

JUS PUBLICUM

Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 302



Anna Katharina Mangold

Demokratische Inklusion und Recht

Antidiskriminierungsrecht als
Ermöglichungsbedingung der demokratischen
Begegnung von Freien und Gleichen

Mohr Siebeck

Anna Katharina Mangold, geboren 1977; Studium der Rechtswissenschaften; 2009 Promotion; 2010 LL.M. an der Universität Cambridge; 2016 Habilitation; Lehrstuhlvertretungen in Konstanz und an der HU Berlin; seit 2019 Professorin für Europarecht an der Europa-Universität Flensburg.

Die Arbeit entstand im Rahmen eines von der VW Stiftung geförderten Schumpeter Fellowships

ISBN 978-3-16-155278-6 / eISBN 978-3-16-155279-3
DOI 10.1628/978-3-16-155279-3

ISSN 0941-0503 / eISSN 2568-8480 (Jus Publicum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von epline in Böblingen aus der Stempel-Garamond gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Dieses Buch handelt von Begegnungen zwischen Freien und Gleichen in der Demokratie und der Ermöglichung solcher Begegnung auf Augenhöhe durch Antidiskriminierungsrecht. Das Buch selbst ist das Ergebnis vieler anregender und aufregender, zufälliger und geplanter, einmaliger und wiederkehrender Begegnungen mit Menschen. Ich bin dankbar für die Zeit und die Zuwendung jener Menschen, denen ich begegnet bin während der Arbeit an diesem Text.

Von *Prof. Dr. Ute Sacksofsky, M.P.A. (Harvard)*, habe ich das akademische Rüstzeug lernen dürfen in der Phase der Habilitation, vor allem wie wichtig es ist, Argumente immer auch von ihrem Gegenteil her zu durchdenken. Denn Argumente müssen immer von allen Seiten her geprüft sein, um am Ende bestehen zu können. Unsere Diskussionen waren und sind ein intellektuelles Vergnügen für mich.

Die Überzeugung, dass nur das Argument zählt, das möglichst gründlich zu entfalten ist, habe ich schon während meiner Promotionszeit bei *Prof. Dr. Rainer Wahl* erlebt. Sein unersättlicher Wissensdrang, die Bereitschaft, Bekanntes noch einmal neu und dann weiter zu denken, ist mir steter Ansporn. Auch von ihm habe ich gelernt, Argumente im Gespräch zu wenden und möglichst umfassend zu erkunden. Diese Gespräche beglücken mich jedesmal erneut.

Dem Frankfurter Fachbereich mit allen seinen Mitgliedern, im Professorium wie unter den Mitarbeitenden und Studierenden, danke ich für intellektuell prägende Jahre. Die Begegnungen und Auseinandersetzungen an der Universität haben meinen Horizont in einer Weise erweitert, über den ich immer noch staune. Danken möchte ich hier stellvertretend *Prof. Dr. Uwe Volkmann*, der nicht nur in der Auseinandersetzung mit den Argumenten dieses Buches ein im besten Sinne herausfordernder Gesprächspartner ist.

Das Buch ist in dem von der VW Stiftung geförderten Schumpeter Projekt „Demokratische Inklusion durch Recht – Zur normativen Rechtfertigung von Antidiskriminierungsrecht“ entstanden. Der Stiftung danke ich für das Vertrauen und die Unterstützung, die weit über die bloße Finanzierung hinausgereicht hat. Im Projekt durfte ich lernen von und mit *Ref. jur. Sophie Arndt, M.A.*, deren souveräne Entfaltung komplexer Sozialtheorien mich immer wieder beeindruckt.

Kontinuierliche Gesprächszusammenhänge bietet mir seit vielen Jahren der „Frankfurter Kreis“ mit *Prof. Dr. Albert Ingold*, *Prof. Dr. Thomas Kleinlein*, *Prof. Dr. Ulrike Lembke*, *Prof. Dr. Mehrdad Payandeh, LL.M. (Yale)*, *Prof. Dr. Philipp Reimer* und *Dr. Benjamin Rusteberg* – ich freue mich schon jetzt auf die nächsten Runden. *Dr. Benjamin Rusteberg* danke ich ganz besonders für unsere Diskussionen über Texte und alles andere im Leben. Der Austausch mit *Prof. Dr. Anuscheh Farahat, LL.M. (Berkeley)*, und *Prof. Dr. Nora Markard, M.A. (King's College London)*, war *conditio sine qua non* für die Entstehung dieses Buches und für soviel mehr noch – es ist kaum möglich, mit Worten hinreichend Dank zu sagen für die Unterstützung in allen Lebenslagen, zu jeder Tages- und Nachtzeit.

Meinem Flensburger Team mit *Brian Alex*, *Felicia Corinth* und *Felicia Jäckel* danke ich für die Unterstützung bei der Überarbeitung des Manuskripts, ganz besonders jedoch *Ref. jur. Johannes Gallon*, der die Arbeit mit genauem Auge und beeindruckender Tatkraft noch einmal sehr bereichert hat.

Weitere Herzensmenschen haben mich begleitet und auf ihre je eigene wunderbare Weise zum Gelingen dieses Werks beigetragen. Nennen möchte ich *Prof. Dr. Franziska Birke*, *Prof. Dr. Isabel Feichtner, LL.M. (Cardozo)*, *Ulrike Fischer*, *Dr. Almut Gestrich*, *Prof. Dr. Mathias Hong*, *Prof. Dr. Elisabeth Holzleithner*, *Konstanze Josephine Krege*, *Maren Dorothee Lübcke*, *David Michael Mangold*, *Tobias Oliver Mangold*, *Petra Mangold*, *Leni Mangold (das jüngste große Menschlein)*, *Prof. Dr. Andreas Kurt Pattar*, *Dr. Claudia Schallenmüller-Ens*, *Dr. Andreas Schilling*, *Elke Schlageter*, *Dr.-Ing. Jörg Suttan*, und *Dr. Berit Völzmann*.

Die Begegnung mit dem einen Menschen freilich, der noch immer ungenannt bleiben möchte, erfüllt mich in jedem einzelnen Moment mit Freude und Dankbarkeit. Du bist das größte Geschenk meines Lebens.

Flensburg, im April 2021

Anna Katharina Mangold

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
§1 Ausgangsthese und Methode der Untersuchung	1
A. Gleichheit und Diskriminierung	4
B. Die Ambivalenz des Diskriminierungsbegriffs	12
C. Eine verfassungstheoretische Analyse von Antidiskriminierungsrecht	22
D. Methode dieser Abhandlung: Rationale Rekonstruktion des geltenden Antidiskriminierungsrechts	29
E. Ausgangsthese: Die demokratische Legitimation von privatem Antidiskriminierungsrecht	40
F. Gang der Untersuchung	42
§2 Zwei Traditionen des rechtlichen Diskriminierungsbegriffs ...	45
A. Diskriminierung im Wirtschaftsrecht	46
B. Menschenrechtlicher Diskriminierungsschutz im Völkerrecht	78
C. Wirtschaftsrechtlicher und menschenrechtlicher Diskriminierungsschutz: Parallelen und Unterschiede	94
§3 Fallstudie USA: Das Ringen um Antidiskriminierungs- recht in der Demokratie	97
A. „All men are created equal“ (1776) und Dred Scott v. Sandford (1857) – Universelles Gleichheitsversprechen und partikulare Interpretation	99
B. Reconstruction – Der Kampf um ein Ende der „legal discrimination“	106
C. Ein Vorläufer der mittelbaren Diskriminierung aus dem Jahr 1886	127
D. Rückschläge: Jim Crow Laws und „Separate but equal“	132

E. „Suspect Classification“: Ausnahmezustand im Zweiten Weltkrieg	142
F. Die „Civil Rights Revolution“ im 20. Jhd.	147
G. Was lange ausgespart blieb: „sex discrimination“ und andere Gründe von Diskriminierung	172
H. Fazit: Keine teleologische Erfolgsgeschichte	179
 §4 Konzepte rechtlicher Bewältigung von Diskriminierung	181
A. Gleichheitsverständnisse	182
B. Schutz nur gegen den Staat oder auch gegen Private?	196
C. Die Rolle von Intention im Antidiskriminierungsrecht und die Figur der mittelbaren Diskriminierung	208
D. Rechtsverständnis im Antidiskriminierungsrecht: „Law as a Tool“	215
E. Zusammenfassung	220
 §5 Dogmatische Figuren des Antidiskriminierungsrechts	223
A. Das AGG im Überblick	223
B. Die Unterscheidung zwischen reaktivem und proaktivem Antidiskriminierungsrecht	230
C. Reaktiver Diskriminierungsschutz	231
D. Proaktives Gleichstellungsrecht	290
 §6 Geschützte Personengruppen	305
A. Die historisch-geographische Kontingenz von Kategorien	306
B. Die Konstruktionsleistung von Kategorien	313
C. Komplexitätssteigerungen	321
D. Konstruktiver Umgang mit Kategorien	334
 §7 Die Legitimation von Antidiskriminierungsrecht	347
A. Vorschläge zur Legitimation von Antidiskriminierungsrecht	348
B. Deliberatives Demokratieverständnis	376
C. Demokratische Legitimation von Antidiskriminierungsrecht in Deutschland	397
D. Fazit: Antidiskriminierungsrecht als Ermöglichungsbedingung deliberativer Demokratie	427
Literaturverzeichnis	429
Entscheidungsregister	461
Sach- und Personenregister	471

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
§1 Ausgangsthese und Methode der Untersuchung	1
A. Gleichheit und Diskriminierung	4
I. Der rechtliche Kampf um Gleichheit und seine Phasen	4
II. Diskriminierung als gruppenbezogene Ungleichbehandlung ..	5
III. Formales und materiales Gleichheitsverständnis	7
IV. Gleichheitssätze als dynamische Versprechen	9
V. Antidiskriminierungsrecht zwischen Oppression und Emanzipation	10
B. Die Ambivalenz des Diskriminierungsbegriffs	12
I. Diskriminierung, etymologisch	13
II. Benachteiligung und Diskriminierung.	15
III. Die rechtlich-moralische Doppelnatur des Diskriminierungsbegriffs	16
C. Eine verfassungstheoretische Analyse von Antidiskriminierungsrecht	22
D. Methode dieser Abhandlung: Rationale Rekonstruktion des geltenden Antidiskriminierungsrechts	29
I. Die Methode „rationaler Rekonstruktion“ gesellschaftlicher Entwicklungen	29
II. Theoretischer Ausgangspunkt: Rechtliche Konfliktlösung als rationales (und nicht nur hegemoniales) Unterfangen	32
III. Rationale Rekonstruktion eines kontingenten Antidiskriminierungsrechts	39
E. Ausgangsthese: Die demokratische Legitimation von privatem Antidiskriminierungsrecht	40
F. Gang der Untersuchung	42

§2 Zwei Traditionen des rechtlichen Diskriminierungsbegriffs ...	45
A. Diskriminierung im Wirtschaftsrecht	46
I. Diskriminierungsverbote im Kartell- und Wettbewerbsrecht ..	46
1. US-amerikanisches Antitrust Law: Die Erfindung des Diskriminierungsverbotes	47
2. Britisches Monopolrecht: „Collective Discriminations“	48
3. Französisches Wettbewerbsrecht: Diskriminierungsverbote für Anbieter	50
4. Diskriminierungstatbestände im deutschen Kartell- und Wettbewerbsrecht	50
a. §9 KartVO 1923: Kartellfreundliche Grundhaltung	51
b. Kartellrecht im Nationalsozialismus: Erlaubte Diskriminierung gegen „unzuverlässige Personen“	53
c. Alliiertes Dekartellierungsrecht: Diskriminierung zur Verhinderung von Wettbewerb	54
d. GWB 1957 und Fortentwicklungen	55
5. Europäisches Gemeinschaftswettbewerbsrecht	57
6. Zusammenfassung	60
II. Diskriminierungsfreier Kontrahierungszwang für Monopolunternehmen	61
1. Gesetzlich angeordnete Kontrahierungszwänge für Monopolunternehmen	61
2. Nipperdeys Konzept eines allgemeinen Kontrahierungszwangs für Monopolunternehmen	64
3. Verhältnis von Kontrahierungszwang und wettbewerbsrechtlichem Diskriminierungsverbot	66
III. Nichtdiskriminierung in Freihandelsregimen	66
IV. Europäisches Gemeinschaftsrecht: Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit	70
V. Ergebnisse: Grundfragen wirtschaftsrechtlicher Diskriminierungsverbote	72
1. Diskriminierungsverbote auf der Grenze von öffentlichem und privatem Recht: „Es gibt keine neutrale Privatrechtsordnung.“	72
2. Wettbewerbsrecht und relationale Privatautonomie	73
3. Verhältnis von Diskriminierungsverbot und Gleichheit	74
4. Formales und materielles Diskriminierungsverständnis	75
5. Absolutes und relatives Diskriminierungsverbot	76
6. Intentionalität und Motive von Diskriminierung	76
7. Mittelbare und unmittelbare Diskriminierung	78
B. Menschenrechtlicher Diskriminierungsschutz im Völkerrecht	78

I. Völkerrechtliches Fremdenrecht	79
II. Völkerrechtlicher Minderheitenschutz	79
1. Historische Minderheitenschutzbestimmungen	80
2. Unterscheidung zwischen rechtlicher und faktischer Gleichheit	82
III. Diskriminierungsschutzvorschriften in Verträgen der Vereinten Nationen	83
IV. Antidiskriminierungsvorgaben des Europarates	88
V. Diskriminierungsverbote als „Querschnittsprinzip“ des Menschenrechtsschutzes	92
C. Wirtschaftsrechtlicher und menschenrechtlicher Diskriminierungsschutz: Parallelen und Unterschiede	94
 §3 Fallstudie USA: Das Ringen um Antidiskriminierungs- recht in der Demokratie	 97
A. „All men are created equal“ (1776) und Dred Scott v. Sandford (1857) – Universelles Gleichheitsversprechen und partikulare Interpretation	99
B. Reconstruction – Der Kampf um ein Ende der „legal discrimination“	106
I. Die neuen Zusatzartikel 13, 14 und 15 nach dem Ende des Bürgerkriegs	107
II. Föderale Ebene gegen Bundesstaaten: Der föderale Twist der Gleichheit in den USA	109
III. Diskriminierungsschutz im Privatrechtsverkehr durch Bundesgesetze	113
1. Die Federal Civil Rights Acts von 1866 und 1875	114
2. Die Civil Rights Cases (1883): Diskriminierungsschutz gegen Private?	117
a. Mehrheitsmeinung	118
b. Sondervotum von John Marshall Harlan	122
C. Ein Vorläufer der mittelbaren Diskriminierung aus dem Jahr 1886	127
I. Yick Wo v. Hopkins (1886)	127
II. Die Problemkonstellation der mittelbaren Diskriminierung ...	129
D. Rückschläge: Jim Crow Laws und „Separate but equal“	132
I. Plessy v. Ferguson (1896)	133
1. Mehrheitsmeinung (per Brown J)	135
2. Ein weiteres Sondervotum von John Marshall Harlan	138
II. Die Argumentationskette von „separate but equal“	141

