

Rechtsstaatlichkeit in Europa

Unter besonderer Berücksichtigung der LGBTIQ-Minderheiten

Ulrich Hufeld

Abstract Deutsch

Die Europäische Union ist nicht mehr nur Zweckverband, sondern ein politisch vitaler Bündnisraum, gegründet auf Werte. Art. 2 EUV bestimmt die Identität der Union und ihrer Mitglieder. Im Zentrum stehen Menschenwürde, Freiheit, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit. Das Prinzip der gleichen Freiheit gilt allgemein und unteilbar, für Mehrheiten und für Minderheiten. Das Europäische Parlament hat selbstbewusst, konsequent und politisch relevant im März 2021 die „Ausrufung der EU zum Freiheitsraum für LGBTIQ-Personen“ (*LGBTIQ Freedom Zone; zona di libertà per le persone LGBTIQ*) beschlossen. Doch erwächst aus der Allgemeinheit und Unteilbarkeit der Werte keine Zentralkompetenz für alle Politikbereiche. In der föderalen Union bleibt Raum für Werteföderalismus, wenn und solange das Freiheitsprinzip und die Rechtsstaatlichkeit als bündische Fundamentalwerte uneingeschränkt Anerkennung finden.

Abstract English

The European Union is no longer seen as a partnership of convenience, but as a political union built on values. Art. 2 TEU determines the identity of the union and its member states. At its core are the values of human dignity, liberty, democracy and the rule of law. The principle of equal freedom applies universally and indivisibly to all majorities and minorities. The European parliament has confidently and forcefully declared the EU an “LGBTIQ Freedom Zone”. However, the universality and indivisibility of values cannot result in a central competency of the European Union for all policy areas. A federally structured union leaves room for value federalism, if and as long as the principle of freedom and the rule of law remain universally acknowledged as fundamental values.

1. Rechtsstaatlicher und demokratischer Schutz der Minderheit

Gilbert H. Gornig setzt sich in seiner Grundlagenforschung umfassend mit dem Begriff der Minderheit auseinander, dem Rechtsbegriff,¹ auch mit den Definitionen geisteswissenschaftlicher Nachbardisziplinen. Unter philosophischen, sozia-

1 Aus jüngerer Zeit: G. H. Gornig, Europäische Grundwerte. Insbesondere der Minderheitenschutz in Deutschland, in: *europa ethnica* 2020, 2 (3): „Menschenrechte dienen auch dem Schutz der Minderheiten, im besonderen Maße der Gleichheitssatz, das Diskriminierungsverbot und der Grundwert der Solidarität ...“; ders., Minderheiten und Minderheitenschutz in Frankreich, in: *europa ethnica* 2020, 126 (132): „Das französische Recht kennt den Begriff der Minderheit nicht.“

len, politischen und rechtlichen Vorzeichen wirft der Elementarbegriff größte Schwierigkeiten auf. Was heißt „Minderheit“? Einigkeit scheint nur darüber zu bestehen, dass ihr Übermacht droht. Denn zum Begriffskern gehört die Konfrontation mit einer Mehrheit. In der Minderheit befindet sich die Personengruppe, „die zahlenmäßig einer Mehrheit gegenübersteht“.² Aus der Überlegenheit nach Köpfen kann gefährliche Übermacht erwachsen, allemal in der cäsaristischen Diktatur, ähnlich in der rohen, unverfassten Mehrheitsherrschaft, aber auch in der verfassten Demokratie. Auch dort wird der Mehrheit Entscheidungsgewalt anvertraut und der Minderheit Rechtsgehorsam abverlangt.

Die unwillkommene, gefährliche Übermacht zu bändigen – das ist die zivilisatorische Mission der rechtsstaatlichen Verfassung. Sie organisiert Demokratie als Herrschaft auf Zeit. Sie stellt der politischen Minderheit in Aussicht, bei nächster Wahlgelegenheit die Mehrheit zu gewinnen. Vor allem aber verweist sie die Mehrheitsherrschaft auf einen von vornherein begrenzten Politikkorridor. Grundrechte als Politik-, Regierungs- und Gesetzgebungsregulatoren: Der grundrechtsbeschirmte Raum ist entweder unzugänglich oder voraussetzungsvoll zugänglich. Grundrechte schützen die Einzelperson und die Personengruppe in der Minderheitenposition; effektiver Rechtsschutz löst das Versprechen ein.³ Die grundrechtliche Bändigung der Mehrheitsherrschaft ist die historische Leistung der materiellen Verfassung in der Tradition der französischen Menschenrechtserklärung von 1789: „Eine jede Gesellschaft, in der weder die Gewährleistung der Rechte gesichert noch die Gewaltenteilung festgelegt ist, hat keine Verfassung“ (Art. 16). Die verfasste Demokratie widersetzt sich der absoluten Demokratie.

In dieser Tradition nehmen wir zuallererst den Richter als *pouvoir neutre* in die Verantwortung. Dass Individualrechtsschutz und Minderheitenschutz zu den vornehmsten Aufgaben der Richter gehören, der gesamten Justiz, nicht nur der Verfassungsgerichtsbarkeit, steht außer Zweifel. Nur sollte darüber nicht in Vergessenheit geraten, dass auch politische Mehrheiten den Anspruch der Minderheit akzeptieren, legitimieren und – gesetzesbuchstäblich mehrheitsfähig – dekretieren können. In Deutschland hatte das Bundesverfassungsgericht auf dem Weg der Gleichstellung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften gewiss keinen geringen Anteil.⁴ Gleichwohl gehen das Lebenspartnerschaftsgesetz von 2001⁵ und die Neu-

2 G. H. Gornig, Europäische Grundwerte. Auch eine kritische Betrachtung Deutschlands, in: G. H. Gornig/P. Hilpold (Hrsg.), Europas Grundrechte auf dem Prüfstand, 2021, 15 (37).

3 P. Hilpold, Minderheitenschutz in Österreich – Die Rechtsstaatlichkeitsfrage im europäischen Kontext, *europa ethnica* 2020, 17 (23).

4 U. Sacksofsky, Gleichheitsrechte, in: M. Herdegen/J. Masing/R. Poscher/K. F. Gärditz (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2021, § 19 Rn. 130 ff.; S. Boysen, in: I. v. Münch/Ph. Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 174: „Die Rspr. des BVerfG hat insoweit eine lange Entwicklung von der ‚natürlichen Verschiedenheit der Geschlechter‘ zu einer Überprüfung geschlechtsbezogener Ungleichbehandlungen am Maßstab der Verhältnismäßigkeit gemacht, die im Beschluss des Ersten Senats zur Dritten Option in der Öffnung des Abs. 3 S. 1 für eine nicht binäre Geschlechterordnung mündet“. Vgl. einerseits BVerfGE 147, 1, zum Schutz der „geschlechtlichen Identität“ derer, „die sich dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuord-

fassung des § 1353 BGB im Jahre 2017 auf parlamentarische Mehrheitsentscheidungen im Namen der Gesamtgesellschaft zurück. § 1353 Abs. 1 Satz 1 BGB bestimmt heute: „Die Ehe wird von zwei Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts auf Lebenszeit geschlossen.“

Auch wenn es im Kampf um liberalen Minderheitenschutz eine „spezifisch deutsche Rechtsstaatstradition“ geben mag, die „dem demokratischen Ausgleich eher mit Misstrauen“ begegnet und auf neutrale Instanzen vertraut,⁶ besteht kein Anlass, den *gewillkürten Rechtsstaat* gering zu achten. Auch das streitig verhandelte, dann politisch gewollte und parlamentarisch mit knapper Mehrheit vereinbarte Recht kann mit den rechtsstaatlichen Fundamenten verwachsen. Schon im Wahlkampf 2002 focht der CSU-Kanzlerkandidat nicht mehr gegen das Lebenspartnerschaftsgesetz. Eine gegenläufige Mehrheit, die den 2017 neugefassten § 1353 Abs. 1 Satz 1 BGB zurückdrehen wollte, hätte den Ehebegriff von 1949, nicht mehr jedoch den – wohlgemerkt: unveränderten – Art. 6 Abs. 1 GG in der heutigen Lesart auf ihrer Seite.⁷ Die Rückkehr zum Ehebegriff des Parlamentarischen Rates ist verfassungsrechtlich und verfassungspolitisch unvorstellbar geworden: demokratisch-gewillkürter, politisch aktualisierter Rechtsstaat.

Diese Modernisierungsleistung als Verbeugung vor dem Zeitgeist abzutun, trifft nicht den demokratischen Kern. Wer sonst, wenn nicht der (Verfassungs-)Gesetzgeber, sollte im Rahmen der Verfassung „Zeitgeist“ in „Fortschritt“ transformieren und den (Verfassungs-)Wandel positivieren? Zudem schützt die Primärverantwortung der Politik das Verfassungsgericht vor Überforderung, vor Politisierung, vor Vereinnahmung vonseiten übereifriger Aktivisten. Demokratische Mehrheiten mögen ihren Respekt vor der Verfassung von Zeit zu Zeit dadurch bekunden, dass sie sie ändern. Solange die Änderung unterbleibt, mag das Verfassungsgericht den Schluss ziehen, dass die Zeit der kühnen Rechtsfortbildung weiter reifen muss. Im Verfassungsstaat stehen Rechtsstaat und Demokratie in geheimnisvoller Wechselbeziehung.

Dieser Gedanke der geteilten, komplementären, dialektischen Verantwortung für einen rechtsstaatlich-demokratischen Minderheitenschutz soll im Folgenden exemplarisch – mit Blick auf die LGBTIQ-Minderheiten – für die Europäische

nen lassen“, andererseits BVerfGE 6, 389: §§ 175 f. StGB „verstoßen nicht gegen den speziellen Gleichheitssatz der Abs. 2 und 3 des Art. 3 GG“; dazu *M. Grunert*, „Richter gegen Muff“, FAS v. 12.9.2021, S. 8: „Einen Tiefpunkt erreichte das Gericht 1957, als es die Strafbarkeit männlicher Homosexualität aufrechterhielt“; gleicher Befund bei den vormaligen Verfassungsrichtern *D. Grimm* und *A. Voßkuhle*, FAZ v. 23.9.2021, S. 8.

5 Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (Lebenspartnerschaftsgesetz – LPartG) v. 16.2.2001, BGBl. I S. 266. Dazu BVerfGE 105, 313 (Ls. 3 S. 3): „Dem Institut der Ehe drohen keine Einbußen durch ein Institut, das sich an Personen wendet, die miteinander keine Ehe eingehen können.“

6 *K. F. Gärditz*, Verfassungsentwicklung und Verfassungsrechtswissenschaft, in: M. Herdegen/J. Masing/R. Poscher/K. F. Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 4 Rn. 34.

7 *B. Heiderhoff*, in: I. v. Münch/Ph. Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 6 Rn. 58 ff. (Nachw.); a.A. *M. Jestaedt*, Ehe, Familie und Erziehung, in: M. Herdegen/J. Masing/R. Poscher/K. F. Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 22 Rn. 31 ff. (Nachw.).

Union problematisiert werden. Die Union ist kein Projekt der Unitarisierung. Die Wertetraditionen der Mitgliedstaaten sind „nicht identisch, haben nur einen gemeinsamen Kern“⁸ in Art. 2 EUV. Diese Norm will Fundamente außer Streit stellen, insoweit entpolitisieren, zugleich aber Referenz sein für leidenschaftlichen politischen Streit über Gleichheit und gleiche Freiheit der Unionsbürger. *In Vielfalt geeint* und die Ambivalenz des Art. 2 EUV – zugleich statisch und dynamisch – legen im großen Föderalismus der Union eine noch geheimnisvollere Wechselbeziehung zwischen der Einheit der gemeinsamen Werte und der Vielfalt der immer noch eigenständigen Demokratien nahe. Denn oberhalb der Staaten haben sich mitgliedstaatlich unverfügbare *Unionskriterien der Rechtsstaatlichkeit*⁹ und hat sich eine *Unionsdemokratie* entwickelt, kräftig genug, ihrerseits den *europäisch-gewillkürten Rechtsstaat* mitzuprägen – aber nicht derart überlegen, dass jeder Mitgliedstaat jede Eigenart aufgeben muss. Kommission, Europäisches Parlament und Unionsgesetzgeber forcieren eine spezifische LGBTIQ-Politik, die nicht allerorten Applaus findet (u. sub 2.). Der Vielfalt in der Einheit ist auch die Verfassungsgerichtsbarkeit des EuGH verpflichtet (u. sub 3.). Am Ende stehen Beobachtungen zum Werteföderalismus, zum Wertewandel und zum Wertekonsens in der Europäischen Union (u. sub 4.).

