

Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger

Schriftliche Stellungnahme

**Öffentliche Anhörung
des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz
des Deutschen Bundestages**

zum

Gesetzentwurf

der Fraktionen FDP, DIE LINKE. und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

**Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes
(Änderung des Artikels 3 Absatz 3 – Einfügung des Merkmals sexuelle Identität)**

BT-Drs. 19/13123

am 12. Februar 2020

Inhaltsübersicht

I. Zusammenfassende Gesamtbewertung	3
II. Verfassungsrechtlicher Befund: Strikter Schutz vor Differenzierungen wegen der sexuellen Identität bereits unter dem Grundgesetz	4
1. Gleichheitsverbürgungen des Grundgesetzes	4
2. Strikter Schutz vor Diskriminierungen wegen der sexuellen Identität auch unter dem allgemeinen Gleichheitssatz	5
3. Weitere Grundrechtsdimensionen	8
4. Absicherung des Diskriminierungsschutzes durch explizite Verankerung im Wortlaut des Grundgesetzes?	11
5. Fazit	12
III. Rechtsvergleich: gemischtes Bild	12
IV. Leitbildfunktion der Verfassung	14

I. Zusammenfassende Gesamtbewertung

Die Entscheidung, Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG um das Merkmal der „sexuellen Identität“ zu ergänzen, fällt in das (rechtlich nicht weiter determinierte) **Ermessen des verfassungsändernden Gesetzgebers**. Folgende Gesichtspunkte erscheinen relevant:

Aus **verfassungsrechtlicher Warte** ist festzuhalten, dass die im Gesetzentwurf vorgesehene Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG um das Merkmal der „sexuellen Identität“ **keine nennenswerte Verstärkung des Schutzes vor entsprechenden Diskriminierungen im Vergleich zur aktuellen Rechtslage** bewirkt und insoweit nicht erforderlich erscheint (II.). Richtig ist zwar, dass das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG einen besonders starken Schutz vor Diskriminierungen wegen der dort genannten Merkmale bietet, da es Differenzierungen nur unter engen Voraussetzungen zulässt; allerdings hat in mittlerweile ständiger Rechtsprechung (beider Senate) des Bundesverfassungsgerichts ein vergleichbarer Schutz unter dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) Anerkennung gefunden, stellt dieser bei Ungleichbehandlungen, die an die sexuelle Orientierung anknüpfen, doch ebenfalls strenge Rechtfertigungsanforderungen auf. Auch die **Bedeutung einer textlichen Verankerung als Absicherung** des aktuellen Schutzniveaus gegenüber Verschlechterungen **darf nicht überschätzt werden**.

Aus **rechtsvergleichender Perspektive** ergibt sich ein **gemischter Befund**: Die Verfassungsänderung würde namentlich zu den Bestimmungen zur Nichtdiskriminierung im Unionsrecht aufschließen, wohingegen sich in der Europäischen Menschenrechtskonvention kein explizit auf die sexuelle Identität bezogenes Diskriminierungsverbot findet. Im Landes- und ausländischen Verfassungsrecht finden sich einzelne Vorläufer, aber auch Gegenbeispiele und offene Kataloge (III.).

Vor dem Hintergrund namentlich der **Leitbildfunktion der Verfassung** sind die im Gesetzentwurf betonte „Symbolfunktion“ der Verfassungsänderung und deren „Signalwirkung in die Gesellschaft hinein“ legitime, obgleich differenziert zu würdigende Anliegen (IV.). Hierbei handelt es sich um das gewichtigste der im Gesetzentwurf angeführten Argumente. Insoweit ist politisch zu entscheiden, ob eine entsprechende (selektive) Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG angezeigt ist; hierbei sind eine Vielzahl von Aspekten abzuwägen (Bedarf, Wirksamkeit, Alternativen, Indikation einer nur punktuellen Ergänzung bzw. einer Ergänzung um weitere Merkmale).

II. Verfassungsrechtlicher Befund: Strikter Schutz vor Differenzierungen wegen der sexuellen Identität bereits unter dem Grundgesetz

Hinsichtlich der Gleichheitsverbürgungen des Grundgesetzes ist zwischen dem in Art. 3 Abs. 1 GG verankerten allgemeinen Gleichheitssatz und besonderen Gleichheitssätzen wie dem strengen Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG zu unterscheiden (1.). Dass Ungleichbehandlungen aufgrund der „sexuellen Identität“ mangels Erwähnung in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG nur dem allgemeinen Gleichheitssatz unterfallen, begründet kein nennenswertes Schutzdefizit, da strenge Rechtfertigungsanforderungen auch in dessen Kontext Anerkennung gefunden haben (2.). Dieser Befund gilt auch für die weiteren Grundrechtsdimensionen (3.). Schließlich erscheint eine Absicherung des aktuellen Diskriminierungsschutzes durch eine explizite Verankerung im Wortlaut des Grundgesetzes nicht erforderlich (4.).

1. Gleichheitsverbürgungen des Grundgesetzes

Die Gleichheitsverbürgungen des Grundgesetzes lassen sich in den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) und besondere Gleichheitssätze unterteilen.

Der allgemeine Gleichheitssatz verbietet jede sachlich nicht zu rechtfertigende (Un-)Gleichbehandlungen von Personen(gruppen) und Sachverhalten.¹ Entscheidend für die Rechtfertigung ist die kontextabhängige Wesentlichkeit der Unterschiede bzw. Gemeinsamkeiten.² Hinsichtlich der Rechtfertigungsanforderungen bestehen nach der in der jüngeren Rechtsprechung beider Senate des Bundesverfassungsgerichts angewandten gleitenden Skala „je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die von gelockerten auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen reichen können“.³

Der allgemeine Gleichheitssatz tritt hinter die besonderen Gleichheitssätze zurück.⁴ Zu letzteren rechnen die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG. Diese verbieten die Benachtei-

¹ Näher zum Tatbestand *F. Wollenschläger*, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck/P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 GG, Rn. 77 ff.

² Hierzu *F. Wollenschläger*, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck/P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 GG, Rn. 120 ff.