E. „Suspect Classification“: Ausnahmezustand im Zweiten Weltkrieg	142
F. Die „Civil Rights Revolution“ im 20. Jhd.	147
I. Diskriminierungsschutz im Personentransport: Die zwei Traditionslinien des Diskriminierungsbegriffs treffen zusammen	148
II. Diskriminierende private Verträge: Shelley v. Kraemer (1948) ..	150
III. Brown v. Board of Education (1954)	152
IV. Der Civil Rights Act 1964	155
V. Voting Rights Act 1965 – Sicherstellung der vollen Staatsbürgerschaft	158
VI. Gemischte Ehen: Loving v. Virginia (1967)	159
VII. Die Unterscheidung von „disparate treatment“ und „disparate impact“	162
1. Von Füchsen und Störchen: Griggs v. Duke Power Co. (1971)	163
2. Beschränkung der disparate impact doctrine: Wards Cove Packing Co. v. Atonio (1989)	167
3. Die Reaktion des Kongresses im Civil Rights Act 1991	168
4. Das Ende von disparate impact?: Ricci v. DeStefano (2009)	169
G. Was lange ausgespart blieb: „sex discrimination“ und andere Gründe von Diskriminierung	172
H. Fazit: Keine teleologische Erfolgsgeschichte	179
 §4 Konzepte rechtlicher Bewältigung von Diskriminierung	181
A. Gleichheitsverständnisse	182
I. Das universelle Gleichheitsversprechen und sein dynamischer Charakter	182
II. Das Drei-Phasen-Modell rechtlicher Gleichheitskämpfen	185
1. Gleiche Rechte verwehren	185
2. Gleiche Rechte gewähren	186
3. Gleiche Rechte durchsetzen	186
4. Die „Gleichzeitigkeit des Ungleichzeitigen“ oder „Wider teleologische Narrative“	187
III. Von formalem zu materialem Gleichheitsverständnis	187
1. Formales Gleichheitsverständnis	187
a. „Logische“ Gleichheit	188
b. Symmetrisches Gleichheitsverständnis	189
2. Materiales Gleichheitsverständnis	190

a. Dekonstruktion des „Normalmodells“ vermeintlich neutraler rechtlicher Regelungen	192
b. Heterogenität der geschützten Personengruppen: Das Phänomen der Intersektionalität	193
IV. Das Verhältnis von allgemeinem Gleichheitssatz und Diskriminierungsverboten	193
B. Schutz nur gegen den Staat oder auch gegen Private?	196
I. State Action Doctrine und staatliche Ermöglichung privatautonomes Handeln	197
1. Soziale und rechtliche Lage	197
2. Keine vorrechtliche Vertragsfreiheit	199
3. Diskriminierungsverbote als Grenze der Vertragsfreiheit ...	202
4. Die schwierige Unterscheidung von privat und öffentlich ...	203
a. Das Fortwirken traditioneller Vorstellungen im privaten Stifterwillen	203
b. Abstraktion v. Kontextualisierung	205
II. Die reziproke Verknüpfung des Status von Bourgeois und Citoyen	206
C. Die Rolle von Intention im Antidiskriminierungsrecht und die Figur der mittelbaren Diskriminierung	208
I. Intendierte Diskriminierungen	209
1. Diskriminierender Vertragsinhalt	209
2. Vertragsverweigerung aufgrund einer verbotenen Kategorie	210
3. Errichtung von Zugangshürden durch Ersatzkriterien	210
4. Das Hauptproblem: Der Nachweis der Intention	211
II. Nicht-intendierte Diskriminierung	212
1. Strukturelle Diskriminierung	212
2. Stereotype Vorstellungen und Bias	213
III. Zusammenfassung: Funktionen des Verbots mittelbarer Diskriminierung	214
D. Rechtsverständnis im Antidiskriminierungsrecht: „Law as a Tool“	215
I. „Law as a tool“ oder sozialer Wandel in Rechtsform	216
II. Die Nutzung von Antidiskriminierungsrecht in transformatorischer Absicht	218
E. Zusammenfassung	220
§5 Dogmatische Figuren des Antidiskriminierungsrechts	223
A. Das AGG im Überblick	223
I. Gesetzgebungsgeschichte	223

II. Systematik des AGG	227
III. Schutz vor Benachteiligung im Arbeitsrecht	228
IV. Schutz vor Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr	229
V. Prozessuale Regelungen	230
B. Die Unterscheidung zwischen reaktivem und proaktivem Antidiskriminierungsrecht	230
C. Reaktiver Diskriminierungsschutz	231
I. Verbot unmittelbarer Diskriminierung	232
1. „Weniger günstige Behandlung“	232
2. „In einer vergleichbaren Situation“	232
3. „Wegen“ eines geschützten Grundes	234
a. Nur vermeintliche Zugehörigkeit zu einer geschützten Personengruppe	234
b. Unbewusste Benachteiligung	234
c. Unmittelbare oder mittelbare Anknüpfung an einen geschützten Grund?	235
4. Rechtfertigung	237
5. Prozessuale Ausgestaltung: Wo kein individueller Kläger, da kein Recht? (Die Rs. Feryn)	238
II. Verbot mittelbarer Diskriminierung	241
1. Drei Funktionen der mittelbaren Diskriminierung	242
a. Umgehungsverhinderung: Flankierung des Verbots unmittelbarer Diskriminierung	242
b. Beweislast erleichterung beim Nachweis diskriminierender Intention	243
c. Transformatorisches Potential? Stereotype, Bias und strukturelle Diskriminierung	243
d. Exkurs: Verbot mittelbarer Diskriminierung – auch in Art. 3 Abs. 3 GG?	247
2. Wandel der europarechtlichen Definitionen von mittelbarer Diskriminierung	248
3. Die Regelung des § 3 Abs. 2 AGG	252
a. „In besonderer Weise benachteiligen“: Statistische und andere Beweise am Beispiel der „Gläsernen Decke“	253
b. „Wegen“ eines geschützten Grundes: Kausalität oder Korrelation?	259
c. „Es sei denn“: Sachliche Rechtfertigung durch ein rechtmäßiges Ziel	263
4. Allgemeine Rechtfertigungsgründe	266
III. Verbot von Belästigung	266
1. Würde und Gleichheit	267
2. „Harmlose“ Witze und andere alltägliche Belästigungen	268

IV. Anweisung zur Diskriminierung	271
V. Benachteiligung aufgrund Näheverhältnisses	272
VI. Angemessene Vorkehrungen (reasonable accomodation).....	275
1. Angemessene Vorkehrungen für Menschen mit Behinderung	275
a. Unions- und völkerrechtliche Vorgaben	275
b. Fehlende Umsetzung im deutschen Recht	276
c. Ein bahnbrechendes Urteil des BAG: Symptomlose HIV-Infektion als Behinderung	278
2. Verständnis der angemessenen Vorkehrungen: Vom Defizit zur Lösung	280
3. Rechtsdogmatisches Verständnis der angemessenen Vorkehrungen	285
4. Grenzen angemessener Vorkehrungen: Unverhältnismäßige Belastung	287
5. Vorzugswürdigkeit gesetzlicher Umsetzung bei angemessenen Vorkehrungen	289
D. Proaktives Gleichstellungsrecht	290
I. Begriffsbestimmung	290
II. Typologie	292
1. Indirekte Fördermaßnahmen	293
2. Individuelle Ansprache und Förderung von Personen aus benachteiligten Gruppen	294
3. Gruppenbasierte Fördermaßnahmen: Gezielte Förderung ..	296
III. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG und proaktive Fördermaßnahmen	300
§6 Geschützte Personengruppen.....	305
A. Die historisch-geographische Kontingenz von Kategorien	306
I. Geographische und historische Differenzen in der Anerkennung von Diskriminierungslagen	306
II. „Constitutional moments“ des Diskriminierungsschutzes	308
III. Was nicht diskriminierungsrechtlich relevant ist: sozio-ökonomische Herkunft	310
B. Die Konstruktionsleistung von Kategorien	313
I. Die „neutrale“ Konstruktion von „natürlichen“ und „normalen“ Kategorien	313
1. Natürlichkeitsargument	313
2. Normalitätsargument	314
3. Neutralitätsargument	314

II. Kategorien in sozialwissenschaftlicher Sicht	315
1. Zwei Sichtweisen auf soziale Gruppen: Zuschreibung und Identität	315
2. Rechtswissenschaftlicher Umgang mit sozialwissenschaftlichen Beschreibungen	318
III. Aktive Markierung und dominierende Ausprägung von Kategorien	319
C. Komplexitätssteigerungen	321
I. Ausdifferenzierung geschützter Kategorien	322
1. Exemplarische Kategorienkataloge	322
a. Art. 14 EMRK	322
b. Unionsrechtliche Diskriminierungskataloge	322
c. Art. 3 Abs. 2 und 3 GG	323
d. § 1 AGG	324
2. Die Rollen der Gerichte	324
3. Offene Fragen zu Kategorienkatalogen	327
II. Das Zusammentreffen mehrerer Kategorien: Intersektionalität	328
1. Intersektionalität als Phänomen	328
2. Rechtswissenschaftliche Behandlung von Intersektionalität	331
3. Intersektionalität als Re-entry der Debatte um „Gleichheit oder Differenz“	332
D. Konstruktiver Umgang mit Kategorien	334
I. Postkategoriales Antidiskriminierungsrecht?	335
1. Das Konzept des postkategorialen Antidiskriminierungsrechts	335
2. Kritikpunkte am Konzept des postkategorialen Antidiskriminierungsrechts	337
a. Zuschreibungspraktiken und Intentionalität	338
b. Überforderung der Gerichte	339
c. Kategorien verschwinden nicht aus dem Recht	341
d. Die emanzipatorischen Potentiale des Antidiskriminierungsrechts	341
e. Überschätzung der Bedeutung rechtlicher Kategorien	342
II. Kategorien im Antidiskriminierungsrecht	343
1. Kategorien im reaktiven Diskriminierungsschutz	343
2. Kategorien im proaktiven Gleichstellungsrecht: Rechtlicher Gruppismus?	346

§7 Die Legitimation von Antidiskriminierungsrecht	347
A. Vorschläge zur Legitimation von Antidiskriminierungsrecht	348
I. Individualrechtliche Rechtfertigungen von Antidiskriminierungsrecht	349
1. Antidiskriminierungsrecht zum Schutz der Menschenwürde	349
2. Antidiskriminierungsrecht zur Sicherung von Freiheitsentfaltung	352
3. Antidiskriminierungsrecht als Gleichheitsfunktion	354
4. Pluralistische Legitimation	355
a. Umstellung von Gleichheit auf Freiheit (und Würde) in den USA	355
b. Abstrakte Rechte und konkrete Verfassungsordnung	357
c. Perspektive der politischen Philosophie im Unterschied zur rechtswissenschaftlichen	360
5. Fazit: Keine singuläre, sondern pluralistische Legitimation	361
II. Kollektive Legitimation: Antidiskriminierungsrecht als Sozialstaatsgebot?	362
1. Habermas' Kritik am Paternalismus von Antidiskriminierungsrecht	363
2. Someks Kritik an der fehlenden Umverteilungsfunktion des Antidiskriminierungsrechts (der EU)	369
B. Deliberatives Demokratieverständnis	376
I. Argumentationsverfahren: Das Kommunikationsmodell	376
1. Kommunikative Vernunft	376
a. Detranszendente Wendung von Kant	377
b. Bedeutung von sprachlicher Kommunikation für Überzeugung	378
c. Gegenseitige Perspektivenverschränkung	379
2. Die Spannung von idealen und faktischen Argumentationsverfahren	380
a. Entbehrlichkeit anthropologischer Prämissen	381
b. Universelle Rationalität und Positionalität	382
3. Minimalerfordernis: Anerkennung der kommunikativen Freiheit der Anderen	386
II. Private und öffentliche subjektive Rechte	387
1. Gleichursprünglichkeit privater und öffentlicher subjektiver Rechte	388
2. Zirkularität als Ausweg aus dem Münchhausen-Trilemma des letzten Grundes	389
3. Gleichheit als zirkuläres Rechtsprinzip und „reflexive Schleife“	390

III. Die Bedeutung von öffentlicher Deliberation in der Demokratie.....	391
1. Das „Schleusenmodell“ der Demokratie	391
2. Öffentlichkeit.....	393
3. Abhängigkeit der Demokratie von „internen Ermöglichungsbedingungen“	394
4. Feministische Kritik an Habermas' Unterscheidung von öffentlicher und privater Sphäre	395
C. Demokratische Legitimation von Antidiskriminierungsrecht in Deutschland	397
I. Das Gleichheitsversprechen als „reflexive Schleife“ zur Einforderung von Inklusion.....	399
1. Einfordern von Gleichberechtigung durch exkludierte und marginalisierte Personen	399
2. Das rechtliche Gleichheitsversprechen im Modell deliberativer Demokratie	400
3. Kommunikative Rechtfertigung von Konventionen	402
4. Bürgerschaft ohne Staatsangehörigkeit als legitimatorische Grundlage von Antidiskriminierungsrecht	403
II. Legitimation privaten Antidiskriminierungsrechts	405
1. Öffentliches Recht und Privatrecht als zeitbedingte Unterscheidung	406
2. Staat und Gesellschaft bei Böckenförde: homogenes demokratisches Ethos der Gesellschaft	407
a. Das Homogenitätserfordernis.....	408
b. Demokratisches Ethos	412
c. Böckenförde weiterdenken: Antidiskriminierungsrecht als Gewährleistung der demokratischen Rahmenordnung	413
3. Private und öffentliche Autonomie im Antidiskriminierungsrecht	415
4. Reaktiver Diskriminierungsschutz als demokratisches Mindesterfordernis.....	417
a. Kommunikative Abwertung durch intentionale Diskriminierung	418
b. Demokratischer Selbstwiderspruch bei Verweigerung von Diskriminierungsschutz	419
5. Proaktives Gleichstellungsrecht als politische Option.....	421
6. Antidiskriminierungsrecht und eine Sphärentheorie der Privatautonomie	421
III. Ein liberales Verständnis von Antidiskriminierungsrecht.....	425

D. Fazit: Antidiskriminierungsrecht als Ermöglichungsbedingung deliberativer Demokratie	427
Literaturverzeichnis	429
Entscheidungsregister	461
Sach- und Personenregister	471

§ 1 Ausgangsthese und Methode der Untersuchung

Als im Jahre 2006 mit gehöriger Verzögerung und erst nach einem Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) zur Umsetzung von vier Antidiskriminierungsrichtlinien der EU erlassen wurde, war die Empörung groß. In den Jahren zuvor war im Kampf um die von der EU angestoßene Idee privatrechtlichen Schutzes vor Diskriminierung¹ rhetorisch stark aufgerüstet worden. Von einem rechtshistorisch beispiellosen Angriff auf die Privatautonomie war die Rede,² deren Totenglocke nun läute,³ von der Errichtung einer Jakobinerrepublik,⁴ an der Robespierre seine Freude gehabt hätte⁵ – kurzum, das Gesetz wurde zum Menetekel eines Niedergangs, wenn nicht sogar des Untergangs der Privatrechtsgesellschaft erklärt.⁶ Das AGG mit seinem Programm der Umerziehung bezwecke nicht weniger als eine partielle Gleichschaltung der Gesellschaft.⁷ Wohl selten ist einem zivilrechtlichen Gesetzesvorhaben so viel transformatives Potential für die gesellschaftlichen Verhältnisse zugesprochen worden.

Neben der grundsätzlichen Ablehnung privatrechtlichen Diskriminierungsschutzes wurden und werden seit Erlass des AGG vielfältige Vorbehalte gegen die rechtliche Möglichkeit, Diskriminierungsschutz geltend zu machen, ins Feld geführt. Medienwirksam und diskussionsprägend war anfänglich etwa die Befürchtung, dass sich Personen rechtsmissbräuchlich auf das AGG berufen und so unberechtigt gegen verschiedenste Firmen klagen könnten.⁸ Diese Fokussierung auf besonders gelagerte und ambivalente

¹ Das AGG selbst verwendet durchgängig den Begriff der „Benachteiligung“.

² In der Zeitschrift der Ludwig-Erhard-Stiftung: *M. Klepper*, Orientierungen 2002, S. 11 (15).

³ *T. Repgen*, in: J. Isensee (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, S. 11.

⁴ *E. Picker*, in: E. Lorenz/E. Picker (Hrsg.), Karlsruher Forum 2004, 2005, S. 7 Rn. 23.

⁵ *F.-J. Säcker*, ZRP 2002, S. 286 (289).

⁶ Überblick über die ablehnenden Stellungnahmen in ihren teils drastischen Formulierungen bei *T. Repgen*, in: J. Isensee (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, S. 11 Rn. 15–16.

⁷ Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1992; *J. Isensee*, in: J. Isensee (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, S. 239 Rn. 274.

⁸ Die Anwaltskanzlei *Gleiss Lutz* betrieb medienwirksam von 2006 bis 2009 ein

Fälle⁹ drohte das AGG gleich zu Beginn in Verruf zu bringen und verschob die öffentliche Wahrnehmung und Diskussion in bemerkenswerter Weise weg von berechtigten Klagen gegen diskriminierende Verhaltensweisen in der Privatwirtschaft.

Als eklatantester Angriff auf traditionelle Verständnisse von Privatautonomie aber wurde und wird die Struktur der Diskriminierungsverbote selbst begriffen, die unterschiedliche Behandlungen auch durch Private unter Rechtfertigungszwang stellen – an die Stelle von Flumes nicht weiter rechtfertigungsbedürftiger Willensherrschaft (*stat pro ratione voluntas*)¹⁰ tritt die Notwendigkeit, Rechenschaft über Auswahl- und Entscheidungskriterien abzulegen. Träfe diese Kritik zu, dann verbürgte ein zentraler Gehalt der Privatautonomie geradezu ein „Recht auf Diskriminierung“. Dass ein solch willkürfreundliches Verständnis nach Erlass des AGG endgültig nicht mehr als treffende Beschreibung gelten kann, ist für die traditionelle Zivilrechtsdogmatik eine verstörende Erkenntnis.

Das AGG rüttelt also an den Grundfesten der Privatrechtstheorie, und das erklärt auch die fundamentale Kritik an dessen Einzelregelungen, etwa an der Beweislastumkehr des § 22 AGG. Die als „atypisch“ charakterisierte Regelung verletze „ohne Not die überkommene Dogmatik des Beweis-

AGG-Archiv, um sog. „AGG-Hopper“ aufzuspüren; die Homepage war noch lange erreichbar unter <http://www.agg-hopping.de/> (zuletzt noch gesehen am 22.12.2015). Auf diese „Datenbank“ stützt sich die Untersuchung von J. Kern, Professionelle Diskriminierungskläger im Arbeitsrecht, 2009 (in der *Gleiss Lutz*-Schriftenreihe erschienen). *Gleiss Lutz* stellte die Datenbank aufgrund datenschutzrechtlicher Bedenken der baden-württembergischen Landes-Datenschutzbehörde 2009 ein. – Zum AGG-Hopping aus rechtssoziologischer Perspektive H. Rottleuthner/M. Mahlmann, Diskriminierung in Deutschland, 2011, S. 73–75, 340–343, mit abschließendem Urteil S. 343: „geringe empirische Relevanz der Fälle“ des AGG-Hopping, „im Gegensatz zur teilweise starken medialen und rechtspolitischen Präsenz der Missbrauchsmöglichkeiten“.

