

Demokratische Inklusion durch Recht

Eingangsstatement auf dem Panel „Feminismus im Kampf um Demokratie – Gefahren und Potenziale“

Prof. Dr. Anna Katharina Mangold, LL.M. (Cambridge)

Vorsitzende der djb-Kommission Europa- und Völkerrecht, Professor für Europarecht, Europa-Universität Flensburg

In diesem Panel geht es um „Feminismus im Kampf um Demokratie – Gefahren und Potenziale“. Dieses Panel gibt mir Gelegenheit, einige Überlegungen zur Frage vorzustellen, welche Rolle Recht spielen kann, um Inklusion in die demokratischen Prozesse zu befördern – oder jedenfalls Exklusion zu verhindern oder zu mindern. Ganz besonders geht es mir heute selbstverständlich um Frauen. Aber da es nicht *die* homogene Gruppe *der* Frauen gibt, sondern jede Menge Untergruppen, wie gläubige und atheistische, Schwarze und weiße, lesbische und heterosexuelle Frauen, sind in differenzierter feministischer Analyse immer schon andere Exklusionskategorien mitzudenken. Aus diesem Grunde halte ich gerade aus feministischer Sicht das Antidiskriminierungsrecht für ein so wichtiges Feld – wenn und falls beachtet wird, wie sehr das Antidiskriminierungsrecht eigentlich auf feministischen Methoden und Analysen aufbaut und aufbauen muss!

Meine These lautet, knapp zusammengefasst: Recht, konkret: Antidiskriminierungsrecht, rechtlicher Schutz vor Diskriminierung, dient demokratischer Inklusion. Rechtliche Verbote von diskriminierendem Verhalten sind, so mein zentrales Argument, Ermöglichungsbedingung der demokratischen Begegnung von Freien und Gleichen auf Augenhöhe.

Überlässt ein Staat Diskriminierung allein dem freien Spiel der Kräfte und Machtverhältnisse, so wird das zentrale Versprechen der demokratischen Regierungsform aufgegeben: die Gleichheit aller Bürgerinnen und Bürger. Die Bezeichnung „Ermöglichungsbedingung“ verweist darauf, dass der rechtliche Schutz vor Diskriminierung notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung des Gelingens von Demokratie ist. Rechtlicher Schutz vor Diskriminierung kann also für sich genommen nicht das Gelingen von Demokratie garantieren. Umgekehrt aber setzt eine demokratische Regierungsform sich in Widerspruch zu ihren eigenen Gelingensbedingungen, wenn sie keinen Schutz vor Diskriminierung gewährt.

Diese These möchte ich in einem *ersten* Schritt historisch plausibilisieren, indem ich auf rechtliche Kämpfe für Gleichheit zurückblicke.

In einem *zweiten* Schritt erläutere ich den Zusammenhang von privatrechtlicher Diskriminierung und demokratischer Gleichheit.

In einem *dritten* Schritt schließlich zeige ich die Potenziale auf, die Antidiskriminierungsrecht für demokratische Inklusion hat.

1. Geschichte

Zunächst also ein Blick in die Geschichte.

Es ist eine Lehre aus vergangenen feministischen Kämpfen, dass rechtliche Regulierungen viele Exklusionen und Ungleichheit überhaupt erst herstellen. Der Kampf um Gleichheit ist gerade für Frauen mühsam gewesen. Zunächst wurde ihnen Gleichheit

