

Erster Beratungsgegenstand:

Gleichheit angesichts von Vielfalt als Gegenstand des philosophischen und des juristischen Diskurses

1. Referat von *Steffen Augsberg*, Gießen

Inhalt

	Seite
I. Problemaufriss: Gleichheit und Vielfalt in Komplementarität und Spannung	8
II. Entwicklungslinien	16
1. Ausgangspunkt: Das Gleichheitsversprechen als variables Baseelement der abendländischen Philosophie . .	17
2. Grundrechtliche Gleichheitsgarantien.	19
a) Gleichbehandlung als Erkenntnis?	20
b) Normativität des „Tatsächlichen“	21
3. Vielfalt als Faktum und Forderung	22
a) Historische Hintergründe, philosophische und rechtsnormative Grundlagen von Vielfalt	22
b) Identitätssicherung als zentrales Ziel	25
III. Konfliktszenarien	28
1. Diversitätseuphorie vs. Vielfaltsphobie	28
2. „Natürliche“ Unterschiede und konstruierte Vielfalt	30
3. Vielfalt als hierarchische Ordnung	32
4. Vergessene Vielfalt	34
5. Neue Zugehörigkeitsformen: Identität jenseits der Offline-Existenz	34
6. „Krise der Gleichheit“ infolge zunehmender Individualisierung?	36
a) Von der Gruppenvielfalt über die „Gesellschaft der Individuen“ zur „Gesellschaft der Singularitäten“? .	36
b) Technologiebasierte Verstärkungseffekte	38

IV. Die (denkbare, wahrscheinliche) Pluralisierung des basalen genus proximum	40
V. Dynamisierung der Gleichheit und Stabilisierung der Vielfalt – demokratietheoretische Implikationen	45

I. Problemaufriss: Gleichheit und Vielfalt in Komplementarität und Spannung

Gleichheit¹ und Vielfalt² sind vielschichtige, insbesondere in ihrem Verhältnis zueinander mehrdeutige Begriffe. Zwischen beiden können erhebliche Spannungen bestehen.³ Doch darf das Spannungs- nicht im Sinne eines Widerspruchs- oder wechselseitigen Ausschlussverhältnisses überinterpretiert werden. Es wäre sinnlos, über Gleichheit angesichts von Homogenität oder gar Identität⁴ zu sprechen.⁵ Aber es hilft auch wenig, in überschießender Interpretation eine angeblich verkannte Harmonie zu behaupten. Die bisweilen anzutreffende Annahme, Gleichheit setze Vielfalt (und Vielfalt Gleichheit) voraus,⁶ verweist zu Recht auf die gemeinschaftskonstituie-

¹ Vgl. nur *Otto Dann* Gleichheit und Gleichberechtigung, 1980; *ders.* Gleichheit, in: *Otto Brunner/Werner Conze/Reinhart Koselleck* (Hrsg.) *Geschichtliche Grundbegriffe*, 1975, 995 ff.

² Vgl. zur Begriffsgeschichte *Réjane Sénac* *L'invention de la diversité*, 2012, 35 ff.; s. auch *Monika Salzbrunn* *Vielfalt/Diversität*, 2014, 8 ff.; aus juristischer Sicht etwa *Erhard Denninger* *Menschenrechte und Grundgesetz*, 1994, 13 ff.; *Rainer Nickel* *Gleichheit und Differenz in der vielfältigen Republik*, 1999, 16 ff. *Wolfgang Schluchter* *Die Zukunft der Religionen*, in: *Wolfgang-Ritter-Stiftung* (Hrsg.) *Religiöser Pluralismus*, 2001, 15 (24), schlägt vor, zwischen (unstrukturierter) „Vielheit“ (im Sinne eines bloßen Nebeneinanders) und strukturierter „Vielfalt“ (als „beziehungsreiches Mit- und auch Gegeneinander“) zu unterscheiden.

³ Insoweit bestehen gewisse Parallelen zur Debatte über das Verhältnis von Gleichheit und (Privat-)Autonomie, vgl. dazu insbes. die Referate von *Matthias Jestaedt* und *Gabriele Britz* *Diskriminierungsschutz und Privatautonomie*, VVDStRL 64 (2005), 298 ff., 355 ff., ferner *Michael Grünberger* *Personale Gleichheit*, 2013, v.a. 527 ff.; *Moritz Zoppel* *Europäische Diskriminierungsverbote und Privatrecht*, 2015, 19 ff., sowie die Beiträge in: *Susanne Baer/Ute Sacksofsky* (Hrsg.) *Autonomie im Recht*, 2018.

⁴ Dabei ist auf ein mögliches Missverständnis hinzuweisen: Der Begriff Identität wird an dieser Stelle natürlich (noch) nicht im Sinne einer individuellen oder kollektiven Identifikation mit etwas, sondern im Sinne eines „Identisch-Seins“ verwendet.

⁵ Ähnlich schon *Ute Gerhard* *Menschenrechte auch für Frauen?*, *Kritische Justiz* 20 (1987), 127.

⁶ Vgl. in diesem Sinne zuletzt etwa *Alexander Thiele* *Gleichheit angesichts von Vielfalt als Gegenstand des philosophischen und juristischen Diskurses*, DVBl 2018, 1112 (1114 m.w.N.); vgl. auch *Sigrid Boysen* *Gleichheit im Bundesstaat*, 2005, 119 ff., 281; *Jörg Ennuschat* *Der Leitspruch für Europa: „In Vielfalt geeint“*, in: *Klaus Stern/Peter Tettinger* (Hrsg.) *Europäische Verfassung im Werden*, 2006, 111 (113).

rende Bedeutung von Pluralität und Alterität,⁷ geht aber an den Problemen etwas vorbei. Denn vielfältige, heterogene (Gesellschafts-)Strukturen sind ihrer Natur nach nicht-egalitär.⁸ Deshalb muss den Ambivalenzen und Frikationen nachgespürt und nach möglichen Grenzen und Abspannungsmöglichkeiten gefragt werden.

Gleichheit und Vielfalt sind dabei, und das ist der Kernpunkt der nachfolgenden Überlegungen, sowohl in deskriptiv-analytischer wie in normativer Perspektive, aber zumal in deren jeweiligen Verschleifungen zu erfassen. Mit Blick auf die Vielfalt dürfte dies – ungeachtet der damit verbundenen erheblichen terminologischen Unschärfen⁹ – unmittelbar einleuchten.¹⁰ Der Begriff wird zunächst mit tatsächlichen Vorgängen in Ver-

⁷ Prägnant hierzu *Hannah Arendt* *Vita activa oder vom tätigen Leben* (1960), 6. Aufl. 2007, 272: „denn eine Gemeinschaft besteht natürlich niemals, nach den Worten Aristoteles', aus dem Zusammenschluß zweier Ärzte, sondern zwischen einem Arzt und einem Bauern, und überhaupt zwischen Leuten, die verschieden und einander ungleich sind“. Speziell zum Staat s. *Aristoteles* *Politik* II 2, 1261a 20 ff. (deutsche Übersetzung nach Eckart Schütrumpf), Akademie-Ausgabe, 1991: „Ein Staat setzt sich nicht nur aus einer größeren Anzahl von Menschen zusammen, sondern auch aus solchen, die der Art nach verschieden sind, denn ein Staat entsteht nicht aus Gleichen.“

⁸ Vgl. etwa *Donald L. Horowitz* *Ethnic Groups in Conflict*, 2. Aufl. 2001; *Christof Mandry* *Wie viel Pluralismus verträgt die Gesellschaft?*, *Amos international* 10 (2016), 3 ff.; *Birgit Sauer* *Diversity. Eine staats- und hegemonietheoretische Reflexion*, *Femina Politica* 2007, 33 (37): „Soziale und kulturelle Differenzen sind konflikthafte soziale Verhältnisse“; ähnlich *Ute Sacksofsky* *Religiöse Freiheit als Gefahr?*, *VVDStRL* 68 (2009), 9 (33): „Das Konfliktpotential, das religiöse Vielfalt mit sich bringt, lässt sich mindern, ausschließen lässt es sich nicht.“; s. auch die Beiträge in: *Susanne Schröter* (Hrsg.) *Normenkonflikte in pluralistischen Gesellschaften*, 2017. Zur Gleichheitsrelevanz der Diversität s. bereits *Amartya Sen* *Equality of What?*, in: *Sterling M. McMurrin* (Hrsg.) *Tanner Lectures on Human Values*, 1980, 195 (202 f., 215).

⁹ Vgl. zu den unterschiedlichen Les- und Deutungsarten v.a. *Anna Leisner-Egensperger* *Vielfalt – Ein Begriff des Öffentlichen Rechts*, 2004, 19 ff.; ferner *Boris P. Paal* *Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht*, 2010, 72 ff.; s. auch *Ute Sacksofsky* *Gleichheit in der neuen Vielfalt*, in: *Kritische Justiz* (Hrsg.) *Verfassungsrecht und gesellschaftliche Realität*, 2009, 147 ff.

¹⁰ S. entsprechend schon *Thomas Duve* *Die Justiz vor den Herausforderungen der kulturellen Diversität – rechtshistorische Annäherungen*, *Arbeitspapier/Working Paper* 7, 2013 (online abzurufen unter: <http://publikationen.ub.uni-frankfurt.de/frontdoor/index/index/docId/29166>). *Gunnar Folke Schuppert* *Governance of Diversity*, 2017, 23 ff., unterscheidet im Anschluss an *Christof Mandry* (Pluralismus als Problem und Pluralismus als Wert, in: *Christoph Bultmann/Jörg Rüpke/Sabine Schmolinsky* [Hrsg.] *Religionen in Nachbarschaft*, 2012, 29 ff.) zwischen Pluralität als sozialer Tatsache und Pluralismus als Einstellung zur Pluralität. Ähnlich *Christoph Boechinger* *Ist religiöse Vielfalt etwas Gutes?*, in: *Afe Adogame/Magnus Echtler/Oliver Freiberger* (Hrsg.) *Alternative Voices*, 2013, 285 (286 mit Fn. 7 m.w.N.).

bindung gebracht.¹¹ In der jüngeren Vergangenheit bezieht sich das meist auf – in charakteristisch doppelter Weise – von außen auf die Gesellschaft und das Recht einwirkende Veränderungen.¹² Konkret wird Vielfalt als Resultat von Migration angesehen (Multikulturalität).¹³ Noch spezieller werden die damit einhergehenden Bewegungen der Religionslandschaft thematisiert.¹⁴ Es ist erstaunlich, wie eng in unserem angeblich „säkularen Zeitalter“¹⁵ im gesamten Diskurs¹⁶ über Vielfalt individuelle Identitäten und kollektive Kultur an das Phänomen „Religion“ geknüpft werden.¹⁷ Die Ubi-

¹¹ Vgl. aber auch *Claude Lévi-Strauss* Anerkennung der kulturellen Vielfalt, in: *ders.* Anthropologie in der modernen Welt, 2012, 105 (122): „[...] die Vielfalt der Kulturen ist den Menschen selten als das erschienen, was sie ist: als natürliches Phänomen, das aus den direkten und indirekten Beziehungen der Gesellschaften resultiert. Sie sahen darin eher eine Art von Ungeheuerlichkeit oder Skandal. Schon in ferner Vorzeit veranlasste eine Neigung, die so fest verankert ist, dass man sie für instinktiv halten könnte, die Menschen dazu, Sitten, Glaubensvorstellungen, Bräuche und Werte, die von denen in ihrer eigenen Gesellschaft geltenden am meisten entfernt sind, schlicht und einfach zu verwerfen [...]. Damit weigert man sich, die kulturelle Vielfalt anzuerkennen.“ S. hieran anknüpfend *Volker Heins* Der Skandal der Vielfalt, 2013, 10.

¹² Umgekehrt existieren auch rechtsinduzierte vielfaltsgefährdende Entwicklungen. Viel diskutiert wurden zuletzt etwa im Kontext des Wirtschaftsvölkerrechts die Auswirkungen internationaler Handelsabkommen auf kulturelle Vielfalt; vgl. dazu etwa *Franziska Sucker* Der Schutz und die Förderung kultureller Vielfalt im Welthandelsrecht, 2018.

¹³ Vgl. in diesem Sinne namentlich *Charles Taylor* Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung, 2009; s. auch *Schuppert* Governance of Diversity (Fn. 10), 39 ff., sowie die Beiträge in: Boris Nieswand/Heike Drotbohm (Hrsg.) Kultur, Gesellschaft, Migration, 2014.

¹⁴ Vgl. nur *Schuppert* Governance of Diversity (Fn. 10), 101 ff.; *Christian Waldhoff* Die Zukunft des Staatskirchenrechts, in: Burkhard Kämper/Hans-Werner Thönnies (Hrsg.) Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Bd. 42 (2008), 55 (65: Pluralität und „Diffusität“ des Religiösen), sowie die Beiträge in: Regina Polak/Wolfram Reiss (Hrsg.) Religion im Wandel: Transformation religiöser Gemeinschaften in Europa durch Migration, 2015; s. auch die Mitte März 2018 i.R.d. 53. „Essener Gespräche“ zum Thema „Der Rechtsstatus religiöser Verbände“ gehaltenen Vorträge sowie die Staatsrechtslehrerreferate von *Ute Sacksofsky* und *Christoph Möllers* zum Thema „Religiöse Freiheit als Gefahr?“, VVDStRL 68 (2009), 9 ff., 47 ff.

¹⁵ *Charles Taylor* Ein säkulares Zeitalter, 2009. *Peter L. Berger* unterscheidet zwischen dem Pluralismus der Religionen und dem Pluralismus von Religiosität und Säkularität, vgl. dazu die Beiträge in: Peter L. Berger/Silke Steets/Wolfram Weiße (Hrsg.) Zwei Pluralismen, 2017.

¹⁶ Diskurse werden nachfolgend mit *Michel Foucault* (Archäologie des Wissens, 1981, 74) verstanden als mit „eigenen Regeln“ versehene „Praktiken [...], die systematisch die Gegenstände bilden, von denen sie sprechen.“ S. aus juristischer Sicht auch die Referate von *Olivier Jouanjan* und *Franz Reimer* zum Thema „Diskursvergleich im Verfassungs- und Verwaltungsrecht“, VVDStRL 77 (2018), S. 351 ff., 413 ff.

¹⁷ Man mag an dieser Stelle in Frage stellen, ob es überhaupt zutreffend ist, für die Gegenwart eine Zunahme an Vielfalt zu diagnostizieren oder ob die entsprechenden Aussagen nicht im historischen Vergleich zu relativieren sind, so etwa *Thomas Bauer* Die Verein-

quität dieser Beschreibungen darf jedoch nicht dazu führen, den der Vielfalt innewohnenden normativen Gehalt aus dem Blick zu verlieren. So ist etwa die Forderung, die „Vielfalt der Religionen, Kulturen und Sprachen“ zu achten, nicht auf die unionale Grundrechtscharta begrenzt;¹⁸ sie findet sich ähnlich auch sonst im internationalen¹⁹ wie im nationalen²⁰ Recht. Beson-

deutung der Welt, 2018, 7 ff. Indes ist kaum zu bestreiten, dass zumindest in der historischen Nahperspektive und einer gewissen regionalen Verengung in der jüngeren und jüngsten Vergangenheit massive Umwälzungen stattgefunden haben. Vgl. exemplarisch mit Blick auf die Religion *Detlef Pollack* Säkularisierung – ein moderner Mythos?, 2003, 132 ff. Möglicherweise ist hier eine interessante Dialektik zu beobachten, soweit die vergleichsweise große Homogenität, die das Nachkriegseuropa charakterisiert, zu sozialer Kohäsion und Prosperität beigetragen und damit die Attraktivität für Außenstehende erhöht, also Migrationsbewegungen (mit) in Gang gesetzt hat (s. dazu noch unten Fn. 106). Anders indes etwa *Charles Taylor* Multikulturalismus (Fn. 13), 70, der gerade die Vielfalt der Kulturen als harmonieförderlich ansieht. Entsprechend formuliert Art. 2 der UNESCO Declaration on Cultural Diversity vom 2.11.2001: „In our increasingly diverse societies, it is essential to ensure harmonious interaction among people and groups with plural, varied and dynamic cultural identities as well as their willingness to live together. Policies for the inclusion and participation of all citizens are guarantees of social cohesion, the vitality of civil society and peace. Thus defined, cultural pluralism gives policy expression to the reality of cultural diversity. Indissociable from a democratic framework, cultural pluralism is conducive to cultural exchange and to the flourishing of creative capacities that sustain public life.“

¹⁸ Art. 22 GRC, s. dazu etwa *Ennuschat* „In Vielfalt geeint“ (Fn. 6), 111 (112 ff.); zur begrenzten normativen Wirkung *Torsten Kingreen* in: Christian Callies/Matthias Ruffert (Hrsg.) EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 22 GRC Rn. 4: „Die Vorschrift hat aber vor allem eine die Grundrechte bestärkende und im Rahmen ihrer Auslegung heranzuziehende Funktion: Vielfalt steht für ein liberales Grundrechtsverständnis, das Grundrechte als hoheitlicher Deutung voraus liegende individuelle Garantien interpretiert.“ Siehe im unionalen Kontext ferner Art. 13 Abs. 4 EUV und dazu *Alexander Thiele* § 93: Der Ausschuss der Regionen – ein Beitrag zur föderalen Vielfalt in der Europäischen Union, in: Ines Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. IV: Föderalismus in Europa und der Welt, 2012; zur EU insgesamt siehe auch JöR 66 (2018) mit dem Schwerpunktthema: Einheitliches Recht und Vielfalt der einzelstaatlichen Rechtskulturen.

¹⁹ Vgl. dazu etwa *Seyla Benhabib* Kulturelle Vielfalt und demokratische Gleichheit, 1999; *Marie-Claire Foblets/Nadja Yassari* Approches juridiques de la diversité culturelle – Legal Approaches to Cultural Diversity, 2013; *Carla Thies* Kulturelle Vielfalt als Legitimationselement der internationalen Gemeinschaft, 2013; *Ana Filipa Vrdoljak* Liberty, Equality, Diversity: States, Cultures and International Law, in: dies. (Hrsg.) The Cultural Dimension of Human Rights Law, 2013, 26 ff.

²⁰ Vgl. dazu für das deutsche Recht nur *Gabriele Britz* Kulturelle Rechte und Verfassung, 2000, v.a. 110 ff., 183 ff.; rechtsvergleichend die Beiträge in: Eva Brems (Hrsg.) Diversity and European Human Rights, 2012, und in: Marie-Claire Foblets u.a. (Hrsg.) Cultural Diversity and the Law, 2010.

ders deutlich wird die normative Dimension in der latinisierten respektive englischen Version von Vielfalt,²¹ als Diversität bzw. *diversity*.²²

Bei der Gleichheit verhält es sich eher umgekehrt: Hier besteht im Ausgang kaum ein Zweifel daran, dass sie nicht einen tatsächlichen Zustand, sondern ein Ideal beschreibt. Echte Gleichheit gibt es in der Natur²³ nicht.²⁴ Selbst in diesbezüglich radikalen philosophischen Entwürfen, namentlich im Marxismus,²⁵ wird Gleichheit folglich nicht als vorhandener, nur durch bestimmte Umstände unterdrückter oder auch nur als umfassend realisier-

²¹ Vgl. zur normativen Relevanz von Begriffen und Begriffsnamen allgemein *Hermann Lübke* Wortgebrauchspolitik, in: *ders.* Politik nach der Aufklärung, 2001, 173 ff. S. auch *Jacques Rancière* Demokratien gegen die Demokratie, in: *Giorgio Agamben u.a.* Demokratie, 2. Aufl. 2012, 90 (92): „Der politische Kampf ist auch ein Kampf um die Aneignung von Wörtern.“ Grundlegend nach wie vor *Victor Klemperer* LTI, 25. Aufl. 2015.

²² Vgl. *Wolf-Dietrich Bukow* Zur alltäglichen Vielfalt von Vielfalt – postmoderne Arrangements und Inszenierungen, in: *Cristina Allemann-Ghionda/ders.* (Hrsg.) Orte der Diversität, 2011, 35 (37 f.): „*Produkt eines operativen Verfahrens*“ (Hervorhebung i.O.). Vgl. als Überblick ferner die Beiträge in: *Edeltraud Hanappi-Egger/Regine Bendl* (Hrsg.) Diversität, Diversifizierung und (Ent)Solidarisierung, 2015; aus der juristischen Literatur etwa – mit unterschiedlicher Akzentuierung – *Susanne Baer* Gleichheit und Vielfalt in Europa: kontextualisierte Perspektiven, *Femina Politica* 2007, 57 ff.; *dies.* Wie viel Vielfalt garantiert/erträgt der Rechtsstaat? *Recht und Politik* 2013, 90 ff.; *Ulrike Lembke* Diversity als Rechtsbegriff, *Rechtswissenschaft* 2012, 46 (50); *Frank Schorkopf* Staat und Diversität, 2017, 7 ff., 10: „Der beschreibende Begriff erhält eine normative Komponente und wird dadurch zum Gesellschaftskonzept.“

²³ Zum Begriff der Natur und seiner Verwobenheit mit kulturellen Vorstellungen s. schon *Georg Lukács* Geschichte und Klassenbewußtsein (1923), in: *ders.* Werke, Bd. 1: Frühschriften, 2. Aufl. 1977, 27 (201): „Natur ist eine gesellschaftliche Kategorie.“; ähnlich *Hans-Jörg Rheinberger* Iterationen, 2005, 31 ff.; vgl. auch *Ino Augsberg* Natur als Norm, in: *Annette Meyer/Stephan Schleissing* (Hrsg.) Projektion Natur, 2014, 164 ff., v.a. 175 f.; *Reiner Grundmann/Nico Stehr* Die Natur und die Natur der Gesellschaft, in: *Ludwig Fischer* (Hrsg.) Projektionsfläche Natur, 2004, 261 ff.

²⁴ Für den „Naturzustand“ wird dies zwar teilweise postuliert, vgl. etwa *Thomas Hobbes* Philosophical Rudiments concerning Government and Society: Of Liberty, in: *ders.* English Works. Collected and edited by Sir William Molesworth, Vol. II, 1841 (Neudruck 1966), 1 (7): „All men therefore among themselves are by nature equal; the inequality we now discern, hath its spring from the civil law.“, und *Charles de Montesquieu* Vom Geist der Gesetze, Bd. 1, 1804, 214 f.: „Im Stande der Natur werden zwar alle Menschen einander gleich geboren, aber sie können es nicht bleiben. Der gesellige Zustand hebt diese Gleichheit auf, und nur durch die Gesetze wird er [sic!] wieder hergestellt.“ Entsprechend auch *Jean-Jacques Rousseau* Vom Gesellschaftsvertrag oder Prinzipien des Staatsrechts, in: *ders.*, Kulturkritische und politische Schriften, hrsg. v. *Martin Fontius*, Bd. 1, 1989, 379 (397, 400, 424 ff.). Doch werden damit nicht etwa tatsächlich bestehende Differenzen gelehnet oder ignoriert; vielmehr geht es um eine (bloße) Wesensgleichheit, die letztlich primär normativen Charakter hat.

²⁵ Zur (beschränkten) Bedeutung der Gleichheit für Marx s. etwa *Slavoj Žižek* Disparitäten, 2018, 453 ff. Vgl. aber auch zum „neuen Sowjetmenschen“ *Peter Watson* Das Zeitalter des Nichts, 2016, 278 (mit Bezug auf *Leo Trotzki*).

barer Zustand verstanden.²⁶ Gleichheit ist damit nichts Vorgegebenes, sondern etwas Aufgegebenes; sie ist nicht absolut, sondern relativ, nicht Ausgangs-, sondern Zielpunkt menschlicher Gemeinschaft. Weil jeder Mensch sowohl in seiner basalen Gattungszugehörigkeit wie auch in seiner jeweiligen Einzigartigkeit zu berücksichtigen ist,²⁷ gilt in den Worten *Hannah Arendts*: „Gleichheit ist nicht gegeben und als Gleiche nur sind wir das Produkt menschlichen Handelns. Gleiche werden wir als Glieder einer Gruppe, in der wir uns kraft unserer eigenen Entscheidung gleiche Rechte gegenseitig garantieren.“²⁸

Dennoch ist auch die Gleichheit nicht auf eine normative, mehr oder weniger stark kontrafaktische Dimension beschränkt.²⁹ Sie setzt vielmehr, zum einen, eine als unhinterfragbar unterstellte³⁰ Größe voraus: den Menschen.³¹ Zum anderen knüpfen Gleichheitsforderungen nach herkömmli-

²⁶ S. allerdings *Rancière* Demokratien gegen die Demokratie (Fn. 21), 90 (93): „Nach meinem Verständnis setzt die Demokratie eine Gleichheit voraus, gegenüber der sich sogar eine oligarchische Staatform wie unsere mehr oder weniger rechtfertigen muss. Ja, die Demokratie hat sehr wohl eine kritische Funktion: Sie ist der Keil der Gleichheit, der objektiv und subjektiv im Herrschaftskörper steckt und verhindert, daß sich Politik in bloße Polizei verwandelt.“ Vgl. hierzu näher *Ulf Bohmann* Rancière und die (radikale) Demokratie – eine Hassliebe?, in: Thomas Linpinsel/Il-Tschung Lim (Hrsg.) Gleichheit, Politik und Polizei: Jacques Rancière und die Sozialwissenschaften, 2018, 75 (80): „Formale und rechtliche Gleichheit sind damit nicht gemeint – eher die gleiche Sprachfähigkeit des Menschen und der gleiche Anspruch auf einen Platz im öffentlichen Leben.“

²⁷ Vgl. *Arendt* Vita activa (Fn. 7), 214: „Im Menschen wird die Besonderheit, die er mit allem Seienden teilt und die Verschiedenheit, die er mit allem Lebendigen teilt, zur Einzigartigkeit, und menschliche Pluralität ist eine Vielheit, die die paradoxe Eigenschaft hat, daß jedes ihrer Glieder in seiner Art einzigartig ist.“ S. auch dort, 213: „Das Faktum menschlicher Pluralität, die grundsätzliche Bedingung des Handelns wie des Sprechens, manifestiert sich auf zweierlei Art, als Gleichheit und Verschiedenheit. Ohne Gleichartigkeit gäbe es keine Verständigung unter Lebenden, kein Verstehen der Toten und kein Planen für eine Welt, die nicht mehr von uns, aber doch immer noch von unseresgleichen bevölkert sein wird. Ohne Verschiedenheit, das absolute Unterschiedensein jeder Person von jeder anderen, die ist, war oder sein wird, bedürfte es weder der Sprache noch des Handelns für eine Verständigung.“

²⁸ *Hannah Arendt* Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft (1951), 14. Aufl. 2011, 622.

²⁹ Vgl. schon *Stefan Huster* in: Karl Heinrich Friauf/Wolfram Höfling (Hrsg.) Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt (Stand: 12/2002), Art. 3 Rn. 26 ff., der zusätzlich zwischen Gleichheit und Gleichbehandlung differenziert.

³⁰ Zur Bedeutung entsprechender Fiktionen s. *Vagias Karavas* Rechtskörper. Juridische (Re-)Konstruktionen des Biologischen, 2018 (noch unveröffentlichtes Manuskript).

³¹ Damit ist zwar kein in sich eindeutiges, sondern ein im Gegenteil in neuralgischen Problemkonstellationen hochumstrittenes – und letztlich normativ zu bestimmendes – Bezugsobjekt betroffen. Vgl. dazu nur *Steffen Augsberg* Würde des Menschen als Gattungswesen, in: Peter Dabrock/Ruth Denkhäus/Stephan Schaele (Hrsg.) Gattung Mensch, 2010, 385 (390 ff.); *Wolfram Höfling* Von Menschen und Personen, in: Bernhard Kempen u.a.

cher Vorstellung an einen tatsächlichen Vergleich, die Feststellung zumindest einer gemeinsamen Eigenschaft, an, und zur Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen wird auf „relevante tatsächliche Unterschiede“ abgestellt.³² Damit sind Gleichheitsprüfungen in spezifischer Weise mit dem allgemeinen rechts- und insbesondere grundrechtsdogmatischen Problem konfrontiert, ein realitätsgerechtes Norm- mit einem normgerechten Realitätsverständnis zu kombinieren.³³

Beide Begriffe changieren also je nach Verwendungszusammenhang zwischen einer stärker normativen und einer primär deskriptiven Lesart; beide enthalten damit schon in sich eine spezifische Spannung. In der Kombination ergibt sich eine komplexe Untersuchungsmatrix: Das Verhältnis von Gleichheit und Vielfalt ist nicht eindimensional, sondern auf seinen unterschiedlichen Interferenzebenen zu untersuchen.³⁴ Um dem gerecht zu werden, erscheint es sinnvoll, sich in einem ersten Annäherungsschritt mit den entwicklungsgeschichtlichen Grundlagen zu beschäftigen. Das muss im Falle der seit jeher zu den Kernthemen der (Moral-)Philosophie und politischen Theorie zählenden Gleichheit notwendig sehr holzschnittartig geschehen, setzt mit Blick auf das modernere Konzept der Vielfalt hingegen eine etwas ausführlichere Untersuchung voraus (dazu II.). Auf dieser Basis können sodann einige konkrete, besonders konflikträchtige Anwendungsszenarien betrachtet werden (dazu III.).

Es geht nachfolgend mithin darum, sich die Bedeutung von Vielfalt (auch: Mannigfaltigkeit) zu erschließen und sie in ihrem Verhältnis zur Gleichheit zu untersuchen. Das setzt eine Entfaltung voraus. Der damit bereits in dreifacher Hinsicht in Bezug genommene Begriff der Falte hat in der Philosophie besondere Aufmerksamkeit erfahren.³⁵ Die Falte, latei-

(Hrsg.) Die Macht des Geistes. FS Hartmut Schiedermaier, 2001, 363 ff.; ders. Definiert die Rechtsordnung den Menschen?, in: Walter Schweidler/Herbert A. Neumann/Eugen Brysch (Hrsg.) Menschenleben – Menschenwürde, 2002, 165 (166 ff.); ders. Reprogenetik und Verfassungsrecht, 2001, 11 ff.; *Stephan Rixen* Lebensschutz am Lebensende, 1999, jeweils m.w.N. Das ändert jedoch nichts daran, dass es jedenfalls in aller Regel möglich und zumeist auch völlig unproblematisch ist, diese Voraussetzung des Gleichheitsgedankens zu bestimmen – wenngleich auch hier, wie noch zu erörtern ist, Gewissheitsverluste und Erweiterungstendenzen zu attestieren sind.

³² Huster (Fn. 29), Art. 3 Rn. 30, 58, 64.

³³ Vgl. dazu *Ino Augsberg* Informationsverwaltungsrecht, 2014, 205 f. (mit Bezug auf *Gregor Kirchhof* Grundrechte und Wirklichkeit, 2006).

³⁴ Vgl. ähnlich etwa *Réjane Sénac* L'égalité sous conditions: Genre, parité, diversité, 2015.

³⁵ Vgl. mit Bezug auf Leibniz *Gilles Deleuze* Die Falte, 1995; ders. Differenz und Wiederholung, 3. Aufl. 2007, 92; dazu *Alain Badiou* Deleuze. Das Geschrei des Seins, 2003, 116 ff. Zum Ganzen *André Reichert* Diagrammatik des Denkens: Descartes und Deleuze, 2013, 201 ff.; *Jon Roffe* Badiou's Deleuze, 2014, 128 ff. Der Gedanke wird für das Verhält-

nisch *plica*, gilt dort als nicht nur semantisch notwendiger Bestandteil der Ex-plika-tion.³⁶ Für uns liegt noch eine andere Deutung nahe: Wer etwas Vielfältiges zu entfalten versucht, geht von einer einheitlichen, gemeinsamen Grundsubstanz, dem gefalteten Objekt, aus.³⁷ Dem entspricht in der juristischen Terminologie die Vorstellung eines einzigen *genus proximum* und einer – tendenziell grenzenlosen – Pluralität der *differentia specifica*.³⁸ Gleichheit setzt vor allem den Menschen als unveränderlichen, normativ einheitlich gesetzten Ausgangspunkt voraus. Man muss diese Grundannahme nicht im Sinne des in den Kultur- und Geisteswissenschaften zunehmend Bedeutung erlangenden *animal turn* prinzipiell hinterfragen.³⁹ Man wird aber angesichts der sich mit hoher Geschwindigkeit fortentwickelnden, immer menschenähnlicheren Künstlichen Intelligenz nicht umhinkommen, über deren gleichheitsrechtliche Implikationen nachzudenken. Dem ist in einem vierten Untersuchungsabschnitt nachzugehen (dazu IV.).

Ein knapper Ausblick beschließt den Bericht. Hier wird gefragt, inwieweit sich die beschriebene, primär auf den grundrechtlichen Bereich bezogene Spannungslage auch staatsorganisationsrechtlich auswirkt. Das prekäre Verhältnis von Gleichheit und Vielfalt kann, so die These, auch dazu

nis von Literatur- und Rechtswissenschaft fruchtbar gemacht von *Ino Augsberg* Innen des Außen des Innen: Verfaltungen zwischen Rechts- und Literaturwissenschaft, in: ders./Sophie-Charlotte Lenski (Hrsg.) Die Innenwelt der Außenwelt der Innenwelt des Rechts, 2012, 11 ff.; dem folgend *Albert Ingold* Das Recht der Oppositionen, 2015, 536.

³⁶ Vgl. *Deleuze* Die Falte (Fn. 35), 15 f.: „[...] ein flexibler oder elastischer Körper hat noch kohärente Teile, die eine Falte bilden, so daß sie sich nicht in Teile von Teilen trennen, sondern sich vielmehr ins Unendliche in immer kleinere Falten unterteilen, welche immer noch eine gewisse Kohäsion bewahren. So ist das Labyrinth des Kontinuums keine Linie, die sich in unabhängige Punkte auflöst, wie der fließende Sand der Körner, sondern etwas wie ein Stoff oder ein Papierblatt, das sich ins Unendliche in Falten unterteilt oder sich in Kurvenbewegungen auflöst, von denen jede durch die konsistente oder richtungsgleiche Umgebung bestimmt ist. [...] Die Einheit der Materie, das kleinste labyrinthische Element, ist die Falte, nicht der Punkt, der nie ein Teil, sondern immer nur das einfache Ende einer Linie ist. [...] Das Entfalten ist also nicht das Gegenteil der Falte, sondern folgt der Falte bis zu einer anderen Falte.“

³⁷ Vgl. *Gilles Deleuze* (zitiert nach *Alain Badiou* Deleuze, Leser von Leibniz, in: Clemens-Carl Härle [Hrsg.] Karten zu Tausend Plateaus, 1993, 133 [135]): „Mannigfaltig ist etwas, das nicht nur viele Teile hat, sondern vor allem vielfach gefaltet ist.“

³⁸ Vgl. hierzu umfassend *Adalbert Podlech* Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, 1971, 29 ff., 64 ff.

³⁹ Mittlerweile existiert hierzu eine große Fülle an Literatur; vgl. im Überblick Margo DeMello (Hrsg.) *Human-Animal Studies. A Bibliography*, 2012. S. ferner als instruktiven Einstieg etwa *dies.* *Animals and society*, 2012; *Harriet Ritvo* *On the Animal Turn*, Daedalus 4 (2007), 118 ff.; *Kari Weil* *Thinking Animals: Why Animal Studies Now?*, 2012, 3 ff.; *dies.* *A Report on the Animal Turn*, differences 21.2 (2010), 1 ff., sowie die Beiträge in: Erika Andersson Cederholm u.a. (Hrsg.) *Exploring the Animal Turn*, 2014, und in: Reinhard Spannring u.a. (Hrsg.) *Disziplinierte Tiere?*, 2015.

dienen, ein allgemein stärker differenz- und dissensorientiertes Demokratieverständnis zu befördern – und umgekehrt kann dieses hilfreich sein, um der Vielfalt auch im Hinblick auf kollektive Selbstbestimmung besser zu entsprechen (dazu V.).

II. Entwicklungslinien

Gleichheit stellt ein klassisches Thema der (politischen) Philosophie dar; unter den Bedingungen des modernen Verwaltungsstaats erhält sie eine darüber hinausreichende, leistungsstaatlich gewandelte bzw. erweiterte Bedeutung.⁴⁰ Positivrechtlich erfasst wird das Postulat einer Gleichbehandlung aller Menschen⁴¹ vor allem in den neuzeitlichen Verfassungen,⁴² die aber zugleich bis in das zwanzigste Jahrhundert hinein evidente Ungleichbehandlungen nicht als unaufhebbaren Widerspruch zum Gleichheitsversprechen verstanden.⁴³ Hier knüpft das Vielfaltskonzept an, das auf diese „blinden Flecken“ aufmerksam macht, die Rechte bislang unzureichend berücksichtigter Bevölkerungssteile

⁴⁰ Vgl. zu dieser Entwicklung *Karl-Heinz Ladeur* Sprachformation und Rechtsparadigma (1984), in: ders. Das Recht der Netzwerkgesellschaft, hrsg. von Ino Augsberg/Thomas Vesting, 2013, 241 (252 unter Bezugnahme auf *Ernst Rudolf Hubers* noch zu Weimarer Zeiten geschriebenen Aufsatz zum „Bedeutungswandel der Grundrechte“, AöR 62 [1933] 1 ff.).

⁴¹ Weil das antike (griechische und römische) Recht diese Grundprämisse nicht teilte (vgl. nur *René Marcic* Geschichte der Rechtsphilosophie, 1971, 41; deutlich skeptisch ggü. der Idee einer „völlige[n] Gleichheit der Menschen“ noch *Edward Gibbon* Historische Übersicht des Römischen Rechts, 1789 [Neuausgabe 1996], 18 [76]; s. auch *Ernst Carl Wieland* Versuch über die natürliche Gleichheit der Menschen, 1782) bedeutet diese für das moderne Rechtsdenken zentrale, zeitlich und inhaltlich eng mit dem Naturrechtsdenken des 18. Jahrhunderts – das seinerseits christliche Überzeugungen widerspiegelte (dazu jüngst *Karl-Heinz Ladeur* Der Anfang des westlichen Rechts, 2018, 86 ff.) – verbundene grundlegende Annahme einen Bruch mit dieser Rechtstradition. Vgl. dazu im Überblick *Martin Reulecke* Gleichheit und Strafrecht im deutschen Naturrecht des 18. und 19. Jahrhunderts, 2007, 15 ff.

⁴² Vgl. hierzu etwa *Hans Peter Ipsen* Gleichheit, in: Franz L. Neumann/Hans Carl Nipperdey/Ulrich Scheuner (Hrsg.) Die Grundrechte, Bd. 2: Die Freiheitsrechte in Deutschland, 1954, 111 (115 ff.).

⁴³ Vgl. dazu mit Blick auf die Sklaverei *George Anastaplo* Reflections on Slavery and the Constitution, 2012, 59 ff.; *David Waldstreicher* Slavery's Constitution, 2009, 3 ff., sowie die Beiträge in: Robert A. Goldwin/Art Kaufman (Hrsg.) Slavery and Its Consequences, 1988, und die zeitgeschichtlichen Dokumente in: John P. Kaminski (Hrsg.) A Necessary Evil?, 1995; mit Blick auf das (fehlende) Wahlrecht für Frauen allgemein *Jad Adams* Women and the Vote, 2016; für Deutschland etwa *Hedwig Richter* Demokratiegeschichte ohne Frauen?, APuZ 42/2018, 4 ff.; *Kerstin Wolff* Auch unsere Stimme zählt, a.a.O., 11 ff., jeweils m.w.N.; für die Schweiz *Regula Argast* Staatsbürgerschaft und Nation, 2007.

thematisiert und für diese Nichtdiskriminierung und Anerkennung,⁴⁴ gegebenenfalls sogar eine überproportionale, ausgleichende Berücksichtigung einfordert.⁴⁵

1. *Ausgangspunkt: Das Gleichheitsversprechen als variables Basiselement der abendländischen Philosophie*

In der politischen Philosophie und Theorie wird der Gedanke der Gleichheit fast durchgängig eng mit dem der Gerechtigkeit verknüpft.⁴⁶ Diese erhebliche normative Bedeutung der Gleichheit ist indes in ihrer oben bereits angedeuteten spezifischen Beziehung zu tatsächlich bestehenden Unterschieden zu verstehen: Sie bedeutet regelhaft⁴⁷ kein „Gleichsein, erst recht nicht Gleichmachen, aber auch nicht Gleichverteilung“, sondern (nur) „die gleichmäßige Berücksichtigung von allen“.⁴⁸ Die

⁴⁴ Vgl. dazu etwa *Benhabib* Kulturelle Vielfalt (Fn. 19), 33 ff.; *Richard Sennett* Respect in a World of Inequality, 2003; zu diesem Verständnis von „mutual recognition“ s. auch *Paul Ricoeur* The Course of Recognition, 2005, 150 ff. Vgl. auch den Versuch einer „europäischen Ideengeschichte“ des Begriffs bei *Axel Honneth* Anerkennung, 2018.

⁴⁵ Vgl. zur „Umverteilung von Ressourcen“ als zweiter Dimension von Diversity *Lembke* Diversity als Rechtsbegriff (Fn. 22), 46 (62). S. auch *Ute Sacksofsky* Positive Maßnahmen und Verfassungsrecht, ZESAR 2004, 208 ff.; speziell für die USA dies. Sind Schwarze und Frauen gleicher als weiße Männer?, in: *Cord Jakobeit/dies./Peter Welzel* (Hrsg.) Die USA am Beginn der neunziger Jahre, 1993, 217 ff. S. auch die Unterscheidung zwischen *affirmative* und *transformative remedies* bei *Nancy Fraser* Justice Interruptus, 1997, 23: „By affirmative remedies for injustice I mean remedies aimed at correcting inequitable outcomes of social arrangements without disturbing the underlying framework that generates them. By transformative remedies, in contrast, I mean remedies aimed at correcting inequitable outcomes precisely by restructuring the underlying generative framework.“

⁴⁶ S. exemplarisch nur *Stefan Gosepath*, Gleiche Gerechtigkeit, 2. Aufl. 2004; *Erik Rakowski* Equal Justice, 1991; *Michael Walzer* Sphären der Gerechtigkeit, 1992; vgl. auch im Überblick *Grünberger* Personale Gleichheit (Fn. 3), 870 ff. *Niklas Luhmann* stellt zur Bestimmung der Gerechtigkeit ab auf die „Konsistenz des Entscheidens“ und versteht darunter explizit die „Regel, gleiche Fälle gleich (und folglich: ungleiche ungleich) zu entscheiden.“, vgl. *ders.* Das Recht der Gesellschaft, 1993, 227; s. dazu auch *Thomas Osterkamp* Juristische Gerechtigkeit, 2004, 126 ff. *Luhmann* verweist indes zugleich darauf, dass die diskussionsprägende Vorstellung von „Gerechtigkeit als Gleichheit“ keineswegs selbstverständlich, sondern in ihrer Entstehung historisch datierbar ist, vgl. *ders.* Kontingenz und Recht, 2013, 161 ff.: „Für die Rechtstheorie müßte [...] die Bestimmung der Gerechtigkeit als Gleichheit als Identifikationsleistung zum Problem werden. Zu fragen wäre etwa, unter welchen Voraussetzungen eine solche Kombination möglich ist, was sie leistet, wie ihre Risiken abgesichert werden können, wie sie die Entwicklung des Rechts fördert bzw. bremst, welche Folgeprobleme zu erwarten sind“ (a.a.O., 161 f.).

⁴⁷ Anders bekanntlich namentlich *Thomas Morus* Utopia (1516), 2012.

⁴⁸ *Christoph Menke* Spiegelungen der Gleichheit, 2000, 2, 15. Vgl. auch *Herlinde Pauer-Studer* Autonom leben, 2000, 24 ff., die Gleichheit in ihrer Beziehung zu Freiheit,

normative Gleichheitsdimension setzt mithin tatsächliche Ungleichheit voraus. „Gerade Gleichheit vor dem Gesetz kann es nur für Ungleiche, also, politisch gesprochen, nur für Menschen geben, die entweder von Geburt oder durch ihren Beruf oder durch ihren politischen Willen sich in Gruppen scheiden und differenzieren.“⁴⁹ Gleichheit ist demnach ein Relationsbegriff,⁵⁰ weil er sich notwendig auf das Verhältnis innerhalb einer Gruppe unterschiedlicher Objekte, Personen, Institutionen, Verfahren u.ä. bezieht, die zumindest in einer Hinsicht eine übereinstimmende Eigenschaft aufweisen – in (allen) anderen aber sich unterscheiden. Die so konzipierte Gleichheit ist sowohl von Identität wie von bloßer Ähnlichkeit zu unterscheiden.⁵¹ Im übrigen ist die Bedeutungsvarianz augenfällig: Der Gleichheitsgedanke wird von nahezu allen philosophischen Strömungen zentral behandelt; seine konkrete Funktion hängt aber stark davon ab, ob er etwa formal oder materiell, proportional oder absolut, ergebnis- oder chancenbezogen gefasst wird,⁵² von liberalen, libertären, konsequentialistischen, kommunitaristischen oder postfundamentalistischen Positionen aus formuliert wird.⁵³ Größere Aufmerksamkeit erlangt ferner etwa die Frage

Autonomie und Achtung analysiert und ihre rein instrumentelle (Verteilungs-)Funktion betont, als soziale und ökonomische Grundlage für individuelle Freiheit zu dienen.

⁴⁹ *Arendt* Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft (Fn. 28), 671. S. auch *dies.* Vita activa (Fn. 7), 272 f.: „Das Prinzip der Gleichheit, das den öffentlichen Bereich beherrscht, kann überhaupt nur von Ungleichen realisiert werden, die sich dann einander in gewissen, von vornherein festgelegten Hinsichten und für bestimmte feststehende Ziele angleichen.“

⁵⁰ Zur Unterscheidung von „Dingbegriffen“ und „Relationsbegriffen“ grundlegend *Heinrich Rickert* Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung, 3. u. 4. Aufl. 1921, 51 ff.; s. auch *Harald Höffding* Der Relationsbegriff, 1922. Vgl. aus juristischer Sicht etwa *Gerhard* Menschenrechte auch für Frauen? (Fn. 5), 127; *Michael Köhler* Recht und Gerechtigkeit, 2017, 229; für Österreich s. *Magdalena Pöschl* in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.) Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa: Bd. VII/1, 2. Aufl. 2014, § 14 Rn. 11.

⁵¹ Vgl. hierzu nur *Dann* Gleichheit (Fn. 1), 995 (1997); *Alfred Menne* Identität, Gleichheit, Ähnlichkeit, Ratio 4 (1962), 44 ff.; ferner etwa *Deleuze* Differenz und Wiederholung (Fn. 35), 15 ff. Auch an dieser Stelle wird Identität ersichtlich (noch) im Sinne eines „Identisch-Seins“ verwendet.

⁵² Vgl. etwa *Campbell Brown* Priority or Sufficiency ...or Both?, *Economics and Philosophy* 21 (2005) 199 ff.; *Roger Crisp* Equality, Priority, and Compassion, *Ethics* 113 (2003), 745 ff.

⁵³ Vgl. aus der schier unübersehbaren Menge an Beiträgen etwa *Richard Arneson* Equality and Equal Opportunity for Welfare, *Philosophical Studies* 56 (1989), 77 ff.; *Gerald A. Cohen* On the Currency of Egalitarian Justice, *Ethics* 99 (1989), 906 ff.; *Ronald Dworkin* What is Equality? Part 1: Equality of Welfare, *Philosophy & Public Affairs* 10 (1981), 185 ff.; Part 2: Equality of Resources, *Philosophy and Public Affairs* 10 (1981), 283 ff.; *Thomas Nagel* Equality and Partiality, 1991; *Derek Parfit* Equality and Priority, *Ratio* 10 (1997), 202 ff.; *Sen* Equality of What? (Fn. 8), 195 ff.; *ders.* Inequality Reexamined, 1992; *Paul Weirich* Utility Tempered with Equality, *Nous* 17 (1983), 423 ff. S. ferner als instruk-

nach dem Umfang der Gleichheit und ihre intertemporale und intergenerationale Relevanz,⁵⁴ aber auch das Problem, welche Ungleichheiten eigentlich erfasst sind, wo also Gleichheit anzustreben ist (und wo nicht).⁵⁵

2. Grundrechtliche Gleichheitsgarantien

Schon diese äußerst knappe Erinnerung erhellt, warum die juristische Diskussion im Bereich der Gleichheitsrechte wie sonst vielleicht nur noch bei der Menschenwürdegarantie⁵⁶ ideengeschichtlich vorgeprägt ist.⁵⁷ Das Gleichheitsgrundrecht verweist insoweit auf ein bestimmtes ihm vorgehendes Staats- und Rechtsverständnis.⁵⁸ Entsprechend verwendete *Erich Kaufmann* einen nicht unbeträchtlichen Teil seines Referats vor dieser Vereinigung darauf, den übergesetzlichen Charakter⁵⁹ des Gleichheitssatzes zu betonen.⁶⁰ Auch der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung gilt Art. 3 Abs. 1 GG als positiver Ausdruck eines überpositiven Rechtsgrundsatzes.⁶¹ Das Gericht versteht

tiven Überblick *Peter Dabrock* Befähigungsgerechtigkeit, 2012, 75 ff., sowie ferner etwa die Beiträge in: J. Angelo Corlett (Hrsg.) *Equality and Liberty*, 1991; in: Nils Holtug/Kasper Lippert-Rasmussen (Hrsg.) *Egalitarianism. New Essays on the Nature and Value of Equality*, 2007, und in: Jan Narveson/James P. Sterba (Hrsg.) *Are Liberty and Equality Compatible?*, 2010.