2. LGBTIQ-Politik auf Unionsebene

Programmatische Texte zum Schutz und zur Gleichstellung von LGBTIQ haben die Kommission im November 2020, das Europäische Parlament im März, Juli und September 2021 vorgelegt (u. sub 2.1.). Seitdem finden sich „LGBTIQ-Personen“ als konkret benannte Minderheiten in Rechtstexten der Union (u. sub 2.2.). Allerdings sind die im April 2021 beschlossenen Verordnungen nicht einstimmig zustandegekommen (u. sub 2.3.).

2.1. Towards LGBTIQ Equality: Free to be Yourself in the EU

Pardon wird nicht gegeben. Ein Zitat aus *Ursula von der Leyens* Rede zur Lage der Union 2020 steht – nach der Überschrift „In der EU man selbst sein dürfen“ – am Anfang der Kommissionsmitteilung unter dem Titel *Eine Union der Gleichheit: Strategie für die Gleichstellung von LGBTIQ-Personen 2020–2025*:¹⁰ „Ich kenne kein Pardon, wenn es darum geht, eine Union der Gleichberechtigung zu schaffen. Eine Union, in der jeder und jede sich selbst treu bleiben und lieben kann, wen er oder sie will – ohne Angst vor Verleumdung. Man selbst zu sein, ist nämlich keine Frage der Ideologie. Es ist eine Frage der Identität. Und die kann einem niemand nehmen.“

8 G. H. Gornig, Europäische Grundwerte. Insbesondere der Minderheitenschutz in Deutschland, in: *europa ethnica* 2020, 2 (16).

9 Kompakte Übersicht: M. Payandeh, Das unionsverfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip, *JuS* 2021, 481–489.

10 COM(2020) 698 final v. 12.11.2020.

Die Schlusspassage darf man so verstehen, dass die Kommissionspräsidentin „Gender-Ideologie“ als Kampfbegriff¹¹ entlarven und „Identitätspolitik“ auf ihren rechtsstaatlichen Kern festlegen will. Die sogenannte Identitätspolitik genießt einen zweifelhaften Ruf, weil sie sich bizarre Verrenkungen leistet.¹² Ihr sehr berechtigtes Projekt geht dahin, dass „Minderheiten sichtbar gemacht und ihre Anliegen damit erkennbar werden. Dadurch wird es möglich, nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlungen zu identifizieren und Gegenmaßnahmen zu ergreifen.“¹³ Exakt darauf zielt die Gleichstellungsstrategie der Kommission, auf Bestandsaufnahme und auf Gegenmaßnahmen, im Rekurs auf „Gleichheit und Nichtdiskriminierung“ als „zentrale Werte und Grundrechte in der EU“.¹⁴

Das Dokument erläutert LBGTIQ nach Art einer Legaldefinition: „LBGTIQ-Personen sind Personen: die sich von Personen ihres eigenen Geschlechts (lesbisch, schwul) oder jedem Geschlecht (bisexuell) angezogen fühlen; deren Geschlechtsidentität und/oder geschlechtliche Ausdrucksform nicht mit dem bei der Geburt zugewiesenen Geschlecht übereinstimmt (trans*, nichtbinär); die mit Geschlechtsmerkmalen geboren wurden, die nicht der typischen Definition von männlichem oder weiblichem Geschlecht entsprechen (intersexuell) und deren Identität nicht in eine binäre Klassifikation der Sexualität und/oder des Geschlechts passt (queer).“¹⁵ Im Folgenden präsentiert die Kommission deprimierende Befunde einer nicht etwa ab-, sondern zunehmenden Diskriminierung. LBGTIQ-Personen sind von Armut und sozialer Ausgrenzung bedroht, Hassdelikten, Hetze und Gewalt ausgesetzt. Zugleich wachsen Gegenbewegungen, die Anti-Gender-Bewegung, die Anti-LBGTIQ-Bewegung. Die Kommission beobachtet „in Teilen der EU einen beunruhigenden Trend“ und will in einer Zeit, „zu der wir in einigen Mitgliedstaaten die Erosion oder den Abbau von Grundrechten erleben“, entschieden gegenhalten.¹⁶

- 11 Vgl. COM(2020) 698 final v. 12.11.2020, S. 14 (mit Fn. 51): „Die Deklaration von LBGTIQ als ‚Ideologie‘ breitet sich in der Online- und Offline-Kommunikation aus.“ – Beispiele aus der Rechtsprechung: Vater sucht die Konfrontation seiner Kinder mit der „Gender-Ideologie“ zu verhindern, OLG Celle v. 2.6.2021, BeckRS 2021, 15673, welcher Beschluss den Eltern rechtskräftig das Recht zur Regelung schulischer Angelegenheiten für ihre Kinder entzieht; Freispruch vom Vorwurf der Volksverhetzung, Beleidigung und Verleumdung wegen Äußerungen eines Lehrstuhlinhabers an einer Universität, u.a. zur gleichgeschlechtlichen Ehe, zur „Gender-Ideologie“ und „Regenbogenideologie“, LG Kassel v. 2.3.2021, BeckRS 2021, 9505.
- 12 Aufgelistet bei E. Hilgendorf, Identitätspolitik als Herausforderung für die liberale Rechtsordnung, JZ 2021, 853 (854 ff.). Über „Probleme mit einer progressiven Einheitsfront“: E. Kováts, Zwischen Phobien und Hegemonien, in: M. Babenhauserheide u.a. (Hrsg.), Jahrbuch Sexualitäten 2021, 130 ff., mit der These: „Anti-Gender“-Widerstände „lassen sich nicht auf einen Kampf zwischen zwei Lagern, auf Fortschritt vs. Rückschritt, Post-Essentialismus vs. Essentialismus reduzieren“.
- 13 E. Hilgendorf, JZ 2021, 853 (863).
- 14 COM(2020) 698 final v. 12.11.2020, S. 1.
- 15 COM(2020) 698 final v. 12.11.2020, S. 1 Fn. 2, dort mit den Klammerzusätzen, ohne Semikola, mit Spiegelstrichen.
- 16 COM(2020) 698 final v. 12.11.2020, S. 3 f. Vgl. auch F. Krumbein, Die Europäische Union als Grundrechtsgemeinschaft, in: P.-C. Müller-Graff (Hrsg.), Kernelemente der

Gänzlich unangefochten von der Sorge, als „Kolossalvormund“ (*Wilhelm Röpke*) wahrgenommen zu werden, greift die Kommission unbescheiden weit aus. Den rechtsstaatlich unabweisbaren, dringlichen Gegenmaßnahmen („Bekämpfung der Diskriminierung“ und „Gewährleistung der Sicherheit“) setzt sie in zwei weiteren *Säulen* hinzu: „Aufbau von Gesellschaften, die LGBTIQ einschließen“ und die „Führungsrolle bei der Forderung nach der Gleichstellung von LGBTIQ in der ganzen Welt“.¹⁷ Durchweg, besonders mit Blick auf die dritte und vierte Säule der „gezielten Maßnahmen“, erhebt sich die Frage nach der Subsidiarität hoheitlicher Intervention und spezifisch nach den Zuständigkeiten der Union als Hoheitsträgerin. Die Werte der Union prägen die *Identität der Union*. Die Menschenrechte sichern und schützen *personale Identität*, auch und gerade der „Personen, die Minderheiten angehören“ (Art. 2 Satz 1 EUV), weil sie wegen eines nicht-binären Geschlechtsstatus auf rechtliche und gesellschaftliche Anerkennung angewiesen sind.¹⁸ Dieser Zusammenhang erheischt – im doppelten Sinne – *Identitätspolitik der Union*. Ihre Werte sind unverhandelbare Bedingung der Mitgliedschaft. Dennoch, aus Art. 2 EUV erwächst keine Allzuständigkeit, die sich über das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung hinwegsetzt (dazu näher u. 3.). Identitätspolitisches Engagement der Union und Verrechtlichung durch Unionsrecht kommen nicht zur Deckung.

Das gilt auch für die politische Entschließung des Europäischen Parlaments vom 11.3.2021. Wenn und weil Art. 2 Satz 1 EUV „Rechtsstaatlichkeit und die Wahrung der Menschenrechte einschließlich der Rechte der Personen, die Minderheiten angehören“, als Fundamentalwerte ausweist, zudem Art. 2 Satz 2 EUV Pluralismus, Nichtdiskriminierung und Toleranz als Gemeinsamkeit der Mitgliedsstaaten voraussetzt – und wenn das Europäische Parlament alle Bürgerinnen und Bürger „auf Unionsebene unmittelbar“ vertritt (Art. 10 Abs. 2 UAbs. 1 EUV), dann ist es politisch frei, seine Entschließung einmünden zu lassen in die fulminante Proklamation: „... *erklärt hiermit die Europäische Union zum ‚Freiheitsraum für LGBTIQ-Personen‘*“.¹⁹

Die Entschließung überführt eine rechtsstaatliche Selbstverständlichkeit – Grundrechtsschutz für akut bedrängte Minderheiten – in ein Manifest. In dieser politisch-aktivistischen Form macht die „Ausrufung“ zwei elementare Charakteristika der heutigen Union bewusst. Sie ist, erstens, nicht mehr der Zweckverband der ersten drei Jahrzehnte (1958–1989), sondern ein politisch vitaler Bündnisraum, gegründet auf Werte, die Identität stiften. Sie ist, zweitens, nicht nur die Rechtsperson des Art. 47 EUV, sondern Union der zugehörigen und verbündeten Staa-

europäischen Integration, 2020, 271 (287 ff.: „Die Würde der Anderen“), der immerhin einen positiven Trend verzeichnet „bei Einstellungen gegenüber Angehörigen einer sexuellen Minderheit“.

17 COM(2020) 698 final v. 12.11.2020, S. 4, 5 ff. zu den „gezielten Maßnahmen in insgesamt vier Säulen“.

18 Umfassend: A. Schulz, Geschlechtervielfalt in Europa – Art. 8 EMRK als Katalysator der mitgliedstaatlichen Rechtsentwicklung, ZEuP 2021, 64–87.

