

Susanne Baer

Gleichheit im 21. Jahrhundert. Zum 10. Geburtstag der Humboldt Law Clinic Grund- und Menschenrechte am 13. Dezember 2019¹

2019 ist ein gutes Jahr, um zu feiern – und es ist ein guter Zeitpunkt, um über das Recht auf Gleichheit im 21. Jahrhundert nachzudenken. Ich beginne mit den Feiern (1.), aber wir können auch nicht die Augen davor schließen, dass wir uns um Grund- und Menschenrechte Sorgen machen müssen (2.). Diese Sorgen gründen nicht zuletzt in Politiken der Ungleichheit; daher gilt es durchaus, sich klar zu machen, wo wir heute in Sachen Gleichheit stehen (3.). Ich werde das mit einem kleinen Gang durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Jahr 2019 tun. Damit verbinde ich die Werbung für gute juristische Argumente, für eine emanzipatorische Nutzung von Recht und nicht zuletzt für Law Clinics, denn dort kann das erlernt werden.

1. Geburtstage feiern: 2019 – ein Jahr der Jubiläen

An der Humboldt-Universität zu Berlin – und im Kontext von Lehre und Forschung, die den interdisziplinären Blick auf das Recht mit dem Law & Society Institut und den transdisziplinären Blick auf wirkmächtige soziale Strukturen mit der Genderforschung am Zentrum für transdisziplinäre Geschlechterstudien werfen – muss die Liste der Jubiläen mit dem 250. Geburtstag von Alexander von Humboldt beginnen: Das ist der andere Humboldt, neben Caroline natürlich. Es ist der transdisziplinäre Forscher, der gegen Sklaverei Opponierende, der Kosmopolit und Komplizierte, und da das Private oft politisch ist: der wohl schwule Bruder des Beamten Wilhelm.² Sein Geburtstag kann ermuttern, die *eine* akademische Disziplin – Rechtswissenschaft – und das *eine* Handwerk – Jura –, die *eine* Kunst – Jus – nicht für hinreichend zu halten, um die Welt zu verstehen und dann auch noch verantwortlich mitgestalten zu können. Da braucht es offensichtlich mehr. Man bekommt es – Sie ahnen das bereits – auch in Law Clinics.

2019 ist darüber hinaus aber auch juristisch ein fulminantes Jahr. 100 Jahre Weimarer Reichsverfassung³ – das bedeutet: der ernsthafte Versuch des demokratischen Konstitutionalismus –. Und es bedeutet auch: 100 Jahre Wahlrecht sehr vieler, aber nicht aller Frauen neben sehr vielen, aber nicht allen Männern. Daneben steht allerdings sofort der 100. Jahrestag der Ermordung von Rosa Luxemburg und Karl Liebknecht im Berliner Tiergarten – Fortschritt und Gewalt liegen manchmal eng beieinander.

1 Für Unterstützung bei der Überarbeitung des Manuskripts danke ich Doris Liebscher.

2 Lesenswert: A. Wulf, Alexander von Humboldt und die Erfindung der Natur, 2016.

3 Mehr bei C. Waldhoff/H. Dreier (Hrsg.), Das Wagnis der Demokratie, 2018.

2019 ist auch das Jahr des zweiten großen Verfassungsjubiläums: 70 Jahre Grundgesetz. Am 7. Oktober 1949 entstand zwar auch die erste Verfassung der DDR, im Text nah an Weimar. Sie war aber in der Funktion ganz anders: Grundrechte waren keine Abwehrrechte, sondern Platzanweiser in der sozialistischen Gesellschaft.⁴ Dagegen steht das Grundgesetz für den „post WW II“, den Nachkriegs-Konstitutionalismus, in dem Individuen in gleicher Freiheit zentral gesetzt sind. Das Grundgesetz ist damit auch ein großes Versprechen des „Nie wieder!“ nach 1945, mit dem sehr großen Satz von der Menschenwürde, die unantastbar ist, so Art. 1 Abs. 1 GG. Seitdem ist das Recht auf Gleichheit nicht nur als staatsbürgerliches Prinzip, sondern als durchsetzbares Recht garantiert. Ausdrücklich wird die Gleichberechtigung versprochen und in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG dann 30 Jahre später im Zuge der ansonsten weitgehend bescheidenen Reform nach dem Fall der Mauer nochmals betont. Die Gleichheit im Geschlechterverhältnis wurde bekanntlich gegen alle 1948/49 von großen Mehrheiten getragenen Versuche erkämpft, gleiche Rechte insbesondere in Ehe und Familie zu verhindern, und 1989 gegen die Mehrheiten, die eine nach wie vor eher denunzierte als je für sich als positive Maßnahme analysierte „Quote“ verhindern wollten. Damals hieß es entsetzt: „Wo kämen wir denn da hin?“ 70 Jahre später fragt sich: Wo sind wir hingekommen? Und wohin wollen wir? 2019 ist auch der 60. Geburtstag des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, des Leuchtturms des Menschenrechtsschutzes, weltweit Vorbild für regionale Systeme. Er dient der Durchsetzung der EMRK, der Europäischen Menschenrechtskonvention. Entscheidend war und ist, Menschen selbst den Zugang zu diesem Rechtsschutz zu ermöglichen. 2019 bedeutet zudem: Seit 30 Jahren ist des 6. Zusatzprotokoll zur EMRK zum Verbot der Todesstrafe in Deutschland in Kraft. Es hat fundierende Bedeutung für unser Verständnis des Humanen, und es wird in allen Fällen wichtig, in denen wir mit Ländern handeln, Daten tauschen oder Menschen überstellen, in denen die Todesstrafe immer noch verhängt wird.

