

**Deutscher Bundestag****Drucksache 19/[...]****19. Wahlperiode**

[Datum]

**Gesetzentwurf****der Fraktionen FDP, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und DIE LINKE****Änderung des Art. 3 Abs. 3 GG - Einfügung des Merkmals sexuelle Identität****A. Problem**

Als Reaktion auf das nationalsozialistische Unrechtsregime, das die Rechtsgleichheit der Menschen ausschloss und seine Willkürherrschaft auf diese Ungleichbehandlung aufbaute, hat der Parlamentarische Rat neben dem allgemeinen Gleichheitssatz des Artikels 3 Absatz 1 GG auch spezielle Diskriminierungsverbote in Artikel 3 Absatz 3 GG aufgenommen. Die dort aufgezählten persönlichen Merkmale scheidern somit als Anknüpfungspunkt staatlicher Differenzierung grundsätzlich aus. Dieser Katalog von Merkmalen soll dabei insbesondere den von den Nationalsozialisten verfolgten Minderheiten Rechnung tragen.

In den Text des Grundgesetzes nicht aufgenommen wurden jedoch das Merkmal der Behinderung und das Merkmal der sexuellen Identität, obwohl behinderte und homosexuelle Menschen schwerer Verfolgung durch die Nationalsozialisten ausgesetzt waren. Der erst 1994 aufgehobene § 175 StGB, der einvernehmliche homosexuelle Handlungen von Männern unter Strafe stellte, zeigt zudem, dass etwa die staatliche Diskriminierung Homosexueller auch in der Bundesrepublik noch lange fortbestand. Noch 1957 und 1973 bestätigte das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsmäßigkeit des Straftatbestandes (Urteil des Ersten Senats vom 10. Mai 1957 - 1 BvR 550/52, BVerfGE 6, 389; Beschluss vom 02. Oktober 1973 - 1 BvL 7/72, BVerfGE 36, 41).

Das Merkmal der Behinderung wurde im Zuge der Überarbeitung des Grundgesetzes nach der Wiedervereinigung 1994 ergänzt. Das Merkmal der sexuellen Identität fand jedoch nicht die nötige Zweidrittelmehrheit im Bundestag, obwohl sich eine Mehrheit der Gemeinsamen Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat dafür ausgesprochen hatte, es in Artikel 3 Absatz 3 Satz 1 GG ausdrücklich zu nennen (BT.-Drs. 12/6000, S. 54).

Inzwischen hat sich die rechtliche Situation von Lesben, Schwulen und Bisexuellen stark verbessert. So verbietet das europäische Recht in Artikel 21 Absatz 1 der EU-Grundrechtecharta sowie Artikel 10 AEUV eine Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung. Auch mehrere Landesverfassungen enthalten ein Verbot der Diskriminierung wegen der sexuellen Identität (Landesverfassung von Berlin Artikel 10 Absatz 2, Landesverfassung von Brandenburg Artikel 12 Absatz 2, Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen, Artikel 2 und Landesverfassung des Saarlandes Artikel 12) bzw. der sexuellen Orientierung (Artikel 2 Absatz 3 Verfassung des Freistaates Thüringen).

Dennoch stößt die Lebensführung etwa von Homosexuellen noch immer auf Vorbehalte, was sich in rechtlicher und sozialer Diskriminierung niederschlägt. Diese kann viele Ausprägungen haben und reicht von sozialem Boykott bis zur Verächtlichmachung, von rechtlicher Benachteiligung bis zu offener Gewalt. Das allgemeine Diskriminierungsverbot bietet dabei keinen ausreichenden Schutz von Lesben, Schwulen und Bisexuellen. Eine Anknüpfung an ihre sexuelle Identität unterliegt aufgrund der fehlenden Aufzählung in Artikel 3 Absatz 3 zunächst nicht den strengen Verhältnismäßigkeitsanforderungen des Artikels 3 Absatz 3 GG, sondern lediglich dem bloßen Willkürverbot nach Artikel 3 Absatz 1 GG. Allerdings legt das Bundesverfassungsgericht seit den 1990er Jahren einen umso strengeren Prüfungsmaßstab an, je mehr der Grund für Differenzierung eine Nähe zu dem Katalog

von Merkmalen des Artikel 3 Absatz 3 Satz 1 GG aufweist (vgl. BVerfGE 124, 199 – Ungleichbehandlung bei Hinterbliebenenversorgung; 126, 400 – steuerliche Diskriminierung eingetragener Lebenspartnerschaften). Eine Aufnahme des Merkmals der sexuellen Identität als spezielles Diskriminierungsmerkmal würde den Bereich zudem der Disposition des einfachen Gesetzgebers entziehen.