⁵⁴ Vgl. etwa *Bruce A. Ackerman* Temporal Horizons of Justice, *Journal of Philosophy* 94 (1997) 299 ff.; *Wolfgang Buchholz* Intergenerationelle Gerechtigkeit und erschöpfbare Ressourcen, 1984.

⁵⁵ Vgl. etwa *Elizabeth S. Anderson* What Is the Point of Equality?, *Ethics* 109 (1999), 287 ff.; dazu kritisch *Alexander Brown* Luck Egalitarianism and Democratic Equality, *Ethical Perspectives* 12 (2005), 293 ff.; *John Kekes* Objections to Democratic Egalitarianism, *Journal of Social Philosophy* 33 (2002), 163 ff.

⁵⁶ Dazu nur *Matthias Herdegen* in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Begr.) Grundgesetz, Loseblatt (Stand: 05/2009), Art. 1 Abs. 1 Rn. 7; *Wolfram Höfling* in: Michael Sachs (Hrsg.) Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 1 Rn. 3, jeweils m.w.N.

⁵⁷ Vgl. dazu etwa *Dann* Gleichheit und Gleichberechtigung (Fn. 1); *Michael Stolleis* Historische und ideengeschichtliche Entwicklung des Gleichheitssatzes, in: Rüdiger Wolfrum (Hrsg.) Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz, 2003, 7 ff.; skeptisch mit Blick auf Art. 109 WRV *Otto Mainzer* Gleichheit vor dem Gesetz, Gerechtigkeit und Recht, 1929, 10 ff.

⁵⁸ Vgl. nur *Huster* (Fn. 29), Art. 3 Rn. 24 ff.

⁵⁹ Ganz im Sinne der von ihm allgemein verfolgten rechtsphilosophischen Ausrichtung – in Ablehnung des Rechtspositivismus und insbesondere des Neukantianismus, vgl. dazu insbes. *Erich Kaufmann* Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie (1921), in: *ders.* Gesammelte Schriften, Bd. III: Rechtsidee und Recht, 1960, 176 ff.

⁶⁰ Vgl. *Erich Kaufmann* Gleichheit vor dem Gesetz, *VVDStRL* 3 (1927), 2 (5 f.); s. auch *Gerhard Leibholz* Die Gleichheit vor dem Gesetz, 2. Aufl. 1959, 72.

⁶¹ Vgl. BVerfGE 1, 208 (233); 23, 98 (106 f.); 110, 141 (167); s. auch BVerfGE 78, 232 (248). S. zum Verweis auf die „fundierten allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der

den allgemeinen Gleichheitssatz zudem „als allgemeines rechtsstaatliches Prinzip in allen Rechtsbereichen“.⁶²

a) *Gleichbehandlung als Erkenntnis?*

Grundrechtsdogmatisch ist im Gleichheitsbereich bekanntlich nach wie vor vieles umstritten: Der grundsätzliche Normcharakter des allgemeinen Gleichheitssatzes⁶³, die damit verbundene Frage nach der Prüfungsstruktur,⁶⁴ das Verhältnis zu den speziellen Gleichheitsrechten.⁶⁵ Im vorliegenden Zusammenhang interessiert vor allem das Zusammenspiel tatsächlicher und normativer Aspekte in der Anwendung des Gleichheitssatzes. Insoweit hat die vom Bundesverfassungsgericht vorgenommene Weiterentwicklung⁶⁶ der Rechtfertigungsprüfung von der Willkürtheorie⁶⁷ zur „neuen Formel“⁶⁸ ebenso wie die Verabschiedung dieses binären Modells in der jüngeren Rechtsprechung⁶⁹ „an der dogmatischen Grundstruktur der verfassungsrechtlichen Gleichheitsprüfung nichts geändert. Nach wie vor ist diese Prüfung durch zwei zentrale Elemente geprägt: einen deskriptiven Begriff der Ungleichbehandlung und die Rechtfertigung der jeweiligen Ungleichbehandlung durch den Verweis auf tatsächliche Unterschiede zwischen den Vergleichspersonen.“⁷⁰

Gemeinschaft“ BVerfGE 9, 338 (349); 34, 269 (287); 42, 67 (72); zustimmend *Reinhold Zippelius* Der Gleichheitssatz, VVDStRL 47 (1989), 7 (25). S. aber auch BVerfGE 3, 162 (Ls. 4, 182).

⁶² Vgl. BVerfGE 38, 225 (228); ferner BVerfGE 35, 263 (271 f.); 41, 1 (13).

⁶³ Vgl. dazu etwa *Huster* (Fn. 29), Art. 3 Rn. 42 ff.; *Ferdinand Wollenschläger* in: Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.) Grundgesetz, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 1 Rn. 47 ff.

⁶⁴ Vgl. dazu *Wollenschläger* (Fn. 63), Art. 3 Abs. 1 Rn. 103 ff.

⁶⁵ Vgl. dazu *Wollenschläger* (Fn. 63), Art. 3 Abs. 1 Rn. 328. S. auch *Ute Sacksofsky* Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 1991, 23 ff.

⁶⁶ Vgl. dazu etwa *Sigrid Boysen* in: Ingo v. Münch/Philipp Kunig (Hrsg.) Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 3 Rn. 14 ff.; *Lerke Osterloh* Der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz, EuGRZ 2002, 309 ff.

⁶⁷ Vgl. BVerfGE 1, 14 (55); 3, 225 (240); 4, 144 (155 f.); 141, 1 (39).

⁶⁸ Vgl. v.a. BVerfGE 55, 72 (88 f.); ferner BVerfGE 74, 9 (24); 83, 1 (23); 88, 87 (96); 99, 367 (389 f.); 101, 54 (101); 116, 135 (161); 121, 317 (369); 126, 400 (417).

⁶⁹ Vgl. zuletzt BVerfG Beschl. v. 1.8.2018, Az.: 1 BvR 1728/12 – 1 BvR 1756/12, NVwZ 2018, 1630 (1631 Rn. 74 – mit Verweis auf die „st. Rspr.“: BVerfGE 138, 136 [180 Rn. 121]; 139, 285 [309 Rn. 70]): „Dabei gilt ein stufenloser am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen.“ S. hierzu auch *Gabriele Britz* Der allgemeine Gleichheitssatz in der Rechtsprechung des BVerfG, NJW 2014, 346 ff.

⁷⁰ *Huster* (Fn. 29), Art. 3 Rn. 64.

b) *Normativität des „Tatsächlichen“*

Gegenüber einer solchen Dichotomie von Faktizität und Geltung ist daran zu erinnern, dass der Gleichheitssatz durch eine Selektions- und Filterfunktion gekennzeichnet ist: „Es gibt kein Recht auf allgemeine Gleichheit, sondern nur auf Gleichheit in den rechtlich bedeutsamen Belangen.“⁷¹ Gleichheit lässt sich nicht feststellen, ohne Differenzen zu ignorieren. Wie dies geschieht und welche Unterschiede gleichheitsrechtlich bedeutsam sind, wird im positiven Recht nicht abschließend geregelt. Daraus resultiert die Gefahr eines „Abdriftens“ in einen allgemeinen, relativ unkonturierten Gerechtigkeitsdiskurs.⁷² Vor allem aber werden Gemeinsamkeiten wie Unterschiede nicht einfach vorgefunden, sondern konstruiert.⁷³ Auch hier gilt, dass das Recht sich seine eigene Realität schafft: „Legal systems create facts in order to treat them as facts.“⁷⁴ Es geht daher nicht um Erkenntnis, sondern um Beurteilung von Wirklichkeit.⁷⁵ Noch den vorgeblich rein deskriptiven Elementen des Gleichheitssatzes wohnt „ein werten-des Moment inne [...]. Die Gleichheitsaussage ist demnach doppelt relativ, nachdem sich die Vergleichsobjekte nicht in jeder Hinsicht gleichen und überdies der jeweilige Vergleichsanlass die entscheidenden Merkmale determiniert.“⁷⁶ Wie großzügig in der Praxis dabei mitunter materielle und formale Gleichbehandlungsaspekte behandelt werden, zeigt sich beispiel-

⁷¹ Britz Kulturelle Rechte (Fn. 20), 193. Weitergehend zu Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG („Optimierungsgebot [...], das in Verbindung mit der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG ähnlich einem Staatsauftrag gewisse Schutzpflichten zur Herstellung auch faktisch gleicher Lebensverhältnisse enthält“) Rainer Nickel Komplexe Gleichheit, in: Kritische Justiz (Hrsg.) Verfassungsrecht und gesellschaftliche Realität, 2009, 159 (174).

⁷² Hellsichtig hierzu Huster (Fn. 29), Art. 3 Rn. 33 ff.; kritisch zu Recht auch schon BVerfGE 3, 162 (Ls. 4, 182); s. ferner das Sondervotum von Martin Hirsch BVerfGE 48, 127 (199 f.).

⁷³ Das hat methodische Konsequenzen, vgl. Bruno Latour Eine neue Soziologie für eine neue Gesellschaft, 2007, 152: „Von etwas zu sagen, es sei konstruiert (*constructed*) bedeutet, daß es kein Mysterium ist, das aus dem Nichts aufgetaucht ist, sondern daß es einen bescheidenen Ursprung hat, der aber auch sichtbarer und interessanter ist.“ S. auch dort, 155 ff., zu möglichen und tatsächlichen Missverständnissen.

⁷⁴ Lawrence Rosen Law as Culture, 2006, 68.

⁷⁵ Vgl. hierzu auch Christoph Engel Herrschaftsausübung bei offener Wirklichkeitsdefinition, in: ders./Wolfgang Schön (Hrsg.) Das Proprium des Rechts, 2002, 205 (236 ff.); s. ferner Ino Augsberg Von einem neuerdings erhobenen empiristischen Ton in der Rechtswissenschaft, Der Staat 51 (2012), 117 ff. Vgl. allgemein Peter L. Berger/Thomas Luckmann Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit, 1969; Ian Hacking Was heißt soziale Konstruktion?, 1999; Peter Hofmann/Stefan Hirschauer Die konstruktivistische Wende, in: Sabine Maasen/Mario Kaiser/Martin Reinhart/Barbara Sutter (Hrsg.) Handbuch Wissenschaftssoziologie, 2012, 85 ff.

⁷⁶ Wollenschläger (Fn. 63), Art. 3 Abs. 1 Rn. 44. Vgl. auch Zippelius Der Gleichheitssatz (Fn. 61), 7 (21 f.); ferner Menke, Spiegelungen der Gleichheit (Fn. 48), 14 ff.

haft an dem Beschluss⁷⁷ des Bundesverfassungsgerichts zu Transferzahlungen der Bundesagentur für Arbeit.⁷⁸

3. *Vielfalt als Faktum und Forderung*

Vor diesem Hintergrund lässt sich das Phänomen der Vielfalt besser verstehen und in seiner gleichheitsrechtlichen Relevanz einordnen.⁷⁹

a) *Historische Hintergründe, philosophische und rechtsnormative Grundlagen von Vielfalt*

Die aktuellen Vielfaltsevokektionen basieren nicht auf einer einheitlichen rechtsnormativen Grundlage. Es existiert zwar eine Reihe unterschiedlicher Rechtsvorschriften, die sich mit der Sicherung spezifischer Formen

⁷⁷ BVerfG Beschl. v. 1.8.2018, Az.: 1 BvR 1728/12 – 1 BvR 1756/12, NVwZ 2018, 1630 ff.

⁷⁸ Darin erklärt der Erste Senat Transferzahlungen, die die Bundesagentur für Arbeit in den Jahren an den Bundeshaushalt geleistet hatte, für verfassungskonform. Er tut dies, auf den ersten Blick überraschenderweise – die Beschwerdeführer hatten primär auf Art. 2 Abs. 1 abgestellt – „primär“ auf Basis einer Auseinandersetzung mit dem Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG (in der besonderen Ausgestaltung als Gebot der Belastungsgleichheit). Zu diesem Zwecke wird zunächst erläutert, warum trotz einer formal vorliegenden Gleichbehandlung im Ergebnis doch eine „normativ veranlasste Belastungsungleichheit“ vorliege. Im nächsten Schritt wird sodann diese für gerechtfertigt erklärt, weil die Einführung der Grundsicherung für Arbeitsuchende „Teil eines grundlegenden sozialrechtlichen Systemwechsels [war], der umfassende rechtliche, organisatorische und tatsächliche Änderungen mit sich brachte und nicht ‚von heute auf morgen‘ zu realisieren war.“ „Jedenfalls“ in einer derartigen Situation könne nicht verlangt werden, dass Finanzströme „unmittelbar zeitgleich der geänderten Aufgabenverantwortlichkeit angepasst“ würden; vielmehr lasse sich die – an sich offensichtlich unzulässige – Transferzahlung wegen „der Besonderheiten des Systemwechsels [...] übergangsweise [...] rechtfertigen.“, NVwZ 2018, 1630 (1632, Rn. 83). Weil diese Argumentation ersichtlich nur für einen begrenzten Zeitraum trägt, musste sie für die Folgejahre modifiziert werden: Das Gericht erklärt, ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG liege nicht vor, soweit die Transferzahlung sich in diesem Zeitraum nicht auf die Höhe des Beitragssatzes ausgewirkt habe, NVwZ 2018, 1630 (1633, Rn. 88).

⁷⁹ Der Begriff wird dabei hier nicht im Sinne eines politischen Pluralismus verwendet. Erst recht bildet er nicht eine Chiffre für ein entwicklungs-offenes, dynamisches Verfassungsverständnis. Vgl. in diesem Sinne etwa *Andreas Voßkuhle* Stabilität, Zukunfts-offenheit und Vielfaltssicherung, in: Christian Hillgruber/Christian Waldhoff (Hrsg.) 60 Jahre Bonner Grundgesetz – eine geglückte Verfassung?, 2010, 97 (99, 113), für den die „regulative Idee der Vielfaltssicherung“ zu den drei zentralen Eigenschaften des Verfassungsrechts zählt: „Vielfaltssicherung meint im vorliegenden Kontext nicht nur Offenheit für neue Entwicklungen, sondern zielt auf die dauerhafte Gewährleistung eines produktiven Zusammenspiels staatlicher und gesellschaftlicher Akteure im Sinne eines permanenten gemeinschaftlichen Lernprozesses“. Stattdessen geht es um die Pluralität (individueller wie kollektiver) Identitäten und Lebensentwürfe, vgl. ähnlich *Leisner-Egensperger* Vielfalt (Fn. 9), 22.

von Vielfalt beschäftigen.⁸⁰ Vielfalt (oder Diversität) als solche ist aber kein Thema des Rechts. Das bedeutet indes keineswegs, dass der Vielfaltsdiskurs nur auf (Wieder-)Erkenntnis angelegt ist. Von Anfang an geht es nicht nur um die Wahrnehmung vormals verkannter (oder unterdrückter) Vielfalt, sondern um deren affirmative Betonung und das Einfordern vielfalts- und identitätssichernder Reaktionen.

Historisch betrachtet ist (Gruppen-)Vielfalt eine Konstante menschlicher Gemeinschaften.⁸¹ Für die Revolutionäre des 18. Jahrhunderts wäre es daher abwegig gewesen, „Liberté, égalité et diversité“ zu fordern. Als jedoch im 19. Jahrhundert die Idee der Nation „zum geschichtsmächtigen Kristallisationspunkt politischer Einheit in Europa und in Deutschland“ sowie „zum legitimierenden Träger der politischen Einheit“ avancierte, bedeutete dies (auch) die Einbindung „der eben erst in Freiheit entbundenen Individuen in eine neue, gleichmachende Einheit“; die Nation wird damit zum Gegenentwurf zu vormaligen „Universalismen, konkurrierende[n] Partikularismen und anarchische[n] Individualismen“.⁸² Diese Idealisierung zerbricht angesichts der Schrecken der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts. Vor dem Hintergrund der Greueltaten des Nationalsozialismus, aber auch angesichts der zu Ende gehenden Epoche des Kolonialismus, werden nicht nur internationale Menschenrechtsschutzbestimmungen geschaffen, sondern rücken auch vormals marginalisierte, ausgegrenzte

⁸⁰ Vgl. allgemein *Leisner-Egensperger* Vielfalt (Fn. 9), 44 ff.; zur Biodiversität etwa *Guy Beaucamp* Das Konzept der zukunftsfähigen Entwicklung im Recht, 2002, 112.

⁸¹ Vgl. demgü. zur Bedeutung von Gruppen und Organisationen speziell für die moderne „Massenkultur“ *Thomas Vesting* Staatstheorie, 2018, Rn. 240 m.w.N. Auch die politische Philosophie berücksichtigt die Pluralität inkongruenter und potentiell konfligierender Lebensentwürfe; so steht etwa bei *John Rawls* Politischer Liberalismus, 1998, die Frage im Zentrum, wie „eine stabile und gerechte Gesellschaft freier und gleicher Bürger, die durch vernünftige und gleichwohl einander ausschließende religiöse, philosophische und moralische Lehren einschneidend voneinander getrennt sind, dauerhaft bestehen [kann]“, dort, 14.

⁸² *Otto Depenheuer* Auf der Suche nach dem erzählten Staat, in: ders. (Hrsg.) Erzählungen vom Staat, 2011, 7 (14). Vgl. auch *Woodrow Wilsons* pauschales Verdikt „America does not consist of groups.“ (zitiert nach *Louis Menand* The Metaphysical Club, 2001, 406). Die Furcht vor „factions“ ist indes deutlich älter, vgl. etwa *Thomas Hobbes* Leviathan, or the Matter, Form, and Power of a Commonwealth, Ecclesiastical and Civil, in: ders. English Works. Collected and edited by Sir William Molesworth, Vol. III, 1839 (Neudruck 1966), S. 224: „And as factions for kindred, so also factions for government of religion, as of Papists, Protestants, etc., or of state, as patricians and plebeians of old time in Rome, and of aristocratics and democratics of old time in Greece, are unjust, as being contrary to the peace and safety of the people, and a taking of the sword out of the hand of the sovereign.“ S. näher hierzu *Steffen Augsberg* Parteien-Konstitution, i.E., 2. Kapitel.

Personen und Gruppen in den Fokus.⁸³ Der heutige Vielfaltsdiskurs ist insoweit eng verwoben mit den seit der Mitte des 20. Jahrhunderts zunehmend zentralen Emanzipationsbestrebungen, der Bürgerrechts- und der Frauenbewegung.⁸⁴ Verbindungslinien bestehen ferner zu philosophischen Strömungen, die mit den Stichworten „Postmoderne“ und „Poststrukturalismus“ nur grob umschrieben sind.⁸⁵ Zentrale Bedeutung erlangt in der postmodernen Kritik die Orientierung am „universalistischen und homogenen Selbstverständnis des männlichen, weißen, westlichen und bürgerlichen Subjekts;“ dem wird ein „Plädoyer für Differenz, Pluralismus und Heterogenität [entgegengesetzt], das nicht nur in Strategien der Dezentrierung, sondern auch in jenen des *othering* und der Hybridisierung zum Ausdruck kommt. So gehen postmoderne Positionen, die sich mit den Cultural und Gender Studies überschneiden, von einer prinzipiellen Partikularität und Situiertheit sozialer Subjektpositionen aus: Hierzu gehört auch und vor allem die Sichtbarmachung dominanzgesellschaftlicher Einschluss- und Ausschlussmechanismen.“⁸⁶ Aus dem Poststrukturalismus wird die Einsicht übernommen, dass Inklusions- und Exklusionsprozesse sowie soziale und personale Identitätsbildung auch und gerade durch Sprache gesteuert wer-

⁸³ Vgl. etwa *Arendt* Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft (Fn. 28), 610 ff., die ihr Konzept eines „Rechts, Rechte zu haben“ angesichts der „Staatenlosen“ und „displaced persons“ entwirft: „Daß es so etwas gibt wie ein Recht, Rechte zu haben [...], wissen wir erst, seitdem Millionen von Menschen aufgetaucht sind, die dieses Recht verloren haben und zufolge der neuen globalen Organisation der Welt nicht imstande sind, es wiederzugewinnen. Dieses Übel hat so wenig mit den uns aus der Geschichte bekannten Übeln von Unterdrückung, Tyrannei oder Barbarei zu tun (und widersteht daher auch allen humanitären Heilungsmethoden), daß es sogar nur möglich war, weil es keinen ‚unzivilisierten‘ Flecken Erde mehr gibt, weil wir, ob wir wollen oder nicht, in der Tat in ‚einer Welt‘ leben. Nur weil die Völker der Erde trotz aller bestehenden Konflikte sich bereits als ein Menschengeschlecht etabliert haben, konnte der Verlust der Heimat und des politischen Status identisch werden mit der Ausstoßung aus der Menschheit überhaupt.“, a.a.O., 614. Instrukтив dazu *Werner Hamacher* Vom Recht, Rechte zu haben, in: *ders.* Sprachgerechtigkeit, 2018, 50 (64 ff.).

⁸⁴ Ähnlich schon *Schorkopf* Staat und Diversität (Fn. 22), 10 f. S. näher etwa *Ute Gerhard* Unerhört. Die Geschichte der deutschen Frauenbewegung, 1990; *dies.* Menschenrechte auch für Frauen? (Fn. 5), 127 (129 ff.), sowie die Beiträge in: Charles W. Eagles (Hrsg.) The Civil Rights Movement in America, 1986.

⁸⁵ Vgl. *Judith Butler* Kontingente Grundlagen: Der Feminismus und die Frage der „Postmoderne“, in: Seyla Benhabib u.a. (Hrsg.) Der Streit um die Differenz, 1993, 31 (33 f.). Vgl. zu Spannungsmomenten (i.S. einer postmodernen „Skepsis gegenüber kulturellen Gruppenrechten“) auch *Benhabib* Kulturelle Vielfalt (Fn. 19), 57 f.

⁸⁶ *Sabeth Buchmann* Postmoderne, in: Elke Gaugele/Jens Kastner (Hrsg.) Critical Studies, 2016, 23 (27 f.). Vgl. auch *Schuppert* Governance of Diversity (Fn. 10), 35 mit Verweis auf *Andreas Rödder* 21.0: Eine kurze Geschichte der Gegenwart, 2016, 107 f.

den.⁸⁷ Bezüge lassen sich zudem zum US-amerikanischen Pragmatismus ziehen, wo der Begriff *cultural pluralism* frühzeitig eine fruchtbare Verknüpfung von Demokratie und kultureller Verschiedenheit signalisiert.⁸⁸

b) Identitätssicherung als zentrales Ziel

Das zeigt bereits: Vielfalt besitzt nicht nur im negativen Kontext von Exklusion und Repression Relevanz. Sie steht in positiver Hinsicht in einem engen Zusammenhang zu individueller und kollektiver Identität. Der damit (erneut) in Bezug genommene Begriff der Identität besitzt für den modernen Vielfalts- und Diversitätsdiskurs enorme Relevanz.⁸⁹ Er ist aber zugleich in sich komplex und erläuterungsbedürftig.⁹⁰ Identität ist weder zwingend starr und einheitlich⁹¹ noch notwendig im Singular zu verstehen.⁹² Der Wandelbarkeit korrespondiert so eine mögliche Mannigfal-

⁸⁷ Vgl. dazu nur *Judith Butler* Haß spricht, 1998, v.a. 225 ff.

⁸⁸ Vgl. *Menand* The Metaphysical Club (Fn. 82), 406 ff.; *Jeff Jackson* Equality Beyond Debate, 2018, 54, jeweils m.w.N. Dem stehen philosophische Positionen gegenüber, die stärker die negativen Effekte der Vielfalt (für soziales Vertrauen und soziale Kohärenz) hervorheben; vgl. etwa *Robert D. Putnam* E Pluribus Unum: Diversity and community in the twenty-first century, *Scandinavian Political Studies* 30 (2007), 137 ff.; *Bo Rothstein* The Quality of Government, 2011.

⁸⁹ Vgl. *Schorkopf* Staat und Diversität (Fn. 22), 11: „Diversität fordert die Anerkennung identitärer Gruppen und ist deshalb Teil von Identitätspolitik.“ Teilweise wird der Wandel von Politik zu Identitätspolitik gerade als Kennzeichen eines „posthistorischen“ Zeitalters angesehen, in dem das Interesse an kultureller Diversität zunimmt und sich der Fokus von ideologiebasierten Konflikten und materiellen Ungleichheiten löst, s. etwa *Walter Benn Michaels* The Shape of the Signifier, 2004, 16 ff.

⁹⁰ Vgl. differenziert und aufschlussreich *Christopher Zarnow* Identität und Religion, 2010; sowie die Beiträge in: Benjamin Jörissen/Jörg Zirfas (Hrsg.) Schlüsselwerke der Identitätsforschung, 2010.

⁹¹ Tendenziell anders *Pierre Rosanvallon* Die Gesellschaft der Gleichen, 309 (Hervorhebung i.O.): „Identität [ist] durch den Faktor *Konstitution* [gekennzeichnet]; zwangsläufig hybrid, ist sie im Wesentlichen eine fixe Größe, wenngleich sie sich mit der Zeit ändern kann.“

⁹² Vgl. *Andreas Reckwitz* Das hybride Subjekt, 2006, 45: „Identität stellt sich [...] als Kehrseite der Differenzmarkierung dar: Identität ist – jenseits aller Konnotationen einer inneren Konstanz des Subjekts – als die spezifische Form des Selbstverstehens, der Selbstintegration zu begreifen, welche im Rahmen einer Subjektkultur in die Subjektform eingelassen ist.“ Mit Blick auf die Frage der Konstanz hebt *Erik H. Erikson* aus psychoanalytischer Sicht hervor, dass sich Identität lebenslang entwickelt; er unterscheidet zwischen dem Gefühl, so zu sein („persönliche Identität“), und dem Bewusstsein, auf diese Weise zu leben und von anderen erkannt zu werden („Ich-Identität“). Ihm geht es somit um eine interpersonale, intertemporale Gleichheit des Subjekts. Das „Kernproblem der Identität [sieht er] in der Fähigkeit des Ichs, angesichts des wechselnden Schicksals Gleichheit und Kontinuität aufrechtzuerhalten“, s. *Erikson* Einsicht und Verantwortung, 1966, 87; s. auch *ders.*, Das Problem der Ich-Identität (1956), in: *ders.* Identität und Lebenszyklus, 1966, 123 ff.

tigkeit der Identitäten – wobei unterschiedliche Zugehörigkeiten durchaus miteinander konfliktieren⁹³ oder vorhandene Diskriminierungen verstärken können (Intersektionalität⁹⁴). Aber nicht nur die Identität(en), sondern auch die daran anknüpfenden Diskriminierungen sind variabel und kontextabhängig.⁹⁵ Der Vielfalts- und Identitätsbezug besitzt deshalb eine besondere Dynamik.⁹⁶ Er ist nicht auf seine historische Ausgangsperspektive begrenzt,

Ähnlich spricht *Paul Ricoeur* von der „Fabelkomposition“ des sich unablässig verändernden Selbst – das soll verdeutlichen, „dass der flüchtige Charakter der Ereignisse und Geschehnisse des wirklichen Lebens bei jedem Einzelnen mit der Hilfe von Geschichten und Fiktionen nachträglich zu einer ‚narrativen Identität‘ organisiert“ wird, so *Vesting Staatstheorie* (Fn. 81), Rn. 2 mit Verweis auf *Paul Ricoeur* *Das Selbst als ein Anderer*, 1996, 173 ff., 199. Diese „narrative Identität“ vermittelt (vgl. *Bettina Baumgärtel* *Das perspektivierte Ich*, 2000, 149) zwischen der sog. Ipse-Identität (Selbstheit), die den kontinuierlichen Kern des eigenen Subjektverständnisses ausmacht, und der sog. Idem-Identität (Gleichheit), die sich stärker auf äußere Einflüsse, aktuelle Zustände und mögliche Veränderungen bezieht. Vgl. dazu *Ricoeur* *Das Selbst als ein Anderer*, 165 ff.; vgl. auch *ders.* *Wege der Anerkennung*, 2006. Dazu näher etwa *Hille Haker* *Narrative und moralische Identität bei Paul Ricoeur*, *Concilium* 36 (2000), 179 ff.; *Kathrin Messner* *Paul Ricoeurs biblische und philosophische Hermeneutik des Selbst*, 2014, v.a. 112 ff., 136 ff. *Judith Butler* betont noch stärker die externen Konstitutions- und Formungsbedingungen – die dennoch niemals zu einer vollständigen Determination des Subjekts führen. So ist dieses weder reiner Ursprung noch bloßes Produkt, „sondern die permanente/stets vorhandene Möglichkeit eines bestimmten resignifizierenden Prozesses, der zwar durch andere Machtmechanismen umgeleitet oder abgebrochen werden kann, jedoch stets die der Macht eignende Möglichkeit selbst darstellt, umgearbeitet zu werden.“, *Butler* *Kontingente Grundlagen* (Fn. 85), 31 (45).

⁹³ Vgl. nur *Duve* *Die Justiz vor den Herausforderungen der kulturellen Diversität* (Fn. 10), 3: „Man ist eben meistens in mehrere kollektive Identitäten eingebunden, selbst wenn diese gelegentlich sogar scheinbar unvereinbare Gegensätze mit sich bringen.“

⁹⁴ Dazu grundlegend *Kimberlé Crenshaw* *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex*, *The University of Chicago Legal Forum* 1989, 139 ff.; vgl. ferner etwa *Nina Degele/Gabriele Winker* *Intersektionalität*, 2009; *Nira Yuval-Davis* *Intersectionality and feminist politics*, *European Journal of Women's Studies* 13 (2006), 193 ff.; *Sacksofsky* *Gleichheit in der neuen Vielfalt* (Fn. 9), 147 (155 m.w.N.). Der Begriff wurde u.a. auch in der Tierethik aufgenommen, vgl. dazu etwa *Lisa Kemmerer* in: *Arianna Ferrari/Klaus Petrus* (Hrsg.) *Lexikon der Mensch-Tier-Beziehungen*, 2015, 102 (104); *Andre Gamerschlag* *Intersektionelle Human-Animal Studies*, in: *Chimaira – Arbeitskreis für Human-Animal Studies* (Hrsg.) *Human-Animal Studies*, 2013, 151 ff.

⁹⁵ Vgl. etwa *Susanne Baer/Melanie Bittner/Anna Lena Götsche* *Mehrfach-, mehrdimensionale und intersektionale Diskriminierung im Rahmen des AGG*, 2010; *Sacksofsky* *Gleichheit in der neuen Vielfalt* (Fn. 9), 147 (153). S. auch *Salzbrunn* *Vielfalt/Diversität* (Fn. 2), 71: „Die Entwicklung zu super-diversifizierten Gesellschaften ist folglich mit multidimensionalen Rahmenbedingungen und Prozessen auf der Mikro-, Meso- und Makroebene verbunden.“

⁹⁶ Vgl. *Wolfgang Iser* *Ästhetisches Denken*, 3. Aufl. 1993, 197: „Es gilt, seine Identität so auszubilden, daß sie der aktuellen Pluralität gewachsen, Identität in Übergängen ist.“

sondern durch eine Ausweitungstendenz gekennzeichnet: Geschlecht, Ethnie, Klasse,⁹⁷ Religiosität,⁹⁸ Behinderungen u.ä. werden zunehmend um weitere Aspekte, wie sexuelle Orientierung, Alter und Migration, erweitert.⁹⁹ Im Rechtssystem wurden diese Impulse aufgenommen und insbesondere¹⁰⁰ durch zusätzliche Antidiskriminierungsregeln umgesetzt.¹⁰¹ Hier deutet sich indes bereits ein grundlegendes Problem an, denn es ist offen, wie weit diese Expansionsbestrebungen getrieben werden können, welche identitätsbildenden Merkmale also sinnvoll integriert werden können und ob nicht jede, auch noch so variable, Form von Kategorienbildung in sich problematisch ist.¹⁰²

⁹⁷ Zu „race, class, gender“ als sog. „big three“ s. *Kathy Davis* Intersectionality in Transatlantic Perspective, in: Cornelia Klinger/Gudrun-Axeli Knapp (Hrsg.) *Überkreuzungen*, 2008, 19 (24).

⁹⁸ Vgl. dazu etwa *Karl-Heinz Ladeur/Ino Augsberg* Toleranz – Religion – Recht, 2007, 61.

⁹⁹ S. etwa *Marcel Helbig/Stefanie Jähnen* Bildungsbenachteiligt durch Übergewicht, *Zeitschrift für Soziologie* 42 (2013), 405 ff.

¹⁰⁰ Vgl. zur Debatte über eine entsprechende Verfassungsänderung etwa *Ute Sacksofsky* Diskriminierungsverbot wegen sexueller Orientierung im Grundgesetz?!, *Streit* 2011, 32 ff.; s. ferner zur „Juridifizierung der (geschlechtlichen) Identität“ *Judith Froese* Vom Schutz personaler Identität durch Recht zum Schutz personaler Identität vor dem Recht?, 2018 (noch unveröffentlichtes Manuskript).

¹⁰¹ Vgl. nur *Britz* Diskriminierungsschutz und Privatautonomie (Fn. 3), 355 ff.; *Grünberger* Personale Gleichheit (Fn. 3), 536 ff.; *Wollenschläger* (Fn. 63), Art. 3 Rn. 145. S. auch *Zippelius* Der Gleichheitssatz (Fn. 61), 7 (11): „Hinter jedem der Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG steht die historische Überwindung einer vorangegangenen Diskriminierung. Ging es Ende des 18. Jahrhunderts vor allem um die Überwindung der Standesunterschiede und der religiösen Diskriminierungen und war noch für die Weimarer Verfassung die Aufhebung der Standesvorrechte ein Thema, neben das nun die Gleichstellung der Geschlechter trat, so standen bei Schaffung des Grundgesetzes der Schutz vor rassistischer und völkischer Diskriminierung und die Vollendung der Gleichberechtigung von Mann und Frau im Vordergrund.“

¹⁰² Vgl. *Susanne Baer* Rechtssoziologie, 3. Aufl. 2018, § 4 Rn. 206: „Sexuelle Selbstbestimmung“ muss sich vielleicht von jeder Zuordnung zu scheinbar natürlichen Geschlechtern trennen, um tatsächlich liberal zu wirken.“ Näher *dies.* Der problematische Hang zum Kollektiv und ein Versuch, postkategorial zu denken, in: Gabriele Jähnert/Karin Aleksander/Marianne Kriszio (Hrsg.) *Kollektivität nach der Subjektkritik*, 2014, 47 ff.; *Froese* Vom Schutz personaler Identität (Fn. 100), 7 ff.; *Tarek Naguib* Postkategoriale „Gleichheit und Differenz“, in: Stephan Ast/Julia Hänni/Klaus Mathis/Benno Zabel (Hrsg.) *Gleichheit und Universalität*, 2011, 179 ff. S. allgemein auch *Theodor W. Adorno* Erziehung nach Auschwitz (1966), in: *ders.* Erziehung zur Mündigkeit, 1971, 88 (91): „Der Druck des herrschenden Allgemeinen auf alles Besondere, die einzelnen Menschen und die einzelnen Institutionen, hat eine Tendenz, das Besondere und Einzelne samt seiner Widerstandskraft zu zertrümmern.“

III. Konfliktsszenarien

Damit sind wir bei den Konfliktsszenarien.

1. Diversitätseuphorie vs. Vielfaltsphobie

Im Ausgang ist aus Sicht des Rechts zu attestieren, dass die Debatten über Vielfalt und Identität(en) politisch überformt sind. Das führt zu übertriebenen Abgrenzungen und Überzeichnungen.¹⁰³ So gilt manchen als Gegenteil der Vielfalt die Einfalt; sie sehen es als eine nicht zu hinterfragende Wahrheit, dass heterogene Gesellschaftsstrukturen langfristig erfolgreicher und grundsätzlich zu bevorzugen sind.¹⁰⁴ Unklar bleibt dabei, wie stark die Heterogenität sein darf oder muss.¹⁰⁵ Der funktionalen Argumentation liegt zudem ein – nicht unumstrittenes¹⁰⁶ – ökonomisches Paradigma zugrunde,¹⁰⁷ das mit demokratischen und sozialen Erwägungen vermischt

¹⁰³ Das betrifft nicht nur die Rechtswissenschaft; vgl. etwa zum Konflikt zwischen der psychologischen/therapeutischen und der feministischen Perspektive *Eva Illouz* Die Erretung der modernen Seele, 2011, 181 ff.

¹⁰⁴ S. aufschlussreich etwa die Beschreibung des „Phänomens Pluralismus“ bei *Peter L. Berger* Altäre der Moderne, 2015, 15 ff. Auch Maßnahmen der „positiven Diskriminierung“ werden nicht im Sinne einer spezifischen Form der Kollektivschuld bzw. einer am Individuum zu exerzierenden Wiedergutmachung gerechtfertigt, sondern mit dem funktionalen Eigenwert der Diversität. S. dazu etwa *Schorkopf* Staat und Diversität (Fn. 22), 7 ff. m.w.N.

¹⁰⁵ Vgl. zur „Kulturalisierung“ unterschiedlicher sozialer Phänomene *Andreas Reckwitz* Gesellschaft der Singularitäten, 3. Aufl. 2017, 381.

¹⁰⁶ Gemeint sind primär die Debatten über die soziologische und ökonomische Relevanz von *social cohesion* (dazu etwa *Noah E. Friedkin* Social Cohesion, Annual Review of Sociology 30 [2004], 409 ff.) und deren Verhältnis zur mehr oder weniger ausgeprägten Homogenität von Gesellschaften. *Tom van der Meer/Jochem Tolsma* Ethnic Diversity and Its Effects on Social Cohesion, Annual Review of Sociology 40 (2014), 459, sprechen diesbzgl. zu Recht von einer „cacophony of empirical findings“; vgl. etwa *James Laurence/Lee Bentley* Does Ethnic Diversity Have a Negative Effect on Attitudes towards the Community?, European Sociological Review 32 (2016), 54 ff.; *Pauline Hope Cheong/Rosalind Edwards/Harry Goulbourne/John Solomos* Immigration, social cohesion and social capital: A critical review, Critical Social Policy 27 (2007), 24 ff.; *Ruud Koopmans* Der Zielkonflikt von Gleichheit und Diversität, in: Stefan Luft/Peter Schimany (Hrsg.) Integration von Zuwanderern: Erfahrungen, Konzepte, Perspektiven, 2010, 55 ff.; *Putnam* E Pluribus Unum (Fn. 88), 137 ff.; *Dietlind Stolle/Stuart Soroka/Richard Johnston* When Does Diversity Erode Trust?, Political Studies 56 (2008), 57 ff. S. auch *Hans Dietrich von Loeffelholz/Günter Kopp* Ökonomische Auswirkungen der Zuwanderungen nach Deutschland, 1998, 83 ff.

¹⁰⁷ Vgl. – einen norwegischen Wirtschaftsminister zitierend – *Janine Mossuz-Lavau* Préface, in: *Sénac* L'égalité sous conditions (Fn. 34): „La diversité, c'est bon pour le business.“ Zur Verbindung mit dem Konzept des *diversity management* s. etwa *Salzbrunn* Viel-

wird.¹⁰⁸ Diversität bedeutet demnach keine Vermischung unterschiedlicher Kulturen.¹⁰⁹ Die Amalgamisierung oder die Anpassung an eine – *horribile dictu* – sog. Leitkultur gilt als Anathema. Integration, nicht Assimilation lautet das einschlägige Schlagwort¹¹⁰ – wobei aber offenbleibt, was mit Integration genau gemeint ist¹¹¹ und welche Konsequenzen bei einer bewussten oder ungewollten Nichtintegration drohen. Diversität ist damit kein (etwa migrationsbedingtes) Übergangsphänomen, sondern ein auf Dauer gestelltes Ideal.¹¹² Das mag man politisch unterstützen. Es besitzt aber erkennbar normativ betrachtet problematische Implikationen auf Gleichheitsvorstellungen.

Auf der anderen Seite werden der Vielfaltsdiskurs und insbesondere die Nichtdiskriminierungsanstrengungen teilweise als tendenziell „totalitär“ gebrandmarkt,¹¹³ jedenfalls als mit freiheitlichen Vorstellungen kollidierend eingestuft.¹¹⁴ Zudem wird Vielfalt recht einseitig nur unter Gefährdungsaspekten thematisiert. Das betrifft etwa den Umgang mit Meinungsvielfalt¹¹⁵

falt/Diversität (Fn. 2), sowie die Beiträge in: Regine Bendl/Edeltraud Hanappi-Egger/Roswitha Hofmann (Hrsg.) *Diversität und Diversitätsmanagement*, 2012.

¹⁰⁸ Kritisch hierzu namentlich *Sénac* *L'égalité sous conditions* (Fn. 34).

¹⁰⁹ Das zeigt auch der Vergleich mit der Biodiversität, vgl. dazu etwa *Bruno Baur* *Biodiversität*, 2010.

¹¹⁰ Vgl. dazu etwa *Heins* *Der Skandal der Vielfalt* (Fn. 11), 14 ff.; s. auch *Lembke* *Diversity als Rechtsbegriff* (Fn. 22), 46 (61).

¹¹¹ Vgl. hierzu aufschlussreich *Joachim Renn* *Übersetzungsverhältnisse*, 2006, 75 ff.

¹¹² Vor diesem Hintergrund ist es erstaunlich, wenn aus einer dezidiert diversitätsbejahenden Position heraus von „existierende[n] Sollbruchstellen wie Geschlecht, Klasse und Ethnizität“ gesprochen wird, vgl. *Sauer* *Diversity* (Fn. 8), 33 (39).

¹¹³ Vgl. etwa *Johann Braun* „Übrigens – Deutschland wird wieder totalitär“, *JuS* 2002, 424 f.; *Eduard Picker* *Antidiskriminierungsgesetz – Anfang vom Ende der Privatautonomie?*, *JZ* 2002, 880 ff.; *ders.* *Antidiskriminierung als Zivilrechtsprogramm?*, *JZ* 2003, 540 ff.; *ders.* *Antidiskriminierung im Zivil- und Arbeitsrecht*, *ZfA* 2005, 167 ff.; *Franz Jürgen Säcker* „Vernunft statt Freiheit!“, *ZRP* 2002, 286 ff.

¹¹⁴ Vgl. etwa *Karl-Heinz Ladeur*, *The German Proposal of an „Anti-Discrimination“-Law*, *German Law Journal* 3 (2002). Vgl. zu den zumindest teilweise parallelen Diskussionen über die Drittwirkung von Grundrechten *Grünberger* *Personale Gleichheit* (Fn. 3), 231 ff.

¹¹⁵ Exemplarisch verdeutlichen lässt sich dies an den Debatten über das Netzwerkdurchsetzungsgesetz. Demgegenüber ist die jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dadurch gekennzeichnet, tendenziell der Meinungsfreiheit den Vorrang gegenüber dem Ehrschutz zuzuweisen, vgl. kritisch dazu *Karl-Heinz Ladeur* *Helmut Ridders Konzept der Meinungs- und Pressefreiheit in der Demokratie*, *Kritische Justiz* 32 (1999), 281 ff. (auch in: *ders.* *Das Recht der Netzwerkgesellschaft*, 2013, 479 f.); *ders.* *Das Medienrecht und die Ökonomie der Aufmerksamkeit*, 2007, 86 ff.; *ders.* *Die „durchgeknallte Staatsanwältin“*. Ende des Schutzes der persönlichen Ehre in politischen Auseinandersetzungen?, *Archiv für Presserecht* 47 (2016), 402 ff.

und religiöser Vielfalt¹¹⁶. Doch scheint dies schon in der Grundannahme verfehlt: Nicht die Pluralität der Auffassungen und Überzeugungen erzeugt Probleme. Selbst ein Abstellen auf die Breite des Spektrums dürfte noch zu eng sein. Vielmehr geht es letztlich um den Umgang mit spezifischen Formen der Radikalität, des Abweichens von der Norm. Erneut zeigt sich, dass das Gleichheitsversprechen mit einer bestimmten, sozial konstruierten Realitäts- bzw. Normalitätsvorstellung verknüpft ist.¹¹⁷

2. „Natürliche“ Unterschiede und konstruierte Vielfalt

Der Rekurs auf die nicht nur dargestellte, sondern hergestellte Normalität verbindet die Vielfalts- und die Gleichheitsdebatte. Denn mit der beschriebenen Ausdifferenzierung der Identitäten gehen aus gleichheitsrechtlicher Sicht erhebliche Anpassungsschwierigkeiten einher. Dass in der Gleichheitsdogmatik immer noch – wenn auch in reduziertem Maße¹¹⁸ – mit „tatsächlichen oder „natürlichen“ Unterschieden argumentiert wird,¹¹⁹ steht in einem zumindest partiellen Widerspruch zu der gerade in der Geschlechterforschung herausgearbeiteten Einsicht in die soziale Konstruiertheit vieler¹²⁰ solcher Differenzen. Weil die Festlegung dieser Unter-

¹¹⁶ Differenzierend allerdings etwa *Sacksofsky* Religiöse Freiheit als Gefahr? (Fn. 8), 9 (30 ff.).

¹¹⁷ Vgl. hierzu allgemein *Jürgen Link* Versuch über den Normalismus, 5. Aufl. 2013, v.a. 33 ff., 323 ff. S. auch *Adrian de Silva* Zur Normalisierung heteronormativer Zweigeschlechtlichkeit im Recht, *Kritische Justiz* 40 (2008), 266 ff.; *Eva Kocher* „Geschlecht“ im Anti-Diskriminierungsrecht, *Kritische Justiz* 42 (2009), 386 (388): „Normalitätskonstruktionen“. Prägnant – mit Verweis auf *Michel Foucault* – *Erhard Denninger* Normalfall oder Grenzfall als Ausgangspunkt rechtsphilosophischer Konstruktion, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 85 (2002), 5 (13, Hervorhebung i.O.): „Normalität wird gemacht und zugleich durch sich selbst, durch ihre dauernde, sich wiederholende Existenz gerechtfertigt. Am stärksten wirkt sie, solange sie als solche gar nicht erkannt und in Frage gestellt wird, solange sie einer reflexiven Rechtfertigung noch gar nicht bedarf.“

¹¹⁸ Vgl. *Lembke* Diversity als Rechtsbegriff (Fn. 22), 46 (58 mit Fn. 63), die mit Blick auf die Entscheidung des BVerfG zur Strafbarkeit (nur) der männlichen Homosexualität (BVerfGE 6, 389 ff.) von einer „Talsohle“ spricht, weil das Gericht „davon ausging, dass männliche Sexualität aktiv, aggressiv und tendenziell gefährlich sei, während unklar blieb, ob das Phänomen weibliche Sexualität überhaupt in ernstzunehmender Weise existiere“.

¹¹⁹ Vgl. zu Biologisierungen der Geschlechtsdifferenz durch das BVerfG *Ute Sacksofsky* Das Frauenbild des Bundesverfassungsgerichts, in: Beate Rudolf (Hrsg.) *Querelles* 2009, 191 (192); s. auch *Laura Adamietz* Geschlecht als Erwartung, 2011, v.a. 62 ff.

¹²⁰ Die Einsicht in die soziale Konstruiertheit von Differenzen verlangt deshalb nicht, die Existenz angeborener Unterschiede pauschal zu bestreiten, setzt entsprechende Behauptungen aber unter einen erhöhten Begründungszwang.

scheidungsmerkmale ein „Konstitutionsakt“¹²¹ ist, ist sie nicht empirisch, sondern normativ zu fundieren. Das impliziert für den Diversitätsdiskurs zunächst eine Fundamentalkritik an der vorherrschenden, als heteronormativ bezeichneten (Geschlechter-)Ordnung, insbesondere der Geschlechterbinarität.¹²² Es erzeugt aber zugleich Begründungsdilemmata, weil bestimmte Differenzmerkmale auf Kosten anderer zu rechtlicher Relevanz erhoben werden¹²³ und, noch entscheidender, diese Präponderanz „nicht nur Nachteile beseitigen, sondern auch Stereotype reproduzieren“ kann.¹²⁴ Das gilt nicht nur in negativer Hinsicht („Unterstützungsbedürftigkeit“), sondern kann auch dort der Fall sein, wo auf angebliche positive Eigenschaften („Empathie“ und „Einfühlungsvermögen“) rekurriert wird.¹²⁵ Noch grund-

¹²¹ Duve Die Justiz vor den Herausforderungen der kulturellen Diversität (Fn. 10), 3.

