

# Gleiche Freiheit im Verhältnis zwischen Privaten: Artikel 3 Abs. 3 GG als unterschätzte Verfassungsnorm

Robert Uerpmann-Witzack\*

## I. Einleitung

Die Verabschiedung der beiden EG-Antidiskriminierungsrichtlinien 2000/43/EG sowie 2000/78/EG fand in Deutschland vergleichsweise wenig Aufmerksamkeit. Als sich jedoch die damalige rot-grüne Bundesregierung an eine Umsetzung der Richtlinien in ein deutsches Antidiskriminierungsgesetz machte, ging ein Aufschrei durch die deutsche Rechtslehre.<sup>1</sup> Die Umsetzung hat lange gedauert. Am 16. Dezember 2004 brachte die Regierungskoalition den Entwurf eines Antidiskriminierungsgesetzes im Deutschen Bundestag ein.<sup>2</sup> Zu diesem Zeitpunkt waren die Fristen für die Richtlinienumsetzung bereits um ein Jahr überschritten.<sup>3</sup> Im Sommer 2005 fiel dieser Entwurf der Auflösung des Deutschen Bundestages zum Opfer. Nach dem Regierungswechsel unternahm die neue Bundesregierung im Mai 2006 einen zweiten Anlauf. Immerhin wurde der Entwurf eines Gesetzes "zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung" mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz als Kernstück nun als besonders eilbedürftig bezeichnet.<sup>4</sup> Dieser Entwurf wurde am 14. August 2006 Gesetz.<sup>5</sup> Am 18. August 2006 konnte das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz in Kraft treten – drei Jahre nach dem Ablauf der Fristen zur Richtlinienumsetzung.

---

\* Dr. iur., *maitre en droit*, Professor an der Universität Regensburg.

<sup>1</sup> Besonders zugespitzt die Zivilrechtler Klaus Adomeit, Diskriminierung – Inflation eines Begriffes, NJW 2002, 1622 f.; Johann Braun, Forum: Übrigens – Deutschland wird wieder totalitär, JuS 2002, 424 f.; Franz-Jürgen Säcker, "Vernunft statt Freiheit!" – Die Tugendrepublik der neuen Jakobiner, ZRP 2002, 286 ff.; s. auch Eduard Picker, Antidiskriminierung als Zivilrechtsprogramm?, JZ 2003, 540 ff. (englische Fassung: Anti-discrimination as a Program of Private Law?, German Law Journal 7 (2003), 771 ff., abrufbar unter <<http://www.germanlawjournal.com/>>).

<sup>2</sup> BT-Drs. 15/4538.

<sup>3</sup> Die Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (ABl. EG Nr. L 180, 22) war nach ihrem Art. 16 bis zum 19.7.2003 umzusetzen, die Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABl. EG Nr. L 303, 16) nach ihrem Art. 18 grundsätzlich bis zum 2.12.2003.

<sup>4</sup> BR-Drs. 329/06.

<sup>5</sup> BGBl. I, 1897.

Mit dem zweiten Anlauf zur Richtlinienumsetzung durch ein Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz hat sich die Debatte in Deutschland erheblich versachlicht. Gleichwohl ist die Kritik nicht verstummt. Viele begreifen das neue Antidiskriminierungsrecht nach wie vor als Systemwechsel. Der Regensburger Zivilrechtler Dieter Schwab erklärte vor zwei Jahren unmittelbar nach dem Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, die Vertragsfreiheit werde "auch nach Inkrafttreten des Gesetzes nicht tot sein, aber doch in vielen Bereichen wesensverändert". Die Vertragsfreiheit sei nicht mehr, wie einst, "ein weites, freies Feld". Sie gleiche nun "eher einem Dickicht ..., wo hinter jedem Strauch die nächste Falle lauert" könne.<sup>6</sup> Ein anderer Regensburger, der Arbeitsrechtler Reinhard Richardi, wurde in seiner Kritik noch deutlicher: Mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz werde "ein Staatsmandat zur Umerziehung in Anspruch genommen".<sup>7</sup>

In der Tat haben Diskriminierungsverbote in der deutschen Rechtspraxis lange ein Schattendasein geführt, wenn man einmal von der Diskriminierung zu Lasten von Frauen absieht. Das gilt für das Verfassungsrecht ebenso wie für das Zivilrecht. Dennoch sind Diskriminierungsverbote dem deutschen Verfassungsrecht keineswegs fremd. Seit 1949 normiert das Grundgesetz in seinem Art. 3 Abs. 3 Diskriminierungsverbote, die zumindest potenziell auch für das Privatrecht Bedeutung haben.