Das gilt auch für das Folterverbot. 2019 heißt insofern: Zehn Jahre nach Inkrafttreten des Zusatzprotokolls zum Übereinkommen gegen Folter. Auf Basis des Grundgesetzes hat in diesem Geist das Bundesverfassungsgericht Regierung und Legislative schon mehrfach daran erinnert, dass wir zur Folter „nicht die Hand reichen“ dürfen, weder im Austausch von Daten von Polizei und Nachrichtendiensten noch in der Überstellung von Menschen in der internationalen Strafverfolgung.⁵

2019 ist darüber hinaus der 50. Geburtstag von ICERD, dem Internationalen Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von rassistischer Diskriminierung. Es ist das erste völkerrechtlich verbindliche Abkommen über Menschenrechte nach dem großen, politisch gewaltigen, aber juristisch unverbindlichen Konsens der AEMR von 1948. Es ist das weltweite „Nie wieder!“ nicht nur zum Holocaust, sondern auch zu Rassentrennung, Apartheid und Kolonialismus. Ganz neu war damals das Staatenberichtsverfahren, das der Ausschuss erst entwickeln musste.⁶ 50 Jahre später besagt die Entschließung des

4 R. Will, Die Grundrechte in der Verfassung der DDR, DHM, 2009, 81. Katalog des DHM, online unter <https://www.dhm.de/archiv/ausstellungen/grundrechte/katalog/79-85.pdf>.

5 BVerfGE 140, 317 <Rn. 62> (Schuldgrundsatz, Identitätskontrolle I – 2015) – unter Verweis auf BVerfGE 59, 280 <282 f.>; 60, 348 <355 ff.>; 63, 332 <337 f.>; 75, 1 <19>; 108, 129 <136 f.>; 113, 154 <162 f.>; zuletzt BVerfGE 141, 220 <Rn. 328> (BKA-Gesetz – 2016). Zu verfahrensrechtlichen Folgen BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 11.12.2019 – 1 BvR 3087/14 – (Antrag auf Altersrente).

6 CERD, Allgemeine Empfehlungen Nr. 1 bis 6.

Europäischen Parlaments zu Grundrechten von Menschen afrikanischer Abstammung, gegen Rassismus, Diskriminierung und Fremdenfeindlichkeit, es sei struktureller Rassismus, wenn nicht alle ihre Menschen- und Grundrechte im gleichen Maße wahrnehmen können. Zudem hätten Einzelpersonen ebenso wie Gruppen Anspruch auf Schutz vor diesen Ungleichheiten, „einschließlich positiver Maßnahmen“.⁷ Und 2019 heißt auch: 20 Jahre Europäische Charta der Regional- und Minderheitssprachen in Deutschland. Hier fragt sich: Was verstehen wir darunter, was macht heute eine „Minderheit“ aus?

A propos Party lässt sich noch ergänzen: 2019 – das sind auch 50 Jahre Stonewall, der Aufstand der Tunten gegen die Gewalt und Diskriminierung durch die Polizei in einer Schwulenbar in New York. Das ist mehrfach bemerkenswert. Stonewall zeigt, dass Gleichheitsrechte von unten erkämpft werden. Stonewall steht für den Mut derjenigen, die auch in den eigenen Communities belächelt oder exotisiert, verachtet oder sonst marginalisiert werden, im Kontrast zu ebenso schlichten wie hegemonial wirkenden Vorstellungen auch von schwuler Männlichkeit. Stonewall steht aber auch für die Ambivalenz des Rechtsstaats, der repressiv agieren oder schützen kann. Schließlich steht Stonewall für das Tabu und für die perpetuierte Diskriminierung nach 1945, weil in Menschenrechtskatalogen bis heute weithin nicht adressiert wird, dass allen sexuell und geschlechtlich „Anderen“ Respekt als Menschen zusteht, also gleiche Rechte. Das Verbot der Diskriminierung wegen der sexuellen Identität oder Orientierung fehlt auch im Grundgesetz, wo mehrfache Versuche, dies ausdrücklich zu schützen, scheiterten: wir seien „mit gemeint“.⁸ Die EU ist da weiter: Art. 21 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der EU aus dem Jahr 2000 verbietet Diskriminierungen insbesondere auch wegen der sexuellen Ausrichtung ausdrücklich.

2019 – das bedeutet auch: 40 Jahre Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte. Das ist eine weitere regionale, mutige, natürlich deshalb auch umstrittene und vielfach angegriffene unabhängige Institution zur Durchsetzung der Menschenrechte in den Amerikas. Die jüngere Rechtsprechung aktiviert wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte nicht als allgemeine Prinzipien, sondern als durchsetzbar.⁹ Aber auch hier ist zu fragen: Wo wollen wir da hin?

2019 sind 10 Jahre nach Inkrafttreten des 2. Zusatzprotokolls zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes zum Kinderhandel. Es sind 10 Jahre seit Inkrafttreten der BRK, der UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, in Deutschland als einem der erstunterzeichnenden Staaten, mit dem Fakultativprotokoll, dass die Individualbeschwerde ermöglicht. „Zum Geburtstag“ entschied das Bundesverfassungsgericht 2019 auch auf dieser Grundlage, dass der Ausschluss vom Wahlrecht verfassungswidrig ist.¹⁰

7 EP v. 26. März 2019, 2018/2899(RSP).

8 Das Bundesverfassungsgericht entnimmt den Schutz im Wege der Auslegung Art. 3 Abs. 1 GG, mit hohen Rechtfertigungsanforderungen nahe Art. 3 Abs. 3 GG. Vgl. BVerfGE 124, 199 <220> (Betriebliche Alterssicherung Lebenspartner – 2009); 126, 400 (Steuerliche Diskriminierung eingetragener Lebenspartnerschaften); 128, 109 (Lebenspartnerschaft von Transsexuellen); 131, 239 (Lebenspartnerschaft von Beamten); 133, 59 (Sukzessivadoption), 133, 377 (Ehegattensplitting).

9 Erstmals in Lagos Del Campo vs. Peru, Beschluss vom 31.8.2017, nochmals in 1 Dismissed Employees of Petroperu et al. vs. Peru vom 23.11.2017.