¹²² Vgl. dazu grundlegend *Judith Butler* Das Unbehagen der Geschlechter, 1991, 15 ff.; s. ferner etwa *Kocher* „Geschlecht“ im Anti-Diskriminierungsrecht (Fn. 117), 386 (387 m.w.N.), sowie die Beiträge in: Gero Bauer/Regina Ammicht Quinn/Ingrid Hotz-Davies (Hrsg.) Die Naturalisierung des Geschlechts, 2018. Hier bestehen erneut Parallelen zum tierethischen Diskurs, vgl. etwa *Sabine Hastedt* Die Wirkungsmacht konstruierter Andersartigkeit, in: Chimaira (Hrsg.) Human-Animal Studies (Fn. 94), 191 ff.

¹²³ *Lembke* Diversity als Rechtsbegriff (Fn. 22), 46 (68) spricht von einem „Kategorien-dilemma“.

¹²⁴ Vgl. *Susanne Baer/Nora Markard* in: Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.) Grundgesetz, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 374 m.w.N.: „Dilemma der Differenz“ bzw. „feministisches Dilemma“. S. auch *Kocher* „Geschlecht“ im Anti-Diskriminierungsrecht (Fn. 117), 386 f.

¹²⁵ Insoweit argumentieren etwa Befürworter von „Frauenquoten“ bisweilen durchaus mit Stereotypen. Interessant ist in historischer Perspektive bspw. die Vermischung sozialer und (angeblich) natürlicher Aspekte in dem 1888 in Neuseeland von *Kate Sheppard* geschriebenen Flugblatt „Ten reasons why the women of New Zealand should vote“ (online abzurufen unter <https://nzhistory.govt.nz/media/photo/ten-reasons-for-vote>; s. dazu näher *Adams* Women and the Vote [Fn. 43], 106 ff.): „1. Because a democratic government like that of New Zealand already admits the great principle that every adult person, not convicted of crime, nor suspected of lunacy, has an inherent right to a voice in the construction of laws which all must obey. 2. Because it has not yet been proved that the intelligence of women is only equal to that of children, nor that their social status is on a par with that of lunatics or convicts. 3. Because women are affected by the prosperity of the Colony, are concerned in the preservation of its liberty and free institutions, and suffer equally with men from all national errors and mistakes. 4. Because women are less accessible than men to most of the debasing influences now brought to bear upon elections, and by doubling the number of electors to be dealt with, women would make bribery and corruption less effective, as well as more difficult. 5. Because in the quietude of home women are less liable than men to be swayed by mere party feeling, and are inclined to attach great value to uprightness and rectitude of life in a candidate. 6. Because the presence of women at the polling-booth would have a refining and purifying effect. 7. Because the votes of women would add weight and power to the more settled and responsible communities. 8. Because women are endowed with a more constant solicitude for the welfare of the rising generations, thus giving them a more far-reaching concern for something beyond the present

legender ließe sich fragen, ob, wenn Rollenunterschiede nicht angeboren, sondern gesellschaftlich besetzt und konstruiert sind, gleichzeitig aber die Heterogenität positiv konnotiert ist, es sinnvoll ist, an vorgeblicher Differenz ansetzende, damit aber vielfaltserzeugende Ungleichbehandlungen zu beseitigen.¹²⁶

3. *Vielfalt als hierarchische Ordnung*

Der Einsicht in die gesellschaftliche Konstruktion der Vielfalt korrespondiert im übrigen die Einsicht in deren hierarchische Struktur. Vielfalt stellt sich nicht notwendig als harmonische, sondern regelhaft als hierarchische Ordnung dar. Vielfaltsdiskurse sind Machtdiskurse.¹²⁷ Das folgt (auch) aus den normativen Ingerenzen: So stellt nicht nur die auf unterschiedlichen Regelungsebenen erfolgte positivrechtliche Rezeption bestimmter Differenzierungskriterien,¹²⁸ sondern zumal die im Zuge der Verfassungsreform 1994 vorgenommene Aufwertung der Merkmale Geschlecht und

moment. 9. Because the admitted physical weakness of women disposes them to exercise more habitual caution, and to feel a deeper interest in the constant preservation of peace, law, and order, and especially in the supremacy of right over might. 10. Because women naturally view each question from a somewhat different standpoint to men, so that whilst their interests, aims, and objects would be very generally the same, they would often see what men had overlooked, and thus add a new security against any partial or one-sided legislation.“

¹²⁶ Das macht noch einmal das Grundproblem deutlich: Gleichheit ist nicht als natürliche Gegebenheit zu verstehen, sondern (in Anlehnung an die bekannte, auf Informationen bezogene Formulierung Gregory Batesons [Geist und Natur, 2. Aufl. 1983, 123]) als *difference that makes a difference*. Vgl. Judith Butler Ist das Judentum zionistisch?, in: Eduardo Mendieta/Jonathan VanAntwerpen (Hrsg.) Religion und Öffentlichkeit, 2012, 102 (124 f.): „Gleicher Schutz oder sogar Gleichheit ist kein Grundsatz, der die, auf die er angewendet wird, gleichmacht; vielmehr ist die Verpflichtung zur Gleichheit eine Verpflichtung zum Prozeß der Differenzierung selbst.“

¹²⁷ Lembke Diversity als Rechtsbegriff (Fn. 22), 46 (62): „Diversity als Leitbild nicht-hierarchischer Vielfalt bezieht notwendig beide Dimensionen ein, da Hierarchisierungen sowohl durch die Abwertung ‚fremder‘ Identitäten bei der Konstruktion und Aufrechterhaltung eigener Identität erfolgen als auch durch ressourcenrelevante Differenzierungen wie bspw. die geschlechtsspezifische Arbeitsteilung als eine der wesentlichen Grundlagen unseres Wirtschaftssystems oder rassistische Diskriminierungen auf dem Arbeitsmarkt.“ Noch deutlicher Martin J. Gössl „Diversität“ in den Vorhöfen der Macht?, soziales_kapital 2016, 35 (38) (online abzurufen unter: <http://www.soziales-kapital.at/index.php/sozialeskapital/article/viewFile/448/788.pdf>): „Die gesellschaftliche Vielfalt dreht sich in einem Diversitätskreis um den machtvollen Mittelpunkt, wobei die Orientierung zum Zentrum über eine Solidarisierung zu den vielen anderen Dimensionen von Vielfalt triumphiert.“ S. auch Rödder 21.0: Eine kurze Geschichte der Gegenwart (Fn. 86), 108.

¹²⁸ Vgl. etwa für das Europarecht Thomas Adalbert Schmidt Von Mangold bis Maruko, 2014, 71.

Behinderung eine Abkehr von einem horizontalen, alle Kriterien als gleichwertig ansehenden Ansatz dar.¹²⁹ Die grundlegende „Frage, ob eine Rechtsordnung nicht hierarchischer Vielfalt überhaupt denkbar ist; ob es eine andere Form der Integration von Vielfalt gibt als eine, die in Norm, Abweichung und Angleichung denkt – und damit Anerkennung von Verschiedenheit nicht als Angleichung an einen Standard versteht“¹³⁰, dürfte daher zu verneinen sein. Deshalb genügt es auch nicht, eine bloße Differenzindifferenz (*indifférence aux différences*) einzufordern.¹³¹ Eine solche Position erinnert an die aus dem US-amerikanischen Recht bekannte Formulierung, die Verfassung sei „color-blind“.¹³² So richtig und wünschenswert dies ist: Allein damit ist es nicht getan. Es kommt eben nicht nur darauf an, Differenzen stehen zu lassen und Unterschiede auszuhalten. Aus gleichheitsrechtlicher Sicht ist eher die „Differenzdifferenz“ entscheidend, also die Fähigkeit, die Konstruiertheit der gleichheits- wie der differenzbegründenden Merkmale zu reflektieren und auf dieser Basis Auswahlentscheidungen vorzunehmen und zu begründen. Argumentationsansätze liefern hier insbesondere die Freiheitsrechte¹³³ und die bereits rechtsnormativ berücksichtigten Diskriminierungsverbote¹³⁴.

¹²⁹ Kritisch zu dieser „Hierarchisierung der Diskriminierungsmerkmale“ etwa Nickel *Komplexe Gleichheit* (Fn. 71), 159 (174).

¹³⁰ Duve *Die Justiz vor den Herausforderungen der kulturellen Diversität* (Fn. 10), 8.

¹³¹ Vgl. *Sénac L'invention de la diversité* (Fn. 2), auch zum Übergang von „différences dans l'égalité à l'égalité dans la différence“. S. bereits *Ronald Kurt/Jessica Pahl* *Interkulturelles Verstehen in Schulen des Ruhrgebiets*, 2016, 39 (mit Verweis auf *Rudolf Stichweh* *Fremdheit in der Weltgesellschaft* [2008], in: *ders.* *Der Fremde*, 2010, 162 ff.): „Indifferent gegenüber Differenzen zu sein bedeutet, Unterschieden als Unterschieden keine Beachtung zu schenken. [...] Das Ideal der Differenzindifferenz ist die wohltemperierte Wirklichkeit.“

¹³² So das Sondervotum von *John Marshall Harlan* *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 559 (1896): „Our constitution is color-blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens.“ Dazu v.a. *Andrew Kull* *The Color-Blind Constitution*, 1998; *Earl M. Maltz* *Only Partially Color-blind: John Marshall Harlan's View of the Constitution*, *Georgia State University Law Review* 12 (1996), 973 ff.; *Keith E. Sealing* *The Myth of a Color-Blind Constitution*, *Journal of Urban and Contemporary Law* 54 (1998), 157 ff. Vgl. auch *Ute Sacksofsky* *Die blinde Justitia: Gender in der Rechtswissenschaft*, in: *Hadumod Bußmann/Renate Hof* (Hrsg.) *Genus*, 2005, 402 ff. Zur Fortentwicklung i.S.e. „color consciousness“ s. etwa *Kwame Anthony Appiah/Amy Gutmann* *Color Conscious*, 1996; *J. Angelo Corlett* *Race, Racism, and Reparations*, 2003, v.a. 91; vgl. auch *Grünberger* *Personale Gleichheit* (Fn. 3), 711 f.

¹³³ Das dürfte etwa mit Blick auf homosexuelle Partnerschaften bereits genügen, um die biologistische Argumentation mit der fehlenden Reproduktionsfähigkeit zu entkräften.

¹³⁴ So ordnet das BVerfG etwa die sexuelle Orientierung als qualifiziertes Persönlichkeitsmerkmal ein, das mit den in Art. 3 Abs. 3 GG aufgelisteten Merkmalen vergleichbar und daher nur aus besonderen Gründen verfassungskonformen Differenzierungen zugänglich sei, vgl. BVerfG, NJW 2010, 1439 (1440).

4. *Vergessene Vielfalt*

Mit der Hierarchisierung verwandt, aber nicht identisch ist ein weiteres spezifisches Risiko der Vielfaltsorientierung, nämlich das Ausblenden bestimmter Vielfaltskonstellationen: So ist auffällig, dass die üblicherweise in gleichheitsbezogenen Diskussionen besonders präsenten ökonomischen Ungleichheiten¹³⁵ im Vielfaltsdiskurs relativ wenig Beachtung finden.¹³⁶ Teilweise wird soziale Ungleichheit sogar ausdrücklich ausgenommen.¹³⁷ Wie sehr allen Emanzipationsbestrebungen zum Trotz bestimmte Bevölkerungsgruppen weiterhin ausgeblendet bleiben, zeigt sich exemplarisch daran, dass erst sehr spät, infolge v.a. der bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur,¹³⁸ in dem lange Zeit verfassungsrechtlich sträflich vernachlässigten Bereich der Betreuung und insbesondere medizinischer Zwangsbehandlungen wesentliche und weiterführende Änderungen bewirkt wurden.¹³⁹

5. *Neue Zugehörigkeitsformen: Identität jenseits der Offline-Existenz*

Die Identitätsbildung wird jedoch nicht nur feindifferenzierter. Sie bewegt sich auch in unerwartete Richtungen und auf unbekanntes Ter-

¹³⁵ Vgl. *Nickel* Gleichheit und Differenz in der vielfältigen Republik (Fn. 2), 52 ff.

¹³⁶ Vgl. explizit kritisch hierzu *Walter Benn Michaels* *The Trouble with Diversity*, 2016, passim, besonders deutlich 108: „As long [...] as the left continues to worry about diversity, the right won't have to worry about inequality.“ Ähnlich *Fraser* *Justice Interruptus* (Fn. 45), 2, für die die „postsocialist“ condition“ u.a. durch „the rise of ‚identity politics‘“ charakterisiert ist; sie attestiert „a shift in the grammar of political claims-making“, weil Forderungen nach sozialer Gerechtigkeit durch Forderungen nach „recognition of group difference“ überlagert werden. „The result is a decoupling of cultural politics from social politics, and the relative eclipse of the latter by the former.“ Vgl. in diese Richtung auch *Salzbrunn* *Vielfalt/ Diversität* (Fn. 2), v.a. 52 ff.; *Chantal Munsch* *Engagement und Diversity*, 2010.

¹³⁷ Vgl. dazu *Thiele* Gleichheit angesichts von Vielfalt (Fn. 6), 1112 (1117 f. m.w.N.). Prinzipiell skeptisch auch *Harry Frankfurt* *Equality as a Moral Ideal*, *Ethics* 98 (1987), 21 ff.

¹³⁸ Erst mit der grundlegenden Entscheidung aus dem Jahr 2011 (BVerfGE 128, 282 [300 ff.]) wurde klargestellt, dass gegen den sog. natürlichen Willen einer Person gerichtete Behandlungen in schwerwiegender Weise in Grundrechte, insbesondere die körperliche Integrität und das Persönlichkeitsrecht, eingreifen und nicht etwa nur bloße Ausgestaltungs-, Organisations- oder sogar Befähigungsregeln darstellen.

¹³⁹ Vgl. dazu auch m.w.N. *Steffen Augsberg* Grundrechtliche(r) Status der betreuten Person in: Josef Franz Lindner (Hrsg.) *Selbstbestimmung durch und im Betreuungsrecht*, 2019, 43 ff. Gerade in diesem Bereich spezieller Vulnerabilität liegt eigentlich die Relevanz poststrukturalistischer Untersuchungen von Machtstrukturen auf der Hand, vgl. etwa *Michel Foucault* *Wahnsinn und Gesellschaft*, 1973; *ders.* *Die Geburt der Klinik*, 10. Aufl. 1988; *ders.* *Die Macht der Psychiatrie*, 2005; *ders.* *Die Anormalen*, 2003, v.a. 61 ff.; *ders.* *Geschichte der Gouvernementalität I: Sicherheit, Territorium, Bevölkerung*, 2004; *ders.* *Geschichte der Gouvernementalität II: Die Geburt der Biopolitik*, 2004.

rain.¹⁴⁰ Das betrifft nicht nur den vor allem¹⁴¹ aus den USA bekannten Trend zur freiwilligen Segregation.¹⁴² Es betrifft auch und zumal die zunehmende Verlagerung identitätsstiftender Handlungen in digitale Räume. Mit zwei glücklichen Neologismen des Technikphilosophen *Luciano Floridi*¹⁴³ kann man von einer zunehmenden Bedeutung der sog. *onlife*-Existenz ausgehen, die durch das Verwischen der Grenze von Online- und Offline-Aktivitäten gekennzeichnet ist. Dabei wandelt sich das klassische Personenverständnis zu dem von neuartigen *informational organisms* (oder *inforgs*), deren durchaus sehr enge Verbindungen auf dem Datenaustausch jenseits der Offline-Welt beruhen. Die so entstehenden neuartigen Formen „emergenter Kollektivität“¹⁴⁴ transzendieren nicht nur Nationen, sondern lassen sich auch nicht schlicht mit herkömmlichen Gruppen- oder Milieuzugehörigkeiten kurzschließen. Als personalisierte „Filterblasen“ sind sie Gegenstand intensiver Kritik; die Rechtswissenschaft unterbreitet Vorschläge, wie sie überwunden oder doch entscheidend geschwächt werden können.¹⁴⁵ Das greift indes zu kurz: Hier entstehen „kulturüberwindende“¹⁴⁶ Zugehörigkeiten, die sich mit den herkömmlichen Mitteln kaum erfassen lassen. Sie können, müssen aber nicht instabiler sein als ihre Pendants in der Offline-Welt,¹⁴⁷ die sie zudem nicht vollständig ersetzen, sondern lediglich überlagern und ergänzen. Gleichheitsrechtliche Bedenken erzeugt weniger die Gefahr klassischer Diskriminierung als vielmehr die Bedeu-

¹⁴⁰ „In der Gegenwartsgesellschaft erfolgt [...] eine massive Neuzusammensetzung kollektiver Identitäten im Modus einer Segmentierung des Nähegefühls.“, so *Rosanvallon*, *Die Gesellschaft der Gleichen* (Fn. 91), 331.

¹⁴¹ S. aber für Deutschland jüngst *Marcel Helbig/Stefanie Jähnen* Wie brüchig ist die soziale Architektur unserer Städte? WZB-Discussion Paper, 2018 (online abzurufen unter <https://bibliothek.wzb.eu/pdf/2018/p18-001.pdf>).

¹⁴² Vgl. *Bill Bishop* *The Big Sort*, 2009. Kritisch hierzu etwa *Samuel J. Abrams/Morris P. Fiorina* „The Big Sort“ That Wasn’t, *Political Science and Politics* 2012, 203 ff.; unterstützend demggü. etwa *Jesse Sussell* *New Support for the Big Sort Hypothesis*, *Political Science and Politics* 2013, 768 ff.

¹⁴³ Vgl. zum folgenden *Luciano Floridi* *The Fourth Revolution: How the Infosphere is Reshaping Human Reality*, 2014; s. auch ders. (Hrsg.) *The Onlife Manifesto: Being Human in a Hyperconnected Era*, 2015.

¹⁴⁴ *Jens Kersten* *Schwarmdemokratie*, 2017, 79.

¹⁴⁵ Vgl. etwa *Anna-Bettina Kaiser/Ines Reiling* Meinungsfilter durch soziale Medien – und das demokratische Ideal der Meinungsvielfalt?, in: Antje von Ungern-Sternberg/Sebastian Unger (Hrsg.) *Künstliche Intelligenz, i.E. Zu Recht skeptisch ggü. dem gängigen Narrativ* *Peter Dabrock* Die Würde des Menschen ist granularisierbar, epd-Dokumentation, Karlsruher Foyer Kirche und Recht, 2018, 8 (13).

¹⁴⁶ *Roberto Simanowski* Teile auf Facebook, überwinde deine Kultur!, *NZZ* v. 22.1.2018.

¹⁴⁷ Tendenziell anders *Vesting* *Staatstheorie* (Fn. 81), Rn. 301.

tung des Zugangs zu von privaten Quasimonopolisten kontrollierten,¹⁴⁸ für die individuelle Identitätsbildung unter Umständen immens bedeutsamen Netzwerken.¹⁴⁹

6. „Krise der Gleichheit“ infolge zunehmender Individualisierung?

Das leitet über zu einem weiteren mit der Digitalisierung verbundenen Phänomen.

a) Von der Gruppenvielfalt über die „Gesellschaft der Individuen“ zur „Gesellschaft der Singularitäten“?

Eine erste Beobachtung betrifft den in einer Reihe aktueller Veröffentlichungen¹⁵⁰ thematisierten Entwicklungstrend hin zur „Gesellschaft der Singularitäten“.¹⁵¹ Damit wird die beschriebene Vielfaltsvervielfäl-

¹⁴⁸ Insoweit hat sich der Problemfokus verschoben, denn Ende der 1980er Jahre wurden „Verbandsmacht und Massenmedien“ als freiheits- und gleichheitsgefährdend eingestuft, vgl. Zippelius Der Gleichheitssatz (Fn. 61), 7 (17). Exemplarisch für die aktuelle Situationseinschätzung hingegen Wolfgang Hoffmann-Riem Verhaltenssteuerung durch Algorithmen, AöR 142 (2017), 1 (38): „Von besonderer Bedeutung ist, dass einzelne global tätige Unternehmen/Konzerne – wie Alphabet/Google, Facebook oder Amazon – zu Trägern von gewaltiger wirtschaftlicher Macht und damit verbunden von gesellschaftlicher und kommunikativer Einflussmacht geworden sind. Nicht zuletzt die vielgestaltige Nutzbarkeit von Big Data in Verbindung mit dem Einsatz von künstlicher Intelligenz befähigt die Akteure in neuartiger Weise und in verschiedenartigen Tätigkeitsfeldern zum Machteinsatz, darunter auch und speziell zur algorithmenfundierte Beeinflussung von Verhalten und Einstellungen. Dies kann zu einer faktischen Erosion autonomen Handelns der Nutzer führen, aber auch und vor allem gesamtgesellschaftlich bedeutsam sein, ohne dass der Machteinsatz in rechtsstaatliche und demokratisch legitimierte Verfahren eingebunden ist.“ S. zum sog. Netzwerkeffekt ferner Dabrock Die Würde des Menschen ist granularisierbar (Fn. 145), 8 (12) mit dem Hinweis auf die zunehmende Bedeutung „chinesische[r] Firmen mit ihrem staatskapitalistischen Hintergrund und dessen umfassender Überwachungspraktik“.

¹⁴⁹ Wobei die „sozialen“ Netzwerke ihre Stellung sehr wohl wahrgenommen haben und zumindest teilweise ganz bewusst ausfüllen, vgl. etwa zu der Anfang 2018 von Facebook verkündeten neuen Strategie Simanowski Teile auf Facebook (Fn. 146).

¹⁵⁰ Vgl. insbesondere Rosanvallon Die Gesellschaft der Gleichen (Fn. 91), 309 ff.; Reckwitz Die Gesellschaft der Singularitäten (Fn. 105).

¹⁵¹ Der Begriff ist leicht missverständlich, denn er wird auch in anderen Zusammenhängen verwendet. Vgl. etwa die Vorstellung der „entwerteten“ Gemeinschaft (*communauté désœuvrée*) bei Jean-Luc Nancy Die undarstellbare Gemeinschaft, 1988. Nancy versteht hierunter eine offene, nicht-essentialistische, subjektlose Gemeinschaft der Singularitäten. Vgl. auch ders. singular plural sein, 2004, S. 213: „Meiner Ansicht nach ist das erste Erfordernis, das überkommene Verständnis des ‚Gemeinsamen‘ und der ‚Gemeinschaft‘ unter Vorbehalt zu stellen. Auf dieser Grundlage können wir beginnen zu verstehen, daß das ‚Sein-in-der-Gemeinschaft‘ kein gemeinsames Sein ist und daß es anders zu analysieren ist, zum Beispiel als ‚Zusammen-Sein‘ oder ‚Mit-Sein‘. Die Hauptfrage ist, wie die Politik als

tigung¹⁵² auf die Spitze getrieben, soweit nicht mehr Gruppen, sondern Individuen¹⁵³ im Zentrum stehen und die „soziale Logik des Allgemeinen ihre Vorherrschaft verliert an die *soziale Logik des Besonderen*“¹⁵⁴. Singularisierung ist demnach – anders als Individualisierung – nicht nur durch Selbstverantwortung charakterisiert. „Zentral ist ihr das kompliziertere Streben nach Einzigartigkeit und Außergewöhnlichkeit, die zu erreichen freilich nicht nur subjektiver Wunsch, sondern paradoxe gesellschaftliche *Erwartung* geworden ist.“¹⁵⁵ Dementsprechend wird Differenz zur neuen Normalität, Anderssein zum Standard.¹⁵⁶ Damit verbunden sind indes neue Ausschlussmechanismen. Zum einen, weil dieser „Strukturwandel der Moderne“ unterschiedliche Schichten und Klassen unterschiedlich affiziert

eine Nicht-Totalität zu denken ist, und das heißt anders denn als Unterordnung der gesamten Existenz. Zwischen der Ontologie des Mit-Seins und der Politik darf es keinen begründenden Zusammenhang geben und auch keinen solchen des Ausdrucks. Die Politik darf also nicht die Totalität des Mit-Seins zum Ausdruck bringen. Wenn im Gegensatz dazu das Sein des Mit-Seins wesentlich ein plurales ist (singuläre Existenzen und singuläre Ordnungen, Künste, Körper, Gedanken...), dann muß die Politik das sein, was die Gerechtigkeit in der Vielheit und Vielfältigkeit garantiert, aber sie darf keine Aufhebung des Mit-Seins sein.“ Als „Singularitäten, die gemeinsam handeln“, definieren *Antonio Negri/Michael Hardt* *Empire – die neue Weltordnung*, 2004, 123, die titelgebende „Multitude“, die sie aber eher als lose Netzwerkformation denn als politische Gemeinschaft verstehen.

¹⁵² Vgl. *Bukow* Zur alltäglichen Vielfalt von Vielfalt (Fn. 22), 35 ff.

¹⁵³ Insoweit handelt es sich um eine Weiterentwicklung des schon von *Georg Simmel* attestierten „Individualismus der Gleichheit“. Vgl. *ders.* *Soziologie*, 6. Aufl. 1983, S. 543: „Der Individualismus der Gleichheit, der nur dann nicht von vornherein eine *contradictio in adjecto* ist, wenn man unter Individualismus die Selbständigkeit und von keiner engeren sozialen Bindung eingeschränkte Freiheit versteht, und der Individualismus der Ungleichheit, der die Konsequenz jener Freiheit auf der Basis der unendlichen Mannigfaltigkeit menschlicher Anlagen zieht und sie dadurch mit der Gleichheit unverträglich macht – diese beiden Formen des Individualismus in ihrer fundamentalen Gegensätzlichkeit finden sich in dem einen Punkte zusammen: daß eine jede die Möglichkeit ihrer Entwicklung in dem Maße findet, in dem der Kreis um das Individuum ihr durch seine quantitative Erweiterung dazu den Raum, die Anregung und den Stoff gewährt.“ Vgl. auch *Vesting* *Staatstheorie* (Fn. 81), 165 ff., mit Verweis auf *Alain Ehrenbergs* „personale Wende des Individualismus“.

¹⁵⁴ *Reckwitz* *Gesellschaft der Singularitäten* (Fn. 105), 11 (Hervorhebung i.O.). Er betont dabei zu Recht den artifiziellen Charakter dieser Unterscheidung: „Weder *das* Allgemeine noch *das* Besondere sind also einfach vorhanden. Beide werden sozial fabriziert.“, a.a.O. (Hervorhebung i.O.).

¹⁵⁵ *Reckwitz* *Gesellschaft der Singularitäten* (Fn. 105), 9 (Hervorhebung i.O.). Darin liegt der Unterschied zur grundrechtsbasierten Aussage von *Zippelius* *Der Gleichheitssatz* (Fn. 61), 7 (19): „Es gehört zur Dialektik des Gleichheitssatzes, daß dieser [...] auch eine gleiche Freiheit gewährt, anders zu sein als andere.“

¹⁵⁶ „Abweichung vom Durchschnitt ist so kein Defizit mehr, sondern ein *Asset*.“, *Reckwitz* *Gesellschaft der Singularitäten* (Fn. 105), 381 f. (Hervorhebung i.O.). Vgl. kritisch zu solchen Entwicklungen schon *Norbert Bolz* *Die Konformisten des Andersseins*, 1999.

und damit entsprechende Differenzen reaktualisiert,¹⁵⁷ zum anderen, weil eben nicht jede Einzigartigkeit gleichwertig ist.¹⁵⁸

b) *Technologiebasierte Verstärkungseffekte*

Der mit der Singularisierung eng verknüpfte „Kampf um Sichtbarkeit“ betrifft die Offline-, aber auch und erst recht die Online-Welt.¹⁵⁹ Die soziologischen Beobachtungen werden entsprechend durch stärker technikorientierte Aussagen gestützt; teilweise wird daraus eine „Krise der Gleichheit“ abgeleitet.¹⁶⁰ In der Tat ist nicht zu leugnen, dass es unter den Bedingungen von „Big Data“ möglich ist, in komplexen, grenzüberschreitenden Daten-netzwerken und vernetzten Softwaresystemen enorme Mengen an Daten zu erheben, mit anderen Datensätzen zu verknüpfen und mittels parallelisierbarer Algorithmen in erstaunlicher Geschwindigkeit, oft in Echtzeit, kontinuierlich Muster zu erkennen.¹⁶¹ Über die Grenzen menschlicher Erkenntnis hinaus erfolgen damit auf statistischen Mustererkennungen aufbauend immer feiner zisierte Analysen individueller und kollektiver Datensets,

¹⁵⁷ Vgl. Reckwitz Gesellschaft der Singularitäten (Fn. 105), v.a. 277 ff.

¹⁵⁸ Vgl. Reckwitz Gesellschaft der Singularitäten (Fn. 105), 266 ff. Insoweit anders Rosanvallon Die Gesellschaft der Gleichen (Fn. 91), 309: „Singularität wiederum ist durch den Faktor *Relation* definiert; sie ist kein Zustand. Differenz ist in ihrem Fall das Verbindende, nicht das Trennende. [...] Die Gleichheit der Singularitäten beruht also mitnichten auf einem Streben nach ‚Selbigkeit‘, sondern setzt im Gegenteil voraus, dass jedes Individuum sich durch das kundtut, was ihm eigen ist. Vielfalt ist in diesem Fall der Maßstab der Gleichheit. Letztere bedeutet, dass jeder seinen Weg finden und zum Gestalter seiner Geschichte werden kann, dass jeder gleichermaßen einzigartig ist.“ (Hervorhebung i.O.)

¹⁵⁹ Vgl. Reckwitz Gesellschaft der Singularitäten (Fn. 105), 225 ff.

¹⁶⁰ Vgl. dazu Christoph Kucklick Die granulare Gesellschaft, 2016; s. auch Steffen Mau Das metrische Wir, 2017.

¹⁶¹ Vgl. hierzu und zum folgenden nur Deutscher Ethikrat Big Data und Gesundheit, 2017, 54 ff.; Gernot Rieder/Judith Simon Big Data: A New Empiricism and its Epistemic and Socio-Political Consequences, in: Wolfgang Pietsch/Jörg Wernecke/Maximilian Ott (Hrsg.) Berechenbarkeit der Welt?, 2017, 85 ff., jeweils m.w.N. Plastisch Ziad Obermeyer/Ezekiel J. Emanuel Predicting the Future – Big Data, Machine Learning, and Clinical Medicine, New England Journal of Medicine 375 (2016), 1216 (1217): „Machine learning [...] approaches problems as a doctor progressing through residency might: by learning rules from data. Starting with patient-level observations, algorithms sift through vast numbers of variables, looking for combinations that reliably predict outcomes. In one sense, this process is similar to that of traditional regression models: there is an outcome, covariates, and a statistical function linking the two. But where machine learning shines is in handling enormous numbers of predictors – sometimes, remarkably, more predictors than observations – and combining them in nonlinear and highly interactive ways. This capacity allows us to use new kinds of data, whose sheer volume or complexity would previously have made analyzing them unimaginable.“

die immer präzisere Stratifizierungen diesseits klassischer Gruppenzugehörigkeiten implizieren¹⁶² und sogar Verhaltensprognosen erlauben.¹⁶³ In der Psychologie wurden die Möglichkeiten des Internets, gehaltvolle Beziehungen aufzubauen, mit der Vorstellung eines „authentische[n] Selbst“ in Verbindung gebracht, das dadurch gekennzeichnet sein soll, dass es „sich selbst und anderen verborgen bleibt und am besten in therapeutischen Begegnungen artikuliert wird.“¹⁶⁴ Unter den Bedingungen von Big Data wird die Therapiecouch durch die Big-Data-gestützte Analyse ersetzt: Der Algorithmus kennt uns besser als wir uns selbst.¹⁶⁵ Das zentrale Problem in diesen Konstellationen ist nicht die Vervielfältigung oder „Granularisierung“ als solche,¹⁶⁶ sondern die damit verbundene epistemische Dimension. Denn die mittels der Big-Data-Technik gewonnenen Einsichten stehen regelhaft nur besonderen, privaten Akteuren zur Verfügung.¹⁶⁷ Es drohen subtile Diskriminierungen¹⁶⁸ auf Basis weder für den Einzelnen noch für den Staat nachvollziehbarer Unterscheidungsparameter.

¹⁶² Vgl. *Deutscher Ethikrat* Big Data (Fn. 161), 79 f., 105, 254 f.

¹⁶³ Vgl. dazu etwa allgemein *Jon Kleinberg/Jens Ludwig/Sendhil Mullainathan/Ziad Obermeyer* Prediction Policy Problems, *American Economic Review* 105 (2015), 491 ff.; *Evelyn Ruppert/John Law/Mike Savage* Reassembling the Social Science Methods, *Theory, Culture & Society* 30 (2013), 22 ff. Speziell für den juristischen Kontext s. etwa *Daniel Martin Katz* Quantitative Legal Prediction, *Emory Law Journal* 62 (2013), 909 ff.; *ders./Michael J. Bommarito/Josh Blackman* A general approach for predicting the behavior of the Supreme Court of the United States, *PLoS ONE* 12 (2017), e0174698; *Timo Rademacher* Predictive Policing im deutschen Polizeirecht, *AöR* 142 (2017), 366 ff.; *Theodore W. Ruger/Pauline T. Kim/Andrew D. Martin/Kevin M. Quinn* The Supreme Court Forecasting Project, *Columbia Law Review* 104 (2004), 1150 ff.

¹⁶⁴ Vgl. (mit Bezug auf *Carl Rogers*) *Eva Illouz* Gefühle in Zeiten des Kapitalismus, 2007, 159.

¹⁶⁵ Vgl. etwa *Wu Youyou/Michal Kosinski/David Stillwell* Computer-based personality judgments are more accurate than those made by humans, *Proceedings of the National Academy of Sciences* 112 (2015) 1036 ff.

¹⁶⁶ Vgl. hierzu etwa *Dabrock* Die Würde des Menschen ist granularisierbar (Fn. 145), 8 (11 ff.).

¹⁶⁷ Ähnliche Bedenken bei *Colin Crouch* Die bezifferte Welt, 2015, 55 ff., 69 ff.

¹⁶⁸ Vgl. etwa *Toshihiro Kamishima/Shotaro Akaho/Hideki Asoh/Jun Sakuma* Fairness-Aware Classifier with Prejudice Remover Regularizer, in: Peter A. Flach/Tijl De Bie/Nello Cristianini (Hrsg.) *Machine Learning and Knowledge Discovery in Databases*, 2012, 35 ff. S. exemplarisch mit Blick auf das bekannte US-amerikanische Beispiel, die Wahrscheinlichkeit der Rückfälligkeit von Straftätern algorithmenbasiert zu beurteilen, *Jeff Larson/Surya Mattu/Lauren Kirchner/Julia Angwin* ProPublica 2016 (online abzurufen unter <https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm>); *Julia Dressel/Hany Farid* The accuracy, fairness, and limits of predicting recidivism, *Science Advances* 4 (2018), eaao5580.

IV. Die (denkbare, wahrscheinliche) Pluralisierung des basalen *genus proximum*

Zum Abschluss ist noch auf einen vom Vorgesagten sich etwas abhebenden Aspekt einzugehen und die Frage zu stellen, inwieweit über die zunehmende Vielfalt der Identitäten und Unterscheidungsmerkmale hinaus selbst die dem Gleichheitspostulat seit jeher zugrundeliegende Vorstellung eines einheitlichen Rechtssubjekts in Frage zu stellen ist. Das mag manchen erstaunen, andere abstoßen. Die entsprechenden, zunächst in den Nachbarwissenschaften geführten Diskussionen¹⁶⁹ sind indes schon deshalb ernstzunehmen, weil sie an die auch in der juristischen Praxis „angekommenen“ Antidiskriminierungsdebatten anschließen.¹⁷⁰ So muss man die Tierrechtsbewegung zwar nicht als eine zwingende, nahtlose Fortsetzung der entsprechenden Emanzipationskämpfe verstehen. Man darf aber Verbindungslinien nicht ignorieren. Die Protagonisten stellen ihre Forderung nach einer Erweiterung der *community of equals* ganz ausdrücklich in den Kontext früherer, zwischenmenschlicher Diskriminierungen.¹⁷¹ In diesem Sinne liegt es im Fluchtpunkt der Diversitätsdebatte, die Speziesbarriere zu durchbrechen.¹⁷² Trotzdem soll es an dieser Stelle nicht darum gehen, den

¹⁶⁹ Der Spott, den die Berufung auf „Menschenrechte für Menschenaffen“ im juristischen Mainstream erhalten hat, beruht (auch) auf einer gewissen disziplinären Introvertiertheit und der unzureichenden Berücksichtigung von Diskussionen, die außerhalb der Rechtswissenschaft sehr intensiv geführt werden; s. dazu die Nachweise oben Fn. 39; ferner etwa Paola Cavalieri *The Animal Question*, 2001; David DeGrazia *Taking Animals Seriously: Mental Life and Moral Status*, 1996; Julian H. Franklin *Animal Rights and Moral Philosophy*, 2004; Tom Regan *The Case for Animal Rights*, 1983, sowie die Beiträge in: Cass R. Sunstein/Martha Nussbaum (Hrsg.) *Animal Rights: Current Debates and New Directions*, 2004. Vgl. zur Kritik eines moralischen Anthropozentrismus jüngst auch Achim Lohmar *Falsches moralisches Bewusstsein*, 2017.

¹⁷⁰ Vgl. dazu etwa Karin Schachinger *Gender Studies und Feminismus*, in: Spannring u.a. (Hrsg.) *Disziplinierte Tiere?* (Fn. 39), 53 ff.; s. ferner exemplarisch die Arbeiten Will Kymlickas, etwa *Multicultural Citizenship*, 1995, einerseits und Sue Donaldson/Will Kymlicka *Zoopolis*, 2013; dies. Bill und Lou in der *Zoopolis*, Mittelweg 36, 23. Jahrgang (2014), 27 ff., andererseits.

¹⁷¹ Vgl. etwa die Beiträge in: Peter Singer/Paola Cavalieri (Hrsg.) *Great Ape Project*, 1995; s. auch <http://www.greatapeproject.de>. Deutlich mit Blick auf einzelne Argumentationsmuster ferner die Beiträge in: Chimaira (Hrsg.) *Human-Animal Studies* (Fn. 94).

¹⁷² Nur am Rande sei erwähnt, dass damit auch der soziologischen Beobachtung von der „Gesellschaft der Singularitäten“ Rechnung getragen wird. Andreas Reckwitz verweist zur Erläuterung seiner Terminologie (online abzurufen unter: <https://soziopolis.de/beobachten/kultur/artikel/reckwitz-buchforum-10-die-gesellschaft-der-singularitaeten/>) auf die von ihm intendierte Überwindung des Anthropozentrismus: „Denn traditionell bezieht sich das Individuum auf das menschliche Subjekt. Natürlich gab es immer schon alternative Begriffsverwendungen (gerade Simmel bezieht den Individualismus in innovativer Weise auch auf Gemeinschaften, die selbst ‚individuell‘ sein können), aber der Anthropozentrismus dieser

Gleichheits- und Vielfaltsdiskurs in Richtung der Tiere¹⁷³ fortzuspinnen.¹⁷⁴ Eine andere Perspektiverweiterung erscheint aktuell näherliegender und

Semantik bleibt bestehen. Für meine Perspektive ist es jedoch zentral, dass die Prozesse der Singularisierung gleichermaßen verschiedene Einheiten des Sozialen betreffen können: sicherlich Subjekte, aber auch Objekte, dinglicher oder immaterieller Art (zum Beispiel auch religiöse Weltanschauungen), zudem räumliche Einheiten (Orte), zeitliche Einheiten (Ereignisse) und schließlich kollektive Einheiten wie Nationen, Schulen oder Organisationen selbst. Die moderne, insbesondere spätmoderne soziale Logik der Singularisierung betrifft all diese Einheiten zugleich und hat insofern nicht mehr primär ein ‚Individuum‘ zu ihrem Gegenstand.“

¹⁷³ Vgl. zu deren möglichem Personenstatus etwa *Steffen Augsburg* Der Anthropozentrismus des juristischen Personenbegriffs, Rechtswissenschaft 2016, 338 ff.; dezidiert etwa *Saskia Stucki* Grundrechte für Tiere, 2016; s. auch *Birgit Brünninghaus* Die Stellung des Tieres im Bürgerlichen Gesetzbuch, 1993, 127 ff. S. zu anderen denkbaren Ausweitungen des Personenverständnisses etwa *Joel Feinberg* The Rights of Animals and Unborn Generations, in: *ders.* Rights, Justice, and the Bounds of Liberty, 1980, 159 ff.; *Andreas Fischer-Lescano* Natur als Rechtsperson, ZUR 2018, 205 ff.; *James L. Huffman* Do Species and Nature Have Rights?, Public Land and Resources Law Review 13 (1992), 51 ff.; *Jens Kerssten* Who Needs Rights of Nature, in: Anna Leah Tabios Hillebrecht/Maria Valeria Berros (Hrsg.) Can Nature Have Rights?, Rachel Carson Center Perspectives 6/2017, 9 ff.

¹⁷⁴ Persönlich hege ich zwar wenig Zweifel daran, dass künftige Generationen unseren Umgang mit Tieren, namentlich in der industrialisierten Landwirtschaft, mit ähnlichem Unverständnis und vergleichbarem Entsetzen ansehen werden wie wir Heutigen den Sklavenhandel, das fehlende Wahlrecht für Frauen oder die Strafbarkeit der Homosexualität. Das bedeutet aber noch lange nicht, dass diese Konstellationen moralisch und rechtlich auf gleicher Stufe stehen und insbesondere eine entsprechend übereinstimmende normative Reaktion erfordern. Vielmehr lässt sich mit guten Gründen bezweifeln, dass diese Form von „More-than-Human Legalities“ (so *Irus Braverman* More-than-Human Legalities: Advocating an Animal Turn, in: Austin Sarat/Patricia Ewick [Hrsg.] The Handbook of Law and Society, 2015, 307 ff.) die allen Annäherungen zum Trotz bestehende Grenze zwischen Mensch und Tier – vgl. zur weiterhin erforderlichen Berücksichtigung dieser Differenz *Jacques Derrida* Das Tier, das ich also bin, 2. Aufl. 2016, S. 56 – beseitigt. Auch eine noch so tierrechtsfreundliche Ausgestaltung eines menschengemachten Rechtssystems kann die hieraus resultierende grundsätzliche Asymmetrie nicht aus der Welt schaffen. Vgl. in diesem Sinne *Derrida* Das Tier, das ich also bin, 145: „Die Sozialisierung der menschlichen Kultur geht Hand in Hand mit dieser Schwächung, mit der Domestizierung des gezähmten Tieres, ist nichts anderes als das Vieh-Werden des Tieres (*devenir bétail de la bête*). Die Zähmung, Bändigung, Domestizierung des ‚zahmen Viehs‘ ist die Sozialisation des Menschen. [...] Es gibt also keine Sozialisation, keine politische Konstituierung, keine Politik ohne ein Prinzip der Domestizierung des wilden Tieres (*animal sauvage*). Die Idee einer Tierpolitik (*politique de l'animal*), die behauptete, dass sie mit dieser Macht, dem Tier (*bête*), dem Vieh-Werden des Tieres zu befehlen, brechen würde, wäre absurd und widersprüchlich.“ Das heißt für *Derrida* aber nicht, dass eine entsprechende Verschiebung des herrschenden Rechtsverständnisses nicht dennoch unternommen werden sollte: „Für den Moment müssen wir uns mit einer Gestaltung der rechtlichen Regeln zufriedengeben, so wie sie existieren. Doch eines Tages wird man die Geschichte dieses Rechts neu betrachten und begreifen müssen, daß die Tiere, auch wenn sie nicht unter Begriffe wie Staatsbürger, an das Sprechen gebundenes Bewußtsein, Subjekt usw. zu fassen sind, dennoch nicht

dringlicher. Nicht die Mitkreatur, sondern das Geschöpf des Menschen ist in den Blick zu nehmen.¹⁷⁵ Zu fragen ist, ob und wie sich Künstliche Intelligenz dem Menschen so sehr angenähert hat oder doch angenähert werden kann, dass dessen Sonderstellung in Zweifel steht.¹⁷⁶

Bekanntermaßen sind die Kriterien dafür, was das Menschsein ausmacht, alles andere als ausgemacht. Die Künstliche Intelligenz trägt hier – ebenso wie andere biotechnische Innovationen¹⁷⁷ – zu weiterer Verunsicherung und Unklarheit bei.¹⁷⁸ So ist es nicht länger sinnvoll, den Menschen als das „sprachbegabte Tier“ auszusondern.¹⁷⁹ In seiner „exzentrische[n] Positionalität“¹⁸⁰ wie auch als „nicht festgestelltes“ „Mängelwesen“¹⁸¹ ist der Mensch zwar auf Sprache und Kultur, die unhintergehbaren grundsätzlichen Elemente seiner Sonderstellung, verwiesen¹⁸² und durch das „anteilmehrende Geöffnetsein“ für den anderen gekennzeichnet.¹⁸³ Kulturüber-

,recht'los sind. Selbst der Begriff des Rechts wird ‚über-dacht‘ werden müssen.“ (*Jacques Derrida* in: *ders./Elisabeth Roudinesco* Woraus wird Morgen gemacht sein?, 2006, 127).

¹⁷⁵ Vgl. zu dieser „Intersection of Boundaries“ etwa *Stefano Franchi/Cüven Güzeldere* Machinations of the Mind, in: *Stefano Franchi* (Hrsg.) *Mechanical Bodies, Computational Minds*, 2005, 15 ff.; ferner *Kate Darling* Extending legal protection to social robots, in: *Ryan Calo/A. Michael Froomkin/Ian Kerr* (Hrsg.) *Robot Law*, 2016, 213 ff.; *Donna Haraway* Monströse Versprechen, 2017; *Jens Kersten* Die maschinelle Person, in: *Arne Manzeschke/Fabian Karsch* (Hrsg.) *Roboter, Computer und Hybride*, 2016, 89 ff.

¹⁷⁶ S. allgemein zu Überlegungen zu neuen Formen der Rechtssubjektivität *Vesting* Staatstheorie (Fn. 81), Rn. 302 f.; s. auch die in der Zeitschrift für Rechtssoziologie 37 (2017), 1 ff., zusammengestellten Beiträge zum Thema „Neue Theorien des Rechtssubjekts“, v.a. *Jens Kersten* Relative Rechtssubjektivität, a.a.O., 8 ff.

¹⁷⁷ Vgl. bspw. zu den sog. SHEEFS *John Aach/Jeanine Lunshof/Eswar Iyer/George M. Church* Addressing the ethical issues raised by synthetic human entities with embryo-like features, *eLife* 2017;6:e20674 (doi: 10.7554/eLife.20674).

¹⁷⁸ Vgl. etwa *Sebastian Sierra Barra/Martin Deschauer* Versuch einer nichtmenschlichen Anthropologie von Intelligenz, in: *Malte-Christian Gruber/Jochen Bung/Sascha Ziemann* (Hrsg.) *Autonome Automaten*, 2015, 61 ff.

¹⁷⁹ Dazu *Charles Taylor* Das sprachbegabte Tier, 2017. Vgl. zur Problematik einer sprachbasierten Unterscheidung von Mensch und Tier allerdings aus jüngerer Zeit etwa *Dieter Lohmar* Denken ohne Sprache, 2016; *Eva Meijer* Die Sprachen der Tiere, 2018.

¹⁸⁰ Dazu näher *Helmuth Plessner* Die Aufgabe der Philosophischen Anthropologie, in: *ders.* *Gesammelte Schriften* 8, hrsg. von Günter Dux u.a., 1983, 33 ff.; *ders.* Die Stufen des Organischen und der Mensch, in: *ders.* *Gesammelte Schriften* 4, hrsg. von Günter Dux u.a., 1985, v.a. 360 ff.

¹⁸¹ *Arnold Gehlen* Der Mensch: seine Natur und seine Stellung in der Welt (1940), in: *ders.* *Gesamtausgabe* Bd. 3, Teilbd. 1, hrsg. von Karl-Siebert Rehberg, 1993, 4 und 9 (in Anknüpfung *Friedrich Nietzsches* Wort vom „noch nicht festgestellten Tier“), passim.