⁹ Bedenkenswert ist etwa die Überlegung, dass es sich beim AGG-Hopping nicht etwa um Rechtsmissbrauch handelt, sondern um eine dezentrale Durchsetzung des objektiven Rechts, die mangels einer sanktionsberechtigten Durchsetzungsinstanz auszufallen droht, vgl. die bei H. Rottleuthner/M. Mahlmann, Diskriminierung in Deutschland, 2011, S. 341, wiedergegebene Bewertung einer Anwält*in: „Wenn ein Staat sagt ‚Diskriminierung ist verboten!‘, aber nur sehr unzureichende Mittel dagegen in die Hand gibt, dann erfüllen diese Leute an und für sich eine öffentliche Aufgabe. Daher könnte man auch sagen: AGG-Hopper – prima, denn das ist eine Gleichbehandlungspolizei. Die können Geld fordern und kriegen; das ist die Sanktion, die diskriminierende Firmen halt zahlen müssen.“

¹⁰ W. Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, S. 6: „Für den Bereich der Privatautonomie gilt der Satz: *stat pro ratione voluntas*.“ – Zu Flumes Konzept der Privatautonomie als „Selbstherrlichkeit“ (ebd.) siehe auch K. Riesenhuber, in: K. Riesenhuber/Y. Nishitani (Hrsg.), Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie?: Deutsch-japanische Perspektiven des Vertragsrechts, 2007, S. 19 Rn. 20 (bes. Fn. 5 m. w. N. zur Herkunft der Rechtsregel).

rechts“,¹¹ indem sie zum einen der klagenden Seite einen Indizienbeweis gestatte, der ausreiche, das Gericht von einer Benachteiligung zu überzeugen, zum anderen der beklagten Seite einen Gegenbeweis abverlange, dass es sich nicht um eine Benachteiligung gehandelt habe. In der Flut kritischer Beiträge sticht der Vorwurf heraus, die beweisrechtliche Vorschrift nehme Personen und ihre Willensfreiheit nicht ernst, da von der diskriminierten Person wegen der Beweislastumkehr keine Verantwortung mehr für das eigene Handeln verlangt werde.¹² Derartiger Kritik liegt im Kern die Auffassung zugrunde, Private müssten sich nie für ihr Handeln rechtfertigen – dass die beklagte Seite einen Gegenbeweis zu erbringen hat, passt überhaupt nicht in diese Grundannahme.

Mit der Habilitationsschrift von Michael Grünberger liegt nun ein Werk vor, das explizit antritt, das Rechtfertigungsprinzip zum Grundmodell des Privatrechts zu erklären.¹³ Das wäre in der Tat ein „Paradigmenwechsel“ für die traditionelle Privatrechtstheorie,¹⁴ der in einer anderen zivilrechtlichen Habilitationsschrift von Friedemann Kainer kritisiert wird als „Veröffentlichungsrechtlichung“ des Privatrechts, die perspektivisch zum Ende des Privatrechts führen werde.¹⁵ Grünberger erklärt die Abgrenzung individueller Freiheitssphären im Wege praktischer Konkordanz zur „genuine[n] Aufgabe des Privatrechts“.¹⁶

In der vorliegenden Abhandlung geht es um eine verfassungstheoretische Rekonstruktion privatrechtlichen Diskriminierungsschutzes. Aus verfassungstheoretischer Perspektive wird die Frage nach der Legitimation von Antidiskriminierungsrecht aufgeworfen, genauer: nach der Legitimation rechtlichen Schutzes vor Diskriminierung seitens Privater. Die Legitimationsfrage stellt sich vor allem, weil sie den Schutzzweck von diskriminierungsrechtlichen Regelungen vorgibt, anhand dessen wiederum die Verhältnismäßigkeit möglicher Eingriffe in Freiheitsrechte durch diskriminierungsrechtliche Vorschriften zu bestimmen ist.

¹¹ A. Bruns, in: R. Stürner u. a. (Hrsg.), Festschrift für Dieter Leipold zum 70. Geburtstag, 2009, S. 1045 Rn. 1052.

¹² T. Repgen, in: J. Isensee (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, S. 11 Rn. 42: „Wer für sein Verhalten keine Verantwortung trägt, dem fehlt auch ein Stück Freiheit.“

¹³ M. Grünberger, Personale Gleichheit, 2013, S. 7: „... ist im Ausgangspunkt jede Ungleichbehandlung rechtfertigungsbedürftig.“

¹⁴ Grünberger selbst bezeichnet seine Interpretation des AGG und des europäischen Nichtdiskriminierungsrechts als „Paradigmenwechsel“ im Zivilrecht, M. Grünberger, Personale Gleichheit, 2013, S. 52.

¹⁵ F. Kainer, Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Zivilrecht, unveröff. Habil.-Ms. Jur. Fak. Heidelberg, SoSe 2011, S. 736 (hier zitiert nach M. Grünberger, Personale Gleichheit, 2013, S. 54).

¹⁶ M. Grünberger, Personale Gleichheit, 2013, S. 54.

A. Gleichheit und Diskriminierung

Ihren Ausgangspunkt nehmen die Überlegungen dieser Abhandlung im rechtlichen Gleichheitsbegriff. Denn zwischen Diskriminierung und Gleichheit besteht ein enger, ja untrennbarer Zusammenhang, wie in einem einführenden Überblick erläutert werden soll.

I. Der rechtliche Kampf um Gleichheit und seine Phasen

Seit der Aufklärung und den demokratischen Revolutionen am Ende des 18. Jahrhunderts basiert die demokratische Selbstorganisation auf dem Versprechen von Gleichheit für alle Menschen. Dennoch bestehen weiterhin Hierarchien zwischen Personengruppen, die manche zu dominierten, andere zu dominierenden gesellschaftlichen Gruppen machen. In den USA wurden bis weit in das 19. Jahrhundert Schwarze¹⁷ Menschen als Sklav*innen gehalten, obwohl die Unabhängigkeitserklärung mit einer Beschwörung der allgemeinen Gleichheit aller Menschen beginnt.¹⁸ Frauen waren weder in den USA („all men“) noch in der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte mitgemeint, wie die politisch aktiven Frauen jener Zeit sehr genau registrierten.¹⁹ Die Gleichheit von Menschen mit Behinderung ist in jüngerer Zeit vernehmlich eingefordert worden, vor allem durch die UN-Behindertenrechtskonvention, die weitreichende Vorgaben für die Signatarstaaten macht und auf die nach wie vor in vielen Feldern fehlende Gleichheit deutlich hinweist.

Die allgemeine, universelle Formulierung der Gleichheit hat es von dieser Gleichheit ausgeschlossenen und marginalisierten Personengruppen allerdings erlaubt, die Einhaltung der normativen Vorgabe einzufordern. Der Kampf um Gleichheit ist denn historisch sowohl sozial als auch rechtlich ausgefochten worden, soziale und rechtliche Kämpfe waren und sind eng miteinander verwoben. Als prägnante Beispiele können der rechtliche Kampf gegen rassistische Segregation in den USA nach Abschaffung der Sklaverei oder der weltweite rechtliche Kampf für die Gleichberechtigung von Frauen oder Menschen mit Behinderung angeführt werden. Weil Gleichheit univer-

¹⁷ Die Großschreibung des Adjektivs Schwarz folgt einer Selbstbenennungspraxis von People of Colour in Deutschland, vgl. M. M. Eggers u. a. (Hrsg.), *Mythen, Masken und Subjekte*, 2005, S. 13. Sie soll verdeutlichen, dass es sich bei der Bezeichnung um eine Konstruktionsleistung handelt; die Großschreibung irritiert und ermöglicht so, einen Widerstand im Text zu erzeugen.

¹⁸ „We hold these truths to be self-evident, that *all men are created equal*, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness.“ (Hervorh. AKM).

¹⁹ *Olympe de Gouges* formulierte im September 1791 deswegen eine „Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne“.

sell formuliert ist, können sich immer mehr Personengruppen auf sie berufen und immer genauer auf ihre konkreten Ausschlüsse von der Gleichheit und ihre Marginalisierungen hinweisen.

In diesen rechtlichen Kämpfen um Gleichheit lassen sich idealtypisch drei Phasen unterscheiden:²⁰ In der *ersten* Phase werden gleiche Rechte verwehrt, in der *zweiten* Phase werden gleiche Rechte formal eingeräumt, in der *dritten* Phase müssen diese gleichen Rechte auch tatsächlich durchgesetzt werden. In der *ersten* Phase werden rechtliche Regelungen und Praktiken genutzt, um die Ungleichheit zwischen kategorial bestimmten Personengruppen rechtlich abzusichern und aufrechtzuerhalten. Ganz grundsätzlich werden Gleichheit und Gleichwertigkeit der unterschiedenen Personengruppen in Abrede gestellt. In der *zweiten* Phase wird die grundsätzliche Gleichheit und Gleichberechtigung der vormals unterschiedlich behandelten Personengruppen anerkannt: Schwarze und Frauen erhalten volle Bürgerrechte, auch das Wahlrecht. In rechtlichen Regelungen und Praktiken wird die formale Anknüpfung an die kategorialen Unterscheidungen verboten. Dennoch bestehen die historisch etablierten gesellschaftlichen Strukturen weiter und bewirken, dass selbst die nicht mehr an die Kategorisierungen anknüpfenden rechtlichen Regelungen sich nach wie vor tatsächlich unterschiedlich auswirken auf die verschiedenen Personengruppen. Deswegen ist es in der *dritten* Phase notwendig, die formale Gleichheit auch tatsächlich durchzusetzen, also den Blick auf die unterschiedlichen Auswirkungen von rechtlichen Regelungen und Praktiken für verschiedene Personengruppen zu richten. Das in der zweiten Phase zunächst formale Gleichheitsverständnis wird in der dritten Phase um eine materiale Perspektive ergänzt, die auch faktische Auswirkungen in den Blick nimmt.

II. Diskriminierung als gruppenbezogene Ungleichbehandlung

Diskriminierung wird in dieser Arbeit verstanden als eine bestimmte Form von gruppenbezogener Ungleichbehandlung.²¹ Der Diskriminierungsbegriff erfasst dabei „diejenigen Ungleichbehandlungen, die jemanden ausgrenzen oder herabsetzen, also solche, die geeignet sind, eine Person als Menschen zweiter Klasse erscheinen zu lassen“,²² und zwar gerade aufgrund der (vermeintlichen) Zugehörigkeit zu einer Gruppe. Damit ist bereits der enge Zusammenhang von Diskriminierung mit Gleichheit benannt – Diskriminierung ist Verweigerung der Gleichbehandlung wegen der tatsäch-

²⁰ Ausführlicher zum Drei-Phasen-Modell unten § 4 A. II., S. 185 ff.

²¹ Im Anschluss an U. Sacksosfsky, in: S. Opfermann (Hrsg.), Unrechtserfahrungen, 2007, S. 31 Rn. 31.

²² U. Sacksosfsky, in: S. Opfermann (Hrsg.), Unrechtserfahrungen, 2007, S. 31 Rn. 31.

lichen oder vermeintlichen Zugehörigkeit zu einer kategorial bestimmten Personengruppe.

Zentral für Diskriminierung ist mithin die kategorisierende Einordnung von Menschen in unterschiedliche Gruppen, wobei diese Gruppen ihrerseits in hierarchischen Verhältnissen zueinander stehen. Die Unterscheidung anhand von Kategorien fußt darauf, dass eine Ausprägung als dominierend gegenüber den anderen Ausprägungen einer Kategorie konstruiert wird. Die Kategorisierung von Menschen in verschiedene Rassen geht mit der wertenden Zuordnung einher, dass „weiße“ Menschen zu solchen anderer Rassen in einer übergeordneten gesellschaftlichen Position stehen, und zwar gerade deswegen, weil die einen Menschen „weiß“, die anderen „nicht-weiß“ sind. Gleiches gilt für die Kategorie Geschlecht, bei der die Ausprägung „männlich“ traditionell als höherwertig und gesellschaftlich dominierend verstanden wird, der die Ausprägung „weiblich“ untergeordnet ist.

Die Unterscheidung zwischen verschiedenen Ausprägungen einer Kategorie erfolgt dabei typischerweise so, dass nur die nicht dominanten Ausprägungen überhaupt hervorgehoben, also aktiv markiert werden:²³ Menschen haben also kein Geschlecht, solange sie männlich sind; das Geschlecht wird erst thematisierungsbedürftig bei nicht-männlichen Menschen. Die dominante Ausprägung einer Kategorie ist das gesellschaftliche „Normalmodell“, an dem sich alles ausrichtet und an dem die anderen, nicht-dominanten Ausprägungen gemessen werden und sich messen lassen müssen.

Rechtliche Regelungen und Praktiken wirken in erheblichem Maße an der Etablierung und Aufrechterhaltung von Kategorisierungen mit, was freilich invisibilisiert wird, indem die Natürlichkeit und Vorgängigkeit der kategorisierenden Unterscheidungen behauptet wird. In einem argumentativen Dreischritt werden diese kategorisierenden Unterscheidung zwischen Menschen als „natürlich“ und „normal“ zugrundegelegt, zu denen sich das Recht ganz „neutral“ verhalte.²⁴ Das Argument der *Natürlichkeit* einer Unterscheidung zwischen Personengruppen besagt, dass diese vorfindlich sei, unbeeinflussbar von der Natur vorgegeben werde – etwa jene zwischen Schwarzen und Weißen, Männern und Frauen, Menschen mit und ohne Behinderung. Diese Natürlichkeitsbehauptung wird flankiert von einer *Normalitäts*behauptung, dass die Unterscheidung schon immer allgemein akzeptiert und praktiziert worden sei, sie mithin ganz „normal“ sei. So wurde etwa darauf verwiesen, dass alle zivilisierten Völker die Unterscheidung zwischen Schwarzen und Weißen trafen,²⁵ dass überall auf der Welt Frauen und Männern einfach unterschiedlich seien oder Menschen mit und ohne Behinderung eben nicht die

²³ Dazu ausführlicher unten § 6 B. III., S. 319 ff.

²⁴ Dazu ausführlich unten § 6 B. I., S. 313 ff.

²⁵ Exemplarisch die Argumentation zur separate but equal-Doktrin in den USA, dazu § 3 D., bes. S. 132 ff.

gleichen Fähigkeiten hätten. Das Recht schließlich, so der letzte Schritt des Argumentationsgangs, sei völlig *neutral* in der Frage der Kategorisierung, es setze die „natürliche“ und „normale“ Unterscheidung und unterschiedliche Behandlung also selbst lediglich voraus und reagiere bloß auf diese. Diese Behauptung von der Neutralität des Rechts erstreckt sich auch auf die aktive Schaffung der Kategorien. So soll die Rolle des Rechts auch dann noch „neutral“ sein, wenn gesetzliche Regelungen die kategorisierende Zuordnung zu verschiedenen Ausprägungen überhaupt erst ermöglichen, etwa mittels der *one-drop-rule* bei der Kategorie Rasse,²⁶ bei der bis vor kurzem noch zwangsweisen Eintragung eines von zwei Geschlechtern bei einem neugeborenen Kind²⁷ oder bei der rechtlichen Unterscheidung zwischen bloßer Krankheit und Behinderung, die vielfach von den Gerichten getroffen wird.

In diesem Prozess wird nicht nur die Unterscheidung zwischen verschiedenen Ausprägungen von Kategorien selbst als normaler, die „natürlichen“ Unterschiede bloß nachvollziehende Entscheidung dargestellt, sondern implizit auch ein Urteil darüber getroffen, was als „normal“ zu gelten hat, weil es sich problemlos kategorisieren, also in die vorgegebenen Ausprägungen einer Kategorie einordnen lässt. Zwischen- und Zweifelsfälle werden, nötigenfalls zwangsweise, zugeordnet. Die Anzahl an verschiedenen Ausprägungen einer Kategorie wird als endlich konzipiert, obwohl Menschen in ihrer jeweiligen Individualität unendliche Variationen an kategorialen Ausprägungen aufweisen.

Die dreifache Behauptung, eine bestimmte Kategorisierung von Menschen sei „natürlich“ und „normal“ und das Recht verhalte sich in dieser Frage ganz „neutral“, invisibilisiert also die aktive Rolle, die rechtliche Regelungen und Praktiken bei der Etablierung und Aufrechterhaltung eben dieser kategorisierenden Einteilung von Menschen in unterschiedliche Personengruppen spielen.

