

Handbuch Antidiskriminierungs- recht

Herausgegeben von
Anna Katharina Mangold
und Mehrdad Payandeh



MOHR SIEBECK

Handbuch Antidiskriminierungsrecht



Handbuch Antidiskriminierungsrecht

Strukturen, Rechtsfiguren und Konzepte

herausgegeben von
Anna Katharina Mangold
und Mehrdad Payandeh

Mohr Siebeck

Anna Katharina Mangold ist Professorin für Europarecht an der Europa-Universität Flensburg.

Mehrdad Payandeh ist Inhaber des Lehrstuhls für Internationales Recht, Europarecht und Öffentliches Recht an der Bucerius Law School in Hamburg.

Das Handbuch Antidiskriminierungsrecht wurde gefördert von der Fritz Thyssen Stiftung.

ISBN 978-3-16-156881-7 / eISBN 978-3-16-156882-4

DOI 10.1628/978-3-16-156882-4

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

© 2022 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 eplene in Böblingen gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

1948 diskutierte der Grundsatzausschuss des Parlamentarischen Rates darüber, was Gleichheit bedeute und wie sie sich als Grundrecht in einer deutschen Verfassung formulieren ließe. Auch wenn die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, die nicht nur von „equality“, sondern auch von „discrimination“ spricht, dem Parlamentarischen Rat in einer Entwurfsfassung vorlag, fand der Begriff „Diskriminierung“ in den Diskussionen des Grundsatzausschusses nur zweimal und eher am Rande Verwendung. Das zugrundeliegende Problem jedoch, das es zu adressieren galt, stand den Delegierten nach dem rassistischen Wahn des Nationalsozialismus lebhaft vor Augen: die unterschiedliche Behandlung von Personen allein aufgrund ihrer Zuordnung zu kategorial bestimmten Gruppen. Seither hat der Begriff der Diskriminierung wie die rechtliche Adressierung des zugrundeliegenden Problems erheblich an Bedeutung gewonnen. Altbekannte Themen von Gleichheit und Ungleichheit werden heute vielfach als Fragen von Diskriminierung behandelt.

Diskriminierungen und die mit ihnen einhergehenden Unrechtserfahrungen und Benachteiligungen bilden den Regelungsgegenstand des Antidiskriminierungsrechts. Antidiskriminierungsrecht ist allerdings weniger ein etabliertes und in sich geschlossenes Rechtsgebiet als vielmehr eine Querschnittsmaterie: Es kann im arbeitsgerichtlichen Verfahren ebenso relevant werden wie vor dem Bundesverfassungsgericht, beschäftigt menschenrechtliche Überwachungsorgane der Vereinten Nationen ebenso wie die Europäische Kommission oder Ministerien in Bund und Ländern und Behörden ebenso wie private Unternehmen oder Einzelpersonen. Es bildet den Gegenstand anwaltlicher Beratung in Großkanzleien und wird von zivilgesellschaftlichen Akteuren eingefordert und eingeklagt. In der Rechtswissenschaft ist es Gegenstand anwendungsorientierter Ausarbeitungen ebenso wie theorieaffiner und interdisziplinär ausgerichteter Forschung: Der Praxiskommentar trifft auf feministische Analysen und Critical Race Theory.

Wie wohl kaum ein anderes Rechtsgebiet steht das Antidiskriminierungsrecht dabei für das politisch-emanzipatorische Potential des Rechts, ruft gleichzeitig aber auch erhebliche Abwehrreflexe hervor, nicht zuletzt, weil der Vorwurf der Diskriminierung oftmals als moralisch aufgeladen wahrgenommen wird. Nicht nur diese politische und gesellschaftliche Dimension, sondern auch die Vielseitigkeit der aufgeworfenen Rechtsfragen und wissenschaftlichen Perspektiven sowie die Heterogenität der involvierten Akteure und ihrer Interessen machen das Antidiskriminierungsrecht wissenschaftlich so reizvoll wie anspruchsvoll. Vor diesem Hintergrund möchte das vorliegende Handbuch die Grundlinien des Antidiskriminierungsrechts herausarbeiten: seine Strukturen, die maßgeblichen Rechtsfiguren und die wesentlichen Konzepte, die diese Rechtsmaterie prägen. Es geht damit zugleich der Frage nach, inwieweit das Antidiskriminierungsrecht inzwischen als eigenständiges Rechtsgebiet angesehen werden kann. Im Zentrum stehen die Herausforde-

rungen für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, die mit einem Verständnis von Antidiskriminierungsrecht als umfassendem Querschnittsrechtsgebiet einhergehen.

Für die tatkräftige Unterstützung bei der Redaktion des Handbuchs danken wir *Julia Bartos, Johannes Gallon, Katia Hamann, Anna Kompatscher* und *Katharina Wommelsdorff*. Für die finanzielle Förderung des Projekts sind wir der Fritz Thyssen Stiftung sehr dankbar. Wesentliche Aspekte des Antidiskriminierungsrechts wie auch des Ansatzes des Handbuchs konnten im Rahmen eines Workshops diskutiert werden, der im März 2019 an der Bucerius Law School in Hamburg stattfand. Den intensiven Austausch mit den Mitwirkenden während des Workshops sowie im Prozess der Erstellung der Beiträge haben wir als ebenso fruchtbar wie bereichernd empfunden. Wir blicken hoffnungsfroh auf das Erscheinen des Handbuchs als Beginn weiteren intensiven Austausches über Grundfragen des Antidiskriminierungsrechts.

Flensburg und Hamburg
im Sommer 2022

Anna Katharina Mangold
Mehrdad Payandeh

Inhalt

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	IX

Erster Teil: Grundlagen des Antidiskriminierungsrechts

§ 1 Antidiskriminierungsrecht – Konturen eines Rechtsgebiets (<i>Anna Katharina Mangold/Mehrdad Payandeh</i>)	3
§ 2 Grundwerte des Antidiskriminierungsrechts: Würde, Freiheit, Gleichheit und Demokratie (<i>Mathias Hong</i>)	67
§ 3 Verhaltenswissenschaftliche Aspekte des Antidiskriminierungsrechts (<i>Stefan Magen</i>)	125
§ 4 Adressaten des Antidiskriminierungsrechts: Staat und Private (<i>Klaus Ferdinand Gärditz</i>)	171

Zweiter Teil: Kategorien des Antidiskriminierungsrechts

§ 5 Das Kategorienproblem und die Herausbildung eines postkategorialen Antidiskriminierungsrechts (<i>Susanne Baer</i>)	223
§ 6 Geschlecht, Geschlechtsidentität und sexuelle Orientierung als Diskriminierungskategorien (<i>Nora Markard</i>)	261
§ 7 Rasse und ethnische Herkunft als Diskriminierungskategorien (<i>Cengiz Barskanmaz</i>)	303
§ 8 Religion und Weltanschauung als Diskriminierungskategorien (<i>Christian Walter/Kathrin Tremml</i>)	349
§ 9 Behinderung als Diskriminierungskategorie (<i>Julia Zinsmeister</i>)	387
§ 10 Alter als Diskriminierungskategorie (<i>Felipe Temming</i>)	435
§ 11 Sozioökonomische Diskriminierung (<i>Cara Röhner</i>)	475
§ 12 Politische Anschauung im Antidiskriminierungsrecht (<i>Julian Krüper</i>)	503
§ 13 Intersektionale (mehrdimensionale) Diskriminierung (<i>Elisabeth Holzleithner</i>)	543

Dritter Teil: Dogmatische Figuren des Antidiskriminierungsrechts

§ 14	Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung (<i>Ute Sacksofsky</i>)	597
§ 15	Angemessene Vorkehrungen (<i>Theresia Degener</i>)	645
§ 16	Positive Maßnahmen (<i>Margarete Schuler-Harms</i>)	677
§ 17	Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen (<i>Philipp Reimer</i>)	713

Vierter Teil: Durchsetzung von Antidiskriminierungsrecht

§ 18	Der Umgang mit Empirie beim Nachweis von Diskriminierungen (<i>Emanuel Towfigh</i>)	759
§ 19	Beweisrecht (<i>Olaf Muthorst</i>)	803
§ 20	Rechtsfolgen von Diskriminierungen (<i>Michael Grünberger/André Reinelt</i>)	835
§ 21	Strafrechtlicher Schutz vor Diskriminierungen und Hasskriminalität (<i>Anja Schmidt</i>)	881

Fünfter Teil: Kontexte des Antidiskriminierungsrechts

§ 22	Diskriminierungsschutz im Zivilrechtsverkehr (<i>Florian Rödl/Andreas Leidinger</i>)	927
§ 23	Diskriminierungsschutz im Beschäftigungskontext (<i>Torsten von Roetteken</i>) ...	955
§ 24	Diskriminierungsschutz und Migration (<i>Constanze Janda</i>)	1003
§ 25	Diskriminierungsschutz im Kontext der sozialen Sicherheit (<i>Maria Wersig</i>)...	1043
§ 26	Diskriminierungsschutz in der Gefahrenabwehr (<i>Alexander Tischbirek</i>)	1061
§ 27	Diskriminierungsschutz in der Strafrechtspflege (<i>Julia Geneuss</i>)	1095
§ 28	Diskriminierungsschutz bei algorithmenbasierten Entscheidungen (<i>Antje von Ungern-Sternberg</i>)	1131
	Verzeichnis der Autorinnen und Autoren	1181
	Sachregister	1185

Abkürzungsverzeichnis

A. A.	Andere Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADA	Americans with Disabilities Act
ADEA	Age Discrimination in Employment Act
a. E.	am Ende
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AK-GG	Alternativkommentar zum Grundgesetz
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ArbG	Arbeitsgericht
ArbRAktuell	Arbeitsrecht Aktuell
ArchsozArb	Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit
Art.	Artikel
AsylG	Asylgesetz
AsylbLG	Asylbewerberleistungsgesetz
AufenthG	Aufenthaltsgesetz
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BW GBl	Gesetzblatt für Baden Württemberg
BayVerfGH	Bayrischer Verfassungsgerichtshof
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BE AbgH-Drs.	Drucksache des Abgeordnetenhauses Berlin
BeckOGK	Beck-Online-Großkommentar zum Zivilrecht
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckOK AuslR	Beck'scher Online-Kommentar Ausländerrecht
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Beschl.	Beschluss
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch

BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGG	Behindertengleichstellungsgesetz
BGH	Bundesgerichtshof
BMAS	Bundesministerium für Arbeit und Soziales
BMFSFJ	Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
BMJV	Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz
BR-Drs.	Bundesrats-Drucksache
BSG	Bundessozialgericht
Bspw.	Beispielsweise
BT	Bundestag
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BtPrax	Betreuungsrechtliche Praxis
BT-Prot.	Bundestags-Protokoll
BWahlG	Bundeswahlgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGK	Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BvR	Aktenzeichen einer Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht
BZgA	Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung
bzw.	beziehungsweise
CAT	Committee against Torture
CCPR	Human Rights Committee
CED	Committee on Enforced Disappearances
CEDAW	Committee on the Elimination of Discrimination against Women/ Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau
CERD	Committee on the Elimination of Racial Discrimination
CESCR	Committee on Economic, Social and Cultural Rights
CMW	Committee on Migrant Workers
COM	EU Commission
CRC	Committee on the Rights of the Child/Übereinkommen über die Rechte des Kindes
CRPD	Committee on the Rights of Persons with Disabilities/Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen
DB	Der Betrieb
DDA	Disability Discrimination Act
DIMR	Deutsches Institut für Menschenrechte
DKP	Deutsche Kommunistische Partei
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
djbZ	Zeitschrift des Deutschen Juristinnenbundes
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DPolBl	Deutsches Polizeiblatt
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRV	Zeitschrift Deutsche Rentenversicherung
DSGVO	Datenschutzgrundverordnung
DStR	Deutsches Steuerrecht
DuR	Demokratie und Recht

DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DZPhil	Deutsche Zeitschrift für Philosophie
EAsR	Europäischer Ausschuss für soziale Rechte
EGHVO	Eingliederungshilfeverordnung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
ELR	European Law Reporter
EMRK	Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten
EntgTranspG	Entgelttransparenzgesetz
ETS	European Treaty Series
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWiR	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
FA	Fachanwalt Arbeitsrecht
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FluggastdatenG	Fluggastdatengesetz
Fn.	Fußnote
FPR	Familie Partnerschaft Recht
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt/Generalanwältin am Europäischen Gerichtshof
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GFK	Genfer Flüchtlingskonvention
GG	Grundgesetz
GiP	Gleichstellung in der Praxis
GPR	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GS	Gedächtnisschrift
GVBl	Gesetz- und Verordnungsblatt
HH HB-Drs.	Drucksache der Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg
Hess. GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Hessen
HGR	Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa
HK-BGB	Handkommentar BGB
Hrsg.	Herausgeber
HSchuG	Hessisches Schulgesetz
HStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
ICERD	International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination
ICJ Reports	Annual Reports of the International Court of Justice
IGH	Internationaler Gerichtshof
info also	Informationen zum Arbeitslosenrecht und Sozialhilferecht
IPbpR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte
IPwskR	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte
i. R. d.	im Rahmen des/der
i. S. d.	im Sinne des/der

IAT	implicit association test
IZA	Institut zur Zukunft der Arbeit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JAS	Journal für Arbeits- und Sozialrecht
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JR	Juristische Rundschau
JURA	Juristische Ausbildung
jurisPR-ArbR	juris PraxisReport Arbeitsrecht
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KJ	Kritische Justiz
KPD	Kommunistische Partei Deutschlands
KriPoZ	Kriminalpolitische Zeitschrift
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KfW	Kreditanstalt für Wiederaufbau
lit.	Buchstabe
LADG	Berliner Landesantidiskriminierungsgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LGBTQ	Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender, Queer
LG	Landgericht
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
Ls.	Leitsatz
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MMR	Multimedia und Recht
MLPD	Marxistisch-Leninistische Partei Deutschlands
MschKrm	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
MüKo	Münchener Kommentar
MuSchG	Gesetz zum Schutz von Müttern bei der Arbeit, in der Ausbildung und im Studium
NJ	Neue Justiz
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK	Nomos Kommentar
NK-AuslR	Nomos Kommentar Ausländerrecht
NPD	Nationaldemokratische Partei Deutschlands
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NRW LT-Drs.	Drucksache des Landtages Nordrhein- Westfalen
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
Nw.	Nachweis
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht
NZFam	Neue Zeitschrift für Familienrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht

PartIntG	Gesetz zur Regelung von Partizipation und Integration in Berlin
PartMigG	Gesetz zur Förderung der Partizipation in der Migrationsgesellschaft des Landes Berlin
PNAS	Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America
ÖZöR	Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht
RdA	Recht der Arbeit
RdJB	Recht der Jugend und des Bildungswesens
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RphZ	Rechtsphilosophie
Rs.	Rechtssache
RuP	Recht und Politik
RuStAG	Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz
RZ	Österreichische Richterzeitung
RW	Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung (Rechtswissenschaft)
S.	Seite oder Satz
SAE	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SchuG BW	Schulgesetz für Baden-Württemberg
SchulG NRW	Schulgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen
SEV	Sammlung der Europäischen Verträge
SGB	Sozialgesetzbuch
SGb	Zeitschrift Die Sozialgerichtsbarkeit
SPT	Subcommittee on Prevention of Torture
SR	Zeitschrift Soziales Recht
SteuK	Steuerrecht kurzgefasst
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StuW	Zeitschrift für die gesamten Steuerwissenschaften
StV	Strafverteidiger
SZ	Süddeutsche Zeitung
taz	die tageszeitung
TH LT-Drs.	Drucksache des Landtages Thüringen
ThürVerfGH	Thüringer Verfassungsgerichtshof
u. a.	und andere
UAbs.	Unterabsatz
UN	United Nations/Vereinte Nationen
UN-BRK	Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen
UN-Charta	Charta der Vereinten Nationen
UN Doc.	United Nations Document Code
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees
UNTS	United Nations Treaty Series
Urt.	Urteil
v.	von/vom
VG	Verwaltungsgericht
Vgl.	Vergleiche
VO	Verordnung

VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WHO	Weltgesundheitsorganisation
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WRV	Weimarer Verfassung
WuB	Entscheidungsanmerkungen zum Wirtschafts- und Bankrecht
WZB	Wissenschaftszentrum Berlin
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZevKR	Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
zfmr	Zeitschrift für Menschenrechte
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZIAS	Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZP	Zusatzprotokoll
ZPTh	Zeitschrift für Politische Theorie
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Erster Teil:
Grundlagen des Antidiskriminierungsrechts

§ 1 Antidiskriminierungsrecht – Konturen eines Rechtsgebiets

*Anna Katharina Mangold/Mehrdad Payandeh**

Inhaltsübersicht

	Rn.
A. Einleitung	1
I. Gleichheitsversprechen und Diskriminierungsrealität	1
II. Diskriminierung und Gleichheit	2
1. Der Begriff der Diskriminierung	2
2. Gleichheitsverständnisse	9
III. Staat und Gesellschaft	11
IV. Antidiskriminierungsrecht als Rechtsgebiet	13
B. Entwicklungslinien des Antidiskriminierungsrechts	16
I. Rechtswissenschaftlicher Diskurs zum Antidiskriminierungsrecht in Deutschland	17
II. Unionsrechtliches Antidiskriminierungsrecht	20
III. Der aktuelle Stand der Debatte zum Antidiskriminierungsrecht in Deutschland	23
C. Rechtsquellen des Antidiskriminierungsrechts	26
I. Völkerrecht	27
1. Universeller Menschenrechtsschutz	28
2. Europäische Menschenrechtskonvention	32
3. Besonderheiten und Potential des völkerrechtlichen Antidiskriminierungsrechts	37
II. Recht der Europäischen Union	39
1. Antidiskriminierungsrechtliche Regelungsgehalte der Unionsverträge	40
2. Unionsgrundrechtliche Diskriminierungsverbote	41
3. Antidiskriminierungsrechtliches Sekundärrecht	43
4. Besonderheiten und Potential des unionsrechtlichen Antidiskriminierungsrechts	45
III. Deutsche Rechtsordnung	47
1. Verfassungsrecht	48
2. Einfaches Bundesrecht	57
3. Landesrecht	60
D. Strukturmerkmale des Antidiskriminierungsrechts	61
I. Antidiskriminierungsrecht im Mehrebenensystem	62
II. Antidiskriminierungsrecht als intradisziplinäre Querschnittsmaterie	63
III. Offenheit des Antidiskriminierungsrechts für interdisziplinäre Bezüge	65
IV. Akteure des Antidiskriminierungsrechts	67
V. Politisierung und Entpolitisierung des Antidiskriminierungsrechts	72

E. Kategorien im Antidiskriminierungsrecht	76
I. Kontingenz von rechtlichen Kategorienkatalogen	77
1. Kategorienkataloge	78
2. Die Sonderstellung sozio-ökonomischer Diskriminierung	79
II. Konstruktion von kategorialen Unterscheidungen zwischen Menschen	81
1. Die doppelte Bedeutung der Konstruiertheit von Unterscheidungen	82
2. Invisibilisierung der rechtlichen Konstruktion von Kategorien	84
3. Ausprägungen von Kategorien	87
4. „Rasse“ als Kategorie?	88
III. Intersektionalität von Kategorien	91
IV. Erneuerungsvorschläge, insbesondere „postkategoriales Antidiskriminierungsrecht“	95
F. Dogmatische Figuren des Antidiskriminierungsrechts	98
I. Reaktive Diskriminierungsverbote	102
1. Verbot unmittelbarer Diskriminierung	102
2. Verbot mittelbarer Diskriminierung	105
3. Belästigung	111
4. Weiterungen des Diskriminierungsbegriffs	114
5. Angemessene Vorkehrungen (reasonable accomodation)	118
II. Proaktives Gleichstellungsrecht	122
1. Grundlagen	123
2. Typologie	125
3. Quotenregelungen als zentrales Problem des proaktiven Gleichstellungsrechts	127
G. Anlage und Struktur des Handbuchs Antidiskriminierungsrecht	130

A. Einleitung

I. Gleichheitsversprechen und Diskriminierungsrealität

- 1 Die Gleichheit aller Menschen ist ein hehres Versprechen aller modernen demokratischen Verfassungsordnungen. Sie ist eine prägende Idee seit der Aufklärung. Als normatives Gebot kommt sie prominent in der US-amerikanischen Unabhängigkeitserklärung („all men are created *equal*“), der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte („Les hommes naissent et demeurent libres et *égaux* en droits“)¹ sowie der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte („All human beings are born free and *equal* in dignity and rights“) zum Ausdruck. Und doch: Nicht alle Menschen sind gleich. Faktische Ungleichheit prägt Gesellschaften weltweit. Ungleichbehandlungen, Diskriminierungs- und Ausgrenzungserfahrungen sind ein ebenso alltägliches wie strukturell verankertes Phänomen, das so unterschiedliche Facetten annehmen kann wie ungleiche Chancen auf

* Für wertvolle Hinweise und Anregungen danken wir *Susanne Baer*, *Christian Bumke* und *Felix Hanschmann*.

¹ Zur historischen Beschränkung dieser Erklärungen pointiert *Hofmann*, Die Grundrechte 1789–1949 – 1989, NJW 1989, S. 3177 (3182): „Die Franzosen reden wie vordem die Amerikaner von Menschen, denken aber zunächst nur an den Mann, und zwar den weißen.“

dem Arbeitsmarkt und Benachteiligung am Arbeitsplatz, unterschiedliche Behandlung durch die Polizei, andere staatliche Behörden oder die Justiz bis hin zu sexistisch oder rassistisch motivierten Anfeindungen und körperlicher Gewalt. Diese so unterschiedlichen Phänomene, die einzelne menschliche Handlungen ebenso wie gesellschaftliche Zustände umfassen, gezielte Übergriffe ebenso wie diskriminierende Wirkungen etablierter gesellschaftlicher oder institutioneller Strukturen, offenen Rassismus ebenso wie unbewusste Vorurteile sowie das Handeln sowohl staatlicher Organe als auch privater Akteure, adressiert das Antidiskriminierungsrecht. Diskriminierungen können die betroffenen Personen in ihrem Anspruch auf Würde und Gleichheit berühren, sie in der Wahrnehmung ihrer Freiheit beeinträchtigen und sich als Hindernis für eine autonome Lebensgestaltung und selbstbestimmte Persönlichkeitsentfaltung und Selbstverwirklichung darstellen. Die grundlegenden Rechtsprinzipien der Würde, Gleichheit und Freiheit bilden deswegen die Tiefenstruktur des Antidiskriminierungsrechts.²

II. Diskriminierung und Gleichheit

1. Der Begriff der Diskriminierung

Begriff und Konturen des Antidiskriminierungsrechts sind alles andere als eindeutig und fest etabliert, was vor allem daran liegt, dass der Begriff der Diskriminierung selbst in sehr unterschiedlichen Bedeutungen verwendet wird. Vielfach zeigt sich die begriffliche Verschleifung eines spezifischen Rechtsbegriffes von Diskriminierung mit einem allgemeinsprachlich moralischen Vorwurf, was zu Zurückhaltung in der Benennung von Diskriminierungen führen und sich in der Auslegung und Anwendung von antidiskriminierungsrechtlichen Normen niederschlagen kann.³ Unterschiedliche Verständnisse bestehen zudem bei der Frage, ob der rechtliche Diskriminierungsbegriff notwendig einen spezifischen Gruppenbezug hat,⁴ was im deutschen Kontext etwa diskutiert wird mit Blick auf das Verhältnis von Art. 3 Abs. 3 und Art. 3 Abs. 1 GG.⁵

Unseres Erachtens ist der rechtliche Diskriminierungsbegriff bestimmt durch den Bezug auf kategorial definierte Personengruppen und unterscheidet sich gerade dadurch vom allgemeinen Gleichheitssatz. Die typische Form der Regelung in Diskriminierungsverboten mit Kategorienkatalogen spiegelt die historische Verfestigung bestimmter ka-

² Siehe zu diesem Dreiklang nur *Baer*, Dignity, Liberty, Equality: A Fundamental Rights Triangle of Constitutionalism, *University of Toronto Law Journal* 4 (2009), S. 417 ff., sowie speziell für das Antidiskriminierungsrecht → *Hong*, § 2 Rn. 1 ff.

³ *Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, 2021, S. 12 ff., insbesondere S. 16 ff.

⁴ So etwa *Uerpmann-Wittzack*, Strikte Privilegierungs- und Diskriminierungsverbote, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), *HGR*, Bd. V, 2013, § 128 Rn. 1; *Sachs*, Besondere Gleichheitsgarantien, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR*, Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, § 182 Rn. 8; *Sacksofsky*, Diskriminierung und Gleichheit – aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in: *Opfermann* (Hrsg.), *Unrechtserfahrungen*, 2007, S. 31; für das Völkerrecht *Clifford*, Equality, in: *Shelton* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, 2013, S. 420 (438).

⁵ *Kingreen*, in: *Kahl/Waldhoff/Walter* (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum GG*, Stand: Februar 2020, Art. 3 Rn. 84 ff.; zur Diskussion auch *Sachs* (Fn. 4), § 182 Rn. 9 ff.

tegorialer Ungleichbehandlungen. Das Aufkommen neuer kategorialer Unterscheidungen wird rechtstechnisch verschieden verarbeitet, je nachdem, ob offene Kategorienkataloge normiert sind oder ein Rückgriff auf den allgemeinen Gleichheitssatz erforderlich ist. Der Begriff der Diskriminierung impliziert die Einbeziehung von und einen Fokus auf die Diskriminierungsverbote, die ihren Ursprung im US-amerikanischen Recht finden, schon früh im Wirtschaftsrecht verankert waren und dann insbesondere im Völkerrecht rezipiert wurden.⁶ Im deutschen Recht sind sie insbesondere in Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG⁷ und unter dem Begriff des Benachteiligungsverbots in § 7 und § 19 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) normiert.

- 4 In dogmatischer Hinsicht erscheint es daher ebenso erforderlich wie gewinnbringend, im Sinne eines engen Begriffsverständnisses zwischen Diskriminierungsverboten und allgemeinem Gleichheitssatz zu unterscheiden. Das Erfordernis der Anknüpfung an eine diskriminierende Kategorie führt nicht nur dazu, dass der Anwendungsbereich der Diskriminierungsverbote enger ist als derjenige des allgemeinen Gleichheitsgebots, sondern impliziert auch strukturelle Unterschiede, insbesondere auf Rechtfertigungsebene: Während der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz zunächst nur willkürliche Ungleichbehandlungen untersagt bzw. Ungleichbehandlungen aus sachlichen Gründen für gerechtfertigt erachtet,⁸ greift das Diskriminierungsverbot bereits ein, wenn eine Ungleichbehandlung auf einem verbotenen Grund beruht.⁹ Auch in struktureller Hinsicht lässt sich die Frage aufwerfen, ob die grundgesetzlichen Diskriminierungsverbote sich nicht – vergleichbar den Freiheitsrechten – als Abwehrrechte gegen Diskriminierung begreifen lassen.¹⁰
- 5 Gleichwohl beschränkt sich das Antidiskriminierungsrecht nicht auf die Diskriminierungsverbote im engeren Sinne, sondern greift auch Fragen auf, die sich unter dem allgemeinen Gleichheitssatz stellen. In dogmatischer Hinsicht ergibt sich dieses Erfordernis für das deutsche Recht schon daraus, dass der allgemeine Gleichheitssatz als Auffanggrundrecht für die Diskriminierungsverbote der besonderen Gleichheitssätze fungiert, etwa im Hinblick auf die nicht explizit in Art. 3 Abs. 3 GG verankerten Kategorien der sexuellen Orientierung¹¹ oder des Alters.¹²
- 6 In vergleichender Perspektive verblasst der Unterschied zwischen allgemeinen Gleichheitssätzen und Diskriminierungsverboten, da antidiskriminierungsrechtliche Regelungen nicht nur die Form abschließender enumerativer Kataloge verpöner Diskrimi-

6 Dazu *Altwickler*, Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz, 2011, S. 103 ff.; *Mangold* (Fn. 3), S. 45 ff.

7 Weitere verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbote finden sich in Art. 6 Abs. 5, Art. 33 Abs. 2 und Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG.

8 Zur entsprechenden Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes und zum Wandel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vom Willkürverbot zur sog. „Neuen Formel“ etwa *Wollenschläger*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 1 Rn. 89 ff.; ausführlich → *Reimer*, § 17 Rn. 100 ff.

9 Siehe *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, S. 41 f.; *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 527.

10 *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 3 Rn. 404 f.

11 Dazu → *Markard*, § 6 Rn. 8 ff., 23 ff., 36 ff., 42 ff.

12 Dazu → *Temming*, § 10 Rn. 3. Offen ist auch, ob politische Anschauungen als Diskriminierungsgrund geschützt werden sollten, dazu → *Krüper*, § 12 Rn. 56 ff.

nierungskategorien annehmen können, sondern auch die flexiblere Form offener, nicht abschließender Listen,¹³ wie sie zum Teil im internationalen Recht wegen der schweren Abänderbarkeit völkerrechtlicher Verträge vorherrschen.¹⁴ In der Europäischen Union verfolgt insbesondere das zentrale Diskriminierungsverbot des Art. 21 der Grundrechte-Charta diesen Ansatz, indem jegliche Form der Diskriminierung verboten wird und die Auflistung der möglichen Anknüpfungspunkte für eine Diskriminierung nur exemplarischen Charakter hat. Ähnliches gilt für Art. 14 EMRK.

Auch wenn zwischen Diskriminierungsverboten und allgemeinen Gleichheitssätzen 7 also dogmatische Unterschiede bestehen, kann allgemeinen Gleichheitsgeboten gleichwohl eine Bedeutung im Antidiskriminierungsrecht zukommen. Letztlich würde eine Beschränkung des Antidiskriminierungsrechts auf spezifische Diskriminierungsverbote verdecken, dass diesen einzelnen Verboten weiterreichende Vorstellungen von Gleichheit zugrunde liegen und dass die Realität von Diskriminierungen in engem Zusammenhang mit sozio-ökonomischen Rahmenbedingungen der Ungleichheit steht, die bislang für gewöhnlich am allgemeinen Gleichheitssatz gemessen werden.

Der Begriff der Diskriminierung im Antidiskriminierungsrecht geht schließlich über 8 Maßnahmen und Handlungen mit einem diskriminierenden Gehalt oder mit diskriminierenden Wirkungen hinaus und nimmt diskriminierende Zustände und bestehende, auf Diskriminierung beruhende Benachteiligungen und damit strukturelle Diskriminierungen¹⁵ in den Blick. Das Antidiskriminierungsrecht erschöpft sich also nicht in Diskriminierungsverboten im engeren Sinne. Es enthält nicht nur Verbote diskriminierenden Verhaltens, die ebenso staatliche Maßnahmen wie das Handeln von Privatrechtssubjekten erfassen können,¹⁶ sondern begründet auch positive Verpflichtungen von Staaten, Diskriminierungen entgegenzutreten und die Folgen von Diskriminierungen zu adressieren. Diskriminierende Praktiken werden durch staatliche Schutzpflichten rechtlich adressiert, wie sie im Völker- und Unionsrecht explizit verankert sind¹⁷ und sich auch verfassungsrechtlich aus Art. 3 Abs. 2 sowie Abs. 3 GG begründen lassen.¹⁸ Diskriminierende Zustände bilden zudem den Gegenstand von Fördergeboten, die sich ebenfalls im Völkerrecht ausmachen lassen,¹⁹ im deutschen Recht hingegen nur punktuell explizit normiert sind wie etwa in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG mit Blick auf die Gleichberechtigung von Mann und Frau²⁰ oder anerkannt werden wie etwa mit Blick auf Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG für Menschen mit

¹³ Dazu → Baer, § 5 Rn. 34 ff.

¹⁴ Siehe Solanke, *Discrimination as Stigma*, 2017, S. 43 ff.

¹⁵ Allgemein zu Begriff und Konzept struktureller Diskriminierung Gomolla, *Direkte und indirekte, institutionelle und strukturelle Diskriminierung*, in: Scherr/El-Mafaalani/Yüksel (Hrsg.), *Handbuch Diskriminierung*, 2017, S. 133 ff.; siehe zudem die Beiträge von Markard, Reimer und Payandeh, in: Froese/Thym (Hrsg.), *Grundgesetz und Rassismus*, 2022, *im Erscheinen*.

¹⁶ Dazu → Gärditz, § 4 Rn. 1 ff.

¹⁷ Dazu unten Rn. 27 ff. (C.I.).

¹⁸ Dazu unten Rn. 48 ff. (C. III. 1.).

¹⁹ Dazu unten Rn. 30, 36 (C.I.).

²⁰ Dazu → Markard, § 6 Rn. 33 ff., 73 ff.

Behinderungen.²¹ Auch jenseits von Fördergeboten²² bildet das Antidiskriminierungsrecht aber den rechtlichen Rahmen für die Zulässigkeit positiver Maßnahmen zur Beseitigung und Kompensation bestehender Benachteiligungen.²³

2. Gleichheitsverständnisse

- 9 Damit ist zugleich die Frage nach dem Verständnis von Gleichheit aufgeworfen, das den Diskriminierungsverboten und Gleichheitsgarantien im Übrigen zugrunde liegt.²⁴ In diesem Zusammenhang werden verschiedene begrifflich-konzeptionelle Entgegensetzungen diskutiert: Ein formales Gleichheitsverständnis wird einem materialen Gleichheitsverständnis (*substantive equality*) gegenübergestellt,²⁵ es werden symmetrische von asymmetrischen Gleichheitskonzepten unterschieden,²⁶ Chancengleichheit und Ergebniseinheit differenziert.²⁷ Zum Teil werden diese Begrifflichkeiten synonym oder in Kombination verwendet, zum Teil beziehen sie sich auf unterschiedliche Anknüpfungspunkte.
- 10 Hinter diesen Unterscheidungen steht die Frage, wie Gleichheitsgebote und Diskriminierungsverbote mit dem Befund umgehen sollen, dass faktisch nicht alle Menschen gleich sind, da sie nicht die gleichen Ausgangsbedingungen haben und nicht auf die gleichen sozio-ökonomischen und gesellschaftlichen Rahmenbedingungen treffen. Ein rein formales Gleichheitsverständnis verlangt gleichwohl strikte Gleichbehandlung und den diskriminierungsfreien Umgang mit allen Menschen, ungeachtet faktisch bestehender ungleicher Bedingungen. Ein materiales Gleichheitsverständnis berücksichtigt hingegen die historisch entwickelten bestehenden gesellschaftlichen Verhältnisse und beruht auf der Erkenntnis, dass ein rein formales Gleichheitsverständnis diesen nicht gerecht wird. Auch unangemessene Gleichbehandlung, die Verschiedenheit nicht Rechnung trägt, kann danach Diskriminierung sein. In sehr abstrakter Weise findet sich dieser Gedanke in der historisch wirkmächtigen,²⁸ semantisch aber offenen Formulierung,²⁹ Gleiches müsse

21 Siehe BVerfGE 151, 1 (24f. Rn. 55f.) – *Wahlrechtsausschluss für Betreute* (2019); → *Zinsmeister*, § 9 Rn. 69 ff.

22 Eine entsprechende Ergänzung von Art. 3 Abs. 3 GG wird verfassungspolitisch diskutiert, siehe Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Änderung des Artikels 3 Absatz 3 – Streichung des Begriffs Rasse), BT-Drs. 19/20628 v. 1.7.2020; Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 3 Absatz 3 – Ersetzung des Wortes Rasse und Ergänzung zum Schutz gegen gruppenbezogene Menschenwürdeverletzungen), BT-Drs. 19/24434 v. 18.11.2020.

23 Dazu → *Schuler-Harms*, § 16.

24 Überblick hierzu bei *Mangold* (Fn. 3), S. 182 ff.

25 Dazu *MacKinnon*, *Substantive Equality: A Perspective*, *Minnesota Law Review* 96 (2011), S. 1 ff.; *Baer*, *Traveling Concepts: Substantive Equality on the Road*, *Tulsa Law Review* 46 (2010), S. 59 ff.

26 Zur Deutung des Diskriminierungsverbots als Dominierungsverbot *Sacksofsky*, *Das Grundrecht auf Gleichberechtigung*, 2. Aufl. 1996, S. 312 ff. und S. 349 ff.; zur Deutung als Hierarchisierungsverbot *Baer*, *Würde oder Gleichheit?*, 1995, S. 221 ff.

27 Zu Ergebniseinheit als Ziel von Gleichstellungsmaßnahmen am Beispiel von Quoten EuGH, Urt. v. 17.10.1995, Rs. C-450/93, *Kalanke*; EuGH, Urt. v. 11.11.1997, Rs. C-409/95, *Marschall*.

28 So bereits BVerfGE 1, 14 (52) – *Südweststaat* (1951); BVerfGE 3, 58 (135) – *Beamtenverhältnisse* (1953); instruktiv zu dieser Formulierung *Nußberger*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG, 9. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 1 ff.

gleich, Ungleiches aber ungleich behandelt werden. Die Entscheidung für ein materiales statt für ein rein formales Gleichheitsverständnis und für ein asymmetrisches statt für ein strikt symmetrisches Verständnis der Diskriminierungsverbote hat dabei unmittelbare rechtliche Konsequenzen, etwa indem Diskriminierungsverbote nur auf faktisch benachteiligte Gruppen Anwendung finden können oder Benachteiligungen der faktisch bevorzugten Gruppe jedenfalls leichter zu rechtfertigen sind.³⁰ Auch hinter der Frage, ob nur unmittelbare oder auch mittelbare Diskriminierungen von Diskriminierungsverboten erfasst werden, stehen unterschiedliche Gleichheitsverständnisse.³¹

III. Staat und Gesellschaft

Diskriminierungen können auf staatliche Maßnahmen zurückzuführen sein oder im gesellschaftlichen Bereich zwischen privaten Akteuren erfolgen.³² Die grundsätzliche Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht wirft damit die Frage auf, ob das Antidiskriminierungsrecht Diskriminierungshandlungen von staatlicher wie privater Seite gleichermaßen erfassen soll. Zum Teil wird vorgeschlagen, Begriff und Anwendungsbereich des Antidiskriminierungsrechts auf Diskriminierungen im Privatrechtsverhältnis zu beschränken.³³ Wissenschaftssoziologisch lässt sich diese Beschränkung damit erklären, dass das Antidiskriminierungsrecht zumindest in Deutschland erst im Zuge der Entwicklung des auf den Privatrechtsverkehr fokussierten europäischen Antidiskriminierungsrechts als einigermaßen geschlossene Materie wahrgenommen wurde.³⁴ Mit Blick auf Benachteiligungen und Ungleichbehandlungen durch den Staat hatte sich indes kein vergleichbarer umfassender Diskurs entwickelt, der „das“ öffentlich-rechtliche Antidiskriminierungsrecht hätte konstituieren können. Der Diskurs behandelte vielmehr die Gleichheitssätze als Teil der Grundrechtsdogmatik und darüber hinaus Einzelfragen von Ungleichbehandlung und Diskriminierung dort, wo sie virulent wurden. Allenfalls im Hinblick auf die Gleichbehandlung von Mann und Frau lässt sich eine kontinuierliche Debatte ausmachen. Sachlich begründet könnte die Beschränkung des Antidiskriminierungsrechts auf den Bereich des Privatrechtsverkehrs deshalb erscheinen, weil etwa die europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien und das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Kern auf privatrechtliche Rechtsverhältnisse Anwendung finden. Doch selbst diese zentralen Regelungsmaterien des Antidiskriminierungsrechts sind nicht strikt auf das Zivilrecht beschränkt, findet doch etwa das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz auch auf öffent-

²⁹ Podlech, Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, 1971, S. 77 ff.

³⁰ Siehe Baer/Markard (Fn. 10), Art. 3 Abs. 3 Rn. 372.

³¹ Dazu → Sacksofsky, § 14 Rn. 15 ff.

³² Zu den Adressaten von Antidiskriminierungsrecht → Gärditz, § 4 Rn. 1 ff.

³³ So etwa Somek, Neoliberale Gerechtigkeit: Die Problematik des Antidiskriminierungsrechts, DZPhil 51 (2003), S. 45.

³⁴ Siehe exemplarisch die Ausführungen von Jestaedt, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVDStRL 64 (2004), S. 298 ff. und Britz, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVDStRL 64 (2004), S. 355 ff.

lich-rechtliche Dienstverhältnisse sowie zum Teil auch im Sozialrecht Anwendung.³⁵ Dem entspricht der Anwendungsbereich der EU-Richtlinien.³⁶ Und auch die völkerrechtlichen Regelungen zum Schutz vor Diskriminierung sind nicht auf private Rechtsbeziehungen beschränkt: So zielt etwa das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (ICERD) einerseits darauf ab, dass die Staaten Maßnahmen gegen diskriminierende Handlungen innerhalb der Gesellschaft ergreifen,³⁷ beinhaltet aber andererseits auch Regelungen, die Diskriminierung von Seiten staatlicher Stellen verbieten.³⁸

- 12 Die gemeinsame Betrachtung von Diskriminierungen sowohl im Verhältnis zwischen Privaten als auch im Verhältnis zwischen Staat und Bürgerinnen und Bürgern ist aufgrund der strukturellen Vergleichbarkeit der dogmatischen Figuren angezeigt. Aus denselben Gründen sind auch strafrechtliche Regelungen, die diskriminierungsrechtliche Aspekte aufgreifen, in die Analyse mit einzubeziehen.³⁹ Differenzierungen, die sich in rechtsdogmatischer Hinsicht, aber auch mit Blick auf die unterschiedlichen Legitimationsfragen von rechtlichen Regelungen diskriminierendes Verhaltens mit Blick auf Private und den Staat stellen, werden durch eine einheitliche Betrachtung unter dem Rubrum des Antidiskriminierungsrechts nicht vernachlässigt, sondern können innerhalb dieses Rechtsgebiets thematisiert werden.⁴⁰ Schließlich spricht die soziale Realität für einen umfassenden Ansatz des Antidiskriminierungsrechts: Aus der Perspektive der Betroffenen und in der gesellschaftlichen Wahrnehmung sind private und staatliche Diskriminierungen oftmals eng miteinander verwoben, zum Teil aufeinander bezogen, wie etwa im Fall der staatlichen Förderung oder Tolerierung privater Diskriminierung,⁴¹ und damit Teil eines einheitlichen Problems, das es rechtlich zu adressieren gilt.

IV. Antidiskriminierungsrecht als Rechtsgebiet

- 13 Vor diesem Hintergrund verstehen wir Antidiskriminierungsrecht als zwar noch junges, aber doch eigenständiges Rechtsgebiet.⁴² Das hier vorgeschlagene Verständnis des Anti-

³⁵ Dazu unten Rn. 58 (C. III. 2.); ausführlich → v. Roettecken, § 23 Rn. 49 ff.; → Wersig, § 25 Rn. 8 ff., 13 ff.

³⁶ Dazu unten Rn. 43 (C. II. 3.).

³⁷ Siehe etwa Art. 2 Abs. 1 lit. d, Art. 4 lit. a und lit. b, Art. 5 lit. f ICERD.

³⁸ Siehe etwa Art. 2 Abs. 1 lit. a bis lit. c, Art. 4 lit. c, Art. 5 ICERD.

³⁹ Dazu → Schmidt, § 21; → Geneuss, § 27.

⁴⁰ Dazu → Gärditz, § 4 Rn. 1 ff.

⁴¹ Ein Beispiel sind algorithmenbasierte Entscheidungen, dazu → v. Ungern-Sternberg, § 28.

⁴² Siehe dazu Mangold, Von Homogenität zu Vielfalt, Die Entstehung von Antidiskriminierungsrecht als eigenständigem Rechtsgebiet in der Berliner Republik, in: Duve/Ruppert (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Berliner Republik, 2018, S. 461 ff.; dies. (Fn. 3), S. 1 ff.; für den englischsprachigen Diskurs: Khaitan, A theory of discrimination law, 2015, S. 23 ff.: „The Essence of Discrimination Law“; allgemein zum Konzept des Rechtsgebiets Wahl, Wie entsteht ein neues Rechtsgebiet: Das Beispiel des Informationsrechts, in: FS Schenke, 2011, S. 1305; Stolte, Wie entsteht ein Wissenschaftszweig? Wirtschaftsrecht und Wirtschaftsverwaltungsrecht nach dem Ersten Weltkrieg, in: FS Reiner Schmidt, 2002, S. 1 ff.; Schulze-Fielitz, Umweltrecht, in: Willoweit (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert, 2007, S. 989 ff.

diskriminierungsrechts beruht auf der Überzeugung, dass es strukturelle Gemeinsamkeiten der verschiedenen hiervon erfassten Regelungsbereiche gibt, die es gerechtfertigt und fruchtbar erscheinen lassen, sowohl die öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Regelungsbereiche als auch die einzelnen kategorienbezogenen und bereichsspezifischen Ausdifferenzierungen des Antidiskriminierungsrechts in einer übergreifenden Gesamtschau zu betrachten. Die strukturellen Gemeinsamkeiten betreffen nicht nur einzelne dogmatische Figuren und Fragen, sondern auch vorgelagerte Aspekte, die sich auf Verständnis, Auslegung und Anwendung der jeweiligen Regelungen beziehen.

Der Begriff des Antidiskriminierungsrechts dient dabei der Erfassung der unterschiedlichen rechtlichen Regelungen, die sich mit Diskriminierung befassen. Auf der Grundlage eines weiten Begriffs von Diskriminierung umfasst das Antidiskriminierungsrecht dabei sowohl das Nichtdiskriminierungsrecht (mit reaktiver Zielsetzung) als auch das Gleichstellungsrecht (mit proaktiver Zielsetzung).⁴³ Ohne dass damit die Beantwortung konkreter Rechtsfragen vorbestimmt wäre, lassen sich sowohl Fragen der formalen als auch der materialen Gleichheit unter dem Stichwort des Antidiskriminierungsrechts diskutieren, weil dieses den faktisch bestehenden gesellschaftlichen Rahmenbedingungen jedenfalls nicht indifferent gegenübersteht.

Wesentliche Bestandteile des Antidiskriminierungsrechts und seine Wesensmerkmale werden im weiteren Verlauf dieses Kapitels in den Blick genommen: Nach einer kurzen Darstellung der Entstehung des Rechtsgebiets sowie der prägenden Stufen seiner Entwicklung und der entsprechenden wissenschaftlichen Diskussion (B.) werden die wesentlichen Rechtsquellen des Antidiskriminierungsrechts, wie sie sich aus dem Völkerrecht, dem Unionsrecht und dem nationalen Recht ergeben, analysiert (C.). Es folgt eine Auseinandersetzung mit strukturellen Besonderheiten, die im Rahmen der Befassung mit dem Antidiskriminierungsrecht Berücksichtigung verlangen (D.). Aufgrund der zentralen Orientierung des Antidiskriminierungsrechts an Diskriminierungskategorien werden die Besonderheiten und Probleme dieses Ansatzes analysiert (E.), bevor schließlich grundlegende dogmatische Rechtsfiguren, die das Antidiskriminierungsrecht prägen, in den Blick genommen werden (F.). Den Abschluss bildet ein kurzer Ausblick auf die Struktur des Handbuchs Antidiskriminierungsrecht (G.).

B. Entwicklungslinien des Antidiskriminierungsrechts

Im Folgenden werden die Genese und Entwicklung des Antidiskriminierungsrechts in ihren wesentlichen Grundzügen und Zusammenhängen nachgezeichnet.⁴⁴

⁴³ Zu dieser Unterscheidung *Mangold* (Fn. 3), S. 223 ff.

⁴⁴ Ausführliche Darstellung bei *Mangold* (Fn. 42), S. 461 ff.

I. Rechtswissenschaftlicher Diskurs zum Antidiskriminierungsrecht in Deutschland

- 17 Die grundlegenden Postulate der Menschenwürde, der Freiheit und demokratischen Gleichheit aller Bürgerinnen und Bürger schlagen sich verfassungsrechtlich im Versprechen der Gleichheitssätze nieder.⁴⁵ Aufgrund der Realität diskriminierender Praktiken und fortbestehender Ungleichheiten stellt das Grundgesetz von 1949 dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 die besonderen Gleichheitssätze in den Absätzen 2 und 3 zur Seite. Die Begriffe der Diskriminierung und des Antidiskriminierungsrechts finden freilich erst seit den 1990er Jahren verstärkte Verwendung, vor allem durch den Einfluss des Unionsrechts.
- 18 Insbesondere die feministische Rechtswissenschaft hat dem deutschen Antidiskriminierungsrecht gedanklich, begrifflich und methodisch den Weg bereitet.⁴⁶ Den Ausgangspunkt der deutschen Entwicklung bildete die Frage der Gleichberechtigung der Geschlechter.⁴⁷ Den Beginn machten bereits in den 1950er Jahren die Debatten um rechtliche Gleichbehandlung insbesondere im Familienrecht sowie Arbeitsrecht. Das Epitheton „feministisch“ war von Anfang an keineswegs beschränkt auf die Kategorie „Geschlecht“, sondern verwies angesichts der multiplen Verschränkungen von Ungleichheitsachsen (Intersektionalität)⁴⁸ schon immer auf das Erfordernis einer holistischen wissenschaftlichen Analyse zur Identifizierung und Adressierung von Exklusionsmechanismen.⁴⁹ Seit Ende der 1980er Jahre wurde auch mit Blick auf das deutsche Recht ein materiales Gleichheitsverständnis diskutiert.⁵⁰ Die Unterscheidung von formaler und materialer Gleichheit gewann, vor allem unter Rückgriff auf den ausdifferenzierten Diskurs in der US-amerikanischen feministischen Rechtswissenschaft, zunehmend an Bedeutung.⁵¹ Zu nennen sind die grundlegenden Arbeiten von *Heide Pfarr*,⁵² *Vera Slupik*,⁵³ *Sibylle Raasch*,⁵⁴ *Ute Sack-*

45 *Leibholz*, Die Gleichheit vor dem Gesetz, 1925, S. 20: Freiheit und Gleichheit „sind überhaupt nicht so sehr ein Gegebenes als ein Aufgegebenes, ein zu ‚Verwirklichendes‘“

46 *Mangold* (Fn. 42), S. 466 ff.

47 Überblick bei *Sacksosky*, Die blinde Justitia. Gender in der Rechtswissenschaft, in: Bußmann (Hrsg.), *Genus*, 2005, S. 402 ff.

48 Zur Verschränkung von sozio-ökonomischer Klasse und Geschlecht bereits *Zetkin*, Zur Geschichte der proletarischen Frauenbewegung Deutschlands, 1928 (Nachdruck 1. Aufl. 1971 und 2. Aufl. 1978); Überblick bei *Walgenbach*, Gender als interdependente Kategorie, in: *Walgenbach u. a.* (Hrsg.), *Gender als interdependente Kategorie*, 2007, S. 23 ff.; zur Intersektionalität unten Rn. 91 ff. (E. III.) und → *Holzleithner*, § 13.

49 Seit den 1990er Jahren wurden auch Ansätze der *Critical Race Theory* aus den USA allmählich nach Europa exportiert, dazu *Möschel*, *Law, Lawyers and Race: Critical Race Theory from the US to Europe*, 2014.

50 Diese Arbeit hatte ihrerseits Vorläufer, siehe etwa *Scheffler*, Die Gleichberechtigung der Frau, in: Verhandlungen des 38. DJT in Frankfurt am Main, 1950, B 3–B 30.

51 Die meisten einschlägigen Monographien sind in der Nomos-Reihe der „Schriften zur Gleichstellung der Frau“ erschienen, inzwischen umbenannt in „Schriften zur Gleichstellung“. Zu nennen sind zudem *Gerhard/Limbach* (Hrsg.), *Rechtsalltag von Frauen*, 1988; *Battis/Schultz* (Hrsg.), *Frauen im Recht*, 1990; *Rust*, *Familienlastenausgleich in der gesetzlichen Kranken-, Unfall- und Rentenversicherung*, 1990; *Oberlies*, *Tötungsdelikte zwischen Männern und Frauen*, 1995.

52 *Pfarr/Bertelsmann*, *Lohnungleichheit*, 1981 (Studie für die damalige sozialliberale Regierung); *Pfarr*, *Mittelbare Diskriminierung von Frauen: Die Rechtsprechung des EuGH, NZA 1986*, S. 585 ff.

sofsky,⁵⁵ Dagmar Schiek⁵⁶ und Susanne Baer⁵⁷ aus den 1980er und 1990er Jahren. In diesen Werken stand die Interpretation des Art. 3 Abs. 2 GG im Zentrum. Dabei ging es um den Schutz vor geschlechtsspezifischer Gewalt und sexueller Belästigung, aber auch um die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Quoten und Bevorzugungsregeln, insbesondere im Erwerbsleben. Im Arbeitsleben wirkten (und wirken) sich überkommene Strukturen, die von einer traditionellen Geschlechterrollenverteilung ausgehen, in besonderem Maße aus, weshalb gerade das Arbeitsrecht intensiv erforscht wurde. Dem Beharrungsvermögen des *status quo* sollte durch Quotenregelungen ein *affirmative action*-Programm entgegengesetzt werden, das den bislang exkludierten Frauen Zugang zu Erwerbspositionen samt Aufstiegschancen bringen sollte. Die seit den 1990er Jahren erlassenen Gleichstellungsgesetze für Frauen und Behinderte⁵⁸ und ihre wissenschaftliche Begleitung sind ein wichtiger Bezugspunkt der aktuellen antidiskriminierungsrechtlichen Debatten. Diese Vorhaben wurden kontrovers diskutiert und stießen zum Teil auf starke Ablehnung.⁵⁹ Das Bundesverfassungsgericht griff diese feministischen Interpretationsvorschläge gleichwohl in seiner vielbeachteten *Nachtarbeitsverbots*-Entscheidung von 1992 auf und sprach erstmals⁶⁰ den faktischen Auswirkungen einer gesetzlichen Regelung maßgebliche Bedeutung für die verfassungsrechtliche Bewertung am Maßstab von Art. 3 Abs. 2 GG zu.⁶¹

Im Rahmen der Verfassungsreform des Grundgesetzes im Zuge der Wiedervereinigung⁶² fand dieses Verständnis – bei allen Streitigkeiten um die Bedeutung dieser Vorschrift – Eingang in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG: „Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin.“ In dieser Formulierung findet sich der explizite Verweis auf die *tatsächliche* Lebenswirklichkeit und damit die Entscheidung des Grundgesetzes, einem formalen Gleichheitsverständnis, wie es Art. 3 Abs. 1 GG zugrunde liegt, ein materiales

53 Slupik, Die Entscheidung des Grundgesetzes für Parität im Geschlechterverhältnis, 1988.

54 Raasch, Frauenquoten und Männerrechte, 1991.

55 Sacksofsky, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 1991 (2. Aufl. 1996).

56 Schiek, Nachtarbeitsverbot für Arbeiterinnen, 1992.

57 Baer (Fn. 26).

58 Beispielsweise auf Bundesebene: Zweites Gleichberechtigungsgesetz v. 24.6.1994, BGBl. 1994 I, S. 1406, das unter anderem folgende Gesetze enthielt: Frauenförderungsgesetz für den Bundesdienst (FFG), Gesetz zum Schutz der Beschäftigten vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz (Beschäftigtenschutzgesetz) und Bundesgremienbesetzungsgesetz (BGremBG). Auch auf Länderebene gab es entsprechende Gleichstellungsgesetze, etwa das Landesgleichstellungsgesetz (LGG) Bremen v. 20.11.1990, GBl. 1990, S. 433, oder das Sächsische Frauenförderungsgesetz v. 31.3.1994, SächsGVBl. 1994, S. 684. Umfassend dazu Schiek, Frauengleichstellungsgesetze des Bundes und der Länder, 1996 (2. Aufl. 2002). Das „Erste Gleichberechtigungsgesetz“ von 1957 bezweckte demgegenüber zunächst, ein gleichberechtigtes Familienrecht im BGB zu schaffen, dazu die Dokumentation bei Müller-List, Gleichberechtigung als Verfassungsauftrag. Eine Dokumentation zur Entstehung des Gleichberechtigungsgesetzes vom 18. Juni 1957, 1996.

