortbildungsmaßnahmen und beispielsweise die Förderung lesbisch-schwuler Beschäftigtennetzwerke. Es gibt zahlreiche Ideen und Umsetzungen – der Bedarf, sich aktiv für Vielfalt im Arbeitsleben einzusetzen, ist bei den Verantwortlichen angekommen. Doch die Möglichkeiten für positive Maßnahmen werden noch nicht in ausreichendem Maße ausgeschöpft. Auch Gesetze und Verordnungen müssen weiterhin auf diskriminierende Regelungen hin überprüft werden.

Das AGG hat ein wichtiges Signal für eine gerechtere Gesellschaft gesetzt. Dennoch hat sich nach sechs Jahren erwiesen, dass die bestehenden Regelungen noch nicht ausreichen, um Diskriminierungen konsequent abzubauen. Die Antidiskriminierungsstelle des Bundes sieht in fünf Punkten dringenden Nachbesserungsbedarf:[10]
1. Einführung eines Klagerechts für Verbände und die Antidiskriminierungsstelle
2. Härtere Sanktionen bei Diskriminierung
3. Verlängerung der Fristen zur Geltendmachung von Ansprüchen nach dem AGG
4. Politik und Verwaltung sollen Diskriminierung verhindern und Vielfalt vorleben
5. Diskriminierungsschutz für chronisch Kranke

1. Die erste Forderung ist die wichtigste, um den Schutz vor Diskriminierung rechtlich durchsetzen zu können. Individuelle Klagemöglichkeiten allein reichen nicht aus, um Betroffene wirksam vor Diskriminierung zu schützen. Oft sehen sie von einer Klage ab, weil sie Nachteile befürchten und das Prozessrisiko scheuen. Es gehört beachtlicher Mut und auch finanzieller Rückhalt dazu, alleine beispielsweise gegen einen großen Konzern vorzugehen.

Klagerechte für Antidiskriminierungsstellen bestehen schon in anderen Mitgliedstaaten, wie Belgien, Großbritannien und Irland. Äußern sich Arbeitgeber diskriminierend in der Öffentlichkeit, so kann dagegen in Deutschland nur ein Betroffener, also beispielsweise ein abgelehnter Bewerber vorgehen. In einem konkreten Fall in Belgien hatte ein Arbeitgeber öffentlich verkündet, keine Menschen ausländischer Herkunft beschäftigen zu wollen. Zwar hatte sich in der Folge auch niemand beworben, auf den dies zutraf, die belgische Antidiskriminierungsstelle konnte trotzdem ein Urteil erwirken.[11] Eine Ahndung solcher Äußerungen ist von großer Bedeutung.

Denn erstens ist davon auszugehen, dass Betroffene sich nach solchen Äußerungen entmutigt fühlen, sich überhaupt zu bewerben. Zum Zweiten gefährden solche Äußerungen eines Arbeitgebers den gesellschaftlichen Zusammenhalt.

Ein Klagerecht sollte mehr noch Verbänden, also Menschenrechts-, Bürgerrechts- und Selbstorganisationen sowie Antidiskriminierungsverbänden zugestanden werden. Es ist schwer einzusehen, dass in Deutschland Betriebsräte, Gewerkschaften, Verbraucher- und Naturschutzverbände Klagerechte haben, aber nicht Organisationen, die sich unmittelbar dem Schutz von Menschen-, Persönlichkeits- und Freiheitsrechten von Bürgerinnen und Bürgern widmen.

2. Die Wirksamkeit von Diskriminierungsverboten steht und fällt mit Sanktionen. Die zweite Forderung zielt deshalb auf härtere Sanktionen, die den europäischen Vorgaben entsprechen. Entschädigungen sollten nicht aus der Portokasse bezahlt werden können, da sie schließlich abschreckende Wirkung erzeugen sollen.

3. Zudem muss Menschen mehr Zeit gegeben werden, um gegen Diskriminierung vorzugehen oder eine gütliche Einigung zu erreichen. Bislang besteht eine Frist von lediglich zwei Monaten, um Ansprüche nach dem AGG geltend zu machen.[12] Diese Fristen entsprechen nicht der Lebensrealität. In vielen Fällen erschweren diese engen Fristen eine gütliche Einigung, weil die Betroffenen gezwungen sind, sofort mit einer Klage zu drohen. Oft wenden sich allerdings Menschen an die Antidiskriminierungsstelle, die Monate vorher diskriminiert wurden und nicht wussten, dass oder wie man sich wehren kann. Zudem hat die Anrufung der Antidiskriminierungsstelle des Bundes keinen Aufschub der Fristen zur Folge, wodurch eine gütliche Beilegung durch die ADS erschwert wird (§ 27 Abs. 2 Nr. 3 AGG).

4. Auch Politik und Verwaltung müssen stärker gegen Diskriminierung vorgehen und Chancengleichheit umsetzen. Gesetze und Verordnungen müssen auf diskriminierende Regelungen hin überprüft werden. Der öffentliche Dienst hat eine gesellschaftliche Vorbildfunktion und muss Offenheit und Fairness vorleben. Dazu zählen der Abbau von Altersgrenzen, die Förderung von Vielfalt im Öffentlichen Dienst und

10 Pressemitteilung vom 15.06.2012, abrufbar unter: http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2011/20110816_5Jahre.html. | **11** EuGH, Urteil vom 10.07.2008 – Rs. C-54/07 (Feryn). | **12** Der EuGH hat diese kurze Frist allerdings nicht beanstandet und vereinbar mit europarechtlichen Vorgaben gesehen (Vgl. Urteil vom 08.07.2010 in der Rs. Bulicke, NZA 2010).

der weitere konsequente Abbau von Barrieren für Menschen mit Behinderungen in Ämtern und Behörden. Öffentliche Arbeitgeber müssen sich explizit zur Vielfalt bekennen und diese proaktiv fördern.

5. Das AGG schützt zwar vor Diskriminierung wegen einer Behinderung. Chronische Krankheiten, wie eine symptomlose HIV-Infektion oder Diabetes, wurden bislang allerdings nicht als Behinderung anerkannt. So erklärte das Berliner Arbeitsgericht die Kündigung eines HIV-positiven 24-jährigen Laboranten für rechtens – denn der Schutz des AGG hätte nur gewirkt, wenn das Gericht eine chronische Krankheit als Behinderung anerkannt hätte. Hier besteht Handlungsbedarf, denn gerade HIV-Positive erleiden vielfach Diskriminierung, obwohl die Verbesserung der medizinischen Versorgung ihnen heute größtenteils eine vollwertige Teilhabe am beruflichen und gesellschaftlichen Leben ermöglicht. Es kann zudem kein Zweifel bestehen, dass die Stigmatisierung und Ausgrenzung von HIV-Positiven oder anderen chronisch kranken Menschen schädlich für den gesellschaftlichen Zusammenhalt ist und die Würde der Betroffenen verletzt. Hier muss der Gesetzgeber Klarheit schaffen. Andere EU-Mitgliedstaaten sind hier schon weiter und schützen vor Diskriminierungen wegen des Gesundheitszustandes und bei chronischen Krankheiten.

Als modernes Land kann Deutschland es sich nicht erlauben, Menschen aufgrund ihrer sexuellen Identität, ihres Geschlechts, ethnischer Herkunft, Alter, Religion oder einer Behinderung auszugrenzen. Deshalb brauchen wir eine Kultur der Akzeptanz und einen diskriminierungsfreien Umgang miteinander. Vielfalt bedeutet nicht nur das Aufeinandertreffen unterschiedlicher Menschen. Vielfalt bedeutet miteinander zu leben, voneinander zu lernen und zusammen zu gestalten. Dafür ist das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz eine gute Grundlage, die wir weiter ausbauen müssen.

Christine Lüders

02 | Anti-Discrimination – Legal Right and Reality

On August 18, 2006 the General Equal Treatment Act (Ger. abbr. = AGG) came into force. It was preceded by years of unusually controversial and obstructive resistance by the opponents of a legal prohibition of discrimination. It took three legislative periods, two different governments, three unsuccessful attempts and the threat of fines by the European Commission, before the Equal Treatment Directive was implemented in German law. The opponents of the law, particularly from business and industry, predicted horror scenarios: billions for bureaucracy, a wave of suits, and the end of contractual freedom.

Civil rights organisations, which supported causes such as gender equality, integration, and equal rights for sexual minorities, placed great expectations in the implementation of the European Equal Treatment Directive in Germany. It would finally make it possible to take steps against discrimination in employment, professional life, and in every day business dealings, which people had been hitherto forced to accept.

The laws were also intended to provide a basis to take preventive measures against discrimination and to overcome discriminatory structures permanently.

This was intended to close a gap. Article 3 of the Basic Law prohibits discrimination on grounds of sex, ethnic background, race, language, homeland or origin, faith, religious beliefs or political views. In 1994, this fundamental article was augmented by the prohibition of discrimination against people with disabilities.

However, this fundamental prohibition of discrimination primarily applies to the treatment of citizens by state institutions. It can only be applied to relationships between private parties to a very limited extent. Hence, until the AGG came into force, there was no sufficient legal basis for taking action against discrimination in the working world or, for example, when searching for a flat, or in dealings with insurance companies.

The introduction of the AGG was especially important for lesbians, gay men, and transgender people, since, for the first time, it made discrimination on grounds of sexual identity a violation of the law, some 14 years after the abolition of Paragraph175.

Without the EU Equal Treatment Directive, there never would have been an AGG. In the years between 2000 and 2004, the Council of Europe ratified four Equal Treatment Directives, in addition to the already existing prohibitions of discrimination on grounds of citizenship of a Member State and gender, in relatively short order, anchoring seven additional prohibitions against discrimination in European law, namely on grounds of

"race", ethnic background, religion, world view, a disability, age and sexual orientation. One of the reasons for the rapid ratification of the Anti-Racism Directive, in particular, was the now almost forgotten success of the right-wing populist Jörg Haider from the FPÖ in the Austrian elections of late 1998. The directives were also intended to underline the opposition to burgeoning xenophobic tendencies in Europe.

The human rights goal was provided further impetus by the Lisbon Strategy, which was ratified by the European heads of state in March of 2000 and proclaimed the goal of making Europe the most competitive and dynamic knowledge-based economy in the world. In this ethnic and culturally so heterogeneous and diverse area, impediments to access to the labour market were to be eliminated. Mobility and social cohesion were to be promoted. The Equal Treatment Directives were intended to help overcome out-dated structures that impeded dynamism. All citizens of the European Union were to be empowered in developing their full potential, unburdened by discrimination.

With the AGG, the stipulations of four EU Equality Directives were implemented in German law.[1]

The law pursued a so-called horizontal approach, i.e., in principle, it provides equal protection against discrimination on grounds of race or because of ethnic background, gender, religion or world view, a disability, age, or sexual identity.

The law encompasses not only comprehensive protection against discrimination in labour law, it also provides protection against discrimination on grounds of all of the characteristics also covered by civil law. It thus goes beyond the stipulations in European law in an important point. Protection against discrimination on grounds of a disability, religion or world view, age or sexual orientation under civil law could not be enforced throughout Europe up to now. The European Commission still pursued this goal and submitted a proposal in this context for a Fifth Equal Treatment Directive in 2008. Paradoxically, Germany, which adopted protection under civil law in its national law, took a stand against ratification. Lesbians, gay men, and transgender people, especially those that live in countries in which discrimination is far more prevalent than in Germany today, are denied European support for their struggle for equal treatment under civil law.

The prohibition of discrimination under the AGG is, however, limited to contractual obligations that typically arise under comparable conditions in numerous cases irrespective of the party in question (so-called bulk business) or in which the party in question plays a

subordinate role in relation to the type of contractual obligation (Paragraph 19, section 1, no. 1 AGG). Racist discrimination or unequal treatment due to ethnic background is, however, generally prohibited, regardless of whether it is a case of bulk business or not.

After the introduction of the AGG, the European Commission listed 14 points that they believed did not conform with the Directive. The regulations criticised included, for example, the short deadline for lodging suits, the bulk business rule, and the so-called church clause, which is stipulated in Paragraph 9 of the AGG. It foresees an exception from protection against discrimination for religious communities, to the extent that their own self-perception is affected. That means, for example, that church hospitals or kindergartens are not required to employ members of other religious communities and that enterprises supported by the Catholic church can terminate the employment of people who remarry or of employees who have entered into a registered partnership. It is still subject to controversy, whether the rule conforms with European law in areas beyond the transmission of religious tenets. The impact of this exception becomes clear, when one considers that both German churches are the largest employers in Germany after the public service sector. In parts of Germany, church supported enterprises nearly have a monopoly in social services, for example. In the meantime, the infringement proceedings initiated by the European Commission were abandoned in the autumn of 2010.

The European stipulations of three Equal Treatment Directives foresee the establishment of so-called National Equality Bodies. Their essential tasks include providing support in cases of discrimination, publishing reports and recommendations, as well as promoting research on the topic. The way they are organised in each of the Member States differs greatly in terms of personnel, budget, and competencies. The Anti-Discrimination Agency (Antidiskriminierungsstelle des Bundes *or* ADS*) is relatively small, with approx. 20 employees, the English Equality and Human Rights Commission employs several hundred persons. The competencies accorded to the Agency are also relatively narrow in European comparison. Hence, the ADS cannot initiate proceedings on its own or provide legal support for those affected.*

According to the European stipulations, the ADS operates independently. The director of the agency is named at the beginning of every legislative period by the federal cabinet. It

1 Cf. reasoning for the law BT-Drucksache 16/1780. P. 20. This is the Directive 2000/43/EU (Anti-Racism Directive), the Directive 2000/78/EU (Framework Directive), the Directive 2002/73/EU (Gender Directive Labour Law) and the Directive 2004/113/EU (Gender Directive Civil Law).

is also the task of the ADS to promote the dialogue between non-governmental organisations and to provide them with a voice in national policy. It is especially important for lesbians, gay men, and transgender people that, in the form of the ADS, an institution on the national level exists, for the first time, that addresses their concerns and takes a comprehensive view of discrimination.

A good six years after the law came into force, it can be claimed with certainty that the wave of suits forecast by the critics of the law never occurred. In terms of civil law, the law plays almost no role in the courts.[2] A survey of the data bank of court decisions, "Juris", on the occasion of the fifth anniversary of the AGG, showed only a total of 66 decisions in relation to civil law and 935 decisions in relation to labour law.[3] Hence, one can clearly conclude that there has been no abuse of the legal regulations.

We would, however, be reacting too quickly, if we determined, on the basis of the low number of court proceedings, that employers and purveyors of private goods and services always behave in conformance with the AGG and that there is very little reason to initiate court actions.

It would, however, be just as erroneous to assume, based on the low number of suits, that the AGG has had no effect in the sense of anti-discrimination policy.

There are various reasons for the low number of court proceedings. On the one hand, only one in three people in Germany are familiar with their rights to protection against discrimination. On the other, people in certain segments of society have gotten used to being disadvantaged or even consider it normal. A hurdle for taking action against discrimination is also the question of proof. When does one have clear evidence of discrimination in the sense of the AGG?[4] And, finally, few people have the courage to take their employer or their landlord etc. to court, not to mention the financial risk for which the plaintiffs are alone responsible. Hence, discrimination often has no consequences.

Since the Agency has been in existence, roughly 7,500 people have contacted it with complaints related to discrimination in the sense of the AGG. Roughly 25 per cent of these requests are related to disabilities, 23 per cent to gender, roughly 20 per cent each to age and ethnicity, and the remainder (approx. 5 per cent each) to religion/world view and sexual orientation. Based on the numerical relationship of the enquiries, it is not possible to determine the reality of discrimination in Germany at a ratio of 1:1. A series of other factors plays a role in the decision to appeal to the ADS, particularly, the considerable differences in the

number of existing counselling services for different causes of discrimination: there are, for example, almost no services that provide advice in cases of discrimination due to age. The question as to why a relatively low number of lesbians and gay men have turned to the ADS cannot be answered with certainty. It should be kept in mind, when examining the statistics, that discrimination of transgender people is listed by the ADS under the characteristic of gender and not under the characteristic sexual identity. In addition, it can be assumed that lesbians and gay men have developed numerous strategies for avoiding discrimination, for example by not coming out in the workplace. In addition, there is a relatively well developed counselling landscape in Germany for lesbians and gay men. Numerous initiatives are to be thanked for this. Nevertheless, lesbians, gay men, and transgender people have also turned to the ADS. They report on discriminatory terminations, after employers learned of their homosexuality, of rejection by church employers, when they came out, or about administrative hurdles when seeking public employee's health cost supplements and family supplements for their life partners.

Very little is known about the improved sanctions in the case of the AGG.[5] According to recent research, labour courts have the tendency to award employees who have suffered discrimination only low levels of compensation.[6] As a rule, these comprise one month's pay. But even when higher sums are awarded, they usually only entail three month's pay (in keeping with the cap in Paragraph15, section 2, clause 2 of the AGG). It is questionable whether such sanctions can serve as a financial deterrent. The European stipulations state clearly that sanctions should be effective, proportional, and serve as a deterrent.[7] Nevertheless, one can assume that the concern regarding a damaged image in the case of a verdict of guilty, particularly among larger companies, is no small matter.

However, what positive effect has the AGG had in relation to protection against discrimination? Which level of social recognition has it achieved in the meantime? There is no easy answer to these questions, because there has not been a comprehensive evaluation

2 Franke, Bernhard: "Das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) in der Rechtsprechung". In: *Neue Justiz* (NJ) 2010. P. 233. | **3** Cf. Bauer, Jobst-Hubertus: „Fünf Jahre Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – ein Grund zum Feiern?". In: *Handelsblatt*, September 6, 2011. | **4** For details, Naguib, Tarik: "Diskriminierende Verweigerung des Vertragsschlusses über Dienstleistungen Privater: Diskriminierungsschutzrecht zwischen Normativität, Realität und Idealität". In: *Aktuelle Juristische Praxis* (AJP) 2009. Pp. 993ff. | **5** Baer, Susanne: "Komplizierte Effekte. Zur Wirkung von Recht". In: Mahlmann, Matthias (ed.): *Gesellschaft und Gerechtigkeit. Festschrift für Hubert Rottleuthner.* Baden-Baden 2011. Pp. 245ff. | **6** Lehmann, Lukas: "Die Höhe des finanziellen Ausgleichs nach § 15 Abs. 1 und 2 AGG unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH". In: *Konstanzer Schriften zur Rechtswissenschaft*. Vol. 247. Konstanz 2010. P. 172. | **7** Cf., for example, Art. 15, 2 of the Anti-Racism Directive 2000/43/EU.

of the law up until now. However, this is also not easy in relation to a law with a normative goal. How should the prevention and elimination of discrimination be measured. The effects of laws are always difficult to ascertain, both theoretically and empirically.

In general, the AGG is seen to have a symbolic effect.[8] This means that the law confirms values such as equality and fairness, and that it creates an awareness of and sensibility for discriminatory behaviour in important areas of society. The symbolic effect should not be underestimated, since reflection and increased sensibility can effect a change in norms, which then influences behaviour. This symbolic effect is no small matter, particularly in relation to the equal treatment of lesbians, gay men, and transgender people, because, as was already mentioned, the AGG affirms, for the first time, that discrimination on grounds of sexual identity is forbidden under German law.

The experience derived from our counselling practice at the Federal Anti-Discrimination Agency now shows the first indications of a greater sensibility also on the part of business and industry. Enquiries from employers are, for example, related to the discrimination-free formulation of job advertisements and application processes. Before the introduction of the AGG, it was conceivable to see job advertisements like the following: "Seeking young [female] secretary" or "Seeking [female] cashier, German native speakers preferred". The prohibition of discrimination in the AGG is to thank for the fact that, today, job advertisements are usually free of discrimination.

With its pilot project "Anonymised Application Processes", the ADS has been providing an impulse for discrimination-free access to employment.[9] For example, information regarding personal status can, in the case of a "registered partnership", lead to discrimination in an application process. In the case of anonymised application processes, on the other hand, the focus is on the applicant's qualifications. In the first phase of the application process, no photo, name, address, birth date, or information regarding family status is provided. Only when a decision regarding an invitation to an interview has been made, does the human resources department receive the complete application information. The results of this project show that through the anonymisation, people who are often disadvantaged due to their background, their gender, etc. have the same chance of being invited to an interview. The anonymisation of the application can, of course, not prevent intentional or conscious discrimination. However, applicants, who initially seem somehow foreign to human relations personnel and are not even invited to an interview for that reason, often have the opportunity to make a convincing case for their employment in a personal interview.

The AGG also offers the opportunity to take preventive and pro-active measures against discrimination. This is a case of such measures as are expressly mentioned in Section 5 and make it possible, under certain conditions delineated therein, to expressly favour groups that have been hitherto discriminated against. Hence, it is, for example, possible to preferentially employ women, in cases of equal qualification due to the quota rules related to individual cases, if they are underrepresented in the staff overall. There are already corresponding legal regulations in the Federal Equal Treatment Act as well as in the equal treatment laws of the individual Länder, however, only on a voluntary basis.

Proactive measures include campaigns such as the so-called Gender-Checks, Audits on the Reconcilability of Family and Working Life, models and guidelines for further education measures and, for example, the promotion of lesbian-gay employment networks. There are numerous ideas and modes of implementation – the need to actively promote diversity in working life has now been recognised by those responsible. However, the options for taking positive measures have not yet been sufficiently exploited. Laws and ordinances still must be examined in order to determine whether they contain discriminatory regulations.

The AGG has sent out an important signal for a more just society. Nevertheless, it has been shown, in the past six years, that the existing regulations are not yet sufficient for comprehensively reducing discrimination. The Federal Anti-Discrimination Agency sees an acute need for improvement in the following five points:[10]

1. *Introduction of the right of organisations and the Anti-Discrimination Agency to take legal action*
2. *Harder sanctions in the case of discrimination*
3. *Extension of the deadlines for making claims based on the AGG*
4. *Politicians and the administration should prevent discrimination and provide an example for diversity*
5. *Discrimination protection for the chronically ill*

8 Baer, note 5, p. 254. Raasch, Sybille/Rastetter, Daniela (project directors): *Die Anwendung des AGG in der betrieblichen Praxis*. Project report at the University of Hamburg. March 2009. P. 36. | **9** More information to the project can be found under: www.antidiskriminierungsstelle.de/anonymbewerben | **10** Press release from June 15, 2012. Accessible under: http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/PressemitteilungenDE/2011/20110816_5Jahre.html?nn=1532246.

1. The first demand is the most important in order to legally enforce protection against discrimination. The possibility of individual suits alone is not enough to effectively protect victims of discrimination. They often refrain from taking legal action, because they fear disadvantages and are afraid to risk legal proceedings. Considerable courage and financial backing are required to take legal action against a large company.

In other Member States, such as Belgium, Great Britain, and Ireland, the anti-discrimination offices already have the right to take legal action. If employers make discriminatory remarks in public, it is only possible for one of the parties affected to take action in Germany, a rejected job applicant, for example. In a concrete case in Belgium, an employer publically announced that he did not want to employ anyone with a foreign background. Subsequently, no one who belonged to the group mentioned applied, yet it was still possible for the Belgian Anti-Discrimination Agency to bring about a court decision.[11] Disciplinary action against such statements is of great importance. First of all, because it can be assumed that those affected will feel discouraged from applying after hearing such a statement. Secondly, because such statements on the part of an employer endanger social cohesion.

Even more importantly, organisations, such as human rights, civil rights, or self-help organisations, as well as organisations to combat discrimination, should be granted the right to take legal action. It is difficult to understand why it is possible for works councils, unions, consumer and environmental organisations to take legal action in Germany, but not organisations that are directly dedicated to the protection of human and personal rights and civil liberties.

2. The prohibition of discrimination can only be as effective as the sanctions against it. The second demand is therefore targeted at the introduction of harder sanctions, in correspondence with European stipulations. It should not be possible to simply pay compensation awarded to a plaintiff with small change; the sums should, after all, have a deterrent effect.

3. In addition, people must be given more time to take action against discrimination or to achieve an amicable settlement. Up until now, the deadline for invoking claims related to the AGG[12] is only two months. These deadlines have no relation to the realities people face. In many cases, these narrow deadlines make it difficult to reach an amicable settlement, because victims of discrimination are forced, to threaten legal action immediately. However, people who turn to the Anti-Discrimination Agency have often experi-

enced discrimination months earlier and were not aware that they could defend themselves or how. A further problem is that turning to the Federal Anti-Discrimination Agency does not effect a prolongation of the deadline, which makes it more difficult for the ADS to bring about an amicable solution (Section 27 para. 2 no. 3 AGG).

4. Politicians and public authorities must take stronger action against discrimination and implement equality. Laws and ordinances must be examined in order to detect discriminatory regulations. Public service also serves as a role model and must demonstrate an open atmosphere and fairness. This includes the reduction of age limits, the promotion of diversity in public service, and the continued diligent reduction of barriers for people with disabilities in public service. Public service employers must clearly express their dedication to diversity and pro-actively promote it.

5. The AGG provides protection against discrimination due to disability. Chronic illnesses, such as an HIV infection without symptoms or diabetes, were, up until now, not recognised as a disability. Hence the Labour Court in Berlin declared the termination of an HIV-positive 24 year old laboratory assistant legal – because the AGG would only have taken effect, if the court had recognised a chronic illness as a disability. There is a need to take action in this context, because HIV positive people, in particular, suffer from multiple forms of discrimination, although, improvements in medical care now often make it possible for them to participate fully in professional and social life. There can also be no doubt that the stigmatisation and exclusion of HIV-positive people or other chronically ill people endangers social cohesion and infringes upons the dignity of the person affected. Lawmakers must establish clarity here. Other EU Member States have made more progress in this context and provide protection against discrimination on grounds of health status and in the case of chronic illnesses.

As a modern country, German cannot allow itself to marginalise people on grounds of their sexual identity, their gender, ethnic background, age, religion or a disability. We therefore need a culture of acceptance and a mode of interacting with each other that is free of discrimination. Diversity does not mean encounters between different people. Diversity means coexistence, learning from each other and working together. The General Equal Treatment Act is a good basis, upon which we need to expand.

11 ECJ, decision from July 10, 2008 – Rs. C-54/07 (Feryn). | **12** The ECJ did not criticise this short deadline, however, and viewed it as compatible with European stipulations (Cf. Decision from July 8, 2010 in the Bulicke case, NZA 2010).

Günter Dworek

03 | § 175 StGB: „weggefallen“– nach 123 Jahren

Seit dem 11. Juni 1994 gibt es in Deutschland keine strafrechtliche Sondervorschrift zur Homosexualität mehr. 45 Jahre hat die Bundesrepublik gebraucht, um diesen Zustand zu erreichen. Das ist alles andere als ein Ruhmesblatt. Der letzte Anstoß dazu, dass der demokratische Rechtsstaat das diskriminierende Sonderstrafrecht gegen Homosexualität endlich beseitigte, kam paradoxerweise aus der DDR. In unserer heutigen Gesellschaft wirkt der Gedanke einer Strafvorschrift zur Homosexualität nur noch befremdlich. Junge Menschen können es kaum glauben, wenn man ihnen erzählt, dass unser Staat Menschen ins Gefängnis steckte, nur weil sie anders liebten als die Mehrheit.

§ 175: Ein Relikt aus vordemokratischer Zeit

Ein wenig Vorgeschichte: Die Strafbarkeit von Homosexualität im Abendland stammt aus dem spätantiken bzw. frühmittelalterlichen Sündendenken. Die „Sünde von Sodom“ galt als Verbrechen gegen Gott. Man fürchtete, ein rächender Gott würde die Christenheit strafen, wenn sie solch „himmelschreiende“ Sünden zulasse. Den bei Sexualität „wider die Natur“ Ertappten drohte bis ins 18. Jahrhundert der Tod auf dem Scheiterhaufen. Die Aufklärung brachte Milderung im Strafmaß, aber in den meisten deutschen Staaten keine Straffreiheit. Die große liberale Ausnahme war damals das Königreich Bayern, dessen am französischen Vorbild ausgerichtetes Strafrecht von 1813 auf Kriminalisierung verzichtete.

Im Strafgesetzbuch des Norddeutschen Bundes von 1870, das 1871 zum Reichsstrafgesetzbuch (RStGB) wurde, setzte sich aber die preußische Rechtstradition durch, „widernatürliche Unzucht“ zwischen Männern weiter mit Strafe zu bedrohen, nunmehr unter der „Hausnummer“ 175. Der erste Vorkämpfer der Homosexuellen-Befreiung, Karl-Heinrich Ulrichs (1825–1895), und andere hatten sich mutig aber letztlich erfolglos in Wort und Schrift gegen die reichsweite Einführung des § 175 engagiert. Andere nahmen den Stab auf. Der Kampf gegen den § 175 im Kaiserreich und in der Weimarer Republik ist insbesondere mit dem Namen Magnus Hirschfeld (1868–1935) verknüpft. Der Sexualwissenschaftler und Menschenrechtskämpfer fand Unterstützung bei der politischen Linken und Teilen der Liberalen, der große Durchbruch blieb ihm aber versagt. Der Machtantritt der Nationalsozialisten machte alle Liberalisierungsanstrengungen zunichte. Sie führten 1935 die totale Kriminalisierung männlicher Homosexualität ein. Dafür wurde der § 175 RStGB in der Tatbestandsfassung radikal entgrenzt und im Strafmaß massiv verschärft. So entfiel die von der Rechtsprechung entwickelte Beschränkung der Strafbarkeit auf sogenannte „beischlafähnliche Handlungen“. Die Justiz stellte sich willig in den Dienst der

Machthaber. Bald wurden selbst Zungenküsse bestraft, später reichte allein eine „wollüstige Absicht" zum Schuldspruch. Bis 1945 gab es ca. 50.000 Verurteilungen. Tausende schwuler Männer wurden in Konzentrationslager verschleppt. Nur eine Minderheit überlebte den Terror der Lager.[1]

Kontinuität der Verfolgung nach 1945

Die Bundesrepublik knüpfte nach 1949 weder an die Reformdiskussion der Weimarer Republik noch an deren vergleichsweise zurückhaltende Polizeipraxis gegenüber Homosexuellen an. Die junge Bundesrepublik der Ära Adenauer suchte bewusst in christlicher Moral Heilung von den Schrecken des Nationalsozialismus. Für die Homosexuellen bedeutete das nichts Gutes. Sie galten weiterhin als Gefahr für Familie, Gesellschaft und Staat. § 175 StGB blieb – anders als in der DDR – in der Bundesrepublik in der Nazi-Fassung bis 1969 unverändert in Kraft.[2] Das Gesetz wurde auch gnadenlos angewandt. Die bundesdeutsche Justiz verurteilte in diesem Zeitraum nochmals ca. 50.000 Männer wegen gleichgeschlechtlicher „Unzucht". Noch mal so viele gerieten in staatliche Ermittlungsverfahren. Es herrschte ein massiver Verfolgungsdruck: Razzien, Rosa Listen, Prozesswellen, totale gesellschaftliche Ächtung. Die Gesamtheit der Homosexuellen musste in der Angst vor Entdeckung leben, musste jederzeit mit Kriminalisierung und sozialer Ächtung rechnen. Der Religionsphilosoph und Historiker Hans-Joachim Schoeps hat 1963 das bittere Wort geprägt: „Für die Homosexuellen ist das Dritte Reich noch nicht zu Ende".[3]

Außer Kritik stand der § 175 freilich nicht. 1951 hatte immerhin der Deutsche Juristentag mit knapper Mehrheit das Ende der Strafbarkeit von Homosexualität unter Erwachsenen befürwortet.[4] Im gleichen Jahr befand aber der Bundesgerichtshof die NS-Fassung des § 175 für verfassungskonform und auch im demokratischen Staat für anwendbar.[5] Diese Auffassung vertrat 1957 auch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG). Es sah in der Bestrafung männlicher und der Straffreiheit weiblicher Homosexualität keinen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 2 und 3 GG),

1 Zu den einzelnen Epochen der Verfolgungs- wie Emanzipationsgeschichte vgl. z.B.: Ausstellungskatalog *Die Geschichte des § 175. Strafrecht gegen Homosexuelle*. Hrsg. von Freunde eines schwulen Museums (Berlin) und Emanzipation e.V., Frankfurt am Main. Berlin 1990. | **2** Zum Fortbestehen des § 175 nach 1945 vgl.: Schäfer, Christian: *„Widernatürliche Unzucht" (§§ 175, 175a, 175b, 182 a.F. StGB). Reformdiskussion und Gesetzgebung seit 1945.* Berlin 2006 S. 49ff. Schäfers Dissertation liefert eine umfassende Darstellung der rechtspolitische Diskussion bis 1994 und ist grundlegend für die Beschäftigung mit § 175. | **3** Schoeps, Hans-Joachim: „Überlegungen zum Problem der Homosexualität". In: *Der homosexuelle Nächste. Ein Symposion.* Hamburg 1963. S.74-114, S. 86. | **4** Schäfer, Anm. 2, S. 85f. | **5** Ebenda S. 93.

da der „biologische Geschlechtsunterschied" hier für den Sachverhalt prägend sei. Nach ausführlicher Sachverständigenanhörung kam es zu der Erkenntnis, dass männliche Homosexualität viel gefährlicher sei: „Schon die körperliche Bildung der Geschlechtsorgane weist für den Mann auf eine mehr drängende und fordernde, für die Frau auf eine mehr hinnehmende und zur Hingabe bereite Funktion hin." Und weiter: „Anders als der Mann wird die Frau unwillkürlich schon durch ihren Körper daran erinnert, daß das Sexualleben mit Lasten verbunden ist. […] So gelingt der lesbisch veranlagten Frau das Durchhalten sexueller Abstinenz leichter, während der homosexuelle Mann dazu neigt, einem hemmungslosen Sexualbedürfnis zu verfallen."[6]

Mit der harschen Aussage „Gleichgeschlechtliche Betätigung verstößt eindeutig gegen das Sittengesetz", sprach Karlsruhe Homosexuellen das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) ab. Für die Auslegung des Sittengesetzes sei von Gewicht, „daß die öffentlichen Religionsgemeinschaften, insbesondere die beiden großen christlichen Konfessionen, aus deren Lehren große Teile des Volkes die Maßstäbe für ihr sittliches Verhalten entnehmen, die gleichgeschlechtliche Unzucht als unsittlich verurteilen."[7] Der langjährige Karlsruhe-Korrespondent des *Spiegel*, Rolf Lamprecht, sieht Indizien dafür, dass es im erkennenden Ersten Senat große Kontroversen über das Thema gab, sich aber am Ende eine Richtermehrheit mit vorgefasster Meinung durchsetzte: „Das Gericht urteilte vorurteilsbeladen wie der Stammtisch. Offenbar steuerte vor allem die Sexualmoral der katholischen Kirche den Gang der Beratung."[8]

Ein weiteres Schlüsseldokument autoritären Denkens sowie von Grundrechtsignoranz in der frühen Bundesrepublik ist der von der Bundesregierung am 4. Oktober 1962 dem Bundestag vorgelegte Entwurf eines Strafgesetzbuches, abgekürzt E 1962.[9] Bereits 1954 hatte die Regierung eine „Große Strafrechtskommission" bestehend aus Professoren, Richtern und Bundestagsabgeordneten berufen, um in Anknüpfung an frühere Reformversuche ein neues Strafgesetzbuch auszuarbeiten. Diese Kommission plädierte 1959 mehrheitlich dafür, die sogenannte „einfache Homosexualität", also sexuelle Handlungen unter erwachsenen Männern, künftig straffrei zu lassen.[10] Das Justizministerium, 1957 bis 1961 vom äußerst konservativen CSU-Politiker Fritz Schäffer geführt, verwarf diese Empfehlung. Dem entsprechend hielt der E 1962 an einem grundsätzlichen Verbot der „Unzucht zwischen Männern" fest. Schäffers Nachfolger Wolfgang Stammberger (FDP), im Amt seit November 1961, konnte oder wollte daran anscheinend nicht rütteln.

In der amtlichen Begründung des E 1962 hieß es in verdächtig an die nationalsozialistische Ideologie erinnernden Ton: „Wo die gleichgeschlechtliche Unzucht um sich gegriffen und großen Umfang angenommen hat, war die Entartung des Volkes und der Verfall seiner sittlichen Kräfte die Folge." Eindringlich warnte die Bundesregierung vor angeblichen Gefahren einer Entkriminalisierung: „Die werbende Tätigkeit homosexueller Gruppen im öffentlichen Leben würde wesentlich erleichtert." Das würde „jüngere Menschen in den Bann dieser Bewegung ziehen". Und am Schlimmsten: „Vor allem stände auch für die Homosexuellen nichts im Wege, ihre nähere Umgebung durch Zusammenleben in eheähnlichen Verhältnissen zu belästigen." Die Regierung kam zu dem Schluss: „Ausgeprägter als in anderen Bereichen hat die Rechtsordnung gegenüber der männlichen Homosexualität die Aufgabe, durch die sittenbildende Kraft des Strafgesetzes einen Damm gegen die Ausbreitung eines lasterhaften Treibens zu errichten, das, wenn es um sich griffe, eine schwere Gefahr für eine gesunde und natürliche Lebensordnung im Volke bedeuten würde."[11]

Bundesjustizministerin Sabine Leutheusser-Schnarrenberger (FDP) hat Anfang 2012 eine wissenschaftliche Kommission zur Aufarbeitung der NS-Vergangenheit des eigenen Hauses eingerichtet. Dabei sollte auch die Geschichte des § 175 umfassend aufgearbeitet werden: Wer war im Justizministerium für solche Entwürfe verantwortlich? Wer waren die Täter in Beamtenapparat und politischer Führung, die homosexuelle Menschen kriminalisiert, verächtlich gemacht und ihnen auch im demokratischen Staat Grundrechte verweigert haben?

Der E 1962 wurde nie verabschiedet. Er sorgte durch seine insgesamt rückwärtsgewandte Ausrichtung für große Empörung in der öffentlichen Meinung, auch beim Thema Homosexualität. Die fachliche wie politische Diskussion entwickelte sich weg vom Sittenstrafrecht hin zu einem dem Rechtsgüterschutz verpflichteten Strafrecht. Auch die Kritik am § 175 wurde in den 1960er-Jahren immer lauter. Eine freiere Auffassung von Sexualität und das Streben nach Selbstverwirklichung prägten den Zeitgeist. In renommierten Verlagen erscheinen kritische Veröffentlichungen zum § 175: Sie hießen zum Beispiel *Plädoyer für die Abschaffung des § 175* bei Suhrkamp, *Homosexualität oder Politik mit dem § 175* bei Rowohlt, *Das große Tabu* bei Rüt-

6 BVerfGE 6, 389, S. 425f. | **7** Ebenda S. 434f. | **8** Lamprecht, Rolf: *Ich gehe bis nach Karlsruhe. Eine Geschichte des Bundesverfassungsgerichts*. München 2011. S. 57. | **9** BT-Drucksache IV/650. | **10** Schäfer, Anm. 2, S. 152. | **11** BT-Drucksache IV/650, S. 377.

ten & Loening, oder *Das Schicksal der Verfemten* im Katzmann Verlag.[12] Teilweise wurden diese Publikationen durch homosexuelle Aktivisten angeregt und unterstützt. Denn bereits in den 1950er- und 1960er-Jahren gab es aktive homosexuelle Bürgerrechtskämpfer, auch wenn diese aufgrund der Rechtslage meist nicht selbst offen auftreten konnten, sondern angesehene Juristen, Theologen, Journalisten oder Sozialwissenschaftler als „Anwälte" suchen mussten.[13]

Als Reaktion auf den E 1962 veröffentlichen liberale Juraprofessoren einen „Alternativentwurf"[14], der großen Einfluss auf die Strafrechtsreform haben sollte, die schließlich zwischen 1969 und 1974 in mehreren Teilschritten erfolgte. Das während der ersten Großen Koalition beschlossene 1. Strafrechtsänderungsgesetz brachte auch die Entkriminalisierung der „einfachen Homosexualität". Es trat am 1. September 1969 in Kraft.[15] Gewichtigen Anteil daran hatte Gustav Heinemann (SPD), der bis zu seiner Wahl zum Bundespräsidenten im März 1969 das Amt des Bundesjustizministers in der Großen Koalition ausgeübt hatte.

Die Zeit von 1969 bis 1994: Gesonderte Jugendschutznorm zur Eindämmung von Homosexualität

Gestrichen wurde § 175 aber nicht. Auch die moralische Verurteilung verschwand nicht. Zum einen blieb das Verbot der homosexuellen Prostitution unter Erwachsenen vorerst bestehen. Zum anderen galt bei homosexueller „Unzucht" eine deutlich höhere Schutzaltersgrenze von 21 Jahren, während sie bei heterosexueller „Unzucht" bei 14 Jahren lag, bzw. bei 16 Jahren im Fall der „Verführung zum Beischlaf". Letzterer Tatbestand wurde aber nur auf Antrag verfolgt.

Mit Beschluss vom 2. Oktober 1973 erklärte das BVerfG das Fortbestehen einer Sondervorschrift gegen männliche Homosexualität erneut für verfassungskonform und verwies dabei erschreckenderweise immer noch auf die Gründe der Entscheidung von 1957.[16] Mit dem 4. Strafrechtsänderungsgesetz vom 23. November 1973[17] wurde das Verbot homosexueller Prostitution abgeschafft. Gleichzeitig wurde das Schutzalter bei männlicher Homosexualität auf 18 Jahre festgesetzt. Zu einer Streichung des § 175 konnte sich aber auch die sozial-liberale Koalition nicht durchringen. Im Zuge des Abschieds vom Sittenstrafrecht sprach das Gesetz nun nicht mehr von „Unzucht", sondern von „sexuellen Handlungen". Als Schutzgut wurde die ungestörte sexuelle Entwicklung des (männlichen) Jugendlichen definiert. Man witterte die Gefahr der Verführung und der „Umpolung" zur Homosexualität. Helmut Kohls Bundeskanzleramt rechtfertigte 1987 das Fortbestehen des § 175 mit der „Möglich-

keit einer dauerhaften Umprägung Jugendlicher in ihrem Sexualverhalten".[18] Abgesehen davon, dass die Verführungstheorie wissenschaftlich längst widerlegt war, kommt darin ein klares Unwerturteil zum Ausdruck. Homosexualität wird als unerwünscht, geradezu als Schaden angesehen, der eingedämmt werden müsse. Die Selbstbestimmung und freie Entfaltung des homosexuellen Jugendlichen interessierte nicht.