Art. 3 Abs. 3 GG verbietet es, Menschen wegen bestimmter, dort aufgelisteter Merkmale zu benachteiligen oder zu bevorzugen. Es handelt sich um ein striktes Diskriminierungsverbot. Der Katalog verbotener Anknüpfungen ähnelt dem des Europarechts. Neben dem Geschlecht findet sich hier wie dort die Rasse. Den Begriff der ethnischen Herkunft, den Art. 13 Abs. 1 EG sowie die darauf beruhende Richtlinie 2000/43/EG<sup>8</sup> verwenden, kennt das vergleichsweise alte Grundgesetz nicht, doch erfassen die Merkmale der Abstammung, der Sprache, der Heimat und des Glaubens wesentliche Elemente, die die ethnische Herkunft eines Menschen begründen. Dem Richtlinienbegriff der Religion entsprechen im Grundgesetz Glaube und religiöse Anschauungen. Die Weltanschauung führt Art. 3 Abs. 3 GG – anders als das inhaltlich korrespondierende Freiheitsrecht des Art. 4 GG – nicht auf. Stattdessen finden sich in Art. 3 Abs. 3 GG die politischen Anschauungen. Benachteiligungen wegen einer Behinderung ächtet seit 1994<sup>9</sup> auch das Grundgesetz in seinem neuen Art. 3 Abs. 3 Satz 2. Es fehlen hingegen die europarechtlichen Merkmale des Alters und der sexuellen Ausrichtung.

Ist das Antidiskriminierungsprivatrecht des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes dem deutschen Recht wesensfremd, obwohl Art. 3 Abs. 3 GG von jeher

---

<sup>6</sup> Dieter Schwab, Schranken der Vertragsfreiheit durch die Antidiskriminierungsrichtlinien und ihre Umsetzung in Deutschland, DNotZ 2006, 649 (677).

<sup>7</sup> Reinhard Richardi, Neues und Altes – Ein Ariadnefaden durch das Labyrinth des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, NZA 2006, 881 (887).

<sup>8</sup> S. oben Anm. 3.

<sup>9</sup> 42. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 27.10.1994, BGBl. I, 3146.

Diskriminierungsverbote enthält? Eine Antwort soll in drei Schritten erarbeitet werden. Zunächst ist Ansätzen im Schrifttum nachzugehen (II.). Den Ausgangspunkt bilden dabei die grundlegenden Weichenstellungen, die Günter Dürig in den 50er Jahren des letzten Jahrhunderts vorgenommen hat. Sodann ist zu sehen, wie die Staatsrechtslehre einerseits und die Zivilrechtslehre andererseits das Thema weiterverfolgt haben. Darauf aufbauend kann der Regelungsgehalt von Art. 3 Abs. 3 GG in einem zweiten Abschnitt grundrechtsdogmatisch rekonstruiert werden (III.). Schließlich ist speziell auf die Merkmale des Alters und der sexuellen Ausrichtung einzugehen, die im Grundgesetz jedenfalls keine unmittelbare Entsprechung finden (IV.), bevor ein Ergebnis formuliert werden kann (V.).

## II. Ansätze im Schrifttum

### 1. Die Weichenstellungen Günter Dürigs

Günter Dürig hat sich bereits früh mit einer Privatrechtsgeltung der Gleichheitsrechte auseinandergesetzt. Geronnen sind seine Überlegungen in seiner Kommentierung des Art. 3 GG aus dem Jahr 1973.<sup>10</sup> Eine unmittelbare Geltung der Grundrechte auch unter Privaten lehnte Dürig ab. Eine solche unmittelbare Drittwirkung nivelliere, so Günter Dürig, „die privatrechtlichen Besonderheiten und zerstör[e] somit von der Anlage her die Privatautonomie“.<sup>11</sup> Diese Feststellung hindert Dürig freilich nicht, eine mittelbare Drittwirkung der Grundrechte anzunehmen,<sup>12</sup> also eine Drittwirkung, die über die Normen des Privatrechts verwirklicht wird. Eine solche mittelbare Drittwirkung spricht Dürig nicht zuletzt den Diskriminierungsverboten des Art. 3 Abs. 1 GG zu. So heißt es bei Dürig beispielsweise, “[d]as gängige Verfahren, Mietsuchende nur wegen ihrer Hautfarbe abzuweisen, [sei] auch ohne direkte Anwendung des Art. 3 III GG sittenwidrig“.<sup>13</sup> Nur liegt Dürig an der Feststellung, dass die Diskriminierungsverbote keineswegs immer auf das Privatrecht durchschlagen. Als Gegenbeispiel nennt er konfessionelle Tendenzbetriebe, die eine Einstellung durchaus von weltanschaulichen Gesichtspunkten abhängig machen dürfen.<sup>14</sup> Nichts anderes regelt Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf.

Wichtig ist auch der Bezug zur Menschenwürde, den Günter Dürig herstellt: Hinter Art. 3 Abs. 3 GG stehe, so Dürig, „die Vermutung, dass Bevorzugungen

---

<sup>10</sup> S. schon zuvor Günter Dürig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: FS für Hans Nawiasky, 1956, 157 ff.

