

Goethe-Universität Frankfurt am Main
Postfach 11 19 32, D-60054 Frankfurt am Main

**Prof. Dr. Ute Sacksofsky, M.P.A.
(Harvard)**

Fachbereich Rechtswissenschaft
Institut für öffentliches Recht

Telefon +49 (0 69) 7 98 - 3 42 85

Telefax +49 (0 69) 7 98 - 3 45 13

E-Mail Sacksofsky@jur.uni-frankfurt.de

Sekretariat.Sacksofsky@jur.uni-frankfurt.de

www.jura.uni-frankfurt.de/sacksofsky/

Datum: 20.04.2010

**Stellungnahme
zur Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages
zu drei Gesetzentwürfen zur Änderung des Grundgesetzes
(Artikel 3 Absatz 3 Satz 1)
(BT-Drucksachen 17/254, 17/472, 17/88)
am 21. April 2010**

Die inhaltsgleichen Gesetzentwürfe schlagen vor, im Grundgesetz ausdrücklich die Diskriminierung wegen sexueller Identität zu verbieten. Rechtstechnisch soll dies dadurch umgesetzt werden, dass die bestehenden Diskriminierungsverbote des Artikel 3 Absatz 3 Satz 1 GG durch das Merkmal „sexuelle Identität“ ergänzt werden.

I. Grundsätzliche Überlegungen

Verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbote haben die Aufgabe zu verhindern, dass Menschen aufgrund bestimmter Merkmale ausgegrenzt oder als Menschen zweiter Klasse behandelt werden. Eines solchen grundrechtlichen Schutzes bedürfen vor allem Menschen, die in bestimmten Hinsichten von der Mehrheit abweichen. Die

Mehrheit konstruiert ihre Daseinsweise als Normalität, diejenigen, die anders sind oder anders leben wollen, werden als abweichend marginalisiert oder gar verfolgt. Damit besteht die Gefahr, dass die Perspektiven dieser Minderheit im demokratischen Prozess unberücksichtigt bleiben und ihre Interessen hintangestellt werden. Für Menschen, die zur Mehrheit gehören oder sich wie die dominante Mehrheit verhalten, reichen demokratische Verfahren zum Schutz ihrer zentralen Freiheiten aus. Minderheiten hingegen bedürfen externer Kontrolle, um ihre gleichberechtigte Partizipation sicherzustellen; denn auf die Mehrheitsentscheidung, auf die sonst in der Demokratie gesetzt wird, ist für sie kein Verlass. Verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbote nehmen diejenigen Merkmale auf, die sich – bezogen auf den jeweiligen historischen und gesellschaftlichen Kontext – als besonders diskriminierungsträchtig erwiesen haben.

Betrachtet man sexuelle Identität unter diesem Gesichtspunkt ist offensichtlich, dass sexuelle Identität zu den relevanten Kategorien zählt. Zum einen gehört die sexuelle Identität unzweifelhaft zum Kernbereich menschlichen Daseins. Befriedigende Sexualität leben zu können, ist zentraler Bestandteil menschlicher Existenz. Zum anderen hat die deutsche Geschichte gezeigt, dass Menschen, die nicht in die binäre, heterosexuelle Geschlechterordnung passen, verfolgt und diskriminiert wurden; auch heute ist Diskriminierung wegen sexueller Identität bei weitem noch nicht vollständig überwunden.

Sexuelle Identität ist aufgrund ihrer Bedeutung für die Einzelnen wie auch ihres Ausgrenzungspotentials den anderen Merkmalen des Art. 3 Abs. 3 GG ebenbürtig. Sie sollte daher in das Diskriminierungsverbot aufgenommen werden, wenn nicht gute Gründe dagegen sprechen.

Mit der Aufnahme der sexuellen Identität in den Katalog der Diskriminierungsverbote findet Deutschland Anschluss an internationale Entwicklungen. Insbesondere auf Ebene der Europäischen Union nimmt die Bekämpfung der Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung einen zentralen Stellenwert ein (siehe: Art. 21 der Grundrechte-Charta, jetzt verbindlich durch Art. 6 EUV, Art. 10 AEUV und Art. 19 AEUV sowie die auf dieser Grundlage erlassene Richtlinie 2000/78).

II. Mögliche Gründe gegen eine Verfassungsänderung

1. Jede Verfassungsänderung muss sorgfältig auf ihre Erforderlichkeit geprüft werden. Die Verfassung ist die Grundordnung des Gemeinwesens und soll nur die wesentlichen Grundentscheidungen enthalten. Die Wirkungskraft einer Verfassung hängt wesentlich davon ab, dass sie nicht permanent geändert wird, um tagesaktuelle Probleme zu bewältigen.