abgesprochen und verwehrt, und zwar gerade mit Mitteln des Rechts. Wichtig waren deshalb die verfassungsrechtlichen Versprechungen der Gleichheit der Geschlechter. In der Weimarer Reichsverfassung wurden Frauen 1919 „grundsätzlich“ die gleichen staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten wie Männern versprochen, aber das Wörtchen „grundsätzlich“ ist bekanntlich die juristische Einladung zum Abrücken von Gleichberechtigung. Aus Erfahrung klug kämpften die vier Mütter des Grundgesetzes, insbesondere *Elisabeth Selbert*, 1948 für eine klarere Formulierung im Grundgesetz. „Männer und Frauen sind gleichberechtigt.“ Eine klare Aussage. Möchte frau meinen. Stellt jedoch fest, dass dieser Satz zunächst rein formal verstanden wurde: Formale Anknüpfungen an das Geschlecht sollten verboten werden. Die Tatsache, dass dieser Satz auch in einem formalen Verständnis eine Anpassung des gesamten Privatrechts erforderte, vor allem des extrem patriarchalen Familien- und Erbrechts, musste das Bundesverfassungsgericht der Politik erst einmal ins Stammbuch schreiben, im dritten Band der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Hier wird deutlich, wie wichtig ein formales Gleichheitsverständnis in einem ersten Schritt durchaus ist.

Es stellte sich freilich historisch schnell heraus, dass sich an den realen gesellschaftlichen Machtverhältnissen zunächst nicht allzu viel ändert, nur weil nicht mehr explizit an das Geschlecht angeknüpft wird. Gesellschaftliche Hierarchisierungen von Frauen und Männern beruhen nicht nur auf *bewussten* Benachteiligungen. Die vergangenen Verhältnisse haben sich vielmehr in gesellschaftlichen Strukturen niedergeschlagen, welche die historischen Dominanzverhältnisse fortsetzen. Diskriminierung geschieht also nicht nur mit böser Absicht, bewusst, sondern gerade gesellschaftliche Strukturen, die „einfach so sind“, haben besonders schwer zu beseitigende Ausschlusswirkungen.

Vermeintlich neutrale Kriterien in Normen erweisen sich deswegen als keineswegs neutral hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf Frauen und Männer, sondern wirken sich sehr unterschiedlich auf beide Gruppen aus. Dies wird sichtbar, wenn gerade die Folgen von vermeintlich neutralen Regelungen in den Blick genommen werden.

Nehmen Sie das Beispiel der Teilzeitbeschäftigung. Weit überwiegend arbeiten Frauen in Teilzeit, was daran liegt, dass sie nach wie vor überwiegend Sogetätigkeiten und Kindererziehung leisten.

Nun ist aber die gesamte Rechtsordnung ausgerichtet am Normalarbeiter, der in Vollzeit arbeitet. Im Renten- und Sozialversicherungssystem erhalten nur jene den vollen Satz, die auch in Vollzeit arbeiten. So erklärt sich die hohe Frauenarmut im Alter. Das ist ein Problem der Gleichberechtigung von Frauen und Männern, aber es ist auch ein veritables Gerechtigkeitsproblem und es ist ein Problem für eine demokratische Gesellschaft, wenn große Ungleichheiten systemisch werden.

Als nach der deutschen Wiedervereinigung das Grundgesetz überarbeitet wurde, nutzten 1994 wiederum tatkräftige Frauen

die Gelegenheit, Art. 3 Abs. 2 um einen deutlichen zweiten Satz zu ergänzen. Seither heißt es dort nicht mehr nur: „Frauen und Männer sind gleichberechtigt.“ Hinzugekommen ist der Satz:

„Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin.“

Deutlicher lässt sich kaum formulieren, dass es nicht nur um gleiche Rechte auf dem Papier geht, sondern die Wirklichkeit verändert werden soll. Tatsächliche Gleichberechtigung ist das Ziel. Damit formuliert das Grundgesetz ein enorm wichtiges Gerechtigkeitsanliegen, das zugleich ein demokratisches Versprechen ist.

2. Zusammenhang von Diskriminierung und demokratischer Gleichheit

Damit nun zu meinem zweiten Argumentationsschritt, dem Zusammenhang von Diskriminierung und demokratischer Gleichheit.

Ich stütze mich auf die Demokratietheorie von *Jürgen Habermas*. In *Habermas*‘ Verständnis von Demokratie sind private und öffentliche Freiheit gleichursprünglich. Der Status als demokratische Bürgerin und als Mitglied der Gesellschaft sind je aufeinander bezogen.