¹⁸² Zu dieser Grundthese *Gehlen*s vgl. z.B. *Hans Lenk* Zum transzendentalen Kulturreismus *Arnold Gehlen*s, in: *ders.* *Zwischen Sozialpsychologie und Sozialphilosophie*, 1987, 112 ff., der *Gehlen* insbesondere gegen den Vorwurf des „Biologismus“ verteidigt.

¹⁸³ *Karl Jaspers* Vernunft und Existenz, 1973, 70 ff.; dazu auch *Norbert Bolz* Am Ende der Gutenbergs-Galaxis, 1993, 29 f. Zum kryptotheologischen Habitus der insoweit (auch)

greifend¹⁸⁴ wird er dementsprechend als das sich entwickelnde, auf den anderen angewiesene Gemeinschaftswesen verstanden¹⁸⁵ – und zwar nicht trotz, sondern gerade angesichts der bestehenden Unterschiede: „Alterity is at its peak in mutuality.“¹⁸⁶ Kommunikations- und Interaktionsabhängigkeit kennzeichnet indes auch die avancierteren Formen Künstlicher Intelligenz und Mensch-Maschinen-Hybride.¹⁸⁷ Hierauf muss sich das Recht und muss sich der Gleichheitsdiskurs einstellen.¹⁸⁸ Es hat wenig Sinn, sich gegenüber absehbaren und wahrscheinlichen Entwicklungen schlicht abzuschotten und sie in das Reich der *science fiction* zu verweisen – eine „innovations-offene Rechtswissenschaft“¹⁸⁹ zeichnet sich dadurch aus, dass sie nicht nur reagiert, sondern auch antizipiert.¹⁹⁰

auf Jaspers aufbauenden Diskurstheorie siehe *Ladeur/I. Augsburg* Toleranz (Fn. 98), 36 ff.

¹⁸⁴ Vgl. auch *Dae-Jong Yang* Der Mensch im Blick des anderen Menschen, in: Detlev Ganten u.a. (Hrsg.) Was ist der Mensch?, 2008, 276 (278), mit dem interessanten Hinweis, dass sich eine entsprechende zwischenmenschliche Abhängigkeit im Chinesischen schon im Schriftzeichen für den Menschen niedergeschlagen hat.

¹⁸⁵ Streng genommen grenzt eine solche Betrachtung die besonders prekären Konstellationen am Lebensanfang und -ende aus. Hier erinnern biologisch-medizinische Erkenntnisse daran, dass die psycho-physischen Entwicklungsstufen des Menschen im fortlaufenden Prozess des Lebens (und Sterbens) so differenziert und subtil verlaufen, dass eindeutige Festlegungen kaum möglich erscheinen. Vgl. nur die knappe Darstellung bei *Christoph Viebahn* Eine Skizze der embryonalen Frühentwicklung des Menschen, in: Gregor Damschen/Dieter Schönecker (Hrsg.) Der moralische Status menschlicher Embryonen, 2003, 269 ff.

¹⁸⁶ *Ricoeur* The Course of Recognition (Fn. 44), 251.

¹⁸⁷ Vgl. etwa *Robin Hanson* The Age of Em, 2016, sowie die Beiträge in: Manzeschke/Karsch (Hrsg.) Roboter, Computer und Hybride (Fn. 175). S. ferner etwa *Jens Kersten* Die Konsistenz des Menschlichen, in: Christian Bumke/Anne Rödel (Hrsg.) Autonomie im Recht, 2017, 315 (317 ff.), sowie – mit Bezug auf *Bruno Latour* Das Parlament der Dinge, 3. Aufl. 2009, 93 ff. – *Gunther Teubner* Elektronische Agenten und grosse Menschenaffen: Zur Ausweitung des Akteursstatus in Recht und Politik, in: Paolo Becchi/Christoph Beat Graber/Michele Luminati (Hrsg.) Interdisziplinäre Wege in die juristische Grundlagenforschung, 2007, 1 (8 ff.). S. ferner zur Begriffsbestimmung *Annette Guckelberger* Modifizierung der polizeirechtlichen Verantwortung bei „intelligenten“ Robotern?, in: Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 2018, 7 (12 ff. m.w.N.).

¹⁸⁸ Vgl. zur „Vernunftnatur“ als Grundlage der „Wesensgleichheit der Menschen“ *Köhler* Recht und Gerechtigkeit (Fn. 50), 229 f. Kritisch zu entsprechenden Argumentationsmodellen *Lohmar* Falsches moralisches Bewusstsein (Fn. 169).

¹⁸⁹ Vgl. *Wolfgang Hoffmann-Riem* Innovation und Recht – Recht und Innovation, 2016, 23 ff.; ders. Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung als Reaktion auf gesellschaftlichen Innovationsbedarf, in: Martin Eifert/ders. (Hrsg.) Innovation und rechtliche Regulierung, 2002, 26 ff.

¹⁹⁰ Das Rechtssystem kennzeichnet eine spezifische Offenheit und Anpassungsfähigkeit; seine Entscheidungen lassen sich im Sinne einer spezifischen Bifunktionalität nachvollziehen; sie dienen „der provisorischen Bindung von Ungewissheit, d.h. dem Schutz in das Vertrauen der Stabilität der rechtlichen Regelbestände (Erwartungssicherheit), aber

Dabei können an dieser Stelle keine abschließenden Vorschläge gemacht werden. Es geht vor allem um einen Denkanstoß zu einem relativ frühen Zeitpunkt. Zu warnen ist allerdings vor einer zu stark traditionellen Denkmustern verhafteten Herangehensweise: Künstliche Intelligenz muss in ihren spezifischen Stärken und Schwächen erfasst werden.¹⁹¹ Anthropomorphe Idealisierungen sind dabei ebenso wenig hilfreich wie das Beharren auf dem *status quo*.¹⁹² Zu erinnern ist an die Beobachtung *Christoph Menkes*, dass die modernen Rechte nicht auf der Existenz autonomer Subjekte beruhen; statt dessen gibt es „autonome Subjekte, weil es die moderne Form der Rechte gibt.“¹⁹³ Das ist bei Menke kritisch gemeint, lässt sich aber auch affirmativ fassen¹⁹⁴ und verdeutlicht dann Gestaltungsoptionen. Als Zwischenlösung ist daran zu denken, Künstliche Intelligenz über die objektiv-verfassungsrechtliche Dimension des allgemeinen Gleichheitssatzes zu

zugleich, ja in einer dynamischen Gesellschaft vielleicht sogar primär, der Ermöglichung des Neuen (Variation)“, so *Thomas Vesting* Rechtstheorie, 2007, Rn. 227. Vgl. im vorliegenden Zusammenhang entsprechend auch *Guckelberger* Modifizierung der polizeirechtlichen Verantwortung (Fn. 187), 7 (9 m.w.N.); allg. zum Konzept des „learning law“ *Niklas Luhmann* Rechtssoziologie, 2. Aufl. 1983, 208 ff.; *Karl-Heinz Ladeur* Postmoderne Rechtstheorie, 2. Aufl. 1995, 103 ff.; *Graf Peter Calliess* Prozedurales Recht, 1999, 121 f. S. auch *Vofßkuhle* Vielfaltssicherung (Fn. 79), 97 ff. Gerade die Grundrechte sind nicht auf den faktischen oder legalen status quo ihrer Entstehung festgelegt, sondern bewusst entwicklungsfähig konzipiert. „Die normative Kraft der Verfassung“ (*Konrad Hesse*, 1973) erweist sich in ihrer Fähigkeit, sich der sich verändernden Lebenswelt anzupassen.

¹⁹¹ Insoweit ähnlich (im Ergebnis aber eine Rechtsfähigkeit ablehnend) *Horst Eidenmüller* The Rise of Robots and the Law of Humans, Oxford Legal Studies Research Paper No. 27/2017 (online abzurufen unter <https://ssrn.com/abstract=2941001>), v.a. 11 ff. Vgl. demgü. die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 16. Februar 2017 mit Empfehlungen an die Kommission zu zivilrechtlichen Regelungen im Bereich Robotik (2015/2103(INL)), in der die Kommission u.a. aufgefordert wird, „langfristig einen speziellen rechtlichen Status für Roboter zu schaffen, damit zumindest für die ausgeklügeltsten autonomen Roboter ein Status als elektronische Person festgelegt werden könnte, die für den Ausgleich sämtlicher von ihr verursachten Schäden verantwortlich wäre, sowie möglicherweise die Anwendung einer elektronischen Persönlichkeit auf Fälle, in denen Roboter eigenständige Entscheidungen treffen oder anderweitig auf unabhängige Weise mit Dritten interagieren“.

¹⁹² Ein interessantes Beispiel liefern die Vorschläge der durch den Bundesminister für Verkehr und digitale Infrastruktur eingesetzten Ethik-Kommission „Automatisiertes und Vernetztes Fahren“, insbesondere mit Blick auf die Problematik eines „Overruling“ durch den Menschen (online abzurufen unter https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Publikationen/DG/bericht-der-ethik-kommission.pdf?__blob=publicationFile).

¹⁹³ *Christoph Menke* Kritik der Rechte, 2015, 17.

¹⁹⁴ In diesem Sinne auch *Bijan Fateh-Moghadam* Selbstbestimmung im biotechnischen Zeitalter, Basler Juristische Mitteilungen 2018, 205 (219).

erfassen – so wie diese jetzt schon operationalisiert wird, um juristische Personen des öffentlichen Rechts und bestimmte, an sich nicht grundrechtsberechtignte Privatrechtssubjekte zu schützen.¹⁹⁵

V. Dynamisierung der Gleichheit und Stabilisierung der Vielfalt – demokratietheoretische Implikationen

Das Ideal (demokratischer und sozialer) Gleichheit ist für die Aufrechterhaltung und den inneren Zusammenhalt einer Gesellschaft unerlässlich. Das gilt gerade dann, wenn diese Gesellschaft in sich „bunter“ wird. Dabei sollte nicht in Abrede gestellt werden, dass Vielfalt mit einem – unter Umständen ganz erheblichen – Konfliktpotential ausgestattet ist. Aus einer liberalen Perspektive ist es jedoch nicht unproblematisch, wenn gefordert wird, der Staat habe sich – in erkennbar paternalistischer Weise, bezeichnenderweise der Psychologie entstammende Fachbegriffe heranziehend¹⁹⁶ – um eine Art „Vielfaltserziehung“ zu bemühen.¹⁹⁷ Für das öffentliche Recht geht es vielmehr darum, im Sinne einer funktionalen Handhabbarkeit die vorhandene Vielfalt zu stabilisieren,¹⁹⁸ ohne damit Unterschiede „einzufrieren“ und/oder als unaufhebbar anzusehen.¹⁹⁹ Zudem ist die Gleichheitsdogmatik durch eine stärkere

¹⁹⁵ Vgl. *Wollenschläger* (Fn. 63), Art. 3 Abs. 1 Rn. 42, 65. Denkbar und theoretisch ambitionierter ist es, an Helmut Ridders Konzept der „impersonalen Rechte“ anzuknüpfen, vgl. *Helmut Ridder*, Die soziale Ordnung des Grundgesetzes, 1975, 85 ff.; dazu *Ladeur* Helmut Ridders Konzept der Meinungs- und Pressefreiheit (Fn. 115), 281 ff./479 ff.

¹⁹⁶ Zur „vorherrschende[n] Sprachideologie der Psychologie“ s. *Illouz* Gefühle in Zeiten des Kapitalismus (Fn. 164), 159.

¹⁹⁷ Vgl. *Thiele* Gleichheit angesichts von Vielfalt (Fn. 6), 1112 (1119 m.w.N.), der „Ambiguitätstoleranz“ sowie „das stetige Einüben sowie Institutionalisieren einer toleranten Haltung“ einfordert. Der von *Thomas Bauer* übernommene Begriff dient bei diesem ursprünglich dazu, islamische Gesellschaften des 14. Jahrhunderts zu beschreiben (s. *ders.* Die Kultur der Ambiguität, 2011, 13 ff.) und wird erst später normativ gewendet auf die Gegenwart übertragen (s. *ders.* Die Vereindeutigung der Welt [Fn. 17], 17 ff.). Vgl. ähnlich *Stichweh* Fremdheit in der Weltgesellschaft (Fn. 131), 162 ff., der eine „Minimalsympathie“ für erforderlich erachtet, und jüngst *Aleida Assmann* Menschenrechte und Menschenpflichten, 2018. S. demggü. die Differenzierung zwischen rechtlicher Anerkennung und sozialer Wertschätzung bei *Axel Honneth* Kampf um Anerkennung, 1994, 180 ff. (mit Bezug auf *Rudolf v. Jhering* Der Zweck im Recht, 1905).

¹⁹⁸ Zu Hegels Versuch, „eine vorbildlose Moderne aus den von ihr selbst hervorgebrachten Entzweigungen heraus [zu] stabilisieren“, s. *Jürgen Habermas* Der philosophische Diskurs der Moderne, 1991, 26 ff.

¹⁹⁹ Vgl. dazu etwa *Sergio Costa* Freezing Differences: Politics, Law, and the Invention of Cultural Diversity in Latin America, in: *Aldo Mascareño/Kathya Araujo* (Hrsg.) Legitimization in World Society, 2012, 139 ff.

Fokussierung ihrer unhintergehbaren Normativität zu dynamisieren.²⁰⁰ Beides ist nicht nur von rechtsstaatlichem, sondern auch von demokratischem Interesse. „Die liberale Demokratie wird mit einem Begehren nach Einheit und Identität konfrontiert, die den gespaltenen Subjekten fremd bleiben müssen und von denen sie sich doch nicht fernhalten können.“²⁰¹

Über systemintern ansetzende Vorschläge einer prinzipiellen²⁰² bzw. partiellen²⁰³ Erweiterung des Legitimationssubjekts hinaus ist demnach zu überlegen, ob nicht die nach wie vor dominante lineare Grundkonzeption demokratischer Legitimation, die mit dem Bild von der „ununterbrochenen Legitimationskette“ zwischen dem legitimationsbedürftigen konkreten staatlichen Handeln und dem sog. „Volkswillen“ veranschaulicht wird, in Zweifel zu ziehen ist. Dieses Modell demokratischer Legitimation ist einheits- und identitätsorientiert;²⁰⁴ im Zentrum steht der traditionelle

²⁰⁰ Vgl. begrifflich ähnlich, inhaltlich aber anders ausgerichtet *Zippelius* Der Gleichheitssatz (Fn. 61), 7 (31 f.).

²⁰¹ *Thomas Vesting* Die liberale Demokratie und das Andere der Kultur (und der Medien), in: Ino Augsberg/Karl-Heinz Ladeur (Hrsg.) Politische Theologie(n) der Demokratie, 2018, 18 (35).

²⁰² Vgl. dazu insbes. *Brun-Otto Bryde* Kritik der Volks-Demokratie, in: ders. (Hrsg.) Triumph und Krise der Demokratie, 1999, 27 ff.; ders. Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, Staatswissenschaften und Staatspraxis 5 (1994), 305 ff. Vgl. zum Problem auch *Axel Honneth* Das Recht der Freiheit, 2011, 470 ff.

²⁰³ Vgl. zum sog. inklusiven Wahlrecht etwa *Heinrich Lang* Inklusives Wahlrecht – ein Update, ZRP 2018, 19 ff.; ders./Anke S. Kampmeier/Kirsten Schmalenbach/Gerd Strohmeier/Stephan Mühlig Studie zum aktiven und passiven Wahlrecht von Menschen mit Behinderung, 2016 (online abzurufen unter <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0168-ssaoar-47362-2>); zu den Überlegungen, ein Kinder- resp. Elternwahlrecht einzuführen, s. nur *Friederike Wapler* Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, 548 ff.

²⁰⁴ Vgl. „klassisch“ *Carl Schmitt* Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, 8. Aufl. 1996, 13 ff.; ders. Verfassungslehre, 6. Aufl. 1983, 215. Die politische Einheit nimmt dabei Bezug auf die Bestimmung des Politischen im Schema der Inklusion/Exklusion, verlangt also, dass „das Volk kraft eigenen politischen Bewusstseins und nationalen Willens die Fähigkeit hat, Freund und Feind zu unterscheiden.“, ebd., 214. Zur Kritik des Schmittschen Konzepts vgl. etwa *Hasso Hofmann* Legitimität gegen Legalität, 1964, 147 ff.; *Christoph Müller* Das imperative und freie Mandat, 1966, 17 ff.; s. auch *Konrad Hesse* Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck der 20. Aufl. 1999, Rn. 131; *Horst Dreier* in: ders. (Hrsg.) Grundgesetz, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Demokratie) Rn. 60; Gegenkritik bei *Ernst-Wolfgang Böckenförde* in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.) HStR II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 49 f.; s. zu Böckenförde wiederum kritisch *Robert Chr. van Ooyen* Hans Kelsen und die offene Gesellschaft, 2010, S. 34 ff.; ders. Politik und Verfassung, 2006, S. 64 ff. S. im vorliegenden Zusammenhang zum „Gedanken des homogenen Bürgertums“ *Kaufmann* Gleichheit vor dem Gesetz (Fn. 60), 2 (17); darauf Bezug nehmend *Zippelius* Der Gleichheitssatz (Fn. 61), 7 (9). Das gilt selbst dort, wo einem durch „Mitgliedschaftsbedingungen“ verengten Demokratieverständnis ein ohne entsprechende Privilegierungen auskommendes Öffentlichkeitskonzept (als „Bewusstsein des Politischen“ bzw. „Sphäre kritischer Prüfung“) entgegengesetzt wird,

Repräsentationsgedanke.²⁰⁵ Demgegenüber wird in der jüngeren Demokratietheorie – insbesondere der poststrukturalistischen und post-fundamentalistischen politischen Philosophie²⁰⁶, aber auch der Systemtheorie²⁰⁷ – ein Perspektivwechsel von der identitäts- zu einer stärker differenzorientierten Sichtweise vollzogen.²⁰⁸ An die Stelle der Konsensorientierung tritt eine positive Inbezugnahme von Differenz und Dissens.²⁰⁹ Legitimationstheore-

vgl. Volker Gerhardt Öffentlichkeit. Die politische Form des Bewusstseins, 2012, 291, 304. Dazu kritisch Peter Dabrock Öffentlichkeit und Religion, Marburger Jahrbuch Theologie 26 (2014), 77 (89): „Dabei arbeitet Gerhardt jedoch mit dem rhetorischen Gestus des Ganzen, der als solcher nicht hinreichend dekonstruiert wird und damit den Eindruck hinterlässt, als ob die Öffentlichkeit selbst jenes Ganze bilde oder jedenfalls prinzipiell noch als ein solches fungieren könne. Beide Annahmen müssen mit Blick auf die gesellschaftliche Konstellation einer weltanschaulich pluralen und ausdifferenzierten Gesellschaft jedoch als unterkomplex zurückgewiesen werden.“

²⁰⁵ In seiner modernen Form postuliert dieser zwar nicht mehr ein unmittelbares Korrespondenzverhältnis zwischen Regierenden und Regierten, sondern berücksichtigt (auch) die unumgänglichen Verschiebungen im Prozess der Repräsentation. Diese werden dabei indes v.a. als Problem – im Sinne einer „Verfälschung“ des nur unzureichend verwirklichten Identitätsgedankens – aufgefasst. Vgl. hierzu im Überblick Oliver W. Lembcke Theorie demokratischer Repräsentation, in: ders./Claudia Ritzi/Gary S. Schaal (Hrsg.) Zeitgenössische Demokratietheorie, Bd. 2: Empirische Demokratietheorien, 2016, 23 ff.; Nadia Urbani/Mark E. Warren The Concept of Representation in Contemporary Democratic Theory, Annual Review of Political Science 11 (2008), 387 ff.; s. auch Giuseppe Duso Die moderne politische Repräsentation, 2006. Vgl. demggü. zum Repräsentationsverständnis Jacques Rancières Marina Martinez Mateo „Doch diese Störung zielt eher auf ein Mehr als auf ein Weniger an Repräsentation“, in: Linpinsel/Lim (Hrsg.) Gleichheit, Politik und Polizei (Fn. 26), 121 (122 ff.).

²⁰⁶ Vgl. etwa Claude Lefort Die Frage der Demokratie, in: Ulrich Rödel (Hrsg.) Autonomie Gesellschaft und libertäre Demokratie, 1990, 281 ff.; ders. Fortdauer des Theologisch-Politischen?, 1999; Jean-Luc Nancy Wahrheit in der Demokratie, 2009; s. zur „im Zustand permanenter Revolution befindlichen [...] Politik“ ders. Begrenzte und unendliche Demokratie, in: Agamben u.a. Demokratie (Fn. 21), 72 (78); s. ferner Jacques Rancière Das Unvernehmen, 2002; s. auch ders. Der Hass der Demokratie, 2011, 98: Demnach ist die Demokratie nicht eine Regierungs- oder Gesellschaftsform, sondern „zuerst diese paradoxe Bedingung der Politik, jener Punkt, in dem jede Berechtigung mit der Tatsache konfrontiert wird, selbst keine letztgültige Berechtigung zu haben, sowie mit der egalitären Kontingenz, die die unegalitäre Kontingenz selbst unterstützt“. Vgl. hierzu allgemein auch die Beiträge in: Linpinsel/Lim (Hrsg.) Gleichheit, Politik und Polizei (Fn. 26).

²⁰⁷ Vgl. Niklas Luhmann Die Zukunft der Demokratie, in: ders. Soziologische Aufklärung 4: Beiträge zur funktionalen Differenzierung der Gesellschaft, 1987, 126 ff.; ders. Die Politik der Gesellschaft, 2000, 356 ff.

²⁰⁸ Vgl. im Überblick Oliver Marchart Die politische Differenz, 2010, 87 ff.; Uwe Hebe-kus/Jan Völker Neue Philosophien des Politischen, 2012.

²⁰⁹ Allerdings nicht im Sinne einer vulgär-schmittianischen Überbetonung des agonalen Elements, vgl. Chantal Mouffe Über das Politische, 2007, 7 ff.; William Rasch Konflikt als Beruf, 2005, 12 ff.

tisch stehen nicht konkrete Machtpositionen im Mittelpunkt.²¹⁰ Statt dessen gilt die Aufmerksamkeit etwa dem funktionalen Mehrwert der prozesshaften Aufspaltung von Macht²¹¹ und der Frage, warum die Figur des Machtsubjekts grundsätzlich prekär bleiben muss.²¹² Mir scheint, dass ein derartiges „postidentitäres“ Konzept nicht nur mit Blick auf die Supra-, Inter- und Transnationalisierung des Rechts,²¹³ sondern zumal angesichts der zunehmend vielfältigen Struktur unserer Gesellschaft²¹⁴ klare Vorteile bietet. Dies auch innerhalb der Rechtswissenschaft²¹⁵ intensiver zu diskutieren, kann deshalb dazu beitragen, den beschriebenen „Verfaltungen“ von Gleichheit und Vielfalt und namentlich der Einsicht in ihre jeweilige soziale Konstruiertheit besser gerecht zu werden.

²¹⁰ Vgl. etwa *Nancy* Begrenzte und unendliche Demokratie (Fn. 206), 72 (82 ff.).

²¹¹ Vgl. zur Unterscheidung des Gegensatzpaares von Regierung und Opposition („Spaltung der Spitze“) *Niklas Luhmann* Zukunft der Demokratie (Fn. 207), 126 (127). Dazu etwa *Edwin Czerwick* Systemtheorie der Demokratie, 2008, 105 ff.; *Stefan Lange* Niklas Luhmanns Theorie der Politik, 2003, 175 ff.; *Matthias Wefer* Kontingenz und Dissens, 2004, 120 ff.

²¹² Vgl. *Claude Lefort* Die Frage der Demokratie (Fn. 206), 281 ff.; *ders.* Fortdauer des Theologisch-Politischen? (Fn. 206). Vgl. dazu näher *Andreas Wagner* Recht – Macht – Öffentlichkeit, 2010, 136 ff.; s. auch die Beiträge in: *ders.* (Hrsg.) Am leeren Ort der Macht, 2013.

²¹³ Vgl. deutlich etwa *Benhabib* Kulturelle Vielfalt (Fn. 19), 111: „Der Begriff der ‚Nation‘ und das Phänomen des ‚Nationalismus‘ haben die stillschweigende und historisch katastrophale Identifizierung dieser beiden Prozesse von Identitätsstiftung und Souveränität erlaubt, denn die Nation wird nicht nur als selbst-identischer und homogener politischer Körper, sondern auch als Quelle aller souveränen Autorität gedacht. Die Perspektive der republikanischen Gründung legitimiert so die Setzung eines homogenen Volkskörpers als Ort aller politischen Autorität.“ S. zum Hintergrund auch *Annette Knaut* Von der Idee der Nation als politischer und sozialer Willensgemeinschaft zur Transformation der Nation im Zeitalter von Europäisierung und Globalisierung, *Archiv für Begriffsgeschichte* 53 (2011), 119 ff.

²¹⁴ Vgl. *Ernesto Laclau* Emanzipation und Differenz, 2002, 56: „Das Universelle ist Symbol einer abwesenden Fülle, während das Partikulare nur in einer widersprüchlichen Bewegung existiert, gleichzeitig eine differentielle Identität durchzusetzen und sie durch Einordnung in ein nicht-differentielles System aufzuheben.“ S. auch dort, 41: „Partikularität verneint und erfordert Totalität, das heißt: den Grund.“ (Hervorhebung i.O.).

²¹⁵ Vgl. bereits *James Tully* Public Philosophy in a New Key, 2008, und *ders.* Strange Multiplicity, 1995.

Leitsätze des 1. Referenten über:

Gleichheit angesichts von Vielfalt als Gegenstand des philosophischen und des juristischen Diskurses

I. Problemaufriss: Gleichheit und Vielfalt in Komplementarität und Spannung

(1) Das zwischen Gleichheit und Vielfalt bestehende Spannungsverhältnis muss ernstgenommen und in seinen produktiven wie problematischen Konsequenzen analysiert werden.

(2) Dazu sind Gleichheit und Vielfalt in deskriptiv-analytischer wie in normativer Perspektive, aber zumal in den jeweiligen Verschleifungen dieser Perspektiven zu erfassen.

(3) Gerade für die Gleichheit ist zu betonen, dass sie uns nicht vorgegeben, sondern aufgegeben ist; sie ist nicht absolut, sondern relativ, nicht Ausgangs-, sondern Zielpunkt menschlicher Gemeinschaft.

(4) Der multidimensionalen Untersuchungsperspektive entspricht eine Betrachtung von Entwicklungslinien (II.) und kurrenten Anwendungsszenarien (III.). Im Sinne der „Entfaltung von Vielfalt“ ist ferner auf mögliche Gattungsgrenzüberschreitungen einzugehen (IV.). Die Beschäftigung mit Gleichheit und Vielfalt lenkt schließlich den Blick auf ein stärker differenz- und dissensorientiertes Demokratieverständnis (V.).

II. Entwicklungslinien

(5) Die – durch eine große Bedeutungsvarianz gekennzeichnete – normative Gleichheitsdimension setzt bestehende Ungleichheit voraus. Gegenüber der gängigen Annahme einer klaren Dichotomie von Faktizität und Geltung ist allerdings daran zu erinnern, dass im (Gleichheits-)Recht Gemeinsamkeiten wie Unterschiede nicht nur vorgefunden, sondern konstruiert werden.

(6) Der Vielfaltdiskurs ist eng verwoben mit Emanzipationsstreben und Identitätssicherung. Identität ist dabei weder zwingend starr und einheitlich noch notwendig im Singular zu verstehen. Dem korrespondiert eine vielfaltsbezogene Ausweitungstendenz.

III. Konfliktszenarien

(7) Die Debatten über Vielfalt und Identität(en) sind politisch überformt. Daraus resultieren Überzeichnungen, reflexhafte Ablehnungen und Reflexionsdefizite.

(8) Dass in der Gleichheitsdogmatik immer noch mit „tatsächlichen oder „natürlichen“ Unterschieden argumentiert wird, steht in Spannung zu der gerade in der Geschlechterforschung herausgearbeiteten Einsicht in die soziale Konstruiertheit vieler solcher Differenzen.

(9) Aus dieser Einsicht folgen spezifische Begründungsdilemmata. Sie provoziert zudem in Verbindung mit der positiven Besetzung von Vielfalt die grundlegende Frage, ob es sinnvoll ist, an vorgeblicher Differenz ansetzende, damit aber vielfaltserzeugende Ungleichbehandlungen zu beseitigen.

(10) Vielfalt ist regelhaft hierarchisch geordnet. Damit kann auf sie nicht mit bloßer Differenzindifferenz reagiert werden. Es bedarf einer Differenzdifferenz, die die Konstruiertheit der gleichheits- wie der differenzbegründenden Merkmale reflektiert und Auswahlentscheidungen erläutert. Das gilt gerade angesichts der Einsicht, dass bestimmte Vielfaltskonstellationen weitgehend unbeachtet bleiben.

(11) Identitätsbildung erfolgt zunehmend im Raum des Digitalen. So entstehen neue „kulturüberwindende“ Zugehörigkeiten, die in bedenklicher Weise von privaten Quasimonopolisten abhängig sind.

(12) Der Prozess der sog. Singularisierung treibt die Vielfaltsvervielfältigung auf die Spitze. Hier wird Differenz zur neuen Normalität, Anderssein zum Standard. Damit verbunden sind indes neue Exklusionsmechanismen.

(13) Zusätzliche Brisanz folgt aus technischen Weiterentwicklungen. Unter den Bedingungen von „Big Data“ lassen sich über die Grenzen menschlicher Erkenntnis hinausgehende, immer präzisere Stratifizierungen vornehmen. Damit gehen erhebliche neue Wissensasymmetrien einher. Es drohen subtile Diskriminierungen auf Basis weder für den Einzelnen noch den Staat nachvollziehbarer Unterscheidungsparameter.

IV. Die (denkbare, wahrscheinliche) Pluralisierung des basalen *genus proximum*

(14) Das Durchbrechen der Speziesbarriere liegt im Fluchtpunkt der Diversitätsdebatte.

(15) Besonders naheliegend und dringlich erscheint es, über die gleichheitsrechtlichen Implikationen Künstlicher Intelligenz nachzudenken und namentlich deren mögliche, ggf. modifizierte Rechtssubjektivität zu erörtern. Als Zwischenlösung könnte eine stärkere Operationalisierung der

objektiv-verfassungsrechtliche Dimension des allgemeinen Gleichheitssatzes dienen.

*V. Dynamisierung der Gleichheit und Stabilisierung der Vielfalt –
demokratiethoretische Implikationen*

(16) Nicht „Vielfaltserziehung“ sollte im Fokus des öffentlichen Rechts stehen, sondern der Versuch, im Sinne einer funktionalen Handhabbarkeit die vorhandene Vielfalt zu stabilisieren und zugleich die Gleichheitsdogmatik durch eine stärkere Fokussierung ihrer unhintergehbaren Normativität zu dynamisieren.

(17) Beide Aspekte sind nicht nur von rechtsstaatlichem, sondern auch von demokratischem Interesse. Die Beschäftigung mit Vielfalt und Gleichheit bietet insofern Anlass, über das gängige, einheits- und identitätsorientierte Legitimationsmodell neu nachzudenken.

(18) In der jüngeren Demokratiethorie vorfindliche, „postidentitäre“ und stärker differenzorientierte Sichtweisen können dazu beitragen, den beschriebenen „Verfaltungen“ von Gleichheit und Vielfalt und namentlich der Einsicht in ihre jeweilige soziale Konstruiertheit besser gerecht zu werden.

Erster Beratungsgegenstand:

Gleichheit angesichts von Vielfalt als Gegenstand des philosophischen und des juristischen Diskurses

2. Referat von *Friederike Wapler*, Mainz

Inhalt

	Seite
I. Einführung	54
II. Gleichheit und Differenz als Mittel zur Ordnung von Vielfalt . .	55
III. Gleichheit in Freiheit	57
1. Das „abstrakte Individuum“ als Ausgangspunkt liberaler politischer Philosophie	57
2. Die Unvermeidlichkeit sozialer Vielfalt und widerstreitender Interessen	59
3. Gleichheit vor dem Gesetz	60
IV. Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandeln	61
1. Gleichheits- und Ungleichheitsurteile.	62
2. Die Bedeutung des Rechts für Gleichheits- und Ungleichheitsrelationen: Stabilisierung und Kritik.	64
a) Die kritisch-reflexive Funktion der verfassungsrechtlichen Gleichheitssätze.	64
b) Formale und materiale Gleichheit: zur Legitimität positiver Förderung	66
V. Die Realisierung gleicher Freiheit	68
1. Verfassungsrechtliche Gestaltungsspielräume	68
2. Tendenzen: der Gedanke der gleichberechtigten Teilhabe . .	69
3. Konkretisierung: gleichberechtigte Teilhabe an der Ressource „Bildung“	70
a) Exkurs zum Wortgebrauch: „Inklusion“ und „Integration“	71
b) Die völkerrechtliche Staatenpflicht aus Art. 24 BRK . . .	72
c) „Behindert werden“: kein Problem nur für „Behinderte“	73
d) Herausforderungen für das Verfassungsrecht	74
e) Umsetzung	76

VI. Zusammenleben in der vielfältigen Gesellschaft	78
1. Nochmals: Integration und Inklusion	78
2. Konkretisierung: der schulische Integrationsauftrag (Art. 7 Abs. 1 GG).	79
a) Pluralismus als Strukturelement des Grundgesetzes und Gegenstand des staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrags	81
b) Integration in die pluralistische Gesellschaft: Angebote und Erwartungen.	83
3. Partizipation	84
VII. Schlusswort.	85

I. Einführung¹

Als die Soulsängerin *Sharon Jones* in den 1970er Jahren eine Produktionsfirma für ihre Musik suchte, erklärte man ihr bei verschiedenen Gelegenheiten, sie sei für dieses Geschäft „zu klein, zu dick und zu schwarz“ – später kam noch „zu alt“ hinzu, nachdem sie die Schwelle von 25 Jahren überschritten hatte. Gut zwanzig Jahre später hatte sie sich dennoch einen Namen im Musikgeschäft gemacht und traf auf den jungen Produzenten und Musiker *Gabriel Roth*, der sie fragte, ob sie nicht zusammenarbeiten wollten. Da war es nun *Sharon Jones*, die dachte: „Was wird denn wohl dieser junge weiße jüdische Mann vom Soul verstehen?“ Wenig später gründeten *Roth* und *Jones* die Band „The Dap-Kings“ und arbeiteten viele Jahre höchst erfolgreich zusammen.²

Die Begebenheit zeigt, wie kontingent die Wahrnehmung von Ungleichheit und Fremdheit ist. Wer selbst aufgrund bestimmter Merkmale als „ungleich“ und deswegen für irgendetwas nicht geeignet identifiziert wird, kann in anderen Kontexten mit anderen Menschen genau dasselbe tun. Die Gleichheitsdebatte ist keine Geschichte von Gut und Böse, jedenfalls keine

¹ Für die Diskussion dieses Textes in diversen Stadien seiner Entstehung und Hilfen bei der Erstellung der Druckfassung gilt mein herzlicher Dank Nadia Akarkach, Wibke Frey, Peter Füssel, Vannareth Hean, Michael Heinig, Friedhelm Hufen, Anna Katharina Mangold, Dietmar von der Pfordten, Theresa Richarz, Jutta Roitsch-Wittkowsky, Anja Schmidt, Daniela Schweigler, Niklas Spahr, Klaus Thommes, Harry Willekens sowie den Teilnehmerinnen und Teilnehmern meiner Forschungswerkstatt im August 2018.

² Vgl. den Song von *Sharon Jones* „I’m still here“ mit Textzeile „too short, too fat, too black and too old“; Interview im Deutschlandfunk mit *Christian Lehner* (2010), <http://www.deutschlandfunk.de/sharon-jones-spaeter-ruhm-frueher-tod.807.de.html?dram:article_id=400811>; Dokumentation „Miss Sharon Jones!“, 2015, abrufbar bei Netflix <<https://www.netflix.com/de/title/80079428>> (Stand 31.10.2018).

mit zeitlos festgelegten Rollen. Das Beispiel zeigt aber auch: Kategorisierungen, die im ersten Zugriff Hürden aufbauen, können überwunden werden, und das kann durchaus produktiv sein.

Gleichheit angesichts von Vielfalt ist ein facettenreiches Thema, zumal wenn der philosophische *und* der juristische Diskurs in den Blick genommen werden sollen. Die Leitfrage meiner Überlegungen lautet: Wie kann es gelingen und was kann das Recht dazu beitragen, dass sich die Menschen in einer vielfältigen Gesellschaft als Gleiche begegnen können? Hierzu werde ich drei Themenfelder ansprechen: Zunächst wird es um den Begriff und die Bedeutung von Gleichheit unter Bedingungen tatsächlicher sozialer Vielfalt gehen (II-IV), sodann um Ansprüche auf Gleichbehandlung im Verhältnis zu den Rechten auf Freiheit und Selbstbestimmung (V). Zuletzt frage ich noch kurz nach den Grenzen der Toleranz angesichts gesellschaftlicher Vielfalt (VI). Im Hintergrund scheint die übergreifende Frage nach einer gelingenden Integration der pluralistischen Gesellschaft auf, die sich angesichts der Ausdifferenzierung von Lebenswelten, einer zunehmenden Segregation gesellschaftlicher Milieus und wachsender Skepsis gegenüber demokratischer Problemlösungskompetenz aktuell nicht zum ersten Mal, aber durchaus mit neuer Schärfe stellt.

II. Gleichheit und Differenz als Mittel zur Ordnung von Vielfalt

Gleichheit ist nicht Identität:³ Identisch sind die Brille, die ich im Gesicht trage und die Brille, die ich heute Morgen gesucht habe, denn es handelt sich um ein und denselben Gegenstand. Identisch nennen wir auch zwei Gegenstände, die in ihren Eigenschaften vollkommen übereinstimmen – also auch die Brille, die Sie in meinem Gesicht sehen und ein baugleiches Modell, das vielleicht eine von Ihnen trägt. Identisch kann auch die Behandlung zweier Menschen sein, etwa, wenn zwei von Ihnen mich besuchen und ich jedem von Ihnen einen Espresso zubereite.

Stimmen zwei Gegenstände nur im Hinblick auf einige Merkmale überein, dann sind sie in dieser Hinsicht gleich und ansonsten verschieden. Die

³ *Harold Noonan/Ben Curtis* Identity in: Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2018; vgl. aus dem verfassungsrechtlichen Schrifttum *Stefan Huster* in: Heinrich Friauf/Wolfram Höfling (Hrsg.) Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 2018, Art. 3 Rn. 30 (2016); *Heike Krieger* in: Bruno Schmidt-Bleibtreu/Franz Klein/Hans Hofmann/Hans-Günther Henneke (Hrsg.) GG, 14. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 24. Zu dem Begriff der personalen Identität im Sinne einer Übereinstimmung mit sich selbst siehe *Eric T. Olson* Personal Identity, in: Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2017; *David Schoemaker* Personal Identity and Ethics, in: Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2015. Die Artikel der Stanford Encyclopedia sind online abrufbar unter <<http://plato.stanford.edu/>>.

Gleichheit, mit der wir es bei der Ordnung sozialer Verhältnisse zu tun bekommen, ist fast immer von dieser Art.⁴ Sie ist, um es mit einem vielzitierten Wort *Radbruchs* zu sagen, „Abstraktion von gegebener Ungleichheit unter einem bestimmten Gesichtspunkte“⁵. Solche Gleichheitsbetrachtungen finden immer „angesichts von Vielfalt“ statt. Sie sind ein Mittel, um Vielfalt zu ordnen und zu begreifen. Der Gegenbegriff zu Gleichheit ist darum nicht Vielfalt, sondern Ungleichheit (Differenz). Vielfalt⁶ steht in einem Gegensatz zu Gleichförmigkeit, Einheitlichkeit beziehungsweise Homogenität oder auch Konformität.

⁴ *Aristoteles* Nikomachische Ethik, übers. und hrsg. v. Ursula Wolf, 2006, 1131a15: „Das Gleiche enthält nun mindestens zwei Glieder.“

⁵ *Gustav Radbruch* Rechtsphilosophie (1932), 5. Aufl. 1956, 170; siehe auch *Hans Kelsen* Was ist Gerechtigkeit? (1953), 2016, 31: „[...] dass die Gesellschaftsordnung in der Gewährung von Rechten und in der Auferlegung von Pflichten gewisse Unterschiede unberücksichtigt lasse. Nur gewisse, keineswegs alle Unterschiede!“ Zum Gleichheitsverständnis des Grundgesetzes *Krieger* in: Schmidt-Bleibtreu/Klein (Fn. 3), Art. 3 Rn. 21; *Werner Heun* in: Horst Dreier (Hrsg.) GG I, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 19, 24; *Ferdinand Wollenschläger* in: Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.) GG I, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 44; *Sigrid Boysen* in: Ingo von Münch/Philipp Kunig (Hrsg.), GG I, 6. Aufl. 2012, Art. 3 Rn. 51; *Paul Kirchhof* Allgemeiner Gleichheitssatz, in: HStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 181 Rn. 3; *Ernst Wolfgang Böckenförde* Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters, 1957, 67 f.; *Konrad Hesse* Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht, AöR 77 (1951/52), 167 (172 ff.).

⁶ Der rechtswissenschaftliche Sprachgebrauch ist heterogen, vgl. zu „Vielfalt“ *Anna Leisner-Egenseperger* Vielfalt – ein Begriff des öffentlichen Rechts, 2004; *Susanne Baer* Wie viel Vielfalt garantiert/erträgt der Rechtsstaat?, RuP 2013, 90; *Jörg Ennuschat* Der Leitspruch für Europa: „In Vielfalt geeint“, in: Klaus Stern/Peter J. Tettinger (Hrsg.), Europäische Verfassung im Werden, 2006, 111 (113 ff.); *Armin von Bogdandy* Die Europäische Union und das Völkerrecht kultureller Vielfalt – Aspekte einer wunderbaren Freundschaft, in: BDGVR 43 (2008), 69 (72 ff.); zu „Diversity“ *Ulrike Lembke* Diversity als Rechtsbegriff, RW 2012, 46–76; *Heiner Bielefeldt* Zum Innovationspotenzial der UN-Behindertenrechtskonvention. Essay Nr. 5 des Deutschen Instituts für Menschenrechte, 3. Aufl. 2009; *Gunnar Folke Schuppert* Governance of Diversity. Zum Umgang mit kultureller und religiöser Pluralität in säkularen Gesellschaften, 2017; zu „Diversität“ *Frank Schorkopf* Staat und Diversität. Agonaler Pluralismus für die liberale Demokratie, 2017. In der politischen Philosophie wird auch der Ausdruck „Besonderheit“ verwendet, vgl. *Oliver Flügel-Martinsen/Franziska Martinsen* Politische Philosophie der Besonderheit. Normative Perspektiven in pluralistischen Gesellschaften, 2014. „Pluralismus“ wird einerseits deskriptiv als Beschreibung gesellschaftlicher Vielfalt verwendet, vgl. *John Rawls* Politischer Liberalismus, 1998, 106 f., im juristischen Kontext steht der Ausdruck häufiger für eine normative Anforderung an politische Ordnungen, vgl. *Peter Häberle* Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozess – ein Pluralismuskonzept (1978), in: ders. Verfassung als öffentlicher Prozess, 3. Aufl. 1998, 140 ff.; *Ernst Fraenkel* Möglichkeiten und Grenzen politischer Mitarbeit der Bürger in einer modernen parlamentarischen Demokratie (1966), in: ders., Deutschland und die westlichen Demokratien, hrsg. v. Alexander v. Brünneck, 1991, 261 ff.

III. Gleichheit in Freiheit

1. Das „abstrakte Individuum“ als Ausgangspunkt liberaler politischer Philosophie

Eine Art der Gleichheit, die von nahezu allem Konkreten absieht, ist die allgemeine Status- oder Menschengleichheit. Die liberale Grundüberzeugung, alle Menschen seien „gleich und frei“, abstrahiert radikal von faktischen Unterschieden⁷ – eine Annahme, die in der politischen Philosophie mit dem Einwand kritisiert wird, das solcherart „abstrakte“ Individuum sei eine realitätsferne Vorstellung. Man blende damit die tatsächliche Verbundenheit von Menschen aus, ihre Prägung durch Erziehung und Umweltbedingungen, ihre Abhängigkeit von Fürsorge, Solidarität, Freundschaft und Liebe.⁸

In der Tat wird der Mensch nicht als erwachsene Person mit einem unveränderlichen Bestand an Eigenschaften in sein Dasein geworfen, um dann fürderhin ein Leben als solitäre Monade⁹ zu führen. Der Mensch kommt als existenziell von anderen abhängiges Wesen zur Welt. Er bildet seine Identität in Relation und in Abgrenzung zu anderen aus, im Wechselspiel zwischen der Selbstdefinition und der Konfrontation mit Fremdzuschreibungen und Erwartungen. Man muss gar nicht so weit gehen, die individuelle Identität als vollständig sozial konstruiert und fluid zu begreifen, sondern darf auf dem bestehen, was *Arendt* als das Moment der „Nata-

⁷ Exemplarisch *John Locke* Über die Regierung (1690), übers. v. Dorothee Tidow, hrsg. v. Peter Meyer-Tasch, 1992, § 4: „Ist doch nichts offensichtlicher, als daß Lebewesen von gleicher Art und gleichem Rang, die unterschiedslos zum Genuß derselben Vorteile der Natur und zum Gebrauch der gleichen Fähigkeiten geboren sind, auch gleichgestellt leben sollen, ohne Unterordnung oder Unterwerfung [...]“.

⁸ Vgl. mit kommunitaristischem Hintergrund *Michael Walzer* Sphären der Gerechtigkeit. Ein Plädoyer für Freiheit und Gleichheit, 1994, 29; *Michael Sandel* Liberalism and the Limits of Justice, 1982; *Charles Taylor* Wie viel Gemeinschaft braucht die Demokratie?, 2001; aus der feministischen Philosophie *Allison Jaggar* Feminist Politics and Human Nature, 1983, 43; *Barbara Ruddick* Maternal Thinking, *Feminist Studies* 1980, 342–367; *Nel Noddings* Feminist Fears in Ethics, *Journal of Social Philosophy* 21 (1990), 31; *Carol Gilligan* Die andere Stimme. Lebenskonflikte und Moral der Frau, 1984, 200, 204; mit postmodernem und anerkennungstheoretischem Hintergrund *Flügel-Martinsen/Martinsen* (Fn. 6), 53; grundlegend zu anerkennungstheoretischen Ansätzen siehe *Nancy Fraser/Axel Honneth* Umverteilung oder Anerkennung?, 2003.

⁹ Zu diesem hier untechnisch verwendeten Ausdruck *Edmund Husserl* Gesammelte Werke („Husserliana“), Bd. XV, Zur Phänomenologie der Intersubjektivität, Texte aus dem Nachlass dritter Teil (1929–1939), hrsg. v. Iso Kern, 1973/2008, 524; *Hans Georg Soeffner* Zwischen Selbstmythisierung und Entmythologisierung. Metamorphosen des abendländischen Ichs, in: Angelika Pöferl/Norbert Schröer (Hrsg.) Wer oder was handelt? Zum Subjektverständnis der hermeneutischen Wissenssoziologie, 2014, 23 (31).

lität“ bezeichnet hat:¹⁰ das Eigene, das jeder Mensch in diese Welt bringt und das die Welt verändert. Doch auch vor dieser Hintergrundannahme steht das Individuum im geistig-kulturellen Deutungshorizont seiner Zeit und kann sich nur in der Auseinandersetzung mit anderen entfalten.

Dennoch ist das Versprechen einer ursprünglichen Gleichheit, die tatsächliche Unterschiede ausblendet, nicht obsolet. Man darf die abstrakte Gleichheit nicht als Beschreibung eines gehaltvollen Menschenbildes verstehen.¹¹ Sie ist eine normative Setzung, die der wechselseitigen Anerkennung von Rechten dient.¹² Das Verhältnis der Menschen wird als ein *nicht-hierarchisches* konstruiert, in dem kein Individuum einem anderen von vornherein über- oder untergeordnet ist.¹³ Daraus folgt ein reziproker Anspruch auf Achtung.¹⁴ Auch Freiheit kann dann nur für alle gelten: Das Recht, sich frei zu entfalten, kann in einer nicht-hierarchischen Ausgangssituation nur für jeden Menschen gleichermaßen bestehen, und es findet seine Grenzen an dem Anspruch der anderen auf Achtung ihrer Würde und Freiheit.¹⁵ Freiheit und Gleichheit sind darum keine Gegensätze.¹⁶

¹⁰ *Hannah Arendt* Vita Activa (1958), 2016, 17 f., 215 f. und passim.