§ 175 diente damit auch weiterhin als Rechtfertigung für Überwachung und Polizeirazzien an Schwulentreffpunkten, ebenso für das Führen von Rosa Listen. Schon 1969 hatte der Mannheimer Staatsanwalt Wolf Wimmer die Parole ausgegeben, „es geht nichts über ein mit griffelspitzerischer Sorgfalt geführtes Homosexuellen-Register".[19] § 175 strahlte negativ weit über das Strafrecht hinaus auf die rechtliche und gesellschaftliche Stellung von Homosexuellen. Bis in die 1980er-Jahre gab es immer wieder Fälle, in denen Jugendeinrichtungen mit Verweis auf § 175 untersagt wurde, homosexuelle Emanzipationsgruppen zu Diskussionen einzuladen. Im schwäbischen Aalen wurde beispielsweise 1982 der Stadtjugendpfleger entlassen, weil er dem örtlichen Schwulen-Verein im Jugendzentrum einen Tagungsraum zur Verfügung gestellt hatte.[20]

Ebenfalls bis in die 1980er-Jahre hinein haben Ordnungsbehörden homosexuellen Emanzipationsgruppen gelegentlich die Durchführung von Informationsständen in der Innenstadt untersagt. Sie konnten sich dabei auf eine Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts Münster von 1976 stützen, das ein von der Stadt Aachen ausgesprochenen Verbot eines Infostandes bestätigt hatte: Aufgrund vom § 175 seien „Jugendliche vor einer Kontaktaufnahme mit Homosexuellen, jedenfalls auf öffentlicher Straße, und dadurch möglicher […] Verführung (zu) schützen".[21] In frappierend

12 Brocher, Tobias u. a. (Hrsg.): *Plädoyer für die Abschaffung des § 175*. Frankfurt am Main 1966; Giese, Hans (Hrsg.): *Homosexualität oder Politik mit dem § 175*. Reinbek 1967; Schlegel, Willhart S.: *Das große Tabu. Zeugnisse und Dokumente zum Problem der Homosexualität.* München 1967; Wilde, Harry: *Das Schicksal der Verfemten. Die Verfolgung der Homosexuellen im „Dritten Reich" und ihre Stellung in der heutigen Gesellschaft*. Tübingen 1969. | **13** Vgl. z.B. Steinle, Karl-Heinz: *Die Geschichte der „Kameradschaft die runde" 1950 bis 1969*. Reihe: Hefte des Schwulen Museums, Heft 1. Berlin 1998. | **14** Baumann, Jürgen u.a.: *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil. Sexualdelikte.* Tübingen 1968. | **15** BGBl I S. 645. | **16** BVerfGE 34, 41. | **17** BGBl I S. 1725. | **18** Zit. nach: Dworek, Günter: *Selbstbestimmt Schwul. § 175 ersatzlos streichen. Argumentationshilfe und Materialien zur ersatzlosen Streichung des § 175 StGB.* Hrsg. von DIE GRÜNEN im Bundestag. Bonn 1989. S. 21. | **19** Zit. nach: *Der Spiegel*, 19/1979. S. 52. | **20** *Stuttgarter Zeitung* vom 13.04.1982. | **21** Entscheidung des OVG Münster vom 15.03.1976 (Az IX A 1375/75), zit. nach: Lautmann, Rüdiger: „Wie man Außenseiter draußen hält. Zur Kriminal- und Ordnungspolitik gegenüber homosexuellen Männern und Frauen". In: *Kritische Justiz* 1/1979. S. 2, 16.

ähnlicher Weise argumentieren heute autoritäre Politiker zum Beispiel in Russland, wenn sie angeblich zum Schutz der Jugend für Zensurgesetze gegen so genannte „homosexuelle Propaganda“ erlassen.

Seit den 1970er-Jahren rannte die neue deutsche Schwulenbewegung gegen § 175 an, unterstützt von der Sexualwissenschaft, von Feministinnen und vielen Intellektuellen. Als erste Bundestagspartei forderte die FDP in ihrem Wahlprogramm 1980 die Streichung des § 175 StGB. Bei den anschließenden Koalitionsverhandlungen mit der SPD blieb diese Forderung auf der Strecke. Nach dem Koalitionswechsel zur CDU/CSU machte die FDP 1982 Hans A. Engelhardt zum Justizminister. Er gehörte zu einer kleinen Minderheit in der FDP, die beim Wahlprogramm gegen die Streichung des § 175 gestimmt hatte. Fortan diffamierte Justizminister Engelhardt alle Forderungen nach Aufhebung des § 175 „als nicht hinnehmbare Demontage des Jugendschutzes“.[22]

1985 hatte die neue Partei der Grünen als erste Bundestagsfraktion einen Antrag auf ersatzlose Streichung des § 175 in das Parlament eingebracht und trieb so die Diskussion weiter voran.[23] Während die SPD sich immer für die Straffreiheit der „einfachen Homosexualität“ eingesetzt hatte, tat sie sich in den 1980er-Jahren schwer, eine klare Haltung zum Rest-Paragraphen 175 zu entwickeln. Ein Vorstoß der „Arbeitsgemeinschaft sozialdemokratischer Juristen“ zur Streichung der Vorschrift wurde 1986 vom damaligen Kanzlerkandidaten Johannes Rau öffentlich schroff als „abwegige Diskussion“ zurückgewiesen.[24]

Die CDU/CSU verteidigte den § 175 lange hartnäckig. Ein wichtiger Etappenerfolg war daher, dass sich die AIDS-Enquete-Kommission des Bundestages parteiübergreifend sowohl in ihrem Zwischenbericht 1988 als auch im Endbericht vom 26. Mai 1990 dafür aussprach, § 175 StGB aus dem Strafgesetzbuch zu streichen und durch eine einheitliche Schutzvorschrift zu ersetzen.[25] Manfred Bruns war als Sachverständiger in die Kommission berufen worden und konnte gewichtigen Einfluss auf deren Empfehlungen nehmen.

Den Ausschlag zur Streichung gab aber letztlich die friedliche Revolution in der DDR. In der DDR war Homosexualität stark tabuisiert gewesen. Jede homosexuelle Selbstorganisation wurde vom Staat misstrauisch bespitzelt, ein öffentlicher Diskurs fand kaum statt. Beim Homosexuellen-Strafrecht hatte die DDR gegenüber der Bundesrepublik aber immer die Nase vorn. Die Strafbarkeit homosexueller Handlungen

unter Erwachsenen war 1968 beseitigt worden. Es blieb aber eine höhere Schutzaltersgrenze bestehen. 20 Jahre später, am 18. Dezember 1988 fasste die Volkskammer der DDR den Beschluss, dieses Sonderstrafrecht gegen Homosexuelle zugunsten einer einheitlichen Jugendschutzvorschrift (§ 149 des Strafgesetzbuches der DDR) aufzuheben. Am 30. Juni 1989 trat die Aufhebung in Kraft. Vorausgegangen war 1987 ein bemerkenswerter Grundsatzbeschluss des Obersten Gerichts der DDR, wonach kein Strafbedürfnis vorliege, da die bislang kriminalisierten Handlungen „keine wesentlichen anderen Folgen bewirken […] als heterosexuelle Beziehungen zwischen einem Erwachsenen und einem Jugendlichen".[26]

Im Zuge der Wiedervereinigung drohte nun eine Wiedereinführung des § 175 auf dem Gebiet der DDR. Der im Februar 1990 in Leipzig gegründete „Schwulenverband in der DDR (SVD)" – heute Lesben- und Schwulenverband in Deutschland (LSVD) – beschwor die erste frei gewählte Volkskammer, das nicht zuzulassen. Der SVD und der mittlerweile aufgelöste westdeutsche „Bundesverband Homosexualität" sammelten gemeinsam Unterschriften für die Forderung an die Regierungen in Bonn und Berlin, „sich bei der Rechtsangleichung zwischen DDR und BRD für die ersatzlose Streichung des § 175 StGB oder die Übernahme der DDR-Regelungen in gesamtdeutsches Recht einzusetzen."

Im Einigungsvertrag wurde § 175 StGB – ähnlich wie § 218 StGB – von der Übertragung des bundesdeutschen Strafrechts auf die „neuen Länder" ausgenommen.[27] Ab dem 3. Oktober 1990 herrschte in Deutschland gespaltenes Recht. Das war der Anfang vom Ende des Homosexuellen-Paragraphen. Unter dem Motto „§ 175 – Hau weg den Scheiß" demonstrierten am 27. Oktober 1990 in Berlin 6.000 Menschen. Nach der Bundestagswahl 1990 vereinbarten CDU/CSU und FDP: „Die §§ 175, 182 StGB sollen durch eine einheitliche Schutzvorschrift für männliche und weibliche Jugendliche unter 16 Jahre ersetzt werden (innerdeutsche Rechtsangleichung)". [28] Bis zur Aufhebung des § 175 gingen aber noch fast vier Jahre voller quälender Dis-

22 Pressemitteilung 18/86 des Bundesjustizministeriums vom 26.02.1986. | **23** BT-Drucksache 10/2832. | **24** SPD-Pressemitteilung 89/1986 vom 26.02.1986. | **25** BT-Drucksache 11/2495, S. 93. BT-Drucksache 11/7200, S. 78 **26** Zit. nach: Thinius, Bert: „Verwandlung und Fall des Paragraphen 175 in der Deutschen Demokratischen Republik". In: *Die Geschichte des § 175, Strafrecht gegen Homosexuelle.* Berlin 1990. S. 145–162, S. 159. | **27** Art. 9 Abs. 2 des Einigungsvertrages vom 31.08.1990, Anlage II, Kapitel III, Sachgebiet C, Abschnitt I, Nr. 1; und Anlage I, Kapitel III, Sachgebiet C, Abschnitt III, Nr. 1 – BGBl. II 1990, S. 889, 892, 957, 1168. | **28** CDU-Dokumentation 2/1991: „Koalitionsvereinbarung für die 12. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages", S. 33; Abrufbar unter: http://www.kas.de/wf/doc/kas_27202-544-1-30.pdf?110902101003.

kussionen ins Land, insbesondere über die Ausgestaltung der neuen einheitlichen Jugendschutznorm im § 182 StGB. Diese rechtspolitische Diskussion im Einzelnen nachzuzeichnen, fehlt hier der Raum.[29] Nicht unerwähnt bleiben soll aber, dass der § 175 selbst damals noch engagierte Anhänger hatte: So forderte das Kommissariat der katholischen Bischöfe Deutschlands von der Bundesregierung „mit Nachdruck", § 175 StGB beizubehalten wegen der Gefahr der „Verführung zur Homosexualität".[30]

Am 4. März 1992 fand im Ausschuss für Frauen und Jugend des Bundesrats eine Anhörung zu einer Bundesratsinitiative aus Hamburg auf Streichung des § 175 statt. Der Sachverständige Herbert Tröndle, Herausgeber eines einflussreichen Strafrechtskommentars, ereiferte sich dabei, man wolle hier die „männliche Jugend den Aktivitäten homosexueller Erwachsener preisgeben".[31] Die Mehrheit der geladenen Sachverständigen, darunter auch Manfred Bruns, sprach sich freilich für die Streichung aus. Auch der Rechtsausschuss des Bundestages führte am 20. Oktober 1993 eine Sachverständigenanhörung durch. Manfred Bruns war wieder mit von der Partie und diesmal auch Volker Beck als offizieller Vertreter des Schwulenverbandes in Deutschland (SVD). Diese Anhörungen markieren einen Paradigmenwechsel. Zuvor waren bei den unzähligen Sachverständigenbefragungen in der Geschichte des § 175 Juristen, Mediziner, Theologen oder Polizeipraktiker geladen worden, aber nie eine Vertretung der Homosexuellen. Nun wurde mit dem SVD erstmals eine Schwulenorganisation zum Homosexuellen-Strafrecht im Bundestag offiziell angehört. Die Schwulen waren jetzt nicht mehr allein Objekt staatlichen Handelns, sondern selbst handelndes Subjekt im politischen Prozess, nicht mehr hinter die Kulissen verbannt, sondern auf offener Bühne mit eigener Stimme sprechend.

Am 10. März 1994 beschloss der Deutsche Bundestag schließlich die Streichung des § 175 und die Einführung einer einheitlichen Jugendschutznorm in § 182 StGB.[32] Am 11. Juni 1994 trat die Reform in Kraft.[33] An der Stelle im Strafgesetzbuch, die 123 Jahre lang die Kriminalisierung und gesellschaftliche Ächtung Homosexueller markierte, steht heute lapidar: „§ 175 (weggefallen)". Weit über ein Jahrhundert lang war § 175 Gegenstand erbitterter politischer und rechtlicher Debatten gewesen. Von seinem Ende nahm die Öffentlichkeit kaum noch Notiz – ein deutliches Zeichen, wie viel weiter die Gesellschaft gegenüber dem Gesetzgeber war.

Rehabilitierung und Entschädigung der Opfer menschenrechtswidriger Strafverfolgung

Gänzlich abgeschlossen ist das Kapitel § 175 freilich noch nicht. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat die Bestrafung einvernehmlicher homosexueller Handlungen unter Erwachsenen seit 1981 in mehreren Entscheidungen als Verstoß gegen das in Art. 8 der Europäische Menschenrechtskonvention garantierte Recht auf Achtung des Privatlebens eingestuft, ebenso seit 2003 die Festsetzung unterschiedlicher Schutzaltersgrenzen für hetero- und homosexuelle Handlungen.[34] Damit steht fest: Zehntausende waren durch die Existenz des § 175 (und die einschlägigen Vorschriften in der DDR) schweren Menschenrechtsverletzungen ausgesetzt. Deren Aufarbeitung ist noch im Gange. Jahrzehntelang hatten die Bundesregierungen auf der Rechtsposition beharrt, dass eine Bestrafung homosexueller Betätigung „weder NS-Unrecht noch rechtsstaatswidrig" war.[35] Erst im Jahr 2000 kam es hier zu einer Kehrtwende. In einer von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und SPD angestoßenen und am Ende einstimmig verabschiedeten Entschließung erkannte der Bundestag an, dass die Verschärfung des § 175 im Jahr 1935 „Ausdruck typisch nationalsozialistischen Gedankenguts" war und bekannte sich auch dazu, „dass durch die nach 1945 weiter bestehende Strafdrohung homosexuelle Bürger in ihrer Menschenwürde verletzt worden sind."[36]

Zwei Jahre später konnte nach jahrelanger Überzeugungsarbeit und gegen hinhaltenden Widerstand aus dem Bundesjustizministerium die gesetzliche Rehabilitierung der Opfer des § 175 aus der NS-Zeit durchgesetzt werden. Als 1998 das „Gesetz zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile in der Strafrechtspflege" beschlossen worden war, waren die Homosexuellen noch ausgeschlossen geblieben. Der damalige Justizminister Edzard Schmidt-Jortzig (FDP) hatte zur Aufnahme der § 175-Opfer in das NS-Aufhebungsgesetz patzig erklärt: „Das „passt […] einfach

29 Vgl. dazu Schäfer, Anm. 2, S. 255ff. | **30** *Deutsches Allgemeines Sonntagsblatt* vom 06.03.1992. | **31** Niederschrift über die 9. Sitzung des Ausschusses für Frauen und Jugend am 4. März 1992 (FJ 1100-0 – Nr. 10/92), S. 254. | **32** BT-Plenarprotokoll 12/216 vom 10.03.1994, S. 18698-18706. | **33** BGBl I S. 1168. | **34** Zu den einzelnen Entscheidungen vgl.: Bruns, Manfred: „Die strafrechtliche Verfolgung Homosexueller Männer in der BRD nach 1945". In: Senatsverwaltung für Arbeit, Integration und Frauen (Hrsg.): *§ 175 StGB, Rehabilitierung der nach 1945 verurteilten homosexuellen Männer. Dokumentation des Fachsymposiums am 17. Mai 2011 zum internationalen Tag gegen Homophobie im Festsaal des Abgeordnetenhauses von Berlin und ergänzende Beiträge*. Berlin 2012. S. 26-43, S. 36. | **35** So z.B. im „Bericht der Bundesregierung über Wiedergutmachung und Entschädigung für nationalsozialistisches Unrecht sowie über die Lage der Sinti, Roma und verwandter Gruppen", BT-Drucksache 10/6287, S. 40. | **36** BT-Plenarprotokoll 14/140 vom 07.12.2000, S. 13738 -13745, BT-Drs. 14/4894, S. 3f.

nicht hierein".[37] 2002 wurde das NS-Aufhebungsgesetz nun ergänzt und die zwischen 1933 und dem 7. Mai 1945 ergangenen Urteile nach den §§ 175 und 175a Nr. 4 pauschal aufgehoben.[38]

Ein ähnlicher Akt für die Strafverfolgung nach 1945 steht noch aus. Genauso wie seine Abschaffung vollzieht sich auch die rechtspolitische Aufarbeitung des § 175 in mehreren Teilschritten. Um 2002 überhaupt die Aufhebung der NS-Urteile zu erreichen, war das vorläufige Ausklammern der Zeit nach 1945 der politische Preis, der seinerzeit gezahlt werden musste. Wie zu erwarten war, ging die Diskussion aber weiter. Anträge der Fraktionen der LINKEN und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN auf Rehabilitierung und Entschädigung der Opfer antihomosexueller Strafgesetze in beiden deutschen Staaten wurden in der 16. Wahlperiode von den Fraktionen der CDU, SPD und FDP im Bundestag abgelehnt.[39] Aktuell liegt im Bundestag erneut ein entsprechender Antrag von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vor und im Bundesrat ein Entschließungsantrag des rot-schwarz regierten Landes Berlin, dem Hamburg beigetreten ist.[40] Damit scheint bei der SPD und auch in Teilen der CDU erfreulicherweise ein Umdenken stattzufinden.

Als Gegenargumente werden unter anderem ins Feld geführt, man solle das Verfassungsgerichtsurteil respektieren und der Gesetzgeber dürfe keine rechtskräftigen Urteile aufheben. Das überzeugt nicht. § 175 war von vornherein grundgesetzwidrig, auch wenn Gesetzgeber und Gerichte dies seinerzeit nicht erkannt haben. Das Verfassungsgerichtsurteil von 1957 jedenfalls kann keinerlei Bindungskraft mehr entfalten. Damals hatte Karlsruhe den Homosexuellen das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit rundweg abgesprochen. Heute sieht es das ganz anders. In seiner Entscheidung zum Lebenspartnerschaftsgesetz von 2002 hat das BVerfG dessen Grundgesetzkonformität nicht zuletzt damit begründet, dass es Art. 2 Abs. 1 GG Rechnung trägt, indem es Lesben und Schwulen „zu einer besseren Entfaltung ihrer Persönlichkeit verhilft und Diskriminierungen abbaut."[41]

Eine Aufhebung der nach § 175 ergangenen Urteile wäre auch weit mehr als Symbolpolitik. So hat Dirk Siegfried in diesem Band dargelegt, wie die frühere Rechtslage bei § 175 bis heute die deutsche Asylrechtsprechung negativ prägt. Auch könnte die Bundesrepublik noch glaubwürdiger in der internationalen Menschenrechtspolitik für die Aufhebung von Strafbestimmungen gegen Homosexualität auftreten. Deutschland sollte dabei die eigene Geschichte als Verfolgerstaat keineswegs verschweigen, sondern vermitteln, welchen fundamentalen Irrtümern Politik und Jus-

tiz in der frühen Bundesrepublik aufgesessen sind und wie alle „Dammbruchs"- und Untergangszenarien komplett widerlegt wurden. Aus der Traditionslinie der Verfolgung von Homosexualität herauszutreten, war ein Gewinn für alle. Freiheitsrechte wurden gestärkt, Menschen wurden vom Rand in die Mitte der Gesellschaft geholt und können nun ihr Potenzial entfalten.

Insbesondere aber erhielten mit einer Aufhebung der Urteile die Opfer des § 175 eine späte Würdigung und Genugtuung. Dass auch nach Ende des Nationalsozialismus zehntausende schwule Männer menschenrechtswidrig verfolgt, eingesperrt und um ihr Lebensglück betrogen wurden, ist ein monströser Schandfleck unseres Rechtsstaates. In dieser Frage ist ein Schlussstrich lange überfällig.

37 BT-Plenarprotokoll 13/221 vom 04.03.1998, S. 20205. | **38** BGBl I 2002, S. 2714. § 175a Nr. 4 betraf das Verbot homosexueller Prostitution. | **39** BT-Drucksache 16/10944, 16/11440. BT-Plenarprotokoll 16/219 vom 06.06.2009, S. 23916-23917. | **40** BT-Drucksache 17/4042. BT-Drucksache 241/12 v. 27.04.2012. | **41** BVerfGE 105, 313, S. 346; zur rechtspolitischen Diskussion vgl.: Senatsverwaltung für Arbeit, Integration und Frauen (Hrsg.): *§ 175 StGB. Rehabilitierung der nach 1945 verurteilten homosexuellen Männer. Dokumentation des Fachsymposiums am 17. Mai 2011 zum internationalen Tag gegen Homophobie im Festsaal des Abgeordnetenhauses von Berlin und ergänzende Beiträge,* Berlin 2012.

Günter Dworek

03 | Paragraph 175 of the Penal Code: "Abolished" after 123 Years

Since June 11, 1994, there has no longer been a special penal provision on homosexuality. The Federal Republic of Germany took 45 years to reach this state, hardly a glorious chapter in the history of the country. The final impetus for a constitutional democracy to do away with a discriminatory special law against homosexuality came, paradoxically, from the GDR. In present-day society, the idea of a penal provision on homosexuality seems quite strange. Young people can hardly believe it, when they are told that our country put people into prison only because they loved in a different manner than the majority.

Paragraph 175: a Relic from a pre-democratic Era

Let us start with a little historical background: the criminalisation of homosexuality in the West is a product of the idea of sin in Late Antiquity and the Early Middle Ages. The "sin of Sodom" was considered a crime against God. People were afraid that God would take revenge and punish Christianity, if they tolerated such "outrageous" sins. Anyone caught engaging in sexuality "against the laws of nature" was threatened with being burnt at the stake until sometime in the eighteenth century. The Enlightenment brought about more lenient punishment, but not freedom from prosecution in most of the German states. The major liberal exception was, at that time, the Kingdom of Bavaria, where the penal code of 1813, based on French models, did not include criminalisation.

In the Penal Code of the Northern German Federation of 1870, which became the Reich Penal Code in 1871, the Prussian tradition triumphed, continuing to threaten punishment for "unnatural fornication" between men, now found under Paragraph 175. The first pioneer for homosexual liberation, Karl-Heinrich Ulrichs (1825-1895), and others courageously engaged in verbal and written appeals against the introduction of Paragraph 175 throughout the empire. Others picked up the baton. The struggle against Paragraph 175 during the Imperial Period and the Weimar Republic is associated, most notably, with Magnus Hirschfeld (1868-1935). The sexologist and defender of human rights found support among the political left and some of the liberals, yet he never achieved a major breakthrough. The rise of the National Socialists to power negated all of the efforts for liberalisation. They introduced the total criminalisation of male homosexuality in 1935. For this purpose, Paragraph 175 of the Reich Penal Code was radically expanded, in terms of the evidence that could be used, and made much stricter in terms of punishment. Thus, the limitation of criminal liability, which had evolved through decisions handed down in relation to so-called "actions similar to intercourse". The court system now gladly put itself at the disposal of the new rulers. Soon, even kisses in which

tongues touched were subject to prosecution, later a "lascivious intent" was enough for someone to be found guilty. By 1945, there had been approx. 50,000 convictions. Thousands of gay men were dragged off to concentration camps. Only a minority survived the terror in the camps.[1]

The continuity of persecution after 1945

After 1949, the Federal Government neither continued the reform discussion initiated during the Weimar Republic nor its comparatively lenient police practices in relation to homosexuals. During the Adenauer Era, the young Federal Government consciously sought to heal itself of the horrors of the National Socialist Era by adhering to Christian morality. This was hardly a positive development for homosexuals. They continued to be seen as a danger for the family, society and the state. Unlike in the GDR, Paragraph 175 of the Penal Code remained in force unaltered, i.e., in the version drafted by the National Socialists, until 1969;[2] *and the law was applied without mercy. The courts of the Federal Republic of Germany convicted another roughly 50,000 men because of same-sex "fornication" during this period. Roughly the same number was also involved in preliminary investigations by public prosecutors. The pressure of prosecution was enormous: raids, pink lists, waves of criminal proceedings, and complete social ostracism. All homosexuals had to live in fear of being discovered, had to be prepared to face criminalisation and social ostracism at any time. In 1963, the religious philosopher and historian Hans-Joachim Schoeps coined the bitter phrase, "For homosexuals, the Third Reich is not over yet."*[3]

Paragraph 175 was, of course, also subject to criticism. In 1951, a slight majority of the members of the Deutsche Juristentag *(German Lawyers Conference) came out in favour of ending the criminalisation of homosexuality among adults.*[4] *During the same year, however, the Federal Court of Justice decided that the National Socialist version of Paragraph 175 conformed with the constitution and could also be applied in a demo-*

1 Regarding the individual periods in the history of persecution and emancipation, cf., for ex., the exhibition catalogue *Die Geschichte des § 175, Strafrecht gegen Homosexuelle.* Ed. by Freunde eines schwulen Museums (Berlin) and Emanzipation e.V. (Frankfurt am Main). Berlin 1990. | **2** Regarding the continued existence of Paragraph 175 after 1945 cf. Schäfer, Christian: *"Widernatürliche Unzucht"* (§§ 175, 175a, 175b, 182 a.F. StGB). *Reformdiskussion und Gesetzgebung* seit 1945. Berlin 2006. Pp. 49ff. Schäfer's dissertation provides a comprehensive description of the legal discussion up to 1994 and is essential for anyone interested in Paragraph 175. | **3** Schoeps, Hans Joachim: "Überlegungen zum Problem der Homosexualität". In: *Der homosexuelle Nächste. Ein Symposion*. Hamburg 1963. Pp. 74–114, p. 86. | **4** Schäfer, note 2, pp. 85f.

cratic state.[5] The Federal Constitutional Court also upheld this opinion in 1957. It did not see an infraction against the principle of equality (Article 3, paragraphs 2 and 3 of the Basic Law) when male homosexuality was punished and female homosexuality was not, since the "biological sexual difference" has a determining influence on the facts of the case. After extensively hearing expert opinions, it concluded that male homosexuality was much more dangerous, "[a]lone the physical form of the sex organs indicates a more compelling and demanding function on the part of the man and a more acquiescent function and a willingness to surrender on the part of the woman." It then added, "[u]nlike the man, the woman is inevitably reminded of the burdens connected with sexual activity. […] Hence, a woman with lesbian inclinations can more successfully withstand sexual abstinence, while the homosexual man is inclined to succumb to an unbridled sexual urge."[6]

With the harsh statement, "[s]ame sex activities clearly represent a breach of moral law", Karlsruhe denied homosexuals the fundamental right of free development of their personalities (Art. 2, paragraph 1 of the Basic Law). It was essential for the interpretation of moral law "that the public religious communities, especially the two large Christian denominations, from the teachings of which a large part of the population derives their standards of moral behaviour, condemn same-sex fornication as immoral."[7] The long-term Karlsruhe correspondent of the magazine Der Spiegel*, Rolf Lamprecht, sees evidence of the fact that there was considerable controversy in the First Senate of the Court, but that, in the end, a majority of the judges with preconceived opinions triumphed, "[t]he court made its decision under the weight of the same prejudices that one finds at the regulars' table of any pub. Obviously, the sexual morals promoted by Catholic Church had a major influence on the course of the deliberations."[8]*

An additional key document of authoritarian thinking and ignorance of the Basic Law in the early Federal Republic of Germany can be found in the Penal Code drafted by the federal government and submitted to the Bundestag on October 4, 1962; it was referred to under the abbreviated designation E 1962.[9] In 1954, the government had already commissioned an "Extended Penal Law Commission", consisting of professors, judges, and members of the Bundestag, to draft a new Penal Code by trying to further earlier attempts at reform. The majority of this commission was in favour of allowing so-called "simple homosexuality", that means sexual acts among male adults, to go unpunished in the future.[10] The Ministry of Justice, which was headed by the extremely conservative CSU politician Fritz Schäffer from 1957 to 1961, rejected these recommendations. Hence, the E°1962 retained a fundamental prohibition of "fornication between men". Schäffer's

successor, Wolfgang Stammberger (FDP), in office since November of 1961, apparently could not – or chose not – to make any changes.

In the official justification of E 1962 one reads, in a tone suspiciously reminiscent of National Socialist ideology, "[w]herever same sex fornication has spread and become prevalent, one witnesses a degeneration of the population and a decline of their moral fortitude as a consequence." The federal government warned emphatically against the purported dangers of decriminalisation, "[t]he recruiting activities of homosexual groups in public life would become considerably easier". That would "draw young people into the orbit of this movement". And, even worse, "nothing would stand in the way of homosexuals' bothering people living around them by living together in marriage-like relationships." The government came to the conclusion, "in relation to male homosexuality, more than in other areas, the legal order is responsible, through the moral influence of penal law, for building a dam against the spread of depraved activities that, if they were to become commonplace, would entail a serious danger for the healthy and natural living order of the population."[11]

The Federal Minister of Justice Sabine Leutheusser-Schnarrenberger (FDP) established a scientific commission to try to come to terms with the National Socialist past of her own ministry in early 2012. In this context, the history of Paragraph 175 was to be comprehensively studied: Who was responsible for drafting such laws at the Ministry of Justice? Who were the perpetrators within the civil service and the political leadership that criminalised homosexual people, ostracised them, and denied them fundamental rights in a democratic state?

The E 1962 was never ratified. It gave rise to much public consternation due to its generally backward orientation, including in relation to the topic of homosexuality. The focus of the discussion among legal experts and politicians moved away from criminal law intended to punish moral failings and towards a penal code that is obliged to focus on legally protected goods, interests, or rights. The criticism of Paragraph 175 also became louder during the 1960s. More liberal attitudes towards sexuality and the pursuit of self-fulfilment were determining factors for the zeitgeist. Publications critical of Paragraph 175 were brought onto the market by famous publishing houses: they had titles like Plä-

5 Ibid, p. 93. **6** BVerfGE 6, 389, p. 425f. | **7** Ibid, p. 434f. | **8** Lamprecht, Rolf: *Ich gehe bis nach Karlsruhe. Eine Geschichte des Bundesverfassungsgerichts*. Munich 2011. P. 57. | **9** BT-Drucksache IV/650. | **10** Schäfer, note 2, p. 152. | **11** BT-Drucksache IV/650, p. 377.

doyer für die Abschaffung des § 175 *(Plea for the Abolition of Paragraph 175) by Suhrkamp,* Homosexualität oder Politik mit dem § 175 *(Homosexuality or Politics with Paragraph 175) by Rowohlt,* Das große Tabu *(The Big Taboo) by Rütten & Loening,* Das Schicksal der Verfemten *(The Fate of the Pariah) by Katzmann Verlag.*[12] *Some of these publications were encouraged and supported by homosexual activists. There were, after all, also active homosexual defenders of civil rights in the 1950s and 1960s, even if they were not able, due to the legal situation, to appear in public themselves, but instead were forced to seek respected lawyers, theologians, journalists, or social scientists to serve as their advocates.*[13]

In reaction to the E 1962, liberal professors of law published an "alternative draft",[14] *which was to have considerable influence on the reform of the penal code that was finally undertaken between 1969 and 1974 in a number of steps. The First Law to Amend the Penal Code, which was ratified during the first Grand Coalition, also brought about the decriminalisation of "simple homosexuality". It came into force on September 1, 1969.*[15] *An important contribution was made by Gustav Heinemann (SPD), who was the Federal Minister of Justice in the Grand Coalition until he was elected Federal President in March of 1969.*

The period from 1969 – 1994: a special norm to protect young people and adolescents with the goal of containing homosexuality

Paragraph 175 was, however, not struck from the penal code. And neither did the moral condemnation disappear. On the one hand, the prohibition of homosexual prostitution among adults continued to exist. On the other hand, a considerably higher age of consent, namely the age of 21, applied to homosexual "fornication", while it was only 19 for heterosexual "fornication", and 16 for the case of "seduction to intercourse". The latter offence was only prosecuted upon request.

With the decision of October 2, 1973, the Federal Constitutional Court declared the continued existence of a special regulation against male homosexuality again for constitutional and still referred, in this conjunction, frighteningly, to the grounds for the decision of 1957.[16] *With the Fourth Law to Amend the Penal Code of November 23,1973,*[17] *the prohibition of homosexual prostitution was abolished. At the same time, the age of consent for male homosexuality was set at 18 years. However, the social-liberal coalition could also not bring it over their hearts to completely abolish Paragraph 175. In the wake of the reorientation away from laws to punish moral failings, the law now no longer*

spoke of "fornication", but instead of "sexual acts". The undisturbed sexual development of (male) adolescents was defined as the legally protected good. The danger of seduction or the reorientation to homosexuality was feared. In 1987, Helmut Kohl's Federal Chancellery justified the continued existence of Paragraph 175 with the "possibility of a lasting reorientation of adolescents in their sexual behaviour".[18] Apart from the fact that the seduction theory had long been disproved by science, it is an expression of a clearly negative value judgement. Homosexuality is seen as undesired, and even as a defect that needs to be contained. There was no interest in the self-determination and free personal development of the homosexual adolescent.

Paragraph 175 thus continued to serve as a justification for surveillance and police raids of locations where gay men gathered, as well as for the compilation of "Pink Lists". The Mannheim public prosecutor Wolf Wimmer was noted for saying, "nothing compares with a registry of homosexuals compiled with meticulous care" in 1969.[19] Paragraph 175 had negative effects on the legal and social status of homosexuals far beyond penal law. Until well into the 1980s, there were repeated cases in which youth facilities were prohibited from inviting homosexual emancipation groups to discussions by referring to Paragraph 175. In the Swabian town of Aalen, for example, the head of the city's youth services division was fired, because he had made a conference room available to the local gay men's association.[20]

Also up until the 1980s, authorities in charge of maintaining public order occasionally denied homosexual emancipation groups the right to set up information stands in downtown areas. In this conjunction, they were able to refer to a decision by the Higher Administrative Court in Münster from 1976, which confirmed the prohibition of an information stand by the city of Aachen on the basis of Paragraph 175, "adolescents [are] to be protected from contact with homosexuals, and the resulting possible […] seduction,

12 Brocher, Tobias et al. (eds.): Plädoyer für die Abschaffung des § 175. Frankfurt am Main 1966; Giese, Hans (ed.): *Homosexualität oder Politik mit dem § 175*. Reinbek 1967; Schlegel, Willhart S.: *Das große Tabu. Zeugnisse und Dokumente zum Problem der Homosexualität*. Munich 1967; Wilde, Harry: *Das Schicksal der Verfemten. Die Verfolgung der Homosexuellen im "Dritten Reich" und ihre Stellung in der heutigen Gesellschaft*. Tübingen 1969. | **13** Cf. for ex., Steinle, Karl-Heinz: *Die Geschichte der „Kameradschaft die runde*" 1950 bis 1969. Hefte des Schwulen Museums. Vol. 1. Berlin 1998. | **14** Baumann, Jürgen et al.: *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil. Sexualdelikte*. Tübingen 1968. | **15** BGBl I p. 645. | **16** BVerfGE 34, 41. | **17** BGBl I p. 1725. | **18** Cited from: Dworek, Günter: S*elbstbestimmt Schwul. § 175 ersatzlos streichen. Argumentationshilfe und Materialien zur ersatzlosen Streichung des § 175* StGB. Edited by DIE GRÜNEN im Bundestag. Bonn 1989. P. 21. | **19** *Der Spiegel,* 19/1979. P. 52 **20** *Stuttgarter Zeitung* from April 13,1982.

at least on public streets".[21] Today, authoritarian politicians, for example in Russia, argue in an astonishingly similar manner, when they ratify laws allowing the censorship of what they term "homosexual propaganda", purportedly to protect adolescents.

During the 1970s, the new German gay movement began to wage an intense fight against Paragraph 175, supported by sexologists, feminists, and many intellectuals. The first party in the Bundestag to demand the elimination of Paragraph 175 of the Penal Code was the FDP in its programme for the 1980 election. During the subsequent coalition negotiations with the SPD, this demand was neglected. After switching to the CDU/CSU as their coalition partner, the FDP succeeded in having Hans A. Engelhardt named as the Minister of Justice in 1982. He belonged to a small majority in the FDP that had voted against the elimination of Paragraph 175, when the election programme was adopted. From that point on, Minister of Justice Engelhardt disparaged demands for the repeal of Paragraph 175 "as an unacceptable dismantling of the protection of young people and adolescents".[22]

In 1985, a new party, the Greens, were the first faction in the Bundestag to propose the complete abolition of Paragraph 175, thus furthering the discussion.[23] While the SPD had always supported freedom from prosecution for "simple homosexuality", it had a hard time, in the 1980s, developing a clear position on the remaining elements in Paragraph 175. In 1986, an attempt by the "Social Democratic Lawyers' Working Group" to work towards the elimination of the regulation was gruffly rebuffed in a public statement by the chancellor candidate at the time, Johannes Rau, as an "irrelevant discussion".[24]

For a long time, the CDU/CSU stubbornly defended Paragraph 175. Therefore, it was important that the AIDS Fact-Finding Commission called together by the Bundestag supported the abolition of Paragraph 175 of the Penal Code across all party lines in its interim report in 1988 and its final report on May 26, 1990, suggesting that it be replaced by a uniform protective regulation.[25] Manfred Bruns was named as an expert witness to the commission and was able to take important influence on its recommendations.

The impulse for the abolition ultimately came from the peaceful revolution in the GDR. In the GDR, homosexuality was highly taboo. Every organisation established by homosexuals themselves was suspiciously spied upon, and there was hardly any public discourse. In relation to the treatment of homosexuality in the penal code, however, the GDR was always a nose length ahead of the Federal Republic. The criminalisation of ho-

mosexual acts among adults was eliminated in 1968, while the higher age of consent remained in force. Twenty years later, on December 18, 1988, the Volkskammer (parliament) of the GDR ratified a resolution to repeal this special penal provision against homosexuals in favour of a uniform youth and adolescent protection regulation (Paragraph 149 of the Penal Code of the GDR). On June 30, 1989 the repeal took effect. This had been preceded by a noteworthy decision by the Highest Court of the GDR in 1987, according to which there was no need for punishment, since the acts that had previously been criminalised now "essentially have no other consequences […] than heterosexual relationships between an adult and an adolescent".[26]

In the wake of reunification, there was a threat of the reintroduction of Paragraph 175 in the territory of the former GDR. The "Gay Federation in the GDR" (SVD), established in Leipzig in February of 1990 – now the Lesbian and Gay Federation in Germany (LSVD) – appealed to the first freely elected Volkskammer to prevent this from happening. The SVD and the, in the meantime disbanded, West German "National Federation Homosexuality" jointly collected signatures to support a demand directed at the governments in Bonn and Berlin "to either abolish Paragraph 175 entirely or to adopt the legal regulation that existed in the GDR for all of Germany during the process of harmonising the laws of the GDR and the FRG."

In the Unification Treaty, Paragraph 175 of the Penal Code – like Paragraph 218 of the Penal Code – was excluded from being introduced in the "new Länder".[27] *As of October 3, 1990, two different sets of laws were in force in Germany. That was the beginning of the end of the paragraph on homosexuality. Under the motto "Paragraph 175 –* Hau weg den Scheiß*" (Paragraph 175 – Demolish the Crap), 6000 people demonstrated in Berlin on October 27, 1990. After the election to the Bundestag in 1990, the CDU/CSU and the FDP agreed that, "[t]he Paragraphs 175 and 182 of the Penal Code should be replaced by a uniform protection regulation for male and female young people and adolescents un-*

21 Decision by the High Administrative Court in Münster from March 15, 1976 (Az IX A 1375/75), cited from: Lautmann, Rüdiger: "Wie man Außenseiter draußen hält. Zur Kriminal- und Ordnungspolitik gegenüber homosexuellen Männern und Frauen". In: *Kritische Justiz* 1/1979. Pp. 2, 16. | **22** Press release 18/86 from the Federal Ministry of Justice from February 26, 1986. | **23** BT-Drucksache 10/2832.**24** SPD press release 89/1986 from February 26, 1986. **25** BT-Drucksache 11/2495, p. 93. BT-Drucksache 11/7200, p. 78. | **26** Thinius, Bert: "Verwandlung und Fall des Paragraphen 175 in der Deutschen Demokratischen Republik". In: *Die Geschichte des § 175, Strafrecht gegen Homosexuelle*. Berlin 1990. Pp. 145–162, p.159. | **27** Art. 9, paragraph 2 of the Unification Treaty of August 31, 1990, appendix II, chapter III, topic C, section I, No. 1, and appendix I, chapter III, topic C, section III, No. 1 – BGBl. II 1990, p. 889, 892, 957, 1168.

der the age of 16 years (internal German legal harmonisation)."[28] Before Paragraph 175 was repealed, an additional four years of torturous discussion took place, particularly with regard to the formulation of a new, uniform norm to protect young people and adolescents in Paragraph 182 of the Penal Code. There is not enough space here to recount this discussion of legal policy in detail.[29] Yet it should still be mentioned that Paragraph 175 still had dedicated supporters, even then. Hence, the Commissariat of Catholic Bishops in Germany called upon the federal government to retain Paragraph 175 of the Penal Code "with emphasis", due to the danger of "seduction to homosexuality".[30]

On March 4, 1992, a hearing took place before the Committee for Women and Youth of the Bundesrat concerning an initiative to abolish Paragraph 175, which was submitted to the Bundesrat by Hamburg. The expert witness Herbert Tröndle, editor of an influential commentary on penal law, vehemently argued that the goal was to "abandon male adolescents to the activities of homosexual adults".[31] The majority of the invited expert witnesses, including Manfred Bruns, were of course in favour of abolition. The Judicial Committee of the Bundestag also conducted a hearing of expert witnesses on October 20, 1993. Manfred Bruns was again a party to the hearings as was Volker Beck who served this time as the official representative of the Gay Federation in Germany (SVD). These hearings marked a paradigm shift. Previously, lawyers, doctors, theologians or police officials were invited to the countless hearings of expert witnesses in the history of Paragraph 175. Now a gay organisation, the SVD, was officially heard in relation to homosexual penal law for the first time. Gay men were now not only the object of state actions, but also took action themselves within the political process, no longer banned behind the scenes, but speaking with their own voice on an open stage.