10 BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 29.1.2019 – 2 BvC 62/14 – (Wahlrechtsausschluss).

Und das ist ein Teil der Tour d' Horizon der Feste, die gefeiert werden wollen.¹¹ Das Gesamtkunstwerk, das in Berlin im Jahr 2019 zehn Jahre alt wird, ist die *Clinic für Grund- und Menschenrechte*. Sie ist die Keimzelle einer kleinen Familie von Clinics an der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin. Vor elf Jahren meldete sich eine junge Frau am Lehrstuhl, Jacqui Zalcberg, um über ein solches Projekt zu sprechen. Ich kannte das aus Michigan – einer *top law school* mit dem verdienten Ruf, dennoch ganz *down to earth* anzusetzen; dort sind Clinics seit vielen Jahren ein wichtiger Teil der Juristischen Ausbildung: ein Magnet für Studierende, ein Angelpunkt für Kooperationen, eine unverzichtbare Verbindung zur juristischen Praxis und nicht zuletzt: ein Projekt, das konkret Menschen unterstützt, die sonst Schwierigkeiten hätten, Rechtsschutz zu erlangen. Damals war Nora Markard an meiner Seite, und so wurde die Professur für Öffentliches Recht und Geschlechterstudien (wieder einmal) ein Ort für solche Initiativen. Es entstand das Konzept, und wir starteten den Versuch, von großen Kanzleien Geld einzubwerben. Eine Spende von 10.000 Euro durch eine Einzelperson, die anonym bleiben will, ermöglichte die ersten Jobs, ohne die eine Clinic nicht funktioniert. Dann kam die Chance, in einem Programm der universitären Förderung, dem Qualitätspakt Lehre, Mittel zu erhalten. Und dazu kam das großartige Engagement vor Ort: der Studierenden, der Partnerorganisationen – von A wie Amaroforo bis Z wie Zentrale Frauenbeauftragten der HUB, der Anwält*innen, der Lehrenden – Alexander Klose, Doris Liebscher, Karina Theurer, Katharina Bager, Juana Remus, Maya Markwald, Soraia da Costa Batista, der Professorinnen – Sarah Elsuni, Friederike Wapler, Anja Schmidt, Katharina Mangold, jetzt Ulrike Lembke. All das ist Grund zu feiern!

2. Grund zur Sorge

Allein – die Stimmung ist nicht ungetrübt. Es gibt durchaus Grund zur Sorge. Eine Sorge ist die Klimakatastrophe. Sie wird 2019 weithin als wissenschaftliche Kontroverse oder politisches Problem behandelt, aber noch selten mit fundamentalen rechtlichen Fragen verknüpft. Diese stellen sich jedoch, von der Frage des Umgangs mit zivilem Ungehorsam bis zur Frage nach einem verfassungsrechtlichen Schutzauftrag des Staates für die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere, in Verantwortung für die künftigen Generationen. So sagt es Art. 20a GG. Wer küsst diese schlafende Schönheit wach? Sorgen macht im Jahr 2019 auch, dass es an vielen Orten harte Auseinandersetzungen zwischen denen gibt, die Respekt und Mitsprache fordern, und denen, die intensiver denn je kontrollieren wollen – in Hongkong, in China, derzeit entlang der großen Verteilungsfragen in Chile, vielfach polarisiert und gefährlich autoritär in der Türkei. Heute ist das auch nicht „woanders“, sondern geschieht in einer miteinander verstrickten Welt. In Europa beunruhigen seit Jahren die Entwicklungen in Ungarn, dann in Polen – diesem großartigen Land mit seinen Freiheitsbewegungen, auch mit der Verfassung eines starken Verfassungsgerichts, wo die Demontage des Verfassungsstaates erschreckend voranschreitet. Polen, wo ein großartiger Verfassungsrechtler, Wojciech Sadurski,¹² sich vor ei-

11 Die großen Meilensteine: Deutsches Institut für Menschenrechte, Entwicklung der Menschenrechtssituation in Deutschland Juli 2018 – Juni 2019.

12 Eine Analyse der Entwicklungen findet sich in W. Sadurski, Poland's Constitutional Breakdown, 2019; siehe auch G. de Búrca/J. Morijn/M. Steinbeis, *Wojciech Sadurski: his freedom of expression is (y)ours*, VerfBlog, 18.11.2019.

nigen Tagen vor Gericht erklären musste, weil er einen regierungskritischen Tweet abgesetzt hat. Da bieten Gerichte nicht Schutz, sondern werden zu Instrumenten, und Grundrechtsschutz fehlt.

Sorgen bereitet auch die politische Lage im Vereinigten Königreich. Dort war „take back control“ ein Schlachtruf derer, die unbedingt die EU verlassen wollten. Es zielte allerdings im Kern auf die Rechtsbindung und gegen Gerichte, wobei Luxemburg und Straßburg gern miteinander verwechselt wurden, aber in der Sache gegen den europäischen Menschenrechtsschutz aus der EMRK, auf der die Grundrechtecharta ruht, und dem sich diese Briten nicht mehr „unterwerfen“ wollen.

Und es gibt die Sorgen in Deutschland. 2019 war ein Jahr der Wahlkämpfe. Dabei wurde der Bürger*innenbewegung von 1989 ihr demokratischer Ruf „Wir sind das Volk“ entwendet, um nationalistische Ab- und Ausgrenzung zu plakatieren. Im Jahr 2019 ist auch sonst sehr sichtbar geworden, wie stark und wie schnell sich diese Gesellschaft verändert: Rassismus und Antisemitismus sind nicht nur nicht tabuisiert und den sturen 5% der Gesellschaft vorbehalten, die Untersuchungen zur Bundesrepublik immer wieder markiert haben. Vielmehr ist nicht mehr zu übersehen, dass ein ethno-kultureller Nationalismus zum Alltagsverständnis von 20 bis 30% derjenigen gehört, die wählen gehen. Und 2019 ist das Jahr der Morde in Halle nach dem Anschlag auf die dortige Synagoge, und erschreckender Reaktionen darauf, auch von gewählten Abgeordneten.

