



Wortprotokoll der 82. Sitzung

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Berlin, den 12. Februar 2020, 14:01 Uhr

Berlin, Paul-Löbe-Haus, Saal 2.600

Vorsitz: Stellvertretender Vorsitzender

Dr. Heribert Hirte, MdB

Tagesordnung - Öffentliche Anhörung

Einziges Tagesordnungspunkt

Seite 7

Gesetzentwurf der Fraktionen FDP, DIE LINKE. und
BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

**Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des
Grundgesetzes
(Änderung des Artikels 3 Absatz 3 – Einfügung des
Merkmals sexuelle Identität)**

BT-Drucksache 19/13123

Federführend:

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Mitberatend:

Ausschuss für Inneres und Heimat

Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend

Berichterstatter/in:

Abg. Dr. Volker Ullrich [CDU/CSU]

Abg. Dr. Karl-Heinz Brunner [SPD]

Abg. Fabian Jacobi [AfD]

Abg. Dr. Marco Buschmann [FDP]

Abg. Niema Movassat [DIE LINKE.]

Abg. Ulle Schauws [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]



Teilnehmende Abgeordnete	Seite 3
Sprechregister Abgeordnete	Seite 5
Sprechregister Sachverständige	Seite 6
Anlagen:	
Stellungnahmen der Sachverständigen	Seite 29

**Mitglieder des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz**

	Ordentliche Mitglieder	Unter- schrift	Stellvertretende Mitglieder	Unter- schrift
CDU/CSU	Heil, Mechthild	<input type="checkbox"/>	Amthor, Philipp	<input type="checkbox"/>
	Heveling, Ansgar	<input type="checkbox"/>	Frei, Thorsten	<input type="checkbox"/>
	Hirte, Dr. Heribert	<input checked="" type="checkbox"/>	Gutting, Olav	<input type="checkbox"/>
	Hoffmann, Alexander	<input type="checkbox"/>	Hauer, Matthias	<input type="checkbox"/>
	Jung, Ingmar	<input type="checkbox"/>	Launert, Dr. Silke	<input type="checkbox"/>
	Lehrieder, Paul	<input checked="" type="checkbox"/>	Lindholz, Andrea	<input type="checkbox"/>
	Luczak, Dr. Jan-Marco	<input checked="" type="checkbox"/>	Maag, Karin	<input type="checkbox"/>
	Müller, Axel	<input checked="" type="checkbox"/>	Middelberg, Dr. Mathias	<input type="checkbox"/>
	Müller (Braunschweig), Carsten	<input checked="" type="checkbox"/>	Nicolaisen, Petra	<input type="checkbox"/>
	Sensburg, Dr. Patrick	<input type="checkbox"/>	Noll, Michaela	<input type="checkbox"/>
	Steineke, Sebastian	<input type="checkbox"/>	Schipanski, Tankred	<input type="checkbox"/>
	Thies, Hans-Jürgen	<input type="checkbox"/>	Throm, Alexander	<input type="checkbox"/>
	Ullrich, Dr. Volker	<input checked="" type="checkbox"/>	Vries, Kees de	<input type="checkbox"/>
	Warken, Nina	<input type="checkbox"/>	Weisgerber, Dr. Anja	<input type="checkbox"/>
Wellenreuther, Ingo	<input type="checkbox"/>		<input type="checkbox"/>	
SPD	Brunner, Dr. Karl-Heinz	<input checked="" type="checkbox"/>	Högl, Dr. Eva	<input type="checkbox"/>
	Dilcher, Esther	<input type="checkbox"/>	Miersch, Dr. Matthias	<input type="checkbox"/>
	Fechner, Dr. Johannes	<input type="checkbox"/>	Müller, Bettina	<input type="checkbox"/>
	Groß, Michael	<input type="checkbox"/>	Nissen, Ulli	<input type="checkbox"/>
	Heidenblut, Dirk	<input type="checkbox"/>	Özdemir (Duisburg), Mahmut	<input type="checkbox"/>
	Lauterbach, Prof. Dr. Karl	<input type="checkbox"/>	Rix, Sönke	<input type="checkbox"/>
	Post, Florian	<input type="checkbox"/>	Schieder, Marianne	<input type="checkbox"/>
	Scheer, Dr. Nina	<input type="checkbox"/>	Vogt, Ute	<input type="checkbox"/>
	Steffen, Sonja Amalie	<input type="checkbox"/>	Yüksel Gülistan	<input type="checkbox"/>
AfD	Brandner, Stephan	<input type="checkbox"/>	Curio, Dr. Gottfried	<input type="checkbox"/>
	Jacobi, Fabian	<input checked="" type="checkbox"/>	Hartwig, Dr. Roland	<input type="checkbox"/>
	Maier, Jens	<input type="checkbox"/>	Haug, Jochen	<input type="checkbox"/>
	Maier, Dr. Lothar	<input type="checkbox"/>	Seitz, Thomas	<input type="checkbox"/>
	Peterka, Tobias Matthias	<input type="checkbox"/>	Storch, Beatrix von	<input type="checkbox"/>
	Reusch, Roman Johannes	<input type="checkbox"/>	Wirth, Dr. Christian	<input type="checkbox"/>
FDP	Buschmann, Dr. Marco	<input checked="" type="checkbox"/>	Ihnen, Ulla	<input type="checkbox"/>
	Helling-Plahr, Katrin	<input type="checkbox"/>	Schinnenburg, Dr. Wieland	<input type="checkbox"/>
	Martens, Dr. Jürgen	<input type="checkbox"/>	Skudelny, Judith	<input type="checkbox"/>
	Müller-Böhm, Roman	<input type="checkbox"/>	Thomae, Stephan	<input type="checkbox"/>
	Willkomm, Katharina	<input type="checkbox"/>		<input type="checkbox"/>
DIE LINKE.	Akbulut, Gökay	<input checked="" type="checkbox"/>	Jelpke, Ulla	<input type="checkbox"/>
	Mohamed Ali, Amira	<input type="checkbox"/>	Lay, Caren	<input type="checkbox"/>
	Movassat, Niema	<input type="checkbox"/>	Möhring, Cornelia	<input type="checkbox"/>
	Straetmanns, Friedrich	<input type="checkbox"/>	Renner, Martina	<input type="checkbox"/>



	Ordentliche Mitglieder	Unter- schrift	Stellvertretende Mitglieder	Unter- schrift
BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN	Bayram, Canan	<input checked="" type="checkbox"/>	Kühn (Tübingen), Christian	<input type="checkbox"/>
	Keul, Katja	<input type="checkbox"/>	Künast, Renate	<input type="checkbox"/>
	Rößner, Tabea	<input type="checkbox"/>	Mihalic, Dr. Irene	<input type="checkbox"/>
	Rottmann, Dr. Manuela	<input type="checkbox"/>	Schauws, Ulle	<input checked="" type="checkbox"/>

sowie weiteres Mitglied des Deutschen Bundestages

DIE LINKE.	Achelwilm, Doris	<input checked="" type="checkbox"/>
---------------	------------------	-------------------------------------



Sprechregister Abgeordnete

	Seite
Doris Achelwilm (DIE LINKE.)	15
Gökay Akbulut (DIE LINKE.)	24
Dr. Jens Brandenburg (FDP)	15, 24, 27
Dr. Karl-Heinz Brunner (SPD)	15
Stellvertretender Vorsitzender Dr. Heribert Hirte (CDU/CSU)	7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28
Fabian Jacobi (AfD)	16, 20
Dr. Jan-Marco Luczak (CDU/CSU)	14
Ulle Schauws (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN)	16, 24
Dr. Volker Ullrich (CDU/CSU)	17



Sprechregister Sachverständige

	Seite
Prof. Dr. Sigrid Boysen Helmut-Schmidt-Universität/Universität der Bundeswehr Hamburg Professur für Öffentliches Recht, insbesondere Völkerrecht und Europarecht	7, 23, 25
Dr. Petra Follmar-Otto Deutsches Institut für Menschenrechte e. V., Berlin Leiterin der Abteilung Menschenrechtspolitik Inland/Europa	8, 25
Axel Hochrein Lesben- und Schwulenverband in Deutschland, Köln Bundesvorstand	9, 22
Prof. Dr. Ulrike Lembke Humboldt Universität zu Berlin Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Geschlechterstudien	10, 20, 22, 26
Prof. Dr. Anna Katharina Mangold, LL.M. (Cambridge) Europa-Universität Flensburg Interdisziplinäres Institut für Umwelt-, Sozial- und Humanwissenschaften	11, 19, 26, 27
Dirk Siegfried Rechtsanwalt und Notar, Berlin	12, 18
Prof. Dr. Joachim Wieland Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer	12, 18
Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger Universität Augsburg Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Öffentliches Wirtschaftsrecht	13, 17



Der stellvertretende Vorsitzende **Dr. Heribert Hirte**: Schönen guten Nachmittag zusammen. Ich eröffne die 82. Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz mit der öffentlichen Anhörung zum Entwurf eines Gesetzes der Fraktionen FDP, DIE LINKE. und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN zur Änderung des Grundgesetzes (Änderungen des Art. 3 Abs. 3 – Einführung des Merkmals sexuelle Identität) auf Drucksache 19/13123. Ich begrüße zunächst die Kolleginnen und Kollegen Abgeordneten aus unserem Ausschuss und aus anderen Ausschüssen. Ich begrüße die Sachverständigen, mit Ausnahme von Frau Lembke, die aber jeden Moment kommen wird und die das hier schon kennt. Deshalb kann sie auf die Begrüßung verzichten. Ich begrüße die Vertreterinnen der Bundesregierung. Ich begrüße die Gäste auf der Tribüne – auch die aus dem Rheinland, aus meiner Heimatstadt – ganz besonders. Meine Damen und Herren, Gegenstand unserer Anhörung heute ist ein Gesetzentwurf der Fraktionen FDP, DIE LINKE. und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, nach dem das Merkmal der sexuellen Identität in Art. 3 Abs. 3 Grundgesetz (GG) eingefügt werden soll. Der Gesetzentwurf versteht hierunter ein andauerndes Muster emotionaler, romantischer oder sexueller Anziehung zu Menschen eines bestimmten Geschlechtes oder verschiedener Geschlechter. Der Vorschlag geht davon aus, dass das allgemeine Diskriminierungsverbot keinen ausreichenden Schutz von Lesben, Schwulen und Bisexuellen bietet. Noch einige Hinweise zum Ablauf: Sie, die Sachverständigen, erhalten zunächst die Gelegenheit zu einer kurzen Eingangsstellungnahme. Wir beginnen alphabetisch, also mit Frau Professorin Sigrid Boysen. Bitte bemühen Sie sich, nicht länger als vier Minuten zu sprechen. 30 Sekunden vor dem Ende gibt es einen „Gong“ und nach Ablauf der vier Minuten zeigt die Uhr rot. Dann muss ich überlegen, ob ich Sie unterbreche oder nicht. Denn wenn der erste schon 30 Sekunden überzieht, haben wir ein Problem. Also behalten Sie die Zeit selbst im Blick. Daran schließen sich die Fragerunden an, eine oder mehrere, je nachdem, wie viele Fragen bestehen. Jeder Abgeordnete hat die Möglichkeit, zwei Fragen zu stellen. Entweder eine Frage an zwei Sachverständige oder umgekehrt zwei Fragen an einen Sachverständigen. Anschließend kommt die

Antwortrunde. Dann werden Sie, die Sachverständigen, in umgekehrter alphabetischer Reihenfolge – also beginnend mit Herrn Wollenschläger – Ihre Antworten geben. Und auch da die Bitte, sich entsprechend kurz zu halten. Dann kommt gegebenenfalls eine zweite Fragerunde in alphabetischer Reihenfolge und möglicherweise eine dritte wieder in umgekehrter alphabetischer Reihenfolge.

Ein letzter Hinweis: Die Anhörung ist öffentlich. Es wird auf der Grundlage einer Tonaufzeichnung durch das Sekretariat ein Wortprotokoll angefertigt. Bild- und Tonaufnahmen von der Tribüne sind nicht gestattet. Es sind auch keine Beifallsbekundungen von der Tribüne gestattet. Frau Professorin Boysen, Sie haben das Wort mit den ersten vier Minuten. Bitte schön.

SVe **Prof. Dr. Sigrid Boysen**: Vielen Dank für die Einladung. Ich möchte damit beginnen, zu sagen, dass aus meiner Sicht für die vorgeschlagene Verfassungsänderung gewichtige Gründe sprechen. Der Gesetzentwurf benennt einen klassischen Diskriminierungsgrund, der den übrigen Merkmalen in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG gleichrangig ist. Dazu möchte ich sagen, dass aus meiner Ansicht das immer wieder vorgebrachte Argument, es gäbe durch die Rechtsprechung schon einen Schutz und die Verfassungsänderung sei nur Symbolpolitik, nicht überzeugen kann. Der Verfassungstext ist seinem Wesen nach immer auch Symbol. Deswegen bringt uns die Diskussion nicht weiter. Rechtsgleichheit aller Menschen gibt es in Deutschland spätestens seit Art. 4 der preußischen Verfassung von 1849. Dann kann man sich natürlich fragen: Warum brauchen wir überhaupt Diskriminierungsverbote, wenn schon nach der preußischen Verfassung Herkunft, Geschlecht und so weiter mitgeschützt gewesen sind? Vermutlich deswegen, weil wir sie als negative Affirmation und als Skandalisierung von Diskriminierungserfahrungen brauchen. Das ist hier meiner Ansicht nach unzweifelhaft der Fall. Kritischer bin ich, was die Begrifflichkeiten angeht. Sie haben das gerade schon vorgetragen. Der Gesetzentwurf knüpft nicht an einen international etablierten Sprachgebrauch an, der die relationale Ebene mit sexueller Orientierung und die individuelle Ebene mit geschlechtlicher Identität bezeichnet. Wir haben noch den Begriff der sexuellen Identität auf einfachgesetzlicher



Ebene, insbesondere im Antidiskriminierungsgesetz. Und wir haben eine ganze Reihe von begrifflichen Unklarheiten, die sich daraus ergeben und die ich an dieser Stelle eigentlich überflüssig finde. Frau Lembke hat in Ihrer Stellungnahme geschrieben, das sei jetzt schon so konsequent durchgezogen, dass das schon wieder Sinn mache – weiß ich nicht. Also ich halte es systematisch für richtig, das Geschlecht auszuschließen und die Transsexualität unter den Begriff Geschlecht zu fassen, begrifflich aber für unglücklich. Die Subsumtion von Trans- und Intersexualität unter das Merkmal Geschlecht, entspricht der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) und des Bundesverfassungsgerichts und ist meiner Ansicht nach auch der Einfügung eines neuen Merkmals wie Geschlechtsidentität in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG vorzuziehen, weil dieser Begriff zwar oft mit emanzipatorischer Zielsetzung gebraucht wird, in dieser Form aber auch oft als Relativierung genutzt wird. Es bleibt dann aber dabei, dass durch den jetzigen Gesetzentwurf den trans- und intersexuellgeschlechtlichen Menschen eben die Einwände entgegengebracht werden wie vor zehn Jahren. Und die Einwände sind doch wahrscheinlich dieselben. Warum in diesem Zusammenhang die grundgesetzliche Anerkennung weniger bedeutsam wäre als im Fall der sexuellen Orientierung – meinetwegen auch als sexuelle Identität –, erschließt sich mir nicht. Ein solcher Schutz wäre auch möglich, ohne ein weiteres Diskriminierungsmerkmal in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG aufzunehmen. Mit Blick auf den jetzigen Stand der verfassungsrechtlichen und auch politischen Diskussion käme insoweit etwa die Änderung von Art. 3 Abs. 2 GG mit einer Bezugnahme auf alle Geschlechter in Betracht. Vielen Dank.

Der stellvertretende **Vorsitzende**: Vielen Dank. Als Nächste hat das Wort Frau Follmar-Otto.

SVe **Petra Follmar-Otto**: Herzlichen Dank. Aus Sicht des grund- und menschenrechtlichen Diskriminierungsschutzes ist die vorgeschlagene Aufnahme des Merkmals sexuelle Identität beziehungsweise Orientierung zu begrüßen. Erwogen werden sollte aus meiner Sicht zudem – in Anerkennung der strukturellen Diskriminierung von transsexuellen, transgeschlechtlichen, intergeschlechtlichen und nicht-binären Menschen – das Merkmal Geschlecht um den

Einschub „aufgrund des Geschlechts, einschließlich der körperlichen Geschlechtsentwicklung, der Geschlechtsidentität und des Geschlechtsausdrucks“ zu ergänzen. Der Schutz vor Diskriminierung ist im Grundgesetz, im Unionsrecht und in den völkerrechtlichen Menschenrechtsverträgen als Strukturprinzip angelegt und in Diskriminierungsverboten verankert. Wie das Grundgesetz verbieten auch die völkerrechtlichen Menschenrechtsverträge explizit die ungerechtfertigte Ungleichbehandlung aufgrund bestimmter zugeschriebener oder tatsächlicher Merkmale. Mit diesen speziellen Diskriminierungsverboten reagieren die Grund- und Menschenrechte auf gesellschaftlich und historisch tief verwurzelte strukturelle Ungleichheiten. Das grund- und menschenrechtliche Diskriminierungsverbot schützt also Gruppen, die sich in einer Situation struktureller Ungleichheit befinden. Während der allgemeine Gleichheitssatz sich typischerweise auf eine situative Ungleichbehandlung zweier Vergleichsgruppen bezieht, greift eine Diskriminierung auf ein strukturelles Diskriminierungsverhältnis im Sinne eines gesellschaftlich und institutionell verankerten Machtverhältnisses zurück. Trotz großer Schritte hin zu einer rechtlichen Gleichstellung schwuler, lesbischer und bisexueller Menschen und einer stärkeren Anerkennung der Rechte transsexueller, transgeschlechtlicher und intergeschlechtlicher Menschen, muss man immer noch davon sprechen, dass diese Menschen sich in Deutschland in einer Situation struktureller Ungleichheit befinden. Dies zeigt sich in Statistiken und Untersuchungen zur Hasskriminalität und Diskriminierung und in den Ergebnissen der Einstellungsforschung. Noch weitaus drastischer ist die Menschenrechtslage von LGBTI (Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender) weltweit. Sie sind Opfer staatlicher Kriminalisierung und Folter. Sie werden unzureichend vor weitverbreiteter Gewalt und Diskriminierung geschützt und können ihre bürgerlichen und politischen Rechte nicht wahrnehmen. Dass trotz der nationalsozialistischen Verfolgung und Vernichtung von homosexuellen, transgeschlechtlichen und intergeschlechtlichen Menschen die Merkmale sexuelle Orientierung und Geschlechtsidentität weder in das Grundgesetz noch in die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte noch in die Europäische Menschenrechtskonvention



aufgenommen wurden, ist gerade Ausdruck der fortdauernden strukturellen Ungleichheit. Denn die Verfolgung wurde damit tabuisiert und die andauernde staatliche und nicht staatliche Repression und Verfolgung von Schwulen, Lesben, Bisexuellen sowie transsexuellen, transgeschlechtlichen und intergeschlechtlichen Menschen in der Nachkriegsgeschichte faktisch legitimiert. Dies durch eine explizite Aufnahme der Merkmale zu beenden, dient auch der Rechtssicherheit und entspricht der jüngeren europäischen Rechtsentwicklung, wie sich etwa an der EU-Grundrechtecharta oder der Istanbul-Konvention des Europarates gegen geschlechtsspezifische Gewalt ablesen lässt. Insofern mein Fazit: Die Aufnahme des Merkmals sexuelle Identität beziehungsweise sexuelle Orientierung in Art. 3 Abs. 3 GG ist zu begrüßen. Ich teile die Überlegungen zur Frage, welcher Begriff hier angesichts einer nationalgesetzlichen Regelung und den unions- und völkerrechtlichen Bestimmungen am besten passt. Ich würde zudem dafür plädieren, dass – obwohl EuGH und Bundesverfassungsgericht mittlerweile übereinstimmend die Geschlechtsidentität über das Merkmal Geschlecht geschützt sehen – in Anerkennung eben der strukturellen Diskriminierung transgeschlechtlicher und intergeschlechtlicher Menschen eine explizite Aufnahme in das Diskriminierungsverbot erwogen wird. Ich habe vorhin erläutert, wie man das von der Formulierung her lösen könnte. Ich denke, dass dies vor dem Hintergrund auch der sehr späten Entwicklung der Rechtsprechung zur Geschlechtsidentität unter dem Diskriminierungsverbot für die Rechtsanwendung sinnvoll ist. Danke schön.

Der stellvertretende **Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Hochrein bitte.

SV **Axel Hochrein**: Vor zwei Jahren bat Bundespräsident Frank-Walter Steinmeier Lesben und Schwule um Vergebung für – ich zitiere – „all das geschehene Leid und Unrecht und für das lange Schweigen, das darauf folgte“. Eine Ursache dieses auch staatlich verübten Unrechts liegt darin, dass die Homosexuellen als einzige Opfergruppe der Nationalsozialisten 1949 bewusst nicht in den Art. 3 Abs. 3 GG aufgenommen wurden. Dem Zeitgeist folgend gab es statt eines verfassungsrechtlichen Diskriminierungsschutzes

eine sich im Laufe der Zeit zwar ändernde, aber erst 1994 ersatzlos gestrichene Strafbarkeit nach § 175 Strafgesetzbuch (StGB). Zwanzig Jahre, nachdem der Deutsche Bundestag die Verletzung der Menschenwürde homosexueller Bürger im demokratischen Nachkriegsdeutschland festgestellt hat und drei Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Rehabilitierung verurteilter Homosexueller fehlt das von Anfang an verwehrte Diskriminierungsmerkmal der sexuellen Identität immer noch in unserem Grundgesetz. Es waren letztlich die Urteile des Bundesverfassungsgerichts, die eine Gesetzgebung möglich gemacht haben, die Lesben, Schwule, Bisexuelle sowie trans- und intergeschlechtliche Menschen rechtliche Gleichstellung brachte. Langwierige Prozesse und der jahrzehntelange politische Emanzipationskampf der Community hat zur Beseitigung der Ungleichbehandlung und Diskriminierung geführt, die es von Anfang an nicht hätte geben dürfen. Als Folge der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur dritten Option können sich trans- und intergeschlechtliche Menschen auf das Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts berufen. Es fehlt aber weiterhin der verfassungsrechtliche Schutz der sexuellen Identität. Diese rechtspolitische Klarstellung und explizite Benennung sind zwingend notwendig. Der Verweis auf reine Verfassungsinterpretation ist nicht ausreichend, insbesondere weil die historische Betrachtung verfassungsrechtlicher Auslegung zeigt, dass sie vom herrschenden Zeitgeist und handelnden politischen Mehrheiten abhängig ist. Die berechtigte Sorge um den Wandel im Zeitgeist, auch durch das Erstarken extremer politischer Kräfte, macht sich aktuell in der Community breit. Es wurde ein Gesetzentwurf zur Abschaffung der Öffnung der Ehe auch für gleichgeschlechtliche Paare in den Bundestag eingebracht. Eine Behörde begründet ihren Ablehnungsbescheid für ein Lokal für Schwule mit dem Begriff der Sittlichkeit. Homosexuelle werden in einer Landtagsdebatte als Normabweichung bezeichnet. Es gibt alarmierende Zahlen von steigender Hasskriminalität aufgrund der sexuellen Identität und der Blick auf Vorgänge in EU-Nachbarstaaten zeigt, dass ein klares verfassungsrechtliches Bekenntnis nötig und überfällig ist. Die Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 GG würde endlich verfassungsrechtlich klar fixieren, dass die sexuelle Identität



eine Ungleichbehandlung und Diskriminierung in unserer Gesellschaft unter keinen Umständen rechtfertigen kann. Wie bei den anderen Diskriminierungsmerkmalen hätte die ausdrückliche Benennung nicht nur rechtliche Signalwirkung, sondern auch große Bedeutung in der gesellschaftspolitischen Entwicklung. Unmittelbare Auswirkungen in den Bereichen der Bildung, in der Vermittlung unseres demokratischen Wertesystems oder in der Integrationsförderung wären mit der expliziten Benennung verbunden. Der Lesben- und Schwulenverband in Deutschland begrüßt deshalb den vorliegenden Gesetzentwurf zur Änderung des Grundgesetzes ausdrücklich. Die Einfügung des Merkmals sexuelle Identität korrigiert einen Anfangsfehler unseres Grundgesetzes und trägt dazu bei, dass zukünftig den bedrohlichen Entwicklungen klare und sichtbare Verfassungsschranken entgegengesetzt werden. Danke schön.

Der stellvertretende **Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Hochrein. Frau Lembke, die ich bei dieser Gelegenheit begrüße, hat als Nächste das Wort. Und da Sie die Abläufe kennen, haben wir eben einfach schon angefangen.

Sve **Prof. Dr. Ulrike Lembke**: Herzlichen Dank, Herr Vorsitzender. Auch ich begrüße diesen Gesetzentwurf, diese Initiative, die ja nicht die erste ihrer Art ist. Vor zehn Jahren haben hier bereits Sachverständige zusammengesessen und über diese Frage diskutiert. Dem, was meine Vorredner eben gesagt haben, ist relativ wenig hinzuzufügen. Und es drängt sich eher die Frage auf, warum wir nach zehn Jahren immer noch hier sitzen. Dass es Diskriminierung aufgrund der sexuellen Identität gibt und dass diese erheblich ist, ist – denke ich – unstrittig. Das war auch schon vor zehn Jahren unstrittig. Es findet Diskriminierung – das heißt strukturelle Abwertung –, Ausgrenzung, Benachteiligung im Arbeitsbereich, in der Freizeit, beim Zugang zu Gesundheitsdienstleistungen, beim Kontakt mit Ämtern und Behörden, im Familienleben, im Privatbereich und insbesondere in der Öffentlichkeit – statt. Gleichgeschlechtliche Paare können zum Beispiel nicht wie alle anderen einfach Hand in Hand im Park spazieren gehen oder sie müssen sich jedenfalls gewärtigen, dass dies Konsequenzen haben kann, die es für andere nicht gibt. Besonders signifikant ist die hohe

Gewaltbetroffenheit von Menschen, deren sexuelle Identität von der Mehrheit abweicht. Da haben wir inzwischen auch ein paar Statistiken, die ein beunruhigendes Bild zeichnen. Wir haben außerdem eine lange Geschichte der Ausgrenzung und Benachteiligung von Menschen mit abweichender sexueller Identität. Diese Ausgrenzung hat nicht erst im Nationalsozialismus begonnen, aber dort sicher ihren traurigen Höhepunkt gefunden. Sie wurde lange Zeit fortgesetzt, indem die Verbrechen des Nationalsozialismus nicht gesühnt wurden, sondern für manchen der Weg vom KZ ins Zuchthaus führte. Bei der Anhörung vor zehn Jahren gab es hier Uneinigkeit darüber, ob die Ergänzungen von Art. 3 Abs. 3 GG tatsächlich notwendig sind. Diese Uneinigkeit bezog sich vor allem auf drei Fragen: Erstens die Terminologie – die ist ja auch heute ein wenig streitig. Man kann vielleicht nach zehn Jahren des Umgangs mit dem Begriff sexuelle Identität in der deutschen Rechtsordnung sagen, dass wir jedenfalls nicht befürchten müssen, dass dies nicht funktionieren könnte. Auch ich habe da persönlich andere Präferenzen, aber das ist ja vielleicht nicht die entscheidende Frage. Der zweite wesentliche Punkt waren Sorgen mit Blick auf den besonderen Schutz von Ehe und Familien – Art. 6 Abs. 1 GG. Das dürfte mit der Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare gegenstandslos geworden sein. Und dann wurde interessanterweise der bereits bestehende Diskriminierungsschutz gegen eine Ergänzung des Diskriminierungsverbots in der Verfassung in Stellung gebracht. Man verwies schon vor zehn Jahren, und so auch heute, auf den doch vorhandenen europarechtlichen und einfachgesetzlichen antidiskriminierungsrechtlichen Schutz. Dazu ist aber zu sagen, dass dieser weit überwiegend nur Private bindet. Es ist ein wenig irritierend, wenn der Staat sich Diskriminierung vorbehalten möchte, die er Privaten verbietet. Das ist schon in sich widersprüchlich. Der einfachgesetzliche Diskriminierungsschutz ist natürlich nicht so stabil, wie es ein verfassungsrechtlicher Schutz wäre. Ich glaube, dazu brauche ich nicht weiter ausführen. Was also wird dem Gesetzgeber mit diesem Antrag abverlangt? Ihm wird abverlangt, was in einem demokratischen Rechtsstaat nicht ungewöhnlich ist, nämlich eine Selbstbeschränkung. Eine Mehrheit ohne Schranken wird zur Diktatur. Eine Mehrheit, die



nur auf Mehrheiten setzt, wird zu einer Diktatur, die Minderheiten diskriminiert. Damit wird schlimmstenfalls historisches Unrecht fortgesetzt und das Versprechen nicht eingelöst, das Sie alle Ihren Bürgerinnen und Bürgern gegeben haben: Dass sie in Frieden, Gleichheit und Freiheit leben können, solange sie nicht die Rechte anderer verletzen. Minderheitenschutz vor struktureller Diskriminierung ist keine Frage, die zur freien Verfügung politischer Mehrheiten steht, sondern sie bedarf gewichtiger Verfassungsgründe, wenn sie denn diskutiert wird. Als Mehrheit einer strukturell und überdies historisch verfolgten und diskriminierten Minderheit den Schutz zu verwehren, ist ein unwürdiges Schauspiel in einem demokratischen Rechtsstaat, und ich möchte Sie bitten, dieses zu beenden. Vollenden Sie, was 1949 begonnen wurde. Vielen Dank.

Der stellvertretende **Vorsitzende**: Vielen Dank, Frau Lembke. Als Nächste hat das Wort Frau Mangold.

SVe **Prof. Dr. Anna Katharina Mangold**: Vielen Dank. Auch ich begrüße den Vorstoß. Die Aufzählung möglicher Diskriminierungsgründe in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG reagiert auf bestimmte historische Erfahrungen vulnerabler Personengruppen. Und das ist bei verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverboten auch ganz üblich. In Constitutional Moments bestimmen konkrete Gemeinschaften, welche Personengruppen sie für schützenswert erachten, wie es etwa der Parlamentarische Rat bei Schaffung des Grundgesetzes 1948/49 getan hat. Dieser Prozess ist freilich mit der Verfassungsgebung nicht ein für alle Mal abgeschlossen, sondern bedarf stetiger Anpassung durch die verfassungsändernden Organe. Der besondere Schutz vor Diskriminierung erweist sich dort als demokratisch notwendig, wo historisch andauernd Exklusionen von Personen so verfestigt wurden, dass sie den demokratischen Anspruch der vulnerablen Personengruppen auf Gleichberechtigung und gleichberechtigte Wahrnehmung infrage stellen. Allen demokratisch orientierten Parteien im Bundestag muss es deswegen ein Anliegen sein, den Schutz vor Diskriminierung für vulnerable Personengruppen in der Verfassung zu verankern. Als der Parlamentarische Rat über das Grundgesetz debattierte, war zwar bekannt, dass auch homosexuelle Menschen im Dritten Reich

besonderer Diskriminierung und Verfolgung ausgesetzt waren – denn der Rosa Winkel ist ja bekannt. Doch galt noch lange der berüchtigte § 175 StGB. Und auch das Bundesverfassungsgericht half hier nicht weiter. Und das zeigt uns, dass wir uns nicht immer auf die Verfassungsgerichtsbarkeit verlassen dürfen und sollten. Schon aus Gründen der Gewaltenteilung ist es zudem vorzugswürdig, dass die verfassungsgebenden und -ändernden Organe eine bewusste und explizite Entscheidung für Diskriminierungsschutz treffen. Die Diskriminierung von gleichgeschlechtlich lebenden Personen dauert fort, auch wenn die Ehe nun für alle geöffnet worden ist. Einen effektiven Schutz vor Diskriminierung, etwa gleichgeschlechtlicher Elternpaare, bietet das Grundgesetz in seiner gegenwärtigen Formulierung in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG nicht. Denn das Bundesverfassungsgericht hat eine komplizierte Konstruktion über den allgemeinen Gleichheitssatz gewählt, statt direkt das Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts heranzuziehen. Das ist für Bürgerinnen und Bürger nicht leicht zu durchschauen. Das Grundgesetz sollte jedoch unmittelbar für alle verständlich sein. Deswegen sollte der Schutz vor Diskriminierung für gleichgeschlechtlich lebende Personen explizit in das Grundgesetz aufgenommen werden. Der Begriff der sexuellen Identität ist hierfür freilich nur begrenzt tauglich, denn das Bundesverfassungsgericht hat eine sehr ähnliche Formulierung, die geschlechtliche Identität oder Geschlechtsidentität, benutzt, um die Identität inter- und transgeschlechtlicher Personen zu benennen. Näher läge der auch in anderen menschenrechtlichen Dokumenten übliche Begriff der sexuellen Ausrichtung oder Orientierung. Die Gruppe inter- oder transgeschlechtlicher Personen ist freilich ebenfalls in besonderer Weise vulnerabel und bedarf eines expliziten verfassungsrechtlichen Schutzes vor Diskriminierung. Das gilt besonders für transgeschlechtliche Personen, die nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur einen freiheitsrechtlichen Anspruch auf Anerkennung ihrer geschlechtlichen Identität haben, nicht jedoch einen Anspruch auf Schutz vor Diskriminierung aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG. Ich empfehle daher, den Kategorienkatalog um die Begriffe sexuelle Identität und sexuelle Orientierung zu ergänzen. Dies liegt im Interesse aller demokratisch



gesinnten Bürgerinnen und Bürger, die in einer möglichst diskriminierungsfreien Gesellschaft leben wollen, weil dies die Voraussetzung von Demokratie ist. Vielen Dank.

Der stellvertretende **Vorsitzende**: Vielen Dank, Frau Mangold. Als Nächster hat das Wort Herr Siegfried.