On March 10, 1994, the German Bundestag finally voted to abolish Paragraph 175 and to introduce a uniform norm for the protection of young people and adolescents in Paragraph 182 of the Penal Code.[32] On June 11, 1994, the reform came into force.[33] Where Paragraph 175, which determined the criminalisation and social ostracism of homosexuals for 123 years, was once found in the Penal Code now stands: "Paragraph 175 (abolished)". For far more than a century, Paragraph 175 was the object of bitter political and legal debates. Yet, the public barely noticed that its end had come – a clear sign of how society thought far more progressively than the lawmakers did.

The rehabilitation and indemnification of victims of legal prosecution in contradiction of human rights

The chapter on Paragraph 175 has, of course, not yet been completely closed. In the wake of a number of decisions made since 1982, the European Court of Justice for Human Rights has classified the punishment of consensual homosexual acts among adults as a violation of the respect for private life guaranteed in Art. 8 of the European Human Rights Convention. Since 2003, it has taken a similar stand on the determination of different ages of consent for hetero- and homosexual acts.[34] Hence, it is clear that tens of thousands of men were subject to grave breaches of their human rights due to the existence of Paragraph 175 (and the corresponding regulations in the GDR). This matter is still being addressed. For decades, the federal government insisted on maintaining its legal position that the punishment of homosexual acts was "neither a National Socialist injustice nor a breach of the rule of law".[35] A change in this position did not come until 2000. In the wake of a resolution introduced by the BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN and the SPD, the Bundestag unanimously recognised that the more stringent regulations in Paragraph 175 adopted in 1935 were "a typical expression of National Socialist ideas" and also admitted "that the human dignity of homosexual citizens was infringed upon in the wake of the continued threat of penal action against them after 1945".[36]

Two years later, it was possible, after years of lobbying and against the obstructive resistance from the Federal Ministry of Justice, to achieve the legal rehabilitation of victims of Paragraph 175 during the National Socialist period. However, when the "Law Repealing Unjust National Socialist Sentences in the Criminal Justice System" was ratified in 1998, homosexuals were still excluded. Regarding the inclusion of victims of Paragraph 175 in the NS Repeal Act, the Minister of Justice at the time, Edzard Schmidt-Jortzig (FDP), haughtily explained, "this […] is not place for that".[37] In 2002, the NS Repeal Law was

28 CDU documentation 2/1991: „Koalitionsvereinbarung für die 12. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages", p. 33. Accessible under: http://www.kas.de/wf/doc/kas_27202-544-1-30.pdf?110902101003. | **29** Cf. Schäfer, note 2, pp. 255ff. | **30** *Deutsches Allgemeines Sonntagsblatt* from March 6, 1992. | **31** Minutes of the 9th meeting of the Commission for Women and Youth, March 9, 1992 (FJ 1100-0- Nr. 10/92), p. 254. | **32** BT-Plenarprotokoll 12/216 from March 10, 1994, pp. 18698–18706. | 33 BGBl I p. 1168. | **34** Regarding the individual decisions cf. Bruns, Manfred: "Die strafrechtliche Verfolgung Homosexueller Männer in der BRD nach 1945". In: Senatsverwaltung für Arbeit, Integration und Frauen (ed.): *§ 175 StGB, Rehabilitierung der nach 1945 verurteilten homosexuellen Männer. Dokumentation des Fachsymposiums am 17. Mai 2011 zum internationalen Tag gegen Homophobie im Festsaal des Abgeordnetenhauses von Berlin und ergänzende Beiträge*. Berlin 2012. Pp. 26-43, p. 36. | **35** Thus in „Bericht der Bundesregierung über Wiedergutmachung und Entschädigung für nationalsozialistisches Unrecht sowie über die Lage der Sinti, Roma und verwandter Gruppen", BT-Drucksache 10/6287, p. 40. | **36** BT-Plenarprotokoll 14/140 from December 7, 2000, pp. 13738–13745. BT-Drucksache 14/4894, p. 3f. | **37** BT-Plenarprotokoll 13/221 from March 4, 1998, p. 20205.

amended and the judgements handed down according to Paragraphs 175 und 175a, no. 4 between 1933 and May 7, 1945 were summarily repealed.[38]

A similar act on legal prosecution after 1945 has yet to be passed. Just as was the case with its abolition, the process of coming to terms with the legal ramifications of Paragraph 175 progresses only gradually. The temporary exclusion of the period after 1945 was the political price that had to be paid at that time in order to even achieve a repeal of the National Socialist sentences in 2002. As was to be expected, the discussion continued. Proposals by the LINKE and the BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN factions for the rehabilitation and indemnification of victims of anti-homosexual penal laws in both German states were rejected during the 16th legislative period by the CDU, SPD, and FDP factions in the Bundestag.[39] *Currently, a corresponding proposal by BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN has again been submitted, as well as a proposed resolution submitted by the red-black government of the Land of Berlin, which Hamburg is supporting.*[40] *Hence, a welcome reorientation seems to be taking place in the thinking of the SPD as well as the CDU.*

An argument cited against such an act is that decisions by the Constitutional Court should be respected and lawmakers did not have the power to repeal any final decisions. That is not a convincing argument. Paragraph 175 was never in conformance with the Basic Law, even if lawmakers and courts did not recognise the fact at the time. The Constitutional Court Decision of 1957 can, at any rate, no longer be considered binding. At that time, Karlsruhe summarily denied homosexuals the basic right to the free development of their personalities. The situation today is entirely different. One of the grounds cited by the Federal Constitutional Court in its decision on the Life Partnership Act of 2002 was that it conformed with the Basic Law by taking account of Art. 2, paragraph1 of the Basic Law, in "aiding [lesbians and gay men] to better develop their personalities and eliminating certain forms of discrimination."[41]

A repeal of the sentences based on Paragraph 175 would be far more than just a symbolic gesture. Elsewhere in this volume, Dirk Siegfried describes how the previous legal situation in relation to Paragraph 175 still exerts a negative influence on decisions made in relation to German asylum law. In relation to international human rights policy, the Federal Republic of Germany would then also be able to present a more effective case for the repeal of penal provisions against homosexuality. In this conjunction, Germany should by no means deny its own history as a country guilty of persecution, but instead express how fundamental mistakes were made by policymakers and the legal system in the early years of the Federal Republic, and how all of the scenarios predicting a "breach

of the dam" and the decline of civilisation were refuted. Stepping away from the tradition of persecuting homosexuals was a gain for society on the whole. Civil rights and freedoms were enhanced, people were brought from the margins of society into the middle, where they can now realise their full potential.

It is especially important that respect was paid to the victims of Paragraph 175 and that they received some form of satisfaction through the repeal of their sentences. The fact that after the end of National Socialism tens of thousands of gay men were persecuted, locked up, and denied a happy life in breach of their human rights is a monstrous blot on our country as a state under the rule of law. In relation to this question, a final conclusion is long overdue.

38 BGBl I 2002, p. 2714. § 175a No 4 related to the prohibition of homosexual prostitution. | **39** BT-Drs. 16/10944, 16/11440, Deutscher Bundestag Plenarprotokoll 16/219 vom 06.06.2009, S. 23916-23917. | **40** BT-Drs. 17/4042, BR-Drs 241/12 from April 27, 2012. | **41** BVerfGE 105, 313, p. 346; regarding the legal discussion cf. *Senatssverwaltung für Arbeit, Integration und Frauen: § 175 StGB, Rehabilitierung der nach 1945 verurteilten homosexuellen Männer, Dokumentation des Fachsymposiums am 17. Mai 2011 zum internationalen Tag gegen Homophobie im Festsaal des Abgeordnetenhauses von Berlin und ergänzende Beiträge*, Berlin 2012.

Volker Beck

04 | Von der „Aktion Standesamt“ über die Eingetragene Lebenspartnerschaft zur Öffnung der Ehe

Ein gesellschaftlicher Kampf einer Minderheit um Gleichberechtigung

250 schwule und lesbische Paare stürmten am 19. August 1992 die Standesämter, um für sich das Aufgebot zu bestellen und die Möglichkeit der Heirat einzufordern. Mit dieser spektakulären Aktion wollte der Schwulenverband in Deutschland (SVD, heute Lesben- und Schwulenverband in Deutschland, LSVD) darauf aufmerksam machen, dass Schwule und Lesben keinerlei Möglichkeit hatten, ihre Partnerschaften rechtlich anerkennen zu lassen und ihnen fundamentale Rechte abgesprochen wurden. Noch nie zuvor waren Schwule und Lesben in Deutschland in Presse, Funk und Fernsehen so geballt präsent. Das war ein Wendepunkt. 500 Menschen haben der Forderung nach gleichen Rechten ein Gesicht gegeben. Vielen Fernsehzuschauerinnen und Zeitungslesern ist an diesem Tag erstmals klargeworden: Bei den Schwulen und Lesben geht es um ganz reale Menschen, die eigentlich die gleichen Sorgen und Wünsche haben wie man selbst. Die „Aktion Standesamt“ hat langfristig enorme Wirkung entfaltet. Von ihr ausgehend haben wir die Mehrheit der veröffentlichten Meinung und auch der Gesellschaft insgesamt auf unsere Seite gezogen. Die Süddeutsche Zeitung nannte unsere „Aktion Standesamt“ damals „eine werbestrategisch geniale Demonstration wider die Diskriminierung“.

„Gleiche Liebe, gleiche Rechte“ war das Schlagwort, mit dem Lesben und Schwule auf ihre Alltagssorgen, etwa bei Erbschaftsfragen oder beim Bezug einer gemeinsamen Wohnung hinwiesen. Im politischen und parlamentarischen Raum wurde die Forderung erstmalig im Jahr 1990 erhoben, als die Grüne Bundestagsfraktion in einem Antrag forderte, das Eherecht solle „[...] so geändert werden, dass es gleichgeschlechtlichen Partnern, die das wünschen, freisteht, die Ehe wie auch andere bestehende oder noch vom Gesetzgeber zu schaffende rechtliche geregelte Formen der Lebensgemeinschaft einzugehen“.[1]

Nicht immer wurde die Frage des Rechtsstatus homosexueller Partnerschaften als eine bürgerrechtliche verstanden. Auch in der Lesben- und Schwulenbewegung war zunächst heftig umstritten, ob und in welcher Weise diese Forderung gestellt werden sollte. Den Anstoß zur Debatte innerhalb der Community machten 1989 Manfred Bruns, Günter Dworek und ich selbst in mehreren programmatischen Aufsätzen. Einer davon hieß: Bruns/Beck: „Möglichkeiten und Grenzen schwul-lesbischer Rechtspolitik in den 90er Jahren“. Darin wurde die Forderung nach rechtlicher Gleichstellung erstmals öffentlichkeitswirksam formuliert und löste eine breite

Debatte aus – in der Lesben- und Schwulenbewegung und immer mehr auch in der allgemeinen Öffentlichkeit. Unter Lesben und Schwulen war die Forderung nach Öffnung der Ehe umstritten. Manche sahen darin „Verbürgerlichung“, „Verspießerung“ und Anpassung an Heterosexuelle und plädierten dafür, sich lieber für die Abschaffung der Ehe zu engagieren. Auf der anderen Seite des politischen Spektrums witterten Konservative den Untergang des Abendlandes, wenn lesbische und schwule Paare heiraten könnten. Sie sahen das heilige Institut der Ehe entwertet. Unser Argument war dagegen, dass Homosexuelle nicht als Bürgerinnen und Bürger zweiter Klasse behandelt werden dürfen und ihr individuelles Recht auf Nicht-Diskriminierung Vorrang vor Lebensentwürfe normierenden Ideologien aller Art haben sollte. Denn beiden Seiten der Gegnerschaft war gemein, dass sie den schwulen und lesbischen Paaren im Namen des rechten politischen Glaubens vorschreiben wollten, wie sie zu leben hätten.[2]

Mit dem SVD gründete sich 1990 eine Organisation, die die rechtliche Anerkennung zu einem Schwerpunkt ihrer Politik machte. 1994 nahmen BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN die Forderung nach der Öffnung der Ehe erstmals explizit[3] in ihr Bundestagswahlprogramm auf. Es dauerte lange, bis andere Parteien diese Forderung ebenfalls aufgriffen. Heute treten auch die SPD, die LINKE und die FDP für eine völlige Gleichstellung homosexueller Paare und die Öffnung der Ehe ein.

Der Kampf um die Gleichstellung gleichgeschlechtlicher Paare war auf vielen Ebenen zu führen: in der Lesben- und Schwulenbewegung zunächst, dann in der Gesellschaft, in den Medien, im Internet, in der juristischen Fachliteratur und in parlamentarischen Anhörungen und vor den Gerichten. An allen Kampfplätzen und in allen entscheidenden Auseinandersetzungen hatten der LSVD, und allen voran Manfred Bruns, eine entscheidende Rolle – als Interviewpartner, als Lobbyist, Entwerfer von Musteranträgen, als Webmaster und Autor, als manchmal zorniger, immer standfester und resoluter, erfahrener Jurist und selbstbewusster schwuler Mann. Und mir selbst nicht selten auch als geschätzter Ratgeber.

Der Versuch, die Öffnung der Ehe vor dem Bundesverfassungsgericht einzuklagen, scheiterte zunächst. Das Gericht bemängelte in seinem Nichtannahmebeschluss,

1 BT-Drucksache 11/7197. | **2** Vgl. auch Bruns, Manfred/Beck, Volker: „Das Eheverbot der Gleichgeschlechtlichkeit“. In: *Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR)* 1991. S. 832 ff. | **3** 1990 forderten Die GRÜNEN allerdings schon im Programm zur Bundestagswahl, dass Homosexuelle „die gleichen Möglichkeiten zur Ausgestaltung ihrer Lebenspartnerschaft erhalten wie heterosexuelle Paare.“ http://www.boell.de/downloads/stiftung/1990_Wahlprogramm.pdf

dass die Beschwerdeführer „hinreichende Anhaltspunkte für einen grundlegenden Wandel des Eheverständnisses, dass der Geschlechtsverschiedenheit keine prägende Bedeutung mehr zukäme“ nicht vorgetragen hätten.[4]

Obwohl wir von den Richtern in Karlsruhe mehr erwartet hatten, ließen wir uns nicht entmutigen, sondern wirkten weiter hartnäckig auf diesen Wandel des Eheverständnisses hin. Auch 1998 zogen BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN mit der Forderung nach Öffnung der Ehe in den Bundestagswahlkampf. Als Kompromiss wurde 1998 im Koalitionsvertrag mit der SPD vereinbart, ein Rechtsinstitut der Eingetragenen Lebenspartnerschaft mit Rechten und Pflichten zu schaffen. Ein Selbstläufer war dies trotz Koalitionsvertrag freilich nicht. Während BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN darauf bestanden, gleiche Rechte und Pflichten wie in der Ehe zu verwirklichen, ging dies der damaligen Bundesjustizministerin Herta Däubler-Gmelin zu weit.[5] Sie sah ein verfassungsrechtliches Risiko, dass die Verfassung ein „Abstandsgebot“ zur Ehe erfordern würde, da diese durch das Grundgesetz besonders geschützt sei. Diese Auffassung wurde durch die herrschende Meinung der juristischen Literatur geteilt. Auch die Kirchen warnten vor Gleichstellung. Und überhaupt war die Bundesjustizministerin anfänglich nicht willens, ihre Federführungsrolle wahrzunehmen und mit anderen Ministerien – vom Finanzministerium bis zum Landwirtschaftsministerium – über die jeweiligen Rechtsfolgen für Lebenspartnerschaften vom Steuerrecht bis zu Lizenzregelungen für Ehegatten von Milchbauern zu reden.

Um diesen Prozess voranzubringen, wurde schließlich eine Koalitionsarbeitsgruppe aus Abgeordneten beider die Regierung tragenden Fraktionen eingerichtet, die in einem monatelangen mühsamen Verhandlungsprozess allen relevanten Ministerien Regelungen zur Anerkennung von Lebenspartnerschaften abtrotzten. Auf Seiten der SPD haben vor allem die Abgeordneten Margot von Renesse und Alfred Hartenbach viel dazu beigetragen, dass dieser Prozess schließlich erfolgreich verlief. Am Ende legten die rot-grünen Koalitionsfraktionen schließlich einen Gesetzentwurf[6] vor, der eine weitgehende und umfassende Angleichung der Rechte und Pflichten eingetragener gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaften an die Ehe vorsah. Einige wesentlichen Rechte, die der Gesetzentwurf enthielt, wie etwa das Steuerrecht, bedurften aber zwingend der Zustimmung des unionsdominierten Bundesrates. Die CDU/CSU lehnten das Projekt rundherum ab.[7] Pikante Fußnote der Geschichte: Auch der damalige Generalsekretär der FDP, Guido Westerwelle, war überzeugt, dass sowohl die „standesamtliche Lösung“ abzulehnen sei und „dass es eine Gleichstellung schon aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht geben kann.“[8] Der Gesetz-

entwurf wurde wegen des Bundesrates aufgeteilt in einen zustimmungsfreien (Lebenspartnerschaftsgesetz sowie Änderungen des BGB und anderer bundesrechtlicher Vorschriften) und einen zustimmungspflichtigen Teil (Lebenspartnerschaftsergänzungsgesetz). So sollte sichergestellt werden, dass die Einführung der Lebenspartnerschaft nicht am Bundesrat scheitern konnte. Die Einführung der Eingetragenen Lebenspartnerschaft zum 1. August 2001 war damit nicht mehr zu stoppen. Gleiche Rechte wurden damit noch nicht erreicht. Vielmehr begann nunmehr die Phase des juristischen Streites und hart errungener kleinteiliger Verbesserungen.

Zunächst schrieb das Bundesverfassungsgericht am 17. Juli 2002 den klageführenden Landesregierungen von Bayern, Sachsen und Thüringen ins Stammbuch, dass die Einführung des neuen Instituts keineswegs gegen das Grundgesetz verstoße. Im Gegenteil – das Gericht machte deutlich, dass ein „Abstandsgebot“ der Eingetragenen Lebenspartnerschaft zur Ehe nicht existiere: „Der besondere Schutz der Ehe in Art. 6. Abs. 1 GG hindert den Gesetzgeber nicht, für die gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaft Rechte und Pflichten vorzusehen, die denen der Ehe gleich oder nahe kommen.“[9] Der Weg für weitere Angleichungen war damit geebnet. 2005 verabschiedete die rot-grüne Koalition im Deutschen Bundestag das Überarbeitungsgesetz zum Lebenspartnerschaftsgesetz, das unter anderem gleiche Rechte bei der gesetzlichen Rentenversicherung hinsichtlich der Hinterbliebenenversorgung vorsah. Zudem wurde als erster Schritt die Möglichkeit der Stiefkindadoption eingeräumt, was insbesondere der Ungleichbehandlung von Kindern in Regenbogenfamilien abhelfen sollte. Ausgeschlossen blieb zunächst die gemeinsame Fremdkind-Adoption. Ein weiterer Gesetzentwurf mit zustimmungspflichtigen Regelungen zur Angleichung weiterer Rechte konnte aufgrund des vorzeitigen Endes der Legislaturperiode nicht mehr beraten werden.

Mit Rot-Grün endete vorläufig auch der dynamische gesetzgeberische Reformprozess. Fortschritte wurden seitdem überwiegend auf Druck des Bundesverfassungsgerichts erzielt. Während die Bundesregierungen durch das Veto der CDU/CSU-Fraktion blockiert waren, klagten engagierte Paare durch die juristischen Instanzen, um einzelne Ungerechtigkeiten zu beseitigen. Der LSVD, namentlich Manfred Bruns, unterstützte sie dabei tatkräftig durch Expertise und Stellungnahmen. Mit Erfolg: In

4 BVerfG NJW 1993, 3058. | **5** „Das Recht, anders zu leben“. Interview in: *Die Zeit* Nr. 40/1999. | **6** BT-Drucksache 14/3751. | **7** Vgl. BT-Plenarprotokoll 14/131. | **8** BT-Plenarprotokoll 14/115, S. 10966 f. | **9** BVerfGE 103, 313.

seinem Beschluss vom 7. Juli 2009 hat das Bundesverfassungsgericht grundlegend entschieden, dass der bloße Verweis auf das Schutzgebot der Ehe gem. Art. 6 I GG eine Benachteiligung der eingetragenen Lebenspartnerschaft gegenüber der Ehe nicht rechtfertigen könne. Damit wurde nochmals bekräftigt: Es gibt nicht nur kein „Abstandsgebot" zur Ehe, sondern jede Ungleichbehandlung von Eingetragener Lebenspartnerschaft und Ehe muss sachlich begründet sein.[10] In vergleichbaren Lebenslagen ist die Gleichstellung von Verfassung wegen geboten. Nach dem Bundesverfassungsgericht zielt die Rechtfertigung der Privilegierung der Ehe auf die „auch rechtlich verbindliche Verantwortung für den Partner" ab. In diesem Punkt unterscheiden sich eingetragene Lebenspartnerschaften aber nicht von der Ehe: „Beide sind auf Dauer angelegt und begründen eine gegenseitige Einstandspflicht". Zugleich stellt das Gericht klar: „Ein Grund für die Unterscheidung von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft kann nicht […] darin gesehen werden, dass typischerweise bei Eheleuten[…] aufgrund von Kindererziehung ein anderer Versorgungsbedarf bestünde als bei Lebenspartnern. Nicht in jeder Ehe gibt es Kinder. Es ist auch nicht jede Ehe auf Kinder ausgerichtet."[11] Und weiter: „Umgekehrt ist in eingetragenen Lebenspartnerschaften eine Rollenverteilung dergestalt, dass der eine Teil eher auf den Beruf und der andere eher auf den häuslichen Bereich einschließlich der Kinderbetreuung ausgerichtet ist, ebenfalls nicht auszuschließen. In zahlreichen eingetragenen Lebenspartnerschaften leben Kinder, insbesondere in solchen von Frauen." Damit schlägt das Bundesverfassungsgericht sämtliche Argumentationslinien der konservativen Gegner der Gleichstellung in den Wind. Da das Gericht jedoch jeweils nur einzelne Lebensaspekte entscheidet, kann sich die schwarz-gelbe Bundesregierung zurzeit noch damit begnügen, nur aufgrund von eindeutigen Verurteilungen tätig zu werden. Diese Strategie verfolgt die Bundesregierung aktuell beispielsweise bei der Gleichstellung der Eingetragenen Lebenspartnerschaft mit der Ehe im Einkommenssteuerrecht.[12]

Trotz aller Rückzugsgefechte der Konservativen: Die Gleichstellung der Eingetragenen Lebenspartnerschaft mit der Ehe wird kommen. Angesichts von weit über 100 Fundstellen mit diskriminierenden Ungleichbehandlungen[13] bleibt jedoch die Frage, wie weit die Strategie trägt, Ungleichbehandlungen vom Bundesverfassungsgericht prüfen zu lassen. Angesichts von so exotischen Rechtsfragen wie der Gleichbehandlung von Schornsteinfegern bzw. Schornsteinfegerinnen in Eingetragenen Lebenspartnerschaften erscheint es fraglich, ob das Gericht jemals alle Ungleichbehandlungen erfassen kann. Der Erhalt zweier Institute mit annähernd gleichem Rechtsgehalt bei verschiedenen Adressaten ist deswegen auf Dauer nicht aufrechtzuerhalten.

So erhält heute die Forderung nach der Öffnung der Ehe für lesbische und schwule Paare neue Brisanz. Nur durch diesen Schritt können wirklich umfassend alle Diskriminierungen restlos beseitigt werden. Aber auch darüber hinaus gibt es gewichtige Gründe, die Öffnung der Ehe als verfassungsrechtlich zulässig und gegebenenfalls sogar geboten anzusehen. Schließlich ist es fragwürdig, ob es mit Art. 2 GG, dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit vereinbar ist, wenn schwule und lesbische Paare gegenüber dritten stets zu einem Coming-Out gezwungen sind, wenn sie ihre Rechte aus der Eingetragenen Lebenspartnerschaft geltend machen wollen. Angesichts der Praxis beispielsweise katholischer Träger, Eingetragenen Lebenspartnern zu kündigen, aber auch der anhaltenden gesellschaftlichen Diskriminierung kann dieses Zwangs-Outing ein unüberwindliches Hemmnis für heiratswillige Paare darstellen.

Die besten Argumente für die Öffnung der Ehe liefert das Bundesverfassungsgericht allerdings selbst: Hatte das Gericht in seinem Nicht-Annahmebeschluss von 1993 noch argumentiert, es gäbe keine Hinweise auf ein verändertes Verständnis der Ehe, so hat es diese Grundlagen nun selbst geschaffen. In einem Beschluss zum Transsexuellengesetz im Jahr 2008 hat das Gericht erstmals einige wenige Ehen ermöglicht, die aus zwei Angehörigen desselben Geschlechtes bestehen.[14] Es existieren also bereits heute mit dem Segen des höchsten Gerichtes Ehen von gleichgeschlechtlichen Paaren. Auch der Volksmund spricht im Zusammenhang von Eingetragenen Lebenspartnerschaften vom „Heiraten“, von „Hochzeiten“ oder „Homo-Ehen“[15] – ein deutliches Zeichen dafür, dass in der Öffentlichkeit keine Unterscheidung getroffen wird. In demoskopischen Befragungen zeigen sich aktuell deutliche Mehrheiten für eine Öffnung der Ehe. So stimmten im Jahr 2011 in einer Befragung 60,3 Prozent der Menschen in Deutschland der These zu, es sei „eine gute Sache“, Ehen zwischen zwei Frauen und zwei Männern zuzulassen.[16] Nicht zuletzt zeigt auch ein Blick ins Ausland, dass die Ehe zwischen zwei gleichgeschlechtlichen Menschen möglich ist. In West-Europa wird dies mittlerweile eher zum Normalfall. Deutschland befindet sich hier in der Sonderrolle. All dies zeigt, dass die Öffnung der Ehe machbar und notwendig ist. 20 Jahre nach der „Aktion Standesamt“ schließt sich hoffentlich bald der Kreis.

10 1 BvR 1164/07 RN 105. | **11** Ebenda RN 112. | **12** Vgl. Antwort der Bundesregierung auf die Schriftliche Frage von Volker Beck, BT-Drucksache 17/9002. | **13** Vgl. Antwort der Bundesregierung auf die Große Anfrage der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drucksache 17/8248. | **14** 1 BvR 3295/07. | **15** *Der Duden* gibt heute als Bedeutung von „Homo-Ehe“ umgangssprachlich für „gesetzlich anerkannte Lebensgemeinschaft zweier gleichgeschlechtlicher Partner oder Partnerinnen“ an; ursprünglich war dies ein pejorativer Kampfbegriff von militanten Gegnern der rechtlichen Anerkennung homosexueller Paare; vgl. Vonholdt, Christl Ruth u.a. (Hrsg.): *Homo-Ehe. Nein zum Ja-Wort aus christlicher Sicht.* Grevenbroich 2001. | **16** Zick, Andreas u. a.: *Die Abwertung der Anderen*. Berlin 2011. S. 204.

Volker Beck

04 | From the Aktion Standesamt *via the Registered Partnership to Full Access to the Institution of Marriage*

The Social Struggle of a Minority for Equal Rights

Two-hundred and fifty gay and lesbian couples stormed the marriage registries in Germany on August 19, 1992 in order to register their intention to marry and to demand the opportunity to get married. With this spectacular action, the Schwulenverband in Deutschland *(SVD (Gay Men's Federation), now the Lesben- und* Schwulenverband in Deutschland *(Lesbian and Gay Federation in Germany) LSVD) intended to call attention to the fact that gay men and lesbians had no opportunity to have their partnerships legally recognised and that they were denied fundamental rights. Never before were gay men and lesbians in Germany so massively present in the media. That was a turning point. Five-hundred people put a face on the demand for equal rights. On this day, many television viewers and newspaper readers realised for the first time that gay men and lesbians are real people who actually have the same worries and needs as they do. The* Aktion Standesamt *had a tremendous effect in the long term. It marked the beginning of a process through which we have been able to win over the majority of published opinion and society at large. At the time, the* Süddeutsche Zeitung *called our* Aktion Standesamt *"an ingenious demonstration against discrimination in terms of advertising strategy".*

"Same love, same rights" was the catchword, with which lesbians and gay men drew attention to their every day problems, for example in relation to questions of inheritance or in relation to a shared flat. In 1990, the demand was raised for the first time in the realm of parliament and politics, when the Green Party Bundestag faction promoted a petition to change the marriage laws "so [...] that partners of the same sex will have the opportunity, at their own discretion, to enter into a marriage or other legally regulated form of life union, which either already exists or is to be created by lawmakers"[1]

The legal status of homosexual partnerships was not always seen as a civil rights issue. Initially, there was also considerable controversy within the lesbian and gay movement as to whether and how this demand should be formulated. In 1989, much of the impetus for the debate within the community was provided by Manfred Bruns, Günter Dworek, and myself in a number of programmatic essays. One of them was Manfred Bruns and Volker Beck, "Möglichkeiten und Grenzen schwul-lesbischer Rechtspolitik in den 90er Jahren". In it, the demand for legal equality was formulated in an effective public manner for the first time and triggered a broad debate – in the lesbian and gay movement,

and, increasingly, among the public at large. Among lesbians and gay men, the demand for access to the institution of marriage was controversial. Many saw in it as "bourgeois", "narrow minded", or as an attempt to "assimilate" among heterosexuals and argued that it would be better to promote the abolition of marriage altogether. On the other end of the political spectrum, conservatives already sensed the demise of Western society, if lesbian and gay couples were allowed to marry. They believed that it would devalue the holy institution of marriage. Our argument against this was that homosexuals cannot be treated as second-class citizens and that their individual rights should not be subject to discrimination and have priority over ideological considerations. Both sides shared a tendency to dictate how gay and lesbian couples should live, according to what they considered to be the correct political beliefs.[2]

In 1990, the SVD was founded as an organisation that made the legal recognition of gay couples a focus of their policy. In 1994, the party that was then called BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (now just the Greens) explicitly[3] *adopted the demand for access to the institution of marriage for the first time in their Bundestag election programme. It was a long time before the other parties also adopted these demands. Today, the SPD (social democrats), the Linke (leftists), and the FDP (liberals) all support full equality for homosexual couples and access to the institution of marriage.*

The struggle for equality for same-sex couples had to be fought on many levels: initially within the lesbian and gay movement, then in society, in the media, on the Internet, in legal literature, in parliamentary hearings, and in court. On all of the battlefields and in all of the major disputes, the LSVD, with Manfred Bruns at the forefront, played a decisive role – as an interview partner, as a lobbyist, as an writer of draft petitions, as a webmaster and author – and sometimes as an angry, but always steadfast, resolute, and experienced lawyer and as a self-confident gay man. And, for me, often as a valued advisor.
The initial attempt to gain access to the institution of marriage through proceedings before the Federal Constitutional Court failed. In its decision not to hear the case, the court criticised the fact that the plaintiffs had not presented "sufficient indications of a fundamental change in the understanding of marriage, one in which the difference in sex no longer played a decisive role".[4]

1 BT-Drucksache 11/7197. | **2** Cf. also Bruns, Manfred/Beck, Volker: "Das Eheverbot der Gleichgeschlechtlichkeit". In: *Monatsschrift für Deutsches Recht* (MDR) 1991. P. 832ff. | **3** However, in 1990 DIE GRÜNEN already promoted granting homosexual couples "the same opportunities as heterosexual couples for arranging their life partnerships" in their programme for the Bundestag election. Accessible under: http://www.boell.de/downloads/stiftung/1990_Wahlprogramm.pdf. | **4** BVerfG NJW 1993, 3058.

Although we expected more from the judges in Karlsruhe, we did not let ourselves become discouraged, and continued to work diligently towards a change in the understanding of marriage. This was also the case in 1998, when the BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN campaigned in a federal election demanding that access to the institution of marriage be granted. As a compromise, the coalition contract with the SPD in 1998 foresaw the creation of the legal institution of the registered partnership, which entailed rights and obligations. This was, despite the coalition contract, by no means a self-starter. While the Bündnis BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN insisted on the realisation of the same rights and obligations as in a marriage, this went too far[5] for the Federal Minister of Justice at that time, Herta Däubler Gmelin. She saw a risk in terms of constitutional law, arguing that the constitution "mandates differentiation" between such a partnership and a marriage, since the latter enjoys special protection under the Basic Law. This understanding became the prevailing opinion in legal literature. The churches also warned against establishing equality. And the Federal Minister of Justice was, in the beginning, by no means ready to assume a leading role and to discuss the individual legal consequences of life partnerships on areas ranging from tax law through to licensing regulations for the spouses of milk farmers, beginning with the Ministry of Finance all the way through to the Ministry of Agriculture.

In order to promote this process, a coalition working group consisting of representatives of both of the factions that formed the government was established, and it finally managed to wrench regulations for the recognition of legal partnerships from all of the relevant ministries in months of tedious negotiations. On the side of the SPD, the greatest contributions to the ultimate success of this process were made by the representatives Margot von Renesse and Alfred Hartenbach. In the end, the red-green coalition factions presented a draft law,[6] which foresaw an extensive and comprehensive equalisation of the rights and obligations of a registered life partnership and a marriage. Some of the essential rights, which were still in the draft law, such as those related to tax law, required the approval of the Bundesrat, which was dominated by the CDU/CSU (conservatives). The CDU/CSU rejected the project outright.[7] In an ironic footnote to this story, the General Secretary of the FDP at that time, Guido Westerwelle, was also convinced both that the "marriage registry solution" should be rejected and "that they cannot be equal, alone on constitutional grounds."[8] In order to manoeuvre around the Bundesrat, the draft law was divided, in one part that did not require approval (Life Partnership Act as well as a change in the Civil Code and other federal regulations) and another part that required approval (Act to Amend the Life Partnership Act). This was done to ensure that life partnerships would not be prevented by the Bundesrat. The introduction of registered life

partnerships on August 1, 2001 could thus no longer be stopped. This, however, did not mean that equal rights were attained. On the contrary, now a phase of legal proceedings and hard-fought improvements regarding the details began.

In addition, on July 17, 2002, the Federal Constitutional Court explained to the governments of Bavaria, Saxony and Thuringia, the plaintiffs in a case, that the introduction of a new institution was by no means unconstitutional. On the contrary – the court made it clear that the constitution did not foresee any "mandated differentiation" between registered partnerships and marriage. "The special protection of the institution of marriage in Art. 6, paragraph 1 of the Basic Law does not prevent lawmakers from foreseeing rights and obligations for same sex partnerships, which are the same or very similar to those pertaining to marriage."[9] The path for further alignment was thus blazed. In 2005, the red-green coalition in the German Bundestag ratified the Law Revising the Life Partnership Act, which also foresaw the same rights in relation to statutory old-age insurance and survivor's benefits. The option of adopting a stepchild was also conceded, a measure specifically intended to counteract discrimination against the children of rainbow families. Initially, the joint-adoption of a third-party child was prohibited. An additional draft law, intended to establish equality in relation to a number of rights, and which included regulations that required approval, could not be deliberated due to the premature end of the legislative period.

With the end of the red-green coalition, the dynamic legal policy reform process was also temporarily interrupted. Since then, progress has mainly been achieved under pressure from the Federal Constitutional Court. While the federal government has mainly been blocked by the veto of the CDU/CSU faction, couples still fighting for equality have lodged suits in various courts in order to do away with individual inequality. The LSVD, and especially Manfred Bruns, has offered them active support by providing expertise and by writing statements. And this has been successful; in a decision handed down on July 7, 2009, the Federal Constitutional Court made the landmark decision that simply referring to a mandate to protect marriage according to Art. 6 of the Basic Law could not justify disadvantaging registered partnerships in relation to marriage. Thus, it was again confirmed that there is no "mandated differentiation" in relation to marriage. On the contrary, all discrimination between registered partnerships and marriage must be objectively justified.[10] In comparable circumstances, equality is constitutionally mandated.

5 "Das Recht, anders zu leben," Interview in: *Die Zeit*, No. 40/1999. | **6** BT-Drucksache 14/3751. | **7** Cf. BT-Plenarprotokoll 14/131. | **8** BT-Plenarprotokoll 14/115, p. 10966f. | **9** BVerfGE 103, 313. | **10** 1 BvR 1164/07 RN 105.

According to the Federal Constitutional Court, the justification for granting marriage a privileged status is based on "the legal responsibility for the partner, which is also legally binding". In this point, there is, however, no difference between a life partnership and a marriage, "both are long-term arrangements and provide grounds for a mutual obligation to provide mutual support". At the same time, the court clearly ascertained that "A reason for the differentiation between marriage and registered life partnerships cannot […] be seen in the fact that, in the case of married partners, typically […] due to raising children, a different need for material support exists than is the case with life partners. Not every marriage includes children. It is also true that not every marriage is entered into with the intention of producing children."[11] While "it is, on the other hand, also possible for roles to be differentiated in a registered life partnership, such that one partner concentrates more on her or his profession, while the other partner concentrates more on the domestic situation, including the care of children. Children live in many registered partnerships, particularly in those involving women." Thus, the Federal Constitutional Court refuted all of the arguments presented by conservative opponents of equality. However, since the court only passes decisions on individual aspects of life, the conservative-liberal government can still rest assured that it will only be forced to take action in the wake of clear decisions. This strategy is currently being pursued by the government, for example, in relation to putting registered partnerships and marriages on equal footing in relation to income tax law.[12]

Despite all of the battles fought by the conservatives in the course of their retreat, the equality of registered partnerships in relation to marriage will still be achieved. In view of the far more than one hundred references to discriminatory practices,[13] the question still remains as to how far the strategy of having cases of unequal treatment reviewed by the Federal Constitutional Court will bring us. In view of such exotic legal questions as the unequal treatment of male and female chimney sweeps in registered partnerships, it seems questionable whether the court will ever be able to address all of the cases of unequal treatment. Preserving two institutions with nearly the same legal content for two different target groups is, therefore, insupportable in the long term.

Hence, today, the demand for access to the institution of marriage for lesbian and gay couples has become more topical. Only by taking this step will it be possible to completely do away with all forms of discrimination. And, beyond this, there are also important reasons for declaring access to the institution of marriage admissible and, perhaps, even reasons that mandate it according to constitutional law. It remains questionable whether denying it can be reconciled with Art. 2 of the Basic Law, the right to the free

development of one's personality, when gay and lesbian couples are always forced to come out in relation to third parties when seeking to invoke rights stemming from a registered partnership. In view of the practice of terminating registered partners by institutions such as those supported by the Catholic church, as well as persistent social discrimination, forced outing can represent an insurmountable barrier for a couple that is otherwise inclined to marry.

The best arguments for access to the institution of marriage have, however, been provided by the Federal Constitutional Court itself: while the court argued in its decision not to hear the case entered in 1993 that there were no sufficient indications of a changed understanding of marriage, it has now established this basis itself. In a decision on the Transsexuals' Law in 2008, the Court allowed a very few couples consisting of two members of the same sex the option to marry.[14] Hence, today, with the blessing of the highest court, marriages between couples of the same sex exist. In colloquial German, one hears expressions in relation to registered life partnerships such as "getting married", "weddings" and "homo-marriages"[15] – a clear sign of the fact that the general public does not differentiate. In current public opinion surveys, a clear majority of those surveyed are in favour of access being granted to the institution of marriage. In a survey undertaken in 2011, 60.3 % of the people in Germany agreed with the thesis that it was "a good idea" to allow marriages between two women or two men.[16] Not least of all, developments in other countries show that a marriage between same-sex couples is possible. In Western Europe, it has become more of the norm. Hence, Germany would not be playing a special role in this case. This all goes to show that access to the institution of marriage can be realised and is necessary. Twenty years after the Aktion Standesamt*, we should finally come full circle.*

11 Ibid RN 112. | **12** Cf. Federal Government's reply to a written question submitted by Volker Beck, BT-Drucksache 17/9002). | **13** Cf. Federal Government's reply to a formal query submitted by the BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN faction, BT-Drucksache 17/8248. | **14** 1 BvR 3295/07. | **15** *Der Duden* (the most highly recognised dictionary) now includes the definition of "Homo-Ehe" (homo-marriage) as colloquial for "legally recognised life partnership of two partners of the same sex "; originally it was a pejorative term used by militant opponents of the legal recognition of homosexual couples; cf. Vonholdt, Christl Ruth et al. (eds.): Homo-Ehe. *Nein zum Ja-Wort aus christlicher Sicht*. Grevenbroich, 2001. | **16** Zick, Andreas et al.: *Die Abwertung der Anderen*. Berlin, 2011. P. 204.

Dr. Jens M. Scherpe

05 | Auf dem Weg zur Ehe für gleichgeschlechtliche Paare – Die Rechtsentwicklung im internationalen Vergleich

Bis zum Ende der 1980er-Jahre wurde gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften (ggLG) die rechtliche Anerkennung verweigert. Dass sich diese Lage in vielen Rechtsordnungen grundlegend geändert hat, ist vor allem dem Einsatz und der Beharrlichkeit vieler Organisationen und Einzelpersonen zu verdanken. Heute ist in einer stetig steigenden Zahl von Rechtsordnungen die Ehe auch für gleichgeschlechtliche Paare möglich, in anderen Rechtsordnungen, einschließlich der Bundesrepublik Deutschland, immerhin eine Formalisierung der Lebensgemeinschaft in einer eingetragenen/registrierten Partnerschaft. Dennoch verbleiben zahlreiche Rechtsordnungen, in denen ggLG nicht anerkannt sind oder gar strafrechtlich verfolgt werden. Auch dort werden Veränderungen nur durch die Arbeit von Menschen wie Manfred Bruns möglich sein, dem dieser kurze Überblicksbeitrag gewidmet sein soll.

Anerkennung – Schritt für Schritt

Die rechtliche Anerkennung ggLG in Europa nahm in den nordischen Ländern ihren Anfang (siehe dazu Dopffel und Scherpe 2000; Scherpe 2007). Zuerst wurden 1987 in Schweden nichteheliche Lebensgemeinschaften und ggLG gleichgestellt; die Notwendigkeit eines eheähnlichen Rechtsinstitutes oder gar der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare wurde hingegen damals noch verneint. 1989 folgte dann der „juristische Quantensprung" in Dänemark: die Einführung der registrierten Partnerschaft für ggLG. Nach und nach folgten andere Staaten diesem Beispiel, wenngleich sich die geschaffenen Rechtsinstitute auch oft in ihrem Regelungsgehalt unterschieden (und bis heute unterscheiden). Der nächste Schritt in der Rechtsevolution war dann die Öffnung der Ehe auch für ggLG in zahlreichen Rechtsordnungen, die in 2001 als erstes in den Niederlanden erfolgte.

