

Zweiter Beratungsgegenstand

Zugehörigkeit und Partizipation

2. Multiple Identitäten

Referat von *Andreas Funke*, Erlangen

Inhalt

I.	Vielfache Zugehörigkeit als staatsrechtliche Herausforderung	248
1.	Alte Beschreibungen, neue Beschreibungen	248
2.	Die staatsrechtliche Mikroperspektive	253
II.	Gesellschaftsstruktur	256
1.	Zugehörigkeitsbeziehungen	256
2.	Soziale Ich-Identität	258
III.	Die operative Dimension der Multiplizität	262
1.	Regeln für Zugehörigkeitsbeziehungen	262
2.	Antidiskriminierungsrechtlich: mehrdimensionale Diskriminierung	264
IV.	Vielfache Zugehörigkeit in der Grundrechtssystematik	265
1.	Individualrechte, Gruppenrechte, Minderheitenrechte	265
2.	Sachliche Grundrechtskohärenz	266
3.	Die freiheitsrechtliche Verschränkung von Wahl und Bindung	268
4.	Solitaristische Deutungen der Identität	270
5.	Das Recht der Persönlichkeit als Auffanggrundrecht für Gruppenidentifikationen	274
V.	Die politische Zugehörigkeit	279
1.	Struktur: genossenschaftliche politische Vergemeinschaftung	279
2.	Begründung: durch politische Rechte	282
3.	Ziel: Repräsentation	284
4.	Die schwierige politische Identität der Deutschen	287
VI.	Schlussbemerkung	292

I. Vielfache Zugehörigkeit als staatsrechtliche Herausforderung

1. Alte Beschreibungen, neue Beschreibungen

Gemessen daran, wie lange es diese Vereinigung schon gibt, ist der Befund alt: Der Einzelne gehört verschiedenen Gemeinschaften wie der Familie, Vereinigungen gesellschaftlicher, wirtschaftlicher, religiöser oder politischer Art und natürlich dem Staat an, und muss seine Loyalität entsprechend aufteilen. In den Schriften von *Hermann Heller* und *Carl Schmitt* finden wir zahlreiche Anknüpfungen an den frühen englischen Gruppenpluralismus, der diesen Befund zum Problem machte.¹ Die wohl eingängigste, bis heute ergiebige soziologische Untersuchung des Phänomens stammt von *Georg Simmel*, der von der „Kreuzung sozialer Kreise“ sprach.² Für die Staatsrechtslehre jener Zeit kam die Diskussion mit der

¹ Die These, dass der Einzelne seine Loyalität auf die verschiedenen Gruppen aufteilen muss, denen er zugehört, war für *Heller* trivial, aber doch einer der Anlässe, den Begriff der Souveränität zu klären, s. *Hermann Heller* Die Souveränität (1927), in: ders., Gesammelte Schriften, Bd. 2, hrsg. v. Christoph Müller, 2. Aufl. 1992, 31 (50); ders. Staatslehre (1934), ebd., Bd. 3, 79 (194) (mit der schönen Formulierung des Problems „der Einheit des Individuums in der Vielheit seiner Verbandsangehörigkeiten“, im Zusammenhang mit einer allerdings nicht ganz fairen Kritik an *Otto Gierke*, dessen Genossenschaftslehre durchaus für die Problemlage sensibel war und überhaupt erst einmal das Thema der vielfältigen Gemeinschaftsformen für die Rechtswissenschaft etablierte – und den englischen Pluralismus anregte –, beginnend mit *Otto Gierke* Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 1: Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft, 1868 (Nachdruck 2002)); und so auch bei *Carl Schmitt* Staatsethik und pluralistischer Staat (1930), in: ders., Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar – Genf – Versailles, 3. Aufl. 1994, 151 (152). Neben *Harold J. Laski* Studies in the Problem of Sovereignty, 1917 (Nachdruck 1968), war für *Schmitt* wichtig: *G. D. H. Cole* Conflicting Social Obligations, Proceedings of the Aristotelian Society 15 (1915), 140, vgl. *Carl Schmitt* Der Begriff des Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corrolarien, 7. Aufl. 2002, 41. Hingegen ist es meines Erachtens unzutreffend, *Hugo Preuß* als Vordenker eines gleichsinnigen Pluralismus anzusehen (so aber *Detlef Lehnert* Das pluralistische Staatsdenken von Hugo Preuß, 2012; *Andreas Voßkuhle* Hugo Preuß als Vordenker einer Verfassungstheorie des Pluralismus, Der Staat 50 [2011], 251). *Preuß* interessierte nur der binnen-staatliche „Pluralismus“ verschiedener Körperschaften (*Hugo Preuß* Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften, 1889). Allenfalls Ansätze eines Interessenpluralismus – maßgeblich vorangestellt durch *Ernst Fraenkel* Der Pluralismus als Strukturelement der freiheitlich-rechtsstaatlichen Demokratie (1964), in: ders., Gesammelten Schriften, Bd. 5, hrsg. v. Alexander v. Brünneck, 2007, 256 – sind erkennbar (zu beidem s. *Kathrin Groh* Demokratische Staatsrechtslehrer in der Weimarer Republik, 2012, 30 ff., 257 ff.; s. auch Fn. 125).

² *Georg Simmel* Gesamtausgabe, Bd. 11: Soziologie (1908), 1992, 456. Die Beschreibung des florierenden US-amerikanischen Assoziationswesen bei *Alexis de Tocqueville* Über die Demokratie in Amerika, Zweiter Teil, 1848 (Nachdruck 1962), 123 ff., entfaltete in Deutschland erst nach dem 2. Weltkrieg Wirkung in der politischen Theorie, weniger in der Soziologie, vgl. *Theodor Eschenburg* Tocquevilles Wirkung in Deutschland, in: *Alexis*

Verteidigung und Schärfung der Idee der staatlichen Souveränität vorerst zu einem Ende. Die Sozialwissenschaften beschreiben immer wieder neu den Befund, dass der Einzelne eine plurale oder multiple Position hat, wobei zwischen Identitäten, Zugehörigkeiten und Loyalitäten nicht scharf unterschieden wird.³

de Tocqueville, Über die Demokratie in Amerika, Erster Teil, 12. Aufl. 1959, XVII (LXV ff.); Frank Adloff Zivilgesellschaft, 2005, 37 ff.; Günter Frankenberg Tocquevilles Frage – Zur Rolle der Verfassung im Prozess der Integration (2000), in: ders., Autorität und Integration, 2003, 136.

³ Eine Auswahl: „multiple Identitäten“ (Wolfgang Schultheiß [Hrsg.] Zukunft der Religionen: Religion, Kultur, Nation und Verfassung. Multiple Identitäten in modernen Gesellschaften, 2003; Hartmut Rosa Identität und kulturelle Praxis, 1998, 71; Elisabeth Beck-Gernsheim Wir und die Anderen, 2004, 113; im Singular: Sherry Turkle Leben im Netz, 1998, 287); „plurale Loyalitäten“ (Danaë Simmermacher Loyalität, Zeitschrift für Kultur- und Kollektivwissenschaft 8 [2022], 45 (48)); „multiple Loyalitäten“ (Seyla Benhabib Die Rechte der Anderen, 2009, 171); „multiple Zugehörigkeiten“ (Carolin Emcke Kollektive Identitäten, 2. Aufl. 2010, 15; Joanna Pfaff-Czarnecka Zugehörigkeit in der mobilen Welt, 2012, 47; im Singular Rowan Williams Weltliches und geistiges Recht in Europa: eine religiöse Perspektive, in: Anja Bettenworth/Andreas Funke u.a. [Hrsg.] Herausforderung Islam, 2011, 235 [247]); „plurale Zugehörigkeiten“ (Amartya Sen Die Identitätsfalle, 2007, 38); „plurale Identität“ (Vincent Descombes Die Rätsel der Identität, 2. Aufl. 2013, 41 ff.); „Patchwork der Identitäten“ (Heiner Keupp/Thomas Ahbe/Wolfgang Gmüür/Renate Höfer/Beate Mitzscherlich/Wolfgang Kraus/Florian Straus Identitätskonstruktionen: Das Patchwork der Identitäten in der Spätmoderne, 5. Aufl. 2013); „fraktale Identität“ (Jörg Zirfas/Benjamin Jörissen Phänomenologien der Identität, 2007, 18); „Multikollektivität“ (Klaus P. Hansen Kultur, Kollektiv, Nation, 2009, 20; Klaus P. Hansen Das Paradigma Kollektiv, 2022, 14; Hansen hat zu dem Thema eigentlich viel zu sagen, aber es ist schwer verwertbar. Er fasst Kollektive als statische Einheiten und weitet den Kollektivbegriff stark aus – so ist Sprache ein „pankollektiver Kontaktverband“ [ebd., Paradigma, 85]; intersubjektivitätstheoretische Rekonstruktion des Ansatzes bei Sabrina Zucca-Soest Zur Theorie der Interkollektivität als Polykollektivität, Zeitschrift für Kultur- und Kollektivwissenschaft 2 [2016], 31); „solidarities in plural“ (Craig Calhoun ‘Belonging’ in the Cosmopolitan Imaginary, Ethnicities 3 [2003], 531 [547]) oder schließlich, etwas umfassender, die „multiple realities“ (Alfred Schütz On Multiple Realities, in: Alfred Schütz Collected Papers, Vol. 1: The Problem of Social Reality, 1962, 207 [229 ff.]) bzw. die „Pluralität der Lebenswelten“ des Einzelnen (Peter L. Berger/Brigitte Berger/Hansfried Kellner Das Unbehagen in der Modernität, 1987, 59). Hingegen soll mit dem Konzept der super-diversity die Komplexität von Migrationsströmen erfasst werden, vgl. Steven Vertovec Super-Diversity and Its Implications, Ethnic and Racial Studies 30 (2007), 1024. Einige meinen, dass die Befunde oberflächlich geblieben sind, vgl. Wolfgang Kraus Alltägliche Arbeit und Identitätsbezug, in: Heiner Keupp/Joachim Hohl (Hrsg.) Subjektdiskurse im gesellschaftlichen Wandel, 2006, 143 (146). Die Verfassungswissenschaft hält sich zurück. Ausnahmen etwa Ulrich Haltern Europarecht und das Politische, 2005, 107; Felix Hanschmann Der Begriff der Homogenität in der Verfassungslehre und Europarechtswissenschaft, 2008, 120; Steffen Augsberg Gleichheit angesichts von Vielfalt als Gegenstand des philosophischen und des juristischen Diskurses, VVDStRL 78 (2019), 7 (25). Aus der Rechtsprechung: BVerfGE 93, 266 (299). Manches ist einfach selbstverständlich, so konstituiert die Schweizerische Bun-

Im Bogen einer weit ausholenden historischen Rückschau lässt sich der Befund der Multiplizität als Kennzeichen des Subjekts der „Moderne“ ausweisen. Das „prämoderne“ Subjekt des Mittelalters verfügte in diesem Narrativ nur über eine Identität.⁴ In der ständischen Gesellschaft war der Einzelne festes und abhängiges Glied einer bestimmten Gemeinschaft. Heute hingegen erfasst die Verbandszugehörigkeit nach dieser zugegebenermaßen sehr groben Entgegensetzung, anders als im Mittelalter, nicht mehr die ganze Person.⁵ Nun gilt, so die Reformulierung der Gedanken Simmels, das relationale Subjekt als Knoten in einem beweglichen Netzwerk von Beziehungen und Kommunikationen.⁶ Den Befund vollständig fragmentierter Zugehörigkeiten, der das „postmoderne“ Subjekt ausweisen könnte,⁷

desverfassung seit je anerkanntermaßen eine unvergleichliche Pluralität sich überlappender Gebilde (*René Rhinow/Markus Schefer/Peter Uebersax* Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl. 2016, Rn. 576 ff.).

⁴ Vgl. *Simmel Soziologie* (Fn. 2), 466; *Uwe Schimank* Das zwiespältige Individuum, 2002, 67 ff.; *Ernst-Wolfgang Böckenförde* Vom Wandel des Menschenbilds im Recht (2001), in: ders., Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht, 2011, 13 (17 f., 26). Vor einer ahistorischen Rückprojektion moderner Vorstellungen warnt aber in diesem Zusammenhang *Michael Sonntag*, „Das Verborgene des Herzens“: Zur Geschichte der Individualität, 1999, 67 ff. Das Problem mag eines der Kennzeichen des Übergang von der Moderne zur Spätmoderne sein (so *Keupp/Ahbe/Gmür/Höfer/Mitzscherlich/Kraus/Strauß* Identitätskonstruktionen [Fn. 3]); zum Begriff einerseits *Andreas Reckwitz* Die Gesellschaft der Singularitäten, 5. Aufl. 2021, 102 ff.; andererseits *Hartmut Rosa* Resonanz, 6. Aufl. 2022, 519 ff.; kontrastreich *Andreas Reckwitz/Hartmut Rosa* Spätmoderne in der Krise, 2021.

⁵ Vgl. *Gierke* Genossenschaftsrecht I (Fn. 1), 298; *Berger/Berger/Kellner* Unbehagen (Fn. 3), 60. Nach wiederum einer anderen Beschreibung besteht die moderne Idee der Individualität gerade darin, dass der Mensch nicht mehr lediglich einer bestimmten Statusgruppe zugehörig ist, vgl. *Dieter Grimm* Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen, VVDStRL 42 (1984), 46 (66); *Uwe Volkmann* Freiheit und Gemeinschaft, in: HGR II, 2006, § 32 Rn. 9.

⁶ *Thomas Vesting* Die Medien des Rechts: Computernetzwerke, 2015, 75; ähnlich *Christoph Möllers* Freiheitsgrade, 2020, 87. Bei *Jürgen Habermas* Inklusion – Einbeziehen oder Einschließen? Zum Verhältnis von Nation, Rechtsstaat und Demokratie, in: ders., Die Einbeziehung des Anderen, 1999, 154 (173), wird die Person als „Knotenpunkt(e) in einem askriptiven Netz von Kulturen und Überlieferungen“ charakterisiert. Skepsis gegenüber der Begrifflichkeit deutet *Ino Augsberg* Theorien der Grund- und Menschenrechte, 2021, 61 f. an.

⁷ *Stuart Hall* Ausgewählte Schriften 2: Rassismus und kulturelle Identität, 1994, 180 ff.; *Vesting* Medien (Fn. 6), 77; *Karl-Heinz Ladeur* Postmoderne Rechtstheorie, 2. Aufl. 1995, 33 ff., 80 ff.; Auflistung weiterer postmoderner Befunde bei *Rolf Eickelpasch/Claudia Rademacher* Identität, 4. Aufl. 2015, 28. Ablehnend mit Blick auf die Pathologie eines solchen Zustands *James M. Glass* Shattered Selves, 1995; *Hartmut Rosa* Identität, in: *Jürgen Straub/Arne Weidemann/Doris Weidemann* (Hrsg.) Handbuch interkulturelle Kommunikation und Kompetenz, 2010, 47 (51); wegen verschiedener logischer Widersprüche: *Jürgen Ritsert* Schlüsselprobleme der Gesellschaftstheorie, 2009, 116 ff.; Rundumschlag vor dem Hintergrund eines anspruchsvollen Identitätsbegriffs bei *Jürgen Straub* Multiple Identitäten in modernen Gesellschaften, ZPol 28 (2018), 205 (208): „theoretisch unterkomplexe, empi-

scheint mir hingegen eher ein gedanklicher Fluchtpunkt zuspitzender Kulturtheorie zu sein. Dass sich in den Zeiten einer Verlagerung der sozialen Existenz in die digitale Welt zahlreiche neue Möglichkeiten ergeben, Zugehörigkeiten bzw. Identitäten auszubilden, bewirkt keine qualitative Neuheit der Problemlage, sondern nur eine quantitative Steigerung.⁸ Sicherlich werden die Bindungen flüchtiger und dynamischer. Aber es gibt auch gegenläufige Tendenzen. Heimat ist beispielsweise für viele Menschen nach wie vor sehr wichtig.⁹

Für die historische Einordnung ist ein anderer Aspekt von Belang. Unsere Weimarer Denker wurden zwar teilweise selbst diskriminiert,¹⁰ aber Erfahrungen dieser Art waren für sie – bis 1933, muss man sagen¹¹ – systematisch irrelevant. Weil Frauen als vollkommen anders galten, stellte sich

risch haltlose, normativ prekäre und nicht zuletzt politisch bedenkliche Redeweise“¹². Hierzu passt diese offenbar wahre Geschichte: Ein US-amerikanischer Psychiater, der bei einem Patienten 120 Persönlichkeiten diagnostizierte, stellte der Krankenversicherung des Patienten eine „Gruppentherapie“ in Rechnung, vgl. *Sonntag Geschichte* (Fn. 4), 7. Der sich anschließende Rechtsstreit betraf erstaunlicherweise nicht die Richtigkeit der Rechnung, sondern der Diagnose, s. FR v. 13.2.1997, 30.

⁸ Hierzu *Vesting Medien* (Fn. 6), 77 ff.; *Augsberg Gleichheit* (Fn. 3), 34 ff.; *Turkle Leben* (Fn. 3), 287 ff.; zur „Sozialität des Netzes“ eine Phänomenologie bei *Reckwitz Gesellschaft* (Fn. 4), 261 ff.

⁹ Und zwar nicht als Ort nostalgischer Sehnsucht, sondern als Handlungsräum, s. *Gunther Gebhard/Oliver Geisler/Steffen Schröter Heimatdenken: Konjunkturen und Konturen*, in: Gunther Gebhard/Oliver Geisler/Steffen Schröter (Hrsg.) *Heimat*, 2015, 9 (45) *Bernhard Schlink Heimat als Utopie*, 2000, 40. Zur Relevanz s. die Studie *Boehnke/Klaus/Regina Arant/Georgi Dragolov Heimatverbundenheit*, 2020 <<https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/themen/heimat-integration/heimatverbundenheit.html>> (Stand: 5.11.2022), insbesondere ebd., 20; aus der Literatur: *Bernd Hüppauf Heimat – die Wiederkehr eines verpönten Wortes*, in: Gebhard/Geisler/Schröter, *Heimat* (Fn. 9), 109; *Dana Bönisch/Jil Runia/Hanna Zehschnetzler (Hrsg.) Heimat Revisited*, 2020; *Renate Zöller Heimat*, 2015; *Martina Hülz/Olaf Kühne/Florian Weber (Hrsg.) Heimat*, 2019; *Joachim Klose (Hrsg.) Heimatschichten*, 2013; *Cornelia Koppetsch In Deutschland daheim, in der Welt zu Hause? Der Heimat-Diskurs und die Transnationalisierung von Klassenstrukturen*, Aus Politik und Zeitgeschichte 48/2018, 18; zur juristischen Diskussion, die in der Regel an Art. 11 GG anknüpft, s. *Patrick Klaus Mensel Das Recht auf Heimat nach Art. 11 GG*, *Der Staat* 59 (2020), 49.

¹⁰ Also: jüdische Abstammung und/oder sozialdemokratische Gesinnung (in kumulativer Diskriminierung, s. Fn. 60), etwa *Hugo Preuß*, *Hermann Heller*, *Hans Kelsen*, *Gerhard Leibholz*, *Erich Kaufmann*, vgl. *Helmut Heinrichs/Harald Franzki/Klaus Schmalz/Michael Stolleis (Hrsg.) Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, 1993; *Peter Landau Juristen jüdischer Herkunft im Kaiserreich und in der Weimarer Republik*, 2020, 35 ff. Auch *Georg Simmel* ist einzureihen.

¹¹ Zum insofern neuen Antisemitismus *Horst Dreier Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus*, VVDStRL 60 (2001), 9 (29 ff.). Rassisches Denken und Ausgrenzung Behindelter waren freilich älter, beispielhaft *Karl Binding/Alfred Hoche Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens*, 1920.

gar nicht die Frage einer Gleichbehandlung.¹² Religiöse Minderheiten wurden über den Modus der Toleranz¹³ in eine Beziehung des gewissermaßen ausschließenden Einschlusses gestellt, die sich nur schwer als Zugehörigkeit zur Gemeinschaft fassen lässt.¹⁴ Was die Gegenwart von der damaligen Zeit unterscheidet, ist vor allem der Umstand, dass Diskriminierungserfahrungen den Sinn für Zugehörigkeit geschärft haben: Personen und Gruppen, die aufgrund bestimmter Merkmale ausgesegnet werden, gehören *nicht* dazu, sollten es aber. Zugleich werden sie in dieser Ausgrenzung aufgrund zugeschriebener gemeinsamer Merkmale als Gruppe identifiziert und zusammengefasst.¹⁵ Die Idee der Zugehörigkeit wird damit freilich komplexer.

Ausgrenzende Politik rief als Gegenbewegung zunächst das Streben nach Integration hervor. Die US-amerikanische Bürgerrechtsbewegung sah die Anerkennung der Identität als Schwarzer gerade im Zugang zu den Bür-

¹² S. etwa *Pierre Rosanvallon* Die Gesellschaft der Gleichen, 2013, 313. Deshalb ist für *Simmel* Soziologie (Fn. 2), 499 ff., in seiner nüchternen Analyse der „Frauenbewegung“ jener Zeit das Entscheidende der Umstand, dass sich Frauen überhaupt erst als „zusammengehörige“ Gruppe identifizieren und damit die „Singularisierung“ überwinden, in der sie bislang kraft ihrer Bindung an das „Haus“ (höflich für: dem Mann) standen.

¹³ Zum „aufgeklärten Absolutismus“ Preußens und Österreichs s. in diesem Zusammenhang *Rainer Forst* Toleranz im Konflikt, 4. Aufl. 2014, 437 ff.

¹⁴ *Joseph Raz* Multiculturalism: A Liberal Perspective, in: ders., Ethics in the Public Domain, 2001, 170 (173), beschreibt Toleranz als eine Form liberaler Politik, Minderheiten bestimmte Zugangsmöglichkeiten zu verwehren, was sich erst mit der Einräumung von Antidiskriminierungsrechten änderte. „Volle“ Mitgliedschaft gibt es nach *Raz* allerdings erst, wenn (kulturelle) Gruppen so anerkannt sind, dass zwischen Mehrheit und Minderheit nicht mehr unterschieden werden kann. Darin liegt ein Hinweis darauf, dass die Begriffe von „Mehrheit“ und „Minderheit“ – jenseits von Wahlen und Abstimmungen – überhaupt nur begrenzten Aussagewert haben, weil sie stets nur eine ausschnitthaftes Betrachtung darstellen (dazu auch unter V 3). Die Ausweisung einer – als solche schützenswerten – „Mehrheitskultur“ (*Liav Orgad* The Cultural Defense of Nations, 2015; *Björnstern Baade* Die Identität der Mehrheit und die Grenzen ihres Schutzes, AÖR 142 [2017], 566 [575 ff.]) ist damit zwar nicht unmöglich, aber außerordentlich voraussetzungsvoll; als fordernde „Leitkultur“-Politik oder gar -gesetzgebung ist sie kritikwürdig (dazu am Beispiel des Bayerischen Integrationsgesetzes *Andreas Funke* Integratives Verwaltungsrecht?, 2017). Dass schließlich auch soziale Ungleichheit als Missachtung individueller Identität aufgefasst werden kann, ist Gegenstand eines historischen Lernprozesses, dazu *Stephan Rixen* Ambivalenzen der Gleichheit, in: Jens Kersten/Stephan Rixen/Berthold Vogel (Hrsg.) Ambivalenzen der Gleichheit, 2021, 9 (11 ff.); im Kontext *Anna Katharina Mangold/Mehrdad Payandeh* Antidiskriminierungsrecht – Konturen eines Rechtsgebiets, in: dies. (Hrsg.) Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022, § 1 Rn. 79; *Cara Röhner* Sozioökonomische Diskriminierung, ebd., § 11.

¹⁵ Dies strahlt auf den Diskriminierungsbegriff aus, vgl. *Mangold/Payandeh* in: Handbuch Antidiskriminierungsrecht (Fn. 14), § 1 Rn. 3; als „relationale Perspektive“ auf Diskriminierungsfragen bei *Cara Röhner* Ungleichheit und Verfassung, 2019, 171 ff.

gerrechten. Es ging also – noch – nicht etwa um eine Sonderbehandlung.¹⁶ Parallel dazu wurde der Satz, dass Frauen und Männer gleich sind (Art. 3 Abs. 2 GG), zunächst allein als Diskriminierungsverbot aufgefasst.

In der (vorerst) letzten Stufe der Entwicklung verschiebt sich der Deutungsrahmen noch einmal. Das egalitaristisch begründete Recht auf Differenz wird nun identitär als Recht auf Sonderbehandlung von Gruppen verstanden, gewissermaßen im Sinne einer Rechtsfolgenanordnung.¹⁷ Dass Frauen und Männer gleich sind, bedeutet damit, dass Frauen als Kollektiv zu fördern sind.¹⁸ Entsprechend lässt sich die Forderung verstehen, kulturellen Gruppen Sonderrechte zuzugestehen.