59 Kritik etwa bei Sachs, Grenzen des Diskriminierungsverbots, 1987; Huster, Frauenförderung zwischen individueller Gerechtigkeit und Gruppenparität, AöR 118 (1993), S. 109 ff.

60 Zu Kontinuitäten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Sacksofsky (Fn. 26), S. 64 ff.

61 BVerfGE 85, 191 (209f.) – *Nachtarbeitsverbot* (1992).

62 Diese dokumentiert der Band von Limbach/Eckertz-Höfer (Hrsg.), Frauenrechte im Grundgesetz des geeinten Deutschland: Diskussion in der Gemeinsamen Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat und der Bundesratskommission Verfassungsreform, 1993.

Gleichheitsverständnis beizufügen.⁶³ Zeitgleich wurde auch Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG eingefügt,⁶⁴ was der Behindertenbewegung zu verdanken war.⁶⁵ Im Vergleich zur Kategorie „Geschlecht“ in Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 1 GG wurden die anderen verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote hingegen weniger stark wissenschaftlich bearbeitet.⁶⁶

II. Unionsrechtliches Antidiskriminierungsrecht

- 20 Maßgeblicher Antriebsmotor des rechtlichen Diskriminierungsschutzes war schon seit ihrer Gründung die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWG), zunächst im Hinblick auf die Kategorie der Staatsangehörigkeit und für das Geschlecht im Berufsleben, seit 2000 dann durch sekundärrechtliche Regelungen im Zivilrecht und für weitere Kategorien jenseits des Geschlechts. Als Rechtsidee ist der Gedanke des Diskriminierungsschutzes zentraler Bestandteil des Unionsrechts.⁶⁷ Seit der Gründung von Montanunion und EWG durften unterschiedliche mitgliedstaatliche Staatsangehörigkeiten nicht mehr zu Schlechterbehandlungen führen, wenn auch zunächst primär im Rahmen der ökonomischen Grundfreiheiten. Bereits 1957 wurde auf Betreiben Frankreichs, das Wettbewerbsnachteile gegenüber Deutschland fürchtete, in Art. 119 EWG-Vertrag die Entgeltgleichheit zwischen den Geschlechtern festgehalten,⁶⁸ eine Vorschrift, die der EuGH progressiv und proaktiv interpretierte: Im Urteil *Defrenne II* stellte der EuGH 1976 zunächst die Direktwirkung der Primärrechtsnorm fest.⁶⁹ Im zwei Jahre später ergangenen Urteil *Defrenne III* entnahm der EuGH Art. 119 EWGV ein allgemeines gemeinschaftsrechtliches Ziel, alle geschlechtsbezogenen Diskriminierungen zu beseitigen.⁷⁰
- 21 Für die Fortentwicklung des materialen Gleichheitsbegriffs erbrachte der EuGH wichtige Transferleistungen, indem er die US-amerikanische Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung – zuerst als *disparate impact* für Title VII des Civil Rights Act 1964 eingeführt⁷¹ – seit Mitte der 1980er Jahre für den europäischen Rechtsdiskurs übersetzte und in seiner Rechtsprechung fortentwickelte.⁷² In der Folge der EuGH-Rechtsprechung

⁶³ *Suelmann*, Die Horizontalwirkung des Art. 3 II GG, 1994; *Schumann*, Faktische Gleichberechtigung, 1997; *Schweizer*, Der Gleichberechtigungssatz – neue Form, alter Inhalt?, 1998.

⁶⁴ *Buch*, Das Grundrecht der Behinderten (Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG), 2001; *Strassmair*, Der besondere Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG, 2002; *Welti*, Behinderung und Rehabilitation im sozialen Rechtsstaat, 2005; *Leder*, Das Diskriminierungsverbot wegen einer Behinderung, 2006.

⁶⁵ Mit den *Disability Studies* etabliert sich zudem allmählich ein entsprechendes interdisziplinäres Forschungsfeld, siehe hierzu Köbsell/Waldschmidt (Hrsg.), Special Topic: Disability Studies in German Speaking Countries, *Disability Studies Quarterly* 26 (2006).

⁶⁶ Dazu unten Rn. 48 ff. (C. III. 1.).

⁶⁷ *Mangold*, Sozial- und arbeitsrechtliche Relevanz der Unionsbürgerschaft, in: Schlachter/Heinig (Hrsg.), *Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, Enzyklopädie Europarecht*, Bd. 7, 2. Aufl. 2020, § 4 Rn. 120 ff.

⁶⁸ *Langenfeld*, Die Gleichbehandlung von Mann und Frau im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1990; *Langenfeld*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Stand: Januar 2015, Art. 157 AEUV Rn. 2 ff.

⁶⁹ EuGH, Urt. v. 8.4.1976, Rs. 43/75, *Defrenne II*.

⁷⁰ EuGH, Urt. v. 15.6.1978, Rs. 149/77, *Defrenne III*.

⁷¹ Grundlegend die Entscheidung des US Supreme Court, *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U. S. 424 (1971).

⁷² Die erste grundlegende europäische Monographie ist die Habilitationsschrift von *Tobler*, *Indirect discrimination*, 2005, dort ausführlich zur Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH, S. 101 ff.

fand die mittelbare Diskriminierung große Aufmerksamkeit auch in der deutschen Diskussion.⁷³ Im Anschluss an die Rechtsprechung des EuGH wurde die mittelbare Diskriminierung 1997 erstmals legal definiert in der sogenannten Beweislast-Richtlinie.⁷⁴

Die gesetzgeberischen Aktivitäten der EU haben das Verständnis von diskriminierungsfreiem Marktgeschehen in Europa maßgeblich verändert. Die Gemeinschaftsebene legte seit den 1970er Jahren eine rege Rechtsetzungstätigkeit in Form von Richtlinien zur Gleichheit der Geschlechter im Berufsleben an den Tag,⁷⁵ deren Vorgaben in Deutschland 1980 mit § 611a BGB umgesetzt wurden. Diese Rechtsetzungslinie führte die EU seit

22

73 *Bieback*, Mittelbare Diskriminierung der Frauen im Sozialrecht: nach EG-Recht und dem Grundgesetz, ZIAS 1990, S. 1 ff.; *Bieback*, Die mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts, 1997; *Blomeyer*, Das Verbot der mittelbaren Diskriminierung gemäß Art. 119 EGV, 1994; *Buglass/Heilmann*, Verbot der unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung bei beruflichem Aufstieg, AuR 1992, S. 353 ff.; *Erasmý*, Einfluß der EuGH-Rechtsprechung zur mittelbaren Diskriminierung auf deutsches Arbeitsrecht, MDR 1995, S. 109 ff.; *Feldhoff*, Der Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit, 1998; *Fuchsloch*, Das Verbot der mittelbaren Geschlechtsdiskriminierung, 1995; *Göddeke*, Die mittelbare Diskriminierung im System der Gleichbehandlung, 1998; *Graue/Deinert*, Mittelbare Diskriminierung von Frauen durch den Ausschluß der gesetzlichen Kranken-, Renten- und Arbeitslosenversicherung bei geringfügiger Beschäftigung im Falle des § 8 I Nr. 1 SGB IV, EWS 7 (1996), S. 418 ff.; *Hakvoort*, Mittelbare und unmittelbare Diskriminierung von Frauen durch staatliche Ausbildungsförderung, Gutachten im Auftrag der Frauen- und Gleichstellungsbeauftragten an Hochschulen, 1998; *Hanau/Preis*, Zur mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts, ZfA 1988, S. 177; *Pfarr* (Fn. 52), S. 585 ff.; *Rating*, Mittelbare Diskriminierung der Frau im Erwerbsleben nach europäischem Gemeinschaftsrecht, 1994; *Rüfner*, Die mittelbare Diskriminierung und die speziellen Gleichheitssätze in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG, in: FS Friauf, 1996, S. 331 ff.; *Sievers*, Die mittelbare Diskriminierung im Arbeitsrecht, 1997; *Sowka*, Mittelbare Frauendiskriminierung – ausgewählte Probleme, DB 1992, S. 2030 ff.; *Wellenhofer*, Die mittelbare Diskriminierung des nichtehelichen Kindes durch § 1615 I BGB, in: Familie und Recht 10 (1999), S. 448 ff.; *Wisskirchen*, Mittelbare Diskriminierung von Frauen im Erwerbsleben, 1994.

74 Richtlinie 97/80/EG des Rates über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts v. 15.12.1997, ABl. 1997 L 14/6 (Beweislast-Richtlinie), ausgedehnt auf das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland durch Richtlinie 98/52/EG des Rates v. 13.7.1998, ABl. 1998 L 205/66.

75 Richtlinie 75/117/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen v. 10.2.1975, ABl. 1975 L 45/19 (Entgeltgleichheitsrichtlinie); Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen v. 9.2.1976, ABl. 1976 L 39/40 (Gleichbehandlungs-Richtlinie), geändert durch Richtlinie 2002/73/EG v. 23.9.2002, ABl. 2002 L 269/15; Richtlinie 86/378/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit v. 24.7.1986, ABl. 1986 L 225/40 (Betriebspensions-Richtlinie), geändert durch Richtlinie 96/97/EG des Rates v. 20.12.1996, ABl. 1996 L 46/20; Richtlinie 86/613/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit – auch in der Landwirtschaft – ausüben, sowie über den Mutterschutz v. 11.12.1986, ABl. 1986 L 359/56 (Gleichbehandlungs-Richtlinie Selbständige); Richtlinie 79/7/EWG des Rates zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit v. 19.12.1978, ABl. 1978 L 6/24 (Gleichbehandlungs-Richtlinie Soziale Sicherheit); Richtlinie 92/85/EWG des Rates über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz v. 19.10.1992, ABl. 1992 L 348/1 (Mutterschutz-Richtlinie); Richtlinie 96/34/EG des Rates zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Elternurlaub v. 3.6.1996, ABl. 1996 L 145/4 (Elternurlaubs-Richtlinie); Richtlinie 97/81/EG des Rates zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeit-

2000 intensiv fort.⁷⁶ Dabei dehnte sie das Diskriminierungsverbot über das Arbeitsrecht hinaus auf Regelungsbereiche des Zivilrechts im Übrigen aus, nämlich allgemein auf die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen.⁷⁷ Der Kategorienkatalog wurde erweitert, so dass nunmehr auch Diskriminierungen „wegen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung in Beschäftigung und Beruf“⁷⁸ und „aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft“ im Zivilrecht⁷⁹ erfasst werden. Wie zuvor schon das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit zielt das europäische Antidiskriminierungsrecht dabei vor allem auf die Herstellung eines gemeinsamen Binnen(arbeits)marktes.⁸⁰

III. Der aktuelle Stand der Debatte zum Antidiskriminierungsrecht in Deutschland

- 23 Das große Interesse, das dem Antidiskriminierungsrecht in der internationalen, insbesondere englischsprachigen und primär auf Common Law-Jurisdiktionen bezogenen Debatte zuteil wird⁸¹ und das insbesondere auch theoretische Aspekte des Antidiskriminierungsrechts einschließt,⁸² findet im deutschen rechtswissenschaftlichen Diskurs bislang wenig Entsprechung. Im öffentlichen Recht hat das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG keine dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG)⁸³

arbeit v. 15.12.1997, ABl. 1997 L 14/9 (Teilzeitarbeits-Richtlinie), ausgedehnt auf das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland durch Richtlinie 98/23/EG des Rates v. 7.4.1998, ABl. 1998 L 131/10.

76 Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung) v. 5.7.2006, ABl. 2006 L 204/23 (Gleichbehandlungs-Richtlinie); Richtlinie 2010/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben v. 7.7.2010, ABl. 2010 L 180/1 (Gleichbehandlungs-Richtlinie Selbständige); Richtlinie 2010/18/EU des Rates zur Durchführung der von BUSINESSSEUROPE, UEAPME, CEEP und EGB geschlossenen überarbeiteten Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub v. 8.3.2010, ABl. 2010 L 68/13 (Elternurlaubs-Richtlinie).

77 Richtlinie 2004/113/EG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen v. 13.12.2004, ABl. 2004 L 373/37 (Gender-Richtlinie).

78 Richtlinie 2000/78/EG des Rates zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf v. 27.11.2000, ABl. 2000 L 303/16 (Rahmenrichtlinie).

79 Richtlinie 2000/43/EG des Rates zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft v. 29.6.2000, ABl. 2000 L 180/22 (Antirassismus-Richtlinie).

80 Zu Diskriminierung und Migration (in einem weiteren Sinne) → *Janda*, § 24.

81 Siehe etwa *Bell*, Racism and Equality in the European Union, 2009; *Ellis*, EU anti-discrimination law, 2005; *Ellis*, Anti-discrimination law and the European Union, 2002; Butler u. a. (Hrsg.), Prejudicial Appearances, 2001; *Hepple/Coussey/Choudhury*, Equality, A new framework report of the independent review of the enforcement of UK anti-discrimination legislation, 2000; Loenen/Rodrigues (Hrsg.), Non-discrimination law, Comparative perspectives, 1999; McCrudden (Hrsg.), Anti-discrimination law, 1991.

82 *Khaitan* (Fn. 42); *Fishkin*, Bottlenecks. A new theory of equal opportunity, 2014; *Anderson*, The Imperative of Integration, 2010; *Hellman*, When is discrimination wrong?, 2008; *Kymlicka*, Multicultural citizenship, 2004; *Koppelman*, Antidiscrimination law and social equality, 1996; *Solanke* (Fn. 14); *Möschel* (Fn. 49).

83 Zur wissenschaftlichen Diskussion und zur Entwicklung der Grundrechtsdogmatik unter dem Grund-

oder auch dem Verbot der Geschlechtsdiskriminierung (Art. 3 Abs. 2 GG) vergleichbare Aufmerksamkeit erhalten. Das vom Grundsatz der Privatautonomie geprägte Zivilrecht war lange Zeit weitgehend indifferent gegenüber Diskriminierungen oder hat rechtliche Regelungen gar aktiv bekämpft, so dass allenfalls in Extremfällen ein Verstoß gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) oder gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) erwogen wurde.⁸⁴ Auch im Strafrecht spielten diskriminierungsrechtliche Fragestellungen – abgesehen von den Sonderdelikten rund um die Volksverhetzung (§ 130 StGB) – keine entscheidende Rolle.

In den letzten Jahren ist indes Bewegung in das Feld gekommen, veranlasst einerseits durch die erwähnten Impulse aus dem europäischen Unionsrecht, insbesondere das Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes im Jahr 2006, das Diskriminierungsverbote im allgemeinen Zivilrecht etabliert hat, sowie aufgrund der Nachwirkungen des NSU-Skandals, der unter anderem zur expliziten Anerkennung von rassistischen Motiven als für die Strafzumessung relevanten Gesichtspunkten geführt hat (§ 46 Abs. 2 Satz 2 StGB).⁸⁵ Diese Entwicklungen haben zu einem spürbaren Bedeutungszuwachs antidiskriminierungsrechtlicher Fragestellungen in der rechtswissenschaftlichen Literatur geführt und auch zu einer stärkeren Befassung der Gerichte hiermit.

Das Schrifttum zum in vielerlei Hinsicht maßstäblichen AGG besteht zu großen Teilen aus auf die Rechtspraxis ausgerichteten Publikationen, wie etwa den von Verbänden und Instituten herausgegebenen Ratgebern und Leitfäden.⁸⁶ Seit dem Erlass des AGG geht es darum, in der für Deutschland so typischen konzertierten Aktion von Rechtsprechung und rechtswissenschaftlicher Begleitung die dogmatischen Grundlinien des neuen Gesetzes zu erarbeiten. Es ist eine Vielzahl von begleitenden und häufig praxisorientierten Kommentaren zum AGG erschienen, teilweise bevor es überhaupt erste Gerichtsentscheidungen gab.⁸⁷ In diesem Prozess des dogmatischen „Kleinarbeitens“ der Vorschriften des AGG

gesetz Bumke, Die Entwicklung der Grundrechtsdogmatik in der deutschen Staatsrechtslehre unter dem Grundgesetz, AÖR 144 (2019), S. 1 (67 ff.).

⁸⁴ Siehe etwa *Looschelders*, Diskriminierung und Schutz vor Diskriminierung im Privatrecht, JZ 2012, S. 105 (106), aber auch *Bezenberger*, Ethnische Diskriminierung, Gleichheit und Sittenordnung im bürgerlichen Recht, AcP 196 (1996), S. 395 ff.; *Emmenegger*, Feministische Kritik des Vertragsrechts, 1998; *Emmenegger*, Gender Equality in Contract Law, in: Tsujimura (Hrsg.), International perspectives on gender equality & social diversity, 2008, S. 155 ff.; ausführlich zur deutschen Debatte seit 1945 *Grünberger* (Fn. 9), S. 222 ff.

⁸⁵ Dazu → *Schmidt*, § 21 Rn. 60 ff.; → *Geneuss*, § 27 Rn. 15 ff.

⁸⁶ Siehe etwa das von der Antidiskriminierungsstelle des Bundes herausgegebene Handbuch Rechtlicher Diskriminierungsschutz, 3. Aufl. 2017, sowie die auf deren Homepage abrufbaren Stellungnahmen und Expertisen oder die zahlreichen Publikationen des Deutschen Instituts für Menschenrechte, die ebenfalls zum größten Teil praktische Ratgeber oder rechtspolitische Positionspapiere darstellen.

⁸⁷ Rust/Falke (Hrsg.), AGG, 2007; Däubler/Beck (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 5. Aufl. 2022 (1. Aufl. 2007); Schiek/Kocher (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2007; Hey/Forst (Hrsg.), Kommentar zum AGG, 2. Aufl. 2015 (1. Aufl. 2009); Adomeit/Mohr (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2. Aufl. 2011 (1. Aufl. 2007); Schleusener/Suckow/Plum (Hrsg.), AGG, 6. Aufl. 2022 (1. Aufl. 2007); Wendeling-Schröder/Stein (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2008; v. Roetteken (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – AGG, 2014 (Stand: 78. Akt. 2021); Bauer/Krieger/Günther, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 5. Aufl. 2018 (1. Aufl. 2007); Meinel/

überwiegt eine arbeits- und zivilrechtliche Betrachtungsweise, die Vorarbeiten zu den Gleichstellungsgesetzen wie auch aus der feministischen Rechtswissenschaft wenig (wenn überhaupt) zur Kenntnis nimmt⁸⁸ oder diesen sogar explizit entgegentritt⁸⁹. Beiträge aus der feministischen Rechtswissenschaft formulieren demgegenüber rechtspolitische Kritik an der Ausgestaltung des AGG.⁹⁰ Inzwischen sind erste rechtswissenschaftliche Monographien mit übergreifendem Anspruch erschienen.⁹¹

C. Rechtsquellen des Antidiskriminierungsrechts

- 26 Auch wenn mittlerweile kein Rechtsgebiet und keine rechtliche Regelungsmaterie mehr dem Zugriff der unterschiedlichen Rechtsquellen des Verfassungs-, Unions- und Völkerrechts entgeht, ist das Antidiskriminierungsrecht in besonderer Weise von pluralistischer Rechtsquellenvielfalt geprägt. Antidiskriminierungsrechtliche Regelungen finden sich im Völkerrecht und im Recht der Europäischen Union sowie auf den verschiedenen Regelungsebenen des nationalen Rechts, deren wesentliche Grundstrukturen im Folgenden analysiert werden.

I. Völkerrecht

- 27 Im Völkerrecht gibt es vielfältige Gleichheitsgebote und Diskriminierungsverbote: Die zwischenstaatlichen Rechtsbeziehungen sind geprägt vom Grundsatz der souveränen Gleichheit der Staaten (Art. 2 Ziff. 1 UN-Charta), und auch das Wirtschaftsvölkerrecht beruht mit dem Meistbegünstigungsgrundsatz und dem Gleichbehandlungsgebot in weiten Teilen auf diskriminierungsrechtlichen Regelungen.⁹²

1. Universeller Menschenrechtsschutz

- 28 Für das Antidiskriminierungsrecht als auf den Schutz von Individuen und Gruppen abzielende Rechtsmaterie erlangen indes die menschenrechtlichen Garantien besondere Bedeutung, steht doch die gleiche und diskriminierungsfreie Gewährleistung von Rechten

Heyn/Herms (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2. Aufl. 2010 (1. Aufl. 2007); Dickerhof-Borello/Nollert-Borasio/Wenckebach (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 5. Aufl. 2019 (1. Aufl. 2006); Ernst u. a. (Hrsg.), Nomos-Kommentar Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2. Aufl. 2013 (1. Aufl. 2011).

⁸⁸ Dezidiert an feministische Vorarbeiten anknüpfend Schiek/Kocher (Fn. 87).

⁸⁹ Adomeit/Mohr (Fn. 87); zu Adomeits Positionierung kritisch Baer, Innovationen im Recht: Antidiskriminierungsrecht, in: Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovationen im Recht, 2016, S. 271 (277 Fn. 14).

⁹⁰ Wenckebach, Was leistet die Antidiskriminierungsstelle des Bundes?, ArbuR 2008, S. 340 ff. (sehr kritisch und mit Rechtsvergleich zu England und Österreich). Kritisiert wird vor allem der Bezug auf Kategorien, dazu ausführlich unten Rn. 95 ff. (E. IV).

⁹¹ Siehe etwa die zivilrechtlichen Habilitationsschriften von Grünberger (Fn. 9); Kainer, Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Zivilrecht, Habilitationsschrift 2011, im Erscheinen; Mörsdorf, Ungleichbehandlung als Norm, 2018; aus öffentlich-rechtlicher Perspektive Mangold (Fn. 3).

⁹² Siehe v. Arnould, Völkerrecht, 4. Aufl. 2019, Rn. 961 ff.; ausführlich bereits Jaenicke, Der Begriff der Diskriminierung im modernen Völkerrecht, 1940.

im Zentrum des internationalen Menschenrechtsschutzes⁹³ und bildet ein Strukturprinzip der internationalen Menschenrechtsarchitektur.⁹⁴ So betont die Charta der Vereinten Nationen⁹⁵ in der Präambel den Glauben der Völker der Vereinten Nationen an die Menschenrechte sowie die Gleichberechtigung von Mann und Frau und erhebt die Förderung und Festigung der Achtung vor den Menschenrechten und Grundfreiheiten für alle ohne Unterschied der Rasse, des Geschlechts, der Sprache oder der Religion zu den Zielen der Vereinten Nationen.⁹⁶ Das Diskriminierungsverbot ist damit das einzige substantielle Menschenrecht, das in der UN-Charta explizite Erwähnung findet. Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (AEMR)⁹⁷ betont in der Präambel sowie im Zusammenhang mit einzelnen Rechten die Gleichheit aller Menschen, enthält in Art. 2 AEMR ein Diskriminierungsverbot und statuiert in Art. 7 AEMR ein allgemeines Gleichheitsgebot sowie einen Anspruch auf Schutz vor Diskriminierung.⁹⁸ Der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR)⁹⁹ begründet in Art. 2 Abs. 1 IPbPR ein zu den substantiellen Rechten akzessorisches Verbot der Diskriminierung. Art. 26 IPbPR enthält in seinem ersten Satz ein Gleichheitsgebot sowie ein Diskriminierungsverbot und statuiert in seinem zweiten Satz eine staatliche Schutzpflicht gegenüber Diskriminierungen.¹⁰⁰ Im Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwskR)¹⁰¹ stellt das in Art. 2 Abs. 2 IPwskR vorgesehene akzessorisch zu den Rechten des Paktes bestehende Diskriminierungsverbot einen normativen Kerngehalt des Paktes dar.¹⁰²

Besondere Bedeutung für das Antidiskriminierungsrecht erlangen sodann die speziel- 29
 leren Menschenrechtsabkommen, von denen das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (ICERD),¹⁰³ das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW)¹⁰⁴ sowie das Überein-

⁹³ Siehe *Tomuschat*, Human Rights: Between Idealism and Realism, 3. Auf. 2014, S. 73 f.; Überblick über menschenrechtliche Diskriminierungsverbote bei *Wolfrum*, The Prohibition of Discrimination in International Human Rights Treaties, in: FS Riedel, 2013, S. 209 ff.

⁹⁴ *Clifford* (Fn. 4), S. 430 ff.

⁹⁵ Charta der Vereinten Nationen vom 26.6.1945, BGBl. 1973 II, S. 430.

⁹⁶ Siehe Art. 1 Abs. 3, Art. 55 lit. c, Art. 62 Abs. 2, Art. 76 lit. c UN-Charta.

⁹⁷ UN-Generalversammlung, Resolution 217 (III) v. 10.12.1948, UN Doc. A/RES/217(III) A.

⁹⁸ Weitere gleichheitsrechtliche Gehalte finden sich in Art. 16 Satz 2, Art. 21 Abs. 2, Art. 23 Abs. 2, Art. 25 Abs. 2 Satz 2 AEMR.

⁹⁹ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte v. 19.12.1966, BGBl. 1973 II, S. 1533.

¹⁰⁰ Zur extensiven Praxis des Menschenrechtsausschusses zu Art. 26 IPbPR *Tomuschat* (Fn. 93), S. 84 f.

¹⁰¹ Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte v. 19.12.1966, BGBl. 1973 II, S. 1569.

¹⁰² Siehe dazu *Krajewski*, Völkerrecht, 2. Aufl. 2019, § 12 Rn. 110 f.; *Craven*, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Perspective on its Development, 1998, S. 153 f.; ausführlich CESCR, General Comment No. 20, Non-discrimination in economic, social and cultural rights v. 2.7.2009, UN Doc. E/C.12/GC/20. Zudem ordnet der Pakt im Hinblick auf einzelne Rechte deren gleichheitsrechtliche Gewährleistung an, siehe Art. 7 lit. a, lit. c, Art. 10 Nr. 3, Art. 13 Abs. 2 lit. c IPwskR; zur Gleichberechtigung von Mann und Frau noch Art. 3 IPwskR.

¹⁰³ Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form der Rassendiskriminierung v. 21.12.1965, BGBl. 1969 II, S. 961.

¹⁰⁴ Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau v. 18.12.1979, BGBl. 1985 II, S. 1234.

kommen über die Rechte von Menschen mit Behinderung (UN-BRK)¹⁰⁵ eine spezifisch antidiskriminierungsrechtliche Stoßrichtung aufweisen, indem sie sich mit zahlreichen detaillierten Verpflichtungen sowohl in reaktiver als auch proaktiver Hinsicht dem Schutz besonders diskriminierungsanfälliger Gruppen widmen. Ähnliches gilt für das Übereinkommen über die Rechte des Kindes (CRC),¹⁰⁶ dem zwar kein rein antidiskriminierungsrechtlicher Ansatz zugrunde liegt, das aber neben einem umfassenden Diskriminierungsverbot in Art. 2 CRC insgesamt dem Schutz einer besonders vulnerablen Gruppe dient.

30 Deutlich konkreter als im nationalen Recht wird im Rahmen dieser menschenrechtlichen Abkommen anerkannt, dass auch mittelbare Diskriminierungen dem Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots unterfallen.¹⁰⁷ Schutzpflichten sind stärker ausgeprägt und spielen eine erhebliche Rolle. Sie finden sowohl in den Vertragstexten ihren expliziten Niederschlag¹⁰⁸ als auch in der Praxis der Vertragsorgane.¹⁰⁹ Der Menschenrechtsausschuss erkennt an, dass unter bestimmten Voraussetzungen Fördermaßnahmen (*affirmative action*) zugunsten benachteiligter Personengruppen erforderlich sein können.¹¹⁰ Sowohl im Zusammenhang mit rassistischer Diskriminierung¹¹¹ als auch mit Diskriminierung von Frauen¹¹² bestehen besondere Regelungen über Fördermaßnahmen. Das Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderung zielt zudem auf nicht weniger als einen Paradigmenwechsel im Verständnis von und im Umgang mit Behinderungen ab.¹¹³

¹⁰⁵ Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderung v. 13.12.2006, BGBl. 2008 II, S. 1419.

¹⁰⁶ Übereinkommen über die Rechte des Kindes v. 20.11.1989, BGBl. 1992 II, S. 121.

¹⁰⁷ Siehe nur CERD, General Recommendation No. 14 on article 1, paragraph 1, of the Convention, UN Doc. A/48/18 (1993), S. 115; CERD, General Recommendation No. 32, The meaning and scope of special measures in the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, UN Doc. CERD/C/GC/32 (2009), Rn. 7; CEDAW, General Recommendation No. 28 on the core obligations of States parties under article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, UN Doc. CEDAW/C/GC/28 (2010), Rn. 16; auch der Menschenrechtsausschuss baut hierauf auf, siehe CCPR, General Comment No. 18, Non-discrimination, 1989, Rn. 6f.

¹⁰⁸ Siehe nur das Diskriminierungsverbot des Art. 26 Satz 2 IPbPR; im ICERD finden sich Schutzpflichten vor allem in Art. 2, 4 und 6 ICERD; siehe auch Art. 2 CEDAW.

¹⁰⁹ Siehe exemplarisch CCPR, General Comment No. 31 [80], The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13 (2004), Rn. 8; CEDAW, General Recommendation No. 28 on the core obligations of States parties under article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, UN Doc. CEDAW/C/GC/28 (2010), Rn. 9, 16f.

¹¹⁰ CCPR, General Comment No. 18: Non-discrimination (1989), Rn. 10. Positive Verpflichtungen der Staaten bestehen auch speziell im Hinblick auf die Gleichberechtigung von Mann und Frau, siehe Art. 3 und Art. 23 Abs. 4 IPbPR; dazu CCPR, General Comment No. 28 Article 3 (The equality of rights between men and women), UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.10 (2000); *Kälin/Künzli*, Universeller Menschenrechtsschutz, 4. Aufl. 2019, S. 417.

¹¹¹ Siehe Art. 1 Abs. 4 und Art. 2 Abs. 2 ICERD; hierzu CERD, General Recommendation No. 32, The meaning and scope of special measures in the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, UN Doc. CERD/C/GC/32 (2009).

¹¹² Siehe Art. 4 CEDAW; dazu CEDAW, General recommendation No. 25, Article 4, paragraph 1, of the Convention (temporary special measures) (2004).

¹¹³ Dazu → *Zinsmeister*, § 9 Rn. 54 ff.

Zur Überwachung der Einhaltung der Verpflichtungen durch die Vertragsstaaten richten die Übereinkommen jeweils einen mit unabhängigen Experten besetzten Ausschuss ein, dem über Staatenberichtssysteme sowie fakultative Individual- und Staatenbeschwerdeverfahren die Aufgabe der Kontrolle staatlichen Handelns sowie der Interpretation und Fortentwicklung der jeweiligen Abkommen zukommt.¹¹⁴ Ergänzt werden diese Menschenrechtsabkommen durch Übereinkommen, die bereichsspezifisch Diskriminierung etwa im Bereich Bildung¹¹⁵ oder Beschäftigung¹¹⁶ adressieren. Auch die Genfer Flüchtlingskonvention (GFK)¹¹⁷ knüpft mit dem Flüchtlingsbegriff (Art. 1 A Nr. 2 GFK) und dem *Refoulement*-Verbot (Art. 33 Abs. 1 GFK) an diskriminierende Kategorien an und verpflichtet die Vertragsparteien zu einer diskriminierungsfreien Anwendung des Übereinkommens (Art. 3 GFK).¹¹⁸

2. Europäische Menschenrechtskonvention

Im Rahmen des Europarates ist die Europäische Menschenrechtskonvention¹¹⁹ das zentrale Übereinkommen mit antidiskriminierungsrechtlichem Gehalt.¹²⁰ Die Konvention baut auf der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte auf und weist daher einige Parallelen zu den Verbürgungen der universellen Menschenrechtsabkommen auf, unterscheidet sich in verschiedener Hinsicht aber auch von diesen.¹²¹ Die EMRK selbst enthält keinen allgemeinen Gleichheitssatz. Das Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK¹²² hingegen

¹¹⁴ Überblick bei *Dederer*, Die Durchsetzung der Menschenrechte, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. VI/2, 2009, § 176 Rn. 66 ff.; ausführlich *Rodley*, The Role and Impact of Treaty Bodies, in: Shelton (Hrsg.), The Oxford Handbook of International Human Rights Law, 2013, S. 621 ff.; zur rechtlichen Bedeutung der Entscheidungen dieser Ausschüsse *Payandeh*, Rechtsauffassungen von Menschenrechtsausschüssen der Vereinten Nationen in der deutschen Rechtsordnung, NVwZ 2020, S. 125.

¹¹⁵ UNESCO Übereinkommen gegen Diskriminierung im Unterrichtswesen v. 15.12.1960, BGBl. 1968 II, S. 385.

¹¹⁶ Internationale Arbeitsorganisation Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf v. 25.6.1958, BGBl. 1961 II, S. 97.

¹¹⁷ Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge v. 28.7.1951, BGBl. 1953 II, S. 559.

¹¹⁸ Zu Diskriminierungsschutz und Migration → *Janda*, § 24.

¹¹⁹ Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 4.11.1950, BGBl. 1952 II, S. 686, in der Fassung der Bekanntmachung v. 22.10.2010, BGBl. 2010 II, S. 1198; zuletzt geändert mit Wirkung zum 1.8.2021 (BGBl. 2021 II, S. 522) durch Protokoll Nr. 15 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 24.6.2013, BGBl. 2014 II, S. 1034.

¹²⁰ Im Rahmen des Europarates sind noch weitere völkerrechtliche Verträge mit Diskriminierungsverboten oder antidiskriminierungsrechtlichem Gehalt entwickelt worden: So enthält etwa die 1999 in Kraft getretene, von der Bundesrepublik 2021 ratifizierte (BGBl. 2020 II, S. 900) revidierte Europäische Sozialcharta v. 3.5.1996, ETS Nr. 163, in Art. E ein Diskriminierungsverbot. Auch das Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten v. 1.2.1995, ETS Nr. 157, BGBl. 1997 II, S. 1406, enthält mehrere Diskriminierungsverbote (Art. 4, Art. 6 Abs. 2, Art. 9 Abs. 1 und Abs. 2). Gegen geschlechtsspezifische Diskriminierung wendet sich schließlich das Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt v. 11.5.2011, ETS Nr. 210, BGBl. 2017 II, S. 1026, die sogenannte Istanbul-Konvention.

¹²¹ Vergleichbares gilt für andere regionale Menschenrechtsabkommen, siehe hierzu *Clifford* (Fn. 4), S. 436 f.; *Tomuschat* (Fn. 93), S. 77 f.

¹²² Zu Entstehung und Hintergründen *Schabas*, The European Convention on Human Rights, A Commentary, 2015, S. 557 ff.

ist – anders als die allgemeine Gleichheitsgarantie des 2005 in Kraft getretenen, von der Bundesrepublik bislang nicht ratifizierten Protokolls Nr. 12,¹²³ dem ein identischer Diskriminierungsbegriff zugrunde liegt¹²⁴ und das im Übrigen nicht wesentlich über die Garantie des Art. 14 EMRK hinausgeht¹²⁵ – als akzessorisches Recht ausgestaltet. Das bedeutet, dass die Anwendbarkeit von Art. 14 EMRK stets die Anwendbarkeit – nicht notwendigerweise die Verletzung – eines anderen Konventionsrechts voraussetzt.¹²⁶ Damit kann es zu Überschneidungen zwischen Art. 14 EMRK und anderen Konventionsrechten kommen: bei diskriminierungsmotivierten Gewalttaten im Hinblick auf Art. 3 EMRK, dem Verbot von Folter, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe,¹²⁷ im Fall rassistisch motivierter Tötungsdelikte im Hinblick auf Art. 2 EMRK, dem Recht auf Leben.¹²⁸ Ob ein Fall am Maßstab des Diskriminierungsverbots, eines anderen Konventionsrechts oder an beiden gemessen wird, entscheidet der EGMR unter Ansehung der Umstände des Einzelfalles und unter Berücksichtigung des Schwerpunkts des Vorbringens der Beschwerdeführenden.¹²⁹

33 Die dogmatischen Grundlinien des Art. 14 EMRK sind in der Rechtsprechung des EGMR fest etabliert: Dem EGMR zufolge liegt eine Diskriminierung vor, wenn eine Person oder Gruppe anders behandelt wird als eine vergleichbare andere Person oder Gruppe und es dafür keine sachliche oder vernünftige Begründung gibt.¹³⁰ An die Feststellung einer Ungleichbehandlung, insbesondere an das Kriterium der Vergleichbarkeit, knüpft der EGMR keine hohen Anforderungen.¹³¹ Art. 14 EMRK erfasst auch mittelbare Diskriminierungen, die sich aus der diskriminierenden Wirkung einer augenscheinlich neutralen Maßnahme oder Politik ergeben können.¹³² Die Zulässigkeit von Ungleichbehandlungen, die darauf abzielen, faktisch bestehende Ungleichheiten zwischen bestimmten Gruppen zu bekämpfen und zu kompensieren, erkennt der EGMR ausdrücklich an¹³³ und betont sogar, dass die Gleichbehandlung faktisch unterschiedlicher Personen oder Personengruppen eine Diskriminierung darstellen kann.¹³⁴ Neben der Ungleichbehandlung ist eine Anknüpfung

¹²³ Protokoll Nr. 12 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 4.11.2000, ETS Nr. 177.

¹²⁴ Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms v. 4.11.2000, ETS Nr. 177, Rn. 18.

¹²⁵ Siehe *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl. 2021, § 26 Rn. 39 f.; *Sauer*, in: Karpenstein/Mayer (Hrsg.), EMRK, 3. Aufl. 2022, Art. 1 12. ZP Rn. 1.

¹²⁶ EGMR, Urte. v. 4.3.2014, Beschwerde-Nr. 7552/09, *Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v. Vereinigtes Königreich*, Rn. 25; siehe im Einzelnen und zu einzelnen Fallgruppen *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 125), § 26 Rn. 4 ff.

¹²⁷ EGMR, Urte. v. 12.5.2015, Beschwerde-Nr. 73235/12, *Identoba u. a. v. Georgien*, Rn. 63.

¹²⁸ EGMR, Urte. v. 6.7.2005, Beschwerde-Nr. 43577/98 und 43579/98, *Nachova u. a. v. Bulgarien*, Rn. 144 ff.

¹²⁹ Siehe EGMR, Urte. v. 16.3.2010, Beschwerde-Nr. 15766/03, *Oršuš u. a. v. Kroatien*, Rn. 144; *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 125), § 26 Rn. 2 f.; *Sauer*, in: Karpenstein/Mayer (Hrsg.), EMRK, 3. Aufl. 2022, Art. 14 Rn. 19.

¹³⁰ EGMR, Urte. v. 13.11.2007, Beschwerde-Nr. 57325/00, *D. H. u. a. v. Tschechische Republik*, Rn. 175.

¹³¹ *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 125), § 26 Rn. 8.

¹³² EGMR, Urte. v. 4.5.2001, Beschwerde-Nr. 24746/94, *Hugh Jordan v. Vereinigtes Königreich*, Rn. 154.

¹³³ EGMR, Urte. v. 13.11.2007, Beschwerde-Nr. 57325/00, *D. H. u. a. v. Tschechische Republik*, Rn. 175.

¹³⁴ EGMR, Urte. v. 6.4.2000, Beschwerde-Nr. 34369/97, *Thlimmenos v. Griechenland*, Rn. 44.

an eine Diskriminierungskategorie erforderlich, woran ebenfalls keine hohen Anforderungen geknüpft werden, da die Aufzählung der Kategorien des Art. 14 EMRK ausdrücklich nicht abschließend ist und der EGMR zudem über die Kategorie des „sonstigen Status“ Gesichtspunkte einfließen lässt, die von anderen Kategorien nicht erfasst werden.¹³⁵ Auf der Ebene des Tatbestandes verblasst daher die Bedeutung der Differenzierungskategorien, auf Rechtfertigungsebene kann sie allerdings wieder Relevanz entfalten.¹³⁶

Der EGMR hat schon früh betont, dass trotz des gerade in der französischen Fassung (34) (*sans distinction aucune*) sehr strikt erscheinenden Art. 14 EMRK nicht jede unterschiedliche Behandlung eine konventionswidrige Diskriminierung darstellt, sondern dass unterschiedliche Situationen und Probleme unterschiedliche rechtliche Lösungen erfordern.¹³⁷ Eine Ungleichbehandlung stellt danach nur dann eine Diskriminierung dar, wenn keine sachliche und vernünftige Rechtfertigung vorliegt, wofür der EGMR verlangt, dass mit der Ungleichbehandlung ein legitimes Ziel verfolgt wird und zwischen dem angestrebten Ziel und dem eingesetzten Mittel ein angemessenes Verhältnis besteht.¹³⁸ Im Zentrum der Rechtfertigungsprüfung steht damit der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.¹³⁹ Dabei betont der EGMR einerseits den Beurteilungsspielraum der Vertragsstaaten (*margin of appreciation*) bei der Frage, inwiefern eine Ungleichbehandlung gerechtfertigt erscheint.¹⁴⁰ Andererseits bringt der EGMR in Ansehung der unterschiedlichen Differenzierungsgründe unterschiedlich strenge Rechtfertigungsanforderungen zur Anwendung.¹⁴¹ Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts, der Religion oder der Rasse verlangen für eine Rechtfertigung besonders schwerwiegende Gründe.¹⁴² Speziell mit Blick auf die Kriterien der Rasse, Hautfarbe und der ethnischen Herkunft betont der Gerichtshof, dass das Erfordernis einer sachlichen und vernünftigen Rechtfertigung so streng wie möglich gehandhabt werden muss.¹⁴³ Eine Unterscheidung, die ausschließlich oder im Wesentlichen auf die ethnische Herkunft oder Rasse einer Person abstellt, ist nach Auffassung des EGMR nicht zu rechtfertigen.¹⁴⁴

In der Rechtsprechung des EGMR kommt schließlich – wie typischerweise im Rahmen (35) der Diskriminierungsverbote – der Frage des Nachweises einer Diskriminierung be-

¹³⁵ Siehe etwa EGMR, Urt. v. 2.11.2010, Beschwerde-Nr. 3976/05, *Şerife Yiğit v. Türkei*, Rn. 78.

¹³⁶ *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 125), § 26 Rn. 12.

¹³⁷ EGMR, Urt. v. 23.7.1968, Beschwerde-Nr. 1474/62 u. a., Case „relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium“, Rn. 10.

¹³⁸ EGMR, Urt. v. 18.2.1999, Beschwerde-Nr. 29515/95, *Larkos v. Zypern*, Rn. 29; EGMR, Urt. v. 13.11.2007, Beschwerde-Nr. 57325/00, *D.H. u. a. v. Tschechische Republik*, Rn. 196.

¹³⁹ *Schabas* (Fn. 122), S. 565; *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 125), § 26 Rn. 13 f.

¹⁴⁰ EGMR, Urt. v. 18.2.1999, Beschwerde-Nr. 29515/95, *Larkos v. Zypern*, Rn. 29; Analyse der Rechtsprechung bei *Sauer* (Fn. 129), Art. 14 Rn. 38 ff.

¹⁴¹ Ausführliche Analyse bei *Altwickler* (Fn. 6), S. 196 ff.

¹⁴² Zur Systematik der Rechtfertigungsgründe für Diskriminierungen → *Reimer*, § 17 Rn. 74 ff.

¹⁴³ EGMR, Urt. v. 13.11.2007, Beschwerde-Nr. 57325/00, *D.H. u. a. v. Tschechische Republik*, Rn. 196; dazu → *Barskanmaz*, § 7 Rn. 42 ff.

¹⁴⁴ EGMR, Urt. v. 13.12.2005, Beschwerde Nr. 55762/00 und 55974/00, *Timishev v. Russland*, Rn. 58; EGMR, Urt. v. 13.11.2007, Beschwerde-Nr. 57325/00, *D.H. u. a. v. Tschechische Republik*, Rn. 176; *Sauer* (Fn. 129), Art. 14 Rn. 4 und Rn. 40.

sondere Bedeutung zu.¹⁴⁵ Mit Blick auf die Beweislastverteilung geht der EGMR davon aus, dass Beschwerdeführende eine Ungleichbehandlung aufzeigen müssen und sodann dem beklagten Staat die Beweislast dafür obliegt, dass diese Ungleichbehandlung gerechtfertigt ist.¹⁴⁶ Im Rahmen des *prima facie*-Nachweises einer Ungleichbehandlung lässt der Gerichtshof erkennen, dass er einerseits gewillt ist, eine Vielzahl von Informationsquellen und Umständen zu berücksichtigen, andererseits sehr offen mit dem notwendigen Beweismaß umgeht.¹⁴⁷ Auch den Grundsatz, dass jede Partei diejenigen Tatsachen beweisen muss, auf die sie sich beruft, handhabt der EGMR flexibel: Soweit aufgrund der Umstände notwendigerweise davon auszugehen ist, dass bestimmte Informationen ausschließlich in der Sphäre des Staates vorhanden sind, kann es zu einer Beweislastumkehr kommen.¹⁴⁸ Zur Feststellung einer faktischen Diskriminierung greift der EGMR auch auf Statistiken zurück.¹⁴⁹ Auch insofern kann sich die Beweislast auf den verklagten Staat verlagern.

- 36 Der EGMR erkennt schließlich positive Verpflichtungen im Zusammenhang mit Art. 14 EMRK an.¹⁵⁰ Er bejaht eine weitreichende Schutzpflicht im Hinblick auf Diskriminierungen, die von Privaten ausgehen. So verpflichtet Art. 14 EMRK die Staaten nach Auffassung des EGMR etwa dazu, effektive gerichtliche Rechtsschutzstrukturen gegen Diskriminierung zu errichten.¹⁵¹ Staatliche Instanzen müssen auch im Übrigen Maßnahmen gegen gesellschaftliche Diskriminierungspraxen ergreifen.¹⁵² Fest etabliert in der Rechtsprechung des EGMR ist zudem die Verpflichtung, mögliche rassistische Motive einer Straftat effektiv zu untersuchen.¹⁵³ Diese Rechtsprechung lässt sich auch auf andere Dis-

¹⁴⁵ Siehe *Schabas* (Fn. 122), S. 569 ff.; ausführliche Analyse bei *Schlüter*, Beweisfragen in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, 2019, S. 305 ff.; allgemein zu Fragen des Beweisrechts im Antidiskriminierungsrecht → *Muthorst*, § 19.

¹⁴⁶ EGMR, Urt. v. 29.4.1999, Beschwerde-Nr. 25088/94 u. a., *Chassagnou u. a. v. Frankreich*, Rn. 91 f.; EGMR, Urt. v. 13.12.2005, Beschwerde Nr. 55762/00 und 55974/00, *Timishev v. Russland*, Rn. 57.

¹⁴⁷ Siehe EGMR, Urt. v. 6.7.2005, Beschwerde-Nr. 43577/98 und 43579/98, *Nachova u. a. v. Bulgarien*, Rn. 147; EGMR, Urt. v. 13.11.2007, Beschwerde-Nr. 57325/00, *D. H. u. a. v. Tschechische Republik*, Rn. 178.

¹⁴⁸ Siehe EGMR, Urt. v. 6.7.2005, Beschwerde-Nr. 43577/98 und 43579/98, *Nachova u. a./Bulgarien*, Rn. 157; EGMR, Urt. v. 13.11.2007, Beschwerde-Nr. 57325/00, *D. H. und andere/Tschechische Republik*, Rn. 179; siehe auch *Sauer* (Fn. 129), Art. 14 Rn. 30 f.

¹⁴⁹ Siehe EGMR, Beschl. v. 6.1.2005, Beschwerde-Nr. 58641/00, *Hoogendijk v. Niederlande*; EGMR, Urt. v. 20.6.2006, Beschwerde-Nr. 17209/02, *Zarb Adami v. Malta*, Rn. 75 ff.; EGMR, Urt. v. 13.11.2007, Beschwerde-Nr. 57325/00, *D. H. u. a. v. Tschechische Republik*, Rn. 180; zur Bedeutung von Statistiken für den Nachweis von Diskriminierungen → *Towfigh*, § 18 Rn. 9 ff.

¹⁵⁰ Dazu *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 125), § 26 Rn. 34 ff.; *Altwicker* (Fn. 6), S. 304 ff.; *Krieger*, Positive Verpflichtungen unter der EMRK: Unentbehrliches Element einer gemein-europäischen Grundrechtsdogmatik, leeres Versprechen oder Grenze der Justiziabilität?, *ZaöRV* 74 (2014), S. 187 ff.; *Stahl*, Schutzpflichten im Völkerrecht, 2012, S. 104 ff., S. 205 ff. und S. 255 ff.

¹⁵¹ EGMR, Urt. v. 30.7.2009, Beschwerde-Nr. 67336/01, *Danilenkov u. a. v. Russland*, Rn. 124.

¹⁵² EGMR, Urt. v. 9.6.2009, Beschwerde-Nr. 33401/02, *Opuz v. Türkei*, Rn. 183 ff.; sehr weitreichend auch EGMR, Urt. v. 6.7.2005, Beschwerde-Nr. 43577/98 und 43579/98, *Nachova u. a. v. Bulgarien*, Rn. 145; EGMR, Urt. v. 31.5.2007, Beschwerde-Nr. 40116/02, *Šečić v. Kroatien*, Rn. 66 ff.; EGMR, Urt. v. 26.7.2007, Beschwerde-Nr. 55523/00, *Angelova und Iliev v. Bulgarien*, Rn. 115 ff.; EGMR, Urt. v. 14.12.2010, Beschwerde-Nr. 74832/01, *Mižigárová v. Slowakei*, Rn. 119 ff.

¹⁵³ EGMR, Urt. v. 6.7.2005, Beschwerde-Nr. 43577/98 und 43579/98, *Nachova u. a. v. Bulgarien*, Rn. 160 f.

kriminierungskategorien wie etwa die sexuelle Orientierung übertragen.¹⁵⁴ Ansatzpunkte für positive Verpflichtungen ergeben sich auch im Zusammenhang mit der Aussage, dass die Gleichbehandlung trotz faktisch bestehender Unterschiede eine Diskriminierung darstellen kann.¹⁵⁵ Indem der EGMR anerkennt, dass das staatliche Unterlassen von Bemühungen, faktische Ungleichbehandlungen durch differenzierende Behandlungen zu korrigieren, selbst eine Konventionsverletzung darstellen kann,¹⁵⁶ erkennt er dem Grunde nach eine staatliche Verpflichtung zum Erlass positiver Maßnahmen zugunsten benachteiligter Gruppen an.¹⁵⁷ Der EGMR betont zudem allgemein, dass die Vertragsstaaten die besonderen Bedürfnisse einer benachteiligten Gruppe hinreichend zu berücksichtigen haben.¹⁵⁸

3. Besonderheiten und Potential des völkerrechtlichen Antidiskriminierungsrechts

Die völkerrechtlichen Verpflichtungen mit antidiskriminierungsrechtlichem Gehalt weisen 37 einige Besonderheiten auf: Neben der klassischen abwehrrechtlichen Dimension (*obligation to respect*) lassen die menschenrechtlichen Regime im Vergleich zur nationalen Rechtsordnung eine besondere Bedeutung von Schutzpflichten (*obligation to protect*) erkennen¹⁵⁹ und erweisen sich zum Teil als besonders sensibel für Fragen der effektiven Durchsetzung und für die systemischen Rahmenbedingungen zur Verwirklichung von Menschenrechten (*obligation to fulfill*).¹⁶⁰ Sie zeigen zudem eine zum Teil über das deutsche Recht deutlich hinausgehende Offenheit für positive Maßnahmen.¹⁶¹ Wichtige Impulse können von den Definitionen von Diskriminierung ausgehen, die in einigen Verträgen explizit normiert sind¹⁶² und deutlicher als nationale Regelungen herausstellen, dass auch mittelbare Diskriminierungen erfasst werden sowie Belästigungen¹⁶³ und die Anweisung¹⁶⁴ zu Diskrimi-

¹⁵⁴ Siehe etwa EGMR, Urt. v. 12.5.2015, Beschwerde-Nr. 73235/12, *Identoba u. a. v. Georgien*, Rn. 67.

¹⁵⁵ EGMR, Urt. v. 6.4.2000, Beschwerde-Nr. 34369/97, *Thlimmenos v. Griechenland*, Rn. 44.

¹⁵⁶ EGMR, Urt. v. 12.4.2006, Beschwerde-Nr. 65731/01 and 65900/01, *Stec u. a. v. Vereinigtes Königreich*, Rn. 51; bestätigt in EGMR, Urt. v. 29.6.2006, Beschwerde-Nr. 23960/02, *Zeman v. Österreich*, Rn. 32; EGMR, Urt. v. 13.11.2007, Beschwerde-Nr. 573250/00, *D. H. u. a. v. Tschechische Republik*, Rn. 175; EGMR, Urt. v. 29.1.2013, Beschwerde-Nr. 11146/11, *Horváth und Kiss v. Ungarn*, Rn. 101.

¹⁵⁷ So auch *Peters/König*, Das Diskriminierungsverbot, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, Bd. II, 2. Aufl. 2013, Kap. 21 Rn. 101; *Meyer-Ladewig/Lehner*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/v. Raumer (Hrsg.), EMRK, 4. Aufl. 2017, Art. 14 Rn. 15; zweifelnd *Sauer* (Fn. 129), Art. 14 Rn. 47; kritisch *Heyden/v. Ungern-Sternberg*, Ein Diskriminierungsverbot ist kein Fördergebot – wider die neue Rechtsprechung des EGMR zu Art. 14 EMRK, EuGRZ 2009, S. 81 (86 ff.); *Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand: Juli 2015, Art. 3 Abs. 3 Rn. 33.

¹⁵⁸ EGMR, Urt. v. 16.3.2010, Beschwerde-Nr. 15766/03, *Oršuš u. a. v. Kroatien*, Rn. 182.

¹⁵⁹ Ausführlich *Stahl* (Fn. 150).

¹⁶⁰ Siehe nur CCPR, General Comment No. 31 [80], The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant v. 29.3.2004, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13, Rn. 7.

¹⁶¹ *Clifford* (Fn. 4), S. 439 ff.; dazu → *Schuler-Harms*, § 16 Rn. 39 ff.

¹⁶² Art. 1 Abs. 1 ICERD; Art. 1 CEDAW; Art. 2 UN-BRK.

¹⁶³ Siehe etwa CESCR, General Comment No. 20, Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), UN Doc. E/C.12/GC/20 (2009), Rn. 7.