³ Siehe nur BVerfGE 129, 49 (68 f.) – Erster Senat. Aus der jüngeren Rechtsprechung des Zweiten Senats BVerfGE 145, 106 (145). Umfassend zum Übergang von der Willkür- über die „Neue“ Formel zur gleitenden Skala *F. Wollenschläger*, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck/P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 GG, Rn. 89 ff.

⁴ *F. Wollenschläger*, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck/P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 GG, Rn. 328.

ligung respektive Bevorzugung einer Person wegen bestimmter Merkmale: „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. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.“ Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bezweckt Art. 3 Abs. 1 Satz 1 GG, „Angehörige strukturell diskriminierungsgefährdeter Gruppen vor Benachteiligung zu schützen“.⁵ Ungeachtet des unbedingt formulierten Wortlautes („Niemand darf ...“) ist anerkannt, dass im Ausnahmefall eine Rechtfertigung entsprechender Ungleichbehandlungen in Betracht kommt, namentlich aufgrund vorrangigem kollidierendem Verfassungsrecht.⁶ So verstärkt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG

den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, indem [er] der dem Gesetzgeber darin eingeräumten Gestaltungsfreiheit engere Grenzen zieht. Danach darf das Geschlecht grundsätzlich nicht Anknüpfungspunkt für eine rechtliche Ungleichbehandlung sein. Das gilt auch dann, wenn eine Regelung nicht auf eine nach Art. 3 Abs. 3 GG verbotene Ungleichbehandlung angelegt ist, sondern in erster Linie andere Ziele verfolgt (vgl. BVerfGE 85, 191 [206]; 97, 35 [43]; 97, 186 [197]). An das Geschlecht anknüpfende differenzierende Regelungen sind mit Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG nur vereinbar, soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich sind. Fehlt es an zwingenden Gründen für eine Ungleichbehandlung, lässt sich diese nur noch im Wege einer Abwägung mit kollidierendem Verfassungsrecht legitimieren.⁷

2. Strikter Schutz vor Diskriminierungen wegen der sexuellen Identität auch unter dem allgemeinen Gleichheitssatz

Differenzierungen wegen der sexuellen Identität fallen mangels Erwähnung in Art. 3 Abs. 3 GG, der hinsichtlich der pönalisierten Merkmale abschließend zu verstehen ist,⁸ nicht unter diesen, sondern „nur“ unter den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG). Damit geht indes kein Schutzdefizit einher. Richtig ist zwar, dass das besondere Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG, pauschalierend betrachtet, strengere Rechtfertigungsanforderungen für

⁵ BVerfGE 147, 1 (28).

⁶ Siehe nur *S. Baer/N. Markard*, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck/P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 GG, Rn. 432 ff.

⁷ BVerfGE 114, 357 (364).

⁸ *S. Baer/N. Markard*, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck/P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 GG, Rn. 438. Zur Nichteinschlägigkeit des Merkmals „Geschlecht“ bei Ungleichbehandlungen der eingetragenen Lebenspartnerschaft gegenüber der (verschiedengeschlechtlichen) Ehe BVerfGE 105, 313 (351). Ebenso BVerfGK 12, 169 (173 f.); *M. Grünberger*, FPR 2010, S. 203 (203); *F. Kramer*, Über die Wandlungsfähigkeit des Grundgesetzes am Beispiel gleichgeschlechtlich orientierter Personen und Paare, 2017, S. 216. Kritisch die abweichende Meinung der Richterin *E. Haas*, BVerfGE 105, 313 (362 f.): „Die Auffassung der Senatsmehrheit, Art. 3 Abs. 3 GG sei nicht verletzt, weil an die Bindung zweier Personen und nicht an das Geschlecht angeknüpft werde, ist wenig überzeugend. Denn Voraussetzung für das Eingehen einer eingetragenen Lebenspartnerschaft mit einem bestimmten Partner ist die Zugehörigkeit zu dessen Geschlecht. Damit wird für die Eröffnung der Registrierung der Zweierbeziehung naturgemäß an die Geschlechtszugehörigkeit angeknüpft. Insoweit wäre es wünschenswert gewesen, wenn der Senat über die knappe Begründung hinaus noch weitere Ausführungen gemacht hätte.“ A.A. auch *S. Baer/N. Markard*, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck/P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 GG, Rn. 460.

Ungleichbehandlungen aufstellt als der allgemeine Gleichheitssatz; allerdings können im Einzelfall auch bei letzterem besonders strenge Rechtfertigungsanforderungen greifen, hängt der Differenzierungsspielraum des Gesetzgebers nach der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten gleitenden Skala doch von Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen ab (siehe oben, II.1.). Auf dieser Basis erkennt das Bundesverfassungsgericht in nunmehr ständiger Rechtsprechung an, dass Differenzierungen aufgrund der sexuellen Orientierung besonders strengen Rechtfertigungsanforderungen unterliegen.

So „verschärfen sich“ nach dem Bundesverfassungsgericht „die verfassungsrechtlichen Anforderungen an den rechtfertigenden Sachgrund, je mehr [die Differenzierungskriterien] sich denen des Art. 3 Abs. 3 GG annähern“.⁹ Dies ist bei einer Diskriminierung von Minderheiten anzunehmen.¹⁰ Eine Vergleichbarkeit des Merkmals kann aus entsprechenden Wertungen in besonderen Diskriminierungsverboten des Unions- und EMRK-Rechts folgen, namentlich in Art. 21 GRC und Art. 14 EMRK (zu diesen unten, III.).¹¹ Über die in Art. 3 Abs. 3 GG und Art. 6 Abs. 5 GG genannten Merkmale hinaus finden sich dort die Hautfarbe, genetische Merkmale, die Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, das Vermögen, das Alter, die sexuelle Ausrichtung und die Staatsangehörigkeit. In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bislang anerkannte Fälle besonders rechtfertigungsbedürftiger Personen(gruppen)bezogener Differenzierungen sind Altersgrenzen,¹² die Staatsangehörigkeit,¹³ der Familienstand¹⁴ und die sexuelle Orientierung bzw. Identität,¹⁵ worunter auch die Ungleichbehandlung von Ehe und

⁹ Siehe nur BVerfGE 145, 20 (86 f.) (Erster Senat); E 145, 106 (145) (Zweiter Senat). Hierzu und zum Folgenden *F. Wollenschläger*, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck/P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 GG, Rn. 145.