III. Formales und materiales Gleichheitsverständnis

Bei einem formalen Gleichheitsverständnis gelten rechtliche Regelungen dann als unverdächtig, wenn sie sich einer expliziten Anknüpfung an eine

²⁶ Zu den damit einhergehenden Vorstellungen von Rassenreinheit unten § 3 F. VI., S. 159 ff.

²⁷ So durfte in Zweifelsfällen zwar seit 2012 die Einordnung aufgeschoben werden, vgl. § 22 Abs. 3 PStG a. F., doch diese Neuregelung wurde geschlechtlicher Variabilität noch immer nicht gerecht und war auch regelungstechnisch völlig verfehlt, siehe dazu J. Remus, in: F. Schmidt u. a. (Hrsg.), Selbstbestimmung und Anerkennung sexueller und geschlechtlicher Vielfalt, 2015, S. 63 Rn. 72. Unterdessen ist zum 1. Januar 2019 in Umsetzung von BVerfGE 147, 1 – *Dritte Option* [2017], eine Neuregelung erfolgt, die freilich selbst schon wieder verfassungsrechtliche Probleme aufwirft. Kurzum: Geschlecht ist vielfältiger als eine binäre Vorstellung von nur und genau zwei Geschlechtern suggeriert.

bestimmte Kategorie enthalten. Allerdings wirken sich rechtliche Regelungen aufgrund der historisch überkommenen gesellschaftlichen Strukturen unterschiedlich auf verschiedene Personengruppen aus. Denn selbstverständlich mitgedacht wird immer nur die dominante Ausprägung einer Kategorie, wohingegen die nicht-dominanten Ausprägungen als Abweichung erscheinen. Implizit orientieren sich rechtliche Regelungen deswegen am in einer Gesellschaft dominanten „Normalmodell“. Dieses „Normalmodell“ wird zum Maßstab für alle nicht dominanten Ausprägungen einer Kategorie, wenn nur diese Ausprägung einer Kategorie berücksichtigt wird. Bei rechtlichen Regelungen und Praktiken ist also die Vorstellung von einem Rechtssubjekt nicht neutral und undeterminiert, sondern im Gegenteil in vielfacher Hinsicht vorgeprägt.²⁸

Zur Bewertung, wann eine Ungleichbehandlung vorliegt, reicht eine rein formale Sichtweise folglich nicht aus. Vielmehr ist über das formale Gleichheitsverständnis hinaus auch auf die substantielle oder materiale Gleichheit zu achten, die jene unterschiedlichen Auswirkungen berücksichtigt, „die eine (identische) Behandlung auf verschiedene Menschen(gruppen) hat“.²⁹ Auch unangemessene Gleichbehandlung, die Verschiedenheit nicht Rechnung trägt, kann also Diskriminierung sein. In sehr abstrakter Weise findet sich dieser Gedanke im zweiten Teil der altbekannten, wenn auch hilfsweisen Reformulierung,³⁰ Gleiches müsse gleich, Ungleiches aber ungleich behandelt werden.³¹

Ein materiales Gleichheitsverständnis erlaubt, unterschiedliche Personengruppen spezifisch und differenziert zu berücksichtigen und auf ihre unterschiedlichen Bedürfnisse zu reagieren. Dogmatisch übersetzt sich diese Einsicht in die beiden Diskriminierungsverbote.³² Das Verbot *unmit-*

²⁸ Dieses „Normalmodell“ erfüllen nur bestimmte Personen, wie niemand besser (wenn auch in ganz anderer Absicht) formuliert hat als J. Isensee, in: J. Isensee (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, S. 239 Rn. 270: „Männer, Gesunde mittleren Lebensalters, Heterosexuelle, Christen, Deutsche ohne Migrationshintergrund etc.“ – Damit ist trefflich das in Deutschland dominierende „Normalmodell“ charakterisiert.

²⁹ U. Sacksosky, in: S. Opfermann (Hrsg.), Unrechtserfahrungen, 2007, S. 31 Rn. 33; für den deutschen verfassungsrechtlichen Diskurs über Gleichheit grundlegend U. Sacksosky, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 1991 (2. Ausg. 1996).

³⁰ Zum – angeblich – fehlenden semantischen Gehalt des allgemeinen Gleichheitssatzes: A. Podlech, Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, 1971, S. 77. Instruktiv dagegen N. Luhmann, Grundrechte als Institution, 4. Aufl. 1999, S. 169: „Gerade die Entleerung des Gleichheitssatzes: daß er *keinerlei* Hinweis darauf enthält, was als gleich und was als ungleich zu behandeln ist, gibt ihm seine spezifische Funktion: die zureichende Begründung *jeglicher* Ungleichbehandlung zu fordern.“

³¹ So BVerfGE 1, 14 (52) – Südweststaat [1951]; 3, 58 (135) – Beamtenverhältnisse [1953]; instruktiv zu dieser Formulierung L. Osterloh/A. Nußberger, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 3 Rn. 1–7.

³² Zur dogmatischen Ausgestaltungen des reaktiven Diskriminierungsschutzes unten § 5 C., S. 231 ff.

telbarer Diskriminierung untersagt die explizite Anknüpfung an bestimmte Kategorien, statuiert also ein zunächst primär formales Anknüpfungsverbot, das die Schlechterbehandlung gerade aufgrund einer bestimmten Kategorie verbietet. Dazu zählt auch jede Form kategoriebasierter Belästigung. Das Verbot *mittelbarer* Diskriminierung nimmt dagegen die Auswirkungen formal neutraler Regelungen in den Blick, wobei es drei Funktionen erfüllt: Es flankiert akzessorisch das Verbot unmittelbarer Diskriminierung, indem es dessen Umgehung durch Verwendung von Stellvertretermerkmalen verhindert und mittels Beweislastumkehr die Klärung der Intentionalität unmittelbarer Diskriminierung der diskriminierungsverdächtigen Partei auferlegt. Eine originäre transformatorische Funktion gewinnt das Verbot mittelbarer Diskriminierung dort, wo die Frage nach den unterschiedlichen Auswirkungen neutraler Regelungen und Praktiken auf verschiedene Personengruppen gestellt werden kann. In dieser dritten Funktion manifestiert sich ein materiales Gleichheitsverständnis mit potentiell weitreichenden Konsequenzen. Besonders deutlich wird dies an der Figur der angemessenen Vorkehrungen, die zur Vermeidung einer mittelbaren Diskriminierung individuelle Anpassungsmaßnahmen erfordert, um den konkreten Bedürfnissen einer Person entgegenzukommen.

IV. Gleichheitssätze als dynamische Versprechen

Gleichheitssätze sind demnach im Kern Versprechen: Offenbare faktische Unterschiede sollen in bestimmten Hinsichten nicht relevant sein. Was diese Hinsichten sind, ist gesondert zu untersuchen für die verschiedenen Ausprägungen des Gleichheitsversprechens. Diskriminierungsverbote bestimmen relevante Hinsichten, auf die eine benachteiligende Behandlung nicht gestützt werden darf.

Zwischen den verschiedenen Gleichheitsgewährleistungen auf völker-, unions- und nationalrechtlicher Ebene bestehen große Unterschiede schon in den Formulierungen. Darüberhinaus folgen Unterschiede aus den ganz verschiedenen Kontexten der Anwendung dieser Gleichheitssätze: Völkerrechtliche Gewährleistungen richten sich überwiegend nur an die Signatarstaaten, gelegentlich aber erhalten auch die begünstigten Menschen Gelegenheit, sich unmittelbar auf die Gewährleistungen zu berufen. Das Unionsrecht hat die mit dem Unionsbürgerstatus verknüpften Rechte als Vehikel gewählt, die Einzelnen unmittelbar zu ermächtigen, Nichtdiskriminierung einzufordern.³³ Im nationalstaatlichen Kontext ist die Vielfalt

³³ Es ist dies der Weg, den *Johannes Masing* treffend als Mobilisierung bezeichnet hat: *J. Masing*, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, 1997; ähnlich *A. K. Mangold/R. Wahl*, Verw 48 (2015), S. 1; exemplarische Studie zur Wirk-

allgemeiner und besonderer Gleichheitssätze kaum mehr zu überblicken, sie umfasst verfassungsrechtliche Gewährleistungen, bundes- und landesgesetzliche Diskriminierungsverbote, Gleichstellungsgesetze und viele andere, darunter seit 2006 auch das AGG mit seinem Geltungsanspruch für das Arbeits- und allgemeine Zivilrecht. Diese Vielfalt an Rechtsquellen und rechtlichen Gleichheitsversprechen führt zu einer nicht unerheblichen Komplexität der Rechtsmaterie, die in dieser Arbeit als eigenständiges Rechtsgebiet „Antidiskriminierungsrecht“ angesehen wird.³⁴

Komplexitätssteigernd kommt die temporale Dimension hinzu: Wie bei kaum einem anderen Grund- und Menschenrecht wandelt sich das Verständnis der Gleichheitssätze im Laufe der Zeit. Das gilt auch für das Grundgesetz und die Gleichheitsverbürgungen in Art. 3 GG. Ohne Übertreibung ist zu konstatieren: Gleichheit ist das Grundrechtsversprechen mit dem größten dynamischen Potential. Eröffnet eine Verfassung wie das Grundgesetz Bürger*innen die Möglichkeit, sich auf Gleichheit als Rechtsversprechen zu berufen, so wird eine Entwicklung angestoßen, die eine Kettenreaktion hervorrufen kann. Gleichheit ermöglicht es, für immer mehr bislang noch nicht gleiche Personengruppen immer mehr Gleichheit in immer mehr Hinsichten einzufordern.

Die Dynamik von Gleichheitssätzen ist also dreifach: (1) Das Verständnis davon, was Gleichheit für bestimmte Personengruppen bedeutet, ist starkem Wandel unterworfen; (2) immer neue Personengruppen fordern die Anerkennung ihrer Gleichheit ein; (3) die Reichweite der Gleichheitsforderung wird immer weiter ausgedehnt und erfasst nicht mehr nur formale, sondern auch materiale Gleichheit.

V. Antidiskriminierungsrecht zwischen Oppression und Emanzipation

Rechtliche Regelungen und Praktiken wirken an der Etablierung und Aufrechterhaltung von kategorisierenden Einordnungen mit, und das gilt auch für antidiskriminierungsrechtliche Vorschriften, die auf ebenjene Kategorien Bezug nehmen, die sie überwinden sollen.³⁵ Daran wird der potentiell oppressive Charakter antidiskriminierungsrechtlicher Regelungen und Praktiken sichtbar. Der oppressiven Seite steht freilich eine emanzipatorische gegenüber, die es erlaubt, gerade mittels Recht Gleichheit und Nicht-

weise der Unionsbürgerschaft im Sozial- und Arbeitsrecht A. K. Mangold, in: EnzEuR VII, 2016, S. 119 ff.

³⁴ Dazu A. K. Mangold, in: T. Duve/S. Ruppert (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Berliner Republik, 2018, S. 461; grundlegend zu diesen Fragen nun A. K. Mangold/M. Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2020 (i. V.).

³⁵ Zu dieser Diskussion ausführlicher unten § 6, S. 305 ff.

diskriminierung einzufordern. Antidiskriminierungsrecht eröffnet die Möglichkeit, sich überhaupt auf Regeln zu berufen und sie in emanzipatorischer Absicht zu nutzen. Catharine MacKinnon nennt solche emanzipatorischen Potentiale „cracks in the wall“.³⁶ Die Ambivalenz antidiskriminierungsrechtlicher Regelungen und Praktiken soll in der Analyse dieser Arbeit nicht invisibilisiert werden, also Antidiskriminierungsrecht weder als *nur* oppressiv noch als *nur* emanzipatorisch dargestellt werden.

Die Aufrechterhaltung von Ambivalenz sowie die Offenlegung von gegenläufigen und widersprüchlichen Auswirkungen antidiskriminierungsrechtlicher Regelungen verweist auf die Notwendigkeit fortgesetzter Dekonstruktion *und* Rekonstruktion. Bei der Dekonstruktion geht es um die Explizierung bislang verborgener Annahmen. Die Dekonstruktion kann unendlich weit getrieben werden, es gibt keinen End- oder Fluchtpunkt, an dem die Dekonstruktion abgebrochen werden könnte. Jedes Ende ist willkürlich und kann deshalb jederzeit selbst wieder in Frage gestellt werden. Dennoch verlangt rechtswissenschaftliches Arbeiten den Schritt aus der De- in die Rekonstruktion. Am Ende müssen rechtswissenschaftliche Vorschläge praktisch verarbeitbar und umsetzbar werden, jedenfalls wenn sie die emanzipatorischen Potentiale des Rechts nutzbar machen wollen. Nutzung durch Akteur*innen kann dann dazu führen, dass tatsächlich rechtliche Praktiken und in der Folge auch soziale Lebenswelten verändert werden.

Das gilt besonders für das „Dilemma der Differenz“,³⁷ demzufolge im Antidiskriminierungsrecht Kategorien genutzt werden, die es gerade zu überwinden gilt.³⁸ Die historisch weit zurückreichende Einsicht, dass kategorial bestimmte Personengruppen ihrerseits nicht homogen sind, sondern sich in viele Untergruppen ausdifferenzieren,³⁹ wird heute sozialwissenschaftlich unter dem Begriff der Intersektionalität diskutiert, in der Rechts-

³⁶ C. A. MacKinnon, *Toward a feminist theory of the state*, 1989, S. 244: „The law of equality, statutory and constitutional, therefore provides a peculiar jurisprudential opportunity, a crack in the wall between law and society.“

³⁷ M. Minow, *Making all the difference*, 1990, S. 20: „The dilemma of difference may be recreated both by ignoring and by focusing on it. ... The problems of inequality can be exacerbated both by treating members of minority groups the same as members of the majority and by treating the two groups differently.“ Zum „feministischen Dilemma“ A. Schmidt, in: Foljanty/Lembke (Hrsg.), *Feministische Rechtswissenschaft*, 2. Aufl. 2012, S. 74.

³⁸ Zur Frage der Kategorien im Antidiskriminierungsrecht ausführlich unten § 6, S. 305 ff.

³⁹ Man denke nur an die bekannte Rede von *Sojourner Truth* (1797–1883): *Ain't I A Woman?*, die sie im Dezember 1851 bei der Women's Convention in Akron, Ohio, als schwarze Frau hielt. Text: (4.9.2020). Zu historischen Vorläufern des Konzepts der Intersektionalität: A. Brah/A. Phoenix, *Journal of International Women's Studies* 5 (2004), S. 75 (78); auch N. Markard, in: M. Bereswill u. a. (Hrsg.), *Intersektionalität und Forschungspraxis*, 2015, S. 20.

wissenschaft als mehrdimensionale oder intersektionale Diskriminierung thematisiert, und hat das Dilemma von Gleichheit oder Differenz innerhalb einer kategorial bestimmten Personengruppe wieder verschärft hervortreten lassen.⁴⁰ Die in dieser Debatte deutlich werdenden Binnendifferenzierungen in Personengruppen erfordern eine feiner zisierte Konzeption von diskriminierungsrechtlichen Kategorien. Gleichwohl kann die Frage der Kategorien in der Rechtspraxis nicht endlos offengehalten werden. Dabei kann es strategisch sinnvoll sein,⁴¹ auf zentralen Ungleichheitskategorien, etwa „Geschlecht“ und „Rasse“, zu beharren, weil diese Kategorien intuitiv einleuchtend gesellschaftlich hochrelevante Ungleichheitskategorien benennen. Es gilt zu entscheiden, was wie benannt wird, um das, was überwunden werden soll, rechtlich überhaupt adressierbar zu machen.

Mit den Instrumenten des Antidiskriminierungsrechts werden gesellschaftlich relevante Dominierungs- bzw. Hierarchisierungsverhältnisse im Recht benennbar und adressierbar. Antidiskriminierungsrecht erlaubt, in rechtlicher Form Ansprüche auf Gleichbehandlung geltend zu machen. Ein Recht ohne sprachliche Vermittlung und damit ohne Benennungspraxis ist nicht denkbar. Solch eine Benennungspraxis kann und muss selbst immer wieder reflexiv überdacht werden, aber am Ende muss eine Entscheidung in dieser Frage stehen, jedenfalls für den Moment. Insoweit erfordert produktives rechtswissenschaftliches Arbeiten die Schließung (oder Rekonstruktion) des zuvor dekonstruktiv Geöffneten. Kritische Rechtswissenschaft erfordert Dekonstruktion *und* Rekonstruktion gleichermaßen.⁴²

B. Die Ambivalenz des Diskriminierungsbegriffs

Der Begriff der Diskriminierung wurde anfänglich wertneutral als „Unterscheidung“ verwendet. Allmählich hat sich im allgemeinen Sprachgebrauch jedoch eine eindeutig negative Konnotation verfestigt. Auch juristische Betrachtungen können sich nicht immer frei machen von der umgangssprachlichen, stark moralisch aufgeladenen Begriffsbedeutung. „Diskriminie-

⁴⁰ A. K. Mangold, RphZ 2016, S. 152. Ausführlich zum Phänomen der Intersektionalität unten § 6 C. II., S. 328 ff.