Differenzierungen aufgrund der geschlechtlichen Identität sind hingegen bereits den strengen Verhältnismäßigkeitsanforderungen des Artikel 3 Absatz 3 GG unterworfen, da auch die geschlechtliche Identität eines Menschen unter das Merkmal Geschlecht fällt (s. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 10. Oktober 2017 - 1 BvR 2019/16, Rn. 56 f.).

#### B. Lösung

Einfügung des Merkmals der sexuellen Identität in Artikel 3 Absatz 3 Satz 1 des Grundgesetzes.

#### C. Alternativen

Keine.

#### D. Finanzielle Auswirkungen

Für die Haushalte von Bund, Ländern und Kommunen und für die sonstigen Kosten haben die Grundgesetzänderungen keine unmittelbaren Folgen.

#### Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes

Der Bundestag hat mit Zustimmung des Bundesrats das folgende Gesetz beschlossen; Artikel 79 Absatz 2 des Grundgesetzes ist eingehalten:

#### Artikel 1

##### Änderung des Grundgesetzes

In Artikel 3 Absatz 3 Satz 1 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 13. Juli 2017 (BGBl. I S. 2347) geändert worden ist, werden nach den Wörtern „wegen seines Geschlechtes,“ die Wörter „seiner sexuellen Identität,“ eingefügt.

#### Artikel 2

Dieses Gesetz tritt am Tag nach der Verkündung in Kraft.

## Begründung

### A. Allgemeiner Teil

Als Konsequenz aus der nationalsozialistischen Verfolgungs- und Selektionspolitik hatte sich der Parlamentarische Rat 1948/49 dafür entschieden, neben dem allgemeinen Gleichbehandlungsgebot des Artikels 3 Absatz 1 GG in Artikel 3 Absatz 3 GG persönliche Merkmale im Grundgesetz zu verankern, welche als Anknüpfungspunkt staatlicher Differenzierung grundsätzlich ausscheiden: „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.“ Zwei der im nationalsozialistischen Deutschland systematisch verfolgten Personengruppen fehlten in dieser Aufzählung: Behinderte und homosexuelle Menschen.

Das allgemeine Gleichbehandlungsgebot des Artikels 3 Absatz 1 GG hat aber in der Vergangenheit Homosexuellen nicht nur keinen ausreichenden Schutz vor gravierenden Benachteiligungen geboten. Sogar menschenunwürdige Strafverfolgung Homosexueller war unter Geltung des allgemeinen Gleichheitssatzes bis in die 1990er Jahre möglich. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 6, 389, 420 ff., 432 ff.) hielt die frühere Strafbarkeit der „Unzucht zwischen Männern“ gemäß § 175 StGB in der Fassung des Gesetzes vom 28. Juni 1935 (RGBl. I S. 839) für zulässig. Erst durch das 29. Strafrechtsänderungsgesetz vom 21. Mai 1994 (BGBl. I 1168) wurde die Norm ersatzlos gestrichen, nachdem die Altersgrenze der Sexualpartner 1969 auf 21 Jahre und 1973 auf 18 Jahre herabgesetzt worden war.

Im Rahmen der Überarbeitung des Grundgesetzes nach der Deutschen Einheit wurde 1994 in Artikel 3 Absatz 3 Satz 2 GG das Verbot der Benachteiligung aufgrund einer Behinderung in das Grundgesetz aufgenommen. In der Gemeinsamen Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat sprach sich zwar eine Mehrheit für die Aufnahme eines Diskriminierungsverbots aufgrund der sexuellen Identität aus, die erforderliche Zweidrittelmehrheit wurde jedoch nicht erreicht (Bundestagsdrucksache 12/6000, S. 54).

