

Anna Katharina Mangold

# Demokratische Inklusion durch Recht

Antidiskriminierungsrecht als  
Ermöglichungsbedingung der demokratischen  
Begegnung von Freien und Gleichen

Mohr Siebeck

# Inhaltsverzeichnis

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

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



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

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



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

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



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

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

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

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

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