¹⁶⁴ Siehe etwa Art. 2 Abs. 1 lit. a, Art. 4 ICERD.

nierung. Aufgrund ihres Fokus auf bestimmte Formen von Diskriminierung haben die menschenrechtlichen Ausschüsse schließlich potentiell eine besondere Sensibilität für die Interessen und Schutzbedürftigkeit der jeweils geschützten Gruppen, sodass ihre Praxis zum Teil weitgehende und progressive Ansätze in antidiskriminierungsrechtlichen Fragen erkennen lässt.¹⁶⁵

- 38 Ähnliches gilt für die EMRK, die sich im Vergleich zu den universellen Menschenrechtsregimen durch einen schlagkräftigen Gerichtshof auszeichnet, der Rechtsverletzungen im Einzelfall feststellen kann und mit seiner Rechtsprechung in autoritativer Weise zur Auslegung, Konkretisierung und Fortentwicklung der Konvention beiträgt. Konvention und Rechtsprechung des EGMR kommt auch innerstaatlich ein besonderer Stellenwert zu.¹⁶⁶ Wichtige Impulse für antidiskriminierungsrechtliche Fragestellungen können dabei einerseits von Einzelentscheidungen ausgehen, andererseits generell aus dem dynamisch-progressiven Ansatz des EGMR folgen, etwa im Hinblick auf die bereitwillige Annahme von positiven Verpflichtungen oder den flexiblen Umgang mit dem Beweisrecht im Kontext von Diskriminierungen.

II. Recht der Europäischen Union

- 39 Im Unionsrecht haben Diskriminierungsverbote eine lange Tradition und Bedeutung, insbesondere im Kontext des Abbaus von Handelshemmnissen und Wettbewerbsverzerrungen.¹⁶⁷ Die marktbezogenen Grundfreiheiten stellen im Kern Diskriminierungsverbote dar, sie werden ergänzt durch das grundlegende Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit (Art. 18 AEUV).¹⁶⁸ Die antidiskriminierungsrechtlichen Regelungen des Unionsrechts im engeren Sinne lassen sich unterteilen in Regelungen der Unionsverträge, unionsgrundrechtliche Garantien sowie sekundärrechtliche Konkretisierungen.

1. Antidiskriminierungsrechtliche Regelungsgehalte der Unionsverträge

- 40 Art. 2 EUV zählt Menschenwürde und Gleichheit zu den Werten, auf denen sich die Union gründet, und sieht Pluralismus, Nichtdiskriminierung und Toleranz auch als gesellschaftliche Werte an. Neben dem als Gebot der Entgeltgleichheit bereits im EWG-Vertrag verankerten Grundsatz der Gleichstellung von Mann und Frau im Erwerbsleben (heute Art. 157 AEUV) erhebt der EU-Vertrag die Bekämpfung von Diskriminierung zu einem Ziel der Union (Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EUV), das nach der Querschnittsklausel des

¹⁶⁵ Zu den entsprechenden Chancen und Risiken *Payandeh*, Die Entscheidung des UN-Ausschusses gegen Rassendiskriminierung im Fall Sarrazin, JZ 2013, S. 980 (988 f.); *Payandeh*, Fragmentation within international human rights law, in: Andenas/Bjorge (Hrsg.), A Farewell to Fragmentation, 2015, S. 299 (308 ff.).

¹⁶⁶ Siehe BVerfGE 74, 358 (370) – *Unschuldsvermutung* (1987); BVerfGE 111, 307 (317 ff.) – *Görgülü* (2004); BVerfGE 128, 326 (367 ff.) – *Sicherungsverwahrung II* (2011); BVerfGE 148, 296 (350 ff. Rn. 126 ff.) – *Beamtenstreikverbot* (2018); zum Ganzen *Sauer*, Staatsrecht III, 7. Aufl. 2022, § 7 Rn. 18 ff.

¹⁶⁷ Dazu bereits oben Rn. 20 (B. II.).

¹⁶⁸ Dazu *Schmahl*, Gleichheitsgarantien, in: Grabenwarter (Hrsg.), Europäischer Grundrechtsschutz, Enzyklopädie Europarecht, Bd. 2, 2. Aufl. 2022, § 15 Rn. 60 ff.

Art. 10 AEUV – für die Gleichstellung von Mann und Frau nochmals speziell in Art. 8 AEUV geregelt – im Rahmen der Politik und Maßnahmen der Union zu berücksichtigen ist. Seit dem Vertrag von Amsterdam enthält das Unionsrecht zudem eine weitreichende Kompetenzgrundlage für den Erlass antidiskriminierungsrechtlicher Maßnahmen, den heutigen Art. 19 AEUV.

2. Unionsgrundrechtliche Diskriminierungsverbote

Der Gerichtshof der Europäischen Union hat bereits vor Inkrafttreten der Charta der Grundrechte der Europäischen Union anerkannt, dass Gleichheit und Nichtdiskriminierung zu den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts gehören.¹⁶⁹ Die mit dem Vertrag von Lissabon zu rechtlicher Verbindlichkeit erstarkte (Art. 6 Abs. 1 EUV) Grundrechte-Charta enthält nunmehr einen eigenen Abschnitt über Gleichheit, der neben einem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 20 GRCh) im Anschluss an Art. 14 EMRK ein umfassendes Diskriminierungsverbot (Art. 21 GRCh) statuiert.¹⁷⁰ Art. 21 GRCh erfasst sowohl unmittelbare als auch mittelbare Diskriminierungen¹⁷¹ und geht im Hinblick auf die Diskriminierungskategorien über den Standard der universellen Menschenrechtsverbürgungen hinaus.¹⁷² Rechtfertigungen von Diskriminierungen sind grundsätzlich möglich, der allgemeine Einschränkungsvorbehalt des Art. 52 Abs. 1 GRCh findet auch auf Art. 21 GRCh Anwendung,¹⁷³ wenngleich die Rechtsprechung des EuGH insofern eher zurückhaltend ausfällt.¹⁷⁴ Die Anforderungen an eine Rechtfertigung können sowohl im Hinblick auf die verschiedenen Diskriminierungskategorien variieren, als auch sich danach unterscheiden, ob eine unmittelbare oder eine mittelbare Diskriminierung vorliegt.¹⁷⁵ Art. 21 GRCh ist nach der Rechtsprechung des EuGH unmittelbar anwendbar und begründet ein subjektives Recht.¹⁷⁶

Wirkungen mit Blick auf Privatrechtsverhältnisse entfaltet Art. 21 GRCh primär über seine sekundärrechtlichen Konkretisierungen, daneben besteht eine staatliche Schutz-

¹⁶⁹ EuGH, Urt. v. 3.5.2007, Rs. C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*, Rn. 45 f.; zur Verankerung in den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen *Hölscheidt*, in: Meyer/Hölscheidt (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 21 Rn. 5 ff.

¹⁷⁰ Ergänzt werden diese Regelungen durch das Gebot der Gleichheit von Männern und Frauen (Art. 23 GRCh), spezielle Regelungen zu den Rechten von Kindern (Art. 24 GRCh) und älteren Menschen (Art. 25 GRCh) und zur Integration von Menschen mit Behinderung (Art. 26 GRCh) sowie ein grundsätzliches Bekenntnis zur Vielfalt von Kulturen, Religionen und Sprachen (Art. 22 GRCh).

¹⁷¹ *Hölscheidt* (Fn. 169), Art. 21 Rn. 36 ff.; *Jarass*, Charta der Grundrechte der EU, 4. Aufl. 2021, Art. 21 Rn. 10 f.

¹⁷² *Tomuschat* (Fn. 93), S. 77.

¹⁷³ EuGH, Urt. v. 29.4.2015, Rs. C-528/13, *Léger*, Rn. 51 ff.

¹⁷⁴ Siehe *Classen*, Freiheit und Gleichheit im öffentlichen und im privaten Recht – Unterschiede zwischen europäischem und deutschem Grundrechtsschutz?, EuR 2008, S. 627 (633 ff.).

¹⁷⁵ *Jarass* (Fn. 171), Art. 21 Rn. 29; *Britz*, Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung, 2008, S. 53; differenzierend *Mangold/Payandeh*, Diskriminierungsschutz und unternehmerische Freiheit im Unionsrecht, EuR 2017, S. 700 (708 ff.).

¹⁷⁶ *Jarass* (Fn. 171), Art. 21 Rn. 3; *Hölscheidt* (Fn. 169), Art. 21 Rn. 31 f.; *Schmahl* (Fn. 168), § 15 Rn. 3 und Rn. 6.

pfligt gegenüber von Privaten ausgehenden Diskriminierungen.¹⁷⁷ Bedeutung erlangt Art. 21 GRCh zudem über die allgemeinen unionsrechtlich anerkannten Einwirkungsmöglichkeiten wie etwa die unionsrechtskonforme Auslegung oder die Unanwendbarkeit unionsrechtswidrigen nationalen Rechts.¹⁷⁸ Darüber hinaus wird eine unmittelbare Drittwirkung des Art. 21 GRCh zwar im Schrifttum weitgehend abgelehnt;¹⁷⁹ gleichwohl betont der EuGH in seiner neueren Rechtsprechung, Art. 21 GRCh verleihe dem Einzelnen ein Recht, das er in einem Rechtsstreit geltend machen könne, und stellt dann – durchaus kryptisch – fest, Art. 21 GRCh verbiete Diskriminierungen auch dann, wenn sie aus Verträgen zwischen Privatpersonen resultierten.¹⁸⁰

3. Antidiskriminierungsrechtliches Sekundärrecht

- 43 Das Antidiskriminierungsrecht der Europäischen Union ist schließlich in besonderem Maße sekundärrechtlich geprägt.¹⁸¹ Gestützt auf Art. 19 AEUV haben die Unionsorgane eine Reihe von Antidiskriminierungs-Richtlinien erlassen: Die Antirassismus-Richtlinie ist auf Diskriminierungen aufgrund der „Rasse“ oder ethnischen Herkunft beschränkt, beansprucht dafür aber Anwendbarkeit im gesamten öffentlichen wie auch privaten Bereich, bezogen auf Beschäftigungsverhältnisse, den sozialen Bereich, das Bildungswesen sowie die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen.¹⁸² Die Rahmenrichtlinie erfasst einen weitergehenden Kreis an Diskriminierungskategorien, ist dafür aber in ihrer sachlichen Reichweite auf den Bereich von Beschäftigung und Beruf beschränkt.¹⁸³ Die Gender-Richtlinie erfasst ausschließlich geschlechtsspezifische Diskriminierungen und ist in ihrer Anwendungsreichweite beschränkt auf den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen.¹⁸⁴
- 44 Den Richtlinien liegt ein weiter Begriff von Diskriminierung zugrunde, der unmittelbare und mittelbare Diskriminierungen ebenso erfasst wie Belästigungen und Anweisungen zur Diskriminierung.¹⁸⁵ Positive Maßnahmen sind zulässig.¹⁸⁶ Über ihren materiell-rechtlichen Gehalt hinaus zielen die Richtlinien auf eine möglichst effektive Umsetzung ab,

¹⁷⁷ *Classen* (Fn. 174), S. 639; *Jarass* (Fn. 171), Art. 21 Rn. 18; *Schmahl* (Fn. 168), § 15 Rn. 29 und Rn. 172; *Peters/König* (Fn. 157), Kap. 21 Rn. 92; dagegen *Hölscheidt* (Fn. 169), Art. 21 Rn. 56; *Rossi*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2021, Art. 21 GRCh Rn. 11.

¹⁷⁸ Dazu *Sauer* (Fn. 166), § 8 Rn. 25 ff.

¹⁷⁹ Siehe nur *Hölscheidt* (Fn. 169), Art. 21 Rn. 34; anders nun *Jarass* (Fn. 171), Art. 21 Rn. 4.

¹⁸⁰ EuGH, Urt. v. 17.4.2018, Rs. C-414/16, *Egenberger*, Rn. 77; EuGH, Urt. v. 11.9.2018, Rs. C-68/17, *IR*, Rn. 69; EuGH, Urt. v. 22.1.2019, Rs. C-193/17, *Cresco*, Rn. 76 f. Darin lässt sich die Andeutung einer unmittelbaren Wirkung des primärrechtlichen Diskriminierungsverbotes sehen, so etwa *Kainer*, Rückkehr der unmittelbar-horizontalen Grundrechtswirkung aus Luxemburg?, NZA 2018, S. 894 ff.

¹⁸¹ Siehe dazu bereits oben Rn. 43 ff. (C. II. 3.).

¹⁸² Art. 1, Art. 3 Antirassismus-Richtlinie.

¹⁸³ Art. 1, Art. 3 Rahmenrichtlinie.

¹⁸⁴ Art. 1, Art. 3 Gender-Richtlinie.

¹⁸⁵ Art. 2 Antirassismus-Richtlinie; Art. 2 Rahmenrichtlinie; Art. 4 Gender-Richtlinie, die zusätzlich noch die sexuelle Belästigung aufführt; zu den Rechtsfiguren → *Sacksofsky*, § 14 Rn. 4 ff.

¹⁸⁶ Art. 5 Antirassismus-Richtlinie; Art. 7 Rahmenrichtlinie; Art. 6 Gender-Richtlinie.

indem sie Regelungen zum Rechtsschutz,¹⁸⁷ zur Beweislast¹⁸⁸ und zu Sanktionen treffen¹⁸⁹ und die Einrichtung besonderer Stellen zur Bekämpfung von Diskriminierung fordern.¹⁹⁰ Die Bedeutung der Richtlinien liegt neben der Konkretisierung der primärrechtlichen Vorgaben vor allem in der Erstreckung der Diskriminierungsverbote auf private Rechtsverhältnisse, wenngleich diese aufgrund der Handlungsform der Richtlinie grundsätzlich nicht mit unmittelbarer Wirkung erfolgt, sondern erst nach gesetzgeberischer Umsetzung durch die Mitgliedstaaten.¹⁹¹ Neben den auf das Privatrecht fokussierten Richtlinien erlangt auch das Europäische Strafrecht Bedeutung für die Diskriminierungsbekämpfung insbesondere im Hinblick auf rassistische Hasskriminalität.¹⁹²

4. Besonderheiten und Potential des unionsrechtlichen Antidiskriminierungsrechts

Das Antidiskriminierungsrecht der Union ergibt sich aus einer Gesamtschau von primär- und sekundärrechtlichen Normierungen: Die Antidiskriminierungsrichtlinien konkretisieren die primärrechtlichen Vorgaben und füllen Handlungsspielräume aus,¹⁹³ sind dafür ihrerseits im Lichte des Primärrechts und insbesondere der Unionsgrundrechte auszulegen.¹⁹⁴ Sie müssen zudem mit den Unionsgrundrechten im Einklang stehen,¹⁹⁵ sodass der EuGH im Fall *Test-Achats* eine in der Gender-Richtlinie vorgesehene versicherungsspezifische Ausnahme vom Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen für mit Art. 21 und Art. 23 GRCh unvereinbar erklärt hat.¹⁹⁶ Die Bedeutung des Antidiskriminierungsrechts der Europäischen Union ergibt sich aus den allgemeinen strukturellen Besonderheiten, die dem Unionsrecht zu effektiven Wirkungen im innerstaatlichen Recht verhelfen: der unmittelbaren Anwendbarkeit primärrechtlicher Normen, dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts, dem Gebot der unionsrechtskonformen Auslegung sowie den Mechanismen, mit denen die Wirksamkeit europäischer Richtlinien sichergestellt werden soll. Mit der Europäischen Kommission und ihren Überwachungsmechanismen sowie dem Gerichtshof der Europäischen Union stehen schlagkräftige europäische Institutionen bereit, die im Zusammenwirken mit den mitgliedstaatlichen Behörden und Gerichten für die Durchsetzung, Auslegung und Fortbildung des europäischen Antidiskriminierungsrechts Sorge tragen.

¹⁸⁷ Art. 7 Antirassismus-Richtlinie; Art. 9 Rahmenrichtlinie; Art. 8 Gender-Richtlinie.

¹⁸⁸ Art. 8 Antirassismus-Richtlinie; Art. 10 Rahmenrichtlinie; Art. 9 Gender-Richtlinie; dazu → *Muthorst*, § 19 Rn. 30 ff.

¹⁸⁹ Art. 15 Antirassismus-Richtlinie; Art. 17 Rahmenrichtlinie; Art. 14 Gender-Richtlinie.

¹⁹⁰ Art. 13 Antirassismus-Richtlinie; Art. 12 Gender-Richtlinie.

¹⁹¹ *Schmahl* (Fn. 168), § 15 Rn. 26.

¹⁹² Siehe Rahmenbeschluss 2008/913/JI des Rates v. 28.11.2008 zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit, ABL 2008 L 328/55; dazu → *Schmidt*, § 21 Rn. 32.

¹⁹³ EuGH, Urt. v. 8.9.2011, Rs. C-297/10 und C-298/10, *Hennigs und Mai*, Rn. 34; *Schmahl* (Fn. 168), § 15 Rn. 5; *Jarass* (Fn. 171), Art. 21 Rn. 7.

¹⁹⁴ Ausführlich *Däubler/Beck*, in: *Däubler/Beck* (Hrsg.), AGG, 5. Aufl. 2022, Einleitung Rn. 80 ff.

¹⁹⁵ *Jarass* (Fn. 171), Art. 21 Rn. 7.

¹⁹⁶ EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09, *Test-Achats*, Rn. 15 ff.

- 46 Aus der Perspektive der deutschen Rechtsordnung hat das Unionsrecht dem Antidiskriminierungsrecht im Bereich privatrechtlicher Rechtsverhältnisse erst zum Durchbruch verholfen.¹⁹⁷ Wichtige Impulse gehen vom Unionsrecht zudem im Hinblick auf den erweiterten Katalog der Diskriminierungskategorien aus sowie aufgrund der zum Teil weitergehenden, zum Teil schlicht klareren Bekenntnisse zu dogmatischen Kategorien wie der mittelbaren Diskriminierung, der Einbeziehung von Belästigungen in den Diskriminierungsbegriff, der positiven Maßnahmen oder der Schutzpflichtendimension der Diskriminierungsverbote. Unionsrechtliche Impulse können zudem auf Potential hinweisen, das in nationalen Rechtsordnungen unbeachtet schlummert, wie etwa die lange Zeit kaum beachtete Bedeutung von Art. 3 Abs. 3 GG im Rahmen von Privatrechtsverhältnissen.¹⁹⁸ Es steht zu vermuten, dass die vom EuGH angedeutete unmittelbare Wirkung des Art. 21 GRCh im Verhältnis zwischen Privaten auch die Debatte um die Bedeutung verfassungsrechtlicher Gleichheitsgebote und Diskriminierungsverbote beeinflussen und vorantreiben wird. Dass das Antidiskriminierungsrecht auch gefestigt geglaubte Vorstellungen und dogmatische Figuren des nationalen Rechts einschließlich des Verfassungsrechts fraglich werden lässt, zeigen die kategorialen Umbrüche, die das deutsche kirchliche Arbeitsrecht innerhalb kurzer Zeit nachvollziehen musste.¹⁹⁹

III. Deutsche Rechtsordnung

- 47 Innerhalb der deutschen Rechtsordnung finden sich antidiskriminierungsrechtliche Regelungsinhalte sowohl im Grundgesetz und im einfachen Bundesrecht als auch auf der Ebene des Landesrechts.

1. Verfassungsrecht

- 48 Im Grundgesetz kommt dem Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG zentrale Bedeutung für das Antidiskriminierungsrecht zu, für die Diskriminierung auf der Grundlage des Geschlechts zudem Art. 3 Abs. 2 GG. Dabei gilt nach wie vor die bereits 1983 getroffene Feststellung des Richters des Bundesverfassungsgerichts *Helmut Simon*, dass das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG ein „merkwürdiges Schattendasein“ führt.²⁰⁰ Die Bedeutung, die die Vorschrift für die Rechtsordnung und damit auch für die Gesellschaftsordnung entfaltet, hängt stark davon ab, ob und wieweit sie restriktiv oder extensiv ausgelegt wird, eine Entscheidung, die nur in begrenztem Umfang von Wortlaut und Entstehungsgeschichte determiniert ist. Vorverständnisse hinsichtlich der Frage, ob den Diskriminierungsverboten ein eher formales oder ein materiales Verständnis zugrunde zu

¹⁹⁷ Siehe dazu bereits oben Rn. 20 ff. (B. II.).

¹⁹⁸ *Uerpmann-Wittzack*, Gleiche Freiheit im Verhältnis zwischen Privaten; Artikel 3 Abs. 3 GG als unterschätzte Verfassungsnorm, *ZaöRV* 68 (2008), S. 359.

¹⁹⁹ Überblick zur Entwicklung bei *Klein*, Das Recht der Kirchen im Tauziehen zwischen Luxemburg und Karlsruhe – Das kirchliche Arbeitsrecht als Machtprobe?, *EuR* 2019, S. 338; dazu → *Walter/Tremml*, § 8 Rn. 38 ff.

²⁰⁰ BVerfGE 63, 266 (303) – *Zulassung zur Rechtsanwaltschaft* (1983), abweichende Meinung *Simon*.

legen ist, prägen die Auslegung der Norm,²⁰¹ ebenso die Frage, ob die Norm individual- oder gruppenbezogen zu deuten ist.²⁰²

Die Diskriminierungsverbote der Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG folgen dem Modell eines abschließenden Katalogs von Diskriminierungskategorien.²⁰³ Die in Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG verankerten Diskriminierungskategorien knüpfen im Kern an historisch tradiertes Unrecht und überkommene Formen der Benachteiligung an,²⁰⁴ das Diskriminierungsverbot zielt auf den Schutz „strukturell diskriminierungsgefährdeter Gruppen“,²⁰⁵ Nicht explizit erfasst werden Benachteiligungen wegen der sexuellen Orientierung²⁰⁶ oder des Alters,²⁰⁷ die in Art. 3 Abs. 1 GG aufgefangen werden und erhöhten Rechtfertigungsanforderungen unterliegen.²⁰⁸

Die Auseinandersetzung um die Dogmatik des Art. 3 Abs. 3 GG ist geprägt von der Frage, wann eine Ungleichbehandlung „wegen“ einer der dort normierten Kategorien vorliegt.²⁰⁹ Dabei stehen sich traditionell zwei Deutungsansätze gegenüber: ein Anknüpfungsverbot, das jede Verwendung einer Diskriminierungskategorie als Voraussetzung einer Rechtsfolge untersagt,²¹⁰ und ein Begründungsverbot, das Unterscheidungen untersagt, die ohne Rückgriff auf eine der Diskriminierungskategorien des Art. 3 Abs. 3 GG nicht begründet werden können.²¹¹ Die Auseinandersetzung mit diesen Ansätzen wird zum einen dadurch erschwert, dass sie in unterschiedlichen Spielarten und in unterschiedlich rigiden Varianten vertreten werden, zum anderen dadurch, dass ganz unterschiedliche Fragestellungen diskutiert werden, die zwar miteinander zusammenhängen, aber doch konzeptionell zu unterscheiden sind: etwa die Frage nach der Relevanz oder Irrelevanz einer diskriminierenden Absicht, die auch unter den Stichworten Finalitätstheorie versus Kausalitätstheorie verhandelt wird,²¹² die Unterscheidung von verdeckten und mittelbaren Diskriminierungen²¹³ oder die Frage einer möglichen Rechtfertigung²¹⁴ von Diskriminierungen.

Gerade die Diskussion über die Einbeziehung mittelbarer Diskriminierungen in den Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 3 GG leidet unter Unklarheiten. So ist schon nicht

²⁰¹ Dazu *Baer/Markard* (Fn. 10), Art. 3 Abs. 3 Rn. 418 ff.

²⁰² Dazu *Bumke* (Fn. 83), S. 72 ff.

²⁰³ Zur notwendigen Relativierung dieser Aussage *Grünberger* (Fn. 9), S. 775 ff.

²⁰⁴ *Sachs* (Fn. 4), § 182 Rn. 17, 39 f.

²⁰⁵ BVerfGE 147, 1 (28 Rn. 59) – *Dritte Option* (2017).

²⁰⁶ Dazu → *Markard*, § 6 Rn. 36 ff.

²⁰⁷ Dazu → *Temming*, § 10 Rn. 3.

²⁰⁸ Siehe *Baer/Markard* (Fn. 10), Art. 3 Abs. 3 Rn. 404.

²⁰⁹ Ausführlich *Sacksofsky*, Was heißt: Ungleichbehandlung „wegen“?, in: *Kempny/Reimer* (Hrsg.) Gleichheitssatzdogmatik heute, 2017, S. 63 ff.

²¹⁰ So insbesondere *Sachs* (Fn. 4), § 182 Rn. 73 ff.; ausführlich *ders.* (Fn. 59), S. 428 ff.; siehe ferner *Kischel*, in: *Epping/Hillgruber* (Hrsg.), BeckOK GG, Stand: November 2021, Art. 3 Rn. 212.

²¹¹ So etwa *Heun*, in: *Dreier* (Hrsg.), GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 125; *Huster*, Rechte und Ziele, 1993, S. 313 ff.

²¹² Dazu *Sachs* (Fn. 4), § 182 Rn. 70 ff., der diese Theorien als Alternativmodelle zum Anknüpfungsverbot versteht.

²¹³ Dazu → *Sacksofsky*, § 14 Rn. 54, 105.

²¹⁴ Dazu → *Reimer*, § 17 Rn. 37.

immer ersichtlich, ob mit diesem Begriff nur verdeckte Diskriminierungen gemeint sind, die Rechtsfigur also dazu dienen soll, Umgehungen des Diskriminierungsverbots zu vermeiden, und sich auch als Beweiserleichterung darstellt,²¹⁵ oder ob dadurch auch scheinbar neutrale Maßnahmen erfasst werden sollen, die sich nachteilig auf Angehörige bestimmter Personengruppen auswirken.

52 Ebenso wie mittlerweile weitgehende Einigkeit dahingehend besteht, dass eine Diskriminierungsabsicht für die Annahme einer Diskriminierung nicht erforderlich ist und es auch im Übrigen nicht darauf ankommt, ob eine Regelung auf eine Ungleichbehandlung angelegt ist,²¹⁶ anerkennen selbst diejenigen, die der Figur der mittelbaren Diskriminierung ablehnend gegenüber stehen, dass verdeckte Anknüpfungen an diskriminierende Kategorien von den Diskriminierungsverboten erfasst werden müssen.²¹⁷ Ob darüber hinaus Konstellationen der mittelbaren Diskriminierung, also von dem Anschein nach neutralen Regelungen, die sich aber typischerweise oder faktisch benachteiligend auf einzelne Personengruppen auswirken, vom Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG erfasst werden, wird kontrovers diskutiert.²¹⁸ Eine Sonderstellung nimmt jedenfalls die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts wegen Art. 3 Abs. 2 GG ein,²¹⁹ und auch für die Diskriminierung aufgrund einer Behinderung wird eine von den Kategorien des Art. 3 Abs. 3 GG im Übrigen abweichende Dogmatik diskutiert.²²⁰ In diesem Sinne geht das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung und unter expliziter Anknüpfung an das Unionsrecht und die Rechtsprechung des EuGH²²¹ davon aus, dass im Rahmen der Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts auch mittelbare Diskriminierungen vom Diskriminierungsverbot erfasst werden.²²² Auch im Hinblick auf die Kategorie der Behinderung hat das Gericht die Einbeziehung von mittelbaren Diskriminierungen ausdrücklich bejaht.²²³

215 Siehe dazu *Baer/Markard* (Fn. 10), Art. 3 Abs. 3 Rn. 431; *Mangold* (Fn. 3), S. 242 ff.

216 Grundlegend BVerfGE 85, 191 (206) – *Nachtarbeitsverbot* (1992); im Übrigen statt vieler *Langenfeld* (Fn. 157), Art. 3 Abs. 3 Rn. 20.

217 Unklar bleibt regelmäßig, ob verdeckte Diskriminierungen dogmatisch als unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung erfasst werden können; zum rätselhaften, weil dogmatisch unklaren Konzept verdeckter Diskriminierungen etwa *Sachs* (Fn. 4), § 182 Rn. 97; *Langenfeld* (Fn. 157), Art. 3 Abs. 3 Rn. 34 ff.; *Kischel* (Fn. 210), Art. 3 Rn. 217; *Heun* (Fn. 211), Art. 3 Rn. 125.

218 Bejahend etwa *Baer/Markard* (Fn. 10), Art. 3 Abs. 3 Rn. 429 ff.; *Mangold* (Fn. 3), S. 247 f.; *Michael/Morlok*, Grundrechte, 7. Aufl. 2020, Rn. 809; verneinend etwa *Sachs* (Fn. 4), § 182 Rn. 95 ff.; *Langenfeld* (Fn. 157), Art. 3 Abs. 3 Rn. 37 ff.; *Kischel* (Fn. 210), Art. 3 Rn. 215 ff.; dazu → *Sacksofsky*, § 14 Rn. 108 f.

219 Dazu → *Markard*, § 6 Rn. 33 ff.

220 Dazu → *Zinsmeister*, § 9 Rn. 69 ff.

221 Siehe insbesondere BVerfGE 97, 35 (43) – *Hamburger Ruhegeldgesetz* (1997).

222 BVerfGE 97, 35 (43) – *Hamburger Ruhegeldgesetz* (1997); BVerfGE 104, 373 (393) – *Familiendoppelnamen* (2002); BVerfGE 113, 1 (15) – *Kindererziehungszeiten in der Anwaltsversorgung* (2005); BVerfGE 121, 241 (254 f.) – *Ruhegehalt für Teilzeitbeamtinnen und -beamten* (2005); BVerfGE 126, 29 (53) – *Hamburger Versorgungsfonds* (2010); BVerfGE 132, 72 (97 f.) – *Erziehungsgeld für ausländische Staatsangehörige* (2012); BVerfGE 138, 296 (354 Rn. 144) – *Kopftuch II* (2015).

223 Deutlich BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021, 1 BvR 1541/20, *Triage*, Ls. 1 und Rn. 93; BVerfGE 151, 1 (24, Rn. 55) – *Wahlrechtsausschluss für Betreute* (2019); restriktive Deutung der Entscheidung zum Wahlrechtsausschluss bei *Kischel* (Fn. 210), Art. 3 Rn. 235.

Auch daran zeigt sich, dass die Diskussion um die Figur der mittelbaren Diskriminierung eng mit der Frage der Rechtfertigungsmaßstäbe für eine Ungleichbehandlung verknüpft ist. Das Bundesverfassungsgericht geht davon aus, dass auch von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG erfasste Ungleichbehandlungen aufgrund kollidierenden Verfassungsrechts gerechtfertigt werden können.²²⁴ Die Rechtfertigungsanforderungen richten sich nach verschiedenen Gesichtspunkten, wie insbesondere der einschlägigen Diskriminierungskategorie, und auch, ob die Unterscheidung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung für die Rechtfertigung eine Rolle spielen soll, wird diskutiert.²²⁵

Eine der kontroversesten Debatten im Rahmen des Art. 3 Abs. 3 GG betrifft die Frage, ob und inwieweit die Vorschrift mittelbare Drittwirkung im Privatrechtsverhältnis entfaltet. Zum Teil wird dies unter Hinweis auf die grundsätzlich anerkannten Maßstäbe der Privatrechtswirkung und das Erfordernis zur Eindämmung freiheitsbeschränkenden Machtmissbrauchs vonseiten Privater bejaht.²²⁶ Zum Teil wird die mittelbare Drittwirkung hingegen unter Hinweis auf die – insofern in gewisser Weise verabsolutierte – Privatautonomie und die Systemverschiedenheit von Freiheit und Gleichheit abgelehnt.²²⁷ Das Bundesverfassungsgericht hat die Frage der mittelbaren Drittwirkung von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG bislang noch nicht explizit entschieden,²²⁸ für Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG und die Kategorie Behinderung nun jedoch deutlich bejaht.²²⁹ In der *Stadionverbots*-Entscheidung hat es eine mittelbare Drittwirkung von Art. 3 Abs. 1 GG anerkannt²³⁰ und dabei offengelassen, ob aus Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG *weitergehende* Anforderungen folgen.²³¹ Damit hat das Gericht implizit die mittelbare Drittwirkung auch der Diskriminierungsverbote bejaht, was insofern nur folgerichtig ist, als keine überzeugenden Gründe dafür ersichtlich sind, die Wirkungen der besonderen Gleichheitssätze im Privatrechtsverhältnis grundsätzlich anders zu beurteilen als jene, die der allgemeine Gleichheitssatz entfaltet.

²²⁴ BVerfGE 114, 357 (364) – *Aufenthaltsurlaubnis* (2005); dem folgend etwa *Baer/Markard* (Fn. 10), Art. 3 Abs. 3 Rn. 432; *Sachs* (Fn. 4), § 182 Rn. 153 ff.; *Langenfeld* (Fn. 157), Art. 3 Abs. 3 Rn. 72 f.; ausführlich → *Sacksofsky*, § 14 Rn. 135 ff.; → *Reimer*, § 17 Rn. 9.

²²⁵ Siehe dazu *Baer/Markard* (Fn. 10), Art. 3 Abs. 3 Rn. 433 f.

²²⁶ So etwa von *Baer/Markard* (Fn. 10), Art. 3 Abs. 3 Rn. 415; *Grünberger* (Fn. 9), S. 870 ff.; als eine der ersten schon *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000. Das Bundesverfassungsgericht hat Machtungleichgewichte in Privatrechtsverhältnissen wiederholt für verfassungsrechtlich relevant angesehen: BVerfGE 81, 242 – *Handelsvertreter* (1990); BVerfGE 89, 214 – *Bürgschaftsverträge* (1993); BVerfG, Beschl. v. 29.3.2001, 1 BvR 1766/92 – *Ehevertrag*.

²²⁷ So etwa von *Langenfeld* (Fn. 157), Art. 3 Abs. 3 Rn. 81 ff.; *Lehner*, Zivilrechtlicher Diskriminierungsschutz und Grundrechte, 2013, S. 190 ff.; *Jestaedt* (Fn. 34), S. 330 ff.; eine Wirkung im Privatrechtsverhältnis nur in engen Grenzen annehmend *Kischel* (Fn. 210), Art. 3 Rn. 210; differenzierend auch *Sachs* (Fn. 4), § 182 Rn. 141 ff.

²²⁸ Der BGH hingegen bezieht Art. 3 Abs. 3 GG im Rahmen der Auslegung zivilrechtlicher Generalklauseln heran, siehe etwa BGH, NJW 1999, S. 566 (569 f.); BGH, NJW 2012, S. 1725 (1726 f.).

²²⁹ BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021, 1 BvR 1541/20, *Triage*, Rn. 95 f.

²³⁰ BVerfGE 148, 267 (283 f., Rn. 39 ff.) – *Stadionverbot* (2018); die Entscheidung als Anerkennung einer unmittelbaren Drittwirkung lesend *Hellgardt*, Wer hat Angst vor der unmittelbaren Drittwirkung?, JZ 2018, S. 901 ff.; *Michl*, Situativ staatsgleiche Grundrechtsbindung privater Akteure, JZ 2018, S. 910 ff.; *Kischel* (Fn. 210), Art. 3 Rn. 93.

²³¹ BVerfGE 148, 267 (283 Rn. 40) – *Stadionverbot* (2018).

Mit der Frage der mittelbaren Drittwirkung zusammenhängend wird die Frage diskutiert, inwiefern Art. 3 Abs. 3 GG eine Schutzpflicht des Staates gegenüber Diskriminierungen durch Privatpersonen entfaltet.²³²

- 55 Einen über Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG hinausweisenden Regelungsgehalt enthalten schließlich Art. 3 Abs. 2 GG für die Gleichberechtigung von Mann und Frau²³³ und Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG für die Benachteiligung aufgrund einer Behinderung. Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG statuiert dabei anders als Satz 1 ein bloßes Benachteiligungsverbot, lässt also Bevorzugen und Fördermaßnahmen ohne weiteres zu²³⁴ und begründet darüber hinaus einen staatlichen Förderauftrag.²³⁵
- 56 Im Rahmen von Art. 3 Abs. 2 GG werden ebenfalls zahlreiche dogmatische Streitigkeiten ausgefochten.²³⁶ Streit entzündet sich vielfach an einzelnen Fragen aus der politischen und rechtlichen Praxis, wie etwa der Zulässigkeit und Gebotenheit von Quoten sowie ihrer Ausgestaltung im Einzelnen.²³⁷ Dahinter steht vielfach die grundlegende Frage nach dem Verständnis der Gleichberechtigungsregelung: Handelt es sich um ein formales und symmetrisches Gleichbehandlungsgebot oder vielmehr um einen Gleichstellungsauftrag, der auf bestehende Ungleichheiten sowie Dominierungs- beziehungsweise Hierarchisierungsverhältnisse reagiert?²³⁸ Von dieser Einordnung hängt ab, inwiefern sich auch Männer auf Art. 3 Abs. 2 GG berufen können und ob und inwiefern Fördermaßnahmen und Quotenregelungen gerechtfertigt werden können. Der Grundsatz der Gleichbehandlung von Mann und Frau steht jedenfalls im Zentrum der antidiskriminierungsrechtlichen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das in einer Vielzahl von Entscheidungen und Rechtsprechungslinien die dogmatischen Konturen des Art. 3 Abs. 2 GG ausgearbeitet hat.²³⁹ Kontroverse Diskussionen bestehen schließlich über Inhalt und Reichweite des 1994 in das Grundgesetz eingefügten Gleichstellungsauftrags des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG.²⁴⁰ Zumindest dem Grunde nach besteht indes Einigkeit, dass der Gleichstellungsauftrag, der

232 Für die Kategorie Behinderung deutlich BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021, 1 BvR 1541/20, *Triage*, Rn. 96; im Schrifttum bejahend etwa *Schiek* (Fn. 226), S. 78 f.; *Baer/Markard* (Fn. 10), Art. 3 Abs. 3 Rn. 364 und Rn. 425; *Mangold* (Fn. 3), *passim*; grundsätzlich auch *Sachs* (Fn. 4), § 182 Rn. 144; *Uerpmann-Witzack* (Fn. 198), S. 364 ff.; verneinend *Langenfeld* (Fn. 157), Art. 3 Abs. 3 Rn. 83 ff.; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 493 f.; *Britz* (Fn. 34), S. 360 ff.; *Jestaedt* (Fn. 34), S. 339 ff.

233 Zur Entstehungsgeschichte: *Reich-Hilweg*, Der Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 2 GG) in der parlamentarischen Auseinandersetzung 1948–1957 und in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts 1953–1975, 1978. Aus der früheren Literatur: *Binder-Wehberg*, Ungleichbehandlung von Mann und Frau, 1970; *Hohmann-Dennhardt*, Ungleichheit und Gleichberechtigung, 1982; siehe auch die Beiträge in Jansen (Hrsg.), Halbe-halbe, Der Streit um die Quotierung, 1986.

234 *Kischel* (Fn. 210), Art. 3 Rn. 237 ff.

235 BVerfGE 151, 1 (24 Rn. 56) – *Wahlrechtsausschluss für Betreute* (2019).

236 Siehe den Überblick bei *Kischel* (Fn. 210), Art. 3 Rn. 179.1 mit Verweis auf *Heun* (Fn. 211), Art. 3 Rn. 98 ff.

237 Dazu schon oben Rn. 18 (B. I.); ausführlich → *Schuler-Harms*, § 16 Rn. 3 ff., 62 ff.

238 Dazu schon oben Rn. 9 f. (A. I. 2.).

239 Zur Charakterisierung der Rechtsprechung als pragmatisch und im Wesentlichen eine abgewogene Mittellinie verfolgend *Kischel* (Fn. 210), Art. 3 Rn. 182; dazu → *Markard*, § 6 Rn. 39 ff.

240 Überblick bei *Baer/Markard* (Fn. 10), Art. 3 Abs. 3 Rn. 366 ff.; *Heun* (Fn. 211), Art. 3 Rn. 105.

eine verfassungsrechtliche Schutzpflicht begründet,²⁴¹ einen Rechtfertigungsgrund für Maßnahmen darstellen kann, die im Übrigen mit dem (formal verstandenen) Diskriminierungsverbot oder anderen verfassungsrechtlichen Grundsätzen kollidieren.²⁴² Die Diskussion über die Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Fördermaßnahmen im Rahmen anderer Diskriminierungskategorien des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG steht demgegenüber erst am Anfang.²⁴³

2. Einfaches Bundesrecht

Auf der Ebene des einfachen Rechts finden sich zahlreiche spezialgesetzliche Diskriminierungsverbote und sonstige gesetzliche Regelungen mit antidiskriminierungsrechtlichem Gehalt, bereichsspezifisch etwa im Arbeitsrecht²⁴⁴ oder im Sozialrecht,²⁴⁵ kategorienbezogen etwa im Behindertengleichstellungsgesetz.²⁴⁶ Besondere Bedeutung kommt dem 2006 in Kraft getretenen Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG)²⁴⁷ zu, das der Umsetzung der EU-Antidiskriminierungsrichtlinien dient und das Ergebnis kontroverser (rechts-)politischer Debatten innerhalb und außerhalb des Gesetzgebungsverfahrens darstellt.²⁴⁸

Das Ziel des Gesetzes besteht nach § 1 AGG darin, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen. Das Gesetz greift damit die Vorgaben der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien auf und nimmt mit dem Alter und der sexuellen Identität Diskriminierungsgründe in den Blick, die über Art. 3 Abs. 3 GG hinausgehen. Es hat sowohl eine

²⁴¹ Britz (Fn. 34), S. 364 f.

²⁴² Siehe Sachs (Fn. 4), § 182 Rn. 148.

²⁴³ Verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zu dieser Frage existiert nicht. Soweit nicht auf der Grundlage eines asymmetrischen Verständnisses des Diskriminierungsverbots davon ausgegangen wird, dass Maßnahmen, die auf die Beseitigung oder den Ausgleich bestehender Ungleichheiten abzielen, nicht rechtfertigungsbedürftig sind (dazu Mangold [Fn. 3], S. 300 ff.), stellt sich die Frage der Rechtfertigungsmöglichkeit, dazu Sachs, in: Stern, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/2, 2011, S. 1702 (1762 ff.); Michael/Morlok, Grundrechte, 7. Aufl. 2020, Rn. 818; Baer/Markard (Fn. 10), Art. 3 Abs. 3 Rn. 406; Boysen, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 132; Nußberger (Fn. 28), Art. 3 Rn. 254; Langenfeld (Fn. 157), Art. 3 Abs. 3 Rn. 30; im Ansatz anders Kingreen (Fn. 5), Art. 3 Rn. 435; zur Frage der Zulässigkeit von Quoten für Menschen mit Migrationsgeschichte im öffentlichen Dienst bejahend Groß, Die Verfassungskonformität einer Quote für Eingewanderte, JZ 2021, S. 880 ff.; verneinend Majer/Pautsch, „Positive Diskriminierung“ – Verfassungsrechtliche Zulässigkeit von „Migrantenquoten“ und Bevorzugung wegen Migrationshintergrundes beim Zugang zum öffentlichen Dienst, ZAR 2020, S. 414 ff.; zum Ganzen → Schuler-Harms, § 16 Rn. 3 ff., 57 ff.

²⁴⁴ Überblick bei Zimmer, in: Däubler/Beck (Hrsg.), AGG, 5. Aufl. 2022, § 2 Rn. 229 ff.; Fischinger, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 335 ff.; dazu → v. Roetteken, § 23.

²⁴⁵ Überblick bei Eichenhofer, in: Däubler/Beck (Hrsg.), AGG, 5. Aufl. 2022, § 2 Rn. 109 ff.; dazu → Wersig, § 25.

²⁴⁶ Gesetz zur Gleichstellung behinderter Menschen v. 27.4.2002, BGBl. 2002 I, S. 1467; dazu → Zinsmeister, § 9.

²⁴⁷ Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung v. 14.8.2006, BGBl. 2006 I, S. 1897.

²⁴⁸ Dazu Mangold (Fn. 3), S. 223 ff.; Baer (Fn. 89), S. 271 ff.

präventive als auch eine reaktive Stoßrichtung, indem es einerseits Diskriminierungen verhindern will, andererseits auf die Beseitigung bestehender Benachteiligungen gerichtet ist. Das kontroverse Potential des Gesetzes besteht darin, dass sein Anwendungsbereich sich nicht nur auf das ohnehin stark vom Gleichheitsgrundsatz geprägte Arbeitsleben und damit zusammenhängende Regelungsgegenstände (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 4 AGG)²⁴⁹ beschränkt sowie auf öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse erstreckt (§ 24 AGG), sondern mit dem Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum (§ 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG), klassische Materien des Zivilrechts erfasst.²⁵⁰ Denkbar weit ist auch der Diskriminierungsbegriff, der über die unmittelbare und mittelbare Diskriminierung hinaus Belästigungen und Anweisungen zur Diskriminierung umfasst (§ 3 AGG). Die Diskriminierung aus mehreren Gründen wird nur rudimentär in den Blick genommen (§ 4 AGG),²⁵¹ positive Maßnahmen werden dem Grunde nach für zulässig erklärt (§ 5 AGG)²⁵².

- 59 Das Gesetz differenziert zwischen dem Schutz von Beschäftigten vor Benachteiligungen (§ 6 bis § 18 AGG) und dem Schutz vor Benachteiligungen im Zivilrechtsverkehr (§ 19 bis § 21 AGG). Im Zentrum steht dabei jeweils ein umfassendes Diskriminierungsverbot (§ 7 und § 19 AGG), flankiert durch ergänzende Regelungen, ein differenziertes System von Rechtfertigungsgründen und Regelungen zu den Rechtsfolgen von Verstößen. In prozessualer und organisatorischer Hinsicht enthält das Gesetz eine praktisch höchst bedeutsame Beweislastregelung (§ 22 AGG),²⁵³ sieht in eher zurückhaltender Weise die Beteiligung von Antidiskriminierungsverbänden vor (§ 23 AGG) und regelt die Einrichtung der Antidiskriminierungsstelle des Bundes (§ 25 bis § 30 AGG).

3. Landesrecht

- 60 Nur die Hälfte der Landesverfassungen enthalten Diskriminierungsverbote mit Katalogen verpönter Kategorien nach Vorbild des Art. 3 Abs. 3 GG.²⁵⁴ Aufgrund der Bindungserstreckung der Grundrechte des Grundgesetzes auf die Hoheitsgewalt der Länder²⁵⁵ entsteht dadurch allerdings keine Schutzlücke. Im Gegenzug gehen die landesverfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote zum Teil über den Katalog der Kategorien des Art. 3 Abs. 3 GG hinaus, wenn sie ausdrücklich die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung oder Identität erfassen,²⁵⁶ oder erweisen sich als föderalistisches Experiment, wenn etwa die Diskriminierungskategorie „Rasse“ durch Diskriminierung „aus rassisti-

²⁴⁹ Dazu → v. Roetteken, § 23 Rn. 2 ff.

²⁵⁰ Dazu → Leidinger/Rödl, § 22.

²⁵¹ Dazu → Holzleithner, § 13 Rn. 50 ff.

²⁵² Dazu → Schuler-Harms, § 16 Rn. 36.

²⁵³ Dazu → Muthorst, § 19 Rn. 33 ff.

²⁵⁴ Siehe die Auswertung bei Baer/Markard (Fn. 10), Art. 3 Abs. 3 Rn. 389.

²⁵⁵ Herdegen, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand: Januar 2021, Art. 1 Abs. 3 Rn. 120 ff.

²⁵⁶ Siehe Art. 10 Abs. 2 Verfassung von Berlin; Art. 12 Abs. 2 Verfassung des Landes Brandenburg; Art. 2 Abs. 2 und Art. 21 Abs. 2 Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen; Art. 2 Abs. 3 Verfassung des Freistaats Thüringen; Art. 12 Abs. 3 Verfassung des Saarlandes.

schen Gründen²⁵⁷ oder die ethnische Zugehörigkeit²⁵⁸ ersetzt wird und so in der Debatte um den Rechtsbegriff der Rasse Stellung bezogen wird.²⁵⁹ Auch auf einfachgesetzlicher Ebene zeigt sich die föderale Regelungsvielfalt. Die Länder haben unterschiedliche Gleichstellungsgesetze zur Regelung der Gleichstellung und Integration von Menschen mit Behinderungen, zur Gleichstellung von Männern und Frauen sowie zur Förderung von Frauen erlassen. Neuland betreten hat das Land Berlin im Jahr 2020 durch den Erlass eines Landesantidiskriminierungsgesetzes, das umfassende Regelungen zum Schutz vor Diskriminierungen durch das öffentlich-rechtliche Handeln von Behörden und sonstigen öffentlichen Stellen des Landes enthält.²⁶⁰

D. Strukturmerkmale des Antidiskriminierungsrechts

Versteht man das Antidiskriminierungsrecht im Lichte seines Regelungsgegenstands – dem Umgang mit Diskriminierungen und Ungleichheiten – und seiner Rechtsquellen als eigenständiges Rechtsgebiet, so lassen sich einige besondere Strukturmerkmale dieser Materie hervorheben. 61

I. Antidiskriminierungsrecht im Mehrebenensystem

In der Darstellung der Rechtsquellen hat sich gezeigt, dass das Antidiskriminierungsrecht ein anschauliches Beispiel für eine mehrebenenrechtlich geprägte Regelungsmaterie bietet. Das impliziert nicht nur, dass sich das geltende Recht (die „Rechtslage“) im Antidiskriminierungsrecht regelmäßig erst aus verschiedenen Rechtsquellen und unter Berücksichtigung ihrer komplexen und zum Teil kollidierenden Geltungs-, Vorrang- und Anwendbarkeitsansprüche ergibt, sondern auch, dass unterschiedliche Regelungsgehalte und -strukturen aufeinandertreffen und unterschiedliche Rechtsetzungs-, Rechtsdurchsetzungs- und Rechtsinterpretationsautoritäten miteinander interagieren und zum Teil auch konkurrieren. Die Rechtsanwendung muss daher nicht nur die antidiskriminierungsrechtlichen Regelungsgehalte aller Rechtsebenen, sondern auch die Besonderheiten der jeweiligen Rechtsebene sowie die etwaigen Herausforderungen ihrer Interaktion im Blick behalten. 62

II. Antidiskriminierungsrecht als intradisziplinäre Querschnittsmaterie

Antidiskriminierungsrecht als Rechtsgebiet erfasst privatrechtliche, öffentlich-rechtliche und strafrechtliche Regelungen, welche die Diskriminierung von Menschen aufgrund 63

²⁵⁷ Art. 12 Abs. 2 Verfassung des Landes Brandenburg; Art. 7 Abs. 3 Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt.

²⁵⁸ Art. 2 Abs. 3 Verfassung des Freistaats Thüringen.

²⁵⁹ Dazu → *Barskanmaz*, § 7 Rn. 56.

²⁶⁰ Landesantidiskriminierungsgesetz (LADG) v. 11.6.2020, GVBl. 2020, S. 523; Überblick hierzu bei *Klose*, in: *Däubler/Beck* (Hrsg.), AGG, 5. Aufl. 2022, § 24 Rn. 106 ff.

tatsächlicher oder vermeintlich bestehender Zugehörigkeit zu einer kategorial bestimmten Gruppe zum Gegenstand haben.²⁶¹ Die rechtsbereichsübergreifende Prägung des Antidiskriminierungsrechts erfordert regelmäßig sowohl im Rahmen der wissenschaftlichen Befassung als auch bei der praktischen Rechtsarbeit die Einbeziehung rechtlicher Regelungen verschiedenster Rechtsbereiche und die Berücksichtigung der jeweiligen Vorgaben, Regelungsgehalte und Wechselwirkungen zwischen ihnen.²⁶² Dieser rechtsbereichsübergreifende Ansatz hat auch wissenschaftssoziologische Konsequenzen. Die Überschreitung der klassischen, die deutsche Rechtswissenschaft in besonderem Maße prägenden Einteilungsgrenzen zwischen den Säulen des öffentlichen Rechts und des Privatrechts, zum Teil auch des Strafrechts, hat zur Folge, dass verschiedene disziplinäre Fachkulturen aufeinandertreffen, was sich etwa in Fragen der Methodik, der Auswahl von Autoritäten, in der Konjunktur von Themen oder auch in bevorzugten Publikationsorganen und Tagungsformaten niederschlagen kann.²⁶³ Zudem kann es zu einem Aufeinanderprallen unterschiedlicher Rationalitäten kommen aufgrund der unterschiedlichen Kernfragestellungen, mit denen das öffentliche Recht und das Privatrecht sich jeweils befassen. Die Abwehrreflexe von Teilen der Privatrechtswissenschaft gegenüber der Konstitutionalisierung des Zivilrechts generell, vor allem aber gegenüber dem vermeintlichen Eindringen von Gleichheitsgeboten und Diskriminierungsverböten in die vom Grundsatz der Privatautonomie geprägte Rechtsordnung zeigen das nicht geringe Irritationspotential. Freilich sollte dieser Aspekt nicht überbewertet werden, ist doch zu beobachten, dass auch Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftler mit öffentlich-rechtlichem Schwerpunkt die Privatautonomie in den Vordergrund rücken²⁶⁴ und Privatrechtlerinnen und Privatrechtler die Grundsätze der Gleichheit und Nichtdiskriminierung im Zivilrecht stark machen können.²⁶⁵

64 Über die im positiven Recht selbst angelegte Notwendigkeit hinaus, zivilrechtliche, öffentlich-rechtliche und strafrechtliche Gesichtspunkte gemeinsam heranzuziehen, bietet die Gesamtschau das Potential, rechtsbereichsübergreifende gemeinsame Strukturprinzipien des Antidiskriminierungsrechts herauszuarbeiten und zu konturieren.²⁶⁶ Gleichwohl soll und darf dieser Ansatz nicht über die Eigenheiten der jeweiligen Rechtsbereiche hinwegtäuschen. Vielmehr gilt es, Unterschiede sowohl der konkreten Vorgaben des positiven Rechts – etwa bei den spezifisch festgelegten Anwendungsbereichen des AGG – als auch der dogmatischen Figuren herauszuarbeiten. Auch die prägende Unterscheidung zwischen der Bindung des Staates und Privater, die damit verbundenen positiv-rechtlichen Unterschiede, sowie die Unterschiede in der dahinterstehenden Frage nach der Legitimation des

²⁶¹ Dazu oben Rn. 13 ff. (A. IV.).

²⁶² Anschaulich etwa die Vielfalt einschlägiger Regelungsbereiche und Rechtsgebiete bei algorithmenbasierter Diskriminierung → v. Ungern-Sternberg, § 28 Rn. 1 ff.

²⁶³ Dazu Krüper, Kategoriale Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht, VVDStRL 79 (2020), S. 43 ff.

²⁶⁴ Exemplarisch Ruffert (Fn. 232).

²⁶⁵ Exemplarisch Grünberger (Fn. 9).

²⁶⁶ Siehe Grünberger, Grundstrukturen (allgemeine Strukturmerkmale) von Gleichheitssätzen, in: Kempny/Reimer (Hrsg.), Gleichheitssatzdogmatik heute, 2017, S. 5 (7 ff.).