⁴¹ „Strategischer Essentialismus“ im Anschluss an S. Benhabib, in: PVS Sonderh. 28, 1997, S. 50, und L. Alcoff, Signs 13 (1988), S. 405, dazu S. Rosenberger/B. Sauer (Hrsg.), Politikwissenschaft und Geschlecht, 2004, S. 171.

⁴² Ähnlich für die Politikwissenschaft S. Rosenberger/B. Sauer, in: S. Rosenberger/B. Sauer (Hrsg.), Politikwissenschaft und Geschlecht, 2004, S. 9 Rn. 13: Ein „geschlechterkritischer Ansatz in der Politikwissenschaft“ verlange „zum einen die Dekonstruktion impliziter maskulinistischer Annahmen der politikwissenschaftlichen Schlüsselbegriffe und zum anderen deren geschlechtersensible Rekonstruktion, also ihr Engendering“. (Hervorh. i. Orig.)

nung“ hat eine Doppelnatur, ist moralischer Begriff einerseits, Rechtsbegriff andererseits.

Anliegen dieser Arbeit ist, diese beiden Begriffsverwendungen – umgangssprachliche und juristische – analytisch klarer noch voneinander zu unterscheiden, als es bislang vielfach in der Debatte geschieht: Progressive Positionen fordern die (stärkere) Sanktionierung von Diskriminierung gerade mit Verweis auf deren moralische Verwerflichkeit. Konservative Positionen erblicken umgekehrt in der Tatsache, dass überhaupt privatrechtlicher Diskriminierungsschutz existiert, das moralische Ausgreifen eines erzieherischen, paternalistischen Staates in eine grundsätzlich vorrechtliche, rein moralische Freiheitssphäre. In beiden Betrachtungsweisen werden Recht und Moral kurzschlüssig in eins gesetzt – ob die Forderung erhoben wird, dass Antidiskriminierungsrecht eine progressive Moral zu verwirklichen habe, oder ob existentes Antidiskriminierungsrecht als zu moralisch aufgeladen verdammt wird, in beiden Perspektiven erscheinen Recht und Moral untrennbar miteinander verflochten. Hier gilt es, zu untersuchen, (1) welche Ziele Antidiskriminierungsrecht verfolgt und legitimerweise verfolgen darf, (2) wie und ob Antidiskriminierungsrecht diese postulierten Ziele zu erreichen geeignet ist, und (3) ob in den Kritiken, seien sie progressiv oder konservativ inspiriert, klar zwischen moralischen und rechtlichen Argumenten unterschieden wird.

I. Diskriminierung, etymologisch

In keiner Arbeit über Antidiskriminierungsrecht darf der Hinweis fehlen, dass lateinisch „discriminare“ ursprünglich nur harmlos das bloße „abtrennen, richten, scheiden, unterscheiden“ oder „deutlich wahrnehmen“, „discrimen, discriminatio“ lediglich „Trennendes, Unterscheidung, Abstand“ meinte und seinerseits zurückzuführen ist auf „discernere“, was „unterscheiden, trennen“ meint und wiederum von „cernere“, also „scheiden“, abstammt.⁴³ Etymologisch verwandt ist „cernere“ mit dem altgriechischen Verb κρῖνεν, das zunächst „unterscheiden“, „auswählen“ und erst in letzter Linie „richten“ und „(ver)urteilen“ bedeutet.⁴⁴

⁴³ So etwa A. Steinbauer, Die Diskriminierung nach deutschem Recht, 1960, S. 10; D. v. Åkerman, Das Diskriminierungsverbot im EWG-Vertrag und seine Bedeutung für multilaterale und bilaterale Handelsabkommen aus der Sicht der Bundesrepublik Deutschland, 1963, S. 3; E. Zimmermann, Die Preisdiskriminierung im Recht der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, 1962, S. 29; S. Plötscher, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2003, S. 26; T. Altwicker, Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz, 2011, S. 99.

⁴⁴ Vgl. die bei W. Gemoll/K. Vretska, Griechisch-deutsches Schul- und Handwörterbuch, 1991 (Nachdr. d. 9. Aufl. von 1965), S. 453, angegebenen Übersetzungen.

Im Unterschied zu diesen neutralen Bedeutungen hat unterdessen der Begriff der „Diskriminierung“ umgangssprachlich „zweifellos eine negative Färbung erhalten“.⁴⁵ Für gewöhnlich wird Diskriminierung in aktuellen Nachschlagewerken als „Herabsetzung“ erläutert.⁴⁶ Schon 1960 heißt es in einer Dissertation, der „wenig gebräuchliche“ Ausdruck werde umgangssprachlich verwendet „im Sinne von ‚Verleumdung, Kränkung, Ehrabschneidung‘“.⁴⁷ Für andere Sprachen lassen sich ähnliche Beobachtungen machen.⁴⁸ Typischerweise bezeichnet das umgangssprachliche Verständnis von Diskriminierung eine absichtliche, ja böswillige Schlechterbehandlung einer Person aufgrund ihrer vermeintlichen oder tatsächlichen Zugehörigkeit zu einer kategorial bestimmten Gruppe, die nicht notwendig korrelieren muss mit den bereits gesetzlich anerkannten. Während Diskriminierung im allgemeinen Sprachgebrauch mithin einen moralisch negativen Tatbestand beschreibt, findet sich in der juristischen Fachsprache, vor allem im Nachdenken über das Rechtssystem, nach wie vor auch noch gelegentlich das alte Verständnis einer an sich wertneutralen Unterscheidung.⁴⁹

⁴⁵ S. Plötscher, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2003, S. 27; so auch schon G. Jaenicke, Der Begriff der Diskriminierung im modernen Völkerrecht, 1940, S. 11, mit Verweis auf G. T. Stephenson, Race distinctions in American law, 1910, S. 2 („Distinctions and Discriminations Contrasted“), der noch den damaligen zeitgenössischen Ansatz „separate but equal“ verfolgt; A. Steinbauer, Die Diskriminierung nach deutschem Recht, 1960, S. 11; D. v. Åkerman, Das Diskriminierungsverbot im EWG-Vertrag und seine Bedeutung für multilaterale und bilaterale Handelsabkommen aus der Sicht der Bundesrepublik Deutschland, 1963, S. 4; W. Kewenig, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Völkerrecht der internationalen Handelsbeziehungen. Bd. 1: Der Begriff der Diskriminierung, 1972, S. 25 (m. w. N. in Fn. 4 und 5).

⁴⁶ Vgl. die Nachweise bei T. Altwicker, Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz, 2011, S. 99 Bei J. Grimm, Deutsches Wörterbuch Bd. 2 (Biermörder – D), 2003 (Nachdr. der Ausg. Leipzig, Hirzel, 1860), S. 1189–1190, findet sich das Wort freilich noch nicht, weder als discrimini(e)ren noch in Flexion.

⁴⁷ A. Steinbauer, Die Diskriminierung nach deutschem Recht, 1960, S. 9; auf S. 11 m. Fn. 2 auch Verweis auf die „Verdeutschung“ im Duden mit „Herabsetzung“.

⁴⁸ S. Plötscher, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2003, S. 27; T. Altwicker, Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz, 2011, S. 100; T. Khaitan, A theory of discrimination law, 2015, S. 4: „Ordinary speech now imputes an almost exclusively pejorative sense to the term ‚discrimination‘ – a word that once connoted shrewdness or fine taste now stands for something really quite bad.“

⁴⁹ N. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 129: „Das Recht diskriminiert. Es entscheidet für den einen und gegen den anderen – und dies für eine im Einzelnen noch nicht absehbare Zukunft.“; N. Luhmann, Grundrechte als Institution, 4. Aufl. 1999, S. 177: Diskriminierung als an sich neutrale Unterscheidung, erst der „Leitgesichtspunkt“ entscheidet über Zu- oder Unzulässigkeit; F. Steinbauer, Vom Scheiden, 2015, S. 7: Scheiden (also: Unterscheiden) als der „fundamentale Vorgang des Rechts“ (Her- vorh. im Orig.).

II. Benachteiligung und Diskriminierung

In einigen zentralen Diskriminierungsnormen des deutschen Rechts ist die Rede von „benachteiligen“ und „Benachteiligung“, etwa in Art. 3 Abs. 3 GG („benachteiligen oder bevorzugen“) oder dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (§ 1: „Ziel des Gesetzes ist, Benachteiligungen ... zu verhindern oder zu beseitigen.“). Gleichwohl wird im juristischen Diskurs, vor allem mit Bezug auf die Vorschriften des AGG, regelmäßig von „Antidiskriminierungsrecht“ gesprochen. Noch der dem AGG vorhergehende Gesetzesentwurf sollte explizit „Antidiskriminierungsgesetz (ADG)“ heißen.⁵⁰ Ein enger Bezug zu Diskriminierung bleibt auch im AGG erhalten, wenn der Begriff der „Benachteiligung“ im Gesetzgebungsverfahren gerade gewählt wurde, um eine begriffliche Differenz zum Laienverständnis von Diskriminierung zu schaffen.⁵¹ Auch die Bezeichnung der „Antidiskriminierungsstelle des Bundes“ wurde beibehalten in §§ 25 ff. AGG. In den europäischen Richtlinien, die mit dem AGG umgesetzt wurden oder werden sollten, ist von „Diskriminierung“ die Rede,⁵² deren Definitionen § 3 AGG fast wört-

⁵⁰ Das Bundesjustizministerium legte erstmals im Dezember 2002 einen Diskussionsentwurf für ein „Gesetz zur Verhinderung von Diskriminierungen im Zivilrecht“ (DisKE), 10.12.2001, teilweise auch abgedruckt in DB 2002, S. 470f., vollständig bei U. Rust u. a. (Hrsg.), Die Gleichbehandlungsrichtlinien der EU und ihre Umsetzung in Deutschland, 2003, S. 490. Die damaligen rot-grünen Regierungsfractionen brachten sodann den Entwurf für ein „Gesetz zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsvorschriften“ mit einem „Antidiskriminierungsgesetz (ADG)“ als Kern ein, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien vom 16. Dezember 2004 der SPD-Fraktion und der Fraktion Bündis 90/Die Grünen, BT-Drs. 15/4538, Art. 1: Gesetz zum Schutz vor Diskriminierung (Antidiskriminierungsgesetz – ADG). – Zur Gesetzgebungsgeschichte bis zum AGG W. Däubler, in: W. Däubler/M. Bertzbach (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 3. Aufl. 2013, Einleitung Rn. 8; D. Schiek, in: D. Schiek (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2007, Einleitung Rn. 2.

⁵¹ BT-Drs. 16/1780, S. 30, r. Sp.: „Der Gesetzesentwurf spricht im Folgenden von ‚Benachteiligung‘ und nicht von ‚Diskriminierung‘, um deutlich zu machen, dass nicht jede unterschiedliche Behandlung, die mit der Zufügung eines Nachteils verbunden ist, diskriminierenden Charakter hat. Unter ‚Diskriminierung‘ nämlich wird schon im allgemeinen Sprachgebrauch nur die rechtswidrige, sozial verwerfliche Ungleichbehandlung verstanden.“ – Zum Ganzen P. Schrader/J. Schubert, in: W. Däubler/M. Bertzbach (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 3. Aufl. 2013, § 3 Rn. 7 m. w. N.

⁵² Jeweils in Art. 2 der folgenden Richtlinien findet sich eine Begriffsdefinition von „Diskriminierung“: RL 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. EG Nr. L 180, S. 22 – sog. Antirassismus-Richtlinie; RL 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. EG Nr. L 303, S. 16 – sog. Rahmenrichtlinie Beschäftigung; RL 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von

lich übernimmt.⁵³ Ein Bedeutungsunterschied ist also mit der Verwendung des Begriffs der „Benachteiligung“ im Vergleich zum Begriff der „Diskriminierung“ nicht intendiert.

Das Grundproblem einer umgangssprachlichen Begriffsvorprägung bleibt auch bei „Benachteiligung“ erhalten, denn umgangssprachlich bedeutet eine „Benachteiligung“ eine intendierte Schlechterbehandlung. Die mittelbare Benachteiligung (oder mittelbare Diskriminierung) erfordert dagegen gerade keinen Vorsatz. Auch in dieser semantischen Variante gilt es also, die umgangssprachliche Verwendung von den spezifischen rechtlichen Bedeutungsgehalten klar zu unterscheiden und Vorkehrungen gegen unreflektierte Übernahmen der umgangssprachlichen Bedeutung zu treffen.

III. Die rechtlich-moralische Doppelnatur des Diskriminierungsbegriffs

Umgangssprachliches und rechtliches Verständnis von Diskriminierung unterscheiden sich demnach in wichtigen Hinsichten.⁵⁴ Das Verständnis von Diskriminierung changiert zwischen einem moralischen (Un)Werturteil und dem Ergebnis einer differenzierten rechtlichen Prüfung, ob eine konkrete Ungleichbehandlung im Einzelfall zu rechtfertigen ist. Die Rede von umgekehrter oder positiver Diskriminierung für proaktive Fördermaßnahmen wiederum steht in der Gefahr, den negativen Beigeschmack des moralischen Unwerturteils auf derartige Fördermaßnahmen zu übertragen, nicht zuletzt wohl, um eine Parallelität in der Ausgangssituation zu suggerieren zwischen der Diskriminierung benachteiligter Gruppen und der angeblichen Diskriminierung bislang bevorzugter Gruppen durch Fördermaßnah-

Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. EG Nr. L 269, S. 15 – sog. Gender-Richtlinie, inzwischen ersetzt durch die RL 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, ABl. EG Nr. L 204, S. 23; RL 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. Nr. L 373, S. 37–43 – sog. Gleichbehandlungs-Richtlinie Zivilrecht.

⁵³ D. Schiek, in: D. Schiek (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2007, § 3 Rn. 1, die deswegen konsequent den Begriff der „Diskriminierung“ verwendet.

⁵⁴ Plakativ für den englischsprachigen Diskurs T. Khaitan, A theory of discrimination law, 2015, S. 1: „In the lay discourse, discrimination is intentional, direct, and comparative. Attention is directed to the unreasonableness of the process of selection adopted by the discriminator. In law, discrimination may be unintended, indirect, or non-comparative. The focus is on the effect on the victim. For laypersons, discrimination entails some fault. In law, the actor may not be at fault.“ (Fn. ausgelassen.).

men. In dieser Arbeit wird deswegen vorgeschlagen, zwei Teilgebiete des Antidiskriminierungsrechts zu unterscheiden: reaktiven Diskriminierungsschutz und proaktives Gleichstellungsrecht.⁵⁵

Im Kern der Verwirrung steht aber die rechtlich-moralische Doppelnatur des Diskriminierungsbegriffs. Diese Doppelbedeutung führt zu Ambivalenzen auch in wissenschaftlichen Ausführungen und gerichtlichen Urteilen, weil selbst juristischen Fachleuten nicht immer gänzlich klar zu sein scheint, ob sie gerade eine moralische oder eine rechtliche Bewertung treffen wollen. Es ist ein zentrales Anliegen dieser Arbeit, die Unterscheidung zwischen den beiden Bedeutungsgehalten – moralisch einerseits, rechtlich andererseits – in die Diskussion über Antidiskriminierungsrecht prominent einzubringen. Nun ist es nämlich für Laien nicht nachteilig, einen externen Blick auf rechtliche Fragen zu werfen,⁵⁶ umgekehrt aber wird ein rechtlicher Diskurs seiner gesellschaftlich-ausdifferenzierten Funktion nicht mehr gerecht,⁵⁷ wenn die besondere Technizität und vor allem die Vorgaben des positiven Rechts so gedeutet werden, als handle es sich um nichts anderes als einen gesellschaftlichen Gedankenaustausch unter juristischen Laien. Die Ausdifferenzierung erfüllt für die Gesellschaft schließlich nicht zuletzt die Funktion, die Entscheidung von Streitigkeiten zu rationalisieren und an abstrakten Maßstäben zu orientieren.

Der Diskriminierungsbegriff teilt so ein Problem mit dem allgemeinen Menschenrechtsdiskurs: Beide werden in einem besonderen Spannungsfeld von moralischen und rechtlichen Diskursformationen verhandelt. Für globale Menschenrechte hat besonders eindrücklich Niklas Luhmann auf die daraus resultierende Ambivalenz hingewiesen.⁵⁸ Er stellt den nationalstaatlichen Grundrechten, von denen bekannt ist, „wie stark sie legal modifiziert werden können“⁵⁹, weltweite Menschenrechte gegenüber, deren Verletzungen nur bei „eindeutiger Eklatanz“⁶⁰ adressiert werden können, was

⁵⁵ Zu dieser Unterscheidung unten § 4 B., S. 196 ff.