SV **Dirk Siegfried**: Auch von mir vielen Dank für die Gelegenheit zur Stellungnahme. Ich könnte mich darauf beschränken, mich insbesondere dem anzuschließen, was Frau Lembke gesagt hat. Da wir aber keine Beifallsbekundungen abgeben sollen, würde ich doch auch etwas Persönliches dazu sagen und erläutern, wie ich persönlich zu dieser Auffassung gelangt bin, diesen Gesetzentwurf zu befürworten. Ich habe damals in dem Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht vertreten, in dem im Jahr 2009, am 7. Juli 2009, die Entscheidung getroffen wurde, die sexuelle Identität als den Merkmalen in Art. 3 Abs. 3 GG ähnlich einzustufen und damit über Art. 3 Abs. 1 GG einen fast gleichwertigen oder im Prinzip gleichwertigen Schutz zu erreichen. Das ist inzwischen ständige Rechtsprechung geworden und ich habe mich nach diesem Beschluss ungefähr zehn Jahre lang geweigert, einen Finger krumm zu machen für diese Grundgesetzänderung, weil ich eben der Meinung war – und es sogar als Zumutung begriffen habe – für etwas zu werben, was wir ja schon errungen hatten. Dass wir am Ende noch dankbar sein müssen, dass der Grundgesetzgeber eine Änderung reinschreibt, die wir uns schon selber beim Bundesverfassungsgericht erstritten hatten, habe ich in gewisser Weise als Kränkung empfunden – ungefähr zehn Jahre lang. Jetzt sitze ich doch hier und mache einen Finger krumm. Und das hat etwas damit zu tun, dass ich inzwischen tatsächlich einer anderen Überzeugung bin. Also ich hätte vor fünf Jahren ungefähr Ihre Meinung vertreten und tue das jetzt sehr entschieden nicht mehr. Und zwar hängt das im Wesentlichen mit der Behandlung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Sukzessivadoption zusammen. Das ist eine dieser Entscheidungen in dieser Kette von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, die das Ganze zur ständigen Rechtsprechung gemacht haben. Da hat das Bundesverfassungsgericht eben über Art. 3 Abs. 1 GG gesagt, dass es diesen Anspruch auf Sukzessivadoption gibt. Und

in den Leitsätzen dieser Entscheidung gibt es zwei Sätze, die ich gerne zitieren möchte – das ist eine Entscheidung aus dem Jahr 2013, vom 19. Februar 2013. Da ist einmal Leitsatz 2: „Zwei Personen gleichen Geschlechts, die gesetzlich als Elternteile eines Kindes anerkannt sind, sind auch im verfassungsrechtlichen Sinne Eltern.“

Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG. Und dann Leitsatz 3: „Leben eingetragene Lebenspartner mit dem leiblichen oder angenommenen Kind eines Lebenspartners in sozialfamiliärer Gemeinschaft, bilden sie mit diesem eine durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützte Familie im Sinne des Grundgesetzes. Diese beiden Leitsätze sind das Höchste, was die deutsche Justiz zu bieten hat. Mehr ist mit einer Senatsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts nicht zu erlangen. Gleichwohl gab es eben im Jahr 2017 das Wahlprogramm der AfD zur Bundestagswahl, aus dem ich – wenn es gestattet ist – ebenfalls gerne einen Satz zitieren möchte: „Die AfD will, dass sich die Familienpolitik des Bundes und der Länder am Bild der Familie aus Vater, Mutter und Kindern orientiert. Wir lehnen alle Versuche ab, den Sinn des Wortes Familie in Art. 6 Abs. 1 GG auf andere Gemeinschaften auszudehnen und der Familie auf diesem Wege den besonderen staatlichen Schutz zu entziehen.“ Das heißt, wenn Leitsätze des Bundesverfassungsgerichts so wenig wert sind, dann brauchen wir offenbar mehr. Und dann brauchen wir tatsächlich diese Verankerung im Grundgesetz selbst. Danke schön.

Der stellvertretende **Vorsitzende**: Vielen Dank. Als Nächster hat das Wort Herr Wieland.

SV **Prof. Dr. Joachim Wieland**: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren Abgeordnete. Vieles ist schon gesagt, nur noch nicht von jedem. Ich möchte jetzt nicht alles wiederholen, was meine Vorrednerinnen und Vorredner gesagt haben. Ich beschränke mich kurz auf fünf Punkte. Diskriminierungsverbote in der Verfassung antworten auf Diskriminierung im tatsächlichen Leben in der Gesellschaft. Das heißt, sie können nicht ein für alle Mal festgeschrieben werden, sondern sie müssen auf gesellschaftliche Veränderungen reagieren und sich neu zeigen, wo sich Diskriminierungen festigen. Zweiter Punkt: Wegen der sexuellen Identität ist schon 1949, als das Grundgesetz in Kraft getreten ist, diskriminiert worden. Dass der Parlamentarische Rat nicht die



Kraft gefunden hat, diese Diskriminierung in der Verfassung zu verbieten, ist sicher kein Ruhmesblatt in der deutschen Verfassungsgeschichte. Das Gleiche gilt für die Rechtsprechung auch des Bundesverfassungsgerichts. Die Gerichte haben ganz wesentlich zur Verfestigung der Diskriminierung wegen sexueller Identität beigetragen, statt sie zu bekämpfen. Dritter Punkt: Diskriminierung wegen sexueller Identität prägt noch heute unser tägliches Leben. Das wurde vorhin schon angedeutet. Ich denke, uns allen stehen entsprechende Beispiele vor Augen. Das heißt, Diskriminierungsverbote sind in dieser Hinsicht weiter erforderlich. Vierter Punkt: Die Terminologie mag in anderen Punkten noch besser zu fassen sein, sie scheint mir aber verfassungsrechtlich kein Problem zu sein. Wenn dieser Gesetzesantrag in Kraft treten und das Grundgesetz entsprechend ergänzt würde, wäre die Praxis ohne Weiteres in der Lage, mit diesem Begriff zu arbeiten und zu den Ergebnissen zu kommen, die die Urheber der Verfassungsänderung sich vorgestellt haben. Also, da kann man sich selbstverständlich Alternativen vorstellen, aber ich sehe kein Problem mit dieser Terminologie. Und die fünfte und letzte Frage: Warum sollte die Verfassung überhaupt ergänzt werden? Reicht nicht die Verfassungsrechtsprechung aus, die sich inzwischen geändert hat? Meines Erachtens darf man nicht die Bedeutung verkennen, die gerade der Text der Verfassung für die Bewusstseinsbildung in der Gesellschaft hat. Wenn sie sich vorstellen, im Schulunterricht, in der Erwachsenenbildung wird über Verfassungsrecht geredet wird. Da kommt es nicht darauf an, was man aus einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts als Interpret ablesen kann, sondern da kommt es darauf an, was man sehen kann, was geschrieben steht. Und wenn Art. 3 Abs. 3 GG in der gegenwärtigen Verfassung praktisch so fortbestünde, dann bleibt es bei diesem Desiderat. Es wird kein Verbot der Diskriminierung wegen sexueller Identität in den Verfassungstext aufgenommen, und dementsprechend auch nicht so wahrgenommen. Und gerade weil der Staat hier durch sein eigenes Handeln dazu beigetragen hat, Diskriminierung zu verfestigen, ist er – meines Erachtens – verfassungspolitisch verpflichtet, das wiedergutzumachen, indem er den Artikel ergänzt. Vielen Dank.

Der stellvertretende **Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Wieland. Als Nächster und Letzter hat das Wort Herr Wollenschläger.

SV Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger: Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Meine Damen und Herren Abgeordneten. Auch ich möchte zu diesem Gesetzentwurf Stellung nehmen und vorweschicken, dass die Entscheidung verfassungsrechtlich nicht determiniert ist, sondern in das Ermessen des verfassungsändernden Gesetzgebers fällt. Meine Vorredner haben eigentlich schon alle aufgezeigt, welche verfassungspolitischen, auch gewichtigen verfassungspolitischen Argumente für eine Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 GG sprechen. Ich würde die Stellungnahme – nachdem das vielleicht jetzt noch ein bisschen zu kurz kam – dazu nutzen, auch noch mal auf die verfassungsrechtliche Seite hinzuweisen, weil man sich da – meines Erachtens – bewusst sein sollte, dass rein aus verfassungsrechtlicher Warte keine nennenswerte Schutzverstärkung vor entsprechenden Diskriminierungen zu erwarten ist. Das ist natürlich richtig: Aktuell erfasst Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG weder die Merkmale der sexuellen Orientierung noch der sexuellen Identität. Aber das Bundesverfassungsgericht hat in mittlerweile ständiger Rechtsprechung beider Senate einen im Ergebnis vergleichbaren Diskriminierungsschutz anerkannt, so dass ich da keine Differenzen sehe. Weil die Rechtsprechung eben Differenzierungen auch unter dem allgemeinen Gleichheitssatz flexibel handhabt und im Ergebnis vergleichbare Rechtsfertigungsanforderungen geschaffen hat. Das zweite Argument, dass der Gesetzentwurf vorbringt, ist die textliche Fixierung als Absicherung des aktuellen Schutzniveaus, sozusagen gegen ein späteres Rollback. Das kann natürlich eintreten. Wobei da zum einen natürlich die Wahrscheinlichkeit zu bewerten ist und zum anderen: Sollte die politische, auch verfassungsrechtliche Entwicklung einen solchen Weg nehmen, würde sich natürlich auch die Frage stellen, welchen Schutz der Verfassungstext dann noch bietet. Meines Erachtens ist in der Verfassungsrechtsprechung der Schutz jetzt seit zehn Jahren durch beide Senate anerkannt. Das Bundesverfassungsgericht hat auch explizit die an seiner Rechtsprechung geäußerte Kritik zurückgewiesen. Und dass dieser Schutz nicht nur auf dem Papier steht, zeigt ja schon die



Gleichstellung der eingetragenen Lebenspartnerschaft gegenüber der Ehe, die das Bundesverfassungsgericht gefordert hat und die ja dann schließlich auch ein Baustein auf dem Weg zur Einführung der „Ehe für alle“ war. Das ist der verfassungsrechtliche Befund. Also verfassungsrechtlich sehe ich da keine nennenswerte Schutzverstärkung. Aber, das ist natürlich richtig, und das ist ja bei meinen Vorrednerinnen und Vorrednern angeklungen: Es geht nicht nur um den verfassungsrechtlichen Befund, sondern – vor dem Hintergrund der Leitbildfunktion der Verfassung – auch um die Symbolfunktion der Verfassung und die Signalwirkung in die Gesellschaft hinein, was natürlich legitime verfassungspolitische Anliegen sind. Und das ist – meines Erachtens – auch das gewichtigste Argument, das der Gesetzentwurf für eine Ergänzung des Grundgesetzes vorbringt. Und das ist jetzt eben anhand der Punkte, die auch schon angesprochen worden sind, zu erwägen und zu gewichten. Was erhofft man sich von der Änderung? Welche Wirksamkeit ist zu erwarten? Welche Alternativen bestehen unter Umständen? Und ein Punkt, der meines Erachtens in der verfassungspolitischen Bewertung auch nicht ganz aus dem Blick verloren werden sollte: Es handelt sich natürlich um eine selektive Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 GG, so dass sich die Frage stellt, ob nicht noch weitere Merkmale in Betracht kommen, um die Art. 3 Abs. 3 GG ergänzt werden könnte, vielleicht auch ergänzt werden sollte. Um es noch mal kurz zusammenzufassen: Aus verfassungsrechtlicher Sicht sehe ich keine nennenswerte Schutzverstärkung. Ich würde aber genauso – und deswegen glaube ich nicht, dass ich insofern eine pointierte Gegenauffassung vertrete – vor dem Hintergrund der Leitbildfunktion der Verfassung die Signal- und Symbolwirkung auch unterstreichen, aber eben für eine differenzierte Würdigung plädieren. Danke.

Der stellvertretende **Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Wollenschläger. Damit sind wir mit den Einführungsreferaten am Ende. Wir kommen in die erste Fragerunde. Gemeldet hat sich als Erster der Kollege Luczak, danach der Kollege Brunner.

Abg. **Dr. Jan-Marco Luczak** (CDU/CSU): Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Ich würde meine erste Frage an Herrn Hochrein richten wollen. Vielen

Dank, dass Sie uns als Sachverständiger zur Verfügung stehen. Das kommt nicht so oft vor, dass ich jemandem als Sachverständigen der Fraktion DIE LINKE. so aufmerksam zuhöre. Herr Siegfried, bei mir war es ganz ähnlich. Ich habe meine Jungfernrede hier im Deutschen Bundestag, das war im Januar 2010, genau zu diesem Thema gehalten. Und damals habe ich eine Änderung des Art. 3 Abs. 3 GG abgelehnt, weil ich ganz ähnlich wie Sie argumentiert habe, nämlich gesagt habe: Eigentlich ist der verfassungsrechtliche Schutz ja ausreichend und wir haben das über die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung eigentlich gewährleistet, dass es keine Diskriminierung geben darf. Das ist jetzt zehn Jahre her. Und ähnlich wie Sie zu einem Sinneswandel gekommen sind, bin ich es auch. Ich glaube heute, dass es anders ist. Und das ist jetzt meine Frage an Herrn Hochrein. Sie haben ja beschrieben, wie sich die Situation heute gesellschaftlich darstellt, dass wir eben nach wie vor – in bestimmten Bereichen sogar auch zunehmend – sehen, dass es Diskriminierung gibt, dass es Homophobie gibt, dass es tätliche Angriffe gegen Schwule und Lesben gibt. Und deswegen würde ich mich freuen, wenn Sie das vielleicht noch mal ein bisschen illustrieren könnten, inwieweit eine solche ausdrückliche Änderung in Art. 3 Abs. 3 GG auch ein Signal in die Community sein könnte. Wie würde dies positiv aufgenommen? Und was würde umgekehrt – die Leitbildfunktion der Verfassung ist ja angesprochen worden – gegen solche Diskriminierungen, gegen Homophobie zum Ausdruck gebracht, wenn es ausdrücklich in der Verfassung stünde. Es würde mich freuen, wenn Sie uns aus Ihrer Expertise heraus noch ein bisschen die tatsächlichen Hintergründe schildern könnten. Meine zweite Frage würde ich an Frau Boysen richten wollen. Sie haben ausgeführt, dass es gewichtige Gründe für diese Verfassungsänderung gibt und wir haben jetzt gesagt: „Ok, der Schutzstandard ist mit Blick auf die verfassungsrechtliche Rechtsprechung möglicherweise nicht fundamental anders.“ Man kann das ja von zwei Seiten beleuchten. Manche sagen: „Na ja, wenn es nicht fundamental anders ist, dann brauchen wir das ja auch nicht zu ändern.“ Das kann aber sozusagen als Argument in beide Richtungen gewendet werden. Das würde mich schon noch mal interessieren, wie Sie zu diesen Argumenten



stehen, was sich möglicherweise dann doch einfachrechtlich dadurch ändert, wo man ein rechtliches Substrat ableiten könnte und wie Sie das bewerten. Das ist ja eines der Argumente auch in dem Antrag, dass man ja nicht sicher sein kann, dass eine verfassungsrechtliche Rechtsprechung dauerhaft Bestand hat. Inwieweit das wahrscheinlich ist, können wir alle nicht beurteilen. Aber das wäre schon noch mal wichtig, aus Ihrer Expertise heraus zu hören, was das bewirken könnte, diese verfassungsrechtliche Absicherung, die wir textlich dadurch hätten. Danke schön.

Der stellvertretende **Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Luczak. Herr Brunner und danach Frau Achelwilm.

Abg. **Dr. Karl-Heinz Brunner** (SPD): Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren Sachverständige. Zuerst ganz herzlichen Dank für Ihre sehr umfangreichen Ausführungen. Ich könnte es jetzt kurz machen, indem ich sage: Ich habe ja schon einige öffentliche Anhörungen miterlebt – da geht es mir wie dem Kollegen Luczak. Selten habe ich in einer solchen Einmütigkeit von den Sachverständigen gehört, dass das Ansinnen, das Grundgesetz zu ändern und Art. 3 GG zu ergänzen, so übereinstimmend begrüßt wird, wenn auch mit unterschiedlichen Nuancen, die unter Juristen natürlich auch verständlich und nachvollziehbar sind. Ich sage aber auch ganz deutlich, dass der Text der Verfassung – ich glaube, Herr Professor Wollenschläger hat dies gesagt – zur Bewusstseinsbildung der Gesellschaft führt und deshalb ein ganz wichtiges Element ist, um den Umgang mit Diskriminierung in einem Lande zu verändern. Dabei dient der Text der Verfassung auch als Leitplanken für die Gerichte. Denn ich darf an dieser Stelle erinnern und knüpfte daran meine erste Frage, die an Sie geht, Herr Professor Wollenschläger: Bis spätestens zum Jahre 1994 haben sich deutsche Gerichte und das Bundesverfassungsgericht auf den Verfassungstext des Jahres 1949 bezogen und die Diskriminierung von Schwulen, Lesben und Transsexuellen als zulässige Diskriminierung, gesehen. Bestünde nicht die Möglichkeit, wenn jetzt Art. 3 GG nicht geändert würde, also in seiner heutigen Fassung weiterhin zum Tragen käme, dass sich die Rechtsprechung wieder in den Zustand zurückentwickelt, wie wir sie in den 50er Jahren

mal hatten? Denn Verfassungen sind ja nicht für heute und morgen, sondern für einen längeren Zeitraum. Und die zweite Frage, die ich gerne stellen möchte, geht an Frau Mangold, die sich zu Recht um den ausreichenden Schutz aller LGBTI-Gruppen Sorgen gemacht und vorgeschlagen hat, die Formulierung um den Begriff Orientierung zu erweitern. Glauben Sie, dass damit alle Gruppen abgedeckt sind und auch dann ein lesbare kurzer knapper Verfassungstext zur Verfügung stünde?

Der stellvertretende **Vorsitzende**: Vielen Dank. Frau Achelwilm als Nächste und danach dann Herr Brandenburg.

Abg. **Doris Achelwilm** (DIE LINKE.): Meine Frage geht an Herrn Siegfried und Frau Professorin Lembke. Die Auswahl fällt ja angesichts der hier vorhandenen Expertise und Kompetenz sehr schwer, aber so treffe ich sie aktuell. Mich würde interessieren, und das ist das, was ich auch von außen, auch von Medien, von Bürgerinnen und Bürgern zu dem Komplex am häufigsten als Frage gestellt bekomme: Inwiefern kommt es im Alltag auf die hier vorgeschlagene Änderung praktisch an? An welchen Stellen ändert sich tatsächlich etwas in der Rechtsprechung oder der effektive Schutz? Wenn Sie da vielleicht zwei, drei Beispiele machen könnten, wären wir Ihnen sehr dankbar. Danke.

Der stellvertretende **Vorsitzende**: Vielen Dank. Herr Brandenburg.

Abg. **Dr. Jens Brandenburg** (FDP): Herzlichen Dank. Ich freue mich ebenfalls über diese breite Unterstützung des Grundsatzes. Über einzelne Begrifflichkeiten kann man ja sicher in einer späteren Runde auch noch mal sprechen. Ich kann aber auch für meine Fraktion der Freien Demokraten sagen, dass wir – wie sie wissen – ebenso wie die Freie Demokratische Partei vor wenigen Jahren noch eine andere Position in der Frage hatten, was uns sehr umgetrieben hat. Die vielen Rechtspolitiker und Juristen bei uns in der Partei hatten Bedenken, man möge das Grundgesetz nicht noch unnötig erweitern, wenn doch ein Schutz schon da sei. Auch die vielen Parteikolleginnen und Parteikollegen sind inzwischen anderer Meinung, weil wir erkannt haben, dass sich politische und gesellschaftliche Mehrheiten und Stimmungsbilder nicht nur theoretisch, sondern auch aktuell ändern können.



Wenn man sich in Deutschland – ich will jetzt gar nicht Thüringen aufführen – oder auch in Österreich, USA, Ungarn, Polen, wie in vielen anderen politischen Systemen anschaut, wie schnell sich Stimmungen ändern können und wir deshalb argumentieren: Lasst uns doch ein Zeitfenster, in dem demokratische, auch progressive Mehrheiten und Gesellschaftsbilder da sind, nutzen, um diesen Schutz zweifelsfrei in der Verfassung festzuschreiben. Vor dem Hintergrund – Sie haben ja eben schon mehrfach angemerkt, dass derselbe Wortlaut des Grundgesetzes in früheren Jahrzehnten auch anders ausgelegt wurde, ich erinnere an den § 175 StGB: Was ist denn Ihre Erwartung für künftige Zeiten, die möglicherweise politisch und gesellschaftlich etwas stürmischer sind? Welchen konkreten Unterschied macht es für die Rechtsprechung, wenn die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Identität/Orientierung – die Begrifflichkeit mal dahingestellt – im Wortlaut drin steht? Die Frage geht an Herrn Wieland und Frau Mangold.

Der stellvertretende **Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Brandenburg, Frau Schauws.

Abg. **Ulle Schauws** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Auch von meiner Seite und für die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN danke ich Ihnen allen für Ihre Stellungnahmen und auch für die – wie ich finde – sehr klare Ausrichtung, die – glaube ich – dieses Fachgespräch jetzt schon so ein bisschen erkennen lässt, so dass klar ist, dass es hier eine Veränderung geben sollte, was von Ihnen ja weitestgehend geteilt wird. Ich will auch noch mal sagen, dass von unserer Fraktion diese Forderung schon lange erhoben wird. Es gab hier schon lange politische Diskussionen, die Herr Luczak auch gerade noch mal dargestellt hat. Die Auseinandersetzung ist aber, wie auch meine Vorredner/innen gerade gesagt haben, wirklich noch mal notwendig. Und in Anbetracht der Tatsache, dass von Ihnen mehrheitlich auch noch mal die Signalwirkung des Grundgesetzes hervorgehoben wurde, ist es auch gerade in diesen Zeiten ein ganz notwendiger Punkt – wenn ich das in Bezug auf junge Menschen und die Schulen sehe –, zu sagen: Wo findet sich quasi jeder Mensch in diesem Grundgesetz – vor allen Dingen, wenn er sich zu einer Minderheit in dieser Gesellschaft zählt – wieder? Und deswegen

würde ich auch gerne meine erste Frage an Frau Professorin Lembke richten. Sie haben eben die Funktionen der Verfassung schon erwähnt, insbesondere mit dem Schutz für Minderheiten, auch in Abgrenzung zu der einfachgesetzlichen Ebene, die Sie eben auch ausgeführt haben. Können Sie da noch mal unterstreichen oder vielleicht auch mal Argumente anführen, was die Formulierung sexuelle Identität für eine Bedeutung haben kann? Und die andere Frage geht an Herrn Hochrein. Und zwar hätte ich von Ihnen gerne noch mal eine Einordnung der Diskussion über die Begrifflichkeit, die wir hier gerade so ein wenig führen. Ist es aus Ihrer Sicht eine sinnvolle Debatte, die wir jetzt noch mal breit führen sollten, ob wir jetzt sexuelle Identität, sexuelle Orientierung oder beides in die Verfassung schreiben – oder geht es nicht eher darum, jetzt wirklich auch relativ schnell zu einem politischen Konsens zu finden, um sagen zu können, wir wollen hier den Schutz in Art. 3 Abs. 3 GG gewährleisten? Leisten wir uns da nicht – obwohl wir einen Konsens politisch möglicherweise sehr schnell erringen könnten – hier mit einer akademischen Debatte über den Begriff nicht eher einen Bärenienst?

Der stellvertretende **Vorsitzende**: Vielen Dank, Frau Schauws, Herr Jacobi.

Abg. **Fabian Jacobi** (AfD): Danke schön. Ich habe jetzt aus meiner subjektiven Warte hier bisher ganz überwiegend eher politisch aktivistische und weniger juristische Stellungnahmen gehört. Ich möchte es deshalb jetzt auf eine juristische Ebene bringen.

(Unverständlicher Zwischenruf.)

Das ist mein subjektiver Eindruck, den darf ich so äußern, Herr Kollege. Herzlichen Dank, Herr Kollege. Ich sehe hier diesen Gesetzentwurf und der beinhaltet die Änderung „werden nach den Wörtern ‚wegen seines Geschlechtes‘, die Wörter ‚seiner sexuellen Identität‘ eingefügt“. Dann gucke ich in die Begründung auf der Suche nach einer Definition, was unter dem Merkmal nach dem Willen der Antragssteller verstanden werden soll und lese da, das sei ein „andauerndes Muster emotionaler, romantischer oder sexueller Anziehung“. O.K., das ist erstmal eine Definition. Nun gibt es auch Menschen, erwachsene Menschen, die sich emotional, romantisch und



sexuell zu präpubertären Kindern hingezogen fühlen. Das ist etwas, das gibt es. Und nach dieser Definition ist auch das eine sexuelle Identität. Nun wüsste ich gerne von Frau Lembke und Frau Mangold – das ist jetzt relativ zufällig –, was Sie dem Rechtsanwender – gesetzt den Fall, das würde so beschlossen –, der sich mit dieser gewünschten neuen Grundgesetzformulierung und dieser vorgegebenen Definition auseinanderzusetzen hat, mit auf den Weg geben im Hinblick auf den Umstand, dass das, was ich eben genannt habe, von allen Anwesenden nicht als verfassungsrechtlich schützenswert angesehen wird. Was geben Sie dem Rechtsanwender mit auf den Weg, wie soll er damit umgehen? Das wäre meine Frage.

Der stellvertretende **Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Jacobi. Als Nächster und Letzter in der ersten Runde hat Herr Ullrich das Wort.

Abg. **Dr. Volker Ullrich** (CDU/CSU): Vielen Dank, Herr Vorsitzender, und vielen Dank an die Damen und Herren Sachverständige. Ich möchte zunächst einmal vorausschicken, dass die besonderen Diskriminierungsverbote in Art. 3 GG im Prinzip die Dimension des Menschen ausmachen. Wenn man sich die Kategorien durchliest: Geschlecht, Abstammung, Sprache, Herkunft, Glaube, die religiösen und politischen Weltanschauungen, ja sogar der Begriff Rasse, den wir vielleicht heute nicht mehr so in das Grundgesetz schreiben würden. Man muss sich aber auch klar machen, dass natürlich die sexuelle Identität oder auch Orientierung – über die Begrifflichkeit muss man sich vielleicht noch trefflich streiten –, ja auch die Identität eines Menschen ausmachen. Das ist auch eine wichtige Dimension für das ganz persönliche Leben eines Menschen. Und ja, das Bundesverfassungsgericht hat in den letzten zehn Jahren den Schutz der sexuellen Identität sehr stark herausgearbeitet. Übrigens hat auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte durch seine Rechtsprechung die sexuelle Identität auf die Ebene eines von der Konvention geschützten Wertes gehoben, obwohl die Menschenrechtskonvention des Europarates das ja gerade nicht vorsieht. Aber wir sehen rechtsvergleichend, dass je jünger ein Verfassungstext ist, desto eher betont er die Frage der Sexualität. Die Menschenrechtskonvention stammt von 1949, da ist es nicht drin, aber in der EU-Grundrechte-

charta beispielsweise ist der Begriff enthalten. Deswegen die erste Frage, das ist vielleicht eine ganz Grundsätzliche, an Sie, Herr Professor Wollenschläger: Wenn wir heute Art. 3 GG schreiben würden, würden wir nicht vor dem Hintergrund homophober Angriffe und eines Gesellschaftswandels den Begriff Sexualität auch in das Grundgesetz aufnehmen? Und die zweite Frage an Sie, Frau Boysen: Könnten Sie vielleicht noch mal unterscheiden und herausarbeiten, ob wir den Begriff Identität nehmen sollten, der ja eigentlich auf sich selbst bezogen ist, oder sollte der verfassungsgebende Gesetzgeber aus verfassungspolitischen Erwägungen die Orientierung, also das Handeln gegenüber anderen, schützen? Welche Formulierung würden Sie als sachdienlich erachten?

Der stellvertretende **Vorsitzende**: Vielen Dank. Damit sind wir am Ende der ersten Fragerunde und gehen jetzt zu den Antworten über. Als Erstes hat Herr Wollenschläger das Wort mit den Antworten auf die Fragen von Herrn Brunner und Herrn Ullrich.

SV Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger: Herr Brunner, ich fange mit Ihrer Frage an. Sie hatten mich ja noch mal nach der Absicherung gefragt. Es ist natürlich völlig richtig, dass wir mit dieser Grundgesetzänderung dann eine textliche Absicherung im Grundgesetz hätten. Worauf ich eben nur hinweisen wollte, war, dass man eben diese textliche Absicherung auch nicht überschätzen sollte als Argument. Das Anliegen meiner Stellungnahme war vielmehr, den Fokus auf den – meines Erachtens – zentralen Punkt zu richten. Das sind die Leitbildfunktion der Verfassung und die Entscheidung, ob man eben diese Wirkung haben will. Zurück zu Ihrer spezifischen Frage: Warum sollte man das nicht überschätzen? Es ist natürlich so, dass es zunächst einmal eine Entwicklung voraussetzen würde, über deren Wahrscheinlichkeit man streiten kann, die man allerdings auch nicht ausschließen kann. Das ist richtig. Aber man sollte dann natürlich wissen, dass Art. 3 Abs. 3 GG ja kein absolutes Differenzierungsverbot beinhaltet, sondern auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – wenn auch unter strengen Voraussetzungen – einer Differenzierung mit Rechtfertigung zugänglich ist. Wenn Sie jetzt aber solche politischen Mehrheiten haben und die im



Gesetzentwurf angesprochene Umpolung des Bundesverfassungsgerichts befürchten, ist natürlich die Frage, ob nicht über eine aktivistische Verfassungsinterpretation in eine andere Richtung eben auch entsprechende Ergebnisse gehalten werden können. Und deswegen wollte ich nur darauf hinweisen, dass man da die Wirkung auch nicht überschätzen, sondern die Diskussion auf diesen dritten Punkt in meiner Stellungnahme, die Leitbildfunktion, fokussieren sollte, weil das – meines Erachtens – das gewichtigere Argument ist. Und zu Ihrer Frage, Herr Ullrich: Was würde man da alles aufnehmen? Das ist ja dann genau die Frage. Da würde man vielleicht neben der sexuellen Orientierung oder Identität auch noch an andere Punkte denken. Aber das wäre eben die Erweiterung oder die Aktualisierung des Art. 3 Abs. 3 GG, die Frage, die sich stellen würde. Und da wollte ich einfach nur darauf hinweisen, um die Debatte in einen breiteren Kontext zu stellen, dass es ja auch ein Anliegen sein könnte, zu reflektieren, inwieweit Art. 3 Abs. 3 GG nicht im Übrigen einer Aktualisierung bedarf.

Der stellvertretende **Vorsitzende**: Vielen Dank. Als Nächster Herr Wieland, mit der Antwort auf die Frage von Herrn Brandenburg.

SV **Prof. Dr. Joachim Wieland**: Vielen Dank. Was ist die Erwartung, die man an eine entsprechende Verfassungsergänzung haben kann? Nach meiner Wahrnehmung ist das Problem, dass der Staat aufgrund der sexuellen Identität diskriminiert, im Moment nicht akut. Das hat sich gewandelt – von der Strafbarkeit der Homosexualität hin zur Zulassung der „Ehe für alle“ –, so dass ich hier jetzt nicht die gewaltigen Veränderungen erwarten würde. Diskriminierung wegen der sexuellen Identität findet in der Gesellschaft statt. Und ein Verbot der Diskriminierung müsste sich auch auf die Gesellschaft auswirken. Und da ist – meines Erachtens – die objektivrechtliche Funktion, nicht nur die Leitbildfunktion, eines solchen Diskriminierungsverbotes in den Blick zu nehmen. Das heißt, wenn das in der Verfassung steht, ist der Staat verpflichtet, sich schützend gegen solche Diskriminierungen zu stellen. Und diese Schutzpflicht würde sich auf ganz verschiedene Rechtsbereiche erstrecken. Sie würde sich auf das Arbeitsrecht, das Bildungsrecht und möglicher-

weise auf das Mietrecht erstrecken. Das heißt, sie würde dem Staat aufgeben, Sorge dafür zu tragen – soweit er das mit seinen Mitteln kann –, dass Menschen nicht wegen ihrer sexuellen Identität diskriminiert werden. Das ist bisher so, auch aus der Verfassungsrechtsprechung, nach meinem Eindruck noch nicht eindeutig aus der Verfassung ableitbar. Und natürlich, da würde ich Herrn Wollenschläger völlig recht geben, darf man auch die Steuerungswirkung der Verfassung nicht überschätzen. Aber das gilt für jede Verfassungsvorschrift. Und jedes Mal, wenn wir darüber diskutieren, ob man die Verfassung ändern soll, muss man sagen, dass natürlich auch nach einer Verfassungsänderung Raum für Interpretationen bleibt. Aus meiner Sicht ist viel wichtiger – gerade vor dem geschichtlichen Hintergrund –, deutlich zu machen, dass hier die Verfassungsrechtslage ganz eindeutig ein Diskriminierungsverbot vorsieht und dass es Fehlentwicklungen waren, Homosexualität unter Strafe zu stellen. Das scheint mir gerade die Wiedergutmachungsfunktion einer solchen Ergänzung des Grundgesetzes zu sein, die dann Ausstrahlungswirkung auf die gesamte Rechtsordnung hätte und über diesen Weg auch das gesellschaftliche Bewusstsein ein Stück weit verändern könnte. Auch da würde ich jetzt kein Wunder erwarten. Sie können jetzt nicht erwarten, dass das Denken aller Menschen sich ändert, weil Sie eine Verfassungsänderung vornehmen. Aber Sie tragen ein Stück weit dazu bei. Und künftige Generationen von Schülerinnen und Schülern würden dann im Gemeinschaftskundeunterricht, wenn sie mit der Verfassung vertraut gemacht würden, auch auf diese Bestimmung hingewiesen. Und nach meinen Erfahrungen mit meinen Kindern, die jetzt ein paar Jahre zurückliegen, ist gerade in Schulen Diskriminierung wegen sexueller Identität immer noch ein erhebliches Problem. Und da hat der Staat eine Aufgabe. Und die würde durch die Ergänzung der Verfassung nicht nur für die Kenner der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, sondern praktisch für jeden, der in die Verfassung schaut, sichtbar werden.