Antidiskriminierungsrechts sind zu berücksichtigen.²⁶⁷ Das Antidiskriminierungsrecht überwindet eine zu strikt gedachte disziplinäre Scheidung, öffnet sich aber bereichsspezifischen Ausdifferenzierungen.

III. Offenheit des Antidiskriminierungsrechts für interdisziplinäre Bezüge

Das Antidiskriminierungsrecht weist vielfältige Anknüpfungspunkte für interdisziplinären Austausch und die Berücksichtigung von Erkenntnissen anderer Fachdisziplinen auf. Diskriminierung stellt ein tatsächliches Phänomen dar, dessen Ursachen, Erscheinungsformen und Wirkweisen Gegenstand sozialwissenschaftlicher Analyse sind.²⁶⁸ Eine Vorreiterrolle in der interdisziplinären Öffnung der Rechtswissenschaft nimmt die Kriminologie ein, die diskriminierende Aspekte und Wirkungen des Strafrechts und der Strafrechtspraxis zu ihrem Untersuchungsgegenstand macht.²⁶⁹ In wissenschaftlicher beziehungsweise wissenschaftssoziologischer Hinsicht lässt sich zudem beobachten, dass das Antidiskriminierungsrecht sich in besonderer Weise für – im weitesten Sinne – kritische rechtswissenschaftliche Ansätze öffnet: Die Nähe der feministischen Rechtswissenschaft und der Gender Studies erklärt sich bereits durch das gemeinsame Kernanliegen der Gleichberechtigung und der Gleichstellung der Geschlechter.²⁷⁰ Das Verbot der rassistischen Diskriminierung und die Bekämpfung von Rassismus mit rechtlichen Mitteln bieten Anknüpfungspunkte für die – im deutschen Diskurs bislang allenfalls in Ansätzen vorhandene – Rezeption der *Critical Race Theory*, wie sie in den USA, aber auch im globalen Süden betrieben wird.²⁷¹ Auch für eine ökonomische Analyse des Antidiskriminierungsrechts ist Raum, insbesondere im Hinblick auf die Feststellung der diskriminierenden Wirkungen rechtlicher Regeln oder tatsächlicher Praxen.²⁷²

Interdisziplinäre Ansätze im Antidiskriminierungsrecht werden also nicht „nur“ aus wissenschaftlichem Interesse verfolgt, sondern haben unmittelbare Implikationen für die Praxis und Dogmatik des Antidiskriminierungsrechts. Das ist offensichtlich bei Fragen der Statistik, die Relevanz für den Nachweis mittelbarer Diskriminierung und damit für das Beweisrecht entfalten können.²⁷³ Doch auch für die Identifizierung faktischer Benachtei-

²⁶⁷ Dazu → *Hong*, § 2 Rn. 1 ff.; → *Gärditz*, § 4 Rn. 1 ff.

²⁶⁸ Siehe etwa Scherr/El-Mafaalani/Yüksel (Hrsg.), Handbuch Diskriminierung, 2017.

²⁶⁹ Siehe *Haverkamp/Lukas*, Diskriminierung im Strafrecht, in: Scherr/El-Mafaalani/Yüksel (Hrsg.), Handbuch Diskriminierung, 2017, S. 285 (291 ff.); *Oberwittler/Lukas*, Schichtbezogene und ethnisierende Diskriminierung im Prozess der strafrechtlichen Sozialkontrolle, in: Hormel/Scherr (Hrsg.), Diskriminierung, Grundlagen und Forschungsergebnisse, 2010, S. 221 ff.; *Albrecht*, Legitimacy and Criminal Justice: Inequality and Discrimination in the German Criminal-Justice System, in: Tyler (Hrsg.), Legitimacy and Criminal Justice, International Perspectives, 2007, S. 302 (312 ff.); dazu → *Schmidt*, § 21 Rn. 6 ff.

²⁷⁰ Dazu schon oben Rn. 18 f. (B. I.).

²⁷¹ Aus dem deutschen Diskurs etwa *Barskanmaz*, Rassismus, Postkolonialismus und Recht – Zu einer deutschen Critical Race Theory?, KJ 2008, S. 296 ff.; Ansätze auch bei *Liebscher*, Rasse im Recht – Recht gegen Rassismus, 2021; zu europäischen Ansätzen *Möschel* (Fn. 49); ausführlich → *Barskanmaz*, § 7 Rn. 5 ff.

²⁷² Dazu → *Towfigh* § 18 Rn. 9 ff.; → *Magen*, § 3 Rn. 52 ff.; aus dem US-amerikanischen Raum etwa *Donohue*, Law and Economics of Discrimination, 2013.

²⁷³ Dazu → *Towfigh*, § 18 Rn. 1, 113; allgemein zum Beweisrecht → *Muthorst*, § 19; zu internationalen

ligungen im Übrigen sowie für Konstellationen institutioneller und struktureller Diskriminierung, die dem Regelungsbereich des Antidiskriminierungsrechts unterfallen, ist das Antidiskriminierungsrecht auf sozialwissenschaftliche Aufarbeitungen und ihre Rezeption angewiesen.

IV. Akteure des Antidiskriminierungsrechts

- 67 Besonderheiten zeigen sich auch, wird das Antidiskriminierungsrecht nicht aus einer normfokussierten, sondern einer akteurszentrierten Perspektive analysiert. Mit Blick auf den Prozess der Gesetzgebung und damit in rechtspolitischer Hinsicht erlangen zunächst die Bundes- und Landesgesetzgebungsorgane Bedeutung, die im Rahmen der unions- und verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen tätig werden. Diese Vorgaben eröffnen rechtspolitische Handlungsspielräume, wie etwa die einfachgesetzliche Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare zeigt,²⁷⁴ engen sie aber auch empfindlich ein, wie beispielsweise im Rahmen der stark durch Unions- und Verfassungsrecht programmierten Quotenregelungen.²⁷⁵ Auch Verfassungsänderungen vermögen das Antidiskriminierungsrecht zu beeinflussen, wie die 1994 erfolgten Verfassungsänderungen sowie die vehement geführten rechtspolitischen Debatten über die Einfügung neuer Diskriminierungskategorien, von Kinderrechten²⁷⁶ oder weitergehenden Regelungen zur Rassismusbekämpfung²⁷⁷ in das Grundgesetz zeigen. Eine zentrale Rolle nimmt freilich die Unionsgesetzgebung ein, bilden doch insbesondere die EU-Antidiskriminierungsrichtlinien einen zentralen Gegenstand dieses Rechtsgebiets.
- 68 Auch jenseits der Gesetzgebung spielen die Unionsorgane eine bedeutsame Rolle im Antidiskriminierungsrecht. Die Bekämpfung von Diskriminierungen zählt zu den zentralen Politikfeldern der Europäischen Kommission, in deren Rahmen sie Aufklärungsarbeit leistet, Strategien entwickelt und Projekte finanziert.²⁷⁸ In der Bundesrepublik kommt der staatlichen, aber unabhängigen Antidiskriminierungsstelle des Bundes (§§ 25 bis 30 AGG) besondere Bedeutung zu.²⁷⁹ Ihre Tätigkeit erstreckt sich vor allem auf die Verbreitung von

Forderungen nach der Erhebung aussagekräftiger Daten über Diskriminierung nur CERD, Guidelines for the CERD-specific document to be submitted by states parties under article 9, paragraph 1 of the convention, UN Doc. CERD/C/2007/1, Rn. 10 f.; CERD, Concluding observations on the combined nineteenth to twenty-second periodic reports of Germany v. 13.5.2015, UN Doc. CERD/C/DEU/CO/19–22, Rn. 6.

274 Durch Änderung von § 1353 Abs. 1 Satz 1 BGB durch das Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts v. 20.7.2017, BGBl. 2017 I, S. 2787; zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit *Wollenschläger*, Die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in: *Wollenschläger/Coester-Waltjen*, Ehe für Alle, 2018, S. 1 ff.

275 Dazu → *Schuler-Harms*, § 16 Rn. 29 ff., 57 ff.

276 Dafür etwa *Benassi*, Kinderrechte ins Grundgesetz – alternativlos!, ZRP 2015, S. 24 ff.; dagegen etwa *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 497 f.; ebenfalls dagegen, aber für die Verankerung eines Schutzauftrags zum Kindeswohl in Art. 6 GG *Kirchhof*, Die Kinderrechte des Grundgesetzes, NJW 2018, S. 2690 ff.

277 Dazu oben Fn. 22.

278 Siehe die Darstellung auf https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights_en.

279 Kurzes Resümee bei *Köppen*, Die Antidiskriminierungsstelle des Bundes – Rückblick und Per-

Informationen und die Aufklärung über das Thema Diskriminierung, die Erstattung von Berichten und die Durchführung wissenschaftlicher Studien sowie die Beratung und Vermittlung im Einzelfall. Unter den nicht-staatlichen Akteuren nimmt das Deutsche Institut für Menschenrechte, eine auf gesetzlicher Grundlage²⁸⁰ tätige nationale Menschenrechtsinstitution nach Maßgabe der Pariser Prinzipien der Vereinten Nationen²⁸¹ eine herausragende Stellung ein.

Trotz der zahlreichen und detaillierten Rechtsquellen ist das Antidiskriminierungsrecht in hohem Maße rechtsprechungsgeprägt. Das gilt einerseits für die ihrer Natur nach auf Konkretisierung angewiesenen und entwicklungs offenen verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote – erinnert sei an die Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts von der Entscheidung zur Strafbarkeit männlicher Homosexualität nach § 175 StGB a. F. aus dem Jahr 1957²⁸² bis zu den jüngeren Entscheidungen zum Lebenspartnerschaftsgesetz²⁸³ und der nachfolgenden Rechtsprechung zur Angleichung von Ehe und Lebenspartnerschaft,²⁸⁴ mit der das Gericht den Weg für die gesetzliche Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Personen geebnet hat. Es gilt aber andererseits ebenso für den einfachgesetzlichen Normbestand, nicht nur weil dessen Auslegung und Anwendung in hohem Maße von Vorverständnissen und Vorstellungen über Gleichheit und die Bedeutung von Diskriminierung abhängen. Gerade die Fachgerichte prägen durch ihre einzelfallbezogene Entscheidungspraxis das Ausmaß, in dem antidiskriminierungsrechtliche Regelungen tatsächlich Auswirkungen entfalten.²⁸⁵ Nicht zuletzt betonen daher sowohl das Völkerrecht als auch das Unionsrecht die Notwendigkeit effektiver innerstaatlicher Rechtsschutzmechanismen im Zusammenhang mit Diskriminierungen.

Wesentlich die Gestalt des Antidiskriminierungsrechts beeinflussen schließlich zivilgesellschaftliche Akteure im weitesten Sinne, etwa unterschiedlich ausgerichtete und aktive soziale Bewegungen und Verbände. Diese spielen einerseits eine wichtige Rolle bei der Mobilisierung und Beratung einzelner von Diskriminierung betroffener Personen. Zum anderen sind sie schlagkräftige Akteure im politischen Prozess, wenn es um die Effektivierung der Durchsetzung oder Weiterentwicklung des Antidiskriminierungsrechts geht. Das gilt auch und in besonderem Maße für die internationale Ebene.²⁸⁶ Aufgrund der großen Bedeutung der Rechtsprechung im Antidiskriminierungsrecht haben die Verbände zudem

spektiven, NZA-Beil. 2008, S. 91 ff.; harsche Kritik bei *Philipp*, Ein verfassungswidriges Monstrum – Die „Antidiskriminierungsstelle des Bundes“, NVwZ 2006, S. 1235 ff.

280 Gesetz über die Rechtsstellung und Aufgaben des Deutschen Instituts für Menschenrechte v. 16.7.2015, BGBl. 2015 I, S. 1194.

281 UN-Generalversammlung, Resolution 48/134 v. 4.3.1994, UN Doc. A/RES/48/134; ausführlich hierzu aus internationaler Perspektive *Langtry/Lyer*, National Human Rights Institutions, 2021.

282 BVerfGE 6, 389 – *Strafbarkeit männlicher Homosexualität* (1957).

283 BVerfGE 105, 313 – *Lebenspartnerschaftsgesetz* (2002).

284 BVerfGE 124, 199 – *Hinterbliebenenversorgung für Lebenspartner* (2009); BVerfGE 126, 400 – *Erb-schafts- und Schenkungssteuer* (2010); BVerfGE 133, 59 – *Sukzessivadoption* (2013); BVerfGE 133, 377 – *Ehegattensplittung* (2013).

285 Dazu für den Bereich der Strafrechtspflege → *Geneuss*, § 27.

286 Dazu *Weissbrodt*, Roles and Responsibilities of Non-State Actors, in: Shelton (Hrsg.), The Oxford Handbook of International Human Rights Law, 2013, S. 719 (721 ff.).

das Instrument der strategischen Prozessführung für sich entdeckt, mit dem sie einzelne besonders vielversprechend erscheinende Fälle vor die Gerichte bringen.²⁸⁷

- 71 Komplementiert wird die europäische und staatliche Akteursvielfalt durch die internationale Dimension: Das Antidiskriminierungsrecht bekommt wichtige Impulse aus dem Völkerrecht, an dessen Entstehung und Weiterentwicklung neben den Staaten auch nicht-staatliche Akteure beteiligt sind.²⁸⁸ Verschiedene Organe der Vereinten Nationen und mit diesen affillierte Institutionen beteiligen sich am internationalen Diskurs über die Auslegung der menschenrechtlichen Diskriminierungsverbote und überwachen die Einhaltung der völkerrechtlichen Vorgaben durch die Staaten, allen voran die menschenrechtlichen Ausschüsse, von denen der Frauenrechtsausschuss (CEDAW), der Ausschuss gegen Rassendiskriminierung (CERD) und der Behindertenrechtsausschuss (CRPD) besonders intensiv mit antidiskriminierungsrechtlichen Fragen zu tun haben.

V. Politisierung und Entpolitisierung des Antidiskriminierungsrechts

- 72 Das Antidiskriminierungsrecht weist schließlich eine besondere Nähe zur Politik auf, und antidiskriminierungsrechtliche Diskurse sind vielfach stark politisiert. Diese Politisierung zeigt sich bereits im Gesetzgebungsprozess und daran, wie kontrovers und langandauernd diskriminierungsrechtliche Fragen debattiert werden: Der Kampf im Parlamentarischen Rat um die grundgesetzliche Verankerung der Gleichberechtigung von Mann und Frau zeugt hiervon ebenso wie der lange Weg zunächst der Legalisierung, dann der Gleichstellung von gleichgeschlechtlichen Partnerschaften, die Diskussionen bis zur Verabschiedung eines – im Gesetzgebungsverfahren dann erneut kontrovers diskutierten und modifizierten – Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes und die aktuellen Debatten um Frauenquoten, Paritätsgesetze oder die sogenannten religiösen Neutralitätsgesetze. Auch die rechtswissenschaftliche Diskussion ist von zum Teil einander diametral gegenüberstehenden politischen Positionen geprägt, die sich auf die eingenommenen rechtlichen Standpunkte auswirken. Bemerkenswert ist der oftmals scharfe Ton der Auseinandersetzung. Der Vorwurf, dass die Diskriminierungsverbote „im Sinne bestimmter sozialer und politischer Wünsche und Ideologien“ aktiviert würden,²⁸⁹ gehört noch zu den gemäßigeren Stellungnahmen. Die Positionierungen im Umfeld der Entstehung und des Inkrafttretens des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes zeigen das Ausmaß der Politisierung:²⁹⁰ Neben der verbreiteten Warnung vor dem „Ende der Privatautonomie“²⁹¹ und dem Vernehmen der „Totenglocke des Privatrechts“²⁹² wurde etwa vor einer „Tugendrepublik der neuen

²⁸⁷ Dazu Graser/Helmrich (Hrsg.), *Strategic Litigation*, 2019.

²⁸⁸ Allgemein hierzu *Webb*, *The Participation of Nonstate Actors in the Multilateral Treaty Process*, in: *Chesterman/Malone/Villalpando (Hrsg.), The Oxford Handbook of United Nations Treaties*, 2019, S. 633 ff.

²⁸⁹ *Kischel* (Fn. 210), Art. 3 Rn. 209.

²⁹⁰ Umfassendere Nachweise bei *Jestaedt* (Fn. 34), S. 300 ff.; *Grünberger* (Fn. 9), S. 46 f.

²⁹¹ Statt vieler *Picker*, *Antidiskriminierungsgesetz – Der Anfang vom Ende der Privatautonomie?*, JZ 2002, S. 880 ff.

²⁹² *Reppen*, *Antidiskriminierungsrecht – die Totenglocke des Privatrechts läutet*, in: *Isensee (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung*, 2007, S. 11 ff.

Jakobiner²⁹³ gewarnt, das Gesetz wurde als „sozialistisch“,²⁹⁴ Ausdruck von „Gesinnungs-terrorismus“,²⁹⁵ „Staatsmandat zur Umerziehung“²⁹⁶ sowie als „Bevormundungsinstrumentarium“²⁹⁷ bezeichnet. Selbst die Entwicklung zu einem „totalitären Staat“ wurde perhorresziert.²⁹⁸ Ähnliches lässt sich im Zusammenhang mit der Einführung der gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaft und dann mit der Öffnung der Ehe feststellen.²⁹⁹

Im Gegenzug greifen zum Teil auch die das Antidiskriminierungsrecht Befürwortenden teils zu scharfer Sprache und formulieren Kritik an Gegenpositionen nicht selten in Form moralischer, oftmals personalisierter Vorwürfe. Fundamentale Rechtskritik wird geübt, wenn das Recht und die Rechtsordnung nicht als Mittel zur Bekämpfung von Diskriminierungen verstanden, sondern selbst als Prozess und Produkt institutionalisierter Strukturen der Diskriminierung, als Instrumente zur Aufrechterhaltung eines inhärent diskriminierenden politischen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Systems angesehen werden. Die Heftigkeit der Auseinandersetzungen mag auch daran liegen, dass sie für viele am Diskurs Beteiligte sehr persönlich ist, sei es, dass sie selbst einer diskriminierungsgefährdeten Gruppe angehören oder Diskriminierungserfahrungen machen mussten, sei es, dass sie sich aus religiösen, moralischen oder sonstigen Überzeugungen gegen Positionen der Gleichstellung – etwa im Bereich der sexuellen Orientierung – wenden.

Das Antidiskriminierungsrecht kann diese politische Polarisierung nicht auflösen, sondern muss sie in gewissem Umfang aufnehmen und aushalten. Gleichwohl vermag das Rechtssystem auf vielfältige Weise zu einer Versachlichung beizutragen: Gesetzgeberische Entscheidungen sind zu respektieren. Streitigkeiten um die Auslegung und Anwendung des Antidiskriminierungsrechts müssen in der Sprache des Rechts und damit intersubjektiv vermittelbar verhandelt werden. Vor Gericht wirken die Formalisierung des Verfahrens und die Differenzierung in verschiedene einzelne Fragen sowie die professionelle Verfahrensleitung durch die Gerichte zumindest potentiell deeskalierend. Die Tendenz gerade der deutschen Rechtswissenschaft und der deutschen Rechtspraxis zu vermittelnden, ausgleichenden Lösungen kann hierzu einen Beitrag leisten, ohne dass damit gesagt sein soll, dass stets vermittelnde Lösungen die überzeugendsten wären.

In besonderem Maße wichtig ist jedenfalls, dass die politische Dimension des Antidiskriminierungsrechts und der politische Kontext, in dem es entstanden ist, fortentwickelt, angewendet und diskutiert wird, stets bewusst gehalten werden. Das gilt sowohl für die rechtsetzenden politischen Akteure als auch für die rechtsanwendenden Organe, ein-

²⁹³ Säcker, „Vernunft statt Freiheit!“ – Die Tugendrepublik der neuen Jakobiner – Referentenentwurf eines privatrechtlichen Diskriminierungsgesetzes, ZRP 2002, S. 286 ff.; dagegen Baer, „Ende der Privatautonomie“ oder grundrechtlich fundierte Rechtsetzung?, ZRP 2002, S. 290 ff.

²⁹⁴ Adomeit, Diskriminierung – Inflation eines Begriffs, NJW 2002, S. 1622 (1623).

²⁹⁵ Fahr, Deutschland wird wieder totalitär – Echo, JuS 2002, S. 727.

²⁹⁶ Richardi, Neues und Altes – Ein Ariadnefaden durch das Labyrinth des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, NZA 2006, S. 881 (887).

²⁹⁷ Schmelz, „Vernunft statt Freiheit!“ – Die Tugendrepublik der neuen Jakobiner, ZRP 2003, S. 67.

²⁹⁸ Braun, Übrigens – Deutschland wird wieder totalitär, JuS 2002, S. 424.

²⁹⁹ Erinnert sei nur an die Verbindung von Homosexualität und Pädophilie bei Braun, Ein neues familienrechtliches Institut, JZ 2002, S. 23 ff.

schließlich der Gerichte. Auch Richterinnen und Richter können ihre Einstellungen und Überzeugungen im Rahmen der Rechtsanwendung nicht völlig ausblenden.³⁰⁰ Dasselbe gilt für rechtswissenschaftliche Analysen und Stellungnahmen.

E. Kategorien im Antidiskriminierungsrecht

- 76 Zentral für das Antidiskriminierungsrecht sind die Kataloge von Kategorien, nach denen nicht unterschieden werden darf. Sie bestimmen, welche Personengruppen durch die Regelungen des Antidiskriminierungsrechts reaktiv geschützt oder proaktiv gefördert werden. Bevor diese Kategorien in den Beiträgen im Einzelnen analysiert werden,³⁰¹ sollen daher allgemeine Fragen und potentielle Probleme der Kategorienfixierung des Antidiskriminierungsrechts in den Blick genommen werden.

I. Kontingenz von rechtlichen Kategorienkatalogen

- 77 Die Kataloge sind selbst das positiv-rechtlich fixierte Ergebnis historisch kontingenter Entwicklungen³⁰² und vielfach in sozialen Kämpfen erstritten. Der besondere Schutz vor Diskriminierung erweist sich dort als notwendig, wo historisch andauernde Exklusionen von Personen so verfestigt sind, dass sie Gleichberechtigung und gleichrangige Wahrnehmung der Ausgeschlossenen in Frage stellen. Welche gesellschaftlichen Gruppen dies jeweils sind, unterscheidet sich geographisch und im historischen Verlauf. Schließlich sind Gesellschaften und ihre sozialen Hierarchisierungen keine statischen Systeme, sondern von hoher Dynamik gekennzeichnet. In den USA etwa wurde das Verbot rassistischer Diskriminierung vor dem Hintergrund von Sklaverei, *Jim Crow*-Gesetzgebung und Rassen-trennung zur alle anderen Diskriminierungskategorien bestimmenden Leitkategorie, mit internationaler Ausstrahlungswirkung.³⁰³ In der Bundesrepublik hingegen verlief die Entwicklung anders. Trotz der monströsen Erfahrung mit rassistischer Diskriminierung im nationalsozialistischen Regime war nicht etwa „Rasse“ die paradigmatische Kategorie der verfassungsrechtlichen Praxis und Debatte, sondern die Kategorie „Geschlecht“. Dem Engagement von Frauenverbänden und besonders *Elisabeth Selbert*, die diese mobilisierte, ist es zu verdanken, dass Art. 3 Abs. 2 Eingang in das Grundgesetz fand.³⁰⁴ Die Übergangsvorschrift des Art. 117 Abs. 1 GG erzeugte den notwendigen Druck, damit sich an den rechtlichen Verhältnissen tatsächlich etwas änderte.³⁰⁵ Lange blieb Antidiskriminierungs-

³⁰⁰ Zu Diskriminierungsschutz in der Strafrechtspflege → *Geneuss*, § 27.

³⁰¹ Dazu die Beiträge im dritten Teil dieses Buches.

³⁰² Zur Kontingenz auch *Baer*, Gleichberechtigung revisited, NJW 2013, S. 3145 (3147 ff.).

³⁰³ Zum Einfluss auf die menschenrechtliche Entwicklung des UN-Übereinkommens gegen Rassendiskriminierung *Jensen*, *The Making of International Human Rights*, 2016, S. 102 ff.

³⁰⁴ Zur Entstehungsgeschichte *Reich-Hilweg*, *Männer und Frauen sind gleichberechtigt*, 1979, S. 17 ff.; *Sacksofsky* (Fn. 26), S. 323 ff.

³⁰⁵ Zur Bedeutung und zu den praktischen Auswirkungen *Masing/Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 117 Rn. 4 ff.

recht in Deutschland ein frauenrechtliches Thema. Obgleich das UN-Abkommen gegen Rassendiskriminierung seit 1969 Anreize hätte setzen können, wenigstens die Kategorie „Rasse“ in den antidiskriminierungsrechtlichen Diskurs aufzunehmen, kam es dazu im Wesentlichen erst durch die Vorgaben der EU-Antidiskriminierungsrichtlinien seit 2000.

1. Kategorienkataloge

Auf völkerrechtlicher, europarechtlicher und innerstaatlicher Ebene finden sich Diskriminierungsverbote einerseits mit geschlossenen, andererseits mit offenen Katalogen geschützter Kategorien.³⁰⁶ Der etablierte tradierte Katalog umfasst jedenfalls Geschlecht,³⁰⁷ „Rasse“,³⁰⁸ Behinderung,³⁰⁹ Religion³¹⁰ und Weltanschauungen³¹¹. Im Übrigen gibt es Abweichungen im Detail³¹² und Diskriminierungskategorien, die allenfalls in neueren Katalogen explizit aufgeführt sind, wie sexuelle Orientierung,³¹³ Alter³¹⁴ oder auch genetische Merkmale³¹⁵. Neue potentiell diskriminierungsrelevante Kategorien treten bei der Nutzung von Algorithmen in der Entscheidungsfindung auf.³¹⁶ 78

2. Die Sonderstellung sozio-ökonomischer Diskriminierung

Angesichts des engen Zusammenhangs zwischen Gleichheit und Nichtdiskriminierung bedarf eine auffällige Leerstelle innerhalb der Kategorienkataloge der Erläuterung: Die Kategorie sozio-ökonomische Herkunft wird für das Privatrecht in den Kategorienkatalogen nicht anerkannt.³¹⁷ Gleichwohl ist die Bedeutung dieser Kategorie für die Frage der Diskriminierung enorm: In einem kapitalistischen Wirtschaftssystem wird im Marktgeschehen nach ökonomischen Kriterien unterschieden, insbesondere nach der Zahlungsfähigkeit. Typischerweise entstehen in kapitalistischen Gesellschaften soziale Schichten, die eng verbunden sind mit der jeweiligen Vermögenslage. Die sozio-ökonomische Situation wirkt sich dann über die reine Frage der Zahlungsfähigkeit hinaus auch in anderen Bereichen gesellschaftlicher Interaktion aus, negativ oder positiv. So bestimmt in Deutschland der sozio-ökonomische Hintergrund von Schulkindern maßgeblich über Bildungslaufläufe.³¹⁸ 79

³⁰⁶ Dazu → *Baer*, § 5 Rn. 34 ff.

³⁰⁷ Dazu → *Markard*, § 6.

³⁰⁸ Dazu → *Barskanmaz*, § 7.

³⁰⁹ Dazu → *Zinsmeister*, § 9.

³¹⁰ Dazu → *Walter/Tremml*, § 8.

³¹¹ Dazu → *Krüper*, § 12 Rn. 43, 77.

³¹² Im Einzelnen bereits oben Rn. 26 ff. (C.).

³¹³ Dazu → *Markard*, § 6 Rn. 23 ff., 31 ff., 36 ff.

³¹⁴ Dazu → *Temming*, § 10 Rn. 12 ff.

³¹⁵ Vgl. etwa Art. 21 GRCh.

³¹⁶ Dazu → v. *Ungern-Sternberg*, § 28 Rn. 11 ff.

³¹⁷ Früh zu dieser Frage für das US-amerikanische Recht *Fiss*, *The Fate of an Idea Whose Time Has Come: Antidiscrimination Law in the Second Decade after Brown v. Board of Education*, *University of Chicago Law Review* 41 (1973), S. 742 (750) (zu Armut als möglichem Diskriminierungsgrund); ausführlich dazu → *Röhner*, § 11.

³¹⁸ Bei gleichem Leistungsstand (z. B. Notendurchschnitt) und kognitiven Grundfähigkeiten ist die Wahrscheinlichkeit für Kinder aus sozio-ökonomisch privilegierten Familien, eine Gymnasialempfehlung

80 Dass staatlichen Institutionen Differenzierungen aufgrund der sozio-ökonomischen Herkunft der Bürgerinnen und Bürger verwehrt sein müssen, folgt aus dem Verbot der Benachteiligung wegen der Herkunft nach Art. 3 Abs. 3 GG.³¹⁹ Für den Privatrechtsverkehr stellt sich hingegen die Frage, ob sozio-ökonomische Ungleichheit ein zulässiges Differenzierungskriterium sein darf oder womöglich aufgrund der Funktionsbedingungen marktformigen Warenaustausches sogar sein muss: Auf Märkten sind grundsätzlich nur jene für Vertragsschlüsse attraktiv, die über die nötigen Mittel zum Erwerb von Dienstleistungen oder Produkten verfügen.³²⁰ Mögen vielfach gruppenbezogene Diskriminierungen in sozio-ökonomischer Ungleichheit resultieren, etwa weil Frauen im Schnitt weniger verdienen als Männer (sogenannter *gender pay gap*)³²¹ oder die professionellen Leistungen von Personen mit nicht autochthon klingenden Namen weniger gut eingeschätzt werden,³²² so geht es darum allerdings nicht ausschließlich. Gruppenbezogene Diskriminierung kann auch jene treffen, die sozio-ökonomisch privilegiert sind. Für den Normalfall gruppenbezogener Diskriminierung im allgemeinen Warenverkehr liegt das Problem sogar gerade darin, dass an sich zahlungswillige Personen aufgrund einer – tatsächlichen oder angenommenen – Gruppenzugehörigkeit gerade nicht als Vertragspartner akzeptiert werden. *Jherings* Satz vom Geld als dem großen Gleichmacher³²³ stimmt in Fällen gruppenbezogener Diskriminierung gerade nicht. Die strukturelle Ähnlichkeit zwischen sozio-ökonomischer Ungleichheit und gruppenbezogener Diskriminierung lässt es angemessen erscheinen, sie auch im Rahmen antidiskriminierungsrechtlicher Überlegungen einzubeziehen.³²⁴ Sozio-ökonomische Unterschiede stehen vielfach hinter Diskriminierungsfragen. Umgekehrt kann Diskriminierung aufgrund tatsächlicher oder vermeintlicher Gruppenzugehörigkeit zu sozio-ökonomischen Unterschieden führen. Die Möglichkeiten, sozio-ökonomische Ungleichheiten mit den Mitteln des Antidiskriminierungsrechts zu adressieren, müssen durchdacht und ausgelotet werden.

zu erhalten, rund dreieinhalbmal höher als bei Kindern aus sozial schwachen Familien, siehe *Dravenau/Groh-Samberg*, Bildungsbenachteiligung als Institutioneneffekt, in: Berger/Kahlert (Hrsg.), Institutionalisierte Ungleichheiten, 3. Aufl. 2013, S. 105; *Geißler*, Bildungschancen und soziale Herkunft, ArchsozArb 37 (2006), S. 34 (43 f.); *Barczak*, Der Übergang von der Grundschule in die Sekundarstufe als Grundrechtsproblem, 2011, S. 109 ff.

³¹⁹ Statt vieler *Heun* (Fn. 211), Art. 3 Rn. 132.

³²⁰ *Schiek*, Zwischenruf: Den Pudding an die Wand nageln? Überlegungen zu einer progressiven Agenda für das EU-Antidiskriminierungsrecht, KJ 2014, S. 396 (404).

³²¹ *Markard*, Das Gebot der Entgeltgleichheit: Verfassungsrechtliche Perspektiven, JZ 2019, S. 534 ff.

³²² Etwa in juristischen Examina, vgl. dazu die Studie von *Glöckner/Towfigh/Traxler*, Zur Benotung in der Examensvorbereitung und im ersten Examen, Eine empirische Analyse, ZDRW 2014, S. 8 ff.; *dies.*, Empirische Untersuchung zur Benotung in der staatlichen Pflichtfachprüfung und in der zweiten juristischen Staatsprüfung in Nordrhein-Westfalen von 2006 bis 2016, Dezember 2017.

³²³ Siehe *v. Jhering*, Der Zweck im Recht, Bd. 1, 1877, S. 234: „Das Geld ist der wahre Apostel der Gleichheit; wo es aufs Geld ankommt, verlieren alle socialen, politischen, religiösen, nationalen Vorurtheile und Gegensätze ihre Geltung.“

³²⁴ Dazu → *Röhner*, § 11; in historischer Perspektive liegt eine Verwandtschaft etwa für die Weimarer Zeit nahe, vgl. *Mangold*, Gleichheitsrechte und soziale Grundrechte, Internationale und vergleichende Dimension, in: Kleinlein/Ohler (Hrsg.), Weimar international, 2020, S. 119 ff.

II. Konstruktion von kategorialen Unterscheidungen zwischen Menschen

Die in Diskriminierungsverboten normierten Kategorien knüpfen an in der Gesellschaft vorgefundene Unterscheidungen an. Sie sind nicht zufällig oder willkürlich, sondern rekurrieren auf sozial wahrgenommene Gruppen. 81

1. Die doppelte Bedeutung der Konstruiertheit von Unterscheidungen

Das darf aber nicht zu dem Fehlschluss verleiten, dass die Kategorien selbst ontologische Entitäten bezeichnen. Kategorien sind vielmehr das Ergebnis von Konstruktionsleistungen. Mit Blick auf die für die Diskriminierungsverbote maßgeblichen Gruppen lässt sich weiter differenzieren. So unterscheidet *Carolyn Emcke* zwei „Typen“ von kollektiven Identitäten: erstens „gewollte, selbst-identifizierte kollektive Identitäten und Lebensformen“, zweitens die „nicht-intentionale, subjektivierende Konstruktion von kollektiven Identitäten“. ³²⁵ Besonders deutlich tritt diese Konstruiertheit von Unterscheidungen bei der Kategorie des Geschlechts hervor. So beschreibt *Andrea Maihofer* „Geschlecht als hegemoniale[n] Diskurs und gesellschaftlich-kulturelle[] Existenzweise“. ³²⁶ Körper erhalten ihr zufolge in einem „Prozeß der Materialisierung ... Wirkung und Bedeutung“. ³²⁷ *Maihofer* betont damit die Materialität, die Körperlichkeit menschlicher Existenz, aber zugleich die konstruktive Leistung, die darin liegt, dass Körper in einer bestimmten Weise angesehen und eingeordnet werden, etwa entlang der Kategorie „Geschlecht“ mit ihren Ausprägungen „männlich“ und „weiblich“. 82

Eine zweifache Einsicht klärt das Verständnis rechtlicher Kategorien, dass nämlich *erstens* Menschen ihrer Körperlichkeit „ausgeliefert“ sind, die sie nicht beliebig verändern können, in die sie qua Geburt „geworfen“ sind, dass aber *zweitens* die Wertungen und Bewertungen, die an bestimmte Körperlichkeiten anknüpfen, gesellschaftlich hervorgebracht werden. Menschen werden in solchen gesellschaftlichen Zuordnungsprozessen als bestimmten Gruppen zugehörig konstruiert und nehmen zugleich selbst an solchen Zuordnungsprozessen teil. 83

2. Invisibilisierung der rechtlichen Konstruktion von Kategorien

Um Unterscheidungen zwischen den Ausprägungen einer Kategorie vornehmen zu können, müssen diese Ausprägungen voneinander unterschieden werden. „Männer“ sind von „Frauen“, „Schwarze“ von „Weißen“, religiöse Praktiken von nicht-religiösen Praktiken zu unterscheiden. Rechtliche Regelungen und Praktiken haben eine Schlüsselfunktion in diesem Konstruktionsprozess. Die rechtliche Behandlung von kategorialen Unterscheidungen suggeriert freilich vielfach, dass es keine andere Möglichkeit gäbe, als diese Unterscheidung hinzunehmen: Sie wird invisibilisiert. Die Argumentationskette, um die Konstruktionsleistung der kategorialen Unterscheidung zu invisibilisieren, umfasst 84

³²⁵ *Emcke*, Kollektive Identitäten, 2000, S. 199.

³²⁶ *Maihofer*, Geschlecht als Existenzweise, 1995, S. 79.

³²⁷ *Maihofer* (Fn. 326), S. 89.

typischerweise drei Schritte: Die Unterscheidung mehrerer Ausprägungen einer Kategorie sei *erstens* „natürlich“ und *zweitens* „normal“, weswegen das Recht sich *drittens* neutral zu dieser Frage zu verhalten habe.³²⁸

85 Das Argument der *Natürlichkeit* einer Unterscheidung zwischen Personengruppen besagt, dass diese Unterscheidung 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 der *Normalitäts*behauptung, dass die Unterscheidung schon immer allgemein akzeptiert und praktiziert worden sei. So wird etwa darauf verwiesen, dass alle zivilisierten Völker die Unterscheidung zwischen Schwarzen und Weißen trafen.³²⁹ Das Recht schließlich, so der letzte Schritt des argumentativen Dreischritts, sei *neutral* in der Frage der Kategorisierung, es setze die „natürliche“ und „normale“ Unterscheidung und unterschiedliche Behandlung selbst lediglich voraus und reagiere auf diese. Diese Behauptung der Neutralität des Rechts erstreckt sich auf die aktive Schaffung der Kategorien. So soll angeblich die Rolle des Rechts auch dann noch „neutral“ sein, wenn gesetzliche Regelungen die kategorisierenden Zuordnungen zu verschiedenen Ausprägungen überhaupt erst ermöglichen.³³⁰

86 Betont man demgegenüber den – zumindest auch, teilweise ausschließlich – konstruierten Charakter der Unterscheidungen, so erweist sich die Kategorienorientierung des Antidiskriminierungsrechts als potentiell problematisch: Diskriminierungskategorien sehen sich dann dem Vorwurf ausgesetzt, dass sie die zu überwindenden Differenzen durch die Verwendung der Kategorien im Rechtstext perpetuieren und zu ihrer gesellschaftlichen Verfestigung beitragen.³³¹

3. Ausprägungen von Kategorien

87 Typischerweise sind Diskriminierungskategorien in symmetrischer Weise gefasst, sodass sie sowohl die gesellschaftlich benachteiligte Gruppe als auch die dominierende Gruppe erfassen.³³² Eine Ausnahme bildet die Kategorie „Behinderung“: Alle Menschen haben zwar einen Gesundheitsstatus, doch nur Menschen mit Behinderung können *wegen* einer „Behinderung“ benachteiligt werden.³³³ Bei den anderen klassischen Diskriminierungskategorien wie „Geschlecht“ und „Rasse“ umfasst die Kategorie als Oberbegriff hingegen

³²⁸ Ausführlicher *Mangold* (Fn. 3), S. 313 ff.

³²⁹ US Supreme Court, *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393, 407: „This opinion [i. e. dass Sklaven einer „inferior race“ angehörten] was at that time fixed and universal in the *civilized portion of the white race*.“

³³⁰ Etwa mittels der „*one drop rule*“, vgl. Virginia Racial Integrity Act 1924, Sec. 5.

³³¹ Das wird mit einem von *Martha Minow* geprägten Ausdruck als „Dilemma der Differenz“ bezeichnet, *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.“ – Dazu unten Rn. 95 ff. (E. IV.); → *Baer*, § 5 Rn. 57 ff.

³³² Dazu bereits oben Rn. 9 f. (A. II. 2.).

³³³ Allerdings hat der EuGH das Konzept der Diskriminierung nahestehender Personen wegen „Diskriminierung durch Assoziation“ gerade für Verwandte von Menschen mit Behinderung entwickelt, EuGH, Urt. v. 17.7.2008, Rs. C-303/06, *Coleman*, Rn. 33 ff.

verschiedene Ausprägungen, nämlich neben den historisch für schützenswert erachteten Ausprägungen auch die gesellschaftlich dominierende. Die Kategorie „Geschlecht“ hat im herkömmlichen Verständnis zwei Ausprägungen: Männer und Frauen.³³⁴ Ganz überwiegend sind Männer nach wie vor die gesellschaftlich dominierende Gruppe, so dass Frauen innerhalb der Kategorie „Geschlecht“ „aktiv kategorisiert“³³⁵ oder „markiert“³³⁶ werden. Auch Angehörige der dominierenden Gruppe weisen freilich eine Ausprägung der Kategorie auf. Auch Männer haben ein Geschlecht. Diese Einsicht in benannte und unbenannte Ausprägungen der Kategorien korrespondiert mit der Konstruktion von „Normalmodellen“ im Recht, die aus den dominierenden Ausprägungen der Kategorien gebildet werden.

4. „Rasse“ als Kategorie?

Besondere Diskussionen ranken sich um die Kategorie der „Rasse“, wie sie in den zentralen Diskriminierungsverboten auf völker- und unionsrechtlicher Ebene sowie im deutschen Verfassungsrecht und einfachen Recht verankert ist.³³⁷ Die Problematik besteht zunächst darin, dass der Begriff die biologische Existenz unterschiedlicher menschlicher Rassen zu implizieren scheint, eine Vorstellung, die in den Naturwissenschaften als weitgehend überwunden gelten kann.³³⁸ Versuche, am Begriff der „Rasse“ festzuhalten, gleichzeitig aber zu betonen, dass damit keine Akzeptanz von Theorien, die von der biologischen Existenz verschiedener Rassen ausgehen, verbunden sei, wie in der Antirassismus-Richtlinie der EU,³³⁹ wirken eher unbeholfen. Auch der in der deutschen Kommentarliteratur vorherrschende Ansatz, demzufolge der Begriff der Rasse Menschengruppen mit bestimmten wirklich oder auch nur vermeintlich vererbbaaren Eigenschaften umfasse,³⁴⁰ löst sich nicht vollends von biologischen Vorstellungen und erweist sich zudem als wenig taugliche Definition für die juristische Subsumtion.³⁴¹

Verfassungspolitisch wird vor diesem Hintergrund über die Ersetzung des Begriffs der „Rasse“ insbesondere im Rahmen von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG diskutiert.³⁴² Alternativ-

³³⁴ Darauf, dass die „neutrale“ Formulierung alle geschlechtlichen Ausprägungen zu erfassen erlaubt, weist hin *Holzleithner*, Emanzipation durch Recht?, KJ 2008, S. 250 (251).

³³⁵ *Markard*, Zwangsehen und Scheinehen: Intersektionalität als Analyseinstrument im Recht, in: Bereswill u. a. (Hrsg.), Intersektionalität und Forschungspraxis, 2015, S. 22 f.

³³⁶ Zur Übertragung des linguistischen Konzepts von markierten und unmarkierten Ausprägungen siehe *Mangold* (Fn. 3), S. 319 ff.

³³⁷ Dazu → *Barskanmaz*, § 7 Rn. 32 ff.

³³⁸ Siehe dazu *Barskanmaz*, Recht und Rassismus, 2019, S. 51 ff.; *Liebscher* (Fn. 271), S. 81 ff.; problematisch ist es daher, wenn unter Rückgriff auf vereinzelte Positionen in den Naturwissenschaften eine *false balance* in dieser Frage suggeriert wird, wie etwa bei *Kischel*, Rasse, Rassismus und Grundgesetz, AöR 145 (2020), S. 227 (241 ff.).

³³⁹ Siehe Antirassismus-Richtlinie, Erwägungsgrund Nr. 6.

³⁴⁰ Statt vieler *Heun* (Fn. 211), Art. 3 Rn. 129; ausführliche Auswertung und Analyse bei *Liebscher* (Fn. 271), S. 393 ff.

³⁴¹ Dazu *Payandeh*, Verfassungsgerichtliche Konturierung des Verbots rassistischer Diskriminierung, NVwZ 2021, S. 1830 (1831 f.).

³⁴² Im Rahmen der 19. Legislaturperiode standen die in Fn. 24 erwähnten Gesetzentwürfe im Zen-

angebote umfassen insbesondere die Formulierung „rassistisch“ oder „aus rassistischen Gründen“ sowie die Kategorie der „ethnischen Zugehörigkeit“.³⁴³ In der Diskussion lassen sich einerseits Stimmen ausmachen, die sowohl am Begriff der Rasse als auch am biologischen Begriffsverständnis festhalten wollen, dabei aber zu Recht betonen, dass es für die Anwendung des Diskriminierungsverbots nicht auf die tatsächliche Existenz von Rassen, sondern auf entsprechende Behauptungen³⁴⁴ oder Zuschreibungen³⁴⁵ ankomme. Dabei wird betont, dass der Begriff im Grundgesetz eine dezidierte Absage an den Rassenwahn des Nationalsozialismus zum Ausdruck bringe.³⁴⁶ Andere wollen den Begriff ebenfalls beibehalten, plädieren dabei aber für eine Entfaltung des Begriffs in seiner Dimension als soziales Konstrukt.³⁴⁷ Für die Ersetzung wird neben der historischen Belastung des Begriffs und der vermeintlichen Anerkennung biologischer Vorstellungen menschlicher Rassen auf die Probleme der Operationalisierung des Begriffs in der praktischen Rechtsarbeit verwiesen, die als mitursächlich dafür ausgemacht werden, dass das Diskriminierungsverbot bislang nur wenig praktische Relevanz erlangt hat.³⁴⁸

- 90 Ungeachtet der Frage der Ersetzung des Begriffs „Rasse“ besteht schon auf der Grundlage des geltenden Rechts kein Bedürfnis, den Begriff in das Zentrum der antidiskriminierungsrechtlichen Dogmatik zu stellen. Es spricht viel dafür, dass der Begriff einer einfachen, unmittelbar subsumtionsgeeigneten juristischen Definition nicht zugänglich ist. Selbst der UN-Antirassismusausschuss hat in seiner mehr als fünfzigjährigen Tätigkeit keine solche Definition entwickelt und greift auch selten auf den Begriff zurück.³⁴⁹ Das ICERD bietet insofern einen auch für den deutschen Diskurs anschlussfähigen Ansatz, als es für die zentrale Kategorie der *racial discrimination* bewusst nicht allein an die „Rasse“ anknüpft, sondern daneben die Hautfarbe, die Abstammung, die nationale oder die ethnische Herkunft als Kategorien nennt. Auch das Bundesverfassungsgericht versucht sich nicht an einer Definition von „Rasse“, sondern geht davon aus, dass das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG als Verbot rassistischer Diskriminierung zu verstehen ist.³⁵⁰

trum der Diskussion, zu denen am 21.6.2021 eine öffentliche Anhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestags stattgefunden hat (siehe Protokoll Nr. 19/159). Für die 20. Legislaturperiode sieht der zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP abgeschlossene Koalitionsvertrag 2021–2025, S. 121, eine Ersetzung vor. Überblick zur Debatte bei *Griesbeck*, Der Begriff Rasse in Artikel 3 GG – Geschichte und aktueller Stand der Diskussion, ZAR 2021, S. 400.

343 Siehe zu entsprechenden landesverfassungsrechtlichen Regelungen oben Rn. 60 (C. III. 3.).

344 So *Kischel* (Fn. 338), S. 227 (246 ff.).

345 So *Sachs*, Expertenstatement: Soll der Begriff „Rasse“ aus dem Grundgesetz gestrichen werden?, Pressemitteilung der Universität zu Köln v. 16.7.2020.

346 *Langenfeld* (Fn. 157), Art. 3 Abs. 3 Rn. 45.

347 Siehe insbesondere *Barskanmaz* (Fn. 338), S. 21 ff.; *Kaneza*, Rasse und der Grundsatz der Gleichheit, ZAR 2021, S. 395 (397 ff.).

348 *Cremer*, Ein Grundgesetz ohne „Rasse“, DIMR Policy Paper No. 16, DIMR, 2010; *Cremer*, Das Verbot rassistischer Diskriminierung, Analyse, DIMR, 2020; *Kutting/Amin*, Mit „Rasse“ gegen Rassismus?, DÖV 2020, S. 612 (613 ff.).

349 Siehe *Thornberry*, The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, A Commentary, 2016, S. 117 f.

350 BVerfGE 144, 20 (207 f. Rn. 541) – *NPD-Verbotsverfahren* (2017); BVerfG, Beschl. v. 2.11.2020, 1 BvR

III. Intersektionalität von Kategorien

Mit der Ausdifferenzierung in den Katalogen von Diskriminierungskategorien geht eine bedeutende quantitative wie qualitative Komplexitätssteigerung einher. Die Frage nach Hierarchien zwischen den Diskriminierungskategorien bleibt dabei nicht aus. Rechtsdogmatisch verarbeitet wird sie etwa in den unterschiedlichen Rechtfertigungsmöglichkeiten, die zum Teil nach der Diskriminierungskategorie differenzieren.³⁵¹ Die Komplexität wird weiter erhöht durch das allmähliche Sichtbarwerden des Phänomens der Intersektionalität.³⁵² Dieser Begriff bezeichnet Ungleichbehandlungen, die an mehrere Diskriminierungskategorien kumuliert anknüpfen. Angehörige von „Untergruppen“, die an den Kreuzungen (*intersections*) mehrerer Ungleichheitsachsen entstehen, können in besonderem Maße von mehrdimensionalen Diskriminierungen betroffen sein, was die Frage aufwirft, wie das Antidiskriminierungsrecht ihrem besonderen Schutzbedürfnis nachkommen kann.

Der Begriff der „intersectionality“ wurde von der US-amerikanischen Rechtswissenschaftlerin *Kimberlé Crenshaw* geprägt.³⁵³ *Crenshaw* analysierte verschiedene arbeitsgerichtliche Entscheidungen, um zu verstehen, warum Schwarze Frauen oftmals nicht vor Diskriminierung geschützt waren. In einem Fall von betriebsbedingten Kündigungen nach einem Senioritätsprinzip (*last in, first out*) waren beispielsweise Schwarze Frauen viel stärker betroffen als weiße Frauen. Zuerst waren weiße Männer, dann Schwarze Männer, dann weiße Frauen, und erst ganz am Ende Schwarze Frauen eingestellt worden. Diese verloren folgerichtig als erste wieder ihre Stelle.³⁵⁴ Der Entscheidung des US District Court for the Eastern District of Missouri zufolge bildeten aber nur *sex discrimination* einerseits und *race discrimination* andererseits anerkannte Formen von Diskriminierung, eine Diskriminierung speziell als Schwarze Frau sei dagegen unbekannt.³⁵⁵ Angesichts der Komplexitätssteigerung käme eine Anerkennung dieser neuen Gruppe dem Öffnen von Pandoras Büchse gleich.³⁵⁶ *Crenshaw* schlug daraufhin vor, in einer Analogie zu einer Straßenkreuzung (*intersection*) zu denken: Befindet man sich auf der Kreuzung, können einen aus allen Richtungen Fahrzeuge treffen.³⁵⁷ Folgte man dagegen der Argumentation des District Courts,

2727/19 – „Ugah Ugah“, Rn. 11 und Rn. 19; zustimmend *Payandeh* (Fn. 341), S. 1831 f.; kritisch → *Barskanmaz*, § 7 Rn. 64.

³⁵¹ Dazu → *Reimer*, § 17 Rn. 113 ff.

³⁵² Dazu → *Holzleithner*, § 13.

³⁵³ *Crenshaw*, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, *The University of Chicago Legal Forum* 1989, S. 139 ff.; *dies.*, *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color*, *Stanford Law Review* 43 (1990), S. 1241 ff.

³⁵⁴ So das bekannte Urteil US District Court for the Eastern District of Missouri, *DeGraffenreid v General Motors*, 413 F Supp 142; *Crenshaw* (Fn. 353), S. 141.

³⁵⁵ US District Court for the Eastern District of Missouri, *DeGraffenreid v General Motors*, 413 F Supp 142 (143).

³⁵⁶ US District Court for the Eastern District of Missouri, *DeGraffenreid v General Motors*, 413 F Supp 142 (145): „The prospect of the creation of new classes of protected minorities, governed only by the mathematical principles of permutation and combination, clearly raises the prospect of opening the hackneyed Pandora’s box.“

³⁵⁷ *Crenshaw* (Fn. 353), S. 149.

werde den besonderen intersektionellen Erfahrungen Schwarzer Frauen nicht Rechnung getragen: Schwarze Frauen würden marginalisiert.³⁵⁸ Bei einer solchen Betrachtungsweise gerieten die Privilegierungen von weißen Frauen (in der Gruppe der Frauen) und von Schwarzen Männern (in der Gruppe der Schwarzen Personen) aus dem Blick.³⁵⁹

93 Das Phänomen der Intersektionalität verweist in besonderem Maße auf gesellschaftliche Machtverhältnisse. Diese bewirken die Unterscheidung in privilegierte und diskriminierte gesellschaftliche Gruppen. Diese Machtverhältnisse machen freilich nicht vor der Binnenstruktur herkömmlich als diskriminiert beschriebener Gruppen Halt. „Achsen der Ungleichheit“³⁶⁰ enden nicht bei den im Antidiskriminierungsrecht benannten Gruppen. Deswegen wurde auch Kritik an *Crenshaws* Bild einer Kreuzung geübt, weil dieses suggerieren könnte, dass „Machtverhältnisse *jenseits* der Kreuzung scheinbar unbeeinflusst voneinander existieren.“³⁶¹ Zu bedenken ist beim Bild der *intersection*, dass relevante gesellschaftliche Machtstrukturen immer schon miteinander verwoben sind.³⁶² Es gibt folglich niemals eindimensionale Diskriminierung. Privilegierte Kategorienaspekte, die sich konkret nicht nachteilig auswirken, bleiben vielmehr nur „unsichtbar“ oder „unmarkiert“, wodurch der Eindruck einer eindimensionalen Diskriminierung entsteht.³⁶³ Damit ist die keineswegs neue, mindestens auf das 19. Jahrhundert zurückgehende Einsicht angesprochen, dass etwa in der Gruppe der Frauen spezifische Erfahrungen dominant artikuliert werden, nämlich die Erfahrungen weißer und/oder bürgerlicher Frauen.³⁶⁴

94 Wenn im Antidiskriminierungsrecht sozial benachteiligte Gruppen ihre Benachteiligung rechtlich adressieren, stellt sich für die Konzeption der berechtigten Gruppen die Frage, wer den Maßstab für diese Gruppen bildet. Bei der mehrdimensionalen Diskriminierung tritt diese Frage besonders deutlich hervor: In der Gruppe der Frauen bilden weiße, nicht-behinderte, heterosexuelle, bürgerliche Frauen das Normalmodell. Gleichwohl muss den unterschiedlichen Lebensumständen verschiedener intersektional benachteiligter Untergruppen Rechnung getragen werden.

IV. Erneuerungsvorschläge, insbesondere „postkategoriales Antidiskriminierungsrecht“

95 Angesichts dieser Problematiken der Diskriminierungskataloge plädieren manche Stimmen in der Literatur für offene Kategorienkataloge oder Generalverbotsnormen, um den

358 *Crenshaw* (Fn. 353), S. 150.

359 *Crenshaw* (Fn. 353), S. 151.

