



Europa-Universität  
Flensburg

Internationales Institut für Management  
und ökonomische Bildung  
Abteilung Europa- und Völkerrecht

Europa-Universität Flensburg | Auf dem Campus 1 | 24943 Flensburg

Deutscher Bundestag  
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

per Mail: [rechtsausschuss@bundestag.de](mailto: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](mailto: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](mailto:Office.EUS@uni-flensburg.de)

<http://europeanstudies.info/>  
[www.uni-flensburg.de](http://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 Konsentiertere 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 Karlsruhe 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“.**