Der stellvertretende **Vorsitzende**: Vielen Dank. Als Nächster hat das Wort Herr Siegfried mit der Antwort auf die Frage von Frau Achelwilm.

SV **Dirk Siegfried**: Es ist schwierig zu sagen, was passiert, wenn das da drin steht, wo konkret sich



das auswirkt. Denn so monokausal verlaufen die Dinge ja nicht. Aber ich würde gerne zwei Beispiele aus der persönlichen Erfahrung benennen, von denen ich denke, da würde es tatsächlich einen Unterschied machen oder da würde ich mich sicherer fühlen. Die eine Sache ist die, dass ich im persönlichen oder beruflichen Umfeld nach wie vor erlebe, dass es viele lesbische Kolleginnen und schwule Kollegen gibt, die im juristischen Bereich tätig sind und die nicht offen leben. Das finde ich sehr bedrohlich und ich denke, wenn das sogar in diesen Berufen so ist, dann muss etwas passieren und da denke ich, ist tatsächlich auch dieser Symbolgehalt wichtig, das zu signalisieren, dass das sein darf. Offenbar muss dann auch etwas passieren. Und die zweite Sache resultiert aus der Erfahrung in diesen ganzen Verfahren heraus. Ich habe sehr viele Verfahren zur Gleichstellung anwaltlich betrieben und letztlich ist festzustellen, dass die bundesdeutsche Justiz uns ziemlich im Stich gelassen hat. Also das gehört zu der sehr beeindruckenden Erfahrung über die Jahrzehnte, dass die bundesdeutsche Justiz uns nichts gegeben hätte, wenn es das Bundesverfassungsgericht nicht gäbe. Die Feindseligkeit der bundesdeutschen Justiz dem Anliegen auf Gleichstellung gegenüber und auch die Verachtung, die uns über die Jahrzehnte hinweg entgegengeschlagen ist, war wirklich bemerkenswert und bedrohlich. Und wenn es den EuGH mit der Sache Maruko nicht gegeben hätte und das Bundesverfassungsgericht, dann säßen wir gleichstellungspolitisch noch absolut auf den Bäumen. Und von einer „Ehe für alle“ wäre überhaupt gar nicht zu träumen. Das heißt, ich glaube, dass die zivilisatorische Schicht in diesem Land gar nicht so dick ist, wie wir das gerne hätten. Und nach den Erfahrungen mit der Justiz fühle ich mich nicht so sicher, dass ich sagen würde: „Ach, ich vertraue mal auf diese Leute da in Karlsruhe und das ist schon alles gut.“ Ich denke, da muss wirklich eine sehr große Sicherheit geschaffen werden, die maximale Sicherheit, die es geben kann, und das ist in einem Land mit einer geschriebenen Verfassung – und dazu gehört die Bundesrepublik – eben die geschriebene Verfassung. Und deswegen finde ich, gehört das da rein. Ich würde mich sicherer fühlen damit.

Der stellvertretende Vorsitzende: Vielen Dank, Herr Siegfried. Frau Mangold hat das Wort mit den Antworten auf die Fragen von Herrn Brunner, Herrn Brandenburg und Herrn Jacobi.

SVe Prof. Dr. Anna Katharina Mangold: Vielen Dank. Herr Brunner, Sie hatten gefragt, ob dann eigentlich alles abgedeckt sei. Ich denke tatsächlich, wenn wir jetzt die besonders vulnerablen Personengruppen LGBTI, wie sie immer so abgekürzt werden, im Verfassungstext erfassen, dann ist schon viel gewonnen. Denn anders als Herr Wieland bin ich der Auffassung, dass im Moment auch der Staat durchaus noch diskriminiert, wenn wir etwa an das Familienrecht denken. Auch die Eheöffnung hat ja hier noch keine Regelungen gebracht, da haben wir eklatante Ungleichbehandlungen und Diskriminierungen, die von Rechts wegen stattfinden. Und hier ist es unbedingt notwendig, ganz klare Entscheidungen zu treffen. Und das ist, was eine Verfassungsänderung herbeiführen kann. Weil eben nicht der Weg über die Gerichte gewählt werden muss. Und auch wenn Kollege Wollenschläger darauf hinweist, dass es natürlich Konstruktionen gibt, die das Bundesverfassungsgericht wählt; wir haben es gerade Herrn Dirk Siegfried zu verdanken, dass es diese Rechtsprechung gibt. Davor gab es ganz viele Versuche, die nicht zum Erfolg geführt haben. Und das betraf die Leben von Menschen, die nicht vor Diskriminierung geschützt wurden, auch nicht durch den Staat. Und wenn jetzt die Diskussion aufgemacht wird, ob wir auch Schwule und Lesben unter den Begriff der sexuellen Identität fassen und damit vor Diskriminierung schützen wollen, dann glaube ich, ist es wichtig, den Constitutional Moment zu erkennen und zu handeln. Wie lange hat das gedauert, bis wir überhaupt so weit gekommen sind? Sollen wir das jetzt sehenden Auges einer anderen sehr vulnerablen Personengruppe versagen? Das ist, weswegen ich das auch hier einbringe und weswegen ich es für wichtig halte. Und zu sagen, es ist jetzt der kleinste gemeinsame politische Nenner, halte ich für ein sehr schwieriges Argument, Herr Dr. Brandenburg. Sie hatten die Frage gestellt, was eigentlich passiert, welchen konkreten Unterschied es macht, wenn der Wortlaut der Verfassung geändert wird. Also, Herr



Wieland hat schon auf die primär an den Staat gerichtete Schutzpflicht des Staates für besonders vulnerable Personengruppen, also die Pflicht, Diskriminierung zu unterlassen und darauf hinzuwirken, dass in der Gesellschaft Diskriminierungen unterbleibt, hingewiesen. Und hier ist eben wichtig, zu sehen, dass eine explizite Regelung dazu führt, dass Personen, wenn sie die Verfassung lesen, sogleich wissen: Aha, hier kann ich jetzt zum Bundesverfassungsgericht gehen. Als ich damals die Entscheidung zur Hinterbliebenenversorgung gelesen habe, habe ich gedacht: Das ist ja mal ein Kunststück juristischer Argumentation. Aber das ist ja nicht etwas, was Bürgerinnen und Bürger ohne weiteres verstehen, aber das ist, worum es hier geht. Wenn wir sagen: Diskriminierungsverbote stellen sicher, dass Menschen in der Demokratie überhaupt auf Augenhöhe miteinander sprechen können und eben nicht bestimmten Personengruppen diese Gleichheit abgesprochen wird, dann ist es doch unerlässlich, dass hier erkannte Vulnerabilitäten auch explizit benannt werden. Und das ist jetzt der Constitutional Moment in dem wir hier sind. Das ist meine Auffassung und deswegen glaube ich, dass es wirklich sehr wichtig ist. Denn die praktischen Konsequenzen sind wirklich schon sehr groß, weil es nach wie vor sehr viele gesetzliche Regelungen gibt, die Unterscheidungen machen nach der sexuellen Orientierung der Person. Ich habe jetzt die Freude, wie schon in einer vergangenen Anhörung, eine Frage der AfD zu beantworten. Es ist immer eine ganz besondere Freude für mich und hier möchte ich Ihnen, Herr Jacobi, zunächst einmal sagen, dass selbstverständlich die Schutzaltersvorschriften des Strafgesetzbuches auch für heterosexuelle, homosexuelle oder sonstig geartete Personen gelten. Warum Sie jetzt hier eine Linie zur Pädophilie ziehen, das kann ich mir nur so erklären, dass Sie hier in äußerst bössartiger und infamer Weise eine historisch bekannte Linie von Homosexualität zur Pädophilie ziehen wollen. Wobei die Forschung längst soweit ist, dass sie gezeigt hat, dass der Missbrauch von Minderjährigen selbstverständlich ganz überwiegend von heterosexuellen Personen ausgeübt wird. Schon alleine zahlenmäßig. Und ich glaube, das reicht eigentlich, dass der Stand der Dinge so ist, dass hier das Strafgesetzbuch den ausreichenden Schutz gewährleistet. Vielen Dank.

Abg. **Fabian Jacobi** (AfD): An dieser Stelle darf ich mich gegen die Ansprache der Dame ganz nachdrücklich verwahren.

(Allgemeine Unruhe im Saal.)

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Herr Jacobi, Sie sind nicht dran. Frau Mangold war am Ende.

(Abg. Fabian Jacobi im Hintergrund zu hören: „Beschimpfungen von Sachverständigen sind neu. Dann bin ich hier überflüssig.“)

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Ich hab hier keine Beschimpfung verstanden. Es war vielleicht spitz, aber mehr nicht. Jetzt ist Frau Lembke dran mit den Antworten auf die Fragen von Frau Achelwilm, Frau Schauws und Herrn Jacobi.

(Allgemeine Unruhe im Saal und unverständlicher Zwischenruf des Abg. Fabian Jacobi, während er den Raum verlässt.)

Sve **Prof. Dr. Ulrike Lembke**: Wenn es dann möglich ist, hier wieder zu sprechen? Enthebt mich das jetzt von der Notwendigkeit, die Frage von Herrn Jacobi zu beantworten? Also, ich denke, das enthebt mich von der Notwendigkeit, die Frage zu beantworten. Es erscheint mir irgendwie unsinnig, Fragen zu beantworten, von Menschen, die nicht zuhören. Ich habe mich aber sehr gefreut, dass ich es noch erleben darf, dass ich mit Herrn Wollenschläger und Herrn Wieland gemeinsam des politischen Aktivismus verdächtigt werde.

(Allgemeines Gelächter im Saal, unverständliche Zwischenrufe.)

Ich glaube, darauf kann man heute Abend noch mal das Glas erheben – große Momente. Aber vielleicht noch mal zurück zur Sache. Frau Achelwilm und Frau Schauws, herzlichen Dank für Ihre Fragen, die aus meiner Sicht eng zusammengehören. Deshalb erlauben Sie mir, die auch zusammen zu beantworten. Was ist der große Unterschied, wenn der Schutz nicht nur einfachgesetzlich oder – was ja hier mehrfach und auch schon vor zehn Jahren mehrfach gesagt wurde, obwohl die Rechtsprechung da erst begann – nicht nur durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stattfindet, sondern im Text der Verfassung, durch ein Diskriminierungsverbot in Art. 3 Abs. 3 GG verankert ist? Der Unterschied ist, dass der Gesetzgeber sich selbst beschränkt.



Denn die Grenzen, die der Tätigkeit des Gesetzgebers in Bezug auf die sexuelle Orientierung und Identität gesetzt werden, sind deutlich enger, wenn das Ganze in Art. 3 Abs. 3 GG steht. Das klingt jetzt erst mal sehr abstrakt. Der Gesetzgeber beschränkt sich selbst und entzieht das Thema der freien Verfügung. Lassen Sie mich das etwas konkreter machen. Es ist keine freie politische Verfügungsmasse mehr. Natürlich gibt es auch Grenzen für die Diskriminierungsverbote. Sie müssen in Einklang mit anderen Verfassungsgrundwerten gebracht werden. Aber es ist keine freie politische Verfügungsmasse mehr. Und das heißt zweierlei. Zum einen heißt das: Die Rechtsdurchsetzung für das Diskriminierungsverbot ist nicht mehr den einzelnen – wie hier auch schon Vorredner eben richtig gesagt haben – besonders vulnerablen Personen überlassen. Wir helfen also das Problem, das wir gesamtgesellschaftlich haben – Diskriminierung aufgrund der sexuellen Identität –, nicht direkt den Betroffenen über, die dann individuell nach Rechtsschutz suchen dürfen – im Zweifel bis zum Bundesverfassungsgericht, was sehr lange dauert, sehr kostspielig ist, und vielleicht hat man mit seinem Leben auch noch etwas anderes vor. Das ist das eine. Das andere ist: Stellen Sie sich die Situation einer vielleicht auch relativ jungen Person vor, die in einer Umgebung aufwächst, die aus welchen Gründen auch immer, nicht so sehr viel Toleranz aufweist gegenüber abweichenden sexuellen Identitäten. Das kann ganz unterschiedliche Gründe haben, das kann in Großstädten, wie auf dem Land passieren. Und diese Person weiß, dass sie nicht starkes Herzklopfen bekommen muss, wenn sie die Parteiprogramme liest, und Angst haben muss, dass es jetzt schon wieder losgeht, dass frei darüber diskutiert werden kann, was man darf, was man nicht darf, wie sehr man diskriminiert werden darf, wie schlecht Behörden behandeln dürfen, was in der Öffentlichkeit gesagt werden darf. Sie weiß, sie hat einen starken verfassungsrechtlichen Schutz, auch wenn vielleicht einzelne politische Kräfte diesen infrage stellen, dann bedroht sie das nicht existenziell, weil diese Kräfte sich nicht unmittelbar in Recht umsetzen lassen. Das ist – denke ich – ein Punkt, den man nicht unterschätzen sollte. Es ist viel von Symbolwirkung gesprochen worden, aber diese Symbolwirkung ist nicht eine esoterische, sondern eine, die tatsächlich im unmittelbaren

alltäglichen Leben von Betroffenen ankommt. Dann ist gesagt worden, der Staat würde nicht mehr akut diskriminieren. Da würde ich mich Frau Professorin Mangold anschließen. Wir haben natürlich die offenen Fragen im Familienrecht und die bedürfen einer Lösung. Auch hier: Es wird wieder den Betroffenen übergebürdet, dass sie das jetzt irgendwie auf dem Rechtsprechungsweg lösen sollen. Ich bin Demokratin, das ist für mich keine Lösung. Es ist für mich Aufgabe des Gesetzgebers, dies zu lösen, die Fragen der Diskriminierung aufgrund der sexuellen Identität und die Fragen, was das im Familienrecht bedeutet. Das ist ganz sicher eine Aufgabe des Gesetzgebers und der möge sich die Fragen bitte auch stellen. Zum anderen ist es natürlich so, dass der Staat nicht in der Weise von der Gesellschaft getrennt ist, dass wir jetzt sagen können: Die Diskriminierung findet in der Gesellschaft statt und der Staat selbst macht es ja nicht mehr, jedenfalls nicht zielgerichtet und akut außerhalb des Familienrechts. Denn auch in staatlichen Institutionen sitzen ja Menschen, die Teil dieser Gesellschaft sind, in ihr leben und agieren. Und für die hat das natürlich auch eine wesentliche Signalwirkung. Das gilt ganz besonders für Schulen, die hier ja schon angesprochen wurden und die Frage, was wird in einer Schule an homophober oder transphober Hassrede, an „lustigen“ Beschimpfungen toleriert und was herrschen für Vorstellungen, wer besser und wer schlechter ist. Aber auch die Frage natürlich, was in verschiedenen Unterrichtsfächern in der Schule vermittelt wird. Welche Vorstellung von demokratischem Rechtsstaat und einer Gesellschaft von freien und gleichen Menschen haben wir da? Aber auch in Behörden, bei der Polizei, bei der Bundeswehr macht es einen Unterschied, ob ich jetzt der Polizei, wenn ich ein Problem habe, zum Beispiel im öffentlichen Raum, weil ich vielleicht betroffen bin von Diskriminierung aufgrund der sexuellen Identität, mühsam erkläre, was das Bundesverfassungsgericht in exzellenter dogmatischer Arbeit zu Art. 3 Abs. 1 GG ausgeführt hat, oder ob ich vielleicht sagen kann, das steht übrigens in der Verfassung, ich habe hier mal ein Grundgesetz dabei. Das ist dann auch Teil der Ausbildung der Polizei und von Behördenmitarbeitenden. Das sollten wir alles nicht unterschätzen. Das hat für die Betroffenen unmittelbare Auswirkungen im Alltag. Vielen Dank.



Der stellvertretende **Vorsitzende**: Frau Lembke, Sie haben jetzt zu der Frage von Herrn Jacobi nichts gesagt. Ich wollte nur darauf hinweisen, dass wir das durchaus öfters haben, dass Abgeordnete den Raum verlassen müssen, auch zu anderen Sitzungen gehen und das dann nachlesen. Außerdem sind die Mitarbeiter – wenn ich das richtig sehe – noch da. Ich gebe Ihnen also die Gelegenheit, wenn Sie wollen, auch insoweit noch zu antworten.

Sve **Prof. Dr. Ulrike Lembke**: Ich glaube, da hat meine Kollegin, Professorin Mangold, schon das Wesentliche gesagt. Und im Übrigen darf ich sagen, da wir ja hier des politischen Aktivismus bezichtigt wurden, weil vielleicht die juristische Kompetenz nicht für jeden unmittelbar erkennbar ist, dass ich volles Vertrauen in die Rechtsanwenderinnen und Rechtsanwender habe, dass sie natürlich zu den richtigen Ergebnissen kommen werden und dazu brauchen sie – glaube ich – nicht unsere detaillierte Anweisung, weil es auf der Hand liegt. Vielen Dank.

Der stellvertretende **Vorsitzende**: Vielen Dank. Als Nächster hat das Wort Herr Hochrein mit den Antworten auf die Fragen von Herrn Luczak und Frau Schauws.

SV **Axel Hochrein**: Danke, Herr Luczak, für die Frage. Bei der ganzen juristischen Debatte – und ich bin kein Jurist – ist schon auch der Hintergrund nicht aus den Augen zu verlieren, dass auch die heutige Community von einer langen – bewusst oder unbewusst – Verfolgungs- und Diskriminierungsgeschichte geprägt ist, entweder strafverfolgt zu werden oder sich verstecken zu müssen, wie während des Höhepunktes der Diskriminierungsgeschichte in der NS-Zeit. Jährlich finden auch am Tag vor dem CSD (Christopher Street Day) am Denkmal für die im Nationalsozialismus verfolgten Homosexuellen hier in Berlin Veranstaltungen statt. Aber das gilt nicht nur in die Vergangenheit gerichtet. Denn in diesem Staat, in dem wir jetzt leben, wurde ja lange Zeit, bis 1969, noch eine NS-Gesetzgebung weitergeführt. Und das hat ganz konkrete Auswirkungen. Ich habe die Rehabilitierung der nach § 175 StGB Verfolgten oder Verurteilten angesprochen – wenn wir da eine sehr geringe Rückmeldung haben, dann hat das auch damit zu tun, dass da eine ganze Generation von schwulen Männern traumatisiert worden ist, in dem Wissen,

dass dieser demokratische Staat sie nicht geschützt hat und in dem Glauben, das es besser ist, sich eigentlich nicht zu äußern oder nach außen zu zeigen. Und für die junge oder aktuelle Community gehen natürlich schon seit Jahren die Alarmglocken an, wenn wir sehen, was an nicht mehr vorstellbaren Gesetzentwürfen eingebracht wird, mit denen erkämpfte Rechte wieder zurückgedreht werden sollen, und dass in deutschen Parlamenten wieder Kraftausdrücke gegen oder Schmähungen von Homosexuellen stattfinden. Das prägt natürlich das Bewusstsein. Daher auch das Verlangen, dass ein Zeichen von diesem Staat kommt, endlich und endgültig dieser langen Forderung nachzugeben und diese Ergänzung in das Grundgesetz hineinzuschreiben, was ein gewisses Sicherheitsgefühl geben würde. Große Auswirkung hätte dies – ich habe es genannt, Professor Wieland und die anderen Sachverständigen haben es auch angesprochen – natürlich im Bildungsbereich. Die „schwule Sau“ auf dem Schulhof ist immer noch eines der am häufigsten verwendeten Schimpfwörter. Und natürlich macht es wirklich etwas aus – Professorin Lembke hat es gerade gesagt –, ob im Sozialunterricht die Grundwerte Art. 3 Abs. 3 GG vorgelesen werden und da steht etwas von sexueller Identität und der Lehrer oder die Lehrerin erklärt, worum es geht. Zu meinen, da erfolgt ein Hinweis auf das Bundesverfassungsgericht und seine Rechtsprechung ist lebensfremd. Das findet nicht statt. Es muss sichtbar, es muss dokumentiert sein. Unser Verband arbeitet ja auch mit Migrationsverbänden – dazu auch hier zwei Bilder. Einmal, den Menschen, die aus anderen Kulturen und Traditionen in unser Land kommen, Migrationshintergrund haben, klar und deutlich in der Verfassung zu zeigen: Hier, das ist unser Wertesystem. Schwule, Lesben und Bisexuelle sind bei uns geschützt. Aber auch den Geflüchteten, die kommen, das Gefühl zu geben: „Hier gibt es eine Verfassung, einen staatlichen Schutz vor denen, die Dich früher verfolgt haben, in unserem Land ist das anders.“ ist wichtig. Es ist ein Erlebnis, dass die sich das oft gar nicht trauen zu sagen, weil sie natürlich aus ihrer Heimat das ganz anders kennen. Also das wäre eine ganz direkte Auswirkung. Und zur Frage von Frau Schauws: Ja, wir haben auch im Verband eine lange Orientierung an dem Begriff der sexuellen Identität. Letztendlich hat sich doch in den



letzten 30 Jahren – ich glaube begonnen 1992 mit der Landesverfassung in Brandenburg – der Begriff der sexuellen Identität – bis auf Thüringen – in den Landesverfassungen durchgesetzt. Der Begriff sexuelle Identität hat sich insofern etabliert, als dass er im allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz von 2006 er verwandt wird, aber auch in den einfachgesetzlichen Regelungen, im Betriebsverfassungsgesetz zum Beispiel. Und uns als Verband – wir machen ja auch viel Rechtsberatung – ist es eigentlich nicht bekannt, dass es da zu Anwendungsproblemen oder Auslegungsschwierigkeiten gekommen ist. Im Gegenteil: Wir sind eigentlich der Meinung, es könnte vielleicht zu solchen Schwierigkeiten kommen, wenn wir diesen jetzt seit 30 Jahren verwandten Begriff im Grundgesetz durch eine andere Terminologie ersetzen. Und deshalb plädieren wir dafür, dass wir den Begriff der sexuellen Identität, wie im Gesetzentwurf vorgeschlagen, auch im Grundgesetz übernehmen.

Der stellvertretende **Vorsitzende**: Vielen Dank. Als Nächste und Letzte hat das Wort Frau Boysen mit den Antworten auf die Fragen von Herrn Luczak und Herrn Ullrich.

SVe **Prof. Dr. Sigrid Boysen**: Vielen Dank für die Fragen. Es ist jetzt schon einiges gesagt worden. Also, gerade von Herr Hochrein zur Frage von Sichtbarkeit und Integration, auch zu den Funktionen einer Verfassung gegenüber einer einfachgesetzlichen Norm. Ich würde vielleicht noch kurz auf die Bundesverfassungsgerichtsrechtsprechung eingehen, auf die wir ja immer in Bezug nehmen. Also, wir sagen: „Ok, sexuelle Identität ist jetzt schon lange durch verfassungsgerichtliche Rechtsprechung als Gleichheitsproblem gefasst, momentan unter Art. 3 Abs. 1 GG.“ Aber, Herr Wollenschläger hat das so ein bisschen auseinandergetüftelt, was es da für unterschiedliche dogmatische Maßstäbe gibt. Sagen wir mal, das ist geschützt, dann bleibt es ja gleichwohl so auch ein spezifisches deutsches Ding, immer zu sagen: Ja, wir haben uns einfach daran gewöhnt, das Bundesverfassungsgericht so quasi legislativ agieren zu lassen und freuen uns

(Gelächter im Saal.)

Der stellvertretende **Vorsitzende**: Ich will der guten Ordnung halber klarstellen, deshalb sitzen wir hier zusammen.

(Unverständliche Zwischengespräche.)

SVe **Prof. Dr. Sigrid Boysen**: Ja, Sie hoffentlich nicht, aber sagen wir mal so, das ist meine Beobachtung aus dem akademischen Bereich, dass es da schon eine relativ große Gewöhnung gibt, dass das Bundesverfassungsgericht dafür zuständig ist, gesellschaftliche Konflikte in sehr langen und ausdifferenzierten Entscheidungen irgendwie aufzulösen. Und da würde ich dann doch sagen: Das ist ja nicht, wie es vorgesehen ist, und ich würde das auch nicht als störungsfrei beschreiben, weil Sie das zum einen – da komme ich ja gleich noch darauf – an den Begrifflichkeiten sehen können, die mäandern zwischen dem Zweiten und dem Ersten Senat immer so ein bisschen hin und her. Und auch im Ersten Senat ist da nicht immer eine einheitliche Linie zu sehen. Das hängt zum Teil an Personen. Aber wir wissen, Personen gehen und werden durch andere ersetzt. Also, das ist schon durchaus ein wackeliges Konstrukt an manchen Stellen. Und gestatten Sie mir jetzt als Europarechtlerin auch noch den Hinweis, dass wir natürlich auch eine gewisse Bequemlichkeit an den Tag legen, wenn wir sagen: OK, Verfassungsentwicklungen wie in Ungarn oder Polen kommen für uns nicht in Betracht. Auch mit Blick darauf ist natürlich die Verfassung an der Stelle einfach die richtige Stelle, so was zu regeln. Ein letzter Punkt zum Bundesverfassungsgericht. Es gibt auch viele Bereiche, von denen ich nicht weiß, ob ich mit der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung jetzt so mitgehen würde. Ich meine – weil das jetzt mehrfach in Bezug genommen worden ist – die Frage, ob sexualisierte Beschimpfungen unter die Meinungsfreiheit fallen oder nicht. Und auch da spielt es – glaube ich – eine Rolle, wenn der verfassungsändernde Gesetzgeber bestimmte Sachen klarstellt, etwa dass das eben nicht alles zur Disposition der Auslegung durch einzelne Senate oder vielleicht sogar Berichterstatter steht. Herr Ullrich, Sie hatten nach den Begrifflichkeiten gefragt. In der Tat hadere ich offensichtlich mehr als andere mit den Begriffen. Internationalrechtlich hat sich die Terminologie sexuelle Orientierung als Ausrichtung für die relationale Ebene von Hetero-, Homo- oder Bisexualität, dagegen geschlechtliche Identität als individuelle Ebene des Geschlechts durchgesetzt. In Deutschland – das würde ich auch so sehen – hat sich jetzt über eine längere



Zeit sexuelle Identität etabliert. Der Begriff hat ursprünglich diese beiden Dimensionen verklammert, soll sie jetzt aber nach diesem Entwurf nicht mehr verklammern. Damit bin ich systematisch total einverstanden. Also, das finde ich systematisch richtig, habe dann aber langsam einen kleinen Drehwurm, weil ich jetzt nicht mehr weiß, ob diesen Move alle mitvollzogen haben. Wir sind quer zur internationalen Terminologie, haben eine deutsche Terminologie etabliert, wollen die jetzt aber aufspalten in einer Weise, die ich für dogmatisch richtig halte. Die geschlechtliche Identität unter das Merkmal Geschlecht zu subsumieren, finde ich explizit richtig. Das ist nicht meine Sache, das zu entscheiden. Ich kann und ich würde jetzt auch mit Herrn Wieland sagen: Die Wahrscheinlichkeit, dass daraus jetzt größere Verfassungsauslegungskatastrophen resultieren, würde ich jetzt auch nicht als groß einschätzen. Aber, sagen wir mal, das ist schon etwas, was mich sofort anspringt und wo ich denke: Ha, das ist vielleicht irgendwie ein Auslegungsscharmützel, das man sich auch sparen könnte. Vielen Dank.

Der stellvertretende **Vorsitzende**: Vielen Dank. Damit sind wir am Ende der ersten Beantwortungsrunde. In der zweiten Fragerunde habe ich eine weitere Frage von Herrn Brandenburg. Ist das richtig?

Abg. **Dr. Jens Brandenburg** (FDP): Ja, ich hätte zwei Fragen an Frau Boysen: Beide Fragen noch mal zur Definition, damit haben Sie sich ja in der Tat explizit auseinandergesetzt. Zum einen würde ich den Punkt von Herrn Jacobi doch noch mal aufgreifen, einfach weil es mir wichtig ist, dass wir im Protokoll auch noch mal eine klare rechtliche Stellungnahme dazu haben. Herr Jacobi hat den Satz mit der Definition von sexueller Identität laut unserem Gesetzentwurf ja nur bis zur Hälfte gelesen und zitiert und nicht bis zum Ende. Es heißt nämlich: „Das Merkmal der sexuellen Identität im Sinne des Grundgesetzes umfasst ein andauerndes Muster emotionaler, romantischer oder sexueller Anziehung zu“ und ich zitiere weiter „Personen eines bestimmten oder verschiedener Geschlechter.“ Wie schätzen Sie – vor dem Hintergrund, dass diese Definition im Entwurf so gefasst ist – das Risiko ein, dass das in der Rechtsauslegung des Bundesverfassungsgericht oder anderer Gerichte oder in der

praktischen Anwendung dessen nicht als Pan- oder Asexualität, sondern als Pädophilie oder sonstige Dinge verstanden werden kann, die hiermit nicht beabsichtigt sind. Und die zweite Frage, ebenfalls an Sie, noch mal zur Definition: Das zieht sich ja ein bisschen durch mehrere Stellungnahmen hindurch und ich sage auch sehr deutlich, dass wir sowohl Pan- als und Asexualität vor Diskriminierung schützen wollen, als auch Trans- und Intergeschlechtlichkeit. Also das setze ich mal als Grundkonsens, als Basis voraus. Deshalb war unsere Überlegung, zu sagen, wir nehmen den Begriff der sexuellen Identität, der vielleicht auch im Vergleich zur Orientierung noch mal stärker ist. Was beispielsweise auch das öffentliche Tragen von Regenbogenflaggen angeht, da könnte das einen Unterschied machen. Aber das will ich jetzt gar nicht so in den Fokus stellen. Und andererseits machen wir in der Begründung des Gesetzentwurfes unmissverständlich – auch nachlesbar für künftige Bundesverfassungsgerichte – klar, dass nach Auffassung des Verfassungsgesetzgebers ausdrücklich das Merkmal Geschlecht, das, was wir unter geschlechtlicher Identität verstehen, umfasst. Das war unsere Überlegung und dazu hätte ich jetzt gerne Ihre rechtliche Einschätzung, inwiefern diese Klarstellung in der Gesetzesbegründung tatsächlich auch eine Stütze für künftige Bundesverfassungsgerichte ist, das so auszulegen, oder ob das in der Auslegung eher irrelevant ist.

Der stellvertretende **Vorsitzende**: Vielen Dank. Frau Akbulut als Nächste.

Abg. **Gökay Akbulut** (DIE LINKE.): Vielen Dank auch für Ihre Beiträge. Ich habe eine Frage an Frau Dr. Follmar-Otto. Können Sie uns vielleicht Beispiele aus anderen Ländern nennen, in denen entsprechende verfassungsrechtliche Reformen durchgeführt worden sind – also Beispiele aus anderen europäischen Staaten? Vielleicht können Sie uns hierfür positive Beispiele nennen?

Der stellvertretende **Vorsitzende**: Vielen Dank. Als letzte Frau Schauws noch mal.

Abg. **Ulle Schauws** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Ich würde gerne an dieser Stelle, wo Frau Professorin Boysen gerade noch mal über die Begrifflichkeit gesprochen hat, eine Anmerkung machen und dann auch noch mal eine Frage an die beiden Frauen Professorin Mangold und



Professorin Lembke stellen. Bei der – der Kollege Brandenburg hat es gerade gesagt – Abwägung, welche Begrifflichkeit wir in diesen Gesetzentwurf nehmen, war es nicht nur so, dass es hier im Sinne eines sogenannten Constitutional Moment, als kleinster gemeinsamer Nenner bezeichnet werden kann, denn es ist dem Gesetzentwurf schon auch eine breitere Diskussion vorausgegangen. Wir haben uns hier eben auch mit den Trans-/Interverbänden getroffen, um uns einfach auch noch mal genau abzustimmen in dieser Frage, die Herr Hochrein ja auch gerade noch mal dargestellt hat, mit denjenigen, die hier ganz besonders betroffen sind – also, den Vertretern und Vertreterinnen dieser Gruppen. So, und jetzt würde ich einfach gerne noch mal, dass was Sie am Ende gesagt haben, von Ihnen beiden beantwortet haben wollen: Wäre es denn tatsächlich schwierig, wenn man einen Begriff, also quasi drei Worte und nicht mehr, in eine Verfassung schreiben würde – auch vor dem Hintergrund, dass wir ja auch die Verfassung nicht aufblähen wollen, sondern dass es um Lesbarkeit und Klarheit und um Erkennbarkeit geht? Also, tatsächlich noch mal die Frage: Ist es juristisch geboten, das anders zu machen, oder ist vor dem Hintergrund dessen, was ich gerade gesagt habe, die Begrifflichkeit der sexuellen Identität – wie sie seit 30 Jahren in Deutschland auch diskutiert und akzeptiert ist – nicht doch möglich?

Der stellvertretende **Vorsitzende**: Vielen Dank. Damit sind wir – was die Fragen angeht – am Ende. Zwei Fragen von Herrn Brandenburg und eine von Frau Schauws wurden an Frau Boysen gerichtet.

SVe **Prof. Dr. Sigrid Boysen**: Vielen Dank, Herr Brandenburg, für die Frage. Also, zu der Pädophilie, da kann ich mich nur anschließen. Ich sehe da überhaupt gar keine Verbindung. Das ist einfach die Frage, inwiefern strafrechtlich relevante Handlungen in solche Kategorien gefasst worden sind. Es gibt irgendwie keine Empirie. Es gibt nichts, was das irgendwie nahe legt. Insofern finde ich die Definition insoweit völlig unproblematisch und kann mir das letztlich auch nicht gutartig erklären, wie man diese Verbindung überhaupt ziehen kann. Die Frage, was das für eine Bedeutung hat, wenn sich der Gesetzentwurf explizit auch auf das Geschlecht bezieht: Das hat natürlich eine Bedeutung, weil wir sehen, dass

das Bundesverfassungsgericht sich in jüngeren Entscheidungen auf die Deliberation und die Begründung des Bundestages immer wieder bezogen und gesagt hat: Wir gehen hier nicht gegen den Willen des verfassungsändernden Gesetzgebers vor, weil der ja selbst gesagt hat, dass wir deshalb nichts verändern, weil es schon längst irgendwie geregelt ist und reine Symbolpolitik ist. Diese Zitate finden sich in mehreren bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen. Also, insofern sehen Sie, dass das Gericht das durchaus mit Aufmerksamkeit verfolgt, diese Begründungen liest und das damit sicherlich auch zum Bestandteil des Rechts wird. Das bleibt natürlich dann auf der Ebene, wo es angesiedelt ist. Also, das hat natürlich dann keinen Verfassungsrang. Aber das ist auf jeden Fall so, dass das in der bisherigen Rechtsprechung des Gerichts schon Bedeutung entfaltet hat.