360 Klinger/Knapp/Sauer (Hrsg.), *Achsen der Ungleichheit*, 2007; zuvor: Knapp (Hrsg.), *Achsen der Differenz*, 2003.

361 *Dietze/Hornscheidt/Palm/Walgenbach*, Einleitung, in: dies. (Hrsg.), *Gender als interdependente Kategorie*, 2007, S. 9.

362 So deutlich und überzeugend *Markard* (Fn. 335), S. 22, mit Verweis auf eine Stellungnahme des *Combahee River Collective* von Schwarzen Frauen aus dem Jahr 1977: „The major systems of oppression are interlocking. The synthesis of the oppressions creates the conditions of our lives.“; „Herrschafts-“ und „Machtverhältnisse“ benennt auch *Sacksofsky* (Fn. 47), S. 432.

363 Dazu bereits oben Rn. 87 (E. II. 3.).

364 Überblick bei *Walgenbach* (Fn. 48), S. 23 ff.

immer neuen Formen von Diskriminierung begegnen zu können, die vor allem aus einer immer feineren Wahrnehmung der Untergruppierungen innerhalb kategorial geschützter Gruppen resultieren.³⁶⁵ Zum Teil wird ein „postkategoriales Antidiskriminierungsrecht“ eingefordert: *Susanne Baer* etwa bezeichnet gruppenbasierte Konzepte von positiven Maßnahmen als „rechtlichen Gruppismus“;³⁶⁶ in Anlehnung an einen Ausdruck des Soziologen *Rogers Brubaker*.³⁶⁷ Vorschläge zu einem postkategorialen Antidiskriminierungsrecht³⁶⁸ betonen die Bedeutung von Selbstzuschreibung und -einordnung von Personen und wollen die zwangsweise Zuordnung in der Rechtspraxis verhindern, gleichwohl aber Benachteiligung und Diskriminierung sanktionieren und justiziabel halten. Sie wollen so eine differenziertere Gruppenbenennung ermöglichen, die es erlauben soll, Fälle mehrdimensionaler Diskriminierung besser zu erfassen.

Vorschläge zu einem postkategorialen Antidiskriminierungsrecht wollen nicht „antikategorial“ sein,³⁶⁹ aber den Schwerpunkt von den benachteiligten Gruppen angeblich „anhaltenden“ Merkmalen auf die zuschreibenden – rassistischen, sexistischen, behindernden – Praktiken der Kategorisierung verlagern. Damit macht der postkategoriale Ansatz einen Vorschlag, wie problematische essentialisierende Zuschreibungen im Recht selbst überwunden werden können. Zusätzlich und unabhängig davon sollen durch einen offenen Kategorienkatalog auch neue Zuschreibungspraktiken adressierbar werden, etwa solche, die sich nur an Teilgruppen richten. 96

Der Vorschlag eines postkategorialen Antidiskriminierungsrechts thematisiert eine zentrale Frage des Antidiskriminierungsrechts, nämlich den Umgang mit der in den Kategorien zum Ausdruck kommenden Vorstellung vom Wesen einer Unterscheidungskategorie. Dabei muss sorgfältig abgewogen werden, ob durch eine Verlagerung der rechtlichen Aufmerksamkeit auf die Zuschreibungspraktiken möglicherweise die Intentionalität diskriminierender Handlungen wieder das Übergewicht gewinnt und unreflektierte, vorurteilsbedingte und strukturell-institutionelle Diskriminierung aus dem Blick gerät. In der Geschichte der Diskriminierungsverbote sahen sich benachteiligte Personen(gruppen) oftmals mit dem Problem konfrontiert, zunächst nachweisen zu müssen, aus welchen Gründen bestimmte diskriminierend wirkende Handlungen stattfanden. Die Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung, die die Ergebnisse (und nicht die Motive) bestimmter 97

³⁶⁵ Ausführlich dazu → *Baer*, § 5 Rn. 73 ff.

³⁶⁶ *Baer*, Chancen und Risiken Positiver Maßnahmen: Grundprobleme des Antidiskriminierungsrechts, in: Heinrich-Böll-Stiftung (Hrsg.), *Positive Maßnahmen, Von Antidiskriminierung zu Diversity*, 2010, S. 23 (25); *dies.*, *Privatizing Religion – Legal Groupism, No-Go-Areas, and the Public-Private-Ideology in Human Rights Politics*, *Constellations* 20 (2013), S. 68 ff.

³⁶⁷ *Brubaker*, *Ethnizität ohne Gruppen*, 2007.

³⁶⁸ Zunächst für proaktive Gleichstellungsmaßnahmen *Baer* (Fn. 366), S. 23 ff.; inzwischen für die Kategorie „Geschlecht“ ausgeweitet auch auf reaktiven Diskriminierungsschutz: *dies.*, *Geschlecht und Recht, Zur Diskussion um die Auflösung der Geschlechtergrenzen*, *RZ* 92 (2014), S. 5 ff.; *Lembke/Liebscher*, *Postkategoriales Antidiskriminierungsrecht? – Oder: Wie kommen Konzepte der Intersektionalität in die Rechtsdogmatik?*, in: *Philipp u. a.* (Hrsg.), *Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung*, 2014, S. 261 ff.; *Liebscher/Naguib/Plümecke/Remus*, *Wege aus der Essentialismusfalle: Überlegungen zu einem postkategorialen Antidiskriminierungsrecht*, *KJ* 2012, S. 204 ff.

³⁶⁹ So explizit *Lembke/Liebscher* (Fn. 368), S. 283.

Handlungen berücksichtigt, kann als Reaktion auf genau diese Beweisschwierigkeit verstanden werden.³⁷⁰ Darüber hinaus muss bedacht werden, dass Kategorien bei postkategorialen Vorschlägen nicht aus dem Antidiskriminierungsrecht verschwinden, sondern in die Definitionen der Zuschreibungspraktiken (rassistisches, sexistisches Verhalten etc.) verlagert werden.

F. Dogmatische Figuren des Antidiskriminierungsrechts

- 98 Das Antidiskriminierungsrecht ist durch eine Vielzahl besonderer rechtsdogmatischer Figuren gekennzeichnet. Dabei können in systematisierender Absicht zunächst zwei Teilbereiche des Antidiskriminierungsrechts unterschieden werden: einerseits reaktive Diskriminierungsverbote, andererseits proaktive Gleichstellungsvorschriften.³⁷¹ Während reaktive Diskriminierungsverbote an vergangene Tatbestände anknüpfen und bestimmte Verhaltensweisen und Handlungsfolgen sanktionieren,³⁷² ist proaktives Gleichstellungsrecht darauf angelegt, transformativ zu wirken, bestehende Benachteiligungen abzubauen und zukunftsorientiert bessere Partizipationschancen für historisch benachteiligte Personengruppen herbeizuführen. Die beiden Ausprägungen des Antidiskriminierungsrechts unterscheiden sich somit in ihren Wirkungsrichtungen.
- 99 Diskriminierungsverbote umfassen unmittelbare und mittelbare Diskriminierung³⁷³ sowie Belästigungen, insbesondere in Form der sexuellen Belästigung. Das proaktive Gleichstellungsrecht bildet zudem den Rahmen für Fördermaßnahmen, wobei Bevorzugungsregeln, etwa Quotenvorgaben zugunsten bislang benachteiligter Personengruppen, besonders umstritten sind.³⁷⁴ Manche Maßnahmen entziehen sich eindeutiger Systematisierung, weil sie sowohl reaktive als auch proaktive Elemente aufweisen; das gilt für bestimmte Interpretationen des Verbots mittelbarer Diskriminierung,³⁷⁵ vor allem aber für die Figur der angemessenen Vorkehrungen (*reasonable accomodation*).³⁷⁶
- 100 Diskriminierungsverbote sollen – wie gesetzliche Verbote generell – präventiv wirken, also von vornherein verhindern, dass eine Diskriminierungssituation entsteht und damit

³⁷⁰ Dazu unten Rn. 105 ff. (F.I.2.) sowie → *Sacksofsky*, § 14 Rn. 106.

³⁷¹ Ähnliche Unterscheidung bei *Sacksofsky* (Fn. 26), *passim*, deutlich S. 201 mit Fn. 431, S. 273 sowie *Fredman*, *Discrimination law*, 2. Aufl. 2011, S. 230 f. und *passim*; *dies.*, *Breaking the Mold: Equality as a Proactive Duty*, *American Journal of Comparative Law* 60 (2012), S. 265 ff.; *dies.*, *Changing the Norm: Positive Duties in Equal Treatment Legislation*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 12 (2005), S. 369 ff.

³⁷² Zum Rechtsfolgenregime → *Grünberger/Reinelt*, § 20; ausführlich *dies.*, *Konfliktlinien im Nichtdiskriminierungsrecht, Das Rechtsdurchsetzungsregime aus Sicht soziologischer Jurisprudenz*, 2020; *Beigang/Boll/Egenberger/Hahn/Leidinger/Tischbirek/Tuner*, *Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung des Diskriminierungsschutzes bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse. Bestandsaufnahme, Alternativen und Weiterentwicklung*, 2021.

³⁷³ Dazu → *Sacksofsky*, § 14.

³⁷⁴ Dazu → *Schuler-Harms*, § 16 Rn. 57 ff.

³⁷⁵ Dazu → *Sacksofsky*, § 14 Rn. 104 ff.

³⁷⁶ Dazu → *Degener*, § 15.

ebenfalls dafür sorgen, dass sich die Bedingungen für bislang diskriminierte Personengruppen dauerhaft verbessern.³⁷⁷ Gleichstellungsrechtliche Maßnahmen zielen darauf ab, die bestehenden Verhältnisse zu verändern. Hier wird nicht abgewartet, dass unter Bedingungen von Nichtdiskriminierung allmählich auch jene Personen und Gruppen ihre Potentiale voll ausschöpfen können, die bislang diskriminiert wurden. Gleichstellungsmaßnahmen sind insoweit „ungeduldig“, als sie nicht darauf warten, dass die gesellschaftlichen Machtverhältnisse sich irgendwann ändern, sondern den Wandel aktiv anzustoßen trachten.

I. Reaktive Diskriminierungsverbote

Im Zentrum der reaktiven Diskriminierungsverbote steht der Diskriminierungsbegriff mit seinen verschiedenen dogmatischen Ausprägungen. 101

1. Verbot unmittelbarer Diskriminierung

Eine exemplarische Formulierung eines Verbots unmittelbarer Diskriminierung findet sich in § 3 Abs. 2 Satz 1 AGG.³⁷⁸ Danach liegt eine unmittelbare Benachteiligung vor, wenn eine Person wegen eines dort aufgezählten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Eine unmittelbare Diskriminierung setzt also dreierlei voraus: *erstens* eine weniger günstige Behandlung, die *zweitens* in einer vergleichbaren Situation mit einer – konkreten oder hypothetischen – anderen Person erfolgt und *drittens* wegen eines geschützten Grundes. Alle Tatbestandsmerkmale weisen Probleme auf, die vielfach beweisrechtlicher Natur sind. 102

Die weniger günstige Behandlung muss in einem bestimmten Zusammenhang zum Diskriminierungsgrund stehen. Ursprünglich wurde dies so verstanden, dass eine entsprechende subjektive Intention der diskriminierenden Person vorliegen musste. Wenn der geschützte Grund direkt benannt wird, kann von einer solchen Intention ohne weiteres ausgegangen werden. Dieses unmittelbare Anknüpfen an eine der geschützten Kategorien ist untersagt (Anknüpfungsverbot). Inzwischen gibt es eine Entwicklung hin zur objektiven Bestimmung der notwendigen Verbindung zwischen Handlung (Tun oder Unterlassen) und dem geschützten Grund. Wenn etwa stereotype Vorstellungen oder Vorurteile zu einer bestimmten Entscheidung führen, kann die Tatsache unbewusst geblieben sein, dass die Unterscheidung gerade „wegen“ des geschützten Grundes getroffen wurde.³⁷⁹ 103

³⁷⁷ In diesem Sinne beschreibt *Wisskirchen* (Fn. 73), S. 44, die mittelbare Diskriminierung als „zukunftsgerichtet“: Sie vermittele aber „zunächst nur eine Umverteilung von Chancen“.

³⁷⁸ Ausführlich zu dieser Rechtsfigur → *Sacksofsky*, § 14 Rn. 35 ff.

³⁷⁹ Siehe das Beispiel bei *Bauer/Krieger/Günther*, AGG, 5. Aufl. 2018, § 3 Rn. 10: „(...) wenn der Arbeitgeber gar nicht erst auf die Idee kommt, einen behinderten Beschäftigten für eine Beförderungsstelle in Betracht zu ziehen, weil er unterbewusst davon ausgeht, die mit der Beförderungsstelle verbundene zusätzliche Belastung sei mit der Behinderung des Arbeitnehmers nicht vereinbar“.

104 In einer solchen Verschiebung von einer rein subjektiven Betrachtung, die ein aktualisiertes Bewusstsein der diskriminierenden Handlung bei der diskriminierenden Person erfordert, zu einer objektiven Betrachtung, die danach fragt, ob die betroffene Person gerade wegen ihrer Zugehörigkeit zu einer geschützten Personengruppe weniger günstig behandelt wird, liegt ein bedeutender Wandel der Perspektive: Ging es vorher allein um Motive und Intention der diskriminierenden Person, so gelangen nun auch im Zusammenhang mit der Figur der unmittelbaren Diskriminierung die Auswirkungen für die benachteiligten Personen ins Blickfeld der Betrachtung.³⁸⁰ Ob eine Rechtfertigung für unmittelbare Diskriminierung überhaupt möglich ist, wird bei verschiedenen Diskriminierungsverboten unterschiedlich geregelt, wobei zum Teil nach Kategorien differenziert wird.³⁸¹

2. Verbot mittelbarer Diskriminierung

105 Seit der Mitte der 1970er Jahre fand das dogmatische Konzept des „*disparate impact*“³⁸² aus dem US-amerikanischen Antidiskriminierungsrecht seinen Weg in das europäische Gemeinschaftsrecht,³⁸³ wo es als Verbot mittelbarer Diskriminierung (*indirect discrimination*) rezipiert wurde.³⁸⁴ Die Rolle der Vermittlung aus dem US-amerikanischen Recht übernahmen das britische und das irische Recht.³⁸⁵ Über die wirtschaftsrechtliche Traditionslinie fand sich die Unterscheidung von unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung freilich auch schon im frühen Gemeinschaftsrecht zum EGKS-Vertrag.³⁸⁶ Über das Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit³⁸⁷ fand dann in der Rechtsprechung

³⁸⁰ Deutlich, wenn auch in allgemeinerem Kontext *Khaitan* (Fn. 42), S. 168; ähnlich – „Wechsel der Blickrichtung“ – *Sacksofsky* (Fn. 26), S. 285.

³⁸¹ Dazu → *Sacksofsky*, § 14 Rn. 88 ff.; → *Reimer*, § 17 Rn. 76, 120.

³⁸² Üblicherweise verortet im Urteil des US Supreme Court, *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971).

³⁸³ Dazu bereits oben Rn. 21 (B. II.).

³⁸⁴ Zur Entwicklung in der Rechtsprechung des EuGH *Tobler* (Fn. 72), S. 101, Überblick S. 102 f.; ausführlich zu dieser Rechtsfigur → *Sacksofsky*, § 14 Rn. 101 ff.

³⁸⁵ Zu diesen Vorläufern *Tobler* (Fn. 72), S. 95; *Wisskirchen* (Fn. 73), S. 52. Vereinigtes Königreich: *Sex Discrimination Act 1975* ch. 65, Sec. 1 (1): „A person discriminates against a woman in any circumstances relevant for the purposes of any provision of this Act if – [...] (b) he applies to her a requirement or condition which he applies or would apply equally to a man but – (i) which is such that the proportion of women who can comply with it is considerably smaller than the proportion of men who can comply with it, and, (ii) which he cannot show to be justifiable irrespective of the sex of the person to whom it is applied, and (iii) which is to her detriment because she cannot comply with it.“; Irland: *Equal Employment Act No. 16 of 1977*, Sec. 2 „For the purposes of this Act, discrimination shall be taken to occur in any of the following cases – [...] b) where because of his sex or marital status a person is obliged to comply with a requirement, relating to employment or membership of a body [which is an organisation of workers, an organisation of employers or a professional or trade organisation or which controls entry to a profession or the carrying on of a profession], which is not an essential requirement for such employment or membership and in respect of which the proportion of persons of the other sex or (as the case may be) of a different marital status but of the same sex able to comply is substantially higher [...]“.

³⁸⁶ Dazu bereits oben Rn. 20 (B. II.).

³⁸⁷ Für die Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 48 EWGV: EuGH, Urt. v. 15.10.1969, Rs. 15/69, *Ugliola*, Rn. 6f.: Anrechnung von Wehrdienstzeiten als mittelbare Bevorzugung der eigenen Staatsangehörigen,

des EuGH ein Brückenschlag zum menschenrechtlichen Diskriminierungsschutz statt.³⁸⁸ Die seit 1957 in Art. 119 EWGV angeordnete Entgeltgleichheit für Frauen und Männer entfaltete der EuGH im Laufe der 1970er und 1980er Jahre und entwickelte gerade in diesem Zusammenhang die Figur der mittelbaren Diskriminierung.³⁸⁹

In der dogmatischen Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung verschränken sich die strukturell-institutionellen Gründe von fortbestehender Exklusion mit dem individualrechtlichen Schutz vor Diskriminierung, wenn Einzelne die Folgen struktureller Arrangements und Exklusionsmechanismen gerichtlich angreifen. Eine exemplarische Regelung der mittelbaren Diskriminierung findet sich in § 3 Abs. 2 AGG:

„Eine mittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines [geschützten] Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich.“

Das Verbot mittelbarer Diskriminierung sanktioniert bestimmte Auswirkungen von Handlungen und Praktiken, indem es an für sich genommen „neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren“ anknüpft, die überproportional nachteilige Auswirkungen auf bestimmte Personengruppen haben. Grundsätzlich ist keine diskriminierende Intention notwendig. Gleichwohl wirft die Figur beweisrechtlich schwierige Fragen auf, die insbesondere um das Problem kreisen, wie eine Benachteiligung „in besonderer Weise“ erwiesen werden kann und welche Rolle dabei Statistiken oder qualitativen Indizien zukommt.³⁹⁰ Darüber hinaus ist umstritten, ob das Verbot mittelbarer Diskriminierung eine Kausalitätsbeziehung zur geschützten Kategorie verlangt (Diskriminierung *wegen* der geschützten Kategorie), ob bloße Korrelationen ausreichen und wie diese Korrelationen gegebenenfalls beschaffen sein müssen.³⁹¹

wenn Wehrdienstzeiten von Wanderarbeitnehmern nicht angerechnet werden; EuGH, Urt. v. 12.2.1974, Rs. 152/73, *Sotgiu*, Rn. 11: Anknüpfung einer Regelung an den Wohnsitz kann eine mittelbare Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit sein.

388 Zur Entgeltgleichheit für Frauen und Männer in Art. 119 EWGV: EuGH, Urt. v. 7.6.1972, Rs. 20/71, *Sabbatini*, Rn. 4/7 und 11/13: Auslandszuschlag für Beamtinnen und Beamten der EWG, der nach Eheschließung nur noch jenen bezahlt wird, die als „Familienvorstand“ fungieren, benachteiligt mittelbar wegen des Geschlechts; Parallellfall in den USA: US Supreme Court, *Frontiero v. Richardson*, 411 U. S. 677 (1973).

389 Leitentscheidungen zur mittelbaren Diskriminierung in Auslegung von Art. 119 EWGV: EuGH, Urt. v. 8.4.1976, Rs. 43/75, *Defrenne II*, Rn. 16/20: „unmittelbare, offene Diskriminierungen“ und „mittelbare, versteckte Diskriminierungen“; EuGH, Urt. v. 31.3.1981, Rs. 96/80, *Jenkins*, Rn. 13 ff.: Teilzeitkräfte erhielten geringere Löhne als Vollzeitkräfte, was eine indirekte Diskriminierung wegen des Geschlechts darstellen kann, wenn ganz überwiegend Frauen als Teilzeitkräfte arbeiten; EuGH, Urt. v. 13.5.1986, Rs. C-170/84, *Bilka*, Rn. 29 und Rn. 31 (Zitat): betriebliche Altersvorsorge nur für Vollzeit-, nicht aber für Teilzeitarbeitskräfte als mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts, „wenn diese Maßnahme wesentlich mehr Frauen als Männer trifft, es sei denn, das Unternehmen legt dar, daß diese Maßnahme auf Faktoren beruht, die objektiv gerechtfertigt sind und nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben“.

390 Dazu → *Towfigh*, § 18 Rn. 9 ff.

391 *Rebhahn/Kietaibl*, Mittelbare Diskriminierung und Kausalität, RW 2010, S. 373 ff.; *Hoffmann*, Die Feststellung mittelbarer Diskriminierungen, AcP 214 (2014), S. 822 ff.

- 108 Allgemein wird angenommen, dass eine Rechtfertigung mittelbarer Diskriminierungen möglich sei. Teilweise wird die Rechtfertigung sogar auf der Ebene des Tatbestandes, als negatives Tatbestandsmerkmal, verortet und damit begründet, dass bei mittelbarer Benachteiligung „in der Regel (aber nicht durchweg) die Eingriffstiefe ... nicht so intensiv ist wie bei der unmittelbaren Benachteiligung“.³⁹² Eine bislang offene Frage ist, ob eine mittelbare Diskriminierung sich in ihrer Wirkung für die Diskriminierten tatsächlich erheblich von unmittelbarer Diskriminierung unterscheidet. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, welche Schutzzwecke den Diskriminierungsverboten unterlegt werden.
- 109 Das Verbot der mittelbaren Diskriminierung hat je nach Interpretation ein erhebliches Potential, einerseits unbewusste Diskriminierungsformen in Gestalt von stereotypen Vorstellungen und kategorienbasierten Vorurteilen zu adressieren, andererseits und vor allem aber strukturellen Diskriminierungslagen entgegenzuwirken. Auf der Grundlage eines formalen Gleichheitsverständnisses hat das Verbot mittelbarer Diskriminierung lediglich eine Hilfsfunktion gegenüber dem Verbot unmittelbarer Diskriminierung: Es verhindert die Umgehung des Verbots unmittelbarer Diskriminierung durch dem Anschein nach neutrale Ersatzkriterien (Umgehungsverbot) und hilft bei Beweisproblemen hinsichtlich der Intentionalität unmittelbarer Diskriminierung (Beweiserleichterung).³⁹³ Wird hingegen ein materiales Gleichheitsverständnis zum Ausgangspunkt genommen, so gelangen auch strukturelle Diskriminierungslagen in den Anwendungsbereich des Verbots. Die historisch entstandenen gesellschaftlichen Strukturen bewirken, dass nicht alle Personengruppen von denselben Normen in gleicher Weise betroffen werden. Ein materiales Gleichheitsverständnis trägt dieser Einsicht Rechnung, wenn darauf geachtet wird, wie sich nicht explizit kategorial differenzierende Regelungen, Verfahren oder Kriterien auf verschiedene Personengruppen auswirken.
- 110 Hochumstritten ist, ob das Verbot mittelbarer Diskriminierung ein solch transformatorisches Potential haben soll, ob es also material³⁹⁴ zu deuten ist. Zum Teil wird argumentiert, die mittelbare Diskriminierung sei auf ihre historisch ursprüngliche Hilfsfunktion zur Flankierung des Verbots unmittelbarer Diskriminierung zu beschränken,³⁹⁵ weil andernfalls ein neuartiges, ursprünglich nicht gemeintes „Verbot der Gleichbehandlung mit ungleichen Folgen“ etabliert werde.³⁹⁶ Ein materiales Verständnis widerspreche dem hergebrachten System, weil es Einzelne verantwortungsunabhängig für den „Ausgleich gesellschaftlicher Nachteile“ in Haftung nehme, was mit allgemein anerkannten Grundsätzen der Gerechtigkeit kollidiere.³⁹⁷ Befürworter eines materialen Verständnisses

³⁹² *Schrader/Schubert*, in: Däubler/Beck (Hrsg.), AGG, 5. Aufl. 2022, § 3 Rn. 71.

³⁹³ Zur Zuordnung von verdeckten Diskriminierungen zum Konzept der unmittelbaren Diskriminierung *Kischel* (Fn. 210), Art. 3 Rn. 216.

³⁹⁴ Zum Konzept materialer Gleichheit bereits oben Rn. 9 ff. (A. II. 2.) sowie → *Sacksofsky*, § 14 Rn. 21 ff.

³⁹⁵ Exemplarisch *Thüsing*, in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 3 AGG Rn. 24; vgl. auch die gründliche Auseinandersetzung mit *Thüsings* schon lange vertretener Position bei *Schramm*, Ungewisse und diffuse Diskriminierung, 2013, S. 36 ff.

³⁹⁶ *Thüsing*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 3 AGG Rn. 29.

³⁹⁷ *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen im Europäischen Arbeitsrecht, 2004, S. 284 ff., bezieht sich auf die aristotelische Unterscheidung zwischen verteilernder und ausgleichender Gerechtigkeit (*Aristoteles*, Die

argumentieren demgegenüber, das Verbot mittelbarer Diskriminierung erlaube, unreflektierte stereotype Vorstellungen und Vorurteile sowie strukturelle Diskriminierungslagen anzugreifen, die auf einer bestimmten historisch etablierten Einrichtung der Gesellschaft beruhen.³⁹⁸ Der Blick auf die korrelierenden Folgen lasse die unterschiedlichen Ausgangsbedingungen und Umstände verschiedener Personengruppen in der Gesellschaft sichtbar werden und halte Entscheidende an, Maßnahmen von vornherein darauf zu untersuchen, ob sie ungleiche Betroffenheiten in verschiedenen Personengruppen auslösen.³⁹⁹ In der Bewertung der dogmatischen Figur der mittelbaren Diskriminierung spiegelt sich das Ringen um ein formales oder materiales Gleichheitsverständnis.⁴⁰⁰

3. Belästigung

Belästigungen versteht das europäische Antidiskriminierungsrecht als Diskriminierung. 111
So definiert § 3 Abs. 3 AGG eine Belästigung als

„eine Benachteiligung, wenn unerwünschte Verhaltensweisen, die mit einem [geschützten] Grund in Zusammenhang stehen, bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird.“

§ 3 Abs. 4 AGG hebt sodann die spezifische Form sexueller Belästigung hervor, und zwar 112
speziell im arbeitsrechtlichen Umfeld von Beschäftigung und Beruf. Die Vorschrift definiert eine sexuelle Belästigung als Benachteiligung,

„wenn ein unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten, wozu auch unerwünschte sexuelle Handlungen und Aufforderungen zu diesen, sexuell bestimmte körperliche Berührungen, Bemerkungen sexuellen Inhalts sowie unerwünschtes Zeigen und sichtbares Anbringen von pornographischen Darstellungen gehören, bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird, insbesondere wenn ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird.“

Belästigung ist eine Form einerseits der Ausnutzung, andererseits der Etablierung sozialer 113
Machtverhältnisse und zementiert unterschiedliche Freiheitssphären. Sie kann zugleich eine Würdeverletzung der betroffenen Individuen darstellen, was bei sexuellen Übergriffen besonders deutlich wird, weil hier ein anderer Mensch – nicht begriffsnotwendiger-, aber typischerweise Frauen – als bloßes „Objekt“ behandelt wird, auf das jederzeit Zugriff genommen werden darf.

Nikomachische Ethik. Buch V [übers. Olof Gigon], 1951, S. 152 ff.): Arbeitgeber sollten keine Vorgaben zur ausgleichenden Gerechtigkeit erhalten.

³⁹⁸ *Wisskirchen* (Fn. 73), S. 41.

³⁹⁹ Für das Arbeitsrecht: *Wisskirchen* (Fn. 73), S. 42; allgemein *Schiek*, in: Schiek (Hrsg.), AGG, 2007, § 3 Rn. 22: „diskriminierende Wirkungen scheinbar neutraler Praktiken aufdecken“.

⁴⁰⁰ Dazu oben Rn. 9 ff. (A.II.2.).

4. Weiterungen des Diskriminierungsbegriffs

114 Eine wichtige Regelung mit weitreichenden theoretischen Implikationen, wenn auch bislang geringer praktischer Relevanz, findet sich in § 3 Abs. 5 AGG, der die Anweisung zu einer Benachteiligung ihrerseits als Benachteiligung definiert:

„Die Anweisung zur Benachteiligung einer Person aus einem [geschützten] Grund gilt als Benachteiligung. Eine solche Anweisung liegt [im Arbeitsrecht] insbesondere vor, wenn jemand eine Person zu einem Verhalten bestimmt, das einen Beschäftigten oder eine Beschäftigte wegen eines [geschützten] Grundes benachteiligt oder benachteiligen kann.“

115 § 3 Abs. 5 Satz 2 AGG hebt hervor („insbesondere“), dass die Anweisung zu Diskriminierung selbst eine diskriminierende Handlung ist. Nicht nur die unmittelbar Handelnden werden so in die Verantwortung genommen, sondern auch die „Schreibtischtäter“ und „Drahtzieher“.

116 In eine ähnliche Richtung entwickelt die Figur der „Diskriminierung aufgrund Näheverhältnisses“ (*discrimination by association*) das Antidiskriminierungsrecht in weitreichender Weise fort. Eine unmittelbare Benachteiligung liegt danach auch vor, wenn eine Person, die selbst nicht einer geschützten Personengruppe angehört, wegen ihrer Verbindung zu einer geschützten Person ihrerseits nachteilig behandelt wird. Der EuGH hat diese Form der Diskriminierung erstmals 2008 in einem Fall anerkannt, in dem die Mutter eines Kindes mit Behinderung zu einer Kündigung gedrängt worden war.⁴⁰¹ Ebenso hat der EuGH 2015 entschieden, dass auch eine solche Person diskriminiert sein kann, die in einem überwiegend von Roma bewohnten Stadtviertel lebt, sich selbst aber nicht als Roma definiert.⁴⁰²

117 Die Fälle von „Diskriminierung durch Assoziation“ verweisen auf ein schon in der US-amerikanischen Praxis der Rassensegregation zu beobachtendes Phänomen, dass nämlich von Diskriminierungen nicht notwendig nur jene betroffen sind, die sich selbst einer geschützten Gruppe zuordnen oder zugeordnet werden, sondern auch Personen, die der dominanten Ausprägung einer geschützten Kategorie angehören, aber mit Personen zu tun haben, die einer kategorial geschützten Personengruppe angehören, etwa mit diesen verheiratet sind⁴⁰³ oder gemeinsam in die Disko gehen wollen⁴⁰⁴.

5. Angemessene Vorkehrungen (*reasonable accomodation*)

118 Eine der interessantesten und in der dogmatischen Durchdringung anspruchsvollsten Rechtsfiguren des Antidiskriminierungsrechts bilden die angemessenen Vorkehrungen (*reasonable accomodation*).⁴⁰⁵ Ihre rechtswissenschaftliche Aufarbeitung steht in Deutsch-

⁴⁰¹ EuGH, Urt. v. 17.7.2008, Rs. C-303/06, *Coleman*, Rn. 33 ff.

⁴⁰² EuGH, Urt. v. 16.7.2015, Rs. C-83/14, *CHEZ RB*, Rn. 56 ff.

⁴⁰³ Vgl. den Fall des Ehepaares „of mixed color“ in US Supreme Court, *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3, 4 (1883); ebenso im Eheverbotsfall US Supreme Court, *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

⁴⁰⁴ So in einem österreichischen Fall des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien, Urt. v. 10.12.2015, 36 R 292/15 f, S. 3.

⁴⁰⁵ Dazu → *Degener*, § 15.

land noch ganz am Anfang.⁴⁰⁶ In der exemplarischen Legaldefinition von Art. 2 UAbs. 4 UN-BRK erfordern angemessene Vorkehrungen

„notwendige und geeignete Änderungen und Anpassungen, die keine unverhältnismäßige oder unbillige Belastung darstellen und die, wenn sie in einem bestimmten Fall erforderlich sind, vorgenommen werden, um zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen alle Menschenrechte und Grundfreiheiten genießen oder ausüben können“.

Rechtliche Ansprüche auf angemessene Vorkehrungen wurden im Unions- und im Völkerrecht zunächst im Behindertenrecht eingeführt.⁴⁰⁷ Mehrbelastungen von Frauen durch Fürsorgetätigkeiten soll durch Ansprüche auf Teilzeit oder flexible Arbeitszeitgestaltung angemessen Rechnung getragen werden. Neuerdings gelangt auch ins Bewusstsein, dass verschiedene religiöse Bedürfnisse nicht zwanglos mit dem christlichen „Normalmodell“ in eins fallen. Um den unterschiedlichen Bedürfnissen verschiedener Personengruppen gerecht zu werden, kann es notwendig sein, angemessene Vorkehrungen zu treffen, um so deren Inklusion zu ermöglichen, sei es am Arbeitsplatz, sei es im gesellschaftlichen Verkehr. Wegen der möglicherweise nicht geringen Kosten sind die angemessenen Vorkehrungen vor allem im US-amerikanischen Schrifttum in die Nähe distributiver Gerechtigkeit gerückt worden.⁴⁰⁸ 119

Schwierig zu beantworten ist auch die ebenfalls noch weitgehend offene Frage, ob angemessene Vorkehrungen als Element der Diskriminierungsverbote oder als proaktive Förderungsmaßnahme verstanden werden müssen. Die Vorenthaltung angemessener Vorkehrungen wird faktisch regelmäßig dazu führen, dass die geschützte Personengruppe, etwa Menschen mit Behinderung oder gläubige Menschen, überproportional benachteiligt oder sogar gänzlich ausgeschlossen wird durch die „übliche“ Einrichtung der Dinge, die insoweit als „neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren“ angesehen werden können. Die Vorenthaltung angemessener Vorkehrungen könnte dann eine mittelbare Diskriminierung darstellen.⁴⁰⁹ Angemessene Vorkehrungen könnten aber auch als proaktive Gleichstellungsmaßnahme angesehen werden. 120

Denkbar sind zwei Betrachtungsweisen, welche die Ausgangslage ganz unterschiedlich deuten: Eine Person verlangt als angemessene Vorkehrung eine Sonderbehandlung oder 121

⁴⁰⁶ Grundlegende Ausführungen bei *Kocher/Wenckebach*, §12 AGG als Grundlage für Ansprüche auf angemessene Vorkehrungen, SR 2013, S. 17 ff.; *Kocher*, Prozedurale Individualisierung im Erwerbsleben – Gestaltungsansprüche als rechtliches Instrument der Integration, ZRSoz 2010, S. 109 ff.; *Stein*, Angemessene Vorkehrungen am Arbeitsplatz – auch für Fragen der Religion und Weltanschauung?, NZA 2014, S. 1053 ff.

⁴⁰⁷ In das Konzept der UN-BRK eingebettet bei *Eichenhofer*, Angemessene Vorkehrungen als Diskriminierungsdimension im Recht, Menschenrechtliche Forderungen an das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, 2018, S. 11 ff.; *Rabe-Rosendahl*, Angemessene Vorkehrungen für behinderte Menschen im Arbeitsrecht, Artikel 5 der Richtlinie 2000/78/EG und seine Umsetzung in Deutschland und Großbritannien, 2017, S. 68 ff.; *Bielefeldt*, Zum Innovationspotenzial der UN-Behindertenrechtskonvention, 3. Aufl. 2009, S. 14; dazu auch → *Zinsmeister*, §9 Rn. 99 ff.

⁴⁰⁸ *Wasserman*, Is Disability Discrimination Different?, in: Hellman/Moreau (Hrsg.), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, 2013, S. 261 (270) m. w. N.

⁴⁰⁹ So *Stein* (Fn. 406), S. 1053 ff., dem es schwerfällt, überhaupt relevante Unterschiede zu erkennen.

angemessene Vorkehrungen ermöglichen einer Person, trotz ihrer in irgendeiner Hinsicht vom Üblichen abweichenden Situation wie eine nicht abweichende Person zu agieren. In der zweiten Perspektive ermöglichen angemessene Vorkehrungen Menschen Teilhabe und Mitwirkung, indem spezifische Hindernisse beseitigt werden. Entsprechend den beiden, hier plakativ kontrastierten Perspektiven lässt sich auch die rechtliche Natur des Anspruchs auf angemessene Vorkehrungen unterschiedlich deuten: In der ersten defizitorientierten Perspektive handelt es sich um eine rechtliche Sonderbehandlung, eine Vorzugsbehandlung (*preferential treatment*) gegenüber „normalen“ Personen, für welche die Umstände bereits passend sind. In der zweiten lösungsorientierten Perspektive ermöglichen angemessene Vorkehrungen erst eine gleiche Teilhabe von Menschen mit Abweichungen vom Üblichen, indem sie passgenaue Lösungen zur Verfügung stellen.

II. Proaktives Gleichstellungsrecht

- 122 Das proaktive Gleichstellungsrecht ist im Vergleich zu den reaktiven Diskriminierungsverböten weniger stark dogmatisch ausgeformt.⁴¹⁰

1. Grundlagen

- 123 Als proaktives Gleichstellungsrecht können all jene Maßnahmen bezeichnet werden, die im englischsprachigen Schrifttum als *affirmative action*⁴¹¹ behandelt werden. Im europäischen Rechtsraum werden diese als positive Maßnahmen (*positive action*) diskutiert,⁴¹² im Völkerrecht wird zum Teil von *special measures* gesprochen.⁴¹³ Es handelt sich um ein höchst disparates Feld, das eine Vielfalt von unterschiedlichsten Maßnahmen umfasst, so dass die gemeinsame Behandlung nur unter einem generischen Sammelbegriff wie „Gleichstellungsrecht“ möglich ist.⁴¹⁴ Mit *Ute Sacksofsky* lassen sie sich definieren als
- „... alle Maßnahmen, die darauf gerichtet sind, über das bloße Unterlassen von Diskriminierung hinaus, in der Vergangenheit schwerwiegend benachteiligte Gruppen besonders zu fördern.“⁴¹⁵
- 124 Gleichstellungsrecht ist also einerseits gekennzeichnet durch den Bezug auf benachteiligte Personengruppen und andererseits in seiner Wirkungsrichtung proaktiv, zielt mithin auf eine tatsächliche Umgestaltung der gesellschaftlichen Verhältnisse ab. Während Schutz vor Diskriminierung einen transparenten und fairen Prozess etwa bei Einstellungsentscheidungen oder bei Vertragsschlüssen gewährleistet, machen positive Maßnahmen ergebnis-

⁴¹⁰ Ausführlich dazu → *Schuler-Harms*, § 16.

⁴¹¹ Der Begriff *affirmative action* entstammt der Executive Order No. 10925, sec. 301 (1), von *President Kennedy* aus dem Jahr 1961.

⁴¹² Überblick bei *McCrudden*, A Comparative Taxonomy of ‚Positive Action‘ and ‚Affirmative Action‘ Policies, in: Schulze (Hrsg.), *Non-Discrimination in European Private Law*, 2011, S. 157 ff.; *Khaitan* (Fn. 42), S. 80; *McColgan*, *Discrimination Law*, 2005, S. 130; für Deutschland *Raasch*, Positive Maßnahmen, Eine Einführung, in: Heinrich-Böll-Stiftung (Hrsg.), *Positive Maßnahmen*, 2010, S. 12 ff.

⁴¹³ Siehe Art. 1 Abs. 4, Art. 2 Abs. 2 ICERD, dazu bereits oben Rn. 29 ff. (C. I. 1.).

⁴¹⁴ Ähnlich für „affirmative action“ als „umbrella concept“ *McCrudden* (Fn. 412), S. 160.

⁴¹⁵ *Sacksofsky* (Fn. 26), S. 234.

orientiert Vorgaben, sollen also die konkreten Verhältnisse rasch verändern, ohne dass die Ergebnisse der zu etablierenden fairen und diskriminierungsfreien Prozesse abgewartet werden (müssen).⁴¹⁶ Das zentrale Problem solcher ergebnisorientierter Maßnahmen ist, dass sie leicht in Verdacht geraten können, ob zu Recht oder zu Unrecht, umgekehrt Mitglieder nicht strukturell benachteiligter Personengruppen zu benachteiligen (umgekehrte Diskriminierung, *reverse discrimination*). Hinter den konkreten Fragen, die sich in diesem Zusammenhang stellen, steht das grundlegende Spannungsverhältnis⁴¹⁷ zwischen formaler und materialer Gleichheit⁴¹⁸ und zwischen einem symmetrischen oder asymmetrischen Verständnis von Diskriminierungsverboten.⁴¹⁹ Zum einen fragt sich, ob derartige umgekehrte Diskriminierungen gerechtfertigt werden können, und zum anderen, ob der Staat womöglich sogar verpflichtet ist, gleichstellungsrechtliche Maßnahmen zu ergreifen. In Deutschland sind seit den 1980er Jahren zahlreiche Gleichstellungsgesetze für Frauen und Behinderte erlassen worden.⁴²⁰ In den USA wird *affirmative action* vor allem mit Blick auf die Kategorie der Rasse eingesetzt.⁴²¹

2. Typologie

Christopher McCrudden unterscheidet in einem systematisierenden Beitrag zu *affirmative action* in rechtsvergleichender Perspektive acht verschiedene Typen von positiven Maßnahmen:⁴²² 125

1. Maßnahmen, um unmittelbare Diskriminierung zu verhindern oder zu beheben.
2. Proaktive Maßnahmen, um mittelbare, systemische und institutionelle Diskriminierung abzuschaffen.
3. Angemessene Vorkehrungen (*reasonable accommodation*), um Individuen aus einer bestimmten Gruppe Zugang zu verschaffen zu einer bestimmten Beschäftigung oder zu einer spezifischen Dienstleistung, etwa indem physische Aspekte des Arbeitsplatzes geändert werden, um die Voraussetzungen für eine körperlich behinderte Person zu schaffen.
4. Mittelbar inkludierende Maßnahmen wie staatliche Unterstützung für bestimmte innerstädtische Gruppen, so dass bestimmte rassische oder ethnische Gruppen überproportional profitieren, weil sie überproportional bedürftig sind.
5. Werbung und Training gezielt für unterrepräsentierte Gruppen.
6. Türöffnende Maßnahmen (*tie-break policies*): Bevorzugung von Individuen aus unterrepräsentierten Gruppen, wenn diese Individuen gleich gut qualifiziert sind.
7. Vorzugsbehandlung (*preferential treatment*) für Mitglieder einer Zielgruppe.
8. Neudefinition davon, was als „Leistung“ gilt und wie diese zu bewerten ist.

⁴¹⁶ *Fiss* (Fn. 317), S. 765.

⁴¹⁷ Zu den verschiedenen Gleichheitsverständnissen bereits oben Rn. 9 ff. (A. II. 2.).

⁴¹⁸ *Fredman* (Fn. 371), S. 232 ff.

⁴¹⁹ *Baer/Markard* (Fn. 10), Art. 3 Abs. 3 Rn. 372.

⁴²⁰ Dazu oben Rn. 18 (B. I.), Nachweise in Fn. 58.

⁴²¹ *Kennedy*, *For discrimination: Race, affirmative action, and the law*, 2013.

⁴²² Zusammenstellung nach *McCrudden* (Fn. 412), S. 161.

126 Ersichtlich führt *McCrudden* in Nr. 1 bis Nr. 3 Maßnahmen auf, die bei den reaktiven Diskriminierungsverboten verortet werden können.⁴²³ Die potentiell proaktive Wirkung der mittelbaren Diskriminierung (je nach Bezugsrahmen der statischen Vergleichsgruppe) und der angemessenen Vorkehrungen können je nach Verständnis der Schutzzwecke entweder als Teilelement den speziellen Figuren des reaktiven Diskriminierungsschutzes zugeordnet oder als proaktive Gleichstellungsmaßnahmen verstanden werden.

3. Quotenregelungen als zentrales Problem des proaktiven Gleichstellungsrechts

127 Unter den vielfältigen Fördermaßnahmen haben vor allem Quotenregelungen wissenschaftliche Erörterung erfahren und Bedeutung in der Praxis wie im gesellschaftlichen Diskurs erlangt.⁴²⁴ Auf diese sehr spezielle Form von Fördermaßnahmen, die zweifellos sehr problematisch sein können, fokussiert sich die rechtswissenschaftliche Debatte. Hilfreich ist es, in der Diskussion mindestens die zwei Varianten Nr. 6 und Nr. 7 in *McCrudden's* Typologie zu unterscheiden: Vorzugsregeln bei gleicher Eignung (Türöffner-Regeln) einerseits und starre Quoten (Erfolgsquoten) andererseits.⁴²⁵

128 In Deutschland war die Debatte um Frauenquoten in den 1980er Jahren ein zentraler Bezugspunkt gesellschaftspolitischer, aber auch verfassungsrechtlicher Debatten.⁴²⁶ Dabei ging es zunächst vor allem um Quotenregelungen für den öffentlichen Dienst. Diese Diskussionen haben sich nach dem Nachtarbeitsurteil des Bundesverfassungsgerichts⁴²⁷ und seit der Einführung von Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG zumindest vorübergehend beruhigt. Quoten erschienen bald nach Ende des grundsätzlichen Streits als ein nicht sonderlich zielführendes Förderinstrument, weil sie zum einen besonders starken Widerstand hervorriefen, zum anderen relativ geringe praktische Erfolge bewirkten.⁴²⁸

129 Dazu hat sicherlich auch beigetragen, dass sich der EuGH in einer Reihe von Urteilen zu Quotenregelungen im deutschen öffentlichen Dienst als einigermaßen wankelmütig erwiesen hat.⁴²⁹ Im Urteil *Kalanke* war zunächst offen geblieben, ob Ergebnisgleichheit

⁴²³ Auch *McCrudden* selbst betrachtet sie als typische Konsequenzen von Diskriminierungsverboten, siehe *McCrudden* (Fn. 412), S. 161.

⁴²⁴ Dazu bereits oben Rn. 18 (B. I.) und Rn. 56 (C. III. 1.); → *Schuler-Harms*, § 16 Rn. 3 ff., 57 ff.

⁴²⁵ *Heide Pfarr* hat bereits 1988 Quoten nach verschiedenen Gesichtspunkten systematisiert, *dies.*, Quoten und Grundgesetz, 1988, S. 202 ff.: Sie unterscheidet Quoten ohne und mit Qualifikationsbezug, nach dem Grad der rechtlichen Bindung an die Quotenvorgabe, nach dem Weg oder Verfahren, auf dem die Quote zu erreichen ist, und nach der Festsetzungsmethode.

⁴²⁶ Grundlegend *Sacksosky* (Fn. 26), differenzierte Bewertung S. 374 ff. Nach wie vor überzeugend, S. 380: „Die Verfassung setzt der Zulässigkeit von Quotenregelungen nur äußerste Grenzen. Unter Berufung auf das Grundgesetz läßt sich die Frage, ob man Quotenregelungen politisch will, nicht beantworten.“ Aus dem älteren Schrifttum etwa *Hohmann-Dennhardt* (Fn. 233); *Raasch* (Fn. 54); *Huster* (Fn. 59); *Döring*, Frauenquoten und Verfassungsrecht, 1996. Neuere Arbeiten: *Schubert*, Affirmative Action und Reverse Discrimination, 2003; *Scheinert*, Quotenormen im Arbeitsrecht unter besonderer Berücksichtigung von Geschlechter- und Schwerbehindertenquoten, 2009; *Schmidt*, Quotenorientierte Einstellungs- und Beförderungentscheidungen nach § 5 AGG, 2012; *Liebert*, Quotenregelungen im öffentlichen Dienst, 2016.

⁴²⁷ BVerfGE 85, 191 – *Nachtarbeitsverbot* (1992).

⁴²⁸ Deswegen an der Nützlichkeit und politischen Opportunität zweifelnd *Sacksosky*, Positive Maßnahmen und Verfassungsrecht, ZESAR 2004, S. 208 (213).

⁴²⁹ Zum Ganzen *Schiek*, in: *Schiek* (Hrsg.), AGG, 2007, § 5 Rn. 6.

ein europarechtlich grundsätzlich unzulässiges Ziel ist.⁴³⁰ Das Urteil *Marschall* stellte dann klar, dass neben Chancengleichheit auch Ergebnisgleichheit ein an sich zulässiges Ziel ist, hielt aber Bevorzugungsregeln für nur eingeschränkt zulässig.⁴³¹ Im Urteil *Badeck* hielt der Gerichtshof eine Quotenregelung aufrecht, die den gleichen Prozentsatz für Doktorandinnen vorsah wie den von Absolventinnen.⁴³² Für Professorinnen allerdings sei eine Besetzung ohne direkten Qualifikationsvergleich unzulässig, so der EuGH in dem schwedischen Fall *Abrahamson*.⁴³³ Unterdessen haben Quotenvorgaben zu allseitigem Erstaunen mit der Quote für Aufsichtsratspositionen ein unerwartetes Comeback erlebt,⁴³⁴ und die Einführung von Paritätsgesetzen für Landtagswahlen hat neue Kontroversen befeuert.⁴³⁵ Dasselbe gilt für Diskussionen um Quoten und andere Fördermaßnahmen zugunsten von Menschen mit Migrationsgeschichte.⁴³⁶

G. Anlage und Struktur des Handbuchs Antidiskriminierungsrecht

Vor dem Hintergrund dieser Bestandsaufnahme strebt das Handbuch eine Untersuchung 130 und Darstellung der wesentlichen antidiskriminierungsrechtlichen Entwicklungen, rechtlichen Regelungen und Diskussionen an. Dabei sollen die Grenzen zwischen den Rechtsebenen und Rechtsgebieten überwunden und grundlegende Strukturen des Antidiskriminierungsrechts herausgearbeitet werden. Völker-, europa-, verfassungs- und einfachrechtliche Regelungsvorgaben werden in ihrem Zusammenwirken analysiert, dogmatische Figuren werden in ihren öffentlich-rechtlichen, privatrechtlichen und strafrechtlichen Dimensionen entfaltet. Zudem werden Diskriminierungen aus der Lebenswirklichkeit der von Diskriminierung betroffenen Personen und Personengruppen heraus verstanden und nicht in den kontingenten Grenzen der traditionellen Rechtsgebiete.

Die weitere Gliederung dieses Buches folgt dem in diesem Kapitel vorgestellten Ver- 131
ständnis des Antidiskriminierungsrechts. Nach der Behandlung grundlegender Fragen des Rechtsgebiets im ersten Teil werden im zweiten Teil die einzelnen Kategorien in den Blick genommen sowie das Kategorienproblem als solches und die Konstellation der mehrfachen beziehungsweise intersektionalen Diskriminierung. Der dritte Teil be-

⁴³⁰ EuGH, Urt. v. 17.10.95, Rs. C-450/93, *Kalanke*, Rn. 13 ff.

⁴³¹ EuGH, Urt. v. 11.11.1997, Rs. C-409/95, *Marschall*, Rn. 33.

⁴³² EuGH, Urt. v. 28.3.2000, Rs. C-158/97, *Badeck*, Rn. 39 ff.

⁴³³ EuGH, Urt. v. 6.7.2000, Rs. C-407/98, *Abrahamson und Anderson*, Rn. 56.

⁴³⁴ Zum 1. Januar 2016 trat unter anderem eine 30%-Geschlechterquote für die Aufsichtsräte mitbestimmungspflichtiger und börsennotierter Unternehmen in Kraft, siehe das Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst (FührposGleichberG) v. 24.4.2015, BGBl. 2015 I, S. 642; erweitert auf Vorstände solcher Unternehmen durch das Zweite Führungspositionen-Gesetz (FüPoG II) v. 7.8.2021, BGBl. 2021 I, S. 3311.

⁴³⁵ Siehe dazu nur *Möllers*, Krise der demokratischen Repräsentation vor Gericht: zu den Parité-Urteilen der Landesverfassungsgerichte in Thüringen und Brandenburg, JZ 2021, S. 338 (346 f.); *Röhner*, Ungleichheit und Verfassung, 2019, S. 257 ff.

⁴³⁶ Dazu *Groß* (Fn. 243), S. 880 ff.

handelt einzelne dogmatische Figuren des Antidiskriminierungsrechts. Der vierte Teil ist den Besonderheiten und Problemen der Durchsetzung des Antidiskriminierungsrechts gewidmet. Der fünfte Teil schließlich wendet sich einzelnen Kontexten des Antidiskriminierungsrechts zu und untersucht verschiedene Bereiche des gesellschaftlichen Lebens, in denen es zu Diskriminierungen kommen kann und die daher antidiskriminierungsrechtlich adressiert werden.