Die Aufnahme der sexuellen Identität in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG ist nach meiner Auffassung einer der seltenen Fälle, in denen auch bei Anlegung eines strengen Maßstabes eine Verfassungsänderung angezeigt ist. Denn die verfassungskräftige Erklärung, dass eine Ausgrenzung wegen sexueller Identität vom Gemeinwesen verboten wird, trägt genau den Grundsatzcharakter, der Verfassungsbestimmungen auszeichnet. Angesichts der deutschen Geschichte wäre eine solche Aussage in der Verfassung angezeigt, um deutlich zu machen, dass das heutige Deutschland sich dieser Geschichte bewusst ist, diese Geschichte überwunden hat und für die Zukunft einen Rückfall ausschließen will.

2. Ein zweiter denkbarer Einwand gegen eine Verfassungsänderung wäre, dass sie überflüssig sei. Eine solche Überflüssigkeit könnte auf verschiedene Faktoren zurückgeführt werden.

Die Überflüssigkeit könnte zum einen juristisch-technisch begründet werden. Denkbar wäre etwa, sexuelle Identität als Teil des Merkmals Geschlecht zu begreifen und insoweit Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG moderner zu interpretieren (so etwa für den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte die Entscheidung des Human Rights Committee, *Toonen v. Australia*, UN Doc. CCPR/C/50/D/488/1992). Das Bundesverfassungsgericht ist diesen Weg nicht gegangen, hat aber in seiner Entscheidung zur Ungleichbehandlung von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft im Hinblick auf die betriebliche Hinterbliebenenversorgung vom 7. Juli 2009 (1 BvR 1164/07) einen weitgehenden gleichheitsrechtlichen Schutz vor Diskriminierung wegen

sexueller Identität anerkannt und einen strengen Kontrollmaßstab angewendet. Diese Entscheidung konsequent fortgeführt, scheint in der Tat fraglich, ob eine Aufnahme der sexuellen Identität in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG nach derzeitigem Stand wirklich verfassungsrechtlich zu gravierenden Unterschieden führen würde. Dennoch besteht ein erheblicher Unterschied zwischen einer ausdrücklichen Regelung in der Verfassung und einer in der Auslegung des allgemeinen Gleichheitssatzes entwickelten Rechtsprechung. Denn selbst auf der Ebene des Verfassungsgerichts ist ein strenger Kontrollmaßstab nicht selbstverständlich. Dies zeigt beispielsweise die Kammer-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 20. September 2007 zum Familienzuschlag (2 BvR 855/06), die keinen besonders strengen Kontrollmaßstab bei der Prüfung der Ungleichbehandlung von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft angewendet hat. Es ist daher sinnvoll, diesen strengen Kontrollmaßstab durch eine ausdrückliche Gewährleistung abzusichern.

Zum anderen könnte eine Verfassungsänderung für überflüssig gehalten werden, weil der Schutz vor Diskriminierung wegen sexueller Identität schon einfachrechtlich (insbesondere durch das AGG) oder europarechtlich hinreichend gewährleistet sei. Eine solche Argumentation verkennt, dass die einfachrechtliche Gewährleistung zur Disposition der jeweiligen politischen Mehrheit steht, zudem – ebenso wie die europarechtliche Gewährleistung – nicht auf alle Gebiete Anwendung findet.

Im Hinblick auf beide Überlegungen ist zentral, dass der symbolische Effekt einer verfassungsrechtlichen Gewährleistung wesentlich weiter geht, als es das einfache Recht oder auch europarechtliche Garantien tun können. Denn über die juristisch-technische Ebene hinaus wirken Verfassungsnormen deutlich stärker in die Gesellschaft hinein, als es juristische Begründungen je vermögen. Ein im Verfassungstext enthaltenes Verbot der Diskriminierung wegen sexueller Identität ist für die Bürgerinnen und Bürger leicht zugänglich und leicht verständlich. Es erfordert keine juristische Kompetenz oder Kenntnis einzelner Gerichtsentscheidungen. Eine ausdrückliche Verfassungsnorm trägt daher zur Bewusstseinsbildung, die bei Diskriminierungsbekämpfung ein

entscheidender Faktor ist, wesentlich stärker bei als eine Gerichtsentscheidung.

III. Abschließende Bewertung

Wie gezeigt, sprechen starke Gründe für die vorgeschlagene Verfassungsänderung. Die sexuelle Identität betrifft die Einzelnen fundamental; lange wurden Menschen aus diesem Grund ausgegrenzt, diskriminiert und verfolgt. Sexuelle Identität ist damit den anderen Merkmalen des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG gleichrangig. Sie hat ihren richtigen Platz im Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG. Etwaige Gegeneinwände schlagen nicht durch. Auch darf die aktuelle Missbrauchsdebatte nicht in diesem Sinne instrumentalisiert werden.

Ich empfehle daher – wie in den Gesetzentwürfen vorgeschlagen –, Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG um das Merkmal „sexuelle Identität“ zu ergänzen.