Der stellvertretende **Vorsitzende**: Vielen Dank. Als Nächste hat Frau Follmar-Otto das Wort mit der Antwort auf die Frage von Frau Akbulut.

SVe **Petra Follmar-Otto**: Vielen Dank. Ich kann Ihnen jetzt nicht aus dem Stegreif einen vollen Überblick geben. Ein Beispiel eines europäischen Nachbarlandes ist Schweden, das das Merkmal aufgenommen hat. Ich würde auch gerne noch mal Bezug nehmen auf die EU-Grundrechtecharta, die ja eben auch sexuelle Orientierung als Merkmal aufgenommen hat, und würde auch gerne nochmal darauf abheben, dass es natürlich ein sich entwickelndes Bewusstsein für Unrechtserfahrungen und Ausschlüsse ist, das zur Erweiterung von Antidiskriminierungsklauseln führt, wie es auch beim Merkmal Behinderung war. Hier hat man erkannt, dass Ausschlüsse von Menschen mit Behinderungen nicht Ergebnisse eines persönlichen Schicksals sind, sondern gesellschaftliche Diskriminierung. Und genauso hat es sich eben auch für das Thema sexuelle Orientierung vollzogen. Wo das Thema, wo dieser Bewusstseinswandel oder das Entstehen dieses Bewusstseins noch am jüngsten ist, ist tatsächlich bei trans- und intergeschlechtlichen Menschen. Und deswegen auch noch mal mein Plädoyer, zu überlegen, ob man es nicht parallel zu den ganzen Argumenten, die richtigerweise vorgebracht wurden, dass man es ja beim Bundesverfassungsgericht nachlesen kann, dass sexuelle Orientierung einen vergleichbaren Schutz genießt,



wie die Merkmale in Art. 3 Abs. 3 GG, auch explizit in den Verfassungstext übernehmen sollte, dass Geschlechtsidentität und Entwicklung der körperlichen Geschlechtsmerkmale mit vom Geschlecht umfasst sind. Und die Istanbul-Konvention des Europarats, die ich vorhin erwähnt habe, ist das erste rechtsverbindliche menschenrechtliche Dokument, das neben sexueller Orientierung explizit auch die Geschlechtsidentität aufgenommen hat. Also, das ist tatsächlich auch eine Rechtsentwicklung, die sich da vollzieht. Und ganz als Allerletztes wollte ich gerne noch etwas sagen zu dem Thema Signal- und Symbolwirkungen, über das wir heute schon viel gesprochen haben. Ich würde gerne einfach noch mal die Perspektive umdrehen und fragen: Welches Signal geht eigentlich davon aus, wenn dieser Antrag jetzt abgelehnt wird?

Der stellvertretende **Vorsitzende**: Vielen Dank. Sodann Frau Lembke mit der Antwort auf die Frage von Frau Schauws.

SVe **Prof. Dr. Ulrike Lembke**: Also, mir geht es persönlich relativ ähnlich, wie Frau Professorin Boysen, dass ich denke, Geschlechtsidentität ist unter Geschlecht gut aufgehoben. Das ich gleichzeitig aber auch in dem internationalen rechtlichen Kontext – dem ich mich auch verbunden fühle – natürlich zu sehen. Die „SOGI-Rechte“, also sexuelle Orientierung und Geschlechtsidentität, sind ein stehender Terminus, der sich zunehmend durchsetzt in verschiedenen Bereichen. Frau Follmar-Otto hat es ja auch gerade noch mal dargelegt, wie sich das entwickelt, so dass das natürlich auch jetzt sicherlich keine Formulierung ist, die mir nicht persönlich naheliegen würde. Das war aber nicht die Frage, sondern die Frage war, ob eine andere Formulierung verfassungsrechtlich geboten ist. Und das sehe ich nicht. Wie gesagt, sexuelle Identität, das ist ein deutscher Sonderweg, da gibt es ja manche. Manche gehen gut, manche gehen nicht so gut. In diesem Fall ist es eben so, dass in Deutschland schon sehr früh, 1992 mit der Verfassung Brandenburg, 1993 dann in den Debatten der Verfassungskommission, der Begriff der sexuellen Identität eben der war, über den diskutiert wurde. Es ist auch der, zu dem wir inzwischen doch einen gewissen Bestand an Rechtsprechung haben, was das allgemeine Gleichbehandlungsgesetz angeht – bis hoch zum

Bundesarbeitsgericht, das in den letzten zehn Jahren mit diesem Begriff gut gearbeitet hat. Sprich, von einer pragmatischen Warte aus, mit der Befürchtung, dass vielleicht weiter bestehende inhaltliche Vorbehalte ohne Weiteres in terminologische Vorbehalte verpackt werden können, würde ich sagen: Nein, es ist verfassungsrechtlich nicht geboten, einen anderen Begriff zu wählen. Es ist auch pragmatisch nicht notwendig. Man mag andere Begriffe aus verschiedenen guten Gründen für besser halten, aber es wäre sehr bedauerlich, wenn solche Diskussionen jetzt dazu führten, dass man vom eigentlichen Inhalt des Themas wegkommt. Ob es dann letzten Endes der Begriff ist, ist – denke ich – nicht so entscheidend wie die Frage, dass es überhaupt geregelt wird in Art. 3 Abs. 3 GG.

Der stellvertretende **Vorsitzende**: Vielen Dank. Und als Letzte Frau Mangold mit der Antwort auf die Frage von Frau Schauws.

SVe **Prof. Dr. Anna Katharina Mangold**: Vielen Dank für die Frage. Das gibt mir die Gelegenheit, das noch einmal klar zu stellen. Mein Problem ist nicht, dass der Begriff sexuelle Identität gewählt wird. Mein Problem ist, dass der Entwurf eine einengende Auslegung dieses etablierten Begriffes vorsieht, da nämlich trans- und intergeschlechtliche Personen nicht darunter gefasst werden sollen, obwohl sich das inzwischen etabliert hat. Wenn also der Gesetzentwurf auf diese Einschränkung einfach verzichten würde, wären alle meine Einwände hinfällig. Warum habe ich das aber doch noch einmal explizit gemacht? Weil ich eben nicht verstehen kann, warum diese Gelegenheit nicht genutzt wird, um gewissermaßen zwei andere sehr vulnerable Personengruppen auch mit zu schützen. Wenn im Gesetzentwurf gesagt wird, dass die ja schon unter Geschlecht geschützt werden, ist das richtig für die dritte Option, für Intergeschlechtliche hat es das Bundesverfassungsgericht gesagt, aber es ist nicht richtig für Transpersonen. Denn bislang hat das Bundesverfassungsgericht das Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts nicht herangezogen, um die fortbestehende, wirklich erschütternde Ungleichbehandlung von transgeschlechtlichen Personen justiziabel zu machen. Im Gegenteil, nur eine Woche nach der Entscheidung zur dritten Option, hat das Bundesverfassungsgericht sich nicht etwa eingelassen auf das Verbot der



Geschlechtsdiskriminierung, sondern hat die psychologischen Gutachtenerfordernisse in einer Kammerentscheidung aufrechterhalten. Und ich glaube, hier sehen wir, dass es eben nicht ausreicht. Und selbst wenn es so wäre, dass man das irgendwie in Geschlecht reinquetschen kann. Wenn wir solche Erfahrungen haben, dass eben das vorhandene Material nicht genutzt wird, sondern Rechtsschutz unter der Verfassung verwehrt wird, warum dann nicht einfach „doppelt genäht hält besser“ sagen: Wir nehmen sexuelle Identität, aber wir meinen eben damit alles? Das wäre eigentlich mein Petitum.

Der stellvertretende **Vorsitzende**: Vielen Dank. Jetzt habe ich für die dritte Fragerunde noch eine Frage oder zwei Fragen von Herrn Brandenburg.

Abg. **Dr. Jens Brandenburg** (FDP): Diesmal tatsächlich eine Frage an Frau Mangold, die direkt zur Antwort passt, die Sie gegeben haben, weil wir natürlich im Vorfeld auch beim Erstellen dieses Entwurfs unter anderem – wie Frau Schauws ja eben erwähnt hat – auch mit vielen Ansprechpartnern und -partnerinnen der Transcommunity ausführlich gesprochen haben. Wir haben ja eben mehrfach gehört, so eine Verfassung soll auch leicht verständlich sein. Nicht nur für die Gerichte, sondern so, dass jeder das versteht. Und eine sehr klare Rückmeldung aus der Community war: Sexuelle Identität, das sind wir nicht. Trans- und Intergeschlechtlichkeit sei keine sexuelle Frage, sondern eine geschlechtliche Frage. Und das ist ja tatsächlich nicht von der Hand zu weisen. Frau Boysen hat ja in eine ähnliche Richtung argumentiert. Wir wissen also, dass sich diese Menschen zu einem sehr großen Teil von dem Begriff sexuelle Identität nicht angesprochen fühlen. Und Sie haben ja jetzt vorgeschlagen, zu schreiben, sexuelle Identität und Orientierung. Was machen wir dann, wenn das da drin steht? Dann ist ja die erste Frage, die sich stellt: Was ist denn der Unterschied zwischen sexueller Identität und sexueller Orientierung? Für diejenigen, die – wie wir – sagen: „Na ja, das ist im Prinzip dasselbe.“, müsste ein Begriff ausreichen. Es gibt alternative Vorschläge, zu sagen, „Lasst uns doch reinschreiben geschlechtliche Identität“, dann steht im Grundgesetz drin: „[...] nicht diskriminiert werden nach seinem Geschlecht, seiner geschlechtlichen Identität [...]“. Die erste

Frage im Schulunterricht ist: „Was ist der Unterschied zwischen Geschlecht und geschlechtlicher Identität? Dann ist die Antwort: Da gibt es keinen Unterschied. Also das Problem, das ich so ein Stückweit sehe, ist: Bei allen Varianten, die bisher auf dem Tisch liegen, tun sich bei der Erklärung des Grundgesetzes außerhalb des Rechtsdiskurses so viele Fragen auf, die wir eigentlich nicht beantworten können. Das Ziel müsste aber doch eigentlich sein, klipp und klar festzustellen, dass das Merkmal Geschlecht, so wie das Bundesverfassungsgericht es hier auslegt, solche Dinge mit umfasst. Wir können das beim Thema Transgeschlechtlichkeit gerne noch klarer als ohnehin schon fassen. In der Begründung – wie gesagt – haben wir das hier getan. Und beim Begriff sexuelle Orientierung, auch wenn ich den zweitrangig sehe, zweite Präferenz, würde für mich das Gleiche zutreffen – da sind eben diese Fragen der sexuellen Identität geklärt. Von daher noch mal zurückspiegelnd an Sie die Frage: Wie gehen wir damit um? Wir haben ja aus den Reihen der Sachverständigen jetzt durchaus höchst unterschiedliche Vorschläge bekommen, die sich auch miteinander nicht vereinbaren lassen, bis hin zum Vorschlag: Lasst uns doch dann lieber den Abs. 2 in Art. 3 GG ändern.

Der stellvertretende **Vorsitzende**: Frau Mangold.

SVe **Prof. Dr. Anna Katharina Mangold**: Vielen Dank für die Frage. Das sind natürlich schwierige Probleme. Aber woher kommen solche Ergänzungen, solche Erklärungen? Die kommen ja aus einer bestimmten Erfahrung. Und es gibt eine Erfahrung, dass diese Diskriminierung, die die Menschen erfahren, eben erst nach einer Weile sichtbar wird. Und warum wird die erst sichtbar? Natürlich können wir sagen: Geschlecht, das umfasst alles. Bevor das Bundesverfassungsgericht anfang, die sexuelle Orientierung unter Art. 3 Abs. 1 GG zu fassen, hätte ich persönlich gesagt: Das passt unter Geschlecht. Die Kollegin Laura Adamietz hat in ihrer glänzenden Dissertation „Geschlecht als Erwartung“ 2011 auch so argumentiert. Es hätte durchaus Vorbereitungen gegeben. Man hätte daran anschließen können. Das Bundesverfassungsgericht hat das nicht gemacht. Der US-Supreme-Court hat das viel naheliegender so gesehen und gesagt: Das liegt doch am Geschlecht, ob Tom



Mary Sue oder Tom Mary John, das war die Frage, die dort gestellt wurde, das liegt doch nur am Geschlecht. Aber trotzdem reden wir jetzt darüber, dass wir hier sexuelle Orientierung oder sexuelle Identität einführen. Nach ihrer Argumentation bräuchten wir das ja nicht. Es gibt ja eine ingeniöse Interpretation des Merkmals Geschlecht, bei der das schon sichtbar würde. Aber das wird es eben nicht. Und das Gleiche gilt – aus meiner Sicht – für geschlechtliche Identität. So kann man es natürlich auch nennen, um noch einmal zu verdeutlichen, dass hier etwas im Geschlecht angelegt ist, aber eben nicht sichtbar gemacht wird, weil wir ganz lange eine herrschende Auffassung von Geschlechtlichkeit hatten, die es ausgeschlossen hat, Trans- und auch Intergeschlechtlichkeit überhaupt sichtbar zu machen. Und dasselbe Argument, das Sie mir gerade erwidert haben, dass wir das ja nicht brauchen, weil das ja schon im Geschlecht drin ist, könnte man verwenden und sagen: Warum brauchen wir dann sexuelle Orientierung? Oder in einem eng verstandenen Sinne sexuelle Identität, wie es hier im Gesetzentwurf heißt? Es geht hier darum, besonders vulnerable Personengruppen zu schützen und das explizit zu machen. Und das Bundesverfassungsgericht hat – das hat die Kollegin Boysen auch schon gesagt – an

verschiedenen Stellen auf die Entscheidung vor zehn Jahren Bezug genommen, dass eine Ergänzung gerade nicht stattfindet. Dazu muss sich ein Verfassungsgericht verhalten. Und das war auch einer der Gründe, warum dieser Weg über Art. 3 Abs. 1 GG gewählt werden musste. Weil es eine verfassungsgebende Entscheidung war, das nicht aufzunehmen in die Diskriminierungsverbote. Also, es passiert etwas in der Verfassungswirklichkeit, wenn sich die verfassungsgebenden Organe, die verfassungsändernden Organe, in einer bestimmten Weise verhalten und entscheiden. Und deswegen möchte ich auch noch mal unterstreichen, was Frau Follmer-Otto gerade eben gesagt hat: Was wäre es für ein Signal, in dieser Situation nicht zu einer Einigung zu kommen?

Der stellvertretende **Vorsitzende**: Vielen Dank. Weitere Wortmeldungen sehe ich nicht. Dann sind wir am Ende dieser Anhörung. Ich danke Ihnen herzlich für Ihre Expertise, danke den Kolleginnen und Kollegen für die vielen Fragen, den Zuhörern für das Interesse. Ich schließe die Sitzung. Vielen Dank.

Schluss der Sitzung: 15:44 Uhr

Dr. Heribert Hirte, MdB
Stellvertretender Vorsitzender



Anlagen: Stellungnahmen der Sachverständigen

Prof. Dr. Sigrid Boysen	Seite 30
Dr. Petra Follmar-Otto	Seite 36
Axel Hochrein	Seite 45
Prof. Dr. Ulrike Lembke	Seite 51
Prof. Dr. Anna Katharina Mangold, LL.M. (Cambridge)	Seite 60
Prof. Dr. Joachim Wieland	Seite 64
Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger	Seite 66

Stellungnahme

zur Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Änderung des Artikels 3 Absatz 3 – Einfügung des Merkmals sexuelle Identität)

I. Symbolpolitik?

Der Gesetzesentwurf schlägt vor, im Grundgesetz ausdrücklich die Diskriminierung wegen sexueller Identität zu verbieten. Umgesetzt werden soll dieses Vorhaben durch die Einfügung des Merkmals „sexuelle Identität“ in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG.

Die Einfügung des Merkmals „sexuelle Identität“ in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG ist seit langem auf der verfassungspolitischen Agenda. Zuletzt ist ein entsprechendes Vorhaben mit der Ablehnung von Gesetzentwürfen der SPD-Fraktion (BT-Drs. 17/254), der Fraktion Die Linke (BT-Drs. 17/472) und der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen (BT-Drs. 17/88) zur Änderung des Grundgesetzes im Jahr 2010 gescheitert. Während Übereinstimmung darüber bestand, dass das Merkmal der sexuellen Identität einen klassischen Diskriminierungsgrund bezeichnet, der aufgrund der nationalsozialistischen Verfolgungsgeschichte hervorgehobene Bedeutung beanspruchen kann, wurden gegen eine Änderung des Grundgesetzes verschiedene Erwägungen angeführt. Hierzu gehörte insbesondere der Einwand, es handle sich nunmehr (d.h. im Jahr 2010) nur noch um „Schaufenster- und Symbolpolitik“, da das bestehende Europa- und Verfassungsrecht bereits einen wirksamen Schutz vor Diskriminierung wegen der sexuellen Identität gewährleiste.

Unabhängig davon, wie man zur Frage der Erforderlichkeit einer Grundgesetzänderung im Falle der Diskriminierung aufgrund sexueller Identität steht, ist vorab zu bemerken, dass jedenfalls das Argument, es handle sich angesichts der gefestigten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Merkmalen „sexueller Orientierung“ und „sexueller Identität“ um „reine Symbolpolitik“, nicht zu überzeugen vermag. Die Aufnahme eines zusätzlichen Diskriminierungsmerkmals in den Verfassungstext ist ihrem Wesen nach nie nur „Symbol“, sondern immer mit Vorrang ausgestattetes geltendes Recht. Auch wenn das Diskriminierungsverbot funktional bereits in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung anerkannt ist, so kommt ihm durch die Aufnahme in die Verfassung jedenfalls auch Appellcharakter zu. In diesem Sinne sind alle Grundrechtsnormen auch symbolisch.

Dass die Norm – vorausgesetzt, der Schutz wird bereits heute über Art. 3 Abs. 1 GG hergestellt – auch und sehr maßgeblich einen *moralischen Gehalt* hat, spricht nicht gegen die Verfassungsänderung. Es gehört zum Wesen von Grundrechten, dass sie nicht eindeutig auf den Charakter moralischer oder juristischer Rechte festgelegt werden können, zugleich Norm und moralische Grundentscheidung, zugleich Ausspruch und Selbstbeschränkung parlamentarischer Mehrheit sind. Das Argument, dass die Anerkennung von Fallkategorien in der verfassungsgerichtlichen *Rechtsprechung* entsprechende Änderungen des Verfassungstextes von vornherein überflüssig macht, kann zudem unter dem Grundsatz der Gewaltenteilung nicht überzeugen. Es bleibt stets Aufgabe des *Gesetzgebers*, die wesentlichen Weichen zu stellen. Gesetzgebung ist eben nicht nur Verfassungsvollzug. Die oftmals als aktivistisch kritisierte verfassungsgerichtliche Entscheidung einzelner Fallkonstellationen kann diese Grundentscheidung nicht ersetzen.

Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden in der gebotenen Kürze die rechtstechnische Umsetzung des bezweckten Diskriminierungsschutzes erörtert werden. Dies betrifft zum einen die Verwendung des Begriffs „sexuelle Identität“ (II.) und zum anderen den sich daraus ergebenden Regelungsgehalt der vorgeschlagenen Grundgesetzänderung (III.).

II. Begrifflichkeiten

Der Gesetzentwurf verwendet den Begriff „sexuelle Identität“ und versteht diesen ausweislich der Begründung als „andauerndes Muster emotionaler, romantischer oder sexueller Anziehung zu Personen eines bestimmten oder verschiedener Geschlechter und Teil der Identität eines Menschen“.¹ Der Begriff soll hiernach insbesondere „Hetero-, Homo-, Bi- und Pansexualität, aber auch Asexualität“² umfassen.

Der Gesetzentwurf zitiert die einschlägigen deutschen und unionsrechtlichen Regelungen und rekurriert auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 3 GG. Hier werden eine ganze Reihe begrifflicher Unklarheiten deutlich. So ist im Unionsrecht der Begriff „sexuelle Ausrichtung“ gebräuchlich, vgl. Art. 21 Abs. 1 EU-Grundrechtecharta, Art. 10 und 19 AEUV. Das Bundesverfassungsgericht hat vereinzelt auf den Begriff der sexuellen Identität Bezug genommen, verwendet aber überwiegend den Begriff der sexuellen Orientierung.³ Der Begriff sexuelle Identität findet sich auch in zahlreichen einfachgesetzlichen Normen, u.a. in § 1 AGG.⁴ Hier soll der Begriff sowohl die sexuelle Orientierung als auch die geschlechtliche Identität erfassen, ist jedoch Gegenstand heftiger Auslegungskontroversen.⁵ Diese betreffen insbesondere auch die Frage der Einbeziehung von trans- und intergeschlechtlichen Personen.

Der Gesetzentwurf verweist insoweit in Anknüpfung an den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zur Dritten Option auf das Merkmal „Geschlecht“ in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG. Der Begriff der sexuellen Identität soll im Grundgesetz trans- und intergeschlechtliche Personen gerade nicht umfassen. Das ist der Sache nach überzeugend und folgt der Differenzierung internationaler Rechtstexte wie etwa der auf den Katalog der UN-Menschenrechtspakte bezogenen Yogyakarta-Prinzipien.

Terminologisch hat sich hier allerdings der Begriff der „sexuellen Orientierung“ (oder Ausrichtung) als Beschreibung der relationalen Ebene (Hetero-, Homo-, Bi-, Pan- und Asexualität) und demgegenüber der

¹ BT-Drs. 19/13123, S. 5.

² Ebd.

³ Sexuelle Orientierung z.B. BVerfGE 115, 1, Rn. 47; 121, 175, Rn. 37; 128, 109, Rn. 51; Sexuelle Identität: BVerfGE 132, 179, 188, Rn. 31; 133, 59, 98, Rn. 104.

⁴ S. ferner § 75 BetrVG, § 9 BeamStG, § 1 SoldGG, § 36 SGB III, § 19a SGB IV und § 3 SG.

⁵ Siehe nur BAG, NZA 2016, 888, Rn. 30 f.

„geschlechtlichen Identität“ (*gender identity*) als individuelle Ebene des Geschlechts (Cis-, Trans- und Intersexualität) durchgesetzt.

Sexuelle Identität hat in seiner deutschen Verwendung traditionell diese beiden Ebenen verklammert. Das Bundesverfassungsgericht hat sich hiervon in seinem Beschluss zur Dritten Option distanziert, indem es explizit von „Bedeutungsunterschieden zwischen Geschlechtsidentität und sexueller Identität“ spricht. Gleichwohl zeigt sich am Beispiel der bereits erwähnten Auslegungskontroversen um § 1 AGG, dass eine präzise Bedeutung des Begriffs bislang nicht etabliert ist.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, weshalb der Gesetzentwurf einen so vieldeutigen und letztlich umstrittenen Begriff benutzt und die bestehenden Unklarheiten durch die nach außen nicht erkennbare „enge“ Auslegung des verfassungsrechtlichen Begriffs der sexuellen Identität noch verstärkt. Präzisere Formulierungen stehen etwa mit dem Begriff der sexuellen Orientierung zur Verfügung und sind international gebräuchlich.⁶

III. Regelungsgehalt

Der Gesetzentwurf beschränkt sich mit dem Merkmal der sexuellen Identität auf das, was oben als sexuelle Orientierung gefasst wurde, nämlich die relationale Ebene emotionaler, romantischer oder sexueller Beziehungen zwischen Personen (Hetero-, Homo-, Bi-, Pan- und Asexualität). Fragen der geschlechtlichen Identität (*gender identity*) als individuelle Ebene des Geschlechts (Cis-, Trans- und Intersexualität) verweist er auf den bestehenden Schutz unter dem Merkmal „Geschlecht“ in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG.

Dieser Einordnung ist grundsätzlich zuzustimmen, insbesondere ist die Subsumtion unter das Merkmal „Geschlecht“ der Einfügung eines neuen Merkmals wie „Geschlechtsidentität“ vorzuziehen. Der Begriff „Geschlechtsidentität“ oder „geschlechtliche Identität“ wird zwar oft mit emanzipatorischer Zielsetzung gebraucht und hat in dieser Form auch Eingang in die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gefunden,⁷ kann aber gerade in der Gegenüberstellung zum Begriff des Geschlechts auch als Form der Relativierung genutzt werden (cis Personen haben ein Geschlecht, transgeschlechtliche Personen eine Geschlechtsidentität).

⁶ Vgl. insbesondere die Yogyakarta-Prinzipien.

⁷ BVerfGE 115, 1, Rn. 47; 121, 175, Rn. 37; 128, 109, Rn. 51.

Ein weites Verständnis von „Geschlecht“ ist also gegenüber einer Ergänzung von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG um weitere Merkmale zum Schutz von trans- und intergeschlechtlichen Personen vorzugswürdig. Der EuGH hat die Diskriminierung von transgeschlechtlichen Personen schon in seiner frühen Rechtsprechung über das Merkmal Geschlecht erfasst⁸ und auch das Bundesverfassungsgericht führt hierzu in seinem Beschluss zur Dritten Option nunmehr aus:

„Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG schützt nicht nur Männer vor Diskriminierungen wegen ihres männlichen Geschlechts und Frauen vor Diskriminierungen wegen ihres weiblichen Geschlechts, sondern schützt auch Menschen, die sich diesen beiden Kategorien in ihrer geschlechtlichen Identität nicht zuordnen, vor Diskriminierungen wegen dieses weder allein männlichen noch allein weiblichen Geschlechts.“⁹

Insbesondere im Hinblick auf die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung bleibt zu betonen, dass es sich bislang um eine einzelne Entscheidung im spezifischen Kontext der Dritten Option handelt, nicht um eine gefestigte Rechtsprechung. Traditionell hat das Bundesverfassungsgericht Fragen der Transsexualität freiheitsrechtlich gefasst und unter dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) verhandelt.¹⁰ Es bleibt mithin abzuwarten, ob und in welche Richtung die Rechtsprechung zu Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG in diesem Zusammenhang weiterentwickelt werden wird.

Der Verweis auf bereits bestehenden Diskriminierungsschutz durch die Rechtsprechung von EuGH und Bundesverfassungsgericht bedient sich damit des Arguments, mit dem bislang auch die Einfügung des Merkmals sexuelle Identität abgelehnt wurde und er begegnet denselben Einwänden.¹¹ Es erscheint unklar, warum in diesem Zusammenhang eine grundgesetzliche Anerkennung weniger bedeutsam wäre als im Fall der sexuellen Orientierung. Dies wäre auch möglich, ohne weitere Diskriminierungsmerkmale in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG aufzunehmen. In Betracht käme insoweit etwa die Änderung von Art. 3 Abs. 2 GG mit einer Bezugnahme auf „alle Geschlechter“.

⁸ EuGH, Rs. C-13/94 – *P gegen S und Cornwall County Council*, Slg. 1996, I-2143, Rn. 20 f.

⁹ BVerfGE 147, 1, Rn. 58.

¹⁰ BVerfGE 49, 286, 297 ff.; 115, 1, 14 ff.; 121, 175, 189 ff.; 128, 109, 123 ff. Zum Ganzen *J. Theilen*, ZEuS 2012, 363 (371).

¹¹ Siehe oben, I.

IV. Zusammenfassung

Für die vorgeschlagene Verfassungsänderung sprechen gewichtige Gründe. Der Gesetzentwurf benennt einen klassischen Diskriminierungsgrund, der den übrigen Merkmalen des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG gleichrangig ist. Demgegenüber vermag insbesondere das Argument, es handele sich angesichts der gefestigten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts um „reine Symbolpolitik“, nicht zu überzeugen.

Terminologisch stellt sich die Frage, weshalb der Gesetzentwurf nicht an den international etablierten Sprachgebrauch anknüpft, sich stattdessen eines Begriffs bedient, der in der Vergangenheit für Auslegungsschwierigkeiten gesorgt hat und die Lage durch die Einführung eines weiteren, „engen“ verfassungsrechtlichen Begriffs der sexuellen Identität sogar noch verkompliziert. Sexuelle Identität im Sinne des Gesetzentwurfs meint nach der Begründung das, was überwiegend unter dem Begriff der sexuellen Orientierung verstanden wird. Fragen der Geschlechtsidentität bleiben hier explizit ausgeklammert.

Dieser Systematik ist der Sache nach nicht zu widersprechen. Offen bleibt damit aber die Frage, mit welcher Begründung der Gesetzentwurf die Anstrengung einer Verfassungsänderung auf Fragen der sexuellen Orientierung beschränkt, während trans- und intergeschlechtliche Personen wiederum auf bereits bestehenden Diskriminierungsschutz unter der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung verwiesen werden.



Deutsches Institut
für Menschenrechte

Stellungnahme

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Änderung des Artikels 3 Abs. 3 – Einführung des Merkmals sexuelle Identität)

Öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses des
Bundestags am 12. Februar 2020

Februar 2020

Inhalt

1	Einführung	3
2	Verbot der Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung und Geschlechtsidentität	4
2.1	Völkerrechtliche Menschenrechtsverträge	4
2.2	Recht der Europäischen Union	5
2.3	Rechtslage in Deutschland	5
3	LSBTI in einer Situation struktureller Ungleichheit	6
3.1	Gewalt und Diskriminierung in Deutschland	6
3.2	Staatliche Verfolgung, Gewalt und Diskriminierung weltweit und die deutsche Außenpolitik	7
4	Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 GG	8
4.1	Folgerichtigkeit einer Ergänzung	8
4.2	Aufzunehmende Merkmale	8

1 Einführung

Der Gesetzentwurf der Fraktionen FDP, Die Linke und Bündnis 90/Die Grünen sieht vor, in das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 des Grundgesetzes (GG) zusätzlich zu den dort aufgeführten Diskriminierungsmerkmalen das Merkmal „sexuelle Identität“ aufzunehmen. Die vorliegenden Ausführungen nehmen dazu insbesondere aus dem Blickwinkel des menschenrechtlichen Diskriminierungsschutzes Stellung.

Der Schutz vor Diskriminierung ist in den Menschenrechten als Rechten gleicher Freiheit aller als Strukturprinzip angelegt¹ und in den Antidiskriminierungsklauseln der allgemeinen Menschenrechtsverträge verankert, so in Art. 2 Abs. 1 und Art. 26 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UN-Zivilpakt), Art. 2 Abs. 2 Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UN-Sozialpakt), Art. 14 Europäische Konvention (EMRK). Er wurde in zahlreichen spezifischen Konventionen ausdifferenziert, etwa in der UN-Anti-Rassismuskonvention (ICERD), der UN-Frauenrechte-Konvention (CEDAW), der UN-Kinderrechtskonvention (UN-KRK) und der UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK).

Wie das Grundgesetz verbieten auch die völkerrechtlichen Menschenrechtsverträge über den allgemeinen Gleichheitssatz hinaus in Diskriminierungsverboten explizit die ungerechtfertigte Ungleichbehandlung aufgrund bestimmter zugeschriebener oder tatsächlicher Merkmale. Mit diesen speziellen Diskriminierungsverboten reagieren die Grund- und Menschenrechte auf gesellschaftlich und historisch tief verwurzelte strukturelle Ungleichheiten.²

Dennoch findet sich ein explizites Verbot der Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung und Geschlechtsidentität weder in den UN-Menschenrechtsverträgen noch in der EMRK, genauso wenig wie in Artikel 3 des Grundgesetzes. Obwohl sowohl die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte als auch die Europäische Menschenrechtskonvention und das Grundgesetz in ihrer Entstehungsgeschichte als unmittelbare Reaktion auf die Menschheitsverbrechen des Nationalsozialismus zu lesen sind, wurde die Verfolgung und Vernichtung von Homosexuellen und Transsexuellen und Transgender tabuisiert und damit die andauernde staatliche und nichtstaatliche Repression und Verfolgung von Schwulen, Lesben, Bisexuellen sowie transsexuellen, transgeschlechtlichen und intergeschlechtlichen Menschen (LSBTI) in der Nachkriegsgeschichte faktisch legitimiert.³

Trotz großer rechtlicher und faktischer Fortschritte bei der Verwirklichung der Menschenrechte von LSBTI in Deutschland stellen diese nach wie vor eine strukturell diskriminierungsgefährdete Gruppe dar. Eine Ergänzung des Diskriminierungsverbots

¹ Bielefeldt/ Follmar-Otto (2005): Diskriminierungsschutz in der politischen Diskussion. Berlin: Deutsches Institut für Menschenrechte.

² Baer/ Markard in: Mangold/Klein/Starck Grundgesetz, 7. Auflage 2018, Art.3 Abs. 3 Rz. 387; BVerfG, Beschluss vom 10. Oktober 2017 – 1 BvR 2019/16.

³ Zum Grundgesetz: Baer/ Markard in: Mangold/Klein/Starck Grundgesetz Rz. 388; zur AEMR: Hilsenrath/Hamilton (2018): Equality and the Universal Declaration of Human Rights: progress and challenges for Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex (LGBTI) equality, in: Ferstman et al. (Ed.): Contemporary Human Rights Challenges. The Universal Declaration of Human Rights and its Continuing Relevance. Oxon: Routledge, S. 55 f.

in Art.3 Abs. 3 GG um die Merkmale sexuelle Orientierung sowie körperliche Geschlechtsmerkmale und Geschlechtsidentität wäre deshalb zu begrüßen.