¹⁰ BVerfGE 124, 199 (220); E 131, 239 (256); E 133, 377 (408).

¹¹ BVerfGE 124, 199, 220; *H. Krieger*, in: B. Schmidt-Bleibtreu/H. Hofmann/H.-G. Henneke (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 14. Aufl. 2018, Art. 3 GG, Rn. 41 ff.; *A. Nußberger*, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 3 GG, Rn. 93.

¹² BVerfGE 88, 87 (97); E 142, 353 (385 f.). A.A. *U. Kischel*, in: V. Epping/C. Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, Art. 3 GG (42. Ed. Dezember 2019), Rn. 140.

¹³ BVerfGE 130, 240 (255).

¹⁴ BVerfGE 91, 389 (401).

¹⁵ BVerfGE 124, 199 (220); E 126, 400 (419); E 131, 239 (256 f.); E 132, 179 (189, 190); E 133, 59 (98); E 133, 377 (408).

eingetragener Lebenspartnerschaft fällt¹⁶. Angesichts des insoweit bestehenden strikten Diskriminierungsschutzes ist von „Quasi-Diskriminierungsverboten“¹⁷ respektive „Analogmerkmalen“¹⁸ die Rede.

Spezifisch mit Blick auf die sexuelle Orientierung¹⁹ hatte eine Kammerentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 20.9.2007 eine erweiterte, dieses Merkmal einbeziehende Auslegung des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG noch abgelehnt,²⁰ bevor das Bundesverfassungsgericht dann erstmals in seinem Beschluss zur Ungleichbehandlung von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft im Bereich der betrieblichen Hinterbliebenenversorgung für Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes vom 7.7.2009 anerkannt hat, dass für entsprechende Differenzierungen strenge Rechtfertigungsanforderungen (im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 GG) greifen:

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.

Ein strenger Kontrollmaßstab bei einer auf die sexuelle Orientierung bezogenen Ungleichbehandlung, der sich dem bei anderen Diskriminierungsverboten geltenden Maßstab annähert, entspricht auch der Rechtsentwicklung im Europarecht. Sowohl Art. 13 EGV wie Art. 21 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union beziehen die sexuelle Ausrichtung in den Kreis der Diskriminierungsverbote ein. Auch in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) werden für Unterscheidungen, die sich auf die sexuelle Orientierung gründen, genauso „ernstliche Gründe“ als Rechtfertigung gefordert, wie für solche, die sich auf das Geschlecht gründen (EGMR, Urteil vom 24. Juli 2003 – Nr. 40.016/98 – Karner gegen Österreich, ÖJZ 2004, S. 36 [38] m. w. N.).²¹

Dieser Linie ist das Bundesverfassungsgericht – und zwar beide Senate – nicht nur in zahlreichen weiteren Entscheidungen gefolgt, so in seinen Beschlüssen zur Ungleichbehandlung von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft hinsichtlich der Erbschaft- und Schenkungsteuer vom 21.7.2010,²² hinsichtlich des Familienzuschlags für Beamte vom 19.6.2012,²³ hinsichtlich der Befreiung von der Grunderwerbsteuer vom 18.7.2012,²⁴ hinsichtlich der Sukzessivadoption

¹⁶ BVerfGE 124, 199 (221 f.); E 126, 400 (419); E 131, 239 (258 f.); E 132, 179 (190); E 133, 59 (98); E 133, 377 (408 f.). Zustimmend *M. Grünberger*, FPR 2010, S. 203 (204 f.); *S. Huster*, in: K. H. Friauf/W. Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 3 GG (Stand: 50. EL VI/16), Rn. 100 ff.; *F. Kramer*, Über die Wandlungsfähigkeit des Grundgesetzes am Beispiel gleichgeschlechtlich orientierter Personen und Paare, 2017, S. 220 ff.

¹⁷ *U. Kischel*, in: V. Epping/C. Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, Art. 3 GG (42. Ed. Dezember 2019), Rn. 129.

¹⁸ *A. Tischbirek/T. Wihl*, JZ 2013, S. 219 (222).

¹⁹ Hierzu und zum Folgenden *F. Wollenschläger/D. Coester-Waltjen*, Ehe für Alle, 2018, S. 34 ff.

²⁰ BVerfGK 12, 169 (173 f.).

²¹ BVerfGE 124, 199 (220). Ebenso *M. Bruns*, ZRP 1996, S. 6 (9); *M. Grünberger*, FPR 2010, S. 203 (205); *N. Koschmieder*, Grundrechtliche Dynamisierungsprozesse, 2016, S. 231 ff., 242 ff.

²² BVerfGE 126, 400 (419).

²³ BVerfGE 131, 239 (256 f.).

²⁴ BVerfGE 132, 179 (189, 190).

vom 19.2.2013²⁵ und hinsichtlich des Ehegattensplittings vom 7.5.2013²⁶. Vielmehr ist das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 19.6.2012 auch der an seiner Rechtsprechung geäußerten Kritik²⁷ entgegengetreten, die namentlich auf die Schaffung eines ungeschriebenen besonderen Diskriminierungsverbots für die sexuelle Orientierung *contra constitutionem* abhob. So lasse sich seiner Rechtsprechung

entgegen einer teilweise vertretenen Ansicht nicht entgegen halten, die Annahme gesteigerter Rechtfertigungsanforderungen an Diskriminierungen wegen der sexuellen Orientierung ignoriere die Entscheidung des verfassungsändernden Gesetzgebers, die sexuelle Orientierung gerade nicht als zusätzliches Differenzierungsverbotsmerkmal in Art. 3 Abs. 3 GG aufzunehmen (so Krings, in: Festgabe für Friauf, 2011, S. 269 [273]; Kischel, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Onlinekommentar GG, Art. 3 Rn. 42.1 f. [1. April 2012]; Uhle, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Onlinekommentar GG, Art. 6 Rn. 36.2 [1. April 2012]; Hofmann, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, 12. Aufl. 2011, Art. 6 Rn. 22a; Hillgruber, JZ 2010, S. 41 [43]).