§2 Grundwerte des Antidiskriminierungsrechts: Würde, Freiheit, Gleichheit und Demokratie

*Mathias Hong**

Inhaltsübersicht

	Rn.
A. Einleitung	1
I. Die Ebenen der Verwirklichung der Grundwerte des Antidiskriminierungsrechts – und die These ihrer partiellen Kongruenz	3
II. Die gleiche Würde aller als egalitärer Kerngehalt des Antidiskriminierungsrechts	8
III. Die eigentümlichen Debatten über das Verhältnis der Grundwerte im (privatrechtlichen) Antidiskriminierungsrecht – und Würde, Freiheit, Gleichheit und Demokratie als Rhombus	12
IV. Gang der Darstellung	18
B. Würde: Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte als egalitärer Mindeststandard des Antidiskriminierungsrechts	23
I. Objektformel und Subjektformel – und der Menschenwürdegehalt der Grundrechte als deren Konkretisierung	26
II. Der Mindeststandard gleicher Freiheit als antidiskriminierungsrechtliche Ausprägung des Menschenwürdegehaltes aller Grundrechte	31
1. Mindeststandard gleicher Freiheit: Schutz vor schwerwiegend diskriminierenden Freiheitsbeschränkungen als Menschenwürdekern (auch) der Freiheitsrechte	32
2. Das antisemitische NS-Sonderrecht (etwa die Pflicht zum Tragen des „Judensterns“) als paradigmatische Verletzung des Menschenwürdekerns gleicher Freiheit	36
3. Das Sklavereiverbot als Mindestkonsens über einen Menschenwürdekern gleicher Freiheit – und als Dominierungs- (<i>Sacksofsky</i>) oder Hierarchisierungsverbot (<i>Baer</i>) mit Drittwirkung in das Privatrecht	41
III. Dynamische Entwicklungsfähigkeit der Gleichheitsversprechen der Menschenwürde und des Mindeststandards gleicher Freiheit	48
1. Die Dynamik von Würde, Freiheit, Gleichheit und Demokratie im Sinne eines „Living Originalism“ – und die Unterscheidung von allgemeineren und konkreteren historischen Anwendungsvorstellungen	49
2. Die dynamische Entwicklung der Gleichheitsidee seit 1776	55
3. Das grundrechtliche Gebot gleicher Anerkennung der „Ehe für alle“ als Beispiel für die dynamische Entwicklungsfähigkeit des Menschenwürdekerns gleicher Freiheit	63
IV. „Menschenwürde ist egalitär“: Gleichheitsbezogene Konkretisierungen der Menschenwürde in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 1 Abs. 1 GG	69

1. Menschenwürde als „Anspruch auf elementare Rechtsgleichheit“ und die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG als „Konkretisierungen der Menschenwürde“ nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	72
2. Das Grundrecht auf Demokratie als Konkretisierung der Menschenwürde	77
a) Verankerung in der Menschenwürde	77
b) Egalitäre Staatsangehörigkeit: Der „ethnische“ Volksbegriff der NPD, die Unvereinbarkeit rassistischer Ausgrenzung mit Art. 3 Abs. 3 GG und der menschenrechtliche Kern des Rechts auf Demokratie	83
3. Das menschenwürdige Existenzminimum als materiale Gleichheitsgewährleistung – und sein menschenrechtliches Sprengpotential angesichts der globalen Ungleichheit ...	89
4. Menschenwürde, intertemporale Freiheit und globale soziale Ungleichheit	95
a) <i>Klimaschutzbeschluss</i> und Menschenwürde: Ökologisches Existenzminimum, extraterritoriale Schutzpflichten und das Abwehrrecht auf intertemporale Freiheit als Grundlage internationaler Kooperationspflichten	96
b) Das Menschenrecht auf wirtschaftsvölkerrechtliche Rechtsreformen als Abwehrrecht	102
V. Der Menschenwürdeschutz gegen Hassrede durch Antidiskriminierungsrecht und die Meinungsfreiheit	108
1. Gedankenfreiheit als Fundament der Meinungsfreiheit	110
2. Hassrede (<i>Hate Speech</i>) und Grenzen der Meinungsfreiheit – Schutz vor „ <i>Silencing</i> “ (aus der Schutzpflicht für die Meinungsfreiheit)	112
3. Unterscheidung zwischen einfachgesetzlichem und verfassungsrechtlichem Menschenwürdeschutz	121
4. Inhaltliche Menschenwürdewidrigkeit etwa antisemitischer oder rassistischer Aussagen nach dem <i>NPD-Urteil</i> – Unterscheidung zwischen Parteienfreiheit und Meinungsfreiheit für individuelle Meinungsäußerungen	122
C. Freiheit, Gleichheit und Demokratie	127
I. Freiheit und Gleichheit	130
1. Freiheit als gleiche Freiheit, als negative und positive Freiheit und als private und öffentliche Freiheit	130
2. Gleichheit als materiale Gleichheit	134
a) Gleichheit in Vielfalt, Gleichheitsrechte als Freiheitsrechte zweiter Ordnung und ihr asymmetrischer Schutz gerade auch vor struktureller Diskriminierung	135
d) Abwehrrechtliches Verbot unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung – Rechtfertigungsanforderungen	143
c) Gleichheitsgrundrechtliche Förderaufträge, Schutzaufträge und Schutzpflichten – Schutz vor struktureller Diskriminierung und Ermächtigung zu proaktiver Gleichstellung	149
3. Privatautonomie und mittelbare Drittwirkung der Gleichheitsgrundrechte als objektive Wertentscheidungen im Privatrecht	157
a) Streit nicht über das „Ob“, sondern über das „Wie weit“ der Drittwirkung – Ableitung aus dem materialen Verständnis der Gleichheit und aus dem Schutzpflichtengedanken	158
b) Prinzip personaler Gleichheit (<i>Grünberger</i>) – Ergebnisäquivalenz zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (<i>Stadionverbote</i>) und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte	162
II. Demokratie: Das Recht auf Demokratie und politische Gleichheit als zentrale Ausprägung von Würde, Freiheit und Gleichheit	167

1. Grundrecht auf Demokratie und demokratische Grenzen der Mehrheits Herrschaft	168
a) Die antimajoritären Konsequenzen demokratischer Gleichheit – und der egalitäre Menschenwürdekern des Wahlrechts	169
b) Gleichursprünglichkeit von Demokratie und Menschenrechten	174
2. Antidiskriminierungsrecht als Ermöglichungsbedingung demokratischer Deliberation auf Augenhöhe (<i>Mangold</i>)	178
3. Das Recht auf politische Gleichheit als Konkretisierung der demokratischen „Freiheiten der Alten“ (<i>Allen</i>)	182
D. Fazit	187

A. Einleitung

Würde, Freiheit, Gleichheit und Demokratie sind die zentralen Werte der neuzeitlichen Grundrechtedemokratien. Sie liegen gemeinsam dem Antidiskriminierungsrecht zugrunde und sollten nicht gegeneinander ausgespielt oder in künstliche Gegensätze zueinander gebracht werden. 1

Der Beitrag legt eine harmonisierende Deutung dieser Grundwerte des Antidiskriminierungsrechts zugrunde, die ihren starken inneren Zusammenhang betont: Das Antidiskriminierungsrecht findet seine tiefere Rechtfertigung in der gleichen Würde aller Menschen – ohne sich jedoch auf den Schutz der Menschenwürde zu beschränken. Es verwirklicht die Grundrechte der Freiheit und Gleichheit aller, die in dieser gleichen Würde wurzeln und nicht nur negative, sondern auch positive und materiale, das heißt tatsächlich ausübare Freiheit in Gleichheit gewährleisten. Und das Antidiskriminierungsrecht dient zugleich dem Grundwert der Demokratie, der nicht in einem Gegensatz zu den anderen Werten steht: Das demokratische Recht auf gleiche politische Teilhabe ist ein zentraler Aspekt des Versprechens der Würde, Freiheit und Gleichheit aller. 2

I. Die Ebenen der Verwirklichung der Grundwerte des Antidiskriminierungsrechts – und die These ihrer partiellen Kongruenz

Antidiskriminierungsrecht ist das gegen hoheitliche und private Diskriminierungen gerichtete Recht.¹ In seinem grundrechtlichen Kern ist es zwar so alt wie das neuzeitliche menschenrechtliche Gleichheitsversprechen selbst. Auch als modernes Rechtsgebiet, das spezifische gesetzliche Regelungen des Privatrechts umgreift, lässt es sich schon auf das 19. Jahrhundert zurückführen, genauer auf den Civil Rights Act von 1875.² Noch vergleichsweise jung ist es jedoch in seiner heutigen Gestalt im unionsrechtlichen Rechts- 3

* *Anna Katharina Mangold* und *Mehrdad Payandeh* danke ich sehr für die intensive Auseinandersetzung mit einer ersten Fassung des Textes und für wertvolle Anregungen. *Katharina Wommelsdorf* danke ich für die gründliche redaktionelle Lektüre und für hilfreiche weitere inhaltliche Vorschläge.

1 → *Mangold/Payandeh*, § 1 Rn. 8, 14.

2 Vgl. *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 165 f. (zur „Geburt des modernen Nichtdiskriminierungsrechts“ als „Antwort auf das zweite Gleichheitsproblem“, das heißt auf die Frage, ob formale Rechtsgleichheit genügt oder Gleichbehandlungspflichten Privater erforderlich sind), 220 f.

raum: Als ein maßgeblich auch durch das Europarecht mitgeprägtes Rechtsgebiet ist es erst einige Jahrzehnte alt.³ Seine rechtswissenschaftliche Erschließung steht insoweit noch am Anfang. Auch ist es einem Gegenstand nach in besonderem Maße offen für Grundsatzstreit und unterschiedlichste wissenschaftliche Schwerpunktsetzungen. Denn es übergreift in besonderem Maße sowohl die Rechtsebenen als auch die intradisziplinäre Grenze zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht, die nach wie vor so wirkmächtig ist. Eine Vergewisserung über die Grundwerte dieses Rechtsgebiets ist deshalb besonders dringlich, kann aber zugleich kaum auf Konsens rechnen, sondern wird unweigerlich eine standpunktabhängige Positionsbestimmung bleiben.

- 4 Aussagen über Grundwerte des Antidiskriminierungsrechts können sich dabei auf verschiedene normative Ebenen beziehen: Sie können sich zum einen auf überpositive normative Maßstäbe der politischen Philosophie (Gerechtigkeitstheorie) oder auf positivierete Inhalte dieser Grundwerte richten. Zum anderen können sie sich auf unterschiedliche Schichten im Mehrebenensystem der Rechtsordnungen beziehen: Völkerrecht, Unionsrecht und nationales Recht,⁴ wobei das geltende Recht auf allen diesen Rechtsebenen jeweils positivistisch oder nichtpositivistisch gedeutet⁵ und auch das Verhältnis der Rechtsebenen zueinander höchst verschieden bestimmt werden kann.⁶
- 5 Wenn in einem Kollisionsfall zu dem Vorrangverhältnis zwischen den verschiedenen positivrechtlichen Rechtsordnungen aus einer übergreifenden Sicht Stellung bezogen werden soll (wie es für das Antidiskriminierungsrecht etwa mit Blick auf Kündigungen durch kirchliche Arbeitgeber relevant werden könnte),⁷ dann wird ein Rückgriff auf nichtpositivierte Maßstäbe jedenfalls dann unausweichlich, wenn eine solche Vorrangaussage nicht nur aus der jeweiligen Sicht des Völkerrechts, des Unionsrechts oder des Verfassungsrechts getroffen werden soll, sondern aus einer diese übergreifenden Perspektive. Weil und solange es keine überordnete Ebene (keine „Superverfassung“) gibt, die dieses Hierarchieverhältnis positivrechtlich regeln könnte, muss dafür auf selbst nicht positivierete Maßstäbe der politischen Philosophie zurückgegriffen werden.⁸ Würde, Freiheit, Gleichheit und Demokratie werden hier, wie auch der Begriff des Rechts selbst, auf allen diesen Ebenen als „interpretative“⁹ Begriffe verstanden, also als wertungsbezogene und „essentiell Streit-

3 → *Mangold/Payandeh*, § 1 Rn. 13, 23–25.

4 Zu den verschiedenen Rechtsebenen des Antidiskriminierungsrechts → *Mangold/Payandeh*, § 1 Rn. 26 ff., 39 ff., 47 ff.

5 Zur Positivismusdebatte vgl. *Funke*, Rechtstheorie, in: Krüper (Hrsg.), *Grundlagen des Rechts*, 4. Aufl. 2021, § 2 Rn. 16, 27–30; *Green/Adams*, Legal Positivism, in: Zalta (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2019), <https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/legal-positivism>.

6 Vgl. *Matz-Lück/Hong* (Hrsg.), *Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem – Konkurrenzen und Interferenzen*, 2012; *Kelemen/Pech*, *The Uses and Abuses of Constitutional Pluralism*, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Volume 21, December 2019, S. 59 ff.

7 Dazu → *Walter/Tremml*, § 8 Rn. 48 ff.

8 *Hong*, *Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte*, 2019, S. 132–135 (für einen wertbezogenen Verfassungsp pluralismus als Grundlage der Stellungnahme), S. 162–172.

9 Zum Verständnis des Rechts als einer wertbezogenen interpretativen Praxis und der rechtlichen Begriffe als interpretativer Begriffe („interpretive concepts“) siehe nur *Dworkin*, *Gerechtigkeit für Igel*, 2012, S. 212 ff., 268 ff., 676 ff.; *Hong*, *Rechtswissenschaft für Igel bei Smend und Dworkin*, in: Schröder/v. Un-

befangene“¹⁰ Begriffe, über deren Deutung unter Rückgriff auf normative Wertungen abwägend zu argumentieren ist – mit fortdauerndem Dissens rechnend, aber gleichwohl auf bessere Antworten hoffend. Die Abwägung von Grund und Gegengrund über die bessere Deutung solcher Begriffe kann auch als eine Auflösung von Normkollisionen rekonstruiert werden – wobei das Ergebnis einer solchen Abwägung der Gründe stets auch einzelfall-übergreifende, „abwägungsfeste“ Maßstäbe sein können.¹¹

Was den Begriff des Rechts und den Grundsatzstreit über den Positivismus betrifft, 6 sprechen zwar die gewichtigeren Gründe der politischen Philosophie – vor allem solche der Gewaltenteilung und der Demokratie – für einen Rechtsanwendungspositivismus, der grundsätzlich eine abwägungsfeste „Feuerwand“ zwischen positivem Recht und Gerechtigkeiterwägungen einzieht, sowie für eine subjektiv-historische Auslegung, die den im Wortlaut zum Ausdruck gelangten Willen der jeweiligen normsetzenden Gewalt als maßgeblich ansieht.¹²

Das schließt jedoch mögliche Kongruenzen zwischen den verschiedenen Ebenen des 7 Antidiskriminierungsrechts nicht aus – weder zwischen positivem Recht und politischer Philosophie, noch zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen. Für das vorgeschlagene Modell der Grundwerte des Antidiskriminierungsrechts wird hier die These einer zumindest partiellen Kongruenz der Ebenen vertreten.

II. Die gleiche Würde aller als egalitärer Kerngehalt des Antidiskriminierungsrechts

Das hier vorgeschlagene Modell der Grundwerte des Antidiskriminierungsrechts geht 8 nicht zuletzt auf Untersuchungen zum Grundgesetz und zur Entwicklung des Gleichheitssatzes im Verfassungsrecht der Vereinigten Staaten von Amerika zurück.¹³ Es knüpft insofern zunächst an das Verfassungsrecht an, insbesondere auch an die reichhaltige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum egalitären Charakter der grundgesetzlichen Menschenwürdegarantie sowie zu den Gleichheits- und Freiheitsgrundrechten.

Von den grundlegenden antidiskriminierungsrechtlichen Habilitationsschriften von 9 *Anna Katharina Mangold*¹⁴ und *Michael Grünberger*¹⁵ informiert, zieht das im Folgenden

gern-Sternberg (Hrsg.), Zur Aktualität der Weimarer Staatsrechtslehre, 2012, S. 59 (71 ff.) m. w. N.; *Stavropoulos*, Legal Interpretivism, in: Zalta (Hrsg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2021), <https://plato.stanford.edu/archives/spr2021/entries/law-interpretivist>.

¹⁰ Vgl. *Gallie*, Essentially Contested Concepts, *Proceedings of the Aristotelian Society* 56 (1956), S. 167 ff.; *Hong* (Fn. 8), S. 162–164.

¹¹ Vgl. zur norm- und begründungstheoretischen Rekonstruktion einer solchen Abwägung (sowie zu der insoweit gebotenen Weiterentwicklung der Alexyschen Prinzipientheorie) im Rahmen eines Modells der Grundsatznormen *Hong*, Abwägungsfeste Rechte, 2019, besonders Kap. 6 und 7. Zu bereits vom Gesetzgeber (mit abschließendem Anspruch) getroffenen Abwägungen im Antidiskriminierungsrecht vgl. auch *Grünberger* (Fn. 2), S. 731 und 746.

¹² Vgl. dazu *Hong* (Fn. 8), S. 46 ff.

¹³ *Hong* (Fn. 8), insbesondere S. 307–384 (zum Mindeststandard gleicher Freiheit als Quelle grundrechtlicher Menschenwürdegehalte).

¹⁴ *Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, 2021.

¹⁵ *Grünberger* (Fn. 2).

entwickelte Grundwertemodell allerdings Folgerungen auch für den Diskriminierungsschutz im Privatrecht und versucht so, der intradisziplinären Herausforderung durch die abschottende „Versäulung“ der Diskurse des Öffentlichen Rechts und des Zivilrechts¹⁶ gerecht zu werden. Und es versteht sich nicht zuletzt auch als ein Vorschlag für eine entsprechende Deutung der Grundwerte auch auf den Ebenen der Europäischen Menschenrechtskonvention, des unionsrechtlichen Antidiskriminierungsrechts sowie der Gerechtigkeitstheorie, auf die sich nicht zuletzt auch wesentliche Teile der englischsprachigen Diskussion beziehen.¹⁷

10 Auf allen diesen Ebenen des Antidiskriminierungsrechts werden Grundverständnisse von Würde, Freiheit, Gleichheit und Demokratie verhandelt. Und auf allen diesen Ebenen lässt sich, so eine der zentralen Thesen, die gleiche Menschenwürde aller als ein absolut geschützter egalitärer Kerngehalt des Antidiskriminierungsrechts verstehen, in dem dieses Rechtsgebiet wurzelt und der einen Menschenwürdekern der Rechte auf Freiheit, Gleichheit und Demokratie einschließt – ohne dass sich diese drei Grundwerte und die Reichweite des Antidiskriminierungsrechts jedoch auf solche grundrechtlichen Menschenwürdegehalte beschränken.

11 Soweit Argumente für die Deutung der Grundwerte und ihres Verhältnisses zueinander sich im Folgenden auf das Grundgesetz beziehen und etwa aus dessen Entstehungsgeschichte oder aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gewonnen werden, können sie auch auf den anderen Ebenen des Antidiskriminierungsrecht Relevanz beanspruchen. Für die Grundwerte des Unionsrechts (Art. 2 EUV) gilt das, weil das Grundgesetz mit seinem Verständnis von Würde, Freiheit, Gleichheit und Demokratie an die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten anknüpft und sie fortentwickelt, und diese Verfassungsüberlieferungen selbst ein Teil des Unionsrechts sind (Art. 6 Abs. 3 EUV), im Einklang mit dem gerade auch die Rechte der Grundrechtecharta auszulegen sind (Art. 52 Abs. 4 GRCh). Für die Grundrechtecharta und die Europäische Menschenrechtskonvention gilt es aber daneben auch, weil beide mit dem Grundrechten des Grundgesetzes in einem weitreichenden Einklang stehen,¹⁸ und zwar gerade auch im Antidiskriminierungsrecht.¹⁹ Und es gilt auch für andere Rechtsordnungen und für die politische Philosophie, weil die grundgesetzlichen Wertungen auch für deren normative

¹⁶ Vgl. dazu → *Mangold/Payandeh*, § 1 Rn. 63.

¹⁷ Für einen Überblick vgl. *Mangold* (Fn. 14), S. 347 ff., mit Darstellungen verschiedener Ansätze, unter anderem: *Khaitan*, *A Theory of Discrimination Law*, 2015. Siehe ferner etwa *Tribe*, *Equal Dignity*, *Harvard Law Review Forum* 129 (2015), S. 16 ff.; *Baer*, *Dignity, Liberty, Equality*, *University of Toronto Law Journal* 59 (2009), S. 417 ff.

¹⁸ Vgl. etwa BVerfGE 152, 152 (175 ff., 177 ff.; Rn. 55 ff., 60 ff.) – *Recht auf Vergessen I* (2019) (Vermutung der Mitgewährleistung des unionsrechtlichen Schutzniveaus durch das Grundgesetz; Auslegung der deutschen Grundrechte im Lichte der Charta); BVerfGE 156, 182 (197 und 210 f.; Rn. 36 und 63) – *Europäischer Haftbefehl* (2020) (Auslegung der Chartarechte im Einklang mit den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen; völker- und europarechtsfreundliche Auslegung der Mindestanforderungen an Haftbedingungen aus Art. 1 Abs. 1 GG im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH und des EGMR).

¹⁹ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021, 1 BvR 1541/20, Rn. 3, 62, 90, 100–107 und 130 – *Triage* (zum Einklang zwischen Art. 3 Abs. 3 GG und den bei dessen Auslegung wegen Art. 1 Abs. 2 GG zu beachtenden völkerrechtlichen Maßstäben zum Schutz vor Diskriminierung wegen der Behinderung).

„Überlegungsgleichgewichte“²⁰ als Argument von Interesse sein können – und sei es auch nur als ein Vorschlag für eine Gewichtung, die die interne Kohärenz innerhalb einer anderen Rechtsordnung oder der jeweiligen Gerechtigkeitstheorie steigern kann.

III. Die eigentümlichen Debatten über das Verhältnis der Grundwerte im (privatrechtlichen) Antidiskriminierungsrecht – und Würde, Freiheit, Gleichheit und Demokratie als Rhombus

Im Antidiskriminierungsrecht haben die Grundwerte Würde, Freiheit und Gleichheit teils 12 besondere Deutungen erhalten, die eigentümlich wirken, wenn man sie aus einer Sicht betrachtet, die vom verfassungsrechtlichen Diskurs unter dem Grundgesetz geprägt ist.

Vor allem in der Debatte über die Reichweite des Antidiskriminierungsrechts im deut- 13 schen Zivilrecht, die teils überaus hitzig geführt wurde, neigen die Deutungen dieser Grundwerte teils dazu, auseinanderzureißen, was von Verfassungen wegen eng zusammengehört: In einem der „Lager“ in dieser Diskussion (gewissermaßen im „Team Würde und Freiheit“) wird Freiheit teils einseitig und verkürzt als selbstherrliche Privatautonomie und prinzipiell schrankenlose Vertragsfreiheit gedeutet. Das Antidiskriminierungsrecht wird dort, etwa mit Blick auf deliktische Ansprüche auf Schmerzensgeld, tendenziell allein dort als gerechtfertigt angesehen, wo es gilt, Verletzungen einer (wiederum äußerst eng gedeuteten) Menschenwürde durch Private zu verhindern. Auf der Gegenseite (im „Team Gleichheit“) wird, in Reaktion auf dieses verengte Verständnis von Würde und Freiheit, die Gleichheit der Würde und der Freiheit teils antipodisch entgegengesetzt. In der englischsprachigen Diskussion²¹ finden sich teils vergleichbar einseitige Parteinahmen für einen dieser Grundwerte.

Mit dem hier vorgeschlagenen Modell soll dem ein Verständnis entgegengesetzt werden, 14 das diese zentralen Grundwerte der Aufklärung als aufs Engste aufeinander verwiesen und miteinander verbunden versteht. In einer Frontstellung, die Würde und Freiheit gegen Gleichheit positioniert, kommen die Gemeinsamkeiten und Querbezüge zwischen diesen Grundwerten zu kurz: Würde ist stets die gleiche Würde aller. Auch Freiheit muss stets gleiche Freiheit sein. Wo in der Abwägung der Gründe die richtige rechtliche Balance zwischen den Grundwerten der Gleichheit und Freiheit liegt, ist deshalb keine Frage des Alles-oder-Nichts, sondern eine des Mehr-oder-Weniger.

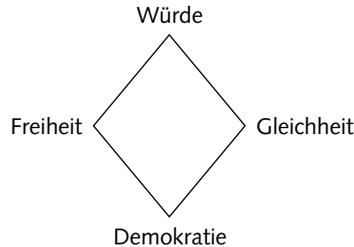
Für die Verbildlichung des engen Zusammenhangs zwischen diesen Grundwerten gibt 15 es verschiedene Vorschläge. *Laurence Tribe* etwa hat von einer Doppelhelix gesprochen, in der sich Freiheit und Gleichheit zu einem Recht auf gleiche Würde (*right to equal dignity*) verbinden,²² *Susanne Baer* von einem Dreieck, das Menschenwürde, Freiheit und

²⁰ Vgl. zum Überlegungsgleichgewicht als Kriterium normativer Begründungen grundlegend *Rawls*, Outline of a Decision Procedure for Ethics, *Philosophical Review* 60 (1951), S. 177; *ders.*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1975, S. 34–39. Siehe auch *Nida-Rümelin*, Eine Theorie praktischer Vernunft, 2020, S. 15 f. und 37 f. (zu *Rawls*), 65–93 (zu einem kohärentistischen Realismus in der Ethik als Gegenmodell zum Naturalismus); *Hong* (Fn. 8), S. 176–178.

²¹ Siehe dazu oben Fn. 17.

²² *Tribe* (Fn. 17), S. 17.

Gleichheit bilden.²³ Das hier vorgeschlagene Modell lässt sich, in Anknüpfung daran, als Rhombus (oder Raute) verbildlichen (vgl. Abbildung):



- 16 Die Menschenwürde beansprucht in diesem Rhombus, so wie in Art. 1 GG und Art. 1 GRCh, eine herausgehobene Position als oberster Grundsatz, Freiheit und Gleichheit konkretisieren den Grundsatz der Würde – und die Demokratie ist eine Ausprägung aller drei Werte. Als Grundwerte rechtfertigen und legitimieren diese vier Werte gemeinsam das Antidiskriminierungsrecht.
- 17 Menschenwürde ist egalitär und der Menschenwürdekern der Grundrechte ergibt sich gerade auch aus ihrem egalitären, antidiskriminierungsrechtlichen Gehalt. Jedoch besteht das Antidiskriminierungsrecht nach diesem Modell keineswegs lediglich aus Inhalten, die von Menschenwürde, Freiheit und Gleichheit bereits konkret vorgegeben wären. Im Gegenteil: Das demokratische Recht auf politische Gleichheit, ohne das sich weder Würde, noch Freiheit, noch Gleichheit gewährleisten lassen, verwirklicht sich gerade auch dadurch, dass das Antidiskriminierungsrecht auf eine fortdauernde Ausgestaltung und Fortentwicklung durch die demokratischen Normgeber angewiesen bleibt. Seine Inhalte lassen sich nicht etwa bis ins Einzelne aus Grundwerten deduzieren, sondern sie müssen im demokratischen Diskurs verhandelt und über sie muss, in Ausfüllung demokratischer Gestaltungsspielräume, in demokratischen Verfahren entschieden werden – in denen freilich der Status aller als gleich und frei an Würde und Rechten stets gewährleistet bleiben muss.

IV. Gang der Darstellung

- 18 Im Folgenden werde ich in einem ersten Hauptteil (B.) zunächst auf den Grundwert der gleichen Menschenwürde eingehen und die These eines Menschenwürdegehalts aller Freiheits- und Gleichheitsrechte entfalten, zu dem gerade auch ein egalitärer Mindeststandard als grundrechtlicher Kerngehalt des Antidiskriminierungsrechts gehört.
- 19 Von der Objekt- und Subjektformel zur Menschenwürde und der Verankerung der grundrechtlichen Menschenwürdegehalte nach dem Grundgesetz ausgehend (B.I.) werde ich eine Verbindung zwischen Freiheits- und Gleichheitsrechten in einem egalitären Menschenwürdekern vorschlagen, der vor diskriminierenden Freiheitsbeschränkungen schützt (B.II.). Er schließt etwa das Sklavereiverbot als einen frühen, aber zentralen Fall

²³ Baer (Fn. 17).

einer Drittwirkung in das Privatrecht ein (B. II. 3.). Die dynamische Entwicklungsfähigkeit dieses Gleichheitsversprechens der Menschenwürde und des Mindeststandards gleicher Freiheit (B. III.) zeigt sich etwa in dem in der gleichen Würde aller verankerten Recht auf gleiche Anerkennung der „Ehe für alle“ (B. III. 3.).

In zwei weiteren Unterabschnitten zur Menschenwürde (B. IV. und B. V.) werde ich zu- nächst näher auf gleichheitsbezogene Konkretisierungen dieses Grundwerts in der Recht- sprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 1 Abs. 1 GG eingehen (B. IV.). So sieht das Gericht in der Menschenwürde zu Recht ein Grundrecht auf Demokratie verankert, das in seinem egalitären menschenrechtlichen Kern etwa einem nach „ethnischen“ oder gar rassistischen Kriterien exkludierenden Volksbegriff entgegensteht (B. IV. 2.). Ein erhebliches egalitäres Potential angesichts der globalen Ungleichheit hat auch das Recht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum als materiale Gleichheitsgewährleistung (B. IV. 3.). Sodann werde ich das Verhältnis zwischen Meinungsfreiheit und Menschenwürde beleuchten (B. V.): Wie lässt sich der antidiskriminierungsrechtliche Schutz von Würde und gleicher Freiheit gegen Hassrede sichern, ohne dabei die Geistesfreiheit als Kern der Mei- nungsfreiheit aufzugeben? 20

In dem anschließenden, zweiten Hauptteil (C.) werde ich die Grundwerte der Frei- heit und Gleichheit (C. I.) und der Demokratie (C. II.) in den Blick nehmen: Wie sind sie nach dem hier vorgeschlagenen Verständnis miteinander und mit der Menschenwürde als Grundlage aller drei Grundwerte verbunden? Freiheit muss nicht in einem Gegensatz zur Gleichheit stehen, wenn sie als gleiche Freiheit verstanden wird, die nicht nur negative, sondern auch positive, und nicht nur private, sondern auch öffentliche Freiheit ist (C. I. 1.). Gleichheit wiederum ist, als materiale Gleichheit, zugleich ein freiheitsermöglichender Grundwert (C. I. 2.). In der Debatte um die mittelbare Drittwirkung der Gleichheits- grundrechte im Privatrecht (C. I. 3.) erweist sich danach das Prinzip personaler Gleichheit (*Grünberger*) als ein Grundsatz, der der Privatautonomie ebenso gerecht wird wie dem Versprechen materialer Gleichheit. 21

Der Grundwert der Demokratie (C. II.) ist, im Grundrecht auf Demokratie, mit der Menschenwürde verbunden und verlangt die gleiche öffentliche Autonomie aller als eine zentrale Ausprägung ihrer gleichen Würde und Freiheit. Demokratie verlangt Mehrheits- herrschaft, setzt der Mehrheit jedoch, recht verstanden, zugleich auch grundrechtliche Grenzen (C. II. 1.). Das Zukunftspotential, das der Grundwert der Demokratie für die wei- tere Entwicklung des Antidiskriminierungsrechts birgt, zeigt sich besonders auch in den Gleichheitskonzeptionen von *Anna Katharina Mangold*, die das Antidiskriminierungs- recht als Ermöglichungsbedingung für demokratische Deliberation auf Augenhöhe re- konstruiert (C. I. 2.), und *Danielle Allen*, die die Gleichrangigkeit des Rechts auf politische Gleichheit, als Konkretisierung der demokratischen „Freiheiten der Alten“, zu den Freihei- ten der Modernen hervorhebt (C. I. 3.). 22

B. Würde: Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte als egalitärer Mindeststandard des Antidiskriminierungsrechts

- 23 Die Menschenrechte der Freiheit und der Gleichheit, einschließlich des Menschenrechts auf Demokratie, wurzeln gemeinsam in dem Gedanken einer gleichen Würde aller Menschen. Würde, Freiheit und Gleichheit sind deshalb eng miteinander verbunden. Das Antidiskriminierungsrecht hat in dieser gleichen Würde seinen Kerngehalt, erschöpft sich aber darin keineswegs, sondern soll Gleichheit und Freiheit aller zudem in jener Ausgestaltung konkretisieren und verwirklichen, die die demokratische Verfassungs- und Gesetzgebung vorsieht.
- 24 Die Menschenwürde ist jener Status der Gleichheit und Freiheit aller, der für alle Menschen gleichermaßen als unantastbar zu achten und zu schützen ist. Sie ist nicht nur für das Grundgesetz der allen Grundrechten zugrunde liegende zentrale Wert, sondern ebenso auch für die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Art. 1 GRCh) und die Europäische Menschenrechtskonvention: Es geht „bei allen drei Grundrechtskatalogen letztlich um den Schutz des Einzelnen und seiner Würde“.²⁴
- 25 Als Status gleicher Freiheit schließt die Menschenwürde vor allem auch das Bündel jener konkreteren Rechte ein, die den Menschenwürdekern der einzelnen Grundrechte bilden. Diese grundrechtlichen Menschenwürdekerne sind dabei in doppelter Hinsicht egalitäre Rechte: Sie sind (erstens) als abwägungsfeste²⁵ grundrechtliche Kerngehalte für jeden Menschen gleichermaßen unabdingbar gewährleistet, bezeichnen also insgesamt ein basales menschenrechtliches Gleichheitsniveau für alle. Sie schließen (zweitens) aber auch gerade Diskriminierungsverbote mit ein, einen egalitären Mindeststandard gleicher Freiheit, in dem die Menschenwürdekerne von Freiheitsrechten und Gleichheitsrechten (idealkonkurrierend) inhaltlich miteinander übereinstimmen: Auch alle Freiheitsrechte können durch schwerwiegend diskriminierende Freiheitsbeschränkungen in ihrem Menschenwürdekern verletzt werden. In beiden Hinsichten gilt: „Menschenwürde ist egalitär“.²⁶

I. Objektformel und Subjektformel – und der Menschenwürdegehalt der Grundrechte als deren Konkretisierung

- 26 Die Würde des Menschen verbietet es, einzelne Menschen zum bloßen Objekt hoheitlichen oder privaten²⁷ Handelns zu machen (Objektformel).²⁸ Sie untersagt es, sie einer

²⁴ Vgl. näher BVerfG, Beschl. v. 27.4.2021, 2 BvR 206/14, Rn. 58–63, Zitat: Rn. 63 m. w. N. – *Tierarzneimittelzulassung*.

²⁵ Siehe zum Konzept abwägungsfester Rechte als mögliches Ergebnis einer Abwägung kollidierender Gründe oder Grundsatznormen oben Fn. 11.

²⁶ Vgl. BVerfGE 144, 20 (207 f.) – *NPD* (2017) („Menschenwürde ist egalitär; sie gründet ausschließlich in der Zugehörigkeit zur menschlichen Gattung, unabhängig von Merkmalen wie Herkunft, Rasse, Lebensalter oder Geschlecht [...]). Siehe auch noch unten Rn. 69 ff. (B. IV.).

²⁷ Zur Drittwirkung der Menschenwürdegarantie siehe auch unten Rn. 41 ff. (B. II. 3.).

²⁸ Ständige Rechtsprechung des BVerfG (mit Blick auf staatliches Handeln); siehe nur BVerfGE 27, 1

Behandlung auszusetzen, die ihre Subjektqualität grundsätzlich in Frage stellt, indem sie die Achtung des Wertes vermissen lässt, der ihnen um ihrer selbst willen zukommt (Subjektformel).²⁹ Die Leistungskraft solcher Formeln bleibt freilich begrenzt:³⁰ Aus ihnen lässt sich nicht ohne weitere Voraussetzungen deduzieren, weshalb sie auf weitere Konkretisierungen angewiesen bleiben.

Eine wesentliche Konkretisierung der Menschenwürde ergibt sich aus dem Menschenwürdegehalt der einzelnen Grundrechte: Der Gewährleistungsgehalt der Menschenwürde ist gerade auch gewissermaßen induktiv, von diesen speziellen grundrechtlichen Gewährleistungen her, zu erschließen. 27

Für das Grundgesetz hat das Bundesverfassungsgericht die enge Verbindung zwischen dem Grundrecht³¹ der Menschenwürde und den nachfolgenden Grundrechten zu Recht seit langem betont. So hat es festgehalten, dass das Gebot der Unverletzlichkeit der Menschenwürde „allen Grundrechten zugrunde“ liegt.³² Es hat von den „aus der Menschenwürde folgenden und ihren Schutz gewährleistenden Grundrechte[n]“ gesprochen³³ und betont, dass die Menschenwürde die „Wurzel aller Grundrechte“ ist; „nicht nur einzelne, sondern sämtliche Grundrechte“ seien „Konkretisierungen des Prinzips der Menschenwürde“.³⁴ Das Grundgesetz erklärt danach durch Art. 79 Abs. 3 und Art. 1 GG neben dem Grundsatz der Menschenwürde auch „den von ihm umfassten Kerngehalt der nachfolgenden Grundrechte“ für unantastbar.³⁵ Ihre Verbürgungen sind einer Einschränkung insoweit „grundsätzlich entzogen“, als sie „zur Aufrechterhaltung einer dem Art. 1 Abs. 1 und 2 GG entsprechenden Ordnung unverzichtbar“ sind.³⁶ Das Gericht hat auch bereits für verschiedene Grundrechte festgestellt, dass sie einen solchen änderungsfesten Kerngehalt aufweisen.³⁷ 28

(6) – *Mikrozensus* (1969); für ausführliche Nachweise vgl. *Hong* (Fn. 8), S. 417 ff.; zur Genealogie der Objektformel siehe auch ebd., S. 672 ff.

29 Vgl. BVerfGE 115, 118 (153) – *Luftsicherheitsgesetz* (2006); zu den verschiedenen Varianten der Subjektformel siehe m. w. N. *Hong* (Fn. 8), S. 421 ff.

30 Vgl. zur Objektformel ausdrücklich BVerfGE 109, 279 (312) – *Wohnraumüberwachung* (2004).

31 Zur ständigen Rechtsprechung zum Grundrechtscharakter der Menschenwürde vgl. nur BVerfGE 125, 175 (2010) – *Hartz IV*; für nähere Nachweise siehe *Hong* (Fn. 8), S. 428–430.

32 BVerfGE 30, 173 (194) – *Mephisto* (1971).

33 BVerfGE 35, 202 (235 f.) – *Lebach* (1973); BVerfGE 66, 337 (360) – *Lebenslanges Berufsverbot* (1984).

34 BVerfGE 93, 266 (293) – *Soldaten* (1995); Hervorhebungen hinzugefügt. Ähnlich BVerfGE 107, 275 (284) – *Benetton* (2003) (Menschenwürde als „Fundament aller Grundrechte“; „die Grundrechte insgesamt“ seien Konkretisierungen des Prinzips der Menschenwürde).

35 BVerfGE 102, 370 (392) – *Körperschaftsstatus Zeugen Jehovas* (2000), unter Verweis auf die Bodenreform-Entscheidungen: BVerfGE 84, 90 (120 f.) – *Bodenreform I* (1991); BVerfGE 94, 12 (34) – *Bodenreform II* (1996).

36 Vgl. BVerfGE 84, 90 (120 f.) – *Bodenreform I* (1991); BVerfGE 109, 279 (310) – *Wohnraumüberwachung* (2004); siehe auch BVerfGE 94, 49 (102 f.) – *Drittstaaten* (1996).

37 Vgl. mit näheren Nachweisen *Hong* (Fn. 8), S. 474 ff.; siehe aber auch S. 468 f. dazu, dass das Gericht für das Asylgrundrecht einen solchen Menschenwürdekern (zu Unrecht) verneint hat: BVerfGE 94, 49 (102–104) – *Drittstaaten* (1996).

- 29 Für die so geschützten Grundrechtspositionen verwendet es neben dem Ausdruck des Menschenwürdekerns³⁸ auch den von *Wintrich*³⁹ und *Dürig*⁴⁰ geprägten Begriff des Menschenwürdegehaltes.⁴¹ In dieselbe Richtung weist auch seine Rechtsprechung zu den Grenzen der Europäisierung, die, auch wenn sie teils allein auf das Demokratieprinzip oder die Menschenwürdegarantie verweist,⁴² ebenfalls die „Wahrung des Menschenwürdekerns der Grundrechte gemäß Art. 1 GG“ bekräftigt hat.⁴³
- 30 Von einem „sämtlichen Grundrechten innewohnenden“⁴⁴ Menschenwürdekern auszugehen, entspricht auch dem Willen der verfassungsgebenden Gewalt des Grundgesetzes. Wie ein roter Faden durchzieht die Entstehung des ersten Grundgesetzartikels der Wille, in der Schrittfolge seiner drei Absätze den Grundgedanken eines Zusammenhangs zwischen Menschenwürde, Menschenrechten und nachfolgenden Grundrechten zum Ausdruck zu bringen:⁴⁵ „Denn jeder Artikel für sich gewährleistet ein Stück Freiheit, das notwendig ist, um die Menschenwürde zu gewährleisten.“⁴⁶ Die Menschenwürde sollte gerade in den einzelnen grundrechtlichen Menschenwürdegehalten konkretisiert und interpretiert werden. Die zentrale positive Aussage der verfassungsgebenden Gewalt des Grundgesetzes über die Würde des Menschen liegt gerade in dem engen Zusammenhang zwischen der Menschenwürde und den nachfolgenden Grundrechten zum Schutz der Freiheit und Gleichheit aller.

II. Der Mindeststandard gleicher Freiheit als antidiskriminierungsrechtliche Ausprägung des Menschenwürdegehaltes aller Grundrechte

- 31 Was tragen diese allgemeinen Thesen zu einem Menschenwürdegehalt der Grundrechte für das Antidiskriminierungsrecht und für andere Rechtsebenen als die des Grundgesetzes aus? Die These des Beitrags ist es, dass die verfassungsgebende Gewalt des Grundgesetzes

38 Vgl. etwa BVerfGE 119, 1 (23, 34) – *Esra* (2007); BVerfGE 125, 260 (322) – *Vorratsdatenspeicherung* (2010); BVerfGE 141, 220 (276) – *BKA-Gesetz* (2016); BVerfGE 152, 216 (235 f. Rn. 47) – *Recht auf Vergessen II* (2019); BVerfGE 154, 152 (262 Rn. 200) – *BND* (2020); BVerfG, Beschl. v. 27.4.2021, 2 BvR 206/14, Rn. 39 – *Tierarzneimittelzulassung*. Siehe auch BVerfG, Beschl. v. 20.2.2009, 1 BvR 2266/04 u. a., Rn. 19 – *Peta-Holocaustvergleich* (Menschenwürdekern „sämtliche[r]“ Grundrechte).

39 *Wintrich*, Zur Problematik der Grundrechte (Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG), 1957, S. 19, 29.

40 *Dürig*, Kommentierung der Artikel 1 und 2 Grundgesetz (Bearb. 1958), 2003, Art. 1 Abs. I Rn. 7: „den aus der Menschenwürde fließenden [...] Menschenrechtsgehalt (Wintrich: ‚Menschenwürdegehalt‘)“; Art. 1 Abs. II Rn. 73, 81.

41 Vgl. BVerfGE 109, 279 (279 [Ls. 3], 310 f., 322, 362) – *Wohnraumüberwachung* (2004); BVerfGE 129, 208 (263) – *TKÜ* (2011); siehe auch BVerfGE 106, 28 (43 f.) – *Mithörrichtung* (2002).

42 Vgl. etwa BVerfGE 140, 317 (341 Rn. 48) – *Europäischer Haftbefehl* (2015); BVerfGE 156, 182 (207–213; Rn. 57–69) – *Europäischer Haftbefehl* (2020); siehe näher *Hong* (Fn. 8), S. 481 ff.

43 Vgl. BVerfGE 154, 17 (93 f. Rn. 115) – *PSPP* (2020).

44 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 20.2.2009, 1 BvR 2266/04 u. a., Rn. 19 – *Peta-Holocaustvergleich*.

45 Zum Folgenden eingehend *Hong* (Fn. 8), S. 181 ff.; zusammenfassend: S. 398 ff.

46 Siehe *v. Mangoldt*, in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Akten und Protokolle*, Bd. 5, Ausschuss für Grundsatzfragen, 1993, S. 591 („Es ist nicht ganz richtig, wenn Herr Geheimrat Thoma sagt, die ganzen anderen 18 oder mehr Artikel dienen nicht dieser Wahrung der Menschenwürde. Denn jeder Artikel für sich gewährleistet ein Stück Freiheit, das notwendig ist, um die Menschenwürde zu gewährleisten.“). Zum Kontext dieser Äußerung siehe ausführlich *Hong* (Fn. 8), S. 233 ff.

damit einem grundsätzlichen Zusammenhang auf der Spur war, der für die Grundwerte Würde, Freiheit und Gleichheit auch im Unionsrecht, in der Europäischen Menschenrechtskonvention und in der politischen Philosophie Geltung beanspruchen kann: Die Menschenwürde ist jener fundamentale Status der Freiheit und Gleichheit, den die einzelnen Grundrechte in ihren Menschenwürdekernen gewährleisten. Und zu diesen Menschenwürdekernen gehört gerade auch ein egalitärer Diskriminierungsschutz, den nicht nur die Gleichheitsgrundrechte, sondern auch die Freiheitsgrundrechte gewährleisten: ein Mindeststandard gleicher Freiheit.

1. Mindeststandard gleicher Freiheit: Schutz vor schwerwiegend diskriminierenden Freiheitsbeschränkungen als Menschenwürdekern (auch) der Freiheitsrechte

Worin soll aber ein solcher Menschenwürdekern *aller* Grundrechte liegen können? Was sollen, zum Beispiel, die Privatschulfreiheit oder die Petitionsfreiheit mit der Menschenwürde zu tun haben? Weitete ein Konzept, das die Menschenwürde sogar mit solchen Rechten in Verbindung bringt, sie nicht zu stark aus, gefährdet es nicht ihren absoluten, abwägungsfesten Charakter und muss deshalb am Höflingschen Konkretisierungsdilemma scheitern – also an der Diagnose *Höflings*, dass nicht beides zugleich zu haben sei, „große praktische Relevanz und absoluter Unbedingtheitsanspruch“?⁴⁷ 32

Die Antwort darauf liegt gerade auch in dem antidiskriminierungsrechtlichen Gehalt der Menschenwürde, der Freiheitsrechte und Gleichheitsrechte verbindet: Wenn sich eine Freiheitsbeschränkung mit einer intensiven Diskriminierung verbindet, kann jedes Grundrecht in seinem Menschenwürdekern verletzt sein. Schwerwiegend diskriminierende Freiheitsbeschränkungen können deshalb den Menschenwürdekern von Freiheits- und Gleichheitsgrundrechten zugleich berühren. 33

Wenn beispielsweise die Schulfreiheit oder die Petitionsfreiheit nur den Angehörigen einer bestimmten Religion oder vermeintlichen „Rasse“ vollständig entzogen wird, dann verletzt das den Menschenwürdekern nicht nur der entsprechenden Diskriminierungsverbote, sondern zugleich auch der Schulfreiheit oder der Petitionsfreiheit (unter dem Grundgesetz also den Menschenwürdegehalt nicht nur von Art. 3 Abs. 3 GG, sondern auch von Art. 7 Abs. 4 GG oder Art. 17 GG). 34

Der Grundgedanke einer solchen systematischen Verbindung zwischen Freiheits- und Gleichheitsrechten in einem Mindeststandard gleicher Freiheit wurde im Parlamentarischen Rat von *Hermann von Mangoldt*, dem Vorsitzenden des Ausschusses für Grundsatzfragen, durchgehend verfolgt, der sich dafür auf die Verfassungspraxis in den Vereinigten Staaten von Amerika bezog.⁴⁸ Er ist jedoch verallgemeinerbar, wie nicht zuletzt auch diese 35

⁴⁷ Vgl. *Höfling*, Die Unantastbarkeit der Menschenwürde, JuS 1995, S. 857 (859). Zum Höflingschen Konkretisierungsdilemma näher *Hong* (Fn. 8), S. 31 ff.

⁴⁸ Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Akten und Protokolle, Bd. 5, Ausschuß für Grundsatzfragen, 1993, S. 644 („Ein minimum standard of free society ist auch dem unehelichen Kinde zugesichert; aber in der Familie ist die Stellung eine andere.“), 740. Vgl. auch ebd., S. 743, 744 und 745: „minimum standard“; v. *Mangoldt*, Grundrechte und Grundsatzfragen des Bonner Grundgesetzes, AöR 75 (1949), S. 273 (281); *ders.*, Das Bonner Grundgesetz, 1953, Art. 3, S. 51.

rechtsvergleichende Herkunft bezeugt: Die Freiheitsrechte definieren danach zugleich ein antidiskriminierungsrechtliches Mindestniveau der Freiheit, das unter keinen Umständen in diskriminierender Weise entzogen werden darf: Alle Freiheitsrechte können in diesem Menschenwürdekern verletzt werden, wenn eine Freiheitsbeschränkung sich mit einer schwerwiegenden Diskriminierung verbindet.

2. Das antisemitische NS-Sonderrecht (etwa die Pflicht zum Tragen des „Judensterns“) als paradigmatische Verletzung des Menschenwürdekerns gleicher Freiheit

- 36 Für Verletzungen dieses Mindeststandards gleicher Freiheit sind die nationalsozialistischen Menschenrechtsverletzungen umfassendes historisches Anschauungsmaterial, das einer gründlichen verfassungsrechtlichen Auswertung weitgehend noch harret.
- 37 Das gilt vor allem für die antisemitischen Regelungen und Maßnahmen, die schon im Vorfeld des spätestens 1941 einsetzenden Völkermords systematisch die Rechte der jüdischen (oder als „jüdisch“ eingestuft) Bevölkerung mit großer Gründlichkeit Schritt um Schritt in immer weitergehender Weise beschränkten. In der Sammlung „Das Sonderrecht für die Juden im NS-Staat“ hat *Walk* eine beklemmende Vielzahl solcher Einzelbestimmungen dokumentiert.⁴⁹ Diese Maßnahmen verfolgten, wie *Ernst Rudolf Huber* 1939 festhielt, das „Ziel einer völligen Ausscheidung des Judentums“ aus der deutschen Gesellschaft.⁵⁰
- 38 Nicht erst die eklatanteren unter diesen Regelungen und Maßnahmen verletzten die Menschenwürde der davon betroffenen Menschen. Der Ausgrenzungszweck, der diesen Maßnahmen gemeinsam war, kann vielmehr auch solche Eingriffe als Verstoß gegen die Menschenwürde der betroffenen jüdischen oder als jüdisch eingestuften Menschen qualifizieren, die für sich betrachtet (also nur unter dem Gesichtspunkt der jeweiligen Freiheitsbeschränkung als solcher) eine geringere Intensität aufweisen.
- 39 Diskriminierende Maßnahmen solcher Art verletzen nicht nur den besonderen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 3 GG in seinem Menschenwürdegehalt, sondern je nach Gegenstand zumeist kumulativ auch den Menschenwürdegehalt der weiteren einschlägigen Grundrechte. Sie zeigen, dass der Mindeststandard der Gleichheit auch bei solchen Grundrechten verletzt werden kann, bei denen zunächst nicht auf der Hand zu liegen scheint, dass sie überhaupt einen Menschenwürdegehalt aufweisen.
- 40 Aber auch außerhalb eines solchen systematischen Verfolgungsprogramms kann der verfolgte diskriminierende Zweck einer Freiheitsbeschränkung schon als solcher so illegitim sein, dass seine Verfolgung auch eine für sich betrachtet geringfügig erscheinende Freiheitsbeeinträchtigung zu einer Menschenwürdeverletzung werden lassen kann.⁵¹ Ein historisches Beispiel dafür ist das Verbot für Juden, „sich in der Öffentlichkeit ohne einen

⁴⁹ *Walk* (Hrsg.), *Das Sonderrecht für die Juden im NS-Staat*, 2. Aufl. 1996.

⁵⁰ *Huber*, *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches*, 2. Aufl. 1939, S. 181 („Die Juden genießen im Reich nicht die Stellung einer fremdvölkischen Minderheit, sondern ihnen ist eine Sonderstellung zugewiesen, die sich aus dem Ziel einer völligen Ausscheidung des Judentums erklärt.“).

⁵¹ Zu aus der Menschenwürde folgenden Zweckverboten vgl. *Hong* (Fn. 8), S. 655 f.

Judenstern zu zeigen“.⁵² Eine solche Bekleidungs Vorschrift verletzt wegen ihres Zwecks, eine Bevölkerungsgruppe auszugrenzen und zu stigmatisieren, die Menschenwürde auch dann, wenn die damit verbundene Freiheitsbeeinträchtigung als solche sich im Wesentlichen auf den Zwang beschränkt, den Stern zu tragen.⁵³ Sie war nicht nur im Kontext der NS-Gewalt- und Willkürherrschaft eine Menschenwürdeverletzung, sondern wäre es auch, wenn sie heute mit dem Ziel der Stigmatisierung und Ausgrenzung gegen eine andere Bevölkerungsgruppe erlassen würde.

3. Das Sklavereiverbot als Mindestkonsens über einen Menschenwürdekern gleicher Freiheit – und als Dominierungs- (*Sacksofsky*) oder Hierarchisierungsverbot (*Baer*) mit Drittwirkung in das Privatrecht

Um die Verflochtenheit der Grundwerte Würde, Gleichheit, Freiheit und Demokratie in einem absolut geschützten egalitären Menschenwürdekern der Grundrechte zu plausibilisieren, sei ein Beispiel herangezogen, über das auf allen angesprochenen Ebenen des Antidiskriminierungsrechts im Ergebnis Einigkeit zu erzielen sein sollte: das Sklavereiverbot. Es veranschaulicht, dass jedenfalls bestimmte krasse Formen hoheitlicher wie privater Diskriminierung stets die Menschenwürde verletzen und rechtswidrig sind und sollte sich deshalb als Konsensbasis über die zerstrittenen Lager des Antidiskriminierungsrechts hinweg eignen.

Das Sklavereiverbot ist ein zentrales Beispiel für ein in der gleichen Menschenwürde aller verankertes Verbot hoheitlicher wie privater Diskriminierung: Ob von staatlichen Organen selbst praktiziert oder „lediglich“ von Privaten betrieben, aber vom Staat als privatrechtliches Eigentum an Menschen anerkannt und durchgesetzt – so oder so ist Sklaverei eine paradigmatische Menschenwürdeverletzung: „Wenn Sklaverei nicht falsch ist, dann ist nichts falsch“, wie *Abraham Lincoln* sagte.⁵⁴

Zentrale juristische Gründungstexte des Antidiskriminierungsrechts zeigen, dass es von Anfang an rechtliche Vorgaben auch für die Gestaltung des Privatrechts mit einschloss, etwa die *Somerset*-Entscheidung des englischen Court of King’s Bench von 1772, die Sklaverei ohne positivrechtliche Regelung für unzulässig erklärte,⁵⁵ und der 13. Verfassungszusatz zur Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika von 1865, der sie zumindest *de jure* abschaffte.

⁵² Vgl. Polizeiverordnung über die Kennzeichnung der Juden v. 1.9.1949, Reichsminister des Innern, RGBl. 1949 I, S. 547. § 1 Abs. 1 der Verordnung lautete: „Juden (§ 5 der Ersten Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 14. November 1935 – RGBl. I S. 1333), die das sechste Lebensjahr vollendet haben, ist es verboten, sich in der Öffentlichkeit ohne einen Judenstern zu zeigen.“

⁵³ Vgl. § 1 Abs. 2 der Verordnung: „Der Judenstern besteht aus einem handtellergroßen, schwarz ausgezogenen Sechsstern aus gelbem Stoff mit der schwarzen Aufschrift ‚Jude‘. Er ist sichtbar auf der linken Brustseite des Kleidungsstücks fest aufgenäht zu tragen.“

⁵⁴ „If slavery is not wrong, nothing is wrong.“; *Lincoln*, To Albert G. Hodges, April 4, 1864, in: *ders.*, Selected Speeches and Writings, 1992; vgl. auch, darauf verweisend, *Rawls*, Justice as Fairness, 2001, S. 29 (zum besonderen Gewicht derartiger konkreter Überzeugungen im Rahmen der Herstellung eines „reflective equilibrium“).

⁵⁵ *Somerset v. Stewart* (1772) 98 ER 499; vgl. zur Entscheidung und ihren Auswirkungen auf die Diskussion in den Vereinigten Staaten von Amerika: *Oakes*, Freedom National, 2013, S. 9–14, 500 (Fn. 11).