2. Die staatsrechtliche Mikroperspektive

Die staatsrechtliche Herausforderung des Themas besteht darin, das Problemfeld überhaupt erst einmal zu vermessen. Vielfache Zugehörigkeit muss als ein Element der Gesellschaftsstruktur adäquat erfasst werden, und diese Beschreibung ist in einen Bezug zum Verfassungsrecht zu setzen: Wie ordnet das Verfassungsrecht die durch vielfache Zugehörigkeit geprägte Gesellschaftsstruktur?¹⁹ Diese beiden Aufgaben sind nicht zuletzt des-

¹⁶ Will Kymlicka Multicultural Citizenship, 1995 (Nachdruck 2011), 25; Michel Wieviorka Kulturelle Differenzen und kollektive Identitäten, 2003, 167; Rosanvallon Gesellschaft (Fn. 12), 312. Nachzeichnungen bei Michael Grünberger Personale Gleichheit, 2013, 204 ff.; Anna Katharina Mangold Demokratische Inklusion durch Recht, 2021, 147 ff. Umgekehrt bekämpfte die Bürgerrechtsbewegung die Identitätspolitik der weißen Mehrheit, Jill Lepore Diese Wahrheiten, 2019, 853. Nur so kann Bruce A. Ackerman We the People, Vol. 3: The Civil Rights Revolution, 2014, die erkämpften Gesetze als verfassungsändernden Ausdruck des „We the people“ deuten. Es ist ungenau, die Identitätspolitik mit der schwarzen Bürgerrechtsbewegung in eins zu setzen, so aber Reckwitz Gesellschaft (Fn. 4), 401. In etwa wie im Text, aber affirmativer, das „Drei-Phasen-Modell rechtlicher Gleichheitskämpfe“ bei Mangold, ebd., 185 ff.

¹⁷ Während ein Recht auf Differenz im Sinne eines Diskriminierungsverbotes insofern tatbestandlich wirkt, als die Differenz nicht zu einer Ungleichbehandlung führen darf. Zu Deutungen des Rechts auf Differenz im Sinne von Gleichstellung oder Hierarchie s. Descombes Rätsel (Fn. 3), 216 ff. (der die letztere Form für widersprüchlich hält). Unter dem Blickwinkel kultureller Identität: Uwe Volkmann Kulturelles Selbstverständnis als Tabuzone für das Recht?, in: Horst Dreier/Eric Hilgendorf (Hrsg.) Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts, 2008, 245 (255 f.); der Diversität: Frank Schorkopf Staat und Diversität, 2017, 13.

¹⁸ Zu dieser Interpretation etwa Vera Slupik Die Entscheidung des Grundgesetzes für Parität im Geschlechterverhältnis, 1988, 77 ff.; Diskriminierungsverbote als Dominierungsverbot im Sinne eines Gruppenrechts bei Ute Sackofsky Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl. 1996, 312.

¹⁹ Zur Frage nach den angemessenen Verfassungsstrukturen Michael Walzer Zivile Gesellschaft und amerikanische Demokratie, 1992, 136.

halb miteinander verschränkt, weil das Verfassungsrecht seinerseits einen beachtlichen Beschreibungswert hat.²⁰

Dabei erfordert das historisch gewonnene Nebeneinander der beiden Kategorien „Zugehörigkeit“ und „Identität“ – und das ist alles andere als einfach –, in der Analyse zwei Pfade gewissermaßen parallel zu verfolgen und in Bezug zueinander zu setzen. Beides gehört zusammen, lässt sich aber nicht jeweils aufeinander reduzieren.

Viele einschlägige Punkte sind schon häufig und vertieft behandelt worden – aber doch oft in einem anderen Rahmen von Fragestellungen und Erkenntnisinteressen. In dem breiten Diskurs um gesellschaftliche Diversität, Pluralismus, Multikulturalismus, Integration etc. ist häufig in einer Makroperspektive die Gesellschaft in ihrer Totalität der Ausgangspunkt.²¹ Stets steht schon eine Vielzahl von Personen im Fokus. Unser Thema erfordert eine *Umkehr der Perspektive*, hin zur Mikroebene der einzelnen Person. Dies hat zur Folge, dass sich manche Fragen gar nicht, andere neu oder zumindest in neuem Gewand stellen – und das ist reizvoll: Während aus der Perspektive gesellschaftlicher Totalität die Individuen als monoli-

²⁰ Die Begriffswelt des Verfassungsrechts ist nicht ein Gegenstand neutraler Beschreibung; Verfassungsrechtswissenschaft muss als Teil derjenigen sozialen Praxis angesehen werden, die als Verfassungsrecht bezeichnet wird, vgl. Ronald Dworkin Law's Empire, 1986; zum Kontext Andreas Funke Grenzen der rechtstheoretischen Aufklärung der Staatsrechtslehre, Der Staat 57 (2018), 267. Das heißt aber auch, dass das Verfassungsrecht einen deskriptiven Gehalt hat; in den einschlägigen Normtexten und vor allem in den zugehörigen Doktrinen sind Erfahrungen und Vorstellungen gespeichert (dies als Wirklichkeitskonstruktion durch Recht bei Judith Froese Der Mensch in der Wirklichkeit des Rechts, 2022, 146 ff.). Um eine Assimilation der normativen Grundsätze an die Realität (dazu prägnant Gregor Kirchhof Grundrechte und Wirklichkeit, 2007) handelt es sich dabei nicht. Sich einfach nur „soziologisch informiert“ zu geben, wie es gerne heißt, ist schon deshalb nicht ausreichend, weil die Sichtweisen fremder Disziplinen nicht umstandslos rezipiert werden können, vgl. Jörn Lüdemann Netzwerke, Öffentliches Recht und Rezeptionstheorie, in: Sigrid Boysen/Ferry Bühring u.a. (Hrsg.) Netzwerke, 2007, 266 (275 ff.); Ino Augsberg Von einem neuerdings erhobenen empiristischen Ton in der Rechtswissenschaft, Der Staat 51 (2012), 117; Hans Christian Röhl Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität, VVDStRL 74 (2015), 7 (27 ff.); mit offen politischer Tendenz Mangold Inklusion (Fn. 16), 318; allgemein Stephan Kirste (Hrsg.) Interdisziplinarität in den Rechtswissenschaften, 2016.

²¹ Vgl. Pfaff-Czarnecka Zugehörigkeit (Fn. 3), 49. Dabei geht es zum einen um die Integration der Gesellschaft im Allgemeinen einerseits (Bernhard Peters Die Integration moderner Gesellschaften, 1993; Jürgen Friedrichs/Wolfgang Jagodzinski [Hrsg.] Soziale Integration, 1999; Frankenberg Frage [Fn. 2], 139), zum anderen um Integration im Migrationskontext (Michael Spieker/Christian Hofmann [Hrsg.] Integration, 2020; Johannes Eichenhofer Begriff und Konzept der Integration im Aufenthaltsrecht, 2013; Lando Kirchmair/Gottfried Schweiger [Hrsg.] „Gelingene Integration“: Ethische und rechtliche Perspektiven, 2022; Gabriele Buchholtz/Johanna Croon-Gestefeld/Andreas Kerkemeyer [Hrsg.] Integratives Recht, 2021).

thische Blöcke erscheinen, zieht in der Mikroperspektive diese Vielfalt in das jeweilige Individuum ein. Nicht nur die Gesellschaft, auch Personen sind etwa, wie es heißt, multikulturell.²² Zugleich wird auf diese Weise sichtbar, wie die Individuen kraft ihrer Zugehörigkeiten untereinander – gewissermaßen im horizontalen Querschnitt – verbunden sind. Damit erweist sich etwa die alte Frage nach dem Verhältnis von Individuum und Gemeinschaft, wie sie auch in der Formel vom Menschenbild des Grundgesetzes gestellt und beantwortet wird,²³ schlicht als ungenau: Die eine Gemeinschaft, auf die der Einzelne bezogen und durch die er gebunden sein könnte, gibt es gar nicht.²⁴

²² Amy Gutmann The Challenge of Multiculturalism in Political Ethics, *Philosophy & Public Affairs* 22 (1993), 171 (183); Jeremy Waldron Multiculturalism and mélange, in: Robert K. Fullinwider (Hrsg.) *Public Education in a Multicultural Society*, 1998, 90 (114); Wolfgang Welsch Transkulturalität, 2017, 17 ff.; oder: *multi-racial*, Anthony Appiah The Lies that Bind, 2018, 98.

²³ „Das Menschenbild des Grundgesetzes ist nicht das eines isolierten souveränen Individuums; das Grundgesetz hat vielmehr die Spannung Individuum – Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden [...].“ BVerfGE 4, 7 (15 f.). Gleichwohl ist die Formel wertvoll, gerade mit Blick auf die „Gemeinschaftsbezogenheit“ des Individuums, dazu Andreas Funke Menschwürde und Menschenbild, in: Rolf Gröschner/Stephan Kirste/Oliver W. Lembecke (Hrsg.) *Wege der Würde*, i. E. Zur Vielfalt der Menschenbilder im Recht Andreas Funke/Klaus Ulrich Schmolke (Hrsg.) *Menschenbilder im Recht*, 2019.

²⁴ Der gleiche Einwand trifft kommunitaristische Positionen (souveräner Überblick: Jan Philipp Schaefer Kommunitarismus und der Freiheitsbegriff, in: Walter Reese-Schäfer [Hrsg.] *Handbuch Kommunitarismus*, 2019, 365), die eben oft nur die eine „Gemeinschaft“ kennen (Ausnahme: Wilfried Brugger Kommunitarismus als Verfassungstheorie des Grundgesetzes, AöR 123 [1998], 337 [353, 366]; dessen Vorstellung einer „Stufen- oder Sphärentheorie einschlägiger Vergemeinschaftungen“ ist aber meines Erachtens nicht weiterführend). Wohl aus diesem Grund unterscheiden Kommunitaristen nicht zwischen kollektiven und politischen Prozessen (zutreffend Will Kymlicka Politische Philosophie heute, 1997, 189). Aber auch die Gegenseite des Liberalismus ist kulturalistisch nicht sensibel, s. etwa Ronald Dworkin *A Matter of Principle*, 1985 (Nachdruck 1992), 229 f., ders. *Sovereign Virtue*, 2000, 229. Zur Frage, inwiefern der Kommunitarismus als Deutungsfolie für das Grundgesetz taugt, s. weiter Ulrich R. Haltern Kommunitarismus und Grundgesetz, KritV 83 (2000), 153 (eine Kritik an Bruggers Konzeption); Alexander Thiele Kommunitarismus und Grundgesetz, in: Reese-Schäfer (Fn. 24), 465. Eine genuine Rechtstheorie hat der Kommunitarismus eigentlich nie entwickelt.

II. Gesellschaftsstruktur

1. Zugehörigkeitsbeziehungen

Zugehörigkeit ist eine soziale Beziehung,²⁵ d.h. eine Art der Verbindung mit anderen.²⁶ Es gibt unendlich viele Formen mehr oder weniger stabiler, mehr oder weniger intensiver solcher Beziehungen.²⁷ In Familie, Verein, Partei, Staat sind sie hochgradig verdichtet. Formalisiert werden sie als Mitgliedschaft in einer Organisation. Zugehörigkeit stellt soziale Teilhabe und in diesem Sinne Partizipation dar. Sie kann im Wege einer Selbstbeschreibung und im Wege einer Fremdbeschreibung bestimmt werden; beides passt nicht notwendigerweise zueinander.²⁸

Manche Zugehörigkeitsbeziehungen werden rechtlich gestaltet.²⁹ Schon die Rechtssubjektivität ist eine Form von Zugehörigkeit, nämlich zur Rechtsgemeinschaft.³⁰ Rechtliche Zugehörigkeitsbeziehungen sind die Mit-

²⁵ Die Soziologie versteht darunter einen bestimmten Handlungszusammenhang, s. Max Weber Wirtschaft und Gesellschaft, 1972 (Nachdruck 1980), 13; präzisierend Alfred Schütz Der sinnhafte Aufbau der sozialen Welt, 1932, 169. Auf „Bundesgenossen, Zusammengehörende, Zugehörige“ stellt Stephan Rixen Gestaltung des demographischen Wandels als Verwaltungsaufgabe, VVDStRL 74 (2015), 293 (305), ab.

²⁶ Identität wird in der einschlägigen Literatur oft auch als Zugehörigkeit beschrieben. So verwendet Sen Identitätsfalle (Fn. 3), 38, die Begriffe der Identität und der Zugehörigkeit – im Original: *affiliation*, s. ders. Identity and Violence, 2007, 23 – austauschbar; auch Burkhard Liebsch Moraleische Spielräume, 1999, 75 ff.; Redaktion Schwerpunkt: Multiple Identitäten in modernen Gesellschaften, ZPol 28 (2018), 203; Identität als *sense of belonging* bei Haltern Europarecht (Fn. 3), 107. Umgekehrt ist dies nicht der Fall.

²⁷ Max Weber Ueber einige Kategorien der verstehenden Soziologie (1913), in: ders., Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 7. Aufl. 1988, 427 (451), spricht von der „Stufenleiter der Entwicklung von der Gelegenheitsvergesellschaftung ausgehend und fortschreitend zum perennierenden ‚Gebilde‘“. „Herkömmliche“ Gruppen des Rechts bei Froese Mensch (Fn. 20), 120 ff.

²⁸ Hinzu kommt, dass dabei jeweils zwischen Teilnehmer- und Beobachterperspektive zu unterscheiden ist (so schon Schütz, s. Fn. 25); zur Außenbetrachtung einschlägiger Fragen siehe Patricia Wiater Kulturpluralismus als Herausforderung für Rechtstheorie und Rechtspraxis, 2009, 55.

²⁹ Hier spielen aber soziale Normen eine wichtige Rolle, vgl. Heinrich Popitz Die normative Konstruktion von Gesellschaft, 1980.

³⁰ Die Festlegung rechtlicher Zugehörigkeit kann auch ein Mechanismus der Rechts-technik sein, der sich nicht sinnvoll als Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe deuten lässt. Hier steht die Klassifikation bestimmter Gruppen im Vordergrund (Bsp.: Kaufmann nach § 1 HGB – jedoch lassen die §§ 346, 347 HGB noch die Anknüpfung an den Kaufmannsstand als Gruppe erkennen). Solche Kategorien dienen schlicht der personalen Festlegung derjenigen Personen, die bestimmte gesetzliche Berechtigungen und Verpflichtungen haben. Unter einem anderen Aspekt lassen sich die verschiedenen Teilrechtsfähigkeiten (Namensfähigkeit, Grundrechtsfähigkeit, Parteifähigkeit im Prozess etc.) als rechtlich definierte Rollen verstehen, vgl. Ulrich K. Preuß Die Internalisierung des Subjekts, 1979, 81 ff.

gliedschaft im privaten Verein ebenso wie diejenige in den Gebiets- und den Personalkörperschaften des öffentlichen Rechts.³¹ Ein wichtiges Beispiel sind die Staatsangehörigkeit³² sowie die föderalen Angehörigkeiten.³³

³¹ Städte spielen in jüngerer Zeit eine wichtige Rolle, s. *Benjamin R. Barber If Mayors Ruled the World*, 2013; *Helmut Philipp Aust Das Recht der globalen Stadt*, 2017; *Verena Frick Staat, Stadt und Grenzen politischer Mitgliedschaft*, JöR 70 (2022), 655.

³² Im migrationsrechtlichen Kontext wird Zugehörigkeit (*belonging*) häufig enger und zwar von vorneherein im Sinne einer bestimmten Form von Zugehörigkeit, nämlich der politischen, verstanden. Im Vordergrund steht dabei die formale Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit bzw. an ein Aufenthaltsrecht (so bei *Danielle S. Allen* Politische Gleichheit, 2022, 150 ff.; der Sache nach *Christian Walter* Der Bürgerstatus im Lichte von Migration und europäischer Integration, VVDStRL 72 [2013], 1 [40]; nur bezogen auf die Staatsangehörigkeit *Rainer Bauböck* Political Membership and Democratic Boundaries, in: *Ayelet Shachar/Rainer Bauböck u. a. [Hrsg.] The Oxford Handbook of Citizenship*, 2020, 60 [65]; *Helen Irving Allegiance, Citizenship and the Law*, 2022; *Nicole Stokes-DuPass/Ramona Fruja* [Hrsg.] *Citizenship, Belonging, and Nation-States in the Twenty-First Century*, 2016; *Jürgen Mackert Kampf um Zugehörigkeit*, 1999; *Florian Elliker Demokratie in Grenzen*, 2013). Teilweise rückt auch material die an diese Status anknüpfende soziale Integration in den Blick (so bei *Nira Yuval-Davis Belonging and the Politics of Belonging, Patterns of Prejudice* 40 [2006], 197; *Pfaff-Czarnecka* Zugehörigkeit [Fn. 3], 19 ff.; breiter auch *Daniel Thym* Migrationsfolgenrecht, VVDStRL 76 [2017], 169 [185 ff.]); während andere gerade Zugehörigkeit im Sinne des *belonging* von der Mitgliedschaft unterscheiden (*Marcus Llanque The Concept of Citizenship Between Membership and Belonging*, in: *Rainer-Olaf Schultze/Katja Sarkowsky/Sabine Schwarze [Hrsg.] Migration, Regionalization, Citizenship*, 2015, 101). Zum Begriff des *belonging* in der Anthropologie s. *Olaf Zenker The Politics of Belonging*, in: *Marie-Claire Foblet/Mark Goodale u.a. (Hrsg.) The Oxford Handbook of Law and Anthropology* (Online edition), 2020.

³³ Vgl. *Rolf Grawert* Staat und Staatsangehörigkeit, 1973, 22 ff. (Angehörigkeitspluralität nach Reichs- und Landesrecht); *Christoph Schönberger* Unionsbürger, 2020, 128 (Angehörigkeit als die Beziehung zu öffentlichen Gebietskörperschaften; zur Mehrebenenangehörigkeit ebd., 138 f.); *Alexander Graser* Gemeinschaften ohne Grenzen?, 2012, 67 ff. (zur „Multiplizität der Zugehörigkeiten“, bezogen auf Gemeinde/Bundesland/Nationalstaat/EU, ebd., 212); *Willem Maas* Multilevel Citizenship, in: *Shachar/Bauböck/Bloemraad u. a., Handbook* (Fn. 32), 644; *Anna Meine* Komplementäre Bürgerschaften, 2017. Zum Mitgliederbezug im Körperschaftsbegriff klarend *Stephan Kirste* Theorie der Körperschaft des öffentlichen Rechts, 2017, 60. Die rechtliche Zugehörigkeit wurde im Nationalsozialismus totalisiert: Die vielfältigen „Gliedstellungen“ des Einzelnen erhielten ihren rechtlichen Gehalt unmittelbar aus der jeweiligen Gemeinschaft, auf die sie sich bezogen (*Theodor Maunz Verwaltung*, 1937, 52 f.). Der Begriff der Volkszugehörigkeit gewann schon in der Weimarer Republik Verbreitung (*Ferdinand Weber* Staatsangehörigkeit und Status, 2018, 147 ff.). Die Angehörigkeitsbeziehung ist von der Zugehörigkeitsbeziehung zu unterscheiden. Gemeinschaften kombinieren zwei Arten von sozialen Beziehungen, nämlich sowohl die Beziehungen der Mitglieder untereinander als auch die Beziehungen der Mitglieder zur Gemeinschaft selbst. Zur Angehörigkeitsbeziehung gehört die Vorstellung, dass die Gemeinschaft ihre Mitglieder repräsentiert (dazu *Dietmar v. d. Pfordten* Normativer Individualismus und das Recht, JZ 2005, 1069 [1078]; *ders.* Rechtsethik, 2. Aufl. 2011, 241, der dies als „primäre Repräsentation“ von der Repräsentation der Mitglieder durch ihre Organe

Jenseits der formalen Mitgliedschaft wird es schnell unübersichtlich. Eine bloße Parallelität von Eigenschaften ist uninteressant: Diejenigen, die die gleiche Schuhgröße haben, bilden keine Gruppenidentität aus.³⁴ Dazwischen gibt es ein breites Spektrum unterschiedlich dichter und stabiler Beziehungen.³⁵

2. Soziale Ich-Identität

Der klassische politische Liberalismus interessiert sich für Handlungen, nicht für Identität.³⁶ Es kommt nicht darauf an, was ich bin, sondern

unterscheidet). Der Begriff der Angehörigkeit betrifft das Verhältnis der Mitglieder zur Gemeinschaft – also im Kontext des Migrationsrechts: die Zuordnung von Personen zu Staaten, vgl. *Anuscheh Farahat* Progressive Inklusion, 2014, 43 ff. –, derjenige der Zugehörigkeit hingegen die Verhältnisse der Mitglieder untereinander.

³⁴ Vgl. *Sen* Identitätsfalle (Fn. 3), 40.

³⁵ Die Sozialwissenschaften haben dafür ganz unterschiedliche Phänomenologien entwickelt: etwa – im Anschluss an *Robert P. Putnam* – das *bonding* (auf Verwandtschaft oder Freundschaft beruht), das *bridging* (das als lose Beziehung bei Alter, Rasse, Religion, Beruf etc. besteht) und das *linking* (das vertrauensvolle Beziehungen meint), vgl. *Allen Gleichheit* (Fn. 32), 105. Für die Konstitution „natio-ethno-kultureller“ Zugehörigkeit stellt *Paul Mecheril* Prekäre Verhältnisse, 2003, 57 ff., auf Mitgliedschaft, Handlungswirksamkeit und Biographie ab.

³⁶ Sichtbar insbesondere bei *Immanuel Kants* Unterscheidung der Legalität und Moralität von Handlungen, die einen zentralen liberalen Grundsatz zum Ausdruck bringt, s. *Immanuel Kant* Die Metaphysik der Sitten (1797), in: ders., Akademie-Textausgabe, Bd. VI, 1968, 203 (214). Auch Identitäten können aber handlungsleitend wirken, vgl. *Appiah* Lies (Fn. 22), 9. *Kant* kennt nur drei Positionen des Einzelnen: Mensch, Untertan, Bürger. Im bürgerlichen Zustand, als Rechtszustand betrachtet, ist der Mensch als Glied der Soziät frei, als Untertan gleich und als Bürger (d. h. Mitgesetzgeber) selbstständig, s. *Immanuel Kant* Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis (1793), in: ders., Akademie-Textausgabe, Bd. VIII, 1968, 273 (290). Im klassischen philosophiegeschichtlichen Narrativ ist es dann *Georg Friedrich Wilhelm Hegel*, der mit seiner Theorie der Sittlichkeit die Vergemeinschaftung des Einzelnen in der Familie, in der bürgerlichen Gesellschaft und im Staat genauer in den Blick nimmt, s. *Georg Wilhelm Friedrich Hegel* Werke, Bd. 7: Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse (1821), 1986, 292 ff. (Dritter Teil). Freiheit kommt für *Hegel* zunächst nicht dem Einzelnen, sondern bestimmten sozialen Sphären zu (so die Interpretation bei *Axel Honneth* Leiden an Unbestimmtheit, 2001; systematisch ausgebaut in ders. Das Recht der Freiheit, 2011). Bei *Kant* gehört die Gemeinschaftlichkeit des Menschen zur Anthropologie, nicht zur Rechtslehre; das Verhältnis zu anderen interessiert rechtlich allein unter dem Aspekt der Gleichheit; so etwa die „ungesellige Geselligkeit“ der Menschen, vgl. *Immanuel Kant* Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht (1784), in: Akademie-Textausgabe, Bd. VIII, ebd., 15 (20); zur Gleichheit ders. Die Metaphysik der Sitten ebd., 237. Als die Staatsrechtslehrervereinigung im Jahr 2002 über „Europäische und nationale Identität“ diskutierte, stützte *Armin von Bogdandy* seine Überlegungen zu einer „Verfassungsidentitätspolitik“, die an die Kette liberalen Rechtsden-

was ich mache.³⁷ Die Dinge haben sich verändert, wie schon das alltägliche Sprechen zeigt. Heute ist, wer an Autismus leidet, nicht ein Mensch mit Autismus, sondern ein Autist. Es ist empirisch nachweisbar, dass diese etikettierende Redeweise zunimmt.³⁸ „Identität“ zählt also.

Nun ist aber dieser Begriff alles andere als klar.³⁹ Unser Thema betrifft die Identität der einzelnen Person, die Ich-Identität, die von der Identität einer Gemeinschaft, der Wir-Identität, zu unterscheiden ist.⁴⁰ Sofern die Ich-Identität aus dem Verhältnis des Einzelnen zu sich selbst erwächst, kann man von personaler Identität sprechen, im Gegensatz zur sozialen Identität des Einzelnen, die im Verhältnis zu anderen verankert ist.⁴¹ In die-

kens gelegt werden sollte, auf die spannungsvolle, oder vielleicht: dialektische – Einschätzung: „Hegel beschreibt richtig, aber Kant hat Recht“, *Armin von Bogdandy* Europäische und nationale Identität, VVDStRL 62 (2003), 156 (160). Im Ergebnis nicht anders *Jürgen Habermas* Noch einmal: Zum Verhältnis von Moralität und Sitlichkeit, in: Rainer Forst/ Klaus Günther (Hrsg.) Normative Ordnungen, 2021, 25; zum Ganzen jüngst *Eberhard Denninger* Vernünftige Freiheit, ARSP 108 (2022), 340.

³⁷ Zur Unterscheidung von Selbstheit (Wer bin ich) und Selbigekeit (Was bin ich) *Paul Ricœur* Das Selbst als ein Anderer, 2. Aufl. 2005, 16, 144 ff.; *Rosa* Identität (Fn. 7), 47.

