

Inklusion und Solidarität

Anna Katharina Mangold

A. Bestandsaufnahme: Gewährleistung sozialer Mindestbedingungen der europäischen Integration	387
B. Methodische Analyse von Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 und 3 EUV	389
I. Textbefund	390
II. Historische Entstehung	391
III. Systematische Kontextualisierung	398
C. Demokratietheoretische Deutung von Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 und 3 EUV	404
I. Die EU-Verträge als Rahmenordnung	405
II. Die doppelte Legitimation der EU	407
III. Antidiskriminierungsrecht als demokratische Inklusion durch Recht	408
D. Dogmatische Schlüsselfragen	428
I. Dogmatische Figuren des EU-Antidiskriminierungsrecht: Reaktiver Diskriminierungsschutz und proaktives Gleichstellungsrecht	429
II. Sozio-ökonomischer Status als Schutzkategorie im Antidiskriminierungsrecht?	437
III. Kohäsion in der EU	439
E. Kritische Bestandsaufnahme	441
I. Die „Hand des Midas“: Kommodifizierung und Verwandlung in „Wirtschaft“	441
II. Errungenschaften	442

A. Bestandsaufnahme: Gewährleistung sozialer Mindestbedingungen der europäischen Integration

Nach ihrem Selbstverständnis ist die Europäische Union dem Grundwert „Demokratie“ verpflichtet, so steht es in Art. 2 S. 1 EUV. Neue Mitgliedstaaten müssen ihrerseits die Demokratie achten, also selbst demokratisch sein, wie Art. 49 Abs. 1 S. 1 EUV festlegt („die in Art. 2 genannten Werte achtet“). Alle Normen der Verträge sind im Lichte dieser Grundentscheidung der politischen Verfasstheit der EU zu verstehen und zu interpretieren, so die These dieses Beitrages. Anders als in der statistischen und wirtschaftsliberalen Kommentarliteratur behauptet, handelt es sich bei den Zielen der EU zum sozialen Zusammenhalt, wie sie insbesondere in Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 und 3 EUV aufgelistet sind, nämlich keineswegs bloß um einen „sozialen Anstrich“,¹ sondern um eine Operationalisierung der Werte des Art. 2 EUV und damit um eine Kernvorschrift des EUV.

1 Matthias Ruffert, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl., München: C.H. Beck 2022, Art. 3 EUV Rn. 37; deutlich auch Rn. 32: der Begriff „so-

Im Sinne der Grundanlage dieses Bandes und inspiriert von *Jürgen Habermas'* „rationaler Rekonstruktion“² des Prozesses der europäischen Integration soll der gegenwärtige Stand des Verfassungsrechts der EU nicht als historisch-zufälliges Ergebnis einer kontingenten sozialen und politischen Konstellation³ verstanden werden, sondern „als ob“⁴ dieser Status Quo das Ergebnis eines beabsichtigten Entscheidungsprozesses wäre.⁵ Mit *Jürgen Habermas*⁶ und dem deutschen Bundesverfassungsgericht⁷ geht dieser

ziale Gerechtigkeit“ entstamme dem „Arsenal sozialdemokratischer Parteiprogramme und gewerkschaftlicher Zielsetzungen“.

- 2 *Jürgen Habermas*, Die Krise der Europäischen Union im Lichte einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts, in: ders., *Zur Verfassung Europas*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2011, 39–98 (61): „Aus der Sicht eines *rational rekonstruierten* verfassungsgebenden Prozesses [...]“ (Hervorh. im Original). Zu diesem theoretischen Zugriff aufschlussreich *Daniel Gaus*, Rationale Rekonstruktion als Methode politischer Theorie zwischen Gesellschaftskritik und empirischer Politikwissenschaft, *PVS* 54 (2013), 231–255.
- 3 Als produktive Kategorien geschichtstheoretischer Erwägungen verstanden bei *Arnd Hoffmann*, Zufall und Kontingenz in der Geschichtstheorie, Frankfurt a.M.: Klostermann 2005.
- 4 Zur traditionellen juristischen Praxis des „Als ob“ instruktiv *Yan Thomas*, „Auctoritas legum non potest veritatem naturalem tollere“: Rechtsfiktion und Natur bei den Kommentatoren des Mittelalters, in: *Jean-François Kervégan/Heinz Mohnhaupt* (Hrsg.), Recht zwischen Natur und Geschichte, Frankfurt a.M.: Klostermann 1997, 1–32.
- 5 *Habermas*, Krise der Europäischen Union (Fn. 2), 64: [...] empfiehlt es sich, die teleologisch gelesene Entwicklungsgeschichte so zu rekonstruieren, als sei das historisch mehr oder weniger kontingente Ergebnis intentional [...] zustande gebracht worden.“
- 6 *Habermas*, Krise der Europäischen Union (Fn. 2), 62ff.: „Die zweite Innovation: die Teilung der konstituierenden Gewalt zwischen Unionsbürgern und europäischen Völkern“. Herangezogen wurden sowohl die akademischen Beiträge als auch die politischen Interventionen von *Habermas* zur europäischen Integration: *Jürgen Habermas*, Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie, in: ders., Die postnationale Konstellation, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1998, 91–169; ders., III. Hat der Nationalstaat eine Zukunft? (3 Artikel), in: ders., Die Einbeziehung des Anderen, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1996, 128–191; ders., Europapolitik in der Sackgasse: Plädoyer für eine Politik der abgestuften Integration, in: ders., Ach, Europa: Kleine politische Schriften XI, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2008, 96–127; ders., The Crisis of the European Union in the Light of a Constitutionalization of International Law, *EJIL* 23 (2012), 335–348; ders., Im Sog der Technokratie: Ein Plädoyer für europäische Solidarität, in: ders., Im Sog der Technokratie: Kleine politische Schriften XII, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2013, 82–111.
- 7 BVerfGE 89, 155 – *Maastricht* [1993], Ls. 3 a): „Nimmt ein Verbund demokratischer Staaten hoheitliche Aufgaben wahr und übt dazu hoheitliche Befugnisse aus, sind es zuvörderst die Staatsvölker der Mitgliedstaaten, die dies über die nationalen Parlamente demokratisch zu legitimieren haben. Mithin erfolgt demokratische Legitimation durch die Rückkopplung des Handelns europäischer Organe an die Parlamente der Mitgliedstaaten hinzu tritt – im Maße des Zusammenwachsens der europäischen Na-

Beitrag von einer zweifachen demokratischen Legitimation der EU aus: über die Bürger*innen und über die Mitgliedstaaten. Soll die europäische Integration gelingen, so gilt es, demokratische Integration in beiden Legitimationssträngen zu erreichen: Erstens müssen die Einzelnen sich als Teil einer europäischen demokratischen Gesellschaft⁸ verstehen können, sie sollen sich inkludiert fühlen können, denn dies, so die Zentralthese dieses Beitrags, ist Gelingensbedingung der europäischen Demokratie. Zweitens müssen die Mitgliedstaaten untereinander ebenfalls auf Augenhöhe agieren können, was nur gelingt, wenn sie sich untereinander solidarisch verhalten und soziale Kohäsion bewirken.