19 P9_TA(2021)0089, ABl. EU 2021 C 474, 140 – „Ausrufung der EU zum Freiheitsraum für LGBTI-Personen“, Ziff. 1.

ten. Beide Elementarcharakteristika finden Ausdruck in Art. 2 EUV. Daraus schöpft das Europäische Parlament. Die „Ausrufung“ verklausuliert nicht. Sie greift Polen frontal an „in der Erwägung, dass seit März 2019 über 100 Woiwodschaften, Landkreise und Gemeinden in ganz Polen Entschließungen verabschiedet haben, mit denen sie sich für frei von der sogenannten LGBT-Ideologie erklärt haben“; auch die ungarische Stadt Nagykáta wird unvermittelt adressiert wegen des dortigen Verbots der „Verbreitung und Förderung von LGBTQ-Propaganda“.²⁰ Indessen postuliert der Text nicht die Allmacht der Union. Er stellt klar, „dass das Vorgehen gegen Ungleichheit in der EU eine gemeinsame Verantwortung ist, die gemeinsame Anstrengungen und Maßnahmen auf allen Regierungsebenen erfordert“.²¹

Ebenso unnachgiebig und deutlicher noch attackiert das Europäische Parlament mit seiner Entschließung vom 8.7.2021 „Verstöße gegen das EU-Recht und die Rechte von LGBTIQ-Bürgern in Ungarn infolge der im ungarischen Parlament angenommenen Gesetzesänderungen“. Der Text liest sich wie eine Generalabrechnung mit der LGBTIQ-Gegenkultur, adressiert die Präsidenten *Andrzej Duda* und *Miloš Zeman* persönlich und entlarvt Punkt für Punkt die Methoden der LGBTIQ-Verächter. Vor allem aber richtet sich das Juli-Manifest gegen das ungarische Gesetz vom 15.6.2021, mit dem „die Rechte und Freiheiten von LGBTIQ-Personen sowie die Rechte von Kindern erheblich und vorsätzlich eingeschränkt werden“: Das Europäische Parlament „verurteilt aufs Schärfste das vom ungarischen Parlament verabschiedete Gesetz“ und erklärt, dass es „kein Einzelfall, sondern ein weiteres Beispiel dafür ist, dass der graduelle Rückbau der Grundrechte in Ungarn bewusst und vorsätzlich vorangetrieben wird; betont, dass organisierte staatlich geförderte LGBTIQ-Phobie und Desinformationskampagnen zu Instrumenten der politischen Zensur durch die ungarische Regierung geworden sind, und vertritt die Auffassung, dass dies gegen Artikel 2 EUV verstößt; weist erneut darauf hin, dass die Europäische Union zum Freiheitsraum für LGBTIQ-Personen ausgerufen wurde“; zugleich wird anerkannt, dass das Familienrecht in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt.²²

Auf gleicher Linie lässt die umfängliche Entschließung vom 16.9.2021 „über die Festlegung von geschlechtsspezifischer Gewalt als neuer Kriminalitätsbereich“ Politikehrgeiz und Kompetenzrespekt erkennen. Die Ausdehnung der mit Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV benannten Kriminalitätsbereiche setzt materiell eine grenzüberschreitende Dimension (UAbs. 1) und prozedural Einstimmigkeit im Rat, zudem die Zustimmung des Europäischen Parlaments voraus (UAbs. 3). Das wird dort, im Parlament, nicht verkannt, sondern als Ansporn verstanden, „in der Erwägung, dass geschlechtsspezifische Gewalt Frauen und Mädchen in all ihrer

20 P9_TA(2021)0089, ABl. EU 2021 C 474, 140 sub C. Vgl. auch *M. Ulrich*, Steigender Hass in Polen: Was von Deutschland aus getan werden kann, um dort Lesben, Schwule, bisexuelle, trans- und intergeschlechtliche Menschen zu unterstützen?, in: Jahrbuch des Föderalismus 2021, hrsgg. vom Vorstand des EZFF Tübingen, 403–416, mit Kritik an der Schweigsamkeit der Bundesregierung (410 f.).

21 P9_TA(2021)0089, ABl. EU 2021 C 474, 140 sub B.

22 P9_TA(2021)0362, ABl. EU 2022 C 99, 218 sub A, E, F sowie Ziff. 1, 5.

Vielfalt und LGBTI+-Personen trifft, ausgelöst durch das Bedürfnis, diejenigen zu bestrafen, die die gesellschaftlichen Normen in Bezug auf die Hierarchie der Geschlechter, den Ausdruck der Geschlechtlichkeit und die binären Geschlechtersysteme durchbrechen“.²³

Am 9.12.2021 hat die Kommission die Entschließung des Parlaments aufgegriffen und förmlich das Art. 83-Verfahren eingeleitet: „Online-Hetze hat zu einer Zunahme der Gewalt gegen Flüchtlinge und Einwanderer, ethnische und religiöse Minderheiten sowie LGBTIQ-Personen geführt. [...] Jede zehnte (11 %) im Rahmen einer Erhebung der Agentur der Europäischen Union für Grundrechte (FRA) befragte LGBTIQ-Person gab an, dass sie körperlich oder sexuell angegriffen wurde, weil sie eine LGBTIQ-Person ist.“²⁴

2.2. LGBTIQ als unionsrechtlich erfasste Minderheit

Ein einzelner Vorläufer findet sich in der Verordnung zur Schaffung eines Finanzierungsinstruments für weltweite Demokratie und Menschenrechte vom 11. März 2014.²⁵ Ausgerichtet auf „Entwicklung und Konsolidierung der Demokratie und Rechtsstaatlichkeit sowie der Achtung aller Menschenrechte“ in Drittstaaten (Art. 1), entfaltete der Rechtsakt ein Spektrum der Förderziele (Art. 2) – darunter „die Rechte lesbischer, schwuler, bisexueller, transsexueller und intersexueller (LGBTI für ‚lesbian, gay, bisexual, trans and intersex‘) Personen“. Die Verordnung fand Rückhalt in Art. 209 und Art. 212 AEUV, Kompetenztiteln der Entwicklungszusammenarbeit sowie der Zusammenarbeit mit anderen Drittländern. Die einschlägigen Art. 208–213 AEUV folgen ihrerseits explizit der Grundsatznorm des Art. 21 EUV, der ehrgeizigsten Verfassungsnorm der europäischen Integrationsgeschichte – glänzender Leitstern der Zivilmacht Europa, schillernd zwischen Hybris und globalen Ambitionen im Kampf um universale Werte.

Im Zeichen des Art. 21 EUV steht auch die Verordnung über restriktive Maßnahmen gegen schwere Menschenrechtsverletzungen und -verstöße vom 7.12. 2020.²⁶ Darauf hat der Rat die Durchführungsverordnungen vom März und Dezember 2021²⁷ gestützt – und mit ihr (unter anderen) *Aiub Kataev* und *Abuzaid Vismuradov* adressiert, beide persönlich „für schwere Menschenrechtsverletzun-

23 P9_TA(2021)0388, ABl. EU 2022 C 117, 88 sub L. Vgl. auch den Koalitionsvertrag in Deutschland zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP vom November 2021, Mehr Fortschritt wagen, 114 f. (Gleichstellung/Schutz vor Gewalt) und 119 f. (Queeres Leben).

24 Mitteilung „Ein inklusiveres und besser schützendes Europa: Erweiterung der Liste der EU-Straftatbestände um Hetze und Hasskriminalität“, COM(2021) 777 final, 13.

25 Verordnung (EU) Nr. 235/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. EU 2014 L 77, 85, in Geltung vom 1.1.2014 bis zum 31.12.2020.

26 Verordnung (EU) 2020/1998 des Rates, ABl. EU 2020 L 410 I, 1, in Kraft seit dem 8.12.2020; dazu *J. M. Hoffmann*, Das neue EU-Sanktionsregime wegen Menschenrechtsverletzungen, NVwZ 2021, 1356.

27 Durchführungsverordnung (EU) 2021/2151 des Rates, ABl. EU 2021 L 436, 1, in Kraft seit dem 8.12.2021; Durchführungsverordnung (EU) 2021/478 des Rates, ABl. EU 2021 L 99, 1, in Kraft seit dem 22.3.2021.

gen in Russland verantwortlich, insbesondere Folter“, beiden wird die Unterdrückung von LGBTI-Gruppen zur Last gelegt. *Aiub Kataev* fungierte bis 2018 als Abteilungsleiter des Innenministeriums der Russischen Föderation in Argun, *Abuzaid Vismuradov* amtiert seit 2020 als stellvertretender Ministerpräsident der Republik Tschetschenien und inoffizieller Leibwächter des Staatschefs.²⁸

Das verlängerte Akronym LGBTIQ (ansonsten, vollends inklusiv, auch: LGBTI+) fand im April 2021 seinen Weg in das Recht der Europäischen Union. Die Verordnung zur Einrichtung des Programms „Bürgerinnen und Bürger, Gleichstellung, Rechte und Werte“²⁹ etabliert für die Laufzeit des neuen Mehrjährigen Finanzrahmens (MFR-Periode 2021–2027) vier „Aktionsbereiche“: Werte der Union; Gleichstellung, Rechte und Geschlechtergleichstellung; Bürgerbeteiligung und Teilhabe; Daphne. Der Aktionsbereich Daphne bekämpft geschlechtsspezifische Gewalt gegen Frauen und Mädchen sowie „Gewalt gegen Kinder und Jugendliche und andere gefährdete Gruppen wie LGBTIQ-Personen und Menschen mit Behinderungen“ (Art. 6 VO 2021/692). Der Aktionsbereich Gleichstellung, Rechte und Geschlechtergleichstellung zielt unter anderem auf die „Bekämpfung von Rassismus, Fremdenfeindlichkeit und jeglicher Form von Intoleranz sowohl online als auch offline, einschließlich Homophobie, Biphobie, Transphobie, Interphobie und Intoleranz aufgrund der Geschlechteridentität“ (Art. 4 VO 2021/692). Um die „in den Verträgen, der Charta und den geltenden internationalen Menschenrechtskonventionen verankerten Rechte und Werte“ zu schützen und zu fördern (Art. 2 Abs. 1 VO 2021/692), stellt die Union für die MFR-Periode eine „Finanzausstattung“ der Aktionsbereiche zur Verfügung (Art. 7 VO 2021/692): 641.705.000 Euro aus dem regulären Haushalt und 800.000.000 Euro aus dem Maßnahmenprogramm Next Generation EU.³⁰

Bescheiden erdotiert als das Rechte und Werte-Programm, ausgestattet mit 305.000.000 Euro, hat der Unionsgesetzgeber zeitgleich das Programm „Justiz“ eingerichtet.³¹ Es soll zur Weiterentwicklung eines europäischen Rechtsraums beitragen, näherhin zur „Herausbildung einer gemeinsamen Kultur des Rechts und der Justiz sowie einer Kultur, die auf Rechtsstaatlichkeit beruht“ (Art. 3 VO 2021/693). Besondere Beachtung verdient der zehnte Erwägungsgrund – der politische Hauptkonfliktherd im Gesetzgebungsverfahren. Dort finden sich Konkretisierungen zur „Weiterbildung von Richtern und Justizbediensteten“.³² Die Schulungen

28 Beschluss (GASP) 2021/2160 v. 6.12.2021, ABl. EU L 436, 40, Anhang Nr. 13 und Nr. 14; Durchführungsverordnung (EU) 2021/2151 des Rates, ABl. EU 2021 L 436, 1, Anhang Nr. 13 und Nr. 14.

29 Verordnung (EU) 2021/692 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. EU 2021 L 156, 1, in Kraft seit dem 5.5.2021, in Geltung seit dem 1.1.2021 (vgl. Art. 25).

30 Zu NGEU: *P. Hilpold*, Die Europäische Wirtschafts- und Währungsunion. Ihr Umbau im Zeichen der Solidarität, 2021, 161 ff.; *U. Hufeld*, in: U. Hufeld/Chr. Ohler (Hrsg.), Europäische Wirtschafts- und Währungsunion, Enzyklopädie des Europarechts Bd. 9, 2022, § 2 Rn. 189 ff.

31 Verordnung (EU) 2021/693 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. EU 2021 L 156, 21, in Kraft seit dem 5.5.2021, in Geltung seit dem 1.1.2021 (vgl. Art. 21).

32 Primärrechtliche Basis: Art. 81 Abs. 2 lit. h und Art. 82 Abs. 1 lit. c AEUV.

sollen „Probleme und Hindernisse“ einschließen, „denen Menschen gegenüberstehen, die häufig diskriminiert werden oder sich in einer prekären Lage befinden, wie Frauen, Kinder, Minderheiten, LGBTIQ-Personen, Menschen mit Behinderungen und Opfer von geschlechtsbezogener Gewalt“.