³⁸ *Fritz Breithaupt* Das narrative Gehirn, 2022, 237. In der Behindertenpädagogik ist von *person-first language* vs. *identity-first language* die Rede.

³⁹ Das Verständnis dieses Begriffs hängt stark von disziplinären Kontexten ab. Auch innerhalb der verschiedenen Disziplinen wird er alles andere als einheitlich verwendet. Aufbereitung aus juristischer Sicht bei *Augsberg* Gleichheit (Fn. 3), 25 ff.; Überblicke über die sozialwissenschaftliche Literatur bei *Heinz Abels* Identität, 3. Aufl. 2017; *Benjamin Jörissen/Jörg Zirfas* (Hrsg.) Schlüsselwerke der Identitätsforschung, 2010. Aus den mittlerweile notorischen Zurückweisungen des Begriffs der Identität – inhaltsleer, analytisch wertlos etc. – ragt heraus: *Rogers Brubaker/Frederick Cooper* Beyond ‚Identity‘, Theory and Society 29 (2000), 1.

⁴⁰ Die Identität von Kollektiven wird etwa als kulturelle Identität einer Nation greifbar; vgl. *Arnd Uhle* Freiheitlicher Verfassungsstaat und kulturelle Identität, 2004, 14; *Stefan Korioth* Europäische und nationale Identität, VVDStRL 62 (2003), 117; *Ernst-Wolfgang Böckenförde* Die Nation – Identität in Differenz, in: ders., Staat, Nation, Europa, 1999, 34; *Walter Kälin* Grundrechte im Kulturkonflikt, 2000, 76 ff.; allgemein zur Identität einer Gemeinschaft *Bernhard Giesen* Kollektive Identität, 1999; *Jürgen Habermas* Können komplexe Gesellschaften eine vernünftige Identität ausbilden? (1974), in: ders., Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus, 2. Aufl. 1976, 92; *Rosa* Identität (Fn. 7), 47. Hingegen – trotz gleichem Titel – stärker auf die personale Identität (als „soziale“) konzentriert: *Bogdandy* Identität (Fn. 36). Ein Sonderfall ist die „Verfassungsidentität“, dazu nur *Monika Polzin* Verfassungsidentität, 2018. Kollektive Identität ist manchen ideologisch oder ontologisch verdächtig. Das erste bei *Lutz Niethammer* Kollektive Identität, 2000; das zweite bei *Jürgen Straub* Personale und kollektive Identität, in: Aleida Assmann/ Heidrun Friese (Hrsg.) Identitäten, 1999, 73 (102); *Peter Wagner* Die Problematik der „Identität“ und die Soziologie der Moderne, in: *Jürgen Straub/Joachim Renn* (Hrsg.) Transitorische Identität, 2002, 303 (315 f.).

⁴¹ Die Terminologie folgt im Grundsatz *Bogdandy* Identität (Fn. 36), 157; weiter *Konrad Thomas* Zugehörigkeit und Abgrenzung, 1997, 19 ff. Zur Begriffsgeschichte und -verwen-

ser sozialen Identität können sich Ich- und Wir-Identität jedoch miteinander verschränken.⁴² Dazu kommt es dann – und das ist für unser Thema bedeutsam –, wenn sich jemand entweder selbst mit einer Gruppe identifiziert oder von anderen der Gruppe zugeordnet wird.⁴³

Solche Fremdzuschreibungen stellen gerade Diskriminierungen wegen der Rasse, des Geschlechts etc. dar. Sie kommen gewissermaßen auf das Subjekt zu. Diskriminiert wird die einzelne Person, aber als Zugehörige einer Gruppe.⁴⁴ Gänzlich fremdbestimmt ist diese Art von Zugehörigkeit aber nicht. Denn rechtlich greifbar wird – oder jedenfalls: wurde einmal – jede Diskriminierung erst mit dem Protest der diskriminierten Person. Die antidiskriminierungsrechtlichen Kategorien sind aus diesem Protest erwachsen. Auf Beziehungen zwischen den Gruppenmitgliedern kommt es nicht unbedingt an. Man hat erst einmal nur etwas gemeinsam.⁴⁵ Aber dies

dung s. aus dem juristischen Kontext die zahlreichen Nachweise bei *Uhle* Verfassungsstaat (Fn. 40), 1 ff.

⁴² Hinzu kommt die – auf Kriminelle und Feinde bezogene – Ausgrenzung als Modus der Identitätsbildung, der neben dialogisch-diskursiver Strukturen steht, s. *Hans Joas* Kreativität und Autonomie, in: Annette Barkhaus/Matthias Mayer u. a. (Hrsg.) Identität, Leiblichkeit, Normativität, 1996, 357 (366 f.).

⁴³ In diesen Sinne etwa *Descombes* Rätsel (Fn. 3), 23; *Straub* Identität (Fn. 40), 73; *Rosa* Identität (Fn. 3), 69; *Georg Auernheimer* Identität und Identitätspolitik, 2020, 37; *Peter Wagner* Die Problematik der „Identität“ und die Soziologie der Moderne, in: *Straub/Renn*, Identität (Fn. 40), 303; *Wieviorka* Differenzen (Fn. 16), 163; *Jürgen Habermas* Anerkennungskämpfe im demokratischen Rechtsstaat, in: Charles Taylor, Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung, 2009, 123 (143); *Udo Tietz* Die Grenzen des „Wir“, 2002, 55 ff., 134 f., 204 ff.; auch *Jean-Luc Nancy* Singulär plural sein, 2012, 105 („niemals Identität, immer Identifizierungen“); *Froese* Mensch (Fn. 20), 56 ff. Hingegen nur als Selbstbeschreibung von Gruppen bei *Schorkopf* Staat (Fn. 17), 19. Die Identifizierung ist häufig, nicht begrifflich zwingend (*Simon Keller* The Limits of Loyalty, 2007, 163 ff.), mit Loyalität gegenüber der jeweiligen Gruppe als einer praktischen Disposition verbunden, und umgekehrt mit Loyalitätserwartungen seitens der anderen Mitglieder, s. *John Kleinig* Loyalty, Summer 2022 Edition, Abschn. 3.1 <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2022/entries/loyalty>> (Stand: 5.11.2022). *Froese* Mensch (Fn. 20), 32 ff., 422 ff., betont in diesem Zusammenhang umfassender das Wirken von „Gruppenlogiken“.

⁴⁴ „Menschen werden also als Kollektive adressiert, ohne über diese Zugehörigkeit selbst entschieden zu haben.“, *Lea Susemichel/Jens Kastner* Identitätspolitiken, 3. Aufl. 2021, 8. Identitätspolitik muss Menschen zu Gruppen „verdinglichen“, so – einseitig – *Descombes* Rätsel (Fn. 3), 48. Dementsprechend lassen sich intentionale, selbst-identifizierte Vergesellschaftung (Zugehörigkeit im Sinne des Textes) und nicht-intentionale, subjektivierende Konstruktion von Identität bzw. Differenz unterscheiden, vgl. *Emcke* Identitäten (Fn. 3), 19; ähnlich *Mangold* Inklusion (Fn. 16), 315 ff.

⁴⁵ Vgl. *Susanne Baer/Nora Markard* in: Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.) GG I, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 3 Rn. 412. Geschlecht nicht als Gruppe (im Sinne eines aktiv sich um gemeinsame Ziele bildenden Kollektivs), sondern als Serie (deren Mitglieder passiv vereint werden, indem ihre individuellen Ziele auf dieselben Objekte gerichtet sind; die Unterscheidung bei *Jean-Paul Sartre* Kritik der dialektischen

schließt es nicht aus, dass die zusammengefassten Personen in der Selbst- oder der Fremdwahrnehmung eine Gemeinschaft darstellen.

Auch die gruppenbezogenen Kategorien des Antidiskriminierungsrechts werfen ein Licht auf die Gesellschaftsstruktur. Damit soll nicht behauptet werden, dass es die entsprechenden Gruppen „wirklich“ gibt; diese Konsequenz gilt in der Identitätspolitik als eigentlich zu vermeidender Essentialismus.⁴⁶ Die Kategorien sind Ausdruck von bestehenden, häufig diffusen Wahrnehmungen, Erfahrungen und Praxen.⁴⁷ Protest zeigt dabei eigentlich nur Störungen an. Häufig ist er gar nicht erforderlich. Die Menschen behandeln einander in vielen Hinsichten gleich.⁴⁸ Die Kategorien der Gruppendiskriminierung machen insofern darauf aufmerksam, dass der Sinn vieler sozialer Handlungen (auch) darin besteht, Diskriminierungen zu vermeiden.⁴⁹ Während wir also mit dem begrifflichen Arsenal der

Vernunft, Bd. 1: Theorie der gesellschaftlichen Praxis, 1967, 270 ff.), s. *Iris Marion Young* Geschlecht als serielle Kollektivität, in: Institut für Sozialforschung Frankfurt (Hrsg.) Geschlechterverhältnisse und Politik, 1995, 223 (237 ff.). Nach *Young* ist dies so auch bei Rasse und Nationalität denkbar (ebd., 251).

⁴⁶ Gemeint ist also die Schwierigkeit, Identitäten erst einmal setzen zu müssen, um die damit verbundenen Diskriminierungen bekämpfen zu können; auch: Paradox der Identitätspolitik. Zum Ganzen *Seyla Benhabib* Kulturelle Vielfalt und demokratische Gleichheit, 2. Aufl. 2000, 19; *Susemichel/Kastner* Identitätspolitiken (Fn. 44), 8; *Anna Katharina Mangold* Repräsentation von Frauen und gesellschaftlich marginalisierten Personengruppen als demokratietheoretisches Problem, in: *Marion Eckertz-Höfer/Margarete Schuler-Harms* (Hrsg.) Gleichberechtigung und Demokratie – Gleichberechtigung in der Demokratie, 2019, 109 (121); *Jens Kersten* Die Notwendigkeit der Zuspitzung, 2020, 123; *Astrid Séville* Identitätspolitik als Strategie der Entprivilegierung, in: *Kersten/Rixen/Vogel, Ambivalenzen* (Fn. 14), 97; *Baer/Markard* in: von *Mangoldt/Klein/Starck*, GG I (Fn. 45), Art. 3 Abs. 3 Rn. 374; *Susanne Baer* Das Kategorienproblem und die Herausbildung eines postkategorialen Antidiskriminierungsrechts, in: *Mangold/Payandeh*, Handbuch Antidiskriminierungsrecht (Fn. 14), § 5 Rn. 38 ff.

⁴⁷ Auch im Sinne bewusster, emphatischer Selbstidentifikation, s. *Kwame Anthony Appiah* The Ethics of Identity, 2005, 112.

⁴⁸ Nach meinem Eindruck blendet die antidiskriminierungsrechtliche Forschung, trotz ihrer interdisziplinären Aufgeschlossenheit (s. nur *Mangold/Payandeh* in: Handbuch Antidiskriminierungsrecht [Fn. 14], § 1 Rn. 65), diesen gesellschaftlichen Aspekt völlig aus; sozialwissenschaftliches Instrumentarium wird allein für die Erfassung von Diskriminierungshandlungen (ausführlich *Stefan Magen* Verhaltenswissenschaftliche Aspekte des Antidiskriminierungsrechts, in: *Mangold/Payandeh*, Handbuch Antidiskriminierungsrecht [Fn. 14], § 3) sowie im Zusammenhang mit der Rechtsdurchsetzung (*Michael Grünberger/André Reinelt* Konfliktlinien im Nichtdiskriminierungsrecht, 2020) genutzt. Dies entspricht einer verbreiteten Vernachlässigung der Normbefolgung, s. aber *Patrick Hilbert/Jochen Rauber* (Hrsg.) Warum befolgen wir Recht, 2019.

⁴⁹ Keinesfalls stets so eindeutig, wie es die juristischen Kategorien beschreiben, vgl. *Wolfgang Däubler*, in: *Wolfgang Däubler/Thorsten Beck* (Hrsg.) Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 5. Aufl. 2022 § 4 Rn. 7 („In der Realität werden Diskriminierungen nicht von Juristen begangen, die vorher § 1 gelesen haben.“); *Eberhard Eichenhofer* Diskriminie-

„Zugehörigkeit“ das vielfältige Zusammenwirken von Handlungen vergleichsweise unmittelbar erfassen können, beschreiben die antidiskriminierungsrechtlichen Kategorien eine eher unsichtbare, gleichwohl wirksame Gesellschaftsstruktur.

Identität kann politisch, ethnisch, kulturell, religiös und noch auf viele andere Weisen bestimmt sein. Diese Aufzählung suggeriert eine Eindeutigkeit, die nicht besteht. Dies gilt gerade für die Kategorie der kulturellen Identität. Sie ist außerordentlich unscharf, was zum einen daran liegt, dass hier häufig ganz unterschiedliche Aspekte wie Religion, Einstellungen und Lebensführung zusammenspielen,⁵⁰ zum anderen daran, dass sich „Kultur“ ihrerseits nicht als scharf abgrenzbares und unveränderliches Gebilde verstehen lässt.⁵¹

III. Die operative Dimension der Multiplizität

Bislang war nur von Zugehörigkeit und Identität die Rede, nicht aber davon, wie sie sich im Einzelnen kreuzen und bündeln. Es zeigt sich, dass dabei Regeln eine erhebliche Rolle spielen, auf unterschiedliche Weise.

1. Regeln für Zugehörigkeitsbeziehungen

Die Einzelnen organisieren ihre Zugehörigkeitsbeziehungen durch ein Geflecht von Erwartungen, Konventionen, sozialen Regeln und rechtlichen Regeln. Diese Regeln erfüllen verschiedene Funktionen. Viele Fragen des Staatsorganisations- und Verwaltungsorganisationsrechts haben Entsprechungen in anderen Bereichen des gesellschaftlichen Lebens: die Ein-

rung wegen der Rasse, ethnischen Herkunft, des Alters und der Behinderung, in: Ursula Rust (Hrsg.) *Die Gleichbehandlungsrichtlinien der EU und ihre Umsetzung in Deutschland*, 2003, 73 (76).

⁵⁰ Uhle Verfassungsstaat (Fn. 40), 13, verweist auf Sprache, Geschichte, Religion, Sitten, Institutionen; Matthias Wagner Kulturelle Integration und Grundgesetz, 2020, 19, versteht kulturelle Identität als „Sammelbegriff für subjektive, die individuelle und kollektive Lebensführung betreffende Überzeugungen“; weiter Kälin Grundrechte (Fn. 40), 28 f. Auch eine glasklare Abgrenzung zur ethnischen Identität ist nicht möglich, da diese häufig in Verbindung mit kulturalistischen Erwägungen behandelt wird, vgl. Thomas Zugehörigkeit (Fn. 41), 63 ff. (biologische Verwandtschaft plus gemeinsame Geschichte und Sprache); Kälin Grundrechte (Fn. 40), 77; zum Nationalstaat als Garanten von Ethnizität und Kulturalität Ulrich Vosgerau Staatliche Gemeinschaft und Staatengemeinschaft, 2016, 114 f.

⁵¹ Vgl. Gabriele Britz Kulturelle Rechte und Verfassung, 2000, 68 ff.; Christoph Möllers Pluralität der Kulturen als Herausforderung an das Verfassungsrecht?, in: Dreier/Hilgendorf (Fn. 17), 223; François Jullien Es gibt keine kulturelle Identität, 2017.

heitsbildung, das Handeln für die Gemeinschaft, der Schutz der Rechte der Gruppenmitglieder gegenüber der Gemeinschaft,⁵² die Repräsentation der Einzelinteressen in der Gruppe, die Koordination von Zugehörigkeiten.

Für das Operieren in Organisationen⁵³ ermöglicht es das Institut der Organschaft, individuelle Handlungen als solche der Organisation zu erfassen.⁵⁴ Als „Amt“ kann die Organschaft weiter spezifiziert werden.⁵⁵ Die Koordinationsregeln lassen sich kaum systematisieren.⁵⁶ Die *innerkategoriale* Koordination betrifft die Abstimmung verschiedener Gruppenzugehörigkeiten der gleichen Art: mehrere Familien, mehrere Vereine, mehrere Staaten. Eine doppelte Parteimitgliedschaft ist etwa nicht nach dem Parteien gesetz unzulässig, aber nach den Parteistatuten. In der Patchwork-Familie beruht die Koordination im Wesentlichen auf einer Aushandlung, die

⁵² Allgemein zur grundrechtlichen Durchdringung gesellschaftlicher (und staatlicher) Organisationen *Hans Heinrich Rupp Vom Wandel der Grundrechte*, AöR 1976, 161 (187 ff.); konkret zu Minderheiten innerhalb von Minderheitengruppen s. *Mecheril Verhältnisse* (Fn. 35), 395.

⁵³ Organisationen sind „geordnete Handlungsgefüge“, die eine Einheit ausbilden, das gilt für eine organisierte Feuerlöschaktion wie für den Staat, vgl. *Heller Staatslehre* (Fn. 1), 340. Das jüngst verstärkte Interesse am „Organisationsverfassungsrecht“ (s. *Julian Krüper/Arne Pilniok [Hrsg.] Organisationsverfassungsrecht*, 2019) konzentriert sich auf die Staatsorganisation und sucht, soweit ersichtlich, nicht den Binnenvergleich mit der privatrechtlichen Verfassung von Organisationen.

⁵⁴ Das ist das große Thema bei *Hans J. Wolff Organschaft und juristische Person*, Bd. 1, 1933 (Nachdruck 1968); *ders. Organschaft und juristische Person*, Bd. 2, 1934 (Nachdruck 1968); näher *Andreas Funke Pedanterie oder Perspektive*, in: *Carsten Kremer (Hrsg.) Die Verwaltungsrechtswissenschaft in der frühen Bundesrepublik (1949–1977)*, 2017, 49. Bei der Familie spielt diese Frage keine Rolle, sie handelt nicht als solche nach außen.

⁵⁵ Im öffentlichen Recht ermöglichen es also die entsprechenden Regeln, die politischen Rollen der Einzelnen von ihren sonstigen Zugehörigkeiten unterscheiden. Problematisch sind (1) die Zuordnung von Handlungen zu dieser Rolle (vgl. für Verfassungsorgane aus der jüngeren Rechtsprechung BVerfGE 138, 102 [118, Rn. 56]; 154, 320 [340, Rn. 59]; BVerfG, Urt. v. 15.6.22, 2 BvE 4/20, juris, Rn. 80 ff.), (2) die Frage, welche Handlungen *innerhalb* der Rolle rechtlich zulässig sind (für Verfassungsorgane: BVerfGE 136, 323 [331 ff., Rn. 23 ff.]; 138, 102 [109 ff., Rn. 26 ff.]; 154, 320 [333 ff., Rn. 43 ff.]; BVerfG, Urt. v. 15.6.22, 2 BvE 4/20, juris, Rn. 73 ff.), (3) die Relevanz der Amtsstellung für private Handlungen (so enthält das Beamtenrecht besondere Pflichten, s. § 33 BeamStG – bis hin zu der Frage, ob sich Verfassungsrichter dafür aussprechen dürfen, das Grundgesetz nach Art. 146 abzulösen, vgl. *Martin Nettesheim „Wo endet das Grundgesetz?“ Verfassungsgebung als grenzüberschreitender Prozeß*, Der Staat 51 [2012], 313 [335]). Zur Abgrenzung von Amt und Organ *Ralf Dreier Das kirchliche Amt*, 1972, 124 ff.; zur Gemeinwohlbindung des öffentlichen Amtes *Josef Isensee Gemeinwohl und öffentliches Amt*, 2014, 113; *Klaus Ferdinand Gärditz Das Amtsprinzip und seine Sicherung bei Verfassungsorganen*, JöR 64 (2016), 1 (7); zur Performanz im Amt *Armin Steinbach Das Amt in einer Gesellschaft der Singularitäten*, ARSP 108 (2022), 228.

⁵⁶ Kontrastierende (verschiedene Gruppen innerhalb derselben Kategorie) und nichtkontrastierende (verschiedene Kategorien) Identitäten: *Sen Identitätsfalle* (Fn. 3), 42.

nur grob durch die Regelungen des Familienrechts, etwa über die elterliche Sorge, gesteuert wird. Usw.⁵⁷ Eine typische Regel der *interkategorialen* Koordination ist beispielsweise, dass Kleriker der katholischen Kirche nach kanonischem Recht keine Ehe schließen dürfen.⁵⁸ Aus dem Staatsrecht sind die zahlreichen Inkompabilitätsregelungen zu nennen.⁵⁹

Es versteht sich von selbst, dass diese Koordinationsregeln Loyalitätskonflikte nicht ausschließen können. Die Bewältigung dieser Konflikte obliegt dem oder der Einzelnen und ist eine Angelegenheit der Freiheitsrechte.

2. *Antidiskriminierungsrechtlich: mehrdimensionale Diskriminierung*

Im zweiten Pfad unserer Beschreibung der Gesellschaftsstruktur hat sich gezeigt, dass die antidiskriminierungsrechtlichen Kategorien die Wahrnehmung von Gruppen produzieren und dadurch handlungsleitend werden. Auch dabei kommt es zu Überlappungen. Die Personen können aus mehreren Gründen (gruppen-)diskriminiert werden, kumulativ oder im Zusammenwirken.⁶⁰ Letzteres wird mit der Figur der Intersektionalität erfasst. Dieses Konzept soll die Aufmerksamkeit dafür schärfen, dass sich Diskriminierungsmerkmale kreuzen können. In der Betrachtung von Gruppen wirkt das Konzept als Vervielfachung des Differenzierungsgebots: „Differenz“ ist auch innerhalb der durch ein bestimmtes Diskriminierungsmerkmal bestimmten Gruppe in den Blick zu nehmen.⁶¹

⁵⁷ Mehrfache Staatsangehörigkeit (als politische Zugehörigkeit) ist nur eingeschränkt zulässig, vgl. § 25 StAG. Die Mitgliedschaft in den öffentlich-rechtlichen Personalkörperschaften lässt sich gegenständlich abgrenzen, untersteht aber auch Regeln zu Mehrfachmitgliedschaften, s. etwa § 2 Abs. 3 IHK-G für Handwerkskammern.

⁵⁸ Codex Iuris Canonici, can. 277.

⁵⁹ Bsp.: Art. 55 GG für den Bundespräsidenten. Regeln aus der Staatspraxis kommen hinzu, wie diejenige, dass der Bundespräsident die Parteimitgliedschaft ruhen lässt. Aufzählung der Inkompabilitätsregelungen bei *Gärditz* Amtsprinzip (Fn. 55), 24.

⁶⁰ Vgl. *Elisabeth Holzleithner* Mehrfachdiskriminierung im europäischen Rechtsdiskurs, in: Ulrike Hormel/Albert Scherr (Hrsg.) Diskriminierung, 2010, 95; *Grünberger* Gleichheit (Fn. 16), 595 ff.; *Anna Katharina Mangold* Mehrdimensionale Diskriminierung – Potentiale eines materialen Gleichheitsverständnisses, RPhZ 2 (2016), 152; *Ute Sacksofsky* Was heißt: Ungleichbehandlung „wegen“?, in: Simon Kempny/Philipp Reimer (Hrsg.) Gleichheitssatzdogmatik heute, 2017, 63 (81, 87); *Nils Weinberg* Ansätze zur Dogmatik der intersektionalen Benachteiligung, EuZA 2020, 60; *Baer/Markard*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG I (Fn. 45), Art. 3 Abs. 3 Rn. 442; *Elisabeth Holzleithner* Intersektionale (mehrdimensionale) Diskriminierung, in: *Mangold/Payandeh*, Handbuch Antidiskriminierungsrecht (Fn. 14), § 13.

⁶¹ S. *Kimberle Crenshaw* Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color, Stanford Law Review 43 (1991), 1241 (1242); *Mangold*

IV. Vielfache Zugehörigkeit in der Grundrechtssystematik

1. Individualrechte, Gruppenrechte, Minderheitenrechte

Die Gesellschaftsstruktur vielfacher Zugehörigkeit ist im Wesentlichen eine Angelegenheit der individuellen Freiheitsrechte. Gruppenrechte spielen im Grundgesetz, in der österreichischen und in der Schweizerischen Bundesverfassung⁶² eine untergeordnete Rolle.⁶³ Die zwischen Staat und Individuum angesiedelten Gruppengebilde wie die Familie werden im Wesentlichen individualrechtlich erfasst.⁶⁴ Als Grundlage echter Gruppenrechte lassen sich Art. 21 GG für die politischen Parteien und Art. 140 GG

Inklusion (Fn. 16), 328 ff. Zum Zusammenhang von Identität und Intersektionalität näher *Patricia Hill Collins/Sirma Bilge Intersectionality*, 2. Aufl. 2020, 166 ff.

⁶² Noch zurückhaltender sind die EMRK und die Grundrechte-Charta.