Es ist die Ausgangsthese dieses Beitrages, dass Art. 3 Abs. 3 EUV in seinen Unterabsätzen 2 und 3 diese beiden Dimensionen demokratischer Legitimation der EU anspricht: die demokratische Inklusion der Einzelnen in eine demokratische Gesellschaft und die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten. Diese beiden Elemente sind nicht bloß schmückendes Beiwerk des wirtschaftlichen Integrationsprojektes, sondern essentiell für die demokratietheoretische Legitimation der EU als supranationaler demokratischer Gemeinschaft.

B. Methodische Analyse von Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 und 3 EUV

Um den Gehalt von Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 und 3 EUV zu ermitteln, wird nach überkommener deutscher rechtswissenschaftlicher Tradition zunächst der Wortgehalt der Normen untersucht (I.), sodann die Entstehung der Normen in ihren historischen Bezügen dargestellt (II.), um anschließend den systematischen Kontext der beiden Unterabsätze zu anderen Normen des Primär- wie Sekundärrechts zu erkunden (IV.). Das Telos der Unterabsätze wird gesondert behandelt, indem im nachfolgenden Teil ein Vorschlag für ein demokratietheoretisches Prämisse der Vorschriften entwickelt wird (C.).

tionen zunehmend – innerhalb des institutionellen Gefüges der Europäischen Union die Vermittlung demokratischer Legitimation durch das von den Bürgern der Mitgliedstaaten gewählte Europäische Parlament.“

8 Dazu *Bast/von Bogdandy*, Einleitung zu diesem Band, III.

I. Textbefund

Die Ziele der Europäischen Union sind in Art. 3 EUV aufgelistet. Abs. 1 bezeichnet „Frieden“, die „Werte“ aus Art. 2 EUV und „das Wohlergehen ihrer Völker“ als Ziele der EU. Abs. 2 etabliert den „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen“. Abs. 4 regelt die Wirtschafts- und Währungsunion. Abs. 5 bestimmt die Ziele des auswärtigen Handelns der EU. Abs. 6 verweist auf das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung als Kompetenzgrund und -grenze. Abs. 3 dagegen enthält in vier Unterabsätzen eine Vielzahl von Zielen, die in ungeklärtem Verhältnis zueinander stehen. UAbs. 1 widmet sich dem Binnenmarkt, seit dem Scheitern der EPG und EVG und der Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft 1957 zunächst unzweifelhaft der hauptsächliche Integrationsfokus des europäischen Einigungsprozesses.⁹ Die weiteren Unterabsätze 2 bis 4 werden in der Kommentarliteratur demgegenüber überwiegend als bloße „Flankierung“ abgetan.¹⁰ Nach diesem Verständnis bedürfen diese „sozialen Gewährleistungen“ einer eigenen Kommentierung anscheinend nicht in derselben Gründlichkeit wie der Binnenmarkt; der EUV hätte sich ihrer vielmehr enthalten und insoweit dem Vorbild des Grundgesetzes folgen sollen.¹¹ Über Unterabsatz 4 mit dem Ziel der Wahrung der kulturellen und sprachlichen Vielfalt der EU einerseits, der Entwicklung des kulturellen Erbes der EU andererseits wird in der Kommentarliteratur kaum je Näheres geschrieben.

9 *Anna Katharina Mangold*, Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht, Tübingen: Mohr Siebeck 2011, 44–47, 69–74, 78–80.

10 *Ruffert* (Fn. 1), Rn. 27; *Peter-Christian Müller-Graff*, in: Matthias Pechstein/Carsten Nowak/Ulrich Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum EUV/AEUV, Tübingen: Mohr Siebeck 2017, Art. 3 EUV Rn. 36: „Das marktintegrativ flankierende Recht“, „Begleitpolitiken“, lediglich Wiedergabe des Wortlauts der sozialen Ziele in Rn. 40; *Rudolf Geiger/Lando Kirchmair*, in: Rudolf Geiger/Daniel-Erasmus Khan/Markus Kotzur/Lando Kirchmair (Hrsg.), EUV/AEUV, 7. Aufl., München: C.H. Beck 2023, Art. 3 EUV Rn. 7–9 unter der Überschrift „Binnenmarkt“, lediglich in Rn. 8 kurisorische Aufzählung der „sozialen“ Ziele; demgegenüber *Jörg Philipp Terhechte*, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, München: C.H. Beck, Werkstand: 82. EL Mai 2024, Art. 3 EUV Rn. 24: „Paradigmenwechsel“, ausführlich zu UAbs. 2 (Rn. 51–54) und UAbs. 3 (Rn. 56–57); *Armin Hatje/Anne Kindt*, Der Vertrag von Lissabon: Europa endlich in guter Verfassung?, NJW 2008, 1761–1768 (1765): Binnenmarktziel „von außerökonomischen Zielsetzungen umrahmt, die bereits im Ansatz dem Eindruck entgegenwirken, europäische Wirtschaftspolitik sei Selbstzweck“.

11 *Ruffert* (Fn. 1), Rn. 37.

Nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EUV bekämpft die EU „soziale Ausgrenzung und Diskriminierungen“ und fördert „soziale Gerechtigkeit und sozialen Schutz, die Gleichstellung von Frauen und Männern, die Solidarität zwischen den Generationen und den Schutz der Rechte des Kindes“. Nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EUV fördert die EU „den wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalt und die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten“. Die verschiedenen Sprachfassungen ergeben keine Anhaltspunkte für inhaltliche Divergenzen.