Ein entgegenstehender Wille des verfassungsändernden Gesetzgebers lässt sich nicht feststellen. Zwar ist es richtig, dass noch im Jahr 1993 die nach der Wiedervereinigung eingesetzte Gemeinsame Verfassungskommission eine Erweiterung des Art. 3 Abs. 3 GG hinsichtlich des (die Unterkategorie der sexuellen Orientierung mitumfassenden) Merkmals der sexuellen Identität unter anderem mit der Begründung verwarf, eine weitere Ausdifferenzierung des Art. 3 Abs. 3 GG müsse vermieden werden, da durch die Atomisierung nach Gruppen die Verfassung Schaden nehmen könne (siehe BTDrucks 12/6000, S. 54). Zuletzt wurde die Einfügung des Merkmals der sexuellen Identität (vgl. die Gesetzesentwürfe der Oppositionsfraktionen BTDrucks 17/88, 17/254 und 17/472) jedoch von der Bundestagsmehrheit mit dem Argument abgelehnt, eine Erweiterung sei nicht erforderlich, weil der Schutz vor Diskriminierungen wegen der sexuellen Identität durch Art. 3 Abs. 1 GG sich nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mittlerweile mit dem Schutz nach Art. 3 Abs. 3 GG decke und eine Erweiterung des Art. 3 Abs. 3 GG daher (überflüssige) „Symbolpolitik“ darstelle (siehe BTDrucks 17/4775, S. 5).²⁸

3. Weitere Grundrechtsdimensionen

Neben einem strengeren Rechtfertigungsstandard (dazu oben, II.2.) sieht der Gesetzentwurf einen weiteren Vorteil der textlichen Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG darin, dass auch hinsichtlich objektiver Grundrechtsdimensionen eine Schutzverstärkung – im Vergleich zum Schutz nur über Art. 3 Abs. 1 GG – eintrete: „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 [und]

²⁵ BVerfGE 133, 59 (98).

²⁶ BVerfGE 133, 377 (408).

²⁷ Siehe etwa *G. D. Gade/C. Thiele*, DÖV 2013, S. 142 (150); *K. F. Gärditz*, Verfassungsgebot Gleichstellung?, in: *A. Uhle* (Hrsg.), *Zur Disposition gestellt?*, 2014, S. 85 (107 ff.); *C. Hillgruber*, JZ 2010, S. 41 (43 f.); *U. Kischel*, in: *V. Epping/C. Hillgruber* (Hrsg.), *BeckOK Grundgesetz*, Art. 3 GG (42. Ed. Dezember 2019), Rn. 129 ff.; *G. Krings*, NVwZ 2011, S. 26 (26); *A. Uhle*, in: *V. Epping/C. Hillgruber* (Hrsg.), *BeckOK Grundgesetz*, Art. 6 GG (42. Ed. Dezember 2019), Rn. 36.3. *A.A. S. Baer*, NJW 2013, S. 3145 (3148 f.); *C. D. Classen*, Die deutsche Debatte um das Merkmal „sexuelle Orientierung“: Erweiterung des Art. 3 Abs. 3 GG oder Beibehaltung des Status Quo (Art. 3 Abs. 1 GG)?, in: *ders./D. Richter/B. Łukańko* (Hrsg.), „Sexuelle Orientierung“ als Diskriminierungsgrund: Regelungsbedarf in Deutschland und Polen?, 2016, S. 165 (174); *H. Krieger*, in: *B. Schmidt-Bleibtreu/H. Hofmann/H.-G. Henneke* (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, 14. Aufl. 2018, Art. 3 GG, Rn. 41 ff.; *L. Michael*, Rechtswissenschaft 5 (2014), S. 426 (471 ff.). Positiv auch *B.-U. Bryde/R. Kleindieck*, Jura 1999, S. 36 (42 f.).

²⁸ BVerfGE 131, 239 (257).

Ausstrahlungswirkung erzeugt“.²⁹ Angesprochen sind damit (staatliche) Schutzpflichten und die Drittwirkung (unter Privaten).

Hinsichtlich der Drittwirkung des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG hat es ein Kammerbeschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 27.7.2019 unter Verweis auf die Senatsentscheidung vom 11.4.2018 für „von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts noch nicht geklärt [erachtet], ob und gegebenenfalls in welcher Weise die verschiedenen speziellen Gleichheitsrechte des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG Drittwirkung entfalten können“.³⁰ Eine unmittelbare Drittwirkung hat der Beschluss mit Stimmen aus dem Schrifttum abgelehnt: „In Frage steht Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG vorliegend allein insoweit, als dieser gegen Ungleichbehandlungen wegen der politischen Anschauungen schützt. Diese Bestimmung ist, wie der Bundesgerichtshof zutreffend festgestellt hat, im Rechtsverkehr zwischen Privaten jedenfalls nicht unmittelbar anwendbar (vgl. Heun, in: Dreier, GG, Bd. 3, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 139; Uerpmann-Witzack, in: Meriten/Papier, HGR, Bd. V, 2013, § 128 Rn. 35; Britz, VVDStRL 64 [2004], S. 355 <361 f.> m.w.N.).“³¹ Hinsichtlich der für möglich erachteten mittelbaren Drittwirkung hat der Beschluss jedenfalls das Abwägungserfordernis betont: „Auch wenn sich aus dieser Vorschrift aber mittelbar möglicherweise weiterreichende und strengere Bindungen als aus Art. 3 Abs. 1 GG ergeben sollten, könnte das jedenfalls nicht bedeuten, dass zwischen Privaten diesbezüglich ein absolutes Unterscheidungsverbot gelten könnte, sondern bedürfte es eines Ausgleichs mit entgegenstehenden Freiheitsrechten. Dass dieser hier zu Gunsten des Beschwerdeführers ausgehen müsste, ist nach den vom Bundesgerichtshof zu Grunde gelegten konkreten Umständen nicht ersichtlich.“³²