Aus Platzgründen muss an dieser Stelle auf eine Aufzählung der ggLG anerkennenden Rechtsordnungen verzichtet werden, aber durch die im Anhang genannte Literatur sowie eine einfache Internetsuche können diese ohne weiteres gefunden werden (siehe insbes. Boele-Woelki und Fuchs 2012; Scherpe 2009 und 2010b; Curry-Sumner 2005; González Beilfuss 2004; Wintemute und Andenæs 2001; Basedow u. a. 2000). Dieser Beitrag beschränkt sich im Folgenden auf die zugrundeliegenden Strukturen und Prinzipien.

Inzwischen ist in den meisten westlichen Rechtsordnungen die Frage nicht mehr ob ggLG eine rechtliche Anerkennung erfahren sollen, sondern vielmehr wie diese Anerkennung erfolgen soll. Für die Vertragsstaaten der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) hat der Europäische Menschengerichtshof in der Entscheidung Schalk und Kopf ./. Österreich (Beschwerde Nr. 30141/04, 24.06.2010) zwar ein Recht auf Eheschließung aufgrund des dem Gesetzgeber zustehenden Ermessenspielraumes verneint, gleichzeitig aber sehr deutlich gemacht, dass eine rechtliche Ungleichbehandlung von gleich- und verschiedengeschlechtlichen Lebensgemeinschaften besonders gewichtiger Rechtfertigungsgründe bedarf (vgl. Scherpe 2012). Angesichts der internationalen und europäischen Rechtsentwicklung dürften solche Rechtfertigungsgründe zusehends schwerer zu finden sein – und damit die grundsätzliche rechtliche Anerkennung ggLG in allen Vertragsstaaten nur eine Frage der Zeit.

Widerstände und Trennlinien

Dennoch bestehen aber in einigen europäischen Rechtsordnungen, vor allem in Osteuropa, aber zum Beispiel auch in Griechenland und Italien, erhebliche Widerstände gegen eine Anerkennung von ggLG, auch wenn die interessanterweise „alten Trennlinien" im Familienrecht nicht mehr gelten. Konnte man früher im Familienrecht in Europa noch eine deutliche Trennung zwischen progressivem Norden und konservativem Süden feststellen, so gehören heute zum Beispiel Spanien und Portugal zu denjenigen Ländern, in denen die Ehe für ggLG geöffnet wurde. Ebenso ist die Trennung nach der überwiegenden Religionszugehörigkeit, also zwischen vermeintlich progressiven protestantischen Ländern und konservativen katholischen Ländern, nicht mehr zutreffend – neben Spanien und Portugal bestätigen das beispielsweise die Entwicklungen in Belgien mit der Ehe für ggLG und Irland mit der dort jüngst eingeführten *civil partnership*.

Wenn es überhaupt noch so etwas wie eine Trennlinie in Europa gibt, so verläuft diese eher zwischen Ost und West, wobei nicht vergessen werden darf, dass zum Beispiel in Ungarn, Slowenien und der Tschechischen Republik immerhin eine registrierte Partnerschaft möglich ist und in Kroatien eine Anerkennung von de facto zusammenlebenden ggLG erfolgt. Außerhalb von Europa ist das Bild ähnlich divers. In Nord- und Südamerika haben Argentinien und zahlreiche US-Bundesstaaten sowie Mexico City die gleichgeschlechtliche Ehe zugelassen, in zahlreichen anderen Ländern bzw. Bundesstaaten der USA, Mexikos und Australiens besteht die Möglichkeit einer registrierten Partnerschaft. Gleichzeitig haben aber einige Rechtsord-

nungen ihre Verfassungen oder Gesetze dahingehend geändert oder ergänzt, dass die Ehe ausschließlich als Lebensgemeinschaft von Mann und Frau definiert wird und damit gleichgeschlechtliche Ehen ausgeschlossen sind.

Unterschiedliche Wege zur Anerkennung

Zur rechtlichen Anerkennung von ggLG sind zwei verschiedene Wege beschritten worden. Ein Weg ist der parlamentarische Weg, wie etwa in den europäischen Rechtsordnungen, aber zum Beispiel auch in Neuseeland, New York, Argentinien und Uruguay. Hier sind es vor allem die Verbände, Organisationen und Parteien, die für die Veränderungen Verantwortung tragen. Der andere Weg ist die Erzwingung der Anerkennung vor Gericht unter Berufung auf Verfassungstexte, so etwa in zahlreichen US-Bundesstaaten, aber auch in Brasilien, Kolumbien, Canada und Südafrika. Hier sind es Einzelpersonen, die natürlich zumeist von Verbänden und Organisationen unterstützt werden, die die Veränderungen herbeiführen. Was Europa anbelangt, so können und sollten die bereits erwähnte Entscheidung Schalk und Kopf sowie die EMRK in der Zukunft für die Rechtsentwicklung fruchtbar gemacht werden.

Strukturen der Anerkennung
Lebensgemeinschaft „minderen Rechts“

In vielen Rechtsordnungen (darunter bis zu einem gewissen Grad auch Deutschland) wurden und werden ggLG als grundsätzlich von der Ehe verschieden und auch im Übrigen als Lebensgemeinschaft „minderen Rechts“ angesehen. Sofern dann ein Rechtsinstitut für ggLG eingeführt wurde, stellte sich die Struktur wie folgt dar:

Verschiedengeschlechtliche LG	**Gleichgeschlechtliche LG**
Ehe	
	Registrierte Partnerschaft
(Informelle) LG	

Die Ungleichbehandlung ggLG ist offensichtlich: weder steht ihnen die Ehe offen, noch ist das ihnen zur Verfügung stehende Rechtsinstitut der Ehe gleichgestellt. Aber bei diesem Ansatz können unter Umständen auch verschiedengeschlechtliche Paare eine Diskriminierung reklamieren, denn ihnen steht das Rechtsinstitut

„minderen Rechts“ als Alternative zur Ehe nicht offen. Diesem „Problem“ sind einige Rechtsordnungen (wie Frankreich und auch zunächst die Niederlande und Belgien; dazu Pintens 2000; Ferrand 2005) damit begegnet, auch verschiedengeschlechtlichen Paaren den Zugang zu dem neu geschaffenen Rechtsinstitut zu ermögliche, sodass sich die Regelungsstruktur wie folgt darstellt:

Verschiedengeschlechtliche LG	**Gleichgeschlechtliche LG**
Registrierte Partnerschaft	
(Informelle) LG	

Hier ist freilich die Ungleichbehandlung der ggLG noch offensichtlicher, denn verschiedengeschlechtliche Paare haben ein Regelungsmodell mehr zur Auswahl – was besonderer Rechtfertigung bedarf. Die Niederlande und Belgien haben daher in einem zweiten Schritt später auch die Ehe für ggLG geöffnet (siehe etwa Pintens 2003).

Funktionsgleiches Äquivalent

Wenn aber die registrierte Partnerschaft als echtes funktionsgleiches Äquivalent zur Ehe ausgestaltet ist, dann ist die Struktur wie folgt:

Verschiedengeschlechtliche LG	**Gleichgeschlechtliche LG**
Ehe	**Registrierte Partnerschaft**
(Informelle) LG	

Eine Diskriminierung kann sich dann nur aus einer unterschiedlichen inhaltlichen Gestaltung der Rechtsinstitute ergeben, die – wie bereits ausgeführt – einer gesteigerten Rechtfertigungspflicht unterliegt. Dies führt dazu, dass die angeführten Gründe häufig rechtlich angreifbar sind (vgl. dazu Bryde 2012; Scherpe 2010a und 2012).

Wenn es sich tatsächlich um vollinhaltlich gleiche rechtliche Regelungen handelt, dann kann eine Diskriminierung nur noch durch die unterschiedliche Benennung der Rechtsinstitute vorliegen. Dann handelt sich aber nominell um eine nicht-rechtliche Diskriminierung; der Name an sich hat zunächst keinen Rechtsgehalt – wohl aber einen sozialen, kulturellen Gehalt. Denn eine „Ehe" ist eben mehr als ein rechtliches Konstrukt. Mit dem Begriff der Ehe verbinden sich gesellschaftliche Erwartungen, Vorstellungen, Traditionen – die beileibe nicht alle positiv sind. So ist für einige Paare, völlig unabhängig davon, ob gleich- oder verschiedengeschlechtlich, die Vorstellung, die Ehe einzugehen nachgerade absurd und symbolisiert die Kapitulation unter eine gesellschaftliche Norm – die noch dazu traditionell die Unterwerfung der Frau unter den Willen und die Herrschaft des Mannes zum Inhalt hat. Für andere hingegen ist die Ehe das ultimative soziale und gesellschaftliche Bekenntnis zu einem anderen Menschen. In jedem Fall ist der Name der Lebensgemeinschaft mehr als eine bloße Bezeichnung – und damit letztlich doch rechtlich relevant.

Von der Lebenspartnerschaft zur Ehe?

In einigen Rechtsordnungen, wie etwa Norwegen, Schweden, Island und Dänemark, haben solche Erwägungen dazu geführt, die Ehe für ggLG zu öffnen obwohl schon weitestgehend inhaltsgleiche Rechtsinstitute zur Verfügung standen (die dann gleichzeitig abgeschafft wurden). Man war dort der Ansicht, dass es schlicht keinen rechtlichen Grund mehr gab, der ggLG die Eheschließung vorzuenthalten. Die Öffnung der Ehe erschien dort nur als letzter, logischer Schritt – und wird jetzt zum Beispiel auch im Vereinigten Königreich (für England siehe Government Equalities Office 2012; für Schottland siehe Scottish Government 2011) und auch in Deutschland (vgl. den von Abgeordneten sowie der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN eingebrachten Gesetzesentwurf, BT-Drucksache 17/6343) diskutiert.

Rechtlich war in den Ländern, die diesen Schritt vollzogen haben, die registrierte Partnerschaft schon „wie eine Ehe". Aber das Umgekehrte galt auch – und gilt letztlich in jedem Land der Welt: Eine Ehe ist nämlich im Grunde nichts anderes als eine registrierte Partnerschaft. Denn unabhängig vom Namen des Rechtsinstitutes handelt es sich nur um einen vom Staat zur Verfügung gestellten Rechtsrahmen. Alles was über den Rechtsrahmen hinausgeht, die soziale und religiöse Bedeutung, entzieht sich einer staatlichen Regelung (auch wenn natürlich nicht bestritten werden kann, dass die staatlichen Regelungen eine Ausstrahlungs- und Signalwirkung haben, die die soziale und kulturelle Entwicklung in der jeweiligen Rechtsordnung beeinflussen können).

Der staatliche Rechtsrahmen der Ehe hat sich über die Jahrhunderte immer wieder gewandelt. Bei jeder Reform wurde und wird von den Gegnern der Neuregelung der Einwand vorgebracht, die entsprechende Änderung würde die „Natur" der Ehe beeinträchtigen oder gar zerstören; doch die Institution Ehe hat diese Herausforderungen stets überstanden.

So wurde zum Beispiel die Scheidung eingeführt; später durften Geschiedene sogar wieder heiraten – auch wenn einige Religionsgemeinschaften bis heute die Anerkennung solcher Ehen verweigern oder zumindest keine Trauung durchführen. Dasselbe gilt für andere Eheverbote die zumindest in Deutschland heute nicht mehr bestehen. So spielt zum Beispiel die Religionszugehörigkeit für den Staat heute keine Rolle mehr für die Eheschließung, auch wenn sie für viele Glaubensgemeinschaften nach wie vor bedeutsam ist.

Der Staat schreibt Glaubensgemeinschaften nicht vor, dass sie Geschiedene oder Menschen unterschiedlicher Konfession trauen müssen, und in gleicher Weise wurde daher in denjenigen Ländern, die die Ehe für gleichgeschlechtliche Paare geöffnet haben, den Glaubensgemeinschaften stets freigestellt, ob sie die entsprechenden Lebensgemeinschaften in ihren Gemeinden trauen wollen oder nicht.

Dass verschiedene Personengruppen und Glaubensgemeinschaften die ihren Wertvorstellungen nicht entsprechende Ehen bis heute nicht anerkennen und auch nicht anerkennen müssen, ist Ausdruck und Bestandteil einer freien Demokratie, denn der Rechtsrahmen der Ehe erhebt nicht den Anspruch, für jedermann und jedefrau verbindlich festzulegen, was eine „richtige" Ehe ist. Der staatliche Rechtsrahmen regelt nur die staatliche Anerkennung von Lebensgemeinschaften und deren rechtliche Auswirkungen.

Aber ohne einen solchen Rechtsrahmen fehlt nicht nur die damit verbundene Anerkennung entsprechender Lebensgemeinschaften, sondern auch ein ganz maßgebliches Stück Freiheit: nämlich die Freiheit, sich für sich selbst und mit seinem Partner oder ihrer Partnerin für oder auch gegen diesen Rechtsrahmen zu entscheiden. Durch diese Freiheit wird niemand in seiner eigenen Freiheit oder in seinem eigenen Eheverständnis beeinträchtigt. Folglich sollte es dem Staat freistehen, diesen Rechtsrahmen auf die ggLG auszudehnen.

Basedow, Jürgen u.a. (Hg.):
Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften. Tübingen 2000.

Boele-Woelki, Katharina und Fuchs Angelika (Hg.):
Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe. Cambridge 2012.

Bryde, Brun-Otto:
Sexuelle Identität, Gleichheitssatz und Diskriminierungsverbot. In diesem Band S. 14-19.

Curry-Sumner, Ian:
All's well that ends registered? The substantive and private international law aspects of non-marital registered relationships in Europa. Antwerpen 2005

Dopffel, Peter und Scherpe, Jens M.:
Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften im Recht der nordischen Länder. In: Basedow, Jürgen u. a. (Hg.): Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher cher Lebensgemeinschaften. Tübingen 2000. S. 7-49.

González Beilfuss, Cristina:
Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea. Madrid/Barcelona 2004.

Government Equalities Office (England und Wales):
Equal civil marriage: a consultation. London 2012.

Ferrand, Frédérique:
Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften in Frankreich. In: Scherpe, Jens M./Yassari, Nadjma (Hg.): Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften – The Legal Status of Cohabitants. Tübingen 2005. S. 211-247.

Pintens, Walter:
Partnerschaft im belgischen und niederländischen Recht. In: Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) 2000. S. 69-77.

Pintens, Walter:
Belgien: Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare. In: Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) 2003. S. 658-659.

Scherpe, Jens M.:
The Nordic Countries in the Vanguard of European Family Law. In: Scandinavian Studies in Law Volume 50 – What is Scandinavian Law? – Social Private Law. Stockholm 2007. S. 265-287.

Scherpe, Jens M.:
Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften. In: Basedow, Jürgen u. a. (Hg.): Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts. Tübingen 2009. S. 768-771.

Scherpe, Jens M.:
The Legal Status of Same-sex Relationships in Germany. In: Basedow, Jürgen u. a. (Hg.), German National Reports to the 18th International Congress of Comparative Law, Tübingen 2010. S. 75-107. (Zitiert als Scherpe 2010a.)

Scherpe, Jens M.:
Die deutsche eingetragene Lebenspartnerschaft im internationalen Vergleich. In: Familie Partnerschaft Recht (FPR) 2010. S. 211-213. (Zitiert als Scherpe 2010b.)

Scherpe, Jens M.:
From 'odious crime' to family life. Same-sex couples and the ECHR. In: Verbeke, Alain-Laurent u.a. (Hg.): Confronting the Frontiers of Family and Succession Law – Liber amicorum for Walter Pintens. Cambridge 2012, S. 1225-1240.

Scottish Government:
The Registration of Civil Partnerships. Same Sex Marriage – A Consultation. Edinburgh 2011.

Wintemute, Robert und Andenæs, Mads (Hg.):
Legal Recognition of Same-Sex Partnerships – A Study of National, European and International Law. Oxford 2001.

Dr. Jens M. Scherpe

05 | Towards Marriage for Same-sex Couples
The International Development

Until the end of the 1980s, there was simply no legal recognition of same sex relationships. That this has changed is, to a large extent, due to the effort and persistence of many organisations and individuals. Today, marriage is open to same-sex couples in an increasing number of jurisdictions, and in others (including Germany), a form of registered partnership is available. But there are still many jurisdictions where there is no recognition (or even criminalisation) of same-sex relationships, and a change will only come about through the continued hard work of individuals such as Manfred Bruns, to whom this short article is respectfully dedicated.

Legal recognition, step by step

Legal recognition of same-sex relationships began in the Nordic Countries (see Dopffel and Scherpe 2000; Scherpe 2007). In 1987, cohabitation relationships of same-sex couples were given a similar legal status to those of opposite-sex couples in Sweden. However, at the same time, the need (and opportunity for) for a formalisation of those relationships was denied. A 'legal quantum leap' followed in 1989 with the introduction of the registered partnership for same-sex couples in Denmark. Other jurisdictions gradually followed Denmark's lead, although the legal rules and technical approach differed (and still differ) significantly from jurisdiction to jurisdiction. The next step in this legal evolution then was the opening up of marriage in a number of jurisdictions, of which the Netherlands was the first in 2001.

Space precludes an exhaustive list of jurisdictions that recognise same-sex relationships in one way or the other, but a brief look at the literature or a simple internet search can easily provide this (see esp. Boele-Woelki and Fuchs 2012; Scherpe 2009 und 2010b; Curry-Sumner 2005; González Beilfuss 2004; Wintemute and Andenæs 2001; Basedow et al. 2000). This article will instead focus upon the structures and principles which underpin the law in this field.

Today, the question in most Western jurisdictions is not "whether" same-sex relationships should be recognised – but "how". For all the Contracting States of the European Convention on Human Rights (ECHR) the European Court of Human Rights, in its decision in "Schalk and Kopf" v. Austria (Application no. 30141/04, 24.6.2010), held that while there was no absolute right to same-sex marriage under the ECHR (as this was within the margin of appreciation of each State), the differential treatment of same-sex and opposite-sex couples required particularly serious reasons by way of justification (cf. Scherpe 2012). Given the international development towards recognition of same-sex

relationships such reasons will be increasingly difficult to find – and thus the recognition of same-sex relationships in all Contracting States is only a matter of time.

Opposition to legal recognition and dividing lines

That said, in many European countries there is strong opposition to the legal recognition of same-sex relationships, particularly in Eastern Europe, but also for example in Greece and Italy. Interestingly, the traditional 'dividing lines' of family law no longer seem to apply. It no longer seems possible to distinguish between the progressive North and conservative South as, for example, Spain and Portugal have opened up marriage to same-sex couples. Likewise, a division which is based upon the predominant religious affiliation in a given country, i.e. between somewhat more liberal Protestant and more conservative Catholic countries, does not seem appropriate any more. Apart from Spain and Portugal (aforementioned), countries like Belgium (which also permits marriage of same-sex couples) and the Republic of Ireland (having recently introduced civil partnership for same-sex couples) invalidate division along religious lines. If there is such a thing as a dividing line in Europe then today, it is between East and West, although one should not forget that at least Hungary, Slovenia and the Czech Republic have introduced a form of registered partnership for same sex-couples, and in Croatia recognition of a de facto union is possible.

Outside of Europe, there is similar diversity in the recognition of same-sex relationships. In the Americas, Argentina, several US states and Mexico City allow same-sex marriages, and in many other jurisdictions registered partnerships are possible. However, at the same time several jurisdictions have changed their statutes and constitutions to the effect that marriage is only possible between a man and a woman, thus precluding same-sex marriages.

Different roads to legal recognition

Legal recognition of same-sex couples was brought about in different ways in the various jurisdictions. The European jurisdictions, but also New Zealand, New York, Argentina and Uruguay brought about change through Parliament. In these examples, change was brought about mainly through the efforts of organisations and political parties. An alternative approach has been to force recognition of same-sex relationships through the court system, by relying upon constitutional texts. This was the road taken in many US states and also in Brazil, Columbia, Canada and South Africa. Here, individual litigants (usually supported by organisations), are responsible for the legal change. At the European level, the abovementioned decision of the European Court of Human Rights in

Schalk and Kopf could, and indeed should, play a pivotal role in the future legal development and challenge of existing (or non-existing, as the case may be) legal norms.

Structures of recognition
'Inferior' relationship

In many jurisdictions (including, to a certain extent, Germany) same-sex relationships were deemed to be fundamentally different from opposite-sex relationships and in some ways 'inferior'. Consequently, when a legal framework for same-sex couples was introduced, the structure looked as follows:

Opposite-sex relationship	***Same-sex relationship***
Marriage	
	Registered partnership
Informal relationship	

The differential treatment is apparent: same-sex couples cannot marry and the legal framework which is open to them is not of the same 'quality' as marriage which is available for opposite-sex couples. Moreover, this approach is also vulnerable to challenge from opposite-sex couples who – with a good chance of success – can claim that they are being discriminated against because the alternative to marriage, the 'inferior' legal framework, is not open to them. This 'problem' was pre-empted for example in France and also originally in the Netherlands and Belgium (cf. Pintens 2000; Ferrand 2005) by the new legal regime also being open to opposite-sex couples. The structure then looks as follows:

Opposite-sex relationship	***Same-sex relationship***
Marriage	
Registered partnership	
Informal relationship	

Here the differential treatment of same-sex couples is still blatantly obvious, as opposite-sex couples can choose between two ways to formalise their relationship whereas same-sex couples have only one option. As was explained above, this difference in treatment requires particularly serious reasons by way of justification. The Netherlands and Belgium therefore later also opened up marriage to same-sex couples (see e.g. Pintens 2003).

Functional Equivalent

If registered partnership is designed to be the functional equivalent of marriage, the structure looks like this:

Opposite-sex relationship	***Same-sex relationship***
Marriage	***Registered partnership***
Informal relationship	

Under this approach, discrimination of same-ex couples is only possible if the content of the legal rules which regulate the registered partnership differs from those of marriage. Where there is such a difference, as mentioned above, this difference must be justified by serious reasons. Differential treatment can thus often be successfully challenged in a court of law (cf. Bryde 2012; Scherpe 2010a und 2012).

But if (and only if) the legal rules are indeed the same, the only remaining difference is the name of the legal construct. This might appear to be a difference without legal significance and thus fall beyond the law because, at first glance, a name has no legal content as such. But it does have an immense social and cultural content, because 'marriage' is much more than a mere legal construct. Societal traditions and expectations are associated with marriage – not all of which are necessarily positive. Thus for some couples, irrespective of their genders, it would be unthinkable to enter into a marriage, as for them, marriage represents the subjugation of women and male domination. For others, marriage is the ultimate social commitment to another person. In any event, it is apparent that the term 'marriage' is much more than a mere name – and therefore, ultimately, that a name is legally relevant after all.

From registered partnership to marriage?

In some jurisdictions, for example in Norway, Sweden, Iceland and Denmark these considerations have led to marriage being opened up to same-sex couples (and, at the same time, registered partnership being abolished), even though a functionally equivalent legal regime was already available to same-sex couples. The view was taken in these jurisdictions that there was simply no longer any legally relevant reason for having two separate legal regimes. Thus, opening up marriage to same-sex couples was the final, logical step – and one being contemplated in the United Kingdom (for England see Government Equalities Office 2012; for Scotland see Scottish Government 2011) and debated in Germany (see the Draft Bill proposed by MPs and the BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN faction, BT-Drucksache 17/6343).

Ultimately, in these jurisdictions registered partnerships were already legally 'like a marriage'. But the converse was of course also true, as it actually is in all jurisdictions around the world: marriage in the end is nothing but a form of registered partnership. Despite the name, what is being offered by the State through marriage is merely a legal framework. Everything that extends beyond the legal framework is cultural and social and thus also beyond immediate state regulation (although admittedly the State's legal rules can, and will, have an impact upon the social and cultural perception of the institution). In any event, the legal framework of marriage has changed significantly over the centuries. Each and every reform of that legal framework has been accompanied by fears that the new law would change (or even destroy) the 'nature' of marriage forever – but the institution of marriage has survived all these changes.

One of those changes was the introduction of divorce; another, some time later, the right to remarry after divorce. However, even today, notwithstanding the legal possibility of divorce and remarriage, there is scope for individual marital preferences to be accommodated alongside the law. Some religious denominations still do not recognise second marriages or even divorce, and the same applies to other marriage restrictions that no longer apply in the laws in most countries, including Germany. For example, the religious denominations of the individuals who wish to marry are of no relevance for the State, but remain of central importance to some faith groups. The State does not impose a duty to marry divorced persons or persons of another religious faith upon these religious groups. Similarly, where same-sex marriages have been introduced, it has been left to individual faith groups to decide whether they wish to celebrate same-sex marriages in their congregations or not.

It is a fundamental value of modern democracy that faith groups should not be forced to recognise and celebrate marriages that contradict their religious beliefs. However, the legal framework of marriage provided by the State does not intend to impose a definite view of what is the 'right kind of marriage' upon everyone. The marriage framework solely deals with State recognition of relationships and their legal consequences and leaves it to individuals and social groups where they want to make use of it.

But without such a legal framework it is not only legal recognition which is lacking, but also another fundamental element of freedom: the freedom to choose this framework for oneself and one's partner – or not to choose it, as the case may be. Allowing everyone this freedom does not, in any way, infringe anyone else's freedom or understanding of marriage. Hence it should be open to the State to extend the legal framework of marriage to include same-sex couples.

English translation: Dr. Jens M. Scherpe

Basedow, Jürgen *et al. (eds.):*
Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften. Tübingen 2000.

Boele-Woelki, Katharina and Fuchs Angelika *(eds.):*
Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe. Cambridge 2012.

Bryde, Brun-Otto:
Sexual Identity, the Principle of Equality, and the Prohibition. pp 20-25.

Curry-Sumner, Ian:
All's well that ends registered? The substantive and private international law aspects of non-marital registered relationships in Europa. Antwerpen 2005.

Dopffel, Peter and Scherpe, Jens M.:
Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften im Recht der nordischen Länder. In: Basedow, Jürgenet al. (Hg.): Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften. Tübingen 2000. Pp. 7-49.

González Beilfuss, Cristina:
Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea. Madrid/Barcelona 2004.

Government Equalities Office (England und Wales):
Equal civil marriage: a consultation. London 2012.

Ferrand, Frédérique*:*
Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften in Frankreich. In: Scherpe, Jens. M. and Yassari, Nadjma (eds.): Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften – The Legal Status of Cohabitants. Tübingen 2005. Pp. 211-247.

Pintens, Walter:
Partnerschaft im belgischen und niederländischen Recht. In: Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) 2000. Pp. 69-77.

Pintens, Walter:
Belgien: Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare. In: Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) 2003. Pp. 658-659.

Scherpe, Jens M.:
The Nordic Countries in the Vanguard of European Family Law. In: Scandinavian Studies in Law Volume 50 – What is Scandinavian Law? – Social Private Law. Stockholm 2007. Pp. 265-287.

Scherpe, Jens M.:
Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften. In: Basedow et al. (Hg.): Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts. Tübingen 2009. Pp. 768-771.

Scherpe, Jens M.:
The Legal Status of Same-sex Relationships in Germany. In: Basedow, Jürgen et al. (eds.), German National Reports to the 18th International Congress of Comparative Law, Tübingen 2010. Pp. 75-107. (cited as Scherpe 2010a.)

Scherpe, Jens M.:
Die deutsche eingetragene Lebenspartnerschaft im internationalen Vergleich. In: Familie Partnerschaft Recht (FPR) 2010. S. 211-213. (cited as Scherpe 2010b.)

Scherpe, Jens M.:
From 'odious crime' to family life. Same-sex couples and the ECHR. In: Verbeke, Alain-Laurent et al. (eds.): Confronting the Frontiers of Family and Succession Law – Liber amicorum for Walter Pintens. Cambridge 2012, Pp. 1225-1240.

Scottish Government:
The Registration of Civil Partnerships. Same Sex Marriage – A Consultation. Edinburgh 2011.

Wintemute, Robert and Andenæs, Mads *(eds.):*
Legal Recognition of Same-Sex Partnerships – A Study of National, European and International Law. Oxford 2001.

Brigitte Zypries

06 | Adoptionsrecht für Regenbogenfamilien
Familienform zwischen Vorurteil und Wirklichkeit

Wandel braucht Akzeptanz – Akzeptanz braucht Zeit

Der Weg zur rechtlichen Gleichstellung von Lesben und Schwulen ist lang und der Fortschritt langsam – jeder Schritt musste erkämpft werden. Das war und ist anstrengend. Aber diese Langsamkeit hat auch eine gute Seite: Sie gibt der Gesellschaft Zeit, umzudenken.

Erinnern wir uns zurück: Die aufsehenerregende „Aktion Standesamt"1992 löste in der Bevölkerung noch viel Kopfschütteln und Unverständnis aus, brachte aber die öffentliche Diskussion in Gang. Das Lebenspartnerschaftsgesetz aus dem Jahr 2001 wurde in der Zivilgesellschaft akzeptiert, von CDU/CSU aber zweimal vor dem Bundesverfassungsgericht beklagt. Ohne die Rückendeckung aus Karlsruhe wären wir nicht so weit. Die ersten Trauungen von gleichgeschlechtlichen Paaren in deutschen Standesämtern wurden in der breiten Öffentlichkeit schon zustimmend und mit freundlichem Interesse aufgenommen. Die anfänglichen diskriminierenden Zuständigkeitsregelungen in einzelnen Bundesländern – etwa in Bayern, wo die Lebenspartnerschaften vor Notaren geschlossen werden mussten – wirkten schon zu diesem Zeitpunkt kleinlich und unsympathisch. Bayern hat sich 2009 korrigiert, Baden-Württemberg (wo Lebenspartnerschaften ursprünglich in den Landratsämtern begründet wurden) nach dem Regierungswechsel zur ersten grün-roten Landesregierung als letztes Bundesland im Dezember 2011. Heute sind Trauungen in Standesämtern und das Lebenspartnerschaftsrecht Normalität.

Stiefkindadoption durch Schwule und Lesben – kein Reizthema mehr

In vielen Lebenspartnerschaften leben Kinder. Von Anfang an wurde deshalb die Frage aufgeworfen, ob Schwule und Lesben jetzt etwa auch noch Kinder adoptieren wollten. Was zunächst für die meisten Bundesbürger unvorstellbar war, weil ein Kind für eine gute Entwicklung schließlich Vater und Mutter brauche, wurde nach und nach in einem milderen Licht betrachtet. 2005 trat eine Novelle des Lebenspartnerschaftsgesetzes in Kraft, die es Lesben und Schwulen ermöglichte, das Kind des Lebenspartners zu adoptieren. Diese „Zu-Adoption" führte nicht mehr zu der gesellschaftlichen Aufregung, die konservative Kreise anfänglich ergriffen hatte – sicher auch, weil viele Prominente zu dieser Zeit mit ihren Adoptionen an die Öffentlichkeit gingen. Sogar das Land Bayern zog seinen Normenkontrollantrag gegen die Stiefkindadoption beim Bundesverfassungsgericht schließlich zurück und das Bundesverfassungsgericht stellte daraufhin das Verfahren ein. Ein öffentliches Interesse an der Fortsetzung des Verfahrens sei nicht ersichtlich, lautete die Begründung.[1]

Wer sich diese Phasen der Normalisierung vor Augen führt, erkennt leicht, dass wir über kurz oder lang (hoffentlich nicht sehr lang) zum vollen Adoptionsrecht kommen werden.

Unlogisch: Jeder darf alleine adoptieren, gemeinsam darf man es nicht

Wo stehen wir heute? Wer darf nach geltendem Recht adoptieren? Zunächst darf jeder nicht verheiratete Erwachsene allein nach Vollendung des 25. Lebensjahres ein Kind adoptieren. Ist der Erwachsene verheiratet oder verpartnert, benötigt er oder sie hierfür die Einwilligung seines Ehegatten oder Lebenspartners.[2] Möglich ist auch die Stiefkindadoption – das heißt, ein Ehegatte oder ein Lebenspartner nimmt das Kind des anderen Ehegatten oder des anderen Lebenspartners ebenfalls als Kind an.[3] Das Kind erlangt so die rechtliche Stellung eines gemeinschaftlichen Kindes der Ehegatten bzw. der Lebenspartner.

Schließlich kann nach § 1754 Abs. 1 BGB ein Ehepaar gemeinsam ein Kind annehmen. Nicht möglich ist es allerdings, als nicht eheliche Lebensgemeinschaft gemeinsam ein Kind anzunehmen. Auch Lebenspartner können nicht gemeinsam adoptieren.

Vorbehalte: Kindeswohl in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften

Nach § 1741 Abs. 1 Satz 1 BGB ist generell Voraussetzung für eine Adoption, dass sie dem Wohl des Kindes dient.

Dass gleichgeschlechtliche Paare nicht gemeinsam ein fremdes Kind adoptieren dürfen, wird bislang mit einer vermeintlichen Gefährdung des Kindeswohls begründet. Es sei für Kinder negativ, bei gleichgeschlechtlichen Eltern aufwachsen zu müssen. Sie würden von Mitschülern gehänselt und erlernten nicht das gegengeschlechtliche Rollenverhalten. Allerdings hat der Gesetzgeber die Stiefkindadoption gleichgeschlechtlichen Paaren bereits ermöglicht – und sieht in diesem Fall das Kindeswohl durch das Aufwachsen in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft offenkundig nicht gefährdet.

Nicht nur die gemeinsame Adoption eines fremden Kindes, auch die sogenannte Sukzessivadoption ist Lebenspartnern hingegen derzeit verwehrt. Im Gegensatz zu

1 BVerfG 1 BvF 3/05. | **2** § 1749 Abs. 1 BGB und § 9 Abs. 6 Lebenspartnerschaftsgesetz (LPartG). | **3** § 1754 BGB, § 9 Abs. 7 LPartG.

Ehepartnern ist es ihnen also nicht möglich, das bereits vom Partner oder der Partnerin angenommene Kind ebenfalls anzunehmen und so zum gemeinsamen Kind zu machen.[4] Aus dieser Regelung folgt eine rechtliche Benachteiligung des in einer Lebenspartnerschaft aufwachsenden Kindes, das nur von einem Partner adoptiert wurde. Denn im Fall einer Trennung ist zum Beispiel die sorgerechtliche Regelung von vornherein festgelegt und kann nicht nach dem Kindeswohl entschieden werden. Dem Partner oder der Partnerin, der oder die nicht das Adoptivelternteil ist, entstehen keine Unterhaltsverpflichtungen. Das Kind ist ihm oder ihr gegenüber auch nicht erbberechtigt. Es ist also deutlich schlechter abgesichert als ein adoptiertes Kind miteinander verheirateter Eltern – auch wenn eine faktische Eltern-Kind-Beziehung besteht: Das ist eine Ungleichbehandlung, die nicht der Orientierung am Kindeswohl entspricht.

Die gesellschaftliche Realität zeigt uns, dass heute bereits viele Kinder mit zwei Müttern oder zwei Vätern aufwachsen. Von Defiziten dabei wurde noch nicht berichtet. Dies deckt sich mit sozialwissenschaftlichen Studien, die zu dem Ergebnis kommen, dass nicht das Geschlecht der Eltern für die Entwicklung der Kinder maßgeblich prägend ist, sondern die Qualität der jeweiligen Eltern-Kind-Beziehung das entscheidende Faktum bildet. Die im Jahr 2009 vom Bundesministerium der Justiz veröffentlichte Studie des Instituts für Familienforschung an der Universität Bamberg[5] hat ergeben, dass die Faktoren, die auf die Entwicklung der Kinder und Jugendlichen Einfluss haben, ähnlich sind – unabhängig davon, ob sie mit einem alleinerziehenden Elternteil, mit Vater und Mutter oder mit zwei Vätern oder zwei Müttern aufwachsen. Nicht die Zusammensetzung der Familie ist entscheidend, sondern die Qualität der Beziehungen innerhalb der Familie. Unerheblich ist hierbei, ob es sich um eine „klassische“ Familie oder das Modell der „Regenbogenfamilie“ handelt. Kinder und Jugendliche aus Lebenspartnerschaften entwickeln sich laut den Ergebnissen der Studie ebenso gut wie Kinder, die in anderen Familienformen aufwachsen. Sowohl in der Beziehungsqualität zu ihren Eltern als auch in ihrer psychischen Anpassung unterscheiden sie sich nur wenig (vgl. Rupp 2009: 308).

Elternschaft begründet sich sozial und nicht nur körperlich. Wo Kinder geliebt werden, wachsen sie auch gut und geborgen auf. Und es ist gar nicht einzusehen, warum zwei Erwachsene, die gemeinsam für ein Kind sorgen, nicht auch gemeinsam die volle rechtliche Verantwortung für das Kind übernehmen sollten.

Es ist nur noch ein kleiner Schritt zum vollen Adoptionsrecht

Die noch bestehende Ausnahmeregelung für das Adoptionsrecht von Lebenspartnern ist die letzte größere rechtliche Hürde, die genommen werden muss. Dazu gibt es zwei Möglichkeiten: Entweder ermöglicht der Gesetzgeber die gemeinsame Adoption über eine Novellierung des Lebenspartnerschaftsgesetzes[6] oder er öffnet das Institut der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare.[7] Dann erledigen sich auf einen Schlag alle Sonderregelungen. Der mit der „Aktion Standesamt" 1992 begonnene Weg zur rechtlichen Gleichstellung könnte damit zu einem folgerichtigen Abschluss gebracht werden. Man darf gespannt sein, welche Wege sich das Land Bayern dann einfallen lässt, um dem gesellschaftlichen Fortschritt noch eine Zeit lang ein bisschen hinterherzuhinken.

4 Das OLG Hamburg hält das für eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung und hat die Frage deshalb dem Bundesverfassungsgericht vorgelegt (OLG Hamburg, Beschluss vom 22.12.2010, 2 Wx 23/09). | **5** Rupp, Martina (Hrsg.): *Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften*. Köln 2009. | **6** So der Beschluss Nr. 70 des Bundesparteitags der SPD vom 06.12.2011 *„Ungleichbehandlung im Adoptionsrecht"*. Abrufbar unter: www.spd.de/linkableblob/22014/data/70_beschluss_adoptionsrecht_ii.pdf. | **7** So der Beschluss Nr. 68 des Bundesparteitags der SPD vom 06.12.2011 *„Öffnung der Ehe"*. Abrufbar unter: www.spd.de/linkableblob /22004/data/68_beschluss_ehe.pdf. Der Antrag *„Recht auf Eheschließung auch gleichgeschlechtlichen Paaren ermöglichen"* der SPD-Bundestagsfraktion vom 14.12.2011 (BT-Drucksache 17/8155) fordert die Bundesregierung auf, einen entsprechenden Gesetzentwurf vorzulegen. Dieser Antrag und ein Gesetzentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (*„Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts"*, BT-Drucksache 17/6343) wurden am 09.05.2012 im Rechtsausschuss des Bundestages mit den Stimmen der Koalition und gegen die Stimmen der Oppositionsparteien abgelehnt.

Brigitte Zypries

06 | The Right to Adoption for Rainbow Families
Family Constellations between Prejudice and Reality

Change requires acceptance – acceptance takes time

The path to legal equality for lesbians and gay men is long and progress has been slow, and every step had to be fought for. That was – and still is – arduous. But there is also an upside to the slowness of this process: society has more time to alter its thinking.

Let us just think back: in 1992 the provocative Aktion Standesamt *(Civil Registry Action) left much of the population shaking of their heads and displaying an utter lack of comprehension, but it also gave rise to a public debate. The Life Partnership Act, adopted in 2001, was accepted by civil society, yet it was twice contested by CDU/CSU before the Federal Constitutional Court. Without support from Karlsruhe (the seat of the court) we would never have come as far as we are today. The weddings between couples of the same sex at German civil registries were already greeted with approval by the wider public and observed with friendly interest. The initially discriminatory competency regulations in individual Länder – such as in Bavaria, where life partnerships had to be concluded in the presence of a notary – already seemed petty and malevolent at that point in time. By 2009, Bavaria already corrected this situation, while Baden-Württemberg (where life partnerships were originally concluded in the offices of district administrations) was the last of the Länder to do so, namely after the red-green government came into power in Baden-Württemburg in December of 2011. Today, weddings that take place in civil registries (also required for heterosexual couples) and the Life Partnership Act are a normal part of everyday life.*

The adoption of stepchildren by gay men and lesbians – no longer a controversial topic

Many parents who already have children enter into life partnerships. Hence, from the very beginning, the question arose as to whether their gay and lesbian partners would also want to adopt their children. What was initially unimaginable for most citizens of the Federal Republic of Germany, who believed children needed a father and a mother in order to develop positively, gradually began to be seen this in a milder light. In 2005, an amended version of the Life Partnership Act came into force; it allowed lesbians and gay men to adopt their partner's child or children. This "stepparent adoption" no longer led to the social uproar that initially gripped conservative circles – this was certainly also due to the fact that many prominent figures made their adoptions public. Even Bavaria rescinded the application for judicial review of the law allowing the adoption of stepchildren that it had submitted to the Federal Constitutional Court and the court ultimately dismissed the proceedings. The reasoning behind the dismissal was that a public interest in the continuation of the proceedings was not evident.[1]

Anyone who takes the time to review the phases that have led to normalisation, easily recognises that we, over the long or the short term (and, hopefully, not all too long), will see full rights to adoption granted.

Illogical: Each person alone can adopt, but together it is prohibited

Where do we stand today? Who is allowed to adopt according to current law? First of all, it is not possible for married adults over the age of 25 to adopt a child on their own. If an adult is married or living in a partnership, the agreement of the spouse or partner is required.[2] It is also possible to adopt stepchildren – that means that one spouse or partner takes on the child or children of the other spouse or partner as her or his child or children.[3] The child in question thus attains the legal status of a common child of both spouses or partners.

Finally, it is also possible, according to Art. 1754, paragraph 1 of the German Civil Code, for a married couple to jointly adopt a child. It is, however, not possible for a couple that is not married to jointly adopt a child. And life partners are also not allowed to adopt jointly.

Reservations: The welfare of the child in same-sex partnerships

According to Art. 1741, paragraph 1 clause 1 of the German Civil Code, a general precondition for an adoption is that it serves to benefit the child.