Bezugspunkt von UAbs. 2 sind die Einzelnen, während es in UAbs. 3 EUV um die Mitgliedstaaten geht. In UAbs. 2 stehen „soziale Gerechtigkeit und *sozialer Schutz*“ neben Gleichstellung, intergenerationeller Solidarität und Kinderrechten. Es fragt sich, was „sozial“ in diesem Kontext meint. Auch UAbs. 3 erwähnt den „sozialen Zusammenhalt“. Es ist Anliegen dieses Beitrages, den normativen Gehalt dieser Verwendungen des Begriffes „sozial“ in den beiden UAbs. zu erhellen.

II. Historische Entstehung

Die historische Auslegung blickt zunächst auf Diskriminierungsschutz und soziale Kohäsion in der europäischen Integrationsgeschichte (1.), sodann auf die Textstufen, die zur endgültigen Formulierung im aktuell gültigen Lissaboner EUV von 2007 geführt haben (2.).¹²

1. Individueller Diskriminierungsschutz und soziale Kohäsion zwischen den Mitgliedstaaten in der Integrationsgeschichte

Bereits Art. 2 EWGV 1957 nahm an, „die Errichtung eines Gemeinsamen Marktes und die schrittweise Annäherung der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten“ werde „eine harmonische Entwicklung des Wirtschaftslebens innerhalb der Gemeinschaft, eine beständige und ausgewogene Wirtschaftsausweitung, eine größere Stabilität, eine beschleunigte Hebung der Lebenshaltung und engere Beziehungen zwischen den Staaten“ zur Folge haben.¹³

12 Mit etwas breiterem Pinsel und auf Basis älterer Literatur historisierend *Terhechte* (Fn. 10), Rn. 1-7.

13 Gesetz zu den Verträgen v. 25.3.1957 zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Europäischen Atomgemeinschaft v. 27.7.1957, BGBl. II 1957, 753.

Der Gedanke des Diskriminierungsschutzes war seit jeher zentraler Bestandteil des Gemeinschafts- und später Unionsrechts.¹⁴ Mit Gründung von Montanunion und EWG durften unterschiedliche mitgliedstaatliche Staatsangehörigkeiten nicht mehr zu Schlechterbehandlungen führen, wenn auch zunächst primär im Rahmen der ökonomischen Grundfreiheiten. Im Europäischen Gemeinschaftsrecht fand sich bereits im EGKSV ein Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit.¹⁵ Art. 7 EWGV¹⁶ enthielt das Diskriminierungsverbot wegen der Staatsangehörigkeit und spielte eine zentrale Rolle für die Etablierung des Gemeinsamen Marktes. Alle weiteren Erwähnungen des Begriffs der „Diskriminierung“ im EWGV lassen sich als Anwendungsfälle des Art. 7 EWGV verstehen.¹⁷ Eine Reihe

-
- 14 *Anna Katharina Mangold*, § 4: Sozial- und arbeitsrechtliche Relevanz der Unionsbürgerschaft, in: Monika Schlachter/Hans Michael Heinig (Hrsg.), *Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, Enzyklopädie Europarecht*, Bd. 7, Baden-Baden: Nomos 2020, Rn. 120 ff.
 - 15 Dazu *Hermann Mosler*, Zur Anwendung der Grundsatzartikel des Vertrages über die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl, *ZaöRV* 17 (1956/57), 407–427 (419).
 - 16 Art. 7 EWGV: „(1) Unbeschadet besonderer Bestimmungen dieses Vertrags ist in seinem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten. (2) Der Rat kann mit qualifizierter Mehrheit auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung der Versammlung Regelungen für das Verbot solcher Diskriminierungen treffen.“
 - 17 So *Arno Steinbauer*, *Die Diskriminierung nach deutschem Recht*, Köln: W. Kleikamp 1960, 40, mit Aufzählung in Fn. 1; ähnlich *Erich Zimmermann*, *Die Preisdiskriminierung im Recht der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl*, Frankfurt a.M.: Klostermann 1962, 87. Im Einzelnen im EWGV: Art. 33 Ziff. 1 [Globalkontingente für andere Mitgliedstaaten „ohne Diskriminierung“ zur Beseitigung mengenmäßiger Beschränkungen], Art. 36 S. 2 [Schutzverbote oder Beschränkungen dürfen nicht „Mittel zur willkürlichen Diskriminierung“ zwischen den Mitgliedstaaten sein], Art. 37 Ziff. 1 S.1 [Umformung der staatlichen Handelsmonopole, um Diskriminierung in den Versorgungs- und Absatzbedingungen zwischen den Angehörigen der Mitgliedstaaten auszuschließen], Art. 40 Ziff. 3 UAbs. 2 S. 2 [keine Diskriminierung zwischen Erzeugern und Verbrauchern in der gemeinsamen Agrarpolitik], Art. 44 Ziff. 1 [Mindestpreisfestsetzungen in den Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der gemeinsamen Agrarpolitik in nicht diskriminierender Weise bis zum Ende der Übergangszeit], Art. 45 Ziff. 1 UAbs. 2 [keine Diskriminierung in Verträgen zwischen den Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Agrarpolitik bis zu einer gemeinschaftlichen Marktordnung], Art. 67 Ziff. 1 [Beseitigung aller Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit oder des Wohnsitzes der Parteien oder des Anlageortes auf dem Gebiet des Kapitalverkehrs], Art. 68 Ziff. 2 [keine Diskriminierung bei der Anwendung von innerstaatlichen Vorschriften für den Kapitalverkehr], Art. 79 Ziff. 1 [Beseitigung der Diskriminierungen, „die darin bestehen, daß ein Verkehrsunternehmer auf denselben Verkehrsverbindungen für die gleichen Güter je nach ihrem Herkunfts- oder Bestimmungsland unterschiedliche Frachten und Beförderungsbedingungen anwendet“],

weiterer Vertragsvorschriften widmete sich ebenfalls der Ausgestaltung des Art. 7 EWGV, ohne den Begriff der „Diskriminierung“ selbst zu verwenden, indem die benachteiligende Behandlung anderweitig umschrieben wurde.¹⁸ Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit stellte eine Inlandsklausel dar, weil die Mitgliedstaaten gehalten waren (und sind), die Angehörigen der anderen Mitgliedstaaten so zu behandeln wie ihre eigenen Staatsangehörigen.¹⁹ Es betraf und betrifft sowohl *Menschen* als auch *Waren*. Das Diskriminierungsverbot wegen der Staatsangehörigkeit entfaltete und entfaltet auch und gerade für *Menschen* bis heute ungeheure Wirkung, etwa für die Freizügigkeit mobiler Wanderarbeitnehmer*innen im Bereich der sozialen Absicherung im aufnehmenden Mitgliedstaat.²⁰

Art. 90 Ziff. 1 [Verweis auf das Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit für öffentliche Unternehmen und Unternehmen, denen die Mitgliedstaaten besondere oder ausschließliche Rechte gewähren] und Art. 92 Abs. 2 lit. a [Zulässigkeit von „Beihilfen sozialer Art an einzelne Verbraucher, wenn sie ohne Diskriminierung nach der Herkunft der Waren gewährt werden“].