<sup>11</sup> Günter Dürig, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Art. 3 I (Erstbearbeitung 1973), Rn. 505.

<sup>12</sup> *Ibid.*, Rn. 509.

<sup>13</sup> *Ibid.*, Rn. 517.

<sup>14</sup> *Ibid.*

oder Benachteiligungen wegen der aufgeführten Unterschiede menschlichen Seins oder Verhaltens grundsätzlich den Wertanspruch auf Menschenwürde verletzen”.<sup>15</sup>

## 2. Schutzpflichtansätze in der Staatsrechtslehre

Im Jahr 1964 hat sich Jürgen Salzwedel in der Festschrift für Hermann Jahrreiß mit der Drittwirkung des Gleichheitssatzes auseinandergesetzt.<sup>16</sup> Er sah einen wesentlichen Unterschied zwischen dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG und den Diskriminierungsverboten des Art. 3 Abs. 3 GG. Der allgemeine Gleichheitssatz weise keine selbständige Substanz auf. Er sichere niemandem ein Recht oder eine staatliche Leistung, sondern er greife erst bei der Bestimmung des belasteten oder begünstigten Personenkreises regulierend ein.<sup>17</sup> Daher könne er im Privatrecht keine Geltung beanspruchen.<sup>18</sup> Dagegen stehe Art. 3 Abs. 3 GG den Garantien der Menschenwürde und vor allem der Persönlichkeit in Art. 1 und 2 GG nahe.<sup>19</sup> Da das Diskriminierungsverbot einen Unterfall des Verbots der Verletzung von Persönlichkeitsrechten darstelle, könne es auch gegenüber Dritten Geltung beanspruchen,<sup>20</sup> wobei Salzwedel – anders als Dürig – sogar eine unmittelbare Drittwirkung für möglich hält.

Ohne die Theorie einer unmittelbaren Drittwirkung zu bemühen, hat Jochen Frowein den Ansatz 1998 in der Festschrift für Hans Zacher fortentwickelt.<sup>21</sup> Sein Ausgangspunkt ist der anerkannte, enge Zusammenhang der Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG mit der Garantie der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG. Die Menschenwürde nicht nur zu achten, sondern auch zu schützen, macht Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG ausdrücklich zur Aufgabe staatlicher Gewalt. Frowein zitiert eine frühe Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts,<sup>22</sup> wonach dieser Schutz gerade auch den “Schutz gegen Angriffe auf die Menschenwürde durch andere, wie Erniedrigung, Brandmarkung, Verfolgung, Ächtung u.s.w.” meine. Angesichts dieses Zusammenhanges müsse Art. 3 Abs. 3 GG in Verbindung mit Art. 1 GG die Zielsetzung entnommen werden, Diskriminierungen in der Ge-

<sup>15</sup> Dürig, in: Maunz/Dürig (Anm. 11), Art. 3 III (Erstbearbeitung 1973), Rn. 1.

<sup>16</sup> Jürgen Salzwedel, Gleichheitsgrundsatz und Drittwirkung, in: FS für Hermann Jahrreiß, 1964, 339 ff.

<sup>17</sup> *Ibid.*, 342.

<sup>18</sup> *Ibid.*, 347 f.

<sup>19</sup> *Ibid.*, 347.

<sup>20</sup> *Ibid.*, 349.

<sup>21</sup> Jochen Abr. Frowein, Die Überwindung von Diskriminierungen als Staatsauftrag in Art. 3 Abs. 3 GG, in: FS für Hans F. Zacher, 1998, 157 ff.

<sup>22</sup> BVerfGE 1, 97 (104) – *Hinterbliebenenrente*; nun wieder aufgegriffen in BVerfGE 107, 275 (284) – *Benetton-Werbung II*; BVerfGE 115, 118 (153) – *Luftsicherheitsgesetz*.

sellschaft zu überwinden.<sup>23</sup> Auf diese Weise gelangt Frowein zu einem Staatsauftrag.<sup>24</sup>

Allgemeingut sind Schutzpflichten aus Art. 3 Abs. 3 GG noch nicht. Als die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer vor vier Jahren in Jena über Diskriminierungsschutz und Privatautonomie debattierte, ist keiner der beiden Referenten so weit gegangen. Gabriele Britz sprach von einer "Indifferenz" des deutschen Verfassungsrechts gegenüber privatrechtlichen Diskriminierungsverboten.<sup>25</sup> Auch Matthias Jestaedt äußerte sich sehr skeptisch.<sup>26</sup> Immerhin haben sich in der anschließenden Diskussion sowohl Ute Mager<sup>27</sup> als auch Michael Sachs<sup>28</sup> ohne weiteres für Schutzpflichten aus Art. 3 Abs. 3 GG ausgesprochen.