Wie sich Bürger*innen in der gesellschaftlichen Sphäre behandeln, ist unmittelbar relevant für ihre demokratischen Debatten. Die gesellschaftliche Begegnung der Bürger*innen formt die Öffentlichkeit, in der demokratische Debatten stattfinden.

Diskriminierungssituationen oder gar strukturelle Diskriminierungslagen in der Gesellschaft verhindern, dass die von Diskriminierung Betroffenen sich auf Augenhöhe an diesen öffentlichen Debatten beteiligen können.

Intentionale, unmittelbare Diskriminierung enthält ein Urteil über die Minderwertigkeit der anderen Person, die als nicht gleichrangig und nicht gleichberechtigt angesehen wird – sie wird nicht als argumentativ „satisfaktionsfähig“ angesehen, und zwar gerade deswegen, weil sie kategorial einer bestimmten Personengruppe zugerechnet wird.

Bei strukturellen Diskriminierungslagen wird den betroffenen Personen in vielen Einzelsituationen vermittelt, dass ihre konkrete Erfahrung und Perspektive kein Gehör findet, nicht berücksichtigenswert ist, oder dass sie sogar gänzlich „unsichtbar“ in ihren Bedürfnissen ist. Die gesellschaftlichen Strukturen orientieren sich an einem „Normalmodell“, die Abweichung von diesem ist das Problem der Einzelnen.

Diskriminierung betrifft die Position der Einzelnen im gesellschaftlichen Verkehr und zugleich in jenen öffentlichen Debatten, von denen die Demokratie lebt, ja die Demokratie ausmachen. Diskriminierte Personen werden nicht als gleichrangig und gleichwertig in der öffentlichen Begegnung angesehen. Die demokratische Debatte auf Augenhöhe wird durch Diskriminierung unmöglich.

Recht hat in einem demokratischen Gemeinwesen freilich die grundsätzliche demokratische Gleichheit aller Staatsbürger*innen zur Grundlage, ausnahmslos. Dabei genügt nicht der bloße Verweis auf eine idealisierte Gleichheit, die von tatsächlichen Exklusionen völlig abstrahiert und sich für tatsächliche Ungleichheit gar nicht interessiert. Aufgabe *allen* demokratischen Rechts, einschließlich des Privatrechts, ist es immer auch, an einer Annäherung der tat-

sächlichen Verhältnisse an die ideale Situation von demokratischer Gleichheit für *alle* Staatsbürger*innen mitzuwirken.

Dieser Aufgabe dient in besonderem Maße das Antidiskriminierungsrecht. Ich argumentiere, dass es widersprüchlich ist, wenn Recht den Schutz vor Diskriminierung verweigert oder gar selbst an Diskriminierung mitwirkt. Antidiskriminierungsrecht verfolgt das Ziel, die noch exkludierenden gesellschaftlichen Verhältnisse zu verändern in Richtung auf das Ideal demokratischer Gleichheit für *alle* Staatsbürger*innen.

Will sich eine demokratische Gesellschaft nicht in Widerspruch zu ihren eigenen Gelingensbedingungen setzen, muss sie Diskriminierung in der Gesellschaft deshalb zu verhindern trachten.

Antidiskriminierungsrecht ist deswegen zu verstehen als *Ermöglichungsbedingung der demokratischen Begegnung von Freien und Gleichen*. Findet Diskriminierung statt und gewährt der demokratischen Staat keinen Schutz vor ihr, so begibt er sich in Widerspruch zu seiner eigenen Grundbedingung: der demokratischen Gleichheit.

Demokratie lebt von öffentlicher Debatte, also dem Austausch zwischen Bürger*innen. Demokratie setzt deswegen voraus, dass grundsätzlich alle Diskursteilnehmer*innen auf Augenhöhe agieren können und so den gleichen Zugang zur öffentlichen Debatte haben.

Verbote von Diskriminierung gewährleisten, dass sich Menschen auf Augenhöhe als gleichwertige und gleichrangige Bürger*innen begegnen können. Antidiskriminierungsrecht ermöglicht so die öffentliche demokratische Debatte, ohne diese freilich garantieren zu können. Antidiskriminierungsrecht ist deswegen eine *Ermöglichungsbedingung*, aber keine *Gelingensgarantie* für inklusive demokratische Deliberation.