- 18 Dies betraf besonders die Grundfreiheiten, vgl. EWGV Art. 48 Abs. 2 [„Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen“], Art. 49 lit. c [Herstellung der Arbeitnehmerfreiheit „durch die planmäßig fortschreitende Beseitigung aller Fristen und sonstigen Beschränkungen, die in innerstaatlichen Rechtsvorschriften oder vorher zwischen den Mitgliedstaaten geschlossenen Übereinkünften vorgesehen sind, und die den Arbeitnehmern der anderen Mitgliedstaaten für die freie Wahl des Arbeitsplatzes andere Bedingungen als den inländischen Arbeitnehmern auferlegen“], Art. 52 [Aufhebung von Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit], Art. 54 Ziff. 3 lit. h [keine Verfälschung der Bedingungen für die Niederlassung durch Beihilfen der Mitgliedstaaten], Art. 60 Abs. 2 [Dienstleistungsfreiheit „unter den gleichen Voraussetzungen, welcher dieser Staat für seine eigenen Angehörigen vorschreibt“], Art. 65 [Anwendung von Beschränkungen des freien Dienstleistungverkehrs bis zu ihrer Aufhebung „ohne Unterscheidung nach Staatsangehörigkeit oder Aufenthaltsort“], Art. 76 [bis zum Erlass gemeinschaftlichen Regeln für den Verkehrsordnung keine ungünstigere Gestaltung der „verschiedenen bei Inkrafttreten dieses Vertrags auf diesem Gebiet geltenden Vorschriften in ihren unmittelbaren oder mittelbaren Auswirkungen auf die Verkehrsunternehmer anderer Mitgliedstaaten im Vergleich zu den inländischen Verkehrsunternehmern“], Art. 95 Abs. 1 [Steuern: „Die Mitgliedstaaten erheben auf Waren aus anderen Mitgliedstaaten weder unmittelbar noch mittelbar höhere inländische Abgaben gleich welcher Art, als gleichartige inländische Waren unmittelbar oder mittelbar zu tragen haben.“], Art. 111 Ziff. 5 UAbs. 2 [Einräumung gleicher Konditionen für andere Mitgliedstaaten bei Beseitigung oder Verringerung mengenmäßiger Beschränkungen für Drittstaaten].

19 *Zimmermann* (Fn. 17), 86.

20 Dazu *Mangold*, *Unionsbürgerschaft* (Fn. 14).

Auf Betreiben Frankreichs, das Wettbewerbsnachteile gegenüber Deutschland fürchtete, wurde zudem in Art. 119 EWGV²¹ die Entgeltgleichheit zwischen den Geschlechtern festgehalten.²² Ermöglicht durch strategische Prozessführung transnational organisierter Frauen²³ stellte der EuGH 1976 im Urteil *Defrenne II* zunächst parallel zu den Grundfreiheiten auch die Direktwirkung von Art. 119 EWGV fest²⁴ und entnahm der Norm zwei Jahre später im Urteil *Defrenne III* ein allgemeines gemeinschaftsrechtliches Ziel, alle geschlechtsbezogenen Diskriminierungen zu beseitigen.²⁵

Der Vertrag von Maastricht²⁶ etablierte mit der Unionsbürgerschaft (Art. 8–8e EGV 1992) ein neuartiges Angehörigkeitsverhältnis zur EU selbst und zugleich zu allen Mitgliedstaaten der EU. Ein an diesen Status geknüpftes allgemeines Diskriminierungsverbot wegen der Staatsangehörigkeit kam erst mit Art. 18 Abs. 1 AEUV hinzu, also im Vertrag von Lissabon 2007.²⁷ Gegenwärtig geraten angesichts der multiplen Europäischen Krisen allerdings auch bereits für etabliert gehaltene Verständnisse der Reichweite unionsbürgerlicher Rechte wieder in Frage. Das gilt innerhalb der EU besonders für das Ringen darum, ob eine reine Wirtschafts- oder auch eine Sozialunion die Grundlage des weiteren europäischen Integrationsprozesses bilden soll. Je nach der Antwort auf diese Frage unterscheidet sich

21 Art. 119 EWGV: „(1) Jeder Mitgliedstaat wird während der ersten Stufe den Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher Arbeit anwenden und in der Folge beibehalten. (2) Unter ‚Entgelt‘ im Sinne dieses Artikels sind die üblichen Grund- und Mindestlöhne und -gehälter sowie alle sonstigen Vergütungen zu verstehen, die der Arbeitgeber mittelbar oder unmittelbar in bar oder in Sachleistungen zahlt. (3) Gleichheit des Arbeitsentgelts ohne Diskriminierungen auf Grund des Geschlechts bedeutet, a) daß das Entgelt für eine gleiche nach Akkord bezahlte Arbeit auf Grund der gleichen Maßeinheit festgesetzt wird; b) daß für eine nach Zeit bezahlte Arbeit das Entgelt bei gleichem Arbeitsplatz gleich ist.“

22 *Christine Langenfeld*, Die Gleichbehandlung von Mann und Frau im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Baden-Baden: Nomos 1990; *dies./Roman Lehner*, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, München: C.H. Beck, Werkstand: 82. EL Mai 2024, Art. 157 AEUV Rn. 3.

23 *Rachel A. Cichowski*, The European Court and Civil Society, Cambridge: Cambridge University Press 2007; *dies.*, Legal Mobilization, Transnational Activism, and Gender Equality in the EU, Can. J. L. & Soc. 28 (2013), 209–227.