2.3. LGBTIQ-spezifische Politik – ein Kulturkampf?

Konsens war nicht in Sicht. Die Programme „Justiz“ und „Bürgerinnen und Bürger, Gleichstellung, Rechte und Werte“ lösten nicht um ihrerwillen Streit aus, wohl aber in der Ausrichtung auf LGBTIQ-Politik. So sind beide Verordnungen im Rat mit qualifizierter Mehrheit zustandegekommen, gegen die Stimmen Polens und Ungarns.³³ Die überstimmten Mitgliedstaaten haben den Ratsdokumenten förmliche Erklärungen beigegeben, dezent im Ton, kämpferisch in der Sache. Ungarn tadelt „Begriffe, die nicht mit der Sprache der Verträge übereinstimmen“, und will den Eindruck vermieden sehen, „dass politische und ideologische Ansichten bei der Festlegung der Prioritäten der EU-Finanzierung eine Rolle spielen könnten“.³⁴ Ein wunderlicher Einwand: Haushaltspolitik ohne Politik? Finanzierungsprioritäten ohne politische Prioritäten? Europäische Politik ohne „Ansichten“? Will die ungarische Regierung den Grundrechtsschutz in der Europäischen Union entpolitisiert und minimiert sehen, vergleichbar mit der EMRK auf einem Mindestniveau, ohne Zugriff derer, die entschlossen und kampflustig Mehrheiten organisieren für konkrete Antidiskriminierungspolitik? Der Hinweis Ungarns auf den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung bleibt unsubstantiiert. Darauf aber kommt es an, wenn das ungarische Ratsmitglied die Legalitätsfrage stellen will. Dass die Union eine politische Arena ist, steht außer Frage; sobald sie ihre Politik in Rechtsakte überführt, hat sie allerdings eine Ermächtigungsgrundlage nachzuweisen.

Polen argumentiert geschickter. Seine dem Programm „Justiz“ beigegebene Erklärung erwähnt zwar den beim EuGH anhängigen, inzwischen entschiedenen Rechtsstreit um die „allgemeine Konditionalitätsregelung zum Schutz des Haushalts“.³⁵ In erster Linie aber greift Polen die „uneinheitliche und unvollständige Liste schutzbedürftiger Gruppen“ an, „wobei LGBT-Personen Vorrang vor anderen schutzbedürftigen Gruppen, die diskriminiert werden, eingeräumt wird; dazu zählen beispielsweise arme Menschen oder Menschen, die aufgrund politischer oder religiöser Überzeugungen diskriminiert werden, wie Christen, denen gegenüber in jüngster Zeit Zeichen von Intoleranz oder sogar Vandalismus festzustellen

33 Ratsdok. 7969/21 v. 19.4.2021 (Bürgerinnen und Bürger, Gleichstellung, Rechte und Werte) und 7981/21 v. 20.4.2021 (Justiz).

34 Ratsdok. 7969/21 v. 19.4.2021, S. 4, und 7981/21 v. 20.4.2021, S. 3.

35 Der EuGH (Plenum) hat die Nichtigkeitsklagen Polens und Ungarns gegen die Verordnung (EU, Euratom) 2020/2092 v. 22.12.2020, ABl. EU 2020 L 433 I, 1 (sog. Rechtsstaatsmechanismus), mit Urteil C-156/21 (Ungarn) und Urteil C-157/21 (Polen), beide vom 16.2.2022, abgewiesen. Analyse mit Nachw., aus der Zeit vor der Judikatur vom 16.2.2022: *U. Stäsche*, Europäischer Rechtsstaat als Spielball der EU-Institutionen? Zum Umgang mit der Haushaltskonditionalität am Beispiel der Rechtsstaatlichkeitsverletzungen in Polen und Ungarn, ZEuS 2021, 561–616.

waren“.³⁶ Das sind politische Einwände. Darüber darf, darüber muss gestritten werden.

Das gilt auch und besonders für das Argument Polens, „dass in der Verordnung die Bedingungen für die Tätigkeit nichtstaatlicher Organisationen nicht ausreichend detailliert festgelegt sind“. Darüber lohnt jeder Streit: Die Europäische Union muss sich zwar mit aller Kraft ihrer Werte von jenen autoritären und totalitären Regimen absetzen, die „Organisationen der Zivilgesellschaft und gemeinnützige Akteure“³⁷ drangsaliieren und verfolgen. In der Union gilt Art. 10 Abs. 3 Satz 1 EUV: „Alle Bürgerinnen und Bürger haben das Recht, am demokratischen Leben der Union teilzunehmen.“ Zugleich aber tragen Union und Mitgliedstaaten die Verantwortung für einen Ordnungsrahmen der gemeinnützigen Tätigkeit privater Akteure. Über diesen Rahmen findet im steuerlichen Gemeinnützigkeitsrecht eine immerwährende Debatte statt.³⁸ Erst recht darf gestritten werden, ob die Staaten und die Europäische Union die wohlbalancierte Ordnung privatautonomer Gemeinnützigkeit und das Ökosystem der privaten Gemeinwohlfinanzierung stabilisieren oder stören, wenn sie öffentliche Mittel einspeisen.

Nicht zuletzt: Polen lehnt die Verwendung des Begriffs „gender“ ausdrücklich ab³⁹ und erklärt: „Poland understands wording ‘gender equality’ as referring to ‘equality between women and men’, in line with art. 2 and art. 3 of the Treaty on European Union. Also Poland understands wording ‘gender’ as referring to ‘sex’ in line with art. 10, art. 19 para 1 and art. 157 para 2 and 4 of the Treaty on the Functioning of the European Union“. Diese Passage darf man als Bekenntnis zum Vertragsrecht lesen, auch zum nicht benannten Art. 21 Abs. 1 GRCh, zu den Begriffen „Geschlecht“ (sex) und „sexuelle Orientierung“ (sexual orientation), die einerseits alle Varianten der Geschlechtsidentität, andererseits die Orientierung in der Wahl des Sexualpartners, der Sexualpartnerin einbeziehen.⁴⁰ Undeutlicher sind die Warnungen vor der Mehrdeutigkeit des Begriffs „gender“ und vor der „Gefahr einer Überinterpretation“.⁴¹ Man tritt der gegenwärtigen polnischen Re-

36 Ratsdok. 7981/21 v. 20.4.2021, S. 4.

37 Art. 8 lit. g der VO 2021/693, der die „Unterstützung von Organisationen der Zivilgesellschaft und gemeinnützigen Akteuren, die in den Programmbereichen tätig sind“, den Art. 8-Tätigkeiten zuschlägt, die „für eine Finanzierung infrage“ kommen.

38 Stand der Diskussion: *Chr. Hinsch*, Private Gemeinwohlfinanzierung und subjektives Recht. Steuerbegünstigte Spenden im Lichte des Verfassungs- und Unionsrechts, 2021; Koalitionsvertrag in Deutschland zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP vom November 2021, Mehr Fortschritt wagen, 165.

39 Ratsdok. 7981/21 v. 20.4.2021, S. 4, in der englischen Sprachfassung. Die deutsche Sprachfassung überträgt „gender“ in „Geschlecht“, lässt damit das juristische Argument der polnischen Erklärung leerlaufen: Anders als „gender“ ist „Geschlecht“ ein Begriff des Primärrechts.

40 Statt vieler: *Chr. Grabenwarter/A. K. Struth*, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Art. 19 AEUV Rn. 37 und Rn. 73 (Stand: Mai 2021); *S. Hölscheidt*, in: J. Meyer/S. Hölscheidt (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 21 Rn. 40 ff.; *D.-S. Valentiner*, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, 2021, 346 ff.

41 Ratsdok. 7981/21 v. 20.4.2021, S. 4.

gierung und der Regierungspartei *Recht und Gerechtigkeit* (Prawo i Sprawiedliwość – PiS) nicht zu nahe, wenn man sie als Verfechterinnen der traditionellen Ehe wahrnimmt, entschlossen, „Schutz und Fürsorge“ aus Art. 18 der polnischen Verfassung⁴² in Stellung zu bringen gegen die feministische Kritik der heteronormativen Geschlechterordnung⁴³ und gegen die „Vielzahl von Familienmodellen, einschließlich Regenbogenfamilien“.⁴⁴

Polen steht mit seinem Ehebegriff nicht allein.⁴⁵ Können Traditionalismus und die LGBTIQ-Politik der Union nebeneinander bestehen? Wann schlägt Traditionalismus in unionsrechtswidrige Diskriminierung um? Wie weit reicht das Gemeinsamkeitskonzept des Art. 2 EUV?

3. LGBTIQ-Rechtsschutz auf Unionsebene

Art. 2 EUV markiert den unverhandelbaren Identitätskern der Europäischen Union.⁴⁶ Diese Norm verheißt *Achtung der Menschenwürde* mit allen Ableitungen: Freiheitsrechte, Gleichheitsrechte, Rechtsschutz. Ein europäischer Staat, der für die Art. 2-Grundwerte nicht eintreten, gleichwohl Mitglied der Union werden will, kann nicht Verhandlungspartner sein. Er ist aus Sicht des Art. 49 Satz 1 EUV ein Paria-Staat, dem schon der Zugang zu Beitrittsverhandlungen versperrt bleibt: „Jeder Europäische Staat, der die in Artikel 2 genannten Werte achtet und sich für ihre Förderung einsetzt, kann beantragen, Mitglied der Union zu werden.“ Wenn aber Art. 2 EUV als normativ harte Identitätsgarantie und Prägenorm mit unitarischer Kraft begriffen werden muss, stellt sich in aller Schärfe die Frage nach ihrer Reichweite. In weiter Auslegung überspielt ihre Unitarisierungskraft womöglich die Zusage des Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV, dass die Union die „jeweilige nationale Identität“ der Mitgliedstaaten achtet, an ihren „grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen“ nicht rüttelt.

42 Übersetzung der polnischen Verfassung bei *T. de Vries*, in: C. D. Classen/U. Hufeld (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*. 4. Aufl. 2021, 538. Art. 18 (ebenda S. 540): „Die Ehe als Verbindung von Frau und Mann, die Familie, die Mutterschaft und die Elternschaft stehen unter dem Schutz und der Fürsorge der Republik Polen.“

43 Im Überblick: *D.-S. Valentiner*, *Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung*, 2021, 60 ff., 64 ff. (Nachw.).

44 Gleichstellungsstrategie der Kommission, COM(2020) 698 final v. 12.11.2020, S. 18, auch dort ist wie in Art. 18 der polnischen Verfassung von „Schutz und Fürsorge“ die Rede.

45 Art. L Abs. 1 des ungarischen GG: „Ungarn schützt die Institution der Ehe als einer zwischen Mann und Frau aufgrund freiwilliger Entschließung zu Stande gekommenen Lebensgemeinschaft sowie die Familie als die Grundlage des Fortbestehens der Nation. Die Grundlage der Familienbeziehung ist die Ehe beziehungsweise das Verhältnis Eltern – Kind.“ Übersetzung bei *H. Küpper*, in: C. D. Classen/U. Hufeld (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*. 4. Aufl. 2021, 672 (676). Zu Art. 46 Abs. 1 der bulgarischen Verfassung u. im Text sub 3.3.; zur Rechtslage in Rumänien: EuGH v. 5.6.2018, C-673/16, Rn. 7 f.

46 *U. Hufeld*, *Die Europäische Union als Wertegemeinschaft*, in: P.-C. Müller-Graff (Hrsg.), *Kernelemente der europäischen Integration*, 2020, 239 (254 ff.) mit Nachw.

Die Koexistenz unitarischer Kernsubstanz (Art. 2 EUV) und föderaler Differenz (Art. 4 Abs. 2 EUV) erheischt auch für das LGBTIQ-Gleichstellungsrecht die Abgrenzung zwischen mitgliedstaatlicher Eigenheit (u. sub 3.3.) und unionsrechtlicher Einheitslösung (u. sub 3.2.). Vorab (u. sub 3.1.) ist zu klären, ob die Mitgliedstaaten frei sind, einen Wertewandel unionsdemokratisch zu positivieren.