Nicht zuletzt leben wir in einer Zeit, in der Sexismus – in der komplizierten Form der patriarchalen Heteronormativität – wieder aufblüht.¹³ Es gibt wieder und zugleich neu Lebensschutzkampagnen, die Gynäkologinnen an den Pranger stellen und das Strafrecht zum Schwangerschaftsabbruch wieder auf die Agenda gesetzt haben.¹⁴ Es gibt noch häufiger als zuvor politische Angriffe gegen Frauenförderung, auch in der Wissenschaft, und gegen Genderforschung¹⁵, neben den schulpolitischen Kampagnen gegen eine nicht diskriminierende Sexualaufklärung¹⁶ – als Kampf gegen – bewusst diffus – „Gender“, oder direkter: eine „Gender-Ideologie“, die genau die verfechten, die sich gegen Forschung wenden. Dazu kommen gesellschafts- und kulturpolitische Debatten, in denen Zensur durch „political correctness“ beklagt wird, dem Kampfbegriff derjenigen, die ihr Privileg nicht aufgeben wollen, die eigene Macht auf Kosten anderer zu nutzen. Da gilt als „Sexismus“, wenn angeblich zu viele Frauen gefördert werden, und sehr viele „benachteiligte“ Männer.¹⁷

13 Im Auftrag des Bundesministeriums: C. Wippermann, Sexismus im Alltag. Wahrnehmungen und Haltungen der deutschen Bevölkerung, 2019. Sexismus sei ein „Sammelbegriff für verschiedene Formen der Übergriffigkeit und Herabwürdigung des anderen Geschlechts“ (8), als „temporäre Entmenschlichung“, weil ein Mensch als für das Geschlecht repräsentatives Objekt behandelt wird (9).

14 Der EGMR hatte sich in fünf von 16 deutschen Verfahren 2018/19 mit einem Abtreibungsgegner zu befassen, der eine Verletzung der Meinungsfreiheit geltend machte. EGMR, 5. Sektion, Urteile vom 20.9.2018, 3682/10, 3687/10, 9765/10, 70693/11 (Annen/Deutschland). Danach ist die Gleichsetzung von Ärztinnen mit KZ-Kommandanten u.ä. nicht von Art. 10 EMRK geschützt.

15 BT-Drs. 19/10539 und 19/10970 (Kleine Anfrage der AfD: Genderstrategie der Bundesregierung); BT-Drs. 19/15094 und 19/15604 (Kleine Anfrage der AfD: Mögliche Gefährdung des Prinzips der Bestenauslese durch das Professorinnenprogramm).

16 BT-Drs. 19/10981 und BT-Drs. 19/11417 (Kleine Anfrage der AfD: Informationsangebote zu sog. geschlechtlicher Vielfalt).

17 Wippermann (Fn. 13), nennt das „maskulinistisch“ (100), besonders verbreitet im Milieu der „Etablierten“ (74 ff.).

Schließlich gibt es die zunehmend aggressiven persönlichen, aber überhaupt nicht privaten Angriffe auf Menschen, die den Humanismus des „Nie wieder“ leben. Der hessische Politiker Walter Lübcke ist am 2. Juni 2019 ermordet worden, weil er Respekt für Geflüchtete forderte. Abgeordnete und in der Arbeit mit Geflüchteten und gegen Intoleranz Engagierte werden eingeschüchtert und bedroht, in Neukölln, in Hockenheim, in Pulsnitz. Insbesondere Frauen werden online und offline sexualisiert, erniedrigt und expo niert. Das soll uns ablenken und Energien binden, das soll uns still stellen, und das soll denen den Weg zeigen, die auch direkt Gewalt ausüben wollen.

Und nicht zuletzt: Die Finanzierung der Clinic steht in den Sternen. Deutsche Universitäten finanzieren diese Projekte derzeit nicht auf Dauer; Spenden sind verlässlich kaum zu haben; Sondermittel nie langfristig und auch nicht in Sicht. Dabei gibt es sehr gute Gründe, gerade Clinics zu wollen und zu fördern – nicht nur in Sonntagsreden, sondern manifest. Das zeigen die genannten Krisen, über die all die Jubiläen nicht hinwegtäuschen können. Und das zeigen auch die bisherigen Erfahrungen der Clinics bundesweit: Reflektierte Praxis tut not. .

3. Politik der Ungleichheit – Recht auf Gleichheit

Die Krisen sind nicht einfach ein weiterer *backlash*, ein Tal auf der holprigen Fahrt auf die Höhe des Fortschritts. Was wir derzeit erleben, ist subtiler und wirkmächtiger zugleich. Es verbreitet sich exponentiell, und es knüpft gezielt an weithin geteilte Vorbehalte an – gegen ein „zu viel des Guten“, „zu viel PC“, zu viel „Minderheitsinteressen“ usw. Das ist in der Sache – auffällig! – die Propaganda der Ungleichheit. Universitäten sind die Orte, dagegen anzugehen, und Clinics die Chance, Theorie und Praxis zu integrieren.

Die Gleichheit braucht das besonders dringent. Die nationalistisch-autokratischen Bewe gungen, die den Rechtsstaat für sich reklamieren, um ihn zerstörerisch zu kapern, die angeblich das Volk vertreten, aber nur in ihrer autokratischen Projektion – sie wenden sich zwar gegen alle, die ihren Willen zur Macht behindern. Deshalb sind Meinungs- und Presse- und Rundfunkfreiheit in Gefahr, wie auch die Wissenschaftsfreiheit und die Freiheit der Kunst, konkret bedroht in den Kommunen. In der Sache aber zielt die autoritäre Formierung auf Ungleichheit, namentlich auf Benachteiligung aufgrund der Staatsangehörigkeit, der Herkunft, der Hautfarbe oder allgemeiner, aber nicht besser: der Ethnizität, dem Glauben und den Kleidungsstücken, die ihn sichtbar werden lassen, dem Geschlecht einschließlich der geschlechtlichen Identität und sexuellen Orientierung. Politische Akteure folgen hier – wie es Koncewicz nennt – dem Skript der „Politik der Ressentiments“,¹⁸ dem Handbuch der Abneigung. Ungleichheit ist eine zentrale Dynamik dieser Politik. Und das ist Anlass zur Sorge.¹⁹

Es ist auch Anlass, den Dingen auf den Grund zu gehen – um die Wurzel, die *radix*, identifizieren zu können, an der wir ansetzen können, um die großen Versprechen der

18 T. T. Koncewicz, Understanding the Politics of Resentment, VerfBlog, 28.9.2017, <https://verfassungsblog.de/understanding-the-politics-of-resentment/>.