The reason usually cited for prohibiting the adoption of children by same-sex couples is an assumed endangerment of the child's welfare. It is assumed that growing up with parents of the same sex has a negative influence. It is assumed that such children would be teased by their classmates and would never become familiar with behaviour that corresponds with the role of the opposite sex. Nevertheless, lawmakers have been allowing partners in same-sex couples to adopt stepchildren – and apparently sees no danger to the welfare of children who grow up in such same-sex partnerships.

Life partners are not only prohibited from jointly adopting children, but also from concluding what is called a successive adoption, i.e., in contrast to married couples, they are not allowed to adopt a child that was previously adopted by a partner, thus making it the

1 BVerfG 1 BvF 3/05. | **2** Art. 1749 paragraph 1 German Civil Code (BGB) and Art. 9 paragraph 6 of the Life Partnership Act. | **3** Art. 1754 German Civil Code, Art. 9 paragraph 7 of the Life Partnership Act.

common child of both partners.[4] A consequence of this regulation is the legal discrimination of children growing up in life partnerships, who can thus only be the adopted child of one of the partners. In cases of separation this means that the custody of the child is already determined and cannot be decided according to what is best for the child. The partner who is not the adoptive parent is also not required to pay child support. The child is also not entitled to inherit from this partner. Hence, they are much worse off in terms of their personal and their financial security than the adopted children of parents who are married – despite the possible existence of a parent-child-relationship. This represents a case of discrimination that does not reflect an orientation on the welfare of the child.

Today, it is a social reality that many children are already growing up with two mothers or two fathers. And there have been no reports of any resulting deficits. This is in keeping with the results of studies in the social sciences, which come to the conclusion that it is not the sex of the parents that is a determining factor for the development of a child, but rather the quality of the parent-child relationship. A study by the Institute for Family Research at the University of Bamberg,[5] published by the German Federal Ministry of Justice in 2009, showed that the factors that influence the development of children and adolescents are similar – regardless of whether they grow up with a single parent, with a father and a mother, or with two fathers and two mothers. It is not the composition of the family that is decisive, but rather the quality of the relationships within the family. It is of little or no consequence in this conjunction whether we are talking about a "classic" family or a "rainbow family". According to the results of the study, children and adolescents whose parents live in life partnerships develop just as well as children who grow up in other family constellations. They exhibited little difference, both with regard to the quality of their relationships with their parents and with regard to their psychological adjustment (cf. Rupp 2009: 308).

Parenthood is not only based on a biological but also on a social relationship. Where children are loved, they grow up feeling happy and secure. And there is no apparent reason why two adults who jointly care for a child should not be allowed to jointly assume the full legal responsibility for the child.

It is now only just one short step to full adoption rights

The exceptions still in effect with regard to the adoption rights of life partners are the last major legal hurdle that needs to be taken. There are two options in this regard: either lawmakers allow joint adoptions by amending the Life Partnership Act[6] *or they provide same-sex couples access to the institution of marriage.*[7] *Then all of the special regulations will become redundant. The journey down the path to legal equality, which was embarked upon with the initiation of the* Aktion Standesamt *in 1992, could thereby be brought to a logical conclusion. Then we can look forward to seeing what measures Bavaria comes up with in order to ensure that it hobbles just a little behind in the march towards social progress.*

4 The Higher Regional Court in Hamburg considers this a case of unconstitutional discrimi-nation and therefore referred the question to the Federal Constitutional Court (Higher Regional Court Hamburg, decision dated December 22, 2010, 2 Wx 23/09). | **5** Rupp, Martina (ed.): *Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften*. Cologne, 2009. | **6** Thus decision No. 70 of the SPD National Party Convention of December 6, 2011 *"Ungleichbehandlung im Adoptionsrecht"* (Inequality in Adoption Law). Accessible under: www.spd.de/linkableblob/22014/data/70_beschluss_adoptionsrecht_ii.pdf. | **7** Thus decision No. 68 of the SPD National Party Convention of December 6, 2011 *"Öffnung der Ehe"* (Opening the Institution of Marriage). Accessible under: www.spd.de/linkableblob/22004/data/68_beschluss_ehe.pdf. The proposition *"Recht auf Eheschließung auch gleichgeschlechtlichen Paaren ermöglichen"* (Making it Possible for Same-Sex Couples to Marry) submitted by the SPD faction in the Bundestag on December 14, 2011 (BT-Drucksache 17/8155) calls upon the federal government to submit a corresponding draft law. This proposition and a draft law submitted by the BÜNDNIS90/DIE GRÜNEN faction (*"Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts"* – Draft Law for Introducing the Right of Persons of the Same Sex to Marry, BT-Drucksache 17/6343) was rejected on May 9, 2012 in the Judicial Committee of the Bundestag by votes from the ruling coalition and against the votes of the opposition parties.

Maria Sabine Augstein

07 | Transsexuelle und Verfassungsrecht
Verfassungsgerichtsentscheidungen zur Transsexualität

1. Die Grundsatzentscheidung von 1978

Schon dass Transsexuelle (jedenfalls nach Durchführung einer geschlechtsanpassenden Operation) die rechtliche Anerkennung ihrer neuen Geschlechtszugehörigkeit einschließlich entsprechender Vornamen erhalten konnten, verdankten sie dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG). Dieses entschied mit Beschluss vom 11. Oktober 1978 (Aktenzeichen – Az – 1 BvR 16/72), dass Art. 2 Abs. 1 GG (freie Entfaltung der Persönlichkeit) in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG (Würde des Menschen) es gebieten, den Geschlechtseintrag im Geburtenbuch jedenfalls dann zu berichtigen, wenn es sich um einen irreversiblen Fall von Transsexualismus handelt und eine geschlechtsanpassende Operation durchgeführt wurde.

Dies hatte die weit überwiegende Rechtsprechung bis hin zum Bundesgerichtshof (Beschluss vom 21.09.1971, Az IV ZB 61/70) bis dahin abgelehnt. Erstmals wurde hier die Rechtsfigur des aus Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG abgeleiteten Allgemeinen Persönlichkeitsrechts auf einen Sachverhalt aus dem Bereich der geschlechtlichen Identitäten angewandt.

2. Politische Bemühungen zur Lösung des Transsexuellenproblems

Zwar hatte sich eine Gruppe Hamburger Bundestagsabgeordneter der SPD schon seit 1972 um eine politische, gesetzgeberische Lösung bemüht (zu nennen sind hier insbesondere die damaligen Abgeordneten Dr. Claus Arndt und Dr. Rolf Meinecke), doch diese Bemühungen hatten bis dahin (1978) noch keinen Erfolg gebracht. Es dauerte vier Jahre, bis die damalige SPD/FDP-Bundesregierung sich überhaupt ernsthaft mit dem Problem der Transsexualität zu beschäftigen bereit war. Auch in den Reihen der sozialliberalen Koalition gab es massive Vorbehalte, wie folgende Episode verdeutlichen mag:

Im Rahmen einer Expertenanhörung vor dem Bundesjustizministerium 1975 äußerten Vertreter des Ministeriums die Befürchtung, dass homosexuelle Männer über den „Umweg" der Transsexualität und Zuerkennung der weiblichen Geschlechtszugehörigkeit einen anderen Mann heiraten könnten. Es wurde offen ausgesprochen, dass das Ministerium davon ausging, dass Ärzte durch Ausstellen einer falschen Bescheinigung daran mitwirken würden. Dies berichtete mir einer der geladenen Experten.

Hier ist daran zu erinnern, dass die Strafvorschriften gegen männliche Homosexualität in der nationalsozialistischen Fassung in der Bundesrepublik bis 1969 galten. Erst

seit 1973, also zwei Jahre vor dieser Anhörung, waren homosexuelle Beziehungen unter mindestens 18 Jahre alten Männern straffrei.

Die Vorurteile des Bundesjustizministeriums gegenüber Transsexuellen wurden auch in seiner Stellungnahme vom 7. April 1975 an das BVerfG deutlich. Das Justizministerium hielt die Verfassungsbeschwerde (die dann Erfolg hatte, s. o.) für unbegründet, weil persönliche Eigenheiten, die Ausdruck einer abnormen Entwicklung seien, nicht unter dem Schutz des Grundgesetzes stünden. Ausdrücke wie abnorme Entwicklung, Fehlidentifikation, sexuelle Störung tauchten in dieser Stellungnahme mehrfach auf. Da das BVerfG in seiner Entscheidung zum Ausdruck brachte, dass eine gesetzliche Regelung wünschenswert sei, kam es zur Verabschiedung des Transsexuellengesetzes (TSG), das am 1. Januar 1981 in Kraft trat.

Abgesehen von den geschilderten Vorurteilen waren es dann falsche Zahlen aus Schweden, dem bis dahin einzigen Land mit einem Transsexuellengesetz, die mit dazu beitrugen, dass das TSG äußerst restriktiv ausgefallen ist. Die Deutsche Botschaft in Stockholm hatte kolportiert, man habe herausgefunden, dass es in Schweden sieben bis acht Transsexuelle je 1.000 Einwohner gebe. Dies wären circa 60.000 Transsexuelle in einem Land mit sieben bis acht Millionen Einwohnern. Die zuständige schwedische Sozialbehörde teilte mir mit, es gebe keine statistischen Erhebungen zu dieser Frage, sie könne diese Zahlen nicht bestätigen. Sie teilte weiter mit, dass es in acht Jahren (von 1975 bis 1982) insgesamt 71 Personenstandsänderungen gegeben habe, also in etwa so viele wie in der alten Bundesrepublik in einem Jahr! (vgl. die Untersuchung von Osburg, Susanne/Weitze, Cordula: Betrachtungen über zehn Jahre Transsexuellengesetz. In: Recht und Psychiatrie 1993, S. 94ff, 100). Wenn die genannte Größenordnung gestimmt hätte, hätte es sehr viel mehr Personenstandsänderungen in Schweden geben müssen!

3. Aufhebung der Altersgrenzen

Eine gravierende und für die Betroffenen absolut unzumutbare Einschränkung des TSG waren die Altersgrenzen. In einem Land mit einer Volljährigkeitsgrenze von 18 Jahren sah das TSG sowohl für die kleine Lösung, die bloße Vornamensänderung, als auch die große Lösung, die rechtliche Anerkennung der neuen Geschlechtszugehörigkeit nach Durchführung einer geschlechtsanpassenden Operation, ein Mindestalter von 25 Jahren vor!

Zum Glück erwies sich das BVerfG wiederum (wie noch oft in der Folgezeit) als „Helferin" der Betroffenen. Die Verfassungsbeschwerde einer 21 Jahre alten geschlechtsanpassend operierten Mann-zur-Frau-Transsexuellen hatte Erfolg. Mit Beschluss vom 16. März 1982 (Az 1 BvR 938/81) entschied das Gericht, dass die Altersgrenze von 25 Jahren bei der großen Lösung mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar und daher nichtig ist. Es galt auch keine ersatzweise niedrigere Altersgrenze, sodass im Extremfall auch Minderjährige (mit Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter) die rechtliche Anerkennung ihrer neuen Geschlechtszugehörigkeit erreichen konnten. Zur Begründung führte das BVerfG aus, wenn der Gesetzgeber die geschlechtsanpassende Operation nicht an ein Mindestalter binde, habe er bei der Folgeregelung, der rechtlichen Anerkennung der neuen Geschlechtszugehörigkeit, keinen Gestaltungsspielraum mehr für die Festlegung einer Altersgrenze.

Mit Beschluss vom 26. Januar 1993 (Az 1 BvL 38/92, 40/92 und 43/92) erklärte das BVerfG dann auch die Altersgrenze von 25 Jahren bei der kleinen Lösung für mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar und nichtig. Auch in diesem Bereich galt keine ersatzweise niedrigere Altersgrenze.

Diese Entscheidung enthält grundlegende Ausführungen zum Verständnis des Gleichheitssatzes. Der Gesetzgeber unterliege einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse, wenn es sich um die Ungleichbehandlung von Personengruppen handele, wenn die Betroffenen nicht in der Lage seien, durch ihr Verhalten die Verwirklichung der Merkmale zu beeinflussen, nach denen unterschieden werde, oder wenn sich die Ungleichbehandlung nachteilig auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten auswirken könne (BVerfG NJW 1993, S. 1517).

4. Recht auf die dem Zugehörigkeitsempfinden entsprechende Anrede schon mit der bloßen Vornamensänderung

Mit Beschluss vom 15. August 1996 (Az 2 BvR 1833/95) entschied das BVerfG, dass Transsexuelle bereits nach einer Vornamensänderung aufgrund von Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG Anspruch darauf haben, entsprechend ihrem Zugehörigkeitsempfinden angeredet und angeschrieben zu werden. Eine sehr wichtige Entscheidung im Zeitalter der Computerisierung, in der viele Behördenschreiben, wie zum Beispiel Wahlbenachrichtigungen, im zentral gesteuerten Massenversand erfolgen und die Anrede „Herr" oder „Frau" automatisch nach der im Melderegister gespeicherten, also der personenstandsrechtlichen Geschlechtszugehörigkeit erfolgt, die ja durch die Vornamensänderung nicht geändert wird. Briefe

an „Herrn Ingrid Meier“ oder „Frau Andreas Schulze“ sind nach wie vor verfassungswidrig und die Schwierigkeiten bei der Programmierung der Computer keine Entschuldigung!

5. Zum Engagement von Manfred Bruns

Seit Mitte der 1980er-Jahre engagiert sich Manfred Bruns für homosexuelle Menschen auf der rechtlichen und, was ebenso wichtig ist, der gesellschaftlichen Ebene. Er hat sehr viel dazu beigetragen, dass sich ein liberaleres Klima in der Gesellschaft entwickelt hat, nicht nur für Lesben und Schwule, sondern für alle Menschen, die anders sind. Damit hat er auch für Transsexuelle einen unschätzbaren Dienst geleistet und leistet ihn noch heute.

Manfred Bruns ist im Bundesvorstand des LSVD allzuständig für das Thema Recht, für Rechtspolitik (Schreiben von Briefen, Gesetzentwürfen, Teilnahme an Anhörungen) und die Betreuung gerichtlicher Verfahren. Auf seine Veranlassung hin hat der LSVD die Belange von Transsexuellen in sein Programm aufgenommen und setzt sich für ein selbstbestimmtes Leben der Betroffenen ein: Entwürdigende Prozeduren im Rahmen der TSG-Verfahren (Notwendigkeit zweier Gutachten) und der Prüfung der Kostenübernahme für geschlechtsanpassende Maßnahmen durch die Krankenkassen sollen abgeschafft werden.

Im Rahmen verfassungsgerichtlicher Verfahren werden die Betroffenenverbände vom BVerfG angehört und erhalten Gelegenheit zur Stellungnahme. Manfred Bruns arbeitet für den LSVD diese Stellungnahmen auch in Transsexuellensachen aus.

Und last, not least haben wir es ganz wesentlich Manfred Bruns zu verdanken, dass es zur Verabschiedung des Lebenspartnerschaftsgesetzes (LPartG) gekommen ist. Außerdem konnte er mit seinem Vortrag in der mündlichen Verhandlung vor dem BVerfG (die Länder Bayern, Sachsen und Thüringen hatten gegen das LPartG geklagt) erreichen, dass das BVerfG ein Abstandsgebot im Verhältnis der eingetragenen Lebenspartnerschaft zur Ehe ausdrücklich verneinte (Urteil vom 17.07.2002, Az 1 BvF 1/01 und 2/01,BVerfG E 105, S. 313ff, 348).

6. Die Anerkennung der homosexuellen Transsexualität

Das LPartG war wiederum eine entscheidende Voraussetzung dafür, dass weitere Verfahren vor dem BVerfG gegen die im TSG vorgesehenen Einschränkungen mit Erfolgsaussicht überhaupt begonnen werden konnten.

Dies betraf zum einen die partnerschaftlichen Möglichkeiten Transsexueller. Der Gesetzgeber wollte erklärtermaßen nicht nur die gleichgeschlechtliche Ehe verhindern, sondern bereits deren Anschein. Deshalb bestimmte § 7 Abs. 1 Nr. 3 TSG, dass eine Vornamensänderung kraft Gesetzes unwirksam wird, wenn die oder der Betroffene eine Ehe schließt. Das hätte bedeutet, dass die oder der Betroffene wieder die alten, seinem oder ihrem Geschlechtsempfinden widersprechenden Vornamen führt. Eine lesbische Mann-zur-Frau-Transsexuelle mit Vornamensänderung konnte daher keine rechtlich abgesicherte Partnerschaft mit einer Frau eingehen. Und eine eingetragene Lebenspartnerschaft nicht, da es an dem Erfordernis der Gleichgeschlechtlichkeit fehlte (die Transsexuelle war ja personenstandsrechtlich noch männlichen Geschlechts). Eine Eheschließung war zwar möglich, hätte aber zum Verlust der weiblichen Vornamen geführt. Für schwule Frau-zum-Mann-Transsexuelle galt natürlich das Gleiche: Eine rechtlich abgesicherte Partnerschaft mit einem Mann war nicht möglich, jedenfalls nicht unter Aufrechterhaltung der Vornamensänderung.

Diese Gesamtsituation war für gleichgeschlechtlich orientierte Transsexuelle unzumutbar und wurde vom BVerfG zu Recht als verfassungswidrig beanstandet (Nikolausbeschluss vom 06.12.2005, Az 1 BvL 3/03). Damit war die homosexuelle Transsexualität höchstrichterlich anerkannt. Verletzt waren das durch Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Namensrecht und das Recht auf Schutz der Intimsphäre.

Außerdem sprach das BVerfG deutlich aus, dass jeder Mensch aus dem Grundgesetz einen Anspruch darauf hat, mit jedem anderen Menschen egal welchen Geschlechts eine rechtlich abgesicherte Partnerschaft eingehen zu können. Das BVerfG stellte klar, dass der Gesetzgeber den Betroffenen jedenfalls die Möglichkeit der Eingehung einer eingetragenen Lebenspartnerschaft einräumen muss, wenn er schon nicht die Vorschrift des § 7 Abs. 1 Nr. 3 TSG streichen und so die Eingehung einer Ehe unter Aufrechterhaltung der Vornamensänderung ermöglichen wollte.

Gleichzeitig erklärte das BVerfG diese Vorschrift bis zum Inkrafttreten einer verfassungskonformen Neuregelung durch den Gesetzgeber auf dem Wege einer einstweiligen Anordnung für unanwendbar. Der Gesetzgeber ist bis heute nicht tätig geworden, sodass Transsexuelle mit Vornamensänderung heiraten können, ohne ihre neuen Vornamen zu verlieren.

Ohne das Rechtsinstitut der eingetragenen Lebenspartnerschaft hätte das BVerfG vor einer Alles-oder-Nichts-Situation gestanden. Es hätte nur die Aufrechterhaltung der Vornamensänderung trotz Eheschließung zulassen oder ablehnen können. So aber gab es den Mittelweg, dem Gesetzgeber die Ermöglichung einer eingetragenen Lebenspartnerschaft als verfassungsrechtlich gebotenes Minimum vorzugeben.

7. Die Öffnung des TSG für ausländische Transsexuelle

Die Möglichkeiten des TSG waren nur für Deutsche im Sinne des Art. 116 GG und anerkannte Asylberechtigte eröffnet, da der Gesetzgeber einen Transsexuellentourismus befürchtet hatte. (Die anderen beiden Fallgruppen – Staatenlose oder heimatlose Ausländer mit Aufenthalt in Deutschland – spielten in der Praxis keine Rolle.) Auch diese Einschränkung erklärte das BVerfG mit dem Beschluss vom 18. Juli 2006 für verfassungswidrig (Az 1 BvL 1/04 und 12/04). Nach dieser Entscheidung muss das TSG denjenigen Ausländern und Ausländerinnen offenstehen, die sich rechtmäßig und nicht nur vorübergehend in Deutschland aufhalten und deren Heimatrecht keine vergleichbaren Regelungen kennt.

Auch die Möglichkeit dieses Verfahrens verdanken wir dem LPartG. Ohne dieses hätte die Beschwerdeführerin, eine geschlechtsanpassend operierte Mann-zur-Frau-Transsexuelle aus Thailand, gar keine Aufenthaltserlaubnis für Deutschland erhalten können. Da Thailand Geschlechtsumwandlungen rechtlich nicht anerkennt und für die Ehefähigkeit das Heimatrecht maßgeblich ist, konnte sie (personenstandsrechtlich männlichen Geschlechts) ihren deutschen Partner nicht heiraten. Sie konnte aber mit ihrem Partner eine eingetragene Lebenspartnerschaft eingehen und deshalb eine Aufenthaltserlaubnis erhalten, was ihr dann die Möglichkeit gab, in Deutschland für die Anerkennung ihrer weiblichen Geschlechtszugehörigkeit zu streiten (mit Erfolg, Beschluss des AG München vom 06.11.2007, Az 722 UR III 208/07).

8. Kein Scheidungszwang für die Feststellung der neuen Geschlechtszugehörigkeit

Nachdem der Gesetzgeber bezüglich der Regelung des § 7 Abs. 1 Nr. 3 TSG nicht tätig geworden ist (s. o. Absatz 6) und dies auch nicht beabsichtigt (so der Vertreter des Bundesinnenministeriums bei einem Fachgespräch „Transsexuellenrecht“ in Berlin), ging das BVerfG noch einen Schritt weiter und eröffnete die Möglichkeit einer Ehe, in der beide Partner oder Partnerinnen auch personenstandsrechtlich gleichen (hier weiblichen) Geschlechts waren.

§ 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG sah vor, dass verheiratete Transsexuelle sich vor der rechtlichen Anerkennung der neuen Geschlechtszugehörigkeit scheiden lassen mussten. Dieser Scheidungszwang war nicht verfassungskonform (Beschluss des BVerfG vom 27.05.2008, Az 1 BvL 10/05). Dem Gesetzgeber wurden mehrere Wahlmöglichkeiten zur Herstellung eines verfassungsmäßigen Zustandes eingeräumt. So könne er die Ehe ab Rechtskraft der Anerkennung der neuen Geschlechtszugehörigkeit der transsexuellen Ehepartnerin in eine eingetragene Lebenspartnerschaft oder in eine rechtlich abgesicherte Lebensgemeinschaft sui generis (d. h. eigener Art) überführen, müsse dabei aber sicherstellen, dass dem Paar die Rechte aus der Ehe ungeschmälert erhalten bleiben.

Angesichts der geringen Zahl der betroffenen verheirateten Transsexuellen könne sich der Gesetzgeber aber auch dafür entscheiden, verheirateten Transsexuellen die Möglichkeit der rechtlichen Anerkennung ihres geänderten Geschlechts bei Fortführung ihrer Ehe zu eröffnen und dafür § 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG zu streichen. Wegen des Schutzes, der den bestehenden Ehen aus Art. 6 Abs. 1 GG zukomme, wäre dies auch angesichts dessen, dass die Ehe als Lebensgemeinschaft von Mann und Frau durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützt sei, verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Diese Entscheidung erging mit 8 : 0 Richterstimmen! Der Gesetzgeber hat sich für diese letzte Möglichkeit entschieden und § 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG aufgehoben. Auch für dieses Verfahren war es sehr wichtig, dass es das Institut der eingetragenen Lebenspartnerschaft bereits gab und das BVerfG nicht vor die Wahl, Ehe und Personenstandsänderung ja oder nein gestellt war.

Hieraus wird deutlich, wie das Rechtsinstitut der eingetragenen Lebenspartnerschaft eine Eigendynamik entfaltete und zu immer weiterer Liberalisierung geführt hat. Auch wenn sich aus dieser Entscheidung des BVerfG der Zugang zur gleichgeschlechtlichen Eheschließung nicht direkt ableiten lässt, sollte dieser Prozess der Liberalisierung auf der politisch-gesellschaftlichen und parlamentarischen Ebene weitergeführt werden, mit dem Ziel, dass die Ehe für lesbische und schwule Paare allgemein geöffnet wird. Ein solches Gesetz bedarf keiner Verfassungsänderung und auch nicht der Zustimmung des Bundesrates.

Manfred Bruns und mit ihm der LSVD setzen sich für dieses Ziel ein.

9. Auch Operation und Fortpflanzungsunfähigkeit nicht mehr erforderlich

Das BVerfG hat auch die Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 Nr. 3 und 4 TSG (Durchführung einer geschlechtsverändernden Operation und dauernde Fortpflanzungsunfähigkeit) für die rechtliche Zuordnung zum neuen Geschlecht als verfassungswidrig beanstandet (Beschluss vom 11.01.2011, Az 1 BvR 3295/07).

Eine lesbische Mann-zur-Frau-Transsexuelle mit Vornamensänderung, die nicht geschlechtsanpassend operiert war, machte geltend, dass eine Eheschließung mit ihrer Partnerin (die ja seit 2005 möglich war, s. o. Absatz 6) sie in die Rolle des Ehemannes drängen würde, dies aber mit ihrer lesbischen Orientierung nicht vereinbar sei. Eine eingetragene Lebenspartnerschaft könne sie aber nicht eingehen, da die Feststellung der weiblichen Geschlechtszugehörigkeit an die Erfordernisse einer geschlechtsanpassenden Operation und der dauernden Fortpflanzungsunfähigkeit geknüpft sei. Das BVerfG folgte dieser Argumentation. Auf dem Wege einer einstweiligen Anordnung erklärte es diese Vorschriften bis zu einer gesetzlichen Neuregelung für unanwendbar.

Einige Gerichte haben unter Missachtung der einstweiligen Anordnung des BVerfG die Verfahren nach § 8 TSG bis zu einer gesetzlichen Neuregelung ausgesetzt. Dies hat das BVerfG als verfassungswidrig beanstandet und klargestellt, dass bis zu einer gesetzlichen Neuregelung Vornamens- und Personenstandsänderung unter den gleichen Voraussetzungen möglich sind (Beschluss vom 27.10.2011, Az 1 BvR 2027/11; Aufhebung eines entgegenstehenden Beschlusses des Oberlandesgerichts Stuttgart).

10. Zum Schluss zwei Wermutstropfen

In personenstandsrechtlichen Angelegenheiten war das BVerfG für die Betroffenen äußerst hilfreich (insgesamt neun erfolgreiche Verfahren bisher). Leider hat es sich bislang nicht in der Lage gesehen, in anderen Dingen einzugreifen, die für die Betroffenen ebenfalls von großer Wichtigkeit sind.

a. Die Bewerbung eines Frau-zum-Mann-Transsexuellen für den Polizeidienst wurde vom Polizeipräsidium unter Hinweis auf die notwendige Hormonbehandlung abgelehnt. Klage und Antrag auf Zulassung der Berufung hatten keinen Erfolg. Trotz einer ausgezeichneten Stellungnahme von Manfred Bruns nahm das BVerfG die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an und begründete diese Entscheidung mit keinem Wort (Beschluss vom 26.10.2011, Az 2 BvR 47/09).

Zwar erlaubt das Gesetz dem BVerfG, von einer Begründung abzusehen. Angesichts der sich hier stellenden verfassungsrechtlichen Fragen (Benachteiligung von Transsexuellen bei der Einstellung im Rahmen des Art. 33 Abs. 2 GG zulässig? Ausdrückliches Verbot der Benachteiligung Behinderter gemäß Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG) war dies jedoch mehr als unbefriedigend.

b. Die gesetzliche Krankenversicherung lehnte die Kostenübernahme für eine Epilationsbehandlung der Barthaare in einem Kosmetikinstitut bei einer Mann-zur-Frau-Transsexuellen ab. Die Klage war in 1. Instanz erfolgreich, da schon der erste Epilationstermin bei einer Hautärztin zu einer Verletzung führte und es außer dieser Ärztin keine Hautarztpraxis gab, die bereit war, die Behandlung durchzuführen. Das Sozialgericht Mannheim berief sich auf eine mit dem Grundrecht der Klägerin auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) nicht vereinbare Versorgungslücke (Urteil vom 08.05.2008, Az S 9 KR 2777/07).

Aufgrund der Berufung der Krankenkasse hob das Landessozialgericht Baden-Württemberg dieses Urteil auf. Die Nichtzulassungsbeschwerde wurde vom Bundessozialgericht als unzulässig verworfen. Auch hier war das BVerfG nicht bereit, die Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung anzunehmen (Beschluss vom 23.08.2011, Az 1 BvR 2359/09).

Vielleicht ist es zu viel verlangt, vom BVerfG die Beseitigung jeglicher Missstände zu erwarten. Das Problem besteht allerdings darin, dass der Gesetzgeber bislang nur dann tätig geworden ist, wenn er vom BVerfG einen ausdrücklichen Auftrag erhalten hat.

Maria Sabine Augstein

07 | Transsexuals and Constitutional Law

Constitutional Court Decisions Related to Transsexuality

1. The landmark decision of 1978

The Federal Constitutional Court (Ger. abbr. = BVerfG) is to thank for the fact that transsexuals (at least after they have undergone sex reassignment surgery) are able to attain legal recognition of their new gender, including a corresponding first name. This resulted from a decision on October 11, 1978 (Ref. No. – 1 BvR 16/72), arguing that Article 2, paragraph1 of the Basic Law (free development of one's personality) in combination with Art. 1, paragraph 1 of the Basic Law (human dignity) require that the sex registered in the birth registry must, at any rate, be corrected in the event of an irreversible case of transsexualism and after sex reassignment surgery has been performed).

Up until then, this had been denied by almost all court rulings, through to the Federal Court of Justice (Decision from September 21, 1971, Ref. No. IV ZB 61/70).
For the first time, the "General Right of Personality" derived from the legal constellation consisting of Art. 1, paragraph 1 and Art. 2, paragraph 1 of the Basic Law was applied to a case involving of sexual identity.

2. Political efforts to solve the transsexual problem

Although a group of SPD members of the Bundestag launched an attempt to find a legal policy solution in 1972 (two of them who were members of the Bundestag at that time, Dr Claus Arndt and Dr Rolf Meinecke, deserve special mention here); their efforts had still not led to success by 1978, the year of the decision. It took four years before the federal government, which consisted of an SPD/FDP coalition at the time, was willing to even seriously consider the problems of transsexuals. There were also massive reservations in the ranks of the social-liberal coalition, as the following episode serves to illustrate:

Within the context of a hearing of experts before the Federal Ministry of Justice in 1975, representatives of the ministry expressed their fears that a homosexual man would be able to marry another man using transsexuality as a "detour" through which he could have himself recognised as a member of the female sex. It was explicitly stated that the ministry entertained the suspicion that doctors might be inclined to collaborate in such plans by providing falsified certifications. This information was provided by one of the invited.

Here, we should remember that the penal provisions against male homosexuality, as formulated by the National Socialists, had remained in force in the Federal Republic up until 1969. Only since 1973, i.e., two years before this hearing, were homosexual relationships between men who were at least 18 years of age exempted from prosecution.

The Federal Ministry's prejudice towards transsexuals was also made clear in a statement submitted to the BVerG on April 7, 1975. Thus, the Federal Ministry of Justice considered the constitutional complaint (which was later successful, s. above) unfounded, because personal characteristics were the result of an abnormal development and were not protected by the Basic Law. The terms "expression of abnormal development", "false identification", and "sexual disorder" are repeatedly used in this statement.

Since the BVerfG had called for a legal regulation in its decision, the Transsexuals' Law (Ger. abbr. = TSG) was passed and came into force on January 1, 1981.

In addition to the prejudices described, inaccurate statistics from Sweden, the only country with a transsexual law up to that point, contributed to the fact that the Transsexuals' Law turned out to be extremely restrictive. The German Embassy in Sweden claimed that it had been discovered that there were 7-8 transsexuals per 1000 inhabitants in Sweden. This would have meant approx. 60,000 transsexuals in a country with only 7- 8 million inhabitants. The responsible Swedish social authorities told me that there had never been a statistical survey regarding this question and that they could not confirm the figures. They also informed me that in 8 years (from 1975 – 1982) a total of 71 changes in sex had been recorded in official registries, i.e., roughly as many as in a single year in the Federal Republic of Germany! (Cf. the study by C. Weitze and S. Osburg "Betrachtungen über zehn Jahre Transsexuellengesetz" in: Recht und Psychiatrie *1993, pp. 94ff, 100.)*

If the figures that were cited had been true, there would have been far more sex changes recorded in official registries in Sweden!

3. Suspension of age limits

The age limits set by the TSG represented a grave and, for those affected, absolutely unacceptable limitation. In a country where the age of consent is 18, the TSG foresaw a minimum age of 25 for both the smaller solution, i.e., changing the first name, as well as for the larger solution, legal recognition of the new gender after sex reassignment surgery!

Luckily, the BVerfG, in turn, proved to be (as so often in the subsequent period) a "helper in need" for those affected. The constitutional complaint lodged by a 21- year-old postoperative man-to-woman-transsexual was successful. In a decision on March 16, 1982 (Ref. No. 1 BvR 938/81), the court decided that the age limit of 25 years for the larger solution represented a breach of Art. 3, paragraph 1 of the Basic Law and was therefore in-

valid. An alternative, lower, age limit was not adopted, so that a new gender could be legally recognised in extreme cases, e.g., minors (with the consent of their legal guardians). In the grounds provided for the decision, the BVerfG argued that since lawmakers had not determined a binding minimum age for sex reassignment operations, they had no leeway in determining a minimum age for the subsequent regulation of the legal recognition of the new gender.

In a decision handed down on January 26, 1993 (Ref. No. 1 BvL 38/92, 40/92 and 43/92) the BVerfG also declared that the age limit of 25 for the smaller solution represented a breach of Art. 3, paragraph 1 of the Basic Law. There was also no valid alternative age limit in this context.

This decision includes fundamental explications of the understanding of the principle of equality. Lawmakers must strictly observe the principle of proportionality in cases of the unequal treatment of groups of people, if those affected are not able to influence the manifestation of the characteristics, according to which a differentiation is made, through their own behaviour, or when the unequal treatment could have a negative effect on their exercising freedoms protected by the Basic Law (BVerfG NJW 1993, p. 1517).

4. The right to be addressed in correspondence with one's personally perceived gender as a result of simply changing one's first name

In its decision of August 15, 1996 (Ref. No. 2 BvR 1833/95), the BVerfG decided that, after changing their first names, transsexuals are already entitled, on the grounds of Art. 2, paragraph 1 of the Basic Law in combination with Art. 1, paragraph 1 of the Basic Law, to be addressed, verbally and in writing, in keeping with the gender to which they feel they belong. This was a very important decision in the age of computerisation, in which many official mailings, such as election notices, are sent through centrally organised mass mailing systems with the address "Mr" or "Ms" automatically adopted according to the information stored in the official registry, i.e., according to the officially registered gender, which is not changed simply because the first name has been changed. Nevertheless, letters addressed to "Mr Ingrid Meier" or "Ms Andreas Schulze" are still unconstitutional and difficulties in programming computers are no excuse!

5. On the work done by Manfred Bruns

Since the mid-1980s, Manfred Bruns has been active in the struggle against the discrimination of homosexuals, both in a legal and, of equal importance, in a social context. He has made a great contribution to the development of a more liberal climate in society, not only for lesbians and gay men, but for all people who are different. By doing so, he has also done transsexuals an immeasurable service and he still does so today.

Manfred Bruns is responsible for all of the issues related to law and legal policy (writing letters, draft laws, participating in hearings) and overseeing legal proceedings for the national board of directors of the LSVD. At his urging, the LSVD adopted transsexual matters as a plank in its programme and works to ensure that transsexuals are able to lead a self-determined life: degrading procedures within the context of the TSG process (the requirement of two expert opinions) and the review of the payment of the costs by the health insurance funds for sex reassignment procedures should be abolished.

Within the context of proceedings before the Federal Constitutional Court, the organisations that represent the affected parties are heard and given an opportunity to express their positions. Manfred Bruns also drafts these position statements on cases involving transsexuals for the LSVD.

And last not least, we are greatly indebted to Manfred Bruns for his efforts to ensure that the Life Partnership Act was ratified. He was also able, through his arguments in the oral proceedings before the Federal Constitutional Court (in response to a complaint against the Life Partnership Act lodged by the Lands of Bavaria, Saxony and Thuringia) to ensure that the BVerfG expressly rejected the argument that a differentiation between registered partnerships and marriages was constitutionally mandated (decision from June 17, 2002, Ref. No. 1 BvF 1/01 and 2/01, BVerfG E 105, pp. 313ff, 348).

6. The recognition of homosexual transsexuality

The Life Partnership Act was, in turn, a decisive prerequisite for the prospective success of subsequent proceedings before the BVerfG against the foreseen limitations in the TSG.

This affected, on the one hand, transsexuals' opportunities for entering into partnerships. The lawmaker clearly wanted not only to prevent marriage between two people of the same sex, but also what could have appeared to be such a union. Therefore, Section 7, paragraph 1 no. 3 of the TSG determines that the change of a first name will become invalid by law when the person in question enters into a marriage. This would have

meant that anyone affected would then have to use his or her old first name, a name which would not reflect the person's perception of their own sex. A lesbian man-to-woman-transsexual with a changed first name could therefore not enter into a legally protected partnership with a woman: not into a registered partnership, because the requirement of the same sex would not be fulfilled (the transsexual was, of course, still male according to her officially registered gender). A marriage was, of course, possible, but it would have led to the loss of the female first name. For a gay woman-to-man-transsexual, the same was, of course, also true: a legally protected partnership with a man was not possible, at least not if the changed first name was to be maintained.

This overall situation was unacceptable for homosexual transsexuals and was correctly declared to be unconstitutional by the BVerfG (decision handed down on December 6, 2005, Ref. No. 1 BvL 3/03). Thus, homosexual transsexuality was recognised by the judges of the highest court. It represented a breach of the naming law and in the right to the protection of privacy guaranteed by Art. 2, paragraph 1 in combination with Art. 1, paragraph 1 of the Basic Law.

In addition, the BVerfG clearly declared its support for the fact that everyone has a right, on grounds of the Basic Law, to enter into a legally protected partnership with any other person, regardless of their sex. The BVerfG clearly determined that lawmakers must, at any rate, provide an opportunity for those affected to enter into a registered life partnership, if it was not willing to strike down the provision in Section 7, paragraph 1, no. 3 TSG and thus make it possible for people to enter into a marriage without forfeiting their changed first names.

At the same time, the BVerfG issued a provisional order declaring this provision inapplicable until a new regulation that conforms with the constitution is adopted by the legislature. Nothing has been undertaken to date, so that transsexuals with changed first names can currently get married without losing their changed names.

Without the legal institution of the registered partnership, the BVerfG would have faced an all-or-nothing situation. It could only have allowed the preservation of the name change despite marriage or rejected it. Hence, there was a solution in between the two options, namely, to instruct the legislature to make it possible for people to enter into a registered partnership as the constitutionally mandated minimum.

7. The opening of the TSG for foreign transsexuals

The options provided by the TSG were only available for Germans (in the sense of Art. 116 of the Basic Law) as well as to people who had been granted political asylum, because lawmakers were afraid of transsexual tourism. (The other two possible groups – foreigners who were stateless or without a homeland but held residency permits in Germany – were irrelevant in actual practice.)

The BVerfG also declared this limitation to be unconstitutional in a decision handed down on July 18, 2006 (Ref. No. 1 BvL 1/04 and 12/04). According to this decision, the options provided by the TSG must also be available to foreigners who live in Germany more than just temporarily, and in whose native countries there is no comparable law.

The options available under this procedure are also something that we owe to the LPartG. Without it, the plaintiff, a post-operative man-to-woman-transsexual from Thailand, would not have been able to receive a residency permit to stay in Germany. Since Thailand does not legally recognise sex changes, and because the law determining the eligibility for marriage in Germany cites the gender, as officially registered in the subject's native country, as a determining factor, she was not able (due to being officially registered as male) to marry her German partner. She was, however, able to enter into a life partnership with her partner and therefore receive a residency permit, which then gave her the opportunity to file a suit for the recognition of her status as a female in Germany (with success, decision handed down by the District Court in Munich on November 6, 2007, Ref. No. 722 UR III 208/07).

8. A divorce cannot be a prerequisite for the registration of the new gender

After lawmakers did nothing in relation to the provisions of Section 7, paragraph 1, no. 3 TSG (in this conjunction, see No. 6), and there also seems to be no intention to do so (according to a representative of the Federal Ministry of Justice during an expert discussion on "Transsexual Law" in Berlin), the BVerfG went a step further and made it possible for two people who were of the same sex, according to the official registry (in this case female), to marry.

Section 8, paragraph 1, no. 2 TSG required married transsexuals to divorce before their new gender could be legally recognised. This divorce requirement was deemed unconstitutional (decision by the BVerfG on May 27, 2008, Ref. No. 1 BvL 10/05). Lawmakers were then provided with a number of options for adopting a constitutional solution. One possibility was to transform the marriage into a registered partnership in the same moment

in which the new gender of the transsexual spouse was recognised or into a legally protected life union sui generis (i.e., of its own kind), in which it must be ensured that the couple is able to retain the same rights as were enjoyed during the marriage.

In view of the low number of married transsexuals affected, lawmakers could also decide to give married transsexuals the possibility of legal recognition of their changed sex while continuing the marriage and could have struck down Section 8, paragraph 1, no. 2 TSG for this purpose. Due to the protection accorded to existing marriages on the basis of Art. 6, paragraph 1 of the Basic Law, this would not be subject to constitutional objections in view of the fact that the marriage as a life union between a man and a woman is protected by Art. 6, paragraph 1 of the Basic Law. This decision was adopted by the judges with a vote of 8 : 0!

Lawmakers decided in favour of this last possibility and suspended Section 8, paragraph 1, no. 2 TSG. It was also very important in these proceedings that the institution of the registered life partnership exists and that the BVerfG was not faced with a choice of yes or no in relation to marriage and the change of the officially registered sex.

This clearly illustrates how the legal institution of the registered life partnership developed its own dynamic and led to greater liberalisation. Even though direct access to the institution of marriage between members of the same sex cannot be derived from this decision by the BVerfG, the process of liberalisation on the political, social and parliamentary levels should be continued with the goal of making it possible for lesbian and gay couples to marry. Such a law would not require any amendments to the constitution and is also not subject to the approval by the Bundesrat.

Manfred Bruns, and with him the LSVD, continue to work towards this goal.

9. Operations and the inability to reproduce are also no longer required

The BVerfG declared the preconditions in Section 8, paragraph 1, nos. 3 and 4 of the TSG (performance of gender reassignment surgery and the permanent inability to reproduce) for the legal registration of a new gender to be unconstitutional (decision from January 11, 2011, Ref. No. 1 BvR 3295/07).