2 Verbot der Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung und Geschlechtsidentität

2.1 Völkerrechtliche Menschenrechtsverträge

„Alle Menschen sind frei und gleich an Würde und Rechten geboren“, so beginnt der erste Artikel der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948, des Grundsteins des modernen Menschenrechtsschutzes. Die Menschenrechte schützen jeden Menschen gleichermaßen. Dazu gehört auch der Schutz vor Diskriminierung und Gewalt wegen der sexuellen Orientierung und Geschlechtsidentität, so hat es der UN-Menschenrechtsrat trotz nach wie vor bestehender Widerstände etlicher Staaten mehrfach bekräftigt.⁴

Zwar sind die Rechte von LSBTI in den rechtsverbindlichen Menschenrechtsverträgen schwach normiert; sie wurden aber, befördert durch die Arbeit der Zivilgesellschaft, durch die Rechtsprechung und die Praxis von Staaten und internationalen Organisationen in den vergangenen Jahrzehnten als Menschenrechte anerkannt. Bis heute weigern sich etliche Staaten sowohl auf der globalen Ebene der Vereinten Nationen wie auch im Europarat, den Schutz vor Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung und Geschlechtsidentität verbindlich festzuschreiben.⁵ Insofern war es eine bedeutsame Rechtsentwicklung, dass in der Europaratskonvention gegen Gewalt gegen Frauen und häusliche Gewalt (Istanbul-Konvention) von 2011 die Merkmale sexuelle Orientierung und Geschlechtsidentität in das Diskriminierungsverbot des Art. 4 Abs. 3 aufgenommen wurden.⁶

Mittlerweile ist durch die Rechtsprechung etwa des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte sowie durch die Auslegungspraxis der UN-Fachausschüsse unbestritten anerkannt, dass die in den Konventionen niedergelegten Menschenrechte frei von Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität gewährleistet werden müssen.⁷ Zwar werden diese Merkmale nicht in den Katalogen der Diskriminierungsverbote der völkerrechtlichen Menschenrechtsverträge benannt. Da das Diskriminierungsverbot in diesen Verträgen jedoch mit einem offenen Merkmalskatalog formuliert ist (Art. 14 EMRK: „[...] oder eines sonstigen Status“; Art. 2 Abs. 1 und 26 UN-Zivilpakt und Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt „[...] oder des sonstigen Status“), haben die Organe in ihrer Spruchpraxis

⁴ UN-Menschenrechtsrat: Human Rights Council Resolution - Protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity (adopted on 30 June 2016), A/HRC/RES/32/2; Human Rights Council resolution - Human rights, sexual orientation and gender identity (adopted 26 September 2014) - A/HRC/RES/27/32; Human Rights Council resolution - Human rights, sexual orientation and gender identity (adopted 17 June 2011), A/HRC/RES/17/19. Dokumente abrufbar unter URL: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Discrimination/Pages/LGBTUNResolutions.aspx>.

⁵ Vgl. zur historischen Entwicklung Wiemann (2013): Sexuelle Orientierung im Völker- und Europarecht, Berlin: BWV, S. 35 ff.

⁶ Die Konvention ist für Deutschland seit dem 1. Februar 2018 in Kraft.

⁷ Johnson (2013): Homosexuality and the European Court of Human Rights, Oxon: Routledge; Joseph/ Castan (2013): The International Covenant on Civil and Political Rights, Oxford University Press, Rn. 23.54; CESCR: General Comment No. 20: Non-discrimination, UN-Dok. E/C.12/GC/20, Rn. 32.

anerkannt, dass die sexuelle Orientierung und die Geschlechtsidentität als den explizit genannten Merkmalen gleichzuordnender Status anzusehen ist und ungerechtfertigte Ungleichbehandlungen daher gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen. Der EGMR hält zudem fest, dass eine an die sexuelle Orientierung geknüpfte Ungleichbehandlung besonders hohe Rechtfertigungsanforderungen stellt.⁸

In der Entwicklung der menschenrechtlichen Spruchpraxis ist festzustellen, dass der Schutz für das Merkmal sexuelle Orientierung zunächst über das Recht auf Privatleben gewährt und erst später das Diskriminierungsverbot angewendet wurde, das einen deutlich breiteren Anwendungsbereich ermöglicht.⁹ Auch Fälle zur Geschlechtsidentität wurden vom EGMR lange allein unter Art. 8 (Recht auf Privatleben) behandelt; erst 2015 entschied der Gerichtshof explizit, Geschlechtsidentität sei ein unter dem Diskriminierungsverbot des Art. 14 geschütztes Merkmal, ohne allerdings eine Aussage dazu zu treffen, ob er Geschlechtsidentität unter das Merkmal „Geschlecht“ fasst oder als „anderer Status“ als geschützt ansieht.¹⁰

2.2 Recht der Europäischen Union

Im Diskriminierungsverbot in Art. 21 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Grundrechtecharta) ist die sexuelle Ausrichtung explizit als verbotenes Anknüpfungmerkmal benannt, nicht allerdings die Geschlechtsidentität. Gleiches gilt für das Primärrecht, Art. 10 und 19 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)¹¹, der die Rechtsgrundlage für den Erlass der europäischen Gleichbehandlungsrichtlinien bildet. Der Schutz transsexueller, transgeschlechtlicher und intergeschlechtlicher Menschen wird im EU-Recht als vom Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts umfasst angesehen.¹²

2.3 Rechtslage in Deutschland

Anders als die völkerrechtlichen Menschenrechtsverträge enthält Art. 3 Abs. 3 GG einen Katalog mit einer abschließenden Aufzählung von verbotenen Anknüpfungsmerkmalen. Das Merkmal der sexuellen Orientierung wurde in diesen Katalog weder seitens des Parlamentarischen Rates noch durch den verfassungsändernden Gesetzgeber bei der Überarbeitung des Grundgesetzes nach der Deutschen Einheit aufgenommen. Allerdings legt das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) im Rahmen der Prüfung des allgemeinen Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG wegen der Nähe des Merkmals sexuelle Orientierung zu den in Art. 3 Abs. 3 GG explizit benannten Merkmalen einen vergleichbar strengen Rechtfertigungsmaßstab an.¹³ Hinsichtlich der Geschlechtsidentität befand das BVerfG in seiner Entscheidung zum „Dritten Geschlecht“ erstmals, dass diese vom durch Art. 3 Abs. 3 GG geschützten Merkmal Geschlecht umfasst sei.¹⁴ Zuvor wurden Fälle zum Transsexuellenrecht vom BVerfG unter dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1) entschieden, nicht unter dem Diskriminierungsverbot.

⁸ EGMR, *Kozak v. Poland*, Nr. 13102/02, 2. März 2010, Rn. 91f.

⁹ Wiemann (Fn. 5), S. 299f.

¹⁰ EGMR, *Identoba et al. v. Georgia*, Nr. 73235/12, 12. Mai 2015, Rn. 96.

¹¹ Ehemals Art. 13 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft.

¹² EuGH, Urteil vom 30.04.1996, Rs. C- 123/94 (P./s. u. Cornwall County Council); EuGH: *National Health Service*, C-117/01, Slg 2004, I-541; Meyer/ Höltschheid (2019): *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*. Baden-Baden: Nomos, Art. 23 Rn. 40.

¹³ Baer/ Markard in: Mangold/Klein/Starck Grundgesetz, Art. 3 Abs. 3 Rz. 459.

¹⁴ BVerfG, Beschluss vom 10. Oktober 2017 – 1 BvR 2019/16.

Mehrere Landesverfassungen haben das Merkmal sexuelle Identität oder sexuelle Orientierung in ihre Diskriminierungsverbote aufgenommen. Das Merkmal Geschlechtsidentität ist bislang in keiner Landesverfassung explizit erwähnt.

Einfachgesetzlich schützt das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG), mit dem Deutschland die EU-Gleichbehandlungsrichtlinien umgesetzt hat, vor Diskriminierung aufgrund der sexuellen Identität. Ausweislich der Gesetzesbegründung sollte dieses Merkmal auch die Geschlechtsidentität umfassen.¹⁵ Mittlerweile wird mit Verweis auf die Rechtsprechung des EuGH und des BVerfG allerdings auch für das AGG überwiegend davon ausgegangen, dass der Schutz transsexueller, transgeschlechtlicher und intergeschlechtlicher Menschen vor Diskriminierung unter dem Merkmal Geschlecht erfolgt, bzw. beide Merkmale für anwendbar erklärt.¹⁶

3 LSBTI in einer Situation struktureller Ungleichheit

Wie eingangs bereits erwähnt, schützt das grund- und menschenrechtliche Diskriminierungsverbot Gruppen, die sich in einer Situation gesellschaftlich und historisch verwurzelter struktureller Ungleichheit befinden. Während der allgemeine Gleichheitssatz sich typischerweise auf eine *situative Ungleichbehandlung* zweier Vergleichsgruppen bezieht, greift eine Diskriminierung auf ein *strukturelles Diskriminierungsverhältnis* im Sinne eines gesellschaftlich und institutionell verankerten Machtverhältnisses zurück.

3.1 Gewalt und Diskriminierung in Deutschland

Trotz großer Schritte zu einer rechtlichen Gleichstellung schwuler, lesbischer und bisexueller Menschen und einer stärkeren Anerkennung der Rechte transsexueller, transgeschlechtlicher und intergeschlechtlicher Menschen muss man noch immer davon sprechen, dass LSBTI sich in Deutschland in einer Situation struktureller Ungleichheit befinden. Dies zeigt sich in Statistiken und Untersuchungen zu Hasskriminalität und Diskriminierung, sowie in Ergebnissen der Einstellungsforschung.

Aus den Zahlenreihen des BMI zur Hasskriminalität ergibt sich für die Jahre 2001 bis 2018 ein stetiger Anstieg der erfassten Straf- und Gewalttaten gegen die sexuelle Orientierung (2018: 350 Straftaten insgesamt, davon 97 Gewalttaten)¹⁷, wobei die Erhöhung nicht unbedingt Ausdruck einer gestiegenen Zahl von Straftaten ist, sondern auch mit einer besseren Erfassung der homophoben Motivation durch die Polizei und Maßnahmen zur Erhöhung der Anzeigebereitschaft seitens der Betroffenen zusammenhängen kann. Zivilgesellschaftliche Beratungsstellen kommen in den Regionen, in denen sie arbeiten, zu noch höheren Hellfeldzahlen.¹⁸

¹⁵ BT-Drucksache 16/1780, Seite 31.

¹⁶ Vgl. Nachweise in Däubler/ Bertzbach (2018): Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 4. Auflage § 1, Rn. 48, 101.

¹⁷ Bundesministerium des Innern (2019): Übersicht „Hasskriminalität“: Entwicklung der Fallzahlen 2001 – 2018; https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2019/pmk-2018-hasskriminalitaet-2001-2018.pdf?__blob=publicationFile&v=5

¹⁸ RBB 24: Berliner melden so viele Übergriffe auf queere Menschen wie nie, <https://www.rbb24.de/politik/beitrag/2019/05/maneo-report-berlin-polizei-uebergriffe-auf-queere-menschen.html> vgl. auch Verband der Beratungsstellen für Betroffene rechter, rassistischer und antisemitischer Gewalt: <https://www.verband-brg.de/ankundigung-jahresstatistik-rechte-gewalt-2018-2/> ;..

Befragungen zu Diskriminierungserfahrungen zeigen, dass LSBTI häufig Diskriminierungserfahrungen machen, vor allem in der Öffentlichkeit und Freizeit, am Arbeitsplatz und bei der Wohnungssuche.¹⁹ Staatliche Antidiskriminierungsstellen und die Wissenschaft weisen auf fortbestehende Gefährdungslagen und Diskriminierungen trans- und intergeschlechtlicher Menschen hin.²⁰

Ergebnisse der Einstellungsforschung zeigen, dass zwar einerseits die gesellschaftliche Akzeptanz homosexueller Personen in den vergangenen Jahren deutlich zugenommen hat, sich aber nach wie vor verbreitete ambivalente oder ablehnende Einstellungen zeigen, insbesondere wenn es um die öffentliche Präsenz und Sichtbarkeit homosexueller Paare geht.²¹

3.2 Staatliche Verfolgung, Gewalt und Diskriminierung weltweit und die deutsche Außenpolitik

Noch weitaus drastischer ist die Menschenrechtslage von LSBTI weltweit. Sie sind Opfer staatlicher Kriminalisierung und Folter, werden unzureichend vor weitverbreiteter Gewalt und Diskriminierung geschützt und können ihre bürgerlichen und politischen Rechte nicht wahrnehmen. Dies zeigen etwa Berichte von Nichtregierungsorganisationen²² sowie des UN-Hochkommissariats für Menschenrechte²³, der Menschenrechtskommissarin des Europarates²⁴ sowie der EU-Grundrechteagentur²⁵.

Die Bundesregierung sieht den Einsatz gegen Diskriminierung von LSBTI daher als eine der Säulen der auswärtigen Menschenrechtspolitik, sowohl multilateral in den UN als auch in der bilateralen Außen- und Entwicklungspolitik. Seit einigen Jahren wird dieses Handlungsfeld im Aktionsplan Menschenrechte der Bundesregierung fortgeschrieben.²⁶ Auch die Europäische Union hat 2013 eine Außenpolitische Leitlinie zum Schutz und zur Förderung von LSBTI-Rechten verabschiedet.²⁷ Auf UN-Ebene ist Deutschland Mitglied in der LGBTI Core Group, einer informellen überregionalen Gruppe von Staaten und Nichtregierungsorganisationen, die sich in den UN für LSBTI-Rechte einsetzen, sowie der intergouvernementalen Equal Rights Coalition²⁸.

¹⁹ FRA – European Union Agency for Fundamental Rights (2013): European Union lesbian, gay, bisexual and transgender survey: Results at a glance. Luxembourg: Publications Office of the European Union; Beigang, Steffen/Fetz, Karolina/Foroutan, Naika/Kalkum, Dorina/Otto, Magdalena (2016): Diskriminierungserfahrungen in Deutschland – Erste Ergebnisse einer repräsentativen Erhebung und einer Betroffenenbefragung. Antidiskriminierungsstelle des Bundes: Berlin; Franzen / Sauer (2010): Benachteiligung von Trans*Personen, insbesondere im Arbeitsleben. Antidiskriminierungsstelle des Bundes: Berlin.

²⁰ zusammenfassend BMFSFJ (2016): Situation von trans- und intersexuellen Menschen im Fokus. Sachstandsinformation; Antidiskriminierungsstelle des Bundes (2015): Gleiche Rechte – gegen Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. Bericht der unabhängigen Expert_innenkommission der ADS.

²¹ Küpper, Beate/Klocke, Ulrich/Hoffmann, Lena-Carlotta (2017): Einstellungen gegenüber lesbischen, schwulen und bisexuellen Menschen in Deutschland. Ergebnisse einer bevölkerungsrepräsentativen Umfrage. Hg. v. Antidiskriminierungsstelle des Bundes. Baden-Baden: Nomos.

²² International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association: Lucas Ramon Mendos, State-Sponsored Homophobia 2019 (Geneva; ILGA, March 2019).

²³ URL: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Discrimination/Pages/LGBT.aspx>

²⁴ URL: <https://www.coe.int/en/web/commissioner/thematic-work/lgbti>

²⁵ URL: <https://fra.europa.eu/en/theme/lgbti>

²⁶ Aktueller Aktionsplan Menschenrechte (2019/2020) im 13. Bericht der Bundesregierung über ihre Menschenrechtspolitik, S. 254; URL: <https://www.auswaertiges-amt.de/blob/2189116/e54af63a9686a57a1487a65df98b9b9ff/190213-mrb-13-download-data.pdf>.

²⁷ URL: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressdata/EN/foraff/137584.pdf

²⁸ URL: https://www.international.gc.ca/world-monde/issues_development-enjeux_developpement/human_rights-droits_homme/coalition-equal-rights-droits-egaux.aspx?lang=eng.

4 Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 GG

4.1 Folgerichtigkeit einer Ergänzung

Trotz großer rechtlicher und faktischer Fortschritte bei der Verwirklichung der Menschenrechte von Schwulen, Lesben, Bisexuellen sowie transsexuellen, transgeschlechtlichen und intergeschlechtlichen Menschen (LSBTI) in Deutschland stellen diese nach wie vor eine strukturell diskriminierungsgefährdete Gruppe dar. Kategorial sind die Merkmale sexuelle Orientierung und Geschlechtsidentität daher den übrigen in Art. 3 Abs. 3 GG benannten Merkmalen vergleichbar. Es wäre daher folgerichtig, sie im Merkmalskatalog des Diskriminierungsverbots explizit aufzunehmen, wie dies in der Europäischen Grundrechtecharta und verschiedenen Landesverfassungen bereits erfolgt ist.

Dabei wird nicht außer Acht gelassen, dass rechtspolitisch eine zurückhaltende Haltung zu Änderungen des Grundrechtskataloges wegen dessen Normativität sinnvoll ist. Es entspricht dem Wesen einer Verfassung, nicht wie einfache Gesetze konkrete Lebenssachverhalte zu regeln, sondern abstrakte Grund- und Menschenrechtspositionen, deren Anwendung auf den Einzelfall den Gerichten obliegt. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat immer wieder bewiesen, dass die Anwendung dieser abstrakten Rechtspositionen auf neue technische und gesellschaftliche Entwicklungen möglich ist, etwa im Bereich der Digitalisierung.

Hier liegt der Fall jedoch anders: Die Auslassung des Merkmals sexuelle Orientierung war historisch gerade Ausdruck der strukturellen Ungleichheit, vor der das menschenrechtliche Diskriminierungsverbot schützen soll. Zudem stellt die explizite Aufnahme eine nachträgliche Anerkennung der Tabuisierung der Verfolgung und Vernichtung von Homosexuellen und Transsexuellen und Transgender in der NS-Zeit und der andauernden staatlichen und nichtstaatlichen Repression in der Nachkriegsgeschichte dar. Eine Ergänzung des Diskriminierungsverbots in Art.3 Abs. 3 GG ist daher zu begrüßen.

4.2 Aufzunehmende Merkmale

Der Entwurf sieht vor, in Art. 3 Abs. 3 das Merkmal „sexuelle Identität“ aufzunehmen. Hinsichtlich des Merkmals Geschlechtsidentität verweist der Entwurf auf die Rechtsprechung des BVerfG zum Schutz über das Merkmal Geschlecht.

Für den Diskriminierungsschutz von Schwulen, Lesben und Bisexuellen könnte entweder in Übereinstimmung mit den europa- und völkerrechtlichen Quellen die Formulierung sexuelle Orientierung gewählt werden, oder in Übereinstimmung mit dem AGG und den meisten Landesverfassungen der Begriff der sexuellen Identität.

Obwohl EuGH und BVerfG mittlerweile übereinstimmend die Geschlechtsidentität über das Merkmal Geschlecht geschützt sehen, sollte in Anerkennung der strukturellen Diskriminierung von transsexuellen, transgeschlechtlichen, intergeschlechtlichen und nicht-binären Menschen ebenfalls eine explizite Aufnahme in das Diskriminierungsverbot erwogen werden. Dass dies für die Rechtsanwendung sinnvoll ist, zeigt sich auch an der späten Entwicklung der Rechtsprechung zu Geschlechtsidentität unter dem Diskriminierungsverbot (statt allein unter dem Recht auf Privatleben bzw. dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht). Das Merkmal

Geschlecht könnte hierfür um den Einschub „aufgrund des Geschlechts, einschließlich der körperlichen Geschlechtsentwicklung, der Geschlechtsidentität und des Geschlechtsausdrucks“ ergänzt werden.

Impressum

Deutsches Institut für Menschenrechte
Zimmerstraße 26/27, 10969 Berlin
Tel.: 030 25 93 59-0
info@institut-fuer-menschenrechte.de
www.institut-fuer-menschenrechte.de

KONTAKT: Dr. Petra Follmar-Otto

LIZENZ: Creative Commons (CC BY-NC-ND 4.0)
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>
November 2020

Das Institut

Das Deutsche Institut für Menschenrechte ist die unabhängige Nationale Menschenrechtsinstitution Deutschlands. Es ist gemäß den Pariser Prinzipien der Vereinten Nationen akkreditiert (A-Status). Zu den Aufgaben des Instituts gehören Politikberatung, Menschenrechtsbildung, Information und Dokumentation, anwendungsorientierte Forschung zu menschenrechtlichen Themen sowie die Zusammenarbeit mit internationalen Organisationen. Es wird vom Deutschen Bundestag finanziert. Das Institut ist zudem mit dem Monitoring der Umsetzung der UN-Behindertenkonvention und der UN-Kinderrechtskonvention betraut worden und hat hierfür entsprechende Monitoring-Stellen eingerichtet.

Stellungnahme des Lesben- und Schwulenverbandes in Deutschland (LSVD) zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen Bündnis 90/ Die Grünen, Die Linke und FDP zur Einfügung des Merkmals sexuellen Identität in Artikel 3 Absatz 3 des Grundgesetzes (BT-Drucksache 19/13123).

Der LSVD unterstützt ausdrücklich den von den drei Fraktionen eingebrachten Gesetzentwurf zur Ergänzung des Artikels 3 Absatz 3 des Grundgesetzes um den Begriff der sexuellen Identität. Diese notwendige Ergänzung der speziellen Diskriminierungsverbote ist eine von unserem Verband seit Jahrzehnten immer wieder an den Gesetzgeber herangetragene Forderung. Als größte deutsche Organisation in der Vertretung der Anliegen von Lesben, Schwulen, Bisexuellen, Trans*- und Inter*-Menschen (LSBTI) vertreten wir diese Forderung auch im Namen der über 100 Mitgliedsorganisationen unseres Verbandes. Dies wurde erneut in der auf dem letzten LSVD-Verbandstag im vergangenen Jahr einstimmig beschlossenen Resolution „Diskriminierungsverbot ins Grundgesetz“ bekräftigt:

„Deshalb fordern wir zum 70. Jahrestag des Grundgesetzes: Unsere Verfassung muss endlich gleiche Rechte auch ausdrücklich garantieren. Es braucht eine Ergänzung des Gleichbehandlungsartikels. In einem erweiterten Art. 3 Abs. 3 GG soll es in Zukunft auch heißen: Niemand darf wegen seiner sexuellen Identität benachteiligt oder bevorzugt werden.“¹

Obgleich die einfache Gesetzgebung, oft in Ausführungen von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in den letzten Jahrzehnten viele diskriminierende Ungleichbehandlungen von LSBTI Menschen beendet und beseitigt hat, bleibt die Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 GG um den Begriff der sexuellen Identität, sowohl aus Gründen der historischen Erfahrung, als auch wegen des fortbestehenden Diskriminierungsrisikos dringend geboten. Das Fehlen dieses Diskriminierungsgrundes im Text des Grundgesetzes hat in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland zu menschenrechtswidriger Behandlung von homosexuellen und bisexuellen Menschen geführt. Die Nichtberücksichtigung setzt aktueller und zukünftiger Homophobie nicht den maximal möglichen und erforderlichen verfassungsrechtlichen Schutz entgegen.

1.) Nichterwähnung als Grundlage der historischen Ungleichbehandlung

Die Väter und Mütter unserer Verfassung haben den Gleichheitsartikel insbesondere unter dem Eindruck der Schreckensherrschaft des nationalsozialistischen Unrechtsregimes geschrieben. Der Gleichbehandlungskatalog ist die Antwort auf die nationalsozialistische Selektions- und Verfolgungspolitik. Er ist geprägt von der Erkenntnis, dass die Menschlichkeit insgesamt gefährdet ist und Barbarei droht, wenn auch nur einer Gruppe von Menschen die gleichen Grund- und Menschenrechte streitig gemacht werden.

Es ist dem kulturellen Zeitgeist der 1950er Jahre geschuldet, der Homosexualität als Störung der „normalen“ menschlichen Sexualität auffasste, sowie der bedenkenlosen Übernahme der von den Nationalsozialisten verschärften Strafgesetzgebung des § 175 StGB in bundesdeutsche Gesetzgebung, dass der Gleichbehandlungskatalog von Anfang an einer Opfergruppe der Nationalsozialisten diesen besonderen verfassungsrechtlichen Schutz verwehrt hat.

Die historisch belegte besondere Gefährdung, Ziel von Diskriminierung, Anfeindung bis zur Verfolgung zu werden, ist evident. Homo- und bisexuelle Menschen mussten schwerste Verfolgungen erleiden, kulminiert im Massenmord im Nationalsozialismus.

Die junge Bundesrepublik hat daraus keinerlei Lehren gezogen, sondern die nationalsozialistische Verfolgung der Homosexuellen im Strafrecht bruchlos fortgesetzt. Die von den Nazis verschärften Strafvorschriften wurden beibehalten und ebenso exzessiv angewandt. „Für die Homosexuellen ist das dritte Reich noch nicht zu Ende“, stellte der Religionshistoriker Hans Joachim Schoeps noch 1963 fest.² Homosexuelle wurden mit Strafandrohung und konsequenter Strafverfolgung auch in der Bundesrepublik massiv in ihren Menschenrechten verletzt, letztlich bis 1994. Die Strafbarkeit von männlicher Homosexualität beförderte gesellschaftliche Ächtung, die auch lesbische Frauen traf. So drohte zum Beispiel lesbischen Müttern Sorgerechtsentzug.

Die Fortführung der staatlichen Verfolgung und gesellschaftlichen Diskriminierung von Homosexuellen im demokratischen Rechtsstaat durch den §175 StGB hätte also durch Aufnahme des Diskriminierungsmerkmals der sexuellen Identität in Art. 3 Abs. 3 GG, schon bei der Verabschiedung des Grundgesetzes, nie stattfinden können.

2. Verfassungsrechtliche Entwicklung

Diese strafrechtliche Verfolgung wurde bis in die 1970er Jahre selbst vom Bundesverfassungsgericht legitimiert. Nicht nur ein Berufen auf den Gleichheitsgrundsatz, sondern auch das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit wurden Homosexuellen mit Rekurs auf das „Sittengesetz“ abgesprochen. Diese Praxis ist vom Bundesverfassungsgericht mit Urteil vom 10.05.1957 gebilligt worden.³ Das Urteil ist ein Musterbeispiel für vorurteilsgeprägte Rechtsprechung. Es hat die Emanzipationsbewegung der deutschen Homosexuellen – im Vergleich zu Skandinavien und den Niederlanden – um Jahrzehnte zurückgeworfen.

Der Wandel in der juristischen, aber auch gesellschaftspolitischen Einordnung, setzte ab den 1980er Jahren ein. So gab es 1993 bei der gemeinsamen Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat eine einfache, wenn auch keine ausreichende 2/3 Mehrheit für die Aufnahme der sexuellen Identität als Diskriminierungsmerkmal in Art. 3 Abs.3 GG. Wenn zu diesem Zeitpunkt die Chance ergriffen worden wäre, die unvollständige Auflistung der Diskriminierungsgründe zu beheben, wären negative Auswirkungen auf die Lebenssituation von homo- und bisexuellen Menschen bis in die heutige Zeit verhindert worden. Zudem wäre einer ganzen Generation extrem aufreibende Kämpfe um Fortschritte in der rechtlichen Gleichstellung und gesellschaftlichen Teilhabe erspart geblieben.

Letztendlich hat das höchste deutsche Gericht, und nicht der gesetzgeberische Impuls, diskriminierendem, staatlichen Handeln ein Ende gesetzt und den Grundrechten von Lesben, Schwulen, Bisexuellen sowie trans- und intergeschlechtlichen Menschen auf Gleichbehandlung und freie Entfaltung der Persönlichkeit Geltung verschafft:

- Mit sechs Urteilen zur rechtlichen Gleichstellung von eingetragener Lebenspartnerschaften und Ehe, die den Gleichheitsgrundsatz z.B. bei der Hinterbliebenenversorgung, im Steuerrecht oder bei der Stiefkindadoption zur Geltung brachten.
- Auch zum Transsexuellengesetz hat es ein halbes Dutzend Urteile gegeben, die transgeschlechtliche Menschen u.a. von vom Staat verlangten Zwangsbehandlungen, Zwangssterilisierungen und Zwangsscheidungen befreiten.
- 2017 hat das Bundesverfassungsgericht schließlich mit der Entscheidung zur „dritten Option“ intergeschlechtlichen und transgeschlechtlichen Menschen einen positiv konnotierten Platz in der Rechtsordnung garantiert.

Mit diesen Urteilen hat sich eine Verfassungsgerichtsrechtsprechung herausgebildet, wonach sich trans- und intergeschlechtliche Menschen auf das Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts berufen können und die sexuelle Identität im Wesentlichen den Merkmalen in Art. 3. Abs. 3 GG gleichstellt. Das sind große Fortschritte.

Andere moderne Verfassungen haben bereits den besonderen Schutz vor Diskriminierung wegen der sexuellen Identität mit aufgenommen. Von den Bundesländern, die eigene Grundrechtskataloge in ihren Landesverfassungen haben, hat die Mehrheit bereits eine entsprechende Bestimmung. Im Rahmen der umfangreichen "Parlamentsreform 2020" soll der Gleichheitsartikel 7, Absatz 3 der Landesverfassung von Sachsen-Anhalt um das Merkmal "sexuelle Identität" ergänzt werden. Die europäische Grundrechtecharta enthält ebenfalls ein Verbot der Benachteiligung aufgrund der sexuellen Ausrichtung. Sie ist vom Bundestag und vom Bundesrat mit großer Mehrheit gebilligt worden.

3.) Fortbestehendes Diskriminierungsrisiko

Diese bisherigen Fortschritte haben aber die real existierenden Diskriminierungsrisiken für LSBTI nicht vollkommen beseitigt. Die stets vorhandene Diskriminierung verstärkt sich aktuell, mit dem Aufflammen von Rechtspopulismus und Rechtsextremismus, zunehmend. Hierfür gibt es deutliche Belege:

- Laut Bundesinnenministerium wurden im ersten Halbjahr 2019 bereits 245 Fälle von Hasskriminalität gegen die sexuelle Orientierung erfasst, davon 54 Gewaltdelikte.⁴
- "Schwul" gehört weiterhin zu den meistgebrauchten Schimpfworten auf deutschen Schulhöfen.⁵
- Laut einer Befragung von LSBTI-Jugendlichen aus dem Jahr 2015 haben 82 % aller Teilnehmenden und sogar 96 % der Trans-Befragten Diskriminierung aufgrund ihrer sexuellen Orientierung und/oder geschlechtlichen Identität erlebt.⁶

- LSBTI sind Ziel massiver Hetze und Hassattacken in sog. sozialen Medien, zunehmend auch wieder in den Parlamenten. Die Wiederkehr von Vokabeln wie „entartet“ ist dort kein Tabu mehr.
- Homophobie und transfeindliche Gewalt grassiert weiterhin. Die Möglichkeit, sich jederzeit frei und sichtbar im öffentlichen Raum bewegen zu können, ist eingeschränkt.⁷

4.) Klarstellung im Verfassungstext

Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes und das daraus folgende gesetzgeberische Handeln haben zu diesem Fortschritt in der aktuellen Lebenssituation von LSBTI beigetragen. Dazu waren allerdings oft jahrelange Verfahren notwendig. Es waren dann jeweils Entscheidungen zu Einzelfällen, die in der Summe eine verfassungsrechtliche Auslegung des Art. 3 Abs. 1 GG festschrieben, dass der Schutz der sexuellen Identität den im Rahmen des Abs. 3 genannten Diskriminierungsmerkmalen im Wesentlichen gleichkommt. Diese Rechtsprechung bietet aber keine dauerhafte Sicherheit vor einer möglichen anderen Auslegung. Die vorgenannte verfassungsrechtliche Entwicklung zeigt, dass sie einerseits vom Zeitgeist und andererseits vom Willen der politischen Mehrheiten abhängig ist. Dies belegten die Änderung und Ergänzung des Artikels 3 GG, vom 27. Oktober 1994. Hier wurde Art. 3 Absatz 3 GG um einen weiteren Satz ergänzt, der die Benachteiligung wegen Behinderungen verbietet.

Der Verweis, dass durch die bisherigen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts eine Ergänzung unnötig sei, ist daher falsch. Die Ergänzung ist eine rechtspolitisch weiterhin notwendige Klarstellung. Es muss durch die Ergänzung fixiert werden, dass die sexuelle Identität eine ungleiche Behandlung und Diskriminierung in unserer Gesellschaft unter keinen Umständen rechtfertigen kann.

Im Interesse einer für alle Bürgerinnen und Bürger transparenten Gesetzgebung müssen fundamentale Normen für das Zusammenleben einfach zugänglich und nicht erst durch die Recherche alter Gerichtsentscheidungen und der Lektüre juristischer Kommentare erschließbar sein. Das Diskriminierungsverbot ist eine solche fundamentale Norm. Denn nur ein winziger Bruchteil der Menschen liest Verfassungsgerichtsurteile im Wortlaut oder Grundgesetzkommentare.

Deshalb ist die geforderte Ergänzung nicht zuletzt auch eine gesellschaftspolitisch notwendige Klarstellung. Eine solche Klarstellung hat darüber hinaus praktische Auswirkungen auf die gesellschaftliche Entwicklung. Nur zwei lebenspraktische Beispiele:

- Bei der Gestaltung des schulischen Unterrichts, Weiterbildung und Ausbildung ist die Vermittlung von Wissen über das Grundgesetz, insbesondere der Artikel 1 bis 20, welche die Grundrechte garantieren, Teil des Lehrstoffes. Hier ist die Sichtbarkeit durch ausdrückliche Benennung der einzelnen besonderen Diskriminierungsgründe von großer Bedeutung.

- Ebenso ist die Vermittlung unseres demokratischen Wertesystems in Integrationskursen ein wichtiger Bestandteil. Dass LSBTI Menschen in Deutschland unter dem Schutz der Verfassung stehen, muss deshalb genau so klar erkennbar sein, wie die anderen individuellen Merkmale, die Aufzählung in Absatz 3 finden.

5. Signalwirkung und verfassungsrechtliche Absicherung

Es gibt in Deutschland politische Kräfte, die LSBTI die gesetzliche Gleichstellung wieder streitig machen und sie in Unsichtbarkeit und dunkle Ecken zurücktreiben wollen. Dazu gehörte auch der Entwurf eines Gesetzes zur Aufhebung des Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts.⁸

Gerade in einer Zeit, in der Hass und Hetze wieder deutlich lautstärker geworden sind, braucht es eine klare verfassungsrechtliche Absicherung, dass Ausgrenzung, Unterdrückung und Verfolgung in Deutschland nie wiederkehren können. Mit Blick auch auf europäische Nachbarländer und Mitgliedstaaten der EU sind LSBTI Menschen in Deutschland zunehmend beunruhigt, dass ihre Menschenwürde und Freiheit erneut beschnitten werden könnte. Mit Blick auf eine über 120 Jahre lange strafrechtliche Verfolgung ist dies verständlich.