3.1. Der Verfassungsacquis im Format 2000/78

Die vormalige britische Generalanwältin *Eleanor Sharpston* hat 2019, im Streit um ein homophobes Radiointerview,⁴⁷ dem Unionsgesetzgeber bescheinigt, bereits im Jahr 2000 „eine klare Wahl getroffen“ zu haben – für strikten Diskriminierungsschutz in Beschäftigung und Beruf. In Rede steht zwar ein Sekundärrechtsakt, die Richtlinie 2000/78 vom 27.11.2000 zur „Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf“.⁴⁸ Doch steht inzwischen außer Zweifel, dass sie markanter Ausdruck eines europäischen Verfassungs- und Werteacquis geworden ist. Ihrem Namen macht sie alle Ehre. Sie ist normativ und tatsächlich – im Sinne einer Identitätsprägung – „Festlegung“ und „allgemeiner Rahmen“. Allgemeiner Rahmen heißt auch: Diese „klare Wahl“ (*Sharpston*) legt alle fest; sie unterscheidet nicht zwischen dem hoheitlichen Eingriff und dem privaten Übergriff im grundrechtlichen Dreieck. Sie ist Determinante auch in der Welt der Privatautonomie. Die Richtlinie will die „Gewährleistung gleicher Chancen für alle und für eine volle Teilhabe der Bürger am wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Leben“ verwirklicht sehen (Erwägungsgrund 9), indem sie in Beschäftigung und Beruf die Diskriminierungsanlässe des Art. 1 verbietet: „Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung“.

In der Rückschau erweist sich die Richtlinie der damals 15 EG-Mitgliedstaaten als antizipatorische Konkretisierungsnorm und unitarische Wertentscheidung. Bevor die zeitgleich proklamierte, aber erst 2009 in Kraft getretene Charta der Union „angesichts der Weiterentwicklung der Gesellschaft“ die Unionsgrundrechte, zumal Art. 21 GRCh „sichtbarer gemacht“ hat (GRCh-Präambel Abs. 4), legte die EU-15 sich selbst und alle nachfolgenden Beitrittsstaaten auf einen unverrückbaren Besitzstand fest. Heute stellt die Große Kammer des EuGH in gefestigter Rechtsprechung fest: Mit der Gewährleistung gleicher Chancen für alle und voller Teilhabe der Bürger am wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Leben „konkretisiert die Richtlinie 2000/78 in dem von ihr erfassten Bereich das nunmehr in Art. 21 der Charta niedergelegte allgemeine Diskriminierungsverbot“.⁴⁹

47 Schlussanträge in der Rechtssache *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*, C-507/18, Rn. 62, 63 ff.

48 ABl. EG 2000 L 303, 16.

49 EuGH v. 26.1.2021, C-16/19, Rn. 33 – *Szpital Kliniczny*; EuGH v. 23.4.2020, C-507/18, Rn. 37 f. – *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*; EuGH v. 17.4.2018, C-414/16, Rn. 47 – *Egenberger*.

Doch die Fusion von Richtlinienrecht und Charta-Recht genügt der Großen Kammer noch nicht. Mit Verweis auf die „Grundwerte, die ihr zugrunde liegen“, postuliert der EuGH ein Verbot der engen Auslegung.⁵⁰ Das Diskriminierungsverbot steigt in seinem Bereich – Beschäftigung und Beruf – zu einem absoluten, wertebasierten Verfassungsimperativ auf, der Abwägung ausschließt, auch die Meinungsfreiheit zurückdrängt.⁵¹ Aus der vormaligen Gemeinschaftskompetenz, „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“ (Art. 13 Abs. 1 EG-Vertrag, heute Art. 19 Abs. 1 AEUV), ist kraft einstimmiger Entscheidung der EG-15 im Jahr 2000 ein charakteristisches Element der Unionsidentität erwachsen.

Deshalb bleibt folgenlos, dass sich der damalige Konsens gegenwärtig – mit Polen unter *Jarosław Kaczyński*, mit Ungarn unter *Victor Orbán* – nicht verlängern lässt in die „Fördermaßnahmen“ des Art. 19 AEUV. Ergänzende Maßnahmen zur „Verwirklichung“ der Antidiskriminierung (Art. 19 Abs. 2 AEUV), darunter das Rechte und Werte-Programm 2021–2027 (o. sub 2.2.), beschließt der Rat vertragskonform mit qualifizierter Mehrheit im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren, gegen die Stimmen Polens und Ungarns (o. sub 2.3.). Und der Nachfolger des Art. 13 Abs. 1 EG-Vertrag, seinerzeit die primärrechtliche Basis der Richtlinie 2000/78, wird derzeit nicht benötigt. Art. 19 Abs. 1 AEUV, der, anders als Abs. 2, nach wie vor Einstimmigkeit voraussetzt, schirmt die Gleichbehandlungsrichtlinien ab. Der gegenläufige Konsens ist nicht in Sicht, vor allem aber ist die richtlinienrechtlich konkretisierte Substanz inzwischen konstitutionalisiert, entpolitisiert und buchstäblich aufgehoben in Art. 21 Abs. 1 AEUV. Die Strategie des EuGH, den Verfassungsqacquis im Format der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie zusätzlich anzudocken an die „Grundwerte, die ihr zugrunde liegen“,⁵² führt zurück zum Fall *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*.

50 EuGH v. 23.4.2020, C-507/18, Rn. 39 – *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*; zuvor bereits Schlussanträge *E. Sharpston*, C-507/18, Rn. 42.

51 EuGH v. 23.4.2020, C-507/18, Rn. 47 ff. – *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*. Beachtliche Kritik bei *M. Payandeh*, Beschäftigungsbezogene diskriminierende Äußerungen zwischen Diskriminierungsverbot und Meinungsfreiheit, *EuZA* 2020, 464 (471): „Dass der Unionsgesetzgeber im Rahmen der Antidiskriminierungsrichtlinien dem Diskriminierungsschutz den Vorrang vor der Meinungsfreiheit soweit einräumen wollte, wie das Grundrecht der Meinungsfreiheit ihm dies erlaubt, ist aber nicht ohne weiteres ersichtlich und auch nicht sonderlich plausibel, schließlich knüpfen die Richtlinien an Diskriminierungen von Personen an und nicht an bloße Äußerungen mit diskriminierendem Gehalt. Dass der EuGH die Richtlinie allein im Lichte des Diskriminierungsverbots nach Art. 21 GRCh und nicht auch im Lichte der Meinungsäußerungsfreiheit nach Art. 11 GRCh auslegt, überzeugt daher nicht. Der Gerichtshof vernachlässigt, dass aus der Perspektive der Meinungsfreiheit jede sanktionierende Anknüpfung an die Äußerung auch homophober Meinungen rechtfertigungsbedürftig ist.“

52 EuGH v. 23.4.2020, C-507/18, Rn. 39 – *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*; zuvor bereits Schlussanträge *E. Sharpston*, C-507/18, Rn. 42.

3.2. Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI

„Wäre ich Rechtsanwalt, würde ich in meiner Kanzlei keine LGBTI-Personen einstellen.“ Mit dieser frei gegriffenen Variante veranschaulichte die Generalanwältin eine Äußerung, die, „so bedauerlich sie auch sein mag, keinen tatsächlichen Zusammenhang mit dem Zugang zu Beschäftigung“ aufweise.⁵³ Ein gewisser NH indessen äußerte als „langjährig tätiger Rechtsanwalt“ in einem Radiointerview, „dass er in seiner Kanzlei niemals homosexuelle Personen einstellen würde und mit solchen Personen auch nicht zusammenarbeiten wolle“.⁵⁴ Ein konkretes Einstellungsverfahren lief zu dieser Zeit nicht und war nicht geplant. Dennoch erhob die Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI Klage gegen NH, gestützt auf das im italienischen Recht vorgesehene, in Art. 9 Abs. 2 RL 2000/78 abgesicherte Verbandsklagerecht. Das Landesgericht Bergamo erklärte die Äußerung für unmittelbar diskriminierend und verurteilte NH zu Schadensersatz in Höhe von 10.000 Euro; ein Auszug aus dem Beschluss sei zu veröffentlichen. Das Appellationsgericht Brescia wies das Rechtsmittel zurück, das letztinstanzliche Kassationsgericht schaltete den EuGH ein. NH machte geltend, er habe eine Meinung zum Anwaltsberuf geäußert, nicht als Arbeitgeber, sondern „schlichtweg als Bürger“.⁵⁵

Die Große Kammer des EuGH lässt den Werte-, Verfassungs- und Auslegungsimperativ durchschlagen. Der Begriff „Bedingungen ... für den Zugang zu unselbstständiger und selbständiger Erwerbstätigkeit“ (Art. 3 Abs. 1 lit. a RL 2000/78) sei „nicht eng“ auszulegen. Wohl aber müsse die Äußerung „mit der Einstellungspolitik eines bestimmten Arbeitgebers tatsächlich in Zusammenhang gebracht werden können“. Verbreitet in der Öffentlichkeit, müsse sie die Absicht erkennen lassen, „eine Diskriminierung auf der Grundlage der in der Richtlinie 2000/78 vorgesehenen Kriterien vorzunehmen“. Zusammengefasst: Die öffentlich bekundete „homophobe Einstellungspolitik“ „potenzieller Arbeitgeber“ kann, auch ohne Bezug zu einer konkreten Person und einem konkreten Einstellungsverfahren, Betroffene „abschrecken, sich für eine Stelle zu bewerben“.⁵⁶ Sie steht nicht unter dem Schutz der Meinungsfreiheit. Sie ist unionsrechtswidrig. Die Mitgliedstaaten begegnen der verbotenen Diskriminierung mit Sanktionen (Art. 17 RL 2000/78), die „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein“ müssen.

3.3. Der Fall V.M.A. im familienrechtlichen Verfassungspluriversum der Union

Der Fall handelt von einer zweiten Geburtsurkunde – europaverfassungsrechtlich geht es um sehr viel mehr. V.M.A., Bulgarin, und ihre Ehefrau (K.D.K., Staatsan-

53 Schlussanträge in der Rechtssache Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI, C-507/18, Rn. 52.

54 Schlussanträge C-507/18, Rn. 20; ähnlich, aber nicht identisch die Wiedergabe in EuGH v. 23.4.2020, C-507/18, Rn. 21.

55 EuGH v. 23.4.2020, C-507/18, Rn. 20.

56 EuGH v. 23.4.2020, C-507/18, Rn. 39, 41, 43 ff., 55.

gehörige des Vereinigten Königreichs), haben eine in Spanien geborene Tochter, S.D.K.A. In der Geburtsurkunde, ausgestellt von den spanischen Behörden, wird V.M.A. als „Mutter A“, die Ehefrau als „Mutter“ des Kindes angegeben. Die Gemeinde Sofia indessen lehnte den Antrag auf Ausstellung einer zweiten, bulgarischen Geburtsurkunde ab, mit Verweis auf die Weigerung der Eheleute, die leibliche Mutter namhaft zu machen, und mit Hinweis auf die öffentliche Ordnung Bulgariens. Nach Art. 46 Abs. 1 der bulgarischen Verfassung ist die Ehe „ein freiwilliger Bund zwischen Frau und Mann“. Das Verwaltungsgericht der Stadt Sofia legte dem EuGH Fragen vor zu Art. 20, Art. 21 AEUV – mithin zur Freizügigkeit der bulgarischen Mutter, nach Klärung der Abstammung auch zur Bewegungs- und Aufenthaltsfreiheit der Tochter –, zu den Grundrechten der Familie (Art. 7, Art. 24 GRCh), aber auch zur nationalen Identität der Republik Bulgarien.⁵⁷

Über diese Vorlage hat die Große Kammer des EuGH am 14.12.2021 im beschleunigten Verfahren entschieden, mit knapper, jedoch energischer Begründung, deutlich im Ergebnis, auf der Linie der Generalanwältin *Juliane Kokott*. Deren Schlussanträge und das Urteil präsentieren sich in der Gesamtschau als eindrucksvoll differenziertes, wohlbalanciertes Abbild der föderalen Rechtskultur in Europa zwischen Einheit der Werte (Art. 2 EUV) und Vielheit nationaler Identitäten (Art. 4 Abs. 2 EUV). Gewiss geraten Unionsbürgerrechte in Gefahr, wenn die in Spanien befestigten Verwandtschaftsbeziehungen in Bulgarien nicht anerkannt werden – mit der Folge, dass das soeben noch „effektive Familienleben“ im anderen Staat „ernsthaft“ behindert wird.⁵⁸ Eine reduzierte Anerkennung der Ein-Person-Mutterschaft nach bulgarischem Recht bewirkte „zwingend den Ausschluss einer anderen Frau als Mutter“, die verbliebene Mutter müsste „alle elterlichen Aufgaben, die den Nachweis des Elternstatus verlangen, allein übernehmen“. ⁵⁹ Gewiss zielt die Rechtsstaatlichkeit in Europa zuallererst auf die Traditionssubstanz der Freizügigkeit. Die Charta hat sie rezipiert und veredelt, die allgemeine Freizügigkeit in Art. 45 Abs. 1 GRCh, die besondere binnenmarktliche in Art. 15 Abs. 2 GRCh.