24 EuGH, Urteil v. 8.4.1976, Rs. 43/75, ECLI:EU:C:1976:56 – *Defrenne II*.

25 EuGH, Urteil v. 15.6.1978, Rs. 149/77, ECLI:EU:C:1978:130 – *Defrenne III*.

26 Vertrag über die Europäische Union (Maastricht) v. 7.2.1992, ABl. 1992 C 191/1ff.

27 Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft v. 13.12.2007, ABl. 2007 C 306/1ff.

dann möglicherweise die Behandlung von Waren (Wirtschaftsunion) und Menschen (Sozialunion).²⁸

Im Zuge der EU-Erweiterungen wurde die Kohäsionspolitik eingeführt, um den verschärften Disparitäten der Einkommenswerte pro Kopf (BIP pK) entgegenzuwirken.²⁹ Die verwendeten Mittel waren seit jeher eingebunden in politische Verhandlungen.³⁰ Es wurden bereits seit den Römischen Verträgen Strukturfonds geschaffen, die Mittel vergeben, nämlich der Europäische Sozialfonds (ESF), der 1975 ins Leben gerufene Europäische Fonds für Regionale Entwicklung (EFRE) und die seit 1962 und 1993 bestehenden Fonds für Landwirtschaft und Fischerei³¹.³² Mit der Einheitlichen Europäischen Akte wurden die Strukturfonds in einer einzigen Politik gebündelt, um sie zielorientierter, effektiver und effizienter zu gestalten, indem das Prinzip der Mittelkoordinierung im Hinblick auf die Strukturfondsverordnungsziele, das Programmierungsprinzip zur Einführung strategischer Interventionen und das Partnerschaftsprinzip zur Einbindung der subnationalen Sozialpartner eingeführt wurden, wozu nach dem Vertrag von Maastricht die Prinzipien der Mittelkonzentration auf spezifische Ziele und der Additionalität zur Kombinierung von staatlichen mit EU-Mitteln hinzukamen.³³

2. Textstufen

Aus der konsolidierten Fassung der Verträge nach dem Gipfel von Nizza 2002 (a) hat sich der Text der Verträge stufenweise über den Konventsprozess für eine Verfassung Europas (b) nach dessen Scheitern sowie den anschließenden Verhandlungen zum Vertrag von Lissabon 2007 (c) entwickelt, der Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 und 3 EUV seine aktuell geltende Fassung gab.

28 Ausführlich *Mangold*, Unionsbürgerschaft (Fn. 14), *passim*; im breiten Horizont von Marktpolitiken *Dagmar Schiek*, EU Constitution of Social Governance in an Economic Crisis, *MJ* 20 (2013), 185–208; zu sozialen Rechten von Unionsbürger*innen *Anuskeh Farahat*, Solidarität und Inklusion, *DÖV* 2016, 45–55.

29 *David Henry Fenner*, Ein neuer wettbewerbsorientierter Ansatz in den wirtschaftsfördernden Politiken der EU, Baden-Baden: Nomos 2017, 263–265.

30 *Fenner* (Fn. 29), 264: „integrationspolitischer Kuhhandel“.

31 Europäischer Ausrichtungs- und Garantiefonds für die Landwirtschaft/Abteilung Ausrichtung (EAGFL/Abteilung Ausrichtung) und Finanzierungsinstrument für die Ausrichtung der Fischerei (FIAF).

32 *Fenner* (Fn. 29), 264.

33 *Fenner* (Fn. 29), 265.

a) Konsolidierte Verträge von 2002

Die Fassung des EUV von 2002 enthielt in Art. 2 eine Auflistung disparater Ziele in Spiegelstrichen.³⁴ Im ersten Spiegelstrich wurden neben der Wirtschafts- und Währungsunion als Ziele benannt „die Förderung des wirtschaftlichen und sozialen Fortschritts und eines hohen Beschäftigungs niveaus sowie die Herbeiführung einer ausgewogenen und nachhaltigen Entwicklung, insbesondere durch Schaffung eines Raumes ohne Binnengrenzen, durch Stärkung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts“. In dieser Regelung ist der soziale Fortschritt ersichtlich nur Beiwerk zum Primat der wirtschaftlichen Entwicklung. Der dritte Spiegelstrich erwähnte „die Stärkung des Schutzes der Rechte und Interessen der Angehörigen ihrer Mitgliedstaaten durch Einführung einer Unionsbürgerschaft“, was in Art. 17 bis 22 EGV-Nizza operationalisiert wurde.³⁵ Hier waren noch keine weiteren antidiskriminierungsrechtlichen Ziele vorgesehen. In der Aufgabenbestimmung der Europäischen Gemeinschaften in Art. 2 EUV-Nizza waren allerdings bereits aufgeführt einerseits „ein hohes Maß an sozialem Schutz, die Gleichstellung von Männern und Frauen“, andererseits „wirtschaftliche[r] und soziale[r] Zusammenhalt und die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten“³⁶.

Das Adjektiv „sozial“ findet sich insgesamt erstaunliche 126 Mal in der Nizzaer Version der beiden Verträge, EUV und EGV, freilich oft in der generischen Formulierung „sozialer Fortschritt“ und bei Erwähnung des Wirtschafts- und Sozialausschusses³⁷. Kohäsionspolitiken fanden Erwähnung für den Bereich der Verkehrsinfrastruktur in Art. 155 Abs. 1, 3. Spiegelstrich EGV-Nizza sowie in Art. 161 EGV-Nizza allgemein für Strukturfonds und konkret in Art. 146 ff. EGV-Nizza für Sozialfonds. Im Bereich der Beschäftigung gestattete Art. 128 Abs. 1 EGV-Nizza dem Rat „Anreiz-

34 Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Europäische Union v. 24.12.2002, ABl. 2002 C 325/10 f.

35 Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Gründung der Europäischen Gemeinschaften v. 24.12.2002, ABl. 2002 C 325/44 f.

36 Irrig insoweit *Terhechte* (Fn. 10), Rn. 57, der eine Textfassung des Vertrags von Nizza annimmt, die von „Solidarität zwischen den *Mitgliedern*“ ausgehe und nicht nachzuvollziehen ist.