Viele neuere Regelwerke enthalten wie selbstverständlich ein Diskriminierungsverbot wegen der sexuellen Orientierung, Identität oder Ausrichtung. So verbietet Artikel 21 Absatz 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union eine Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung. Artikel 10 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union schreibt als Ziel ihrer Politik die Bekämpfung von Diskriminierung u.a. wegen der sexuellen Ausrichtung fest. Artikel 19 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union ermächtigt die Europäische Union zum Erlass geeigneter Vorkehrungen gegen eine Diskriminierung aufgrund dieses Merkmals. Seit Anfang der 1990er Jahre hat die Mehrheit der Bundesländer, die eigene Grundrechtskataloge oder Gleichbehandlungsartikel in ihren Landesverfassungen haben, in ihre Landesverfassungen ein Verbot der Ungleichbehandlung aufgrund der sexuellen Identität bzw. sexuellen Orientierung aufgenommen: Artikel 10 Absatz 2 Verfassung von Berlin, Artikel 12 Absatz 2 Verfassung des Landes Brandenburg, Artikel 2 Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen, Artikel 12 Absatz 3 Verfassung des Saarlandes, Artikel 2 Absatz 3 Verfassung des Freistaats Thüringen. In Sachsen-Anhalt ist zurzeit eine entsprechende Ergänzung der Landesverfassung (Artikel 7 Absatz 3) in Vorbereitung. Auch in ausländischen Verfassungen, etwa in den Verfassungen Portugals (Artikel 13), Schwedens (Kapitel 1 Artikel 2) und Südafrikas (Section 9 (3)), findet sich inzwischen ein entsprechendes Diskriminierungsverbot.

Das Merkmal der sexuellen Identität im Sinne des Grundgesetzes umfasst ein andauerndes Muster emotionaler, romantischer oder sexueller Anziehung zu Personen eines bestimmten oder verschiedener Geschlechter.

Eine Differenzierung wegen der sexuellen Identität erfordert nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bereits eine strenge Rechtfertigungsprüfung, da sie als eine mit der Person zusammenhängende Differenzierung eine Nähe zu dem Katalog von Merkmalen des Artikel 3 Absatz 3 Satz 1 Grundgesetz, insbesondere zum Merkmal des Geschlechts, aufweist (BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 7. Juli 2009 - 1 BvR 1164/07, BVerfGE 124, 199). Demgegenüber wird das geschlechtliche Selbstverständnis eines Menschen jenseits der Zuordnung zum männlichen oder weiblichen Geschlecht nach der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vom Merkmal des Geschlechts umfasst und geschützt (Beschluss vom 10. Oktober 2017 - 1 BvR 2019/16, BVerfGE 147, 1).

Das Merkmal der sexuellen Identität ist ein unzulässiger Anknüpfungspunkt für eine Ungleichbehandlung. Dies gilt auch dann, wenn eine Maßnahme durch die Anknüpfung an das Merkmal der sexuellen Identität die Diskriminierung zwar nicht bezweckt, aber dennoch bewirkt. Auch die speziellen Diskriminierungsverbote des Art. 3 Absatz 3 Satz 1 GG schließen eine Ungleichbehandlung jedoch nicht vollständig aus, sondern erlauben sie in engen Grenzen der Verhältnismäßigkeit. Diese ergeben sich aus kollidierendem Verfassungsrecht. Sexuelle Praktiken, welche z.B. die Selbstbestimmung anderer Personen beeinträchtigen, können daher unverändert verboten und unter Strafe gestellt werden.

Auch die Einordnung von sexueller Identität als ein Merkmal, das zwar formal dem allgemeinen Gleichheitssatz zugeordnet, aber den strengen Rechtfertigungsanforderungen der speziellen Diskriminierungsverbote unterworfen ist, vermag nicht den gleichen Schutz wie die explizite Aufnahme als Diskriminierungsmerkmal in Artikel 3 Absatz 3 GG zu verschaffen. Denn diese Einordnung beruht auf der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das die (auch mittelbare) Diskriminierung wegen sexueller Identität erst in jüngerer Zeit strengeren Rechtfertigungserfordernissen unterworfen hat (BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 7. Juli 2009 - 1 BvR 1164/07, BVerfGE 124, 199).