### 3. Schutzpflichtansätze in der Zivilrechtslehre

Wenn Bundesverfassungsrecht und Staatsrechtslehre Verfassungsgehalte in das Privatrecht importieren, steht dem die Zivilrechtslehre häufig ablehnend gegenüber. Es verdient daher besondere Beachtung, welche Aufnahme der Gedanke verfassungsrechtlicher Diskriminierungsverbote in der Zivilrechtslehre findet.

An erster Stelle ist hier Claus-Wilhelm Canaris zu nennen. Canaris dürfte derjenige sein, der die Privatrechtsgeltung der Grundrechte von ihren beiden Seiten, also sowohl aus der verfassungsrechtlichen Perspektive als auch unter dem Blickwinkel des Privatrechts, am besten durchdacht hat.<sup>29</sup> Was vom Bundesverfassungsgericht unter dem Stichwort der mittelbaren Drittwirkung entwickelt wurde, führt Canaris auf die beiden Grundrechtsfunktionen der Eingriffsabwehr einerseits und der Schutzpflicht andererseits zurück. Soll Privatrecht Diskriminierungen wegen des Geschlechts, der Rasse oder Religion verhindern, steht also aus verfassungsrechtlicher Perspektive eine Schutzpflicht im Raum. Canaris hält es für sachgerecht, aus Art. 3 Abs. 2 und 3 GG ein "auch im Privatrecht geltendes Schutzgebot" abzuleiten.<sup>30</sup> Er begründet dies doppelt: Zum einen verweist er auf die besondere Nähe zur Menschenwürde, die der Staat nach Art. 1 Abs. 1 Satz 2

<sup>23</sup> Frowein (Anm. 21), 159.

<sup>24</sup> *Ibid.*, 168.

<sup>25</sup> Gabriele Britz, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVDStRL 64 (2005), 355 (360 ff.).

<sup>26</sup> Matthias Jestaedt, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVDStRL 64 (2005), 298 (340 f. mit Fn. 170); s. auch Werner Heun, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 3 Rn. 138: Aus Art. 3 III GG ließen sich "unstrittig keine schutzpflichtähnlichen Ansprüche" ableiten.

<sup>27</sup> Ute Mager, VVDStRL 64 (2005), 417.

<sup>28</sup> Michael Sachs, VVDStRL 64 (2005), 419 f.; s. auch schon ders., Besondere Gleichheitsgarantien, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 1992, § 126 Rn. 122.

<sup>29</sup> S. insb. Claus-Wilhelm Canaris, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), 201 ff. sowie ders., Grundrechte und Privatrecht, 1999.

<sup>30</sup> Canaris, Grundrechte (1984) (Anm. 29), 201 (235 f.).

GG zu schützen habe. Zum anderen stellt er darauf ab, dass “Diskriminierungen gerade im Privatrechtsverkehr ein schwerwiegendes praktisches Anwendungsfeld haben”.<sup>31</sup> Zur Durchsetzung dieses Schutzgebots schlug Canaris schon vor mehr als 20 Jahren, also lange vor der Schaffung der heutigen EG-Antidiskriminierungsrichtlinien, vor, aus Art. 3 GG ein ungeschriebenes gesetzliches Verbot im Sinne von § 134 BGB abzuleiten, demzufolge Rechtsgeschäfte nicht differenzierend an eines der in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmale anknüpfen dürfen.<sup>32</sup>

Canaris ist im Bereich des Diskriminierungsschutzes ein weitgehend einsamer Vorreiter geblieben. Immerhin zeigt sich in den letzten Jahren eine vorsichtige Bereitschaft, ihm zu folgen. So hat sich Jörg Neuner 2003 in einem Aufsatz in der Juristenzeitung grundlegend zu “Diskriminierungsschutz durch Privatrecht” geäußert.<sup>33</sup> Freilich geht er nicht so weit wie Canaris. Für seine Begriffe lässt sich Art. 3 Abs. 2 und 3 GG bei isolierter Betrachtung keine originäre Schutzpflicht entnehmen.<sup>34</sup> Damit hat Neuner, jedenfalls was Art. 3 Abs. 3 GG angeht, die herrschende deutsche Staatsrechtslehre auf seiner Seite. Neuner weist aber auf die Schutzpflichten hin, die sich aus der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG ergeben. Dabei soll den besonderen Gleichheitssätzen eine “Maßstabsfunktion und Indizwirkung” zukommen.<sup>35</sup> Eberhard Eichenhofer hat dies in seinem Beitrag zu “Diskriminierungsschutz und Privatautonomie” dahin zusammengefasst, dass in Art. 3 Abs. 3 GG der “Anspruch auf privatrechtliche Teilhabeberechtigung” verwirklicht sei.<sup>36</sup>

### III. Art. 3 Abs. 3 GG im Lichte der Grundrechtsfunktionen

#### 1. Ableitung von Schutzpflichten aus Art. 3 Abs. 3 GG

Der Wortlaut von Art. 3 Abs. 3 GG schließt Schutzpflichten nicht aus. Anders als der allgemeine Gleichheitssatz formuliert Art. 3 Abs. 3 GG nicht nur ein formales Prinzip. Dem rein formalen allgemeinen Gleichheitssatz fehlt in der Tat ein materielles Schutzgut, das eine Drittwirkung begründen könnte. Abstrakte Gleichbehandlung ist kein Wert, der private Beziehungen gestalten könnte. Dies ist im Ergebnis weitgehend unstrittig.<sup>37</sup> Anders verhält es sich aber mit den Anknüp-

---

<sup>31</sup> *Ibid.*, 235.