37 Nach Art. 257 Abs. 2 EGV-Nizza bestand der Ausschuss „aus Vertretern der verschiedenen wirtschaftlichen und sozialen Bereiche der organisierten Zivilgesellschaft, insbesondere der Erzeuger, der Landwirte, der Verkehrsunternehmer, der Arbeitnehmer, der Kaufleute und Handwerker, der freien Berufe, der Verbraucher und des Allgemeininteresses“.

maßnahmen zur Förderung der Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten und zur Unterstützung ihrer Beschäftigungsmaßnahmen“. In der Sozialpolitik nahm Art. 136 Abs. 1 EGV-Nizza an, der Gemeinsame Markt werde eine „Abstimmung der Sozialordnungen“ begünstigen. Titel XVII, Art. 158 ff. EGV-Nizza, traf Regelungen zum „wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalt“. Zentral war Art. 158 EGV-Nizza mit der Zielbestimmung, „die Unterschiede im Entwicklungsstand der verschiedenen Regionen und den Rückstand der am stärksten benachteiligten Gebiete oder Inseln, einschließlich der ländlichen Gebiete, zu verringern“, wozu nach Art. 159 EGV-Nizza verschiedene Fonds dienen sollten.³⁸

b) Verfassungsentwurf

Der Europäische Verfassungskonvent hatte 2003 den Entwurf eines Vertrags über eine Verfassung für Europa vorgelegt.³⁹ In dem Konventsentwurf findet sich die entscheidende und nachfolgend beibehaltene Unterscheidung zwischen den Werten der EU in Art. 2 VVE-Entwurf⁴⁰ und Art. 3 VVE zu den Zielen der Union. In Art. 3 VVE-Entwurf fand sich nun eine aufschlussreiche, später verworfene Anordnung der Ziele, die eine veränderte Hierarchisierung nahelegt: In Art. 3 Abs. 2 VVE-Entwurf sind der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts und der Binnenmarkt gleichrangig nebeneinander aufgeführt. In Art. 3 Abs. 3 VVE-Entwurf sieht demgegenüber UAbs. 1 „die nachhaltige Entwicklung Europas auf der Grundlage eines ausgewogenen Wirtschaftswachstums“, „eine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt“ sowie „ein hohes Maß an Umweltschutz und Verbesserung der Umweltqualität“ vor. Indem der Binnenmarkt in Abs. 2 verschoben ist, erhalten die Ziele des Abs. 3 UAbs. 1 größeres Gewicht und einen eigenständigen Wert, was auf die weiteren UAbs. 2–4 ausstrahlt, die dem Primat des Binnenmarktes nicht unterstellt sind und in dieser Fassung nicht als bloße „Flankierung“ der Wirtschaftsintegration⁴¹ hätten bezeichnet.

38 Europäischer Ausrichtungs- und Garantiefonds für die Landwirtschaft – Abteilung Ausrichtung, Europäischer Sozialfonds, Europäischer Fonds für regionale Entwicklung.

39 Entwurf eines Vertrags über eine Verfassung für Europa v. 13.6.2003 u. 10.7.2003, ABl. 2003 C 169/1 ff.

40 Vertrag über eine Verfassung für Europa v. 13.6.2003 u. 10.7.2003, ABl. 2003 C 169/8 ff.

41 S. die Nachweise in Fn. 10.

net werden können. Die hier im Zentrum stehenden UAbs. 2 und 3 sind in dem Verfassungsentwurf bereits inhaltsgleich mit der späteren Fassung im Vertrag von Lissabon. Die Verfassung für Europa in der Version des Regierungsentwurfs 2004 änderte an dieser Anordnung nichts.⁴²

c) Vorbereitung des Vertrags von Lissabon

Nach den gescheiterten Referenden in den Niederlanden und Frankreich 2005 über den Verfassungsvertrag wurden die Verhandlungen fortgesetzt. Das Mandat des Europäischen Rates für eine neue Regierungskonferenz befreite den Verfassungsentwurf von Verfassungsrhetorik.⁴³ Getrennt wurden dabei das Ziel des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts vom Binnenmarkt, der aus dem gemeinsamen Absatz des Verfassungsentwurfs verschoben wurde in den nachfolgenden Absatz 3 und damit zu den sozialen Inklusions- und Kohärenzzielen.⁴⁴

III. Systematische Kontextualisierung

In systematischer Hinsicht wird zunächst die Binnenstruktur des Art. 3 Abs. 3 EUV analysiert (1.), sodann das Verhältnis zu Art. 1 und 2 EUV erkundet (2.), anschließend der Bezug zu weiterem Primär- und Sekundärrecht dargestellt (3.).

1. Binnenstruktur des Art. 3 Abs. 3 EUV: Inklusion und Solidarität als Nachklapp zum Binnenmarkt

Betrachtet man unbefangen die Binnenstruktur des Art. 3 Abs. 3 EUV, so kommt zuerst der Binnenmarkt (UAbs. 1), dann das „Soziale“ zwischen Individuen (UAbs. 2) und schließlich die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten (UAbs. 3). Wie gesehen, war noch in Art. 3 Abs. 2 VVE-Entwurf der Binnenmarkt mit dem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts

42 Vertrag über eine Verfassung für Europa der Regierungskonferenz v. 16.12.2004, ABl. 2004 C 310/1 ff.

43 So explizit in den Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates, enthalten im Übermittlungsvermerk des Rates der EU 11177/1/07 REV 1, Anl. I S. 15 f. Nr. 1, 3.

44 Europäischer Rat 2007 (Fn. 43), Anl. I S. 24 Anl. 1 Nr. 3.

gruppiert.⁴⁵ Über die Gründe für die Umgestaltung des Art. 3 Abs. 3 EUV im Vertrag von Lissabon im Vergleich zum VVE-Entwurf kann nur spekuliert werden, eine explizite Erläuterung findet sich in dem Mandat für die Regierungskonferenz 2007 nicht.⁴⁶ Die Entscheidung mag darauf beruhen, dass die souveränitätssensiblen Regelungen des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts von dem bereits weitgehend unionalisierten Binnenmarktprogramm stärker getrennt werden sollten. Gegen diese Deutung spricht allerdings, dass die Regelungen über eine Sozialunion in den weiteren Unterabsätzen ebenfalls weitenteils noch nicht übertragene Kompetenzen der Mitgliedstaaten betreffen. Näher hätte es dann gelegen, das Binnenmarktziel in einem eigenen Absatz zu regeln. Die Eingliederung als Unterabsatz in den Absatz 3 mit seinen weiteren „sozialen“ Integrationszielen könnte deswegen auch als Hinweis auf die Gleichrangigkeit des Binnenmarktprogrammes mit den Zielen der Sozialunion gedeutet werden. Die Frage, ob, wie die Kommentarliteratur behauptet, das Ziel einer Sozialunion das hauptsächliche Ziel eines Binnenmarktes lediglich „flankiert“⁴⁷ oder gleichwertig neben dieses tritt, lässt sich weder historisch noch systematisch erhellen.