Das ist komprimiert meine These zur demokratischen Legitimation von Antidiskriminierungsrecht.

3. Potenziale des Antidiskriminierungsrechts für demokratische Inklusion

Welche Potenziale Antidiskriminierungsrecht für demokratische Inklusion deswegen hat, skizziere ich nun in meinem dritten Argumentationsschritt.

Antidiskriminierungsrecht umfasst zwei Bereiche: reaktiven Diskriminierungsschutz und proaktives Gleichstellungsrecht. Reaktive Diskriminierungsverbote untersagen in erster Linie Einzelnen Diskriminierung. Proaktive gleichstellungsrechtliche Vorgaben verpflichten dagegen zu einem positiven Tun, nämlich zur Förderung bestimmter Personengruppen, etwa von Frauen, um eine rasche Änderung der gesellschaftlichen Strukturen herbeizuführen.

Reaktive Diskriminierungsverbote gibt es im Wesentlichen in drei Ausprägungen: Verboten sind *unmittelbare* Diskriminierung und *mittelbare* Diskriminierung sowie jede Form der Belästigung, insbesondere die sexuelle.

Das Verbot *unmittelbarer* Diskriminierung untersagt die explizite Anknüpfung an bestimmte Kategorien, statuiert also ein zunächst primär formales Anknüpfungsverbot, das die Schlechterbehandlung gerade aufgrund einer bestimmten Kategorie verbietet. Dazu zählt auch jede Form kategoriebasierter Belästigung.

Das Verbot *mittelbarer* Diskriminierung nimmt dagegen die Auswirkungen formal neutraler Regelungen in den Blick, wobei

es drei Funktionen erfüllt: Es flankiert *erstens* akzessorisch das Verbot unmittelbarer Diskriminierung, indem es dessen Umgehung durch Verwendung von Stellvertretermerkmalen verhindert. Mittels Beweislastumkehr überträgt das Verbot mittelbarer Diskriminierung *zweitens* die Klärung der Intentionalität unmittelbarer Diskriminierung der diskriminierungsverdächtigen Partei. Eine originäre transformatorische Funktion gewinnt das Verbot mittelbarer Diskriminierung schließlich *drittens* dort, wo die genuine Frage nach den unterschiedlichen Auswirkungen neutraler Regelungen und Praktiken auf verschiedene Personengruppen in rechtlicher Form gestellt werden kann. In dieser dritten Funktion manifestiert sich ein materiales Gleichheitsverständnis mit potenziell weitreichenden Konsequenzen.

Neben den Diskriminierungsverboten zähle ich auch die angemessenen Vorkehrungen zum reaktiven Diskriminierungsschutz. *Reasonable accommodation* erfordert eine Anpassung der bestehenden Verhältnisse an besondere Bedürfnisse, zum Beispiel die behindertengerechte Ausstattung eines Arbeitsplatzes oder eine Feiertagsregelung, die verschiedenen Glaubensrichtungen Freiräume gibt. In dieser Figur verwirklicht sich besonders deutlich ein materiales Gleichheitsverständnis, weil sie zur Vermeidung einer mittelbaren Diskriminierung individuelle Anpassungsmaßnahmen erfordert, um den konkreten Bedürfnissen einer Person entgegenzukommen.

Während also reaktiver Diskriminierungsschutz Einzelnen ermöglicht, gegen Diskriminierung vorzugehen, ist Gleichstellungs-

recht auf die Veränderung der Verhältnisse gerichtet. Das proaktive Gleichstellungsrecht kennt eine große Vielzahl von Fördermaßnahmen; besonders umstritten sind Bevorzugungsregeln, etwa Quotenvorgaben zugunsten bislang benachteiligter Personengruppen.