⁶³ Genauer sind Rechte von Gruppen zu unterscheiden von Rechten aufgrund von Gruppenzugehörigkeit, s. *Susanne Boshammer Gruppen, Recht, Gerechtigkeit*, 2003, 179; daran anknüpfend ausführlich *Froese Mensch* (Fn. 20), 341 ff. Zum gesellschaftstheoretischen Begriffsverständnis *Vesting Medien* (Fn. 6), 146 ff.; *Karl-Heinz Ladeur Recht – Wissen – Kultur*, 2016, 80 ff. Für die Begründung von Gruppenrechten *Kymlicka Citizenship* (Fn. 16); *Raz Multiculturalism* (Fn. 14); zu deren Struktur *Miodrag A. Jovanović Collective Rights*, 2012; für die Anerkennung kollektiver Identität zu Lasten von Rechten *Charles Taylor Die Politik der Anerkennung*, in: ders., *Multikulturalismus* (Fn. 43), 11 (37 ff.); kritisch etwa *Stefan Huster Die ethische Neutralität des Staates*, 2. Aufl. 2017, 419 ff.; *Habermas Anerkennungskämpfe* (Fn. 43); ders. Kulturelle Gleichbehandlung – und die Grenzen des Postmodernen Liberalismus (2003), in: ders., *Zwischen Naturalismus und Religion*, 2005, 279 (300 ff.); *Johannes Hellermann Multikulturalität und Grundrechte – am Beispiel der Religionsfreiheit*, in: *Christoph Grabenwarter/Stefan Hammer u. a. (Hrsg.) Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft*, 1994, 129 (143); *Rosa Identität* (Fn. 3), 479 ff.; *Britz Rechte* (Fn. 51), 199 ff.; *Schorkopf Staat* (Fn. 17), 31; differenzierend *Bernd Ladwig Rechte ohne Atomismus*, in: *Ulf Bohmann (Hrsg.) Wie wollen wir leben?*, 2014, 193; mit alternativer Begründung *Alex Suter Ausgleich statt Anerkennung – Zur Begründung von Sonderrechten für Angehörige kultureller Minderheiten*, in: *Gerhard Seel (Hrsg.) Minderheiten, Migranten und die Staatengemeinschaft*, 2006, 131. Die Grundrechtsdogmatik widmet – entsprechend der verfassungsrechtlichen Ausgangslage – Gruppenrechten wenig Aufmerksamkeit; die Grundrechtsberechtigung der juristischen Person steht im Vordergrund, vgl. *Wolfgang Rüffner Grundrechtsträger*, in: *HStR IX*, 3. Aufl. 2011, § 196 Rn. 1. In den 1990er Jahren wurde die Rechtsstellung zugewanderter Ausländer teilweise unter dem Begriff der Minderheit diskutiert, s. etwa *Hans Alexy Minderheitenschutz und Grundgesetz – Zur Rechtsstellung von Zuwanderern*, *InfAuslR* 1994, 301; *Helmut Schulze-Fielitz Verfassungsrecht und neue Minderheiten*, in: *Thomas Fleiner (Hrsg.) Die multikulturelle und multi-ethnische Gesellschaft*, 1995, 133; *Markus Pallek Der Minderheitenschutz im deutschen Verfassungsrecht*, 2001, 69 ff.

⁶⁴ „Grundrechtsindividualismus“: *Rainer Wahl* Grundrechte und Staatszielbestimmungen im Bundesstaat, *AöR* 47 (1987), 26 (47); *Stefan Muckel* Wandel des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft, *VVDStRL* 79 (2020), 245 (251).

i. V. m. Art. 137 WRV für die Religionsgesellschaften deuten.⁶⁵ Minderheitenrechte sind im Grundgesetz gar nicht,⁶⁶ in der österreichischen und der Schweizerischen Bundesverfassung nur in geringem Umfang geregelt.⁶⁷ Eine offene und schwierige Frage ist, inwiefern sich eine Gruppenzugehörigkeit auf die individuelle Rechtsstellung auswirkt. Diese Frage steht im Mittelpunkt der nun folgenden Überlegungen.

2. Sachliche Grundrechtskohärenz

Aus der Makelperspektive der Systemtheorie garantieren Grundrechte soziale Differenzierung.⁶⁸ Gesellschaftliche Funktionssysteme decken sich

⁶⁵ *Ladeur* Rechtstheorie (Fn. 7), 181, nennt Art. 9 Abs. 3 und Art. 21 GG. Bei Art. 9 GG kommt die Schwierigkeit hinzu, dass nach der Theorie vom „Doppelgrundrecht“ sowohl im Rahmen von Abs. 1 als auch von Abs. 3 ohne Rückgriff auf Art. 19 Abs. 3 GG eine Berechtigung der Vereinigung selbst bestehen soll (vgl. m. w. N. zum Streitstand *Detlef Merten* Vereinsfreiheit, in: HStR VII, 3. Aufl. 2009, § 165 Rn. 30; *Rupert Scholz* Koalitionsfreiheit, in: HStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 175 Rn. 83 ff.). Die Besonderheit von Art. 9 Abs. 3 GG, verstanden als Gruppenrecht, besteht jedoch darin, dass hier eine bestimmte Art der Vereinigung geschützt ist – Tarifparteien –, während Art. 9 Abs. 1 GG nur allgemein Vereinigungen im Blick hat.

⁶⁶ Näher *Dieter Blumenwitz* Minderheiten- und Volksgruppenrecht, 1992, 107 ff.; *Sabine Faisst* Minderheitenschutz im Grundgesetz und in den Landesverfassungen, Diss. 2000. Zum gescheiterten Vorhaben, einen Artikel zum Minderheitenschutz in das Grundgesetz aufzunehmen, s. *Dietrich Murswieck* Schutz der Minderheiten in Deutschland, in: HStR X, 2012, § 213 Rn. 63 ff.; *Wolfgang Kahl* Sprache als Kultur- und Rechtsgut, VVDStRL 65 (2006), 386 (402); *Pallek* Minderheitenschutz (Fn. 63), 391 ff.; *Karen Schönwälder* Schutz ethnischer Minderheiten, in: Norbert Konegen/Peter Nitschke (Hrsg.) Revision des Grundgesetzes?, 1997, 197; *Schulze-Fielitz* Verfassungsrecht (Fn. 63), 133; zu jüngeren Bestrebungen *Schorkopf* Staat (Fn. 17), 12.

⁶⁷ *Christoph Pan/Beate Sibylle Pfeil* (Hrsg.) Handbuch der europäischen Volksgruppen, Bd. 1: Die Volksgruppen in Europa, 2. Aufl. 2016; *dies.* (Hrsg.) Handbuch der europäischen Volksgruppen, Bd. 2: Minderheitenrechte in Europa, 2. Aufl. 2006; *dies.* (Hrsg.) Handbuch der europäischen Volksgruppen, Bd. 3: Zur Entstehung des modernen Minderheitenschutzes in Europa, 2006; *Kälin* Grundrechte (Fn. 40), 58 ff. Minderheitenschutz ist daneben eine Sache einerseits des Völkerrechts, andererseits der Landesverfassungen und des einfachen Rechts. In Österreich regelt beispielsweise das Volksgruppengesetz Rechte bestimmter Volksgruppen, Bundesgesetz vom 7. Juli 1976 über die Rechtsstellung der Volksgruppen in Österreich (Volksgruppengesetz – VoGrG), BGBl. Nr. 396/1976, 1421.

⁶⁸ *Niklas Luhmann* Grundrechte als Institution, 5. Aufl. 2009, 186 ff. Funktionssysteme unterscheiden gar nicht nach Mitgliedern/Nichtmitgliedern, sondern stehen allen offen, *ders.* Die Politik der Gesellschaft, 2000, 231. Weil Grundrechte soziale Prozesse verfassen, ziehen manche die Konsequenz, dass der Grundrechtsschutz bei Wissenschaft und Religion, aber auch darüber hinaus impersonal zu verstehen sei, s. *Karl-Heinz Ladeur* Helmut Ridders Konzeption der Meinungs- und Pressefreiheit in der Demokratie, KJ 32 (1999), 281 (290 ff.); *Ino Augsberg* „Wer glauben will, muss zahlen“? Erwerb und Aufgabe der Kirchenmitgliedschaft im Spannungsfeld von Kirchenrecht und Religionsverfassungsrecht,

aber nicht mit den vielfältigen Zugehörigkeitsbeziehungen. Die Grundrechte wie Religionsfreiheit, Meinungsfreiheit, Kunstfreiheit etc. weisen auf unterschiedliche Weise kollektive Dimensionen auf.⁶⁹ Zugehörigkeitsbeziehungen durchziehen also die sachlichen Schutzbereiche.⁷⁰

Die Freiheitsrechte garantieren die freie Wahl von Zugehörigkeiten.⁷¹ Mit der Freiheit der Wahl ist die Befugnis verbunden, Gemeinschaftsbildungen zu gestalten. Als Wahl geschützt ist auch die bewusste Entscheidung, an einer bestimmten bereits ausgeprägten Zugehörigkeit festzuhalten.

AöR 138 (2013), 493 (529 ff.); *ders.* Theorien (Fn. 6), 127 ff.; *ders.* Inpersonale Grundrechte, in: Isabel Feichtner/Tim Wihl (Hrsg.) Gesamtverfassung, 2022, 139; prägend *Helmut Ridder* Die soziale Ordnung des Grundgesetzes (1975), in: *ders.*, Gesammelte Schriften, hrsg. v. Dieter Deiseroth/Helmut Ridder/Peter Derleder/Christoph Koch/Frank-Walter Steinmeier, 2010, 7 (105 ff.); ähnliche Stoßrichtung – Persönlichkeitsrechte sichern soziale Prozesse der Konstruktion von Personen – bei *Dan Wiersch* Die Praxis der Rechte, in: Eric Hilgendorf/Benno Zabel (Hrsg.) Die Idee subjektiver Rechte, 2021, 153 (157 ff.). Die Konstituierung des Subjekts hängt vom vorgängigen sozialen System ab. Aber es ist plausibler, dies als Interdependenz oder Gleichursprünglichkeit zu beschreiben, statt nach dem einen „primären“ Element zu fragen. Sicher kann das konkrete Subjekt die jeweilige Teilidentität nur in Abhängigkeit vom System ausbilden. Aber deshalb ist das System selbst nicht von Subjekten unabhängig. Zur eigentümlichen Rolle des Subjekts in der Systemtheorie näher *Oliver Lepsius* Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, 1999, 35 ff.

⁶⁹ Treffend *Ridder* Ordnung (Fn. 68), 62, der die Grundrechte anhand verschiedener „sozialer Felder“ analysiert, die sich „gemäß den Zugehörigkeitskonvergenzen der sie bildenden Menschen vielfach und auf verschiedenen Ebenen [überschneiden]“.

⁷⁰ Der Garantie der Menschenwürde lässt sich ein spezifischer Schutz von Zugehörigkeit und Identität nicht entnehmen (anders aus philosophischer Sicht allerdings *Habermas* Gleichbehandlung [Fn. 63], 306). Dass die Garantie der Menschenwürde im Grundgesetz als Absage an das kollektivistische Denken des Nationalsozialismus – wie auch des Bolschewismus – gilt (vgl. *Manfred Baldus* Kämpfe um die Menschenwürde, 2016, 28), bedeutet aber nicht, dass sie sich Vergemeinschaftungen gegenüber völlig neutral verhält. Am deutlichsten ist dies bei der von Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip garantierten Grundrecht auf Gewährleistung einer menschenwürdigen Existenz, das auch ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben umfasst (BVerfGE 125, 175 [223]). In den Blick geraten Zugehörigkeiten bei der Anerkennungstheorie der Menschenwürde, aber nur in (vagem) Bezug auf die politische Gemeinschaft als „konkrete Anerkennungsgemeinschaft“, *Hasso Hofmann* Die versprochene Menschenwürde (1993), in: *ders.*, Verfassungsrechtliche Perspektiven, 1995, 104 (114). Hingegen betrifft die „Identitätstheorie“ von *Paul Tiedemann* Menschenwürde als Rechtsbegriff, 3. Aufl. 2012, 282 ff., die personale Identität; sie soll Authentizität gewährleisten.

⁷¹ Vgl. *Sen* Identitätsfalle (Fn. 3), 21; im Sinne der Selbstdefinition *Froese Mensch* (Fn. 20), 13 f. Dies umfasst das Recht, nicht zugehörig zu sein. Für das Interesse, nicht zwangsläufig Mitglied von Körperschaften der funktionalen Selbstverwaltung zu werden, ist nach h. M. nicht Art. 9 Abs. 1, sondern Art. 2 Abs. 1 GG einschlägig, s. BVerfGE 10, 89 (102); *Merten* in: HStR VII, 3. Aufl. 2009, § 165 Rn. 62 ff.

ten.⁷² In der Leistungsdimension sichern Freiheitsrechte die Vorhaltung einer rudimentären rechtlichen Infrastruktur, etwa ein Vereinsregister oder Eheschließungsformen, ebenso wie eine gewisse soziale Infrastruktur (etwa Bildungseinrichtungen).⁷³

3. Die freiheitsrechtliche Verschränkung von Wahl und Bindung

Es ist das Privileg und die Last des Einzelnen, die individuellen Identifikationen zu harmonisieren. Mit dieser Vorstellung sind jedoch gewisse Schwierigkeiten verbunden.⁷⁴

Nach einer verbreiteten Vorstellung muss das Individuum „Identitätsarbeit“ leisten.⁷⁵ Die verschiedenen Zugehörigkeiten und Identitäten sind in

⁷² Vgl. *Sen* Identitätsfalle (Fn. 3), 166.

⁷³ Zur sozialen Infrastruktur *Rixen* Gestaltung (Fn. 25), 305 ff.; zum damit verbundenen Grundrechtsverständnis klassisch *Rupp* Wandel (Fn. 52), 176 ff. Anerkannt wird dieser Aspekt im Recht auf schulische Bildung aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 7 GG, BVerfGE 159, 355 (380, Rn. 43 ff.); hierzu *Martin Nettesheim* Das Grundrecht auf Unterstützung und Förderung der jugendlichen Persönlichkeitsentwicklung, JZ 2022, 525. Alles in allem, sind die Grundrechte des Grundgesetzes insoweit zurückhaltend; teilweise setzen hier die Grundrechte der Landesverfassungen ein, vgl. *Grimm* Kulturauftrag (Fn. 5), 67; *Wahl* Grundrechte (Fn. 64), 47.

⁷⁴ Hierzu zählt auch die Frage, in welchem Umfang eine authentische Lebensführung heutzutage überhaupt möglich ist. Die skeptische Annahme, Individualität bestehe allein darin, den jeweiligen Zugehörigkeitsmix zu bestimmen (*Uwe Schimank* Die individualisierte Gesellschaft – differenzierungs- und akteurtheoretisch betrachtet, in: Thomas Kron [Hrsg.] Individualisierung und Soziologische Theorie, 2000, 107 [109]), liegt nahe. Ohne jeglichen Bezug auf soziale Rollen kann jedenfalls niemand eine Identität ausbilden. „Personen weisen zwar über Rollen hinaus, sind aber nicht ohne Rollen zu denken.“, *ders.* Individuum (Fn. 4), 23; im Grunde so auch *Helmut Plessner* Soziale Rolle und menschliche Natur (1960), in: Helmut Plessner Gesammelte Schriften, Bd. 10, hrsg. v. Günter Dux, 1985, 227 (239): „Die Freiheit muss eine *Rolle spielen* können [...].“ (Hervorhebung im Original). Das kann eine schale Angelegenheit sein; die Wahlfreiheit ist schematisiert. In der Soziologie ist nicht zu Unrecht vom „kuratierten Leben“ die Rede, s. *Reckwitz* Gesellschaft (Fn. 4), 295.

⁷⁵ *Keupp/Ahbe/Gmür/Höfer/Mitscherlich/Kraus/Straus* Identitätskonstruktionen (Fn. 3), 9; *Rolf Eickelpasch/Claudia Rademacher* Identität, 4. Aufl. 2015, 22; *Heiner Keupp/Renate Höfer* (Hrsg.) Identitätsarbeit heute, 2009; *Rosa Resonanz* (Fn. 4), 715; *Wolfgang Kraus* Alltägliche Arbeit und Identitätsbezug, in: *Keupp/Hohl*, Subjektdiskurse (Fn. 3), 143. S. auch, in Bezug auf „postmoderne Nomaden“ und „moderne Pilger“, *Zygmunt Baumann* Soil, Blood and Identity, The Sociological Review 40 (1992), 675–701 (693): “For both, identity is a task, and a task which has to be reflexively monitored, and a task the monitoring of which is their own and constant responsibility; for both, the construction and maintenance of identity are tasks that can never be abandoned, an effort that cannot be relaxed.”

eine Balance zu bringen.⁷⁶ Die Vorstellung eines nüchtern kalkulierenden „Identitätsmanagements“, die der Logik der Unternehmensführung entsprechen würde, ist in diesem Zusammenhang jedoch verfehlt.⁷⁷ Jeder wächst mit einer Vielzahl von Bindungen auf, die nicht alle beliebig verfügbar sind und abgestreift werden können.⁷⁸ Der freiheitsrechtliche Schutz der Zugehörigkeit ist deshalb von einer internen Spannung gekennzeichnet.⁷⁹ Sie entsteht, weil auch die elementaren Interessen des Einzelnen gegenläufig sind: Einerseits wollen wir alle uns gemäß dem Imperativ der Aufklärung von gewachsenen Bindungen befreien, und andererseits besteht unser Leben darin, Bindungen aufzubauen. Das Verfassungsrecht muss diese Spannung anerkennen. Sie steht schematischen Lösungen der einschlägigen Konfliktlagen entgegen.

Dies wirkt sich etwa auf Erziehung und Bildung aus. Sie müssen darauf gerichtet sein, dem Einzelnen bestimmte Fähigkeiten sprachlicher und sonstiger Art im Sinne einer Identitätskompetenz⁸⁰ zu vermitteln, ohne die Freiheit der Wahl in Frage stellen zu können. Erziehung und Bildung haben also einerseits die Aufgabe, Bindungen zu ermöglichen und selbst zu

Zu den damit verbundenen Konflikten s. *Michael Walzer* Obligations, 1970, 10 ff.; *Rieke Trimçev* Verbindlichkeitskonflikte und politische Verpflichtung, ZPol 9 (2018), 253; *John Kleing* On Loyalty and Loyalties, 2014, 136 ff.; *Marcus Llanque* Verfassungstreue und Verfassungsverrat, in: *Marcus Llanque/Daniel Schulz* (Hrsg.) Verfassungsidee und Verfassungspolitik, 2015, 245; *Joseph Raz* The Roots of Normativity, 2022, 260 ff.

⁷⁶ Prägend zur „Identitätsbalance“ *Lothar Krappmann* Soziologische Dimensionen der Identität, 8. Aufl. 1993; weiter *Oskar Negt* Der politische Mensch, 2010, 223; *Michael Pawlik* Normbestätigung und Identitätsbalance, 2017, 71 ff. Als „Rollenakkordierung“ bei *Schimank* Gesellschaft (Fn. 74), 107. Hierzu gehört auch, Ambivalenzen auszuhalten, vgl. *Beate Rössler* Autonomie, 2017, 91.

⁷⁷ Vgl. *Rosa* Identität (Fn. 3), 543; *Waldron* Multiculturalism (Fn. 22), 90; das kommunaristische Argument will *Waldron* jedoch nicht gelten lassen. Identitäten ganz auszublenden (ebd., 114), löst das Problem aber nicht, berechtigte Kritik bei *Agathe Bienfait* Im Gehäuse der Zugehörigkeit, 2006, 168 f. Zum „Selbstmanagement“ *Ladeur* Recht (Fn. 63), 51.

⁷⁸ Im Sinne eines totalen *embedding*, vgl. (im Anschluss an *Charles Taylor*) *Descombes* Rätsel (Fn. 3), 130 ff.; *Rosa* Identität (Fn. 3), 185; weiter *Calhoun* Belonging (Fn. 3), 536. Für *Michael J. Sandel* Liberalism and the Limits of Justice, 1982, 150, beruht die Gemeinschaft im strengen Sinne nicht auf dem freiwilligen Entschluss der Mitglieder, sondern auf einem identitätsstiftenden „attachment they discover“: „For them, community describes not just what they have as fellow citizens but also what they are [...]“ (Hervorhebung im Original). In diesem Sinne auch die Grenzen der staatlichen Neutralität im Angesicht kultureller Prägungen im Kruzifix-Beschluss, BVerfGE 93, 1 (22).

⁷⁹ Vgl. *James Tully* Strange Multiplicity, 1995 (Nachdruck 1997), 32, 202 ff.

⁸⁰ Identitätskompetenz als Teil des menschlichen Orientierungswissens: *Negt* Mensch (Fn. 76), 223.

vermitteln,⁸¹ sind aber andererseits gefordert, die Lösung von Bindungen und Prägungen als Option mitzuführen.⁸²

4. Solitaristische Deutungen der Identität

Greifbar wird die Spannung von Wahl und Bindung bei der Frage, inwiefern Individuen kraft ihrer Zugehörigkeit zu bestimmten Gruppen – meist geht es um religiöse oder kulturelle Gemeinschaften – Sonderrechte zugestanden werden können, wobei es letztlich um die Frage geht, was das eigentlich heißt. Eingängiges Beispiel ist die Strafbarkeit der Knabenbeschneidung aus religiösen Gründen.⁸³ Dass es Eltern gestattet sein soll, im Rahmen ihrer (religiösen) Erziehung den neugeborenen Jungen beschneiden zu lassen, kann als ein solches Sonderrecht problematisiert werden. Es erhebt sich ein Einwand, der gerade vor dem Hintergrund des Befundes der vielfachen Zugehörigkeit eigentlich unmittelbar plausibel ist. Berechtigung

⁸¹ Der Staat darf also auch zur Gemeinschaft nötigen, und wenn es nur die Schulklasse ist. Auch das Interesse des Kindes an der Bewahrung seiner bereits ausgeprägten kulturellen Identität ist im Grundsatz schützenswert, so – in Anknüpfung an BVerfGE 76, 1 (53) – *Christine Langenfeld* Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten, 2001, 366; kritisch *Britz* Rechte (Fn. 51), 204 ff.

⁸² Das begrenzt die Vorstellung staatlicher Neutralität; als Begründungsneutralität (auch) in der Erziehung bei *Huster* Neutralität (Fn. 63), 296 ff.; *Horst Dreier* Staat ohne Gott, 2018, 106 ff.; unter dem Aspekt des Pluralismus *Friederike Wapler* Gleichheit angesichts von Vielfalt als Gegenstand des philosophischen und des juristischen Diskurses, VVDStRL 78 (2019), 53 (81 ff.). Für (begrenzte) „ethisch imprägnierte“ Gesetzgebung *Martin Nettesheim* Liberaler Verfassungsstaat und gutes Leben, 2017, 62 ff.

⁸³ Hierzu LG Köln, Urt. v. 7.5.2012, 151 Ns 169/11, juris; zustimmend etwa *Holm Putzke* Recht und Ritual – ein großes Urteil einer kleinen Strafkammer, MedR 2012, 621; *Julian Krüper* Anmerkung zu LG Köln, Urt. v. 7.5.2012 – 151 Ns 169/11, ZJS 2012, 547; kritisch etwa *Helmut Goerlich/Benno Zabel* Säkularer Staat und religiöses Recht, JZ 2012, 1058; *Patricia Wiater* Rechtspluralismus und Grundrechtsschutz: Das Kölner Beschneidungsurteil, NVwZ 2012, 1379; *Fabian Wittreck* Perspektiven der Religionsfreiheit in Deutschland, in: *Katharina Ebner/Tosan Kraneis u. a. (Hrsg.)* Staat und Religion, 2014, 73 (78); *Kyrill-A. Schwarz* Verfassungsrechtliche Fragen der aus religiösen Gründen gebotenen Beschneidung, ebd., 155. Die als Reaktion auf diese Entscheidung erfolgte Einführung des § 1631d BGB ist grundsätzlich zu begrüßen, bedarf aber zwecks Rückbindung an die religiöse Motivation einschränkender Auslegung, zutreffend *Armin Steinbach* Die gesetzliche Regelung zur Beschneidung von Jungen, NVwZ 2013, 550; vorsichtig auch *Michael Germann* Die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes vom 20.12.2012, MedR 2013, 412 (422); hingegen mit tendenzieller Abtrennung der religiösen Komponente *Tatjana Hörnle/Stefan Huster* Wie weit reicht das Erziehungsrecht der Eltern? Am Beispiel der Beschneidung von Jungen, JZ 2013, 328. Kritisch hingegen etwa *Rolf Dietrich Herzberg* Die Beschneidung gesetzlich gestatten?, ZIS 2012, 486.

gen dieser Art reduzieren Individuen auf eine bestimmte Identität.⁸⁴ Den Sonderrechten ist demnach eine paradoxe Struktur eingeschrieben: Einerseits sollen sie Vielfalt erhalten, also beispielsweise den Mitgliedern religiöser Gemeinschaften ermöglichen, nach ihren Regeln zu leben. Andererseits ist die Vielfalt gewissermaßen ihrerseits vielfältig – die Eltern haben einen Beruf, engagieren sich einer politischen Partei, sind Mitglied eines Sportvereins –, und dieser Eigenschaft stehen die Sonderrechte entgegen.⁸⁵

Aber die Argumentation darf an dieser Stelle nicht stehen bleiben. Es kann ja sein, dass bestimmte Gemeinschaften tatsächlich beanspruchen, die Identität ihrer Mitglieder im Wesentlichen vollständig zu bestimmen. *Amartya Sen* nennt das die solitaristische Deutung der Identität.⁸⁶ Eine solche Deutung besteht darin, dass ein Individuum seine Weltsicht und seine Handlungen nur aus einer einzigen Identität heraus entwirft. Natürlich sind die religiösen Gemeinschaften die bedeutendsten Produzenten solcher Sichtweisen. Vielfache Zugehörigkeit stellt die Totalität religiöser Sinndeutung in Frage.⁸⁷ Dies provoziert die liberale Ausweichstrategie, Religionen letztlich doch so zu verstehen, dass sie keine solitaristische Deutung erfordern und konkurrierende Zugehörigkeiten anerkennen.⁸⁸ Gerade beim Islam besteht darüber keine Einigkeit, wie hinlänglich bekannt ist. Aber die Frage ist, ob es aus rechtlicher Sicht überhaupt darauf ankommt. Ich meine nicht: Denn die Einzelnen haben *prima facie* ein Recht darauf, einer bestimmten Zugehörigkeitsbeziehung oder Identität umfassenden Charakter zuzusprechen. Das bedarf näherer Erläuterung.