A lesbian man-to-woman transsexual with a changed first name, who had not undergone sex reassignment surgery, charged that marrying her partner (which became possible in 2005, s. No. 6) would force her into the role of a husband, although this could not

be reconciled with her orientation as a lesbian. She could not enter into a registered partnership because a precondition for determining that she was female was an operation and the permanent inability to reproduce. The BVerfG followed this argumentation. In a provisional order, it declared that these requirements could not be imposed until a new legal regulation had been introduced.

Some courts have ignored the provisional order issued by the BVerfG and have suspended all proceedings related to Section 8 TSG until a new legal regulation has been adopted. This was declared unconstitutional by the BVerfG, which clearly stated that until a new legal regulation is adopted, changes in first names and official registrations were possible under the same circumstances (decision handed down on October 27, 2011, Ref. No. 1 BvR 2027/11 suspension of an impending decision by the Higher Regional Court in Stuttgart).

10. In conclusion, two bitter pills

In matters of rights related to the official registration of personal status, the BVerfG has been of great assistance to transsexuals (a total of nine successful court cases to date). Unfortunately, it has yet to see itself in a position to intercede in other matters that are also of great importance for transsexuals.

a) The application submitted by a woman-to-man transsexual for a job as a policeman was refused by the police presidium on grounds of the necessary hormone treatments. A suit and application for the acceptance of an appeal were unsuccessful.

Despite an extraordinary statement prepared by Manfred Bruns, the BVerfG did not accept the constitutional complaint for deliberation and provided no grounds for this decision (handed down on October 26, 2011, Ref. No. 2 BvR 47/09).

While the law does allow the BVerfG to refrain from providing grounds, this was, in view of the constitutional questions posed here (Is the discrimination against the hiring of transsexuals admissible within the context of Art. 33, paragraph 2 of the Basic Law? Express prohibition of the disabled according to Art. 3, paragraph 3, clause 2 of the Basic law) this was more than just disappointing.

b) The statutory health insurance funds refused to cover the costs of the epilation of a beard in a cosmetic institute for a man-to-woman transsexual.

The suit was successful in the initial court proceedings, because an epilation undertaken by a dermatologist had already caused injuries and there was, with the exception of this one dermatologist, no other doctor who was willing to provide the treatment. The Social Welfare Court in Mannheim based its decision on the lack of available care that was irreconcilable with the plaintiff's basic right to physical integrity (Art. 2, paragraph 2, clause 1 of the Basic Law, in a decision handed down on May 8, 2008, Ref. No. S 9 KR 2777/07).

In response to an appeal by the statutory health insurance fund, the Social Welfare Court of the Land of Baden-Württemberg overturned this decision. A constitutional complaint against the disallowance of an appeal was overruled by the Federal Social Welfare Court as inadmissible. Here, again, the BVerfG was not willing to accept the Constitutional complaint for the purpose of a decision (decision from August 23, 2011, Ref. No. 1 BvR 2359/09).

Perhaps it is too much to expect the BVerfG to eliminate every type of grievance. However, the problem is that lawmakers have only then taken action, when they were directly instructed to do so by the BVerfG.

Axel Blumenthal

08 | Gesundheitsförderung für schwule Männer und andere Männer, die Sex mit Männern haben

Strukturelle Präventionsarbeit

Programme zur Gesundheitsförderung für schwule Männer und Männer, die Sex mit Männern haben (MSM), setzen voraus, dass zugleich auch die Verfolgung, Diskriminierung und Stigmatisierung bekämpft werden. Eine sinnvolle Präventionsarbeit zu HIV oder anderen sexuell übertragbaren Infektionen (STI) darf sich nicht in der Ausgabe von Kondomen und Gleitmitteln erschöpfen. Voraussetzungen für Schutz und Safer Sex-Praktiken sind Selbstvertrauen, starkes Selbstbewusstsein, Selbstwertgefühl und Selbstachtung. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben oder werden sie durch Selbsthass und Minderwertigkeitsgefühle verdrängt, besteht die Gefahr, dass auch alles Wissen über Selbstschutz und Safer Sex verdrängt wird. Warum sollte jemand sich beim Sex schützen, der glaubt, dass das, was er tut, Sünde, kriminell oder krankhaft ist? Die Menschenrechte von Homosexuellen und MSM sowie die Lesben- und Schwulenbewegung müssen also gestärkt, Angriffe auf sie abgefangen und abgewendet werden.

Die Aufklärung über geschützten und sichereren Sexualverkehr und die notwendige Ausgabe von Kondomen und Gleitmittel müssen immer einhergehen mit der Unterstützung von Selbsthilfestrukturen der schwul-lesbischen Community. Sind diese Strukturen kaum oder gar nicht vorhanden, benötigen die Betroffenen zumindest vorurteilsfreie qualifizierte Ansprechpartner, mit denen sie vertrauensvoll und offen über alle sie betreffenden Probleme sprechen können. Es müssen also informelle Netzwerke von professionellen Vertrauenspersonen aus dem medizinischen, psychologischen oder sozialarbeiterischen Bereich geschaffen werden.

Multiplikatoren müssen identifiziert und für diese Aufklärungs- und Präventionsarbeit gewonnen werden. Bei dieser Suche, Ansprache und Überzeugungsarbeit kommt schwul-lesbischen Selbsthilfestrukturen eine wesentliche Bedeutung zu. Funktioniert das Modell in einer Region sehr gut, sind die Chancen groß, dass es in anderen Regionen aufgegriffen, kopiert und vervielfältigt wird.

In Deutschland war und ist die HIV-Präventionsarbeit sehr erfolgreich, sodass die HIV-Prävalenz geringer als in anderen Ländern ist. Safer Sex und Aufklärung, Selbstbestimmung und Respekt, Freiwilligkeit und (gegenseitige) Verantwortung für sich selbst und den Partner sind zentrale Inhalte der Aufklärungsarbeit für die Gesamtbevölkerung und für besonders vulnerable Gruppen. Ebenso die Schaffung und Unterstützung von Selbsthilfegruppen, die Hervorhebung und das Leben von Soli-

darität mit bedrohten und betroffenen Menschen, anstatt die Ausgrenzung von infizierten oder erkrankten Menschen.

Diese Themen wurden in Deutschland bereits in den 1980er-Jahren diskutiert, etwa in der Aids-Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages, in der neben dem Gesundheitswissenschaftler Prof. Dr. Rolf Rosenbrock auf Empfehlung der SPD auch Manfred Bruns als mit der Thematik besonders vertrauter Experte vertreten war. Der bürgerrechtlich orientierten Arbeit von Manfred Bruns und Rolf Rosenbrock in der Kommission ist es maßgeblich zu verdanken, dass der Schwerpunkt der Empfehlungen auf die zielgruppenspezifische Aufklärungs- und Beratungsarbeit gelegt wurde, um Aids und andere STI wirkungsvoll einzudämmen. Stigmatisierung und Zwangsmaßnahmen wie HIV-Zwangstests, Meldepflicht und ähnliches wurde eine klare Absage erteilt, stattdessen setzte man auf Prävention. Im Jahr 1987 startete die Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung ihre vorbildliche und berühmt gewordene Kampagne „Gib AIDS keine Chance!"

Die Wirksamkeit des deutschen Modells, das repressive Maßnahmen ablehnt und auf Aufklärung setzt, ist beeindruckend. In zentralen Teilen wurde und wird es auch andernorts erprobt und angewendet, auch wenn die Antworten auf HIV und Aids sich in jeder Region den spezifischen Umständen und Gegebenheiten anpassen müssen.

Zu diesen besonderen Gegebenheiten in anderen Weltregionen gehört auch ein antiquiertes homophobes Strafrecht. In 75 Staaten werden einvernehmliche homosexuelle Handlungen zwischen Erwachsenen noch immer verfolgt, in sieben Staaten droht gar die Todesstrafe. In diesen Ländern arbeiten schwul-lesbische Organisationen oft im Verborgenen oder sie sind nicht existent. Homosexualität wird tabuisiert, eine strukturelle Präventionsarbeit findet kaum statt. Diese Situation leistet der Ausbreitung von HIV/Aids und anderen STI Vorschub.

Die Menschenrechte sind unteilbar und universell und gelten auch für Lesben und Schwule, ob im Westen, im globalen Süden oder in Osteuropa. Auf UN-Ebene finden zunehmend Debatten zu den Themen Entkriminalisierung und Menschenrechte von Lesben, Schwulen, Bi-, Trans- und Intersexuellen (LSBTI) statt, die Zahl der Staaten, die entsprechende Resolutionen und Erklärungen im UN-Menschenrechtsrat unterstützen, nimmt zu.

Yogyakarta-Prinzipien

Die Yogyakarta-Prinzipien sind die erste systematische Gesamtschau auf die Gewährung der Menschenrechte für LSBTI. Sie formulieren Anforderungen, die die bestehenden und völkerrechtlich bindenden Menschenrechtsstandards in Bezug auf sexuelle Minderheiten durchdeklinieren. Als Interpretation bestehender Menschenrechtsstandards und Schutzmechanismen sind sie von grundsätzlicher politischer und juristischer Bedeutung. Sie setzen klare Maßstäbe für eine konsequente Menschenrechtspolitik auf internationaler wie nationaler Ebene.

Hochrangige Menschenrechtsexperten aus verschiedenen Weltregionen und mit unterschiedlichem Werdegang – unter ihnen die frühere UN-Hochkommissarin für Menschenrechte und irische Ex-Präsidentin, Mary Robinson oder Edwin Cameron, Richter am obersten Berufungsgericht Südafrikas – stellten im März 2007 im Genfer UN-Gebäude einen Katalog von 29 Prinzipien vor, den sie einige Monate zuvor bei einer Tagung im indonesischen Yogyakarta entwickelt hatten. Erstmalig formulierten sie darin einen globalen Standard für die Sicherung von Menschenrechten für LSBTI.

Ihr wichtigstes Anliegen ist die Bekämpfung von Gewalt und strafrechtlicher Verfolgung von Homosexualität. Das Themenspektrum umfasst aber auch den Zugang zu Bildung, das Recht auf Familiengründung, Versammlungsfreiheit, Gesundheit und vieles mehr.

Prinzip 17 erläutert „das Recht auf das höchstmögliche Maß an Gesundheit“:
„Jeder Mensch hat das Recht auf den bestmöglichen Zustand seiner körperlichen und geistigen Gesundheit ohne Diskriminierung aufgrund seiner sexuellen Orientierung oder geschlechtlichen Identität. Sexuelle und reproduktive Gesundheit sind ein grundlegender Bestandteil dieses Rechts.“[1]

Im weiteren Verlauf wird dieses Prinzip heruntergebrochen auf Maßnahmen, die die Staaten im gesetzgeberischen und administrativen, gesundheits- und gesellschaftspolitischen Bereich ergreifen müssen, um den Genuss des Rechts auf den bestmöglichen Gesundheitsstandard ohne Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung oder geschlechtlichen Identität sicherzustellen.

„Die Yogyakarta-Prinzipien fassen die Ergebnisse der völkerrechtlichen Rechtsauslegung der letzten Jahre zusammen“, so der ehemalige Direktor des Deutschen Instituts für Menschenrechte, Prof. Dr. Heiner Bielefeldt, in seinem Geleitwort. „Sie stehen

insofern nicht für ein utopisches Projekt, sondern repräsentieren den aktuellen Stand der internationalen Menschenrechtsdiskussion. Auch wenn sie nicht im strengen Sinne rechtsverbindlich sind, haben sie als Auslegungsprinzipien völkerrechtlich verbindlicher Menschenrechtskonventionen nicht nur politische, sondern zugleich auch juristische Relevanz."[2]

Konsequenzen aus Gesundheitsförderung und sexueller Gesundheit

In der von der 1. Internationalen Konferenz zur Gesundheitsförderung 1986 verabschiedeten Ottawa-Charta rief die Weltgesundheitsorganisation „zu aktivem Handeln für das Ziel ‚Gesundheit für alle' bis zum Jahr 2000 und darüber hinaus"[3] auf. In der Ottawa-Charta wurde betont, dass die Gesundheitsförderung auf einen Prozess zielt, „der allen Menschen ein höheres Maß an Selbstbestimmung über ihre Gesundheit […] ermöglichen und sie damit zur Stärkung ihrer Gesundheit zu befähigen" soll. Die Charta hob hervor: „Um ein umfassendes körperliches, seelisches und soziales Wohlbefinden zu erlangen, ist es notwendig, dass sowohl einzelne als auch Gruppen ihre Bedürfnisse befriedigen, ihre Wünsche und Hoffnungen wahrnehmen und verwirklichen sowie ihre Umwelt meistern bzw. verändern können." Darüber hinaus hieß es: „Die Verantwortung für Gesundheitsförderung liegt deshalb nicht nur bei dem Gesundheitssektor, sondern bei allen Politikbereichen und zielt über die Entwicklung gesünderer Lebensweisen hinaus auf die Förderung von umfassendem Wohlbefinden hin." Als Voraussetzung für die Gesundheit benannte die Charta im weiteren Verlauf neben anderen Faktoren ganz klar auch „soziale Gerechtigkeit und Chancengleichheit". Sie hielt fest: „Jede Verbesserung des Gesundheitszustandes ist zwangsläufig fest an diese Grundvoraussetzungen gebunden."[4]

Sexuelle Gesundheit

Bereits 1975 definierte die Weltgesundheitsorganisation sexuelle Gesundheit als „Integration der somatischen, emotionalen, intellektuellen und sozialen Aspekte sexuellen Seins auf eine Weise, die positiv bereichert und Persönlichkeit, Kommunikation und Liebe stärkt. Grundlegend für dieses Konzept sind das Recht auf sexuelle Information und das Recht auf Lust."[5] Die WHO folgerte: „Die Vorstellung sexueller Gesundheit impliziert also eine positive Einstellung zur menschlichen Sexualität und

1 Hirschfeld-Eddy-Stiftung (Hrsg.): *Die Yogyakarta-Prinzipien*. Schriftenreihe der Hirschfeld-Eddy-Stiftung, Bd. 1. Berlin 2008. S. 27f. | **2** Ebenda S. 10. | **3** WHO-Europa: Ottawa-Charta zur Gesundheitsförderung 1986. Abrufbar hunter: http://www.euro.who.int/_data/assets/pdf_file/0006/129534/Ottawa_Charter_G.pdf | **4** Ebenda. | **5** In deutscher Übersetzung zitiert nach: Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung. Abrufbar unter: http://www.bzga-whocc.de/bot_Seite4010.htm.

der Zweck sexueller Gesundheitspflege sollte nicht nur Beratung und Betreuung bei Fortpflanzung und sexuell übertragbaren Krankheiten sein, sondern die Verbesserung der Lebensqualität und persönlicher Beziehungen."[6] Das müssen auch Gesundheitswesen und Gesundheitspolitik erkennen. Und sie müssen die positive Rolle, welche die Sexualität im menschlichen Zusammenleben spielt, in ihren Gesellschaften befördern.

Erhebt Gesundheitsförderung im Sinne der Ottawa-Charta den Anspruch, körperliches, seelisches und soziales Wohlbefinden der Zielgruppe fördern zu wollen, muss sie dabei notwendigerweise auch die sexuelle Gesundheit mit einschließen, darf sich aber dabei nicht in Maßnahmen der Prävention von STI oder HIV/AIDS erschöpfen. Vielmehr erfordert Gesundheitsförderung für Schwule und MSM Rahmenbedingungen, die alle gesellschafts- und sozialpolitisch Handelnden vor konkrete Aufgaben stellen.

Politik und Gesetzgebung

Im Hinblick auf den ganzheitlichen gesellschaftlichen Ansatz von Gesundheitsförderung stehen Politik und Gesetzgebung in der Verantwortung, die Verwirklichung von Gleichberechtigung und Chancengleichheit durch die fortlaufende Überprüfung und Anpassung bestehender gesetzlicher Regelungen zu gewährleisten. Bestehende Diskriminierungen gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften und Diskriminierungen aufgrund der sexuellen Identität müssen abgebaut, das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung von Jugendlichen und jungen Erwachsenen ebenso gewährleistet werden wie ein freier und ungehinderter Zugang zu Informationen zur Gesundheitsförderung für Schwule und MSM, auch vor dem 18. Lebensjahr im Kontext von Maßnahmen des Jugendschutzes. Ferner sollten in allen relevanten Studien- und Ausbildungsgängen neben den bestehenden Antidiskriminierungsbestimmungen auch die Wertschätzung von Verschiedenartigkeit und Vielfalt (Diversity) vermittelt werden.

Die derzeitigen Bestrebungen in Osteuropa, das offene und selbstbewusste Auftreten von Lesben und Schwulen, Veranstaltungen wie Gay Pride-Demonstrationen oder die Verteilung von Aufklärungsmaterialien über das Thema „Homosexualität" pauschal als „Homo-Propaganda" zu diffamieren und zu verbieten, widersprechen allen Bestrebungen, sinnvolle HIV/AIDS- und STI-Prävention für Schwule und MSM zu betreiben.

Auf bundesdeutscher Ebene ist jedoch auch weiterhin darauf zu achten, dass der Deutschen Aidshilfe weder von der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung noch von anderen Stellen Auflagen erteilt werden, die die Verteilung von Aufklärungsmaterialien einschränken, selbst dann nicht, wenn diese explizite Hinweise zu mann-männlicher Sexualität enthalten. Es kann nicht angehen, dass der Zugang zu Aufklärungsmaterialien für MSM und junge Schwule unter dem Hinweis auf Jugendschutzbestimmungen oder auf das Risiko, das moralische und/oder sittliche Empfinden anderer Erwachsener zu verletzen, erschwert wird. Sinnvoll ist vielmehr, dass sie diese Informationen erhalten, bevor es zu ersten sexuellen Kontakten kommt.

Bildungswesen

Gesundheitsförderung für Schwule und MSM muss – wenn sie neben der sexuellen Gesundheit auch das körperliche, seelische und soziale Wohlbefinden im Blick behalten will – in einen gesamtgesellschaftlichen Bildungskontext gestellt werden, der nicht erst im Erwachsenenalter beginnt.

In der vom Land Niedersachsen in Auftrag gegebenen Studie „Schwule Jugendliche: Ergebnisse zur Lebenssituation, sozialen und sexuellen Identität“[7] berichten „mehr als zwei Drittel aller Teilnehmer (67,3%), dass sie wegen ihres Schwulseins mit größeren Belastungen fertig werden mussten bzw. müssen als gleichaltrige andere männliche Jugendliche“.

Eine Studie der Berliner Senatsverwaltung[8] kam 1999 zu dem alarmierenden Ergebnis, dass 18% aller schwulen Teilnehmer bereits einen Selbstmordversuch unternommen hatten und 56% über Suizidgedanken in der Vergangenheit berichteten. Gesundheitsförderung für Schwule und MSM braucht als Basis im Bildungsbereich die selbstverständliche Darstellung gleichgeschlechtlicher Lebensweisen bereits in Kindergarten und Grundschule. Gleichgeschlechtliche Partnerschaften müssen als gleichwertig und selbstverständlich dargestellte Form menschlichen Zusammenlebens Einzug in die Schulbücher und Unterrichtsmaterialien halten.[9] Auch im Schulalltag muss deutlich werden, dass LSBTI Teil der gesellschaftlichen Vielfalt sind. Sie

6 Ebenda. | **7** Biechele, Ulrich: Dokumentation *Schwule Jugendliche – Ergebnisse zur Lebenssituation, sozialen und sexuellen Identität.* Berlin 2001. Abrufbar unter: http://www.ms.niedersachsen.de/portal/live.php?navigation id=5013&article_id=13979&_psmand=17. | **8** SNSJS (Senatsverwaltung für Schule, Jugend und Sport): *Sie liebt sie. Er liebt ihn.* Eine Studie zur psychosozialen Situation junger Lesben, Schwuler und Bisexueller in Berlin. Berlin 1999, S. 66ff. **9** Vgl. die Tagung „Sexuelle Identität und Gender. (K)Ein Thema in Schulbüchern?“. Abrufbar unter: http://www.lsvd-blog.de/?p=2542.

sind gleichwertig und gleichberechtigt. Die Information über gleichgeschlechtliche Lebensweisen darf in der Schule nicht allein im Kontext der Biologie geschehen. Auch im Deutsch-, Fremdsprachen-, Politik-, Sozialkunde-, Ethik- oder im Geschichtsunterricht müssen Informationen über lesbische und schwule Lebensweisen sowie über Diskriminierung und Emanzipationsgeschichte vermittelt werden. Idealerweise sollen Jugendliche bereits vor ihrem Coming-out wissen, dass Homo- und Bisexualität gleichwertige Ausdrucksformen menschlicher Sexualität sind.

Die Förderung und Einbeziehung schwul-lesbischer Aufklärungsprojekte in den Schulunterricht ist wichtig, um einerseits vorhandene Klischees aufzubrechen und andererseits positive Identifikationsfiguren zu schaffen. Unerlässlich sind auch die Erarbeitung und die Förderung von Programmen und Projekten zur Verhinderung von Diskriminierungen aufgrund der sexuellen Identität von Schülerinnen und Schüler im schulischen und außerschulischen Alltag. Uneingeschränkter Zugang zu Informationen und umfassende Aufklärung über die Übertragungswege von STI müssen für alle Jugendlichen sichergestellt sein. Junge schwule und bisexuelle Männer müssen ungehinderten Zugang zu entsprechenden Aufklärungsmaterialien erhalten, bevor sie selbst sexuell aktiv werden. In sämtlichen pädagogischen Ausbildungs- und Studiengängen muss sichergestellt werden, dass Fachkräfte in die Lage versetzt werden, mit der jeweiligen Altersgruppe ihrer Zielgruppe lebensweltorientiert und wertschätzend über die Themen Geschlechtsrollen, Sexualität allgemein und über das Themenfeld Sexuelle Identität im Besonderen kommunizieren zu können.

Gesundheitswesen

Die Ausbildungspläne für Mediziner und Mitarbeitende im Gesundheitswesen müssen optimiert werden. So lässt die Beratungskompetenz bei vielen Ärzten zu wünschen übrig, denn sie wird der Vielfalt der Sexualität nicht gerecht. Spezielle Risiken für MSM, besondere Vorsorgemaßnahmen etc. sind vielen Ärzten nicht bekannt. Hier muss die klare Anerkennung aller sexuellen Identitäten als gleichwertiger Ausdruck menschlicher Sexualität vermittelt werden. Zudem müssen im öffentlichen Gesundheitsdienst auch zielgruppenspezifische Angebote und Beratungskompetenzen bereitgehalten werden. Wenn STI unter MSM häufiger auftreten, dann macht es auch Sinn, spezielle STI-Screening-Angebote szenenah einzurichten. Bei staatlichen Programmen sollte der partizipative Ansatz noch mehr im Mittelpunkt stehen: Konkret sollte die Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung die Kompetenzen und Expertise der Deutschen Aidshilfe sowie der schwul-lesbischen Community stärker als bisher auch für ihre eigenen Kampagnen nutzen.

Förderung von Nichtregierungsorganisationen

Die Förderung von Nichtregierungsorganisationen im Selbsthilfebereich hat sich bewährt, denn so wird ein zielgruppenspezifischer Ansatz sichergestellt und die Lebensweltkompetenz wird optimal genutzt. Aktuelle Entwicklungen können schneller und ortsspezifischer in der Prävention berücksichtigt und vulnerable Teilgruppen noch besser erreicht werden. Die Aufgabenteilung zwischen der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung und der Deutschen Aidshilfe hat sich als sinnvoll erwiesen. Die Hirschfeld-Eddy-Stiftung arbeitet daran, hier gewonnene Erfahrungen und Kenntnisse als Angebote zum Beispiel an osteuropäische Kooperationspartner weiterzugeben. Sie können so in Russland, der Ukraine oder Kasachstan erprobt und auf Tauglichkeit getestet werden. Kenntnisse, Engagement und Motivation sind bei schwul-lesbischen Menschenrechtsverteidigern und Vertretern der LSBTI-Community in der Regel sehr groß. Es bedarf oftmals nur eines Anstoßes, um den Willen zur Veränderung und zur Verbesserung der (eigenen) Situation in Gang zu setzen. Letztendlich muss es in der Gesundheitspräventionsarbeit für schwule Männer und MSM darum gehen, dass die Betroffenen für sich selbst, für ihr Leben und Sexualleben bewusste und selbstbestimmte Entscheidungen treffen, die ihrer eigenen Gesundheit und der ihrer Partner förderlich sind.

Enttabuisierung und eine größere Toleranz sind also Voraussetzungen für eine erfolgreiche Präventionsarbeit. Diskriminierung und Kriminalisierung von Homosexuellen aber sind geeignet, Präventionsbemühungen zu verhindern, die Gesundheitsförderung zu behindern und schließlich der Verbreitung von HIV und anderen STI Vorschub zu leisten.

Axel Blumenthal

08 | Promoting the Health of Gay Men and other Men Who Have Sex with Men

Structural prevention efforts

A precondition for programmes to promote the health of gay men and men who have sex with men (MSM) is that persecution, discrimination and stigmatisation are simultaneously combatted. Meaningful prevention efforts in relation to HIV and other sexually transmitted infections (STI) cannot stop at the distribution of condoms and lubricants. The preconditions for protection and safer sex practices are self-confidence, a strong sense of one's self, self-value, and self-respect. If these preconditions are not fulfilled, or if they are displaced by self-hate and feelings of inferiority, then there is a danger that all knowl- edge regarding self-protection and safer-sex will also be supressed. Why should someone protect themselves during sex, if they believe that what they are doing is a sin, a criminal act or pathological? The human rights of homosexuals and MSM, as well as of the lesbian and gay movement, must therefore be strengthened, and attacks against them must be headed off and repelled.

Raising awareness regarding protected and safe sexual intercourse, and the necessary dispensation of condoms and lubricants, must always be accompanied by the support for self-help structures in the gay and lesbian community. If these structures barely exist, or are inexistent, those affected require at least a qualified, unbiased contact person with whom they can discuss all of their problems in a confidential and open manner. Hence, informal networks of trusted professionals from the realms of medicine, psychology, or social work must be established.

People with influence must be identified and recruited for this work in raising awareness and in prevention. Gay and lesbian self-help structures play an important role in searching for, contacting, and convincing the parties in question. If such a model functions well in one region, then the chances are good that it will be adopted, copied, and multiplied in other regions.

In Germany, efforts to prevent HIV have been, and still are, very successful; the prevalence of HIV is lower than in other countries. Safer sex and raising awareness, self-determination and respect, volunteerism and (mutual) responsibility for one's self and for one's partner are all central topics in raising awareness among the population at large as well as among the especially vulnerable groups. This also applies in relation to the creation and support of self-help groups; emphasis must be on the positive example of solidarity with those threatened and those affected, instead of the marginalisation of people who are infected or ill.

These topics were already discussed in Germany during the 1980s, for example by the AIDS-Enquete-Kommission *(Commission to Study AIDS) established by the German Bundestag, which, in addition to the health expert Prof. Dr. Rolf Rosenbrock, also included Manfred Bruns, who was recommended by the SPD (social democrats) as an expert who was especially familiar with the topic. The work of Manfred Bruns and Rolf Rosenbrock in the commission, in which they focused especially on civil rights, is to thank that the focus of the recommendations regarding target-group specific work was placed on raising awareness and providing counselling in order to effectively prevent the spread of AIDS and other sexually transmitted infections. Stigmatisation and mandatory measures such as obligatory HIV tests, registration requirements, and the like, were clearly rejected, and the emphasis was instead on prevention. In 1987, the Federal Centre for Health Education began its model and now famous campaign "Gib AIDS keine Chance!" (Don't give AIDS a chance!).*

The effectiveness of the German model, which rejected repressive measures and emphasises raising awareness, is impressive. Central elements have also been tested and implemented elsewhere, although the answers to HIV and AIDS must be adapted to the specific circumstances in every region.

The special circumstances in other regions of the world also include antiquated, homophobic penal codes. In 75 countries, consensual homosexual acts between adults are still prosecuted, in seven countries they are subject to the threat of the death penalty. In these countries, gay and lesbian organisations often work in hiding or do not exist at all. Homosexuality is placed under a taboo, structural prevention work hardly takes place. This situation promotes the spread of HIV/AIDS and other sexually transmitted diseases.

Human rights are indivisible and universal; they also apply to lesbians and gay men in the West, in the global South, and in Eastern Europe. On the UN level, debates are increasingly taking place regarding the decriminalisation of homosexuality and the human rights of lesbians, gays, bisexuals and trans and intersexual people (LGBTI), the number of countries that support such resolutions and declarations is increasing.

Yogyakarta Principles

The Yogyakarta Principles are the first systematic overview of the human rights granted to LGBTI. They formulate demands that take into account all of the existing human rights standards related to sexual minorities in international law. As an interpretation of

existing human rights standards and protection mechanisms, they are of fundamental political and legal importance. They set clear criteria for comprehensive human rights policy on an international and national level.

High-ranking human rights experts from various regions of the world and with differing backgrounds, including the former UN High Commissioner for Human Rights and former Irish President Mary Robinson and Edwin Cameron, a judge from the Highest Appeals Court in South Africa, presented a catalogue with 29 principles, which they had developed during a conference a few months earlier in the Indonesian city of Yogyakarta, in the UN building in Geneva in March of 2007. In this catalogue, they formulated a global standard for the assurance of human rights for LGBTI for the first time.

Their most important concern was combatting both violence against and the legal prosecution of homosexuality. The spectrum of topics, however, also encompassed access to education, the right to establish a family, the right to assembly, health, and much more. Principle 17 defines "the right to the highest attainable standard of health":
"Everyone has the right to the highest attainable standard of physical and mental health, without discrimination on the basis of sexual orientation or gender identity. Sexual and reproductive health is a fundamental aspect of this right."[1]

During the further course of the catalogue, this principle is divided into measures that the countries must take in the areas of legislation and administration, as well as health and health policy, in order to ensure the right to the best attainable standard of health without discrimination on grounds of sexual orientation or sexual identity.

"The Yogyakarta principles are a compilation of the interpretations of international law in recent years", according to the former director of the Deutsches Institut für Menschenrechte *(German Institute for Human Rights), Prof. Dr. Heiner Bielefeldt, in his preface. "Hence, they do not represent a utopian project, but instead the current stand in the international discussion of human rights. Even if they are not legally binding in the strict sense, they have, as principles of construction for human rights conventions that are binding in international law, not only political but also legal relevance."*[2]

Consequences of health promotion and sexual health

In the Ottawa Charter, ratified by the First International Conference on Health Promotion in 1986, the WHO called on a wide variety of social groups to "join forces in introducing strategies for health promotion, in line with the moral and social values that form

the basis of this CHARTER, [and] health for all by the year 2000 will become a reality".[3] *The Ottawa Charter emphasises that the promotion of health is a process "of enabling people to increase control over, and to improve, their health". The charter emphasises that to "reach a state of complete physical mental and social wellbeing, an individual or group must be able to identify and to realize aspirations, to satisfy needs, and to change or cope with the environment." Furthermore, it stated: "The responsibility for health promotion in health services is shared among individuals, community groups, health professionals, health service institutions and governments. They must work together towards a health care system which contributes to the pursuit of health."*

As a precondition for health, the charter went on to clearly cite, among other factors: "social justice and equity". It determined that "improvement in health requires a secure foundation in these basic prerequisites."[4]

Sexual health

In 1975, the World Health Organisation already defined sexual health as the "the integration of the somatic, emotional, intellectual and social aspects of sexual being in ways that are positively enriching and that enhance personality, communication and love".[5] *The WHO concluded that: "sexual health, the purpose of which is the enhancement of life and personal relations, and not merely counselling and care related to reproduction and sexually transmitted diseases".*[6] *This must also be recognised in the field of health care and health policy. And it must promote the positive role that sexuality plays in human coexistence in their societies.*

If health promotion seeks, in the sense of the Ottawa Charter, to promote the physical, psychological, and social well-being of the target group, it must necessarily also include sexual health, which cannot be limited to measures to prevent sexually transmitted infections (STI) and HIV/AIDS. On the contrary, health promotion for gay and other men who have sex with men requires framework conditions that pose concrete tasks for all of those involved in social and social political policy.

1 Hirschfeld-Eddy-Stiftung (eds.): *Die Yogyakarta-Prinzipien.* Schriftenreihe der Hirschfeld-Eddy-Stiftung. Vol. 1. Berlin, 2008. P. 27f; English version accessible under: http://www.yogyakartaprinciples.org/yogyakarta-principles-jurisprudential-annotations.pdf. | **2** Ibid, p. 10. | **3** WHO Europe – Ottawa Charter for Health Promotion 1986. Accessible under: http://www.euro.who.int/_data/assets/pdf_file/0004/129532/Ottawa_Charter.pdf. | **4** Ibid. | **5** Cited from: http://www.who.int/reproductivehealth/topics/gender_rights/defining_sexual_health.pdf. | **6** Ibid.

Policy and legislation

In view of the holistic social approach of health promotion, policymakers and legislators have a responsibility for ensuring equal rights and equal opportunities through the ongoing examination and adaptation of existing legal regulations. Existing discrimination against same-sex life unions and discrimination on grounds of sexual identity must be reduced, the right to sexual self-determination on the part of adolescents and young adults must be ensured as well as the free and unencumbered access to information on health promotion for gay and other men who have sex with men, and this should also be the case before the age of 18, within the context of measures to protect young people and adolescents. Furthermore, all relevant studies and training programmes should also convey, in addition to the existing anti-discrimination stipulations, an appreciation of differences and diversity.

The current efforts in Eastern Europe to defame open and self-confident public appearances by lesbians and gays, and prohibit events like Gay Pride Demonstrations or the distribution of informational material on the topic of "homosexuality" across the board as "Homo-Propaganda", contradict all efforts to engage in meaningful HIV/AIDS and STI prevention for gay men and other men who have sex with men.

On the national level, however, it should also be ensured that the Deutsche AIDS-Hilfe *remains free of restrictions imposed by the Federal Centre for Health Education, or any other authorities that limit the distribution of informational material, regardless of whether it contains explicit references to sexuality between men. It cannot be accepted when access to informational material for men who have sex with men is restricted for young gay men by citing regulations intended to protect young people and adolescents. On the contrary, it makes much more sense for them to receive this information before their first sexual contacts.*

The education system

Health promotion for gay men and men who have sex with other men must be placed in an educational context that takes society as a whole into consideration and does not just begin with adults, if it is oriented on the physical, psychological, and social well-being in addition to sexual health.

*In a study commissioned by the Land of Lower Saxony entitled S*chwule Jugendliche: Ergebnisse zur Lebenssituation, sozialen und sexuellen Identität[7] *"over two-thirds of*

the participants (67.3 %) reported that they had or have to come to terms with greater stress than other male adolescents of the same age due to their being gay".

A study by the administrative arm of the Berlin senate[8] documented the alarming result in 1999 that 18 % of all gay participants had already attempted suicide and that 56 % reported having thought of suicide in the past. Health promotion for gay and other men who have sex with men requires that a basis be established in the field of education by depicting same-sex ways of life as a matter of fact, beginning in kindergarten and elementary school. Same-sex partnerships must be depicted in schoolbooks and educational materials as a way of life that is just as valid and matter of course as others.[9] It must also be made clear in the day-to-day school situation that LGBTI are part of a diverse society. They are just as valid and entitled to equal rights. The information regarding same-sex ways of life should not only be presented to children within the context of biology classes. Information about lesbian and gay ways of life, as well as about discrimination and the history of emancipation, should also be conveyed within the context of German, foreign language, politics, social studies, ethics, and history classes. Ideally, young people should already know, before they come out, that homo- and bisexuality are equally legitimate expressions of human sexuality.

The promotion and integration of gay and lesbian awareness projects in school education is important in order, on the one hand, to dispel common clichés, and, on the other hand, to create positive identification figures. It is also essential that programmes and projects to prevent discrimination on grounds of the sexual identity of schoolchildren at school and beyond are developed and supported. Unlimited access to information and comprehensive information about the transmission of STI must be available to all young people. Young gay and bisexual men must be granted unencumbered access to the corresponding informational material, before they become sexually active themselves. In all pedagogical training and courses of study it must be ensured that professionals are enabled to communicate with the given age group in their target group in a manner oriented on the world in which they live and in a respectful manner concerning topics of gender role models, sexuality in general, and the topic of sexual identity in particular.

7 Biechele, Ulrich: *Schwule Jugendliche – Ergebnisse zur Lebenssituation, sozialen und sexuellen Identität*. Berlin, 2001. Accessible under: http://www.ms.niedersachsen.de/portal/live.php?navigation_id=5013&articleid=13979&_psmand=17. | **8** SNSJS (Senatsverwaltung für Schule, Jugend und Sport): *Sie liebt sie. Er liebt ihn*. Eine Studie zur psychosozialen Situation junger Lesben, Schwuler und Bisexueller in Berlin. Berlin, 1999. P. 66ff. | **9** Cf. results of the conference "Sexuelle Identität und Gender. (K)Ein Thema in Schulbüchern?". Accessible under: http:/www.lsvdblog. de/?p=2542.

The health care system

The curricula for training doctors and health care professionals must be optimised. Currently, the ability of many doctors to provide counselling is sub-optimal, because it does not do justice to the diversity of sexuality. Many doctors are not familiar with the special risks for MSM and, especially, with appropriate preventive care measures etc.. Here, we must convey a clear recognition of all sexual identities as equally valid expressions of human sexuality.

In addition, target-group specific services and counselling competence must be available in the public health system. If STI are more common among MSM, then it also makes sense to establish special STI screening services within the scene. In the case of state programmes, the focus on the participative approach should be increased. In concrete terms, the Federal Centre for Health Education should make greater use, than has been the case up until now, of the competence and expertise of the Deutsche AIDS-Hilfe *and the gay and lesbian community for their own campaigns.*

Promotion of non-governmental organisations

The promotion of non-governmental organisations in the field of self-help has proven successful, because it ensures a target-group-specific approach, and the competence gained by living in a certain context is optimally employed. Current developments in prevention can now be taken account of faster and with a better overview of specific local circumstances, thereby better reaching vulnerable sub-groups. The distribution of tasks between the Federal Centre for Health Education and the Deutsche AIDS-Hilfe *has proved to be very effective.*

The Hirschfeld-Eddy Foundation is working on conveying the experience and knowledge gained in this context in the form of programmes designed for cooperation partners in Eastern Europe, for example. Their suitability can thus be tested in Russia, the Ukraine, or Kazakhstan. Knowledge, dedication, and motivation are, as a rule, ample commodities among defenders of gay and lesbian human rights and representatives of the LGBTI community. It often requires only a slight impetus to set the will to change, to improve personal situations in motion. Ultimately, in relation to preventive health measures for gay men and MSM, it must be a matter of those affected making conscious and self-determined decisions in regard their own lives – and sexual lives – that benefit their own health and the health of their partners.

Doing away with taboos and greater tolerance are thus the preconditions for successful prevention efforts. Discrimination and criminalisation of homosexuals are, however, more likely to hamper prevention efforts, to hinder the promotion of health and, ultimately, to promote the spread of HIV and other STI.

Dirk Siegfried

09 | Gibt es eine richtige Rechtsprechung in der falschen? Ein Versuch

Das Bundesverwaltungsgericht, die Homosexualität und das Grundrecht auf Asyl

„[...] dass kein Staat das Recht haben soll, eine Person wegen ihr unveränderlich anhaftender Eigenschaften an Leib, Leben oder Freiheit zu beeinträchtigen. Aus diesen Überlegungen muss – auch vor dem Hintergrund der in KZ-Lagern vollzogenen „Sonderbehandlung" von Homosexuellen im Dritten Reich [...] – zu den asylrechtlich relevanten unveränderlichen Eigenschaften auch eine homosexuelle Veranlagung in der Ausprägung, wie sie beim Kläger vorhanden ist, gerechnet werden."[1]
„[...] dass es sich bei der homosexuellen Prägung des Klägers um eine schicksalhafte Festlegung des Sexualtriebes handelt, die spätestens mit dem 18. Lebensjahr abgeschlossen, nicht mehr umkehrbar und damit unentrinnbar ist. Damit hat das Berufungsgericht der Sache nach festgestellt, dass sich der Kläger bei einer Rückkehr in den Iran in der gleichen Lage befindet, in der sich ein Heterosexueller befinden würde, wenn jedes heterosexuelle Verhalten unter Strafe stünde."[2]

Beide Texte sind einem Urteil vom 15. März 1988[3] entnommen. „Das Bundesverwaltungsgericht hat in dieser Entscheidung klargestellt, dass Verfolgung wegen Homosexualität ein Asylgrund ist. Die tragenden Gründe der Entscheidung sind bei der Feststellung der Asylberechtigung nach wie vor zu berücksichtigen." So die Bundesregierung in der Antwort vom 18. Januar 2012 auf eine Kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE.[4]

Die Gedanken beider Zitate scheinen banal. Ihre Kühnheit erschließt sich nur angesichts dessen, dass sie in der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes und auch der des Bundesverfassungsgerichts ohne Beispiel waren und auch ohne Nachfolge geblieben sind. Weder wurde jemals aus der „Sonderbehandlung" von Homosexuellen im Dritten Reich eine Übernahme von Verantwortung für die Bundesrepublik abgeleitet, noch wurde je dem heterosexuellen Publikum zugemutet, sich einmal vorzustellen, wie es denn wäre, wenn jedes seiner – unter Umständen unentrinnbaren – Veranlagung entsprechende sexuelle Verhalten unter Strafe stünde.