⁵⁶ F. Steinhauer, Vom Scheiden, 2015, S. 31: „Diese fehlende Ermächtigung und der abgeschirmte Zugang sind nicht unbedingt ein Grund zu Klage. Sie bieten nämlich den Vorteil, anders über die Limits des Rechts sprechen zu können, als es legitimierte Rechtswissenschaftler und Insider des Gesetzes tun.“

⁵⁷ Mit N. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 124, lässt sich diese Funktion überzeugend als Kommunikation von Erwartungen (S. 125, 129) und „Fixierung von Sinn für wiederholten Gebrauch, etwa die Sinnbesetzung von Worten, Begriffen, wahrheitshaltigen Aussagen“ (S. 126 f.) verstehen. – Diese Erwartungsstabilisierung wird vor allem dadurch generiert, dass eine Abstraktion auf generelle Regelungen stattfindet, die nicht mehr in Individuen verortet sind, sondern eine Schöpfung des Rechtssystems als solchem sind.

⁵⁸ N. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 574.

⁵⁹ N. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 577, mit Verweis auf H. Hofmann, JZ 47 (1992), S. 165 (171).

⁶⁰ N. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 579.

wiederum wohl nur bei Verstößen gegen die Menschenwürde möglich sei⁶¹. Luhmann macht die aufschlussreiche Beobachtung, dass nur dort Menschenrechtsverletzungen skandalisiert werden, wo sie nicht schon in rechtsstaatlichen Verfahren „abgearbeitet“ werden können.⁶²

Auch in der Diskussion über Diskriminierung ist zu unterscheiden zwischen der rechtsförmigen „Abarbeitung“ juristischer Prüfprogramme im Rahmen antidiskriminierungsrechtlicher Vorgaben einerseits, der moralischen Adressierung von diskriminierendem Verhalten andererseits. Wie beim allgemeinen Menschenrechtsdiskurs, so besteht auch hier eine Form von Reziprozität zwischen beiden Perspektiven: Bislang noch nicht rechtlich sanktioniertes, als diskriminierend empfundenes Verhalten mag zu der rechtspolitischen Forderung führen, rechtliche Schutzstandards zu schaffen. Umgekehrt aber darf nicht vom moralischen Unwerturteil, ein bestimmtes Verhalten sei diskriminierend, unmittelbar auf die rechtliche Verwerflichkeit geschlossen werden. Das fordert schon die positivistische Trennung von Recht und Moral,⁶³ für die prominent neben Hans Kelsen auch H. L. A. Hart argumentiert hat.⁶⁴

Die positivistische These der Trennung von Recht und Moral besagt, dass von einem moralischen „Sollen“ nicht unmittelbar auf ein rechtliches „Sein“ geschlossen werden darf.⁶⁵ Moralische Vorstellungen und Urteile dürfen nicht unmittelbar (etwa als Naturrecht) mit rechtlicher Sanktionsgewalt versehen werden, vielmehr ist zunächst eine demokratische Entscheidung darüber zu treffen ist, *welche* moralischen Vorgaben rechtlich durchgesetzt

⁶¹ N. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 580.

⁶² N. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 579.

⁶³ Zum weiten Themenfeld des Verhältnisses von Recht und Moral instruktiv G. Lübbe-Wolff, in: ARSP Beih. 23, 1985, S. 43, die darauf hinweist (S. 43f.), dass durch historische Erfahrungen bedingt seinerzeit 1985 vor allem der Grenzfall absolut unmoralischen positiven Rechts unter dieser Dichotomie verhandelt wurde (und wohl auch jetzt noch wird), dass freilich die rechtsphilosophische Tradition der Unterscheidung wesentlich reichhaltiger ist; dazu, dass es nicht „das“ Verhältnis zwischen beiden geben kann, sondern nur „many different types of relation between law and morals“, s. H. L. A. Hart, The concept of law, 2. Aufl. 1994, S. 185; ebenso aus soziologischer Sicht T. Raiser, JZ 59 (2004), S. 261 (261): „Fragt man nur abstrakt nach dem Unterschied zwischen Recht und Moral, wird man nicht viel mehr als Allgemeinplätze herausfinden.“

⁶⁴ H. Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 68: „12. Trennung von Recht und Moral“; H. L. A. Hart, Harv. L. Rev. 71 (1957), S. 593 [gegen Lon Fuller gerichtete Verteidigung der Trennung von Recht und Moral]. – Hart hat allerdings zugleich auch betont, dass jede Rechtsordnung ein „minimum content of natural law“ habe, H. L. A. Hart, The concept of law, 2. Aufl. 1994, S. 193, und zwar mit Blick auf die Grundannahme, dass Recht und die Rechtsordnung immer dem „minimum purpose of survival“ dienen müssen. Recht müsse daher immer Rücksicht nehmen auf (ebd., S. 194 ff.): (i) human vulnerability, (ii) approximate equality, (iii) limited altruism, (iv) limited resources, (v) limited understanding and strength of will.

⁶⁵ H. L. A. Hart, Harv. L. Rev. 71 (1958), S. 593. Einen einführenden Überblick zur deutschsprachigen Debatte gibt J. F. Lindner, Jura 38 (2016), S. 8.

werden sollen. Es handelt sich bei der Trennungsthese deswegen um eine im Kern zutiefst demokratische Unterscheidung, die anerkennt, dass über moralische Fragen regelmäßig Uneinigkeit herrscht, weswegen Entscheidungen über moralische Fragen nur in prozeduralisierter Weise in demokratischen Verfahren herbeigeführt werden können. Hans Kelsen hat diese These begründet mit Bezug auf den moralischen Wertrelativismus,⁶⁶ Jürgen Habermas mit Verweis auf die Bedingungen eines postmetaphysischen Denkens⁶⁷: Wenn es nicht mehr „die eine“ Moral gibt,⁶⁸ sondern Moralvorstellungen ebenso diskursiv verhandelt werden müssen wie alle anderen Fragen des „gemeinen Wohls“,⁶⁹ dann ist der Weg einer Kurzschlüssigkeit von Recht und Moral auch theoretisch verbaut. Einzig in den vorgesehenen demokratischen Verfahren kann dann ein rechtlicher Rahmen gesetzt werden.

⁶⁶ Zum mit der Trennungsthese einhergehenden Wertrelativismus *H. Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 68; *H. Kelsen*, in: Kelsen (Jestaedt, Hrsg.), Verteidigung der Demokratie, 2006, S. 1, bes. S. 32: „Denn wer sich nur auf irdische Wahrheit stützt, wer nur menschliche Erkenntnis die sozialen Ziele richten läßt, der kann den zu ihrer Verwirklichung unvermeidlichen Zwang kaum anders rechtfertigen, als durch die Zustimmung wenigstens der Mehrheit derjenigen, denen die Zwangsordnung zum Heile gereichen soll. Und diese Zwangsordnung darf nur so beschaffen sein, daß auch die Minderheit, weil nicht absolut im Unrecht, nicht absolut rechtlos, jederzeit selbst zur Mehrheit werden kann. Das ist der eigentliche Sinn jenes politischen Systems, das wir Demokratie nennen und, [sic] das nur darum dem politischen Absolutismus entgegengestellt werden darf, weil es der Ausdruck eines *politischen Relativismus* ist.“ (Hervorh. im Orig.).

⁶⁷ Grundlegend: *J. Habermas*, Nachmetaphysisches Denken, 1992 [1988]; *J. Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, S. 140; *J. Habermas*, in: Einbeziehung des Anderen, 1996, S. 237, unter Betonung der Kontingenz von ethischen Vorstellungen innerhalb einer konkreten Gemeinschaft, die sich auch ändern können. – *Habermas* hat ein sehr eigenwilliges Verständnis von „ethisch“, worunter er die Wertungen innerhalb eine historisch und geographisch kontingenten Gemeinschaft versteht, wohingegen „moralisch“ für ihn überzeitliche Wertvorstellungen für die gesamte Menschheit meint – ein dem üblichen Sprachgebrauch wohl diametral entgegenstehendes Verständnis. „Dabei nenne ich ‚ethisch‘ alle die Fragen, die sich auf Konzeptionen des guten oder nicht-verfehlten Lebens beziehen. Ethische Fragen lassen sich nicht unter dem ‚moralischen‘ Gesichtspunkt beurteilen, ob etwas ‚gleichermaßen gut für alle‘ ist; die unparteiliche Bewertung dieser Fragen bemißt sich vielmehr, auf der Basis starker Wertungen, am Selbstverständnis und dem perspektivischen Lebensentwurf partikularer Gruppen, also an dem, was aus *ihrer* Sicht auf Ganz gesehen ‚gut ist für uns‘.“ (ebd., S. 252).

⁶⁸ *H. Kelsen*, in: Kelsen (Jestaedt, Hrsg.), Verteidigung der Demokratie, 2006, S. 1: „Die Einheit des Volkes ist größtenteils ein moralisch politisches Postulat.“ – Hierbei bezieht sich Kelsen möglicherweise, wenn auch nicht explizit, auf ein Zitat von *F. Nietzsche*, KSA Bd. 9: Nachgelassene Fragmente 1880–1882, 1999, S. 582: „Thatsächlich sind wir [Menschen] eine Vielheit, die sich eine Einheit eingebildet hat.“ (Herbst 1881), dort allerdings bezogen auf jeden einzelnen Menschen.

⁶⁹ *H. Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 68: „Wenn eine Theorie des positiven Rechts die Forderung erhebt, Recht und Moral im allgemeinen und Recht und Gerechtigkeit im besonderen von einander zu unterscheiden, nicht miteinander zu vermengen, so richtet sie sich gegen die traditionellen, von den meisten Juristen für selbstverständlich gehaltene Anschauung, die voraussetzt, daß es nur *eine, allein gültige*, das heißt aber: *absolute* Moral und sohin eine absolute Gerechtigkeit gebe.“ (Hervorh. im Orig.)

Damit allerdings wird keineswegs behauptet, dass nicht inhaltlich sehr wohl ein Zusammenhang zwischen moralischen Überzeugungen und rechtlicher Ausgestaltung bestehen kann, ja regelmäßig bestehen wird, schon weil eine Rechtsordnung, die moralischen Grundsätzen eklatant widerspricht, nicht als legitim angesehen wird.⁷⁰ Es geht nämlich primär um die Frage, *wie* moralische Überzeugungen zu rechtlichen Vorgaben werden – kraft naturrechtlicher Vorgaben und Einflüsse oder durch explizite demokratische Entscheidungen.

Die Unterscheidung von Recht und Moral wird gleichwohl gelegentlich verwendet, um zulässige staatliche Gesetzgebung darin zu begrenzen, in das Gebiet der bloßen Moral überzugreifen. Gegen Antidiskriminierungsrecht wird genau dieses Argument in Anschlag gebracht, wenn als bloße Frage der Moral behandelt wird, ob Private andere Private unterschiedlich behandeln, die dem rechtlichen Regelungszugriff entzogen sei.⁷¹ Freilich ist an den politischen Kontext der Unterscheidung von Recht und Moral zu erinnern:⁷² In der Mitte des 18. Jahrhunderts beehrte die bürgerliche Gesellschaft auf gegen den absolutistischen Allzugriff des monarchischen Staates auf die Glückseligkeit seiner Bürger*innen. Die Unterscheidung von Recht und Moral sollte legitime Staatszwecke bestimmen helfen und den Bereich der Moral staatlichem Regelungszugriff entziehen. Dies ist der liberale, abwehrrechtliche Gehalt der Unterscheidung. Die liberale Idee gewann im 19. Jahrhundert für die bürgerliche Gesellschaft allmählich an Kraft, wie die sprichwörtliche Rede vom „Nachtwächterstaat“ belegt, der den Staat auf das allernotwendigste Minimum der Gewaltmonopolisierung reduziert.⁷³

⁷⁰ So deutlich *J. Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, S. 137: „Dem positiven Recht bleibt, über die Legitimitätskomponente der Rechtsgeltung, ein Bezug zur Moral eingeschrieben. Aber dieser Moralbezug darf uns nicht dazu verleiten, die Moral dem Recht im Sinne einer Normenhierarchie überzuordnen. Die Vorstellung der Legeshierarchie gehört der Welt des vormodernen Rechts an. Die autonome Moral und das auf Begründung angewiesene positive Recht stehen vielmehr in einem *Ergänzungsverhältnis*.“ (Hervorh. i. Orig.).

⁷¹ Paradigmatisch *J. Isensee*, in: J. Isensee (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, S. 239 Rn. 243: „Zwang zur Moral ... Die Unterscheidung von Recht und Moral wird hier aufgehoben. In der Tat strebt der Gesetzgeber danach, auf die Gesinnung der Rechtsgenossen einzuwirken, jedermann eine Moralität der Gleichheit zu implantieren und eine ‚Kultur der Antidiskriminierung‘ heraufzuführen.“

⁷² *G. Lübbe-Wolff*, in: ARSP Beih. 23, 1985, S. 43.

⁷³ Schon der Arbeiterführer *Ferdinand Lassalle* karikierte freilich in seiner begriffsprägenden Rede 1862 die Vorstellung, der moderne Staat könne sich auf ebendiese Minimalfunktion beschränken. *F. Lassalle*, in: Reden und Schriften. Aus der Arbeiteragitation 1862–1864, 1970, S. 22 Rn. 55: „... faßt die Bourgeoisie den sittlichen Staatszweck so auf: er bestehe ausschließlich und allein darin, die persönliche Freiheit des einzelnen und sein Eigentum zu schützen.“

Dies ist eine Nachtwächteridee, meine Herren, eine Nachtwächteridee deshalb, weil sie sich den Staat selbst nur unter dem Bilde eines Nachtwächters denken kann, dessen ganze Funktion darin besteht, Raub und Einbruch zu verhüten. Leider ist diese Nacht-

In der verfassten Demokratie des Grundgesetzes, also einer vollpositierten Rechtsordnung, tritt der Grundrechtskatalog an die Stelle der über-, vor- oder naturrechtlichen Unterscheidung von Recht und Moral. Die Grundrechte übernehmen jene Abwehrfunktion gegenüber zu weitreichenden Regelungsansprüchen der Gesetzgebungsorgane, welche die Unterscheidung von Recht und Moral ursprünglich bezweckte. Der freischwebend-naturrechtliche und/oder rein politische Rückgriff auf die Unterscheidung von Recht und Moral erübrigt sich in einem solcherart verfassten System.⁷⁴ Selbstverständlich sind moralische Fragen der demokratischen Gesetzgebung nicht entzogen – die Verständigung über moralische Mindeststandards ist vielmehr gerade Kernaufgabe politischer Entscheidungsprozesse, die dann in Gesetzen als dem wesentlichen Output des politischen Systems resultieren.

Der so entstandene rechtliche Rahmen wird seinerseits in juristischen Verfahren strittig „abgearbeitet“, und in diesen Auslegungs- und Anwendungsprozessen kommt es ohne Zweifel wieder zu Einflüssen von gesellschaftlichen und/oder moralischen Vorstellungen.⁷⁵ Gleichwohl ist es gerade im Antidiskriminierungsrecht unerlässlich, solche moralisch-gesellschaftlichen Vorverständnisse immer wieder zu hinterfragen und zu dekonstruieren, weil nur so der emanzipatorische Gehalt des rechtlichen Gleichheitsversprechens überhaupt zu verwirklichen ist. Durch immer neue Explizierung bislang unbewusster Vorverständnisse wird das Argumentationsniveau gehoben und vom sogenannten „Bauchgefühl“ unterschieden, weil rational und intersubjektiv nachvollziehbare Argumente gefordert werden.⁷⁶

Es ist ein wesentliches Anliegen dieser Arbeit, die spezifisch rechtlichen Gehalte der gesetzlichen Diskriminierungsverbote und damit auch den

wächteridee nicht nur bei den eigentlichen Liberalen zu Hause, sondern selbst bei vielen angeblichen Demokraten, infolge mangelnder Gedankenbildung, oft genug anzutreffen. Wollte die Bourgeoisie konsequent ihr letztes Wort aussprechen, so müßte sie gestehen, daß nach diesen ihren Gedanken, wenn es keine Räuber und Diebe gebe, der Staat überhaupt ganz überflüssig sei.“

⁷⁴ In dieser Lesart ist der Überlegung von U. Volkmann, Darf der Staat seine Bürger erziehen?, 2012, S. 35 beizupflichten, dass die „strikte Trennung von Recht und Moral“ insoweit obsolet sei, als der Staat „sich von der Beschränkung auf die bloße Ordnungswahrung löst“.

⁷⁵ Nach wie vor instruktiv zur interessenbezogenen Interpretation: J. Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970, S. 134, bes. S. 137: „Rolle des Interpreten als Vermittler zwischen gesellschaftlichem Bewusstsein und dogmatischer Ordnungstradition“. Speziell zur Rolle der Moral H. L. A. Hart, The concept of law, 2. Aufl. 1994, S. 203: „The law of every modern state shows at a thousand points the influence of both the accepted social morality and wider moral ideas. These influences enter into law either abruptly and avowedly through legislation, or silently and piecemeal through the judicial process.“

⁷⁶ Zur sonst drohenden „Metaphysik der Bauchgefühle“ A. K. Mangold, Blätter 2015, S. 111.