¹¹ Vgl. *Herta Nagl-Docekal* Gleichbehandlung und Anerkennung von Differenz: Kontroversielle Themen feministischer politischer Philosophie, in: dies./Herlinde Pauer-Studer (Hrsg.) Politische Theorie. Differenz und Lebensqualität, 1996, 9 (39); ausf. *Friederike Wapler* Im toten Winkel der Rechtsphilosophie? Der Liberalismus und die Autonomie der Frau, ARSP-Beiheft 134, 2012, 79–99, und dies. Die Frau ist frei geboren. Feministische Perspektiven in der Rechts- und Sozialphilosophie, ZRPhil 2016, 115–132.

¹² *Rawls* Politischer Liberalismus (Fn. 6), 83 f.; *Joel Anderson/Axel Honneth* Autonomy, Vulnerability, Recognition, and Justice, in: John Christman/Joel Anderson (Hrsg.) Autonomy and the Challenges to Liberalism. New Essays, 2005, 139; *Matthias Mahlmann* Die Ethik des Gleichbehandlungsrechts, in: ders./Beate Rudolf (Hrsg.), Gleichbehandlungsrecht. Handbuch, 2007, § 1 Rn. 8.

¹³ Vgl. *Locke* Über die Regierung (Fn. 7), § 54.

¹⁴ Zu dem Gedanken der Reziprozität *Immanuel Kant* Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (2. Aufl. 1786), Akademieausgabe Bd. IV, 1911, 428 f.; s.a. *Mahlmann* Gleichbehandlungsrecht (Fn. 12), § 1 Rn. 8; *Huster* in: Friauf/Höfling (Fn. 3), Art. 3 Rn. 18. Im Grundgesetz findet sich dieser Anspruch in der Garantie der Menschenwürde, vgl. *Huster* in: Friauf/Höfling (Fn. 3), Art. 3 Rn. 38; *Kirchhof* HStR VIII (Fn. 5), § 181 Rn. 1.

¹⁵ Vgl. *Kant* Grundlegung (Fn. 14), 433 ff.; ders. Metaphysik der Sitten (1797/1798), Werkausgabe VIII, hrsg. v. Wilhelm Weischedel, 1977, A 167 f., B 197 f.; zum Gedanken gleicher Freiheit s.a. *John Stuart Mill* On Liberty (1859), hrsg. v. Jerome Schneewind, 2002, 11; zur „Idee der freien Selbstbestimmung aller“ im Grundgesetz BVerfGE 44, 125 (142); s.a. *Ernst-Wolfgang Böckenförde* Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR III, 3. Aufl. 2005, § 24 Rn. 37, 41.

¹⁶ *Michael Grünberger* Personale Gleichheit, 2013, 912; *Mahlmann* Gleichbehandlungsrecht (Fn. 12), § 1 Rn. 16; *Michael Stolleis* Historische und Ideengeschichtliche Entwicklung des Gleichheitssatzes, in: Rüdiger Wolfrum (Hrsg.) Gleichheit und Nichtdiskriminierung, 2003, 7 (15).

Jede Theorie, die Freiheit für alle Menschen zum Ausgangspunkt nimmt, begreift sie als gleich in Status und Rang und ist in diesem Sinne egalitär.¹⁷

2. *Die Unvermeidlichkeit sozialer Vielfalt und widerstreitender Interessen*

Mit der Anerkennung ursprünglicher Gleichheit und der daraus folgenden Freiheit verändert sich auch die Bedeutung sozialer Vielfalt. Soziale Vielfalt ist kein neues Phänomen. Schon *Platon* macht die unterschiedlichen Neigungen, Begabungen, Interessen und Fähigkeiten der Menschen zum Ausgangspunkt seiner politischen Philosophie, wenn er in der *Politeia* die arbeitsteilige Stadt als Modell für die Gerechtigkeit heranzieht.¹⁸ *Platon* bekommt mit der sozialen Vielfalt aber noch keine grundsätzlichen Probleme. Für ihn sortiert sie sich übersichtlich und harmonisch in drei gesellschaftliche Stände mit je unterschiedlichen Aufgaben, Rechten und Pflichten. Gerechte Verhältnisse bestehen dann, wenn nur jeder den ihm gemäßen Platz einzunehmen bereit ist und der Gesellschaft von dort aus „das Seine“ gibt.¹⁹

Der Rückgriff auf derartig fremdbestimmte Ordnungen wird mit der Anerkennung gleicher Freiheit prekär. Die Freiheit gibt dem Individuum auch das Recht, aus vorgegebenen Sinndeutungen und Identifikationsmustern auszubrechen – zum Beispiel den *Soul* auch dann als Berufung zu entdecken, wenn man damit das gerade aktuelle Normalitätsschema sprengt und sozusagen „nicht ins Bild passt“.²⁰

Die abstrakte Gleichheit, die zu gleichem Freiheitsgebrauch ermächtigt, führt zwangsläufig zu konflikthafter sozialer Vielfalt, weil die Menschen unterschiedliche Lebenspläne verfolgen.²¹ Gleiche Freiheit erzeugt auch soziale Ungleichheit, weil die Menschen mit verschiedenen Neigungen, Begabungen, Interessen und Fähigkeiten ausgestattet sind und Ressourcen unterschiedlich nutzen.²² Der universelle Gleichheitsanspruch und

¹⁷ Vgl. allgemein zu diesem auch als „normativ-individualistisch“ bezeichneten Grundgedanken normativer Ethik und politischer Philosophie *Dietmar von der Pfordten* Normative Ethik, 2010, 46 ff.; s.a. *Mahlmann* Gleichbehandlungsrecht (Fn. 12), § 1 Rn. 8–10.

¹⁸ *Platon* *Politeia*, übers. v. Friedrich Schleiermacher, Sämtliche Werke II, hrsg. v. Ursula Wolf, 1993, 368e ff.

¹⁹ *Platon* (Fn. 18), 433b.

²⁰ Vgl. *Susanne Baer* Recht auf Vielfalt, in: Eszter Belinszki/Katrin Hansen/Ursula Müller (Hrsg.), *Diversity Management*, 2003, 104 (114 f.).

²¹ Vgl. z.B. *Hannah Arendt* Was ist Politik?, 2003, 9: „Politik beruht auf der Tatsache der Pluralität von Menschen.“ Bezogen auf Art. 3 GG *Kirchhof* HStR VIII (Fn. 5), § 181 Rn. 74.

²² *Martin Morlok/Sven Jürgensen* Faktische Chancengleichheit – insbesondere im Recht der politischen Parteien, JZ 2018, 696.

die Besonderheiten, die individueller Freiheitsgebrauch ermöglicht und erzeugt, geraten so in ein Spannungsverhältnis. Das *platonische* Modell der „edlen Lüge“, das die Menschen mit sanfter Manipulation in vorbestimmte Lebensbahnen lenkt,²³ ist mit individueller Freiheit nicht zu vereinbaren. Der *Nozicksche* Minimalstaat aber, der im Namen der Freiheit auf nahezu jeden Ausgleich in der Ressourcenverteilung verzichtet,²⁴ verkennt die Unfreiheit, die extreme soziale Ungleichheit erzeugt. Dieses Spannungsfeld lässt sich nicht in die eine oder andere Richtung auflösen, sondern kann nur verhandelt und ausgestaltet werden.

3. Gleichheit vor dem Gesetz

Die Statusgleichheit verlangt nach allgemeinen Gesetzen, die für alle Mitglieder der politischen Gemeinschaft gleichermaßen gelten.²⁵ Die Gleichheit vor dem Gesetz ist ein Werkzeug gesellschaftlicher Integration, indem – und soweit²⁶ – sie formal alle Menschen in die Gruppe der Freien und Gleichen einbezieht. Die formale Gleichheit macht rechtliche und tatsächliche Ungleichbehandlungen nicht unzulässig, doch werden sie vor dem Gleichheitsanspruch rechtfertigungsbedürftig.²⁷ Gleichheit wird so zu einem Instrument der Kritik: Wer ungleich behandelt wird und dies als ungerecht begreift, darf von der politischen Gemeinschaft eine sachliche Begründung erwarten. Das liberale Gleichheitsversprechen erlaubt also, tradierte Strukturen in Frage zu stellen und normative Leitbilder herauszufordern.²⁸

²³ Platon *Politeia* (Fn. 18), 414b–415c.

²⁴ Robert Nozick *Anarchy, State, and Utopia*, 1974.

²⁵ Huster in: Friauf/Höfling (Fn. 3), Art. 3 Rn. 18; Heun in: Dreier (Fn. 5), Art. 3 Rn. 3 m.w.N.; Kirchhof HStR VIII (Fn. 5), § 181, Rn. 2; ders. in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Hrsg.) GG, 83. EL April 2018, Art. 3 Rn. 92 (2015); Gregor Kirchhof *Die Allgemeinheit des Gesetzes*, 2009, 114 ff., 362 ff.

²⁶ Die formale Gleichheit aller Menschen ist historisch nicht selbstverständlich, sondern musste erkämpft werden, siehe allg. Stolleis *Gleichheitssatz* (Fn. 16), und exemplarisch für die Rechte der Frauen Wapler *Die Frau ist frei geboren* (Fn. 11), 116 ff., 126 ff.

²⁷ Vgl. schon Locke *Über die Regierung* (Fn. 7) § 8; aus der verfassungsrechtlichen Debatte um Gleichheitsrechte Anna Katharina Mangoldt *Demokratische Inklusion durch Recht. Antidiskriminierungsrecht als Ermöglichungsbedingung der Begegnung von Freien und Gleichen*, i.E., 133 (zit. n. Manuskript); Kirchhof HStR VIII (Fn. 5), § 181 Rn. 3 und Fn. 71; Huster in: Friauf/Höfling (Fn. 3), Art. 3 Rn. 18, 32; Heun in: Dreier (Fn. 5), Art. 3 Rn. 76; Boysen in: von Münch/Kunig (Fn. 5), Art. 3 Rn. 2.

²⁸ Susanne Baer/Nora Markard in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.) GG I, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 556; siehe auch schon Reinhold Zippelius *Der Gleichheitssatz*, VVDStRL 47 (1989), 7 (21): „Der Grundsatz, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln, bringt eine Polarität zum Ausdruck, verleiht dem Recht gewissermaßen die innere Unruhe, fortwährend zu prüfen, in welchen Hinsichten und in

IV. Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandeln

Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln, ist ein klassischer Grundsatz der Gerechtigkeitstheorie²⁹ und Ausgangspunkt auch der Dogmatik der verfassungsrechtlichen Gleichheitssätze.³⁰ *Erich Kaufmann* konnte daher in seinem Referat auf der Tagung in Münster im Jahr 1926 die Gleichheitsrechte der Weimarer Reichsverfassung (Art. 109 WRV) nahezu ohne jeden Umweg als naturrechtliche Gebote der Gerechtigkeit bezeichnen – was allerdings schon damals nicht unwidersprochen blieb, weil auch *Hans Kelsen* anwesend war.³¹ Ich teile *Kelsens* Überzeugung, wonach philosophische und rechtswissenschaftliche Überlegungen methodisch zu trennen sind. Die Philosophie untersucht die Begriffe, Normen und Argumente des Rechts und der Rechtswissenschaft auf ihre Schlüssigkeit und fragt nach ihrer ethischen Rechtfertigung.³² Sie fügt der internen Perspektive

welcher Konkretion Ungleichheiten zu beachten sind und in welcher Abstraktion von ihnen abzusehen ist.“

²⁹ Siehe nur *Aristoteles* Nikomachische Ethik (Fn. 4), 1131a15–20: „Also muss das Gerechte in wenigstens vier Gliedern liegen. Denn die Personen, für die das Gerechte ist, sind zwei, und die Sachen, in denen es sich zeigt, sind ebenfalls zwei. Weiterhin wird dieselbe Gleichheit zwischen den Personen und den Sachen bestehen, die beteiligt sind. Wie sich diese zueinander verhalten, die Sachen, so auch jene, die Personen. Wenn diese nicht gleich sind, werden sie nicht gleiche Anteile haben – und hier haben die Streitigkeiten und Anklagen ihren Ursprung, wenn Gleiche ungleiche Anteile oder Ungleiche gleiche Anteile haben und zugeteilt bekommen.“

³⁰ Vollkommen unumstritten, daher hier nur exemplarisch BVerfGE 116, 164 (180); 122, 210 (230); *Lerke Osterloh/Angelika Nußberger* in: Michael Sachs (Hrsg.) GG, 8. Aufl. 2017, Art. 3 Rn. 13; *Heun* in: Dreier (Fn. 5), Art. 3 Rn. 22.

³¹ *Erich Kaufmann* Die Gleichheit vor dem Gesetz i.S.d. Art. 109 der Reichsverfassung, VVDStRL 3 (1927), 2 (3, 10 ff.); Kritik bei *Kelsen* Wortmeldung in VVDStRL 3 (1927), 54 f.: „Die Frage, auf die das Naturrecht zielt, ist die ewige Frage, was hinter dem positiven Recht steckt. Und wer die Antwort sucht, der findet, fürchte ich, nicht die absolute Wahrheit einer Metaphysik, noch die absolute Gerechtigkeit eines Naturrechts. Wer den Schleier hebt und sein Auge nicht schließt, dem starrt das Gorgonenhaupt der Macht entgegen.“ Ohne den naturrechtlichen Bezug findet sich die Verbindung von Gleichheit und Gerechtigkeit auch bei *Zippelius* VVDStRL 47 (Fn. 28), 23; siehe auch die Wortmeldung von *Böckenförde* in VVDStRL 47 (1989), 95 f. Zur naturrechtlichen Begründung der Gleichheitssätze in den Anfängen der Rechtsprechung des BVerfG vgl. BVerfGE 1, 264 (275 f.); BVerfGE 48, 346 (357); 74, 182 (200); 83, 89 (107 f.); 86, 81 (87); 93, 386 (397); 106, 225 (240); 115, 381 (389). Krit. hierzu schon *Friedhelm Hufen* Gleichheitssatz und Bildungsplanung. Zum Funktionswandel der Grundrechte im modernen Sozialstaat, 1975, 95 ff.

³² *Dietmar von der Pfordten* Rechtsethik, 2. Aufl. 2011, 99; *Friederike Wapler* Kinderrechte und Kindeswohl. Eine Untersuchung zum Status des Kindes im Öffentlichen Recht, 2015, 493 f. Zur Notwendigkeit, aber auch Schwierigkeit, verfassungsrechtliche und philosophische Gleichheitsüberlegungen methodisch zu trennen, vgl. *Huster* in: Friauf/Höfling (Fn. 3), Art. 3 Rn. 32; *Heun* in: Dreier (Fn. 5), Art. 3 Rn. 1.

des Rechts eine externe Ebene der Rechtfertigung und Kritik hinzu. Diese Begrenzung philosophischer Deutungsmacht ist für unser heutiges Thema insofern wichtig, als das Postulat, Gleiches gleich zu behandeln, ein Maßstab ohne Inhalt ist. Gleiches kann nur dann gleich behandelt werden, wenn erstens auf der deskriptiven Ebene feststeht, was gleich und was ungleich ist, und zweitens Einigkeit darüber besteht, welche normative Relevanz den festgestellten Gemeinsamkeiten und Unterschieden zukommt.³³ Man kann Gleichheit als Grundsatz der Gerechtigkeit darum mit *Radbruch* höflich als „formale“³⁴ Forderung bezeichnen oder mit *Kelsen* als „leere Formel“³⁵ abwerten, jedenfalls aber kommen wir nicht umhin, uns über seine Konkretisierung immer wieder auseinanderzusetzen (und darin sind sich auch *Radbruch* und *Kelsen* letztlich einig).³⁶

1. Gleichheits- und Ungleichheitsurteile

Wie erwähnt, beruht das Gleichheitsurteil auf einem Vergleich, der Übereinstimmung nur hinsichtlich bestimmter Merkmale feststellt. Ein Mensch wird etwa als Kind angesehen, wenn er ein bestimmtes Alter noch nicht erreicht hat, während seine Hautfarbe, der Klang seiner Stimme und sein Geschlecht für diese Einordnung unerheblich sind. Der Klang seiner Stimme und sein Geschlecht können aber wesentlich sein, wenn das Kind in einem Knaben- oder Mädchenchor singen möchte. Die Auswahl der normativ relevanten Merkmale richtet sich nach dem Zweck des Vergleichs. Mit dem Vergleich wird die reale Vielfalt nach bestimmten Zwecken kategorisiert.³⁷

³³ *Ute Sacksofsky* Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl., 1996, 150; *Lembke* Diversity (Fn. 6), 59; *Wollenschläger* in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 5), Art. 3 Rn. 44, 46, 83; *Hesse* Gleichheitsgrundsatz (Fn. 5), 173 f.; BVerfGE 6, 273 (280 f.); *Heun* in: Dreier (Fn. 5), Art. 3 Rn. 25; *Huster* in: Friauf/Höfling (Fn. 3), Art. 3 Rn. 33.

³⁴ *Radbruch* Rechtsphilosophie (Fn. 5), 169.

³⁵ *Kelsen*, Gerechtigkeit (Fn. 5), 32.

³⁶ *Radbruch* Rechtsphilosophie (Fn. 5), 173; *Kelsen* Gerechtigkeit (Fn. 5), 32. Zur Bedeutung einer rechtsethischen Orientierung (nicht jedoch Determinierung) des Rechts und der Rechtswissenschaft in Gleichheitsfragen vgl. *Mahlmann* Gleichbehandlungsrecht (Fn. 12), § 1 Rn. 4.

³⁷ Das wertende Moment in diesem Auswahlprozess wird in der Gleichheitsrechtsdogmatik unterschiedlich eingeordnet, siehe v.a. seine Betonung bei *Wollenschläger* in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 5), Art. 3 Rn. 44, 46 sowie 90 m.w.N. aus der Judikatur des EuGH; *Kirchhof*/HStR VIII (Fn. 5), § 181 Rn. 3; *Heun* in Dreier (Fn. 5), Art. 3 Rn. 25; *Uwe Kischel* in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hrsg.) GG, 37. Ed. Stand 15.05.2018, Art. 3 Rn. 18; anders wohl *Simon Kempny/Philipp Reimer* Die Gleichheitssätze, 2012, 40 ff.

Kategorisierungen können spontan anhand konkreter und aktueller Umstände und Interessenlagen erfolgen oder aber sich entlang historisch gewachsener Wahrnehmungen entwickeln.³⁸ Je tiefer Lebensverhältnisse strukturell in die politische und soziale Ordnung eingelassen sind, desto stärker werden sie als „natürlich“ oder aus anderen Gründen unabänderlich angesehen und verteidigt. *Aristoteles* rechtfertigte die Sklaverei mit dem Hinweis, manche Menschen seien zum Dienen geboren, das sei ihre Natur.³⁹ *Locke* erklärte die Herrschaft des Mannes im Privathaushalt damit, einer müsse im Konfliktfall nun einmal das letzte Wort haben, und dies sei naturgemäß der Mann als der „Fähigere und Stärkere“⁴⁰ der beiden Geschlechter. Und wenn das Kind aus meinem Beispiel nicht im Chor singen, sondern bei der Bundestagswahl wählen wollte, würden viele ihm wohl entgegenhalten, es solle erst einmal erwachsen werden.

Die Naturalisierung von Unterschieden, die auch als Essentialisierung bezeichnet wird, entzieht die Ungleichbehandlung der Notwendigkeit einer sachlichen Rechtfertigung, weil diese auf der Hand zu liegen scheint.⁴¹ Jedoch spiegeln historisch gewachsene Anschauungen auch gesellschaftliche Machtverhältnisse wider. Hinter einer alternativlos erscheinenden Ordnung können sich historisch bedingte Privilegien, unhinterfragte Normalitätsvorstellungen, Stereotype und andere „blinde Flecken“ der Wahrnehmung verbergen.⁴² Wenn tradierte Sichtweisen und kulturelle Gewohnheiten unsere Erkenntnis der Welt beeinflussen, so bedeutet dies auch, die reale Vielfalt in hierarchische Strukturen zu bringen, in denen manche Interessen stärker repräsentiert werden und sichtbarer sind als andere.⁴³

³⁸ Allg. zur Kultur- und Kontextabhängigkeit von Gleichheitsurteilen *Flügel-Martinsen/Martinsen* Politische Philosophie (Fn. 6), 159, 161; für rechtliche Beurteilungen von Gleichheit/Ungleichheit *Krieger* in: Schmidt-Bleibtreu/Klein (Fn. 3), Art. 3 Rn. 8, 22; zur Prägung der Wahrnehmung gesellschaftlicher Verhältnisse durch unhinterfragte soziale Praktiken s. a. *Pierre Bourdieu* Die feinen Unterschiede. Kritik der gesellschaftlichen Urteilskraft (1979), 3. Aufl. 1989, 277 f. und passim.

³⁹ *Aristoteles* Politik, übers. v. Eugen Rolfes, 1990, 1254a, b.

⁴⁰ *Locke* Über die Regierung (Fn. 7), § 82.

⁴¹ Vgl. *Flügel-Martinsen/Martinsen* Politische Philosophie (Fn. 6), 61; aus verfassungsrechtlicher Perspektive *Baer/Markard* in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 28), Art. 3 Rn. 387; ähnlich *Boysen* in: von Münch/Kunig (Fn. 5), Art. 3 Rn. 2.

⁴² *Iris Marion Young* Fünf Formen der Unterdrückung, in: Herta Nagl-Docekal/Herlinde Pauer-Studer (Hrsg.) Politische Theorie. Differenz und Lebensqualität, 1996, 99 (102); *Flügel-Martinsen/Martinsen* Politische Philosophie (Fn. 6), 76 f.; rechtstheoretisch *Daniela Schweigler* Leitbilder im Recht, ARSP 2018, 362; verfassungsrechtlich *Gabriele Britz* Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung. Verfassungsrechtliche Grenzen statistischer Diskriminierung, 2008, 197.

⁴³ Die Bedeutung ungleicher Macht für die Bildung gesellschaftlicher Kategorien hat schon die sog. erste deutsche Frauenbewegung thematisiert, vgl. *Hedwig Dohm* Der Jesuitismus im Hausstande, 1873, 166: „Für mich liegt der Anfang alles wahrhaften Fortschritts

2. *Die Bedeutung des Rechts für Gleichheits- und Ungleichheitsrelationen: Stabilisierung und Kritik*

Stereotype Vorstellungen entstehen und verbreiten sich auch ohne Mitwirkung des Rechts, wie mein Eingangsbeispiel zeigt: Es gibt keine Rechtsnorm, die ein musikalisches Genre nur Menschen mit bestimmten Merkmalen vorbehält. Jedoch spielt das Recht eine wichtige Rolle, wenn es darum geht, gesellschaftliche Kategorien zu begründen, zu verfestigen und aufrecht zu erhalten. Das Recht generalisiert, das gehört zu seinen notwendigen Merkmalen, und es greift dabei gesellschaftliche Normalitätsvorstellungen auf. Damit gibt es ihnen Stabilität oft auch gegenüber gesellschaftlichem Wandel und Protest.

Gleichzeitig bietet das Recht mit den Gleichheitssätzen und dem allgemeinen Anspruch gleicher Freiheit einen Mechanismus der Kritik:⁴⁴ Das erwähnte „Kind“, das wählen möchte, ist vielleicht eine Jugendliche von 17 Jahren und möglicherweise politisch besser informiert und verständiger als der durchschnittlich desinteressierte Erwachsene. Sie findet in Art. 38 Abs. 2 GG eine Verfassungsnorm vor, die das Wahlalter auf 18 Jahre festlegt und sie also vom Wahlrecht ausschließt. Hält sie dies für ungerecht, bietet ihr das liberale Gleichheitsversprechen einen Ansatzpunkt, nach einer Rechtfertigung für diese Norm zu fragen und Argumente für eine Änderung vorzutragen.

a) *Die kritisch-reflexive Funktion der verfassungsrechtlichen Gleichheitssätze*

Geht es nicht um eine Verfassungsnorm wie den Art. 38 Abs. 2, sondern um Ungleichbehandlungen im einfachen Recht, so dienen insbesondere die verfassungsrechtlichen Gleichheitssätze als eine solche Gelegenheit zur

auf dem Gebiet der Frauenfrage im Stimmrecht der Frauen. Die Gesetze, an denen sie am meisten interessiert sind, sind gegen sie, weil ohne sie.“ Siehe auch *Catharine MacKinnon* Geschlechtergleichheit: Über Differenz und Herrschaft, in: Herta Nagl-Docekal/Herlinde Pauer-Studer (Hrsg.) Politische Theorie. Differenz und Lebensqualität, 1996, 140 (147): „Differenz ist der Samthandschuh auf der eisernen Faust der Herrschaft.“; *Iris Marion Young* Justice and the Politics of Difference, 1990, 59; aus postmoderner bzw. poststrukturalistischer Perspektive *Michel Foucault* Überwachen und Strafen (1975), 250; *ders.* Sexualität und Wahrheit I. Der Wille zum Wissen, 1977; *Judith Butler* Psyche der Macht. Das Subjekt der Unterwerfung, 2001, 11 ff. und passim. Zur Bedeutung dieser Zusammenhänge für die Dogmatik der Gleichheitsrechte vgl. *Sacksofsky* Gleichberechtigung (Fn. 33), 360 ff.; *Susanne Baer* Würde oder Gleichheit, 1995. Vgl. auch *Baer/Markard* in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 28), Art. 3 Rn. 352, sowie *Zippelius* VVDStRL 47 (Fn. 28), 11.

⁴⁴ *Grünberger* Personale Gleichheit (Fn. 16), 921 f., 1040 und passim; *Stefan Rixen* Gestaltung des demographischen Wandels als Verwaltungsaufgabe, VVDStRL 74 (2015), 293 (338).

Reflexion und Veränderung kultur- und kontextabhängiger Gleichheitsurteile.⁴⁵ Vor allem die besonderen Diskriminierungsverbote richten sich gegen stereotype Fremdzuschreibungen, weil – und soweit – sie Menschen in ihren Handlungs- und Entfaltungsmöglichkeiten beschneiden.⁴⁶ Damit dienen sie keiner als intrinsisch wertvoll verstandenen Gleichheit um der Gleichheit willen, sondern wechselseitiger Achtung und gleichberechtigtem Freiheitsgebrauch.⁴⁷

Normative Gleichheits- und Ungleichheitsurteile nötigen die Rechtswissenschaft zu einem kritisch-reflexiven Blick auf etablierte Rechtfertigungsstrategien. Das heißt konkret: Auf der Suche nach der Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung reicht es nicht aus, auf die Sachgesetzlichkeit oder immanente Ordnung der betroffenen Lebensbereiche zu verweisen, wie es in der Auslegung des Art. 3 häufig geschieht.⁴⁸ Die Rechtswissen-

⁴⁵ Zur grundsätzlichen Rechtfertigungsbedürftigkeit von Ungleichbehandlungen als Ausgangspunkt auch der verfassungsrechtlichen Gleichheitssätze vgl. BVerfGE 133, 1 (13 Rn. 44), st. Rspr.; Mangoldt/Demokratische Inklusion (Fn. 27), 133; Heun in: Dreier (Fn. 5), Art. 3 Rn. 36; Boysen in: von Münch/Kunig (Fn. 5), Art. 3 Rn. 2; Huster in: Friauf/Höfling (Fn. 3), Art. 3 Rn. 32.

⁴⁶ Vgl. die Bezeichnung der Diskriminierungsverbote als „Bilderverbote“ bei Rixen VVDStRL 74 (Fn. 44), 338; als „normative Festlegung unzulässiger Fremdbilder“ bei Britz Einzelfallgerechtigkeit (Fn. 42), 195 f.; zur freiheitsbeschränkenden Wirkung stereotyper Fremdzuschreibungen und Rollenerwartungen vgl. Britz Einzelfallgerechtigkeit (Fn. 42), 197; zum Zusammenhang von Diskriminierungsverboten und gesellschaftlichen Dominanzstrukturen Iris Marion Young Inclusion and Democracy, 2000, 23; Ute Sacksofsky in: Dieter C. Umbach/Thomas Clemens (Hrsg.) GG. Mitarbeiterkommentar, 2002, Art. 3 Rn. 332–334; zur Diskriminierung als unzulässiger Hierarchisierung Baer Würde oder Gleichheit (Fn. 43), 235. Nach wie vor instruktiv zur Typisierungsbefugnis des Gesetzgebers Beatrice Weber-Dürler Die Rechtsgleichheit in ihrer Bedeutung für die Rechtsetzung. Eine Untersuchung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, 1973, 190 f.

⁴⁷ Baer/Markard in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 28), Art. 3 Rn. 355: „[...] keine ‚Gleichmacherei‘, sondern Gleichheit in Freiheit“; Huster in: Friauf/Höfling (Fn. 3), Art. 3 Rn. 38; Britz Einzelfallgerechtigkeit (Fn. 42), 182; Krieger in: Schmidt-Bleibtreu/Klein (Fn. 3), Art. 3 Rn. 7; Doris König/Anne Peters in: Rainer Grote/Thilo Marauhn (Hrsg.) EMRK, GG, 2006, Kap. 21 Rn. 51; Mahlmann Gleichbehandlungsrecht (Fn. 12), § 1 Rn. 17; in der Sache ebenso, jedoch kritisch gegenüber dem gegenwärtigen Gleichheitsdiskurs Boysen in: von Münch/Kunig (Fn. 5), Art. 3 Rn. 11.

⁴⁸ Vgl. aus der früheren Rechtsprechung BVerfGE 1, 14 (52): „sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund“; siehe auch die langjährige Rechtfertigung geschlechterdifferenter Normen mit Verweis auf „objektive biologische oder funktionale (arbeitsteilige) Unterschiede“: BVerfGE 3, 225 (242); BVerfGE 10, 59, (74); BVerfGE 15, 337 (343); BVerfGE 39, 169 (185); BVerfGE 48, 327 (337); BVerfGE 52, 369 (374). Aus dem heutigen Schrifttum vgl. Kirchhof in: HStR VIII (Fn. 5), § 181 Rn. 193: „[der] Wirklichkeit innewohnende Ordnung“ sowie Rn. 173: „nach Erfordernissen des jeweiligen Sachbereichs“, sowie den Rekurs auf „objektive Ungleichheiten“ bei Kempny/Reimer Die Gleichheitssätze (Fn. 37), 114.

schaft muss bereit und in der Lage sein, die hinter den Normen stehenden Selbstverständlichkeiten in Frage zu stellen und das eigene Vorverständnis kritisch zu reflektieren.⁴⁹ Hilfreich ist dabei, die subjektive Perspektive der Betroffenen als *der eigenen gleichwertig* zur Kenntnis zu nehmen⁵⁰ und rechtstatsächliche Erkenntnisse zu würdigen.⁵¹ Die Anwendung des Rechts darf dessen faktische Wirkungen nicht ignorieren. Wir kennen solche Kontroversen um die Deutung sozialer Lebensverhältnisse aus jüngerer Zeit aus dem Eherecht, den Debatten um den personenstandsrechtlichen Geschlechtseintrag und auch aus meinem Beispiel des Wahlalters. Als kritisch-reflexive Grundsätze verstanden, bieten die Gleichheitssätze einen rechtlichen Ansatzpunkt dafür, solche umkämpften Ungleichbehandlungen einem rationalen Diskussionsprozess zugänglich zu machen.⁵²

*b) Formale und materiale Gleichheit:
zur Legitimität positiver Förderung*

Das formal gleichbehandelnde Recht trifft auf eine ungleiche Wirklichkeit; es kann tatsächliche Ungleichheit erzeugen oder verfestigen.⁵³ Die Gleichheitssätze verbieten nicht, Menschen oder soziale Gruppen gegenüber anderen positiv zu fördern, sie also mit dem Ziel ungleich zu behan-

⁴⁹ Baer/Markard in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 28), Art. 3 Rn. 358, 421 und passim; Lembke Diversity (Fn. 6), 60. Aus der Rechtsprechung vgl. BVerfG NJW 2012, 214 (216); EuGH, 11.11.1997, Az. C-409/95 (Marschall), Rn. 29–31; siehe auch Art. 5 CEDAW. Allg. zur Verstricktheit der Rechtsinterpreten in die Praxis Andreas Funke Grenzen der rechtstheoretischen Aufklärung der Staatsrechtslehre, Der Staat 57 (2018), 267 (296).

⁵⁰ Vgl. zur Bedeutung der verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote für gesellschaftliche Minderheiten Krieger in: Schmidt-Bleibtreu/Klein (Fn. 3), Art. 3 Rn. 42; zu systematischer Diskriminierung ebd., Rn. 12.

⁵¹ Zu Beobachtungspflichten des Gesetzgebers vgl. BVerfGE 84, 348 (359 f.); 87, 234 (255 f.); 96, 1 (6); 126, 268 (277 f.); 137, 350 (375 f. Rn. 66 f.); zu statistischen Prognosen und dem in ihnen liegenden Diskriminierungspotenzial Britz Einzelfallgerechtigkeit (Fn. 42), 174; allg. BVerfGE 100, 59 (101); 68, 155 (174 f.); 103, 242 (267) sowie Sacksofsky Gleichberechtigung (Fn. 33), 352; Baer Würde oder Gleichheit (Fn. 43), 235; Wollenschläger in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 5), Art. 3 Rn. 207; Susanne Baer Rechtssoziologie, 3. Aufl. 2017, 39, 67 ff.; für die Bildungsplanung bereits Hufen Gleichheitssatz (Fn. 31), 89 ff.

⁵² Mangoldt Demokratische Inklusion (Fn. 27), 21, 133; Stolleis Gleichheitssatz (Fn. 16), 21; Grünberger Personale Gleichheit (Fn. 16), 738 f.; zu dem entsprechenden Problem in § 3 AGG ders. Das „generische Maskulinum“ vor Gericht, JZ 2018, 719 (722). Zu den methodischen Konsequenzen eines Verständnisses der Rechtswissenschaft als argumentativ „auf den Austausch von Gründen“ gerichtet Funke Grenzen (Fn. 49), 283 und passim.

⁵³ BVerfGE 49, 148 (165); 85, 191 (206 f.); aus der neueren Rechtsprechung BVerfG JZ 2018, 351, Rn. 60; Baer/Markard in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 28), Art. 3 Rn. 401, 418 ff.; Grünberger Das „generische Maskulinum“ (Fn. 52), 721.

deln, *materiale Gleichheit* herzustellen.⁵⁴ Materiale Gleichheit meint hier nicht die *tatsächliche Gleichstellung* in irgendeiner Hinsicht, also die gleiche Versorgung mit Gütern, sondern die Durchsetzung der rechtlichen Gleichheit.⁵⁵ Um es mit *Dworkin* zu sagen: „Es besteht ein Unterschied, ob man Menschen hinsichtlich irgendeines Gutes oder einer Chance gleichbehandelt oder ob man sie als Gleiche behandelt.“⁵⁶ Menschen als Gleiche zu behandeln bedeutet, ihre Belange als gleichberechtigt mit denen anderer zu berücksichtigen.⁵⁷ Ob sie dafür identisch behandelt werden müssen, folgt daraus nicht zwingend. Im Gegenteil: Sollen sich Menschen „als Gleiche“ begegnen können, müssen sie bei ungleichen Ausgangsbedingungen unter Umständen ungleich behandelt werden.⁵⁸ Damit eine Schülerin, die sich im Rollstuhl fortbewegt, die Freitreppe vor einer öffentlichen Schule überwinden kann, muss ihr eine Rampe gebaut werden. Sie wird ungleich behandelt, damit sie die gleiche Wahl wie andere hat, in diese Schule zu gehen. Solche und andere sozialpolitische Ziele können ein sachlicher Grund sein, der Ungleichbehandlungen rechtfertigt.⁵⁹

⁵⁴ BVerfGE 97, 332 (347 f.); 104, 373 (393); 113, 1 (15); *Baer/Markard* in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 28), Art. 3 Rn. 362, 401, 418 ff.; *Krieger* in: Schmidt-Bleibtreu/Klein (Fn. 3), Art. 3 Rn. 35; *Wolfgang Rübner* in: Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter (Hrsg.) Bonner Kommentar zum GG II, 182. Akt. 2018, Art. 3 Rn. 54; *König/Peters* (Fn. 47), Kap. 21 Rn. 75 ff.; ausf. *Baer* Würde oder Gleichheit (Fn. 43), 235 ff.

⁵⁵ Die in diesem Zusammenhang verbreiteten Ausdrücke „materielle“, „faktische“ oder „substanzielle“ Gleichheit werden uneinheitlich verwendet. Sie können sich sowohl auf die tatsächliche Übereinstimmung im Hinblick auf bestimmte Güter oder Merkmale oder aber auf die Ermöglichung gleichen Freiheitsgebrauchs beziehen. Zum Begriff der materialen Gleichheit, wie ich ihn hier verstehe, vgl. *Sacksofsky* Gleichberechtigung (Fn. 33), 351; *Mangold* Demokratische Inklusion (Fn. 27), 134 ff., sowie *dies.* Mehrdimensionale Diskriminierung. Potentiale eines materialen Gleichheitsverständnisses, ZRPhil 2016, 152 (161 f.); *Julia Zinsmeister* Gleichheit – Gerechtigkeit – Inklusion. Die Bildung in der Waagschale der Justitia, in: Markus Ottersbach/Andrea Platte (Hrsg.) Soziale Ungleichheiten als Herausforderung für inklusive Bildung, 2016, 79 (81); siehe auch *Heun* in: Dreier (Fn. 5), Art. 3 Rn. 67; *Boysen* in: von Münch/Kunig (Fn. 5), Art. 3 Rn. 49.

⁵⁶ *Ronald Dworkin* Was ist Gleichheit?, 2011, 7; aus verfassungsrechtlicher Perspektive *Morlok/Jürgensen* (Fn. 22), 696.

⁵⁷ *Von der Pfordten* Normative Ethik (Fn. 17), 46 ff. („Prinzip der grundsätzlichen Gleichberücksichtigung“).

⁵⁸ *Herlinde Pauer-Studer* Geschlechtergerechtigkeit: Gleichheit und Lebensqualität, in: dies./Herta Nagl-Docekal (Hrsg.) Politische Theorie. Differenz und Lebensqualität, 1996, 54 (66); *Baer/Markard* in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 28), Art. 3 Rn. 423; *Zippelius* VVDStRL 47 (Fn. 28), 15.

⁵⁹ *Heun* in: Dreier (Fn. 5), Art. 3 Rn. 67, 69; *Huster* in: Friauf/Höfling (Fn. 3), Art. 3 Rn. 120.

V. Die Realisierung gleicher Freiheit

Damit ist aber noch nichts dazu gesagt, was Menschen konkret beanspruchen dürfen oder was eine politische Gemeinschaft ihren Mitgliedern schuldet, damit diese sich als Freie und Gleiche begegnen können. Schon *Aristoteles* hat die Frage nach Kriterien für die gerechte Güterverteilung gestellt und letztlich nicht beantwortet. Güterverteilung richte sich nach dem Maßstab der „Würdigkeit“, schreibt er in der Nikomachischen Ethik. Was aber darunter zu verstehen sei, werde von den Menschen unterschiedlich beantwortet.⁶⁰ Daran hat sich wenig geändert. Bis heute ist die gerechte Verteilung von Gütern oder Ressourcen einer der zentralen und kontroversen Gegenstände philosophischer Gerechtigkeitsüberlegungen.⁶¹ Was bedeutet das aber für das Recht?

1. Verfassungsrechtliche Gestaltungsspielräume

Das Grundgesetz hebt den Gedanken der sozialen Gerechtigkeit im Sozialstaatsprinzip in den Rang eines Verfassungsgrundsatzes,⁶² sagt jedoch wenig darüber aus, nach welchen Kriterien welche Güter konkret verteilt werden sollen. Unklar ist schon, ob das Sozialstaatsprinzip eine Politik mit dem Ziel der sozialen Gerechtigkeit *einfordert* oder lediglich *ermöglicht*.⁶³ Nicht eindeutig beantworten lässt sich auch die Frage, ob das Grundgesetz oberhalb der basalen Statusgleichheit eher egalitären oder non-egalitären Verteilungsgrundsätzen das Wort redet. Ebenso

⁶⁰ *Aristoteles* Nikomachische Ethik (Fn. 4), 1131a25–30: „Denn alle stimmen darin überein, dass das Gerechte bei Verteilungen einer Art von Würdigkeit entsprechen muss, doch nennen nicht alle dieselbe Art von Würdigkeit, sondern die Demokraten nennen den Status des freien Menschen, die Oligarchen den Reichtum, manche auch die adlige Abstammung, die Aristokraten die Gutheit des Charakters.“

⁶¹ Vgl. nur die Zusammenfassungen bei *Dworkin* (Fn. 56), 9 ff. sowie *Amartya Sen* *Inequality Reexamined*, 1992, 12 ff.

⁶² Zur Einordnung des Sozialstaatsprinzips als verbindlicher Rechtssatz (keine reine Programmnorm) BVerfGE 1, 97 (105).

⁶³ Häufig ist von einer vage gefassten staatlichen Verantwortung oder Pflicht zum sozialen Ausgleich die Rede, vgl. z.B. BVerfGE 9, 124 (131: „Sozialpflicht des Staates“) oder BVerfGE 22, 180 (204): staatliche Pflicht, „[...] für einen Ausgleich der sozialen Gegensätze und damit für eine gerechte Sozialordnung“ zu sorgen. Subjektive Rechtsansprüche werden aus dem Sozialstaatsprinzip jedoch in aller Regel nicht abgeleitet (BVerfGE 27, 253 [283]). Zur Verstärkung einzelner Grundrechte durch das Sozialstaatsprinzip s.u. V 3 d. Zu unterschiedlichen Verständnissen des grundgesetzlichen Sozialstaatsprinzips vgl. *Hans F. Zacher* Das soziale Staatsziel, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 28 Rn. 22 ff.; *Michael Heinig* Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit. Zur Formel vom „sozialen“ Staat in Art. 20 Abs. 1 GG, 2008, 10 ff.; *Peter Axer* Soziale Gleichheit – Voraussetzung oder Aufgabe der Verfassung?, VVDStRL 68 (2009), 177 (185 ff.).

wenig trifft die Verfassung eine verbindliche Aussage über die Art der Ressourcen, die verteilt werden dürfen, über ihre Rangfolge oder den Modus ihrer Verteilung. Wir bewegen uns hier im Bereich des politischen Gestaltungsspielraums.⁶⁴

Wohl aber lässt sich sagen, dass den Rahmen der politischen Gestaltungsmacht nach dem Grundgesetz drei Elemente bilden müssen:⁶⁵ die grundlegende Gleichrangigkeit und Gleichberechtigung aller Menschen (Gleichheit), der Vorrang ihrer freien Lebensentscheidung vor paternalistischer Fremdbestimmung (Freiheit) sowie ihre demokratische Gleichheit, d.h. das gleiche Recht auf Mitwirkung an den öffentlichen Meinungsbildungs- und Entscheidungsprozessen (Partizipation).

2. Tendenzen: der Gedanke der gleichberechtigten Teilhabe

Ein aktueller Ansatz, Freiheit, Gleichheit und demokratische Partizipation zusammenzudenken, findet sich in der Debatte um gleichberechtigte Teilhabe. Sie ist philosophisch inspiriert von Theorien, wie sie etwa *Sen* und *Nussbaum* repräsentieren, die von einem liberalen Ausgangspunkt her moderat non-egalitäre Kriterien der Verteilungsgerechtigkeit vorschlagen.⁶⁶ Ähnlich wie der Begriff der Chancengleichheit⁶⁷ verweist der Gedanke der Teilhabe weniger auf eine gleiche Versorgung mit Gütern als vielmehr darauf, was Menschen benötigen, damit sie in gleicher Weise wie alle anderen ihren Lebensplan frei wählen und gestalten können. Der Fokus verschiebt sich damit von der Frage, wie ein Individuum *im Vergleich zu anderen* ausgestattet ist, zu der Diskussion, welche Chancen, Zugänge und Kompetenzen es für eine selbstbestimmte Lebensgestaltung benötigt bzw. anstrebt⁶⁸ und welche Hindernisse eine Gesellschaft dem gleichberechtigten Freiheitsgebrauch entgegenstellt.⁶⁹

⁶⁴ BVerfGE 103, 271 (288), st. Rspr.; *Huster* in: Friauf/Höfling (Fn. 3), Art. 3 Rn. 120 ff.

⁶⁵ Vgl. hierzu *Heinig* Sozialstaat (Fn. 63), 147 und passim; siehe auch *Wapler* Die Frau ist frei geboren (Fn. 11), 132.

⁶⁶ Vgl. *Sen* (Fn. 61), 129 ff.; *Martha Nussbaum* Die Grenzen der Gerechtigkeit. Behinderung, Nationalität und Spezieszugehörigkeit, 2010, 103 ff.

⁶⁷ Zu diesem BVerfGE 33, 303 (331 f.); *Hufen* Gleichheitssatz (Fn. 31), 46; *Zippelius* VVDStRL 47 (Fn. 28), 17.

⁶⁸ Die individuelle Freiheit umfasst auch die selbstbestimmte Wahl, *welche* Güter bzw. Belange das Individuum für das eigene Leben als wichtig erachtet, vgl. *von der Pfordten* Normative Ethik (Fn. 17), 65 f., 312; *Wapler* Kinderrechte und Kindeswohl (Fn. 32), 329 ff. („Vorrang der Selbstbestimmung“).

⁶⁹ *Valentin Aichele* Inklusion als menschenrechtliches Prinzip. Der internationale Diskurs um die Behindertenrechtskonvention, Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 3 (2013), 28 (34). Der Gedanke, die basale Gleichheitsforderung als Bedingung gleichen Freiheitsgebrauchs zu verstehen, ist indes nicht neu, vgl. *Günter Frankenberg* Die

Sprachlich wird der Begriff der gleichberechtigten Teilhabe heute⁷⁰ in engem Zusammenhang mit dem der Inklusion verwendet.⁷¹ Eine inklusive Gesellschaft ermöglicht nach diesem Wortgebrauch allen ihren Mitgliedern gleichberechtigte Teilhabe. Sie bezieht sie auf diese Weise in das soziale Leben ein⁷² und verlangt dabei nicht von ihnen, ihre individuellen Besonderheiten aufzugeben. Es geht also um „Gleichheit angesichts *zu akzeptierender* bzw. *zu würdigender* Vielfalt“. Hinter dem Ziel der gleichberechtigten Teilhabe verbirgt sich damit nichts anderes als eine moderne Reformulierung des liberalen Gleichheitsversprechens: ungeachtet tatsächlicher Unterschiede in Eigenschaften, Begabungen und Interessen als Freie und Gleiche zusammenzuleben.⁷³

3. Konkretisierung: gleichberechtigte Teilhabe an der Ressource „Bildung“

Inklusion und Teilhabe sind keine Verfassungsbegriffe, sondern politische Strategien oder Ziele, die sich nicht zwingend aus dem Grundgesetz ableiten lassen und über deren Nutzen man streiten kann. Eine völkerrechtliche Staatenpflicht, diese Ziele im nationalen Recht umzusetzen, ergibt sich aber aus der UN-Behindertenrechtskonvention. Sie verpflichtet Deutschland u.a., ein inklusives Bildungssystem zu schaffen (Art. 24 Abs. 1 BRK).

Verfassung der Republik. Autorität und Solidarität in der Zivilgesellschaft, 1997, 195, 202 („Zivile Solidarität“); Zippelius VVDStRL 47 (Fn. 28), 16.

⁷⁰ Siehe aber die Auslegung des Art. 3 Abs. 1 GG als „Gebot gleicher Teilhabe“ schon bei *Hufen* Gleichheitssatz (Fn. 31), 46.

⁷¹ Vgl. *Hauke Behrendt* Was ist soziale Teilhabe? Plädoyer für einen dreidimensionalen Inklusionsbegriff, in: ders./Catrin Misselhorn (Hrsg.) Arbeit, Gerechtigkeit und Inklusion. Wege zu gleichberechtigter gesellschaftlicher Teilhabe, 2017, 50; *Franziska Felder* Inklusion und Gerechtigkeit. Zum Recht behinderter Menschen auf Teilhabe, 2012, 117 ff.; skeptisch *Tilmann Altwicker* Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz, 2011, 455.

⁷² *Anuscheh Farahat* Progressive Inklusion. Zugehörigkeit und Teilhabe im Migrationsrecht, 2014, 77; *dies.* Solidarität und Inklusion. Umstrittene Dimensionen der Unionsbürgerschaft, DÖV 2016, 45 (51). Zum Aspekt der Zugehörigkeit als zentral für den Sozialstaat vgl. *Zacher* HStR II (Fn. 63), § 28 Rn. 167; *Rixen* VVDStRL 74 (Fn. 44), 304 f.