Dass dies dem homosexuellen Publikum nicht erklärt werden musste, war dem Gericht klar: „Die Verbotslage im Iran entspricht damit im wesentlichen der Verbotslage, wie sie bis zum Erlass des Ersten Strafrechtsänderungsgesetzes vom 25. Juni 1969[5] bestanden hat. Danach waren neben den schon immer seit Erlass des Strafgesetzbuchs verbotenen sogenannten beischlafsähnlichen Handlungen im Sinne der

älteren Rechtsprechung des Reichsgerichts seit der Änderung des § 175 im Jahre 1935 sämtliche Formen homosexueller Handlungen untersagt, dies selbst dann, wenn sie ohne körperliche Berührungen des anderen vor sich gingen. Eine Einschränkung lag nur darin, dass Handlungen von einer gewissen Stärke und Dauer gefordert wurden. Damit waren lediglich ganz kurze Berührungen von der Strafbarkeit ausgenommen [...]."[6]

So kühn, daraus folgern zu lassen, es habe in der Bundesrepublik politische Verfolgung gegeben, war das Gericht dann doch nicht. Unter dem Versuch, diese Schlussfolgerung zu vermeiden, leidet die Schlüssigkeit des Urteils und leiden bis heute die Asylrechtsprechung und homosexuelle Asylsuchende:[7]

Das Gericht vermeidet einen Konflikt mit dem die Bestrafung einverständlicher Homosexualität rechtfertigenden Urteil des BVerfG vom 10. Mai 1957[8], indem es erklärt, die Untersagung einverständlicher homosexueller Betätigung unter Erwachsenen aus Gründen der im Heimatland herrschenden öffentlichen Moral habe für sich alleine keine asylrechtliche Bedeutung.[9] Wann aber dient die Bestrafung nur der Aufrechterhaltung der Moral und wann hat sie asylrechtliche Bedeutung?

Das BVerwG stellt für den dortigen Kläger fest: „Seine politische Verfolgung ergibt sich jedoch aufgrund der im vorliegenden Fall vom Berufungsgericht festgestellten besonderen Umstände, die zum einen in der Person des Klägers begründet sind und sich zum anderen aus den gegenwärtigen politischen Verhältnissen im Iran ergeben."[10]

Die Umstände, die „in der Person des Klägers begründet sind", sieht das Gericht darin, dass dieser sich seiner homosexuellen Veranlagung seit dem 15. oder 16. Lebensjahr bewusst war, sich seitdem auch so verhielt und sich insbesondere schon vor seiner Ausreise aus dem Iran dort homosexuell betätigt hatte; dass sich ferner hieran auch bei einer Rückkehr in den Iran nichts ändern würde, weil sich der Kläger einer homosexuellen Betätigung gar nicht enthalten könnte. Letzteres folgerte das Gericht aus der unumkehrbaren, unentrinnbaren homosexuellen Prägung des Klägers.[11]

1 BVerwGE 79, 143, 147. | **2** Ebenda,152. | **3** 9 C 278/86, BVerwGE 79, 143. | **4** BT-Drucksache 17/8357. | **5** BGBl. I, S. 645. | **6** BVerwGE 79, 143, 148. | **7** Vgl. die Fallbeispiele bei Markard, Dora/Adamietz, Laura: „Keep it in the Closet? Flüchtlingsanerkennung wegen Homosexualität auf dem Prüfstand". In: *Kritische Justiz* 2011, S. 294; und in der Kleinen Anfrage der Fraktion DIE LINKE, BT-Drucksache 17/8228. | **8** BVerfGE 6, 389. | **9** BVerwGE 79, 143, 149. **10** Ebenda,150. | **11** Vgl. Ebenda 143, 151f.

Diese Erwägungen sind jedoch ungeeignet zur vom BVerwG für erforderlich gehaltenen Abgrenzung politischer Verfolgung von einer nur der Aufrechterhaltung der öffentlichen Moral dienenden Bestrafung:[12] So ist bereits nicht ohne Weiteres einleuchtend, warum der Zweck einer Bestrafung, der doch vom Bestrafer definiert wird, von in der Person des Bestraften begründeten Umständen abhängen soll. Insbesondere behauptet das BVerwG nicht einmal, dass der Iran nach solchen in der Person des Bestraften begründeten Umständen unterscheidet – und unterstellt gleichwohl im Ergebnis, der Iran verfolge mit der Bestrafung schicksalhafter Homosexueller einen anderen Zweck als mit der Bestrafung „Einfach-nur-so-Homosexueller". Diese Schlussfolgerung ist durch nichts begründbar und wird auch vom BVerwG nicht begründet.

Es kommt hinzu: Auch in der Bundesrepublik wurden bis 1969 schicksalhaft und unentrinnbar Homosexuelle bestraft. Politische Verfolgung soll dies ja gerade nicht gewesen sein. Welche Bedeutung nun die in der Person des Bestraften begründeten Umstände bei der Prüfung, ob eine politische Verfolgung vorliegt, haben sollen, bleibt ungeklärt.

Das BVerwG vermengt hier offenbar die Frage, wann Verfolgung aufgrund der Homosexualität eine politische sein soll, mit der Frage, welche Homosexuellen asylrechtlichen Schutz verdienen. Diese Frage hat das Gericht bereits zuvor erörtert, und zwar im Zusammenhang mit der Feststellung, auch andere als die in Art. 1 A Nr. 2 GK ausdrücklich genannten Merkmale könnten Asyl begründend sein:

„In dieser Hinsicht können solche persönlichen Eigenschaften in Betracht kommen, die nach Art und Charakter den asylrechtlich stets erheblichen Merkmalen wie der Rasse, der Nationalität, der Religion und der politischen Überzeugung vergleichbar sind, was insbesondere dann nahe liegt, wenn sie sich in der Vergangenheit ebenfalls bereits als verfolgungsträchtig erwiesen haben. Es leuchtet beispielsweise ohne weiteres ein, dass jemandem, der wegen seiner Hautfarbe verfolgt wird, in gleicher Weise asylrechtlicher Schutz zusteht, wie dem, der wegen seiner Rasse oder Nationalität Verfolgungsmaßnahmen ausgesetzt ist. Diese Einsicht ergibt sich daraus, dass die persönlichen Merkmale ‚Rasse' und ‚Nationalität' die übergreifende Gemeinsamkeit aufweisen, Eigenschaften zu bezeichnen, die den Betroffenen ohne eigenes Zutun, sozusagen schicksalhaft zufallen."[13]

Das Gericht benötigt hier nur einen Zwischensatz, um die nicht ganz so eindeutig schicksalhaft zufallenden Merkmale „Religion“ und „Politische Überzeugung“ unter den Tisch fallen und damit die Argumentation, die asylrechtlich geschützte Homosexualität sei nur die unentrinnbare, schicksalhafte, schlüssig scheinen zu lassen.
Unter dieser Ungenauigkeit leidet nicht nur die Überzeugungskraft des Urteils. Hätte das Gericht die Vergleichsmerkmale „Religion“ und „Politische Überzeugung“ nicht ausgeblendet, hätte sich – wie bei diesen Merkmalen auch – die Frage aufgedrängt, ob und inwiefern es zumutbar ist, sich politischer Verfolgung durch diskretes Verhalten zu entziehen. Die Frage, ob es zumutbar ist, sich so zu verhalten, dass die Homosexualität nicht offenbar wird, wird vom BVerwG nicht erörtert. Das Gericht begnügt sich vielmehr mit der Feststellung, die „mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit zu erwartende homosexuelle Betätigung des Klägers werde den iranischen Strafverfolgungsbehörden aller Voraussicht nach auch bekannt werden“.[14] Gleichwohl folgern Verwaltungsgerichte bis heute daraus, dass das BVerwG die Unentrinnbarkeit der homosexuellen Veranlagung für erforderlich hält, dass auch die Verfolgung unentrinnbar sein muss, also nicht etwa durch diskretes Verhalten vermieden werden kann – mit zum Teil geradezu abenteuerlichen Anforderungen an die danach zu wahrende Diskretion.[15] Ob dies vom BVerwG so gewollt war, ist nicht sicher. Festzustellen ist jedoch, dass es mit der Forderung nach einer Unentrinnbarkeit der homosexuellen Veranlagung und der fragwürdigen Herleitung dieser Forderung die Rechtsprechung, wonach Homosexualität in größtmöglicher Diskretion zu leben sei, begünstigt hat.

Neben den in der Person des Klägers begründeten besonderen Umständen beruft sich das BVerwG zur Abgrenzung politischer Verfolgung von einer nur aus Gründen der öffentlichen Moral drohenden Bestrafung auf besondere Umstände, die sich „aus den gegenwärtigen politischen Verhältnissen im Iran ergeben“.[16] Diese sieht das Gericht zum einen darin, dass die im Iran drohende Todesstrafe „nicht bloß in einem von der Rechtsordnung der Bundesrepublik noch hinnehmbaren Maße besonders streng, sondern offensichtlich unerträglich hart [...] und unter jedem denk-

12 Einmal abgesehen davon, dass sie die Sexualität in unzulässiger Weise auf den Sexualakt reduzieren. Und abgesehen davon, dass Unumkehrbarkeit Verkehrtheit assoziieren lässt und Unentrinnbarkeit Verderben. Und abgesehen davon, dass das Gericht sich nicht damit beschäftigt, ob das Konzept einer schicksalhaften Homosexualität im Gegensatz zu einer bloßen Neigung, der mehr oder weniger beliebig nachgegangen oder nicht nachgegangen werden kann, in den nichtjuristischen Wissenschaften, die sich mit Sexualität beschäftigen, ebenfalls vertreten wird. | **13** BVerwGE 79, 143, 146. | **14** Ebenda 152. | **15** Vgl. die Fallbeispiele bei Markard/Adamietz und Kleine Anfrage DIE LINKE, Anm. 7. | **16** BVerwGE 79, 143, 150.

baren Gesichtspunkt schlechthin unangemessen zur Ahndung eines Verstoßes gegen die öffentliche Moral, der sich im Grenzbereich zwischen privatem und sozialem Bereich ereignet“[17], ist. Ferner darin, dass in Abweichung vom traditionellen islamischen Beweisrecht und im Gegensatz zu anderen ebenfalls mit der Todesstrafe bedrohten Verstößen gegen die öffentliche Moral speziell zum Nachweis homosexueller Betätigung das „eigene Wissen“ des Richters als neues Beweismittel im Iran eingeführt worden war.[18]

Auch diese Argumentation ist nicht in sich schlüssig, insbesondere nicht angesichts dessen, dass das Gericht zunächst noch festgestellt hat, das Asylrecht habe nicht die Aufgabe, möglicherweise gewandelte moralische Anschauungen in der Bundesrepublik über homosexuelles Verhalten in anderen Staaten durchzusetzen.[19] Warum nun die Verhängung der Todesstrafe und die Verschärfungen im iranischen Beweisrecht aus einer der Aufrechterhaltung der öffentlichen Moral dienenden Bestrafung eine politische Verfolgung machen, ist dem Urteil nicht zu entnehmen. Das Gericht folgert aus beiden Umständen, „dass mit der Strafverfolgung gerade desjenigen, der sich homosexuell betätigt hat, Absichten verfolgt werden, die über die Ahndung einer Verletzung der öffentlichen Moral hinausgehen“.[20] Welche Absichten dies sein sollen und warum die Todesstrafe und die Verschärfungen im Beweisrecht ein Hinweis auf solche Absichten sein sollen, bleibt unklar.

Es drängt sich die Vermutung auf, das BVerwG habe diese Umstände nur deswegen für relevant erklärt, weil es in der Bundesrepublik vor 1969 weder die Todesstrafe für Homosexualität gab, noch Beweisregeln wie im Iran, wegen der Geeignetheit also, den Eindruck zu vermeiden, es habe in der Bundesrepublik politische Verfolgung gegeben.

Auch unter der Ungenauigkeit bei der Bestimmung der politischen Verhältnisse im Heimatland, die erforderlich sind, um aus einer Bestrafung einverständlicher Homosexualität eine politische Verfolgung werden zu lassen, leidet nicht nur die Schlüssigkeit des Urteils vom 15. März 1988, sondern leiden auch die Asylrechtsprechung und homosexuelle Asylsuchende bis heute. Bis heute ist nicht klar, welche Strafen oder sonstigen Maßnahmen unterhalb der im Heimatland drohenden Todesstrafe „schlimm genug“ sind, um von politischer Verfolgung ausgehen zu können, und wonach dies zu bewerten ist.

24 Jahre nach diesem Urteil sollte die Bundesrepublik reif dafür sein, sich der Erkenntnis zu stellen, dass es in ihr nach heutigen Kriterien politische Verfolgung Homosexueller gegeben hat, und die Asylrechtsprechung, die sich bemüht hat, diesen Eindruck um jeden Preis zu vermeiden, in die Rechtsgeschichte zu verabschieden.

17 Ebenda, 153. | **18** Ebenda, 153 f. | **19** Ebenda, 149. | **20** Ebenda, 154.

Dirk Siegfried

09 | Can Legal Decisions Be Just in a World that Is Not? An Attempt

The Federal Administrative Court, Homosexuality and the Human Right to Asylum

"... that no state should have the right to impair the body, life or freedom of a person because of their immutably inherent characteristics. Based on these considerations – and in light of the Sonderbehandlung *(special treatment) of homosexuals in the concentration camps of the Third Reich (...) – the relevance of immutable characteristics in asylum law must also include the type of homosexual predisposition in evidence in the case of the plaintiff."*[1]

"... that the plaintiff's homosexual predisposition represents the inevitable determination of his sexual inclination manifested by age of 18, at the latest, and no longer reversible and thus inescapable. Hence, the Court of Appeal has determined, based on the circumstances, that the plaintiff would, upon returning to Iran, find himself in the same situation as a heterosexual would, if all heterosexual behaviour were subject to prosecution."[2]

Both of these quotes were taken from a decision handed down on March 15, 1988.[3] *"The Federal Administrative Court determined in this decision that persecution on the basis of homosexuality represents grounds for granting asylum. The grounds that support this decision must still be taken into consideration in determining the right to asylum." Thus was the reasoning of the federal government in answering a written enquiry from the DIE LINKE faction.*[4]

The thinking behind the two quotes seems to be banal. How daring they are, can, however, only be recognised when one considers that previous decisions handed down by the highest federal courts, including by the Federal Constitutional Court, provided no precedent and that there have never been any subsequent decisions. Never before had the federal government's responsibility for the Sonderbehandlung of homosexuals during the Third Reich been recognised, nor had the heterosexual public ever been expected to consider what it would be like if every one of their – possibly inevitable – sexual acts, in keeping with their individual predispositions, were subject to prosecution.

The fact that this did not need to be explained to the homosexual public, was a matter of course for the court: "The prohibitive situation in Iran thus essentially corresponds with the prohibitive situation that existed before the enactment of the First Amendment to the Penal Code on June 25, 1969.[5] *This meant that in addition to what were referred to as coital-like acts in the sense of older findings by the Reich Court, which had been prohib-*

ited since the amendment of paragraph 175 in 1935, all forms of homosexual behaviour, even when they did not involve physical contact to the other party, were subject to prosecution. This included merely one limitation, which stipulated that the behaviour had to be of a certain intensity and persistence. Thus, only fleeting physical contact was exempted from criminal liability (...)"[6].

The court was, however, not so daring as to draw the conclusion that any political persecution had ever taken place in the Federal Republic of Germany. The logic of this decision, as well as of decisions regarding the right to asylum and homosexual asylum-seekers to this day, is impaired by this attempt to avoid coming to this conclusion.[7]

The court avoids a conflict with the decision of the Federal Constitutional Court of 10 May 1957,[8] *which justifies the punishment of consensual homosexuality, by explaining that the interdiction of consensual homosexual activities among adults on grounds of prevailing public morals in the asylum-seeker's native country by itself has no bearing on asylum law.*[9] *Yet, when does the punishment only serve to preserve public morals and when is it of relevance to asylum law?*

The Federal Administrative Court determined, with regard to the plaintiff in this case, that "His political persecution is determined on the basis of the special circumstances in this case as determined by the Court of Appeal, which are based, on the one hand, on the individual characteristics of the plaintiff and, on the other hand, on the current political conditions in Iran."[10]

The circumstances that "are based on the individual characteristics of the plaintiff", are seen by the court in the fact that the plaintiff had been aware of his homosexual inclinations since the age of 15 or 16 and had behaved accordingly from that time on, and, more importantly, had engaged in homosexual activities before leaving Iran. Hence, this was not expected to change if he should return to Iran, because the plaintiff was not able to refrain from engaging in homosexual activities. The court deduces the latter from the plaintiff's irreversible, inescapable homosexual predisposition.[11]

1 BVerwGE 79, 143, 147. | **2** Ibid, 152. | **3** 9 C 278/86, BVerwGE 79, 143. | **4** BT-Drucksache 17/8357. | **5** BGBl. I, p. 645. **6** BVerwGE 79, 143, 148. | **7** Cf. the case study in Markard, Dora/Adamietz, Laura: „Keep it in the Closet? Flüchtlingsanerkennung wegen Homosexualität auf dem Prüfstand". In: *Kritische Justiz 2011*, p. 294; and in the written enquiry submitted by the DIE LINKE faction, BT-Drucksache 17/8228. | **8** BVerwGE 6, 389. | **9** BVerwGE 79, 143, 149. | **10** Ibid, 150. | **11** Cf. Ibid, 151f.

These considerations are, however, not appropriate for determining the differentiation between political persecution and a punishment that only serves to preserve public morality, which the Federal Administrative Court[12] considered necessary: Hence, it is not clear without further explanation why the purpose of a punishment, which is, after all, defined by the punisher, should be dependent upon circumstances based on the individual characteristics of the person being punished. Notably, the Federal Administrative Court does not even claim that Iran differentiates according to circumstances based on individual characteristics – yet still alleges, in its conclusion, that Iran pursues different purposes in punishing people who are inevitably homosexual than in punishing those who are only casually homosexual. There are no grounds on which this conclusion can be based and the Federal Administrative Court also fails to provide grounds.

In addition, people who were inevitably and inescapably homosexual were also punished in the Federal Republic until 1969. This was not considered to be political persecution. What role circumstances based on the individual characteristics of the plaintiff are supposed to have played in assessing whether this is a case of political persecution, has never been clarified.

The Federal Administrative Court obviously fails to distinguish here between the questions as to when persecution due to homosexuality is to be considered political and which homosexuals deserve protection under the laws of asylum. The latter question had already been discussed by the court – in connection with the determination of whether characteristics other than those expressly mentioned in Art. 1 A no. 2 GC could be a reason for granting asylum:

"In this context, personal qualities comparable in type and character to the customarily important characteristics of race, nationality, religion and political conviction, can be taken into consideration, which only stands to reason when they have already been the cause of persecution in the past. It is, for example, easily conceivable that someone who is subject to persecution because of skin colour is entitled to the same protection under asylum law as someone who has been subject to persecution because of race of nationality. This insight results from the fact that the personal characteristics "race" and "nationality" share the common function of designating characteristics that are inevitably acquired by those affected without any initiative taken on their part."[13]

Here, the court needs just one sentence to dismiss characteristics like "religion" and "political convictions", the acquisition of which is not as clearly inevitable, and to thus allow its argument, namely that the only form of homosexuality protected under asylum law is homosexuality that is inescapable and inevitable, to appear to be logical.

It is not only the persuasive power of this decision that suffers from this ambiguity. If the court had not excluded the comparable characteristics "religion" and "political convictions", then the question would have arisen – as is the case for these characteristics – as to whether and to what extent people can be expected to try to avoid political persecution by discreet behaviour. The question as to whether people can be expected to behave in such a manner that their homosexuality does not become obvious is not discussed by the Federal Administrative Court. On the contrary, the court is satisfied with the determination that "the Iranian law enforcement authorities are likely to become aware of the homosexual activities in which the plaintiff is very likely to engage".[14] Nevertheless, to this day Administrative Courts have been concluding, on the basis of this decision, that the Federal Administrative Court considers the inescapability of a homosexual predisposition a requirement for persecution to be considered inevitable, i.e., that it cannot be avoided by discreet behaviour – which sometimes results in quite outrageous demands in relation to the discretion that must thus be practiced.[15] It is, however, not clear whether this was the intention of the Federal Administrative Court. It can, however, be concluded that the requirement that a homosexual predisposition is inevitable, along with the questionable manner in which this demand is derived from the evidence, has provided support for court decisions according to which homosexuals are expected to exercise the greatest possible discretion in living their sexuality.

In addition to the special circumstances based on the individual characteristics of the plaintiff, the Federal Administrative Court cites special circumstances to differentiate between political persecution and punishment threatened solely on grounds of public morality, which result "from the current political situation in Iran".[16] The court sees this, on the one hand, in the fact that the threat of a death penalty in Iran is "not only unac-

12 Regardless of the fact that this inappropriately reduces the concept of sexuality to mere sexual intercourse. And regardless of the fact that "irreversibility" suggests "wrongness" and "inescapability" "ruination". And irregardless of the fact that the court does not concern itself with the question as to whether the concept of inevitable homosexuality, as opposed to a mere inclination that is indulged more or less at will, is also found in research on jurisprudence related to sexuality. | **13** BVerwGE 79, 143, 146. | **14** Ibid, 152. | **15** Cf. the case cited by Markard/Adamietz and enquiry submitted by the DIE LINKE, note 7. | **16** BVerwGE 79, 143, 150.

ceptable in terms of its severity in relation to the legal system in the Federal Republic of Germany, but also obviously unacceptably severe (...) and, in consideration of every conceivable aspect, simply inappropriate as a penalty for an infraction against public morality, which occurs in a borderline area between the public and social realms".[17] *Furthermore, in the fact that, deviating from traditional Islamic rules of evidence, and in contrast to other infractions against public morality that are also subject to the death penalty, the "personal knowledge" of the judge had been introduced as a new form of evidence in Iran, specifically as proof of homosexual behaviour.*[18]

This argumentation in itself is also not logical, especially in view of the fact that the court initially determined that it is not the task of asylum law to enforce possible transformations in the moral views in the Federal Republic of Germany with regard to homosexual behaviour in other states.[19] *Why the imposition of the death penalty and the introduction of more problematic rules regarding what is accepted as evidence in Iran in the interest of preserving public morality are seen as a form of political persecution cannot be deduced from the decision. Both of these circumstances lead the court to conclude, "that intentions are pursued in prosecuting a person who engages in homosexual activities that exceed the punishment of a breach of public morality".*[20] *Which intentions these are assumed to be and why the death penalty and the introduction of more problematic rules of evidence are seen to be an indication of such intentions remains unclear.*

One can hardly avoid making the assumption that the Federal Administrative Court only decided to declare these circumstances to be relevant because according to the law in force until 1969 Germany never imposed a death penalty for homosexuality nor rules of evidence like those in Iran, hence this provided a suitable opportunity for avoiding the impression that the Federal Republic had ever engaged in political persecution.

It is not only the logic of that decision of March 15, 1988 that is impaired by the ambiguity in determining which political conditions must exist in the asylum-seeker's native country in order for the punishment for consensual homosexuality to be considered political persecution, but also all decisions in relation to asylum law and homosexual asylum-seekers to this day. It is still not clear which punishments or other measures of lesser severity than the threat of the death penalty in the asylum-seeker's native country are "bad enough" for a case of political persecution to be assumed and according to which criteria these are to be evaluated.

Today, some 24 years after this decision, the Federal Republic should be ready to recognise the fact that it engaged in the political persecution of homosexuals according to current criteria and to relegate decisions handed down in relation to asylum law that attempted to avoid this impression, at any price, to the realm of legal history.

17 Ibid, 153 | **18** Ibid, 153f. | **19** Ibid, 149. | **20** Ibid, 154.

Markus Löning

10 | Deutschlands Verantwortung für die Menschenrechte von LSBTI

Die Glaubwürdigkeit von Menschenrechtspolitik misst sich daran, ob und inwieweit sie bereit ist, sich für diejenigen einzusetzen, die ausgegrenzt, verfolgt, misshandelt und getötet werden, gerade auch wenn dieser Einsatz auf Widerstand, Widerspruch oder Unverständnis in den Partnerländern stößt.

Mal geht es um den konkreten Einzelfall: Die Aktivistin, der Menschenrechtsverteidiger, der gerade bedroht oder inhaftiert ist, soll geschützt werden; mal geht es um eine abstrakte Situation: In einem Land droht eine deutliche Verschärfung des Strafrechts zulasten von Schwulen und Lesben (wie beim „Anti-Homosexuality Bill" in Uganda). Gleich welche Situation: das wichtigste Ziel jeder menschenrechtlichen Anstrengung ist die gesetzliche Gleichstellung und gesellschaftliche Akzeptanz von LSBTI.

Wo liegt aber nun Deutschlands Verantwortung? Bundesregierung und deutsche Zivilgesellschaft engagieren sich weltweit. Aus zwei guten Gründen, wie ich finde:

Zum einen ist da die Verantwortung für die Menschheitsverbrechen Deutschlands unter den Nationalsozialisten. Die Verfolgung von schwulen Männern und lesbischen Frauen während des Nationalsozialismus wurde lange verschwiegen oder verdrängt. Niemand kann das Geschehene ungeschehen machen. Aber das Trauern um die Opfer und die Erinnerung an die Verbrechen bedeuten eben auch eine Verpflichtung für ein aktives Engagement für LSBTI in der heutigen Welt.

Zum anderen leben wir in einem Land, in dem sich Lesben und Schwule in den letzten Jahrzehnten Rechte und gesellschaftliche Anerkennung erkämpft haben. In unserem Land, in der Europäischen Union kann man sich engagieren, ohne mit (strafrechtlicher) Verfolgung rechnen zu müssen. Diese Freiheit verpflichtet Zivilgesellschaft und Staat dazu, sich für diejenigen einzusetzen, die diese Möglichkeiten nicht haben, denen Repressalien drohen.

Deutschlands Verantwortung ist nicht nur staatlicher Natur. Wie in allen Bereichen der Menschenrechtspolitik, ist es auch beim Einsatz für die Rechte von LSBTI von zentraler Bedeutung dass die Zivilgesellschaft sich engagiert. Unter anderem hat Amnesty International in den letzten Jahren seine Arbeit für die Rechte von LSBTI verstärkt. Mit der Hirschfeld-Eddy-Stiftung hat der LSVD ein wichtiges Instrument für die internationale Menschenrechtsarbeit geschaffen. Einzelpersonen wie Manfred Bruns haben sich aktiv eingebracht für die Emanzipation und Anerkennung Ho-

mosexueller, für den Schutz ihrer Rechte und für die Wahrung der Würde von Menschen, die HIV-positiv oder an AIDS erkrankt sind. Insgesamt wünsche ich mir aber ein noch deutlicheres Bekenntnis vieler Menschenrechtsgruppen zu den Rechten sexueller Minderheiten. So könnte der Druck auf die staatlichen Akteure in Deutschland und darüber hinaus besser aufrechterhalten werden, und gleichzeitig wäre es ein starkes Zeichen gegenüber Gesellschaft und Politikern in den Zielländern der Arbeit.

Für die praktische Politik bedeutet das ein Engagement auf verschiedenen Ebenen:

1. Im Kontext der Europäischen Union

Hier sind insbesondere zwei Instrumente der EU zu nennen. Das erste ist die EU-Leitlinie zum Schutz von Menschenrechtsverteidigern. Durch sie haben sich Mitgliedsländer und Europäischer Auswärtiger Dienst verpflichtet, Menschenrechtsverteidigern in ihren jeweiligen Gastländern, soweit es möglich ist, Schutz und Kooperation zu bieten. Die Botschaften vor Ort sollen die Zusammenarbeit suchen, Projekte finanzieren, mit Menschenrechtsorganisationen und -aktivisten kooperieren oder sie durch Einladungen und hochrangige Wahrnehmung schützen. Die Leitlinie gilt seit einigen Jahren und ihre Umsetzung ist sicher immer noch nicht überall so, wie sie sein sollte. Aber sie hat der europäischen Menschenrechtspolitik einen praktischen Schub gegeben. Für Aktivisten ist die unmittelbare Hilfe vor Ort oft wichtiger als große Erklärungen aus westlichen Hauptstädten.

Das zweite Instrument europäischer Politik für die Rechte von LSBTI ist das sogenannte „Toolkit" der EU. Ein Maßnahmenkatalog, in dem sich die EU-Länder auf Schritte geeinigt haben, um Verletzungen der Menschenrechte oder Diskriminierung von LSBTI in Drittländern zu erfassen, Reaktionen zu formulieren und gemeinsam gegen die strukturellen Ursachen vorzugehen. Ein vorrangiges Ziel der EU ist dabei, dass homophobe Gesetzgebung verschwindet und Homosexualität entkriminalisiert wird. Deutschland war federführend bei der Entwicklung dieses Instruments und treibt die Umsetzung aktiv voran.

Daneben ist es wichtig festzuhalten, dass sich die Situation sexueller Minderheiten in den osteuropäischen EU-Ländern verbessert hat. Hier zeigt sich, dass EU-Beitrittsperspektive und Beitritt zu einer Verbesserung führen. Es gibt sicher noch viel zu tun – insbesondere was die gesellschaftliche Akzeptanz von LSBTI angeht. Dass in Polen gerade eine Transsexuelle und ein offen schwuler Abgeordneter ins Parlament ge-

wählt wurden und die Debatte vorantreiben, ist aber ein Zeichen für eine sich ändernde Gesellschaft.

Ich will die Situation nicht schönreden – es gibt in den Ländern Osteuropas genügend zu tun. Aber wir sollten nicht vergessen, dass rechtliche Gleichstellung und gesellschaftliche Akzeptanz auch in Deutschland – bei aller Verbesserung in den letzten Jahren – noch nicht erreicht sind. Und auch bei uns ist es ein relativ junger Prozess. Es gibt also berechtigte Hoffnung, dass sich die osteuropäischen Gesellschaften nach dem Beitritt zur EU weiter modernisieren werden, so wie es in Spanien oder Portugal passiert ist. Die Beitrittsperspektive für die Länder des Balkans, die Ukraine und die Türkei ist also auch immer eine Perspektive für eine Verbesserung der Situation von LSBTI.

2. Deutschlands Verantwortung im Rahmen der Vereinten Nationen

Innerhalb der UN ist eine offene und sachliche Diskussion über Diskriminierung aufgrund sexueller Orientierung und Geschlechtsidentität immer noch stark tabuisiert. Die Bundesregierung stellt sich religiösen oder vorgeschobenen „kulturellen" Argumenten, die Diskriminierung oder Verfolgung rechtfertigen sollen, entschlossen entgegen. Geringschätzung, Ausgrenzung, Verfolgung und Gewalt sind durch nichts zu rechtfertigen – die Menschenrechte gelten uneingeschränkt und universell. Mit starker Unterstützung der EU, innerhalb derer wir besonders aktiv sind, bringen wir das Thema voran.

Der jüngste und deutlichste Fortschritt ist die erste Resolution des UN-Menschenrechtsrates zu LSBTI-Rechten. Dabei hat die EU erreicht, dass die Resolution eindeutig Gewalt und Diskriminierung aufgrund sexueller Identität verurteilt. Als Folge hat die Hochkommissarin für Menschenrechte, Navanethem Pillay, am 16. Dezember 2011 erstmalig einen Bericht zu diesem Thema vorgelegt, der unter anderem Asylgewährung im Falle der Verfolgung aufgrund sexueller Orientierung und die rechtliche Anerkennung des bevorzugten Geschlechts von Transsexuellen empfiehlt.

Auch in der Generalversammlung gibt es Bewegung. Erstmals ist es der Bundesregierung im Dezember 2010 gemeinsam mit den EU-Partnern und den USA gelungen, in einer Resolution gegen extralegale Tötungen ausdrücklich die Verurteilung von Hinrichtungen aufgrund sexueller Orientierung zu verankern. Erklärungen der Generalversammlung, die sich für die Rechte von LGBTI einsetzen, finden in den letzten Jahren wachsende Unterstützung.

Der Widerstand der meisten islamischen und sehr vieler afrikanischer Länder ist allerdings erheblich. Die Europäer arbeiten hier vor allem mit den USA und vielen lateinamerikanischen Ländern eng zusammen.

3. Deutschlands bilaterale Arbeit

Mit dem Koalitionsvertrag hat sich die Bundesregierung verpflichtet, gegen die Diskriminierung und Verfolgung von LSBTI zu arbeiten. Das manifestiert sich neben dem Einsatz in internationalen Gremien in unzähligen Erklärungen, bilateralen Gesprächen und Einzelprojekten. Gleichzeitig bedeutet es auch, die Situation der LSBTI als Menschenrechtsthema in den Köpfen und Herzen all der Diplomaten und Entwicklungshelfern zu verankern, die deutsche Außen- und Entwicklungspolitik vertreten.

Pars pro Toto will ich hier einige Beispiele für Aktivitäten der Bundesregierung nennen: Als ein Abgeordneter den berüchtigten „Anti-Homosexuality"-Gesetzentwurf in das ugandische Parlament einbrachte, gab es scharfe Reaktionen. Entwicklungsminister Niebel hat gedroht, die Entwicklungszusammenarbeit einzustellen. Die USA und andere befreundete Länder reagierten ähnlich. Als Menschenrechtsbeauftragter der Bundesregierung bin ich nach Kampala gereist, um gegenüber Parlament und Regierung unsere Auffassung mit Nachdruck zu vertreten. Bis heute ist das Gesetz nicht verabschiedet und es entspinnt sich inzwischen ein sehr interessanter Dialog mit den Abgeordneten des ugandischen Parlamentes über die Menschenrechte von LSBTI. Das Entwicklungsministerium hat die Situation von LSBTI inzwischen zu einem Kriterium in der Entwicklungszusammenarbeit gemacht.

Aufgrund dieser Erfahrungen habe ich eine Gruppe von afrikanischen LSBTI-Aktivisten nach Deutschland eingeladen. Ziel war es, ihnen ein klares Signal der Unterstützung zu geben und ihnen die Situation und vor allem die Entwicklung in Deutschland zu zeigen. Inzwischen unterstützt die Bundesregierung mehrere LSBTI-Projekte in Afrika, die auch auf diese Reise zurückzuführen sind.

Eine ganz andere Art von Projekt war die finanzielle Unterstützung des Filmes „Parada". Dieser serbische Film zeigt die Schwierigkeiten einer Gruppe von Aktiven, eine Gay Pride in Belgrad auf die Beine zu stellen. Der Film wurde bei der Berlinale 2012 mit einem Publikumspreis ausgezeichnet und ist in Serbien ein Publikumsrenner gewesen. Die Bundesregierung setzt den Film für die Arbeit in Osteuropa ein, wo er in einem oft homophoben Umfeld mit großem Erfolg von zahlreichen deutschen

Botschaften gezeigt wird und für Akzeptanz wirbt. Gerade in Ländern, in den die Abhaltung von Gay Prides nicht oder nur unter Schwierigkeiten möglich ist, nutzt die Bundesregierung den Film. Die Aufführungen flankieren den politischen Einsatz gegenüber den jeweiligen Regierungen für das Recht auf Demonstrationsfreiheit und geben der Zivilgesellschaft ein Stück Unterstützung.

Deutschlands Verantwortung in der Zukunft

Der Einsatz für die Menschenrechte von LSBTI hat in den letzten Jahren zugenommen. Dennoch gilt es, gerade in Deutschland weiter stark dafür zu werben, dieses Engagement zu verstärken. Millionen von Menschen weltweit sind von Diskriminierung und Verfolgung aufgrund ihrer sexuellen Identität betroffen. Es ist unsere politische – und menschliche – Verantwortung, uns für sie und ihren Schutz einzusetzen.

Markus Löning

10 | Germany's Responsibility for the Human Rights of LGBTI

The credibility of human rights policy is measured by whether and to what extent it is willing to take up the cause of those who are excluded, persecuted, abused or executed, especially when taking up such causes meets with opposition, objection or a lack of understanding in the partner countries.

Sometimes it is a matter of an individual case: offering protection for an activist and defender of human rights who is currently under threat of arrest; sometimes it is a matter of an abstract situation: the threatened introduction of a stricter penal code in a country, one that is detrimental to gays and lesbians (as in the case of the "Anti-Homosexuality Bill" in Uganda). Regardless of the situation: the most important goal of every effort to promote human rights is the legal equality and social acceptance of LGBTI.

What responsibility does Germany have? The federal government and German civil society are involved in efforts all over the world, and for two good reasons, in my opinion. One of them is Germany's responsibility for crimes against humanity under the national socialists. The persecution of gay men and lesbian women during the reign of the national socialists was never discussed and denied for a long time. No one can change what happened, but we can mourn the victims and remember the crimes by taking responsibility for actively defending LGBTI rights in the world today.

Another reason is that we live in a country in which lesbians and gays have, in recent decades, fought for their rights and for social recognition. In our country, and in the European Union, one can take action without having to fear criminal prosecution. Having this freedom represents an obligation on the part of civil society and the state to take up the cause of those who do not have these opportunities, who are threatened by repressive measures.

In the case of Germany, it is not only a government responsibility. As in all areas of human rights policy, it is also of central importance that civil society plays a role in defending the rights of LGBTI. Amnesty International, along with other organisations, has increased its efforts to defend the rights of LGBTI in recent years. With the Hirschfeld-Eddy Foundation, the LSVD has created an important instrument for international human rights work. Individuals, like Manfred Bruns, have played an active role in fighting for the emancipation and recognition of homosexuals, for the protection of their rights, and for preserving the dignity of people who are HIV positive or suffering from AIDS. On the whole, however, I would like to see an even clearer commitment to the rights of sexual minorities on the part of many human rights groups. This would make it easier to main-

tain the pressure on representatives of the state/government in Germany, and beyond, and, at the same time, it would send a clear signal to society and politicians in the countries targeted in their work.
In terms of practical policy, this means playing an active role on various levels:

1. Within the context of the European Union

Here, two EU instruments are particularly notable. The first is the EU Guidelines on Human Rights Defenders. By agreeing to these, EU missions have agreed to support and defend human rights defenders in their respective guest countries, whenever and wherever possible. The local missions are instructed to seek to work with, finance, and cooperate with human rights organisations and activists and to protect them by extending invitations and prominent recognition. The guidelines have been in force for a number of years now, yet they have certainly not been sufficiently implemented in all countries. But they have provided a practical impulse in European human rights policy. For activists, direct help in a local context is often more important than weighty declarations made in Western capitals.

The second instrument of European policy to promote the rights of LGBTI is the so-called EU "toolkit": a catalogue of measures in which EU countries have agreed to steps intended to register infractions against the human rights of, and discrimination against, LGBTI in third countries, formulate reactions, and jointly take action against the structural causes. A primary goal of the EU, in this context, is to ensure that homophobic laws are abolished and homosexuality is decriminalised. Germany played a leading role in the development of this instrument and has been actively promoting its implementation.

It is, however, also important that we take note of the fact that the situation of sexual minorities in the EU countries of Eastern Europe has improved. Here one sees that the perspective of accession to the EU, or actual accession to the EU, leads to an improvement. There is surely still a lot to do – especially in relation to the social acceptance of LGBTI. The fact that a transsexual and an openly gay representative have just been elected to the Polish parliament and have been promoting the discussion there are a signs of a changing society.

I don't intend to make the situation sound better than it is – there is enough to do in the countries of Eastern Europe. But we should not forget that legal equality and social acceptance has also not yet been fully achieved in Germany – despite all of the improvements in recent years. This is also a relatively recent process here in Germany. Hence,

there is reason to hope that Eastern European societies will continue to modernise after accession to the EU, just as has been the case in Spain and Portugal. The perspective of accession of the Balkan countries, Ukraine and Turkey to the EU thus provides a perspective for an improvement of the situation of LGBTI.

2. Germany's responsibility within the context of the United Nations

Within the UN, an open and objective discussion on discrimination on grounds of sexual orientation and sexual identity is still highly taboo. The federal government decisively opposes religious or purported "cultural" arguments intended to justify discrimination or persecution. There is nothing that can justify disdain, exclusion, persecution and violence – human rights are unlimited and universally valid. With strong support from the EU, within which we are especially active, we can make progress on this topic.

The most recent and notable progress was the adoption of the first resolution by the UN Human Rights Council on LGBTI rights. In this conjunction, the EU was able to ensure that the resolution clearly condemns violence and discrimination on grounds of sexual identity. Consequently, the High Commissioner for Human Rights, Navanethem Pillay, submitted the first report on this topic on December 16, 2011, which also recommends granting asylum in cases of persecution due to sexual orientation and the legal recognition of the preferred sex of transsexuals.

There has also been some movement in the General Assembly. In December of 2012, the federal government, along with its EU partners and the United States, succeed for the first time anchoring the express condemnation of executions on grounds of sexual orientation in a resolution against extralegal executions. Declarations by the General Assembly promoting the rights of LGBTI have received increasing support in recent years. The resistance of most Islamic and a great number of African countries is, however, considerable. In this context, the Europeans work, for the most part, in close cooperation with the United States and many Latin American countries.

3. Germany's bilateral efforts

In its coalition agreement, the federal government agreed to work against the discrimination and persecution of LGBTI. This manifests itself, in addition to its efforts in international bodies, in countless declarations, bilateral discussions and individual projects. At the same time, this also means that the situation of LGBTI must also be anchored as a human rights topic in the minds and hearts of all of the diplomats and development workers who represent German foreign and development policy.

Pars pro toto, *I would like to cite some of the federal government's activities. When a Ugandan parliamentarian submitted a proposed "Anti-Homosexuality Bill" to the Ugandan Parliament, there were harsh reactions. The Federal Minister of Economic Cooperation and Development Niebel threatened to end cooperation on development projects. The United States and other allied countries reacted in a similar manner. As the Federal Government Commissioner for Human Rights, I travelled to Kampala and appeared before the parliament and the government in order to emphasise our standpoint. To this day, the law has not been ratified and, in the meantime, a very interesting dialogue has developed with the Ugandan parliamentarians concerning the human rights of LGBTI. The Ministry for Economic Cooperation and Development has, in the meantime, made the situation of LGBTI a criterion for cooperating on development projects. Based on these experiences, I invited a group of African LGBTI activists to Germany. The goal was to clearly signal our support and, above all, to show them the progress that has been made in Germany. In the meantime, the federal government supports a number of LGBTI projects in Africa, something that can also be attributed to this visit.*

Providing financial support for the film Parada, *was an entirely different type of project. This Serbian film illustrates the difficulties faced by a group of activists trying to stage a Gay Pride Parade in Belgrade. The film was awarded the Audience Award at the Berlinale in 2012 and was very popular with viewers in Serbia. The federal government uses the film for work in Eastern Europe, where it is often successfully shown in homophobic environments at numerous German embassies, thereby making an appeal for acceptance. The federal government uses the film particularly in countries where staging Gay Pride events is very difficult or impossible. The showings are accompanied by political efforts aimed at convincing governments of the right to demonstrate and garnering support from civil society.*

Germany's responsibility in the future

Our commitment to the human rights of LGBTI has increased in recent years. Nevertheless, it is still important, particularly in Germany, to continue to appeal for more support to increase this commitment. Millions of people all over the world are affected by discrimination and persecution due to their sexual identity. It is our political – and humanitarian – responsibility to take a stand for their protection.