Unterschied zu umgangssprachlichen moralischen Diskriminierungsvorwürfen klar und deutlich herauszustellen. Rechtliche Diskriminierungsverbote beziehen sich auf bestimmte, enumerativ aufgeführte Diskriminierungskategorien. Sie haben als reaktiver Diskriminierungsschutz klare dogmatische Konturen,⁷⁷ nämlich als Verbot unmittelbarer Diskriminierung, als Verbot mittelbarer Diskriminierung, als Verbot von Diskriminierung qua Assoziation, als Verbot von Belästigung, als Gebot, angemessene Vorkehrungen zu treffen. An die Stelle unbewusster, teils unreflektierter Vorannahmen, vielleicht auch Abwehrhaltungen gegenüber einem moralisch als schwerwiegend empfundenen Urteil, eine bestimmte Handlung sei diskriminierend, muss die dogmatisch angeleitete rechtliche Bewertung treten. Die Diskussion über Antidiskriminierungsrecht kann insgesamt nur gewinnen, wenn moralische Unwerturteile und juristische Prüfprogramme stärker getrennt werden, als dies bislang oftmals noch der Fall ist.⁷⁸

C. Eine verfassungstheoretische Analyse von Antidiskriminierungsrecht

Diese Arbeit versteht sich als verfassungstheoretische. Was genau darunter verstanden wird, soll nun expliziert werden. Dazu ist eine Methodenreflexion unentbehrlich.

In der Rechtswissenschaft sind Methodenüberlegungen üblicherweise von dem Streben nach einer sauberen, ja „reinen“ Trennung von Sein und Sollen getragen, wie sie der Neukantianismus formuliert hat.⁷⁹ Kelsens „Reine Rechtslehre“ ist methodisch dem Bestreben verpflichtet, empirisch-deskriptive Teile von normativen Aussagen deutlich zu trennen. Das ist auch methodischer Ausgangspunkt dieser Abhandlung.

Freilich ist unterdessen hinlänglich bekannt, dass unterschiedliche Perspektiven von unterschiedlichen Personen auch zu unterschiedlichen empirischen Ergebnissen führen. Die Perspektivität einer jeden Person prägt

⁷⁷ Dogmatik wird hier mit *U. Volkmann*, JZ 60 (2005), S. 261 (262), verstanden als „Speicher für ... im Rahmen der geltenden Rechtsordnung vernünftig begründbare Lösungen“, sie erfüllt eine „Rationalisierungs- und Strukturierungsfunktion“ (ausgeführt für die Grundrechtsdogmatik ebd., S. 266 f.).

⁷⁸ Dies ist auch das zentrale Anliegen von *T. Khaitan*, *A theory of discrimination law*, 2015, S. 4.

⁷⁹ Instruktiv zu den Debatten innerhalb des Neukantianismus und dem Wissenschaftsverständnis für die Rechtswissenschaft *U. Neumann*, in: Paulson/Stolleis (Hrsg.), *Hans Kelsen*, 2005, S. 35. Diesen Bezugspunkt wählt auch *M. Wrase*, *Zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit*, 2016, S. 26, der ein „praxisorientiertes Methodenverständnis“ des deutschen verfassungsrechtlichen Diskurses nachzuzeichnen unternimmt.

das Forschungsdesign, denn die jeweilige Herangehensweise ist geprägt von Erfahrungen, die diese Perspektive bestimmen. Normative Vorverständnisse und Sollensvorstellungen fließen bereits auf der Ebene der deskriptiven Darstellung, der Seinsbeschreibung, ein. Für einen vermeintlich so objektiven Bereich wie die Wissenschafts- und Technikstudien ist dies längst anerkannt.⁸⁰ Um wieviel mehr muss dies für eine zwischen Geistes- und Sozialwissenschaft beheimatete Rechtswissenschaft gelten,⁸¹ wo der Untersuchungsgegenstand selbst, nämlich rechtliche Regelungen und Praktiken, schon derartiger Perspektivität unterliegt.⁸²

Nichtsdestotrotz muss der *Versuch* unternommen werden, die empirisch-deskriptive und die normative Ebene zu trennen. Denn erst, wenn die Ebenen offen und unterschieden zu Tage liegen, kann die Reflexion darüber einsetzen, welche normativen Wertungen auf der ersten, der deskriptiven Stufe bereits eingeflossen sind. Dieser Versuch, durch Transparenz Kritik zu ermöglichen, ist das zentrale Element einer reflektierten Methode. Eine rechtswissenschaftliche Arbeit, die sich ihrer Perspektivität bewusst ist und die Fragestellung klar formuliert, die also den Versuch unternimmt, Beschreibung und Bewertung zu trennen, und in diesem Versuch die eigenen Wertungen in der immer nur vermeintlich „reinen“, deskriptiven Beschreibung reflektiert – nur eine solche Arbeit ist eine, die mit dem Perspektivitätsproblem aller wissenschaftlichen Forschung konstruktiv umgeht. Denn dieses Problem ist auch und vielleicht sogar gerade in der Rechtswissenschaft unumgänglich.

Diese Einsicht verweist in der Konsequenz auf die Bedeutung pluralistischer Zugänge für die Beobachtung und Beschreibung des Rechts, auf die Relevanz von Vielfalt in der Rechtswissenschaft.⁸³ Keine einzelne Perspek-

⁸⁰ Grundlegend: S. Harding, The science question in feminism, 1986; D. Haraway, Feminist Studies 14 (1988), S. 575.

⁸¹ So auch M. Wrase, Zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit, 2016, S. 485, der zurecht auf die Wechselbezüglichkeit und Verwobenheit von „rechtlicher“ und „rechtstatsächlicher“ Betrachtung hinweist.

⁸² Als politisches Konzept gewendet in der „positionalen Differenz“ bei I. M. Young, Justice and the Politics of Difference, 1990; für die Rechtswissenschaft: M. Minow, Making all the difference, 1990, S. 376: „We cannot come close to the ideal of a government of laws rather than of men without recognising that it is particular human beings, with particular situated perspectives, who govern and whose perspectives must be made subject to challenge.“ (Hervorh. i. Orig.); für Deutschland: U. Sacksofsky, in: Bußmann/Hof (Hrsg.), Genus, 2005, S. 402: „Die Vorstellung, Recht sei ‚objektiv‘ und ‚neutral‘ muß aufgegeben werden ...“; auch S. Emmenegger, iusfull 2004, S. 138 (141): „... die behauptete Objektivität und Neutralität des Rechts [bedarf] einer kritischen Nachprüfung. Die feministische Jurisprudenz versucht, diese Überprüfung zu leisten, indem sie den herkömmlichen Perspektiven des Rechts ihre eigene, aus dem weiblichen Lebenszusammenhang entnommene Perspektive gegenüberstellt.“

⁸³ Auf der Idee eine Unterscheidung von rechtswissenschaftlicher Behandlung und sozialwissenschaftlicher Analyse fußt demgegenüber die Typologie eines „integrativen“

tive vermag für sich, das Objekt der Beschreibung vollständig abzubilden. Man denke an die berühmte Untersuchung des Elefanten: Manche Forscher*innen werden das Skelett des Elefanten mit Röntgenbildern sichtbar machen, andere fertigen eine Computertomographie an und zeigen so die inneren Organe, wieder andere untersuchen die Haut des Elefanten unter dem Mikroskop. Alle nehmen für sich in Anspruch, „den Elefanten“ zu untersuchen.⁸⁴

Aus dieser Einsicht folgt, dass kein einzelner methodischer Zugang Ausschließlichkeitsansprüche anmelden kann. Ein Vorrang etwa der Dogmatik gegenüber anderen Zugängen überzeugt nicht, es gibt nur verschiedene Perspektiven und Methoden. Es gibt also nicht *die* juristische Methode, sondern eine Vielzahl juristischer Methoden, die sich mit dem Gegenstand „Recht“ befassen.⁸⁵ Damit aber gilt es, die Wahl der Methode bewusst zu treffen und zu begründen – wie es in anderen geistes- und sozialwissenschaftlichen Disziplinen längst üblich ist.

Im Argumentationsgang dieser Abhandlung sind stets zwei Ebenen zu unterscheiden: die demokratietheoretische Ebene von Aussagen für alle demokratischen Gemeinwesen und die verfassungstheoretische sowie -dogmatische Ebene kontingenter, also konkreter (verfassungs)rechtlicher Ausgestaltung für ein bestimmtes demokratisches Gemeinwesen. Die kontextspezifischen Unterschiede gerade in verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen sind nicht zu unterschätzen, und so steht im Zentrum dieser Arbeit das Gemeinwesen der Bundesrepublik Deutschland, die in ihren vielfältigen völkerrechtlichen und unionsrechtlichen Einbindungen wahrgenommen wird. In rechtsvergleichender Perspektive lassen sich viele Anregungen aus der US-amerikanischen Rechtsgeschichte gewinnen, die zudem maßgeblichen und prägenden Einfluss auf die Entwicklung des europäischen Antidiskriminierungsrechts hatte und hat.⁸⁶

Jeder Dogmatik liegen implizite Annahmen über Staat und Gesellschaft sowie ihr Verhältnis zueinander zugrunde⁸⁷. Es ist die Aufgabe der Verfassungstheorie, solche Vorannahmen zu explizieren, fortzuschreiben und

und eines „arbeitsteiligen“ Umgangs mit sozialwissenschaftlichem Wissen, vgl. O. Lepsius, JZ 2005, S. 1. Dazu differenziert M. Wrase, Zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit, 2016, S. 479.

⁸⁴ Zu diesem bekannten Bild auch für das Völkerrecht I. Augsberg, RT 46 (2015), S. 71 (85).

⁸⁵ Trotz unterschiedlicher methodischer Zugänge in der Rechtswissenschaft, möchte ich deswegen an dem einen Fach Rechtswissenschaft festhalten und nicht etwa der Pluralisierung „Rechtswissenschaften“ das Wort reden.

⁸⁶ Zur unausweichlichen Perspektivität in der Rechtsvergleichung grundlegend G. Frankenberg, Harv. Int'l L. J. 26 (1985), S. 411.

⁸⁷ Dazu und zu den sich verändernden tatsächlichen Umständen U. Volkmann, JZ 60 (2005), S. 261 (263).

zu kritisieren.⁸⁸ Unter Verfassungstheorie werden im Folgenden jene Annahmen und Vorverständnisse verstanden, die sich nicht explizit im Verfassungstext niederschlagen, gleichwohl dessen Interpretation lenken.⁸⁹ In diesem Verständnis fällt jede Form der Verfassungausslegung notwendig mit theoretischen Erwägungen zusammen: Auslegung ist ohne Theorie nicht zu haben.⁹⁰

Theoretische Annahmen sind freilich nicht immer explizit gemacht. Hier setzt das kritische Potential der Verfassungstheorie an, wenn nämlich die impliziten Vorverständnisse und Annahmen dekonstruiert werden.⁹¹ Diese Theorieanteile in einer bestimmten Verfassungsinterpretation können dann, wenn sie ausdrücklich benannt werden (mag dies auch niemals vollständig möglich sein), auf ihre Stimmigkeit und Überzeugungskraft geprüft werden. Wie auch sonst, ist dieser Prozess der Dekonstruktion von Vorannahmen niemals an einem Ende, sondern jedes Ergebnis einer Explizierung kann selbst wieder Gegenstand der Kritik werden.

Verfassungstheorie kann universellen Anspruch haben⁹² oder sich auf einzelne Verfassungselemente beschränken, unter denen sicher die Grundrechte und damit die Grundrechtstheorie eine besonders herausgehobene Rolle haben. Die verschiedenen Theorie-Angebote sind wechselseitig exklusiv oder fußen auf- und ergänzen einander. Welche Annahmen auf Theorieebene akzeptiert oder bekämpft werden, kann und muss deshalb stets expliziert werden.

Es handelt sich bei jedem Theorieangebot um einen partikularen Vorschlag. Das kritische Potential von Verfassungstheorie wird dann entfal-

⁸⁸ U. Volkmann, *Der Staat* 54 (2015), S. 35 (36); U. Volkmann, *Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland*, 2013, S. 2.

⁸⁹ E.-W. Böckenförde, in: *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991, S. 53 (83): Verfassungstheorie bedeutet „eine systematisch orientierte Auffassung über den allgemeinen Charakter, die normative Zielrichtung und die inhaltliche Reichweite der Verfassung als solcher und ihrer Teile“; zur Grundrechtstheorie E.-W. Böckenförde, in: *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991, S. 115 (116).

⁹⁰ E.-W. Böckenförde, in: *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991, S. 53 (82), hält als Ergebnis seiner Analyse verschiedener Methoden der Verfassungsinterpretation fest, „daß einen Methodendiskussion zur Verfassungsinterpretation immer zugleich auch eine Diskussion über den Verfassungsbegriff und Verfassungstheorie ist und davon nicht abgelöst werden kann. Vor-entscheidungen [sic] im einen Bereich wirken notwendig in den anderen Bereich hinein.“

⁹¹ Für die Grundrechtstheorie B. Rusteberg, *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt*, 2009, S. 113 Entsprechend für Vorverständnisse davon, durch welche tatsächlichen Faktoren gesellschaftliche Entwicklungen hervorgerufen und aufrecht erhalten werden, U. Sacksosky, *Das Grundrecht auf Gleichberechtigung*, 2. Aufl. 1996, S. 188.

⁹² Vgl. die Beispiele bei U. Volkmann, *Der Staat* 54 (2015), S. 35 (40): Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung (*Haverkate*), als öffentlicher Prozess oder Kultur (*Häberle*), als liberal-kommunitaristische Ordnung (*Brugger*), als Ausdruck deliberativer Demokratie (*Habermas*) oder als Trias von Vielfalt, Sicherheit und Solidarität (*Denninger*).

tet, wenn diese Partikularität selbst wieder reflektiert wird. Eine verunklarende Zuschreibung an eine als hegemonial apostrophierte „h. M.“⁹³ hilft nicht weiter im Prozess der Dekonstruktion. Eine verwandte Form ist die Behauptung, eine bestimmte Lehre der Verfassung sei „das bei uns herrschende Grundverständnis“.⁹⁴ Selbst in einem deskriptiven Sinne wäre immer noch die Auswahl zu begründen, was als „bei uns herrschendes Grundverständnis“ anzusehen sein soll – die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts oder der Literatur, welcher Stimmen in der Literatur usw. All dies wäre selbst bei einer „bloßen“ Beschreibung begründungsbedürftig und dann selbst wieder kritisierbar. Ein „bei uns“ kann es also im Grunde nicht geben. Denn die Sichtweise eines einzelnen Autors, einer einzelnen Autorin bleibt zunächst einmal dies: eine partikuläre Einzelmeinung. Soll die gewählte theoretische Ausgangsposition gleichwohl nicht dem Verdikt anheimfallen, sie sei rein subjektiv-zufällig, muss die Wahl intersubjektiv vermittelt werden. Um die intersubjektive Vermittlung zu ermöglichen, muss die getroffene Wahl mit Gründen versehen werden, und diese „guten“ Gründe sind die einzige Richtschnur. „Bei uns“ muss im wissenschaftlichen Prozess stets hinterfragt und zur Disposition gestellt werden.

Gerade weil in jeder Auslegung unausweichlich theoretische Vorannahmen stecken, ist es erstrebenswert, die eigenen Annahmen und Vorverständnisse explizit zu machen. Zum einen wird dadurch die Unterscheidung selbst sichtbar gehalten. Zum anderen erlaubt dieses Vorgehen der Leserschaft, Kritikpunkte klar zu verorten. Es macht einen Unterschied, ob bereits im theoretischen Ausgangsverständnis Unterschiede bestehen oder ob gewissermaßen „nur“ dessen Anwendung in der Verfassungsinterpretation angezweifelt wird. Selbstverständlich kann und soll Kritik auf beiden Ebenen ansetzen. Schon im Schreiben den Versuch zu unternehmen, die beiden Ebenen – Theorie und konkrete Auslegung – voneinander zu unterscheiden, sollte, so meine Hoffnung, manchen Austausch fruchtbarer gestalten.⁹⁵

Dieses Verständnis von Verfassungstheorie ist seinerseits nicht voraussetzungslos, sondern fußt auf der Überzeugung, dass in der menschlichen Kommunikation die Möglichkeit besteht, einander mit guten Gründen zu überzeugen.⁹⁶ Mag die Überzeugung auch nicht in jedem Einzelfall gelin-

⁹³ Zur h. M. M. Rath, „Das ist hM und kann nicht angezweifelt werden“, LTO, 23.10.2011, (4.9.2020).

⁹⁴ So U. Volkmann, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, 2013, S. 3.

⁹⁵ Ebenso R. Wahl, NVwZ 1984, S. 401 (402): „Bemühen um Grenzziehung zwischen rechtlicher und politischer Wirkung, zwischen dogmatischem Staatsrecht einerseits und Verfassungstheorie, Verfassungspolitik, Verfassungspädagogik und allgemeiner Staatslehre andererseits“.