Dass die Rechtsprechung aber dem Wandel gesellschaftlicher Anschauungen unterworfen ist, zeigt sich in diesem Zusammenhang insbesondere daran, dass das Bundesverfassungsgericht noch im Jahr 1957 Homosexualität als eindeutigen Verstoß gegen das Sittengesetz gewertet hat (BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 10. Mai 1957 - 1 BvR 550/52, BVerfGE 6, 389) und 1973 unterschiedliche Schutzaltersgrenzen für homo- und heterosexuelle Handlungen als verfassungskonform bestätigt hat (BVerfG, Beschluss vom 02.10.1973 - 1 BvL 7/72, BVerfGE 36, 41). Es 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. 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, Ausstrahlungswirkung erzeugt und eine Signalwirkung in die Gesellschaft hinein entfaltet.

Durch die Einfügung des Merkmals wird zudem der Schutz abgesichert, den das Unionsrecht in Artikel 10 AEUV, sowie Artikel 21 Absatz 1 der EU-Grundrechtecharta vorsieht. Zwar wird das Merkmal dort als sexuelle Ausrichtung bezeichnet. Der deutsche Gesetzgeber hat in der Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf durch § 1 AGG und § 75 BetrVG jedoch den Begriff der sexuellen Identität verwendet, ebenso in zahlreichen weiteren Normen der deutschen Rechtsordnung, wie § 9 BeamtStG, § 1 SoldGG, § 36 SGB III, § 19a SGB IV und § 3 SG. Während in diesen Gesetzen sexuelle Identität sowohl als sexuelle Orientierung als auch als geschlechtliche Identität verstanden wird, soll im Grundgesetz der Begriff im engeren Sinne, das heißt als ein andauerndes Muster emotionaler, romantischer oder sexueller Anziehung zu Personen eines bestimmten oder verschiedener Geschlechter und Teil der Identität eines Menschen verstanden werden. Der Begriff umfasst insbesondere Hetero-, Homo-, Bi- und Pansexualität, aber auch Asexualität.

Die enge Auslegung von sexueller Identität bedeutet keine Verkürzung des verfassungsrechtlichen Schutzes für Transgender, transgeschlechtliche und intergeschlechtliche Menschen. Denn die geschlechtliche Identität ist bereits jetzt vollumfänglich vom Merkmal Geschlecht in Artikel 3 Absatz 3 GG umfasst.

Das jahrzehntelange gesellschaftliche wie politische Unsichtbarmachen von Lesben, Schwulen und Bisexuellen ist bis in die heutige Zeit einer der zentralen Mechanismen von Homophobie. Die Aufnahme des Merkmals sexuelle Identität in Artikel 3 Absatz 3 GG sichert diesen Gruppen eine unmissverständliche Anerkennung ihrer Existenz und ihrer Rechte. Sie stellt sicher, dass sich ein Unrecht, wie es insbesondere in der strafrechtlichen Verfolgung von Schwulen nach § 175 StGB seinen Ausdruck gefunden hat, auf Basis des Grundgesetzes nicht wiederholen kann.

## **B. Besonderer Teil**

### **Zu Artikel 1 (Änderung des Grundgesetzes)**

Der Artikel fügt das Merkmal der sexuellen Identität in Artikel 3 Absatz 3 GG ein. Unter dem Merkmal der sexuellen Identität wird ein andauerndes Muster emotionaler, romantischer oder sexueller Anziehung zu Menschen eines bestimmten oder verschiedener Geschlechter verstanden.

Die geschlechtliche Identität hingegen ist bereits vom Merkmal Geschlecht umfasst und wird deshalb nicht aufgenommen.

### **Zu Artikel 2 (Inkrafttreten)**

Die Vorschrift regelt das Inkrafttreten dieses Gesetzes.