Axel Hochrein

11 | Rechtsnormen versus Ideologie und Tradition

Sexuelle Identitäten, die von der heterosexuell definierten Norm abweichen, waren im Verlauf der Geschichte weltweit von gesellschaftlicher Ächtung, rechtlicher Diskriminierung und staatlicher Verfolgung sowie von gewalttätigen Übergriffen betroffen. Kriminalisierung und strafrechtliche Verfolgung in unterschiedlicher Ausprägung sind heute noch in 75 Staaten an der Tagesordnung. In sieben Ländern sind Homosexuelle von der Todesstrafe bedroht.

In der westlichen Welt hat mit dem Anfang des 21. Jahrhunderts eine fortschreitende Öffnung des Ehebegriffs für gleichgeschlechtliche Paare eingesetzt. Mit dem gesellschaftlich anerkannten Verständnis der Ehe als Beziehung zwischen Mann und Frau einhergehend waren zuvor mit „Liebe", „Romantik" und „sexuellem Begehren" ausschließlich die Empfindungen für Personen des anderen Geschlechts gemeint. Gleichgeschlechtliche Liebe oder Abweichungen von der zugewiesenen sozialen Geschlechterrolle beziehungsweise den zugewiesenen sozialen Geschlechtsmerkmalen wurden tabuisiert oder als psychische Erkrankung definiert. Die mit Beginn des 20. Jahrhunderts einsetzende sexuelle Revolution,[1] bei der für den Bereich der gleichgeschlechtlichen Liebe Karl-Heinrich Ulrichs und Magnus Hirschfeld als Pioniere gelten, führte zum heutigen wissenschaftlichen Kenntnisstand, dass bei der sexuellen Identität und sexuellen Orientierung es keine prägende und geprägte Klassifizierung oder klare Trennung von männlich und weiblich gibt. Dies führt in der Folge der Erkenntnis dazu, dass es neben der Mann-Frau-Ehe auch gleichgeschlechtliche Ehen geben kann und muss.

Ein Ergebnis der sexuellen Revolution ist die Abkehr von der Einzigartigkeit der Heterosexualität und die Erkenntnis der sexuellen Vielfalt. Wer sich in seinem sexuellen Begehren nicht zwischen gegengeschlechtlich oder gleichgeschlechtlich entscheiden kann oder will, lebt bisexuell. Die Vielfalt der sexuellen Identitäten und Geschlechtsorientierungen beinhalten darüber hinaus intersexuelle Menschen[2] (auch: Intersex, intergeschlechtliche Menschen), die genetisch (Geschlechtschromosomen) und/oder anatomisch (Geschlechtsorgane) und hormonell (Mengenverhältnisses der Geschlechtshormone) nicht eindeutig dem weiblichen oder dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden können. Des Weiteren Transgender, die eine vom biologischen Geschlecht abweichende Geschlechtsidentität haben. Allgemein

1 Sigusch, Volkmar: *Neosexualitäten: Über den kulturellen Wandel von Liebe und Perversion*. Frankfurt/Main 2005. S. 185. | **2** Goldschmidt, Richard: „Vorläufige Mitteilung über weitere Versuche zur Vererbung und Bestimmung des Geschlechts". In: *Biologisches Centralblatt* 35/12, 1915. S. 565-570.

steht die Abkürzung LSBTI (international: LGBTI) für lesbische, schwule, bisexuelle, transsexuelle und intersexuelle Identitäten und Orientierungen. Sie alle sind durch die Abweichung von der heterosexuellen Norm Diskriminierungen in unterschiedlicher Ausprägung ausgesetzt.

Auch in Deutschland hat die Verfolgung und Ausgrenzung von LSBTI eine lange Geschichte, die weit vor der Gründung der Bundesrepublik Deutschland begann, diese aber rechtlich, politisch und gesellschaftlich bis heute geprägt hat. Traditionen aus der christlich-abendländischen Kultur sind dafür ebenso verantwortlich, wie Ideologien, die mithilfe einer wie oben erwähnten traditionellen Definition der Heterosexualität als Norm zu dem vorgefassten Ergebnis kamen, bei Homosexualität handele es sich um eine krankhafte Sexualität. Die staatliche Unterdrückung und Verfolgung dieser Sexualität sollte „dem Wohle des Volkes" dienen. Die Ideologie des Heterosexismus[3] ordnet Heterosexualität gegenüber anderen Formen sexueller Orientierung als überlegen ein. Im Gegenzug definiert der Heterosexismus homosexuelle, bisexuelle, transgender, intersexuelle, aber auch androgyne Menschen als von der sozialen Norm abweichend und wertet sie als „unnormal" ab.

Erst 1992 wurde die Homosexualität aus der von der Weltgesundheitsorganisation (WHO) herausgegebenen International Classification of Diseases (ICD)[4] entfernt. Wie schwer solche pseudo-wissenschaftlichen Darstellungen von Homosexualität als einer psychischen Erkrankung zu bekämpfen sind, zeigen die auch heute noch eifernden Vertreterinnen und Vertreter sogenannter Konversionstherapien. Die weltweit führenden psychiatrischen und psychologischen Fachgesellschaften lehnen solche Behandlungsversuche ab, da sie im Widerspruch zu den heute in Psychiatrie und Psychologie etablierten Auffassungen von Homosexualität stehen und eine schädigende Wirkung für die „Therapierten" haben.[5]

Die Weitergabe von Handlungsmustern, Überzeugungen und Glaubensvorstellungen prägt und schafft Traditionen. Traditionen sind ein Teil der Grundlage für die Kulturbildung von Gesellschaften. Traditionen stehen aber, solange sie nicht eine Anpassung aufgrund der gesellschaftlichen Entwicklung erfahren, häufig im Widerspruch zu den sich geänderten Realitäten. Der Versuch, eine gesellschaftliche Weiterentwicklung, die im Gegensatz zu eigenen Überzeugungen steht, zu verhindern oder zu bekämpfen, wird dann oft mit Verweis auf die Tradition verbunden. Dabei wird von den Vertretern der Tradition übersehen, dass die Gesellschaft heute nicht mehr mono-kulturell ist und nachkommende Generationen sich zunehmend weni-

ger an Traditionen gebunden fühlen als das früher der Fall war. Auch die wissenschaftliche Erforschung der Grundlagen von Traditionen führt oft zu der Notwendigkeit, dieselben zu hinterfragen und zu revidieren.

So wird heute die durch die römisch-katholische, die orthodoxe, sowie in Teilen der evangelischen oder anglikanischen Kirche vertretene Meinung, Homosexualität sei Sünde und widerspreche Gottes Willen, durch die moderne Bibel-Exegese widerlegt. Die in diesem Zusammenhang immer wieder herangezogenen Zitate aus dem Römerbrief (Röm 1, 27), dem ersten Brief an die Korinther (1 Kor 6, 9) sowie dem ersten Brief an Timotheus (1 Tim 1, 9/10) des Apostel Paulus beziehen sich auf sexuelle Kontakte zwischen römischen Bürgern bzw. freien Einwohnern der römischen Provinzen einerseits und männlichen Sklaven bzw. halbwüchsigen Sklavenknaben andererseits.[6] Die Formen und Ausgestaltungen heutiger gleichgeschlechtlicher Liebe und homosexuellen Zusammenlebens waren in der Zeit, da die herangezogenen Stellen im neuen Testament entstanden, weder bekannt noch gemeint. Somit handelt es sich bei der Auslegung, die zu einer Verdammnis von Homosexuellen führt, um eine Fehlinterpretation. Deshalb weist Hartmut Kreß zu Recht darauf hin, dass „diese vereinzelten Bibelstellen als zeitbedingte Ausdrucksformen der Abgrenzung Israels oder des frühen Christentums von damaligen Fremd-, Fruchtbarkeits-, und Sexualkulten, Tempelprostitution und von der heidnischen Umwelt zu betrachten“[7] sind. Und weiter: „Die heutige Erkenntnis, dass bei zahlreichen Menschen die gleichgeschlechtliche Neigung ein tief verankertes Persönlichkeitsmerkmal ist, war ihnen noch nicht im Blick.“[8]

Eine Rechtsnorm definiert sich als eine gesetzliche Regelung oder eine auf gesetzlicher Grundlage ergangene Vorschrift. Rechtsnormen zählen zu den sozialen Normen, zu denen auch moralische Normen gezählt werden. Allerdings unterscheiden sie sich von diesen, indem sie auf dem Zwangsweg gegen den Willen eines anderen durchgesetzt werden können. In ihrer Entstehung und Ausgestaltung sind Rechtnormen grundsätzlich vom kulturellen und sozialen Umfeld geprägt.

3 Wiesendanger, Kurt: „Heterosexismus und Homophobie“. In: *Psychoscope* 2002, Heft 2. Abrufbar unter: http://www.lsbk.ch/articles/heterosexismus_und_homophobie.asp#wiesendanger. | **4** *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*. Fourth Edition (DSM-IV]. American Psychiatric Association 1994. | **5** „Report of the APA Task Force on Appropriate Therapeutic Responses to Sexual Orientation“. Abrufbar unter: http://www.apa.org/pi/lgbt/resources/sexual-orientation.aspx. | **6** Tiedemann, Holger: *Paulus und das Begehren. Liebe, Lust und letzte Ziele.* Stuttgart 2002. | **7** Kreß, Hartmut: Art. „Homosexualität, III. Ethisch“. In: *Religion in Geschichte und Gegenwart. Handwörterbuch für Theologie und Religionswissenschaft,* Bd. 15. Tübingen 2000. Sp. 1885. | **8** Ebenda.

Eine Rechtsnorm, die für die staatliche Verfolgung und Kriminalisierung der männlichen Homosexualität in der Bundesrepublik Deutschland bis 1994 stand, war der § 175 StGB. Über Einordnung, Ausgestaltung und Wirkung dieses Gesetzes, wurde an anderer Stelle in diesem Band geschrieben. Für das Nachkriegs-Deutschland, das sich in christlich-abendländischer Kultur-Tradition definierte, war die Übernahme der strafrechtlichen Verfolgung männlicher Homosexualität, wie sie 1871 im Reichsstrafgesetzbuch des Deutschen Kaiserreiches[9] festgeschrieben wurde, selbstverständlich. Dies erscheint aus heutiger Sicht umso erstaunlicher, da aufgrund der Vorgeschichte des Nationalsozialismus die Homosexuellen als eine der Opfergruppen klar bekannt waren. Zweifellos gehört es aber zu den Gründungsfehlern der Bundesrepublik, dass die sexuelle Identität nicht als eine der im Einzelnen aufgeführten Diskriminierungsmerkmale in Art. 3.3 GG aufgenommen wurde, und somit als einzige Opfergruppe des Nationalsozialismus explizit ausgegrenzt wurde. Vielmehr wurde die im Dritten Reich verschärfte und besonders barbarische Ausgestaltung des § 175[10] in das StGB der Bundesrepublik übernommen und bis 1969 unverändert und exzessiv angewendet. Zwischen 1969 bis zu seiner Abschaffung 1994 erfuhr der § 175 verschiedene Entschärfungen, trotzdem bleibt die Zahl der Verurteilungen[11] ein Makel für die Bundesrepublik. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichtes (BVerfG) von 1957[12] war nicht nur Grundlage für die weitere Anwendung des §175, sondern ein „Schandurteil",[13] wie es von Prof. Dr. Dr. Hans-Joachim Mengel zu Recht bezeichnet wurde. Wohl selten in der Geschichte von Urteilen des BVerfG wurden zur Urteilsfindung in diesem Umfang traditionelle Einordnungen und Überlieferungen verwendet und traditionelle Geschlechterrollen als Beleg für die Übereinstimmung eines Gesetzes mit der Verfassung herangezogen.

Mit der Streichung des § 175 durch den Deutschen Bundestag 1994 im Rahmen der Rechtsangleichung durch die Wiedervereinigung entfiel eine Rechtsnorm, die Grundlage für eine über 120 Jahre andauernde staatliche Verfolgung von Homosexualität in Deutschland war. Genau wie diese Rechtsnorm von Tradition und Ideologie geprägt war, so standen Tradition und Ideologien als Argumente gegen Rechtsnormen, die eine rechtliche Gleichstellung von Menschen außerhalb der heterosexuellen Norm garantieren sollten.

In der Diskussion um die Schaffung eines ehe-ähnlichen Rechtsinstituts, dem Gesetz über die eingetragene Lebenspartnerschaft (LPartG), wurde dies besonders deutlich. In gleichlautendem Tenor sprachen römisch-katholische Kirche und CDU/CSU von einem „Angriff auf Ehe und Familie" und vom „Untergang des Abendlandes". Wo

sachliche Argumente nicht mehr zu finden waren, musste der Weg über den angeblichen Schutz zum Erhalt traditioneller Werte erfolgen. Dieser Versuch, gesellschaftlichen Fortschritt, der sich auch in der Gesetzeslage ausdrückt, mit der Berufung auf die Tradition zu unterbinden, scheitert immer wieder. Dies liegt darin begründet, dass der Ursprung, der die Tradition begründet, sich im Laufe der Zeit selbst wandelt, während die Tradition ihn als Idealbild für unverändert vorhanden erklärt.

Die Bedeutung der Ehe hat sich im Wandel der gesellschaftlichen und kulturellen Entwicklungen in der Bundesrepublik verändert. Ihre Definition als „Keimzelle der Familie" hatte sich seit 1949 aus vielfältigen Gründen geändert, ebenso die gesellschaftlichen Strukturen. Im Gegensatz zu 1957 trägt nun das BVerfG in seinen bisher erlassenen Entscheidungen aber zur rechtlichen Sicherung von Rechtsnormen bei, die für gleichgeschlechtliche Partnerschaften erlassen wurden. Die Entscheidungen des höchsten deutschen Gerichtes (z. B. im Jahre 2002[14] oder 2009[15]) unterstützen die These, dass vollständige Gleichstellung nicht nur notwendig, sondern rechtlich geboten ist.

Ähnlich wie in der Vergangenheit politisch und rechtlich gegen das LPartG angekämpft und argumentiert wurde, so wird heute noch versucht, das gemeinsame Adoptionsrecht für eingetragene Lebenspartnerschaften zu torpedieren. Als Argument wird die Bedeutung und Notwendigkeit der Vater- und der Mutterrolle für das Kind angeführt. Die traditionelle Familie, bestehend aus Vater, Mutter und Kinder, wird zum Leitsatz erhoben. Mit dieser Argumentation wird verhindert, dass eine Rechtsnorm eine positive Regelung erfährt und das gemeinsame Adoptionsrecht auch für eingetragene Lebenspartnerschaften zulässt. Die politischen Kräfte, die sich dieses traditionellen Familienbildes bedienen, sind noch so stark, dass eine Mehrheit für eine gesetzliche Reglung fehlt. Auch hier stehen Tradition und religiöse Ideologie

9 RGBl. 1875, S. 127. | **10** Art. 6 des „Gesetzes zur Änderung des StGB vom 28.06.1935". RGBl. I S. 839. | **11** Hoffschildt, Rainer: 140.000 Verurteilungen nach „§ 175". In: Fachverband Homosexualität und Geschichte e.V. (Hrsg.): *Invertito – 4. Jg. – Denunziert, verfolgt, ermordet: Homosexuelle Männer und Frauen in der NS-Zeit*. Hamburg 2002. S. 140–149. **12** BVerfG (1 BvR 78/56); BVerfGE 7, 175; NJW 1958, 337. | **13** Mengel, Hans-Joachim: „Strafrechtliche Verfolgung homosexueller Handlungen in Deutschland nach 1945. Zur Rehabilitierung und Entschädigung der nach § 175 und § 175a StGB in der BRD und nach §§175,175a und 151 StGB in der DDR Verurteilten. Verfassungsrechtliche, verfassungspolitische und völkerrechtliche Erwägungen". Hrsg. von der Senatsverwaltung für Arbeit, Integration und Frauen. Berlin, 2012. Abrufbar unter: www.berlin. de/lads/gglw/publikationen. | **14** BVerfG, 1 BvF 1/01 vom 17.07.2002. Abrufbar unter: http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungenls20020717_1bvf000101 html | **15** 1 BvR 611 u. 2464/07; BVerfGE 126, 400; NJW 2010, 278. Abrufbar unter: http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20100721_1bvr061107.html.

der Einführung einer Rechtsnorm entgegen. Die wissenschaftliche Widerlegung des traditionellen Empfindens wird dabei ignoriert.[16]

Im Gegensatz zu früher, als Lesben und Schwule, Gesetzgeber und Gerichte in Einheit gegen sich wussten, steht bei politischer Verweigerung einer Rechtsnorm der Weg durch die Instanzen der Gerichte offen. Letztendlich müssen damit Gerichte, meist in letzter Instanz das BVerfG darüber entscheiden, ob traditionelle Werte und Ideologien über dem Rechtsgut der verfassungsmäßig gebotenen Gleichbehandlung stehen.

Auch wenn sich in den letzten 20 Jahren in der Bundesrepublik Deutschland die rechtlichen Verhältnisse insoweit umgekehrt haben, dass Gesetze nicht mehr zur Verfolgung und Diskriminierung von Homosexuellen dienen, sondern der gesetzlichen Gleichstellung und Bekämpfung der Diskriminierung – wie das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) – bleiben überkommene Traditionen, religiöse Überzeugungen und Ideologien weiterhin der Feind einer vollständigen Gleichstellung und Gleichbehandlung. Ihr Einfluss auf die Prozesse der Gesetzgebung ist ebenso nachhaltig wie auf den gesellschaftlichen Prozess. Im Rahmen der Gesetzgebung dienen sie oft einer Blockade und Verhinderung, im Bereich des gesellschaftlichen Dialogs belasten sie diesen mit Vorurteilen und tragen auch zur Stärkung homophober Tendenzen bei.

Im Gegenzug bieten die Rechtssicherheiten für LSBTI in Deutschland inzwischen eine sichere Grundlage, von der aus weitere Anstrengungen zur vollständigen Gleichstellung unternommen werden können. So wird über den politischen und rechtlichen Diskurs auch die gesellschaftliche Weiterentwicklung befördert.

16 Rupp, Martina (Hrsg.): *Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften*. Köln 2009.

Axel Hochrein

11 | Legal Norms versus Ideology and Tradition

Sexual identities that diverge from the norms defined by heterosexuals have been subject to social ostracism, legal discrimination, state persecution, and violent attacks all over the world. Criminalisation and legal prosecution in various forms are still the rule in 75 countries. In seven countries, homosexuals are threatened with the death sentence.

In the West, a progressive opening of the concept of marriage for same-sex couples began in the early twenty-first century. Parallel to the socially recognised understanding of marriage as a relationship between a man and a woman, love, romance and sexual desire were also previously seen as feelings for a person of the opposite sex. Love between members of the same sex, or divergence from the socially assigned gender roles, or from the socially assigned gender characteristics were placed under taboo or defined as psychological impairments. The sexual revolution[1] that began in the early twentieth century, during which Karl-Heinrich Ulrichs and Magnus Hirschfeld are seen as pioneers in the field of same-sex relationships, led to the current understanding that there are no determining or determined classifications or clear separation between male and female in relation to sexual identity and sexual orientation. This subsequently led to the recognition of the fact that, in addition to marriages between a man and a woman, same-sex marriages are and must be possible.

A result of the sexual revolution is a departure from the belief in the singularity of heterosexuality and the recognition of the fact of sexual diversity. Someone who cannot or prefers not to decide between sexual desire for the opposite and sexual desire for the same sex lives bisexually. The diversity of sexual identities and sexual orientations also includes intersexual people [2] (intersex or intersexual people), who cannot be clearly assign genetically (sex chromosomes) and/or anatomically (sexual organs) or hormonally (proportion of sex hormones) to the female or the male sex. In addition, there are transgender people, who have a biological sex that diverges from their sexual identity. In general, the abbreviation LGBTI stands for lesbian, gay, bisexual, transsexual and intersexual identities and orientations. They are all subject to various forms of discrimination due to their divergence from the heterosexual norm.

The persecution and marginalisation of LGBTI also has a long history in Germany, which began long before the founding of the Federal Republic of Germany, but which still has

1 Sigusch, Volkmar: *Neosexualitäten: Über den kulturellen Wandel von Liebe und Perversion.* Frankfurt am Main, 2005. P. 185. | **2** Goldschmidt, Richard: "Vorläufige Mitteilung über weitere Versuche zur Vererbung und Bestimmung des Geschlechts". In: *Biologisches Centralblatt* 35/12, 1915. Pp. 565–570.

legal, political, and social influences to this very day. Traditions derived from Judeo-Christian culture are responsible for this just as are ideologies that came to a preconceived conclusion that homosexuality was a matter of pathological sexuality by using a definition of heterosexuality as the norm, as mentioned above. Repression and persecution of such forms of sexuality by the state were intended to serve "the welfare of the people". The ideology of heterosexism[3] classifies heterosexuality as a sexual orientation superior to all others. Conversely, heterosexism defines homosexual, bi-sexual, transgender, intersexual, and androgynous people as divergent from the social norm and denigrates them as "not normal".

Homosexuality was only removed from the International Classification of Diseases (ICD)[4] list published by the World Health Organisation's (WHO) in 1992. How hard it is to combat such pseudo-scientific portrayals of homosexuality as a psychological illness, is demonstrated by the proponents of so-called conversion therapies, who still strive to promote their positions today. The leading worldwide professional organisations for psychiatrists and psychologists reject such attempts at treatment, because it contradicts the now well established understanding of homosexuality in psychiatry and psychology and has a damaging effect on those subjected to such "therapy".[5]

Passing on patterns of behaviour, convictions, and religious beliefs shapes and gives rise to traditions. Traditions are part of the basis for the formation of cultures in societies. However, traditions often stand in contradiction to changed social realities, unless they have been adapted due to changing social developments. Attempts to prevent or combat social developments that contradict one's own convictions often make use of references to tradition. In this context, the representatives of tradition not only overlook the fact that society today is no longer mono-cultural and that following generations feel less and less tied to traditions than was the case earlier. Scientific research into the basis of traditions also often leads to the need to question and revise them.

Hence, the opinion that homosexuality is a sin and contradicts God's will, which is espoused by the Roman Catholic, the Orthodox, and parts of the Evangelical or Anglican churches, is refuted by modern interpretations of the bible. The quotes from the letters to the Romans (Rom. 1, 27) that are often cited, the first letter to the Corinthians (1. Cor. 6, 9) and the letter to Saint Timothy (1. Tim. 1, 9/10) written by Apostle Paul are related to sexual contacts between Roman citizens or freemen in the Roman provinces, on the one hand, and male slaves and adolescent male slaves, on the other hand.[6] The forms and arrangements in present-day same-sex relationships and the ways homosexuals live

together were neither known nor meant in the period in which the citations from the new testament were written. Thus, this interpretation, which leads to an eternal damnation of homosexuals, is a misinterpretation. This is why Hartmut Kreß rightly points out that "these isolated quotes from the bible must be viewed as contemporary expressions of the attempts by Israel or early Christianity to distance themselves from foreign, fertility, and sexual cults, as well as temple prostitution and the heathen surroundings". [7] *Furthermore, our "current understanding, namely that same-sex inclinations are deeply anchored in the personal characteristics of many people was still outside of their fields of vision."*[8]

A legal norm is defined as a legal regulation or a provision drafted on the basis of laws. Legal norms are considered social norms, which also include moral norms. However, they differ from them due to the fact that they can be imposed against the will of another party by force. In their emergence and formulation, legal norms are fundamentally influenced by the cultural and social context.

A legal norm, which enabled state persecution and criminalisation of male homosexuals in the Federal Republic of Germany until 1994, was the Paragraph 175 of the Penal Code. The classification, formulation, and effect of this law have been discussed elsewhere in this publication. For post-war Germany, which defined itself as part of Judeo-Christian culture, it was a matter of course that the legal prosecution of male homosexuality was adopted as codified in 1871 in the Reich Penal Code of the German Empire.[9] *This seems, from a present-day perspective, all the more surprising because it was clearly known from the history of National Socialism that homosexuals were one of the groups of victims.*

Undoubtedly, it was one of the mistakes made in founding the Federal Republic of Germany that sexual identity was not adopted as one of the individually mentioned grounds for discrimination in Article 3, paragraph 3 of the Basic Law, and homosexuals were thus

3 Wiesendanger, Kurt: "Heterosexismus und Homophobie". In: *Psychoscope* 2002. Vol. 2. Accessible under: http://www.lsbk.ch/articles/heterosexismus_und_homophobie. asp#wiesendanger. | **4** *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*. Fourth Edition (DSM-IV]. American Psychiatric Association, 1994. | **5** "Report of the APA Task Force on Appropriate Therapeutic Responses to Sexual Orientation". Accessible under: http://www.apa.org/pi/lgbt/resources/sexual-orientation.aspx. | **6** Tiedemann, Holger: *Paulus und das Begehren. Liebe, Lust und letzte Ziele*. Stuttgart, 2002. | **7** Kreß, Hartmut: "Homosexualität. III. Ethisch". In: *Religion in Geschichte und Gegenwart. Handwörterbuch für Theologie und Religionswissenschaft*. Vol. 15. Tübingen, 2000. Column 1885. | **8** Ibid. | **9** RGBl, 1875 p. 127.

the only group of victims of National Socialism to be excluded. On the contrary, an especially barbaric version of Paragraph 175,[10] which had been made even stricter during the Third Reich, was adopted in the Penal Code of the Federal Republic of Germany and remained unchanged until 1969, during which time it was excessively applied. From 1969 until its elimination in 1994, Paragraph 175 was repeatedly made somewhat more moderate. Nevertheless, the number of convictions[11] remains a stain on the Federal Republic of Germany. The decision by the Federal Constitutional Court in 1957[12] was not only the basis for the further application of Paragraph 175, but also a "shameful decision",[13] as Prof. Dr. Dr. Hans-Joachim Mengel rightly referred to it. Seldom, in the history of decisions handed down by the Federal Constitutional Court were traditional classifications and views so extensively cited and traditional gender roles used as evidence for the constitutionality of a law.

With the elimination of Paragraph 175 by the German Bundestag in 1994, within the context of the alignment of laws in the wake of reunification, a legal norm that had been the basis of over 120 years of state persecution of homosexuality in Germany became invalid.

Just as this legal norm was influenced by tradition and ideology, tradition and ideologies also served as arguments against legal norms that were intended to guaranty the legal equality of people outside of the heterosexual norm.

In the discussion regarding the creation of a legal institution similar to marriage, the law on the registered partnership, it became particularly clear. The Roman Catholic Church and the CDU/CSU spoke in the same tone of an "attack on marriage and the family" and of the "demise of Western Culture". Where objective arguments could no longer be found, the path via the purported protection of traditional values was again taken. This attempt to prevent social progress, which was also expressed in references to tradition by legal experts, failed again and again. This is due to the fact that, while they view traditions as ideals that exist unchanged, the origins on which the traditions were based have changed over the course of time.

The institution of marriage has also changed in the wake of social and cultural developments in the Federal Republic of Germany. Its definition as the "nucleus of the family" has changed since 1949 for a number of reasons, along with social structures. In contrast to 1957, the Federal Constitutional Court has, in the meantime, contributed through the decisions it has handed down to the safeguarding of legal norms passed for same-sex

partnerships. Decisions made by the highest German court, such as those in 2002[14] or 2009,[15] support the thesis that complete equality is not only necessary, but also legally mandated.

Just as political and legal steps were taken to combat and develop arguments against the Life Partnership Act in the past, today attempts are being made to torpedo the right to jointly adopt children in registered legal partnerships. The importance and necessity of the father and mother role for the child is cited as an argument. The traditional family, consisting of a father, mother and children, is elevated to a maxim. With this argumentation, the positive regulation of a legal norm, which would make it possible to adopt jointly within registered partnerships, is also prevented. The political powers that make use of this traditional image of the family are still so strong that there is no majority for legal regulation. Here, again, tradition and religious ideology stand in the way of the introduction of a legal norm. The scientific refutation of the traditional perception is ignored in this context.[16]

In contrast to earlier, when lesbians and gays knew that lawmakers and the courts were an entity that was against them, it is now possible, if politicians fail to act, to enforce a legal norm through the different levels of court proceedings. Ultimately, it is usually the courts, particularly the Federal Constitutional Court as the last court of appeal, that decide whether traditional values and ideologies are more important than constitutionally mandated equality.

Even if the legal situation in the Federal Republic of Germany has been reversed to the extent that laws no longer serve to persecute and discriminate against homosexuals, but instead to promote legal equality and to combat discrimination – as in the General

10 Art. 6 of the „Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs vom 28. Juni 1935". RGBl. I p. 839. | **11** Rainer Hoffschildt, "140.000 Verurteilungen nach „§ 175", Fachverband Homosexualität und Geschichte e.V. (ed.), Invertito - 4. Jg.; *Denunziert, verfolgt, ermordet: Homosexuelle Männer und Frauen in der NS-Zeit*, Hamburg 2002, pp. 140-149. **12** BVerfG (1 BvR 78/56); BVerfGE 7, 175; NJW 1958, 337. | **13** Hans-Joachim Mengel, "Strafrechtliche Verfolgung homosexueller Handlungen in Deutschland nach 1945. Zur Rehabilitierung und Entschädigung der nach § 175 und § 175a StGB in der BRD und nach §§175,175a und 151StGB in der DDR Verurteilten. Verfassungsrechtliche, verfassungspolitische und völkerrechtliche Erwägungen. Hrsg. von der Senatsverwaltung für Arbeit, Integration und Frauen Berlin 2012", published on www.berlin. de/lads/gglw/publikationen. | **14** BVerfG, 1 BvF 1/01 from 17 July 2002, http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/ls20020717_1bvf000101.html (accessed on July 10, 2012). | **15** 1 BvR 611 u. 2464/07; BVerfGE 126, 400; NJW 2010, 278; http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20100721_1bvr061107.html (accessed on July 10, 2012). | **16** M. Rupp,(ed.), *Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften*, Köln 2009.

Equal Treatment Act – outdated traditions, religious convictions and ideologies continue to be the enemy of complete equality and equal treatment. Their influence on the processes of legislation is just as sustainable as it is on the social process. Within the context of legislation, they often serve as a blockade and impediment, within the context of social dialogue, they add ballast in the form of prejudices and contribute to an increase in homophobic tendencies.

In return, the legal assurances for LGBTI in Germany now offer a secure basis from which further efforts to ensure complete equality can be launched. Hence, social progress is also promoted by means of political and legal discourse.

Die Autorinnen und Autoren | *The Authors*

Maria Sabine Augstein

ist Rechtsanwältin mit dem Tätigkeitsschwerpunkt Transsexualität (Namens- und Personenstandsänderung, Verfahren gegen Krankenkassen und Beihilfestellen wegen Kostenübernahme für geschlechtsumwandelnde Maßnahmen). Sie beteiligte sich 1992/93 an der „Aktion Standesamt" mit entsprechenden Gerichtsverfahren bis hin zum BVerfG. Sie kämpfte mit ihrer Frau Inea Gukema-Augstein im Rahmen des Lesben- und Schwulenverbandes (LSVD) und der BAG Schwule und Lesbische Paare (SLP) für die Einführung der Eingetragenen Lebenspartnerschaft. Sie vertritt Gerichtsverfahren mit dem Ziel der Gleichstellung der Eingetragenen Lebenspartnerschaft mit der Ehe und setzt sich für die Öffnung der Ehe für lesbische und schwule Paare ein.

is a lawyer with a focus on transsexuality (name changes, new documents, legal action against health insurance funds and public service insurance benefits providers in relation to coverage for sex-reassignment measures). She took part in the Aktion Standesamt *in 1992/1993 as well as the corresponding legal proceedings through to the Federal Constitutional Court. She fought, along with her wife Inea Gukema-Augstein, for the registered partnership within the context of the Lesbian and Gay Federation in Germany (LSVD) and the federal working group Gay and Lesbian Couples (SLP). She represents plaintiffs in legal proceedings with the goal of achieving equality with the institution of marriage and is a proponent of granting lesbian and gay couples access to the institution of marriage.*

Volker Beck

ist seit 1994 Kölner Bundesstagsabgeordneter. Er ist Erster Parlamentarischer Geschäftsführer und menschenrechtspolitischer Sprecher der Bundestagsfraktion von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN. Becks politische Wurzeln liegen in der Friedensbewegung und im Einsatz für die Rechte gesellschaftlicher Minderheiten. Das Engagement für Bürger- und Menschenrechte, einen starken Rechtsstaat und eine lebendige Demokratie ist die Triebfeder seines politischen Handelns. Zu seinen schönsten Tagen als Politiker zählt sicher der 1. August 2001, an dem mit der Eingetragenen Lebenspartnerschaft für Lesben und Schwule ein großer Schritt für deren rechtliche Gleichstellung in Deutschland getan wurde.

has represented the Cologne voting district in the Bundestag since 1994. He is the Chief Parliamentary Managing Director (whip) and the Speaker on Human Rights for the BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Bundestag faction. Volker Beck's political roots are in the Peace Movement and in the struggle for the rights of social minorities. His dedication to civil and human rights, a strong state under the rule of law, and a vital democracy are

the driving forces behind his political activities. One of his most positive experiences as a politician was the introduction of the registered partnership for lesbians and gay men on August 1, 2001, which represented a major step on the way to full legal equality in Germany.

Axel Blumenthal

geboren 1962, lebt und arbeitet als Berater in der HIV/STI-Beratungsstelle des Gesundheitsamtes Hannover sowie als Veränderungsprozessbegleiter (Change Manager) und Ansprechpartner der Lesben- und Schwulenberatung in Hannover. Für sein jahrzehntelanges ehrenamtliches Engagement in der Lesben- und Schwulenbewegung sowie in der Aidshilfearbeit erhielt er 2007 das Bundesverdienstkreuz. Er ist seit der Gründung des Verbandes 1994 Mitglied im Vorstand der Bundesarbeitsgemeinschaft Schwule und Lesbische Paare (SLP) und seit 2002 im Bundesvorstand des LSVD.

born in 1962, lives in Hanover, where he works as a counsellor at the HIV/STI Counselling Office of the Department of Public Health, as a change manager, and as a contact person for gay men. He was awarded the Order of Merit of the Federal Republic of Germany in 2007 for his decades of voluntary work in the gay movement, in the fight against AIDS, and on behalf of those afflicted with it. He has been a member of the board of the Federal Working Group Gay and Lesbian Couples since 1994 and on the national board of the LSVD since 2002.

Brun-Otto Bryde

Prof. Dr. jur., Richter des Bundesverfassungsgerichts a. D., Professor (em) für öffentliches Recht und Wissenschaft von der Politik, Justus-Liebig-Universität Gießen.

Prof. Dr. jur., retired Constitutional Court judge, retired professor of public law and the science of politics at the Justus Liebig University in Gießen.

Günter Dworek

geboren 1960, lebt in Berlin und ist Mitglied im Bundesvorstand des LSVD sowie Stiftungsratsvorsitzender der Hirschfeld-Eddy-Stiftung. Er ist seit vielen Jahren in der Gleichstellungs- und Antidiskriminierungspolitik engagiert, ebenso in der Erinnerungsarbeit. So gehörte er zu den Initiatoren des „Denkmals für die im Nationalsozialismus verfolgten Homosexuellen" in Berlin.

born in 1960, lives in Berlin and is a member of the national board of the LSVD as well as chairman of the supervisory council of the Hirschfeld-Eddy Foundation. For many years, he has dedicated much of his work to equality and anti-discrimination policy as

well as to fostering remembrance. Hence, he is one of the initiators of the "Memorial for Homosexuals Persecuted under National Socialism" in Berlin.

Axel Hochrein

geboren 1963, war von 2004 bis 2009 stellvertretender Bundesvorsitzender der Lesben und Schwulen in der Union (LSU). Seit 2003 ist er im Bundesvorstand des LSVD und verantwortlich für diverse Kampagnen des Verbandes. 2007 gehörte er zu den Gründungsstiftern der Hirschfeld-Eddy-Stiftung und ist seither Vorstandsmitglied der Stiftung. Seit 2012 vertritt er den LSVD im Kuratorium der Bundesstiftung Magnus-Hirschfeld. Der in Würzburg geborene Diplom-Kaufmann und Unternehmer lebt mit seinem Mann Andreas in Gerbrunn.

born in 1963, was the deputy national chairmen of the Lesbian and Gay Union (LSU) from 2004 until 2009, has been a member of the national board of the LSVD since 2003, where he has been responsible for diverse campaigns by the federation. In 2007, he was one of the original donors to the Hirschfeld-Eddy Foundation, and has been a member of the foundation's board since then. Since 2012, he has represented the LSVD in the board of trustees of the National Magnus Hirschfeld Foundation. A holder of a degree in business administration and entrepreneur, born in Würzburg in 1963, he lives now with his husband Andreas in Gerbrunn.

Markus Löning

geboren 1960 in Meppen/Ems, wuchs in Deutschland, den Niederlanden und Luxemburg auf. Er studierte Politikwissenschaften an der University of Kent in Canterbury und an der Universität Heidelberg. Zunächst Geschäftsführer einer Grafikfirma und freier Mitarbeiter einer Werbeagentur, gründete er 1996 seine eigene Werbeagentur. 1989 trat er in die FDP ein. Seit 2001 gehört er dem Bundesvorstand der FDP an und zog 2002 erstmals auf der Landesliste Berlin in den Bundestag ein. 2009 schied er aus dem Bundestag aus. Im April 2010 wurde er zum Beauftragten der Bundesregierung für Menschenrechtspolitik und Humanitäre Hilfe ernannt.

born in 1960 in Meppen/Ems, grew up in Germany, the Netherlands and Luxemburg. He studied at the University of Kent in Canterbury and political science at the University of Heidelberg. As the director of a graphic arts company and a free-lancer for an advertising agency, he established his own advertising agency in 1996. In 1989, he became a member of the FDP. Since 2001, he has been a member of the federal executive board of the FDP and became a member of the Bundestag for the first time in 2002, representing Berlin. In 2009, he left the Bundestag. In April 2010, he became the Federal Government's Commissioner for Human Rights and Humanitarian Aid.

Christine Lüders

war unter anderem als Vorstandsreferentin und Abteilungsleiterin bei Lufthansa tätig und leitete das Referat Presse, Öffentlichkeitsarbeit und Kommunikation im Ministerium für Generationen, Familie, Frauen und Integration in Nordrhein-Westfalen. Zuletzt war sie Referatsleiterin für Öffentlichkeitsarbeit und Beauftragte für Stiftungen im Kultusministerium in Hessen. Seit Februar 2010 ist sie Leiterin der Antidiskriminierungsstelle des Bundes. Die studierte Pädagogin ist verheiratet und lebt in Berlin und Frankfurt am Main.

has worked in such capacities as assistant to the board and department head at Lufthansa, director of the Department for Press, Public Relations and Communications at the Ministry for Generations, Families, Women and Integration of the Land of North Rhine-Westphalia. Most recently, she was the head of the public relations department and commissioner of foundations at the Cultural Ministry of the Land of Hesse. Since February 2010, she has been the director of the Federal Anti-Discrimination Agency. A holder of a degree in pedagogy, she is married and lives in Berlin and Frankfurt am Main.

Dr. Jens M. Scherpe

MA (Cantab), MJur (Oxon) ist Senior University Lecturer in Law an der University of Cambridge, Lecturer, Tutor und Fellow am Gonville and Caius College in Cambridge, Honorary Fellow des St. John's College/University of Hong Kong und Academic Door Tenant beim Barristers' Chambers Queen Elizabeth Building in London. Zuvor war er Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg. Seine Arbeitsschwerpunkte in Lehre und Forschung liegen im Familienrecht und in der Rechtsvergleichung, und er hat u.a. rechtsvergleichende Studien zu der Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher (2000) und nichtehelicher Paare (2005) und transsexueller Personen (2004) sowie zu Ehegüterrecht und Eheverträgen (2012) veröffentlicht.

is a Senior University Lecturer in Law at the University of Cambridge, a lecturer, tutor and fellow at Gonville and Caius College at Cambridge, an Honorary Fellow of St. John's College/University of Hong Kong and Academic Door Tenant at the Queen Elizabeth Building (Chambers of Lewis Marks QC) in London. He was previously an administrative assistant at the Max Planck Institute for Comparative and International Private Law in Hamburg. The focus of his teaching and research is on family law and comparative law, he has also published studies in comparative law on the legal status of same-sex (2000), non-married couples (2005), and transsexual people (2004) as well as on matrimonial property law and pre-nuptial agreements (2012).

Dirk Siegfried

geboren 1959. Seit 1987 Rechtsanwalt in Berlin, seit 2000 Notar. Mitglied der Bundesarbeitsgemeinschaft Schwule Juristen.

born in 1959, has been a lawyer in Berlin since 1987 and a notary since 2000. He is a member of the Federal Working Group of Gay Lawyers.

Brigitte Zypries

geboren 1953, ist direkt gewählte Bundestagsabgeordnete (SPD) von Darmstadt und einem Teil des Landkreises Darmstadt-Dieburg. Sie ist Mitglied im Ausschuss für Kultur und Medien und im Unterausschuss Neue Medien des Deutschen Bundestages. Von 2002 bis 2009 war sie Bundesministerin der Justiz.

born in 1953, is a directly elected Member of the Bundestag (SPD) from Darmstadt and part of the Land District of Darmstadt-Dieburg. She is a member of the Culture and Media Committee and the New Media Sub-Committee of the German Bundestag. From 2002 to 2009, she was the Federal Minister of Justice

Herausgeber | ***Published by***
Hirschfeld-Eddy-Stiftung. Stiftung für die Menschenrechte
von Lesben, Schwulen, Bisexuellen und Transgender

Redaktion | ***Edited by***
Günter Dworek, Axel Hochrein, Klaus Jetz (v.i.S.d.P.)

Englische Übersetzung | ***English translation***
Maureen Roycroft Sommer

Lektorat | ***Proofreader***
Juliane Steinbrecher

Foto | ***Cover photo***
LSVD

Layout und Satz | ***Design***
fsg3

Auflage | ***Print run***
5.000

Hirschfeld-Eddy-Stiftung
Chausseestr. 29
10115 Berlin
www.hirschfeld-eddy-stiftung.de

Mit Unterstützung der

Antidiskriminierungsstelle
des Bundes

www.antidiskriminierungsstelle.de

5 Jahre
HIRSCHFELD-EDDY-STIFTUNG