19 Heide Pfarr hat zum Stand der Debatten um die Frauenförderung auf der Tagung „Materiale Gleichheit“ in Frankfurt/M. im Herbst 2019 konstatiert, offensichtlich sei die Welt „intentional und modal überfordert“, was zu einer „tiefen erfahrungsgesättigten Depression“ führe. Ihre Schlussfolgerung: „Radikalität muss sein“.

Grund- und Menschenrechte auch nach 2019 einzulösen. Wie steht es also um die Gleichheit – um der Politik der Ungleichheit etwas entgegenzusetzen?

3.1. Gleichheit vom Unrecht her denken

Im Kern gibt es zwei Wege, sich dem zu nähern: juridisch oder realistisch. Das entspricht den zwei Typen der Wissensvermittlung in der juristischen Ausbildung, dem Studium der Rechtswissenschaft: systematisch vom Recht her oder problembezogen vom Unrecht her.

Der klassische Typ des des Studiums bedeutet: A hat mit B vereinbart, dass ... und C will nun, dass Trainiert wird dann die eine richtige Antwort des Gerichts. Ein anderer Typ funktioniert so: Micha Mensch, der so und so lebt, hat Gewalt erfahren und sucht Schutz Eingeübt wird dann der Umgang mit der Komplexität und Ambivalenz des Lebens, der Erfahrung, und die Suche nach den Möglichkeiten, das in Worte und Argumente zu fassen, die rechtlich etwas bewirken können. Es steht also der jedenfalls im deutschen Jurastudium gängige Mainstream der richterlichen Perspektive auf das Urteil gegen die vom Unrecht her rechtsuchende, rechtsrealistische Perspektive der Law Clinics.

Die beiden Perspektiven machen einen gewaltigen Unterschied – und das wird im Fall der Gleichheit besonders deutlich. Juridisch-systematisch ist der Stand der Gleichheitsrechte im Jahre 2019 nämlich ziemlich gut. Es gibt Art. 3 GG – auch wenn sehr oft nur Absatz 1 in Bezug genommen wird. Wer aber weiterliest, sieht dann auch Absatz 3 mit der Liste der Diskriminierungsverbote und Absatz 2 mit dem Versprechen tatsächlicher Gleichstellung, jedenfalls im Geschlechterverhältnis. Im Grundgesetz stehen daneben zu dem weitere Gleichheitsrechte – wie Art. 6 Abs. 5 GG gegen die Diskriminierung „unehelicher“ Kinder,²⁰ die staatsbürgerliche Gleichheit nach Art. 33 Abs. 1 bis 3 GG, die Gleichheit im Wahlrecht nach Art. 38 Abs. 1 GG. Wer weiter denkt, nimmt noch Art. 4 Abs. 1 GG hinzu, da dieser die Freiheit aller Religionen und Weltanschauungen gleichermaßen gewährleistet und demzufolge den Staat zur Neutralität verpflichtet, also: zur Gleichbehandlung.

Im Jahr der Feiern zu Geburtstagen im Jahr 2019 sind Grund- und Menschenrechte außerdem zusammen zu denken. Wer das tut, landet bei Gleichheitsrechten im pluralistischen Mehrebenensystem, als das Recht heute begriffen werden muss. Dazu gehört in Deutschland die EMRK vor dem Straßburger Gerichtshof und die Auslegung der nationalen Verfassung im Lichte der EMRK. Zwar ist gerade das Recht auf Gleichheit in Art. 14 EMRK nicht stärker ausgeprägt als im Grundgesetz. Aber der Gerichtshof hat beispielsweise wegweisend eine Pflicht des Staates zum Schutz vor Gewalt gegen Frauen ausgewiesen.²¹ Desgleichen gehören zum Stand der Gleichheitsrechte die ICERD, die BRK und die Frauenrechtskonvention CEDAW. Ist letztere auch eine schlafende Schönheit, die noch geküsst werden will?

Schließlich gilt bei der Anwendung von Recht der Europäischen Union die Grundrechtecharta. Sie widmet ein ganzes Kapitel den Gleichheitsrechten. Das Bundesverfassungs-

20 Im Bundesrecht wurde der Begriff 1979 durch „nicht ehelich“ ersetzt.

21 Vgl. nur EGMR, Entscheidung vom 9.7.2009, 33401/02, Opuz v. Turkey.

gericht hat mit den Entscheidungen zum Recht auf Vergessen I²² und II²³ klargestellt, dass diese je nach politischer Entscheidung für weniger oder mehr EU-Recht auch in Karlsruhe eine Rolle spielen.

Dieser juridisch-systematische Blick auf grund- und menschenrechtliche Garantien zeigt schon eine Menge. Hinzu käme das einfachgesetzliche Antidiskriminierungsrecht, weit über das AGG hinaus. Es ist weder selbstverständlich noch wertlos, sich damit systematisch zu befassen, auch wenn im juristischen Kanon die Freiheit nach wie vor die Gleichheit verschattet.