<sup>32</sup> *Ibid.*, 236.

<sup>33</sup> Jörg Neuner, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, JZ 2003, 57 ff.

<sup>34</sup> *Ibid.*, 60, 61.

<sup>35</sup> *Ibid.*, 60.

<sup>36</sup> Eberhard Eichenhofer, Diskriminierungsschutz durch Privatautonomie, DVBl. 2004, 1078 (1081).

<sup>37</sup> Christian M. Burkičzak, Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien oder Relevanz grundrechtlicher Schutzpflichten – Erfurter Einerlei?, RdA 2007, 17 (20 f.); Claus Dieter Classen, Die Drittwirkung der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 122

fungsverbotten des Art. 3 Abs. 3 GG. Wenn hier Persönlichkeitsmerkmale, die typischerweise zur Ausgrenzung geeignet sind, mit Anknüpfungsverbotten belegt werden, weist dies einen engen Bezug zur Menschenwürde auf. Darauf hat bereits Günter Dürig hingewiesen.<sup>38</sup> Dieser materielle Gehalt der Diskriminierungsverbote legt es nahe, dass sie nicht nur im staatlichen Bereich gelten sollen, sondern dass der Staat ihnen grundsätzlich auch im privaten Bereich Geltung zu verschaffen hat.<sup>39</sup>

Im Schrifttum ist eingewandt worden, die Merkmale des Art. 3 Abs. 3 GG seien zu heterogen, um daraus eine einheitliche Schutzpflicht zu begründen.<sup>40</sup> Tatsächlich sind die aufgelisteten Merkmale so unterschiedlich nicht. Es handelt sich durchweg um unverfügbare Merkmale, die die Identität einer Person ausmachen, und die aufgrund historischer Erfahrung zur Ausgrenzung von Personengruppen besonders geeignet sind. Der Einzelne hat keinen Einfluss darauf, welches Geschlecht er hat oder welche Rasse ihm möglicherweise zugeschrieben wird. Anderes, wie die Religion, könnte der einzelne durch eine entsprechende Willensentscheidung theoretisch ablegen oder ändern. Die Rechtsordnung geht jedoch davon aus, dass eine solche Änderung unzumutbar ist.<sup>41</sup> Außerdem ist zu berücksichtigen, dass die Religion im Verbund mit anderen Merkmalen wie der Abstammung, der Sprache und der Heimat in besonderer Weise geeignet ist, ethnische Gruppen zu definieren und auszugrenzen. Man denke nur daran, wie sehr das Feindbild im Kampf gegen den internationalen Terrorismus mit einer bestimmten Religion verknüpft ist.

Ein gewichtiger Einwand folgt freilich aus dem Regelungszusammenhang. Als das Bundesverfassungsgericht 1992 daran ging, einen verfassungsrechtlichen Auftrag zur Verwirklichung der Gleichberechtigung von Frau und Mann auch im gesellschaftlichen Bereich zu formulieren, machte es sich den Umstand zunutze, dass dieses Thema in Art. 3 GG doppelt angesprochen wurde, und zwar sowohl in Art. 3 Abs. 2 GG, der damals nur aus dem heute ersten Satz bestand, als auch in Art. 3 Abs. 3 GG. Ausgehend von der Vermutung, dass jede der beiden Vorschriften eine eigenständige Bedeutung haben sollte, sieht das Bundesverfassungsgericht seitdem in Art. 3 Abs. 3 GG das an den Staat gerichtete Verbot verankert, zwischen Frauen und Männern zu differenzieren. Aus Art. 3 Abs. 2 GG folgt dagegen der weitergehende Auftrag, aktiv für die Verwirklichung der Gleichberechtigung auch im gesellschaftlichen Bereich einzutreten.<sup>42</sup> Diese Lesart hat der verfassungsändernde Gesetzgeber im Jahr 1994 bestätigt, indem er die Rechtsprechung des Bundesver-

---

(1997), 65 (93); Matthias Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, 175 f.

<sup>38</sup> S. oben Anm. 15.

<sup>39</sup> S. auch Ruffert (Anm. 37), 177-179, 492-495.

<sup>40</sup> So z.B. von Britz (Anm. 25), 364.

<sup>41</sup> S. auch Neuner (Anm. 33), 62.