Für den allgemeinen Gleichheitssatz hat der erwähnte Senatsbeschluss vom 11.4.2018 eine generelle mittelbare Drittwirkung verneint, eine solche aber in besonderen Konstellationen für möglich erachtet:

Allerdings enthält Art. 3 Abs. 1 GG kein objektives Verfassungsprinzip, wonach die Rechtsbeziehungen zwischen Privaten von diesen prinzipiell gleichheitsgerecht zu gestalten wären. Dahingehende Anforderungen ergeben sich auch nicht aus den Grundsätzen der mittelbaren Drittwirkung. Grundsätzlich gehört es zur Freiheit jeder Person, nach eigenen Präferenzen darüber zu bestimmen, mit wem sie wann unter welchen Bedingungen welche Verträge abschließen und wie sie hierbei auch von ihrem Eigentum Gebrauch machen will. Diese Freiheit wird durch die Rechtsordnung und insbesondere durch das Zivilrecht näher ausgestaltet und vielfach begrenzt; dabei kann dieses auch von Verfassungs wegen spezifischen Anforderungen unterliegen. Ein allgemeiner Grundsatz, wonach private Vertragsbeziehungen jeweils den Rechtfertigungsanforderungen des Gleichbehandlungsgebots unterlägen, folgt

²⁹ Gesetzentwurf, S. 5.

³⁰ BVerfG, Beschluss vom 27.8.2019, 1 BvR 879/12, Rn. 10.

³¹ BVerfG, Beschluss vom 27.8.2019, 1 BvR 879/12, Rn. 11.

³² BVerfG, Beschluss vom 27.8.2019, 1 BvR 879/12, Rn. 11.

demgegenüber aus Art. 3 Abs. 1 GG auch im Wege der mittelbaren Drittwirkung nicht. Über eventuell weitergehende Anforderungen aus speziellen Gleichheitsrechten wie Art. 3 Absatz 3 GG ist hier nicht zu entscheiden.

Gleichheitsrechtliche Anforderungen für das Verhältnis zwischen Privaten können sich aus Art. 3 Abs. 1 GG jedoch für spezifische Konstellationen ergeben.³³

Die der Entscheidung zugrunde liegende besondere Konstellation (öffentlich zugängliche Veranstaltung, die für die gesellschaftliche Teilhabe von Bedeutung ist) erachtet das Bundesverfassungsgericht nicht für abschließend.³⁴

Vor diesem Hintergrund ist festzuhalten, dass zum einen noch offen ist, ob Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG, anders als Art. 3 Abs. 1 GG, generell mittelbare Drittwirkung entfaltet und nicht nur in besonderen Konstellationen.³⁵ Auch wenn man dies bejaht, käme zum anderen in Betracht, auch jenseits der im Senatsbeschluss vom 11.4.2018 erörterten Konstellation für Diskriminierungen, die an Art. 3 Abs. 3 GG nahekommende Merkmale anknüpfen, einen entsprechenden Sonderfall der mittelbaren Bindung Privater anzunehmen und damit einen Gleichlauf hinsichtlich der beiden Gleichheitsverbürgung für Diskriminierungen aufgrund der sexuellen Identität herzustellen. Hinzu kommt, dass die sexuelle Identität Ausdruck des von Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist,³⁶ das mittelbare Drittwirkung entfaltet.³⁷

Hinsichtlich Schutzpflichten ist festzuhalten, dass Art. 3 Abs. 1 GG wegen seiner Wertungsoffenheit isoliert keine tragfähige Grundlage für Schutzpflichten darstellt,³⁸ wohingegen die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG spezifischer formuliert sind und damit Schutzpflichten mit Blick auf die verbotenen Benachteiligungen tragen können, was indes umstritten ist³⁹. In jedem Fall ist wiederum zu berücksichtigen, dass die sexuelle Identität Ausdruck des von

³³ BVerfGE 148, 267 (283). Allgemein hierzu auch *F. Wollenschläger*, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck/P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 GG, Rn. 62.

³⁴ Vgl. BVerfGE 148, 267 (LS 2): „Mittelbare Drittwirkung entfaltet Art. 3 Abs. 1 GG etwa dann, wenn ...“.

³⁵ Restriktiv *W. Heun*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 3 GG, Rn. 139; weit *S. Baer/N. Markard*, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck/P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 GG, Rn. 415.

³⁶ BVerfGE 105, 313 (345 f.); *F. Wollenschläger/D. Coester-Waltjen*, Ehe für Alle, 2018, S. 100; ferner zur geschlechtlichen Identität BVerfGE 121, 175 (191).

³⁷ Siehe nur BVerfGE 84, 192 (194 f.); *H. Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 2 I GG, Rn. 97.

³⁸ *F. Wollenschläger*, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck/P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 GG, Rn. 175 ff. m.w.N.

³⁹ Befürwortend *S. Baer/N. Markard*, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck/P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 GG, Rn. 424 f. (unter besonderen Voraussetzungen); *C. D. Classen*, Die deutsche Debatte um das Merkmal „sexuelle Orientierung“: Erweiterung des Art. 3 Abs. 3 GG oder Beibehaltung des Status Quo (Art. 3 Abs. 1 GG)?, in: ders./D. Richter/B. Lukańko (Hrsg.), „Sexuelle Orientierung“ als Diskriminierungsgrund: Regelungsbedarf in Deutschland und Polen?, 2016, S. 165 (177 f.). Ablehnend *W. Heun*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 3 GG, Rn. 139.

Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist,⁴⁰ das Schutzpflichten zu tragen vermag, wobei Art. 3 Abs. 1 GG zur Betonung der Gleichheitsdimension ergänzend herangezogen werden kann.⁴¹

Ein vergleichbarer Schutz lässt sich damit auch ohne Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG um die sexuelle Identität realisieren, wobei eine Textänderung verdeutlichend bzw. absichernd wirken würde.⁴²

4. Absicherung des Diskriminierungsschutzes durch explizite Verankerung im Wortlaut des Grundgesetzes?

Die Begründung des Gesetzentwurfs sieht einen Vorteil der Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG um das Merkmal der sexuellen Identität im Vergleich zum Status quo in der verfassungstextlichen Absicherung des besonderen Diskriminierungsschutzes. So

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 ...⁴³

Ungeachtet der Frage der Wahrscheinlichkeit einer derartigen Entwicklung und der Frage der dann bestehenden Effektivität einer auch textlich verankerten Garantie – erinnert sei an die Variabilität der Auslegung auch bei Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Arbeitszeitbeschränkungen für Frauen⁴⁴ – sei nochmals die bereits bestehende hochgradige Absicherung des besonderen Diskriminierungsschutzes herausgestrichen. Diese zeigt sich daran, dass er seit dem Jahr 2009 in ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – und zwar von beiden Senaten – anerkannt ist und das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 19.6.2012 auch die Kritik an dieser Rechtsprechung

⁴⁰ Siehe Fn. 36.

⁴¹ Siehe nur *C. D. Classen*, Die deutsche Debatte um das Merkmal „sexuelle Orientierung“: Erweiterung des Art. 3 Abs. 3 GG oder Beibehaltung des Status Quo (Art. 3 Abs. 1 GG)?, in: ders./D. Richter/B. Łukańko (Hrsg.), „Sexuelle Orientierung“ als Diskriminierungsgrund: Regelungsbedarf in Deutschland und Polen?, 2016, S. 165 (177 f.). Allgemein *F. Wollenschläger*, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck/P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 GG, Rn. 177 m.w.N.

⁴² *C. D. Classen*, Die deutsche Debatte um das Merkmal „sexuelle Orientierung“: Erweiterung des Art. 3 Abs. 3 GG oder Beibehaltung des Status Quo (Art. 3 Abs. 1 GG)?, in: ders./D. Richter/B. Łukańko (Hrsg.), „Sexuelle Orientierung“ als Diskriminierungsgrund: Regelungsbedarf in Deutschland und Polen?, 2016, S. 165 (177 f.).

⁴³ Gesetzentwurf, S. 5.

⁴⁴ Siehe einerseits BVerfGE 5, 9 (11 f.) und andererseits BVerfGE 85, 191 (206 ff.). Siehe ferner den Hinweis bei *C. D. Classen*, Die deutsche Debatte um das Merkmal „sexuelle Orientierung“: Erweiterung des Art. 3 Abs. 3 GG oder Beibehaltung des Status Quo (Art. 3 Abs. 1 GG)?, in: ders./D. Richter/B. Łukańko (Hrsg.), „Sexuelle Orientierung“ als Diskriminierungsgrund: Regelungsbedarf in Deutschland und Polen?, 2016, S. 165 (173 f.), und im Gesetzentwurf, S. 5.

zurückgewiesen hat. Überdies erwies sich die Rechtsprechung als folgenreich, hat das Bundesverfassungsgericht doch den Gesetzgeber zu einer Angleichung der (gleichgeschlechtlichen) eingetragenen Lebenspartnerschaft an die (verschiedengeschlechtliche) Ehe hinsichtlich vielfältiger Aspekte verpflichtet (siehe oben, II.2.).⁴⁵ Hinzu kommt, dass ein entsprechender Diskriminierungsschutz auch überstaatlich über das EU-Recht und die EMRK abgesichert ist (dazu unten, III.).

5. *Fazit*

Mit einer Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG um das Merkmal der „sexuellen Identität“ geht – in Einklang mit Bewertungen in der Literatur⁴⁶ – keine nennenswerte Verstärkung des Schutzes vor entsprechenden Diskriminierungen im Vergleich zur aktuellen Rechtslage einher.

III. Rechtsvergleich: gemischtes Bild

In vergleichender Perspektive ergibt sich ein gemischtes Bild.

Das Unionsrecht nennt die sexuelle Orientierung in seinen Bestimmungen zur Nichtdiskriminierung, so im Diskriminierungsverbot des Art. 21 Abs. 1 EU-Grundrechtecharta,⁴⁷ in der Querschnittsklausel des Art. 10 AEUV,⁴⁸ in der Ermächtigung der EU zur Anti-Diskriminierungsgesetzgebung (Art. 19 AEUV)⁴⁹ und in der sie aktualisierenden EU-Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie (siehe Art. 1 der RL 2000/78); letztere findet sich im AGG umgesetzt (vgl. §§ 1, 7 und 19 AGG).

⁴⁵ Näher hierzu *F. Wollenschläger/D. Coester-Waltjen*, *Ehe für Alle*, 2018, S. 21 ff.

⁴⁶ *C. D. Classen*, Die deutsche Debatte um das Merkmal „sexuelle Orientierung“: Erweiterung des Art. 3 Abs. 3 GG oder Beibehaltung des Status Quo (Art. 3 Abs. 1 GG)?, in: ders./D. Richter/B. Łukańko (Hrsg.), „Sexuelle Orientierung“ als Diskriminierungsgrund: Regelungsbedarf in Deutschland und Polen?, 2016, S. 165 (174 f.; ferner 178): „kaum noch ein signifikanter Unterschied“.