⁷³ Instruktiv zu einem „freiheitsfunktionalen“ Verständnis des grundgesetzlichen Sozialstaatsprinzips *Heinig* Sozialstaat (Fn. 63), 229 und passim; *Morlok/Jürgensen* Faktische Chancengleichheit (Fn. 22), 696 f.; zum Zusammenhang von Teilhabe und Freiheit *Felix Welti* Behinderung und Rehabilitation im sozialen Rechtsstaat, 2005, 535 ff.; zu Anerkennungstheoretischen Begründungen des Anspruchs auf gleichberechtigte Teilhabe *Katja Stoppenbrink* Inklusion und Gerechtigkeit, in: Michael Quante/Silvia Wiedebusch/Heidrun Wulfekühler (Hrsg.) Ethische Dimensionen inklusiver Bildung, 2018, 27 (insb. 34 ff.).

a) *Exkurs zum Wortgebrauch: „Inklusion“ und „Integration“*

Die amtliche deutsche Fassung dieser Norm übersetzt das englische *inclusive* mit „integrativ“, während Österreich seit 2016 den Ausdruck „inklusive“ verwendet.⁷⁴ Dahinter verbirgt sich eine Kontroverse darum, wie sich die Begriffe der Inklusion und der Integration zueinander verhalten. Die Behindertenrechtskonvention wird als ein Menschenrechtsdokument verstanden, das eine „Integrationsstrategie“ durch eine „Inklusionsstrategie“ ersetzt: Integration steht demnach für die Vorstellung einer weitgehend homogenen Gesellschaft, die Menschen und Gruppen mit abweichenden Merkmalen in die bestehenden Strukturen aufnimmt. Inklusion hingegen fordert, gesellschaftliche Einrichtungen so auszugestalten, dass sie gar nicht erst Menschen ausschließen, die dann in einem zweiten Schritt „integriert“ werden müssen.⁷⁵ Parallel dazu lässt sich eine thematische Fragmentierung der Debatte erkennen: Wir finden einen regen Austausch über Integration, der sich überwiegend mit Zuwanderung befasst, und eine nicht minder lebendige Auseinandersetzung über Inklusion, die sich auf Menschen mit Behinderungen konzentriert. Auch das Recht spiegelt dies wider. So sind in den vergangenen Jahren auf Bundes- wie auf Landesebene etliche „Integrationsgesetze“ in Kraft getreten, die sich an ausländische Staatsangehörige oder – in Bayern⁷⁶ – zusätzlich an Deutsche mit einem sog. Migrationshintergrund richten.⁷⁷ Regelungen, die ihrem Wortlaut nach

⁷⁴ Zur Wortgebrauchsgeschichte vgl. auch Gudrun Wansing Was bedeutet Inklusion? Annäherung an einen vielschichtigen Begriff, in: Theresia Degener/Elke Diehl (Hrsg.) Handbuch Behindertenrechtskonvention. Teilhabe als Menschenrecht – Inklusion als gesellschaftliche Aufgabe, 2015, 43 (45).

⁷⁵ Wansing Inklusion (Fn. 74), 51; Heinz Bude Inklusion als sozialpolitischer Leitbegriff, in: Theresia Degener/Elke Diehl (Hrsg.) Handbuch Behindertenrechtskonvention. Teilhabe als Menschenrecht – Inklusion als gesellschaftliche Aufgabe, 2015, 388 (389). Krit. zum Begriff der Integration, soweit er mit einer „Assimilationserwartung“ einhergeht, Thomas Kunz Was heißt eigentlich Integration?, ZAR 2018, 107 (111). Die sprachliche Differenzierung ist keineswegs trennscharf und vernachlässigt die Wortgebrauchsgeschichte. Zu Recht weist Grosche darauf hin, dass frühere Integrationsansätze in der Theorie dasselbe Ziel verfolgten, das heute unter „Inklusion“ gefasst wird: Michael Grosche Was ist Inklusion?, in: Poldi Kuhl et al. (Hrsg.) Inklusion von Schülerinnen und Schülern mit sonderpädagogischem Förderbedarf in Schulleistungserhebungen, 2015, 17 (22 ff.).

⁷⁶ Vgl. den Geltungsbereich des Bayerischen Integrationsgesetzes v. 13.12.2016 (GVBl. 2016, 335), der sich auch auf „Deutsche, die in besonderer Weise integrationsbedürftig sind“, erstreckt, sofern sie, ihre Eltern oder ihre Großeltern nach 1955 nach Deutschland eingewandert sind (Art. 2 Abs. 3 BayIntG). Krit. Thomas Rottenwallner Die Präambel des neuen Bayerischen Integrationsgesetzes – über den kleinlichen Schutz staatlicher Scheinidentität, KJ 2017, 634.

⁷⁷ Bayerisches Integrationsgesetz (Fn. 76); Integrationsgesetz des Bundes v. 31.07.2017, BGBl. 2016 I, 1939.

„Inklusion“ und „Teilhabe“ anstreben, beschränken sich demgegenüber auf die Zielgruppe der Menschen mit Behinderungen, auf Bundesebene etwa das Bundesteilhabegesetz⁷⁸ und auf Landesebene die Regelungen zur inklusiven Schule.

Die sprachliche Differenzierung weist indes auf zwei allgemeine Probleme aus dem Spannungsfeld zwischen Gleichheit und Vielfalt hin, die alle Menschen betreffen und demokratietheoretische Bedeutung entfalten:⁷⁹ Inklusion fragt nach den notwendigen Bedingungen dafür, gleichberechtigt am sozialen Leben teilnehmen und die Gesellschaft mitgestalten zu können.⁸⁰ Sie verlangt, die Individuen konsequent als Gleiche zu behandeln. Daneben lässt sich aber weiterhin fragen, was die Menschen in einer pluralistischen Gesellschaft verbindet, was also ihre Desintegration im Sinne einer gesellschaftlichen Spaltung oder Zersplitterung verhindert. Auf diese Frage komme ich am Ende dieses Vortrags noch einmal zurück (VI).

b) Die völkerrechtliche Staatenpflicht aus Art. 24 BRK

Die Forderung nach einem inklusiven Bildungssystem reagiert auf die historische Erfahrung von Menschen mit Behinderungen, in einem System von Sonderinstitutionen von wesentlichen Zugängen in die Gesellschaft und damit von Entfaltungschancen ausgeschlossen zu werden. Kern der Inklusionsforderung ist darum, in die Regelsysteme des Bildungswesens einbezogen zu sein; innerhalb dieser Institutionen soll dann adäquat auf besondere Merkmale und Bedürfnisse eingegangen werden.⁸¹ In der Sache geht es damit um nichts anderes, als in ein bekanntes und allgemein konsentiertes pädagogisches Gleichheitsversprechen einbezogen zu werden, das sich unmittelbar aus der basalen Statusgleichheit ergibt: Kinder indi-

⁷⁸ Gesetz zur Stärkung der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen (Bundesteilhabegesetz) v. 23.12.2016, BGBl. 2016 I, 3234.

⁷⁹ Ein Versuch, beide Aspekte lebensbereichsübergreifend als „strukturserhaltende“ und „strukturverändernde“ Inklusion zusammenzuführen, findet sich bei *Behrendt* Teilhabe (Fn. 71), 71 f. Zu Tendenzen, den Begriff der Inklusion in das Migrationsrecht zu übernehmen, vgl. *Jürgen Bast* Denizenship als rechtliche Form der Inklusion in eine Einwanderungsgesellschaft, ZAR 2013, 353 (353 f.); *Farahat* Progressive Inklusion (Fn. 72), 77; allg. zu den allgemeinen, über den eigentlichen Anwendungsbereich hinausreichenden Implikationen der Behindertenrechtskonvention auch *Lembke* Diversity (Fn. 6), 54.

⁸⁰ Zu demokratietheoretischen Verortungen von Inklusion und Teilhabe vgl. *Young* Inclusion and Democracy (Fn. 46); *Mangold* Demokratische Inklusion (Fn. 27); *Lembke* Diversity (Fn. 6), 68. Siehe auch *Anuscheh Farahat* Inklusion in der superdiversen Gesellschaft, JöR 66 (2018), 337 ff.

⁸¹ *UN-Committee on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)* Concluding observations on the initial report of Germany, 2015, CRPD/C/DEU/CO/1, § 46b; *Unesco* Salamanca-Erklärung über Prinzipien, Politik und Praxis der Pädagogik für besondere Bedürfnisse, 1994, § 7 und passim.

viduell gemäß ihren Begabungen, Talenten und Fähigkeiten so gut zu fördern, wie es in den Institutionen des Bildungswesens möglich und leistbar ist.⁸²

c) „Behindert werden“: kein Problem nur für „Behinderte“

Mehr als andere Menschenrechtskonventionen verkörpert die Behindertenrechtskonvention die kritisch-reflexive Dimension der Gleichheitsrechte, die ich eingangs skizziert habe. Sie erwartet von den Vertragsstaaten, über Normen, institutionelle Arrangements und Praktiken nachzudenken, die Menschen in ihrer freien Entfaltung behindern.⁸³ Die erwähnte Freitreppe vor der Schule ist ein unmittelbar einsichtiges Beispiel dafür, wie Menschen durch externe Faktoren „behindert werden“. In ihrer Entfaltung behindert wird aber auch eine Schülerin, die die deutsche Sprache nicht beherrscht, wenn der Unterricht auf Deutsch stattfindet. Sie fällt nicht unter den Begriff der Behinderung im Sinne der Behindertenrechtskonvention, der neben einer nachteilsverursachenden Wechselwirkung mit der Umwelt auch eine individuelle Beeinträchtigung verlangt.⁸⁴ Der Gedanke des „Behindertwerdens“ durch strukturelle Bedingungen ist jedoch nicht auf den Geltungsbereich der Behindertenrechtskonvention begrenzt, sondern wird in ihren Normen nur besonders deutlich sichtbar. In der Sprache der Behindertenrechtskonvention ist der Staat verpflichtet, die „Barrieren“, vor denen die Betroffenen stehen, zu beseitigen und „angemessene Vorkehrungen“ für den gleichberechtigten Freiheitsgebrauch zur Verfügung zu stellen.⁸⁵ Damit werden strukturelle Benachteiligungen thematisiert, die in ganz unterschiedlichen Lebensbereichen beobachtet werden können. Bezogen auf meine Beispiele bedeutet dies: Die Rollstuhlfahrerin muss nach den Normen der Behindertenrechtskonvention Zugang zu

⁸² Annedore Prengel *Pädagogik der Vielfalt*, 3. Aufl. 2006, 184 ff.; zur verfassungsrechtlichen Bedeutung Hinnerk Wißmann in: Bonner Kommentar zum GG III, 182. Akt. 2018, Art. 7 Rn. 102 (2016).

⁸³ Vgl. Rixen VVDStRL 74 (Fn. 44), 340; vgl. auch den Gedanken eines durch inklusiven Denken „erweiterten Normalitätsspektrums“ bei Wansing *Inklusion* (Fn. 74), 52.

⁸⁴ Art. 1 UAbs. 2 BRK definiert den Begriff der Behinderung folgendermaßen: „Zu den Menschen mit Behinderungen zählen Menschen, die langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können.“

⁸⁵ „Angemessene Vorkehrungen“ sind gem. Art. 2 UAbs. 4 BRK „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 ausüben können“.

dem Schulgebäude erhalten. Verallgemeinert man diesen Gedanken, dann müsste auch der Nicht-Muttersprachlerin Sprachförderung angeboten werden, damit sie an der Ressource Bildung teilhaben kann.

d) *Herausforderungen für das Verfassungsrecht*

Art. 24 Abs. 1 der Behindertenrechtskonvention statuiert eine Staatenpflicht, die der Umsetzung bedarf, die Norm ist daher nicht unmittelbar anwendbar und begründet für sich genommen keine subjektiven Rechtsansprüche.⁸⁶ Inklusion als Strategie, Teilhabe zu ermöglichen, lässt sich auch in keiner Einzelnorm des Grundgesetzes verorten. Es gibt also kein „Grundrecht auf Inklusion“. Das Ziel gleichberechtigter Teilhabe berührt aber verschiedene Dimensionen von Freiheits- und Gleichheitsrechten des Grundgesetzes; außerdem sind die Grundrechte für die Gruppe der Menschen mit Behinderungen mit Rücksicht auf die Staatenpflichten aus der Behindertenrechtskonvention völkerrechtsfreundlich auszulegen.⁸⁷ Die Diskriminierungsverbote der BRK gelten für sie zudem unmittelbar.⁸⁸ Was folgt daraus für unser Verfassungsrecht?

(1) Nach dem Grundgesetz ergibt sich ein allgemeines Recht auf gleichberechtigten Zugang zu vorhandenen staatlichen Einrichtungen für alle Menschen schon aus dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG (derivatives Teilhaberecht). In seinen Numerus Clausus-Entscheidungen hat das Bundesverfassungsgericht das derivative Teilhaberecht aus einer Kombination der Berufsfreiheit in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG und dem Sozialstaatsprinzip hergeleitet.⁸⁹ Wenn man dem folgen möchte,

⁸⁶ *Ralf Poscher/Johannes Rux/Thomas Langer* Von der Integration zur Inklusion. Das Recht auf Bildung aus der Behindertenrechtskonvention der Vereinten Nationen und seine innerstaatliche Umsetzung, 2008, 33; *Wolfram Höfling* Rechtsfragen zur Umsetzung der Inklusion im Schulbereich. Gutachten im Auftrag des Städtetages Nordrhein-Westfalen, 2012, 30 ff., insb. 38.

⁸⁷ *Frauke Brosius-Gersdorf* in: Horst Dreier (Hrsg.) Grundgesetz, 3. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 65. *Theresia Degener* Die UN-Behindertenrechtskonvention als Inklusionsmotor, RdJB 2009, 200 (217 f.); *Christine Pluhar* Auf dem Weg zu einem inklusiven Schulsystem – Zum Stand der Umsetzung der UN Konvention über die Rechtslage von Menschen mit Behinderungen (BRK) in Schleswig-Holstein, RdJB 2011, 218 ff. Siehe auch *Angelika Siehr/Michael Wrase* Das Recht auf inklusive Schulbildung als Strukturfrage des deutschen Schulrechts – Anforderungen aus Art. 24 BRK und Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, RdJB 2015, 161 (174 ff.); *Oliver Tolmein* Inklusion als Herausforderung für die Rechts- und Bildungspolitik, ZRP 2014, 177 (180); *Angela Faber/Verena Roth* Die Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention durch die Schulgesetzgebung der Länder, DVBl. 2010, 1193 (1197).

⁸⁸ *Degener* Die UN-BRK (Fn. 87), 217 f.

⁸⁹ BVerfGE 33, 303 (330 f.); 134, 1 (13 Rn. 37); BVerfG NVwZ 2018, 233 und hierzu *Krieger* in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 3). Art. 3 Rn. 10; *Osterloh/Nußberger* in: Sachs (Fn. 30), Art. 3 Rn. 53 f.; *Kirchhof* HStR VIII (Fn. 5), § 181 Rn. 7.

ist die Parallele hier im Recht des Kindes auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) und im Erziehungsrecht der Eltern (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG) zu sehen.⁹⁰ Ich bezweifle allerdings, dass wir den Bezug zu den Freiheitsrechten überhaupt benötigen, wenn es um Gleichheit im Zugang geht. Wo Kapazitäten begrenzt sind, muss die Auswahl auf sachlichen Kriterien beruhen, das ist – auch wenn der gleiche Zugang letztlich der gleichberechtigten Freiheitsausübung dient⁹¹ – ein klassisches Gleichheitsrechtsproblem.

(2) Gleichberechtigter Zugang kann auch aufgrund ungerechtfertigter Fremdzuschreibungen verweigert werden. Denken wir noch einmal an die Schülerin, die sich im Rollstuhl fortbewegt. Wird sie nicht zum Gymnasium zugelassen, weil man ihr aufgrund ihrer körperlichen Besonderheiten nicht zutraut, die hohe Arbeitsbelastung zu bewältigen, so kann darin eine Diskriminierung aufgrund einer Behinderung liegen, die das Gleichheitsrecht aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG verletzt.

(3) Schwieriger zu beurteilen ist der Fall, in dem die Ungleichbehandlung nur beseitigt werden kann, wenn der Staat aktiv handelt, etwa indem er eine Schule barrierefrei umbaut oder eine Förderlehrerin einstellt. Die Behindertenrechtskonvention wertet es als Diskriminierung, wenn Menschen mit Behinderungen ihre Menschenrechte und Grundfreiheiten nicht nutzen können, weil „angemessene Vorkehrungen“ fehlen (Art. 2 UAbs. 3 BRK).⁹² In der verfassungsrechtlichen Dogmatik ist dagegen nicht ganz einfach zu beurteilen, ob diese Konstellation nach Art. 3 als Diskriminierung zu betrachten ist, eine leistungsrechtliche Dimension der Freiheitsrechte berührt oder als positive Förderung (nur) sozialstaatlich verhandelbar ist.⁹³ Hierzu zwei Anmerkungen:

(a) Das Bundesverfassungsgericht hat 1997 in seiner Entscheidung zur damals noch „integrativ“ genannten Beschulung eine Argumentation gewählt, die an den Gedanken der „angemessenen Vorkehrungen“ erinnert. Demnach kann eine gleichheitsrelevante Benachteiligung auch in fehlender Förderung liegen; auch dies hat das Gericht mit einer Verbindung von Freiheits- und Gleichheitsrechten begründet (Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG i.V.m. Art. 6 Abs. 2 S. 1, 2 Abs. 1 GG).⁹⁴

⁹⁰ Vgl. BVerfGE 96, 288 (304).

⁹¹ *Wollenschläger* in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 5), Art. 3 Rn. 178.

⁹² Ausf. *Zinsmeister* Gleichheit – Gerechtigkeit – Inklusion (Fn. 55), 93.

⁹³ Vgl. *Rixen* VVDStRL 74 (Fn. 44), 340, sowie *ders.* Das Grundrecht auf glaubenskonforme Gewährung von Sozialleistungen, DVBl 2018, 906 (914 f.).

⁹⁴ BVerfGE 96, 288 (304).; zust. *Baer/Markard* in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 28), Art. 3 Rn. 90.

(b) Allerdings hat das Gericht damals die Feststellung einer Benachteiligung davon abhängig gemacht, ob die notwendigen Fördermaßnahmen mit vertretbarem Aufwand geleistet werden können.⁹⁵ Damit werden die Ebenen der Ungleichbehandlung und ihrer Rechtfertigung verwischt. Das betroffene Kind wurde im Ergebnis als nicht benachteiligt angesehen, weil die Schule die inklusive Beschulung nicht leisten konnte. Begreift man die Gleichheitssätze als Mittel, um Ungleichbehandlungen überhaupt zu thematisieren, hat die Feststellung einer strukturellen Benachteiligung eine eigenständige dogmatische Bedeutung.⁹⁶ Insofern lässt sich das „Fehlen angemessener Vorkehrungen“ als gleichheitsrechtliches Problem deuten,⁹⁷ bei dem es einerseits darum geht, strukturelle Ungleichheiten zu benennen, und andererseits sich dann darüber auseinanderzusetzen, welche Mittel und Wege zu ihrer Beseitigung als angemessen bewertet werden können.⁹⁸

e) Umsetzung

Die praktische Umsetzung der Behindertenrechtskonvention im Bildungswesen ist in vieler Hinsicht inkonsistent.⁹⁹ Das zeigt sich schon an

⁹⁵ BVerfGE 96, 288 (305); siehe auch BVerfG NVwZ 2006, 679 (680).

⁹⁶ Allg. zum Schutz vor struktureller Ungleichbehandlung im Rahmen des Art. 3 *Krieger* in: Schmidt-Bleibtreu/Klein (Fn. 3), Art. 3 Rn. 42, 60; *Baer/Markard* in von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 28), Art. 3 Rn. 418; *Alexander Tischbirek/Tim Wihl* Verfassungswidrigkeit des Racial Profiling. Zugleich ein Beitrag zur Systematik des Art. 3 GG, JZ 2013, 219 (223).

⁹⁷ Vgl. neben den in Fn. 95 aufgeführten Entscheidungen auch BVerfG NJW 2014, 3567; BSGE 110, 194; EGMR, 23.2.2016, 51500/08 (Cam/Türkei); *Felix Welti* Barrierefreiheit und angemessene Vorkehrungen, Sozialer Fortschritt 2015, 267–273 (268); *Robert Uerpmann-Witzack* Zugang von Menschen mit Behinderung zum Schul- und Hochschulrecht, NZS 2017, (203); *Mangold* Demokratische Inklusion (Fn. 27), 199 ff.

⁹⁸ *Mangold* Demokratische Inklusion (Fn. 27), 210 f. Allg. zum Maßstab der Verhältnismäßigkeit im Rahmen der Gleichheitsrechtsprüfung vgl. zuletzt BVerfG NJW 2018, 1451 (Erbrechtssteuer), Rn. 94; allg. z. Streit um „Willkürformel“, „Neue Formel“ und „Stufenlosigkeitsmodell“ *Boysen* in: von Münch/Kunig (Fn. 5), Art. 3 Rn. 64 ff.; *Huster* in: Friauf/Höfling (Fn. 3), Art. 3 Rn. 68. Zu Vorschlägen, die Prüfung des Gleichheitsrechts strukturell dem Aufbau bei den Freiheitsgrundrechten anzupassen, *Huster* in: Friauf/Höfling (Fn. 3), Art. 3 Rn. 78 ff.; *Michael Sachs* in: Klaus Stern (Hrsg.) Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland IV/2, 2011, § 120 II 2 b) β).

⁹⁹ Siehe die empirischen Erkenntnisse und Einschätzungen bei *Klaus Klemm* Unterwegs zur inklusiven Schule. Lagebericht 2018 aus bildungsstatistischer Perspektive, 2018; *Michael Wrase* Die Implementation des Rechts auf inklusive Schulbildung nach der UN-Behindertenrechtskonvention und ihre Evaluation aus rechtlicher Perspektive, in: Poldi Kuhl et al. (Hrsg.) Inklusion von Schülerinnen und Schülern mit sonderpädagogischem Förderbedarf in Schulleistungserhebungen, 2015, 41 (46 ff.); *Andrea Platte* Inklusive Bildung: Leitidee von der Kindertageseinrichtung bis zur Hochschule, in: Theresia Degener/Elke Diehl (Hrsg.) Handbuch Behindertenrechtskonvention. Teilhabe als Menschenrecht – Inklusion als gesellschaftliche Aufgabe, 2015, 130 (132 f., 135 f.).

der Praxis, Inklusion nur auf die gemeinsame Beschulung von Kindern mit und ohne Behinderung zu beziehen: Kinder mit Behinderungen werden so als die besondere „zu inkludierende“ Gruppe wahrgenommen und damit auf den Status der „anderen“ mit den „besonderen Bedürfnissen“ festgelegt. Dieses Phänomen, wonach die besondere Förderung einer sozialen Gruppe die Mitglieder dieser Gruppe auf den Status als Förderungsbedürftige oder auf andere Merkmale festlegt, wird als „Dilemma der Differenz“¹⁰⁰ bezeichnet. Aufgelöst werden kann es allerdings nicht, indem man auf Kategorien ganz verzichtet und Differenzen nicht mehr benennt, wie es von Vertretern einer „Dekategorisierungsstrategie“¹⁰¹ gefordert wird. Denn es ist uns schon unmöglich, uns überhaupt sprachlich zu verständigen, ohne die Wirklichkeit in Begriffe zu fassen, und jede Begriffsbildung geht mit einer Kategorisierung einher. Außerdem wäre der Anspruch des Inklusionsgedankens, jeden Menschen gemäß seiner individuellen Besonderheit als gleichberechtigt zu berücksichtigen, nicht einlösbar, wenn diese individuellen Besonderheiten nicht identifiziert werden dürften.¹⁰² Nicht die Benennung individueller Merkmale ist also das Problem, sondern der darüber hinausgehende Prozess, mit ihnen stereotype Verhaltenserwartungen zu verbinden und sie als unveränderlich zu begreifen, also zu essentialisieren.¹⁰³

Im schulischen Kontext wird das Dilemma der Differenz umso erkennbarer durch die finanzpolitische Entscheidung, die Förderung der Inklusion von der Zahl der sogenannten „Inklusionskinder“ in einer Klasse oder einem Jahrgang abhängig zu machen. In Philosophie und Sozialwissenschaft wird dies auch als das „Ressourcen-Etikettierungs-Dilemma“¹⁰⁴ bezeichnet. Die Schulen werden gar nicht erst in die Lage versetzt, die Kinder und Jugendlichen als „Gleiche“ zu begrüßen und sich selbst ein Bild von ihnen zu machen. Denn um für die Arbeit mit hochdiversen Lerngruppen einigermaßen angemessen ausgestattet zu sein, müssen sie

¹⁰⁰ Begriff nach *Martha Minow* *Making all the Difference*, 1990; vgl. zur Rezeption in Deutschland *Susanne Baer* *Der problematische Hang zum Kollektiv und ein Versuch, postkategorial zu denken*, in: Gabriele Jähnert/Karin Aleksander/Marianne Kriszio (Hrsg.) *Kollektivität nach der Subjektkritik*, 2013, 47 (55).

¹⁰¹ Ausf. zum Diskussionsstand *Michael Quante/Silvia Wiedebusch* *Die Dekategorisierungsdebatte im Kontext inklusiver Bildung*, in: dies./Heidrun Wulfekühler (Hrsg.) *Ethische Dimensionen inklusiver Bildung*, 2018, 119 (121 ff.).

¹⁰² *Quante/Wiedebusch* *Die Dekategorisierungsdebatte* (Fn. 101), 125 f.

¹⁰³ *Baer/Markard* in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 28), Art. 3 Rn. 441; ähnlich *Wißmann* in: *Bonner Kommentar* (Fn. 82), Art. 7 Rn. 101.

¹⁰⁴ *Quante/Wiedebusch* *Die Dekategorisierungsdebatte* (Fn. 101), 120. Begriffsprägend im Bildungsrecht *Hans-Peter Füssel/Rudolf Kretschmann* *Gemeinsamer Unterricht für behinderte und nicht-behinderte Kinder*, 1993, 49 und passim; siehe auch *Wrase* *Inklusive Schulbildung* (Fn. 99), 60 ff.

zunächst einmal dafür sorgen, dass alle besonderen Förderbedarfe formal diagnostiziert und kategorisiert und die betroffenen Kinder und Jugendlichen damit als „behindert“ etikettiert werden.¹⁰⁵ Jedoch ist jeder Mensch mehrfach sozial verortet¹⁰⁶ – das sogenannte „Inklusionskind“ hat nicht nur eine Behinderung, sondern ist auch minderjährig, hat ein Geschlecht, ist arm oder reich, findet mehr oder weniger Bücher in seiner Herkunftsfamilie vor, hat vielleicht eine Einwanderungsgeschichte und vieles mehr. Es wird der Komplexität seines Daseins nicht gerecht, eine diagnostizierte Behinderung in dieser Weise als das wesentliche identitätsbestimmende Merkmal zu konstruieren. Notwendig wäre diese Art der Etikettierung nicht, wenn gleichberechtigte Teilhabe als etwas verstanden würde, das alle Kinder betrifft, sich auf alle Arten der Besonderheit bezieht, und wenn Schulen von vornherein so ausgestattet wären, dass sie auf eine in vielen Hinsichten vielfältige Schülerschaft vorbereitet sind. Vergleichsgruppen könnten dann situationsangemessen gebildet und als veränderlich begriffen werden.¹⁰⁷ Die Inklusionsdebatte berührt insofern auch die Frage nach einer freiheitsermöglichenden sozialen Infrastruktur.¹⁰⁸

VI. Zusammenleben in der vielfältigen Gesellschaft

1. *Nochmals: Integration und Inklusion*

Eine Gesellschaft, die gleichberechtigte Teilhabe ermöglicht, wird vermutlich weitreichende Zufriedenheit auslösen, weil die Menschen im Großen und Ganzen nach frei gewählten Grundsätzen leben können. Gleichzeitig bleibt auch sie eine pluralistische Gesellschaft, in der Menschen über ihre unterschiedlichen Lebensweisen, Glaubensrichtungen, Weltanschauungen und kulturellen Traditionen in Konflikte geraten. Solche Konflikte können als unüberbrückbar, gar als Bedrohung des eigenen Lebensstils empfunden und mit großer Heftigkeit ausgetragen werden. In jedem pluralistischen Gemeinwesen stellt sich daher die Frage, wie „angesichts von Vielfalt“ Zusammenhalt und Verbindlichkeit entstehen und erhalten werden

¹⁰⁵ Vgl. die Kritik bei *Wansing* Inklusion (Fn. 74), 52.

¹⁰⁶ *Baer/Markard* in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 28), Art. 3 Rn. 442.

¹⁰⁷ In diese Richtung gehen Ansätze, die Inklusion als Prozess verstehen, der Veränderungen nicht durch essentialisierende Etikettierungen verhindert, vgl. *Wansing* Inklusion (Fn. 74), 46. Ob darin schon eine Aufhebung von Gegensätzen in einem hegelschen Sinne zu verstehen ist (so *Flügel-Martinsen/Martinsen* Politische Philosophie der Besonderheit [Fn. 6], 16), darf indes bezweifelt werden. Gleichheit und Vielfalt sind, wie oben dargestellt, keine Gegensätze, die der Aufhebung in einer übergeordneten Einheit bedürfen.

¹⁰⁸ Grundlegend zu dieser *Rixen* VVDStRL 74 (Fn. 44).

können, was eine Gesellschaft also integriert.¹⁰⁹ Unter einer integrierten Gesellschaft verstehe ich eine solche, der sich ihre Mitglieder im Großen und Ganzen zugehörig fühlen und in der sie bereit und fähig sind, friedlich zusammenzuleben und ihre Angelegenheiten demokratisch auszuhandeln.¹¹⁰ So verstanden, geht Integration weder in dem Begriff der Inklusion auf, noch beschränkt sie sich auf die Eingliederung von Zugewanderten.¹¹¹ Auch Personen und Gruppen, die schon lange im Land leben oder sich einmal zur Mehrheit bzw. gesellschaftlichen Mitte zählten, können sich von dem Gemeinwesen abwenden oder zu friedlicher Konfliktlösung nicht bereit sein.

2. Konkretisierung: der schulische Integrationsauftrag (Art. 7 Abs. 1 GG)

Das Bildungswesen ist ein exemplarischer Schauplatz für den gesellschaftlichen und rechtlichen Umgang mit sozialer Vielfalt auch im Hinblick darauf, wie gesellschaftliche Desintegration verhindert werden kann. Über die allgemeine Schulpflicht betrifft das Bildungssystem in Deutschland alle gesellschaftlichen Gruppen und Milieus. Viele der politischen, religiösen und weltanschaulichen Konflikte, die Menschen außerhalb der Schule privat austragen, werden dadurch zu Konflikten mit dem Staat und jedenfalls auch zu Herausforderungen für das öffentliche Recht.

Dass Schule einen Integrationsauftrag hat, ist im verfassungsrechtlichen Schrifttum unumstritten,¹¹² und auch in der frühkindlichen Erziehung wird

¹⁰⁹ Vgl. die Frage bei *Rawls* Politischer Liberalismus (Fn. 6), 67, wie „eine gerechte und stabile Gesellschaft von freien und gleichen Bürgern dauerhaft bestehen [kann], wenn diese durch ihre vernünftigen religiösen, philosophischen und moralischen Lehren einschneidend voneinander geschieden sind?“; für das Verfassungsrecht ähnlich *Horst Dreier* Staat ohne Gott. Religion in der säkularen Moderne, 2018, 188.

¹¹⁰ Vgl. ausf. *Johannes Eichenhofer* Die rechtliche Gestaltung der Integration in Zeiten der „Flüchtlingskrise“, in: Roman Lehner/Friederike Wapler (Hrsg.) Die herausgeforderte Rechtsordnung. Aktuelle Probleme der Flüchtlingspolitik, 2018, 111 (115); s.a. *Frankenberg* Republik (Fn. 69), 77. Zur Abgrenzung von „Integration“ und „Assimilation“ vgl. *Christine Langenfeld* Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten. Eine Untersuchung am Beispiel des allgemeinbildenden Schulwesens in der Bundesrepublik Deutschland, 2001, 370.

¹¹¹ Zur Inklusion als „Teilmenge“ der Integration siehe *Johannes Eichenhofer* Integrationsgesetzgebung, ZAR 2016, 251 (252). Siehe auch *Frankenberg* Republik (Fn. 69), 87: „Soziale Integration enthält mithin zwei Komponenten: die Inklusion und Obligation der Mitglieder einer Gesellschaft.“ Kritisch zu der Begrenzung der Integrationsdebatte auf Migrationsfragen *Winfried Kluth* Migration und ihre Folgen – Wie kann das Recht Zuwanderung und Integration in Gesellschaft, Arbeitsmarkt und Sozialordnung steuern? Gutachten D zum 72. DJT, 2018, D 23 f.

¹¹² BVerfGK 1, 41 (143); 8, 151 (155); BVerfGE 93, 1 (20); *Brosius-Gersdorf* in: *Dreier* (Fn. 87), Art. 7 Rn. 22; *Matthias Jestaedt* Schule und außerschulische Erziehung, HStR

die Integrationsfunktion der Bildung seit einigen Jahren thematisiert, etwa in den Debatten um verbindliche Sprachförderung oder eine Kita-Pflicht.¹¹³ Schließlich wird Bildung gerade im verfassungsrechtlichen und verfassungstheoretischen Diskurs notorisch als unverzichtbare Voraussetzung für soziale Gleichheit, Integration und den Fortbestand der Demokratie ins Spiel gebracht.¹¹⁴ Diese Hochschätzung bleibt weitgehend unberührt von der doch eher ernüchternden Empirie, die dem deutschen Bildungssystem in schöner Regelmäßigkeit bescheinigt, sozial wenig durchlässig zu sein, ungleiche Startbedingungen nur unzureichend auszugleichen und insgesamt zu wenig differenzierend auf die Begabungspotenziale der Schüler einzugehen.¹¹⁵ Die verfassungsrechtliche Konkretisierung des aus Art. 7 Abs. 1 abgeleiteten Integrationsauftrags bleibt in der Sache denn auch vage und changiert zwischen positiven Beschwörungen der Schule als „Keimzelle des (demokratischen) Gemeinwesens“¹¹⁶ oder „Vorhof des Bürgerstaats“¹¹⁷ und der eher auf Abwehr gerichteten Vorstellung, Schule habe „der Entstehung von Parallelgesellschaften“¹¹⁸ entgegenzuwirken.

VII, 3. Aufl. 2009, § 156 Rn. 43 f.; *Wißmann* in: Bonner Kommentar (Fn. 82), Art. 7 Rn. 60. Mit kritischerem Unterton *Boysen* in: von Münch/Kunig (Fn. 5), Art. 7 Rn. 11. Weitere Aufgaben der Schule sind aus verfassungsrechtlicher Perspektive die Herstellung von Chancengleichheit und die Förderung der individuellen Persönlichkeitsentfaltung, vgl. BVerfGE 26, 228 (238); 45, 400 (417); 58, 257 (276); 76, 288 (304); 96, 288 (303); siehe hierzu *Brosius-Gersdorf* in: Dreier (Fn. 87), Art. 7 Rn. 22.

¹¹³ Zum Diskussionsstand vgl. einerseits *Brosius-Gersdorf* in: Dreier (Fn. 87), Art. 7 Rn. 27, 31 ff. insb. 37 (funktionaler Schulbegriff), und andererseits *Wißmann* in: Bonner Kommentar (Fn. 82), Art. 7 Rn. 17 (institutioneller Schulbegriff).

¹¹⁴ BVerfGE 6, 309 (354); 19, 206 (220); 34, 165 (181); 41, 29 (44, 50); 52, 223 (235 f.); 93, 1 (15); 100, 282 (294 f.). Aus dem Schrifttum im Zusammenhang mit Gleichheit *Kirchhof* HStR VIII (Fn. 5), § 181, Rn. 187: „Der Erziehungsauftrag vermittelt Wissen, entfaltet die selbstverantwortliche Persönlichkeit, bildet verantwortliche Staatsbürger heran, begründet soziale Kompetenz, wirkt dem Entstehen von ‚Parallelgesellschaften‘ entgegen und integriert Minderheiten.“; als Demokratie Voraussetzung *Böckenförde* HStR III (Fn. 15), § 24 Rn. 67; Siehe auch die Wortmeldungen von *Dieter Grimm* und *Friedhelm Hufen* in VVDStRL 54 (1995), 120 f., 129; *Johannes Rux* Schulrecht, 6. Aufl. 2018, 40 ff.; *Wißmann* in: Bonner Kommentar (Fn. 82), Art. 7 Rn. 67.

¹¹⁵ Siehe nur *Arbeitsgruppe Bildungsberichterstattung* Bildung in Deutschland 2018. Ein indikatorengestützter Bericht mit einer Analyse zu Wirkungen und Erträgen von Bildung, 2018, 14 ff., 52 ff.

¹¹⁶ *Rux* Schulrecht (Fn. 114), 45.

¹¹⁷ *Wißmann* in: Bonner Kommentar (Fn. 82), Art. 7 Rn. 67.

¹¹⁸ BVerfG DVBl. 2003, 999; BVerfG, 31.05.2006, Az. 2 BvR 1693/04; BVerwG NVwZ 2010, 525; BVerwG NVwZ 2014, 237 („Krabat“); BVerfG NJW 2015, 44; BayVerfGH, 13.12.2002, Az. VI 73/01; OVG NRW DÖV 2009, 119; OVG Berlin/Brandenburg NVwZ 2010, 1310 (Rn. 37); OLG Brandenburg FPR 2007, 46; VG Bayreuth, 18.04.2005, Az. B 6 K 04/620; VG Lüneburg, 25.10.2016, Az. 4 A 90/15; siehe auch *Jestaedt* HStR VII (Fn. 112) § 156 Rn. 27.

a) *Pluralismus als Strukturelement des Grundgesetzes¹¹⁹ und Gegenstand des staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrags*

Nun hat das freie und erwachsene Individuum in einem liberalen und demokratischen Gemeinwesen durchaus auch das Recht, sich in ein exklusives soziales Milieu zurückzuziehen und den Rest der Gesellschaft zu ignorieren, ja sogar gering zu schätzen.¹²⁰ Unsere Verfassung ist nicht im *Rousseauschen* Sinne darauf gerichtet, einen einheitlichen Gemeinwillen zu bilden und setzt kein kollektives Gesamtbewusstsein voraus.¹²¹ Sie rechnet im Gegenteil mit pluralistischen Interessenlagen und -konflikten, die sie grund- und verfahrensrechtlich absichert.¹²² Wo grundrechtsgestützte plurale „Nebengesellschaften“ aufhören und die desintegrierende „Parallelgesellschaft“ beginnt, ist darum nicht trivial.¹²³ Im Zusammenhang mit dem

¹¹⁹ Formulierung angelehnt an *Ernst Fraenkel* *Der Pluralismus als Strukturelement der freiheitlich-rechtsstaatlichen Demokratie* (1964), in: ders. *Deutschland und die westlichen Demokratien*, hrsg. v. Alexander v. Brünneck, 1991, 297.

¹²⁰ BVerfGE 124, 300 (320): „Die Bürger sind [...] rechtlich auch nicht gehalten, die der Verfassung zugrunde liegenden Wertsetzungen persönlich zu teilen. Das Grundgesetz baut zwar auf der Erwartung auf, dass die Bürger die allgemeinen Werte der Verfassung akzeptieren und verwirklichen, erzwingt Wertloyalität aber nicht.“ Siehe auch *Dreier* (Fn. 109), 117.

¹²¹ In diese Richtung aber neuerdings in der Integrationsdebatte z.B. *Dietrich Murswiek* *Staatsvolk, Demokratie und Einwanderung im Nationalstaat des Grundgesetzes*, JöR 2018, 386 (408 ff.); ders. *Nationalstaatlichkeit, Staatsvolk und Einwanderung*, in: Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter (Hrsg.) *Der Staat in der Flüchtlingskrise*, 2016, 123 (124 ff.) sowie *Arnd Uhle* *Integration als Staatsaufgabe. Die verfassungsrechtlichen Grundlagen*, ebd., 250 (251 f.). Gegen derartige „vulgär-demokratische“ Vorstellungen einer konfliktfreien und homogenen Gemeinschaft, wie sie etwa *Carl Schmitt* in seiner Verfassungslehre (1928) entwickelt, argumentiert bereits *Fraenkel*, vgl. ders. *Möglichkeiten und Grenzen* (Fn. 6), 268 (dort auch die zitierte Formulierung). In der Anlage auf ein homogenes Gesellschaftsmodell ausgerichtet ist auch der Integrationsbegriff bei *Rudolf Smend*, vgl. ders., *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 3. Aufl. 1994, 119–276.

¹²² Vgl. schon *Kelsen* *Gerechtigkeit* (Fn. 5), 45: „Vom Standpunkt rationaler Erkenntnis gibt es nur menschliche Interessen und daher Interessenkonflikte.“

¹²³ Zu bedenken ist auch, dass jede soziale Gruppe intern ihrerseits divers ist und Mitglieder von als „geschlossen“ wirkenden Gruppen mit Individuen in der umgebenden Gesellschaft in manchen Hinsichten durchaus übereinstimmen können, vgl. *Young* *Fünf Formen der Unterdrückung* (Fn. 42), 99 (107, 111 f.); *Mangold* *Demokratische Inklusion* (Fn. 27), 139; *Rogers Brubaker* *Ethnizität ohne Gruppen*, 2007, 16 ff.; *Susanne Baer* *Rechte und Regulierung. Das Problem des Gruppismus für die Grund- und Menschenrechte*, in: Bettina Dennerlein/Elke Frietsch/Therese Steffen (Hrsg.) *Verschleierte Orient – entschleierte Okzident?*, 2012, 23 (32, 38 ff.). Insofern ist das, was die Gesellschaft zusammenhält und dementsprechend von Bürgerinnen und Bürgern als „Integrationsleistung“ verlangt werden darf, auch in den diffusen Begriffen der Nation und der „relativen Homogenität“ im Sinne *Böckenfördes* falsch verortet, vgl. ders. *HStR* III (Fn. 15), § 24

schulischen Integrationsauftrag sollte auf den Begriff der „Parallelgesellschaft“ verzichtet werden, weil er stereotype Assoziationen weckt und zu einer sachlichen Debatte nichts beiträgt.¹²⁴ Die pluralistische Gesellschaft ist kein problematisches „Minus“ zu einer homogenen Gemeinschaft, sondern notwendige Folge einer freiheitlichen Ordnung.¹²⁵

Die eigentliche Frage lautet, wie weit Eltern berechtigt sind, ihre Lebensentscheidung für eine bestimmte Art zu leben an ihre Kinder weiterzugeben.¹²⁶ Eltern haben das Recht, die Werteerziehung und den Bildungsweg ihrer Kinder zu bestimmen, und dieses Recht steht gleichberechtigt neben dem Bildungs- und Erziehungsrecht der Schule. Insofern muss auch das Bildungswesen den vielfältigen Lebensweisen und Erziehungsvorstellungen Raum geben. Darum ist das Bildungswesen in Deutschland pluralistisch organisiert, es gliedert sich in eine Vielfalt von Schulformen und -trägern, es garantiert die Privatschulfreiheit (Art. 7 Abs. 4 GG), akzeptiert eine Vielzahl pädagogischer Konzepte¹²⁷ und verpflichtet die öffentlichen Schulen zu religiös-weltanschaulicher Neutralität.¹²⁸

Der Pluralismus im Bildungswesen ist aber nicht nur Belangen der Eltern geschuldet, sondern auch denen der Schüler: Zum Grundrecht der Kinder und Jugendlichen auf freie Entfaltung ihrer Persönlichkeit gehört auch, aus ihrer Familie hinaus in die Gesellschaft hineinzuwachsen. Schule ist eine Sozialisationsinstanz, die Kinder und Jugendliche befähigen soll, ihre eigene Lebensweise in Beziehung zu anderen zu setzen und in die-

Rn. 47 f., 63. Es geht gerade nicht darum, eine ideelle „Gesamtgruppe“ zu bilden, sondern sich in einem komplexen pluralistischen Gemeinwesen auf Regeln des sozialen Miteinanders, der politischen Entscheidungsfindung und friedlichen Konfliktbeilegung zu einigen. Vgl. zu diesem Gedanken eines „Verfassungskonsenses“ *Rawls* Politischer Liberalismus (Fn. 6), 219; *ders.* The Idea of an Overlapping Consensus, *Oxford Journal of Legal Studies* 7 (1989), 1–25, und dazu *Friederike Wapler* Pluralismus, Toleranz und das Recht des Kindes auf eine offene Zukunft, in: Carsten Bäcker/Sascha Ziemann (Hrsg.) *Junge Rechtsphilosophie*, ARSP-Beiheft 135, 2012, 171 (172 ff.); ähnlich *Ernst Fraenkel* Möglichkeiten und Grenzen (Fn. 6), 272 f.; *Frankenberg* Republik (Fn. 69), 81 und passim; *Lembke* Diversity (Fn. 6), 67.

¹²⁴ *Kunz* (Fn. 75), 112; *Wapler* Kinderrechte und Kindeswohl (Fn. 32), 208 ff.; eingehend *Thomas Langer* „Parallelgesellschaft“: Allgemeine Schulpflicht als Heilmittel?, *KritV* 51 (2007), 277–292.

¹²⁵ *Horst Dreier* Das Problem der Volkssouveränität, in: Pirmin Stekeler-Weithofer/Benno Zabel (Hrsg.) *Philosophie der Republik*, 2018, 37 (42).

¹²⁶ Siehe hierzu grundlegend *Wapler* Pluralismus (Fn. 123).

¹²⁷ *Jestaedt* HStR VII (Fn. 112), § 156 Rn. 25.

¹²⁸ Allg. zur staatlichen Neutralitätspflicht BVerfGE 105, 279 (295); 139, 321 (347); *Stefan Huster* Die ethische Neutralität des Staates, 2002; *Christoph Möllers* Religiöse Freiheit als Gefahr? VVDStRL 68 (2009), 47–93; speziell im Bildungsbereich BVerfGE 27, 195 (201); *Jestaedt* HStR VII (Fn. 112), § 156 Rn. 71.

ser Auseinandersetzung einen eigenen Lebensplan zu entwickeln.¹²⁹ Dem Bestreben mancher Eltern, den Horizont ihrer Kinder eng zu halten, steht nicht nur ein Interesse der Allgemeinheit an sozialer Durchlässigkeit und Integration, sondern auch das Recht des Kindes auf Entfaltung seiner Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 i.V.m Art. 1 Abs. 1 GG) entgegen.¹³⁰ Das Entfaltungsrecht des Kindes endet nicht am Erfahrungs- und Erwartungshorizont seiner Eltern.

*b) Integration in die pluralistische Gesellschaft:
Angebote und Erwartungen*

Der schulische Integrationsauftrag führt uns damit ein weiteres Mal auf die Gleichheit in Freiheit und ihre Realisierung zurück, hier bereichert um den Aspekt des Aufwachsens. Ich hatte am Anfang auf die relationale Verbundenheit der Menschen hingewiesen, die sich bei jungen Menschen in besonderer Weise zeigt, weil sie ihren Platz in der Gesellschaft erst finden müssen. Integration bedeutet im Licht der Grundrechte von Kindern und Jugendlichen vor allem, ihnen vielfältige Lebensentwürfe als gleichrangige Möglichkeiten für ihre Zukunft vorzustellen, damit sie in der Auseinandersetzung mit anderen eine eigene Haltung dazu entwickeln können.¹³¹ Das impliziert das Recht, sich von den Erwartungen des eigenen Herkunftsmilieus zu emanzipieren, jedoch keineswegs die Pflicht, sich in das Normalitätsspektrum der Mehrheitsgesellschaft einzuordnen. Für diesen Prozess der Sozialisation in die pluralistische Gesellschaft muss Schule Regeln, Verfahren und Freiräume bereitstellen, und sie muss die Freiheit der Einzelnen gegen Unfriedlichkeit, Ausgrenzung und Diskriminierung verteidigen.¹³² Der schulische Integrationsauftrag erstreckt sich damit wesentlich

¹²⁹ Michael Bothe Erziehungsauftrag und Erziehungsmaßstab der Schule im freiheitlichen Verfassungsstaat, VVDStRL 54 (1995), 34; siehe auch die Nachweise in Fn. 131.