<sup>42</sup> Grundlegend BVerfGE 85, 191 (206 f.) – *Nachtarbeitsverbot für Arbeiterinnen*; bestätigend BVerfGE 92, 91 (109) – *Feuerwehrdienstpflicht*.

fassungsgerichts in dem neu eingefügten Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG festgeschrieben hat. Keines der anderen Merkmale des Art. 3 Abs. 3 GG besitzt diese doppelte Absicherung. Folgt man der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Verhältnis der Absätze 2 und 3, führt kaum ein Weg daran vorbei, dass Art. 3 Abs. 3 GG auch insoweit lediglich ein an den Staat gerichtetes Diskriminierungsverbot enthält.<sup>43</sup> Natürlich könnte man dies anders sehen und aus Art. 3 Abs. 3 GG zugleich eine staatliche Pflicht zum Schutz gegen Diskriminierungen im privaten Bereich ableiten. Dann müsste man jedoch eingestehen, dass die zusätzliche Absicherung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern in Art. 3 Abs. 2 GG letztlich überflüssig ist, weil sich Entsprechendes schon aus Art. 3 Abs. 3 GG herleiten lässt.

Es gibt also gute Gründe, aus Art. 3 Abs. 3 GG eine Schutzpflicht des Staates abzuleiten, Diskriminierungen wegen der dort aufgeführten Merkmale auch im privaten Bereich zu verhindern. Durchgesetzt hat sich diese Erkenntnis freilich noch nicht. Auch steht ihr der erhebliche systematische Einwand entgegen, dass damit Art. 3 Abs. 2 GG seine Funktion verlöre.

## 2. Diskriminierungsverbote als objektive Grundentscheidungen

Für die hier interessierende Frage, ob das europarechtlich motivierte Antidiskriminierungsrecht einen verfassungsrechtlichen Systembruch bedeutet, kommt es freilich gar nicht darauf an, ob das Grundgesetz ein Gebot zum Vorgehen gegen private Diskriminierungen enthält. Systemkonform ist das Antidiskriminierungsrecht schon dann, wenn sich die Gesetzgebung, ohne gebunden zu sein, auf eine entsprechende verfassungsrechtliche Grundentscheidung stützen kann. Dies liegt nach dem bisher Gesagten mehr als nah.<sup>44</sup>

Nicht jede private Ungleichbehandlung wegen der Sprache oder der Religion verstößt gegen die Menschenwürde. Knüpft aber privates Verhalten an eines dieser Merkmale an, ist die Gefahr einer Gruppenbildung und einer sozialen Ausgrenzung von Personen allein aufgrund ihrer tatsächlichen oder vermeintlichen Gruppenzugehörigkeit besonders groß. Angesichts der Erfahrungen der NS-Herrschaft und namentlich der Judenverfolgung ist nicht anzunehmen, dass das Grundgesetz allein staatliche Diskriminierungen ächten, sich aber gegenüber privaten Diskriminierungen indifferent verhalten wollte.

Sieht man in den Diskriminierungsverboten des Art. 3 Abs. 3 GG verfassungsrechtliche Grundentscheidungen, folgt daraus zweierlei. Zum einen sind diese Grundentscheidungen bei der Auslegung des einfachen Rechts und damit auch des

---

<sup>43</sup> Burkiczak (Anm. 37), 17 (21), Günter Krings, Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche, 2003, 187 f.

<sup>44</sup> So z.B. auch Lerke Osterloh, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 3. Aufl. 2003, Art. 3 Rn. 233 f.; im Grundsatz ebenso Heun (Anm. 26), Rn. 138; Christian Starck, in: Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 5. Aufl. 2005, Art. 3 Abs. 3 Rn. 376.



Privatrechts zu berücksichtigen. Eine Kammer des Bundesverfassungsgerichts hat dies für den Schutz Behinderter ausdrücklich festgehalten: Das Verbot der Benachteiligung Behinderter fließe, so die Kammer, “[n]ach dem Willen des verfassungsändernden Gesetzgebers ... als Teil der objektiven Wertordnung ... auch in die Auslegung des Zivilrechts ein”.<sup>45</sup> Was für den 1994 angefügten Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG richtig ist, muss ebenso für die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG gelten. Auch sie strahlen auf das Zivilrecht und seine Auslegung aus.

Darüber hinaus kommt Diskriminierungsverboten als verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen noch eine zweite Funktion zu, und zwar bei der Legitimierung von Grundrechtseingriffen. Will die Fachgesetzgebung zur Bekämpfung von Diskriminierungen im privaten Bereich in Freiheitsrechte wie die Privatautonomie eingreifen, so kann sie sich zur Legitimation auf diese objektiven Grundentscheidungen stützen. Fachgesetzlicher Diskriminierungsschutz ist damit zwar noch nicht verfassungsgebunden, aber zumindest in besonderer Weise verfassungsrechtlich legitimiert. Bei der Rechtfertigung eines Eingriffs in die Privatautonomie stellt die objektive Grundentscheidung gegen Diskriminierungen einen wichtigen Abwägungsbelang dar.