⁹⁶ Ähnlich U. Volkmann, JZ 60 (2005), S. 261 (271): „Diskursivität“ der Entwicklung von Dogmatik.

gen, so ist doch die Möglichkeit das Movens, das uns weiter mit Worten statt mit Waffen ringen lässt. Selbst dort, wo Überzeugung nicht mehr möglich zu sein scheint, weil die Positionen einander diametral gegenüberstehen und bekämpfen, wo die Überbrückung der Differenzen ausgeschlossen zu sein scheint, ist es die Hoffnung auf gelingende Kommunikation, die den Agon abzuwenden hilft.

Nach diesen Ausführungen dürfte es wenig überraschen, dass in dieser Arbeit die Diskurstheorie von Jürgen Habermas zum Ausgangspunkt gewählt wird.⁹⁷ Dies ist zum einen der Überzeugung geschuldet, dass Habermas' Kommunikationstheorie gerade die Hoffnung auf gelingende Kommunikation theoretisch begründet und voraussetzt, die für rechtliche Kommunikation zentral ist. Zum anderen vermag Habermas' Demokratietheorie einen demokratischen Rechtsstaat wie die Bundesrepublik Deutschland in seiner historisch-konkreten Form kohärent zu erklären und spricht dabei rechtlichen Praktiken eine in die Theorie aufgenommene vermittelnde Rolle zu. Wohl kaum ein Demokratietheoretiker hat sich so stark auf rechtliche Praktiken eingelassen wie Habermas.⁹⁸

Allerdings ist Habermas' Grundmodell um eine Perspektive des Antidiskriminierungsrechts zu erweitern, die auf Ansätzen in Habermas' Argumentation aufbauen kann. Denn Habermas' Erklärungsmodell beruht auf einer Analyse der tatsächlichen historischen Entwicklung hin zu einer immer inklusiveren demokratischen Gemeinschaft, einschließlich ihrer supra- und internationalen Erweiterungen. In einem kohärenten theoretischen Modell bleiben freilich idiosynkratische Kontingenzen der tatsächlichen rechtlichen Ausgestaltung notwendig unterbelichtet. Das liegt *erstens* an der großen Abstraktion theoretischer Modelle, die normalerweise als Theorie den Anspruch erheben, alle demokratischen Rechtsstaaten zu erklären, und nicht nur einen einzelnen. *Zweitens* könnte ein theoretisches Modell gar nicht auf eine bestimmte rechtliche Lage und konkrete Ausgestaltung rekurren, weil deren Gestalt typischerweise gerade umstritten ist. Mag auch der Kern (*core*) gelegentlich einigermaßen klar sein, um diesen Kern herum existiert immer Streit und Ungewissheit (*penumbra of uncertainty*). Die Auslegung bereits existierender Rechtsnormen (abstrakterer, etwa Verfassungsnormen, wie konkreterer, etwa detaillierte einfache Ge-

⁹⁷ Das hier zugrundegelegte Verständnis ist jenem verwandt von P. Häberle, Verfassung als öffentlicher Prozeß, 2. Aufl. 1996, S. 121, der sich ebenfalls prominent auf Habermas bezieht, S. 133 Fn. 60; P. Häberle, in: Verfassung als öffentlicher Prozeß, 1996, S. 155 Rn. 155 (zu Habermas' Konzepten S. 173 Fn. 71 und S. 175 Fn. 82).

⁹⁸ Im Grunde erstaunt, dass nicht mehr politische Theoretiker sich intensiv mit rechtlichen Regelungen und Praktiken befassen, bedenkt man, dass rechtliche Regelungen, nämlich Gesetze, eine – wenn nicht *die* – typische Form des Outputs demokratischer parlamentarischer Verfahren sind.

setzesvorschriften) ist normalerweise umstritten, ebenso wie die Setzung neuen Rechts umstritten ist, auch hinsichtlich der Frage, wie es sich in ein bereits existierendes System einfügt.

In diesen Streitigkeiten bildet das theoretische Modell eine Kritikfolie, vor deren Hintergrund Lösungsvorschläge in derartige Rechtssetzungs- und Rechtsauslegungstreitigkeiten eingebracht werden können.⁹⁹ Das theoretische Modell dient als Entscheidungs- und Kritikmaßstab, soweit sich manche Lösungen besser, manche gar nicht in das Modell einfügen lassen. Vom Standpunkt des gewählten theoretischen Modells sind manche Lösungen besser, andere gar nicht geeignet. Dabei handelt es sich um eine rechtsinterne Kritik,¹⁰⁰ die aus dem Kontinuum möglicher zulässiger Positionen eine Präferenz für bestimmte Lösungen zum Ausdruck bringt, die besser zum für überzeugend erachteten theoretischen Modell passen.

Der Befund, eine bestimmte Regelung oder eine bestimmte Auslegung passe *nicht* zu dem jeweils gewählten theoretischen Modell, beinhaltet allerdings keine Aussage über die juristische Gültigkeit dieser Norm oder Auslegung. Denn es gibt viele konkurrierende theoretische Modelle, ohne dass eine verbindliche Entscheidung über ihre Validität möglich wäre. Vielmehr wird umgekehrt ein Schuh daraus: Nicht alle theoretischen Modelle vertragen sich mit den je konkreten rechtlichen Regelungen, insbesondere Verfassungsvorschriften, einer spezifischen Gemeinschaft. Soweit dennoch Kritik vor dem Hintergrund eines propagierten, nicht verfassungskompatiblen, theoretischen Modells geäußert wird, handelt es sich um außerrechtliche, die sich auf die rechtsinternen Debatten nicht einlässt und von ihrem Ausgangspunkt auch nicht einlassen kann. Das gilt etwa für theoretische Ansätze, die der Rechtsform als solcher misstrauen. Erkenntnisse und Kritiken derartiger fundamental oppositioneller theoretischer Modelle und Ansätze vermögen dennoch blinde Flecken aufzuzeigen und können idealerweise konstruktiv gewendet werden.

Dieser Arbeit geht es um eine rechtsinterne Argumentation, die auf theoretische Modelle Bezug nimmt. Die Eigengesetzlichkeiten rechtlicher Diskurse werden ernst genommen. Die Explizierung theoretischer Vorannahmen, die in dogmatischen Operationen notwendig und ausnahmslos enthalten sind, dient dazu, diese Vorannahmen kritisierbar zu machen. Indem die beiden Ebenen der theoretischen Modellierung und der konkre-

⁹⁹ E.-W. Böckenförde, in: Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 53 (82): „Orientierung der Verfassungsinterpretation an ... einer Verfassungstheorie, die verbindliche Leitgesichtspunkte und darauf gegründete dogmatische Strukturen für die Interpretation abzugeben vermag“; bei aller sonstigen Entgegensetzung in diesem Punkte ähnlich P. Häberle, in: Verfassung als öffentlicher Prozeß, 1996, S. 93 (111): „kritische und (an)leitende Funktion der praktischen Verfassungstheorie“.

¹⁰⁰ Im Anschluss an Dworkins Unterscheidung von internem und externem Skeptizismus, vgl. R. Dworkin, *Law's empire*, 1998 [1986], S. 78.

ten rechtlichen Ausgestaltung getrennt werden, gelangt die Positivität des Rechts ins Zentrum der Überlegungen.

D. Methode dieser Abhandlung: Rationale Rekonstruktion des geltenden Antidiskriminierungsrechts

Das geltende Antidiskriminierungsrecht wird in dieser Arbeit rational rekonstruiert. Die rationale Rekonstruktion ist eine von Jürgen Habermas entwickelte Methode, bei der die kontingente Ausprägung einer gesellschaftlichen Organisationsform so betrachtet wird, als sei sie nicht nur zufällig durch historische Entwicklungen entstanden, sondern bewusst und aus rationalen Gründen so gewählt worden. Ein solcher Blick auf Antidiskriminierungsrecht lässt rechtliche Gleichheitsforderungen als reflexive Schleife verständlich werden, mittels derer sich eine konkrete Gesellschaft über ihre tatsächliche Responsivität und demokratische Inklusivität und damit ihrer eigenen Voraussetzungen vergewissert. Das (verfassungs)rechtliche Gleichheitsversprechen erlaubt es bislang ausgeschlossenen oder marginalisierten Personengruppen, ihre Gleichheit einzufordern.

I. Die Methode „rationaler Rekonstruktion“ gesellschaftlicher Entwicklungen

Die von Jürgen Habermas entwickelte Methode der rationalen Rekonstruktion dient dazu, das geographisch kontingente Ergebnis geschichtlicher Entwicklungen teleologisch so zu interpretieren, als sei es intentional zustande gekommen.¹⁰¹ In „Faktizität und Geltung“ expliziert Habermas dieses Verfahren für seine demokratietheoretischen Überlegungen:

„Eine rekonstruktiv verfahrenende Soziologie der Demokratie muß ... ihre Grundbegriffe so wählen, daß sie die in den politischen Praktiken, wie verzerrt auch immer, bereits verkörperten Partikel und Bruchstücke einer ‚existierenden Vernunft‘ identifizieren kann. Dieser Ansatz braucht keine geschichtsphilosophische

¹⁰¹ J. Habermas, in: Zur Verfassung Europas, 2011, S. 39 Rn. 64: „... die teleologisch gelesene Entstehungsgeschichte [der EU, AKM] so zu rekonstruieren, als sei das historisch mehr oder weniger kontingente Ergebnis intentional von einem ordentlich zusammengesetzten Verfassungskonvent zustande gebracht worden.“ – Knappe Einführung und werkenealogische Verortung bei M. Iser, in: Habermas-Hdb., 2009, S. 364.

Rückendeckung; er steht nur unter der Prämisse, daß sich die Operationsweise eines rechtsstaatlich verfaßten politischen Systems ohne Bezugnahme auf die Geltungsdimension des Rechts, und auf die legitimierende Kraft der demokratischen Genese des Rechts, auch empirisch nicht angemessen beschreiben lässt.“¹⁰²

Um diese rationale Rekonstruktion des Rechtsstaats zu bewerkstelligen, ist es für Habermas erforderlich, sich auf die rechtsinternen Vorstellungen einzulassen, was den Vorteil hat, den direkten Zugriff auf „das“ politische Bewusstsein der Staatsbürger*innen entbehrlich zu machen.¹⁰³ Die Habermas'sche Methode der rationalen Rekonstruktion hat damit eine erstaunliche Ähnlichkeit zu Ronald Dworkins Verständnis von Recht als „konstruktiver“ Praxis, die das Recht stets im besten Licht darstellen soll, um die tatsächliche Rechtsanwendung und deren Rechtfertigung in Kongruenz zu bringen.¹⁰⁴ Es geht bei derartiger rationaler Rekonstruktion darum, beobachtbare Rechtspraxis aus einer rechtsinternen Perspektive¹⁰⁵ theoretisch zu verstehen – als im Ausgangspunkt rationale Praxis, die deswegen auch rational legitimierbar ist.¹⁰⁶

Ideale aller Art haben in nachmetaphysischen Gesellschaften,¹⁰⁷ die sich nicht mehr auf metaphysische Gewissheiten verlassen können und daher stets ihre eigenen Problemlösungsstrategien reflektieren (müssen), einen ambiva-

¹⁰² J. Habermas, Faktizität und Geltung, 1992, S. 349.

¹⁰³ J. Habermas, Faktizität und Geltung, 1992, S. 89: „Erst wenn die sozialwissenschaftlichen Analysen des Rechts den externen Zugriff mit einer intern ansetzenden Rekonstruktion verbinden, braucht die normative Theorie nicht mehr *unvermittelt* über das politische Bewußtsein eines Publikums von Staatsbürgern an die Realität Anschluß zu suchen.“ (Hervorh. i. Orig.).

¹⁰⁴ R. Dworkin, Law's empire, 1998 [1986], S. 64: „... they [i. e. legal philosophers, AKM] try to show legal practice as a whole in its best light, to achieve equilibrium between legal practice as they find it and the best justification of that practice.“

¹⁰⁵ Zur Unterscheidung zwischen „internal and external perspective“ grundlegend H. L. A. Hart, The concept of law, 2. Aufl. 1994, S. 102, der freilich im Postscript den Unterschied zu Dworkin betont, S. 242: „It is true that ... the descriptive legal theorist must *understand* what it is to adopt the internal point of view and in that limited sense he must be able to put himself in the place of an insider; but this is not to accept the law or share or endorse the insider's internal point of view or in any other way to surrender his descriptive stance.“

¹⁰⁶ Habermas' „rationale Rekonstruktion“ unterscheidet sich daher recht deutlich von Axel Honneths jüngerem und begriffsähnlichem Vorschlag einer „normativen Rekonstruktion“. A. Honneth, Das Recht der Freiheit, 2011, S. 120, der nämlich, wie mir scheint, den springenden Punkt in Habermas' Ansatz verfehlt, wenn er nicht mehr nur „die geschichtliche Entwicklung des modernen Rechtsstaats“, sondern die ganze Breite „der aktuellen Entwicklung aller zentralen institutionellen Wertsphären“ rekonstruieren möchte. Während rechtliche Praktiken konkret beobachtbar sind, sind „Wertsphären“ nur bei extrem homogenisierender Beschreibung „beobachtbar“. – Zur Kontrastierung der „rationalen Rekonstruktion“ von Habermas und der „normativen Rekonstruktion“ von Honneth klar und aufschlussreich D. Gaus, PVS 2013, S. 231 (240).

¹⁰⁷ Dazu J. Habermas, Nachmetaphysisches Denken, 1992 [1988]; J. Habermas, Nachmetaphysisches Denken II, 2012.

lenten Status, weil sie zwischen „Faktizität und Geltung“ changieren. Einerseits haben solche Ideale nämlich in der Praxis orientierende Funktion, andererseits unterliegen sie „in ihrer Geltung stets potentiell der historischen Transformation“. ¹⁰⁸ Die Gültigkeit von Idealen kann auf sprachlicher, rationaler Grundlage mit Gründen angezweifelt werden. In sehr kondensierter Form erläutert Habermas die sprachtheoretischen Annahmen, die seiner gesamten Theorie zugrunde liegen, im ersten Abschnitt des ersten Kapitels von „Faktizität und Geltung“, ¹⁰⁹ und verweist sodann auf die

„Idealisierungen [...], die mit dem Medium der Sprache verknüpft sind: die Idealität der Begriffs- und Bedeutungsallgemeinheit ist einer semantischen Analyse der Sprache, die Idealität der Geltungsbegriffe einer pragmatischen Analyse des verständigungsorientierten Sprachgebrauchs zugänglich.“ ¹¹⁰

Habermas' Theorie liegt also die Überzeugung von der Möglichkeit kommunikativer, d. h. bei ihm sprachlich vermittelter Handlungskoordination zugrunde. Zugleich ist diese Idealität der Sprache „Bedingung jeder Art von Rationalität“. ¹¹¹ Sprachlich und damit rational lassen sich Geltungsansprüche aller Art behaupten, aber auch in Frage stellen:

„Mit jeder Sprechhandlung werden kritisierbare Geltungsansprüche erhoben, die auf intersubjektive Anerkennung angelegt sind. [...] ein Sprecher [übernimmt] mit seinem Geltungsanspruch uno actu auch eine hinreichend glaubwürdige Gewähr dafür [...], den erhobenen Anspruch erforderlichenfalls mit der richtigen Sorte von Gründen einzulösen.“ ¹¹²

Dieser Anspruch, Gründe für Gesagtes zu liefern, ist das sprachlicher Kommunikation immanente „Muß“ einer schwachen transzendentalen Nötigung“; Habermas hebt gleichwohl und nicht zufällig schon ganz am Anfang seiner Ausführungen in „Faktizität und Geltung“ hervor, dass es sich dabei um die „kontrafaktische Grundlage einer faktischen Verständigungspraxis“ handelt. ¹¹³ Es wäre deswegen eine allzu verkürzte Sichtweise, Habermas Blauäugigkeit oder Naivität in seiner „Theorie des kommunikativen Handelns“ ¹¹⁴ vorzuwerfen. Vielmehr geht es ihm bei seiner Methode rationaler Rekonstruktion gerade darum, „die stillschweigend und unvermeidlich vorgenommenen, idealisierenden Unterstellungen der Beteiligten vom Impliziten ins Explizite zu überführen“. ¹¹⁵ Dies ist eine Parallele zu dem hier ver-

¹⁰⁸ D. Gaus, PVS 2013, S. 231 (240).

¹⁰⁹ J. Habermas, Faktizität und Geltung, 1992, S. 24.

¹¹⁰ J. Habermas, Faktizität und Geltung, 1992, S. 33.

¹¹¹ D. Gaus, PVS 2013, S. 231 (242).

¹¹² J. Habermas, Faktizität und Geltung, 1992, S. 34.

¹¹³ J. Habermas, Faktizität und Geltung, 1992, S. 18.

¹¹⁴ Entfaltet in J. Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns, 2 Bd., 1981.

¹¹⁵ D. Gaus, PVS 2013, S. 231 (242).