Jedoch, die Traditionssubstanz überlagert nicht die Garantie pluraler Identitäten aus Art. 4 Abs. 2 EUV: „Sobald aber eine Familienbeziehung ein grenzüberschreitendes Element aufweist, kann jede nationale familienrechtliche Vorschrift allein aufgrund ihrer Verschiedenheit von der Regelung eines anderen Mitgliedsstaats eine Beschränkung von Art. 21 Abs. 1 AEUV darstellen. Nähme der Gerichtshof im Rahmen der Prüfung, ob eine solche Beschränkung gerechtfertigt ist, in jedem Einzelfall eine erschöpfende Kontrolle der nationalen Regelung am Maßstab der Charta und insbesondere ihrer Bestimmungen betreffend die familiä-

57 EuGH v. 14.12.2021, C-490/20, Rechtssache V.M.A. gegen Stoliczna obshtina, rayon „Pancharevo“ (Gemeinde Sofia, Bezirk Pancharevo, Bulgarien), Rn. 18 ff.; Schlussanträge der Generalanwältin in der Rs. C-490/20, Rn. 16 ff.

58 Schlussanträge C-490/20, Rn. 61 ff.: Ungewissheiten hinsichtlich des Aufenthaltsrechts des Kindes in Bulgarien, Hindernisse in den Bereichen Sorgerecht und soziale Sicherheit, ehe- und erbrechtliche Folgen; EuGH v. 14.12.2021, C-490/20, Rn. 61 f.: Das „Familienleben“ – eine „tatsächliche Frage“, unabhängig von Verschieden- oder Gleichgeschlechtlichkeit der Eltern – steht unter dem Schutz des Art. 7 GRCh.

59 Schlussanträge C-490/20, Rn. 63 f.

ren Beziehungen – wie ihrer Art. 7 und 24 – vor, so hätte dies zur Folge, dass das gesamte nationale Familienrecht, einschließlich der wesentlichen Ausprägung der von der Union gemäß Art. 4 Abs. 2 EUV geachteten Unterschiede, einer einheitlichen Auffassung von Familienpolitik entsprechen müsste, die der Gerichtshof im Zuge der Auslegung dieser Bestimmungen herausarbeiten würde.“⁶⁰

Die einheitliche Auffassung von Familienpolitik existiert nicht im Verfassungs-pluriversum der Union – und Art. 4 Abs. 2 EUV schützt diese Verschiedenheit vor unionsrechtlicher Vereinheitlichung.⁶¹ Die Generalanwältin hat nachgezählt und findet eine Minderheit der Staaten, die das Rechtsinstitut der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare geöffnet haben, 13 von 27: das Königreich Belgien, das Königreich Dänemark, die Bundesrepublik Deutschland, Irland, das Königreich Spanien, die Französische Republik, das Großherzogtum Luxemburg, die Republik Malta, das Königreich der Niederlande, die Republik Österreich, die Portugiesische Republik, die Republik Finnland und das Königreich Schweden; nur ein Teil dieser Gruppe sieht die automatische Elternschaft für die Ehefrau der leiblichen Mutter vor.⁶² Das Familienrecht sei „ein besonders sensibles Rechtsgebiet“ und „Ausdruck des politischen und gesellschaftlichen Selbstverständnisses eines Mitgliedstaats“, ihm komme wesentliche Bedeutung für das Funktionieren des Staatsverbands zu.⁶³ Am Ende steht der Befund, dass die rechtliche Definition dessen, was eine Familie oder ein Familienangehöriger ist, die grundlegenden Strukturen einer Gesellschaft berührt. „Diese Definition kann daher zur nationalen Identität eines Mitgliedstaats im Sinne von Art. 4 Abs. 2 EUV gehören.“⁶⁴

Dass die grundlegenden Strukturen einer Gesellschaft und prägende Rechtsinstitute als „Ausdruck des politischen und gesellschaftlichen Selbstverständnisses eines Mitgliedstaats“⁶⁵ nur von diesem selbst definiert werden können, sollte sich eigentlich von selbst verstehen, ist dennoch umstritten.⁶⁶ Auch in dieser Frage

60 Schlussanträge C-490/20, Rn. 99.

61 Ohne Rekurs auf Art. 4 Abs. 2 EUV, schlicht mit dem Hinweis auf die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für das „Personenstandsrecht“: EuGH v. 14.12.2021, C-490/20, Rn. 52; EuGH v. 5.6.2018, C-673/16, Rn. 37; EuGH v. 24.11.2016, C-443/15, Rn. 58 f.

62 Schlussanträge C-490/20, Rn. 75 mit Fn. 36. Vgl. auch *Chr. Moes*, Die abstammungsrechtliche Zuordnung der Elternschaft in den Ehen zweier Frauen, NJW 2021, 3359–3364.

63 Schlussanträge C-490/20, Rn. 77 f. mit Verweis auf das Lissabon-Urteil des BVerfG. Vgl. BVerfGE 123, 267 (359): „Als besonders sensibel für die demokratische Selbstgestaltungsfähigkeit eines Verfassungsstaates gelten seit jeher Entscheidungen über das materielle und formelle Strafrecht, die Verfügung über das Gewaltmonopol, die fiskalischen Grundentscheidungen über Einnahmen und – gerade auch sozialpolitisch motivierte – Ausgaben der öffentlichen Hand, die sozialstaatliche Gestaltung von Lebensverhältnissen sowie kulturell besonders bedeutsame Entscheidungen etwa im Familienrecht, Schul- und Bildungssystem oder über den Umgang mit religiösen Gemeinschaften.“

64 Schlussanträge C-490/20, Rn. 79.

65 Schlussanträge C-490/20, Rn. 77.

66 U. Hufeld, Anwendung des europäischen Rechts in Grenzen des Verfassungsrechts, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. X, 3. Aufl. 2012, § 215

finden die Schlussanträge der Generalanwältin zu einer versöhnlichen und überzeugenden Position. Einen Blankettvorbehalt der Mitgliedstaaten lehnt sie ab. Sie postuliert Grenzen des Art. 4 Abs. 2 EUV im Loyalitätsgebot des Art. 4 Abs. 3 EUV. Vor allem aber will sie Art. 2 EUV vor Relativierung geschützt sehen. So „kann nach Art. 4 Abs. 2 EUV nur eine Auffassung von nationaler Identität geschützt sein, die mit den in Art. 2 EUV niedergelegten Grundwerten der Union im Einklang steht“.⁶⁷ Diesseits der fundamentalen und verbindlichen Werteverabredung jedoch gilt, dass nationale Identität „von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterschiedlich sein“ wird und schlechterdings „nicht Gegenstand einer abstrakten Auslegung auf Unionsebene sein“ kann.⁶⁸ An der Anerkennung nationaler Selbstbestimmung über das nationale Selbstverständnis führt kein Weg vorbei.

Die Generalanwältin plädiert weise, wenn sie Respekt bekundet vor dem bulgarischen Abstammungs- und Familienrecht, das „die Republik Bulgarien unter Berufung auf ihre nationale Identität schützen will“;⁶⁹ wenn sie mit Art. 4 Abs. 2 EUV in aller Klarheit „die Grenze des integrativen Handelns der Union markiert“ und konsequent eine Kontrolle der Verhältnismäßigkeit blockiert, die „die nationale Identität auf ein bloßes berechtigtes Interesse verkürzen“ würde;⁷⁰ wenn sie auch das bewährte Argument abwehrt, Modernisierung beeinträchtige nicht das traditionelle Familienbild: „Wichtig ist aber, dass es sich dabei um eine normative Beurteilung handeln würde, die in Anbetracht der Zuständigkeitsverteilung in der Union Sache der Mitgliedstaaten ist.“⁷¹ Die normative Entscheidung über Identität, Identitätswandel und über das Tempo einer Neubestimmung bleibt Bulgarien und allen anderen Unionsstaaten in je eigener demokratischer Selbstgestaltung vorbehalten.

Und dennoch müssen die Bulgarin V.M.A., die britische Gattin und die gemeinsame Tochter um ihre Bewegungs- und Aufenthaltsfreiheit nicht fürchten. Das ist die kunstvolle Balance der Schlussanträge und des Urteils, kooperative Reaktion auf die Vorlagefragen. Das Verwaltungsgericht Sofia hatte seinerseits Zweifel angemeldet und nach einem Ausgleich gefragt zwischen elementaren Unionsbürgerrechten (Familie, Freizügigkeit) und dem „gegenwärtigen Entwicklungsstand der bulgarischen Gesellschaft in der bulgarischen Verfassungstraditi-

Rn. 71 ff., mit Kritik an der Verbundlehre, die für den Begriff der nationalen Identität eine Auslegungskompetenz des EuGH reklamieren will.

67 Schlussanträge C-490/20, Rn. 73. Vgl. EuGH v. 14.12.2021, C-490/20, Rn. 63 f.: diskriminierungsfreier Schutz der Rechte des Kindes, ohne jede Rücksicht auf die sexuelle Orientierung seiner Eltern.

68 Schlussanträge C-490/20, Rn. 70, 72; allerdings dürfte die Kategorie des mitgliedstaatlichen „Beurteilungsspielraums“ (Rn. 73) schwerlich weiterhelfen. Nationale Identität wird nicht in einem zugestandenen, eher ausnahmerechtlich gedachten Residualraum bestimmt.

69 Schlussanträge C-490/20, Rn. 105.

70 Schlussanträge C-490/20, Rn. 90 und 107.

71 Schlussanträge C-490/20, Rn. 107. Vgl. BVerfGE 105, 313 (346): „Die Ehe wird durch das [Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften] weder geschädigt noch sonst beeinträchtigt.“

on“.⁷² Die Große Kammer des EuGH folgt dem Vorschlag der Generalanwältin dahin, dass die Republik Bulgarien die in Spanien begründeten Verwandtschaftsbeziehungen spezifisch freizügigkeitsrechtlich anzuerkennen hat: „Art. 4 Abs. 2 EUV, die Art. 20 und 21 AEUV sowie die Art. 7, 24 und 45 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union in Verbindung mit Art. 4 Abs. 3 der Richtlinie 2004/38/EG (...) sind dahin auszulegen, dass im Fall eines minderjährigen Kindes, das Unionsbürger ist und dessen von den zuständigen Behörden des Aufnahmemitgliedstaats ausgestellte Geburtsurkunde zwei Personen gleichen Geschlechts als seine Eltern bezeichnet, der Mitgliedstaat, dessen Staatsangehöriger dieses Kind ist, zum einen verpflichtet ist, ihm einen Personalausweis oder Reisepass auszustellen, ohne die vorherige Ausstellung einer Geburtsurkunde durch seine nationalen Behörden zu verlangen, sowie zum anderen ebenso wie jeder andere Mitgliedstaat das aus dem Aufnahmemitgliedstaat stammende Dokument anzuerkennen hat, das es diesem Kind ermöglicht, mit jeder dieser beiden Personen sein Recht auszuüben, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten.“⁷³

4. Werteföderalismus – Wertewandel – Wertekonsens

Wenn und weil in der Politikarena auf Unionsebene eigenständige LGBTIQ-Politik stattfindet (o. sub 2.), jedoch Einheitsmuster für alle Rechtsbereiche in der föderalen Statik der Union vermieden werden müssen (o. sub 3.), bleibt vertikaler und horizontaler Werteföderalismus möglich (u. sub 4.1.). Allerdings hat sich der Wertewandel in der LGBTIQ-Politik beschleunigt, wesentlich forciert vonseiten der Unionsorgane (u. sub 4.2.). Art. 2 EUV fundiert die Wertepolitik und fordert einen Wertekonsens, der in seiner Reichweite die Union und ihre Mitglieder verpflichtet (u. sub 4.3.).