¹³⁰ Ausf. zu diesem Grundrecht Wapler Kinderrechte und Kindeswohl (Fn. 32), 99 ff. Die Belange der Allgemeinheit und der Kinder und Jugendlichen dürfen allerdings nicht ohne Weiteres als identisch gedacht werden, vgl. Friederike Wapler Kinderrechte – eine Aufgabe für den Gesetzgeber?, in: Bettina Heiderhoff/Anne Röthel (Hrsg.) Mehr Kinderrechte? Nutzen und Nachteil, 2018, 45 (69 ff.).

¹³¹ Siehe hierzu schon Ekkehard Stein Das Recht des Kindes auf Selbstentfaltung in der Schule, 1967, 42; Armin Dittmann Erziehungsauftrag und Erziehungsmaßstab der Schule im freiheitlichen Verfassungsstaat, VVDStRL 54 (1995), 47 (57). Im philosophischen Diskurs wird dieser Gedanke unter dem Stichwort „Recht auf eine offene Zukunft“ diskutiert, vgl. Joel Feinberg The Child's Right to an Open Future (1980), in: ders. Freedom and Fulfilment. Philosophical Essays, 1992, 76–97, und dazu Wapler Kinderrechte und Kindeswohl (Fn. 32), 411 ff. m.N.

¹³² Vgl. Wißmann in: Bonner Kommentar (Fn. 82), Art. 7 Rn. 5, der schulische Erziehung u.a. als Auftrag versteht, das Hineinwachsen in den „freien Bürgerstatus“ zu ermöglichen; s.a. ebd. Rn. 78: „Alle konkreten Erziehungsziele, die notwendig immer auch Anpas-

auf Angebote gleichberechtigter Teilhabe und die Eröffnung von Perspektiven und Lebenschancen.¹³³ Daneben bleibt es wichtig, in der Schule demokratische Toleranz und Konfliktlösungskompetenzen zu stärken sowie die Grundentscheidungen der Verfassung für ein respektvolles Zusammenleben in Freiheit und Gleichheit zu vermitteln.¹³⁴

3. *Partizipation*

Das Zusammenleben in der pluralistischen Gesellschaft ist nach alledem keine Frage substanzieller Gleichheit, sondern im Wesentlichen eine der politischen Praxis, die durch die Freiheits- und Gleichheitsrechte des Grundgesetzes und die Regeln der demokratischen Meinungs- und Entscheidungsbildung in ihren wesentlichen Zügen vorgegeben ist.¹³⁵ Geht es bei der schulischen Integration aber primär darum, eine regelgeleitete Praxis zu erlernen, so müssen soziale Vielfalt, die Auseinandersetzung um Glaubenssätze und Werthaltungen, das Streiten und der Kompromiss sowie die Regeln demokratischer Auseinandersetzung im Schulalltag erfahrbar werden. Dies geht am besten über partizipatorische Strukturen, die im Übrigen auch grundrechtlich geboten sind: Das Recht des Kindes auf Entfaltung seiner Persönlichkeit verlangt, seine wachsende Bereitschaft und Fähigkeit zur Selbstbestimmung anzuerkennen.¹³⁶

sungsdruck erzeugen, sind legitim nur vor dem Grundsatz, sozial befähigte und innerlich freie Bürger auf den Weg zu bringen.“

¹³³ Zur Bedeutung der Gleichbehandlung in der Bildung für die Wahrung der freiheitlichen Ordnung schon *Hufen* Gleichheitssatz (Fn. 31), 190 f.

¹³⁴ Zu Demokratieerziehung und „Pluralismuskompetenz“ als schulischen Aufgaben *Bothe* VVDStRL 54 (Fn. 129), 7; zur wachsenden Bedeutung der Integrationsaufgabe angesichts zunehmender Ausdifferenzierung der Gesellschaft s. *Jestaedt* HStR VII (Fn. 112), § 156 Rn. 94; *Wißmann* in: Bonner Kommentar (Fn. 82), Art. 7 Rn. 59; *Boysen* in: von Münch/Kunig (Fn. 5), Art. 7 Rn. 41; zu staatlichen Kompetenzen, außerschulische politische Bildung zu fördern, *Friedhelm Hufen* Politische Jugendbildung und Neutralitätsgebot, RdJB 2018, 216–221; zu den Zielen politischer Bildung in der pluralistischen Gesellschaft auch *Fraenkel* Möglichkeiten und Grenzen (Fn. 6), 267 f. Kritisch zu weitergehenden materialen schulischen Erziehungszielen *Frankenberg* Republik (Fn. 69), 89 ff., 142; *Boysen* in: von Münch/Kunig (Fn. 5), Art. 7 Rn. 59.

¹³⁵ Vgl. *Kluth* Migration und ihre Folgen (Fn. 111), D 49: „Es geht bei Integration nicht in erster Linie um staatliches Handeln, sondern um gesellschaftliche Verständigungsprozesse [...]“.

¹³⁶ Schülerinnen und Schüler im schulischen Alltag an Entscheidungen alters- und reifeangemessen zu beteiligen, ist vor dem Hintergrund des Grundrechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit keine „Paradoxie“ (so aber *Wißmann* in: Bonner Kommentar [Fn. 82], Art. 7 Rn. 76), sondern eine selbstverständliche Folge ihrer Grundrechtsträgerschaft, die sich nicht durch den Verweis auf ein nicht näher definiertes „Kindeswohl“ relativieren lässt (so aber wohl *Bader* in: Umbach/Clemens [Fn. 46], Art. 7 Rn. 67). Vgl. zu dem dynamisch

VII. Schlusswort

Die gestrige Diskussion im Arbeitskreis „Verwaltung“ veranlasst mich zu einem Schlusswort, das mich von meinem Thesenpapier ein wenig wegführt. Die Gespräche haben deutlich gemacht, dass Schule kein Ort außerhalb der Gesellschaft ist, in dem Integration quasi unter Laborbedingungen stattfinden kann. Wir beobachten im Bildungssystem an vielen Orten eine Segregation der Milieus, die wesentlich auf legitimen Freiheitsgebrauch von Eltern und Schülern zurückgeht, der Integration jedoch nicht dient.¹³⁷ Auch hier ist also eine Spannung angelegt, die sich nicht einfach auflösen lässt. Wenn wir über Bildung als Integrationsfaktor sprechen, müssen wir diese Verstricktheit in gesellschaftliche Strukturen mitbedenken und dürfen die Realitäten, mit denen Schule konfrontiert ist, nicht aus den Augen verlieren. Es gilt darum auch hier, Mechanismen der Selbstreflexion und Fremdkontrolle in das institutionelle Gefüge einzubauen.¹³⁸ Diese Notwendigkeit, die eigenen Praktiken immer wieder zu prüfen und für neue Entwicklungen zu öffnen, ist der tiefere Grund dafür, Integration als einen gesamtgesellschaftlichen und dauerhaften Aushandlungsprozess zu verstehen.

wachsenden Recht auf Selbstbestimmung BVerfGK 9, 274 (281); BVerfGK 10, 519 (524); BVerfGK 15, 509, juris Ziff. 19; *Christian von Coelln*, in: Michael Sachs (Hrsg.) GG, 8. Aufl. 2017, Art. 6 GG Rn. 70; *Wapler* Kinderrechte und Kindeswohl (Fn. 32), 530 ff.; *dies.* Kinderrechte in das Grundgesetz?, in: Sachverständigenkommission 15. Kinder- und Jugendbericht (Hrsg.) Materialien zum 15. Kinder- und Jugendbericht, 2017, 30 f.

¹³⁷ Krit. im Hinblick auf die Bildungsrechte von Kindern und Jugendlichen *Jens Kersten* Segregation in der Schule, DÖV 2007, 50–58.

¹³⁸ Zu Gestaltungsmöglichkeiten des Verwaltungsrechts *Christine Langenfeld* Aktivierung von Bildungsressourcen durch Verwaltungsrecht, Die Verwaltung 40 (2007), 347–381.

Leitsätze der 2. Referentin über:

Gleichheit angesichts von Vielfalt als Gegenstand des philosophischen und juristischen Diskurses

I. Einführung

Leitfrage: Wie kann es gelingen und was kann das Recht dazu beitragen, dass sich die Menschen in einer vielfältigen Gesellschaft als Gleiche begegnen können?

II. Gleichheit und Differenz als Mittel zur Ordnung von Vielfalt

(1) Gleichheit wird „angesichts von Vielfalt“ bestimmt. Der Begriff bezeichnet ein Verhältnis mehrerer Gegenstände, die hinsichtlich einiger Merkmale übereinstimmen, ansonsten aber verschieden sind.

(2) Der Begriff der Gleichheit steht nicht im Gegensatz zu Vielfalt, sondern zu Verschiedenheit (Differenz). Der begriffliche Gegensatz zu Vielfalt ist Gleichförmigkeit (Homogenität).

III. Gleichheit in Freiheit

1. Das „abstrakte Individuum“ als Ausgangspunkt liberaler politischer Philosophie

(3) Die liberale Annahme der Gleichheit aller Menschen abstrahiert von faktischen Unterschieden. Hinter ihr verbirgt sich kein gehaltvolles Menschenbild, sondern eine normative Setzung. Die Annahme ursprünglicher Gleichheit konstruiert das Verhältnis der Menschen als ein nicht-hierarchisches, aus dem ein Anspruch auf gegenseitige Achtung und die Anerkennung gleicher Freiheit und gleicher Rechte folgen.

2. *Die Unvermeidlichkeit sozialer Vielfalt und widerstreitender Interessen*

(4) Die Annahme gleicher Freiheit gibt dem Individuum das Recht, aus vorgegebenen sozialen Strukturen auszubrechen und einen anderen, eigenen Lebensplan zu verfolgen. Sie führt notwendig zu sozialer Vielfalt und sozialer Ungleichheit. Der universelle Gleichheitsanspruch gerät so in ein Spannungsverhältnis zu den Differenzen, die individueller Freiheitsgebrauch ermöglicht und erzeugt. Dieser Grundkonflikt kann nicht aufgelöst, sondern nur verhandelt und ausgestaltet werden.

3. *Gleichheit vor dem Gesetz*

(5) Die grundlegende Statusgleichheit verlangt nach allgemeinen Gesetzen, die für alle Mitglieder der politischen Gemeinschaft gleichermaßen gelten. Die formale Rechtsgleichheit macht tatsächliche und rechtliche Ungleichbehandlungen nicht per se unzulässig, sondern rechtfertigungsbedürftig.

(6) Gleichheitsrechte sind ein Instrument der Kritik: Wer ungleich behandelt wird und dies als ungerecht begreift, darf von der politischen Gemeinschaft eine sachliche Begründung erwarten. Das liberale Gleichheitsversprechen erlaubt, tradierte Strukturen in Frage zu stellen und normative Leitbilder herauszufordern.

IV. *Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandeln*

(7) Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln, ist ein klassischer Grundsatz sowohl der Gerechtigkeitstheorie als auch der Dogmatik der verfassungsrechtlichen Gleichheitssätze. Der philosophische und der juristische Diskurs treffen sich hier in besonderer Weise, müssen methodisch aber dennoch unterschieden werden. Philosophische und rechtswissenschaftliche Überlegungen stehen in keinem Ableitungs-, sondern in einem Rechtfertigungszusammenhang.

(8) „Gleiches gleich zu behandeln“ ist ein formaler Maßstab ohne Inhalt. Ihm lässt sich weder entnehmen, was gleich und was ungleich ist (deskriptive Ebene), noch, welche normative Relevanz den festgestellten Gemeinsamkeiten und Unterschieden zukommt (normative Ebene).

1. Gleichheits- und Ungleichheitsurteile

(9) Gleichheits- und Ungleichheitsurteile beruhen auf einem Vergleich von Gegenständen und Sachverhalten im Hinblick auf bestimmte Merkmale. Mit der Bildung von Vergleichsgruppen wird die Vielfalt der Wirklichkeit nach bestimmten Zwecken kategorisiert. Je tiefer Lebensverhältnisse strukturell in die politische und soziale Ordnung eingelassen sind, desto stärker werden sie als „natürlich“ oder aus anderen Gründen unänderlich betrachtet und verteidigt. Hinter diesen Annahmen können sich indes historisch bedingte Privilegien, unhinterfragte Normalitätsvorstellungen und andere „blinde Flecken“ der Wahrnehmung verbergen.

2. Die Bedeutung des Rechts für Gleichheits- und Ungleichheitsrelationen

(10) Das Recht ist über generalisierende Regeln und institutionelle Arrangements wesentlich an der Entstehung und Stabilisierung gleichheitsrelevanter Kategorien beteiligt. Gleichheitsrechte machen es möglich, sich gegen freiheitsbeschränkende Fremdzuschreibungen zu wehren. Sie dienen keiner intrinsisch wertvollen Gleichheit, sondern gewährleisten wechselseitige Achtung und gleiche Freiheit.

(11) Auslegung und Anwendung der verfassungsrechtlichen Gleichheitssätze erfordern einen kritisch-reflexiven Blick auf etablierte Rechtfertigungsstrategien. Rechtswissenschaft muss die Leitbilder, die das Recht transportiert, hinterfragen und mit rechtstatsächlichen Erkenntnissen abgleichen. Die Auslegung des Rechts darf seine faktischen Wirkungen nicht ignorieren.

(12) Die Bedeutung der verfassungsrechtlichen Gleichheitssätze erschöpft sich nicht in der Abwehr formaler Ungleichbehandlungen. Im Gegenteil sind sie darauf gerichtet, formale Gleichheit praktisch durchzusetzen (materiale Gleichheit). Die Gleichheitssätze des Grundgesetzes verbieten darum nicht, Menschen oder soziale Gruppen mit dem Ziel ungleich zu behandeln, gleichen Freiheitsgebrauch zu ermöglichen.

V. Die Realisierung gleicher Freiheit

1. Sozialstaatsprinzip und politische Gestaltungsspielräume

(13) Das Grundgesetz hebt den Gedanken der sozialen Gerechtigkeit im Sozialstaatsprinzip in den Rang eines Verfassungsgrundsatzes, sagt aber wenig darüber aus, nach welchen Kriterien Güterverteilung in der Praxis stattfinden soll. Entscheidungen darüber, welche Ressourcen für die soziale

Ordnung relevant sind, ob sie Gegenstand gesellschaftlicher Verteilungsprozesse sein sollen oder nach welchem Modus sie zu verteilen sind, fallen in den politischen Gestaltungsspielraum.

(14) Die politische Gestaltungsmacht findet ihren Rahmen in den verfassungsrechtlichen Grundsätzen der grundlegenden Gleichrangigkeit aller Menschen (formale Gleichheit), dem Vorrang ihrer freien Lebensentscheidung vor paternalistischer Fremdbestimmung (Freiheit) sowie ihrem Recht auf Mitwirkung an den öffentlichen Meinungsbildungs- und Entscheidungsprozessen (Partizipation).

2. Tendenzen: der Gedanke der gleichberechtigten Teilhabe

(15) Die aktuelle Debatte um gleichberechtigte Teilhabe und eine inklusive Gesellschaft beruht auf einer modernen Reformulierung des liberalen Gleichheitsversprechens: Inklusion steht für den Gedanken, jedes Individuum in seiner Besonderheit als gleichwertig anzuerkennen. Dieser Gedanke wird mit einer Gerechtigkeitskonzeption verbunden, die auf Teilhabe abzielt und sich damit wesentlich auf Chancen, Zugänge und Kompetenzen für die selbstbestimmte Lebensgestaltung konzentriert.

3. Konkretisierung: gleichberechtigte Teilhabe an der Ressource „Bildung“

(16) Inklusion und Teilhabe sind keine Verfassungsbegriffe, sondern politische Strategien oder Ziele, die sich nicht zwingend aus dem Grundgesetz ergeben. Eine völkerrechtliche Staatenpflicht, diese Ziele im nationalen Recht umzusetzen, ergibt sich aber für Menschen mit Behinderungen aus der UN-Behindertenrechtskonvention. Sie verpflichtet Deutschland u.a., ein inklusives (bzw. nach – streitiger – amtlicher deutscher Übersetzung: „integratives“) Bildungssystem zu schaffen (Art. 24 Abs. 1 BRK).

(17) Mehr als andere Menschenrechtskonventionen verkörpert die Behindertenrechtskonvention die kritisch-reflexive Dimension der Gleichheitsrechte. Sie erwartet von den Vertragsstaaten, über Normen, institutionelle Arrangements und Praktiken nachzudenken, die Menschen in ihrer Entfaltung behindern („Barrieren“, Art. 1 UAbs. 2 BRK), und diese durch „angemessene Vorkehrungen“ (Art. 2 UAbs. 4, 5 Abs. 3 BRK) zu beseitigen.

(18) Das Ziel der gleichberechtigten Teilhabe berührt verschiedene Dimensionen von Freiheits- und Gleichheitsrechten des Grundgesetzes. Die Normen der Behindertenrechtskonvention sind bei der Auslegung dieser Grundrechte im Wege der völkerrechtsfreundlichen Auslegung zu berücksichtigen.

(19) *Ein allgemeines Recht auf gleichberechtigten Zugang zu vorhandenen staatlichen Einrichtungen i.S.e. derivativen Teilhaberechts ergibt sich für alle Menschen schon aus dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG bzw., wenn gleichberechtigter Zugang aufgrund eines Merkmals nach Art. 3 Abs. 2, 3 GG verweigert wird, aus den besonderen Diskriminierungsverboten.*

(20) *Das „Fehlen angemessener Vorkehrungen“ für den gleichberechtigten Genuss der Menschenrechte und Grundfreiheiten ist nach Art. 2 UAbs. 3 BRK als Diskriminierung einzuordnen. Das Bundesverfassungsgericht hat dem Grunde nach anerkannt, dass eine gleichheitsrechtsrelevante Benachteiligung auch nach dem Grundgesetz (hier: Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG i.V.m Art. 6 Abs. 2 S. 1, 2 Abs. 1 GG) in fehlender Förderung liegen kann, hat dies jedoch unter einen weitreichenden Zumutbarkeitsvorbehalt gestellt (BVerfGE 96, 288). Im Hinblick auf die Staatenpflichten aus der UN-BRK bedarf die Frage, zu welchen Anstrengungen das Gemeinwesen verpflichtet ist, um Benachteiligungen aufgrund gesellschaftlicher Barrieren zu beseitigen, neuer Evaluierung.*

(21) *Die „inklusive Schule“ steht vor der Herausforderung, den allgemeinen Gleichheitsanspruch mit den Besonderheiten des Einzelfalls ins Verhältnis zu setzen. Die Probleme, die dabei zu beobachten sind, lassen sich als „Dilemma der Differenz“, als „Dekategorisierungsproblem“ und als „Ressourcen-Etikettierungsproblem“ beschreiben. Die Inklusionsdebatte führt zwangsläufig zu der Frage nach einer freiheitsermöglichenden sozialen Infrastruktur.*

VI. Zusammenleben in der vielfältigen Gesellschaft

1. Nochmals: Integration und Inklusion

(22) *In jedem pluralistischen Gemeinwesen stellt sich die Frage, wie „angesichts von Vielfalt“ Zusammenhalt und Verbindlichkeit entstehen und erhalten werden können, was eine Gesellschaft also integriert. Eine Gesellschaft ist integriert, wenn sich ihr die Mitglieder im Großen und Ganzen zugehörig fühlen sowie bereit und fähig sind, friedlich zusammenzuleben und ihre Angelegenheiten demokratisch auszuhandeln. Integration betrifft die gesamte Bevölkerung und ist ein dauerhafter Prozess.*

2. Konkretisierung: der schulische Integrationsauftrag (Art. 7 Abs. 1 GG)

(23) *Das Bildungswesen ist ein exemplarischer Schauplatz für den gesellschaftlichen und rechtlichen Umgang mit Vielfalt auch im Hinblick*

auf gesellschaftliche Integration. Der aus Art. 7 Abs. 1 GG abgeleitete Integrationsauftrag der Schule wird als wesentliche Voraussetzung für das Fortbestehen des freiheitlichen und demokratischen Gemeinwesens verstanden, bleibt in seiner konkreten Ausgestaltung allerdings eher vage und wird von dem empirischen Wissen über die mangelnde soziale Durchlässigkeit des deutschen Bildungssystems bisher zu wenig irritiert.

(24) Die pluralistische Gesellschaft ist kein problematisches Minus zu einer homogenen Gemeinschaft, sondern notwendige Bedingung einer freiheitlichen Gesellschaft. Insofern muss auch das Bildungswesen vielfältigen Lebensweisen Raum geben. Der Pluralismus im Bildungswesen ist nicht nur Rechten der Eltern geschuldet, für ihr Kind den Ausbildungsweg zu bestimmen (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG), sondern gerade auch um der Rechte der Kinder willen geboten. Das Recht des Kindes auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit ist nicht auf den Erwartungs- und Erfahrungshorizont seiner Eltern begrenzt.

(25) Der Integrationsauftrag umfasst im Licht der Grundrechte von Kindern und Jugendlichen vor allem die Aufgabe, ihnen die vielfältigen Lebensentwürfe in der Gesellschaft als gleichrangige Möglichkeiten für ihre Zukunft vorzustellen, und sie zu befähigen, in der Auseinandersetzung mit anderen eine eigene Haltung zu entwickeln, anderen Lebensweisen, Religionen und Weltanschauungen tolerant zu begegnen und Konflikte friedlich zu lösen.

3. Partizipation

(26) Geht es bei der schulischen Integration primär darum, eine regelgeleitete Praxis zu erlernen, so müssen soziale Vielfalt, die Auseinandersetzung um Glaubenssätze und Werthaltungen, das Streiten und der Kompromiss sowie die Regeln demokratischer Entscheidungsfindung im Schulalltag erfahrbar werden. Hierzu bedarf es partizipatorischer Strukturen, die im Übrigen auch grundrechtlich geboten sind: Das Recht des Kindes auf Entfaltung seiner Persönlichkeit verlangt, seine wachsende Bereitschaft und Fähigkeit zur Selbstbestimmung anzuerkennen.

(27) Erwachsene Bürger darf der Staat nicht erziehen. Umso wichtiger ist es, Integration als einen kontinuierlichen Aushandlungsprozess zwischen gleichberechtigten Bürgern zu verstehen – unter den für alle geltenden Regeln und nach den für alle offenstehenden Verfahren der Verfassung.

3. Aussprache und Schlussworte

Gleichheit angesichts von Vielfalt als Gegenstand des philosophischen und des juristischen Diskurses

Ute Sacksofsky: Zum Thema „Vielfalt und Gleichheit“ hoffe ich natürlich, dass die Beiträge vielfältig sind. Die Zahl spricht dafür, dass es jedenfalls viele sind und von inhaltlicher Vielfalt kann man vermutlich auch ausgehen. Neben der Vielfalt ist aber auch die Gleichheit nicht zu vergessen, sie bedeutet hier: Die gleiche Redezeit für alle und die liegt angesichts der Anzahl der Beiträge bei drei Minuten. Auf diese Zeit werde ich also die Ampel einstellen, sodass Sie Ihr potentiell Co-Referat vielleicht gedanklich etwas kürzen. Ich habe versucht, aus den Stichworten eine mir sinnvoll scheinende Reihenfolge herzustellen. Wenn das nicht gelungen ist oder ich Ihr Stichwort falsch interpretiert habe, bitte ich um Entschuldigung. Es wird fünf Blöcke geben: Wir werden uns mit zwei Bemerkungen zum Verhältnis beider Referate beschäftigen, dann kommt eine Vielzahl von Diskussionsbeiträgen zu den Grundfragen von Gleichheit und Gleichbehandlung. Im dritten Teil werden wir uns auf demokratiebezogene Themen einstellen, sodann künstliche Intelligenz, Algorithmen und als letzten Bereich Schule und das Eltern-Kind-Verhältnis behandeln. Wir beginnen mit Beiträgen zum Verhältnis beider Referate.

Paul Kirchhof: Wir haben uns für zwei hochintellektuelle Referate zu bedanken, die sich allerdings in der Offenheit für das Gesetz, in der Offenheit für die Freiheit und in der Offenheit für die Realität grundlegend unterscheiden. Deswegen möchte ich zu diesen drei Grundlagen der Gleichheit etwas sagen.

Art. 3 garantiert nicht die Gleichheit aller Menschen, sondern die Gleichheit vor dem Gesetz. Das Gesetz ist das Unterscheidungsinstrument des Staats. Jeder Gesetzestatbestand schafft typisierend Vergleichsgruppen, denen er unterschiedliche Rechtsfolgen zuspricht. Der Eigentümer darf sein Eigentum betreten, der Nichteigentümer nicht. Der Schuldige wird bestraft, der Unschuldige bleibt straffrei. Der Störer muss etwas unterlassen, der Nichtstörer behält seine Freiheit. Das Gesetz stellt nicht für Jedermann die gleiche Rechtsfolge her. Müssten der Bettler und der Millionär die glei-

che Einkommensteuer bezahlen, wäre dies offensichtlich gleichheitswidrig. Wenn zwei Todkranke jeweils vier Einheiten eines Medikaments zu ihrer Rettung benötigen, aber nur sechs verfügbar sind, erhält nicht jeder drei Einheiten, sondern wir retten den Einen mit vier Medikamenten. Die Gleichheitsbindung des Gesetzgebers fordert nicht dieselbe Rechtsfolge, sondern die aus einem sachlichen oder sonst wie einleuchtenden Grund gerechtfertigte Unterscheidung.

Frau *Wapler* betont – und das zurecht – die Gleichheit aller Menschen im Freiheitsrecht. Freiheit ist das Recht, sich von anderen zu unterscheiden, seinen Lebensweg unabhängig von dem anderer Menschen selbstbestimmt zu gehen. Der Eine schreibt Bilanzen, wird deshalb reich an Geld. Der Andere schreibt Gedichte, wird deshalb reich an Versen. Wenn diese beiden Menschen ihre Biographie folgerichtig fortsetzen, wird der Unterschied zwischen ihnen immer größer. Das ist freiheitlich gerechtfertigt, weil es von dem Freiheitsberechtigten so gewollt ist. Der Staat hat die Verschiedenheiten dank Freiheit zu achten, muss allerdings auf eine Gleichheit in den Freiheitsvoraussetzungen hinwirken.

Gleichheit trifft auf die reale Verschiedenheit der Menschen, die in ihrer Ähnlichkeit oder Verschiedenheit erlebt werden. Wenn das Gesetz an den Unterschied zwischen jung und alt die Vertragsfähigkeit, das Wahlrecht, die Qualifikation zu bestimmten Berufen und schließlich das Rentenrecht knüpft, nehmen die Menschen diese Verschiedenheiten hin, weil sie bei einer normalen Biographie alle Stationen dieser menschlichen Entwicklung selbst durchschreiten werden. Beim Unterschied zwischen arm und reich hingegen fordern wir mehr sachgerechte Differenzierungen – der Reiche zahlt Einkommensteuer, der Arme erhält Sozialhilfe, richten den gleichheitsgeprägten Blick aber auf die Voraussetzungen von Armut und Reichtum und bemühen uns um eine Angleichung. Wenn der Deutsche in Deutschland, der Ausländer in seinem Heimatland wählen darf, anerkennen wir Kulturunterschiede als gleichheitserheblich. Gleichheit nimmt reale Verschiedenheiten „realitätsgerecht“ auf, beobachtet sie in ihrer Entwicklung (Gleichheit in der Zeit), würdigt sie individuell in Auseinandersetzung mit dem Betroffenen (rechtliches Gehör) und sichert eine Teilhabe an Gemeinschaft und Freiheit.

Uwe Volkmann: Ich möchte etwas zum Verhältnis beider Referate sagen. Ich fand sie deshalb so interessant, weil sie sich so prima ergänzen haben in ihrer Gegensätzlichkeit, und das meine ich nicht nur deshalb, weil beide Referenten auch die Themen beackert haben, zu denen sie schon immer einmal bei einer solchen Gelegenheit etwas sagen wollten, *Friederike Wapler* etwa zur Bildung und *Steffen Augsberg* zu den Tieren. Sondern beide gehen von unterschiedlichen Grundkonzepten aus, die sich in unterschied-

lichen Grundbegriffen zusammenfassen lassen. Bei *Friederike Wapler* ist dies der Grundbegriff der Inklusion, früher Integration, und bei *Steffen Augsberg* ist es der Begriff der Differenz oder sogar Differenz-Differenz, wie es an einer Stelle hieß. Und diese unterschiedlichen Grundverständnisse muss man ja nun irgendwie zueinander in Beziehung setzen. Inklusion heißt, es müssen alle irgendwie dabei sein, wenn auch jeder auf seine Weise, aber die Gesellschaft braucht auch Räume und Orte, wo alle auch mal zusammenkommen. Differenz heißt, jeder bleibt für sich, aber alle kommen irgendwie zurecht. Und dem entspricht natürlich jeweils ein unterschiedliches Regel-Ausnahme-Verhältnis von Gleichheit und Ungleichheit, genauer von rechtfertigungsbedürftiger Gleichheit und rechtfertigungsbedürftiger Ungleichheit. Das ist die Fortführung älterer Debatten, die sich um Begriffe wie Gesellschaft oder Gemeinschaft, früher auch Homogenität oder Heterogenität rankten und heute etwa als Liberalismus/Kommunitarismus-Debatte geführt werden. Was mich aber jetzt interessieren würde, ist die Frage, welches von beiden ist denn jetzt eigentlich das richtige Konzept? Und als Verfassungsjuristen oder überhaupt erstmal Juristen können wir die Frage natürlich nur so stellen: Welches ist eigentlich das verfassungsnähere und welches ist das verfassungsfernere Konzept, welches lässt sich also mit der Verfassung eher in Verbindung bringen? Das ist eine Frage an beide Referenten, sie richtet sich aber, glaube ich, stärker an *Steffen Augsberg*, weil ich denke, dass bei ihm die Begründungslast größer ist, und das nicht nur in der Frage, ob auch die künstliche Intelligenz Gleichheitsansprüche oder vielleicht auch irgendwann die Menschenwürde geltend machen kann. Aber es zeigt sich dabei immer zweierlei: Erstens, wenn wir über Verfassungsbegriffe und Grundkonzepte der Verfassung wie Gleichheit und Demokratie reden, dann tun wir das notwendig von bestimmten theoretischen Vorannahmen aus, die in dieses Verständnis einfließen, und gerade darin hat *Hans Kelsen* eben doch Unrecht gehabt. Zum Zweiten scheint mir die Fokussierung auf die Demokratie, die beide Referenten am Ende vorgenommen haben, durchaus hilfreich, um eine Orientierung gerade in die Richtung vorzunehmen, die *Friederike Wapler* gewiesen hat: dass es nämlich neben allem, was uns trennt, doch auch eine Welt geben muss, die wir alle teilen und zu der der Abstand insgesamt nicht zu groß werden darf. Jetzt sehe ich doch das rote Licht und höre auf. Vielen Dank.

Ute Sacksofsky: Wir kommen damit zu dem Block, der sich mit Grundfragen von Gleichheit und Gleichbehandlung beschäftigt.

Matthias Mahlmann: Ich habe eine Frage, die anhebt mit einer Beobachtung, nämlich mit dem Gefühl, dass viele Debatten in der Vergangenheit von einer Prämisse ausgingen, dass gesichert ist, dass wir die grund-

legende Gleichwertigkeit von Menschen als Gesellschaft politisch als Selbstverständlichkeit durchgesetzt haben. Auf dieser Grundlage wurden dann Debatten geführt, wie man und in welcher Weise man das rechtlich ausbuchstabieren kann: durch Gleichheitssätze, durch Antidiskriminierungsrecht, durch positive Maßnahmen, angemessene Vorkehrungen, all dieses Instrumentarium, das in diesem Bereich existiert und strittige Felder der Auseinandersetzung um Gleichheit markiert. Mein Eindruck ist, dass diese Prämisse in der Gegenwart nicht mehr geteilt wird und dass das keine Marginalie ist, sondern eine Frage der Fortexistenz eines demokratischen Verfassungsstaates, nicht nur in Deutschland, sondern in Europa und auch darüber hinaus. Und deswegen wäre meine Frage, und ich würde die jetzt einfach mal, weil ich sie an irgendjemand richten muss, an Herrn *Augsberg* richten: Müssen wir nicht Rechenschaft ablegen über den Grund dieser Prämisse, die all unsere Überlegungen strukturiert? Sie haben gesagt: Gleichheit sei „aufgegeben“. Von wem? Und was sind die Gründe dafür? Gleichheit sei sozial konstruiert, wahrscheinlich von uns; aber warum? Und ist dieses Konstruktionsziel einfach nur kontingent oder gibt es Gründe dafür, vielleicht sogar zwingende Gründe? Sie haben *Christoph Menke* zitiert und haben gesagt: Das autonome Subjekt ist nicht der Grund von subjektiven Rechten, sondern subjektive Rechte erzeugen das autonome Subjekt. Wirklich? Ist es nicht so, dass die Annahme autonomer Subjektivität ein zentraler Grund, ein zentraler Legitimationsgrund, dieser angenommenen Wertgleichheit von Menschen ist? Ist die Annahme, dass man, wenn man subjektive Rechte beseitigt, auch die autonome Subjektivität beseitigt, nicht eine Art Tagtraum autoritärer Regime? Müssen wir uns also nicht in einer tieferen Dimension um das bemühen, was eine der nicht rechtlichen Voraussetzungen von Verfassungsstaatlichkeit ist, nämlich diese Annahme der Wertgleichheit von Menschen, um sie zu stärken? Mich würde einfach sehr interessieren, wie man das aus Ihrer Sicht sehen soll. Und meine Frage ist, ob nicht vielleicht *Leibniz*, der einmal gesagt hat, dass Gerechtigkeit nicht unsere Erfindung ist, vielleicht etwas Richtiges getroffen hat und man dem vielleicht in verwandelter Form zustimmen kann, auch wenn man kein perfektionistischer Naturrechtstheoretiker ist?

Ute Sacksofsky: Vielen Dank. Ich vergaß beim Einstieg anzukündigen, dass ich Zwischenrufe nicht nur zulasse, sondern ermuntere, damit wir mehr in eine echte Diskussion kommen. Zwischenrufe müssen aber wirklich sehr kurz, pointiert und am besten auch noch witzig sein.

Ulrich Jan Schröder: Das ist die erste Tagung der Vereinigung, auf der der Gleichheitssatz im Zentrum steht und auf der nicht zumindest einer der Berichterstatter in affirmativer Weise auf staatliche oder verfassungs-

geschichtliche Entwicklungen Bezug genommen hat. Das war vor 30 Jahren *Reinhold Zippelius*, der aus der Entwicklung des Sozialstaats und auch aus einer kleinen historischen Tour d'Horizon den Verfassungsauftrag des Staates ableitete, auch tatsächliche Ungleichheiten nach Möglichkeit zu relativieren und zu verringern. Das war 1926 der hier mehrfach genannte *Erich Kaufmann*, der wirklich aus einem historischen und kulturgeschichtlichen Parforceritt heraus naturrechtliche Folgerungen ableitete. Damals für die ganz dringenden Fragen, ob überhaupt der Gesetzgeber an die Grundrechte gebunden war und welche gerichtliche Kontrollbefugnis für die Einhaltung des Gleichheitssatzes bestand. Da war Naturrecht übrigens auch ein Platzhalter für eine historische Logik, die *Erich Kaufmann* in der Entwicklung des Staates und der staatlichen Umsetzung des Gleichheitssatzes sah. Warum stellt man heute diese historischen und rechtstatsächlichen Bezüge nicht in vergleichbarer Weise her? Das ist die Frage, die sich mir gestellt hat, und da könnte es einmal sein, dass die grundlegenden Fragen des Gleichheitssatzes vielleicht doch geklärt sind oder aber nicht offen diskutiert werden; oder es kann sein, dass wir glauben, dass unsere pluralistische Gesellschaft, unsere Einwanderungsgesellschaft, all die Besonderheiten, die uns vor das Dilemma der Vielfalt und der Gleichheit stellen, beispiellos sind und ohne historischen Vorläufer. Gegen solche Annahmen melde ich Zweifel an. Ein dogmatischer Punkt, der mir dazu einfällt, ist die Drittwirkung der Gleichheit, die ja in der Bundesrepublik, in der jungen Bundesrepublik, ganz maßgeblich durch *Hans Carl Nipperdey* entwickelt wurde. Und der hat 1920 in der veröffentlichten Fassung seiner Habilitationsschrift über Kontrahierungszwang und diktierten Vertrag geschrieben und hatte ohne den verfassungsrechtlichen Hintergrund, weil der damals nicht diese Bindungswirkung für den Gesetzgeber hatte, auch angenommen oder dargestellt, wie stark der soziale Tropfen Öl ist, den die Gleichheit in Privatrechtsverhältnisse gießt. Und über Drittwirkung müssen wir uns ja auch heute noch unterhalten, wenn es darum geht, wie zwischen Privaten Gleichheit herzustellen ist. Es gibt also historische Vorläufer, und deswegen lohnt es sich eigentlich auch, einen historischen Bogen zu schlagen. Dankeschön.

Christoph Engel: Herr *Augsberg* hat uns in die glitzernde Welt des Machine Learning geführt. Ich möchte ihm dahin folgen, weil ich glaube, dass uns ein Aufenthalt in dieser Welt hilft, unser normatives Problem schärfer zu sehen. Unter den Machine Learnern gibt es im Moment eine lebhafte Auseinandersetzung über das Design von Algorithmen. Da stehen auf der einen Seite Algorithmen wie Neuronale Netze, die in den meisten Zusammenhängen die beste Prädiktionskraft haben. Auf der anderen Seite stehen die klassischen Classification Algorithms, die eine etwas schlechtere

Prädiktionskraft haben, dafür aber sehr leicht zu erklären sind. Es ist also ein Streit zwischen Prognosekraft einerseits und Erklärbar- oder Verstehbarkeit andererseits.

Wie kann uns das helfen? Ich denke, wir haben heute jedenfalls in dem Referat von Herrn *Augsberg* viel darüber gehört, dass Klassifikationen als Mittel eingesetzt werden, als Mittel um Entscheidungen zu fällen, sei es auf staatlicher Seite, sei es durch private Akteure, die potenziell Freiheitsräume von Individuen beschränken. Und diese Beschränkung ergibt sich typischerweise daraus, dass man, selbst wenn man den besten Algorithmus einsetzt, am Ende nur das Maß der Unsicherheit vermindert hat. Man gelangt nicht zu vollständiger Sicherheit. Man muss dann eine normative Entscheidung fällen, die uns aus dem Strafprozess wohl vertraut ist. Ist es besser, jemanden, der es nicht gewesen ist, zu verurteilen, oder jemanden, der es gewesen ist, laufen zu lassen? Diese beiden Irrtümer, die man machen kann, werten wir normalerweise nicht gleich stark, sondern wir haben, was diese Community eine Confusion Matrix nennt. In dieser Confusion Matrix haben wir eine normative Entscheidung versteckt. Diese normative Entscheidung ist das Problem. Wir wollen Menschen davor schützen, dass sie einfach nur, weil einer der beiden Fehler demjenigen, der diese Information hat, problematisch erscheint, in eine Kiste gesteckt werden, obwohl sie selber eigentlich gar keinen Anlass zu solch einer Entscheidung geben. Das hilft uns, glaube ich, noch ein Stückchen weiter zu verstehen, worin das normative Problem von Stereotypisierung besteht. Es besteht darin, dass ein sehr leicht zugängliches Signal dafür verfügbar ist, das diese Einschränkung von Freiheitsräumen erlaubt.

Diese eine Seite kontrastiert aber mit einer völlig anderen Verwendung der Frage, nämlich: „Habe ich als Rechtsordnung das normative Anliegen, dem Individuum zu erlauben, sich selbst zu klassifizieren und sich nicht von Dritten klassifizieren zu lassen?“ Dann geht es nicht mehr darum, dass Klassifikation ein Mittel ist, sondern darum, dass ich durch eine bestimmte Konstruktion meines Selbst meine Identität definiere und mir nicht von anderen meine Identität vorschreiben lassen möchte. Ich glaube, diese Unterscheidung wäre hilfreich.

Josef Isensee: Die Prämisse aller Probleme, über die wir hier sprechen, ist in der mittelalterlichen Philosophie auf eine kurze Formel gebracht worden: Individuum est ineffabile. Das Wesen des Individuums lässt sich nicht erschöpfend auf Begriffe bringen. Definieren lässt sich nur die Gattung, der das Individuum angehört und die Gattung wird auf einzelne Merkmale abstellen. Das Individuum an sich entzieht sich. Es ist eine Fülle von Merkmalen. Jedes Individuum ist auf seine Art behindert und jedes Individuum ist auf seine Art begabt, geneigt oder abgeneigt und daraus ergeben sich die

Schwierigkeiten für die rechtliche Behandlung. Das Recht muss oft mit allgemeinen Begriffen arbeiten und das Gesetz als allgemeines Gesetz seine Legitimität behalten und verpflichtet zur Durchführung sind Institutionen. Und unter diesem Gesichtspunkt ist es natürlich schlechthin ein Ding der Unmöglichkeit, dass es eine Staatspflicht gibt, jede Behinderung zu kompensieren. Das kann auch keine Verfassung der Welt vorschreiben. Schon deswegen, weil die Notwendigkeit der allgemeinen begrifflichen Gesetze besteht und schon deswegen, weil der Vorbehalt des Möglichen besteht. Und deswegen ist, um eben doch schon vorzugreifen auf das Thema Schule, es nicht möglich, jedem individuellen Schüler Genüge zu tun, ja es muss geradezu auch eine Forderung der Allgemeinheit geben, die sich natürlich in unterschiedlicher Weise durchsetzt. Schon der Sportunterricht zeigt das, die körperliche Bewegungsfreiheit des Gelähmten ist ja nur ein relativ evidenter Fall. Es ist also im Grunde keine Erlösung aus dem Dilemma der Individualität möglich und die Grundspannung zwischen dem allgemeinen Recht und der vorgegebenen, zu respektierenden Individualität ist unauflösbar. Der Verfassungsstaat zeichnet sich dadurch aus, dass er diese Spannung und damit seine eigene Unvollkommenheit zugibt.

Markus Kotzur: Ich darf an die Frage nach den Prämissen anknüpfen, wie sie Herr *Mahlmann* formuliert. Herr *Augsberg* hat uns Vielfalt und Gleichheit als soziale Konstruktion, als soziale Konstrukte vorgeführt, und auch Frau *Wapler* arbeitet mit einem sozialen Konstrukt, dem Konstrukt der Zugehörigkeit, heruntergebrochen auf konkrete Inklusionsfragen. Der Fragen-Horizont, der sich damit eröffnet: Warum wählen wir diese sozialen Konstrukte? Eine denkbare Antwort könnte im Begriff der Anerkennung liegen und damit verbindet sich meine Frage. *Axel Honneth* hat jüngst ein vielbeachtetes Buch über diese sozialphilosophische Grundfrage vorgelegt. Er hat das vor demselben Hintergrund getan, vor dem auch wir diskutieren: Dass Menschen, die sich nicht anerkannt, sich sozial abgehängt fühlen, von den Anderen, vor allem von den Eliten nicht respektiert, zu Populismen, zu Radikalisierungen neigen. *Honneth* geht von dem Grundgedanken aus, dass Anerkennung als Bewusstsein reziproker Abhängigkeit die Grundbedingung jeder funktionierenden politischen Gemeinschaft ist. Meine Frage an Sie beide: Welche Rolle spielt Anerkennung für die sozialen Konstrukte, die Sie uns vorgestellt haben? Kann Anerkennung genutzt werden, um einen gleichen Anspruch jedes Individuums auf die Anerkennung der vielfältigen Lebensformen aller anderen Individuen zu formulieren?

Philipp Reimer: Mich interessiert ein Begriffspaar, das für beide Referate grundlegend ist. Bei Frau *Wapler* ist es etwas stärker ausbuchstabiert worden: und zwar neben der Gleichheit auch die Gleichbehandlung. Während

in den philosophischen und politischen Debatten die Gleichheit doch stark im Vordergrund zu stehen scheint, kommt die Gleichbehandlung immer recht technisch daher. Ich möchte aber anregen, diese Differenzierung doch fruchtbar zu machen und würde gerne ein, zwei Stichworte in den Raum stellen zu der unterschiedlichen Rolle, die diese Konzepte im juristischen Diskurs spielen können. Auf der einen Seite: Gleichbehandlung kann man ganz gut erfassen als Rechtsfolge von Gleichheitssätzen. Das ist das, was passieren soll, das ist das, was die verfassungsrechtlichen und auch die einfachgesetzlichen, etwa im AGG enthaltenen Gleichheitssätze vorschreiben. Unter bestimmten Voraussetzungen soll ein Staatsorgan, ein Privater gleich behandeln. Das andere Konzept, Gleichheit, würde ich gerne etwas differenziert sehen, wenn es in unseren Diskursen vorkommt. Ich versuche, vier Punkte ganz kurz zu skizzieren. Erstens: Gleichheit erscheint meines Erachtens nicht selbst als Rechtsfolge in Normen, weil sie selbst kein Verhalten ist, sondern ein Zustand. Zweitens: Gleichheit ist deswegen nicht Norminhalt, sondern politisches Ziel, das hinter gewissen Normen steht; Gleichheit dann im Sinne von „materiell gleich machen“. Das würde ich als Auftrag zu begünstigenden Ungleichbehandlungen sehen, das wäre für mich der Standort von Affirmative Action im weitesten Sinne. Drittens: „Anerkennungsgleichheit“ als politische Motivation. Als gleich ansehen, als gleich anerkennen, das scheint mir das zu sein, was als Regelungsidee, als verfassungstheoretische Ebene, hinter den Gleichbehandlungsgeboten, den eigentlichen Gleichheitssätzen, steht. Und das ist dann die vierte Dimension: Gleichheit als Tatbestandsmerkmal, nicht auf Rechtsfolgenebene, sondern als das, wofür ein positivrechtlicher Gleichheitssatz konkrete Gleichbehandlung vorschreibt. Und da stellen sich dann positivrechtlich Fragen, wie sie Herr *Augsberg* so spannend skizziert hat: ob man Tiere und Roboter einbezieht. Aber auch diesseits dessen stellen sich bei dieser Dimension immer noch Anwendungsschwierigkeiten, auch nach Jahrzehnten Grundgesetz: Ob etwa bei Art. 3 Abs. 1 GG eigentlich Menschen mit juristischen Personen des öffentlichen Rechts verglichen werden können, scheint mir in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts immer noch eine offene Frage.

Gregor Kirchhof: Meine Anmerkungen zum Referat von *Steffen Augsberg* beziehen sich auf den normativen Ausgangspunkt. Die allgemeine Gerechtigkeitsidee der Gleichheit hast Du ebenso erörtert wie die Formeln des Bundesverfassungsgerichts, die den grundgesetzlichen Maßstab konkretisieren. Rechtlich aber ist die dazwischenliegende Schicht viel wichtiger, die kaum erwähnt wurde. Die Landesverfassungen, internationale Rechtstexte und das Grundgesetz regeln nicht eine abstrakte Gleichheit, sondern die Gleichheit vor dem Gesetz. Der gleichheitsrechtliche Ausgangspunkt des

Gesetzes weist viele Vorzüge auf, die bereits erörtert wurden. Er rückt insbesondere den besonderen Saal, in dem wir tagen, in den Mittelpunkt. Zunächst beschließt das Parlament in seinem verfassungsgebundenen Entscheidungsraum über das Gesetz. Das Parlamentsgesetz gibt dem Gleichheitssatz Inhalt und Orientierung. Bildlich gesprochen geht es um die Augenbinde der Justitia bei der Gesetzgebung und der Gesetzesanwendung. *Kant* hat betont, dass vor einem Einzelfallgesetz Gleichheit nicht möglich ist. Das Gesetz muss verallgemeinern, damit rechtliche Gleichheit gelingt. Die rechtliche Verallgemeinerung folgt aus sich heraus einer Rationalität und bewirkt eine normative Zurückhaltung, die Vielfalt sichert. Das Parlamentsgesetz verbindet die behandelten Schichten. Die Formeln des Bundesverfassungsgerichts gewinnen im Gesetz den maßgeblichen Ausgangspunkt. Schließlich dient ein Gesetz in der gelungenen Verallgemeinerung der Gerechtigkeit.