Die andere Perspektive setzt im Leben – und politisch – an. Da spielt die Gleichheit eine zentrale Rolle. Es liegt deshalb nahe, sich dem Stand der Gleichheitsrechte aus der Perspektive des Lebens, der Erfahrung, nicht vom Recht her, sondern vom Unrecht her zu widmen. Dieser zweite, problembezogene Blick ist reichhaltiger und er ist historisch konsequent: Gleichheitsrechte sind aus Unrechtserfahrungen entstanden, aus Verletzungen (daher der Topos „Vulnerabilität“), aus Schmerz (daher das *harm principle*). Wer das verstehen will, beginnt nicht mit dem Wortlaut der Norm. Es bringt vielmehr etwas, wie Tove Stang Dahl formuliert hat, Recht zum Beispiel von den Frauen her zu denken.²⁴

Dann wird Recht realistisch. Das entlarvt insbesondere, wo der juridische Blick die Ungleichheit verstellt. Denn Gleichheit ist, formell verstanden und mit Catharine MacKinnon gesprochen, der „Samthandschuh auf der Faust der Macht“.²⁵ Das funktioniert ganz logisch: Das symmetrische Recht auf Gleichheit schützt nur jene, die bereits vergleichbar sind. Es setzt „sameness“ voraus, als Vergleichbarkeit, lässt so aber die fundamentalen, als normal gesetzten Ungleichheiten als Unterschiede, als „difference“, intakt.²⁶ Damit bleibt Benachteiligung als Kern der Differenz unangetastet.

Was bedeutet das konkret? Eine kurze Antwort lautet: #metoo.

Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz ist in der tradierten Sicht eine bedauernswerte Ausnahme von der Regel, ein unmoralischer Exzess. Bereits 1979 hat MacKinnon dagegen argumentiert: Die Verhältnisse, die sexuelle Belästigung und Ausbeutung überhaupt erst ermöglichen, blieben in dieser Deutung unangetastet.²⁷ Aus tradiertener Sicht mag Belästigung ein Unfall sein, aus der Sicht der Frauen ist sie Normalität der Diskriminierung. Vom Leben her, von der Erfahrung her, vom Unrecht her betrachtet, und zwar nicht partikular-subjektiv, sondern reflektiert analytisch, ist sexuelle Belästigung Ungleichheit, im substantiellen, materiellen, real erfahrenen Sinn.²⁸

Der Blick auf Gleichheit 2019 zeigt also: Es muss als Recht verstanden werden, sich gerade gegen diese Ungleichheiten zu wenden. Gerichte haben das vielfach verstanden. Sie sind mit Fällen konfrontiert, und im konkreten Fall ist die Unrechtserfahrung der Aus-

22 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 6.11.2019 – 1 BvR 16/13 – (Recht auf Vergessen I – durch EU-Recht nicht vollständig determiniertes Recht).

23 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 6.11.2019 – 1 BvR 276/17 – (Recht auf Vergessen II – durch EU Recht voll harmonisiertes Recht).

24 Vgl. T. S. Dahl, Frauenrecht: eine Einführung in feministisches Recht, 1992.

25 C. A. MacKinnon, Toward a Feminist Theory of the State, 1989, 219.

26 Eindrücklich nach wie vor C. A. MacKinnon, Gleichheit der Geschlechter. Über Differenz und Dominanz, in: Appelt/Neyer (Hrsg.), Feministische Politikwissenschaft, 1994, 37. Im Gespräch C. A. MacKinnon und S. Baer, Gleichheit, realistisch, JÖR Bd. 67 (2019), 360 ff.

27 C. A. MacKinnon, Toward a Feminist Theory of the State, 1989, 219.

28 S. Baer, Würde oder Gleichheit?, 1995; nun S. Eggert-Weyand, Belästigung am Arbeitsplatz. Eine Form der verbotenen Benachteiligung wegen des Geschlechts, 2010; ferner Rastetter, Sexualität und Herrschaft in Organisationen, 1994.

gangspunkt, nicht ein abstrakter Sachverhalt. Je stärker abstrahiert wird, desto schwerer fällt es dagegen oft, die Ungleichheit zu erkennen. Gleichheit als Recht nur gegen den unsachlichen Vergleich, insofern formal, symmetrisch, ist dann logisch, sauber, glatt, bis hin zum radikalisierten Differenzdenken der Nazis, die mit der Maßgabe „jedem das Seine“ in der deutschen Staatsrechtslehre noch die Ermordung der Juden zu rechtfertigen suchten.²⁹ Doch heute ist Gleichheit zwar auch ein Recht gegen Willkür und auf sachliche Unterscheidungen,³⁰ aber vor allem ein substantielles Recht gegen die Verletzung durch Missachtung – fehlende Anerkennung oder materiellen Nachteil – und ungerechte Verteilung.³¹ So lassen sich die Jubiläen verstehen: Im internationalen Recht von der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte zu konkreten Vorgaben gegen Rassismus in der ICERD, im Unionsrecht von einem punktuellen Gleichbehandlungsgebot zur Lohn-Gleichheit und der Gleichstellung in der Erwerbsarbeit zur Grundrechtecharta, und in Deutschland von einem staatsbürgerlichen Prinzip zur Gewährleistung tatsächlicher Gleichstellung und materiellen Verboten benachteiligender Diskriminierung.

3.2. Willkürfreiheit oder substantielle Gleichheit?

Was das konkret bedeutet, zeigt – wieder nur exemplarisch – eine Tour d’Horizon durch die jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

Was ist Gleichheit aus der Sicht des Afghanen, der nach Griechenland zurückgeschoben werden soll, obwohl der Europäische Gerichtshof in einem solchen Fall Vorgaben zur Prüfung des Folterverbots in Art. 4 EUGrCh macht? Gleichheit bedeutet hier Willkürschutz, als Schutz davor, dass Gerichte nicht voll prüfen und begründen, sondern „sachfremde Erwägungen“ anstellen, oder in „krasser Weise“ missverstehen, was das Grundgesetz von ihnen fordert.³²

Was ist Gleichheit aus Sicht derjenigen, die Wohnungen vermieten, und nun mit einem Gesetz gebremst werden, damit die Mieten bezahlbar bleiben? Es bedeutet, dass es dafür sachliche Gründe geben muss, im gesetzgeberischen Entscheidungsspielraum.³³ Deshalb darf ein Mietendeckel unterschiedliche Mietobergrenzen in Deutschland zugrunde legen, weil sich die Orte insofern voneinander unterscheiden.