4.1. Werteföderalismus

Die Richtlinie 2004/38/EG⁷⁴ über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, trat am 30.4.2004 in Kraft – am Tag vor der Osterweiterung der Europäischen Union. 14 Jahre später legt die Große Kammer des EuGH im Urteil *Coman und Hamilton* den Begriff „Ehegatte“ aus, im Lichte der Charta von 2009 und der Rechtsprechung des EGMR. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hatte 2010 seinerseits – in der Sache *Schalk und Kopf*/Österreich – auf den

72 Vgl. die Wiedergabe in den Schlussanträgen C-490/20, Rn. 22 ff.; EuGH v. 14.12.2021, C-490/20, Rn. 28 f.

73 EuGH v. 14.12.2021, C-490/20, Rn. 69 und Tenor; vgl. Schlussanträge C-490/20, Rn. 170 (Ergebnis) Ziff. 2.

74 ABl. EU 2014 L 158, 77.

offenen Art. 9 GRCh⁷⁵ verwiesen und mochte „nicht länger“ annehmen, „dass das in Art. 12 EMRK garantierte Recht, eine Ehe einzugehen, unter allen Umständen auf die Ehe zwischen zwei Partnern unterschiedlichen Geschlechts beschränkt ist“.⁷⁶ Das EuGH-Urteil *Coman und Hamilton* wiederum zieht das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens heran (Art. 7 GRCh) und dessen Interpretation im Anschluss an die EGMR-Rechtsprechung nach 2010 (Art. 52 Abs. 3 GRCh): „Ehegatte“ im Richtlinienrecht von 2004 bezeichnet nunmehr im Unionsrecht „geschlechtsneutral“ „eine Person, die mit einer anderen durch den Bund der Ehe vereint ist“.⁷⁷

Der EuGH hat diskriminierungsfreie Begriffe der Ehe und der Familie etabliert. Auf den (politisch ambitionierten) Inklusionsbegriff „Regenbogenfamilie“⁷⁸ ist er nicht angewiesen. Im Rekurs auf die Charta kann er die gleich freie Wahrnehmung der Unionsbürgerrechte aus Art. 21 Abs. 1 AEUV und aus Konkretisierungsakten des Sekundärrechts mühelos durchsetzen – und zugleich daran festhalten, dass den Mitgliedstaaten freistehe, „für Personen gleichen Geschlechts die Ehe und die Elternschaft vorzusehen oder nicht vorzusehen“.⁷⁹ Rumänien, das „im Ausland“ geschlossene homosexuelle Ehen ausdrücklich nicht anerkennt,⁸⁰ kann den Unionsbürger *Coman* mit rumänischer Staatsbürgerschaft nicht daran hindern, sein mit dem Amerikaner *Hamilton* „entwickeltes oder gefestigtes“ Ehe- und Familienleben in Rumänien fortzusetzen.⁸¹ Ein Hamilton-Moment mit gemischter Unitarisierungsbilanz: Die Unionsdemokratie hat ihre Wahl getroffen und sich für ihren Rechtsraum gegen das „traditionelle“ und für das „modernere“ Familienbild⁸² entschieden. Dass der Unionsgesetzgeber zu traditionellen Begriffen zurückkehrt, ist unionsverfassungsrechtlich ausgeschlossen. Insoweit, in der Reichweite des unionalen Antidiskriminierungs- und Freizügigkeitsrechts, haben die „traditionellen“ Mitgliedstaaten mit einer „modernen Union“, mit Modernisierungs- und Unitarisierungseffekten zu tun. Der Raum der Modernisierer und der Residualraum der Traditionalisten wird zuständigkeitsrechtlich bestimmt. Die Fortschrittlichkeit der Union setzt eigenes Terrain voraus (Art. 1 Abs. 1, Art. 5 Abs. 2 EUV); auch die Charta will den Werteföderalismus nicht einebnen (Art. 51 Abs. 2 GRCh).

75 Vgl. die Erläuterung zu Art. 9 GRCh: „Durch diesen Artikel wird es weder untersagt noch vorgeschrieben, Verbindungen von Menschen gleichen Geschlechts den Status der Ehe zu verleihen.“

76 EGMR (I. Sektion), 24.6.2010 – 30141/04, NJW 2011, 1421 (1423 Rn. 61).

77 EuGH v. 5.6.2018, C-673/16, Rn. 34 f.

78 Jüngst: Entschließung des Europäischen Parlaments v. 14.9.2021 zu Rechten von LGBTIQ-Personen in der EU, P9_TA(2021)0366, ABl. EU 2022 C 117, 2 sub B.

79 EuGH v. 14.12.2021, C-490/20, Rn. 52; EuGH v. 5.6.2018, C-673/16, Rn. 37.

80 Vgl. EuGH v. 5.6.2018, C-673/16, Rn. 8, zu Art. 277 Abs. 2 des rumänischen Zivilgesetzbuchs.

81 EuGH v. 5.6.2018, C-673/16, Rn. 24, 28 ff.

82 Begriffspaar bei J. Kokott, Schlussanträge C-490/20, Rn. 77.

4.2. Wertewandel

Diskriminierungsschutz, Wertewandel und Wertepolitik im Zeitraffer: Am 14.9.2021 verurteilt der EGMR Polen wegen Diskriminierung einer lesbischen Mutter.⁸³ Am 26.9.2021 findet in der Schweiz eine Volksabstimmung statt über die „Ehe für alle“, eine Reformvorlage, die sieben Jahre lang in den Kammern des Parlaments lag.⁸⁴ Der neue Art. 94 des Zivilgesetzbuchs sieht vor: „Die Ehe kann von zwei Personen eingegangen werden, die das 18. Altersjahr zurückgelegt haben und urteilsfähig sind.“ Volk und Stände haben die Vorlage angenommen, die Schweizer mit insgesamt 64,1%, im Kanton Basel-Stadt mit 74,0%, knapp im Kanton Appenzell Innerrhoden mit 50,8%.⁸⁵ Am 28.9.2021 stellt die Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen ihre neuen Mitglieder vor, darunter zwei Transpersonen. *Nyke Slawik* und *Tessa Ganser* sind die ersten Transfrauen im Deutschen Bundestag.⁸⁶ Am 29.9.2021 meldet die Süddeutsche Zeitung, dass mehrere große Regionen in Polen Anti-LGBT-Proklamationen widerrufen, *contre cœur*, vor allem in der Sorge um die in Brüssel eingefrorenen Finanzhilfen.⁸⁷

Nach der „Ausrafung der EU zum Freiheitsraum für LGBTI-Personen“ am 11.3.2021 (o. sub 2.2.) sah sich das Europäische Parlament am 14.9.2021 veranlasst, mit der Entschließung „zu Rechten von LGBTIQ-Personen in der EU“⁸⁸ nachzulegen. Die Entschließung kombiniert politische Eindeutigkeit und rechtspolitische Entschlossenheit. Sie missbilligt „die feindselige Rhetorik gewählter Politiker, die Zunahme homophober und transfeindlicher Gewalt“,⁸⁹ forciert nunmehr aber, ausdrücklich im Anschluss an die Schlussanträge V.M.A. (o. sub 3.3.), das Projekt der Anerkennung: Das Europäische Parlament „beharrt darauf, dass die EU einen gemeinsamen Ansatz für die Anerkennung gleichgeschlechtlicher Ehen und Partnerschaften verfolgen muss“.⁹⁰ Integrations- und dogmengeschichtlich vertraut und bewährt, vertritt die Rechtsfigur der Anerkennung die sekundärrechtlich bewirkte Einheitslösung. Das Leitmotiv hatte die Kommissionspräsidentin bereits mit ihrer Rede zur Lage der Union im Jahr 2020 vorgegeben: „Wenn Sie in einem Land Vater oder Mutter sind, sind Sie in jedem Land Vater oder Mutter.“⁹¹

In der Entschließung findet sich neben politischer Eindeutigkeit und entschlossener Initiative ein drittes Element, die „Erwägung, dass die Gleichstellung und der Schutz von Minderheiten zu den in Artikel 2 EUV verankerten Werten der EU

83 EGMR (Erste Sektion) v. 16.9.2021 – 20741/10, BeckRS 2021, 26212.

84 *A. Dumitrescu*, Entwicklungen im schweizerischen Familienrecht, NZFam 2021, 441 (445).

85 www.bk.admin.ch zu Vorlage Nr. 647.

86 *C. Jebens*, FAZ v. 29.9.2021, S. 7, Interview mit Transfrau *N. Slawik*, MdB.

87 *F. Hassel*, SZ v. 29.9.2021, S. 6, Halbherziger Rückzug.

88 P9_TA(2021)0366, ABl. EU 2022 C 117, 2.

89 P9_TA(2021)0366, ABl. EU 2022 C 117, 2 sub K.

90 P9_TA(2021)0366, ABl. EU 2022 C 117, 2 sub P 4.

91 Das Leitmotiv war für die Kommission Ausgangspunkt der Konsultation „Grenzüberschreitende familiäre Situation – Anerkennung der Elternschaft“ von Mai bis August 2021.

gehören“.⁹² Im Rekurs auf Art. 2 EUV geht es nicht mehr um politisch beschleunigten oder verlangsamten Wandel, sondern um den tradierten, in der Europäischen Union unverhandelbar gewordenen „gemeinsamen Kern“⁹³ – um das normative Zentrum der heutigen Integrationsgemeinschaft, die sich nicht mehr als Zweckverband versteht und mehr sein will als Wirtschaftsgemeinschaft. Dann geht es aber wesentlich um Rechtsfragen, im Konfliktfall um die rechtsstaatlich gebotene Intervention,⁹⁴ die den Wertekonsens schützt.

4.3. Wertekonsens

Zur Logik der nicht-unitarischen Union gehört, dass das Erbe Europas in der normativen Gestalt des Art. 2 EUV – *die gemeinsame Identitätsnorm* – und das Pluralitätsversprechen des Art. 4 Abs. 2 EUV – *jeweilige nationale Identität* – nebeneinander bestehen können (o. sub 3.3.). Das Erbe Europas? Die Präambel des EUV erläutert, woraus die Gründer der Union unbeschadet aller Vielfalt der Kulturen und Traditionen „geschöpft“ haben: „aus dem kulturellen, religiösen und humanistischen Erbe Europas, aus dem sich die unverletzlichen und unveräußerlichen Rechte des Menschen sowie Freiheit, Demokratie, Gleichheit und Rechtsstaatlichkeit als universelle Werte entwickelt haben“. Der harte Kern ist der gemeinsame Schwur auf Rechtsstaatlichkeit – und das heilige Zentrum der Rechtsstaatlichkeit, ihr Worumwillen, ist die Garantie gleicher Freiheit für jede Person.⁹⁵

Art. 2 lit. a der Konditionalitätsregelung vom Dezember 2020⁹⁶ lässt sich auf eine Begriffsbestimmung ein, die stärker den formellen Rechtsstaat akzentuiert: „Rechtsstaatlichkeit“ bezeichnet den in Artikel 2 EUV verankerten Wert der Union. Dieser umfasst die Grundsätze der Rechtmäßigkeit, die transparente, rechenschaftspflichtige, demokratische und pluralistische Gesetzgebungsverfahren voraussetzen, der Rechtssicherheit, des Verbots der willkürlichen Ausübung von Hoheitsgewalt, des wirksamen Rechtsschutzes – einschließlich des Zugangs zur Justiz – durch unabhängige und unparteiische Gerichte, auch in Bezug auf Grundrechte, der Gewaltenteilung und der Nichtdiskriminierung und der Gleichheit vor

92 P9_TA(2021)0366, ABl. EU 2022 C 117, 2 sub H.

93 G. H. Gornig, Europäische Grundwerte. Insbesondere der Minderheitenschutz in Deutschland, in: *europa ethnica* 2020, 2 (16): „Der Ursprung der Werte, die wir heute als ‚europäisch‘ definieren, lag im alten Okzident, also im alten Griechenland und im alten Rom, und später in Mitteleuropa.“

94 Zum Interventionsgebot in der „Rechtsunion“: U. Hufeld, Die Europäische Union als Wertegemeinschaft, in: P.-C. Müller-Graff (Hrsg.), *Kernelemente der europäischen Integration*, 2020, 239 (246 ff.) mit Nachw.