Die Gleichheit vor dem Gesetz – das ist meine erste Anmerkung zum Referat von *Friederike Wapler* – entlarvt das wiedergegebene Zitat, Gleichheit sei ein formaler Maßstab ohne Inhalt, als zu pointiert. Das Gesetz spendet die notwendigen Vorgaben. Zweitens erlaube ich mir, in den nächsten Themenblock vorzugreifen. Zu unterscheiden ist, welche Ausgangsvoraussetzungen nur erwünscht und welche von Verfassungen wegen zu garantieren sind. Frau *Wapler*, Sie haben sodann ganz zu Recht betont, dass die Schule zentraler Ort der Bildung und Integration ist. Über die notwendige Gewichtung gegenüber dem Erziehungsrecht der Eltern haben Sie aber kaum gesprochen. In Art. 6 Abs. 2 GG heißt es: „Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht.“ Es besteht die Gefahr, den Bildungs- und Integrationsauftrag der Schulen gegen die Elternverantwortung auszuspielen. Herzlichen Dank.

Stefanie Schmahl: Ich danke für zwei erhellende Referate zu dem faktisch wie normativ komplexen Thema „Gleichheit angesichts von Vielfalt“, die mir beide gut gefallen haben. Dennoch hat es mich ein wenig erstaunt, dass in beiden Referaten der autochthone Minderheitenschutz in Deutschland, nämlich der Schutz der anerkannten ethnischen Minderheiten (Friesen, Dänen, Sorben, Sinti und Roma), nicht in den Blick genommen worden ist. Kann nicht der autochthone Minderheitenschutz als gewichtiges Ausgangs- oder Paradebeispiel für den Schutz von Diversität und Differenz angesehen werden? Etwa gerade im Verhältnis zu den tendenziell gegenläufigen Integrations- und Inklusionstheorien oder gar zu möglichen Assimilierungsvorstellungen oder -ansprüchen? Und woher rühren Ihrer Ansicht nach die Differenzierungen zwischen den sogenannten „Neuen Minderheiten“ (etwa Deutschen mit türkischem oder polnischem Migrationshintergrund), die

zu integrieren sind, auf der einen Seite und den anerkannten autochthonen Minderheiten, denen besondere Schutz- und Freiräume, ja auch rechtliche Privilegien zuerkannt werden, auf der anderen Seite? Das würde mich interessieren. Vielen Dank.

Robert Uerpmann-Witzack: Frau *Wapler*, Sie haben in Ihrem inspirierenden Vortrag darauf hingewiesen, dass wir ja bei Menschen mit Behinderungen mittlerweile von Inklusion sprechen, bei Migranten hingegen regelmäßig von Integration. Ich möchte doch auf die Brisanz dieser Unterscheidung hinweisen. Integration lässt sich so verstehen, dass Ungleiche in die Lage versetzt werden, in der Mehrheitsgesellschaft zu bestehen. Bei Inklusion hingegen geht es darum, auch die gesellschaftlichen Rahmenbedingungen so zu verändern, dass der oder die Ungleiche an ihr teilhaben kann. Wenn wir nun davon ausgehen, dass Zuwanderung auch die aufnehmende Gesellschaft bereichert und das klang ja, jedenfalls am Rande, bei Ihnen, Herr *Augsberg*, an, dann könnte sich der Versuch lohnen, jedenfalls als Gedankenexperiment, das Migrationsfolgenrecht inklusiv zu denken und nicht integrativ. Das hätte zum Beispiel im Zweifel Auswirkungen auf die Frage, ob denn nun der Islam zu Deutschland gehört oder nicht – nur um die Brisanz der Fragestellung zu zeigen.

Simon Kempny: Ich greife die zuletzt erwähnte Brisanz der Fragestellung mit drei einleitenden Fragen auf, die sich an eine Beobachtung anschließen: Diese Vereinigung ist hochgradig *exklusiv*. *Wollen* wir, *sollten* wir das ändern, sollten wir das ungewollt ändern *müssen*? – Nun aber zu den Referaten. Frau *Wapler* hat, meines Erachtens richtigerweise, ausgeführt – das ist These IV. 1 –, dass Gleichheitssätze uns vor die Aufgabe stellen, uns Vorverständnisse zu verdeutlichen und kritisch zu reflektieren. Sie spricht von blinden Flecken der Wahrnehmung. Insbesondere also wenn Ungleichheiten, Ungleichbehandlungen in der Gesellschaft sehr tief verwurzelt sind, dann neigen wir intuitiv dazu, von unvergleichbaren Dingen zu sprechen oder unvergleichbaren Lagen, die dann kraft herkömmlicher Dogmatik in einer Prüfung, beispielsweise des Art. 3 Abs. 1 GG, von vornherein nicht mehr rechtfertigungsbedürftig gestellt werden; sie werden ausgeschieden, bevor wir die Frage stellen. Und Frau *Waplers* Referat verstehe ich als Plädoyer – und das würde ich unterstreichen wollen –, dieses Tatbestandsmerkmal der wesentlichen Gleichheit oder auch Vergleichbarkeit zu verabschieden, wie das auch zunehmend in jüngerer Zeit gefordert wird. Dieses Tatbestandsmerkmal ist ein Scheinmerkmal; es verschleiert Rechtfertigungsbedarfe. Und es zu verabschieden ertüchtigt die Gleichheitssätze, ihrem rationalisierenden Anspruch gerecht zu werden. Was man nämlich unter diesem Stichwort „Vergleichbarkeit“ in Wirklichkeit untersucht,

so meine These, das sind *Gemeinsamkeiten*. Ich nenne zwei Dinge, zwei Menschen, was auch immer, „vergleichbar“, wenn sie hinreichend (was auch immer das im Einzelfall heißen mag) viele Gemeinsamkeiten aufweisen, aber Gemeinsamkeiten festzustellen ist meines Erachtens nicht erforderlich, nicht notwendig, um Ungleichbehandlungen zu identifizieren. Ungleichbehandlung kann ich feststellen, ohne dass ich Gemeinsamkeiten feststelle. Dass das hier ein Stift ist und ich ihn jetzt (gedacht) zerbreche und das hier ein Buch ist, das ich nicht zerbreche – das kann ich sagen, ohne dass ich sage, dass das hier beides Sachen im Sinne des § 90 BGB sind. Ich kann einfach sagen: Das wird zerbrochen, und das wird nicht zerbrochen; und das ist eine Ungleichbehandlung. Ich tue gegenüber dem einen Gegenstande etwas, was ich gegenüber dem anderen Gegenstande unterlasse. Das ist eine Ungleichbehandlung; und die muss sich dann, wenn ich Grundrechtsgebundener, Gleichheitssatzgebundener bin, eben rechtfertigen lassen. Und bei dieser Rechtfertigung, da können dann die Gemeinsamkeiten eine Rolle spielen. Sie können nämlich Gesichtspunkte dafür abgeben, dass eine Rechtfertigung vielleicht normativ ausgeschlossen sei. Je ähnlicher zwei Dinge, zwei Menschen sind, je mehr Gemeinsamkeiten sie aufweisen, desto weniger darf ich sie eben vielleicht nach dem konkreten positiven Gleichheitssatz ungleich behandeln. Vielen Dank.

Ute Sacksofsky: Vielen Dank. Dann kommen wir jetzt zu den demokratiebezogenen Fragen.

Peter Michael Huber: Ich hätte eine Bemerkung zu Herrn *Augsberg* und eine zu Frau *Wapler*. Herr *Augsberg*, ich habe Ihr Referat sehr interessiert verfolgt und es überwiegend als deskriptiv verstanden, bis auf den Schluss, wo Sie mit einer rechtspolitischen Kehrtwende bzw. einem „Spin“ gegen das Legitimationskettenkonzept und die Repräsentation der Gesamtheit der Bürger argumentiert und für eine Öffnung, ein Aufbrechen geworben haben. Sie haben ja selber festgestellt, dass das Recht die Gleichbehandlungssachverhalte definiert. Dann aber ist Ihr Schluss ein rechtspolitisches Plädoyer, und da frage ich mich, ob die Alternative wirklich so viel attraktiver ist? Diese Alternative besteht doch darin, die Fragmentierung der Gesellschaft institutionell abzubauen, kleinere Repräsentationseinheiten zu schaffen, die dann in einem deutlich schwierigeren Aushandlungsprozess möglicherweise zu ähnlichen oder auch schlechteren und konfliktträchtigeren Entscheidungen kommen können als dies unter den bisherigen Bedingungen der Fall ist. Ob damit wirklich viel gewonnen ist, bezweifle ich und frage mich, was außer einer rechtspolitischen, weltanschaulichen oder ideologischen Grundhaltung dafür spricht? Zu Frau *Wapler*: Sie haben mit Blick auf das Numerus Clausus-Urteil gesagt: Für was brauchen wir eigent-

lich die Freiheitsrechte? M.E. hat es einen guten Sinn, dass man etwa beim Numerus Clausus Art. 12 i.V.m. Art. 3 GG identifiziert, weil die Ungleichbehandlung vielleicht verfassungsrechtlich etwas anstößiger ist, wenn eine Ungleichbehandlung zugleich eine Freiheitseinschränkung darstellt und sich praktisch dann auch der Kontrollmaßstab solcher Differenzierungen unterscheidet. Zudem kann eine freiheitsrechtliche Aufhängung dazu beitragen, das zu verteilende Substrat zu optimieren statt seine Zurverfügungstellung allein der politischen Entscheidung zu überlassen. Vielen Dank.

Hans Michael Heinig: Ich habe die Bitte an *Steffen Augsberg*, in zwei Hinsichten seinen Vortrag noch einmal politisch-gesellschaftlich zu kontextualisieren. Erste Hinsicht: Gestern war in den Medien die Forderung zu lesen, dass wir zukünftig einen Tag der Vielfalt statt einen Tag der Einheit feiern. Das führt mich zu der Frage nach den Möglichkeiten politischer Einheitsbildung. *Friederike Wapler* hat in ihrem Beitrag ja auf die basale staatsbürgerliche Gleichheit verwiesen, bei Herrn *Augsberg* ist mir noch unklar, worauf sein Ansatz hinausläuft, wenn man ein einheitsorientiertes Legitimationsmodell verabschiedet. Wie ist in seinem Modell die Herstellung politischer Einheit noch denkbar? Zweiter Aspekt: Rechtspopulismus ist in vielen gesellschaftlichen Debatten der Zeit sowas wie der Elefant im Raum. Wir sollten die Herausforderung hier explizit benennen: Wie lassen sich Vielfaltsaversionen in den Analysen von Gleichheit und Vielfalt „verfalten“, um diese Diktion aufzunehmen? Wie geht man mit rechtspopulistischen Homogenitätsforderungen um? Sind die Teil der Vielfalt oder sind sie zurückzuweisen? Werden hier Grenzen der „Differenz-Differenz“ erreicht und wie begründen sich dann diese Grenzen?

Oliver Lepsius: Mich würde interessieren, wie sich die interessanten Beobachtungen unserer Referenten auf die Repräsentation auswirken. Herr *Augsberg* hat sowohl die Identität als auch die Differenz hervorgehoben. Identität ist kaum repräsentierbar. Frau *Wapler* hat die Partizipation stark gemacht und damit natürlich auch eine Handlungsform bevorzugt, die nicht repräsentativ ausgerichtet ist. Führt die Formulierung des Themas „Gleichheit und Vielheit“ uns also an die Grenzen der Repräsentation? Haben wir ein Repräsentationsproblem? Oder ist die Repräsentation vielleicht die Antwort auf manche der Differenzierungs- und Vielfaltsprobleme? Danke.

Frank Schorkopf: Herr *Augsberg* hat in seiner These 18 auf die postidentitäre und stärker differenzorientierte Sichtweise der Demokratietheorie hingewiesen und damit Gedanken der Legitimationskette wie auch des Volkswillens kontrastiert im Hinblick auf soziale Konstruiertheit. Ich frage mich, ob wir – das klang auch in einem anderen Referat an – eine soziale Konst-

ruktion möglicherweise durch eine andere ersetzen. Zunächst einmal denke ich, dass These 18, so war meine Erwartung, eher der Beginn weiterer Ausführungen zu Verfassungstheorie und Verfassungsrecht von Gleichheit und Vielfalt hätte sein sollen. Ich will das hier kurz um einen Aspekt erweitern, denn die Debatte darüber wird sicherlich weitergehen. Wenn wir postidentitäre Ansätze haben, dann bedeutet das, dass unser momentanes Standardmodell als identitär gesehen wird. Aber ist der Volkswille nicht auch nur eine Konstruktion? Wir gehen in der modernen Demokratie zur Wahl und dies knüpft an den Status, den Status des Bürgers an. Dann haben wir noch eine Exklusion durch das Wahlalter, was auch angesprochen worden ist. Aber ist eine Koalition im Bund aus SPD, CDU und CSU und deren Akkumulation der Stimmen wirklich eine Emanation des Volkswillens? Wir konstruieren den Volkswillen so und es ist völlig klar, dass hinter dieser Figur kein homogener einheitlicher Wille steht und dass es daneben noch viele andere Willen gibt. Wir haben eine Stimmenmehrheit konstruiert. Was ist daran identitär? Wir haben, wenn ich das so nennen darf, eine Interessendemokratie. Das ist eine große Errungenschaft. Und in einer Interessendemokratie, die an Status anknüpft, kann der Wähler beim nächsten Mal anders wählen. Wir haben gerade keine identitäre Demokratie; insofern ist es völlig fehlgeleitet, wenn eine angeblich jüngere und damit moderne Demokratietheorie sich postidentitär nennt. Es ist eine neoidentitäre Demokratietheorie, die den Identitätsbegriff – der nur die Kehrseite des Diversitätsbegriffs ist – in den Mittelpunkt stellt. Wie wir gerade von Herrn *Huber* hörten, daran will ich anknüpfen, kommen wir bei einem Demokratiemodell, das an Gruppen anknüpft und deshalb eine Form von Organisation dieser identitären Merkmale braucht, zu einer Gruppendemokratie. In dieser muss der Einzelne, der Bürger, zugeordnet werden – und wehe, er lässt sich nicht zuordnen. Ersetzen wir nicht an dieser Stelle unser sicherlich immer verbesserungsbedürftiges Modell der Interessendemokratie, mit der wir aber in dieser modernen Form bei allen Nachteilen bislang ganz gut gefahren sind, durch das stahlharte Gehäuse einer neotribalen Gesellschaft?

Ute Sacksofsky: Wir kommen jetzt zu zwei Anmerkungen zum Thema Algorithmen und künstliche Intelligenz.

Antje von Ungern-Sternberg: Ich habe zwei Anmerkungen zu dem Vortrag von *Steffen Augsberg*. Zunächst einmal stimme ich natürlich der Aussage zu, dass die allgegenwärtigen Algorithmen vielfältige Diskriminierungspotenziale aufweisen. Algorithmen entscheiden darüber, welcher Bewerber zum Vorstellungsgespräch eingeladen wird, wie Arbeitnehmer bewertet werden, wer Kredite zu welchen Konditionen bekommt und auch welche Posts bei Facebook gelöscht werden, weil sie gegen irgendwelche

Richtlinien verstoßen, und welche nicht. Das Wichtige ist, das hast Du auch ausgeführt: Diese Algorithmen wirken, etwa in der Plattformwirtschaft unserer digitalisierten Welt, häufig in privaten Räumen, weswegen man nur schwer mit den Grundrechten, wie der Gleichheit, an sie herankommt. Und zweitens kommt noch hinzu, dass diese Algorithmen nicht einsehbar sind, denn es sind Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse. Und selbst wenn sie einsehbar wären, sind sie häufig sehr schwer technisch nachzuvollziehen, das hat Herr *Engel* schon ausgeführt. Hier stellt sich mir die Frage: Wie gehen wir damit um? Ist das Recht auf diese Situation adäquat vorbereitet? Gibt die Datenschutzgrundverordnung eine Handhabe? Gibt es vielleicht die Möglichkeit, die spezifischen Diskriminierungsverbote, die wir haben, so auszulegen, dass sie diese Formen der Diskriminierung erfassen? Denn bei Anwendung künstlicher Intelligenz werden ja Stereotype, die in der Gesellschaft vorhanden sind und gepflegt werden, auch durch die Maschine verstärkt. Wenn man Berufsangebote googelt, werden beispielsweise weiblichen Internetnutzern andere Treffer angezeigt als männlichen. Sie können einmal raten, welche Treffer die attraktiveren und lukrativeren sind. Stereotype werden also fortgeführt. Die Frage lautet nun: Wenn die künstliche Intelligenz bestimmte Muster erkannt hat, reicht das als Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung? Oder, und das knüpft an *Jan Schröder* an, brauchen wir eine Fortentwicklung der Dogmatik zur mittelbaren Drittwirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes im Rahmen dieser privaten Verhältnisse? Das Bundesverfassungsgericht hat ja neulich in der Hooligan-Entscheidung den Weg gewiesen; und die unteren Zivilgerichte sind derzeit damit beschäftigt, diese Vorgaben auf Google und Facebook anzuwenden. Zweiter Punkt: Widersprechen möchte ich der These, dass wir jetzt Gleichheitsrechte für Roboter prüfen müssen. Ich glaube, da muss man Gleichheit von anderen Rechtspositionen unterscheiden. Es geht nicht um Gleichheit, sondern um Fragen wie Rechtssubjektivität, Verfahrensrechte oder den Schutz von Vermögenspositionen, die Robotern zugeordnet werden: Das ist keine Frage der Gleichheit, sondern speziellerer Freiheitsrechte. Vielen Dank.

Gerrit Hornung: Ich schließe mich zunächst dem Dank an die beiden Referate an. Ich habe auch eine Anmerkung zur These 15 von *Steffen Augsburg*, die an den zweiten Punkt eben anschließt. Ich stimme Dir sehr zu, dass wir ein dringendes Bedürfnis haben, über die Rechtsfragen künstlicher Intelligenz nachzudenken. Ich bin nur zweifelnd, ob der Gleichheitssatz dafür der richtige normative Ansatzpunkt ist. Gerade wenn Deine These richtig ist, dass Gemeinsamkeiten und Unterschiede zumindest auch konstruiert werden, würde ich doch davor warnen, dass – zum Beispiel in diesem Raum – Gemeinsamkeiten konstruiert werden, für die die technologische Entwicklung bisher zu wenig Anlass gibt. Ich möchte das an zwei

Punkten verdeutlichen. Zum einen glaube ich, dass wir in der Praxis weniger als vollständig künstlich zu verstehende technische Intelligenz sehen, sondern eher hybride Konstrukte, in denen sich menschliche und technische Intelligenz gegenseitig befruchtet, in denen changierende Bezüge zwischen menschlicher und künstlicher Intelligenz bestehen, die sich vielleicht gegenseitig ergänzen und stärken, aber vielleicht auch gegenseitig hemmen können. In diesen, um ein Wort von *Tim Berners-Lee* aufzugreifen, „social machines“ scheinen mir die eigentlichen Herausforderungen nicht nur für die rechtswissenschaftliche Analyse zu liegen. Und für diese Hybridität dürften dann weder der Gleichheitssatz noch das eben vorgeschlagene Konzept der Rechtssubjektivität der richtige Ansatzpunkt zu sein. Zweitens glaube ich, dass das, was wir an künstlicher Intelligenz im Moment in technischer Hinsicht sehen oder teilweise schon erleben, weniger ein Problem von Intelligenz oder von Personalität ist, sondern ein Problem von Intransparenz. Die Systeme verhalten sich deterministisch-chaotisch, nur eben in so komplexer Weise, dass auch ihre Schöpfer zumindest nicht mehr vollständig vorhersagen können, was genau sie denn eigentlich tun werden. Jetzt kann man natürlich sagen, dass dasselbe auch auf Menschen zutrifft. Menschen verhalten sich ebenfalls deterministisch-chaotisch und zwar in einer Weise, dass weder ihr Schöpfer noch sonst irgendjemand exakt vorhersehen kann, wie sie sich verhalten werden. Mir scheinen aber die Unterschiede dann doch so groß zu sein, dass ich jedenfalls nachdrücklich dafür werben möchte, das „gegebenenfalls“ in Deiner These 15 zu streichen und künstlicher Intelligenz zumindest keine unmodifizierte Rechtssubjektivität zuzuerkennen. Vielen Dank.

Ute Sacksofsky: Zum Bereich Schule und Eltern-Kind-Verhältnis die letzten drei Rednerinnen und Redner.

Frauke Brosius-Gersdorf: Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Liebe *Friederike*, Du bist im letzten Teil Deines Referates auf den schulischen Integrationsauftrag des Staates aus Art. 7 GG eingegangen und hast ihn konkretisiert im Lichte der Grundrechte der Kinder und Jugendlichen. Damit hast Du aus meiner Sicht ganz grundsätzlich das Verhältnis von Freiheit und Gleichheit angesprochen. Ich würde zunächst ergänzen wollen: Natürlich steht im Zentrum des Schulauftrages des Staates, des Art. 7 Abs. 1 GG, der Integrationsauftrag; aber nicht nur, sondern es geht auch und gerade um die Aufgabe des Staates, durch Vermittlung von Bildung und Erziehung die notwendigen Voraussetzungen für Kinder und Jugendliche zu schaffen, damit sie später gleichberechtigt an den Ausbildungsmöglichkeiten sowie an Studium und Beruf partizipieren können. Wenn das so ist, wenn das maßgeblich im Zentrum des Art. 7 Abs. 1 GG steht, geht dann

nicht die Aufgabe des Staates ein Stück weiter im schulischen Bereich, als Du sie beschrieben hast? Du hast es im Wesentlichen so beschrieben, ich verkürze, dass es darum gehe, Kindern und Jugendlichen gleichrangige Möglichkeiten für die Zukunft vorzustellen. Ich meine jedoch, dass wir es hier mit einem Bereich zu haben, in dem der Staat ganz grundsätzlich und auch außerhalb des Bereichs der Inklusion verpflichtet ist, ein Stück weit für faktische Gleichheit als Vorbedingung für Freiheit zu sorgen. Warum? Weil wir alle wissen, dass die Möglichkeiten von Kindern und Jugendlichen, an Bildung und Erziehung zu partizipieren, nicht gleich sind, sondern sehr stark abhängen von den sozialen Verhältnissen, aus denen das Kind kommt. Deshalb muss der Staat erst einmal durch ungleiche Förderung für faktische Gleichheit, für faktisch gleiche Ausgangsbedingungen, sorgen, damit überhaupt eine gleichberechtigte Partizipation an Bildung und Erziehung und damit an Freiheit möglich ist. Die interessante Frage ist, und dazu würde mich Deine Einschätzung interessieren: Was ist der dogmatische Grund dafür, dass der Staat zur Schaffung eines Stückes Gleichheit als Vorbedingung für Freiheit verpflichtet ist? Es ist sicher nicht das Sozialstaatsprinzip. Ich würde auch beipflichten, dass es nicht die Gleichheitsgrundrechte sind, jedenfalls nicht der allgemeine Gleichheitssatz mit seinem Versprechen der Gleichheit nur vor dem Gesetz. Aber ich denke, es sind die Freiheitsgrundrechte, die als Vorbedingung eben die Schaffung gleicher Ausgangsbedingungen dort voraussetzen, wo der Einzelne nicht aus eigener Kraft in der Lage ist, Freiheit in Anspruch zu nehmen. Wir verkürzen die Freiheitsgrundrechte, wenn wir sagen, sie beinhalten das Versprechen, dass jeder Freiheit nach seinen Möglichkeiten in Anspruch nehmen kann. Müssen wir hier nicht, übertragen auf den schulischen Bereich, stärker die allgemeine Schutzpflichtenlehre in Situationen gestörter Vertragsparität fruchtbar machen (Art. 12 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG)? Der Staat ist in Situationen struktureller Disparität verpflichtet, für ein Stück faktischer Gleichheit als Vorbedingung für Freiheit zu sorgen, wenn der Einzelne aus eigener Kraft nicht in der Lage ist, seine Freiheitsrechte in Anspruch zu nehmen. Wenn wir das auf den schulischen Bereich übertragen, müssen wir auch hier sagen, der Staat muss ein Stück faktischer Gleichheit als Vorbedingung für Freiheit schaffen. Vielen Dank.

Markus Winkler: *Friederike Wapler* hat nicht nur das Feld Schule angesprochen, sondern ganz speziell auch Art. 24 der UN-Behindertenrechtskonvention, daher richtet sich meine Frage vor allem an Dich, *Friederike*, aber ich wäre auch froh über eine Antwort von Herrn *Augsberg*. Ich habe am Ende auch noch ein zweites Beispiel. Die Frage, abstrakt formuliert, lautet: Inwieweit können eigentlich pragmatische Gesichtspunkte, jetzt nicht in einem philosophischen Sinn, sondern in einem ganz trivialen

Sinn, Gesichtspunkte wie Eilbedürftigkeit, die Bewältigung von Massenphänomenen oder Ressourcenknappheit eine vorläufige oder eine vergrößernde Konstruktion von Gleichheiten oder Ungleichheiten legitimieren? Ist es Sache der Wissenschaft – das ist gerade schon bei *Gregor Kirchhof* angekommen – oder ist es Sache des Gesetzgebers, solche Konstruktionen herzustellen? Ist es womöglich sogar die Sache von unpersönlichen Algorithmen, die *Antje von Ungern-Sternberg* angesprochen hat? Das kann es wahrscheinlich nicht sein. Wenn es der Gesetzgeber ist, wer ist denn dann der Gesetzgeber? Ist das der Grundgesetz-, ist es der einfache Bundesgesetzgeber, ist es der Landesgesetzgeber oder ist es möglicherweise auch der internationale Gesetzgeber im Fall von Konventionen wie der Behindertenrechtskonvention, und was kommt dann letztlich dabei heraus? Zwei Beispiele, wie gesagt: Genannt wurde bereits die schulische Inklusion. Inwieweit gibt es einen Ressourcenvorbehalt, das ist umstritten hinsichtlich der Behindertenrechtskonvention, für die Ermöglichung der inklusiven Beschulung von Kindern mit Behinderung? Praktisch heißt das ganz konkret: Müssen die Schulträger jede einzelne allgemeine Schule behindertengerecht ausgestalten, und zwar für jeden Förderschwerpunkt, ob das jetzt Sinnesbeeinträchtigungen sind, emotionale und soziale Behinderungen oder was auch immer? Die Schulträger stehen durchaus auf dem Standpunkt, dass man da typisieren und die Ausstattung konzentrieren kann auf einzelne Schulen, so dass für bestimmte Schülerinnen und Schüler dann allerdings die Schulwege etwas weiter werden. Das zweite Beispiel, nur ganz kurz, ist mir eingefallen aus dem Bereich des Polizeirechts: Adressatenauswahl. Ist es etwa bei Kontrollen in Zügen möglich, nach äußeren Merkmalen wie der Pigmentierung der Haut zu unterscheiden? Also das böse Stichwort: Racial Profiling. Danke.

Andreas Kley: Eine kurze Frage an Frau *Wapler*. Sie haben in der These VI. 2 das Verhältnis Eltern-Kind im Bereich der Bildung angesprochen. Da ist es ja so, dass die Entwicklung in der heutigen Zeit dahin geht, dass die Abgrenzung der Freiheitssphären eine zentrale Staatsaufgabe geworden ist. Wir haben uns deswegen meilenweit von der aufklärerischen Freiheitsauffassung entfernt. Sie haben die These aufgestellt, der ich zustimmen würde, dass die freie Entfaltung der Kinder nicht durch den Erwartungshorizont der Eltern beeinträchtigt werden darf. Jetzt ist das unter dem Kapitel der Schule aufgeführt und ich erlaube mir die vielleicht etwas sehr praktische und unwissenschaftliche Frage: Wie kann man diese Abgrenzung vornehmen, dass die Eltern eben die Entwicklung der Kinder nicht beeinträchtigen werden? Und ich erhoffe mir natürlich eine Antwort, die diese Aufgabe nicht ausschließlich der Schule zuweist.

Friederike Wapler: Vielen Dank für diese Vielzahl an Rückmeldungen, die eine Fülle an grundlegenden Fragen aufwerfen. Es sind auch einige philosophische Großbegriffe angesprochen worden, die wir in unseren Referaten gar nicht erwähnt haben, die aber zweifellos im Hintergrund mitschwingen. Ich muss mich schon jetzt dafür entschuldigen, dass ich nur einzelne Aspekte herausgreifen kann. Falls jemand von Ihnen das Gefühl hat, ich sei auf seinen Wortbeitrag nicht hinreichend eingegangen, stehe ich natürlich in allen folgenden Pausen für die weitere Diskussion zur Verfügung.

Ich denke, in meinem Vortrag ist es bereits deutlich geworden, möchte es aber angesichts der Diskussion noch einmal betonen: Wir brauchen das autonome Subjekt als Grundlage für die Annahme der basalen Statusgleichheit. Das ist, auch das hatte ich erwähnt, letzten Endes eine normative Setzung, aber ich halte diese Grundannahme für außerordentlich wichtig und in diesen Zeiten auch für unbedingt verteidigungswert. Das Subjekt ist zweifellos in der Wirklichkeit mit anderen relational verbunden und steht in Abhängigkeitsbeziehungen. Andererseits aber ist es ein Individuum, das sich in aller Regel als frei begreift und als frei geachtet werden möchte. Wir haben darum immer eine Spannung zwischen der relationalen Verbundenheit und der Freiheit der Individuen. Auf der einen Seite müssen wir fragen – und als Individuen für uns auch entscheiden –, was uns mit anderen verbindet und wie viel dieser Verbundenheit wir brauchen oder anstreben. Auf der anderen Seite aber kann ein Mensch auch sagen: Ich mache das alles nicht mit, ich nehme meine Freiheit in Anspruch, breche aus dem aus, was mich bisher geprägt hat, und mache in Zukunft alles ganz anders. Diese Spannung lässt sich nicht abstrakt auflösen, sondern man kann nur versuchen, beiden Aspekten theoretisch und praktisch gerecht zu werden.

Zum Begriff des Subjekts gehört auch die Frage nach der Anerkennung. Gerade die Inklusionsdebatte wird in der Philosophie häufig anerkenntnistheoretisch grundiert. Aus meiner Sicht müssen wir dabei zwei Ebenen auseinander halten: Bei *Honneth* etwa ist die wechselseitige Anerkennung identitätsstiftend: Das Individuum kann sich überhaupt nur durch die Anerkennung der anderen als Subjekt konstituieren. Das halte ich für problematisch. Anerkennung ist sicherlich etwas, das Individuen auf einer zweiten Ebene brauchen können, um ein gutes Leben zu führen. Die meisten Menschen profitieren von Anerkennung im Sinne praktischer Achtung und Wertschätzung. Anerkennung zu erfahren, ist also ein Lebensumstand, den die meisten Individuen anstreben dürften, den sie aber auch gegen andere Belange abwägen können. Darum halte ich es für falsch, und da folge ich *Honneth* ausdrücklich nicht, die wechselseitige Anerkennung als notwendige Bedingung der Subjekthaftigkeit überhaupt zu konstruieren. Im Gegenteil scheint es mir wichtig, das Subjekt als jemanden zu begreifen, der oder die zunächst einmal frei steht und sich durchaus auch dafür ent-

scheiden kann, auf die Anerkennung durch andere zu verzichten. Oder um es noch weiter zuzuspitzen: Ein Mensch kann keinerlei Anerkennung durch andere erfahren und sich dennoch als ein Subjekt begreifen und eine Identität haben.

Das führt mich zu den Fragen nach Repräsentation und Identität: Repräsentation ist auch ein sehr schwieriger Begriff, bei dem wir klären müssten, wer oder was auf welche Weise durch wen oder was repräsentiert wird. Um es einmal auf die demokratische Repräsentation zu verkürzen: In einer demokratischen Gesellschaft können letzten Endes nur Interessen oder Belange repräsentiert werden, nicht aber Identitäten im Sinne einer umfassend mit sich selbst übereinstimmenden Individualität. In dem Vorgang der Repräsentation geht immer etwas verloren. Das heißt konkret: Zweifellos hat jede Person den Anspruch darauf, in ihrer Identität geachtet zu werden. Repräsentation ist aber etwas anderes. In einem konkreten Konflikt und einer konkreten Verhandlungssituation kommt es entscheidend darauf an, welche Interessen eine Person in dieser spezifischen Konfliktsituation geltend macht. Wir können darum in der demokratischen Auseinandersetzung nur über Interessen sprechen, die einander gegenüberstehen, und wir können dann für alle Individuen das Recht einfordern, ihre Interessen gleichberechtigt und gleichwertig in die Diskussion einzubringen. Ich halte den Begriff des Interesses auch deswegen für sinnvoller, als die Demokratie als Kampffeld von Identitäten darzustellen, weil wir über den Interessenbegriff auch aus dem Denken in starren Kategorien ein Stück weit entkommen können. Dann geht es nämlich in konkreten Konflikten nicht immer gleich um Identitäten und Gruppenzugehörigkeiten mit den entsprechenden Frontstellungen und Verhärtungen, sondern um den Ausgleich zwischen widerstreitenden Belangen. Das halte ich für eine wichtige demokratietheoretische Grundüberlegung, mit der wir auch die interne Diversität sozialer Gruppen differenzierter erfassen können.

Nun zu den Fragen im Zusammenhang mit Bildung, Inklusion und Integration. Mir wurde hier die Gretchenfrage gestellt: Wie hältst du es mit dem Elternrecht? Ich will das hier in der gebotenen Kürze einmal so umreißen: In der gegenwärtigen Diskussion wird Eltern, die mit der Schule als solcher oder mit einzelnen Unterrichtsinhalten nicht einverstanden sind, mit einer sehr groben Keule gedroht: Es liege nun einmal im Interesse der Allgemeinheit, Parallelgesellschaften zu vermeiden. Das ist ein äußerst abstraktes Argument, und es reicht aus meiner Sicht nicht aus, um die Rechte von Eltern und Kindern derart weitreichend zu beschneiden. Mein Anliegen ist zu fragen: Was bedeutet es konkret, wenn wir sagen, dass Schule integrieren soll? Wie können wir diesen Anspruch rückbinden an die Person, die integriert werden soll, nämlich den Schüler oder die Schülerin? Was hat das Anliegen der Integration mit dessen Interessen und Rechten zu tun?

Wenn ich die Aufgabe der Integration mit der Frage verbinde, welches Interesse die betroffenen Kinder daran haben, dann minimiere ich letztlich den Zugriff des Staates. Denn dann muss ich auch schauen, wie viel Integration die Familie leistet, das soziale Umfeld, allgemein die privaten sozialen Beziehungen, und welchen Beitrag Schule darüber hinaus leisten kann und muss. Insofern sehe ich keine Gefahr, mit meinem Ansatz das Elternrecht zu schmälern. Mir geht es eher darum, die relationalen Aspekte von Kindheit zu betonen, das Aufgehobensein in einer Familie und anderen privaten, sozialen Gemeinschaften. Ich halte wenig davon, die diffuse „Parallelgesellschaft“ als Drohkulisse aufzubauen, sondern möchte lieber danach fragen, welche Integrationsangebote Kinder und Jugendliche wirklich benötigen, um ihren eigenen Weg ins Leben zu finden.

Das leitet über zum nächsten Punkt: Schule kann nicht alle Benachteiligungen und Beeinträchtigungen kompensieren. Allgemein kann der Sozialstaat nicht alles ausgleichen, und diesen Anspruch sollte er auch gar nicht vor sich hertragen. Wir brauchen im Gegenteil genau die gesellschaftliche Diskussion darüber, welche Arten und welches Ausmaß an Kompensation der Staat leisten kann und soll. Diese Debatte sollten wir stärker zurückführen auf die Frage nach dem, was für eine menschenwürdige und selbstbestimmte Lebensgestaltung notwendig ist, also nach den Ermöglichungsbedingungen von Freiheit. Darum bin ich auch nicht dagegen, Gleichheitsrechte und Freiheitsrechte zusammen zu denken. Im Gegenteil müssen wir fragen, wie viel Gleichheit für ein Leben in Freiheit notwendig ist. Verfassungsdogmatisch müssen wir hier aber genauer hinsehen, wo eine solche Verbindung sinnvoll ist und wo wir den Gehalt von Freiheits- und Gleichheitsrechten weiterhin unterscheiden müssen.

Zum Schluss noch ganz kurz zu der Frage, was eigentlich der Auftrag der Schule ist. Ich habe das in meinem Vortrag verkürzt auf die aktuellen Debatten um Inklusion und Integration, auch weil es mir wichtig erschien, diese Begriffe aus verfassungsrechtlicher Sicht einmal genauer zu betrachten. Natürlich ist es auch ein wesentlicher Integrationsfaktor, gesellschaftliche Teilhabe zu erleben. Insofern beziehe ich meine Überlegungen zur Teilhabe gerade nicht allein auf Menschen mit Behinderungen. Allgemein gesprochen, halte ich es für den wesentlichen, den zentralen Auftrag von Schule, Freiheit zu ermöglichen, und eine wichtige Voraussetzung dafür ist, den Schülerinnen und Schülern reale Lebenschancen zu eröffnen. Das ist aber keine neue Überlegung: Die allgemeine Schulpflicht wurde schon immer auch mit der Aufgabe gerechtfertigt, Chancengleichheit herzustellen. Zum Punkt „Ressourcenknappheit“: Güterverteilung unter Knappheitsbedingungen ist Aufgabe des Gesetzgebers, und wenn er das nicht gut macht, muss man in die Diskussion gehen. Letzte Bemerkung: Die Schule ist selbstverständlich nicht der einzige Ort, der eine Sozialisation in die

Gesellschaft hinein möglich macht. Viel leisten hier schon die Familien und das erweiterte private Umfeld, und dann gibt es ja auch noch die Jugendhilfe. Ich hatte kurz die Frage nach einer freiheitsermöglichenden sozialen Infrastruktur angesprochen: Kinder und Jugendliche brauchen gesellschaftliche Freiräume, in denen sie sich außerhalb der Familie und auch außerhalb von staatlichen Institutionen begegnen können. Auch das gehört zur Sozialisation in der Gesellschaft. Damit bin ich am Ende meiner Zeit und bedanke mich nochmal ganz herzlich für die vielen interessanten und inspirierenden Fragen und Anmerkungen.

Steffen Augsberg: Ich beginne am Ende und fange an mit den Anmerkungen von *Gerrit Hornung* und *Antje von Ungern-Sternberg* zur künstlichen Intelligenz. Da würde ich im Wesentlichen Zustimmung signalisieren. Man kann sich darüber streiten, ob das Gleichheitsgrundrecht die primäre Assoziation ist, die man hier hätte. Da sind vielleicht die Idee des Personenstatus und die Fragen, die im Zivilrecht unter dem Schlagwort E-Person abgehandelt werden, näherliegend. Aber erstens war es nun das Thema des Vortrags, und zweitens wollte ich darauf aufmerksam machen, dass diese Expansionstendenz, das, was ich „die Speziesbarriere durchbrechen“ nenne, bereits existiert. Es gibt entsprechende Diskussionen. Ich glaube, dass die Debatten um künstliche Intelligenz davon profitierten, wenn sie das, was im Tierrechtsbereich erörtert wird, miteinbezögen – selbst wenn man in der Sache zu anderen Ergebnissen gelangt. Und die modifizierte Rechtssubjektivität würde ich auch sofort zugestehen, wenn man berücksichtigt, dass Rechtssubjektivität ohnehin nicht ein festes Gefüge ist, sondern wir mit juristischen Personen, ja mit dem Staat, Rechtssubjektivität verbinden und uns klar ist, dass das etwas ganz anderes ist, als das, was wir mit dem Menschen als autonomes Subjekt in den Mittelpunkt unseres Denkens stellen. Also insofern zunächst einmal Zustimmung und vielen Dank für die weiteren Anregungen. Ich glaube auch, dass die Hybridität spannend ist. Mich interessiert dabei vor allem die sog. Emulated Intelligence. Das ist wirklich etwas Neues und hochgradig Problematisches, und die rechtlichen Reaktionsmöglichkeiten sind schwierig. Wichtig ist aber, dass die StVO nicht ernsthaft der Weisheit letzter Schluss sein kann in diesem Kontext, ganz im Gegenteil. Wir müssen im Bereich der Digitalisierung allgemein stärker darauf achten, dass die Ergebnisse, die Steuerungseffekte, kontrolliert werden.

Zweiter Punkt: die Demokratie. Herr *Huber*, da haben Sie mich, glaube ich, grundlegend missverstanden, wenn Sie von einer rechtspolitischen Forderung ausgehen. Mir geht es nicht um eine rechtspolitische Forderung, sondern um eine Reflexion darüber, ob wir uns innerhalb der Verfassungsrechtswissenschaft nicht auch mit anderen Theorieangeboten auseinander-

setzen sollten. Das mag meine singuläre Perspektive sein, aber ich habe den Eindruck, dass wir das noch nicht ausreichend tun. Ich meine auch, dass wir durchaus etwas gewinnen könnten, wenn wir dies täten, und so ein bisschen zeigt das vielleicht auch die heutige Diskussion. Denn die angeführten Beispiele dieser postidentitären Demokratietheorie können gerade nicht dem zugeordnet werden, was Herr *Schorkopf* als Neotribalismus bezeichnet hat. Sie beschäftigen sich nicht mit einer gewissermaßen neoständestaatlichen Perspektive, kleinen Gruppen, die jetzt repräsentiert werden müssen. Das ist auch nicht mein Ansatz, das halte ich nicht für richtig. Ich glaube im Gegenteil, dass wir überlegen müssen, ob nicht die gängige Konstruktion oder Fiktion – wie das ja bei *Kelsen* schon heißt – des Volkswillens eine spezifische Identitätskonzeption voraussetzt, die hinterfragt werden muss. Dann geht es eben nicht mehr darum, dass wir etwas als Ganzes konstruieren, das repräsentiert und irgendwie rückgebunden wird, sondern es geht um alternative Vorstellungen. Der leere Ort der Macht spielt dann eine Rolle; die Demokratie als permanente Revolution spielt eine Rolle. Natürlich kann man diese demokratietheoretischen Ansätze als problematisch, zu unkonkret und nicht hinreichend dogmatisch anschlussfähig kritisieren. Aber dafür muss man sich doch erst einmal mit ihnen auseinandersetzen. Mein Eindruck ist, dass das tatsächlich noch ausgebaut werden kann.

Zu *Hans Michael Heinig*, vielleicht ganz kurz zu den rechtspopulistischen Forderungen: Ja, im Grundsatz würde ich sagen, das ist erst einmal die Bandbreite. Natürlich gibt es Grenzen dessen, was man akzeptiert, aber die bloße Titulierung als rechts- oder linkspopulistisch genügt nicht, um etwas hors de la loi zu stellen und zu sagen, damit kann man sich eigentlich nicht mehr auseinandersetzen. In gewisser Weise – und das schließt an Frau *Schmahl* an – entspricht es doch dem Selbstverständnis dieser Gruppierungen, dass sie ein spezifisches Schutzbedürfnis der autochthonen Mehrheitsbevölkerung annehmen. Das mag man richtig finden oder nicht, aber es ist jedenfalls für sich gesehen nichts, was man für prinzipiell indiskutabel halten sollte. Ganz im Gegenteil, das muss man aushalten und tatsächlich thematisieren.

Und damit komme ich zu den grundlegenden Fragen, wie wir mit Gleichheit umgehen. Herr *Mahlmann* hat zu Recht die Frage gestellt, woher die Fixierung auf das autonome Subjekt stammt und ob sie hintergebar ist. Ich verbinde das mit *Markus Kotzurs* Anmerkung zur Anerkennung. Mir ist die grundlegende Vorstellung wichtig, dass wir uns als Gleiche, und das hatte ich ja zitiert, wechselseitig anerkennen. Das ist eine Idee, die tatsächlich in der Gemeinschaft drinsteckt. Das würde ich auch Herrn *Kirchhof* entgegen, der meint, Gleichheit sei nicht das Ziel. Ich glaube, dass in dieser Reziprozitätsthese eine grundsätzliche Subjektivitätsannahme

mitenthaltend ist. Aber selbstverständlich ist das ein Stück weit eine, wenn man so will, naturrechtliche Position. Es ist eine Selbstsetzung des Menschen, zu sagen, wir sind der Mittelpunkt. Ich weiß nur nicht, ob diese Grundannahme in einem Rechtssystem hintergebar ist, ob man sagen kann, wir können das grundsätzlich aufgeben. Partiiell hat es das in der Vergangenheit natürlich gegeben. So hat das römische Recht bekanntlich Menschen sehr ungleich behandelt. Wir haben zudem in gewisser Weise, das habe ich versucht deutlich zu machen, auch neuere Entwicklungen, in deren Folge zumindest Ausfransungen im Bereich der Rechtssubjektivität zu erkennen sind. Aber im Grundsatz würde ich daran festhalten, dass die Subjektivität eine für das Funktionieren des Rechtssystems nicht wegzudenkende Bedingung ist. In jedem Falle, und das ist natürlich noch entscheidender, ist sie eine uns rechtspositiv vorgegebene, verfassungsrechtlich normierte Bedingung. Darauf basieren meine Ausführungen.

Meine abschließenden Bemerkungen sollen noch einmal zusammenfassen, wie ich mir das skizzierte Zusammenwirken von Differenz und Gleichheit vorstelle. Ich habe versucht, deutlich zu machen, dass die Idee des wesentlich Gleichen als einer bloß tatsächlichen Unterscheidung nicht überzeugend ist. Es geht nicht um bloße Erkenntnis, sondern es kommt eine Entscheidungskompetenz mit ins Spiel, die eine gesellschaftliche, aber insbesondere natürlich eine politische Komponente hat. Und insofern bin ich Ihnen, Herr *Kirchhof*, dankbar für die Begriffstrias, die Sie eingebracht haben. Sie sagen, wir reden über Gesetz, Freiheit und Wirklichkeit. Das ist in der Tat das, was ich thematisieren wollte: Dass Gleichheit nicht etwas uns Vorgegebenes, zu Erschauendes ist. Stattdessen haben wir die Möglichkeit, Gleichheitsvorstellungen – „wesentlich gleich“, da steckt ja schon drin, dass es (auch) um etwas Normatives geht – mit zu modifizieren. Und natürlich wird das geprägt von Freiheitsvorstellungen. Selbstverständlich spielen die Freiheitsrechte da eine ganz große Rolle. Ich finde, ein wunderbares Beispiel hierfür ist die „Ehe für alle“, die natürlich keine Ehe für alle ist, sondern eine spezifische Öffnung des Ehebegriffs für homosexuelle Partnerschaften. Das ist eine freiheitsrechtlich sehr gut nachvollziehbare Entscheidung. Wir lösen uns vom Biologismus der Reproduktionsfähigkeit, ein ohnehin primitives und ungenaues Kriterium, und öffnen unser Eheverständnis: Zwangsheirat, Minderjährigenehe und ähnliches sind prinzipiell inakzeptabel. Hingegen sind Liebesgemeinschaften von Erwachsenen, die sich im Konsens dafür entscheiden, ihr Leben miteinander zu verbringen, unabhängig von der sexuellen Orientierung erfasst. Das ist freiheitsrechtlich überzeugend. Aber es eröffnet auch neuen Differenzierungsbedarf, neuen Begründungsbedarf. Wir müssen jetzt nämlich erklären, warum die Öffnung, die an dieser Stelle vorgenommen wird, nicht noch erweitert wird, warum nicht noch weitere Gemeinschaften in diesen Begriff der Ehe

integriert werden. Das scheint mir in der Tat der Ort zu sein, das nimmt die Bemerkung von *Gregor Kirchhof* auf, wo politische Gestaltung, also das Gesetz, eine große Bedeutung hat. Über solche Fragen müssen wir uns als Gesellschaft in unseren demokratischen Verfahren verständigen. Natürlich steht die Idee einer entsprechenden Gestaltung in Spannung zu der ja teilweise kaum fassbaren Vielfalt und Pluralität der Lebenswelt – man denke etwa an die sechzig unterschiedlichen Geschlechtszugehörigkeiten, unter denen man im sozialen Netzwerk Facebook wählen kann. Das dürfte im Recht nicht abbildbar sein. Wir kommen deshalb wohl nicht umhin, in gewisser Weise in Kategorien zu denken. Ob das durch das Rechtssystem oder schon sprachlich bedingt ist, darüber mag man sich streiten. Aber entziehen können wir uns dem nicht, sondern wir müssen bestimmte Kategorien bilden, müssen aber gleichzeitig kontinuierlich darüber nachdenken und letztlich Rechenschaft darüber ablegen, warum wir das so machen. Ich danke Ihnen sehr für die hochinteressanten Fragen und die spannende Diskussion!

Ute Sacksofsky: Damit sind wir am Ende der Aussprache angekommen. Ich bedanke mich ganz herzlich bei der Referentin und dem Referenten für zwei ausgezeichnete Vorträge. Ich bedanke mich bei den Diskutierenden für die enorme Zeitdisziplin trotz der teilweise gar nicht sichtbaren Ampel. Ich fand es sehr interessant. Ich hoffe, Ihnen ging es auch so und nehme das als ein gutes Zeichen für den weiteren Ablauf der Tagung. Möge sie weiterhin interessant und ertragreich sein.