

## 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 handele 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“.<sup>1</sup> Der Begriff soll hiernach insbesondere „Hetero-, Homo-, Bi- und Pansexualität, aber auch Asexualität“<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup> Der Begriff sexuelle Identität findet sich auch in zahlreichen einfachgesetzlichen Normen, u.a. in § 1 AGG.<sup>4</sup> Hier soll der Begriff sowohl die sexuelle Orientierung als auch die geschlechtliche Identität erfassen, ist jedoch Gegenstand heftiger Auslegungskontroversen.<sup>5</sup> 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

---

<sup>1</sup> BT-Drs. 19/13123, S. 5.

<sup>2</sup> Ebd.

<sup>3</sup> 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.

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

<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup>

### 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,<sup>7</sup> 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).

<sup>6</sup> Vgl. insbesondere die Yogyakarta-Prinzipien.

<sup>7</sup> 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 erfasst<sup>8</sup> 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.“<sup>9</sup>

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.<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup> 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“.

---

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

<sup>9</sup> BVerfGE 147, 1, Rn. 58.

<sup>10</sup> 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).

<sup>11</sup> 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.