Die allgemeinen Rechtspflichten dürfen die religiösen Gemeinschaften nicht in Frage stellen.⁸⁹ Aber schwierig ist die Grenzziehung zwis-

⁸⁴ Vgl. gegen Gruppenrechte: *Waldron Multiculturalism* (Fn. 22), 90.

⁸⁵ Ähnliche Diagnosen bei *Schorkopf Staat* (Fn. 17), 39 ff.

⁸⁶ Zum Alternativmodell der Anerkennung konkurrierender Zugehörigkeiten *Sen* Identitätsfalle (Fn. 3), 19. Gegen eine solitaristische Deutung auch *Waldron Multiculturalism* (Fn. 22), 90. – In der Organisationsoziologie ist von „Totalinklusion“ von Mitgliedern im Gegensatz zur „Partialinklusion“ die Rede; ersteres zeichnet etwa auch die Mafia aus, vgl. *Markus Pohlmann/Hristina Markova Soziologie der Organisation*, 2. Aufl. 2016, 23 ff.

⁸⁷ *Berger/Berger/Kellner Unbehagen* (Fn. 3), 72 ff.; *Ino Augsberg Noli me tangere*, Der Staat 48 (2009), 239; *Schimank Gesellschaft* (Fn. 74), 107. Zu nicht-religiösen, vergleichbar „starken“ Gemeinschaften *Jürgen Habermas Religiöse Toleranz als Schrittmacher kultureller Rechte* (2004), in: ders., *Naturalismus* (Fn. 63), 258 (277); zum kulturellen Selbstverständnis *Britz Rechte* (Fn. 51), 265.

⁸⁸ So *Sen* Identitätsfalle (Fn. 3), 30, 82 ff. Kritisch *Horst Dreier Religion und Verfassungsstaat im Kampf der Kulturen*, in: ders./*Hilgendorf* (Fn. 17), 11 (in Fn. 2).

⁸⁹ Vgl. nur *Dreier Religion* (Fn. 88), 11; *Ute Sackofsky Religiöse Freiheit als Gefahr?*, VVDStRL 68 (2009), 7 (35 ff.). Dem Katholizismus fällt das nach wie vor schwer, weil er die katholische Kirche als dem Staat gleichgeordnet versteht, s. *Otto Depenheuer Kirche – Staat – Gesellschaft*, in: *Anton Rauscher* (Hrsg.) *Handbuch der Katholischen Soziallehre*,

schen allgemeiner Rechtspflicht und religiöser Besonderheit. Die Mitglieder beanspruchen insofern Freiheitsausübung im Sinnzusammenhang des kollektiven Handelns, das ihre Gemeinschaft ausmacht. Auf diesen Handlungsbereich bezieht sich jenes Recht auf solitaristische Deutung der eigenen Identität. Wenn die Rechtsordnung die gleiche Würde eines jeden achten soll (nicht im Sinne einer gleichen Behandlung, sondern der Behandlung als Gleicher⁹⁰), muss sie dieses Recht anerkennen.⁹¹ Es setzt

2008, 935 (941): „Teilung der konkurrierenden Souveränitätsansprüche“, „jeweilige Teilsouveränität“; *Ansgar Hense* Staat und Kirche nach der Lehre der katholischen Kirche, in: Dietrich Pirson/Wolfgang Rüfner u. a. (Hrsg.) Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 3 Rn. 45: „beiderseitige Autonomie“, „komplementäre Größen“ (ebd., Rn. 47); im Kontrast dazu hingegen *Heinrich de Wall* Staat und Kirche nach evangelischem Verständnis, ebd., § 4 Rn. 66: Kirche „nicht als dem Staat gleichgeordnete, mit gleicher souveräner Rechtsmacht ausgestattete Größe“. Dies manifestiert sich unheilvoll bei der Aufarbeitung des sexuellen Missbrauchs von Kindern und Jugendlichen, für die ernsthaft vorgeslagen wird, die Einschaltung staatlicher Strafverfolgung vom Ausgang des kirchlichen Strafverfahrens abhängig zu machen (so *Sebastian Klappert* Der Strafanspruch der Kirche bei Sexualdelikten an Minderjährigen durch Kleriker, KuR 26 [2020], 70 [81]; die Unabhängigkeit staatlicher und kirchlicher Sanktionen betonen hingegen *Michael Germann/Franziska Kelle* Die Strafverfolgung kirchlicher Mitarbeiter in Missbrauchsfällen und das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen, RdJB 2011, 172). Die Erzfassung der „Leitlinien für den Umgang mit sexuellem Missbrauch Minderjähriger und erwachsener Schutzbefohlener durch Kleriker, Ordensangehörige und andere Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Bereich der Deutschen Bischofskonferenz“ (2002) machte in Nr. 7 die Einschaltung staatlicher Strafverfolgung noch von der Durchführung eines kirchlichen Verfahrens abhängig <[">https://www.dkb.de/presse/aktuelles/meldung/zum-vorgehen-bei-sexuellem-missbrauch-minderjaehriger-durch-geistliche-im-bereich-der-deutschen-bisch](https://www.dkb.de/presse/aktuelles/meldung/zum-vorgehen-bei-sexuellem-missbrauch-minderjaehriger-durch-geistliche-im-bereich-der-deutschen-bisch)> (Stand: 5.11.2022). Davon wurde erst im Jahr 2010 abgesehen <https://www.praevention-kirche.de/fileadmin/redaktion/diverse_downloads/presse/2010-132a-Leitlinien.pdf> (Stand: 5.11.2022), Nr. 26. Nach meinem persönlichen Eindruck agiert die staatliche Strafverfolgung ihrerseits eher zurückhaltend (so auch *Christian Pfeiffer* Wozu brauchen wir die ganzen Studien, wenn nichts passiert?, Die Zeit v. 12.1.2022, 58), Studien hierzu sind allerdings nicht auffindbar. Aus der Perspektive der Zugehörigkeit zur Mitgliedschaft in der Kirche *Johannes Zimmermann* (Hrsg.) Kirchenmitgliedschaft, 2008; *Jörg Ennuschat* Kirchenzugehörigkeit ohne Kirchenmitgliedschaft?, ZevKR 55 (2010), 275; *Augsberg* Erwerb (Fn. 68); *Felix Hammer* Der Kirchenaustritt im staatlichen und kirchlichen Recht, ZevKR 58 (2013), 200.

⁹⁰ *Ronald Dworkin* Bürgerrechte ernstgenommen, 1984, 370. Näher *Wapler* Gleichheit (Fn. 82), 67.

⁹¹ Ausführlich zu einer solchen Argumentation *Boshammer* Gruppen (Fn. 63), 137 ff., in Bezug auf „konstitutive“ Gemeinschaften als Gemeinschaften, die das Selbstverständnis eines Individuums auf entscheidende Weise prägen (grundlegend dazu: *Avishai Margalit/Joseph Raz* National Self-Determination [1990], in: ders., Ethics [Fn. 14], 125 [133]) – also eine solitaristische Deutung der Identität befördern. Der Begriff des religiösen Fundamentalismus wird damit grundrechtsdogmatisch neutralisiert (im Ergebnis so auch *Sacksofsky*

eine gemeinschaftliche Sinnstiftung voraus – allein kann niemand eine umfassende Identität entwerfen.⁹²

Wie immer, kommt es auf den Inhalt und die Grenzen dieses Rechts an. Nicht jede Handlung kann davon umfasst sein.⁹³ Es ermöglicht auch nicht die unbegrenzte Beschränkung der Rechte anderer. Aber im Falle der religiös motivierten Knabenbeschneidung spricht einiges dafür, dass das elterliche Erziehungsrecht es ermöglichen muss, die religiöse Verpflichtung im Verhältnis zum Kind zu erfüllen, gerade mit Blick auf den Umstand, dass die Beschneidung wesentlich dafür ist, dem noch nicht entscheidungsfähigen Kind den Zugang zur Religionsgemeinschaft überhaupt erst einmal zu öffnen. Als „Gegenprobe“ ein anderes Beispiel: Wenn die Mitglieder von Kirchengemeinden zunehmend wegen Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt bestraft werden, weil sie Asylantragsteller im sogenannten Kirchenasyl unterstützen, ist dagegen nichts einzuwenden. Wer aus vornehmlich huma-

Freiheit [Fn. 89], 31; *Christoph Möllers* Religiöse Freiheit als Gefahr?, VVDStRL 68 [2009], 47 [67]). Zu beachten ist, dass es nicht das „Recht der Religionsgemeinschaften“ als solches ist, das den rechtlichen Pflichten entgegengestellt wird (dazu auch *Andreas Funke* Parallelwelten des Rechts? Die Anerkennung des Rechts und der Gerichtsbarkeit von Religionsgemeinschaften durch den Staat, in: *Bettenworth/Funke/Lecke u. a.*, Herausforderung [Fn. 3], 42), sondern die Berechtigung zur individuellen Identifikation mit der Religionsgemeinschaft (so verstehe ich *Goerlich/Zabel* Staat [Fn. 83]). Ebenso wenig ist ein „Recht auf Anerkennung“ im *Taylorschen* Sinne, verstanden als Gruppenrecht, gemeint (s. Fn. 63). Skeptisch zur Rolle der Identitätsbildung hingegen etwa *Susanne Beck* Minderheit wider Willen? Die Grenzen des Minderheitenschutzes in einer republikanischen Demokratie, in: *Primin Stekeler-Weithofer/Benno Zabel* (Hrsg.) Philosophie der Republik, 2018, 325 (336, 340).

⁹² Aus diesem Grund ist es so unvermeidlich wie prekär, die Zuordnung von Verhaltensweisen zur Religionsausübung vom Selbstverständnis des Grundrechtsträgers abhängig zu machen. Genaugenommen handelt es sich dabei aber um das vom Grundrechtsträger artikulierte Selbstverständnis der jeweiligen Religionsgesellschaft, so etwa BVerfGE 24, 236 (247), 108, 282 (298 f.); eine rein subjektive Bestimmung reicht also nicht aus, sonst droht eine „Individualisierung der Religionsfreiheit“ (*Wittreck* Perspektiven [Fn. 83], 73; darauf läuft auch die scharfe und insofern berechtigte Kritik bei *Josef Isensee* Wer definiert die Freiheitsrechte?, 1980, hinaus; für das kulturelle Selbstverständnis auch *Britz* Rechte [Fn. 51], 308). Zum Ganzen weiter *Wolfram Höfling* Offene Grundrechtsinterpretation, 1987, 21 ff.; *Martin Morlok* Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1993, 78 ff.; *Huster* Neutralität (Fn. 63), 132; *Christian Walter* Religionsverfassungsrecht in vergleichender und internationaler Perspektive, 2006, 506 ff.; *Martin Borowski* Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes, 2006, 251 ff. Das Thema ist auch deshalb komplex, weil methodologische und kompetentielle Aspekte hineinspielen, s. *Andreas Funke* Das instituionalistische Vorurteil in der Interpretationslehre, in: *Carsten Bäcker* (Hrsg.) Rechtsdiskurs. Rechtsprinzipien, Rechtsbegriff, 2022, 387.

⁹³ Dogmatisch gesprochen: Der grundrechtliche Schutzbereich bedarf einer differenzierteren Beurteilung, s. dazu *Huster* Neutralität (Fn. 63), 376 ff., 380 ff.

nitären Motiven seine eigene flüchtlingsrechtliche Beurteilung über das Ergebnis des einschlägigen Verwaltungsverfahrens stellt, handelt nicht aus einer religiösen Weltdeutung heraus.⁹⁴

5. Das Recht der Persönlichkeit als Auffanggrundrecht für Gruppenidentifikationen

Im Rahmen einer weit verstandenen allgemeinen Handlungsfreiheit deckt das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG jedenfalls diejenigen Verbündungen und Identifikationen ab, die nicht unter die speziellen Grundrechte fallen.⁹⁵ Vor diese Zuordnung schiebt sich allerdings das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG. Die eingangs vorgenommene begriffliche Unterscheidung von personaler und sozialer Identität spiegelt sich in der Dogmatik dieses Rechts ansatzweise wider⁹⁶ – sofern man angesichts seiner Konturenlosigkeit von „der“ Dogmatik überhaupt sprechen kann.⁹⁷ Die Sozialität in der verdichteten Form des kollektiven Handelns spielt dabei allerdings eine schwer bestimmbare Rolle. Es werden zwar die Grundbedingungen für die Persön-

⁹⁴ Vgl. OLG München, Urt. v. 3.5.2018, 4 OLG 13 Ss 54/18, BayVBl. 2018, 784; zum Problem *Hao-Hao Wu* Strafbarkeit des illegalen Aufenthalts im Kirchenasyl während des Dublin-Verfahrens, InfAuslR 2018, 249; Friedemann Larsen „Ich bin ein Fremder gewesen, und ihr habt mich aufgenommen“, in: Gilbert H. Gornig/Hans-Detlef Horn (Hrsg.) Migration, Asyl, Flüchtlinge und Fremdenrecht, 2017, 147. Gerade die Praxis, Kirchenasyl jemandem zu gewähren, der aufgrund der Unzuständigkeit Deutschlands für das Asylverfahren nach der Dublin III-Verordnung in einen anderen EU-Mitgliedstaat abgeschoben werden soll, ist – bei allen Schwächen des Dublin-Systems – nicht nachvollziehbar, weil die Sachentscheidung nun einmal noch aussteht, s. Andreas Funke Zuwanderung: Normen, Zahlen und der Einzelfall, in: Helmut Neuhaus (Hrsg.) Zuwanderung nach Deutschland, 2016, 53 (58). Dass das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge im Februar 2015 in einer „Vereinbarung“ mit Vertretern der evangelischen und der katholischen Kirche den Kirchen für Einzelfälle Kirchenasyl ermöglicht (hierzu auch das „Merkblatt Kirchenasyl im Kontext von Dublin-Verfahren“, Stand: August 2021 <https://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/AsylFluechtlingsschutz/merkblatt-kirchenasyl.pdf?__blob=publicationFile&v=7> (Stand: 5.11.2022), verdient Kritik, s. dazu Simon Bohm Kirchenasyl unter der BAMF-Kirchen-Vereinbarung, 2021. Aus der älteren Literatur: Max-Emanuel Geis Kirchenasyl im demokratische Rechtsstaat, JZ 1997, 60; Jochen Greten Kirchenasyl im Rechtsstaat, 2001; Christoph Görisch Kirchenasyl und staatliches Recht, 2000.

⁹⁵ So die nicht-eheliche Lebensgemeinschaft: BVerfGE 82, 6 (16); 87, 234 (267); 105, 313 (345 f.) – die Zuordnung ist diskussionswürdig.

⁹⁶ Walter Schmitt Glaeser Schutz der Privatsphäre, in: HStR VI, 1989, § 129 Rn. 30 ff.; Ernst Steindorff Persönlichkeitsschutz im Zivilrecht, 1983, 23 ff.

⁹⁷ Vgl. Nettesheim Verfassungsstaat (Fn. 82), 77. Die personale Identität ist beim Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung betroffen, BVerfGE 90, 263 (270); Christian Starck in: Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.) GG I, 7. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 107.

lichkeitsentfaltung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht gezählt.⁹⁸ Aber diese Grundbedingungen haben keine soziale Dimension. Das liegt daran, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht vornehmlich als passives Recht verstanden wird.⁹⁹ Identitätsbildung soll sich als Selbstfindung sowie in enger Beziehung zu Vertrauten vollziehen.¹⁰⁰ Es ist sicherlich kein Zufall, dass die einzige Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in der die Persönlichkeitsrelevanz der Zugehörigkeit zu Gruppen oder Vereinigungen artikuliert wurde, lediglich den Schutz vor der fälschlichen Zuschreibung einer Mitgliedschaft betrifft.¹⁰¹ Etwas stärker kommt die soziale Seite des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Zusammenhang mit dem Recht auf Selbstdarstellung in den Blick.¹⁰² Von zwei Seiten aus ist diese Ausprägung

⁹⁸ BVerfGE 72, 155 (170); 79, 256 (268); 99, 185 (193); Horst Dreier in: ders. (Hrsg.) GG I, 3. Aufl. 2013, Art. 2 I Rn. 78; Udo Di Fabio in: Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz (Hrsg.) GG, Stand: Jan. 2022, Art. 2 Abs. 1 Rn. 207 (2001).

⁹⁹ Starck in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG I (Fn. 97), Art. 2 Rn. 87. Dies deshalb, weil sich das Persönlichkeitsrecht von der allgemeinen Handlungsfreiheit als dem „aktiven“ Element“ der Persönlichkeitsentfaltung unterscheidet, BVerfGE 54, 148 (153); zusammenfassend Hanno Kube Persönlichkeitsrecht, in: HStR VII, 3. Aufl. 2009, § 148 Rn. 28: Abgrenzung durch Begriffspaare wie passiv/aktiv, Sein/Tun, Status/Aktus, Integrität/Aktivität. Insofern ist die Unmöglichkeit, die allgemeine Handlungsfreiheit und das allgemeine Persönlichkeitsrecht auf konsistente Weise voneinander abzugrenzen, nur die Folge der von der weitaus herrschenden Auffassung zugrunde gelegten Annahme, Art. 2 Abs. 1 GG sei als allgemeine Handlungsfreiheit weit zu verstehen (BVerfGE 6, 32 [36]; kritisch das Sondervotum von Dieter Grimm, BVerfGE 80, 164; zuletzt Dieter Grimm Mehr Vor- als Nachteile? Robert Alexys Verteidigung des allgemeinen Freiheitsrechts, in: Bäcker, Rechtsdiskurs [Fn. 92]; zum Ganzen Überblick bei Wolfram Cremer Freiheitsgrundrechte, 2020, 79 ff.; Wolfgang Kahl Die allgemeine Handlungsfreiheit, in: HGR V, 2013, § 124 Rn. 48 ff.). Diese Annahme ist insbesondere nicht in der Lage, wertungsbezogene Abstufungen zwischen den Grundrechten vorzunehmen, vgl. Benjamin Rusteberg Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, 2009, 182 f.; Andreas Funke Freiheit als konstitutives Prinzip der Rechtsordnung, in: Nicole J. Saam/Heiner Bielefeldt (Hrsg.) Die Idee der Freiheit und ihre Semantiken, i. E.; dies erkennt im Problemzusammenhang ausdrücklich an: Britz Rechte (Fn. 51), 214.

¹⁰⁰ Steindorff Persönlichkeitsschutz (Fn. 96), 23 f. Als Reflexivität des Selbstbildes bei Gabriele Britz Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung, 2007, 33. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht als eine „Enklave“ für die „Wahrnehmung unvermittelter Handlungsfreiheit“ bei Di Fabio in: Dürig/Herzog/Scholz, GG (Fn. 98), Art. 2 Rn. 129. Zu Recht werden deshalb die Beziehe zwischen Handlungsfreiheit und Persönlichkeitsschutz hervorgehoben, s. Kube in: HStR VII (Fn. 99), § 148 Rn. 107; Hans-Detlef Horn Schutz der Privatsphäre, in: HStR VII, 3. Aufl. 2009, § 149 Rn. 31; Matthias Cornils Allgemeine Handlungsfreiheit, ebd., § 168 Rn. 30 f.

¹⁰¹ Im Sinne eines „identitätsbildenden Einflu[sses] auf die Person“, BVerfGE 99, 185 (194).

¹⁰² In verschiedenen Ausprägungen, s. BVerfGE 35, 202 (220); 54, 148 (155); 54, 208 (217); 63, 131 (142); Schmitt Glaeser in: HStR VI (Fn. 96), § 129 Rn. 31; Morlok Selbstverständnis (Fn. 92), 75; Dreier in: ders., GG I (Fn. 98), Art. 2 I Rn. 72; Britz Entfaltung

des Persönlichkeitsrechts allerdings problematisch. Einerseits wohnt jeder identitätsbildenden Selbstdarstellung ein expressives Moment inne. Gerade so, wie ich mich darstelle, bin ich.¹⁰³ Andererseits ist die Selbstdarstellung nur als Teilnahme an sozialen Interaktionen denkbar. Niemand kann aber über Interaktionen uneingeschränkt verfügen.¹⁰⁴ Selbstdarstellung und Fremdzuschreibung sind also interdependent. Zugehörigkeitsbeziehungen und Identitäten müssen deshalb stets als sozial bestimmt gedacht werden.¹⁰⁵

Damit steht aber in Frage, in welchem Sinne Identitäten überhaupt „gewählt“ werden können. Die Problematik kann anhand des Rechts auf Anerkennung der geschlechtlichen Identität veranschaulicht werden. Es zählt zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht.¹⁰⁶ Das Individuum hat ein Recht darauf, sich einem Geschlecht zuzuordnen, oder gerade nicht. Häu-

(Fn. 100), 44; Höfling Grundrechtsinterpretation (Fn. 92), 124. Grundlegend zur (umfassenden) Verknüpfung von kulturellem Selbstverständnis und allgemeinem Persönlichkeitsrecht Britz Rechte (Fn. 51), 211 ff.

¹⁰³ „Der Mensch wird die Persönlichkeit, als die er sich darstellt.“ (Luhmann Grundrechte [Fn. 68], 60); dementsprechend wirken Interaktionen individualisierend und sozialisierend zugleich (ebd., 61).

¹⁰⁴ Darauf wurde schon früh hingewiesen: Das allgemeine Persönlichkeitsrecht macht Rechtsgüterschutz „zum Schutz sozialer Prozesse im Interesse und nach dem Willen des Einzelnen“, Preuß Internalisierung (Fn. 30), 61; s. weiter Ladeur Recht (Fn. 63), 53. Das Problem ist aus der Rollentheorie bekannt: Rollen sind nicht fest vorgegeben, sondern werden interpretiert, können aber auch nicht völlig autonom festgelegt werden, s. Krappmann Dimensionen (Fn. 76), 116.

¹⁰⁵ Vgl. allgemein für die Menschenrechte Jill Marshall Human Rights Law and Personal Identity, 2016, 183 ff.; im Sinne der un hintergehbaren kulturellen Einbettung des Einzelnen Thomas Vesting Nachbarschaft, in: Thomas Vesting/Stefan Korioth/Ino Augsberg (Hrsg.) Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung, 2014, 57 (73). Die verwirrende Figur der „autonomen Selbstbestimmung“, die vom Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung zum Verbot der geschäftsmäßigen Sterbehilfe eingeführt wurde (BVerfGE 153, 182 [261, Rn. 207]), ist der hilflose Versuch, aus diesen Zusammenhängen auszubrechen. Selbst die einsame Entscheidung, freiwillig aus dem Leben zu scheiden, hat noch eine interaktive Komponente, dazu m. w. N. Funke Menschwürde (Fn. 23); so auch Jürgen Habermas Treffen Hegels Einwände gegen Kant auch auf die Diskursethik zu? (1991), in: ders., Philosophische Texte. Studienausgabe in fünf Bänden, Bd. 3, 2009, 116 (123). Anders gesagt: Auch die personale Identität operiert nicht hermetisch, denn Selbstinterpretationen können richtig oder falsch sein, und die Beurteilung dieser Richtigkeit bleibt Dritten nicht grundsätzlich verschlossen. Das ist der Kern der vielzitierten provokanten Thesen Taylors: „[...] das Subjekt selbst kann in der Frage, ob es selbst frei ist, nicht die letzte Autorität sein, denn es kann nicht die oberste Autorität sein in der Frage, ob seine Bedürfnisse authentisch sind oder nicht, ob sie seine Zwecke zunichte machen oder nicht.“ (Charles Taylor Der Irrtum der negativen Freiheit, in: ders., Negative Freiheit?, 1988, 118 [125]).

¹⁰⁶ BVerfGE 147, 1 (19, Rn. 39); 115, 1 (14): „das Finden und Erkennen der eigenen geschlechtlichen Identität sowie der eigenen sexuellen Orientierung“; Britz Entfaltung (Fn. 100), 74.

fig wird diese Berechtigung als ein Moment der Selbstdarstellung angesehen.¹⁰⁷ Der genaue Umfang dieses Rechts ist gegenwärtig nicht klar.¹⁰⁸ Nach einer starken Position soll das Geschlecht frei wählbar sein.¹⁰⁹ Ob das Bundesverfassungsgericht mit seiner jüngsten Entscheidung in diese Richtung zielt, lässt sich schwer sagen.¹¹⁰

¹⁰⁷ Morlok Selbstverständnis (Fn. 92), 77; Dreier in: ders., GG I (Fn. 98), Art. 2 I Rn. 72; Annika Kieck Der Schutz individueller Identität als verfassungsrechtliche Aufgabe, 2019, 89. Die Rechtsprechung betont dies nicht so stark. Es kommt darauf an, dass der Einzelne über sich selbst verfügen und eigenverantwortlich handeln kann (BVerfGE 49, 286 [298]). Hingegen für eine Zuordnung der intersexuellen Identität einer Person sowohl zum Recht auf Geschlechtsidentität als auch zum Recht auf Selbstdarstellung bei Julia Rädler Das dritte Geschlecht, 2019, 64 ff.