95 Vgl. das Kopenhagener KSZE-Dokument (1990) zum materiellen Rechtsstaat, verpflichtet auf „Gerechtigkeit“, „die auf der Anerkennung und der vollen Achtung der Persönlichkeit des Menschen als dem höchsten Gut beruht“; näher dazu P. Hilpold, Minderheitenschutz in Österreich – Die Rechtsstaatlichkeitsfrage im europäischen Kontext, *europa ethnica* 2020, 17 (18).

96 Verordnung (EU, Euratom) 2020/2092 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.12.2020 über eine allgemeine Konditionalitätsregelung zum Schutz des Haushalts der Union, ABl. EU 2020 L 433 I, 1.

dem Gesetz. Die Rechtsstaatlichkeit ist so zu verstehen, dass auch die anderen in Artikel 2 EUV verankerten Werte und Grundsätze der Union berücksichtigt werden⁹⁷. Daraus folgt nicht, dass die Mitgliedstaaten unionsrechtlich auf ein einheitliches Abstammungs-, Personenstands-, Staatsbürgerschafts- und Familienrecht verpflichtet sind. „Gegenwärtig besteht innerhalb der Union kein Konsens hinsichtlich der Voraussetzungen für den Zugang zu den grundlegenden Instituten des Familienrechts.“⁹⁸

Zum europäisch-unionsrechtlichen Identitätskern rechnen aber die mit persönlichen Status-Merkmalen verknüpften Diskriminierungsverbote, implizit gewährleistet mit Art. 2 Satz 1 EUV (vor allem: Gleichheit), explizit mit Art. 2 Satz 2 EUV, ausgeformt in Art. 21 GRCh. Sie sind zugleich allgemeine Grundsätze des Unionsrechts (Art. 6 Abs. 3 EUV), die Art. 14 EMRK und gemeinsame Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten spiegeln. Art. 32 Abs. 2 der polnischen Verfassung formuliert offen, aber strikt: „Niemand darf aus irgendeinem Grund im politischen, gesellschaftlichen oder wirtschaftlichen Leben diskriminiert werden.“ Kap. 2 § 12 der schwedischen Regierungsform regelt präzise: „Gesetze und andere Vorschriften dürfen nicht zur Folge haben, dass jemand benachteiligt wird, weil er hinsichtlich ethnischen Ursprungs, Hautfarbe oder anderer vergleichbarer Umstände oder hinsichtlich der sexuellen Orientierung einer Minderheit angehört.“⁹⁹

Zustimmung verdient, dass die Union politische Frontalangriffe auf den Wertekonsens nunmehr auf die Legalitätsprobe stellt:¹⁰⁰ vor aller Welt ihre fundamentale Verfassungsnorm als Entpolitisierungsnorm verteidigt und Art. 2 EUV die Grenzziehung zutraut zwischen politischer Debatte über Werteföderalismus und Wertewandel einerseits, dem verfassungsrechtlich befestigten Wertezentrum andererseits. Stigmatisierende Diskriminierung der LGBTIQ-Personen beschädigt das aus dem europäischen Erbe „entwickelte“ (Präambel EUV), rechtsstaatlich und vertragsdemokratisch geformte Unverletzlichkeitsgebot. Das ist die nach 1989 weiterentwickelte Europäische Union: ihrer Handlungsgrenzen gewahr, mit Rückhalt in ihren Fundamentalwerten politisch selbstbewusst und relevant, zuallererst der Rechtsstaatlichkeit verpflichtet.

97 Die Norm kann relevante Hinweise geben, nicht jedoch eine sekundärrechtskonforme Auslegung des Primärrechts bewirken. Zur unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 2 EUV: C. I. Nagy, Ein Vorschlag zur Lösung der europäischen Rechtsstaatlichkeitskrise: die Lehre der Diagonalität, ZaöRV 2021, 303 (330 ff.).

98 J. Kokott, Schlussanträge C-490/20, Rn. 75.

99 Übersetzung der schwedischen Regierungsform bei R. Kessel, in: C. D. Classen/U. Hufeld (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht. 4. Aufl. 2021, 577 ff.

100 Pressemitteilung der Europäischen Kommission v. 15.7.2021 zur Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens: „Kommission eröffnet Verfahren gegen Ungarn (dort: Verbot von LGBTIQ-Inhalten) und Polen (dort: ‚LGBT-freie Zonen‘) wegen Verletzung der Grundrechte von LGBTIQ“.

Literaturverzeichnis

- Classen, C. D./Hufeld, U., Europäisches Verfassungsrecht, Nomos: Baden-Baden 2021.
- Dumitrescu, A., Entwicklungen im schweizerischen Familienrecht, in: 8 NZFam 10/2021, S. 441–445.
- Gärditz, K. F., Verfassungsentwicklung und Verfassungsrechtswissenschaft, in: Herdegen, M./Masing, J./Poscher, R./Gärditz, K. F. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, C.H. Beck: München 2021, § 4 S. 221–313.
- Gornig, G. H., Europäische Grundwerte. Auch eine kritische Betrachtung Deutschlands, in: Gornig, G. H./Hilpold, P. (Hrsg.), Europas Grundrechte auf dem Prüfstand, Duncker & Humblot: Berlin 2021, S. 16–84.
- Gornig, G. H., Europäische Grundwerte. Insbesondere der Minderheitenschutz in Deutschland, in: 77 europa ethnica 1–2/2020, S. 2–16.
- Gornig, G. H., Minderheiten und Minderheitenschutz in Frankreich, in: 77 europa ethnica 3–4/2020, S. 126–132.
- Grabitz, E./Hilf, M./Nettesheim, M., Das Recht der Europäischen Union, C.H. Beck: München September 2021.
- Grimm, D./Voßkuhle, A., Was kann Karlsruhe?, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 23.9.2021, S. 8.
- Grunert, M., Richter gegen Muff, in: Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung, 12.9.2021, S. 8.
- Hassel, F., Halbherziger Rückzug, in: Süddeutsche Zeitung, 29.9.2021, S. 6.
- Hilgendorf, E., Identitätspolitik als Herausforderung für die liberale Rechtsordnung, in: 76 JZ 18/2021, S. 853–863.
- Hilpold, P., Die Europäische Wirtschafts- und Währungsunion – Ihr Umbau im Zeichen der Solidarität, Springer: Berlin, Heidelberg 2021.
- Hilpold, P., Minderheitenschutz in Österreich – Die Rechtsstaatlichkeitsfrage im europäischen Kontext, in: 77 europa ethnica 1–2/2020, S. 17–26.
- Hinsch, Ch., Private Gemeinwohlfinanzierung und subjektives Recht – steuerbegünstigte Spenden im Lichte des Verfassungs- und Unionsrechts, Nomos: Baden-Baden 2021.
- Hoffmann, J. M., Das neue EU-Sanktionsregime wegen Menschenrechtsverletzungen, in: 40 NVwZ 18/2021, 1356–1359.
- Hufeld, U., Anwendung des europäischen Rechts in Grenzen des Verfassungsrechts, in: Isensee, J./Kirchhof, P. (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts – Band X, C.F. Müller: Heidelberg, 3. Auflage 2012, § 215 S. 383–431.
- Hufeld, U., Die Europäische Union als Wertegemeinschaft, in: Müller-Graff, P.-Ch. (Hrsg.), Kernelemente der europäischen Integration, Nomos: Baden-Baden 2020, S. 239–270.
- Hufeld, U., Europäische Wirtschafts- und Währungsunion: Das System, in: Hufeld, U./Ohler, Ch. (Hrsg.), Die Europäische Wirtschafts- und Währungsunion, Enzyklopädie des Europarechts – Band 9, Nomos: Baden-Baden 2022, § 2 S. 71–179.
- Jebens, C., Ich fühle mich bestärkt (Interview mit Nyke Slawik), in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 29.9.2021, S. 7.
- Jestaedt, M., Ehe, Familie und Erziehung, in: Herdegen, M./Masing, J./Poscher, R./Gärditz, K. F. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, C.H. Beck: München 2021, § 22, S. 1391–1457.
- Kováts, E., Zwischen Phobien und Hegemonien. Gender als Feindbild der Rechten und die Probleme mit einer progressiven Einheitsfront, in: Babenhauserheide, M./Feddersen, J./Gammerl, B./Nicolaysen, R./Wolf, B. (Hrsg.), Jahrbuch Sexualitäten, Wallstein: Göttingen 2021, S. 130–150.

- Krumbein, F., Die Europäische Union als Grundrechtsgemeinschaft, in: Müller-Graff, P.-Ch. (Hrsg.), Kernelemente der europäischen Integration, Nomos: Baden-Baden 2020, S. 271–299.
- Meyer, J./Hölscheidt, S., Charta der Grundrechte der Europäischen Union, C.H. Beck: München 2019.
- Moes, Ch., Die abstammungsrechtliche Zuordnung der Elternschaft in den Ehen zweier Frauen, in: 74 NJW 46/2021, S. 3359–3364.
- Nagy, C. I., Ein Vorschlag zur Lösung der europäischen Rechtsstaatlichkeitskrise: die Lehre der Diagonalität, in: 81 ZaöRV 2/2021, S. 303–340.
- Payandeh, M., Beschäftigungsbezogene diskriminierende Äußerungen zwischen Diskriminierungsverbot und Meinungsfreiheit, in: 13 EuZA 4/2020, S. 464–475.
- Payandeh, M., Das unionsverfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip, in: 61 JuS 6/2021, S. 481–489.
- Sacksofsky, U., Gleichheitsrechte, in: Herdegen, M./Masing, J./Poscher, R./Gärditz, K. F. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, C.H. Beck: München 2021, § 19 S. 1229–1287.
- Schulz, A., Geschlechtervielfalt in Europa – Art. 8 EMRK als Katalysator der mitgliedstaatlichen Rechtsentwicklung, in: 29 ZEuP 1/2021, S. 64–87.
- Stäsche, U., Europäischer Rechtsstaat als Spielball der EU-Institutionen? Zum Umgang mit der Haushaltskonditionalität am Beispiel der Rechtsstaatlichkeitsverletzungen in Polen und Ungarn, 24 ZEuS 4/2021, 561–616.
- Ulrich, M., Steigender Hass in Polen: Was von Deutschland aus getan werden kann, um dort Lesben, Schwule, bisexuelle, trans- und intergeschlechtliche Menschen zu unterstützen?, in: Vorstand des Europäischen Zentrums für Föderalismus-Forschung Tübingen (Hrsg.), Jahrbuch des Föderalismus 2021, Nomos: Baden-Baden 2021, S. 403–416.
- Valentiner, D.-S., Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung – zugleich eine gewährleistungsdogmatische Rekonstruktion des Rechts auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit, Nomos: Baden-Baden 2021.
- von Münch, I./Kunig, Ph. (Begr.), Grundgesetz – Band 1: Präambel bis Art. 69, C.H. Beck: München, 7. Auflage 2021.