2. Bezüge zu Art. 1 und 2 EUV

Art. 1 Abs. 2 EUV bezeichnet den EUV von Lissabon als „neue Stufe bei der Verwirklichung einer immer engeren Union der Völker Europas“. „Immer enger“ wird die Union, wenn nicht allein die wirtschaftliche Integration und der Binnenmarkt im Zentrum des Regelungsinteresses stehen. Dazu tragen die breiteren sozialen Ziele in Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 und 3 EUV dezidiert bei, indem sie neben die Wirtschaftsunion eine Sozialunion als weiteren Horizont des Integrationsprozesses stellen.

Art. 3 Abs. 1 EUV hält fest, Ziel der Union sei es, „ihre Werte ... zu fördern“. Art. 2 S. 1 EUV zählt zu den Werten der Union neben der Menschenwürde auch Freiheit, Demokratie und Gleichheit, auf denen sich die Union gründet. Art. 2 S. 2 EUV sieht Pluralismus, Nichtdiskriminierung, Gleichheit und Toleranz als gesellschaftliche Werte an („sind allen Mitgliedstaaten

45 Soeben vor Fn. 44.

46 Europäischer Rat 2007 (Fn. 43).

47 Nachw. oben Fn. 10.

in einer Gesellschaft gemeinsam“). Dieser Wertebzug erneuert auch das „Fundament der sozialen Integration der EU“.⁴⁸

3. Bezüge zu weiterem Primär- und Sekundärrecht

Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 und 3 EUV weist vielfältige Bezüge zu weiterem Primär- und Sekundärrecht auf, im Bereich des Diskriminierungsschutzes (a), des sozialen Schutzes (b) und bei der Kohäsionspolitik (c). Die Übergänge zwischen diesen Bereichen können fließend sein, sollen hier aber aus heuristischen Zwecken unterschieden werden.

a) Diskriminierungsschutz

Das Antidiskriminierungsrecht der Union ergibt sich insgesamt aus einer Gesamtschau von primär- und sekundärrechtlichen Normierungen. Art. 9 EUV etabliert einen allgemeinen Gleichheitssatz für das Handeln der Union. Neben dem als Gebot der Entgeltgleichheit bereits im EWG-Vertrag verankerten Grundsatz der Gleichstellung von Mann und Frau im Erwerbsleben (damals Art. 119 EWGV, heute Art. 157 AEUV) erhebt der EU-Vertrag die Bekämpfung von Diskriminierung nicht nur zu einem Ziel der Union (Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EUV), sondern etabliert auch Querschnittsklauseln in Art. 8 AEUV für die Gleichstellung von Mann und Frau und in Art. 10 AEUV.

Bereits seit dem Vertrag von Amsterdam enthielt das Unionsrecht eine weitreichende Kompetenzgrundlage für den Erlass antidiskriminierungsrechtlicher Maßnahmen,⁴⁹ heute Art. 19 AEUV. Art. 19 AEUV ermächtigt zu Antidiskriminierungsmaßnahmen „im Rahmen der durch die Verträge auf die Union übertragenen Zuständigkeiten“. Der Kompetenzordnung gemäß reguliert das Unionsrecht den Diskriminierungsschutz im Rahmen eines kapitalistischen Wirtschaftsverständnisses. Antidiskriminierungsrechtliche Regelungen des Unionsrechts, insbesondere die vier EU-Antidiskriminie-

48 Rainer Pitschas, Europäisches Sozial- und Gesundheitsrecht „nach Lissabon“, NZS 2010, 177–183 (178), mit Kritik an einer Konzeption, welche die soziale Integration nur als Nebenprodukt der Wirtschaftsintegration behandeln möchte.

49 Vertrag von Amsterdam zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte, ABl. 1997 C 340/26, Art. 6a EGV 1997.

rungs-Richtlinien,⁵⁰ erfassen deshalb vorwiegend das Arbeits- und allgemeine Zivilrecht.

Die mit dem Vertrag von Lissabon zu rechtlicher Verbindlichkeit erstarke (Art. 6 Abs.1 EUV) Grundrechte-Charta enthält einen eigenen Abschnitt über Gleichheit, der neben einem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 20 GRCh) im Anschluss an Art. 14 EMRK ein umfassendes Diskriminierungsverbot (Art. 21 GRCh) statuiert. Art. 21 der EU-Charta der Grundrechte (GRCh) verbietet für unionales Handeln Diskriminierung „wegen“ verschiedener Kategorien. Im Gleichheitskapitel benennt weiter die Grundrechtecharta die Gleichheit von Frauen und Männern sowie die Rechte der Kinder, älterer Menschen oder von Menschen mit Behinderung als besonders schutzwürdige Personengruppen (Art. 23–26 GRCh).⁵¹

b) „Europäisches Sozialmodell“ und sozialer Schutz

Häufig ist die Rede von einem „europäischen Sozialmodell“, worunter verbreitet auch das Antidiskriminierungsrecht oder Teile davon gefasst wer-

50 RL 2000/43/EG des Rates v. 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, Abl. 2000 L 180/22 – sog. Antirassismus-Richtlinie; RL 2000/78/EG des Rates v. 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, Abl. 2000 L 303/16 – sog. Rahmenrichtlinie Beschäftigung; RL 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.9.2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, Abl. 2002 L 269/15 – sog. Gender-Richtlinie, inzwischen ersetzt durch die RL 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 5.7.2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, Abl. 2006 L 204/23; RL 2004/113/EG des Rates v. 13.12.2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, Abl. 2004 L 373/37 – sog. Gleichbehandlungs-Richtlinie Zivilrecht.