¹⁰⁸ Jedenfalls ist es von der sexuellen Selbstbestimmung zu unterscheiden, die die geschlechtlichen Beziehungen eines Menschen zu anderen betrifft. Vgl. zur Abgrenzung Dreier in: ders., GG I (Fn. 98), Art. 2 I Rn. 72; Dana-Sophia Valentiner Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, 2020, 192 ff. Zur Terminologie insbesondere mit Blick auf „sexuelle Identität“ Stephan Rixen Geschlechtertheorie als Problem der Verfassungsauslegung, JZ 2018, 317 (319).

¹⁰⁹ Friederike Boll Das Geschlecht im Personenstandsrecht, KJ 48 (2015), 421 (433); „Monopolisierung der Definitionsheit beim Individuum“; wohl auch Dana-Sophia Valentiner Geschlechtsidentität und Verfassungsrecht, in: Magdalena Januszkiewicz/Alina Post u. a. (Hrsg.) Geschlechterfragen im Recht, 2021, 129 (148); Sabine Hark, zit. bei Christoph Türcke Natur und Gender, 2021, 169: „... alle können sich so definieren, wie sie wollen“; s. auch Matthias Otten Kulturelle Identität, in: Rolf Gröschner/Antje Kapust/Oliver Lembcke (Hrsg.) Wörterbuch der Würde, 2013, 250 (250); „Freiheitsrecht auf Anerkennung des Zugehörigkeitsempfindens von Individuen und Gruppen zu kulturellen Gemeinschaften (im Plural)“; nur Regelungen gegen missbräuchlichen Personenstandswechsel hält Kieck Schutz (Fn. 107), 232, für zulässig (offen bleibt, was das sein soll). Das in diesem Sommer neu eröffnete norwegische Nationalmuseum in Oslo bietet keine Unisex-Toiletten an, sondern herkömmlich aufgeteilte Räumlichkeiten für Männer und Frauen. Jedoch findet sich an den Eingängen jeweils ein Hinweis: „Feel free to use the restroom of your choice.“ – eine absurde, gerade den Interessen schutzbedürftiger Frauen (dazu schwankend Ulrike Lembke Alltägliche Praktiken zur Herstellung von Geschlechts-Körpern oder: Warum Unisex-Toiletten von Verfassungen wegen geboten sind, ZfRSoz 38 [2018], 208 [235 ff.]) nicht entsprechende Lösung, die aber eine denkbare Richtung des vom Bundesverfassungsgerichts eingeschlagenen Weges zur Anerkennung der geschlechtlichen Identität angibt (auch eine Diskriminierung wegen des Geschlechts – zu gewöhnlichen geschlechtersegregierten Toiletten ebd., 234 – dürfte wegen des erwähnten Hinweises nicht vorliegen).

¹¹⁰ Das Gericht stellt mehrfach darauf ab, dass (wie bei der im konkreten Fall beschwerdeführenden Person) Varianten der Geschlechtsentwicklung vorliegen, s. etwa BVerfGE 147, 1 (20, Rn. 42). Dies würde der bisherigen Rechtsprechung zum TSG entsprechen, in der auf die physische und psychische Konstitution abgestellt wurde, s. BVerfGE 49, 286 (298); 60, 123 (135); 115, 1 (15); 121, 175 (190); 128, 109 (124). Aber als tragender Grund kann dieser Aspekt nicht identifiziert werden. Nach der Interpretation der Entscheidung bei Rixen Geschlechtertheorie (Fn. 108), 320, soll es nur auf die Empfindung ankommen, ohne Plausibilitätskontrolle. Im Ergebnis so auch OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 21.6.2022, 9 U 92/20, juris, Rn. 66: Der Kläger hat gemäß dieser Entscheidung – unter Verweis auf

Ratsam wäre dies nicht: Dagegen spricht nicht, dass ein solches Recht nicht einfach natürlichen Gegebenheiten zuwiderlaufen dürfe,¹¹¹ sondern dass – ganz im Sinne des eben Ausgeführten – die Zuordnung zu einem Geschlecht nicht einseitig beherrschbar ist.¹¹² Das Geschlecht ist eine soziale Kategorie, deren inhaltliche Festlegung nicht vollständig dem Einzelnen überantwortet ist.¹¹³ Die These der freien Wahl ignoriert dies.

Die geschlechtliche Zuordnung ist im Selbstverständnis und für andere wichtig, weil mit ihr vielfältige soziale Prozesse und Normen verbunden sind. Diese wiederum setzen gerade voraus, dass die individuelle Bestimmung des Geschlechts an sie gekoppelt bleibt.¹¹⁴ Es kann keinen Anspruch

BVerfGE 147, 1 – wegen Benachteiligung aufgrund des Geschlechts nach § 21 Abs. 1 S. 2 AGG einen Anspruch darauf, dass ein binär strukturiertes Anredeschema unterlassen wird, ohne dass bei ihm ein entsprechender Personenstandseintrag vorliegt. In diese Richtung auch *Baumgärtner* in: Beate Gsell/Wolfgang Krüger u. a. (Hrsg.) beck-online.GROSS-KOMMENTAR: Zivilrecht, Stand: 1.9.2022, § 1 AGG Rn. 109; hingegen für das Festhalten am Eintrag im Kontext des Arbeitsrechts *Leona Fuchs/Andreas Zöllner* Persönlichkeitsrechte und Gestaltungsmöglichkeiten für Arbeitgeber, NZA 2022, 315 (317). Die damit vorgenommene Ausblendung des PStG geht an den Ordnungsinteressen, die diesem Gesetz auch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anerkanntermaßen zugrunde liegen (BVerfGE 147, 1 [22, Rn. 45; 26, Rn. 53]; 128, 109 [128 f.]; 115, 1 [25]), vorbei.

¹¹¹ So *Türcke Natur* (Fn. 109), 164 ff.

¹¹² „Auch Rechtspersonen dürfen nicht als Eigentümer ihrer selbst konzipiert werden. [...] Auch unter rechtlichen Gesichtspunkten kann deshalb die einzelne Person nur zusammen mit dem Kontext ihrer Bildungsprozesse, also mit einem gesicherten Zugang zu tragenden interpersonalen Beziehungen, sozialen Netzen und kulturellen Lebensformen geschützt werden.“ (*Habermas Inklusion* [Fn. 6], 166, Hervorhebung im Original). In der Logik der Grundrechtsprüfung kommt die soziale Komponente erst auf der Rechtfertigungsebene zum Zuge, vgl. BVerfGE 147, 1 (25 ff., Rn. 51 ff.); *Alexander Blankenagel* Das Recht, ein „Anderer“ zu sein, DÖV 1985, 953 (962).

¹¹³ Für die soziale Identität deshalb zutreffend *Christian Hillgruber* Verfassungsrechtliche Grenzen der Sexualpädagogik in der staatlichen Schule, in: Arnd Uhle (Hrsg.) Sexuelle Vielfalt – Gegenstand staatlicher Erziehung?, 2016, 131 (159): „Die Selbstdefinition eines Menschen kann keine Verbindlichkeit für Dritte begründen.“; in diesem Sinne auch *Friedhelm Hase* Personale Identität und Recht, in: Ino Augsberg/Steffen Augsberg/Ludger Heidbrink (Hrsg.) Recht auf Nicht-Recht, 2020, 81; im Sinne einer „sozialen Konzeption“ sozialer Identität *Appiah Ethics* (Fn. 47), 67. Stärker differenzierend *Judith Froese* Vom Schutz personaler Identität durch Recht zum Schutz personaler Identität vor dem Recht?, in: Augsberg/Augsberg/Heidbrink, ebd., 61: kein (gegen den Staat gerichteter) Anspruch auf individuelle, sondern nur auf kategorienbezogene Anerkennung der geschlechtlichen Identität.

¹¹⁴ Ähnlich *Judith Froese* Männlich, weiblich oder „weder noch“? Zur Deutungshoheit über das Geschlecht, AöR 140 (2015), 598 (615). Das Bundesverfassungsgericht spürt dies: „ohnehin kann kein Mensch seine Individualität unabhängig von äußeren Gegebenheiten und Zugehörigkeiten entwickeln“ (BVerfGE 147, 1 [19, Rn. 38]; genauso für die personale Identität *Taylor Politik* [Fn. 43], 21; anerkennungstheoretische Interpretation der Zusammenhänge bei *Froese* Schutz [Fn. 113], 61). Nur gilt es, die grundrechtsdogmatischen Kon-

darauf geben, dass sich die persönlichen Empfindungen stets vollständig mit sozialen Festlegungen decken.

V. Die politische Zugehörigkeit

1. Struktur: *genossenschaftliche politische Vergemeinschaftung*

In der gruppenpluralistischen Beschreibung der sozialen Kreise des Einzelnen steht der Staat in einer Reihe mit anderen Gruppierungen.¹¹⁵ Der Staat lässt sich als diejenige Organisation verstehen, der im Unterschied zu allen anderen Organisationen die Eigenschaft der souveränen Gebietsherrschaft zukommt.¹¹⁶ Die politische Vergemeinschaftung hat also eine dominante Funktion. *Im Staat* – d. h. aus der Teilnehmerperspektive der Staatsangehörigen – ist die Souveränität abwesend.¹¹⁷ Nimmt man hingegen das Ganze der Zugehörigkeiten in den Blick, wird die Souveränität des Staates im Sinne einer Ordnung der Zugehörigkeiten sichtbar. In dieser Ordnungs-

sequenzen zu ziehen: „Niemand kann allein von seinen Grundrechten Gebrauch machen.“ (*Karl-Heinz Ladeur* Die transsubjektive Dimension der Grundrechte, in: *Vesting/Korioth/Augsberg*, Grundrechte [Fn. 105], 17; in der Sache auch *Rupp Wandel* [Fn. 52], 174). Dass die Freiheit des Identitätswechsels nicht nur sachlich, sondern auch symbolisch möglich sein soll (*Blankenagel Recht* [Fn. 112], 961, zum Namensrecht), löst das Problem nicht. Symbole sind Zeichen, die auf gesellschaftlichen Konventionen beruhen; niemand hat ein rein privates Symbol.

¹¹⁵ Der Einzelne in verschiedenen Rollen (Wähler, Demonstrant etc.) als Teil des politischen Systems bei *Dieter Grimm* Politische Parteien, in: *Ernst Benda/Werner Maihofer/Hans-Jochen Vogel* (Hrsg.) Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1995, § 14 Rn. 22; Bürger und Citoyen als Rollen des Individuums bei *Hans Heinrich Rupp* Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: *HStR II*, 3. Aufl. 2004, § 31 Rn. 18, 25; *Reinhold Zippelius* Allgemeine Staatslehre, 17. Aufl. 2017, 217 ff. (§ 27 II).

¹¹⁶ *Heller* Staatslehre (Fn. 1), 348. Dabei ist es wichtig, *alle* Staatsangehörigen als diejenigen anzusehen, die diesen Verband ausmachen; hingegen wohl auf staatliche Funktionäre verengend (trotz der Anknüpfung an *Heller*) *Ernst-Wolfgang Böckenförde* Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart (1972), in: ders., Recht, Staat, Freiheit, 2006, 209 (219). *Laski Studies* (Fn. 1), 11, 21, lehnte die Idee der Souveränität des Staates zunächst ab. Zu späteren Modifikationen seiner ursprünglich radikalen Auffassung s. *Jürgen Stern* Verbände als Ausdruck des „Pluralismus der Souveränitäten“: *Harold Laski*, in: *Martin Sebaldt/Alexander Straßner* (Hrsg.) Klassiker der Verbändeforschung, 2006, 167 (170 ff.); zum Kontext weiter *Gunther Teubner* Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung, 1978, 65 ff.; *Helmut Quaritsch* Zur Entstehung der Theorie des Pluralismus, *Der Staat* 19 (1980), 29.

¹¹⁷ *Dieter Grimm* Souveränität, 2009, 53; *Martin Kriele* Einführung in die Staatslehre, 5. Aufl. 1994, 122.

funktion liegt der Primat der Politik gegenüber anderen sozialen Sphären.¹¹⁸ Der politischen Zugehörigkeit kommt infolgedessen eine herausgehobene Stellung zu.¹¹⁹

Schwierigkeiten hat die Staatsrechtslehre weniger mit dem Konzept der Souveränität als damit, den Staat wie auch überstaatliche Gebilde als Formen der Vergemeinschaftung zu erfassen. So ist es der Staat, der den Bürgern Freiheitsrechte anbietet,¹²⁰ ist der Staat die vorgegebene Materie, die von der Verfassung geformt wird,¹²¹ ist es der Staat, der das Wagnis eingegangen ist, von Voraussetzungen zu leben, die er nicht garantieren kann.¹²² An dieser Einstellung des Erkenntnisinteresses irritiert nicht so sehr, dass der Staat gegenüber der Verfassung zurücktritt,¹²³ sondern dass der Staat von der politischen Vergemeinschaftung, die ihn ausmacht, gelöst wird. Hilfreich ist in diesem Zusammenhang eine sicherlich grobe Typolo-

¹¹⁸ Politik als „die Ebene umfassender Vermittlung der rechtlichen Freiheitsidee für alle Lebensbereiche“, *Heiner Bielefeldt* Neuzeitliches Freiheitsrecht und politische Gerechtigkeit, 1990, 224 (Hervorhebung im Original); im gleichen Sinne *Rosa Resonanz* (Fn. 4), 380. Das öffentliche Recht ist deshalb das Recht der politischen Gemeinschaft als solcher, s. *Christoph Bezemek* Theorie und Methoden des Öffentlichen Rechts, in: Harald Eberhard/Michael Holoubek u. a. (Hrsg.) 100 Jahre Republik Österreich, 2021, 17 (20). Dass es für die Systemtheorie keine Hierarchien zwischen gesellschaftlichen Funktionssystemen gibt, ändert nichts daran, dass das politische System durch das Herstellen kollektiv bindender Entscheidungen bestimmt wird (*Luhmann* Politik [Fn. 68], 83 ff.).

¹¹⁹ Politische Zugehörigkeit im Sinne der folgenden Ausführungen bildet die Basis für Identifikationen, die als „politische Identität“ zusammengefasst werden können, dazu – mit existentialistischer Note – *Stefan Haack* Staatsangehörigkeit – Unionsbürgerschaft – Völkerrechtssubjektivität, in: HStR X, 2012, § 205 Rn. 1 ff.

¹²⁰ *Paul Kirchhof* Der demokratische Rechtsstaat – die Staatsform der Zugehörigen, in: HStR IX, 1997, § 221 Rn. 59. Hier sind die Menschen dem Staat „anvertraut“ (ebd., Rn. 7).

¹²¹ *Josef Isensee* Staat und Verfassung, in: HStR II, 3. Aufl. 2004, § 15 Rn. 33.

¹²² *Ernst-Wolfgang Böckenförde* Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation (1967), in: ders., Recht (Fn. 116), 92 (112). Dagegen zu Recht *Kersten* Notwendigkeit (Fn. 46), 112 ff.; *Lutz Wingert* Unpathetisches Ideal, in: Hauke Brunkhorst (Hrsg.) Demokratischer Experimentalismus, 2. Aufl. 2015, 33 (38 ff.). Freilich ist *Böckenförde* ambivalent; eine Überhöhung des Staates war ihm fremd, s. zur „Selbstorganisation“ Fn. 126; einschlägig ist auch der Hinweis, dass die Vorstellung vom Staat als juristischer Person das Volk gerade invisibilisiert, s. *Ernst-Wolfgang Böckenförde* Organ, Organisation, Juristische Person, in: Christian-Friedrich Menger (Hrsg.) Fortschritte des Verwaltungsrechts, 1973, 269 (290 f.); zu den Zusammenhängen treffend *Florian Meinel* Formelles und materielles Organisationsverfassungsrecht, in: Krüper/Pilniok, Organisationsverfassungsrecht (Fn. 53), 103.

¹²³ So die nun schon etwas ältere Diskussion, prägend *Oliver Lepsius* Braucht das Verfassungsrecht eine Theorie des Staates?, EuGRZ 2004, 370; zum Ganzen *Isensee* in: HStR II (Fn. 121), § 15 Rn. 6 ff.; *Udo Di Fabio* Verschränkte Funktionen: Verfassung und Staat als Gegenstand der Staatsrechtslehre, in: Pascale Cancik/Andreas Kley/Helmut Schulze Fielitz u. a. (Hrsg.) Streitsache Staat, 2022, 305.

gie, die *Görg Haverkate* vorgeschlagen hat. Es bedeutet einen gravierenden Unterschied, ob eine Verfassung als Einseitigkeits- oder als Gegenseitigkeitsordnung verstanden wird.¹²⁴ In einer Gegenseitigkeitsordnung bildet das horizontale Verhältnis der Bürger zueinander den Ausgangspunkt.¹²⁵ Die alte, keineswegs scharfe Formel vom Staat als der „Selbstorganisation

¹²⁴ *Görg Haverkate* Verfassungslehre, 1992; in diesem Sinne etwa *Uwe Volkmann* Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, 2013, 248 ff.; *Wingert* Ideal (Fn. 122), 33 (das „bürgerschaftliche Wir“, das in der horizontalen Bürger-Bürger-Beziehung greifbar wird). Hilfreich in diesem Zusammenhang auch *Ronald Dworkin* Sovereign Virtue, 2000, 225 ff.: Gemeinschaft nicht als Entität, die unabhängig von ihren Mitgliedern gedacht werden kann, sondern als Handlungseinheit einer sozialen Praxis (*composite unit of agency*) – im Ergebnis nicht anders als *Heller* (s. Fn. 53). Es kommt also auf kollektive Handlungsfähigkeit an, s. *Ernst-Wolfgang Böckenförde* Mittelbare/repräsentative Demokratie als eigentliche Form der Demokratie, in: Georg Müller/René Rhinow u.a. (Hrsg.) Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel, 1982, 301 (312); *ders.* Demokratie und Repräsentation, in: *ders.*, Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, 379 (397); *Albrecht Dehnhard* Dimensionen staatlichen Handelns, 1996, 4 ff., 140 ff.; *Frankenberg* Frage (Fn. 2), 140 f. („Problematik gesellschaftlicher Selbsteinwirkung“); *Georg Zenkert* Individuum und Demos, 2022, 107; sie macht den intrinsischen Wert öffentlicher Autonomie (= politische Freiheit) aus, s. *Allen Gleichheit* (Fn. 32), 61 ff. Zur Aktualität eines solchen Zugangs *Roland Lhotta* Der Staat in uns: Hermann Hellers etatistischer Neo-Institutionalismus *avant la lettre*, in: Verena Frick/Oliver Lembcke (Hrsg.) Hermann Hellers demokratischer Konstitutionalismus, 2022, 85.

¹²⁵ Eine konzeptionelle Alternative bietet insbesondere der – freilich enorm facettenreiche (s. nur *Samantha Besson/José Luis Martí* [Hrsg.] Legal Republicanism, 2009; *Thorsten Thiel/Christian Volk* [Hrsg.] Die Aktualität des Republikanismus, 2016; *Daniel Schulz* Die Krise des Republikanismus, 2015; *Philipp Hözing* Republikanismus, 2014; *Robin Celikates* Republikanismus zwischen Politik und Recht, Zeitschrift für philosophische Forschung 2010, 118) – Republikanismus, etwa im Sinne von *Hugo Preuß*: „Die demokratische Republik kann nur die demokratische Selbstorganisation des deutschen Volkes als einer politischen Gesamtheit sein.“ (*Hugo Preuß* Denkschrift zum Entwurf des allgemeinen Teils der Reichsverfassung vom 3. Januar 1919 [1919], in: *ders.*, Staat, Recht und Freiheit, 1926, 368 [370]); zum Begriffsverständnis *Andreas Funke* Wahlrecht, Republik, politische Freiheit, Der Staat 46 [2007], 395). Interessant ist dabei die Verknüpfung mit dem bereits benannten (s. Fn. 124) Problem der kollektiven Handlungsfähigkeit, s. *Marcus Llanque* Der republikanische Bürgerbegriff, in: *Thiel/Volk*, ebd., 95; zur Relevanz eines solchen Auffassung im Parlamentarischen Rat *ders.* Paternalismus und bürgerschaftliche Selbstregierung, in: Alexander Gallus/Sebastian Liebold/Frank Schale (Hrsg.) Vermessungen einer Intellectual History der frühen Bundesrepublik, 2020, 101. Wenig hilfreich ist hingegen der Begriff der Zivilgesellschaft, der gerade dann, wenn er – wie bei *Jürgen Habermas* Faktizität und Geltung, 5. Aufl. 1997, 443 ff. – politisch und nicht sozial verstanden wird (zum Gegenstand: *Adloff* Zivilgesellschaft [Fn. 2], 150 ff.), die Bürgerschaft in einen eigentümlichen Gegensatz zum Staat versetzt. Irgendwann *belagert* das Volk nur noch den Staat (in diesem Sinne explizit zur Ausübung „kommunikativer Macht“: *Habermas* ebd., 626) und muss zum „Gegenspieler der gewalthabenden Staatsapparate“ aufgebaut werden, so die überschießenden Annahmen bei *Ingeborg Maus* Über Volkssouveränität, 2. Aufl. 2019, 9.

der Gesellschaft“ hat darin ihren wahren Kern.¹²⁶ Am leichtesten sollte diese Einschätzung im Schweizerischen Kontext fallen – für einen Staat, der sich offiziell Genossenschaft nennt und dessen Verfassung das Wort „Staat“ nur sparsam verwendet.¹²⁷ Dass die staatsrechtlichen Denkmuster in unterschiedliche Richtungen weisen, lässt sich, so vermute ich jedenfalls, als Widerspiegelung grundlegender Differenzen über den Rechtsbegriff und die Natur rechtlicher Verpflichtung deuten.¹²⁸ Gerade dann, wenn im Wege positivistischer Beschreibungen versucht wird, Rechtspflichten unabhängig von moralischen Verpflichtungen zu begründen¹²⁹ oder sie gar ganz zu verwerfen,¹³⁰ bekommt das Recht jene einseitige Struktur, die den Staat zu einem Gegenspieler wie auch Vormund des Einzelnen werden lässt.

2. *Begründung: durch politische Rechte*

Die politische Zugehörigkeit wird durch die Einräumung politischer Rechte begründet; diese sind (weitgehend¹³¹) an die Staatsangehörigkeit

¹²⁶ Der Staat „wird zu einem Stück (was nicht bedeutet: zur) Selbstorganisation der modernen Industriegesellschaft“, Konrad Hesse Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995 (Nachdruck 1999), Rn. 9; in der Sache auch Horst Ehmke „Staat“ und „Gesellschaft“ als verfassungstheoretisches Problem, in: Konrad Hesse (Hrsg.) Festgabe für Rudolf Smend, 1962, 23 (25, 44); beiläufig Voßkuhle Preuß (Fn. 1), 267; kritisch Böckenförde Bedeutung (Fn. 116), 228. Carl Schmitt Die Wendung zum totalen Staat (1931), in: ders., Positionen (Fn. 1), 166 (172), sieht in der Formulierung die „Wendung zum totalen Staat“.

¹²⁷ Hierzu Benjamin Schindler Die Vereinigung und die Schweiz, in: Cancik/Kley/Schulze Fielitz u. a., Streitsache (Fn. 123), 273 (293). Hugo Preuß versuchte, anknüpfend an Gierke, den Begriff der Genossenschaft für das öffentliche Recht fruchtbare zu machen. Aber abgesehen von dem privatrechtlichen Ursprung dieses Ansatzes führt der Versuch, damit auch die Souveränitätsidee loszuwerden (Preuß Gemeinde [Fn. 1], 257: „Gemeinde, Staat und Reich sind also Körperschaften und nichts weiter als Körperschaften. [...] damit sind die beiden Störenfriede, [...] die Anstalts- und die Souveränitäts-Idee[,] endgültig eliminiert.“), nicht weiter. Im Übrigen haben die Nationalsozialisten die Begrifflichkeit – in der Variante des Volksgenossen – missbraucht.

¹²⁸ Es kommt deshalb zentral darauf an, ob Normen als Befehle oder als Handlungsgründe gedacht werden, s. Paul Sourlas Rechtsprinzipien als Handlungsgründe, 2011, 36 ff. Zu den Zusammenhängen auch Volkmann Grundzüge (Fn. 124), 25.

¹²⁹ Habermas Faktizität (Fn. 125), 135 ff. Dass Heller irritierenderweise sowohl eine Moralisierung als auch eine Amoralisierung des Rechts ablehnte (Heller Staatslehre [Fn. 1], 302 f.), ist vermutlich auf innere Widersprüche seines Werkes zurückzuführen (dazu Wolfgang Schluchter Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat, 1968, 92 ff.).

¹³⁰ Hans Kelsen Reine Rechtslehre, 1934, 28 ff.