- 44 Das Antidiskriminierungsrecht errichtet gerade auch „Dominierungsverbote“⁵⁶ oder „Hierarchisierungsverbote“⁵⁷ – und das Sklavereiverbot ist ein paradigmatisches historisches Beispiel für ein solches Verbot, das gerade auch im Privatrecht Wirksamkeit entfaltet.
- 45 Soweit das Institut eines Eigentums an Menschen⁵⁸ zu herkömmlichen Eingriffen führt (also zu final, unmittelbar und imperativ wirkenden⁵⁹ hoheitlichen Beeinträchtigungen der gleichen Freiheit der versklavten Menschen), konkretisiert das Recht auf Freiheit von Sklaverei den Mindeststandard gleicher Freiheit in Gestalt des abwehrrechtlichen Menschenwürdekerns der betroffenen Freiheits- und Gleichheitsgrundrechte.⁶⁰
- 46 Soweit das Recht, nicht versklavt zu werden, dagegen hoheitlichen Schutz vor Maßnahmen verlangt, die von Privaten ausgehen, konkretisiert es die Schutzpflicht für die Menschenwürde. Als ein abwägungsfester Menschenwürdekern dieser Schutzpflicht kann das Sklavereiverbot jedenfalls insoweit angesehen werden, als es sich gegen die mit einer Versklavung verbundenen Eingriffe durch Private richtet, also als ein „reaktives Unterlassungsgebot“⁶¹ wirkt: Die Menschenwürde untersagt diese privaten Eingriffe kategorisch, keine privatrechtliche Rechtsordnung darf sie als rechtmäßig beurteilen, jede muss sie um des Schutzes der Menschenwürde willen durch Gesetz⁶² als rechtswidrig einstufen.
- 47 Das Recht, nicht von Privaten versklavt zu werden, bezeichnet einen abwägungsfesten schutzpflichtbezogenen Menschenwürdekern der jeweils betroffenen Freiheits- und Gleichheitsgrundrechte, etwa der Rechte auf Freizügigkeit, auf körperliche Unversehrtheit oder auf Privatheit als Freiheitsrechte, sowie des Verbots der Diskriminierung wegen der „Rasse“ als Gleichheitsrecht. Die Schutzpflicht für die Menschenwürde umfasst einen privatrechtsgerichteten Menschenwürdekern dieser Rechte: Die Rechtsordnung darf keine privatrechtlichen Befugnisse anerkennen, über andere Menschen wie über Sachen zu verfügen, sondern muss entsprechende Eingriffe untersagen.⁶³ Schon der grundrechtliche

56 Vgl. *Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl. 1996, S. 285 ff.; näher (und teils abweichend, nämlich auch atypische Männer als potentielle Träger entsprechender Rechte auf Nichtdiskriminierung einbeziehend) dazu: *Mangold* (Fn. 14), S. 319 f., 343 ff.

57 Vgl. *Baer*, Würde oder Gleichheit?, 1995, S. 221; *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 2 und 3 Rn. 361.

58 Vgl. *Oakes* (Fn. 55), insbesondere S. 8 ff.

59 Vgl. BVerfGE 105, 279 (299 f.) – *Osho* (2002).

60 Zum Mindeststandard gleicher Freiheit als grundrechtlichem Menschenwürdekern: *Hong* (Fn. 8), S. 307 ff., 667 ff.

61 Zur Unterscheidung zwischen reaktiven Diskriminierungsverboten und proaktivem Gleichstellungsrecht → *Mangold/Payandeh*, § 1 Rn. 98 ff.; *Mangold* (Fn. 14), S. 230 f.

62 Zur Geltung des Parlamentsvorbehalts auch für einen solchen, aus der Menschenwürde folgende Verbote umsetzenden „Schutz durch Eingriff“ vgl. *Hong* (Fn. 8), S. 581, 641; *Wahl/Masing*, Schutz durch Eingriff, JZ 1990, S. 553.

63 Vgl. zu Grenzen von Rechten an der Person eines anderen Menschen (im Kontext des Elternrechts): BVerfGE 24, 119 (144) – *Adoption* (1968): „Eine Verfassung, welche die Würde des Menschen in den Mittelpunkt ihres Wertsystems stellt, kann bei der Ordnung zwischenmenschlicher Beziehungen grundsätzlich niemandem Rechte an der Person eines anderen einräumen, die nicht zugleich pflichtgebunden sind und die Menschenwürde des anderen respektieren.“ Siehe auch BVerfGE 72, 155 – *Elterliche Vertretungsmacht* (1986); BVerfGE 121, 69 (90) – *Zwangsumgang* (2008); *Hong* (Fn. 8), S. 579 f.

Menschenwürdekern des Sklavereiverbotes schließt mithin eine (hier: schutzpflichtenbasierte⁶⁴) mittelbare Drittwirkung gegen Private ein.

III. Dynamische Entwicklungsfähigkeit der Gleichheitsversprechen der Menschenwürde und des Mindeststandards gleicher Freiheit

Die Menschenwürde und die von ihr umfassten grundrechtlichen Menschenwürdegehalte, einschließlich des Mindeststandards gleicher Freiheit, sichern ein historisches Minimum unabdingbar. Sie beschränken sich darauf aber nicht, sondern sind, nach Maßgabe der vom jeweiligen Normgeber gewollten Grenzen, einer dynamischen Weiterentwicklung fähig. Das gilt auch, wenn das subjektiv-historische Auslegungsziel verfolgt wird, weil sich für die meisten Grundrechtsordnungen ein Wille der jeweiligen normsetzenden Gewalt feststellen lässt, eine solche dynamische Weiterentwicklung zumindest in gewissen Grenzen zuzulassen. 48

1. Die Dynamik von Würde, Freiheit, Gleichheit und Demokratie im Sinne eines „Living Originalism“ – und die Unterscheidung von allgemeineren und konkreteren historischen Anwendungsvorstellungen

Die Geschichte des Antidiskriminierungsrechts zeigt, dass gerade die Gleichheitsversprechen der Grundrechtskataloge und der Antidiskriminierungsgesetze häufig bewusst als allgemein gehaltene, entwicklungsfähige Normen gedacht und gewollt sind.⁶⁵ Wenn aber die normsetzende Gewalt selbst eine solche Dynamik will, dann muss auch eine subjektiv-historische Auslegung zu einer dynamischen Auslegung im Sinne eines „Living Originalism“⁶⁶ führen.⁶⁷ 49

Insoweit ist stets sorgfältig zwischen den allgemeineren und den konkreteren historischen Anwendungsvorstellungen zu unterscheiden: Auch wenn die konkreteren Anwen- 50

⁶⁴ Zur Rekonstruktion der Drittwirkung als äquivalent entweder zu grundrechtlichen Abwehrrechten (*Lüth*-Konstellation: gerichtliche Durchsetzung zivilrechtlicher Unterlassungspflichten) oder (wie hier) zu grundrechtlichen Schutzpflichten (*Blinkfüer*-Konstellation: gerichtlicher Schutz vor privaten Eingriffen): *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1985, S. 480–493. Zur teilweisen Ergebnisäquivalenz mittelbarer und unmittelbarer Drittwirkung siehe auch *Grünberger* (Fn. 2), S. 1009, 1019; siehe auch dort S. 1023 ff. (zur unmittelbaren Drittwirkung im Unionsrecht; insbesondere die Nachweise S. 1023 Fn. 149).

⁶⁵ Vgl. zur Zukunftsgerichtetheit der Unabhängigkeitserklärung auch *Grünberger* (Fn. 2), S. 218 f.; siehe auch ebd., S. 64 zur „expansive[n] Tendenz“ des Gleichheitssatzes und zum emanzipatorischen Ansatz als „schlafende[m] Inhalt“; vgl. aber auch die Skepsis gegenüber der Annahme, dass Ungleichbehandlungen „schon immer“ ungerecht waren, ebd., S. 534 und S. 158 f. (Reconstruction Amendments als „Konkretisierung der Prinzipien von Freiheit und Gleichheit [...], wie sie bereits im Wortlaut – wenn auch nicht dem zeitgenössischen Verständnis – der Unabhängigkeitserklärung angelegt waren“).

⁶⁶ *Balkin*, *Living Originalism*, 2011; *Hong* (Fn. 8), S. 6 ff., 99 ff.; *ders.*, *Are They All Textualists Now? – Das Bostock-Urteil zur LGBTQ-Gleichheit als halbherziger „Living Originalism“: Justice Scalia's zwiespältiges Erbe*, *Verfassungsblog* v. 13.7.2020.

⁶⁷ Vgl. *Reimer*, *Juristische Methodenlehre*, 2. Aufl. 2020, Rn. 303 („wenn der Gesetzgeber eine mitwachsende Norm schaffen wollte“, wovon „regelmäßig auszugehen“ sei); *Sauer*, *Juristische Methodenlehre*, in: *Krüper* (Hrsg.), *Grundlagen des Rechts*, 4. Aufl. 2021, § 9 Rn. 31 (Gesetzgeber kann „eine spezifische Wandelbarkeit des Rechtssatzes gerade gewollt“ haben).

dungsvorstellungen der Entstehungszeit, etwa darüber, welche Fälle ein Gleichheitssatz konkret erfassen kann, eng begrenzt waren, muss die normsetzende Gewalt diese eigenen konkreteren Vorstellungen gerade nicht für verbindlich erklären wollen. Sie kann stattdessen gerade einen allgemeinen Grundsatz normieren wollen, der über ihre eigenen konkreteren Vorstellungen und Irrtümer hinauswachsen kann.

- 51 Für einen solchen dynamischen Normsetzungswillen spricht insbesondere ein weit gefasster Wortlaut, wie er gerade auch viele antidiskriminierungsrechtliche Regelungen kennzeichnet. Wenn die Normgeber, etwa aufgrund eines Kompromisses, einen solchen weit gefassten Wortlaut wählen,⁶⁸ müssen sie sich grundsätzlich später auch beim Wort nehmen lassen.⁶⁹
- 52 Auch Kombinationen zwischen konkreteren und allgemeineren Regelungsabsichten sind dabei denkbar: Der Normsetzungswille kann sich beispielsweise darauf richten, die Wiederholung bestimmter historischer Diskriminierungen für die Zukunft kategorisch auszuschließen, also einen Minimalstandard an historischen Verboten einer späteren „Rückentwicklung“ gerade zu entziehen, zugleich aber eine Entwicklung in Richtung auf größere Inklusion und stärkeren Gleichheitsschutz als bereits zur Entstehungszeit anerkannt gerade offenzuhalten.
- 53 Für das Grundgesetz lässt sich für Menschenwürde und Grundrechte gerade eine solche Kombination nachweisen: Ein konkreter Festsetzungswille für ein unhintergebares historisches Minimum verbindet sich dort mit einer gewollten Dynamik der Weiterentwicklung.⁷⁰ Aber auch für die Europäische Menschenrechtskonvention und die Grundrechtecharta dürfte kaum anderes gelten: Ein historisches Minimum an menschenrechtlichen Diskriminierungsverboten sollte zwar auch dort sicher nicht durch dynamische Relativierungen unterschritten werden können. Schon der allgemein und weit gefasste Wortlaut der Gleichheitsgrundrechte der Menschenrechtskonvention und der Grundrechtecharta spricht aber dafür, dass auch diese Gleichheitsversprechen, im Einklang mit der Tradition des Antidiskriminierungsrechts, von ihren Normgebern zugleich auch als dynamische Garantien gewollt waren.
- 54 Eine gewisse dynamische Ausweitung der antidiskriminierungsrechtlichen Gleichheitsversprechen, einschließlich des absolut und abwägungsfest gewährleisteten Diskriminierungsschutzes der grundrechtlichen Menschenwürdekerne,⁷¹ entspricht dementsprechend gerade dem historisch Gewollten: Weder die verfassungsgebende Gewalt des Grundgesetzes noch die normsetzenden Gewalten der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Charta der Grundrechte der Europäischen Union wollten ihre eigenen konkreteren historischen Anwendungsvorstellungen zum verbindlichen Anwendungs-

⁶⁸ Vgl. zu Art. 3 Abs. 2 GG: *Baer/Markard* (Fn. 57), Art. 3 Abs. 2 und 3 Rn. 355.

⁶⁹ Vgl. auch *Hong*, Parität und historische Auslegung – Warum der Thüringer Verfassungsgerichtshof die Entstehungsgeschichte unrichtig gedeutet hat, *Verfassungsblog* v. 18.7.2020.

⁷⁰ Vgl. *Hong* (Fn. 8), S. 408 f.

⁷¹ Vgl. zum absolut geschützten Kerngehalt der Rechte der Charta der Grundrechte der Europäischen Union: *Lenaerts*, *Limits on Limitations: The Essence of Fundamental Rights in the EU*, *German Law Journal* 20 (2019), S. 779 ff.

maximum erklären. Sie wollten vielmehr allgemeine Grundsätze normieren, die über ihre historischen Vorurteile und Irrtümer gerade hinauswachsen können sollten.

2. Die dynamische Entwicklung der Gleichheitsidee seit 1776

Die grundrechtlichen Gleichheitsversprechen des Antidiskriminierungsrechts nehmen damit eine Dynamik auf, auf die auch die menschenrechtliche Gleichheitsidee von Anfang an ausgerichtet war.⁷² Die Vergangenheit ist zwar ein fremdes Land, dessen Sprache wir übersetzen müssen.⁷³ Eine solche Übersetzung ist jedoch nicht unmöglich. Das Gleichheitsideal, das dem Antidiskriminierungsrecht zugrunde liegt, kann beanspruchen, in einer Kontinuität zur neuzeitlichen Menschenrechtsidee des 18. Jahrhunderts zu stehen. Wenn wir neue Gruppen davon inkludiert sehen und gleiche Freiheit als materiale und positive, tatsächlich ausübare Freiheit verstehen, die auch vor mittelbaren oder strukturellen Diskriminierungen schützt, dann verwirklichen wir nicht einen neuen Wert, sondern einen alten.⁷⁴

Das gilt namentlich bereits für das Gleichheitsversprechen der Unabhängigkeitserklärung von 1776, nach der alle Menschen gleich geschaffen und mit bestimmten unveräußerlichen Rechten ausgestattet sind, zu denen Leben, Freiheit und die Verfolgung der Glückseligkeit gehören.

„[T]hat all men are created equal“: *Thomas Jeffersons* erster Entwurf der Unabhängigkeitserklärung enthielt Formulierungen, die den Zusammenhang zwischen der gleichen Freiheit aller Menschen und der Sklaverei ausdrücklich selbst herstellten. Er verurteilte den Sklavenhandel dort als einen Markt, auf dem „Menschen“ („men“) gekauft und verkauft werden („where men should be bought & sold“).⁷⁵ Den Begriff „men“ bezog Jefferson damit nicht nur eindeutig auch auf Sklaven, verstand ihn also nicht als auf Menschen „weißer“ Hautfarbe beschränkt. Es liegt vielmehr auch nahe, dass er hier nicht nur Männer meinte, wurden doch auf den Sklavenmärkten Frauen, Männer und Kinder gehandelt.⁷⁶ Es sprechen deshalb die stärkeren Gründe dafür, dass schlicht alle „Menschen“ gemeint waren – und der Begriff auch in der Aussage „all men are created equal“ von Anfang an nicht anders gemeint war.⁷⁷

Die Worte von der Gleichheit aller Menschen wurden schon 1776 von vielen auch so verstanden, wie etwa *Frederick Douglass* sie dann am 5.7.1852 in seiner Rede „What to the

⁷² Zum Folgenden vgl. näher *Hong* (Fn. 8), S. 307 ff., 337 ff.; *ders.*, „Rasse“ im Parlamentarischen Rat und die Dynamik der Gleichheitsidee seit 1776 (Teil I), Verfassungsblog v. 20.7.2020 (sowie die dort nachgewiesenen weiteren vier Teile des Beitrags).

⁷³ *Gienapp*, *Knowing How vs. Knowing That: Navigating the Past, Process* v. 4.4.2017, <http://www.processhistory.org/gienapp-knowing-how/>.

⁷⁴ Vgl. *Hong* (Fn. 8), S. 307 ff., 337 ff.; *ders.*, „Rasse“ im Parlamentarischen Rat, die Dynamik der Gleichheitsidee seit 1776 – und die Debatte um „Grundgesetz und Rassismus“, in: *Froese/Thym* (Hrsg.), *Grundgesetz und Rassismus*, 2022, *im Erscheinen*.

⁷⁵ *Jefferson*, *Political Writings*, 1999, S. 96 (99).

⁷⁶ Vgl. *Allen*, *Our Declaration*, 2015, S. 154.

⁷⁷ Zu dieser These und zum historischen Kontext vgl. näher *Hong* (Fn. 8), S. 337 ff.

Slave Is the Fourth of July“ verstand⁷⁸ – und wie auch *Abraham Lincoln* sie 1857 in seiner Rede⁷⁹ zum *Dred Scott*-Urteil⁸⁰ deutete, nämlich schlicht so, dass alle Menschen gleiche, unveräußerliche Menschenrechte haben: „This they said, and this they meant.“⁸¹ Die Mitglieder des Kontinentalkongresses, die die Unabhängigkeitserklärung unterzeichneten, waren sich sehr wohl im Klaren darüber, dass sie, indem sie sich auf die Gleichheit aller Menschen beriefen, einen „Schuldschein“ für die Zukunft ausstellten.⁸²

- 59 *Lincoln* sah in der Idee gleicher Menschenrechte zu Recht einen auf immer stärkere Verwirklichung in der Zukunft angelegten Grundsatz – und *Hermann v. Mangoldt* griff genau diese Vorstellung einer dynamischen Weiterentwicklung mit seinem Konzept eines Mindeststandards gleicher Freiheit auch im Parlamentarischen Rat auf:⁸³

„They meant simply to declare the *right*, so that the *enforcement* of it might follow as fast as circumstances should permit. They meant to set up a standard maxim for free society, which should be familiar to all, and revered by all; constantly looked to, constantly labored for, and even though never perfectly attained, constantly approximated, and thereby constantly spreading and deepening its influence, and augmenting the happiness and value of life to all people of all colors everywhere.“⁸⁴

- 60 Die Gleichheitsversprechen des Antidiskriminierungsrechts sollen sich ebenso zukunftsgerichtet entfalten, wie jener lange „Bogen des moralischen Universums“, von dem *Martin Luther King Jr.*, darin *Theodore Parker* folgend, hoffte, dass er sich „der Gerechtigkeit zu- neigt“:

„[T]he arc of the moral universe is long, but it bends towards justice.“⁸⁵

- 61 *Justice Ruth Bader Ginsburg* knüpfte an diesen Satz in ihrem Sondervotum zum *Shelby County*-Urteil von 2013 an.⁸⁶ Sie ergänzte ihn aber um einen für sie charakteristischen Zusatz, der sich auf die andauernden Probleme mit dem Rassismus bezog, aber auch ihre ei-

78 *Douglass*, What to the Slave Is the Fourth of July? (5. Juli 1852), in: Buccola (Hrsg.), *The Essential Douglass*, 2016, S. 50 (68) („You declare, before the world, and are understood by the world to declare, that you hold these truths to be self evident, that all men are created equal [...]“; and yet, you hold securely, in a bondage [...] a seventh part of the inhabitants of your country.“)

79 *Lincoln*, From Speech on the Dred Scott Decision at Springfield, Illinois, June 26, 1857, in: *ders.*, *Selected Speeches and Writings*, 1992, S. 117 ff.

80 US Supreme Court, *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857).

81 *Lincoln* (Fn. 79), S. 117 (120f.).

82 Vgl. *King Jr.*, I Have a Dream (28. August 1963), in: Carson/Shepard (Hrsg.), *A Call to Conscience*, 2001, S. 81 f. („a promissory note to which every American was to fall heir“).

83 Vgl. zu dieser Genealogie dieses Konzepts, aber auch zu seinen historischen Untiefen (in Gestalt der Identifikation von *Mangoldts* mit dem antisemitischen Rassismus des Nationalsozialismus) siehe näher *Hong* (Fn. 72) und (Fn. 74); siehe auch die Bezugnahme auf diese Rede *Lincolns* in: *v. Mangoldt*, *Rechtsstaatsgedanke und Regierungsformen in den Vereinigten Staaten von Amerika*, 1938, S. 201 f.

84 *Lincoln* (Fn. 79), S. 117 (120f.) (Hervorhebungen im Original). Vgl. dazu etwa *Wills*, *Lincoln at Gettysburg*, 1992, S. 101–120, der bei *Lincoln* Verbindungen zu „Transcendentalists“ wie *Ralph Waldo Emerson*, *George Bancroft* und *Theodore Parker* sieht, die ihrerseits vom deutschen Idealismus beeinflusst waren. Siehe zu *Lincoln* auch *Grünberger* (Fn. 2), S. 149–153.

85 *King Jr.*, Address at the Conclusion of the Selma to Montgomery March (25.3.1965), in: Carson/Shepard (Hrsg.), *A Call to Conscience*, 2001, S. 119 (130f.); siehe *Parker*, *Of Justice and the Conscience* (1853), in: *ders.*, *The Collected Works of Theodore Parker – Vol. 2 (Sermons – Prayers)*, 1867, S. 37 (48).

86 US Supreme Court, *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013).

genen Erfahrungen in ihrem jahrzehntelangen stetigen Kampf für die Gleichberechtigung der Geschlechter widerspiegelt: „[...] if there is a steadfast commitment to see the task through to completion.“⁸⁷ Der Zusatz macht deutlich, dass *Ginsburg* den Satz von dem langen, sich der Gerechtigkeit zuneigenden Bogen des moralischen Universums zu Recht weder als eine historische Tatsachenbeschreibung verstand noch im Sinne eines naiven Fortschrittsoptimismus, sondern als Ausdruck einer Hoffnung, deren Verwirklichung in unseren eigenen Händen liegt – und auf ein hohes Maß an Einsatz und Durchhaltevermögen angewiesen bleibt.

Wir sollten den Vorstellungshorizont früherer Zeiten nicht unterschätzen: Die historischen Akteure wussten teils nur zu gut Bescheid über die Entwicklungsfähigkeit und Entwicklungsbedürftigkeit der Gleichheitsidee. Die Geschichte des Gleichheitssatzes zeigt anschaulich, dass Menschen zugleich zutiefst Widersprüchliches wollen und denken können: Sie können zugleich überzeugt sein, dass bestimmte Gruppen „natürlich“ keine Gleichheit beanspruchen können – sich aber gleichwohl zum allgemeinen Recht auf Gleichheit für alle Menschen bekennen wollen. 62

3. Das grundrechtliche Gebot gleicher Anerkennung der „Ehe für alle“ als Beispiel für die dynamische Entwicklungsfähigkeit des Menschenwürdekerns gleicher Freiheit

Die dynamische Entwicklungsfähigkeit des Mindeststandards gleicher Freiheit zeigt sich etwa an dem Recht auf gleiche Anerkennung der Ehe für alle Paare, unabhängig von Geschlecht und sexueller Orientierung. Der Menschenwürdekern gleicher Freiheit schließt richtigerweise auch dieses Recht ein.⁸⁸ 63

Auch wenn dies den konkreteren Anwendungsvorstellungen der historischen Normgeber der grundrechtlichen Gleichheitsversprechen nicht entsprochen haben mag, folgt es, wie heute deutlich ist, aus den von ihnen bewusst allgemein formulierten Grundsätzen der menschenrechtlichen Gleichheit aller. Sie wollten nicht ihre konkreten Anwendungsvorstellungen für maßgeblich erklären, sondern die allgemeine Gleichheitsidee, gerade auch in ihrer dynamischen Entwicklungsfähigkeit hin auf eine größere Inklusion. 64

Die freiheitlichen und demokratischen Grundrechtsordnungen kennen weder noch tolerieren sie verschiedene Klassen von Menschen.⁸⁹ Wenn Paaren allein wegen des Geschlechts und der sexuellen Orientierung die gleiche Anerkennung als Ehe vorenthalten 65

⁸⁷ *Ginsburg*, *Shelby County v. Holder*, Bench Announcement, June 24, 2013, in: *dies.*, *My Own Words*, 2016, S. 292 (296).

⁸⁸ Für das Grundgesetz vgl. näher zum Folgenden *Hong* (Fn. 8), S. 366 ff.; siehe auch *ders.*, *Warum das Grundgesetz die Ehe für alle verlangt*, *Verfassungsblog* v. 29.6.2017; *ders.*, *Warum das Grundgesetz die Ehe für alle verlangt* (II), *Verfassungsblog* v. 9.7.2017.

⁸⁹ Für die Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika vgl. US Supreme Court, *Plessy v. Ferguson*, 163 U. S. 537, 559 (1896) (*Justice Harlan*, dissenting) („[I]n view of the Constitution, in the eye of the law, there is in this country no superior, dominant, ruling class of citizens. There is no caste here. Our Constitution [...] neither knows nor tolerates classes among citizens. In respect of civil rights, all citizens are equal before the law. The humblest is the peer of the most powerful.“). Siehe ferner US Supreme Court, *Romer v. Evans*, 517 U. S. 620, 623 (1996) („One century ago, the first Justice Harlan admonished this Court that the Constitution ‚neither knows nor tolerates classes among citizens.‘ [...] Unheeded then, those words now are understood to state a commitment to the law’s neutrality where the rights of persons are at stake.“).

wird, stempelt dies sie jedoch in vergleichbarer Weise zu Menschen zweiter Klasse⁹⁰ wie wenn an ihre Hautfarbe angeknüpft wird.⁹¹ Einer Partnerschaft kann die gleiche Anerkennung als Ehe ebensowenig versagt werden, weil die Partner:innen dem gleichen Geschlecht angehören wie deshalb, weil sie zu verschiedenen „Rassen“⁹² gehören. So wie Kinder schwarzer Hautfarbe durch die Schulsegregation gedemütigt und in ihrer Würde verletzt wurden, werden auch Kinder, die in einer nicht verschiedengeschlechtlichen Ehe aufwachsen, gedemütigt, wenn diese Ehe nur wegen des Geschlechts und der sexuellen Orientierung nicht als Ehe anerkannt wird. Auch ihnen wird dadurch signalisiert, ihre Familien seien nicht würdig, den gleichen rechtlichen Status zu genießen wie Familien mit verschiedengeschlechtlichen Eltern.⁹³

66 Die Rechtsordnung darf bei der Anerkennung der Ehe nicht nach Geschlecht und sexueller Orientierung unterscheiden, sondern muss die Ehe für alle Paare unter rechtlich gleichen Bedingungen gewährleisten. Anderenfalls wird das Recht auf gleiche Anerkennung der Ehe für alle Paare in seinem Menschenwürdekern verletzt. Unter dem Grundgesetz folgt dieses Recht, wenn nicht schon aus Art. 6 Abs. 1 GG, dann jedenfalls aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und den Gleichheitsgrundrechten auf Freiheit von Diskriminierung wegen des Geschlechts (Art. 3 Abs. 3 GG)⁹⁴ und wegen der sexuellen Orientierung (Art. 3 Abs. 1 GG).

67 Der Menschenwürdegehalt des Ehegrundrechts für alle Paare richtet sich deshalb als Abwehrrecht gegen (unmittelbare oder mittelbare) Diskriminierungen wegen des Geschlechts oder der sexuellen Orientierung durch hoheitliche Verbote und Sanktionierungen der sexuellen Gemeinschaft und des Zusammenlebens, wie sie sich etwa aus § 175 StGB a. F. ergaben.

90 Vgl. auch US Supreme Court, *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U.S. 640, 696 (2000), *Justice Stevens*, dissenting („Under the majority’s reasoning, an openly gay male is irreversibly affixed with the label ‚homosexual.‘ That label, even though unseen, communicates a message that permits his exclusion wherever he goes. His openness is the sole and sufficient justification for his ostracism. Though unintended, reliance on such a justification is tantamount to a constitutionally prescribed symbol of inferiority.“); *Grünberger* (Fn. 2), S. 213 mit Fn. 806.

91 Vgl. etwa auch *Goos*, *Overdoing dignity? Some reflections on the use of human dignity in antidiscrimination law*, InDret 2016, https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1210_es.pdf, S. 39 (44) („In a society based on ‚equal dignity‘ it is illegitimate to exclude individuals only because of personality traits that are objectively immutable or experienced as being immutable. This is the reason why the exclusion of gays and lesbians from marriage is indeed, as the US Supreme Court rightly points out, a problem of equal dignity.“).

92 Vgl. US Supreme Court, *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967), sowie als Vorläuferentscheidung: Supreme Court of California, *Perez v. Sharp*, 32 Cal.2d 711, 715–727 (1948); siehe *Hong* (Fn. 8), S. 355–357.

93 Vgl. (dort auf die Ungleichbehandlung auf Einzelstaatenebene anerkannter gleichgeschlechtlicher Ehen durch die Bundesebene bezogen) US Supreme Court, *U.S. v. Windsor*, 570 U.S. 744, 772 (2013) („The differentiation demeans the couple, whose moral and sexual choices the Constitution protects [...] and whose relationship the State has sought to dignify. And it humiliates tens of thousands of children now being raised by same-sex couples.“).

94 Vgl. dazu, dass Ungleichbehandlung wegen gleichgeschlechtlicher sexueller Orientierung stets zugleich auch Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts ist: US Supreme Court, *Bostock v. Clayton County*, 140 S.Ct. 1731 (2020); *Hong* (2020 Fn. 66).

Als Recht auf Schutz und Teilhabe verlangt dieser gleichheitsrechtliche Menschenwürdekern aber auch in allen anderen Bereichen des Rechts die Gleichstellung der Ehe aller Paare, unabhängig von Geschlecht und sexueller Orientierung, mit der verschiedengeschlechtlichen Ehe. Vor allem darf der Staat, solange und soweit er die Ehe als Institut für verschiedengeschlechtliche Paare anerkennt und mit rechtlichen Vorteilen verbindet, diese Anerkennung und diese Vorteile auch allen anderen Paaren nicht vorenthalten. 68

IV. „Menschenwürde ist egalitär“: Gleichheitsbezogene Konkretisierungen der Menschenwürde in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 1 Abs. 1 GG

Der enge Zusammenhang der Menschenwürde zur Gleichheitsidee schlägt sich nicht nur in dem Mindeststandard gleicher Freiheit nieder, der Freiheits- und Gleichheitsrechte in einem gemeinsamen grundrechtlichen Menschenwürdegehalt verbindet. 69

In diesem Abschnitt sollen weitere egalitäre Aspekte der Menschenwürde hervorgehoben werden, wie das Bundesverfassungsgericht sie in seiner Rechtsprechung zu Art. 1 Abs. 1 GG zu Recht anerkannt hat.⁹⁵ Diese Rechtsprechung erscheint auch für das Verständnis der Menschenwürde auf den anderen Ebenen der Grundwertediskussion des Antidiskriminierungsrechts⁹⁶ verallgemeinerungsfähig. 70

So zeigt sich die Verbindung zwischen den Grundwerten Menschenwürde und Demokratie danach gerade darin, dass in der Menschenwürde ein egalitäres Grundrecht auf Demokratie verwurzelt ist, dessen menschenrechtlicher Kern etwa durch einen nach „ethnischen“ oder „rassischen“ Kriterien exkludierenden Volksbegriff verletzt würde (unter 2.). Nach der Rechtsprechung zum menschenwürdigen Existenzminimum ist die Gleichheit, die die Menschenwürde sichert, nicht nur formale, sondern auch materiale Gleichheit, die die gleiche Gewährleistung der tatsächlichen Voraussetzungen eines menschenwürdigen Lebens einschließt (unter 3.). Die *Klimaschutz*-Entscheidung des Gerichts zeigt zudem, dass die Menschenwürdeidee angesichts der eklatanten globalen Ungleichheit auch in Zukunft weiterentwickelt werden muss (unter 4.). 71

1. Menschenwürde als „Anspruch auf elementare Rechtsgleichheit“ und die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG als „Konkretisierungen der Menschenwürde“ nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Die Menschenwürde kommt nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts „jedem Menschen um seiner selbst willen“ zu,⁹⁷ „ohne Rücksicht auf seine Eigenschaften, seine Leistungen und seinen sozialen Status“.⁹⁸ 72

⁹⁵ Vgl. zum Folgenden näher *Hong* (Fn. 8), S. 414 ff., 451 ff., 582 ff.

⁹⁶ Siehe oben Rn. 3 ff. (A.I.).

⁹⁷ Vgl. BVerfGE 109, 279 (312 f.) – *Wohnraumüberwachung* (2004); BVerfGE 115, 118 (153) – *Luftverkehrsgesetz* (2006); BVerfGE 144, 20 (207) – *NPD* (2017).

⁹⁸ Vgl. BVerfGE 87, 209 (228) – *Tanz der Teufel* (1992); BVerfGE 96, 375 (399) – *Kindesunterhalt als Schaden* (1997); BVerfGE 115, 118 (152) – *Luftverkehrsgesetz* (2006).

- 73 Den in diesen Aussagen betonten Gleichheitsaspekt der Menschenwürde hat insbesondere das *NPD*-Urteil von 2017 näher entfaltet. Die Garantie der Menschenwürde umfasst, wie das Urteil festhält, den „Anspruch auf elementare Rechtsgleichheit“.⁹⁹ „Menschenwürde ist egalitär; sie gründet ausschließlich in der Zugehörigkeit zur menschlichen Gattung, unabhängig von Merkmalen wie Herkunft, Rasse, Lebensalter oder Geschlecht“.¹⁰⁰ Sie schließt die „Anerkennung“ der Einzelnen „als grundsätzlich gleichberechtigte Mitglieder der rechtlich verfassten Gemeinschaft“ mit ein.¹⁰¹
- 74 Mit der Menschenwürde sind „daher ein rechtlich abgewerteter Status oder demütigende Ungleichbehandlungen nicht vereinbar“.¹⁰² Dies gilt „insbesondere, wenn derartige Ungleichbehandlungen gegen die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG verstoßen, die sich“, so das Urteil zu Recht, „jedenfalls als Konkretisierung der Menschenwürde darstellen“.¹⁰³
- 75 Die Verbindung zwischen der Menschenwürde und den grundrechtlichen Diskriminierungsverboten hat das Bundesverfassungsgericht bereits vorher hergestellt, namentlich auch, indem es zu Recht festhielt, dem Asylgrundrecht liege die „von der Achtung der Unverletzlichkeit der Menschenwürde bestimmte Überzeugung“ zugrunde, dass „kein Staat das Recht hat, Leib, Leben oder die persönliche Freiheit des Einzelnen aus Gründen zu gefährden oder zu verletzen, die allein in seiner politischen Überzeugung, seiner religiösen Grundscheidung oder in für ihn unverfügbaren Merkmalen liegen, die sein Anderssein prägen“.¹⁰⁴
- 76 In seiner Kammerentscheidung zur Kündigung wegen rassistischer Äußerungen von 2020 hat das Bundesverfassungsgericht dementsprechend festgehalten, dass in den antidiskriminierungsrechtlichen Regelungen zum Schutz vor Diskriminierungen wegen der „Rasse“ im Privatrechtsverhältnis in §§ 104, 75 Abs. 1 BetrVG und §§ 1, 7, 12 AGG „die verfassungsrechtlichen Wertungen der Unantastbarkeit der Menschenwürde und des Diskriminierungsverbots ihren Niederschlag finden“.¹⁰⁵

⁹⁹ Vgl. BVerfGE 144, 20 (247) – *NPD* (2017) („Das [...] Parteiprogramm missachtet die durch die Garantie der Menschenwürde geschützte Subjektqualität des Einzelnen und verletzt den Anspruch auf elementare Rechtsgleichheit.“). Siehe auch ebd., 207 („Die Garantie der Menschenwürde umfasst insbesondere die Wahrung personaler Individualität, Identität und Integrität sowie die elementare Rechtsgleichheit [...]“).

¹⁰⁰ BVerfGE 144, 20 (207 f.) – *NPD* (2017).

¹⁰¹ Vgl. BVerfGE 144, 20 (250) – *NPD* (2017); siehe auch ebd., S. 207 f.

¹⁰² Vgl. BVerfGE 144, 20 (207 f.) – *NPD* (2017).

¹⁰³ Vgl. BVerfGE 144, 20 (207 f.) – *NPD* (2017).

¹⁰⁴ Vgl. BVerfGE 80, 315 (333) – *Tamilen* (1989). Vgl. auch bereits BVerfGE 76, 143 (157 f.) – *Ahmadiyya* (1987) („von der Achtung der Unverletzlichkeit der Menschenwürde bestimmte Überzeugung [...]“; „aus Gründen [...], die allein in seiner politischen Überzeugung oder religiösen Grundscheidung oder in unverfügbaren, jedem Menschen von Geburt an anhaftenden Merkmalen liegen“); BVerfGE 54, 341 (357–359) – *Ahmadiyya* (1980) (357: „Voraussetzungen und Umfang des politischen Asyls sind wesentlich bestimmt von der Unverletzlichkeit der Menschenwürde [...]“; 358: „Politische Verfolgung kann sich [...] gegen Gruppen von Menschen richten, die durch gemeinsame Merkmale wie etwa Rasse, Religion oder politische Überzeugung verbunden sind.“); Hervorhebungen jeweils hinzugefügt, vgl. auch BVerfGE 94, 49 (103 f.) – *Drittstaaten* (1996).

¹⁰⁵ BVerfG, Beschl. v. 2.11.2020, 1 BvR 2727/19, Rn. 17 – Kündigung wegen rassistischer Äußerung. Siehe auch unten Rn. 114 (B. V.).

2. Das Grundrecht auf Demokratie als Konkretisierung der Menschenwürde

a) Verankerung in der Menschenwürde

Für das Grundgesetz hat das Bundesverfassungsgericht zu Recht aus der Menschenwürde ein Grundrecht auf Demokratie abgeleitet.¹⁰⁶ 77

Der „Anspruch auf freie und gleiche Teilhabe an der öffentlichen Gewalt“ ist danach „in der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) verankert“ und gehört „zu den durch Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG als unveränderbar festgelegten Grundsätzen des deutschen Verfassungsrechts“.¹⁰⁷ 78

Das Gericht weitet den Horizont und sieht neben der gleichen Teilhabe an der öffentlichen *Gewalt* allgemeiner auch die Teilhabe an der politischen *Willensbildung* insgesamt von diesem Anspruch umfasst, wenn es im *NPD*-Urteil von 2017 von „dem im menschenrechtlichen Kern des Demokratieprinzips wurzelnden Anspruch auf gleichberechtigte Teilhabe aller Staatsangehörigen an der politischen Willensbildung“ spricht.¹⁰⁸ 79

Auch vom Wahlgrundrecht aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG geschützt ist der Anspruch auf demokratische Teilhabe nach der – viel und heftig kritisierten – Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zudem, soweit er vermittelt über die Bundestagswahl ausgeübt wird. Denkt man diese Konstruktion konsequent zu Ende, so handelt es sich insoweit um nichts anderes als um einen Menschenwürdegehalt des Wahlgrundrechts sowie der weiteren Grundrechte, die die Teilhabe an der politischen Willensbildung schützen, insbesondere der Kommunikationsfreiheiten. Es ist deshalb nur folgerichtig, dass das Gericht den Anspruch auf Demokratie in einem Kammerbeschluss auch als einen „Menschenwürdegehalt politischer Selbstbestimmung“ bezeichnet hat.¹⁰⁹ 80

Der Grundgedanke, dass das Wahlgrundrecht aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG über einen Menschenwürdegehalt verfügen könnte, sollte dabei unabhängig von der besonders heftig umstrittenen Frage gewürdigt werden, ob das Wahlgrundrecht auch im Verhältnis zur Europäischen Union Wirkungen entfaltet. Auch wer die europarechtsbezogenen Weiterungen des Wahlgrundrechts ablehnt, also in Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG keine subjektiv-rechtliche Bewehrung verfassungsrechtlicher Integrationsgrenzen gegenüber der Union sieht, muss deshalb nicht zugleich auch einen Anspruch auf demokratische Teilhabe ablehnen. 81

¹⁰⁶ Vgl. BVerfGE 123, 267 (341) – *Lissabon* (2009); BVerfGE 129, 124 (169) – *Euro-Rettungsschirm* (2011); BVerfGE 142, 123 (Rn. 124) – *OMT* (2016); BVerfGE 154, 17 (90 Rn. 110) – *PSPP* (2020). Siehe auch bereits BVerfGE 5, 85 (204 f.) – *KPD-Verbot* (1956) („Um seiner Würde willen“ muss dem Menschen „eine möglichst weitgehende Entfaltung seiner Persönlichkeit gesichert werden.“; „Für den politisch-sozialen Bereich bedeutet das, daß es nicht genügt, wenn eine Obrigkeit sich bemüht, noch so gut für das Wohl von ‚Untertanen‘ zu sorgen; der Einzelne soll vielmehr in möglichst weitem Umfange verantwortlich auch an den Entscheidungen für die Gesamtheit mitwirken.“). Näher *Hong* (Fn. 8), S. 61 ff., 453 ff., 461 ff.

¹⁰⁷ Vgl. BVerfGE 123, 267 (341) – *Lissabon* (2009).

¹⁰⁸ Vgl. BVerfGE 144, 20 (285) – *NPD* (2017); siehe auch S. 283 („aus Art. 20 Abs. 1 und 2 GG folgende[r] Anspruch auf gleichberechtigte Teilhabe an der politischen Willensbildung“), 285 („Art. 20 Abs. 1 und 2 GG, der das Recht auf gleichberechtigte Teilhabe an der politischen Willensbildung allen Staatsangehörigen [...] garantiert“).

¹⁰⁹ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 31.3.2016, 2 BvR 1576/13, Rn. 81 – *Bürgerbegehren Unionsbürger*.

82 Wenn etwa das Wahlgrundrecht für alle Deutschen oder für bestimmte Gruppen von Deutschen ersatzlos gestrichen würde, würde das den Menschenwürdegehalt des Wahlgrundrechts verletzen. Einen solchen Schutz des demokratischen *status activus* im nationalen Verfassungskontext könnten – und sollten – auch diejenigen anerkennen, die die Rechtsprechung des Gerichts zu einer „Außenwirkung“ des Wahlgrundrechts gegenüber der Europäischen Union ablehnen.

b) Egalitäre Staatsangehörigkeit: Der „ethnische“ Volksbegriff der NPD, die Unvereinbarkeit rassistischer Ausgrenzung mit Art. 3 Abs. 3 GG und der menschenrechtliche Kern des Rechts auf Demokratie

83 Mit dem menschenrechtlichen Kern des in der Menschenwürde wurzelnden Rechts auf gleiche politische Teilhabe an der politischen Willensbildung ist, wie das Bundesverfassungsgericht zu Recht festgehalten hat, ein „ethnischer“ Volksbegriff unvereinbar, der die biologische Abstammung zum Ausschlusskriterium für die Volkszugehörigkeit erhebt.

84 Die NPD vertrat nach den Feststellungen des Urteils einen „ethnischen“ Volksbegriff, demzufolge „fremdrassige[]“¹¹⁰ Menschen niemals zum deutschen Volk gehören können. Das Urteil begründete die Menschenwürdewidrigkeit des damit verbundenen Politikkonzeptes der NPD – zum einen – damit, dass es auf Exklusion und weitgehende Rechtslosigkeit von nicht „biologisch deutschen“ Menschen, also auf ihre „rassistische Ausgrenzung“¹¹¹ gerichtet war.

85 Das Urteil hielt fest, dass „[a]ntisemitische oder auf rassistische Diskriminierung zielende Konzepte“ nicht mit den die Menschenwürde konkretisierenden Diskriminierungsverboten aus Art. 3 Abs. 3 GG vereinbar seien.¹¹² Der „ethnische“ Volksbegriff der NPD missachtete die Menschenwürde danach zunächst deshalb, weil er „zur Verweigerung elementarer Rechtsgleichheit für alle“ führen sollte, „die nicht der ethnischen ‚Volksgemeinschaft‘ angehören“.¹¹³ Das politische Konzept der Partei war „auf die Ausgrenzung, Verächtlichmachung und weitgehende Rechtslosigkeit von Ausländern, Migranten, Muslimen, Juden und weiteren gesellschaftlichen Gruppen gerichtet“.¹¹⁴ Verbunden mit Einzelforderungen des Programms, die das Verbot der Ungleichbehandlung wegen der Abstammung

¹¹⁰ Vgl. BVerfGE 144, 20 (274 Rn. 728) – *NPD* (2017), siehe auch Rn. 694 (zur Unterscheidung im politischen Konzept der NPD zwischen „Biodeutschen“ und „Passdeutschen“) und Rn. 667 f. (zum vermeintlichen Gegensatz zwischen „europäisch-germanischen Völker[n]“ und „negroiden (afrikanischstämmigen) oder mongoliden (asiatischen) Menschen“ und zur Unterteilung der „europide[n] Menschengruppe“). Zur Nichtexistenz biologischer „Rassen“ vgl. *Hong* (Fn. 8), S. 315 ff.

¹¹¹ Vgl. BVerfGE 144, 20 (252 Rn. 653) – *NPD* (2017); siehe auch Rn. 678 und 699.

¹¹² Vgl. BVerfGE 144, 20 (208 Rn. 541) – *NPD* (2017) („Dies gilt insbesondere, wenn derartige Ungleichbehandlungen gegen die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG verstoßen, die sich [...] als Konkretisierung der Menschenwürde darstellen. Antisemitische oder auf rassistische Diskriminierung zielende Konzepte sind damit nicht vereinbar und verstoßen gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung.“).

¹¹³ BVerfGE 144, 20 (246–282) – *NPD* (2017) (Zitat: Rn. 635); vgl. auch Rn. 640 (Konzept der NPD ist „vor allem auf die strikte Exklusion und weitgehende Rechtslosigkeit“ von nicht „ethnisch“ Deutschen gerichtet). Vgl. näher *Hong* (Fn. 8), S. 453 ff.

¹¹⁴ Vgl. BVerfGE 144, 20 (246–282) – *NPD* (2017) (Zitat: Rn. 635).

oder der „Rasse“ aus Art. 3 Abs. 3 GG berührten, ergebe sich „eine demütigende Ungleichbehandlung“, die diese Personen „zum bloßen Objekt staatlichen Handelns“ mache und „ihnen die Anerkennung als grundsätzlich gleichberechtigte Mitglieder der rechtlich verfassten Gemeinschaft“ verweigere.¹¹⁵

Ein solcher „ethnisch“ definierter Volksbegriff verletzt aber nicht nur dann die Menschenwürde, wenn er die davon ausgegrenzten Menschen elementar rechtlos stellen soll. Das *NPD*-Urteil stellte vielmehr – zum anderen und ebenso zu Recht –, fest, dass ein solcher „ethnisch“ eingengerter Volksbegriff¹¹⁶ auch diejenigen *Deutschen* in ihrem gleichen Recht auf Demokratie verletzt, denen er damit den gleichen Staatsangehörigkeitsstatus abspricht: Es „widerspricht dem im menschenrechtlichen Kern des Demokratieprinzips wurzelnden Anspruch auf gleichberechtigte Teilhabe aller Staatsangehörigen an der politischen Willensbildung“, wenn die demokratische Teilhabe nicht allen Staatsangehörigen unabhängig von ihrer Abstammung in umfassend gleicher Weise zusteht.¹¹⁷ Das Grundgesetz kennt keinen „ausschließlich an ethnischen Kategorien orientierten Begriff des Volkes“, ein solcher Volksbegriff ist vielmehr „verfassungsrechtlich unhaltbar“.¹¹⁸

Der Gesetzgeber ist bei der Regelung der Voraussetzungen für den Erwerb der Staatsangehörigkeit folglich nicht auf den Abstammungsgrundsatz beschränkt, sondern kann den Erwerb der Staatsangehörigkeit etwa davon unabhängig machen, um damit dem „Ziel einer Kongruenz zwischen den Inhabern demokratischer politischer Rechte und den dauerhaft staatlicher Herrschaft Unterworfenen“ Rechnung zu tragen.¹¹⁹ Bei der Bestimmung des Begriffs des „Volkes“ im Sinne des Grundgesetzes darf entsprechend „ethnischen Zuordnungen keine exkludierende Bedeutung“ zukommen: „Wer die deutsche Staatsangehörigkeit erwirbt, ist aus Sicht der Verfassung“ unabhängig von seiner Abstammung „Teil des Volkes“.¹²⁰

Für die anderen an die Staatsangehörigkeit geknüpften Rechte, die die Verfassung gewährleistet, kann entsprechend nichts anderes gelten.¹²¹ Die Verfassung kennt weder noch toleriert sie verschiedene Klassen von Staatsangehörigen – so lässt es sich danach, mit dem Sondervotum des ersten *Justice Harlan* zu *Plessy v. Ferguson*,¹²² auch für das Grundgesetz

¹¹⁵ Vgl. BVerfGE 144, 20 (250) – *NPD* (2017).

¹¹⁶ Vgl. BVerfGE 144, 20 (284 f.) – *NPD* (2017); siehe auch Rn. 694 f., 767 (dazu, dass auch für Ermessens-einbürgerungen, wie sie § 8 RuStAG vorsah, nach dem Konzept der *NPD* „allenfalls bei Europäern in seltenen Ausnahmefällen“ Raum bleiben sollte).

¹¹⁷ Vgl. BVerfGE 144, 20 (285) – *NPD* (2017); siehe auch ebd., Rn. 696, 763, 767.

¹¹⁸ Vgl. BVerfGE 144, 20 (264) – *NPD* (2017).

¹¹⁹ Vgl. BVerfGE 144, 20 (264) – *NPD* (2017).

¹²⁰ Vgl. BVerfGE 144, 20 (264) – *NPD* (2017); vgl. auch ebd., Rn. 693.

¹²¹ Vgl. insoweit auch die ausdrücklich weitergehenden Formulierungen in BVerfGE 144, 20 – *NPD* (2017), Rn. 696 („umfassende rechtliche Gleichstellung und vor allem ein dauerhaftes Bleiberecht“), Rn. 767 (die *NPD* könne sich „nicht darauf berufen, dass sie [...] Eingebürgerten *die staatsbürgerlichen Rechte un- eingeschränkt zuerkenne*“; es sei „nicht davon auszugehen“, dass sie bereit sei, „Eingebürgerten *sämtliche mit der Staatsangehörigkeit verbundenen Rechte* dauerhaft zuzuerkennen“); Hervorhebungen jeweils hinzugefügt.

¹²² US Supreme Court, *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 559 (1896) (*Justice Harlan*, dissenting), siehe oben Fn. 89.

sagen: Mit Blick auf ihre Rechte als Staatsangehörige sind vor dem Recht alle Staatsangehörigen gleich.

3. Das menschenwürdige Existenzminimum als materiale Gleichheitsgewährleistung – und sein menschenrechtliches Sprengpotential angesichts der globalen Ungleichheit

- 89 Mit dem Grundrecht auf Gewährleistung eines gleichen menschenwürdigen Existenzminimums¹²³ hat das Bundesverfassungsgericht zu Recht anerkannt, dass die Menschenwürde nicht nur formale Rechtsgleichheit gewährleistet, sondern dem Grunde nach auch die Gewährleistung der Mindestvoraussetzungen für die tatsächliche Ausübung jener Rechte auf gleiche Freiheit, die den Menschenwürdegehalt der Grundrechte bilden: Das Recht sichert allen „Hilfebedürftigen diejenigen materiellen Voraussetzungen zu“, die für ihre „physische Existenz und für ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben unerlässlich sind“.¹²⁴
- 90 „Die in Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Menschenwürde ist migrationspolitisch nicht zu relativieren.“¹²⁵ – Mit dieser Aussage hat das Bundesverfassungsgericht im Urteil von 2012 zum Asylbewerberleistungsgesetz zu Recht die gleichheitsbezogene, antidiskriminierungsrechtliche Seite des Rechts auf ein Existenzminimum besonders hervorgehoben. Die Menschenwürdegarantie begründet den Anspruch auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums „als Menschenrecht“.¹²⁶ Er steht deshalb „deutschen und ausländischen Staatsangehörigen, die sich in der Bundesrepublik aufhalten, gleichermaßen zu“.¹²⁷
- 91 Während die Leistungsseite dieses Rechts jedenfalls insoweit unter einem Vorbehalt des wirtschaftlich Möglichen stehen muss, als der Umfang des Leistungsanspruchs von dem „jeweiligen Entwicklungsstand des Gemeinwesens“¹²⁸ und den „jeweiligen wirtschaftlichen und technischen Gegebenheiten“¹²⁹ abhängt, ist danach gerade das Recht auf diskriminierungsfreie Teilhabe an dem gesetzgeberisch zu konkretisierenden Existenzminimum absolut geschützt und keiner Relativierung durch Abwägungen zugänglich.¹³⁰

¹²³ Vgl. BVerfGE 125, 175 (175 [Ls. 1 und 2], 222 f.) – *Hartz IV* (2010); BVerfGE 132, 134 (158 ff.) – *Asylbewerberleistungsgesetz* (2012); BVerfGE 137, 108 (139 ff.; Rn. 71 ff., 73 ff.) – *Regelbedarf* (2014); BVerfGE 142, 353 (369 Rn. 33 ff.) – *Familiäre Gemeinschaft* (2016); BVerfGE 152, 68 (112 ff. Rn. 117 ff.) – *Sanktionen im Sozialrecht* (2019). Vgl. als Vorläufer auch BVerfGE 20, 31 (32 f.) – *Ehemäklerlohn* (1966); BVerfGE 24, 236 (249) – *Aktion Rumpelkammer* (1968); BVerfGE 45, 187 (228) – *Lebenslange Freiheitsstrafe* (1977). Zur Entwicklung näher *Hong* (Fn. 8), S. 582 ff.

¹²⁴ BVerfGE 125, 175 (175 [Ls. 1], 222 f.) – *Hartz IV* (2010); vgl. auch BVerfGE 132, 134 (172) – *Asylbewerberleistungsgesetz* (2012). Vgl. die nähere Umschreibung in: BVerfGE 125, 175 (223) – *Hartz IV* (2010); insoweit identisch: BVerfGE 132, 134 (160) – *Asylbewerberleistungsgesetz* (2012).

¹²⁵ BVerfGE 132, 134 (173) – *Asylbewerberleistungsgesetz* (2012).

¹²⁶ BVerfGE 132, 134 (134 [Ls. 2, Satz 2], 159) – *Asylbewerberleistungsgesetz* (2012).

¹²⁷ BVerfGE 132, 134 (134 [Ls. 2, Satz 4], 159) – *Asylbewerberleistungsgesetz* (2012).

¹²⁸ Vgl. BVerfGE 125, 175 (175 [Ls. 2] und 222) – *Hartz IV* (2010).

¹²⁹ Vgl. BVerfGE 125, 175 (224) – *Hartz IV* (2010); BVerfGE 132, 134 (160) – *Asylbewerberleistungsgesetz* (2012).

¹³⁰ Vgl. zur Frage der Abwägungsfestigkeit des Rechts trotz seiner Eingrenzung auf Hilfebedürftige (in BVerfGE 152, 68 [Rn. 117 ff.] – *Sanktionen im Sozialrecht* [2019]); näher: *Hong*, Existenzminimum, Men-

Das menschenrechtliche Sprengpotential dieses Gleichheitsanspruchs ist erheblich:¹³¹ 92
Auch wenn er als Gewährleistungsanspruch nur denen zusteht, die sich im territorialen Herrschaftsbereich der Bundesrepublik Deutschland befinden, verweist der Grundgedanke eines Menschenrechts auf die tatsächlichen Voraussetzungen für eine menschenwürdige Existenz auf die wohl massivsten Gerechtigkeitsprobleme unserer Zeit.

Wenn das Recht auf ein Existenzminimum ein Menschenrecht ist, wie lässt es sich dann 93
etwa rechtfertigen, die Grenzen Europas dauerhaft und kategorisch für Wirtschaftsflüchtlinge geschlossen zu halten, denen in ihren Heimatstaaten eine menschenwürdige Existenz nicht möglich ist?¹³² Muss dann nicht jedenfalls eine nach außen gerichtete Schutzpflicht der Bundesrepublik Deutschland gelten, die nicht nur die Entwicklungspolitik, sondern auch die Wirtschafts- und Außenpolitik einem verfassungsrechtlichen Untermaßverbot unterwirft?