### 3. Schutzpflicht aus Art. 1 Abs. 1 GG

Nicht minder überzeugend erscheint der Ansatz, eine Pflicht zum Schutz vor Diskriminierungen wegen der in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmale unmittelbar aus Art. 1 Abs. 1 GG abzuleiten. Dass den Staat eine Pflicht zum Schutz der Menschenwürde trifft, ergibt sich unmittelbar aus Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG. Sieht man nun mit Günter Dürig hinter Art. 3 Abs. 3 GG “die Vermutung, dass Bevorzugungen oder Benachteiligungen wegen der aufgeführten Unterschiede menschlichen Seins oder Verhaltens grundsätzlich den Wertanspruch auf Menschenwürde verletzen”,<sup>46</sup> löst eine Anknüpfung an diese Merkmale potenziell eine Schutzpflicht aus.

Auch dies bedeutet nicht, dass der Staat jede private Anknüpfung an die genannten Merkmale ausschließen müsste. Zwar ist die Menschenwürde keiner Abwägung mit Grundrechten anderer zugänglich. Die Grundrechte sind aber insgesamt eine Konkretisierung der Menschenwürde. Daher bedarf es, wie das Bundesverfassungsgericht vor fünf Jahren in seiner zweiten *Benetton*-Entscheidung formuliert hat, “stets einer sorgfältigen Begründung, wenn angenommen werden soll, dass der Gebrauch eines Grundrechts die unantastbare Menschenwürde verletzt”.<sup>47</sup> Beruht die private Diskriminierung auf einer rein individuellen Entscheidung und nicht

---

<sup>45</sup> BVerfG (Kammer), NJW 2000, 2658 (2659); die dort zitierte Senatsentscheidung BVerfGE 99, 341 (356) geht nicht ganz so weit; zur Kritik an dem Kammerbeschluss Hans-Martin Pawlowski, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Auslegung des § 242 BGB?, JZ 2002, 627 ff.

<sup>46</sup> S. oben Anm. 15.

<sup>47</sup> BVerfGE 107, 275 (284).

auf einem Stereotyp, wird keine menschenwürdwidrige, soziale Ausgrenzung vorliegen, die den Staat zum Einschreiten verpflichtet. Auch können Privaten, die an Merkmale wie die Religion anknüpfen, anders als dem Staat, Grundrechte zur Seite stehen, die es ausschließen, das ausgrenzende Verhalten als Menschenwürdeverstoß zu werten. Das gilt namentlich für Religionsgemeinschaften, die als Tendenzbetriebe an die Religionszugehörigkeit ihrer Mitarbeiter anknüpfen. Betroffen ist die Menschenwürde aber dort, wo Personen ohne Ansehen ihrer Individualität allein aufgrund stereotyper Rollenzuweisungen strukturell diskriminiert werden, sei es dass sie von wichtigen Bereichen des Privatrechtsverkehrs – wie dem Wohnungsmarkt – ausgeschlossen werden oder dass ihnen die Teilnahme – wie im Versicherungswesen – nur unter ungünstigen Bedingungen gewährt wird.

#### IV. Alter und sexuelle Ausrichtung als verfassungsrechtlich unbenannte Diskriminierungsverbote

Besonderes Augenmerk verdienen die Merkmale des Alters und der sexuellen Ausrichtung. Beide werden von der Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf erfasst, während sie in Art. 3 Abs. 3 GG fehlen.

Dass ein Schutz der sexuellen Orientierung der deutschen Rechtsordnung nicht wesensfremd ist, zeigt freilich bereits das Landesverfassungsrecht. Art. 2 Abs. 3 der Verfassung des Freistaats Thüringen führt neben Merkmalen, die aus Art. 3 Abs. 3 GG bekannt sind, auch die sexuelle Orientierung mit auf. Unter dem Grundgesetz könnte man daran denken, die sexuelle Ausrichtung im Merkmal des Geschlechts zu verankern. Bei einem weiten Begriffsverständnis ließe sich die sexuelle Ausrichtung durchaus als Teil des Geschlechts verstehen.<sup>48</sup> Dem steht entgegen, dass andere Rechtstexte, wie der eben genannte Art. 2 Abs. 3 der Thüringer Verfassung oder auch Art. 13 Abs. 1 EG Geschlecht und sexuelle Ausrichtung nebeneinander auführen, also gerade nicht davon ausgehen, dass das eine im anderen enthalten sei.<sup>49</sup>

Das Bundesverfassungsgericht hat das Problem in seiner Transsexuellen-Rechtsprechung umgangen. Diskriminierungen wegen einer transsexuellen Identität hat das Bundesverfassungsgericht nicht an Art. 3 Abs. 3 GG gemessen, sondern lediglich am allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Dabei hat es allerdings den Schutz, den der allgemeine Gleichheitssatz gewährt, mit Hilfe der sog. neuen Formel erheblich verstärkt.<sup>50</sup> Nach dieser Formel ist die Bindung des Gesetzgebers enger, je näher personenbezogene Differenzierungsmerkmale den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmalen kommen. Danach genießt die sexuelle Identität, die

<sup>48</sup> So z.B. Susanne Baer, "Ende der Privatautonomie" oder grundrechtlich fundierte Rechtsetzung?, ZRP 2000, 290 (292, Anm. 22).