¹³¹ Daneben tritt für EU-Ausländer das Wahlrecht bei Kommunalwahlen. Umfassend Walter Bürgerstatus (Fn. 32); Klaus Ferdinand Gärditz Der Bürgerstatus im Lichte von Migration und europäischer Integration, VVDStRL 72 (2013), 49.

geknüpft.¹³² Die politische Zugehörigkeit kann sich sowohl auf verschiedene Staaten aufteilen¹³³ als auch föderal gestuft gedacht werden.¹³⁴ Letzteres hat allerdings Grenzen. So begründet die Unionsbürgerschaft fraglos eine Beziehung der Angehörigkeit zur Union, d. h. ein Verhältnis zwischen den Einzelnen und der Union. Als eine politische Verbindung unter den Bürgern der EU-Mitgliedstaaten lässt sie sich aber nur schwer deuten.¹³⁵

¹³² Staatsangehörigkeit als „Signum politischer Zugehörigkeit“: *Dieter Gosewinkel* Schutz und Freiheit? Staatsbürgerschaft in Europa im 20. und 21. Jahrhundert, 2016, 18. Eine ethnische Identität der Deutschen ist für die gesetzliche Regelung der deutschen Staatsangehörigkeit nicht verfassungsrechtlich vorgegeben, vgl. *Walter Leisner* „Nation“ und Verfassungsrecht, *Der Staat* 55 (2016), 213 (233); *Gärditz* Bürgerstatus (Fn. 131), 112; *Haack* in: *HStR X* (Fn. 119), § 205 Rn. 17; *Angelika Emmerich-Fritzsche* Verfassungsrechtliche Fragen nationaler Identität, *Der Staat* 58 (2019), 575 (583); dagegen *Christian Hillgruber* Der Nationalstaat in überstaatlicher Verflechtung, in: *HStR II*, 3. Aufl. 2004, § 32 Rn. 22 f.; *Dietrich Murswieck* Staatsvolk, Demokratie und Einwanderung im Nationalstaat des Grundgesetzes, *JöR* 66 (2018), 385 (410 ff.); zum verfassungstheoretischen Kontext *Kersten* Notwendigkeit (Fn. 46), 118 f. Praktisch relevant sind diese Auffassungen neben den mit ihnen verbundenen Einschränkungen im Einbürgerungsrecht – vgl. *Erhard Denninger* „Die Rechte der Anderen“: Menschenrechte und Bürgerrechte im Widerstreit, *KJ* 42 (2009), 226 (234 ff.) – für die Beurteilung der Befugnisse der Verfassungsschutzbehörden, ausgehend von *BVerfGE* 144, 20 (246, Rn. 635), vgl. *Dietrich Murswieck* Verfassungsschutz und Demokratie, 2020, 165 ff.

¹³³ *Peter J. Spiro* Multiple Citizenship, in: *Shachar/Bauböck/Bloemraad* u. a., *Handbook* (Fn. 32), 621. Aus der breiten Literatur zum Problem der mehrfachen deutschen Staatsangehörigkeit: *Michael Deinhard* Das Recht der Staatsangehörigkeit unter dem Einfluss globaler Migrationserscheinungen, 2015, 380 ff.; *Uwe Berlit* Mehrfache Staatsangehörigkeit, *RW* 2021, 382.

¹³⁴ *Willem Maas* Multilevel Citizenship, in: *Shachar/Bauböck/Bloemraad* u. a., *Handbook* (Fn. 32), 644. Weiter *Meine Bürgerschaften* (Fn. 33); *Haack* in: *HStR X* (Fn. 119), § 205 Rn. 5. Mit Blick auf den Wandel vom „Marktbürger“ zum Unionsbürger (dazu *Rudolf Streinz* Vom Marktbürger zum Unionsbürger, in: *Marten Breuer/Astrid Epiney* u. a. [Hrsg.] *Im Dienste des Menschen: Recht, Staat und Staatengemeinschaft*, 2009, 63; *Ferdinand Wollenschläger* Grundfreiheit ohne Markt, 2007, 311 ff.) hat sich gewissermaßen die Gemeinschaftskonstituierende Eigenschaft geändert. Als „vernetzte Angehörigkeitsstruktur“ im europäischen Mehrebenensystem bei *ders.* Vernetzte Angehörigkeiten, in: *Boysen/Bühring/Franzius* u. a., *Netzwerke* (Fn. 20), 104.

¹³⁵ Ablehnend *Hillgruber* in: *HStR II* (Fn. 132), § 32 Rn. 99 f. („Die Union ist kein Bürgerverbund“); *Haack* in: *HStR X* (Fn. 119), § 205 Rn. 23; im Ergebnis *Matthias Rossi* Politische Rechte der Unionsbürger, in: *Ferdinand Wollenschläger* (Hrsg.) *Europäischer Freizügigkeitsraum – Unionsbürgerschaft und Migrationsrecht*, 2. Aufl. 2021, § 4 Rn. 83; *Marcel Kaufmann* Verfassungspatriotismus, substantielle Gleichheit und Demokratieprinzip im europäischen Staatenverbund, in: *Annette Brockmöller* (Hrsg.) *Ethische und strukturelle Herausforderungen des Rechts*, 1997, 41. Es handelt sich um einen Fall der „Vereinigung aus Vereinigungen“, die den Einzelnen mediativieren, s. *Simmel* Soziologie (Fn. 2), 465. Dass sich die Bürger mit der EU identifizieren (vgl. *Anuscheh Farahat* Integration durch Bürgerschaft, in: *Christoph Grabenwarter/Erich Vranes* [Hrsg.] *Die EU im Lichte des Brexits und der Wahlen: Faktoren der Stabilität und Desintegration*, 2020, 35), reicht mit Blick

Die Verträge weisen nicht die Bürger als Träger der europäischen Verge-meinschaftung aus.¹³⁶ Die Unionsbürgerschaft ist an die mitgliedstaatliche Staatsangehörigkeit gekoppelt.¹³⁷ Vieles hängt dabei auch von der Dynamik der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ab.¹³⁸ Letztlich kommt es darauf an, wie plausibel die verschiedenen Modelle gestufter Bürger-schaft erscheinen.¹³⁹

3. Ziel: Repräsentation

Im Idealtypus des Vereins, so wie das BGB ihn regelt, bedarf es keiner Repräsentation. Die Mitglieder entscheiden selbst.¹⁴⁰ Größere Vereine kom-men aber nicht umhin, repräsentative Strukturen auszubilden, etwa Mit-gliederversammlungen.¹⁴¹ Parteien sind ohne solche Elemente nicht denk-

auf die Vorstellung der Gegenseitigkeit nicht aus. Nach *Haltern* Europarecht (Fn. 3), 491 ff., 501 ff., soll es darauf ankommen, was die Bürger der EU wollen. Aber auch dies muss im Lichte der normativen Prinzipien, die der Unionsbürgerschaft zugrunde liegen, betrachtet werden.

¹³⁶ Vgl. *Frank Schorkopf* Der europäische Weg, 3. Aufl. 2020, 71.

¹³⁷ Und dies auch – anders als sonst im Unionsrecht – im Begriffsverständnis, vgl. *Weber* Staatsangehörigkeit (Fn. 33), 15; ausführlich ebd., 220 ff. Dass die Mitgliedstaaten durch Einbürgerungen einander Unionsbürger aufdrängen können (vgl. *Rolf Grawert* Staatsvolk und Staatsangehörigkeit, in: *HStR* II, 3. Aufl. 2004, § 16 Rn. 64; ausführlich *Schönberger* Unionsbürger [Fn. 33], 284 ff.), spricht ebenfalls dagegen, dass die Unions-bürger einen Verband bilden. Zur Aktualität dieser Gefahr: *Peter Hilpold* Die verkaufte Unionsbürgerschaft, *NJW* 2014, 1071; *Weber* Staatsangehörigkeit (Fn. 33), 228 ff.; *Julien Berger* Staatsbürgerschaft als Ware – von Goldenen Pässen und der Europäischen Union, *ZaöRV* 81 (2021), 1033.

¹³⁸ Näher *Weber* Staatsangehörigkeit (Fn. 33), 260 ff.; zur jüngeren Entwicklung – ins-esondere EuGH, Urt. v. 18.1.2022, C-118/20 – *ders.* Kompetenzfusion durch Bürger-schaft, *Der Staat* 61 (2022), 297.

¹³⁹ *Schönberger* Unionsbürger (Fn. 33), 499: „die föderativ gegliederte Gesamtheit der Unionsbürger“; *Claudio Franzius* Das „Wir der Anderen“ in Europa, in: *Claudio Franzius/ Tine Stein* (Hrsg.) Recht und Politik, 2015, 171 (182); *Bogdandy* Identität (Fn. 36), 186; *Thomas Giegerich* Unionsbürgerschaft, politische Rechte, in: *Reiner Schulze/Stefan Kadel-bach/André Janssen* (Hrsg.) Europarecht, 4. Aufl. 2020, § 9 Rn. 25; auf Loyalitätskonflikte weist *Martin Nettessheim* Die politische Gemeinschaft der Unionsbürger, in: *Alexander Blankenagel/Miguel Azpitarte Sánchez/Peter Häberle* (Hrsg.) Verfassung im Diskurs der Welt, 2004, 193 (197 f.), hin.

¹⁴⁰ Im Vereinsrecht besteht nach § 32 BGB gerade ein Repräsentationsverbot. Dahinter steht ein vertragsrechtliches Verständnis der Binnenstrukturen des Vereins, vgl. *Teubner* Organisationsdemokratie (Fn. 116), 25. Eine Ausnahme bilden Delegiertenversammlungen, so auch im Parteienrecht, vgl. §§ 9, 13 PartG. Im Übrigen begrenzt der Vereinszweck das Handeln der Organe. Ganz ohne Repräsentation (in diesem Sinne) die Kirche: Entscheidun-gen des Klerus repräsentieren nicht den Willen der Gläubigen.

¹⁴¹ Als „repräsentative Zwischenstufen“ bei *Franz Jürgen Säcker* Probleme der Reprä-sentation von Großvereinen, 1986.

bar. Im Staat wird das Repräsentationsprinzip auf das Parlament bezogen. Die Abgeordneten repräsentieren die Gesamtheit der politischen Gemeinschaft (Gesamtrepräsentation¹⁴²). Die Notwendigkeit der Repräsentation ergibt sich daraus, dass die Interessen der Mitglieder untereinander nicht identisch sind und dass eine – nur hypothetische – Aggregation dieser Interessen nicht das Gesamtinteresse der Gemeinschaft wiedergeben kann. Aus der Perspektive des Befundes vielfacher Zugehörigkeit könnte man meinen, dass das Repräsentationsprinzip selektiert. Es schneidet gewissermaßen allein die mit der politischen Zugehörigkeit verbundenen Interessen heraus. Da aber die politische Zugehörigkeit auf eine umfassende und dominante Vergemeinschaftung gerichtet ist, kann sie jene Selektionsleistung nicht erbringen. Die politische Zugehörigkeit erfasst, anders gesagt, den Einzelnen als Ganzes. Das hört sich gefährlich an, ist es aber nicht.

Individuen verfolgen legitimerweise Partikularinteressen,¹⁴³ und zwar nicht ein bestimmtes, sondern eine Vielzahl. Repräsentative Strukturen, die nicht nur Wahlen, sondern auch Abstimmungen prägen und deshalb unvermeidlich sind,¹⁴⁴ mediatisieren also Interessen.¹⁴⁵ So wird eine unüberbrückbare Kluft zwischen der Interessensphäre der repräsentierten Individuen und der Handlungssphäre der Repräsentanten errichtet.¹⁴⁶ Nur deshalb ist es überhaupt erträglich, dass die politische Zugehörigkeit den Einzelnen als Ganzes umfängt.

An Versuchen, diese Kluft zu überbrücken, fehlt es nicht.¹⁴⁷ Ein Beispiel ist der Vorschlag, Wahllisten geschlechterparitätisch zu besetzen, um

¹⁴² Vgl. BVerfGE 84, 304 (321). Daraus erklärt sich zum einen der Grundsatz des freien Mandats, s. Klaus Stern *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 1, 2. Aufl. 1984, 963; Hasso Hofmann/Horst Dreier *Repräsentation, Mehrheitsprinzip und Minderheitenschutz*, in: Hans-Peter Schneider/Wolfgang Zeh (Hrsg.) *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland*, 1989, § 3 Rn. 38 ff., zum anderen der Amtsscharakter demokratischer Herrschaft, s. Ernst-Wolfgang Böckenförde *Demokratische Willensbildung und Demokratie*, in: HStR III, 3. Aufl. 2005, § 34 Rn. 30.

¹⁴³ Fraenkel *Pluralismus* (Fn. 1), 271.

¹⁴⁴ Carl Schmitt *Verfassungslehre*, 1928 (Nachdruck 1983), 206; Böckenförde *Demokratie* (Fn. 124), 382 f.; Bezemek *Theorie* (Fn. 118), 17.

¹⁴⁵ Niklas Luhmann *Legitimation durch Verfahren*, 4. Aufl. 1997, 164. Insofern „streift jeder Einzelne seine Bestimmungen und Zugehörigkeiten ab“, wenn er bzw. sie sein Wahlrecht ausübt, Rosanvallon *Gesellschaft* (Fn. 12), 48.

¹⁴⁶ Krisendiagnosen setzen hier an, s. Hermann Pünder *Wahlrecht und Parlamentsrecht als Gelingensbedingungen repräsentativer Demokratie*, VVDStRL 72 (2013), 192; Pascale Cancik *Wahlrecht und Parlamentsrecht als Gelingensbedingungen repräsentativer Demokratie*, VVDStRL 72 (2013), 268; Danny Michelsen/Franz Walter *Unpolitische Demokratie*, 2. Aufl. 2013, 290 ff.; Armin Schäfer/Michael Zürn *Die demokratische Regression*, 2021, 89 ff.

¹⁴⁷ Die in Deutschland tradierte wahlrechtliche Privilegierung von Minderheiten (Befreiung von der 5%-Sperrklausel, § 6 Abs. 3 S. 2 BWahlG) steht in einem spannungsvollen

im Parlament eine entsprechende Sitzverteilung zu erreichen.¹⁴⁸ Ob hierfür eine Änderung des Grundgesetzes erforderlich ist, ist Gegenstand einer intensiven Debatte.¹⁴⁹ Nun wird in diesem Zusammenhang gerade um das richtige Verständnis des Repräsentationsprinzips gestritten, und was genau rechtlich daraus folgt.¹⁵⁰ Für unser Thema relevant ist allein die Problembe-

Verhältnis (u. a.) zum Repräsentationsprinzip, ist aber nach der Rechtsprechung zulässig, BVerfGE 4, 31 (44); 6, 84 (97); zustimmend *Murswieck* in: HStR X (Fn. 66), § 213 Rn. 34; *Pallek* Minderheitenschutz (Fn. 63), 334 ff.; *Holger Kremser* Die Sonderstellung von Minderheiten im Wahlrecht zu nationalen Parlamenten, in: Dieter Blumenwitz/Gilbert H. Gornig/Dietrich Murswieck (Hrsg.) Minderheitenschutz und Demokratie, 2004, 59 (78); kritisch *Burkhard Schöbener* Die wahlrechtliche Privilegierung von Minderheiten – völkerrechtliche Vorgaben und innerstaatliche Ausgestaltung in der Bundesrepublik Deutschland, in: Gilbert H. Gornig/Burkhard Schöbener u. a. (Hrsg.) *Iustitia et Pax*, 2008, 455 (473 ff.). Die von der Minderheit aufgestellten Mandatsträger auf die Verfolgung minderheitenspezifischer Ziele zu beschränken (so *Murswieck* in: HStR X (Fn. 66), § 213 Rn. 35), würde sie allerdings ihres Status als Repräsentanten beraubten; insofern wäre dann doch die Konsequenz zu ziehen, dass die Privilegierung verfassungswidrig ist.

¹⁴⁸ *Silke Laskowski* Zeit für Veränderungen: Ein paritätisches Wahlrecht jetzt!, RuP 2018, 391; *dies.* Pro Parité! Ein verfassungskonformes Wahlrechtsmodell, in: Eckertz-Höfer/Schuler-Harms, Gleichberechtigung (Fn. 46), 125; *Cara Röhner* Der diskriminierungsfreie Zugang zu Staatsämtern: Paritätsgesetze als demokratisches Antidiskriminierungsrecht, DÖV 2022, 103. Eine Pflicht hat das Bundesverfassungsgericht verneint (BVerfGE 156, 224 [243 ff., Rn. 53 ff.], dazu *Marco Penz* Jetzt erst Recht!, DÖV 2021, 422), aber mit der offengehaltenen Frage, „warum es verfassungsrechtlich geboten sein soll, das Prinzip der Gesamtrepräsentation durch ein gruppen- oder geschlechterbezogenes Konzept zu setzen“ (BVerfGE 156, 224 [249, Rn. 70]; ähnlich BVerfG [K], Beschl. v. 6.12.2021, 2 BvR 1470/20, juris, Rn. 43).

¹⁴⁹ Als Verstoß u. a. gegen die Grundsätze der Wahlrechtsgleichheit und der Chancengleichheit der Parteien angesehen von VerfGH Thüringen, Urt. v. 15.7.2020, 2/20, juris, Rn. 73 ff.; VerfG Brandenburg, Urt. v. 23.10.2020, 55/19, juris, Rn. 148 ff.; VerfG Brandenburg, Urt. v. 23.10.2020, 9/19, juris, Rn. 86 ff.; so auch *Martin Morlok/Alexander Hobusch* Ade parité? – Zur Verfassungswidrigkeit verpflichtender Quotenregelungen bei Landeslisten, DÖV 2019, 14; *Anje von Ungern-Sternberg* Parité-Gesetzgebung auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts, JZ 2019, 525; *Stephan Rixen* Demokratieprinzip und Gleichberechtigungsgebot: Verfassungsrechtliche Relationen, in: Eckertz-Höfer/Schuler-Harms, Gleichberechtigung (Fn. 46), 59; *Laura Volk* Paritätisches Wahlrecht, 2022, 77 ff.; *Jens Kersten* Demokratische Repräsentation und Diversitätsprinzip, in: ders./Rixen/Vogel, Ambivalenzen (Fn. 14), 199; *Froese Mensch* (Fn. 20), 464 ff.; *Anna Gloßner* Paritätsgesetze und repräsentative Demokratie, 2022, 99 ff.; anders *Cara Röhner* Ungleichheit und Verfassung, 2019, 291 ff.; *Claudia Danker* Paritätische Aufstellung von Landeswahllisten – Beeinträchtigung der Wahlrechtsgrundsätze, NVwZ 2020, 1250; *Hubertus Gersdorf* Das Paritätsurteil des Thüringer Verfassungsgerichtshofes springt doppelt zu kurz, DÖV 2020, 779. Zu weiterer landesverfassungsrechtlicher Rechtsprechung *Matthias Friehe* Wir sind ein Volk – Die landesverfassungsrechtliche Rechtsprechung zur Parité, NVwZ 2021, 39.

¹⁵⁰ S. etwa *Friederike Wapler* Politische Gleichheit: demokratietheoretische Überlegungen, Jör 67 (2019), 427 (434 ff.); *Anna Katharina Mangold* Repräsentation von Frauen

schreibung, die den einschlägigen Reformbestrebungen zugrunde liegt. Sie stellt gewissermaßen die Kehrseite der Auseinandersetzung um die Rolle des Repräsentationsprinzips dar. Wer Geschlechterparität fordert, betrachtet die Kandidaturen zu den Wahlen sowie die Zusammensetzung des Parlaments ausschließlich unter dem Blickwinkel der Verteilung nach den beiden – und nur diesen¹⁵¹ – Geschlechtern. Andere Gruppenzugehörigkeiten spielen keine Rolle.¹⁵² Mit anderen Worten wird die Identität der Abgeordneten solitaristisch gedeutet (in einem binären Schema). Frauen (bzw. Männer) in diesem Zusammenhang als Gruppe überhaupt nur zu formen, geht aber zu Lasten anderer Zugehörigkeiten. In der Problemwahrnehmung steckt somit eine Vorentscheidung über die Gewichtung von Gruppeninteressen. Eine solche Entscheidung kann ihrerseits nur politisch gerechtfertigt werden¹⁵³ – das Forum hierfür ist das Repräsentativorgan.

4. Die schwierige politische Identität der Deutschen

Die jüngere deutsche Geschichte kennt einen spezifischen Fall multipler Identität: die Staatsangehörigkeit der Deutschen Demokratischen Republik. Nach dem *Teso*-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts war dem Erwerb der DDR-Staatsbürgerschaft die Rechtswirkung des Erwerbs der deutschen Staatsangehörigkeit beizumessen.¹⁵⁴ Dem in der Präambel des Grundgeset-

und gesellschaftlich marginalisierten Personengruppen als demokratietheoretisches Problem, in: Eckertz-Höfer/Schuler-Harms, Gleichberechtigung (Fn. 46), 109; *Friebe Volk* (Fn. 149), 43; *Morlok/Hobusch* Verfassungswidrigkeit (Fn. 149), 17; *Hans Meyer* Verbietet das Grundgesetz eine paritätische Frauenquote bei Listenwahlen zu Parlamenten?, NVwZ 2019, 1245 (1250); allgemein *Schulz* Krise (Fn. 125), 251 ff.; *Kymlicka* Citizenship (Fn. 16), 134 ff.

¹⁵¹ Der Vorschlag geht also zu Lasten derjenigen, die die „dritte Option“ als Geschlechts-eintrag wählen, dazu *Gloßner* Paritätsgesetze (Fn. 149), 236 ff.

¹⁵² Das problematisieren auch *Christoph Möllers* Krise der demokratischen Repräsentation vor Gericht, JZ 2021, 338 (346); *Ungern-Sternberg* Parité-Gesetzgebung (Fn. 149), 530. Sofern ein Paritätsgesetz antidiskriminierungsrechtlich gefordert sein soll (*Röhner* Zugang [Fn. 148], 106 f.), wäre nach Mehrfachdiskriminierungen zu fragen (s. unter III 2). Es sind also auch innerhalb der Gruppe der Frauen Differenzierungen nötig, s. *Rixen* Demokratieprinzip (Fn. 149), 59.

¹⁵³ Anders gesagt: Wird die Beschreibung des Problems der Parlamentszusammensetzung allein auf die Verteilung der Geschlechter gestützt, ohne einen Bezug zu anderen – auf ähnliche Weise wirksamen – Parametern wie Beruf, Bildungsgrad, Religionszugehörigkeit etc. herzustellen, handelt es sich um eine Form des „strategischen Essentialismus“; zu diesem Begriff *Lars Distelhorst* Kulturelle Aneignung, 2021, 53; zum Paradox der Identitäts-politik s. bereits Fn. 46.

¹⁵⁴ BVerfGE 77, 137 (148 ff); zu den Zeitumständen ausführlich *Sebastian Gehrig* Deutsche Staatsangehörigkeit und „Deutschenfähigkeit“, in: Martin Löhnig (Hrsg.) Beginn

zes verankerten Wiedervereinigungsgebot entnahm das Gericht die Pflicht, „die Identität des deutschen Staatsvolkes zu erhalten“.¹⁵⁵ Die DDR-Bürger waren also – meist ohne es zu wissen – immer schon *auch* Deutsche im Sinne des Grundgesetzes.¹⁵⁶ Aus der Sicht der DDR war diese Rechtsprechung eine Anmaßung.¹⁵⁷ Mit der Wiedervereinigung verschwand die DDR und mit ihr ihre Staatsangehörigkeit, die (west-)deutsche blieb.¹⁵⁸

Ob die geschilderten rechtlichen Annahmen zutreffend waren, ist heute nicht mehr zu entscheiden. Aber sie sind als Vorgeschichte nicht hinwegzudenken für eine Problemlage, die noch besteht. Die Wiedervereinigung der beiden Staaten vollzog sich nach intensiver Diskussion nicht auf dem Weg, den die Mütter und Väter des Grundgesetzes selbst mit der Einfügung des Art. 146 vor Augen hatten, sondern auf der Grundlage des Einigungsvertrags durch Beitritt der DDR zum Bundesgebiet nach

der Gegenwart, 2021, 25. *Denninger Rechte* (Fn. 132), 234, spielt mit einem weiteren Identitätsproblem: ob im *Teso*-Fall der Beschwerdeführer ein „sächsischer Italiener“ oder ein „italienischer Sachse“ ist.

¹⁵⁵ BVerfGE 77, 137 (150).

¹⁵⁶ Die „Aktualisierung“ dieses Status hing davon ab, dass die DDR-Bürger das Territorium der Bundesrepublik betrat und den Status begehrten, BVerfGE 77, 137 (153). Dabei ließ sich aus der Perspektive des völkerrechtlichen Selbstbestimmungsrechts nicht nur eine doppelte Identität der DDR-Bürger, sondern auch der Westdeutschen ableiten: Neben dem Selbstbestimmungsrecht des gesamten deutschen Volkes standen insofern sowohl das Selbstbestimmungsrecht des Staatsvolks der Bundesrepublik als auch des Staatsvolks der DDR, s. *Christian Hillgruber/Bernhard Kempen* Das Selbstbestimmungsrecht des deutschen Volkes und der *Teso*-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts, ROW 1989, 323 (328).