Ohne hier in die Einzelheiten gehen zu müssen, möchte ich festhalten, dass Gleichstellungsmaßnahmen bewusste politische Entscheidungen voraussetzen, nun bestimmte Personengruppen aktiv zu fördern, damit die angestrebte Gleichheit bereits schneller erreicht wird, als dies der Fall wäre, wenn lediglich reaktiv Diskriminierung verboten ist und abgewartet wird.

Das erklärt, warum wir im Deutschen Juristinnenbund e.V. als ungeduldige Feministinnen sowohl in der Wirtschaft als auch in Parlamenten und öffentlichen Gremien Vorgaben zur Beteiligung von Frauen fordern: Es soll endlich eine politische Entscheidung geben für strukturelle demokratische Gleichheit und Gleichberechtigung!

Meine Überzeugung ist nun: Wir brauchen beides: Einzelne, die sich reaktiv gegen Diskriminierung wehren und damit immer auch für andere von solchen Diskriminierungen Betroffene kämpfen, und Gleichstellungsmaßnahmen, weil ich persönlich sehen möchte, dass die Verhältnisse in unserer Demokratie sich rasch ändern.

Das Antidiskriminierungsrecht, so hoffe ich gezeigt zu haben, ist ein wichtiges Mittel zur Verwirklichung demokratischer Inklusion.

Vielen Dank!

DOI: 10.5771/1866-377X-2022-1-17

Räume eröffnen – Ressourcen mobilisieren

Beitrag zum Panel „Opening Spaces – Öffnung von Räumen für eine feministische Zivilgesellschaft“

Dr. Helga Lukoschat

Politikwissenschaftlerin und Vorstandsvorsitzende der EAF Berlin, Berlin

Zivilgesellschaftliche Organisationen spielen eine entscheidende Rolle um soziale, kulturelle, wirtschaftliche und politische Veränderungsprozesse auf den Weg zu bringen. Sie haben eine seismographische Funktion, nehmen Probleme wahr und tragen diese frühzeitig in die Öffentlichkeit. Dadurch beeinflussen sie den gesellschaftlichen Diskurs und bauen Handlungsdruck gegenüber der Politik auf. Nicht zuletzt beobachten sie gesellschaftliches und politisches Handeln und mahnen an, wenn Entwicklungen stagnieren oder gar Rückschritte drohen. Die kritischen Einflussmöglichkeiten zivilgesellschaftlicher Organisationen auf politische und gesellschaftliche Entwicklungen sind daher immer auch ein Gradmesser für die Stärke einer Demokratie.

Was also kann getan werden, um die Handlungsfähigkeit der Zivilgesellschaft zu gewährleisten bzw. zu stärken? In vielen Ländern dieser Erde beobachten wir *Shrinking Spaces* für die Selbstorganisation von gesellschaftlichen Gruppen. Wie sieht

es in Deutschland aus? Vor welchen Herausforderungen stehen insbesondere die Verbände, Vereine oder Initiativen von Frauen? Was können diese ihrerseits tun um mehr Einfluss auf politische Prozesse zu gewinnen? Wie können aber auch staatlicherseits die Rahmenbedingungen verbessert werden?

Die Ausgangslage

Politik und Parteien sind in Deutschland mehr denn je auf die Auseinandersetzung und auf den Austausch mit der Zivilgesellschaft wie auch auf deren Expertise angewiesen. Die Gesellschaft durchläuft mit Globalisierung und Digitalisierung dynamische Veränderungsprozesse und differenziert und pluralisiert sich zugleich immer stärker. Was heißt dies für Interessenspolitik? Zunächst: Das korporatistische Modell der alten Bundesrepublik West mit wenigen aufeinander eingespielten Akteuren der Interessensvertretung, in der Regel männlich geprägt, ist seit langem passé. Das hat aus gleichstellungspolitischer Perspektive vor allem positive Seiten. In den vergangenen Dekaden wurden wichtige Erfolge auch deshalb erstritten, weil die Stimmen von Frauen – in ihrer Vielfalt – aus dem gesellschaftlichen bzw. politischen Diskurs nicht mehr wegzu-