⁴⁷ Art. 21 Abs. 1 GRC lautet: „Diskriminierungen insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung sind verboten.“

⁴⁸ Art. 10 AEUV bestimmt: „Bei der Festlegung und Durchführung ihrer Politik und ihrer Maßnahmen zielt die Union darauf ab, Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen.“

⁴⁹ Art. 19 AEUV lautet:

„(1) Unbeschadet der sonstigen Bestimmungen der Verträge kann der Rat im Rahmen der durch die Verträge auf die Union übertragenen Zuständigkeiten gemäß einem besonderen Gesetzgebungsverfahren und nach Zustimmung des Europäischen Parlaments einstimmig geeignete Vorkehrungen treffen, um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen.“

(2) Abweichend von Absatz 1 können das Europäische Parlament und der Rat gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren die Grundprinzipien für Fördermaßnahmen der Union unter Ausschluss jeglicher Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten zur Unterstützung der Maßnahmen festlegen, die die Mitgliedstaaten treffen, um zur Verwirklichung der in Absatz 1 genannten Ziele beizutragen.“

Das – im Übrigen akzessorische⁵⁰ – Diskriminierungsverbot der EMRK (Art. 14 EMRK)⁵¹ bezieht die sexuelle Identität bzw. Orientierung zwar nicht in die explizit genannten Merkmale ein (dies sind Geschlecht, Rasse, Hautfarbe, Sprache, Religion, politische oder sonstige Anschauung, nationale oder soziale Herkunft, Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, Vermögen und Geburt); allerdings sind diese Merkmale nicht abschließend zu verstehen (Wortlaut: „oder eines sonstigen Status“) und hat der EGMR die sexuelle Orientierung als pönalisiertes Merkmal anerkannt⁵².

Auch einige Landesverfassungen enthalten besondere Diskriminierungsverbote, die an das Merkmal der „sexuellen Identität“ (Berlin,⁵³ Brandenburg,⁵⁴ Bremen,⁵⁵ Saarland⁵⁶) bzw. der „sexuellen Orientierung“ (Thüringen⁵⁷) anknüpfen. In anderen Landesverfassungen ist dies nicht der Fall, so etwa in Hessen⁵⁸.

⁵⁰ Hierzu und zur Aufweichung der Akzessorietät *F. Wollenschläger*, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck/P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 GG, Rn. 30 f.

⁵¹ Dieser lautet: „Der Genuß der in dieser Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten ist ohne Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten.“

⁵² Siehe nur EGMR, Urteil vom 24.7.2003, Nr. 40016/98, Rn. 33 – Karner/Österreich; Urteil vom 24.6.2010, Nr. 30141/04, Rn. 87 ff. – Schalk und Kopf/Österreich; *H. Sauer*, in: U. Karpenstein/F. C. Mayer (Hrsg.), EMRK, 2. Aufl. 2015, Art. 14 EMRK, Rn. 12, 28.

⁵³ Art. 10 Abs. 2 Verf. Berlin bestimmt: „Niemand darf wegen seines Geschlechts, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen oder seiner sexuellen Identität benachteiligt oder bevorzugt werden.“

⁵⁴ Art. 12 Abs. 2 Verf. Brandenburg bestimmt: „Niemand darf wegen der Abstammung, Nationalität, Sprache, des Geschlechts, der sexuellen Identität, sozialen Herkunft oder Stellung, einer Behinderung, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder aus rassistischen Gründen bevorzugt oder benachteiligt werden.“

⁵⁵ Art. 2 Abs. 2 Verf. Bremen bestimmt: „Niemand darf wegen seines Geschlechts, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner sozialen Stellung, sexuellen Identität, seiner religiösen und politischen Anschauungen bevorzugt oder benachteiligt werden.“

⁵⁶ Art. 12 Abs. 3 Verf. des Saarlandes bestimmt: „Niemand darf wegen seines Geschlechts, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen, seiner sexuellen Identität benachteiligt oder bevorzugt werden.“

⁵⁷ Art. 2 Abs. 3 Verf. Thüringen bestimmt: „Niemand darf wegen seiner Herkunft, seiner Abstammung, seiner ethnischen Zugehörigkeit, seiner sozialen Stellung, seiner Sprache, seiner politischen, weltanschaulichen oder religiösen Überzeugung, seines Geschlechts oder seiner sexuellen Orientierung bevorzugt oder benachteiligt werden.“

⁵⁸ Art. 1 Verf. Hessen lautet: „Alle Menschen sind vor dem Gesetze gleich, ohne Unterschied des Geschlechts, der Rasse, der religiösen und der politischen Überzeugung.“

Explizite Diskriminierungsverbote hinsichtlich der sexuellen Orientierung haben in einige ausländische Verfassungen Eingang gefunden,⁵⁹ so – neben etwa Südafrika⁶⁰ – in der EU in Malta,⁶¹ Portugal⁶² und Schweden⁶³. Auf andere Verfassungen trifft dies nicht zu, selbst wenn sie spezifische Diskriminierungsverbote enthalten, so auf die französische⁶⁴ oder die italienische⁶⁵. Ähnlich offen wie Art. 14 EMRK sind die spanische⁶⁶ und niederländische⁶⁷ Verfassung formuliert. Auch die Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft ist mit einer Bezugnahme u.a. auf die „Lebensform“ weiter formuliert.⁶⁸

IV. Leitbildfunktion der Verfassung

Unbeschadet des Befunds, dass die im Gesetzentwurf vorgesehene Grundgesetzänderung keine nennenswerte Verstärkung des verfassungsrechtlichen Schutzes vor entsprechenden Diskriminierungen im Vergleich zur aktuellen Rechtslage bewirkt, sind die im Gesetzentwurf betonte

⁵⁹ LSVD e.V., https://www.lsvd.de/de/ct/1178-Welche-Verfassungen-sch%C3%BCtzen-bereits-sexuelle-Orientierung_-sexuelle-Identit%C3%A4t (10.2.2020), nennt zwölf Staaten (Bolivien, Ecuador, Fiji-Inseln, Kosovo, Malta, Mexiko, Nepal, Neuseeland, Österreich, Portugal, Schweden und Südafrika).

⁶⁰ Art. 9 Abs. 3 der südafrikanischen Verfassung bestimmt: “The state may not unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth.”

⁶¹ Art. 45 Abs. 3 der maltesischen Verfassung bestimmt: “this article, the expression ‘discriminatory’ means affording different treatment to different persons attributable wholly or mainly to their respective descriptions by race, place of origin, political opinions, colour, creed, sex, sexual orientation or gender identity whereby persons of one such description are subjected to disabilities or restrictions to which persons of another such description are not made subject or are accorded privileges or advantages which are not accorded to persons of another such description.”