Was ist Gleichheit aus der Perspektive eines Menschen mit einer Zweitwohnung in Sonthofen? Lastengleichheit, weshalb die Besteuerung nicht allzu ungleich ausfallen darf.³⁴ Das ist der allgemeine Gleichheitssatz. Was bedeutet daneben Gleichheit für diejenigen,

- 29 Für viele U. Scheuner, ZgesStW 99 (1939), 245 ff. (267) (aus völkischer Artgleichheit folgert „notwendig die Absonderung der artfremden Elemente, insbesondere der Juden, aus dem deutschen Volkskörper“). Genauso problematisch kanonische Juristen wie Karl Larenz, Volksgeist und Recht, Zeitschrift für deutsche Kulturphilosophie 1935, 40 (42) („Blut muß Geist, Geist muß Blut werden. Weil der Geist verfallen kann, muß das Blut den Geist wagen. Der Geist aber wird gewinnen, wo er sich aus dem Blute erneuert“).
- 30 Die aristotelische Formel ausdrücklich zurück weist Andrews v Law Society of British Columbia [1989] 1 SCR 143; näher dazu C. A. MacKinnon, Sex Equality, 2016.
- 31 Damit sind die beiden Aspekte angesprochen, die in Philosophie und Politik nicht selten gegeneinander stehen, vgl. A. Honneth/N. Fraser, Umverteilung oder Anerkennung?, 2003.
- 32 BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 7.10.2019 – 2 BvR 721/19.
- 33 BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 18.7.2019 – 1 BvL 1/18.
- 34 BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 24.10.2019 – 1 BvR 807/12.

die zu den in Art. 3 Abs. 3 GG ausdrücklich benannten „strukturell benachteiligten Gruppen“ gehören? Es ist ein Ausgrenzungsverbot, ganz real, ganz greifbar.

Was ist Gleichheit aus der Sicht der Ehefrau, die auf eine Alterssicherung verzichten muss, wenn ihr Ehemann nicht den Hof abgibt? Art. 3 Abs. 2 GG, der wiederum Art. 6 Abs. 1 GG prägt, sorgt dafür, dass eine derartige einseitige Dominanz normativ verfestigt wird.³⁵

Was ist Gleichheit aus der Sicht der Mutter, die in einem Land vom Erziehungsgeld und vom Elterngeld ausgeschlossen wird, weil sie keine deutsche Staatsangehörigkeit hat und die wegen des Mutterschutzes, aber auch in der Zeit des Stillens nicht so leicht wie andere Arbeit findet? Hier bedeutet Gleichheit, doch Eltern- und Erziehungsgeld zu erhalten.³⁶

Was ist Gleichheit aus der Sicht der Kinder, deren Eltern nicht miteinander verheiratet sind? Gleichheit heißt da, dass Gesetzgebung, die Verheirateten die Stiefkindadoption erlaubt, das auch denen ermöglichen muss, deren Eltern genauso für sie da sind. Die Ehe kann zwar ein Indiz dafür sein, dass eine Beziehung lange hält, also Erwachsene lange für ein Kind da sind, aber das genügt nicht, um Menschen, die tatsächlich genauso leben, kategorisch „typisierend“ auszuschließen, also zu benachteiligen.³⁷

Aus der Sicht von Intersexuellen, die keinen Eintrag zum Personenstand erhalten, weil das Gesetz sich an einer binären Ordnung orientiert, bedeutet Gleichheit, dass sie nicht in eine Geschlechter-Box gepresst werden dürfen, in die sie nicht gehören.³⁸ Das verletzt das allgemeine Persönlichkeitsrecht,³⁹ denn der Personenstand ist keine „Marginalie“, und diskriminiert wegen des Geschlechts.⁴⁰ Zweck des Diskriminierungsverbots sei, so in dieser Entscheidung wohl erstmals, „strukturell diskriminierungsgefährdete Gruppen“ zu schützen, also ihrer „Vulnerabilität“ – ausdrücklich (in Rn. 59) – Rechnung zu tragen. Aus Sicht von psychisch behinderten, also besonders geforderten Menschen, die betreut werden, bedeutet Gleichheit, nach Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG, auch unter Berücksichtigung der UN-Behindertenrechtskonvention⁴¹ und der EMRK⁴², dass ihnen das Wahlrecht nicht genommen werden darf: Sie sind politisch mitsprachberechtigt.

Gleichheit gilt auch für einen Jugendverband der NPD. Ihm kann die Stadthalle einer Gemeinde verweigert werden, wenn deren Nutzung grundsätzlich auf Ortsansässige beschränkt ist.⁴³ Gleichzeitig sichert Art. 3 Abs. 1 GG in Verbindung mit der Chancengleichheit der politischen Parteien aus Art. 21 GG, dass die Stadt nicht nach der Weltan-

35 BVerfGE 149, 86, Rn. 49 ff., 104 ff. (Hofabgabe, 2018): Die Rente an einen Ehepartner darf nicht von der Entscheidung des anderen abhängig gemacht werden.

36 BVerfGE 132, 72 (Elterngeld, 2012).

37 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 26.3.2019 – 1 BvR 673/17 – Rn. 112 ff., 125. Es verletzt den Gleichbehandlungsanspruch der Kinder; für die Eltern hat der Senat das offen gelassen, Rn. 129.

38 BVerfGE 147, 1 (Drittes Geschlecht, 2017).

39 Ebd. Rn. 37 ff.

40 Ebd. Rn. 56 ff.

41 BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 29. Januar 2019 – 2 BvC 62/14, Rn. 60 ff.

42 Ebd., Rn. 81 f. Es spielt eine Rolle, dass die BRK von einem Ausschuss interpretiert wird, der weniger verfahrensrechtliche Bindungen kennt als ein Gericht und dem auch völkerrechtlich eine geringere Bindungskraft zukommt. Dazu schon BVerfGE 142, 313 Rn. 90.