Wenn von einer deutschen Stadtbehörde im Januar 2020 die Genehmigung einer seit 30 Jahren bestehenden Szene-Bar mit der Begründung untersagt wird, dass die dort verkehrenden schwulen Gäste eine potentielle Gefahr für die „Sittlichkeit“⁹ darstellen, ist dies ein weiterer Beleg für die Dringlichkeit, dass das Grundgesetz explizit die Diskriminierung auf Grund der sexuellen Identität verbietet.

Mit dem Grundrechtekatalog hat sich unsere Demokratie souverän selbst rechtsstaatliche Grenzen gesetzt. Die Grundrechte limitieren auch demokratisch ermächtigte Mehrheiten. Sie schützen die Freiheit und das Recht auf Verschiedenheit in Gleichheit auch über tagespolitische Kontroversen und wandelnden Zeitgeist hinaus. Gerade gegenüber politischen Kräften, die Demokratie als Diktatur einer vermeintlichen Mehrheit missverstehen, muss ein inklusives Grundrechteverständnis auch im Verfassungstext besiegelt werden.

1) <https://www.lsvd.de/de/ct/1042>

2) Zitiert nach Pretzel, Andreas: Homosexuellenpolitik in der frühen Bundesrepublik (Queer Lectures, 3. Jahrgang, Heft 8, Juni 2008), Hamburg 2010, S. 9.

3) BVerfGE 6, 389.

4) <https://www.documentcloud.org/documents/6428996-Hasskriminalita-T-Lsbtig-Achelwilm-Linksfraktion.html#document/p19>

5) https://www.psychologie.hu-berlin.de/de/prof/org/download/klocke2012_1

6) http://www.geschlechtergerechtejugendhilfe.de/wp-content/uploads/2015/09/Auswertung_der_Befragung_von_Fachkraeften_und_Eltern_Magdeburg.pdf

7) Küpper, Beate; Klocke, Ulrich; Hoffmann, Lena-Carlotta (2017):

Einstellungen gegenüber lesbischen, schwulen und bisexuellen Menschen in Deutschland. Ergebnisse einer bevölkerungsrepräsentativen Umfrage. Hg. v. Antidiskriminierungsstelle des Bundes. Baden-Baden: Nomos

8) BT-Drucksache 19/4810

9) <https://www.stuttgarter-nachrichten.de/inhalt.gefahr-fuer-die-sittlichkeit-schwules-stuttgarter-szenelokal-eagle-steht-vor-dem-aus.8f0b6743-8ade-4a2c-ab6c-220ca2c97f14.html>



Deutscher Bundestag
Ausschuss für Recht
und Verbraucherschutz

per Email:
rechtsausschuss@bundestag.de

Juristische Fakultät

Öffentliches Recht und
Geschlechterstudien

Prof. Dr. Ulrike Lembke

Berlin, 11. Februar 2020

**Schriftliche Stellungnahme
zur Vorbereitung der Anhörung des
Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz
des Deutschen Bundestages
am 12. Februar 2020**

**zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes
(Änderung des Artikels 3 Absatz 3 –
Einfügung des Merkmals sexuelle Identität)
BT-Drucksache 19/13123**

Der von den Fraktionen FDP, Die LINKE und Bündnis 90/Die GRÜNEN vorgelegte Gesetzesentwurf schlägt vor, das Verbot der Diskriminierung auf Grund der sexuellen Identität ausdrücklich im Grundgesetz zu verankern und hierzu Artikel 3 Absatz 3 Satz 1 Grundgesetz um die Worte „der sexuellen Identität“ zu ergänzen.

Obwohl im Nationalsozialismus Menschen mit Behinderungen und homosexuelle Menschen schwerer Verfolgung ausgesetzt waren und das Grundgesetz gerade auch hierauf Antworten geben sollte,¹ wurden weder „Behinderung“ noch „sexuelle Identität“ 1949 in das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot aufgenommen. Vielmehr bestätigte das Bundesverfassungsgericht in den Jahren 1957 und 1973 die Geltung von § 175 Strafgesetzbuch, welcher einvernehmliche homosexuelle Handlungen von Männern unter Strafe stellte.² Erst nach der deutschen Wiedervereinigung wurde wieder über die Diskriminierungsverbote in Artikel 3 Absatz 2 und 3 Grundgesetz diskutiert und das Verbot der Benachteiligung auf Grund von Behinderung in Artikel 3 Absatz 3 Satz 2 sowie der Gleichstellungsauftrag in Bezug auf Frauen und Männer in Artikel 3 Absatz 2 Satz 2 Grundgesetz eingefügt.

¹ Hierzu *Sigrid Boysen*, Art. 3 Rn. 116, in: Münch/Kunig (Hg.), Grundgesetz, 6. Aufl. 2012; grundlegend *Gerd Roellecke*, Der Nationalsozialismus als politisches Layout der Bundesrepublik Deutschland, in: Der Staat 28 (1989), S. 505-524.

² BVerfG vom 10.05.1957, BVerfGE 6, 389 ff.; BVerfG vom 02.10.1973, BVerfGE 36, 41 ff.

Zwar hatte sich 1993 auch eine Mehrheit in der Gemeinsamen Verfassungskommission des Bundestages und des Bundesrates für die Ergänzung von Artikel 3 Absatz 3 Satz 1 Grundgesetz um das Merkmal der „sexuellen Identität“ ausgesprochen, doch verfehlte dieser Vorschlag sowohl in der Kommission als auch im Bundestag die notwendige Zweidrittelmehrheit.³ Im Herbst 2009 wurde ein entsprechender Antrag der Stadtstaaten Berlin, Bremen und Hamburg bereits im Bundesrat abgelehnt.⁴ Nach Vorlage entsprechender Anträge durch die damaligen Oppositionsparteien SPD, Die LINKE und Bündnis 90/Die GRÜNEN⁵ wurde am 21. April 2010 eine öffentliche Anhörung⁶ zur Frage der Ergänzung von Artikel 3 Absatz 3 Satz 1 Grundgesetz um das Merkmal der „sexuellen Identität“ durchgeführt, bei der im Grundsatz alle wesentlichen Argumente ausgetauscht wurden. Der wesentliche Unterschied zur damaligen Rechtslage dürfte die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare sein, welche die teilweise geäußerten Befürchtungen bezüglich Artikel 6 Absatz 1 Grundgesetz⁷ gegenstandslos gemacht haben dürfte.

Auf Landesebene hat sich die Verfassungsdiskussion teils anders entwickelt. Ein Verbot der Diskriminierung auf Grund der sexuellen Identität bzw. sexuellen Orientierung enthalten die Verfassungen von Berlin, Brandenburg, Bremen, dem Saarland und Thüringen. Mit Gesetzentwurf vom 23. Januar 2020, vorgelegt von den Fraktionen CDU, Die LINKE, SPD und Bündnis 90/Die GRÜNEN, soll im Zuge der Parlamentsreform ein Verbot der Diskriminierung auf Grund der sexuellen Identität auch in der Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt verankert werden.⁸

Diskriminierung auf Grund der sexuellen Identität

Soweit ersichtlich, wird nicht bezweifelt, dass Diskriminierungen auf Grund der sexuellen Identität (traurige) Realität darstellen und dass diese Realität grundsätzlich rechtliche Gegenmaßnahmen erfordert. Auch in der Anhörung am 21. April 2010 bestand bei allen Unterschieden in der Sache diesbezüglich Einigkeit bei den Sachverständigen.⁹ Lesben, Schwule und Bisexuelle sind weiterhin von Diskriminierung im Erwerbsleben¹⁰ betroffen, aber auch in ihrer Freizeit, beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen, im Bereich der Gesundheitsversorgung, im Kontakt mit Ämtern und Behörden, in ihrem Familienleben

³ Kritisch zum Erfordernis der Zweidrittelmehrheit in der Gemeinsamen Verfassungskommission *Claus Dieter Classen*, Die deutsche Debatte um das Merkmal „sexuelle Orientierung“: Erweiterung des Art. 3 Abs. 3 GG oder Beibehaltung des Status quo (Art. 3 Abs. 1 GG)?, in: ders./Lukanko/Richter (Hg.), „Sexuelle Orientierung“ als Diskriminierungsgrund: Regelungsbedarf in Deutschland und Polen?, 2016, S. 165 (166 f.), weil es somit keinerlei Zwang zum Kompromiss gegeben habe, was sich in erwartungsgemäß „ausgesprochen bescheidenen“ Ergebnissen geäußert habe.

⁴ Siehe BR-Drs. 741/09, sowie Bundesrat, Stenographischer Bericht von der 864. Sitzung, S. 426 D.

⁵ SPD: BT-Drs. 17/254; Die LINKE: BT-Drs. 17/472; Bündnis 90/Die GRÜNEN: BT-Drs. 17/88.

⁶ Sachverständige bei der Anhörung waren Prof. Dr. *Susanne Baer*, Prof. Dr. *Nina Dethloff*, Prof. Dr. *Klaus F. Gärditz*, RA Dr. *Helmut Graupner*, Prof. Dr. *Bernd Grzeszick*, Prof. Dr. *Winfried Kluth*, Prof. Dr. *Hanno Kube*, Prof. Dr. *Ute Sacksofsky* und RA Dr. *Marc Schöffner*. Fast alle ihre Stellungnahmen sind abrufbar unter www.artikeldrei.de.

⁷ Exemplarisch *Bernd Grzeszick*, Stellungnahme zu den Entwürfen eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 3 Absatz 3 Satz 1) – BT-Drs. 17/88, 17/254 und 17/472 –, 2010, S. 4 ff.; *Hanno Kube*, Stellungnahme zu den Entwürfen eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 3 Absatz 3 Satz 1) – BT-Drs. 17/88, 17/254 und 17/472 –, 2010, S. 6.

⁸ Landtag von Sachsen-Anhalt, Gesetzentwurf vom 23.01.2020, LT-Drs. 7/5550.

⁹ Zu diesem Befund auch *Claus Dieter Classen* (Fn. 3), S. 165 (171 f.) mwN.

¹⁰ *Antidiskriminierungsstelle des Bundes/Hochschule Fresenius/Institut für Diversity- und Antidiskriminierungsforschung*, „Out im Office?!“. Studie zur Arbeitssituation lesbischer, schwuler, bisexueller und Trans*-Beschäftigter in Deutschland, 2017.

und im Privatbereich. Auffällig ist ferner die hohe Gewaltbetroffenheit von Menschen, deren sexuelle Identität von der Bevölkerungsmehrheit abweicht.¹¹ Insofern wird „Verletzungsoffenheit“ als Teil aller nicht-heteronormativen Lebensweisen bezeichnet, da gewaltsame Grenzziehungen erfolgen zwischen mehrheitlich gesellschaftlich anerkannten und als Normalität betrachteten Lebensformen und den davon abweichenden lesbischen, schwulen, bisexuellen und/oder queeren Lebens-, Begehrens- und Liebesweisen.¹² Sexuelle Identität spielt auch eine wesentliche Rolle bei intersektionalen Diskriminierungen, die sich ebenso in Abwertung, Ausgrenzung, Benachteiligung oder Gewalt äußern können.¹³

Dazu steht nicht im Widerspruch, dass es eine allgemeine Wahrnehmung gibt, welche von einer zunehmenden Offenheit gegenüber nicht-heterosexuellen Personen ausgeht. Es ist zweifelhaft, ob es sich bei dieser Offenheit nicht um eine sehr abstrakte, eher der eigenen Selbstwahrnehmung dienende Einstellung handelt, insbesondere da weiterhin erhebliche Vorbehalte und Abwertungen zutage treten, sobald abweichende sexuelle Identitäten auch Sichtbarkeit in der Öffentlichkeit beanspruchen oder es um die eigene Familie oder das nahe soziale Umfeld geht.¹⁴ Zugleich gehört für bestimmte politische Richtungen die aggressive Ablehnung nicht-heterosexueller Lebensweisen zum politischen Programm, und diese Gruppen werden auch in Europa zunehmend stärker.

Bestehender rechtlicher Schutz gegen Diskriminierung auf Grund der sexuellen Identität

Der Dissens im politischen Diskurs und unter den Sachverständigen bei der letzten öffentlichen Anhörung im Jahr 2010 folgt auch nicht aus der Frage, ob die bestehenden faktischen Diskriminierungen zu unterbinden sind, sondern ob bereits bestehende rechtliche Regelungen hierfür genügen und eine Verfassungsänderung daher als nicht notwendig erscheint. Hierfür wird zum einen auf das europäische Antidiskriminierungsrecht und dessen nationale (Teil-)Umsetzung durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz verwiesen; zum anderen werden die bereits oben erwähnten Landesverfassungen herangezogen.

Artikel 21 Absatz 1 der EU-Grundrechtecharta enthält ebenso wie Artikel 10 AEUV ein Verbot der Diskriminierung auf Grund der sexuellen Ausrichtung. Diese Verbote gelten

¹¹ BMI, PMK 2018 – Hasskriminalität, abrufbar unter www.bmi.bund.de; FRA European Union Agency for Fundamental Rights, EU LGBT Survey. European Union Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Survey. Main Results, 2014; *Polizei Berlin*, Straftaten gegen Lesben, Schwule, Bisexuelle, trans- und intergeschlechtliche Menschen (LSBTI), 2018, https://www.berlin.de/polizei/assets/aufgaben/praevention/straftaten_lsbti.pdf.

¹² Gundula Ludwig, Individualisierung und Ökonomisierung des Sozialen. Zum Bedingungsgefüge sexualisierter Gewalt im Neoliberalismus, in: Bildpunkt 2012, S. 4 (5).

¹³ Grundlegend *LesMigraS* (Hg.), „...nicht so greifbar und doch real“. Eine quantitative und qualitative Studie zu Gewalt- und (Mehrfach-) Diskriminierungserfahrungen von lesbischen, bisexuellen Frauen und Trans* in Deutschland, Berlin 2012, https://lesmigras.de/tl_files/lesmigras/kampagne/Dokumentation%20Studie%20web.pdf.

¹⁴ Siehe nur die Studie von Beate Küpper, Ulrich Klocke & Lena-Carlotta Hoffmann, Einstellungen gegenüber lesbischen, schwulen und bisexuellen Menschen in Deutschland. Ergebnisse einer bevölkerungsrepräsentativen Umfrage, hrsg. von Antidiskriminierungsstelle des Bundes, 2017, abrufbar unter www.antidiskriminierungsstelle.de, welche zeigt, wie zuvor bekundete Toleranz stark abnimmt, wenn es um die Frage geht, ob sich gleichgeschlechtliche Paare in der Öffentlichkeit küssen dürfen oder ob es problematisch wäre, wenn das eigene Kind homosexuell wäre und nicht nur ein Arbeitskollege. Abstrakt stimmten aber 80% der Befragten der Aussage zu, dass nicht-heterosexuelle Personen weiterhin benachteiligt werden, und 90% forderten rechtlichen Schutz gegen Diskriminierung auf Grund der sexuellen Identität.

aber nur für den Kompetenzbereich der Europäischen Union selbst und/oder für die Mitgliedstaaten, wenn diese Unionsrecht durchführen.¹⁵ Die Rahmenrichtlinie 2000/78/EG verbietet Diskriminierung auf Grund der sexuellen Ausrichtung und wurde vom deutschen Gesetzgeber durch die im AGG geregelten Diskriminierungsverbote auf Grund der sexuellen Identität für den Bereich des Erwerbslebens sowie (eingeschränkt) den Zugang zu Gütern und Dienstleistungen in nationales Recht umgesetzt. Teilweise wird argumentiert, dass mit diesen Regelungen ein hinreichender Schutz im Wirtschafts- und Erwerbsleben erreicht sei, der nicht ausgeweitet werden müsse.¹⁶ Warum sich allerdings der Staat einem Diskriminierungsverbot (außer bei der Durchführung von Unionsrecht) soll entziehen können, während Privaten zu Recht Diskriminierungen auf Grund der sexuellen Identität versagt sind, erschließt sich nicht ohne Weiteres.¹⁷ Etliche wesentliche Regelungsbereiche sind überdies nicht vom AGG erfasst, sondern würden nur einem verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbot unterfallen.¹⁸

Teilweise wird dann auf bestehende Regelungen in den Landesverfassungen verwiesen, wobei letztlich Einigkeit besteht, dass nur eine bundeseinheitliche Regelung effektiven Schutz vor Diskriminierung auf Grund der sexuellen Identität bietet. (So wäre es bezüglich rassistischer oder Geschlechtsdiskriminierung undenkbar, deren Bekämpfung allein landesrechtlichen Regelungen zu überlassen.) Ferner wird ausgeführt, dass Diskriminierungen auf Grund der sexuellen Identität doch ohnehin schon von Verfassungen wegen verboten seien.¹⁹

In der Tat hat das Bundesverfassungsgericht den allgemeinen Gleichheitssatz aus Artikel 3 Absatz 1 Grundgesetz in Bezug auf sexuelle Orientierung zwischenzeitlich so ausgelegt, dass das Schutzniveau im Einzelfall nicht hinter dem aus Artikel 3 Absatz 3 Satz 1 Grundgesetz zurückbleibt. Zunächst sah das Bundesverfassungsgericht, insbesondere bei der Überprüfung von gesetzlichen Regelungen, nur eine Willkürkontrolle vor, wonach die Ungleichbehandlung nicht völlig willkürlich erscheinen durfte, sondern einen Sachgrund haben musste.²⁰ 1980 entwickelte das BVerfG die sog. „neue Formel“: Eine Norm verletzt danach den allgemeinen Gleichheitssatz des Artikel 3 Absatz 1 Grundgesetz, wenn durch sie eine Gruppe von Normadressat*innen im Vergleich zu anderen Normadressat*innen verschieden behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen können.²¹

¹⁵ Da Bundestag und Bundesrat an der Gestaltung der Grundrechtecharta wesentlich beteiligt waren, müsste eigentlich nur eine begeistert begrüßte Rechtsentwicklung im eigenen Land fortgesetzt werden, so treffend *Susanne Baer*, Stellungnahme zu den Entwürfen eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 3 Absatz 3 Satz 1) – BT-Drs. 17/88, 17/254 und 17/472, Berlin 2010, S. 11 f.

¹⁶ So *Winfried Kluth*, Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am Mittwoch, dem 21. April 2010.

¹⁷ *Helmut Graupner*, Stellungnahme für die öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses des Bundestages am 21.04.2010 zur Änderung des Grundgesetzes („sexuelle Identität“) (BT-Drs. 17/88, 17/254, 17/472), S. 17: „Damit sich die Staatsgewalt nicht erlaubt, was sie den Rechtsunterworfenen verbietet.“

¹⁸ Zu den Folgeänderungen nach der schwedischen Verfassungsergänzung: *Nina Dethloff*, Stellungnahme zur Ergänzung des Art. 3 III 1 GG um das Merkmal der sexuellen Identität, 21. April 2010, S. 9.

¹⁹ *Bernd Grzeszick*, Stellungnahme zu den Entwürfen eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 3 Absatz 3 Satz 1) – BT-Drs. 17/88, 17/254 und 17/472 –, 2010, S. 3 ff.

²⁰ BVerfG vom 23.10.1951, Az. 2 BvG 1/51.

²¹ BVerfG vom 07.10.1980, Az. 1 BvL 50/79, 1 BvL 89/79, 1 BvR 240/79.

1993 fasste das Bundesverfassungsgericht die Möglichkeiten der legitimen Ungleichbehandlung von Personengruppen noch enger: Da der Grundsatz, dass alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind, in erster Linie eine ungerechtfertigte Verschiedenbehandlung von Personen verhindern soll, unterliegt der Gesetzgeber bei einer Ungleichbehandlung von Personengruppen regelmäßig einer strengen Bindung. Diese Bindung ist umso enger, je mehr sich die personenbezogenen Merkmale den in Artikel 3 Absatz 3 Grundgesetz genannten annähern und je größer deshalb die Gefahr ist, dass eine an sie anknüpfende Ungleichbehandlung zur Diskriminierung einer Minderheit führt.²² Schließlich stellte das Bundesverfassungsgericht explizit fest, dass jedenfalls die sexuelle Orientierung ein solches vergleichbares Merkmal darstellt.²³

Diese Rechtsprechung wird als Beleg dafür angeführt, dass der Diskriminierungsschutz in Bezug auf sexuelle Identität nicht verbessert werden müsse, während zugleich zutreffend ausgeführt wird, dass der Schutz nach Artikel 3 Absatz 1 Grundgesetz für den Gesetzgeber eine höhere Flexibilität aufweise, also weniger zuverlässig ist.²⁴ Eine gewisse Widersprüchlichkeit dieser Argumentation ist nicht zu bestreiten.²⁵ Diskriminierung als Problem und effektiven Diskriminierungsschutz ernst zu nehmen, kann bedeuten, die Verweigerung umfassenden Schutzes und den Verweis auf deutlich leichter einschränkbare Grundrechte als „Ausdruck einer grundrechtlichen Zweiklassengesellschaft“ zu bezeichnen.²⁶

Gleichheit und Anti-Diskriminierung

Der Verweis auf den allgemeinen Gleichheitssatz aus Artikel 3 Absatz 1 Grundgesetz als hinreichend wirft die grundlegende Frage nach dem Verständnis von Diskriminierung und rechtlichem Diskriminierungsschutz auf. Die Diskriminierungsverbote in Artikel 3 Absatz 2 und 3 Grundgesetz sind keine schlichten Unterformen des allgemeinen Gleichheitssatzes; sie hängen mit diesem zwar eng zusammen, haben aber einen eigenständigen Regelungsgehalt, der auch andere dogmatische Herangehensweisen erfordert.

Der allgemeine Gleichheitssatz statuiert einen notwendigen Grundsatz im demokratischen Rechtsstaat, der die Gleichheit aller Bürger*innen vor dem Gesetz gewährleisten soll. Ungleichbehandlungen müssen gerechtfertigt werden und vielfach ist diese Rechtfertigung durch einen sachlichen Grund auch unproblematisch möglich. Diskriminierung erschöpft sich dagegen nicht in unsachlicher Ungleichbehandlung. Diskriminierung meint die *strukturelle Benachteiligung* von Personen, welche einer bestimmten Gruppe angehören oder zugeschrieben werden. Die gruppenkonstituierenden Merkmale sind zwar

²² BVerfG vom 26.01.1993, Az. 1 BvL 38/92, 1 BvL 40/92, 1 BvL 43/92.

²³ BVerfG vom 07.07.2009, Az. 1 BvR 1164/07; BVerfG vom 07.05.2013, Az. 2 BvR 909/06, 2 BvR 1981/06, 2 BvR 288/07.

²⁴ Vgl. *Hanno Kube*, Stellungnahme zu den Entwürfen eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 3 Absatz 3 Satz 1) – BT-Drs. 17/88, 17/254 und 17/472 –, 2010, S. 3 f., 5 f.

²⁵ Kritisch auch *Claus Dieter Classen*, Die deutsche Debatte um das Merkmal „sexuelle Orientierung“: Erweiterung des Art. 3 Abs. 3 GG oder Beibehaltung des Status quo (Art. 3 Abs. 1 GG)?, in: ders./Lukanko/Richter (Hg.), „Sexuelle Orientierung“ als Diskriminierungsgrund: Regelungsbedarf in Deutschland und Polen?, 2016, S. 165 (175).

²⁶ So *Susanne Baer*, Stellungnahme zu den Entwürfen eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 3 Absatz 3 Satz 1) – BT-Drs. 17/88, 17/254 und 17/472, Berlin 2010, S. 6 f.; kritisch zum verfassungsrechtlichen Schutzniveau auch *Nina Dethloff*, Stellungnahme zur Ergänzung des Art. 3 III 1 GG um das Merkmal der sexuellen Identität, 21. April 2010, S. 5 ff.

historisch kontingent, aber keineswegs zufällig. Die meisten der in Artikel 3 Absatz 3 Grundgesetz genannten Merkmale finden sich ebenso in anderen nationalen Verfassungen, im europäischen Recht und in internationalen Menschenrechtsverträgen.²⁷

Antidiskriminierungsrecht wie die Diskriminierungsverbote in Artikel 3 Absatz 3 Grundgesetz beruht daher nicht auf beliebigen Kategorien, sondern erfasst nur jene, welche historisch gewachsene, aber weiterhin hoch aktuelle *strukturelle* Abwertungen, Ausgrenzungen, Benachteiligungen und Gewalt wegen einer (zugeschriebenen) Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe beschreiben. Deshalb ist der Katalog von Diskriminierungskategorien weder beliebig noch endlos. Er ist im Falle von Artikel 3 Absatz 3 Grundgesetz aber unvollständig.

Wie Behinderung, Geschlecht(sidentität) oder Glaube beschreibt auch sexuelle Identität Unterscheidungen zwischen Menschen, welche nicht einfach folgenlos auf „menschliche Vielfalt“ verweisen, sondern auf eine lange und unabgeschlossene Geschichte struktureller Abwertung, Ausgrenzung und Benachteiligung. Die Stigmatisierung und Ausgrenzung in Kaiserreich und Weimarer Republik, die Verfolgung im Nationalsozialismus, die lang andauernde Kriminalisierung und die aktuelle überdurchschnittlich hohe Gewaltbetroffenheit sind hierfür wichtige Indikatoren. Gleiches gilt für die zunächst nur im Abstrakten positiven Einstellungen in der Mehrheitsbevölkerung, die in Vorurteile und Ablehnung umschlagen können, wenn die Möglichkeit von der Norm abweichender sexueller Identitäten konkreter und sichtbarer wird. Eine lange Diskriminierungsgeschichte sowie faktische und fortbestehende rechtliche Benachteiligungen in verschiedenen Lebensbereichen und die Diskriminierungs- und Gewalterfahrungen auch von Personen, die nur für lesbisch oder schwul gehalten werden, zeigen, dass es hier nicht um Fragen der Gleichbehandlung allein geht, sondern um effektiven Schutz vor tief verwurzelter und sich in verschiedenen Lebensbereichen ausprägender Diskriminierung.

Der Begriff der sexuellen Identität

Wenn das zu regelnde Realphänomen der strukturellen Abwertung, Ausgrenzung, Benachteiligung und Gewalt auf Grund der (vermuteten) Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe zutreffend beschrieben ist, bleibt die Frage, ob der Begriff der „sexuellen Identität“ sich eignet, den notwendigen Diskriminierungsschutz in Artikel 3 Absatz 3 Grundgesetz zu gewährleisten. Dies ist immer wieder bezweifelt worden,²⁸ und in der Tat weicht der Begriff jedenfalls vom unionsrechtlichen wie vom menschenrechtlichen Sprachgebrauch ab, wo von „*sexual orientation*“ oder SOGI-Rechten (Sexual Orientation & Gender Identity) die Rede ist.

Allerdings ist diese Abweichung so beharrlich, dass schon von einer eigenen Terminologie ausgegangen werden kann: Bereits die Diskussionen um eine Ergänzung von Artikel 3 Absatz 3 Grundgesetz im Jahr 1994 wurden mit dem Terminus der „sexuellen Identität“ geführt. In vier von fünf Landesverfassungen, welche einen

²⁷ Zum Schutz der sexuellen Orientierung in Europa und Global ausführlich *Helmut Graupner*, Stellungnahme für die öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses des Bundestages am 21.04.2010 zur Änderung des Grundgesetzes („sexuelle Identität“) (BT-Drs. 17/88, 17/254, 17/472), S. 1 ff.

²⁸ Ausführlich zum Begriff *Bernd Grzeszick*, Stellungnahme zu den Entwürfen eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 3 Absatz 3 Satz 1) – BT-Drs. 17/88, 17/254 und 17/472 –, 2010, S. 11 ff.

entsprechenden Diskriminierungsschutz regeln, ist von „sexueller Identität“ die Rede, mit Sachsen-Anhalt wird bald eine fünfte hinzutreten. Vor allem aber ist bei der Umsetzung der europäischen Antidiskriminierungs-Richtlinien der Begriff der „sexuellen Identität“ in das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz aufgenommen worden, ohne dass dies den Diskriminierungsschutz wesentlich beeinträchtigt oder gar die Gerichte überfordert hätte. Zutreffend wird im Gesetzentwurf darauf hingewiesen, dass der Begriff der „sexuellen Identität“ in etlichen weiteren Bundesgesetzen verwendet wird, so in § 75 BetrVG, § 9 BeamtStG, § 1 SoldGG, § 3 SG, § 36 SGB III und § 19a SGB IV.

Das Deutsche Institut für Menschenrechte empfiehlt in seiner Stellungnahme, auch die Geschlechtsidentität und körperliche Geschlechtsentwicklung explizit in Artikel 3 Absatz 3 Grundgesetz aufzunehmen.²⁹ Zwar würden europäische Rechtsprechung wie Bundesverfassungsgericht³⁰ inzwischen Geschlechtsidentität als von „Geschlecht“ erfasst ansehen – was sehr zu begrüßen ist –, doch spreche die späte Entwicklung vom rein individuellen Persönlichkeits- und Privatheitsschutz zur Anwendung auch struktureller Diskriminierungsverbote für eine entsprechende Klarstellung. Allerdings ist die vornehmlich mit dem AGG befasste Arbeitsgerichtsbarkeit auch insoweit um Lösungen nicht verlegen: So hat das Bundesarbeitsgericht die Diskriminierung einer Trans*-Person sowohl unter Diskriminierung auf Grund des Geschlechts als auch auf Grund der sexuellen Identität subsumiert.³¹

Es wären also Lösungsangebote vorhanden, sollte die dogmatisch überzeugende³² Zuordnung von Geschlechtsidentität unter „Geschlecht“ tatsächlich einmal wieder in Frage gestellt werden.

„Ohne Angst verschieden sein“ und die Aufgaben des verfassungsändernden Gesetzgebers

Oben ist beschrieben worden, wie Diskriminierung im Gegensatz zu Ungleichbehandlung zu verstehen ist. Um die Frage, ob eine verfassungsänderung notwendig ist, aber abschließend zu beantworten, muss auch das Ziel verfassungsrechtlicher Diskriminierungsverbote in den Blick genommen werden. In Anlehnung an *Adorno* beschreibt die Philosophin, Soziologin und Geschlechterforscherin *Andrea Maihofer* die Vorstellung einer Gesellschaft, in der Menschen „ohne Angst verschieden sein“ können.³³ Dabei handelt es sich um ein ausgesprochen voraussetzungsvolles Konzept und zugleich die wohl zwingende Voraussetzung dafür, dass Bürger*innen sich als Freie und Gleiche – so ein verbreitetes Idealbild – begegnen und gemeinsam das Gemeinwesen gestalten können.

Ohne Angst verschieden sein zu können, würde bedeuten, dass Unterschiede zwischen Menschen einfach nur Unterschiede sind und nicht mehr Nachteile, Defizite, Anlass für

²⁹ *Deutsches Institut für Menschenrechte*, Stellungnahme: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Änderung des Artikels 3 Abs. 3 – Einführung des Merkmals sexuelle Identität). Öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses am 12. Februar, S. 8 f.

³⁰ BVerfG vom 10.10.2017, Az. 1 BvR 2019/16.

³¹ Bundesarbeitsgericht vom 17.12.2015, Az. 8 AZR 421/14.

³² Grundlegend *Laura Adamietz*, *Geschlecht als Erwartung: das Geschlechtsdiskriminierungsverbot als Recht gegen Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität*, 2011.

³³ Ausführlich zu *Maihofers* Denken sowie den möglichen Weiterentwicklungen und Folgen vgl. die Beiträge in: *Dominique Grisard, Ulle Jäger & Tomke König* (Hg.), *Verschieden Sein. Nachdenken über Geschlecht und Differenz*, 2013.

Abwertung und Ausgrenzung oder gar Gewalt. Die „Verschiedenheit“ im Bereich Intimität, Partnerschaft, Familie macht besonders verletzlich, weil die Abwertung, Ausgrenzung und Benachteiligung nicht-heterosexueller Identitäten im Wortsinne „an die Substanz“ geht, indem Diskriminierung und Gewalt bis in das Privateste hineinreichen. Die Geschichte der Diskriminierung auf Grund sexueller Identität funktioniert einerseits über Gewalt, Kriminalisierung und den Ausschluss von bürgerlichen Rechtsinstituten wie der Ehe, andererseits über Politiken der Stigmatisierung und Beschämung.

Die Emanzipation derjenigen, welche den Mehrheitsvorstellungen entsprechend ihr Privatleben und ihre Familienzusammenhänge organisieren können, von Abscheu und Empörung hin zur Verteidigung gleicher Grund- und Menschenrechte³⁴ ist weiterhin fragil, wie auch Studien zeigen. Sehr bedenklich ist daher, wenn in Diskussionen um verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbote Menschen mit nicht-heterosexueller Identität vorgeworfen wird, ihr Schutz führe zur Fragmentierung der Gesellschaft³⁵ und sie verlangten unzulässige Sonderrechte³⁶. Minderheitenschutz ist im demokratischen Rechtsstaat keine Gnade, sondern Funktionsbedingung, da demokratische Verfahren allein nur die zentralen Freiheiten der Angehörigen der Mehrheit zu schützen vermögen, nicht aber die gleichberechtigte Teilhabe oder auch nur freie Existenz von diskriminierten Minderheiten.³⁷ Ohne Selbstbeschränkung wird der Souverän zum Tyrann, der schlimmstenfalls historisches Unrecht fortsetzt und das Versprechen nicht einlöst, das alle Bürger*innen, solange sie nicht die Rechte Anderer verletzen, in Frieden, Gleichheit und Freiheit – in Verschiedenheit ohne Angst – leben können.