⁶² Art. 13 Abs. 2 der portugiesischen Verfassung bestimmt: “No one may be privileged, favoured, prejudiced, deprived of any right or exempted from any duty for reasons of ancestry, sex, race, language, territory of origin, religion, political or ideological beliefs, education, economic situation, social circumstances or sexual orientation.”

⁶³ Chapter 1 Art. 3 Abs. 5 der schwedischen Verfassung bestimmt: “The public institutions shall promote the opportunity for all to attain participation and equality in society and for the rights of the child to be safeguarded. The public institutions shall combat discrimination of persons on grounds of gender, colour, national or ethnic origin, linguistic or religious affiliation, functional disability, sexual orientation, age or other circumstance affecting the individual.”

⁶⁴ Art. 1 Abs. 1 der französischen Verfassung bestimmt: „La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l’égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d’origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances ...“.

⁶⁵ Art. 3 Abs. 1 der italienischen Verfassung lautet: “Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale [cfr. XIV] e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso [cfr. artt. 29 c. 2, 37 c. 1, 48 c. 1, 51 c. 1], di razza, di lingua [cfr. art. 6], di religione [cfr. artt. 8, 19], di opinioni politiche [cfr. art. 22], di condizioni personali e sociali.”

⁶⁶ Art. 14 der spanischen Verfassung lautet: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

⁶⁷ Art. 1 der niederländischen Verfassung lautet: „Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook, is niet toegestaan.“

⁶⁸ Art. 8 Abs. 2 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft lautet: „Niemand darf diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung.“

„Symbolfunktion“ der Verfassungsänderung und deren „Signalwirkung in die Gesellschaft hinein“ namentlich vor dem Hintergrund der Leitbildfunktion der Verfassung⁶⁹ legitime verfassungspolitische Anliegen. Hierbei handelt es sich um das gewichtigste der im Gesetzentwurf angeführten Argumente. Mit guten Gründen, etwa mit Blick auf die mangelnde Wirksamkeit nur symbolischer Verfassungsänderungen oder die Gefahr einer (potentiellen) Überfrachtung der Verfassung, lässt sich freilich auch ein zurückhaltender Ansatz hinsichtlich symbolischer Verfassungsgehalte rechtfertigen.

Jedenfalls ist politisch zu bewerten, inwieweit angesichts der im Gesetzentwurf betonten starken Verbesserung der rechtlichen Situation von Lesben, Schwulen und Bisexuellen einerseits⁷⁰ und des im Gesetzentwurf ebenfalls zu findenden Verweises auf nach wie vor anzutreffende Vorbehalte gegenüber der Lebensführung „etwa von Homosexuellen ..., was sich in rechtlicher und sozialer Diskriminierung niederschlägt“, andererseits⁷¹ Bedarf für dieses Signal besteht. Überdies sind dessen Wirksamkeit und etwaige Alternativen zu reflektieren. Ebenfalls politisch zu bewerten ist, ob ein Kontrapunkt zur Verfolgung im Nationalsozialismus und zur strafrechtlichen Ahndung homosexueller Handlungen noch in der Bundesrepublik gesetzt werden soll.⁷²

Bei einer punktuellen Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG ist schließlich zu berücksichtigen, dass weitere identitäts- bzw. die Person prägende Merkmale existieren, die nicht in diesem aufgelistet sind. Bereits der Abgleich mit den Diskriminierungsverboten des Unions- und EMRK-Rechts zeigt, dass anders als dort die Hautfarbe, genetische Merkmale, die Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, das Vermögen, das Alter und die Staatsangehörigkeit ebenfalls keine Erwähnung in Art. 3 Abs. 3 GG finden.⁷³ Überdies finden sich im Rechtsvergleich offen formulierte besondere Diskriminierungsverbote (siehe oben, III.). Daher stellen sich die Fragen

⁶⁹ Zu dieser *H. Lang*, Funktionen der Verfassung, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 12, 3. Aufl. 2014, § 266, Rn. 17; *U. Volkmann*, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, 2013, S. 57 ff. (Anspruch der Verfassung als „[n]ormative Basisschicht des Zusammenlebens“); *A. Voßkuhle*, AöR 119 (1994), S. 35 (53 f.). Allgemein zu den Funktionen bzw. dem Anspruch der Verfassung *H. Lang*, Funktionen der Verfassung, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 12, 3. Aufl. 2014, § 266; *U. Volkmann*, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, 2013, S. 39 ff.; *A. Voßkuhle*, AöR 119 (1994), S. 35 (46 ff.).

⁷⁰ Gesetzentwurf, S. 1.

⁷¹ Gesetzentwurf, S. 2.

⁷² Gesetzentwurf, S. 1 und 4 f.

⁷³ Vgl. im Übrigen *C. D. Classen*, Die deutsche Debatte um das Merkmal „sexuelle Orientierung“: Erweiterung des Art. 3 Abs. 3 GG oder Beibehaltung des Status Quo (Art. 3 Abs. 1 GG)?, in: ders./D. Richter/B. Łukańko (Hrsg.), „Sexuelle Orientierung“ als Diskriminierungsgrund: Regelungsbedarf in Deutschland und Polen?, 2016, S. 165 (165) – „Merkmale folgen allenfalls begrenzt inhaltlicher Logik“.

der Indikation einer nur punktuellen Änderung bzw. einer Ergänzung um weitere Merkmale;⁷⁴ Letzteres zöge freilich die Folgefrage einer Überladung des Art. 3 Abs. 3 GG nach sich.

München, den 11. Februar 2020

Gez. Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger

⁷⁴ Eine solche fordernd: *C. D. Classen*, Die deutsche Debatte um das Merkmal „sexuelle Orientierung“: Erweiterung des Art. 3 Abs. 3 GG oder Beibehaltung des Status Quo (Art. 3 Abs. 1 GG)?, in: ders./D. Richter/B. Łukańko (Hrsg.), „Sexuelle Orientierung“ als Diskriminierungsgrund: Regelungsbedarf in Deutschland und Polen?, 2016, S. 165 (179).