



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.