



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

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

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.<sup>3</sup>

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

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

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup>

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

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.<sup>7</sup> 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

<sup>4</sup> 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>.

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

<sup>6</sup> Die Konvention ist für Deutschland seit dem 1. Februar 2018 in Kraft.

<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup>

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.<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup>

## 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)<sup>11</sup>, 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.<sup>12</sup>

## 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.<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup> 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.

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

<sup>9</sup> Wiemann (Fn. 5), S. 299f.

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

<sup>11</sup> Ehemals Art. 13 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft.

<sup>12</sup> 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/ Hölscheidt (2019): *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*. Baden-Baden: Nomos, Art. 23 Rn. 40.

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

<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup>

### 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)<sup>17</sup>, 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.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> BT-Drucksache 16/1780, Seite 31.

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

<sup>17</sup> 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](https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2019/pmk-2018-hasskriminalitaet-2001-2018.pdf?__blob=publicationFile&v=5)

<sup>18</sup> 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.<sup>19</sup> Staatliche Antidiskriminierungsstellen und die Wissenschaft weisen auf fortbestehende Gefährdungslagen und Diskriminierungen trans- und intergeschlechtlicher Menschen hin.<sup>20</sup>

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.<sup>21</sup>

### 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 Nichtregierungsorganisationen<sup>22</sup> sowie des UN-Hochkommissariats für Menschenrechte<sup>23</sup>, der Menschenrechtskommissarin des Europarates<sup>24</sup> sowie der EU-Grundrechteagentur<sup>25</sup>.

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.<sup>26</sup> Auch die Europäische Union hat 2013 eine Außenpolitische Leitlinie zum Schutz und zur Förderung von LSBTI-Rechten verabschiedet.<sup>27</sup> 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 Coalition<sup>28</sup>.

<sup>19</sup> 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.

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> 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.

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

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

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

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

<sup>26</sup> 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>.

<sup>27</sup> URL: [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_Data/docs/pressdata/EN/foraff/137584.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressdata/EN/foraff/137584.pdf)

<sup>28</sup> URL: [https://www.international.gc.ca/world-monde/issues\\_development-enjeux\\_developpement/human\\_rights-droits\\_homme/coalition-equal-rights-droits-egaux.aspx?lang=eng](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.