Die Selbstbeschränkungen des demokratischen Souveräns³⁸ durch Grund- und Menschenrechte gehören zur DNA unserer Verfassungskultur und doch verlangen sie – wie eben die langen Diskussionen um den verfassungsrechtlichen Schutz vor Diskriminierung auf Grund der sexuellen Identität exemplarisch zeigen – dem verfassungsändernden Gesetzgeber manchmal Einiges ab. Vor zehn Jahren hat *Susanne Baer* dies als „Konfrontation mit dem demokratischen Dilemma“ beschrieben:

„Anträge auf die Festlegung von Grundrechten gegen Diskriminierung fordern dazu auf, einer Regelung zuzustimmen, die etwas gutheißt, was die eigenen Wählerinnen und Wähler, viele Abgeordnete und einige Sachverständige mehrheitlich „nicht so gut“ finden. Der Bundestag soll mit Blick auf Verhaltensweisen, die Menschen mehrheitlich für nicht „normal“ halten, die von vielen Menschen abgelehnt werden, die nicht Wenige als „schwierig“, manche sogar immer noch als „krank“ oder als „ekelhaft“ bezeichnen, genau

³⁴ Grundlegend und immer lesenswert *Martha C. Nussbaum*, *From Disgust to Humanity. Sexual Orientation & Constitutional Law*, 2010.

³⁵ So *Hanno Kube*, Stellungnahme zu den Entwürfen eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 3 Absatz 3 Satz 1) – BT-Drs. 17/88, 17/254 und 17/472 –, 2010, S. 7 f., welcher verkennt, dass der von ihm beschworene Mensch „in seiner gleichen Würde und Freiheit“ eben auch des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsschutzes bedarf, wenn er nicht ohnehin schon „Gleicher“ ist.

³⁶ In diese Richtung *Winfried Kluth*, Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am Mittwoch, dem 21. April 2010.

³⁷ Hierzu *Ute Sacksofsky*, Stellungnahme zur Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages zu drei Gesetzentwürfen zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 3 Absatz 3 Satz 1) (BT-Drs. 17/254, 17/472, 17/88) am 21. April 2010, S. 2.

³⁸ Die Beschneidung der Entscheidungsmöglichkeiten des parlamentarischen Gesetzgebers betont *Winfried Kluth*, Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am Mittwoch, dem 21. April 2010. In *T. H. White*, *The Once and Future King*, 1958, ist Recht erst Recht, wenn sich auch der König selbst als dadurch gebunden betrachtet.

das Gegenteil sagen: dass das nicht Normale geschützt ist. Der Deutsche Bundestag soll mit der Ergänzung des Artikel 3 GG erklären, dass er Menschenwürde und Freiheit auch derjenigen achtet, die nicht entsprechend den Vorstellungen der Mehrheit – und auch nicht der gewählten Mehrheiten – leben. Das ist eine **große Herausforderung**. Deshalb sind **Grundrechte auch eine derart große demokratische Leistung.**³⁹ (Hervorh. i.O.)

Der Schutz vor Diskriminierung auf Grund der sexuellen Identität ist auch den Gerichten inklusive Verfassungsgerichten anvertraut. Aber er ist ihnen nicht anvertraut, damit der Kontrollmaßstab weniger streng ausfällt, weil die Gerichte ihn in *judicial self-restraint* selbst entwickeln müssen. Es bleibt beim überschreitenden Akt der notwendigen Selbstbeschränkung des Souveräns: Diskriminierungsschutz als Minderheitenschutz ist im demokratischen Rechtsstaat zuvörderst die Aufgabe des (verfassungsändernden) Gesetzgebers.

³⁹ *Susanne Baer*, Stellungnahme zu den Entwürfen eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 3 Absatz 3 Satz 1) – BT-Drs. 17/88, 17/254 und 17/472, Berlin 2010, S. 12 f.



Deutscher Bundestag
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

per Mail: rechtsausschuss@bundestag.de

11. Februar 2020

**Schriftliche Stellungnahme
zur Vorbereitung der Anhörung des
Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz
des Deutschen Bundestages
am 12. Februar 2020**

**zum
Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes
(Änderung des Artikels 3 Absatz 3 –
Einfügung des Merkmals „sexuelle Identität“)
BT-Drucksache 19/13123**

Die vorgeschlagene Erweiterung von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG um die Kategorie „sexuelle Identität“ dient einer expliziten Klarstellung, dass nämlich in Deutschland niemand mehr aufgrund der „sexuellen Identität“ Diskriminierung erfahren soll.

„Zweck des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG ist es, Angehörige strukturell diskriminierungsgefährdeter Gruppen vor Benachteiligung zu schützen.“
(BVerfGE 147, 1, 28 – *Dritte Option*; 88, 87, 96 – *Altersgrenze TSG*)

So hat das Bundesverfassungsgericht mehrmals formuliert, und zwar mit Blick auf Inter- und Transgeschlechtlichkeit. Solche besonders vulnerablen Personengruppen bedürfen expliziten verfassungsrechtlichen Schutzes vor Diskriminierung.

1. Demokratischer Schutz vor Diskriminierung in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG

Die Aufzählung möglicher Diskriminierungsgründe in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG reagiert – wie generell üblich bei verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverboten – auf bestimmte historische Erfahrungen: Manche kategorial bestimmte Personengruppen sind historisch in besonderer Weise staatlichen Repressionen ausgesetzt gewesen. Das gilt in Deutschland für Personen, die nicht klassisch heterosexuelle Beziehungen führen, ebenso wie für Personen, die sich nicht in das binäre Geschlechtsmodell einfügen können oder wollen.

**Prof. Dr. Anna Katharina Mangold,
LL.M. (Cambridge)**

Professur für Europarecht
Studiengangsleitung M.A. European Studies

Besucheranschrift

Auf dem Campus 1 B
Gebäude RIGA 8 | Raum RIG 801
24943 Flensburg

Tel. +49 461 805 2766
Fax +49 461 805 952587
anna-katharina.mangold@uni-flensburg.de

Sekretariat

Sabine Krüger

Raum RIG 814
Tel. +49 461 805 2019/2587
Fax +49 461 805 952587
Office.EUS@uni-flensburg.de

<http://europeanstudies.info/>
www.uni-flensburg.de

Kategorial bestimmte und durch verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbote geschützte Personengruppen sind nicht überall auf der Welt in gleicher Weise bestimmt, sondern unterscheiden sich örtlich und zeitlich. Nicht von heute auf morgen werden willkürlich alle möglichen Personengruppen vor Diskriminierung geschützt, sondern bestimmte Personengruppen werden zuerst als besonders schützenswert betrachtet, wenn historische Erfahrungen deren Vulnerabilität offenbart hat. In „constitutional moments“ bestimmen konkrete Gemeinschaften, welche Personengruppen sie für schützenswert erachten, etwa der Parlamentarische Rat bei Schaffung des Grundgesetzes.

Dieser Prozess ist freilich dann nicht ein für allemal abgeschlossen, sondern bedarf stetiger Anpassung durch die verfassungsändernden Organe. Der besondere Schutz vor Diskriminierung erweist sich dort als notwendig, wo historisch andauernde Exklusionen von Personen so verfestigt sind, dass sie den demokratischen Anspruch der vulnerablen Personengruppe auf Gleichberechtigung und gleichrangige Wahrnehmung in Frage stellen. Welche gesellschaftlichen Gruppen dies jeweils sind, unterscheidet sich geographisch und im historischen Verlauf. Erst in sozialen und rechtlichen Kämpfen gelingt es, die Vulnerabilität von bestimmten Personengruppen überhaupt sichtbar zu machen. Dies ist ein zähes Ringen, wie die in dieser Stellungnahme aufgeführten rechtshistorischen Entwicklungen exemplarisch zeigen.

Es sind nun nicht nur die von einer sozialen Benachteiligungslage „Betroffenen“, die gegen die sozialen Ausschlüsse, Marginalisierungen und Benachteiligungen kämpfen, sondern typischerweise ist es eine Koalition von Personen, die das Ende derartiger Diskriminierungspraktiken für angezeigt halten. Wenn gelegentlich etwas verwundert festgestellt wird, zahlenmäßig nicht sehr große Gruppen in der Gesellschaft hätten große Erfolge errungen, obgleich sie doch nur wenige seien – etwa im Falle der Lesben- und Schwulenbewegung –, dann gerät diese übergreifende und gesamtgesellschaftliche Koalition aus dem Blick. Marginalisierte, ausgeschlossene, unterdrückte und diskriminierte Gruppen werden in ihrem Kampf um demokratische Gleichberechtigung unterstützt von Angehörigen der Mehrheitsgesellschaft auch und gerade aus privilegierteren Gruppen.

Erst diese Koalition der „Unterdrückten“ mit Nichtdiskriminierten vermag überhaupt Wandel in den gesellschaftlichen Verhältnissen herbeizuführen – nicht nur jene, die Nachteile erdulden müssen, sehnen deren Ende herbei, sondern auch diejenigen, für die der Status quo an sich vorteilhaft ist. Ein wesentliches Motiv dieser solidarischen Personen dürfte sein, dass sie eine gleichberechtigte demokratische Gesellschaft wünschen und sich aktiv daran beteiligen, diese Wirklichkeit werden zu lassen.

Allen demokratisch orientierten Parteien im Bundestag muss es deswegen Anliegen sein, Schutz vor Diskriminierung für vulnerable Personengruppen in der Verfassung zu verankern.

2. Schutz anderer als heterosexueller Beziehungen

Als der Parlamentarische Rat 1948/49 über das Grundgesetz debattierte, war zwar bekannt, dass auch homosexuelle Menschen im Dritte Reich besonderer Diskriminierung und Verfolgung ausgesetzt gewesen waren („Rosa Winkel“).

Gleichwohl galt der in der Kaiserzeit geschaffene und durch das NS-Regime verschärfte § 175 StGB auch in der Bundesrepublik weiterhin als Strafnorm, die einvernehmliche sexuelle Handlungen zwischen erwachsenen Männern kriminalisierte. Eine dagegen gerichtete Verfassungsbeschwerde führte 1957 zu einem der schändlichsten Urteile des Bundesverfassungsgerichts in seiner gesamten Geschichte (BVerfGE 6, 389), welches die Strafnorm aufrecht erhielt mit Verweis auf das Sittengesetz:

„Gleichgeschlechtliche Betätigung verstößt eindeutig gegen das Sittengesetz.“
(BVerfGE 6, 389, 434)

Aus diesem Urteil lässt sich ersehen, dass auch die Verfassungsgerichtsbarkeit nicht stets und ausnahmslos vulnerable Personengruppen schützt, sondern dass auch die im Bundesverfassungsgericht richtenden Personen den jeweiligen Zeitvorstellungen unterliegen. Umso wichtiger ist es, in der Verfassung selbst klarzustellen, welche Personengruppen besonderen Schutzes vor Diskriminierung bedürfen. Denn es mag Bestrebungen geben, das bereits Konsenterte wieder in Frage zu ziehen.

Vielfach wird es gerade das Bundesverfassungsgericht sein, das in seinen Entscheidungen Schutz vor Diskriminierung gewährt, doch ist dies eben nicht ausnahmslos und immer der Fall. Die allmähliche Gleichstellung von gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften nach dem 2001 eingeführten Lebenspartnerschaftsgesetz mit der verschiedengeschlechtlichen Ehe war nicht von Beginn an Programm des Bundesverfassungsgerichts,

vgl. etwa die ablehnenden Entscheidungen: 3. Kammer des Ersten Senats, Nichtannahmebeschl. v. 28.02.2005, BVerfGK 5, 129 – *keine Hinterbliebenenrente*; 1. Kammer des Zweiten Senats, Nichtannahmebeschl. v. 20.09.2007, BVerfGK 12, 169 – *kein Familienzuschlag* (Ungleichbehandlung durch Art. 6 I GG gerechtfertigt, Rz. 22 f.); 1. Kammer des Zweiten Senats, Nichtannahmebeschl. v. 06.05.2008, BVerfGK 13, 501 – *kein Verheiratetenzuschlag* (keine Änderung durch Maruko-Rspr. des EuGH, vom 01.04.2008, Rs. C-267/06, Slg 2008, I-1757); 2. Kammer des Ersten Senats, Nichtannahmebeschl. v. 02.07.2010, BVerfGK 17, 368 – *keine Eintragung in die Geburtsurkunde eines Kindes der Lebenspartnerin bei heterologer Insemination* (keine Vergleichbarkeit mit ehelichem Vater).

Vielmehr entwickelte das Gericht erst nach geraumer Zeit, nämlich im Wesentlichen seit 2009 (BVerfGE 124, 199 – *VBL-Hinterbliebenenversorgung*) eine vor Diskriminierung schützende Argumentation, die auf den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG beruhte:

„Der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) gebietet, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln. Verboten ist auch ein gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss, bei dem eine Begünstigung einem Personenkreis gewährt, einem anderen Personenkreis aber vorenthalten wird.“
(BVerfGE 124, 199, 218 – *VBL-Hinterbliebenenversorgung*)

Naheliegender wäre gewesen, das Diskriminierungsverbot des Geschlechts in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG heranzuziehen, weil die Schlechterbehandlung im Vergleich zu verschiedengeschlechtlichen Paaren ja gerade aus der Geschlechterkombination des Paares herrührte. Mit seiner Konstruktion verschloss das Karlsruher Gericht den unmittelbaren Zugriff auf das besondere Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts.

Allerdings war doch auch dem Gericht deutlich, dass gleichgeschlechtliche Paare sich in einer besonders vulnerablen Lage befanden, die den in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG geschützten nahekam.

„Die Anforderungen bei einer Ungleichbehandlung von Personengruppen sind umso strenger, je größer die Gefahr ist, dass eine Anknüpfung an Persönlichkeitsmerkmale, die mit denen des Art. 3 Abs. 3 GG vergleichbar sind, zur Diskriminierung einer Minderheit führt (vgl. BVerfGE 88, 87 [96]; 97, 169 [181]). Das ist bei der sexuellen Orientierung der Fall.“
(BVerfGE 124, 199, 220 – *VBL-Hinterbliebenenversorgung*)

Aufgrund der sehr engen Auslegung des Diskriminierungsverbotes wegen des Geschlechts musste also der „Umweg“ über Art. 3 Abs. 1 GG konstruiert werden.

Solche verfassungsrechtlichen Konstruktionsleistungen sind für die Bürgerinnen und Bürger nicht ohne Weiteres vorhersehbar, so dass auch Verfassungsbeschwerden nicht von vornherein als aussichtsreich erscheinen.

Aus den genannten Gründen ist es unbedingt geboten, hier für klare Verhältnisse zu sorgen und den Schutz von gleichgeschlechtlich liebenden Menschen in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG explizit zu verankern.

3. Schutz anderer als binärer Geschlechtsmodelle (Trans- und Intergeschlechtlichkeit)

Gleiches gilt für alle Menschen, die nicht dem binären Geschlechtsmodell entsprechen können oder wollen, insbesondere trans- und intergeschlechtliche Personen.

a) Transgeschlechtlichkeit

Für transgeschlechtliche Personen hat das Bundesverfassungsgericht seit 1978 aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitet, dass diese ihrer selbstbestimmten Geschlechtsidentität gemäß rechtlich anerkannt werden müssen (BVerfGE 49, 286 – *Eintragung des selbstempfundene Geschlechts im Geburtenbuch*). In nachfolgenden Entscheidungen hat das Bundesverfassungsgericht freilich nicht ein Diskriminierungsverbot aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG wegen des Geschlechts der transgeschlechtlichen Personen abgeleitet, sondern stets das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Freiheitsrecht herangezogen (BVerfGE 115, 1 – *Anspruch auf rechtlich abgesicherte Partnerschaft*; BVerfGE 116, 243 – *Ausländische Transsexuelle*; BVerfGE 121, 175 – *Ehescheidungserfordernis*; BVerfGE 128, 109 – *Sterilisationserfordernis*).

Damit fehlt es bislang verfassungsrechtlich weitgehend an einem spezifischen Schutz vor Diskriminierung, obgleich Transgeschlechtlichkeit ohne Zweifel die Zugehörigkeit zu einer besonders vulnerablen Personengruppe begründet.

b) Intergeschlechtlichkeit

Den Schutz vor Diskriminierung intergeschlechtlicher Personen hat das Bundesverfassungsgericht hingegen unmittelbar aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG abgeleitet und ihre Benachteiligung „wegen des Geschlechts“ für verfassungswidrig erklärt (BVerfGE 147, 1, 28 – *Dritte Option*). Wiederholt benennt das Gericht in der Entscheidung den Schutz der „geschlechtlichen Identität“.

4. Begriffswahl „sexuelle Identität“

Der vorgelegte Gesetzentwurf möchte den Begriff der „sexuellen Identität“ enger und anders als sonst in verfassungs- und menschenrechtlichen Dokumenten üblich verstehen, nämlich allein auf die „sexuelle Orientierung“ bezogen (BT-Drs. 19/13123, S. 5), ohne freilich nun diesen insoweit wohl passenderen Begriff zu wählen. Das vermag aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu überzeugen.

Zum einen ist, anders als der Entwurf annimmt (a.a.O.), der „Schutz für Transgender, transgeschlechtliche“ Menschen anders als jener für intergeschlechtliche Menschen bislang in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eben gerade nicht unter Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG gefasst worden, wie ausgeführt wurde.

Zum anderen hat sich im verfassungsgerichtlichen Begriffsgebrauch der Ausdruck „geschlechtliche Identität“ etabliert gerade für Trans- und Intergeschlechtlichkeit. Verfassungspolitisch wünschenswert ist die Erreckung des Diskriminierungsschutzes insbesondere auch auf diese Personengruppen.

Empfohlen wird daher, den Kategorienkatalog in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG zu ergänzen um „sexuelle Identität und Orientierung“.

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Recht
und Verbraucherschutz

per Mail: rechtsausschuss@bundestag.de

Universitäts-Professor
Dr. Joachim Wieland

6. Februar 2020

Schriftliche Stellungnahme
zur Vorbereitung der Anhörung des
Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz
des Deutschen Bundestages
am 12. Februar 2020
zum
Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes
(Änderung des Artikels 3 Absatz 3 – Einfügung des Merkmals sexuelle
Identität)
BT-Drucksache 19/13123

Da die sexuelle Orientierung an Persönlichkeitsmerkmale anknüpft, die mit denen des Art. 3 Abs. 3 GG vergleichbar sind, sind schon nach geltendem Recht gemäß der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Anforderungen an eine Ungleichbehandlung streng. Grund dafür ist die Gefahr der Diskriminierung einer Minderheit.

BVerfGE 124, 199 (220).

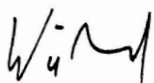
Trotz der Vergleichbarkeit des Schutzes der sexuellen Orientierung als Persönlichkeitsmerkmal vor einer Diskriminierung erstreckt sich das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG bislang nicht auf die sexuelle Orientierung bzw. sexuelle Identität. Demgegenüber ist die geschlechtliche Identität bereits nach geltender Verfassungsrechtslage durch Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG geschützt.

BVerfGE 147, 1 (18 ff., Rn. 36 ff.); st. Rspr.

Unter diesen Umständen schließt die vom Gesetzentwurf beabsichtigte Einfügung des Merkmals sexuelle Identität in Art. 3 Abs. 3 GG eine Schutzlücke.

Die Schließung dieser Schutzlücke ist nicht nur deshalb verfassungspolitisch geboten, weil die gesellschaftliche Wirklichkeit immer noch Diskriminierungen wegen der sexuellen Identität kennt. Die Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 GG um das Merkmal sexuelle Identität sollte vor allem deswegen erfolgen, weil nicht nur die Nationalsozialisten Menschen wegen ihrer sexuellen Identität verfolgt haben, sondern auch unter der Geltung des Grundgesetzes das Bundesverfassungsgericht 1957 und 1973 die Verfassungsmäßigkeit der Strafbarkeit homosexueller Handlungen bestätigt und damit Homosexuelle staatlich diskriminiert hat. Wegen dieses Verursachungsbeitrags von Staat und Verfassungsrechtsprechung zur heute noch gesellschaftlich spürbaren Diskriminierung wegen der sexuellen Identität ist die ausdrückliche Klarstellung des Verbots jeglicher Diskriminierung wegen der sexuellen Identität in Art. 3 Abs. 3 GG verfassungspolitisch geboten.

Angesichts dieses verfassungsgeschichtlichen Hintergrunds sollte die Beseitigung von Defiziten beim rechtlichen Schutz vor Diskriminierung wegen der sexuellen Identität nicht dem einfachen Gesetzgeber überlassen bleiben, sondern auch auf der Ebene der Verfassung erfolgen. Gerade mit Blick auf die frühere Gesetzgebung und Verfassungsrechtsprechung ist die vorgeschlagene Ergänzung der Verfassung als Ausgleichsmaßnahme sachlich angemessen.



(Wieland)

Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger

Schriftliche Stellungnahme

**Öffentliche Anhörung
des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz
des Deutschen Bundestages**

zum

Gesetzentwurf

der Fraktionen FDP, DIE LINKE. und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

**Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes
(Änderung des Artikels 3 Absatz 3 – Einfügung des Merkmals sexuelle Identität)**

BT-Drs. 19/13123

am 12. Februar 2020

Inhaltsübersicht

I. Zusammenfassende Gesamtbewertung	3
II. Verfassungsrechtlicher Befund: Strikter Schutz vor Differenzierungen wegen der sexuellen Identität bereits unter dem Grundgesetz	4
1. Gleichheitsverbürgungen des Grundgesetzes	4
2. Strikter Schutz vor Diskriminierungen wegen der sexuellen Identität auch unter dem allgemeinen Gleichheitssatz	5
3. Weitere Grundrechtsdimensionen	8
4. Absicherung des Diskriminierungsschutzes durch explizite Verankerung im Wortlaut des Grundgesetzes?	11
5. Fazit	12
III. Rechtsvergleich: gemischtes Bild	12
IV. Leitbildfunktion der Verfassung	14

I. Zusammenfassende Gesamtbewertung

Die Entscheidung, Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG um das Merkmal der „sexuellen Identität“ zu ergänzen, fällt in das (rechtlich nicht weiter determinierte) **Ermessen des verfassungsändernden Gesetzgebers**. Folgende Gesichtspunkte erscheinen relevant:

Aus **verfassungsrechtlicher Warte** ist festzuhalten, dass die im Gesetzentwurf vorgesehene Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG um das Merkmal der „sexuellen Identität“ **keine nennenswerte Verstärkung des Schutzes vor entsprechenden Diskriminierungen im Vergleich zur aktuellen Rechtslage** bewirkt und insoweit nicht erforderlich erscheint (II.). Richtig ist zwar, dass das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG einen besonders starken Schutz vor Diskriminierungen wegen der dort genannten Merkmale bietet, da es Differenzierungen nur unter engen Voraussetzungen zulässt; allerdings hat in mittlerweile ständiger Rechtsprechung (beider Senate) des Bundesverfassungsgerichts ein vergleichbarer Schutz unter dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) Anerkennung gefunden, stellt dieser bei Ungleichbehandlungen, die an die sexuelle Orientierung anknüpfen, doch ebenfalls strenge Rechtfertigungsanforderungen auf. Auch die **Bedeutung einer textlichen Verankerung als Absicherung** des aktuellen Schutzniveaus gegenüber Verschlechterungen **darf nicht überschätzt werden**.

Aus **rechtsvergleichender Perspektive** ergibt sich ein **gemischter Befund**: Die Verfassungsänderung würde namentlich zu den Bestimmungen zur Nichtdiskriminierung im Unionsrecht aufschließen, wohingegen sich in der Europäischen Menschenrechtskonvention kein explizit auf die sexuelle Identität bezogenes Diskriminierungsverbot findet. Im Landes- und ausländischen Verfassungsrecht finden sich einzelne Vorläufer, aber auch Gegenbeispiele und offene Kataloge (III.).

Vor dem Hintergrund namentlich der **Leitbildfunktion der Verfassung** sind die im Gesetzentwurf betonte „Symbolfunktion“ der Verfassungsänderung und deren „Signalwirkung in die Gesellschaft hinein“ legitime, obgleich differenziert zu würdigende Anliegen (IV.). Hierbei handelt es sich um das gewichtigste der im Gesetzentwurf angeführten Argumente. Insoweit ist politisch zu entscheiden, ob eine entsprechende (selektive) Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG angezeigt ist; hierbei sind eine Vielzahl von Aspekten abzuwägen (Bedarf, Wirksamkeit, Alternativen, Indikation einer nur punktuellen Ergänzung bzw. einer Ergänzung um weitere Merkmale).

II. Verfassungsrechtlicher Befund: Strikter Schutz vor Differenzierungen wegen der sexuellen Identität bereits unter dem Grundgesetz

Hinsichtlich der Gleichheitsverbürgungen des Grundgesetzes ist zwischen dem in Art. 3 Abs. 1 GG verankerten allgemeinen Gleichheitssatz und besonderen Gleichheitssätzen wie dem strengen Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG zu unterscheiden (1.). Dass Ungleichbehandlungen aufgrund der „sexuellen Identität“ mangels Erwähnung in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG nur dem allgemeinen Gleichheitssatz unterfallen, begründet kein nennenswertes Schutzdefizit, da strenge Rechtfertigungsanforderungen auch in dessen Kontext Anerkennung gefunden haben (2.). Dieser Befund gilt auch für die weiteren Grundrechtsdimensionen (3.). Schließlich erscheint eine Absicherung des aktuellen Diskriminierungsschutzes durch eine explizite Verankerung im Wortlaut des Grundgesetzes nicht erforderlich (4.).

1. Gleichheitsverbürgungen des Grundgesetzes

Die Gleichheitsverbürgungen des Grundgesetzes lassen sich in den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) und besondere Gleichheitssätze unterteilen.

Der allgemeine Gleichheitssatz verbietet jede sachlich nicht zu rechtfertigende (Un-)Gleichbehandlungen von Personen(gruppen) und Sachverhalten.¹ Entscheidend für die Rechtfertigung ist die kontextabhängige Wesentlichkeit der Unterschiede bzw. Gemeinsamkeiten.² Hinsichtlich der Rechtfertigungsanforderungen bestehen nach der in der jüngeren Rechtsprechung beider Senate des Bundesverfassungsgerichts angewandten gleitenden Skala „je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die von gelockerten auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen reichen können“.³

Der allgemeine Gleichheitssatz tritt hinter die besonderen Gleichheitssätze zurück.⁴ Zu letzteren rechnen die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG. Diese verbieten die Benachtei-

¹ Näher zum Tatbestand *F. Wollenschläger*, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck/P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 GG, Rn. 77 ff.

² Hierzu *F. Wollenschläger*, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck/P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 GG, Rn. 120 ff.

³ Siehe nur BVerfGE 129, 49 (68 f.) – Erster Senat. Aus der jüngeren Rechtsprechung des Zweiten Senats BVerfGE 145, 106 (145). Umfassend zum Übergang von der Willkür- über die „Neue“ Formel zur gleitenden Skala *F. Wollenschläger*, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck/P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 GG, Rn. 89 ff.

⁴ *F. Wollenschläger*, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck/P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 GG, Rn. 328.

ligung respektive Bevorzugung einer Person wegen bestimmter Merkmale: „Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.“ Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bezweckt Art. 3 Abs. 1 Satz 1 GG, „Angehörige strukturell diskriminierungsgefährdeter Gruppen vor Benachteiligung zu schützen“.⁵ Ungeachtet des unbedingt formulierten Wortlautes („Niemand darf ...“) ist anerkannt, dass im Ausnahmefall eine Rechtfertigung entsprechender Ungleichbehandlungen in Betracht kommt, namentlich aufgrund vorrangigem kollidierendem Verfassungsrecht.⁶ So verstärkt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG

den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, indem [er] der dem Gesetzgeber darin eingeräumten Gestaltungsfreiheit engere Grenzen zieht. Danach darf das Geschlecht grundsätzlich nicht Anknüpfungspunkt für eine rechtliche Ungleichbehandlung sein. Das gilt auch dann, wenn eine Regelung nicht auf eine nach Art. 3 Abs. 3 GG verbotene Ungleichbehandlung angelegt ist, sondern in erster Linie andere Ziele verfolgt (vgl. BVerfGE 85, 191 [206]; 97, 35 [43]; 97, 186 [197]). An das Geschlecht anknüpfende differenzierende Regelungen sind mit Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG nur vereinbar, soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich sind. Fehlt es an zwingenden Gründen für eine Ungleichbehandlung, lässt sich diese nur noch im Wege einer Abwägung mit kollidierendem Verfassungsrecht legitimieren.⁷

2. Strikter Schutz vor Diskriminierungen wegen der sexuellen Identität auch unter dem allgemeinen Gleichheitssatz

Differenzierungen wegen der sexuellen Identität fallen mangels Erwähnung in Art. 3 Abs. 3 GG, der hinsichtlich der pönalisierten Merkmale abschließend zu verstehen ist,⁸ nicht unter diesen, sondern „nur“ unter den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG). Damit geht indes kein Schutzdefizit einher. Richtig ist zwar, dass das besondere Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG, pauschalierend betrachtet, strengere Rechtfertigungsanforderungen für

⁵ BVerfGE 147, 1 (28).

⁶ Siehe nur *S. Baer/N. Markard*, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck/P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 GG, Rn. 432 ff.

⁷ BVerfGE 114, 357 (364).

⁸ *S. Baer/N. Markard*, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck/P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 GG, Rn. 438. Zur Nichteinschlägigkeit des Merkmals „Geschlecht“ bei Ungleichbehandlungen der eingetragenen Lebenspartnerschaft gegenüber der (verschiedengeschlechtlichen) Ehe BVerfGE 105, 313 (351). Ebenso BVerfGK 12, 169 (173 f.); *M. Grünberger*, FPR 2010, S. 203 (203); *F. Kramer*, Über die Wandlungsfähigkeit des Grundgesetzes am Beispiel gleichgeschlechtlich orientierter Personen und Paare, 2017, S. 216. Kritisch die abweichende Meinung der Richterin *E. Haas*, BVerfGE 105, 313 (362 f.): „Die Auffassung der Senatsmehrheit, Art. 3 Abs. 3 GG sei nicht verletzt, weil an die Bindung zweier Personen und nicht an das Geschlecht angeknüpft werde, ist wenig überzeugend. Denn Voraussetzung für das Eingehen einer eingetragenen Lebenspartnerschaft mit einem bestimmten Partner ist die Zugehörigkeit zu dessen Geschlecht. Damit wird für die Eröffnung der Registrierung der Zweierbeziehung naturgemäß an die Geschlechtszugehörigkeit angeknüpft. Insoweit wäre es wünschenswert gewesen, wenn der Senat über die knappe Begründung hinaus noch weitere Ausführungen gemacht hätte.“ A.A. auch *S. Baer/N. Markard*, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck/P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 GG, Rn. 460.

Ungleichbehandlungen aufstellt als der allgemeine Gleichheitssatz; allerdings können im Einzelfall auch bei letzterem besonders strenge Rechtfertigungsanforderungen greifen, hängt der Differenzierungsspielraum des Gesetzgebers nach der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten gleitenden Skala doch von Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen ab (siehe oben, II.1.). Auf dieser Basis erkennt das Bundesverfassungsgericht in nunmehr ständiger Rechtsprechung an, dass Differenzierungen aufgrund der sexuellen Orientierung besonders strengen Rechtfertigungsanforderungen unterliegen.

So „verschärfen sich“ nach dem Bundesverfassungsgericht „die verfassungsrechtlichen Anforderungen an den rechtfertigenden Sachgrund, je mehr [die Differenzierungskriterien] sich denen des Art. 3 Abs. 3 GG annähern“.⁹ Dies ist bei einer Diskriminierung von Minderheiten anzunehmen.¹⁰ Eine Vergleichbarkeit des Merkmals kann aus entsprechenden Wertungen in besonderen Diskriminierungsverboten des Unions- und EMRK-Rechts folgen, namentlich in Art. 21 GRC und Art. 14 EMRK (zu diesen unten, III.).¹¹ Über die in Art. 3 Abs. 3 GG und Art. 6 Abs. 5 GG genannten Merkmale hinaus finden sich dort die Hautfarbe, genetische Merkmale, die Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, das Vermögen, das Alter, die sexuelle Ausrichtung und die Staatsangehörigkeit. In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bislang anerkannte Fälle besonders rechtfertigungsbedürftiger Personen(gruppen)bezogener Differenzierungen sind Altersgrenzen,¹² die Staatsangehörigkeit,¹³ der Familienstand¹⁴ und die sexuelle Orientierung bzw. Identität,¹⁵ worunter auch die Ungleichbehandlung von Ehe und

⁹ Siehe nur BVerfGE 145, 20 (86 f.) (Erster Senat); E 145, 106 (145) (Zweiter Senat). Hierzu und zum Folgenden *F. Wollenschläger*, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck/P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 GG, Rn. 145.

¹⁰ BVerfGE 124, 199 (220); E 131, 239 (256); E 133, 377 (408).

¹¹ BVerfGE 124, 199, 220; *H. Krieger*, in: B. Schmidt-Bleibtreu/H. Hofmann/H.-G. Henneke (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 14. Aufl. 2018, Art. 3 GG, Rn. 41 ff.; *A. Nußberger*, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 3 GG, Rn. 93.

¹² BVerfGE 88, 87 (97); E 142, 353 (385 f.). A.A. *U. Kischel*, in: V. Epping/C. Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, Art. 3 GG (42. Ed. Dezember 2019), Rn. 140.

¹³ BVerfGE 130, 240 (255).

¹⁴ BVerfGE 91, 389 (401).

¹⁵ BVerfGE 124, 199 (220); E 126, 400 (419); E 131, 239 (256 f.); E 132, 179 (189, 190); E 133, 59 (98); E 133, 377 (408).

eingetragener Lebenspartnerschaft fällt¹⁶. Angesichts des insoweit bestehenden strikten Diskriminierungsschutzes ist von „Quasi-Diskriminierungsverboten“¹⁷ respektive „Analogmerkmalen“¹⁸ die Rede.

Spezifisch mit Blick auf die sexuelle Orientierung¹⁹ hatte eine Kammerentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 20.9.2007 eine erweiterte, dieses Merkmal einbeziehende Auslegung des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG noch abgelehnt,²⁰ bevor das Bundesverfassungsgericht dann erstmals in seinem Beschluss zur Ungleichbehandlung von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft im Bereich der betrieblichen Hinterbliebenenversorgung für Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes vom 7.7.2009 anerkannt hat, dass für entsprechende Differenzierungen strenge Rechtfertigungsanforderungen (im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 GG) greifen:

Die Anforderungen bei einer Ungleichbehandlung von Personengruppen sind umso strenger, je größer die Gefahr ist, dass eine Anknüpfung an Persönlichkeitsmerkmale, die mit denen des Art. 3 Abs. 3 GG vergleichbar sind, zur Diskriminierung einer Minderheit führt (vgl. BVerfGE 88, 87 [96]; 97, 169 [181]). Das ist bei der sexuellen Orientierung der Fall.