43 BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 3. 4. 2019 – 2 BvQ 28/19.

schauung differenzieren darf. Wird an Parteien vermietet, dann auch an die NPD, solange diese nicht verboten wurde, und auch in Wetzlar.⁴⁴

Eine weitere wichtige Entwicklung erstreckt die Grundrechtsgeltung realistisch auf mächtige Akteure: Gleichheit kommt in der Realität auch zum Tragen, wenn nicht die gesetzgebende Gewalt handelt, sondern – gewisse – Private. Was ist dann Gleichheit aus der Sicht des Fußballfans, der die Saisonkarte fürs Stadion verliert und kein Spiel mehr besuchen darf? Da kommt es realistisch nicht darauf an, ob das der Staat oder der Fußballverband oder der Verein veranlassen. Er oder sie will ins Stadion. Lange war es undenkbar, hier das Recht auf Gleichheit geltend zu machen, und viele bekämpfen diese Entwicklung nach wie vor vehement.⁴⁵ Realistisch betrachtet bleiben Menschen schutzlos, wenn mächtige Private ihre Grundrechte verletzen. Grundrechte können in „spezifischen Konstellationen“ auch zwischen Privaten gelten. Seit Februar 2011 ist die Versammlungsfreiheit auch im Abflugbereich des weitgehend privatisierten Frankfurter Flughafens geschützt.⁴⁶ Seit Juli 2015 ist das Recht anerkannt, auch auf einem privatisierten innerstädtischen Platz einen Bierdosen-Flashmob durchzuführen.⁴⁷ Für Stadien gilt: Fans dürfen nicht grundlos draußen bleiben.⁴⁸ Und auch die Sperrung des Facebook-Accounts der rechtsextremen Partei III. Weg nach einem volksverhetzenden Post wegen „Hassrede“ muss sich an der Verfassung messen lassen.⁴⁹

Und Gleichheit sagt uns heute noch mehr. Nicht zuallerletzt bedeutet Gleichheit aus der Perspektive einer Rumänin, die sich gegen den Ausschluss von Sozialleistungen wehren will, weil neben ihr auch der Vater als sorgeberechtigter Elternteil in Deutschland ist, dass sie so behandelt werden muss wie jemand mit viel Geld. Denn Gleichheit ist, so die ständige Rechtsprechung, das Gebot der „weitgehenden Angleichung der Situation von Bemittelten und Unbemittelten“ bei der Prozesskostenhilfe, in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG. Das ist abhängig von der Aussicht des Rechtsmittels, aber jedenfalls bei schwieriger Rechtsfrage muss unterstützt werden, auch die Rumänin.⁵⁰

Finale

Der Stand des Gleichheitsrechts 2019 ist also ... *gut*, wenn auch mit Luft nach oben. Die Jubiläen der Grund- und Menschenrechtsversprechen und der Kämpfe, die sie ins Werk gesetzt haben, sind Grund zu feiern. Die autoritären, nationalchauvinistischen, rassistischen und sexistischen Ereignisse unserer Zeit sind dagegen Anlass zur Sorge. Sie sollten motivieren, den Dingen auch juristisch auf den Grund zu gehen – und das bedeutet je-

44 BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 24.3. 2018 – 1 BvQ 18/18.

45 Insbesondere im Zivilrecht, z.B. von G. Wagner, Materialisierung und Konstitutionalisierung des Privatrechts – Ende der Privatautonomie, in: Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, 2009, 67 ff. Skeptisch zum Unionsrecht Classen JZ 2019, 1057. Überzeugend dagegen u.a. M. Grünberger, Personale Gleichheit, 2013 („Tatbestandsmodell“), schon früh D. Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000.

46 BVerfGE 128, 226 (Fraport, 2011).

47 BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 18.7.2015 – 1 BvQ 25/15.

48 BVerfGE 148, 267, 283 f. Rn. 41; Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 22. 5. 2019 – 1 BvQ 42/19 –, Rn. 15.

49 BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 22.5.2019 – 1 BvQ 42/19 –, Rn. 15.

50 BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 16.4.2019 – 1 BvR 2111/17 –; Beschluss vom 4.10. 2019 – 1 BvR 1710/18.

denfalls auch, vom Unrecht her, aus der Perspektive mit und für die Betroffenen zu denken. Das lässt sich in Law Clinics lernen. Und genau das hat die *Humboldt Law Clinic Grund- und Menschenrechte* in den letzten Jahren herausragend gezeigt. Ich gratuliere dazu. Lassen Sie uns alle etwas dafür tun, damit das so weitergeht.

Festschrift für Gerhard Robbers zum 70. Geburtstag



Staat – Religion – Recht
Festschrift für Gerhard Robbers
zum 70. Geburtstag
Herausgegeben von
Prof. Dr. Kerstin von der Decken und
Prof. Dr. Angelika Günzel
2020, 1.175 S., geb., 178,- €
ISBN 978-3-8487-6892-9

Gerhard Robbers gehört zu den profiliertesten Religionsverfassungsrechtlern Europas. Gleichzeitig prägt sein breites fachliches Interesse seine Arbeit. Anlässlich seines 70. Geburtstages und zu Ehren seines Wirkens als Lehrer, Forscher und Praktiker vereint die Festschrift Beiträge zu Staat und Religion, Grundfragen staatlicher Ordnung, Verfassungs- und Europarecht, Grund- und Menschenrechten sowie Rechtspolitik. Die insgesamt 61 deutsch- und englischsprachigen Beiträge widmen sich sowohl grundlegenden als auch hochaktuellen Themen. Mit ihrem Schwerpunkt auf Rechtsfragen zu Staat und Religion aus deutscher, rechtsvergleichender und europäischer Perspektive stellt die Festschrift eines der umfassendsten Werke zu diesem breiten Themengebiet dar.



Bestellen Sie im Buchhandel oder
versandkostenfrei online unter nomos-shop.de
Alle Preise inkl. Mehrwertsteuer