Schon indem es solche Fragen aufwirft, bezeugt das Grundrecht auf Gewährleistung 94
des Existenzminimums die Dynamik des Menschenwürdegedankens, die es angesichts der menschenrechtlichen Legitimationsdefizite eines rein nationalstaatlichen Konstitutionalismus zunehmend als notwendig erscheinen lässt, den Verfassungsstaat nach außen zu öffnen und ihn um Elemente eines globalen Konstitutionalismus zu ergänzen.

4. Menschenwürde, intertemporale Freiheit und globale soziale Ungleichheit

Jede Zeit hat ihre blinden Flecken: So wie wir aus heutiger Sicht die Sklaverei und jede Mit- 95
wirkung daran als menschenrechtlichen Skandal verurteilen, wird womöglich die Zukunft zu Recht verständnislos auf eine Rechtswissenschaft zurückschauen, die sich, nicht zuletzt auch angesichts der Fortwirkungen eines verbrecherischen europäischen Kolonialismus,¹³³ der Herausforderung der globalen Ungleichheit für den Wert einer gleichen Würde und Freiheit aller Menschen nicht stellt.

schenwürde und Verhältnismäßigkeit – Zum Urteil des BVerfG zu den Hartz-IV-Sanktionen, Verfassungsblog v. 5.11.2019.

¹³¹ Vgl. *Hong* (Fn. 8), S. 586 f.

¹³² Vgl. auch *Shachar*, *The Birthright Lottery*, 2009; *Towfigh*, Schlegel, Stefan, *Der Entscheid über Migration als Verfügungsrecht*, *Die Verwaltung* 51 (2018), S. 602.

¹³³ Vgl. zum europäischen Kolonialismus und postkolonialen Theorien: *Kerner*, *Postkoloniale Theorien*, 2012, S. 20 ff., 41 ff.; zum Rassismus im kolonialen Recht und in den Debatten um „Rassenmischehen“ und um das Einbürgerungsrecht im deutschen Kaiserreich *Liebscher*, *Rasse im Recht – Recht gegen Rassismus*, 2021, S. 158–176; zum Völkermord deutscher Truppen an zehntausenden Herero und Nama im heutigen Namibia vgl. *Goldmann*, *The Ovaherero and Nama Peoples v. Germany – Declaration of Matthias Goldmann before the SDNY Court*, 2018, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3169852. Siehe auch *Dann/Hanschmann*, *Postkoloniale Theorien, Recht und Rechtswissenschaft*, KJ 2012, S. 127 ff.

a) Klimaschutzbeschluss und Menschenwürde: Ökologisches Existenzminimum, extraterritoriale Schutzpflichten und das Abwehrrecht auf intertemporale Freiheit als Grundlage internationaler Kooperationspflichten

- 96 Die sozialen Gleichheitsfragen¹³⁴ der Globalisierung, auf die der universelle Charakter des Rechts auf ein menschenwürdiges Existenzminimum verweist, stellen sich umso dringlicher angesichts einer drohenden, menschengemachten Klimakatastrophe, die Millionen die Lebensgrundlagen entziehen kann.¹³⁵
- 97 Mit seinem bahnbrechenden *Klimaschutzbeschluss* von 2021 hat das Bundesverfassungsgericht allerdings Wege für eine Weiterentwicklung der Grundwerte der Würde, Freiheit und Gleichheit angesichts dieser Herausforderungen aufgezeigt, und zwar vor allem in drei Hinsichten.
- 98 Es hat (erstens) offengelassen, ob das Recht auf ein Existenzminimum auch ein ökologisches Existenzminimum oder ein Recht auf eine menschenwürdige Zukunft einschließt.¹³⁶ Ein solches Recht könne eigenständige Wirkung entfalten, wenn „in einer bis zur Lebensfeindlichkeit veränderten Umwelt durch Anpassungsmaßnahmen“ an den Klimawandel „zwar noch Leben, körperliche Unversehrtheit und Eigentum, nicht aber die sonstigen Voraussetzungen sozialen, kulturellen und politischen Lebens gesichert werden könnten“.¹³⁷ Die Frage könne aber offenbleiben, weil derzeit nicht festgestellt werden könne, dass der Staat (bereits) Anforderungen verletzt habe, die „zur Vermeidung existenzbedrohender Zustände katastrophalen oder gar apokalyptischen Ausmaßes an ihn gerichtet sein könnten“.¹³⁸
- 99 Die Klimaschutzentscheidung hat (zweitens) auch offen gelassen, ob die zehn Beschwerdeführer aus Nepal und Bangladesch sich gegen die dortigen Folgen des Klimawandels gegenüber Deutschland auf das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG berufen können.¹³⁹ Eine solche extraterritoriale Wirkung der grundrechtlichen Schutzpflichten erscheine wegen der deutschen Mitverursachung des Klimawandels zwar „prinzipiell denkbar“; dies bedürfe aber keiner Entscheidung, weil solche Schutzpflichten jedenfalls nicht verletzt seien.¹⁴⁰ Das Gericht knüpfte damit an das *BND-Urteil* von 2020 an, in dem es erstmals grundsätzlich entschied, dass die Bindung der deutschen Staatsgewalt an die Grundrechte nach Art. 1 Abs. 3 GG nicht auf das deutsche Staatsgebiet begrenzt ist, sondern auch darüber hinausreichen kann.¹⁴¹

¹³⁴ Zur sozialen Gleichheit als einer zentralen Frage des Antidiskriminierungsrechts vgl. die Beiträge in: Kersten/Rixen/Vogel (Hrsg.), *Ambivalenzen der Gleichheit – Zwischen Diversität, sozialer Ungleichheit und Repräsentation*, 2021.

¹³⁵ Zum verfassungsrechtlich „besonders gewichtigen“ Klimaschutzgebot aus Art. 20a GG vgl. bereits BVerfGE 155, 238 (278 f., 280 f.; Rn. 100 f., 106) – *Offshore-Windparks* (2020).

¹³⁶ BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021, 1 BvR 2656/18, Rn. 114 f. – *Klimaschutz*.

¹³⁷ BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021, 1 BvR 2656/18, Rn. 114 – *Klimaschutz*.

¹³⁸ BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021, 1 BvR 2656/18, Rn. 115 – *Klimaschutz*.

¹³⁹ BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021, 1 BvR 2656/18, Rn. 173 ff. – *Klimaschutz*.

¹⁴⁰ BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021, 1 BvR 2656/18, Rn. 174, 178 – *Klimaschutz*.

¹⁴¹ BVerfGE 154, 152 (215 ff. Rn. 87 ff.) – *BND* (2020).

Vor allem aber weist der *Klimaschutzbeschluss* (drittens) mit dem Grundrecht auf intertemporale Freiheitssicherung über die deutschen Staatsgrenzen hinaus. Das Gericht sieht in den künftigen freiheitsbeschränkenden Wirkungen heutiger Untätigkeit eine schon heute wirksame „eingriffsgleiche Vorwirkung“ auf die Freiheitsrechte vor allem der jungen Generation.¹⁴² Das Grundrecht auf intertemporale Freiheitssicherung richtet sich allerdings auf Abwehr dieser eingriffsgleichen Vorwirkung nicht durch Unterlassen, sondern durch Tun. Es passt damit nicht in die bisherige Unterscheidung zwischen Abwehrrechten und Schutzpflichten. Nur weil diese Grundrechtsfunktion im Entdeckungszusammenhang neuartig ist und nicht in die altbekannten grundrechtsdogmatischen Schubladen passt, kann sie jedoch im Rechtfertigungszusammenhang gleichwohl eine überzeugende dynamische Verfassungsinterpretation sein.¹⁴³ Ihre besondere Überzeugungskraft beziehen diese interpretatorische Weiterentwicklung und die Annahme einer eingriffsgleichen Vorwirkung aus der ungewöhnlich starken (und bereits so lange gesicherten) wissenschaftlichen Fundierung¹⁴⁴ der Bedrohungsprognose einer Klimakatastrophe bei Unterschreitung relativ klar zu definierender Ziele.

Deutschland ist danach grundrechtlich verpflichtet, seinen Teil zur Bewältigung des globalen Problems des Klimaschutzes zu leisten. Die Notwendigkeit internationaler Kooperation lässt diese Pflicht genauso wenig entfallen,¹⁴⁵ wie ich eine ins Wasser gefallene Person ertrinken lassen dürfte, weil ich sie nur mit anderen gemeinsam retten kann.¹⁴⁶

b) Das Menschenrecht auf wirtschaftsvölkerrechtliche Rechtsreformen als Abwehrrecht

Mit dieser abwehrrechtlichen Konstruktion eines gerade auch auf internationale Kooperation zielenden Rechts auf Zukunftsgewährleistung stärkt der *Klimaschutzbeschluss* auch dem Gedanken eines Menschenrechts auf Reformen des Wirtschaftsvölkerrechts den Rücken. Ein solches Recht ergibt sich, wie das Recht auf intertemporale Freiheitssicherung, schon aus den klassischen Freiheitsrechten, vor allem aus den Menschenrechten auf Leben und körperliche Unversehrtheit,¹⁴⁷ soweit deren Menschenwürdegehalt betroffen ist, zugleich aus dem Achtungsanspruch für die Menschenwürde. Es geht insoweit aber um ein Menschenrecht der ersten Generation – nicht um ein Leistungsrecht auf ein positives Tun des Staates.

Der Philosoph *Thomas Pogge*, der diesen Grundgedanken in seinem Werk „Weltarmut und Menschenrechte“ von 2011 entwickelt hat, erläutert dort, dass Weltarmut tötet: Etwa ein Drittel der Weltbevölkerung hat keinen Zugang zu grundlegender medizinischer Versorgung und eine halb so lange Lebenserwartung wie der Rest; ein Drittel der Todesfäl-

¹⁴² BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021, 1 BvR 2656/18, Rn. 182 ff. (Zitat: 183) – *Klimaschutz*.

¹⁴³ Zur Unterscheidung von Entdeckungs- und Rechtfertigungszusammenhang vgl. *Hong* (Fn. 8), S. 160 ff.

¹⁴⁴ Vgl. dazu eingehend (und unter Rückgriff vor allem auch auf die Berichte des Weltklimarates) BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021, 1 BvR 2656/18, Rn. 16 ff. – *Klimaschutz*.

¹⁴⁵ BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021, 1 BvR 2656/18, Rn. 199 ff. – *Klimaschutz*.

¹⁴⁶ Für diesen Vergleichsfall danke ich *Harald Paetzold*.

¹⁴⁷ Vgl. näher *Pogge*, *Weltarmut und Menschenrechte*, 2011, S. 84–89.

le hat armutsbedingte Ursachen, etwa Hunger, Lungenentzündung oder Tuberkulose.¹⁴⁸ Diese tödliche Armut durch eine Erhöhung der Einkommen über die Armutsgrenze zu beseitigen, würde laut *Pogge* unter 1 Prozent des Welt-Bruttoinlandsproduktes kosten; wegen der in den letzten Jahren so stark gewachsenen globalen Ungleichheit wäre dazu keine größere Umverteilung nötig.¹⁴⁹

104 Es fragt sich bereits, ob das egalitäre Menschenrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum nicht diese vergleichsweise minimale Anstrengung von der Weltgemeinschaft verlangt.

105 Jedenfalls aber verlangen die Menschenrechte, dass die wohlhabenderen Staaten es unterlassen, sich an diesen tödlichen Zuständen durch aktives Tun mitschuldig zu machen, wie insbesondere den Abschluss und die Aufrechterhaltung völkerrechtlicher Verträge. Denn aus den Menschenrechten folgt, wie *Pogge* überzeugend zeigt, ein abwehrrechtliches Verbot, „an der Auferlegung und Aufrechterhaltung von sozialen Zwangsinstitutionen mitzuwirken, durch die andere Menschen keinen sicheren Zugang zu den Gegenständen ihrer Menschenrechte haben“, etwa zu Medikamenten oder zu Wasser.¹⁵⁰

106 So ist Deutschland beispielsweise dazu verpflichtet, keine Verträge zum geistigen Eigentum zu schließen und aufrechtzuerhalten, die den Zugang zu lebensrettenden Medikamenten versperren. *Pogge* leitet daraus zu Recht die Pflicht ab, den TRIPS-Vertrag zum Schutz geistigen Eigentums im Rahmen der Welthandelsorganisation (WTO) entsprechend zu reformieren, beispielsweise durch einen *Health Impact Fund*, der mit Fördermitteln zwar Innovationsanreize für Pharmaunternehmen zur Medikamenten-Produktion setzen, aber trotzdem in armen Staaten den Zugang zu Generika nicht versperren soll.¹⁵¹

107 Für das Problem der globalen Impfgerechtigkeit in der COVID-19-Pandemie hätte ein solcher Fonds zwar wohl keine Lösung geboten, weil es dort mit der Aufhebung der Patente allein nicht getan gewesen wäre. Er würde jedoch etwa die Wiederholung einer Situation wie in Südafrika während der AIDS-Epidemie ausschließen, in der Pharmaunternehmen in den 1990er Jahren auf den Schutz ihres geistigen Eigentums nach dem TRIPS-Abkommen klagten, während hunderttausende starben, weil die Unternehmen die südafrikanische Regierung unter Berufung auf die von der Staatengemeinschaft begründeten völkervertraglichen Verbote daran hindern wollten, den Menschen Zugang zu den lebensrettenden Medikamenten zu verschaffen.¹⁵²

148 *Pogge* (Fn. 147), S. 124 f.

149 *Pogge* (Fn. 147), S. 118, 328 (mit Fn. 137), 308 f.

150 *Pogge* (Fn. 147), S. 88.

151 *Pogge* (Fn. 147), S. 274–277, 286–289.

152 Vgl. *Sun*, *The Road to Doha and Beyond: Some Reflections on the TRIPS Agreement and Public Health*, *European Journal of International Law* 15 (2004), S. 123 (131 f.); zum unzureichenden Ausmaß der bisherigen Reformbemühungen: *Krajewski*, *Wirtschaftsvölkerrecht*, 5. Aufl. 2021, Rn. 521 ff.

V. Der Menschenwürdeschutz gegen Hassrede durch Antidiskriminierungsrecht und die Meinungsfreiheit

Der Grundwert der Menschenwürde erlangt im Antidiskriminierungsrecht auch Bedeutung als Grundlage für rechtliche Regelungen, die das Grundrecht der Meinungsfreiheit beschränken. Auf diesen besonderen Bereich der Auswirkungen der Menschenwürde soll im Folgenden im Überblick eingegangen werden. 108

Die Argumentation wird auch hier auf grundgesetzliche Maßstäbe Bezug nehmen. Auch insoweit wird hier jedoch die These vertreten, dass die dort ausgeprägten Grundgedanken, insbesondere derjenige der Geistesfreiheit als einem zentralem Schutzgehalt der Meinungsfreiheit, verallgemeinerbar, also auch auf die Ebenen des Unionsrechts, des Rechts der Europäischen Menschenrechtskonvention und der gerechtigkeits-theoretischen Debatte übertragbar sind. 109

1. Gedankenfreiheit als Fundament der Meinungsfreiheit

Für die Meinungsfreiheit ist, neben ihrer zentralen Bedeutung für die Demokratie, nach der zustimmungswürdigen¹⁵³ Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG, ein weiterer Grundgedanke tragend, der die Geschichte der Kommunikationsfreiheiten prägt: Die Gedanken sind frei.¹⁵⁴ Eingriffe in die Meinungsfreiheit können nicht schon durch den Inhalt einer Meinung als solchen gerechtfertigt werden, sondern müssen dem Schutz „äußerer“ Rechtsgüter dienen,¹⁵⁵ weil es der Hoheitsgewalt nicht zusteht, „auf das subjektive Innere der individuellen Überzeugung“ und das Recht, diese als solche mitzuteilen, zuzugreifen.¹⁵⁶ 110

Die bloße inhaltliche Unvereinbarkeit einer Meinung als solchen mit den Grundwerten des Antidiskriminierungsrechts reicht deshalb nicht schon aus, um die Meinungsfreiheit zu beschränken. Die Verfassung baut zwar auf der Erwartung auf, dass wir uns ihre Werte zu eigen machen, sie erzwingt aber diese Werteloyalität nicht.¹⁵⁷ Eine solche Loyalität gehört vielmehr zu jenen Voraussetzungen, von denen die freiheitliche, säkulare Rechtsordnung lebt, die sie aber – nach *Böckenfördes* Diktum – nicht selbst durch Rechtszwang garantieren kann, weil sie damit gerade jene „Unterscheidung von Rechts- und Ge- 111

¹⁵³ Vgl. näher *Hong*, Meinungsfreiheit und ihre Grenzen, *Aus Politik und Zeitgeschichte* 70 (2020), S. 16; *ders.*, in: *Ridder/Breitbach/Deiseroth* (Hrsg.), *Versammlungsrecht des Bundes und der Länder*, 2. Aufl. 2020, § 15 VersG Rn. 375 ff.

¹⁵⁴ Vgl. BVerfGE 111, 147 (159) – *Bochumer Synagoge* (2004) (Grundrechtsbeschränkungen „knüpfen nicht an die Gesinnung, sondern an Gefahren für Rechtsgüter an“); BVerfGE 124, 300 (330: „Meinungsfreiheit als Geistesfreiheit“, 332 f.) – *Wunsiedel* (2009).

¹⁵⁵ Vgl. BVerfGE 124, 300 (331–334) – *Wunsiedel* (2009). Die (deshalb problematische) Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte bietet dagegen bislang größere Spielräume für inhaltsbezogene Beschränkungen der Kommunikationsfreiheiten aus Art. 10 EMRK, die teils auf eine weite Auslegung des Art. 17 EMRK gestützt werden; vgl. näher *Hong*, Hassrede und extremistische Meinungsäußerungen in der Rechtsprechung des EGMR und nach dem *Wunsiedel*-Beschluss des BVerfG, *ZaöRV* 70 (2010), S. 73.

¹⁵⁶ Vgl. BVerfGE 124, 300 (333) – *Wunsiedel* (2009).

¹⁵⁷ Vgl. BVerfGE 124, 300 (320) – *Wunsiedel* (2009).

sinnungskontrolle menschlichen Handelns“ unterlaufen würde, die „so zentral ist für die Verbürgung von Freiheit“.¹⁵⁸

2. Hassrede (*Hate Speech*) und Grenzen der Meinungsfreiheit – Schutz vor „*Silencing*“ (aus der Schutzpflicht für die Meinungsfreiheit)

- 112 Die Meinungsfreiheit schützt danach in gewissen Grenzen auch die sogenannte Hassrede (*Hate Speech*) vor Beschränkungen, also etwa ausländerfeindliche, sexistische oder rassistische Meinungsäußerungen, und zwar grundsätzlich selbst dann, wenn diese Äußerungen fundamental mit den Wertungen der grundrechtlichen Diskriminierungsverbote oder sogar mit dem Wert der gleichen Menschenwürde aller über Kreuz liegen.¹⁵⁹
- 113 Der Staat darf erst dann einschreiten, wenn äußere Rechtsgüter bedroht werden, etwa das friedliche Zusammenleben¹⁶⁰ oder das Persönlichkeitsrecht der Mitglieder hinreichend eingrenzbarer¹⁶¹ Personengruppen. Die Meinungsfreiheit muss zwar „stets zurücktreten, wenn die Äußerung die Menschenwürde eines anderen antastet“.¹⁶² Da aber „nicht nur einzelne, sondern sämtliche Grundrechte Konkretisierungen“ der Menschenwürde sind, „bedarf es stets einer sorgfältigen Begründung“, wenn angenommen werden soll, dass „der Gebrauch eines Grundrechts auf die unantastbare Menschenwürde durchschlägt“.¹⁶³ Es sind die „besonders strengen Voraussetzungen für die Annahme einer Menschenwürdeverletzung“¹⁶⁴ im verfassungsrechtlichen Sinne zu beachten.
- 114 Eine Menschenwürdeverletzung durch Meinungsäußerungen kommt danach „nur in Betracht“, wenn eine Äußerung konkreten Personen den ihre menschliche Würde ausmachenden Persönlichkeitskern abspricht.¹⁶⁵ So wird die Menschenwürde etwa „entgegen

¹⁵⁸ Vgl. *Mangold* (Fn. 14), S. 407 ff.; *dies.*, Das Böckenförde-Diktum, Verfassungsblog v. 9.5.2019.

¹⁵⁹ Vgl. *Hong*, Hate Speech im Internet, in: Albers/Katsivelas (Hrsg.), *Recht & Netz*, 2018, S. 59 ff.

¹⁶⁰ Vgl. zur Begrenzung des Begriffs des „öffentlichen Friedens“ darauf: BVerfGE 124, 300 (334–338). Zur Bedrohung der Friedlichkeit durch die Bezeichnung als „freche[r] Juden-Funktionär“: BVerfG, Beschl. v. 7.7.2020, 1 BvR 479/20, Rn. 15; siehe auch Rn. 19: die der Äußerung folgende Ankündigung, den Einfluss jüdischer Organisationen auf die deutsche Politik „in aller kürzester Zeit auf genau Null reduzieren“ zu wollen, begründete „aufgrund der historischen Erfahrung und Realität eines solchen Unterfangens einen konkret drohenden Charakter“.

¹⁶¹ Vgl. BVerfGE 93, 266 (301–303) – *Soldaten* (1995); *Grimm*, Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1995, S. 1697.

¹⁶² Vgl. BVerfGE 93, 266 (293) – *Soldaten* (1995).

¹⁶³ Vgl. BVerfGE 93, 266 (293). Siehe auch BVerfGE 107, 275 (284) – *Benetton* (2003). Vgl. näher zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Schutz der Menschenwürde vor Meinungsäußerungen: *Hong* (Fn. 8), S. 547 ff., 572 ff.

¹⁶⁴ Vgl. BVerfGE 124, 300 (344).

¹⁶⁵ Vgl. zum Erfordernis einer Eingrenzbarkeit des Personenkreises mit Blick auf den Ehrenschatz BVerfGE 93, 266 (301 f.) – *Soldaten* (1993) („Je größer das Kollektiv ist, auf das sich eine herabsetzende Äußerung bezieht, desto schwächer kann auch die persönliche Betroffenheit des einzelnen Mitglieds werden [...]“); mit Blick auf die Menschenwürde: BVerfG, Beschl. v. 13.12.2001, 1 BvR 870/93, Rn. 4 – *Soldaten* (Stattgabe); BVerfG, Beschl. v. 19.5.2020, 1 BvR 2397/19, Rn. 22 („einer konkreten Person“); *Hong*, Apropos Künast-Fall: Das BVerfG bekräftigt seine Rechtsprechung zur Meinungsfreiheit – aber auch zum Schutz vor Beleidigungen im Netz, Verfassungsblog v. 20.6.2020, unter 6.

Art. 1 Abs. 1 GG angetastet“, wenn „eine Person nicht als Mensch, sondern als Affe adressiert wird, und damit das in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG ausdrücklich normierte Recht auf Anerkennung als Gleiche unabhängig von der ‚Rasse‘ verletzt wird“.¹⁶⁶

Bei Äußerungen zu unüberschaubar großen Kollektiven scheidet dagegen auch die Annahme eines Angriffs auf die Menschenwürde aus,¹⁶⁷ so wie es der Meinungsfreiheit auch Rechnung trägt, wenn „herabsetzende Äußerungen über unüberschaubar große Gruppen (wie alle Katholiken oder Protestanten, alle Gewerkschaftsmitglieder, alle Frauen) nicht auf die persönliche Ehre jedes einzelnen Angehörigen [...] durchschlagen“.¹⁶⁸

Auf Grenzen stößt der grundrechtliche Schutz der Hassrede freilich in zahlreichen verfassungsgemäßen Normen des Strafrechts und des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes. In vielen Fällen ist etwa die Hassrede in sozialen Netzwerken danach rechtlich eindeutig unzulässig, während die (bislang allerdings weiterhin massiven) Probleme auf der Ebene der effektiven Strafverfolgung und Durchsetzung der zivilrechtlichen Unterlassungsansprüche liegen. Der Gesetzgeber ist hier gefordert, die Rechtsdurchsetzung zu verbessern, ohne dabei die Grundrechte der Meinungsfreiheit (und der informationellen Selbstbestimmung) zu verletzen.¹⁶⁹

Die Grenzen der Meinungsfreiheit sind dabei nicht etwa erst in den Fällen erreicht, die das Bundesverfassungsgericht den Fallgruppen der Schmähkritik, der Formalbeleidigung und der Menschenwürdeverletzung zuordnet.¹⁷⁰ Denn auch wenn diese (eng zu fassenden) Fallgruppen nicht einschlägig sind, kann die gebotene Abwägung (eindeutig) zugunsten des Persönlichkeitsschutzes ausfallen. Das Bundesverfassungsgericht hat dies in einer Reihe von Kammerentscheidungen von 2020 zu Recht betont (und schon damit implizit die erstaunlichen, von seiner Rechtsprechung abweichenden gegenläufigen Aussagen des Landgerichts Berlin im Fall *Künast* zurückgewiesen), und dies dann in seiner eigenen *Künast*-Entscheidung von 2021 bekräftigt.¹⁷¹

Eine bislang vom Bundesverfassungsgericht noch nicht erwogene, aber gerade mit Blick auf die Besonderheiten der Netzkommunikation erwägenswerte ergänzende Rechtfertigung für mögliche Grenzen der Meinungsfreiheit liegt in der Schutzpflicht für die Meinungsfreiheit selbst: Im Rahmen der Abwägung kann es zu berücksichtigen sein, wenn Sprechende angesichts von Angriffen, die bereits jeweils für sich die Grenzen der Meinungsfreiheit überschreiten, davon abgeschreckt werden, sich an der öffentlichen Debatte zu beteiligen („*Silencing*“). Die gleichheitsrechtliche Perspektive, die im *Lüth*-Urteil in der Aussage zumindest aufscheint, dass die öffentliche Meinung im Widerstreit der „in gleicher Freiheit“ vorgetragenen Auffassungen zustande kommen soll, muss in der Mei-

¹⁶⁶ BVerfG, Beschl. v. 2.11.2020, 1 BvR 2727/19, Rn. 18 – *Kündigung wegen rassistischer Äußerung*.

¹⁶⁷ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 13.12.2001, 1 BvR 870/93, Rn. 4 – *Soldaten*.

¹⁶⁸ Vgl. BVerfGE 93, 266 (300–302) – *Soldaten* (1995).

¹⁶⁹ Vgl. *Hong* (Fn. 159).

¹⁷⁰ Vgl. zu den ersten beiden Kategorien: *Masing*, Schmähkritik und Formalbeleidigung, in: FS Stürner, Teil 1, 2013, S. 25 ff.

¹⁷¹ BVerfG, Beschl. v. 19.12.2021, 1 BvR 1073/20, Rn. 39 ff. Vgl. zu den Entscheidungen von 2020 näher *Hong* (Fn. 165).

nungsfreiheitsdogmatik stärker berücksichtigt werden.¹⁷² Dabei muss auch der oft asymmetrische¹⁷³ Charakter der vorhandenen Herrschaftsstrukturen und Diskurshierarchien ins Gewicht fallen.

119 Die Herausforderung für die gebotene Weiterentwicklung der Grundrechtsdogmatik der Meinungsfreiheit angesichts der teils neuartigen Dynamiken der sozialen Medien wird darin liegen, beides zu erreichen: den Grundwerten des Antidiskriminierungsrechts Wirksamkeit zu verschaffen, ohne jedoch die Geistesfreiheit als Kerngehalt der Meinungsfreiheit aufzugeben. Wie lassen sich Würde, Freiheit, Gleichheit und Demokratie so als Rechtsgüter operationalisieren, dass ihr Schutz nicht letztlich doch schon auf eine Kontrolle von Gesinnungen und Meinungsinhalten hinausläuft, auf den – letztlich zumeist ohnehin zum Scheitern verurteilten – Versuch, bestimmte Meinungen schon als solche zu unterdrücken?

120 Werden die anerkannten und, unter Wahrung des zentralen Grundgedankens der Gedankenfreiheit, fortzuentwickelnden Grenzen der Meinungsfreiheit beachtet, ist ein starker Schutz der Meinungsfreiheit, entgegen skeptischer Stimmen,¹⁷⁴ auch im Zeitalter der digitalen Empörungstürme und der populistischen Desinformation und Demagogie weiterhin zukunftsfähig. Auch wenn die sozialen Netzwerke ein neues Phänomen sind, das die verfassungsgebende Gewalt kaum vorhersehen konnte – dass ein von fremdenfeindlicher Demagogie entfesselter Gruppendenken Menschenwürde und Demokratie bedrohen kann, war als solches 1949 wohlbekannt. Die verfassungsgebende Gewalt hat sich gerade auch unter dem Eindruck solcher Diskriminierungserfahrungen gleichwohl für einen starken Schutz der Meinungsfreiheit entschieden.¹⁷⁵

3. Unterscheidung zwischen einfachgesetzlichem und verfassungsrechtlichem Menschenwürdeschutz

121 Gerade im Antidiskriminierungsrecht ist es wichtig, zwischen den (besonders hohen) Anforderungen an den Schutz der Menschenwürde als Rechtfertigungsgrund für Beschränkungen der Meinungsfreiheit und etwaigen einfachgesetzlichen Verwendungen des Menschenwürdebegriffs zu unterscheiden. Wenn der Eingriff in die Meinungsfreiheit bereits zum Schutz anderer Rechtsgüter, etwa des öffentlichen Friedens, gerechtfertigt ist, muss die einfachgesetzlich geforderte Beeinträchtigung der „Menschenwürde“ nicht unbedingt

172 Vgl. BVerfGE 7, 198 (219), sowie, darauf verweisend: *Bredler/Markard*, Grundrechtsdogmatik der Beleidigungsdelikte im digitalen Raum, JZ 2021, S. 864 (866).

173 Siehe dazu unten Rn. 135 ff. (C.I.2.).

174 Vgl. etwa *Magen*, Kontexte der Demokratie, VVDStRL 77 (2018), S. 67.

175 Der einflussreiche Verfassungsrechtslehrer *Gerald Gunther*, der mit seiner Familie vor antisemitischer Verfolgung und Hetze in die Vereinigten Staaten geflohen war, sprach sich gleichwohl zeitlebens gegen Einschränkungen der Meinungsfreiheit aus; vgl. *Caspar*, Gerald Gunther, Proceedings of the American Philosophical Society 148 (2004), S. 493 (495): „The lesson I have drawn from my childhood in Nazi Germany and my happier adult life in this country is the need to walk the sometimes difficult path of denouncing the bigot’s hateful ideas with all my power, yet at the same time challenging any community’s attempt to suppress hateful ideas by force of law.“

die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Annahme einer Verletzung des Art. 1 Abs. 1 GG durch eine individuelle Meinungsäußerung erfüllen.¹⁷⁶

4. Inhaltliche Menschenwürdewidrigkeit etwa antisemitischer oder rassistischer Aussagen nach dem NPD-Urteil – Unterscheidung zwischen Parteienfreiheit und Meinungsfreiheit für individuelle Meinungsäußerungen

Als streitbare Demokratie sieht das Grundgesetz abschließend¹⁷⁷ geregelte Instrumente vor, um den Gegnern und Feinden seiner Wertordnung rechtlich entgegenzutreten. Dazu gehören insbesondere die Verwirkung von Grundrechten (Art. 18 GG) und das Parteiverbot (Art. 21 Abs. 2 GG). Auch ihr Einsatz setzt jedoch ein hinreichendes Bedrohungspotential voraus,¹⁷⁸ auch sie ermöglichen daher „kein Gesinnungs- oder Weltanschauungsverbot“.¹⁷⁹

Mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Menschenwürdewidrigkeit politischer Auffassungen ist es zudem wichtig, sorgfältig zwischen den inhaltlichen Voraussetzungen für Parteiverbote oder Beschränkungen der Parteienfinanzierung nach Art. 21 GG einerseits und für die Beschränkung individueller Meinungsäußerungen andererseits zu unterscheiden.¹⁸⁰

Nach dem NPD-Urteil „verstoßen die zentralen Prinzipien des Nationalsozialismus (Führerprinzip, ethnischer Volksbegriff, Rassismus, Antisemitismus) gegen die Menschenwürde“.¹⁸¹ „Antisemitische oder auf rassistische Diskriminierung zielende Konzepte“ einer Partei sind danach mit der Menschenwürde „nicht vereinbar“.¹⁸² Mit Blick darauf führt das Urteil zahlreiche, der NPD zuzurechnende Einzelaussagen an.¹⁸³ Dem Gericht ging es dabei jedoch nicht darum, zu prüfen, ob es mit der Meinungsfreiheit vereinbar gewesen wäre, alle diese individuellen Äußerungen selbst zu beschränken. Vielmehr zog es ihre inhaltliche Unvereinbarkeit der Äußerungen mit der Menschenwürde lediglich heran, um im Rahmen der Prüfung der Voraussetzungen für ein Parteiverbot in einer Gesamtschau Aufschlüsse über das politische Konzept der Partei zu gewinnen.

Zum einen bezog das Gericht in diese Gesamtschau teils Äußerungen unabhängig davon ein, ob sie selbst schon als menschenwürdewidrig (oder auch nur als rechtswidrig oder strafbar) zu beurteilen waren.¹⁸⁴ Zum anderen kam es dem Gericht aber auch, soweit

¹⁷⁶ Vgl. näher *Hong* (Fn. 8), S. 573 ff.

¹⁷⁷ Vgl. *Rühl*, Versammlungsrechtliche Maßnahmen gegen rechtsradikale Demonstrationen und Aufzüge, NJW 1995, S. 561 (562).

¹⁷⁸ Vgl. BVerfGE 38, 23 (24. f.) – *Verwirkung* (1974) (für Verwirkung ist „Gefährlichkeit [...] im Blick auf die Zukunft“ entscheidend); BVerfGE 144, 20 (220, 224 f.) – *NPD* (2017) (Parteiverbot verlangt „Potentialität“ der Verwirklichung der Parteiziele).

¹⁷⁹ Vgl. zum Parteiverbot BVerfGE 144, 20 (219 f.) – *NPD* (2017).

¹⁸⁰ Vgl. *Hong* (Fn. 8), S. 452.

¹⁸¹ Vgl. BVerfGE 144, 20 (230) – *NPD* (2017) („[...] und verletzen zugleich das Gebot gleichberechtigter Teilhabe aller Bürger am politischen Willensbildungsprozess sowie – aufgrund des Führerprinzips – den Grundsatz der Volkssouveränität.“).

¹⁸² Vgl. BVerfGE 144, 20 (208) – *NPD* (2017).

¹⁸³ Vgl. BVerfGE 144, 20 (246–267, 267–282; Rn. 635–697, 698–757) – *NPD* (2017).

¹⁸⁴ Vgl. dazu insbesondere BVerfGE 144, 20 – *NPD* (2017) (Rn. 635: „Dabei mögen einzelne Äußerungen für sich genommen die Grenze der Missachtung der Menschenwürde [...] nicht überschreiten. Die

es inhaltlich eine Menschenwürdewidrigkeit feststellte, nicht darauf an, ob die jeweilige Äußerung einen hinreichend eingrenzenden Kreis von Personen betraf¹⁸⁵ – wie es die Meinungsfreiheit für die Rechtfertigung einer Beschränkung konkreter Äußerungen wegen Berührung der Menschenwürde verlangt.¹⁸⁶

- 126 Die inhaltliche Unvereinbarkeit des politischen Konzepts einer Partei oder einzelner ihr zuzurechnender Aussagen mit der Menschenwürde kann Beschränkungen der Parteifreiheit danach auch dann rechtfertigen, wenn eine Beschränkung der jeweiligen konkreten Äußerungen die Meinungsfreiheit verletzt hätte, weil sie nicht die Würde hinreichend bestimmter Personen angriffen.

C. Freiheit, Gleichheit und Demokratie

- 127 Die Gewährleistung von Freiheit, Gleichheit und Demokratie durch das Antidiskriminierungsrecht wird durch die gemeinsame Verwurzelung dieser Grundrechte in der Menschenwürde geprägt. Sie reicht aber zugleich auch über das von der Menschenwürde und den grundrechtlichen Menschenwürdegehalten als Mindeststandard Geforderte hinaus.
- 128 Auf der grundrechtlichen Ebene sichern die Grundrechtskataloge einen weiterreichenden Maßstab des Grundrechtsschutzes, und auch die sonstigen Regelungen des nationalen Rechts und des Unions- und Völkerrechts konkretisieren das Gleichheitsversprechen nach Maßgabe der jeweiligen normgebenden Gewalten näher durch reaktive Diskriminierungsverbote oder durch proaktives Gleichstellungsrecht.
- 129 Wie sind Freiheit und Gleichheit nach dem hier vorgeschlagenen Verständnis der Menschenwürde als Grundlage beider Grundwerte miteinander verflochten? Und wie fügt sich die Demokratie als Grundwert dazu?

I. Freiheit und Gleichheit

1. Freiheit als gleiche Freiheit, als negative und positive Freiheit und als private und öffentliche Freiheit

- 130 Freiheit wurzelt in der gleichen Würde aller. Als Freiheit zur selbstbestimmten Persönlichkeitsentfaltung schließt sie einen absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestal-

Vielzahl der [...] Positionierungen dokumentieren in der Gesamtschau aber, dass es sich [...] um eine charakteristische Grundtendenz handelt.“; Rn. 757: Unabhängigkeit der Würdigung davon, dass ein Wahlplakat „für sich genommen die Grenze der Strafbarkeit oder der Rechtswidrigkeit nicht überschreitet“).

¹⁸⁵ Vgl. beispielsweise (jeweils ohne näher Prüfung, ob die Äußerung sich noch auf eine überschaubare Gruppe von Personen oder auf alle Mitglieder der jeweiligen Gruppe weltweit bezieht) BVerfGE 144, 20 – NP (2017): Rn. 701 (Äußerung, die „dunkelhäutigen Menschen pauschal eine niedrigere Intelligenz“ unterstelle), 747 (T-Shirts mit der Aufschrift „All Jews are Bastards“), 753 (Aussage, „Schwule und Lesben“ hätten „eine Zurschaustellung ihrer sexuellen Neigungen zu unterlassen, wie sie etwa auf Schwulenparaden zelebriert“ werde).

¹⁸⁶ Siehe die Nachweise oben Fn. 165.

tung¹⁸⁷ ein, der von der unantastbaren Würde umfasst ist und in den weder hoheitliche noch private Macht eingreifen darf. In diesen Kernbereich fallen höchstpersönliche Entscheidungen, die schon durch den selbstbestimmten Willen der Einzelnen gerechtfertigt sind („Weil ich es so will.“). Freiheit ist jedoch, wie Würde, egalitär: Das Recht auf freie Persönlichkeitsentfaltung steht allen Menschen zu, nicht nur einigen. Außerhalb des unantastbaren Kernbereichs findet die Freiheit der einen deshalb ihre Grenzen in der gleichen Freiheit der anderen.

Freiheit schließt einerseits die negative, abwehrrechtliche Freiheit („Freiheit von“) ein, 131 die in ihrem Menschenwürdekern absoluten Vorrang vor gegenläufigen Werten und Belangen genießt. Sie umfasst aber zugleich auch die positive Freiheit („Freiheit zu“), die das Recht auf gleiche Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung und an der öffentlichen Gewalt einschließt,¹⁸⁸ sowie in gewissem Umfang auch die Voraussetzungen der tatsächlichen Möglichkeit der Freiheitsausübung, wie insbesondere ein menschenwürdiges Existenzminimum,¹⁸⁹ gewährleistet.¹⁹⁰

Freiheit ist deshalb nicht nur die halbierte, private Freiheit des *Bourgeois*, sondern auch 132 die öffentliche Freiheit der *Citoyenne*: Sie ist nicht nur die Freiheit, die eigenen Interessen in einem engeren Sinne zu verfolgen, sondern auch die Freiheit, die öffentlichen Interessen zu eigenen Interessen zu erklären, sie sich zu eigen zu machen.¹⁹¹ Sie ist nicht nur private Autonomie, sondern, und gleichrangig, auch öffentliche Autonomie, also Selbstgesetzgebung: die Freiheit aller, nur solchen Gesetzen unterworfen zu werden, die sie auch als selbst gegebene betrachten können, als deren Mitautorinnen sie sich verstehen können.

Als Grundwert umfasst Freiheit also Privatautonomie, einschließlich Berufsfreiheit, Ei- 133 gentumsfreiheit und Vertragsfreiheit. Der Gebrauch dieser Privatautonomie, gerade zur Verfolgung eigener wirtschaftlicher Interessen, soll jedoch zugleich dem Wohl der Allgemeinheit dienen (vgl. etwa für das Grundgesetz Art. 14 Abs. 2 GG). Er muss daher mit der Ausübung der gleichen negativen wie positiven, privaten wie öffentlichen Freiheit aller verträglich bleiben.

2. Gleichheit als materiale Gleichheit

Wie Würde und Freiheit ist auch der Grundwert der Gleichheit nicht nur formal, son- 134 dern auch material zu verstehen. Die Gleichheitsgrundrechte zielen, als dynamisch und entwicklungsfähig gedachte Grundsatznormen,¹⁹² nach dem Willen ihrer normsetzenden

¹⁸⁷ Vgl. zur ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung eingehend *Hong* (Fn. 8), S. 431 ff., 441 ff., 501 ff.

¹⁸⁸ Siehe oben Rn. 77 ff. (B. VI. 2.).

¹⁸⁹ Siehe oben Rn. 89 ff. (B. IV. 3.).

¹⁹⁰ Für eine weit ausgreifende und rechtsvergleichende Diskussion des Konzepts der positiven Freiheit (mit Blick auf die Kommunikationsfreiheiten), auch unter eingehender Auseinandersetzung mit gängigen philosophischen Einwänden gegen ein Konzept positiver Freiheit, vgl. *Kenyon*, *Democracy of Expression, Positive Free Speech and Law*, 2021, besonders S. 87 ff. (zu *Isaiah Berlin*).

¹⁹¹ Vgl. *Masing*, *Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts*, 1997; *Hong*, *Subjektive Rechte und Schutznormtheorie im Europäischen Verwaltungsrechtsraum*, JZ 2012, S. 380.

¹⁹² Siehe oben Rn. 48 ff. (B. III.).

Gewalten nicht nur auf formale Gleichbehandlung, sondern auf tatsächliche Gleichberechtigung, die auch auf die Gewährleistung der tatsächlichen Voraussetzungen gleicher Teilhabemöglichkeiten gerichtet ist. Für die Grundrechtskataloge der Europäischen Menschenrechtskonvention, der Grundrechtecharta der Europäischen Union und des Grundgesetzes entspricht das zu Recht der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, des Gerichtshof der Europäischen Union und des Bundesverfassungsgerichts.

a) Gleichheit in Vielfalt, Gleichheitsrechte als Freiheitsrechte zweiter Ordnung und ihr asymmetrischer Schutz gerade auch vor struktureller Diskriminierung

- 135 Schutzgegenstand der Gleichheitsrechte ist nicht formale Gleichheit, sondern Gleichheit in Vielfalt.¹⁹³ Sie richten sich nicht auf „Gleichmacherei“, sondern schützen „Gleichheit in Freiheit“,¹⁹⁴ die Freiheit des So-Seins.¹⁹⁵
- 136 Die grundrechtlichen Gleichheitsversprechen wenden sich deshalb als Hierarchisierungs- und Dominierungsverbote¹⁹⁶ gerade auch gegen historisch verfestigte Strukturen der Diskriminierung, „gegen eine selbstverständliche Hinnahme tradiert (‘hegemonialer’) ‚Normalität‘“.¹⁹⁷ Die Kehrseite struktureller Diskriminierung ist strukturelle Privilegierung, Antidiskriminierungsrecht ist daher (auch insoweit) stets zugleich „Antiprivilegierungsrecht“.
- 137 Strukturelle Diskriminierung kann auf unbewusst wirksamen Vorurteilen („*unconscious*“ oder „*implicit biases*“) beruhen.¹⁹⁸ So bewertete ein Musikkritiker unwissentlich dieselbe Musikaufnahme in der Annahme zweimal extrem unterschiedlich, sie stamme von verschiedenen Personen.¹⁹⁹ Unbewusste Vorurteile sind auch eine mögliche Erklärung dafür, dass die Schlechterbewertung von Frauen in der mündlichen Prüfung zum juristischen Staatsexamen verschwand, sobald eine Frau in der Prüfungskommission saß.²⁰⁰

¹⁹³ Vgl. auch *Mangold* (Fn. 14), S. 415: „Gleichheit in Verschiedenheit“.

¹⁹⁴ *Baer/Markard* (Fn. 57), Art. 3 Abs. 2 und 3 Rn. 355 (zu Art. 3 Abs. 2 GG).

¹⁹⁵ Vgl. *Holzleithner*, *Geschlecht und Identität im Rechtsdiskurs*, in: Rudolf (Hrsg.), *Geschlecht im Recht*, 2009, S. 37 ff.; *Grünberger* (Fn. 2), S. 571 f., 577 (Schutz der Differenz der Einzelnen), 738 (Schutz des So-Seins der Person), 900 f. Siehe etwa auch BVerfGE 52, 369 (374 ff.) – *Hausarbeitstag* (1979) (Beschränkung des Anspruchs auf einen Hausarbeitstag auf alleinstehende Frauen gleichheitswidrig; siehe dazu *Mangold* (Fn. 14), S. 343 f.); BVerfG, *Beschl. v. 7.11.2008*, 2 BvR 1870/07, Rn. 27 (Beschränkung von Kosmetikeinkäufen vom zweckgebundenen Eigengeld auf weibliche Strafgefangene gleichheitswidrig; siehe dazu *Grünberger* (Fn. 2), S. 997 f.).

¹⁹⁶ Siehe die Nachweise oben in Fn. 56 und Fn. 57.

¹⁹⁷ *Baer/Markard* (Fn. 57), Art. 3 Abs. 2 und 3 Rn. 358.

¹⁹⁸ → *Magen*, § 3 Rn. 2 f., 7; → *Towfigh*, § 18 Rn. 123–130 (zu kognitiven Täuschungen); *Grünberger/Mangold/Markard/Payandeh/Towfigh*, *Diversität in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis*, 2021, S. 41–43.

¹⁹⁹ Vgl. *Koh*, *A Violinist on How to Empower Asian Musicians*, *New York Times* v. 23.7.2021 („Joyce Hatto, a white British pianist, had stolen recordings of other pianists – including those of Yuki Matsuzawa, a Japanese woman – and released them as her own. Tom Deacon [...] had written on a classical music message board about both Hatto’s and Matsuzawa’s recordings, without knowing they were the same“).

²⁰⁰ → *Towfigh*, § 18 Rn. 26, 37; siehe auch *Grünberger/Mangold/Markard/Payandeh/Towfigh* (Fn. 198), S. 44–46, zur Möglichkeit einer „*self-fulfilling prophecy*“ (Andorra-Effekt) durch eine entsprechende Verunsicherung von Prüfungskandidatinnen („*stereotype threat*“).

Auch weil sie die Wahrnehmungsfähigkeit für solche diskriminierenden Strukturen und Sachverhalte erhöhen und dazu beizutragen kann, dass sie mit offenen Augen²⁰¹ erkannt werden, kann Diversität in Wissenschaft und Justiz, in Wirtschaft, Verwaltung und Politik die Verwirklichung der Gleichheit und der anderen Grundwerte des Antidiskriminierungsrechts fördern.²⁰²

Die Gleichheitsgrundrechte wenden sich gerade auch gegen die ebenso geläufigen wie verfehlten Argumentationstopoi, bestimmte, strukturell privilegierte Eigenschaften oder Zustände seien „natürlich“ und „normal“, sie bei rechtlichen Regelungen zugrunde zu legen, sei daher „neutral“.²⁰³ Sie richten sich, beispielsweise, gegen Regelungskonzepte und eine Gesellschaftsordnung, die formal auf die vermeintlich „neutrale“ Person, tatsächlich aber auf Männer „in Subtraktion familiärer Pflichten und in Addition hausfraulicher Unterstützung“ zugeschnitten²⁰⁴ sind und etwa Schwangerschaft und potentielle Schwangerschaft als ökonomisches Handicap (allein) der Schwangeren konzipieren.

Weil sie auf materiale Gleichheit zielen und sich gerade auch gegen hegemoniale gesellschaftliche Strukturen richten, wirken die Gleichheitsgrundrechte nicht unbedingt symmetrisch, sondern entfalten nicht selten asymmetrische Schutzwirkungen.²⁰⁵

Die Gleichheitsrechte verbinden Gleichheit und Freiheit auch dadurch, dass sie als Freiheitsrechte zweiter Ordnung (oder sekundäre Freiheitsrechte) im Sinne *Grünbergers* wirken: Sie sollen die Freiheitsspielräume aller vergrößern, indem sie die „ungleiche Verteilung von Freiheiten aufgrund existierender Statushierarchien“ bekämpfen.²⁰⁶ Ihr Grundgedanke ist es, dass es „keine akzeptable Konzeption von Freiheitsausübung ohne die grundsätzliche Gleichheit aller“ geben kann.²⁰⁷ Diese Wirkung der Gleichheitsrechte als Freiheitsrechte zweiter Ordnung bedeutet, dass sich Kollisionen zwischen Freiheit und Gleichheit stets als Kollisionen zwischen negativer und positiver Freiheit reformulieren lassen:²⁰⁸ Antidiskriminierungsrecht ist deshalb zugleich „Freiheitserhaltungsrecht“²⁰⁹ oder Freiheitsgewährleistungsrecht.

²⁰¹ Vgl. dazu, dass *Justitia* ihre Augenbinde zwar bei der unparteiischen Anwendung des Rechts braucht, nicht aber bei der Wahrnehmung der allzu oft alles andere als neutralen Wirklichkeit, der gegenüber sie gerade nicht „blind“ sein darf, *Hong* (Fn. 8), S. 85 f. Zur Problematik von „Merkmalsblindheit“ (z. B. „colourblindness“) siehe auch unten Rn. 151 ff. (C. I. 2.).

²⁰² Vgl. *Grünberger/Mangold/Markard/Payandeh/Towfigh* (Fn. 198), S. 59–65.

²⁰³ Vgl. zu diesen drei Argumentationsschritten *Mangold* (Fn. 14), S. 313 ff.

²⁰⁴ *Hohmann-Dennhardt*, Berufliche Gleichstellung von Frauen, in: FS Pfarr, 2010, S. 235 (243); vgl. *Grünberger* (Fn. 2), S. 786 f.

²⁰⁵ Vgl. zu Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG: *Baer/Markard* (Fn. 57), Art. 3 Abs. 2 Rn. 361 (dem Wortlaut nach „zwar symmetrisch“, „Schutzrichtung“ ist „nach Regelungsgrund und Telos, historisch und aktuell, jedoch der Abbau der Benachteiligung von Frauen“), Rn. 362 (Gleichstellung ist, weil dies „historisch und systematisch näherliegt“, als „materiell und asymmetrisch“ zu verstehen); *Grünberger* (Fn. 2), S. 570.

²⁰⁶ Vgl. *Grünberger* (Fn. 2), S. 738; zu Gleichheitsrechten als Freiheitsrechten zweiter Ordnung siehe ebd., S. 61, 468 und *passim*.

²⁰⁷ *Grünberger* (Fn. 2), S. 814.

²⁰⁸ *Grünberger* (Fn. 2), S. 814 f.

²⁰⁹ *Grünberger* (Fn. 2), S. 822.

- 141 So sichern die besonderen Diskriminierungsverbote die Freiheit, „Träger des Diskriminierungsmerkmals zu sein, ohne dafür in sozialen Kontexten Einschränkungen der positiven Freiheit in Kauf nehmen zu müssen“.²¹⁰ Dafür, ob ein bestimmtes Merkmal oder Kriterium in diesem Sinne als verdächtig anzusehen ist, ist entscheidend, welche Menschen in der jeweiligen Gesellschaftsordnung der historischen und soziologischen Realität nach Ausgrenzungserfahrungen erlitten haben und erleiden. Eine Diskriminierung aufgrund solcher Kriterien kann Einzelne auch intersektionell betreffen, also mehrfach und mit sich gegenseitig verstärkender Wirkung.²¹¹
- 142 Für diese Kriterien ist nicht unbedingt Unveränderlichkeit (*immutability*) oder sofortige Wahrnehmbarkeit (*visibility*) notwendig, sondern es ist maßgeblich, ob die Gesellschaft sich so organisiert hat, dass sie anhand der Merkmale tatsächlich wirksame Zuschreibungen vornimmt, sei es intentional, sei es lediglich den systematisch oder strukturell bedingten faktischen Auswirkungen nach.²¹² Nicht die Gemeinsamkeiten innerhalb einer Gruppe sind entscheidend, sondern, wo die (sozial konstruierte) Grenze nach außen verläuft.²¹³ Neben dem Schutz vor Diskriminierung aufgrund von Merkmalen, die anhand äußerlich wahrnehmbarer unveränderlicher Merkmale zugeschrieben werden, kann deshalb auch ein Schutz vor Anpassungszwängen für nicht sichtbare oder verbergbare Merkmale treten.²¹⁴

b) Abwehrrechtliches Verbot unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung – Rechtfertigungsanforderungen

- 143 Den Hoheitsgewalten verbieten die Gleichheitsgrundrechte daher abwehrrechtlich nicht nur unmittelbare Anknüpfungen an verdächtige Merkmale – sei es ausschließlich an das jeweilige Merkmal, sei es als eine mittragende Erwägung unter mehreren –²¹⁵ sondern auch mittelbare (oder indirekte oder faktische) Diskriminierungen, also „Unterscheidungen mit benachteiligender Wirkung“;²¹⁶ die sich tatsächlich weitgehend nur auf eine Grup-

²¹⁰ Grünberger (Fn. 2), S. 814 f.

²¹¹ Zum Konzept der Intersektionalität vgl. grundlegend Crenshaw, Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics, The University of Chicago Legal Forum 1989, S. 139 ff. (besonders 140: „[T]he intersectional experience is greater than the sum of racism and sexism.“; 149: „Discrimination, like traffic through an intersection, may flow in one direction, and it may flow in another.“; 157: feminist „theory emanating from a white context obscures the multidimensionality of Black women’s lives“). Siehe außerdem nur Mangold (Fn. 14), S. 328 ff.; Grünberger (Fn. 2), S. 595 ff.; Grünberger/Mangold/Markard/Payandeh/Towfigh (Fn. 198), S. 20 f.; → Holzleithner, § 13.

²¹² Vgl. Grünberger (Fn. 2), S. 530–534.

²¹³ Vgl. Grünberger (Fn. 2), S. 565 f.

²¹⁴ Vgl. Grünberger (Fn. 2), S. 858 f.

²¹⁵ Vgl. BVerfGE 89, 276 (288 f.) – § 611a BGB (1993) (zu Art. 3 Abs. 2 GG) (Kriterium in einem „Motivbündel“); siehe auch OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 21.4.2016, 7 A 11108/14.OVG (*Racial Profiling*), Rn. 107; OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 17.8.2018, 5 A 294/16 (*Racial Profiling*), Rn. 54.

²¹⁶ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021, 1 BvR 1541/20, Rn. 94 – *Triage* („Verbot unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung [...], also von Unterscheidungen mit benachteiligender Wirkung“; Hervorhebung hinzugefügt).