Ein strenger Kontrollmaßstab bei einer auf die sexuelle Orientierung bezogenen Ungleichbehandlung, der sich dem bei anderen Diskriminierungsverboten geltenden Maßstab annähert, entspricht auch der Rechtsentwicklung im Europarecht. Sowohl Art. 13 EGV wie Art. 21 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union beziehen die sexuelle Ausrichtung in den Kreis der Diskriminierungsverbote ein. Auch in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) werden für Unterscheidungen, die sich auf die sexuelle Orientierung gründen, genauso „ernstliche Gründe“ als Rechtfertigung gefordert, wie für solche, die sich auf das Geschlecht gründen (EGMR, Urteil vom 24. Juli 2003 – Nr. 40.016/98 – Karner gegen Österreich, ÖJZ 2004, S. 36 [38] m. w. N.).²¹

Dieser Linie ist das Bundesverfassungsgericht – und zwar beide Senate – nicht nur in zahlreichen weiteren Entscheidungen gefolgt, so in seinen Beschlüssen zur Ungleichbehandlung von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft hinsichtlich der Erbschaft- und Schenkungsteuer vom 21.7.2010,²² hinsichtlich des Familienzuschlags für Beamte vom 19.6.2012,²³ hinsichtlich der Befreiung von der Grunderwerbsteuer vom 18.7.2012,²⁴ hinsichtlich der Sukzessivadoption

¹⁶ BVerfGE 124, 199 (221 f.); E 126, 400 (419); E 131, 239 (258 f.); E 132, 179 (190); E 133, 59 (98); E 133, 377 (408 f.). Zustimmend *M. Grünberger*, FPR 2010, S. 203 (204 f.); *S. Huster*, in: K. H. Friauf/W. Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 3 GG (Stand: 50. EL VI/16), Rn. 100 ff.; *F. Kramer*, Über die Wandlungsfähigkeit des Grundgesetzes am Beispiel gleichgeschlechtlich orientierter Personen und Paare, 2017, S. 220 ff.

¹⁷ *U. Kischel*, in: V. Epping/C. Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, Art. 3 GG (42. Ed. Dezember 2019), Rn. 129.

¹⁸ *A. Tischbirek/T. Wihl*, JZ 2013, S. 219 (222).

¹⁹ Hierzu und zum Folgenden *F. Wollenschläger/D. Coester-Waltjen*, Ehe für Alle, 2018, S. 34 ff.

²⁰ BVerfGK 12, 169 (173 f.).

²¹ BVerfGE 124, 199 (220). Ebenso *M. Bruns*, ZRP 1996, S. 6 (9); *M. Grünberger*, FPR 2010, S. 203 (205); *N. Koschmieder*, Grundrechtliche Dynamisierungsprozesse, 2016, S. 231 ff., 242 ff.

²² BVerfGE 126, 400 (419).

²³ BVerfGE 131, 239 (256 f.).

²⁴ BVerfGE 132, 179 (189, 190).

vom 19.2.2013²⁵ und hinsichtlich des Ehegattensplittings vom 7.5.2013²⁶. Vielmehr ist das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 19.6.2012 auch der an seiner Rechtsprechung geäußerten Kritik²⁷ entgegengetreten, die namentlich auf die Schaffung eines ungeschriebenen besonderen Diskriminierungsverbots für die sexuelle Orientierung *contra constitutionem* abhob. So lasse sich seiner Rechtsprechung

entgegen einer teilweise vertretenen Ansicht nicht entgegen halten, die Annahme gesteigerter Rechtfertigungsanforderungen an Diskriminierungen wegen der sexuellen Orientierung ignoriere die Entscheidung des verfassungsändernden Gesetzgebers, die sexuelle Orientierung gerade nicht als zusätzliches Differenzierungsverbotsmerkmal in Art. 3 Abs. 3 GG aufzunehmen (so Krings, in: Festgabe für Friauf, 2011, S. 269 [273]; Kischel, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Onlinekommentar GG, Art. 3 Rn. 42.1 f. [1. April 2012]; Uhle, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Onlinekommentar GG, Art. 6 Rn. 36.2 [1. April 2012]; Hofmann, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, 12. Aufl. 2011, Art. 6 Rn. 22a; Hillgruber, JZ 2010, S. 41 [43]).

Ein entgegenstehender Wille des verfassungsändernden Gesetzgebers lässt sich nicht feststellen. Zwar ist es richtig, dass noch im Jahr 1993 die nach der Wiedervereinigung eingesetzte Gemeinsame Verfassungskommission eine Erweiterung des Art. 3 Abs. 3 GG hinsichtlich des (die Unterkategorie der sexuellen Orientierung mitumfassenden) Merkmals der sexuellen Identität unter anderem mit der Begründung verwarf, eine weitere Ausdifferenzierung des Art. 3 Abs. 3 GG müsse vermieden werden, da durch die Atomisierung nach Gruppen die Verfassung Schaden nehmen könne (siehe BTDrucks 12/6000, S. 54). Zuletzt wurde die Einfügung des Merkmals der sexuellen Identität (vgl. die Gesetzesentwürfe der Oppositionsfraktionen BTDrucks 17/88, 17/254 und 17/472) jedoch von der Bundestagsmehrheit mit dem Argument abgelehnt, eine Erweiterung sei nicht erforderlich, weil der Schutz vor Diskriminierungen wegen der sexuellen Identität durch Art. 3 Abs. 1 GG sich nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mittlerweile mit dem Schutz nach Art. 3 Abs. 3 GG decke und eine Erweiterung des Art. 3 Abs. 3 GG daher (überflüssige) „Symbolpolitik“ darstelle (siehe BTDrucks 17/4775, S. 5).²⁸

3. Weitere Grundrechtsdimensionen

Neben einem strengeren Rechtfertigungsstandard (dazu oben, II.2.) sieht der Gesetzentwurf einen weiteren Vorteil der textlichen Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG darin, dass auch hinsichtlich objektiver Grundrechtsdimensionen eine Schutzverstärkung – im Vergleich zum Schutz nur über Art. 3 Abs. 1 GG – eintrete: „Es handelt sich dabei nicht allein um einen grundrechtlichen Schutz, sondern auch um den Ausdruck einer objektiven Werteordnung, die sich auf den Abbau rechtlicher Nachteile im Verhältnis der Bürger untereinander auswirkt [und]

²⁵ BVerfGE 133, 59 (98).

²⁶ BVerfGE 133, 377 (408).

²⁷ Siehe etwa *G. D. Gade/C. Thiele*, DÖV 2013, S. 142 (150); *K. F. Gärditz*, Verfassungsgebot Gleichstellung?, in: *A. Uhle* (Hrsg.), *Zur Disposition gestellt?*, 2014, S. 85 (107 ff.); *C. Hillgruber*, JZ 2010, S. 41 (43 f.); *U. Kischel*, in: *V. Epping/C. Hillgruber* (Hrsg.), *BeckOK Grundgesetz*, Art. 3 GG (42. Ed. Dezember 2019), Rn. 129 ff.; *G. Krings*, NVwZ 2011, S. 26 (26); *A. Uhle*, in: *V. Epping/C. Hillgruber* (Hrsg.), *BeckOK Grundgesetz*, Art. 6 GG (42. Ed. Dezember 2019), Rn. 36.3. *A.A. S. Baer*, NJW 2013, S. 3145 (3148 f.); *C. D. Classen*, Die deutsche Debatte um das Merkmal „sexuelle Orientierung“: Erweiterung des Art. 3 Abs. 3 GG oder Beibehaltung des Status Quo (Art. 3 Abs. 1 GG)?, in: *ders./D. Richter/B. Łukańko* (Hrsg.), „Sexuelle Orientierung“ als Diskriminierungsgrund: Regelungsbedarf in Deutschland und Polen?, 2016, S. 165 (174); *H. Krieger*, in: *B. Schmidt-Bleibtreu/H. Hofmann/H.-G. Henneke* (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, 14. Aufl. 2018, Art. 3 GG, Rn. 41 ff.; *L. Michael*, Rechtswissenschaft 5 (2014), S. 426 (471 ff.). Positiv auch *B.-U. Bryde/R. Kleindieck*, Jura 1999, S. 36 (42 f.).

²⁸ BVerfGE 131, 239 (257).

Ausstrahlungswirkung erzeugt“.²⁹ Angesprochen sind damit (staatliche) Schutzpflichten und die Drittwirkung (unter Privaten).

Hinsichtlich der Drittwirkung des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG hat es ein Kammerbeschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 27.7.2019 unter Verweis auf die Senatsentscheidung vom 11.4.2018 für „von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts noch nicht geklärt [erachtet], ob und gegebenenfalls in welcher Weise die verschiedenen speziellen Gleichheitsrechte des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG Drittwirkung entfalten können“.³⁰ Eine unmittelbare Drittwirkung hat der Beschluss mit Stimmen aus dem Schrifttum abgelehnt: „In Frage steht Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG vorliegend allein insoweit, als dieser gegen Ungleichbehandlungen wegen der politischen Anschauungen schützt. Diese Bestimmung ist, wie der Bundesgerichtshof zutreffend festgestellt hat, im Rechtsverkehr zwischen Privaten jedenfalls nicht unmittelbar anwendbar (vgl. Heun, in: Dreier, GG, Bd. 3, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 139; Uerpmann-Witzack, in: Meriten/Papier, HGR, Bd. V, 2013, § 128 Rn. 35; Britz, VVDStRL 64 [2004], S. 355 <361 f.> m.w.N.).“³¹ Hinsichtlich der für möglich erachteten mittelbaren Drittwirkung hat der Beschluss jedenfalls das Abwägungserfordernis betont: „Auch wenn sich aus dieser Vorschrift aber mittelbar möglicherweise weiterreichende und strengere Bindungen als aus Art. 3 Abs. 1 GG ergeben sollten, könnte das jedenfalls nicht bedeuten, dass zwischen Privaten diesbezüglich ein absolutes Unterscheidungsverbot gelten könnte, sondern bedürfte es eines Ausgleichs mit entgegenstehenden Freiheitsrechten. Dass dieser hier zu Gunsten des Beschwerdeführers ausgehen müsste, ist nach den vom Bundesgerichtshof zu Grunde gelegten konkreten Umständen nicht ersichtlich.“³²

Für den allgemeinen Gleichheitssatz hat der erwähnte Senatsbeschluss vom 11.4.2018 eine generelle mittelbare Drittwirkung verneint, eine solche aber in besonderen Konstellationen für möglich erachtet:

Allerdings enthält Art. 3 Abs. 1 GG kein objektives Verfassungsprinzip, wonach die Rechtsbeziehungen zwischen Privaten von diesen prinzipiell gleichheitsgerecht zu gestalten wären. Dahingehende Anforderungen ergeben sich auch nicht aus den Grundsätzen der mittelbaren Drittwirkung. Grundsätzlich gehört es zur Freiheit jeder Person, nach eigenen Präferenzen darüber zu bestimmen, mit wem sie wann unter welchen Bedingungen welche Verträge abschließen und wie sie hierbei auch von ihrem Eigentum Gebrauch machen will. Diese Freiheit wird durch die Rechtsordnung und insbesondere durch das Zivilrecht näher ausgestaltet und vielfach begrenzt; dabei kann dieses auch von Verfassungen wegen spezifischen Anforderungen unterliegen. Ein allgemeiner Grundsatz, wonach private Vertragsbeziehungen jeweils den Rechtfertigungsanforderungen des Gleichbehandlungsgebots unterlägen, folgt

²⁹ Gesetzentwurf, S. 5.

³⁰ BVerfG, Beschluss vom 27.8.2019, 1 BvR 879/12, Rn. 10.

³¹ BVerfG, Beschluss vom 27.8.2019, 1 BvR 879/12, Rn. 11.

³² BVerfG, Beschluss vom 27.8.2019, 1 BvR 879/12, Rn. 11.

demgegenüber aus Art. 3 Abs. 1 GG auch im Wege der mittelbaren Drittwirkung nicht. Über eventuell weitergehende Anforderungen aus speziellen Gleichheitsrechten wie Art. 3 Absatz 3 GG ist hier nicht zu entscheiden.

Gleichheitsrechtliche Anforderungen für das Verhältnis zwischen Privaten können sich aus Art. 3 Abs. 1 GG jedoch für spezifische Konstellationen ergeben.³³

Die der Entscheidung zugrunde liegende besondere Konstellation (öffentlich zugängliche Veranstaltung, die für die gesellschaftliche Teilhabe von Bedeutung ist) erachtet das Bundesverfassungsgericht nicht für abschließend.³⁴

Vor diesem Hintergrund ist festzuhalten, dass zum einen noch offen ist, ob Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG, anders als Art. 3 Abs. 1 GG, generell mittelbare Drittwirkung entfaltet und nicht nur in besonderen Konstellationen.³⁵ Auch wenn man dies bejaht, käme zum anderen in Betracht, auch jenseits der im Senatsbeschluss vom 11.4.2018 erörterten Konstellation für Diskriminierungen, die an Art. 3 Abs. 3 GG nahekommende Merkmale anknüpfen, einen entsprechenden Sonderfall der mittelbaren Bindung Privater anzunehmen und damit einen Gleichlauf hinsichtlich der beiden Gleichheitsverbürgung für Diskriminierungen aufgrund der sexuellen Identität herzustellen. Hinzu kommt, dass die sexuelle Identität Ausdruck des von Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist,³⁶ das mittelbare Drittwirkung entfaltet³⁷.

Hinsichtlich Schutzpflichten ist festzuhalten, dass Art. 3 Abs. 1 GG wegen seiner Wertungsoffenheit isoliert keine tragfähige Grundlage für Schutzpflichten darstellt,³⁸ wohingegen die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG spezifischer formuliert sind und damit Schutzpflichten mit Blick auf die verbotenen Benachteiligungen tragen können, was indes umstritten ist³⁹. In jedem Fall ist wiederum zu berücksichtigen, dass die sexuelle Identität Ausdruck des von

³³ BVerfGE 148, 267 (283). Allgemein hierzu auch *F. Wollenschläger*, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck/P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 GG, Rn. 62.

³⁴ Vgl. BVerfGE 148, 267 (LS 2): „Mittelbare Drittwirkung entfaltet Art. 3 Abs. 1 GG etwa dann, wenn ...“.

³⁵ Restriktiv *W. Heun*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 3 GG, Rn. 139; weit *S. Baer/N. Markard*, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck/P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 GG, Rn. 415.

³⁶ BVerfGE 105, 313 (345 f.); *F. Wollenschläger/D. Coester-Waltjen*, Ehe für Alle, 2018, S. 100; ferner zur geschlechtlichen Identität BVerfGE 121, 175 (191).

³⁷ Siehe nur BVerfGE 84, 192 (194 f.); *H. Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 2 I GG, Rn. 97.

³⁸ *F. Wollenschläger*, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck/P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 GG, Rn. 175 ff. m.w.N.

³⁹ Befürwortend *S. Baer/N. Markard*, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck/P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 GG, Rn. 424 f. (unter besonderen Voraussetzungen); *C. D. Classen*, Die deutsche Debatte um das Merkmal „sexuelle Orientierung“: Erweiterung des Art. 3 Abs. 3 GG oder Beibehaltung des Status Quo (Art. 3 Abs. 1 GG)?, in: ders./D. Richter/B. Lukańko (Hrsg.), „Sexuelle Orientierung“ als Diskriminierungsgrund: Regelungsbedarf in Deutschland und Polen?, 2016, S. 165 (177 f.). Ablehnend *W. Heun*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 3 GG, Rn. 139.

Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist,⁴⁰ das Schutzpflichten zu tragen vermag, wobei Art. 3 Abs. 1 GG zur Betonung der Gleichheitsdimension ergänzend herangezogen werden kann.⁴¹

Ein vergleichbarer Schutz lässt sich damit auch ohne Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG um die sexuelle Identität realisieren, wobei eine Textänderung verdeutlichend bzw. absichernd wirken würde.⁴²

4. Absicherung des Diskriminierungsschutzes durch explizite Verankerung im Wortlaut des Grundgesetzes?

Die Begründung des Gesetzentwurfs sieht einen Vorteil der Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG um das Merkmal der sexuellen Identität im Vergleich zum Status quo in der verfassungstextlichen Absicherung des besonderen Diskriminierungsschutzes. So

erscheint nicht ausgeschlossen, dass sich gesellschaftliche Anschauungen zuungunsten von Lesben, Schwulen oder Bisexuellen wandeln und auch das Bundesverfassungsgericht sich an solchen Tendenzen orientiert.

Die Aufnahme des Merkmals der sexuellen Identität in den Katalog der besonderen Diskriminierungsverbote hat daher keine bloße Symbolfunktion. Vielmehr sichert es die gegenwärtige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 7. Juli 2009 – 1 BvR 1164/07, BVerfGE 124, 199) gegen rückläufige Tendenzen ab ...⁴³

Ungeachtet der Frage der Wahrscheinlichkeit einer derartigen Entwicklung und der Frage der dann bestehenden Effektivität einer auch textlich verankerten Garantie – erinnert sei an die Variabilität der Auslegung auch bei Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Arbeitszeitbeschränkungen für Frauen⁴⁴ – sei nochmals die bereits bestehende hochgradige Absicherung des besonderen Diskriminierungsschutzes herausgestrichen. Diese zeigt sich daran, dass er seit dem Jahr 2009 in ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – und zwar von beiden Senaten – anerkannt ist und das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 19.6.2012 auch die Kritik an dieser Rechtsprechung

⁴⁰ Siehe Fn. 36.

⁴¹ Siehe nur *C. D. Classen*, Die deutsche Debatte um das Merkmal „sexuelle Orientierung“: Erweiterung des Art. 3 Abs. 3 GG oder Beibehaltung des Status Quo (Art. 3 Abs. 1 GG)?, in: ders./D. Richter/B. Łukańko (Hrsg.), „Sexuelle Orientierung“ als Diskriminierungsgrund: Regelungsbedarf in Deutschland und Polen?, 2016, S. 165 (177 f.). Allgemein *F. Wollenschläger*, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck/P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 GG, Rn. 177 m.w.N.

⁴² *C. D. Classen*, Die deutsche Debatte um das Merkmal „sexuelle Orientierung“: Erweiterung des Art. 3 Abs. 3 GG oder Beibehaltung des Status Quo (Art. 3 Abs. 1 GG)?, in: ders./D. Richter/B. Łukańko (Hrsg.), „Sexuelle Orientierung“ als Diskriminierungsgrund: Regelungsbedarf in Deutschland und Polen?, 2016, S. 165 (177 f.).

⁴³ Gesetzentwurf, S. 5.

⁴⁴ Siehe einerseits BVerfGE 5, 9 (11 f.) und andererseits BVerfGE 85, 191 (206 ff.). Siehe ferner den Hinweis bei *C. D. Classen*, Die deutsche Debatte um das Merkmal „sexuelle Orientierung“: Erweiterung des Art. 3 Abs. 3 GG oder Beibehaltung des Status Quo (Art. 3 Abs. 1 GG)?, in: ders./D. Richter/B. Łukańko (Hrsg.), „Sexuelle Orientierung“ als Diskriminierungsgrund: Regelungsbedarf in Deutschland und Polen?, 2016, S. 165 (173 f.), und im Gesetzentwurf, S. 5.

zurückgewiesen hat. Überdies erwies sich die Rechtsprechung als folgenreich, hat das Bundesverfassungsgericht doch den Gesetzgeber zu einer Angleichung der (gleichgeschlechtlichen) eingetragenen Lebenspartnerschaft an die (verschiedengeschlechtliche) Ehe hinsichtlich vielfältiger Aspekte verpflichtet (siehe oben, II.2.).⁴⁵ Hinzu kommt, dass ein entsprechender Diskriminierungsschutz auch überstaatlich über das EU-Recht und die EMRK abgesichert ist (dazu unten, III.).

5. *Fazit*

Mit einer Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG um das Merkmal der „sexuellen Identität“ geht – in Einklang mit Bewertungen in der Literatur⁴⁶ – keine nennenswerte Verstärkung des Schutzes vor entsprechenden Diskriminierungen im Vergleich zur aktuellen Rechtslage einher.

III. Rechtsvergleich: gemischtes Bild

In vergleichender Perspektive ergibt sich ein gemischtes Bild.

Das Unionsrecht nennt die sexuelle Orientierung in seinen Bestimmungen zur Nichtdiskriminierung, so im Diskriminierungsverbot des Art. 21 Abs. 1 EU-Grundrechtecharta,⁴⁷ in der Querschnittsklausel des Art. 10 AEUV,⁴⁸ in der Ermächtigung der EU zur Anti-Diskriminierungsgesetzgebung (Art. 19 AEUV)⁴⁹ und in der sie aktualisierenden EU-Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie (siehe Art. 1 der RL 2000/78); letztere findet sich im AGG umgesetzt (vgl. §§ 1, 7 und 19 AGG).

⁴⁵ Näher hierzu *F. Wollenschläger/D. Coester-Waltjen*, *Ehe für Alle*, 2018, S. 21 ff.

⁴⁶ *C. D. Classen*, Die deutsche Debatte um das Merkmal „sexuelle Orientierung“: Erweiterung des Art. 3 Abs. 3 GG oder Beibehaltung des Status Quo (Art. 3 Abs. 1 GG)?, in: ders./D. Richter/B. Łukańko (Hrsg.), „Sexuelle Orientierung“ als Diskriminierungsgrund: Regelungsbedarf in Deutschland und Polen?, 2016, S. 165 (174 f.; ferner 178): „kaum noch ein signifikanter Unterschied“.

⁴⁷ Art. 21 Abs. 1 GRC lautet: „Diskriminierungen insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung sind verboten.“

⁴⁸ Art. 10 AEUV bestimmt: „Bei der Festlegung und Durchführung ihrer Politik und ihrer Maßnahmen zielt die Union darauf ab, Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen.“

⁴⁹ Art. 19 AEUV lautet:

„(1) Unbeschadet der sonstigen Bestimmungen der Verträge kann der Rat im Rahmen der durch die Verträge auf die Union übertragenen Zuständigkeiten gemäß einem besonderen Gesetzgebungsverfahren und nach Zustimmung des Europäischen Parlaments einstimmig geeignete Vorkehrungen treffen, um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen.“

(2) Abweichend von Absatz 1 können das Europäische Parlament und der Rat gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren die Grundprinzipien für Fördermaßnahmen der Union unter Ausschluss jeglicher Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten zur Unterstützung der Maßnahmen festlegen, die die Mitgliedstaaten treffen, um zur Verwirklichung der in Absatz 1 genannten Ziele beizutragen.“

Das – im Übrigen akzessorische⁵⁰ – Diskriminierungsverbot der EMRK (Art. 14 EMRK)⁵¹ bezieht die sexuelle Identität bzw. Orientierung zwar nicht in die explizit genannten Merkmale ein (dies sind Geschlecht, Rasse, Hautfarbe, Sprache, Religion, politische oder sonstige Anschauung, nationale oder soziale Herkunft, Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, Vermögen und Geburt); allerdings sind diese Merkmale nicht abschließend zu verstehen (Wortlaut: „oder eines sonstigen Status“) und hat der EGMR die sexuelle Orientierung als pönalisiertes Merkmal anerkannt⁵².

Auch einige Landesverfassungen enthalten besondere Diskriminierungsverbote, die an das Merkmal der „sexuellen Identität“ (Berlin,⁵³ Brandenburg,⁵⁴ Bremen,⁵⁵ Saarland⁵⁶) bzw. der „sexuellen Orientierung“ (Thüringen⁵⁷) anknüpfen. In anderen Landesverfassungen ist dies nicht der Fall, so etwa in Hessen⁵⁸.

⁵⁰ Hierzu und zur Aufweichung der Akzessorietät *F. Wollenschläger*, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck/P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 GG, Rn. 30 f.

⁵¹ Dieser lautet: „Der Genuß der in dieser Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten ist ohne Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten.“

⁵² Siehe nur EGMR, Urteil vom 24.7.2003, Nr. 40016/98, Rn. 33 – Karner/Österreich; Urteil vom 24.6.2010, Nr. 30141/04, Rn. 87 ff. – Schalk und Kopf/Österreich; *H. Sauer*, in: U. Karpenstein/F. C. Mayer (Hrsg.), EMRK, 2. Aufl. 2015, Art. 14 EMRK, Rn. 12, 28.

⁵³ Art. 10 Abs. 2 Verf. Berlin bestimmt: „Niemand darf wegen seines Geschlechts, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen oder seiner sexuellen Identität benachteiligt oder bevorzugt werden.“

⁵⁴ Art. 12 Abs. 2 Verf. Brandenburg bestimmt: „Niemand darf wegen der Abstammung, Nationalität, Sprache, des Geschlechts, der sexuellen Identität, sozialen Herkunft oder Stellung, einer Behinderung, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder aus rassistischen Gründen bevorzugt oder benachteiligt werden.“

⁵⁵ Art. 2 Abs. 2 Verf. Bremen bestimmt: „Niemand darf wegen seines Geschlechts, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner sozialen Stellung, sexuellen Identität, seiner religiösen und politischen Anschauungen bevorzugt oder benachteiligt werden.“

⁵⁶ Art. 12 Abs. 3 Verf. des Saarlandes bestimmt: „Niemand darf wegen seines Geschlechts, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen, seiner sexuellen Identität benachteiligt oder bevorzugt werden.“

⁵⁷ Art. 2 Abs. 3 Verf. Thüringen bestimmt: „Niemand darf wegen seiner Herkunft, seiner Abstammung, seiner ethnischen Zugehörigkeit, seiner sozialen Stellung, seiner Sprache, seiner politischen, weltanschaulichen oder religiösen Überzeugung, seines Geschlechts oder seiner sexuellen Orientierung bevorzugt oder benachteiligt werden.“

⁵⁸ Art. 1 Verf. Hessen lautet: „Alle Menschen sind vor dem Gesetze gleich, ohne Unterschied des Geschlechts, der Rasse, der religiösen und der politischen Überzeugung.“

Explizite Diskriminierungsverbote hinsichtlich der sexuellen Orientierung haben in einige ausländische Verfassungen Eingang gefunden,⁵⁹ so – neben etwa Südafrika⁶⁰ – in der EU in Malta,⁶¹ Portugal⁶² und Schweden⁶³. Auf andere Verfassungen trifft dies nicht zu, selbst wenn sie spezifische Diskriminierungsverbote enthalten, so auf die französische⁶⁴ oder die italienische⁶⁵. Ähnlich offen wie Art. 14 EMRK sind die spanische⁶⁶ und niederländische⁶⁷ Verfassung formuliert. Auch die Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft ist mit einer Bezugnahme u.a. auf die „Lebensform“ weiter formuliert.⁶⁸

IV. Leitbildfunktion der Verfassung

Unbeschadet des Befunds, dass die im Gesetzentwurf vorgesehene Grundgesetzänderung keine nennenswerte Verstärkung des verfassungsrechtlichen Schutzes vor entsprechenden Diskriminierungen im Vergleich zur aktuellen Rechtslage bewirkt, sind die im Gesetzentwurf betonte

⁵⁹ LSVD e.V., https://www.lsvd.de/de/ct/1178-Welche-Verfassungen-sch%C3%BCtzen-bereits-sexuelle-Orientierung_-sexuelle-Identit%C3%A4t (10.2.2020), nennt zwölf Staaten (Bolivien, Ecuador, Fiji-Inseln, Kosovo, Malta, Mexiko, Nepal, Neuseeland, Österreich, Portugal, Schweden und Südafrika).

⁶⁰ Art. 9 Abs. 3 der südafrikanischen Verfassung bestimmt: “The state may not unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth.”

⁶¹ Art. 45 Abs. 3 der maltesischen Verfassung bestimmt: “this article, the expression ‘discriminatory’ means affording different treatment to different persons attributable wholly or mainly to their respective descriptions by race, place of origin, political opinions, colour, creed, sex, sexual orientation or gender identity whereby persons of one such description are subjected to disabilities or restrictions to which persons of another such description are not made subject or are accorded privileges or advantages which are not accorded to persons of another such description.”

⁶² Art. 13 Abs. 2 der portugiesischen Verfassung bestimmt: “No one may be privileged, favoured, prejudiced, deprived of any right or exempted from any duty for reasons of ancestry, sex, race, language, territory of origin, religion, political or ideological beliefs, education, economic situation, social circumstances or sexual orientation.”

⁶³ Chapter 1 Art. 3 Abs. 5 der schwedischen Verfassung bestimmt: “The public institutions shall promote the opportunity for all to attain participation and equality in society and for the rights of the child to be safeguarded. The public institutions shall combat discrimination of persons on grounds of gender, colour, national or ethnic origin, linguistic or religious affiliation, functional disability, sexual orientation, age or other circumstance affecting the individual.”

⁶⁴ Art. 1 Abs. 1 der französischen Verfassung bestimmt: „La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l’égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d’origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances ...“.

⁶⁵ Art. 3 Abs. 1 der italienischen Verfassung lautet: “Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale [cfr. XIV] e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso [cfr. artt. 29 c. 2, 37 c. 1, 48 c. 1, 51 c. 1], di razza, di lingua [cfr. art. 6], di religione [cfr. artt. 8, 19], di opinioni politiche [cfr. art. 22], di condizioni personali e sociali.”

⁶⁶ Art. 14 der spanischen Verfassung lautet: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

⁶⁷ Art. 1 der niederländischen Verfassung lautet: „Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook, is niet toegestaan.“

⁶⁸ Art. 8 Abs. 2 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft lautet: „Niemand darf diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung.“

„Symbolfunktion“ der Verfassungsänderung und deren „Signalwirkung in die Gesellschaft hinein“ namentlich vor dem Hintergrund der Leitbildfunktion der Verfassung⁶⁹ legitime verfassungspolitische Anliegen. Hierbei handelt es sich um das gewichtigste der im Gesetzentwurf angeführten Argumente. Mit guten Gründen, etwa mit Blick auf die mangelnde Wirksamkeit nur symbolischer Verfassungsänderungen oder die Gefahr einer (potentiellen) Überfrachtung der Verfassung, lässt sich freilich auch ein zurückhaltender Ansatz hinsichtlich symbolischer Verfassungsgehalte rechtfertigen.

Jedenfalls ist politisch zu bewerten, inwieweit angesichts der im Gesetzentwurf betonten starken Verbesserung der rechtlichen Situation von Lesben, Schwulen und Bisexuellen einerseits⁷⁰ und des im Gesetzentwurf ebenfalls zu findenden Verweises auf nach wie vor anzutreffende Vorbehalte gegenüber der Lebensführung „etwa von Homosexuellen . . . , was sich in rechtlicher und sozialer Diskriminierung niederschlägt“, andererseits⁷¹ Bedarf für dieses Signal besteht. Überdies sind dessen Wirksamkeit und etwaige Alternativen zu reflektieren. Ebenfalls politisch zu bewerten ist, ob ein Kontrapunkt zur Verfolgung im Nationalsozialismus und zur strafrechtlichen Ahndung homosexueller Handlungen noch in der Bundesrepublik gesetzt werden soll.⁷²

Bei einer punktuellen Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG ist schließlich zu berücksichtigen, dass weitere identitäts- bzw. die Person prägende Merkmale existieren, die nicht in diesem aufgelistet sind. Bereits der Abgleich mit den Diskriminierungsverboten des Unions- und EMRK-Rechts zeigt, dass anders als dort die Hautfarbe, genetische Merkmale, die Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, das Vermögen, das Alter und die Staatsangehörigkeit ebenfalls keine Erwähnung in Art. 3 Abs. 3 GG finden.⁷³ Überdies finden sich im Rechtsvergleich offen formulierte besondere Diskriminierungsverbote (siehe oben, III.). Daher stellen sich die Fragen

⁶⁹ Zu dieser *H. Lang*, Funktionen der Verfassung, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 12, 3. Aufl. 2014, § 266, Rn. 17; *U. Volkmann*, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, 2013, S. 57 ff. (Anspruch der Verfassung als „[n]ormative Basisschicht des Zusammenlebens“); *A. Voßkuhle*, AöR 119 (1994), S. 35 (53 f.). Allgemein zu den Funktionen bzw. dem Anspruch der Verfassung *H. Lang*, Funktionen der Verfassung, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 12, 3. Aufl. 2014, § 266; *U. Volkmann*, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, 2013, S. 39 ff.; *A. Voßkuhle*, AöR 119 (1994), S. 35 (46 ff.).

⁷⁰ Gesetzentwurf, S. 1.

⁷¹ Gesetzentwurf, S. 2.

⁷² Gesetzentwurf, S. 1 und 4 f.

⁷³ Vgl. im Übrigen *C. D. Classen*, Die deutsche Debatte um das Merkmal „sexuelle Orientierung“: Erweiterung des Art. 3 Abs. 3 GG oder Beibehaltung des Status Quo (Art. 3 Abs. 1 GG)?, in: ders./D. Richter/B. Lukaňko (Hrsg.), „Sexuelle Orientierung“ als Diskriminierungsgrund: Regelungsbedarf in Deutschland und Polen?, 2016, S. 165 (165) – „Merkmale folgen allenfalls begrenzt inhaltlicher Logik“.

der Indikation einer nur punktuellen Änderung bzw. einer Ergänzung um weitere Merkmale;⁷⁴ Letzteres zöge freilich die Folgefrage einer Überladung des Art. 3 Abs. 3 GG nach sich.

München, den 11. Februar 2020

Gez. Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger

⁷⁴ Eine solche fordernd: *C. D. Classen*, Die deutsche Debatte um das Merkmal „sexuelle Orientierung“: Erweiterung des Art. 3 Abs. 3 GG oder Beibehaltung des Status Quo (Art. 3 Abs. 1 GG)?, in: ders./D. Richter/B. Łukańko (Hrsg.), „Sexuelle Orientierung“ als Diskriminierungsgrund: Regelungsbedarf in Deutschland und Polen?, 2016, S. 165 (179).