¹⁵⁷ S. *Gerhard Riege* Bewegung in der Staatsangehörigkeitsdoktrin der BRD?, NJ 1988, 365. Zwar war der Beschluss insofern bemerkenswert, als er überhaupt dem Staatsangehörigkeitsrecht der DDR Bedeutung beimaß und damit das Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz von 1913 relativierte. Zugleich lässt sich die staatsangehörigkeitsrechtliche Anknüpfung als Verstoß gegen Art. 6 des Grundlagenvertrages vom 21.12.1972 (BGBl. 1973 II, 423) sehen, wonach die beiden Staaten ihre Hoheitsgewalt jeweils auf ihr Staatsgebiet beschränken (so *Dieter Wyduckel* Anmerkung [zu BVerfG, Beschl. v. 21.10.1987, 2 BvR 373/83], DVBl. 1988, 284 [287]).

¹⁵⁸ Der Einigungsvertrag vom 31.8.1990 (BGBl. 1990 II, 889) ging auf die Staatsangehörigkeit nicht ein. Das Staatsbürgerschaftsgesetz der DDR trat mit dem Inkrafttreten des Einigungsvertrages außer Kraft; es galt nur noch das Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz von 1913 (das in der DDR bis 1967 gegolten hatte); zum Ganzen *Kay Hailbronner*, in: *Kay Hailbronner/Hans-Georg Maassen u. a. (Hrsg.) Staatsangehörigkeitsrecht*, 6. Aufl. 2017 Grundlagen, Abschn. G, Rn. 13; *Ingo von Münch* Die deutsche Staatsangehörigkeit, 2007, 108; *Hermann Hecker* Die Staatsangehörigkeit der DDR und der Einigungsvertrag, AVR 29 (1991), 27; *Hans von Mangoldt* Das deutsche Staatsvolk nach der Wiedervereinigung, in: *Karl-Hermann Kästner/Knut Wolfgang Nörr/Klaus Schlaich (Hrsg.) FS Martin Heckel*, 1999, 799 (801).

Art. 23 a.F.¹⁵⁹ Diese Lösung entsprach der Anmaßung, die die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtslage Deutschlands zum Ausdruck gebracht hatte. Westdeutsche und Ostdeutsche begegneten sich nicht auf Augenhöhe, auch wenn sie einen Vertrag schlossen. Dass in der damaligen historischen Situation vernünftigerweise der weniger risikante Weg gewählt wurde, ist nicht zu kritisieren. Aber auch in den Jahren danach ist eine gesamtdeutsche Verfassung nicht ausgearbeitet worden.¹⁶⁰ Die mit dem Einigungsvertrag bewirkte Änderung des Art. 146 GG gilt manchen als verfassungswidrig,¹⁶¹ anderen ist die Beibehaltung der Norm schlicht nicht verständlich.¹⁶²

Nun ist es ein Thema für sich, dass die Bemühungen um eine DDR-spezifische Demokratisierung, denken wir etwa an das Projekt einer neuen Verfassung, weitgehend verpufften.¹⁶³ Eine gesamtdeutsche Verfassungsge-

¹⁵⁹ Zu den historischen Abläufen *Andreas Rödder* Geschichte der deutschen Wiedervereinigung, 3. Aufl. 2020; ausgewogener, detailreicher Überblick über die verfassungsrechtliche Debatte bei *Olaf Winkel* Die deutsche Einheit als verfassungspolitischer Konflikt, ZParl 1997, 475. Unter anderem hatten sich einhundert Mitglieder der Staatsrechtslehrervereinigung deutlich positioniert: „Erklärung von bundesdeutschen StaatsrechtlerInnen: „Beitritt nach Art. 23““, in: Blätter für deutsche und internationale Politik 1990, 634. Andere Staatsrechtslehrer hingegen sprachen sich für eine Verfassunggebung aus, s. zu den verschiedenen Initiativen *Bernd Guggenberger/Tine Stein* Strukturen und Motive der Verfassungsdiskussion im Jahr der deutschen Einheit, in: Bernd Guggenberger/Tine Stein (Hrsg.) Die Verfassungsdiskussion im Jahr der deutschen Einheit, 1991, 9 (10). Die Vereinigung diskutierte „Deutschlands aktuelle Verfassungslage“ in ihrer Sondertagung am 27.4.1990 in Berlin, dokumentiert in: VVDStRL 49 (1990). Zum Ganzen umfassend *Marcel Kau/Jan Philipp Schaefer* Die deutsche Teilung und die Wiedervereinigung, in: Cancik/Kley/Schulze-Fielitz u. a., Streitsache (Fn. 123), 519.

¹⁶⁰ Der politische Wille beschränkte sich auf die Verfassungsreform von 1994. Dort blieb Art. 146 unangetastet, vgl. Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission v. 5.11.1993, BT-Drs. 12/6000, S. 111 f.

¹⁶¹ Etwa *Tobias Herbst* Legale Abschaffung des Grundgesetzes nach Art. 146 GG?, ZRP 2012, 33.

¹⁶² *Josef Isensee* Schlußbestimmung des Grundgesetzes: Art. 146, in: HStR XII, 2014, § 258 Rn. 50; *Kyrill-A. Schwarz* Verfassungsfragen der deutschen Einheit, JA 2015, 721 (725). Zum offenen Charakter des Art. 146 GG s. hingegen *Ewald Wiederin* Die Verfassunggebung im wiedervereinigten Deutschland, AÖR 117 (1992), 410 (419); *Horst Dreier* Gilt das Grundgesetz ewig? Fünf Kapitel zum modernen Verfassungsstaat, 2009, 87; *Nettesheim* Verfassunggebung (Fn. 55), 349; *Lothar Michael* in: Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter (Hrsg.) Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 2021, Art. 146 Rn. 359 ff. (2013).

¹⁶³ S. *Klaus Michael Rogner* Der Verfassungsentwurf des Zentralen Runden Tisches der DDR, 1993; *Martina Haedrich* Zum Wandel der Grundrechtskonzeptionen in der DDR, in: Julian Krüper/Heiko Sauer (Hrsg.) Staat und Recht in Teilung und Einheit, 2001, 43 (50 ff.); zahlreiche Berichte in *Bernd Gehrke/Wolfgang Rüddenklau* (Hrsg.) ... das war doch nicht unsere Alternative: DDR-Oppositionelle zehn Jahre nach der Wende, 1999. Zu erwähnen sind die ostdeutschen Landesverfassungen, dazu insbesondere *Eberhard Dennin-*

bung hat es für die Westdeutschen ebenso wenig gegeben wie für die Ostdeutschen.¹⁶⁴ Die überwiegende Auffassung sieht darin kein Problem. Es ist für die Frage der Geltung des Grundgesetzes üblich, die Geburtsfehler (sowohl von 1949 als auch von 1989) mit der Vorstellung materieller Legitimität zu beheben. Das Grundgesetz wurde und wird doch akzeptiert.¹⁶⁵

Ob diese Überlegung für die Ostdeutschen wirklich greifen kann, steht dennoch in Frage.¹⁶⁶ Gewiss sind die Ostdeutschen formal politisch zugehörig. Aber es sprechen einige Indikatoren dafür, dass ihre *Identifikation* mit dieser Zugehörigkeit, vorsichtig gesagt, jedenfalls eine andere als bei den

ger Vielfalt, Sicherheit und Solidarität: Ein neues Paradigma für Verfassungsgebung und Menschenrechtsentwicklung?, in: ders., Menschenrechte und Grundgesetz, 1994, 13.

¹⁶⁴ Dieser Befund unterstellt, dass 1990 eine Kombination von Art. 23 und Art. 146 GG verfassungsrechtlich zulässig war, so etwa *Peter Häberle* Verfassungspolitik für die Freiheit und Einheit Deutschlands, JZ 1990, 358 (359); *Dieter Grimm* Das Grundgesetz – eine Verfassung für das geeinte Deutschland?, KritV 73 (1990), 148 (155 f.); *Dieter Sterzel* In neuer Verfassung? Zur Notwendigkeit eines konstitutionellen Gründungskartes für das vereinigte Deutschland, KJ 23 (1990), 385; *Michael Sachs* Das Grundgesetz im vereinigten Deutschland – endgültige Verfassung oder Dauerprovisorium?, JuS 1991, 985 (990) (auf das Momentum der ersten beiden Jahre nach der Wiedervereinigung beschränkt); weitere Nachweise in *Isensee* in: HStR XII (Fn. 162), § 258 Rn. 33. Diese Auffassung musste sich allerdings vorhalten lassen, sich noch zu sehr in den Bahnen des Grundgesetzes zu bewegen; nach *Helmut Ridder* Art. 146 GG: Wird der Meridian der westdeutschen „Linken“ zum Strang von Revolution und Demokratie in „Deutschland“?, Blätter für deutsche und internationale Politik 1990, 970, konnte sich die Wiedervereinigung nur als Gründung eines neuen gesamtdeutschen Staates auf der Grundlage einer neuen Verfassung jenseits des Grundgesetzes vollziehen.

¹⁶⁵ „Legitimationserfolg“, ausführlich *Josef Isensee* Legitimation des Grundgesetzes, in: HStR XII, 2014, § 254 Rn. 49 ff.; *Michael* in: BK GG (Fn. 162), Art. 146 Rn. 311, 352 ff.; teilweise wird auf die Durchführung der Bundestagswahlen abgestellt, so *Reinhard Müßnug* Zustandekommen des Grundgesetzes und Entstehen der Bundesrepublik, in: HStR I, 3. Aufl. 2003, § 8 Rn. 100 ff.; *Hasso Hofmann* Die Verfassungsentwicklung der Bundesrepublik, StWStP 6 (1995), 155 (159); *Christoph Möllers* Das Grundgesetz, 2009, 37. Das Muster für beide Auffassungen bei *Schmitt* Verfassungslehre (Fn. 144), 91; kritisch *Dietrich Murswieck* Die verfassunggebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1978, 126; grundlegender Neuansatz, der v. a. an die Stelle der Urheberorientierung ein Prinzipienmodell setzt, bei *Tobias Herbst* Legitimation durch Verfassunggebung, 2003.

¹⁶⁶ Schon zu jener Zeit war dies umstritten. Die Vorgänge des Jahres 1990 als Äußerung der verfassunggebenden Gewalt zu deuten – in diesem Sinne etwa *Matthias Kilian* Der Vorgang der deutschen Wiedervereinigung, in: HStR I, 3. Aufl. 2003, § 12 Rn. 106 –, lehnte eine Reihe von Autoren ab: *Rainer Wahl* Die Verfassungsfrage nach dem Beitritt, StWStP 1 (1990), 468 (476); *Ernst Gottfried Mahrenholz* Die Verfassung und das Volk, 1991, 20 ff.; später *Henning Moelle* Der Verfassungsbeschluss nach Artikel 146 Grundgesetz, 1996, 188 ff.; *Birgitta Stückrath* Art. 146 GG: Verfassungslösung zwischen Legalität und Legitimität, 1997, 168 ff.; zurückhaltend *Hofmann* Verfassungsentwicklung (Fn. 165), 159.

Westdeutschen ist.¹⁶⁷ Dass es heute künstlich wirkt, von „Westdeutschen“ zu reden, nicht aber von „Ostdeutschen“, ist genau Ausdruck des zentralen Problems. Denn es sind nicht so sehr die teilweise noch erheblichen ökonomischen und sozialen Unterschiede, die auch die jüngere soziologische Forschung feststellt, auf die es ankommt, auch nicht die Demokratie-, ja Politikferne großer Teile der ostdeutschen Bevölkerung.¹⁶⁸ Dass es überhaupt noch eine ostdeutsche Identität gibt, nicht als Fortsetzung der DDR-Identität, sondern im Sinne eines „erinnerungsgemeinschaftlichen Zusammenhangs“,¹⁶⁹ das lässt sich nicht ignorieren. Der „Legitimationserfolg“ mag da sein, aber er fällt erheblich geringer aus als bei den Westdeutschen.

Im historischen Rückblick interessiert nicht ein denkbarer alternativer Verlauf. Was ist geworden, darauf kommt es an. Der in den 1990er Jahren gewählte Weg hatte Kosten, die – sicherlich wider Erwarten – heute noch spürbar sind. Über diesen Befund sollte Klarheit bestehen.¹⁷⁰ Er kann immer noch handlungsleitend werden.¹⁷¹ Vielleicht sollte etwa die Diskus-

¹⁶⁷ Vgl. *Böckenförde Nation* (Fn. 40), 57: dem Weg über Art. 23 GG fehlte die notwendige identitätsvermittelnde Kraft. Zur „inneren Einheit“ etwa *Kilian* in: HStR I (Fn. 166), § 12 Rn. 117; *Arnd Uhle Innere Integration*, in: HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 82 Rn. 39.

¹⁶⁸ S. die zahlreichen Befunde bei *Steffen Mau Lütten Klein*, 2. Aufl. 2019: Schon beginnend mit der Volkskammerwahl vom März 1990 übernahm die Bundesrepublik die Handlungsmacht. „Ohne in die Klage über die Entmündigung der Ostdeutschen oder die geraubte Revolution einzustimmen, kann man doch nüchtern festhalten, dass in diesem Übernahmemodus eine Distanz zwischen ‚den Leuten‘ und ‚dem System‘ angelegt wurde, die heute noch die Wahrnehmung vieler Ostdeutscher bestimmt.“ (ebd., 125, 147). *Mau* sieht die Beschönigung der deutschen Nation als funktionales Äquivalent zur Verständigung über Verfassungsprinzipien (ebd., 147); es zählte Deutsch-Sein, nicht republikanische Mitgliedschaft (ebd., 149). Heute sind prägend: geringere Aufstiegschancen, geringerer Vermögensaufbau, Dominanz westdeutscher Eliten (insbesondere bei der Besetzung von Führungspositionen), *brain drain*, Männerüberschuss, Rechtspopulismus, Entwertung von Erfahrungen. Weiter aus der Literatur: *Everhard Holtmann* (Hrsg.) Die Umdeutung der Demokratie, 2020; *Thomas Gensicke* Die Neuen Bundesbürger, 1998; *Jürgen W. Falter/Oscar W. Gabriel/Hans Rattinger* (Hrsg.) Wirklich ein Volk? Die politischen Orientierungen von Ost- und Westdeutschen im Vergleich, 2000; *Jürgen W. Falter/Oscar W. Gabriel/Hans Rattinger/Harald Schoen* (Hrsg.) Sind wir ein Volk? Ost- und Westdeutschland im Vergleich, 2006. Zahlreiches Material jüngst im Bericht des Beauftragten der Bundesregierung für Ostdeutschland „Ostdeutschland. Ein neuer Blick“, September 2022, BT-Drs. 20/3700.

¹⁶⁹ *Mau Lütten Klein* (Fn. 168), 212. Eine andere Frage ist, ob die ostdeutsche Identität eine ethnische Herkunft im Sinne von § 1 AGG darstellt, verneinend ArbG Stuttgart, Urt. v. 15.4.2010, 17 Ca 8907/09, juris, Rn. 15.

¹⁷⁰ In diesem Sinne auch *Heiko Sauer Einheit durch Recht?*, in: Krüper/Sauer, Staat (Fn. 163), 154 (178 ff.). *Bruce A. Ackerman Revolutionary Constitutions*, 2019, 20, attestiert den deutschen politischen Eliten in diesem Zusammenhang „collective amnesia“.

¹⁷¹ Zu „Ost-Quoten“ im öffentlichen Dienst s. *Froese Mensch* (Fn. 20), 40.

sion um Diversität in der Rechtswissenschaft etwas komplexer geführt werden, als dies im Moment geschieht.¹⁷²

Solange die Ostdeutschen *als* Ostdeutsche im eigenen Land migran-
tische Fremdheitserfahrungen machen, weil sie mit einer westdeutsch
geprägten Mehrheitskultur konfrontiert sind, so lange bleibt das Thema
virulent.

VI. Schlussbemerkung

„Wenn sich die Identitäten vervielfältigen, teilen sich die Leidenschaften.“, so lautet ein vielzitierter Befund *Michael Walzers*.¹⁷³ Die Gesellschaft verdankt ihre Stabilität also gerade dem Umstand, dass die Einzelnen auf nicht nur eine Art miteinander verbunden sind. Nun folgen Gesellschaften nicht mathematischen Gesetzmäßigkeiten. Die Logik sozialer Konflikte ist aber auch keine Spezialität unseres Fachs. Die juristischen Fragen, die sich in diesem Zusammenhang stellen, habe ich versucht herauszuarbeiten, unter Verzicht auf Bedrohungsszenarien. Schon die Adäquatheit juristischer Gesellschaftsbeschreibung ist nicht selbstverständlich. Zum Abschluss möchte ich hervorheben, was dabei vielleicht den Grundton auch meiner kritischen Bemerkungen ausmacht. Staatsrechtliche Doktrinen sind nach meinem Eindruck häufig von einem eigentümlichen methodischen Individualismus geprägt, der zwar enorm leistungsfähig ist, zugleich aber blinde Flecke erzeugt.¹⁷⁴ Nichts zeigt das besser als die verbreitete Kritik an der alten Menschenbildformel des Bundesverfassungsgerichts.¹⁷⁵ Während sich die Vorstellung einer „Gemeinschaftsgebundenheit“ des Individuums in der Gemeinwohlbindung staatlicher Gewalt aufgelöst hat, ist die „Gemeinschaftsbezogenheit“ verkümmert. Die Frage nach „multiplen Identitäten“ stellen, heißt auch, hier neu anzusetzen.

¹⁷² Diversität wird nur als Problem des Geschlechts und der Hautfarbe gesehen, vgl. Michael Grünberger/Anna Katharina Mangold/Nora Markard/Mehrdad Payandeh/Emmanuel Vahid Towfigh Diversität in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, 2021, 11.

¹⁷³ Walzer Gesellschaft (Fn. 19), 136. Dazu auch Schimank Gesellschaft (Fn. 74), 107.

¹⁷⁴ Vgl. für die Grundrechte Vesting/Korioth/Augsberg Grundrechte (Fn. 105); Neuan-
satz einer „Vermittlung von Freiheit und Gemeinschaft“ bei Volkmann in: HGR II (Fn. 5),
§ 32 Rn. 28 ff. Zu einer nicht-individualistischen Moralkonzeption, die individuelle Auto-
nomie mit kollektiven Gütern verknüpft, s. Joseph Raz The Morality of Freedom, 1986
(Nachdruck 1988).

¹⁷⁵ Dazu Fn. 23.

Leitsätze des Referenten über:

Zugehörigkeit und Partizipation

2. Multiple Identitäten

I. Vielfache Zugehörigkeit als staatsrechtliche Herausforderung

1. Alte Beschreibungen, neue Beschreibungen

(1) Der Einzelne gehört verschiedenen Gemeinschaften wie der Familie, Vereinigungen gesellschaftlicher, wirtschaftlicher, religiöser oder politischer Art und natürlich dem Staat an, und muss seine Loyalität entsprechend aufteilen.

(2) Die Verarbeitung von Diskriminierungserfahrungen hat den Begriff der Zugehörigkeit komplexer werden lassen: Bestimmte Personen und Gruppen gehören nicht dazu, sollten es aber. Das Verständnis eines „Rechts auf Differenz“ ist kontrovers und Entwicklungsoffen.

2. Die staatsrechtliche Mikroperspektive

(3) Die staatsrechtliche Herausforderung des Themas bestehen darin, das Problemfeld zu vermessen und adäquate Beschreibungen zu entwerfen. Das Verfassungsrecht selbst hat Beschreibungswert.

(4) In der staatsrechtlichen Mikroperspektive zieht Vielfalt in das Individuum ein.

II. Gesellschaftsstruktur

1. Zugehörigkeitsbeziehungen

(5) Zugehörigkeit ist eine soziale Beziehung. Sie weist unterschiedliche Verdichtungen, Formalisierungen und Verrechtlichungen auf.

2. Soziale Ich-Identität

(6) Als soziale Ich-Identität können sowohl die Selbstidentifikation mit einer Zugehörigkeitsbeziehung als auch die im Kontext von Diskrimierungen stehende Fremdzuschreibung einer Gruppeneigenschaft erfasst werden.

(7) Die gruppenbezogenen Kategorien des Antidiskriminierungsrechts beschreiben eine unsichtbare, gleichwohl wirksame Gesellschaftsstruktur.

III. Die operative Dimension der Multiplizität

1. Regeln für Zugehörigkeitsbeziehungen

(8) Zugehörigkeitsbeziehungen operieren maßgeblich durch Regeln. Viele Fragen des Staatsorganisations- und Verwaltungsorganisationsrechts haben Entsprechungen in anderen Bereichen des gesellschaftlichen Lebens: die Einheitsbildung, das Handeln für die Gemeinschaft, der Schutz der Rechte der Gruppenmitglieder gegenüber der Gemeinschaft, die Repräsentation der Gruppeninteressen, die (inter- und innerkategoriale) Koordination von Zugehörigkeiten.

2. Antidiskriminierungsrechtlich: mehrdimensionale Diskriminierung

(9) Konzepte mehrdimensionaler Diskriminierung machen Überlappungen von Diskriminierungen sichtbar. „Intersektionalität“ vervielfacht das Differenzierungsgebot.

IV. Vielfache Zugehörigkeit in der Grundrechtssystematik

1. Individualrechte, Gruppenrechte, Minderheitenrechte

(10) Die Gesellschaftsstruktur vielfacher Zugehörigkeit ist im Wesentlichen eine Angelegenheit der individuellen Freiheitsrechte. Gruppenrechte und Minderheitenrechte spielen nur eine untergeordnete Rolle.

2. Sachliche Grundrechtskohärenz

(11) Gesellschaftliche Funktionssysteme decken sich nicht mit den vielfältigen Zugehörigkeitsbeziehungen. Zugehörigkeitsbeziehungen durchziehen die sachlichen Schutzbereiche der Grundrechte.

(12) Die Freiheitsrechte garantieren die freie Wahl von Zugehörigkeiten. In der Leistungsdimension sichern Freiheitsrechte die Vorhaltung rudimentärer rechtlicher und sozialer Infrastrukturen.

3. Die freiheitsrechtliche Verschränkung von Wahl und Bindung

(13) Der freiheitsrechtliche Schutz der Zugehörigkeit ist von einer internen Spannung gekennzeichnet. Einerseits wollen wir alle uns gemäß dem Imperativ der Aufklärung von gewachsenen Bindungen befreien, andererseits besteht unser Leben darin, Bindungen aufzubauen.

(14) Das Verfassungsrecht muss diese Spannung anerkennen. Sie steht schematischen Lösungen der einschlägigen Konfliktlagen entgegen.

4. Solitaristische Deutungen der Identität

(15) Die Einzelnen haben prima facie ein Recht darauf, einer bestimmten Zugehörigkeitsbeziehung oder Identität umfassenden Charakter zuzusprechen, d. h. ihre Weltsicht und Handlungen nur aus einer einzigen Identität heraus zu entwerfen.

(16) Relevant sind solche „solitaristischen“ Deutungen der Identität (Amartya Sen) insbesondere für die Abgrenzung von allgemeiner Rechtspflicht und Religionsfreiheit.

5. Das Recht der Persönlichkeit als Auffanggrundrecht für Gruppenidentifikationen

(17) Das allgemeine Persönlichkeitsrecht fängt Gruppenidentifikationen auf, die nicht durch spezielle Grundrechte geschützt sind. Die soziale Dimension des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist jedoch strukturell schwach, weil dieses Recht passiv ausgerichtet ist.

(18) Die damit verbundenen Schwierigkeiten zeigt das Recht auf Anerkennung der geschlechtlichen Identität, das im allgemeinen Persönlichkeitsrecht verankert ist. Das Geschlecht ist eine soziale Kategorie, deren inhaltliche Festlegung nicht vollständig dem Einzelnen überantwortet ist.

*V. Die politische Zugehörigkeit**1. Struktur: genossenschaftliche politische Vergemeinschaftung*

(19) Den Staat als politische Vergemeinschaftung Einzelner zu verstehen, legt die Betrachtung der Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung (Görg Haverkate) nahe.

(20) Rechtspositivistische Ansätze tendieren dazu, die Verfassung als „Einseitigkeitsordnung“ zu erfassen.

2. Begründung: durch politische Rechte

(21) Politische Zugehörigkeit wird durch die Einräumung politischer Rechte vermittelt.

(22) Es ist schwer, die Unionsbürger – über die Angehörigkeit zur Union hinaus – als politisch miteinander verbunden zu denken.

3. Ziel: Repräsentation

(23) Politische Zugehörigkeit erfordert Repräsentation, weil über sie das Gesamtinteresse der Gemeinschaft bestimmt wird.

(24) Die Forderung, über geschlechterparitätische Wahllisten die Repräsentativität des Parlaments zu erhöhen, beruht auf einer Problembeschreibung, die eine hier nicht angezeigte solitaristische Deutung der Identität darstellt.

4. Die schwierige politische Identität der Deutschen

(25) Ostdeutsche identifizieren sich mit ihrer politischen Zugehörigkeit auf der Grundlage einer nach wie vor nachweisbaren eigenen Identität. Es handelt sich dabei auch um die Kosten der Entscheidung, den Wiedervereinigungsprozess allein über den Einigungsvertrag in Verbindung mit dem Beitritt nach Art. 23 GG a. F. zu gestalten.

VI. Schlussbemerkung