<sup>49</sup> S. Andreas Zimmermann, Gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften und das Grundgesetz, in: FS für Helmut Steinberger, 2002, 645 (659).

<sup>50</sup> BVerfGE 88, 87 (96-98).

dem in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Geschlecht zumindest nahe kommt, einen sehr hohen Schutz. Eine Ungleichbehandlung wegen dieses Merkmals ist nur zulässig, wenn dafür "Gründe von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleichen Rechtsfolgen rechtfertigen können".<sup>51</sup> Auf diese Weise lässt sich der Schutz vor staatlichen Diskriminierungen über Art. 3 Abs. 1 GG an den des Art. 3 Abs. 3 GG angleichen. Die Methode funktioniert allerdings nur dort, wo staatliche Differenzierungen im Raum stehen. Hier geht es hingegen um staatlichen Schutz vor Differenzierungen im privaten Bereich. Insofern besteht zwischen dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG und den besonderen Diskriminierungsverboten des Art. 3 Abs. 3 GG nicht nur ein gradueller, sondern ein qualitativer Unterschied. Während Art. 3 Abs. 3 GG materielle Schutzgüter benennt, ist der allgemeine Gleichheitssatz rein formaler Natur. Damit scheidet die Ableitung einer Schutzpflicht oder auch nur einer objektiv-rechtlichen Grundentscheidung aus dem allgemeinen Gleichheitssatz von vornherein aus. Dieser Unterschied dürfte sich auch mit Hilfe des flexiblen Instrumentariums, den das Bundesverfassungsgericht mit der sog. neuen Formel entwickelt hat, nicht überwinden lassen.

Noch größer sind die Probleme, einen verfassungsrechtlichen Schutz vor Diskriminierungen wegen des Alters zu konstruieren. Das Merkmal der Behinderung, das seit 1994 in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG verankert ist, erfasst zwar altersbedingte Behinderungen, nicht aber Anknüpfungen an das Alter als solches. Zwar wird man in Hinblick auf die europarechtliche Rechtsentwicklung verfassungsrechtlich daran zu denken haben, staatliche Ungleichbehandlungen wegen des Alters im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG kritischer zu prüfen als früher.<sup>52</sup> Aussagen für das Verhältnis zwischen Privaten lassen sich daraus jedoch noch weniger herleiten als bei der sexuellen Ausrichtung.

## V. Schluss

Die Schwierigkeiten, private Diskriminierungen wegen der sexuellen Ausrichtung oder des Alters in den Anwendungsbereich grundrechtlicher Diskriminierungsverbote zu bringen, sind unbestreitbar. Sie zeigen jedoch nur, dass der verfassungsrechtliche Schutz vor Diskriminierungen zwischen Privaten hinter dem europarechtlich Geforderten zurückbleibt. Ein Problem ist dies nicht, solange europarechtliche Vorgaben in Deutschland fachrechtlich umgesetzt werden. Im Vordergrund dieses Beitrags steht denn auch die Frage, ob das europäische Antidiskriminierungsrecht verfassungsrechtlich einen Systembruch bedeutet. Hier kommt der lange vernachlässigte Art. 3 Abs. 3 GG ins Spiel. Gerade weil man sich seit der Gründung der Bundesrepublik Deutschland einig war über die fundamentale Be-

---

<sup>51</sup> BVerfGE 88, 87 (97).

<sup>52</sup> S. Doris König, Das Verbot der Altersdiskriminierung – ein Diskriminierungsverbot zweiter Klasse?, in: FS für Manfred Zuleeg, 2005, 341 (357 f.); Angelika Nussberger, Altersgrenzen als Problem des Verfassungsrechts, JZ 2002, 524 (531).

deutung des Art. 3 Abs. 3 GG und seine Nähe zur Menschenwürde, hat man die Vorschrift im Alltag außer Acht gelassen. Langsam setzt sich sowohl im Verfassungs- als auch im Privatrecht die Erkenntnis durch, welches verfassungsrechtliche Potenzial die Vorschrift besitzt. Nimmt man Art. 3 Abs. 3 GG ernst, wird deutlich, dass das europäische Antidiskriminierungsrecht verfassungsrechtlich auch in Deutschland keinen Systembruch bedeutet. Ob der verfassungsrechtliche Antidiskriminierungskatalog kürzer ist als der europäische, weil er die Merkmale der sexuellen Ausrichtung und des Alters nicht erfasst, spielt für die Systemfrage keine Rolle.