51 Im Einzelnen: Gebot der Gleichheit von Männern und Frauen (Art. 23 GRCh), spezielle Regelungen zu den Rechten von Kindern (Art. 24 GRCh), älteren Menschen (Art. 25 GRCh) und zur Integration von Menschen mit Behinderung (Art. 26 GRCh) sowie grundsätzliches Bekenntnis zur Vielfalt von Kulturen, Religionen und Sprachen (Art. 22 GRCh).

den.⁵² Art. 3 Abs. 3 UAbs. EUV erklärt die Bekämpfung sozialer Ausgrenzung und die Förderung sozialer Gerechtigkeit und sozialen Schutzes sowie die Solidarität zwischen den Generationen zu Zielen der Union. Damit ist nach dem hier vertretenen Verständnis freilich etwas anderes gemeint als der Schutz vor kategorialer Ungleichbehandlung von Personengruppen.⁵³ „Sozialer Schutz“ wird hier verstanden als Absicherung für Wechselfälle des Lebens, für soziale Risiken.⁵⁴ Der EuGH hat bereits unmittelbar nach Einführung der Unionsbürgerschaft im Vertrag von Amsterdam⁵⁵ dem neuen Institut auch soziale Rechte entnommen, die sekundärrechtlich flankiert und primärrechtlich weiter aufgeladen wurden durch das allgemeine Diskriminierungsverbot in Art. 18 Abs. 1 AEUV.⁵⁶

Nach Titel X, Art. 151 ff. AEUV, hat die Union Kompetenzen im Bereich der Sozialpolitik, die allerdings nach Art. 5 Abs. 3 AEUV überwiegend koordinierender Natur sind. Art. 153 AEUV listet die Unionskompetenzen in diesem Bereich auf, die sich weitenteils auf Arbeitnehmendenrechte richten, also akzessorisch zur Binnenarbeitsmarktintegration der EU ausgestaltet sind. Art. 153 Abs. 1 lit. j AEUV verleiht der Union aber auch eine Unterstützungs- und Ergänzungskompetenz allgemein für die Bekämpfung sozialer Ausgrenzung. Unter dem Titel IV Solidarität sieht zudem die GRCh eine Reihe sozialer Grundrechte vor, die zwar wiederum auf Arbeitnehmendenrechte fokussiert sind, jedoch auch darüber hinausgehen mit dem Verbot der Kinderarbeit (Art. 32 GRCh), dem sozialen Schutz des Familienlebens (Art. 33 GRCh) und schließlich der Anerkennung des Rechts auf Zugang zu den Leistungen der sozialen Sicherheit und zu den sozialen Diensten (Art. 34 Abs. 1 GRCh), dem Recht auf Wohnung (Art. 34 Abs. 3

52 Etwa *Terhechte* (Fn. 10), Rn. 51; *Thomas Oppermann/Claus Dieter Classen/Martin Nettesheim*, Europarecht 9. Aufl., München: C.H. Beck 2021, § 30 Rn. 4 u. 8 (auch Gleichstellung von Mann und Frau), 7 (Diskriminierungsverbote); *Eberhard Eichenhofer*, Sozialrecht der Europäischen Union 8. Aufl., Berlin: Erich Schmidt Verlag 2022, § 1 Rn. 1 m. Fn. 3; *Pitschas* (Fn. 48), 180.

53 Zur Frage, ob der sozio-ökonomische Status eine Kategorie des Antidiskriminierungsrechts sein sollte, unten C.II.

54 *Eichenhofer* (Fn. 52), § 1 Rn. 1, zählt auf: „Krankheit und Mutterschaft, Alter und Invalidität, Arbeitsunfall und Berufskrankheiten, Arbeitslosigkeit, die Familienleistungen sowie die Sozialhilfe“. Nach hier vertretenem Verständnis ist Mutterschaft auch Gegenstand des Antidiskriminierungsrechts.

55 S. oben bei Fn. 26.

56 Zum Ganzen *Mangold*, Unionsbürgerschaft (Fn. 14). Da die Regelungen zum sozialen Schutz sehr eng mit der Unionsbürgerschaft zusammenhängen, werden sie hier nicht näher behandelt; ausführlich *Kadelbach*, in diesem Band.

GRCh) und dem Recht auf Zugang zur Gesundheitsvorsorge und auf ärztliche Versorgung (Art. 35 GRCh).

c) Kohäsionspolitik

Soweit Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 EUV der EU das Ziel vorgibt, den „wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalt und die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten“ zu fördern, haben die Mitgliedstaaten ihren Willen, diese Ziele zu erfüllen, in „Protokoll Nr. 28 über den wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalt“⁵⁷ noch einmal explizit wiederholt. Nach Art. 4 Abs. 2 lit. c) AEUV ist der wirtschaftliche, soziale und territoriale Zusammenhalt eine zwischen EU und Mitgliedstaaten geteilte Kompetenz. Ausgeübt wird sie hauptsächlich durch Geldverteilung über die Europäischen Fonds,⁵⁸ die in Titel XVIII, Art. 174 bis 178 AEUV, näher geregelt sind. Verteilt wird das Geld über die verschiedenen Strukturfonds der Union, nämlich den Europäischen Fonds für regionale Entwicklung (EFRE, Art. 175 Abs. 1 S. 3 AEUV), den Europäischen Sozialfonds (ESF, Art. 162–164 AEUV), den Europäischen Ausrichtungs- und Garantiefonds für die Landwirtschaft, Abteilung Ausrichtung (EAGFL – Abt. Ausr.) sowie den Kohäsionsfonds (Art. 177 Abs. 2 AEUV). Bei diesen Fonds handelt es sich um dauerhaft eingerichtete Finanzinstrumente.⁵⁹

Nach Art. 326 Abs. 2 S. 1 AEUV darf eine verstärkte Zusammenarbeit zwischen einzelnen Mitgliedstaaten nicht den wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalt beeinträchtigen, hat allerdings soweit ersichtlich bislang keine Rolle als Schranke gespielt.

Art. 222 Abs. 1 AEUV sieht unter dem Titel VII „Solidaritätsklausel“ eine gegenseitige Einstandspflicht zwischen der Union und den Mitgliedstaaten vor, „wenn ein Mitgliedstaat von einem Terroranschlag, einer Naturkatastrophe oder einer vom Menschen verursachten Katastrophe betroffen ist“.

57 Das Protokoll war bereits im Vertrag von Maastricht enthalten (Fn. 26), 93 f.

58 S. schon oben bei Fn. 38.

59 Bettina Schöndorf-Haubold, Die Strukturfonds der Europäischen Gemeinschaft, München: C.H. Beck 2005, 9.

C. Demokratietheoretische Deutung von Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 und 3 EUV

In diesem Band werden die grundlegenden Verträge der EU, nämlich EUV, AEUV und GRCh, als „Verfassungstexte“ der EU behandelt, auch wenn die Begrifflichkeit „Verfassung“ und alle Verfassungsrhetorik nach den Referenden in den Niederlanden und Frankreich 2005 fallengelassen wurde.⁶⁰ Zum einen, so die zugrundeliegende Überlegung, wurden wesentliche Inhalte der Ergebnisse des Verfassungskonvents übernommen und weiterentwickelt, so dass neben der begrifflichen Neuausrichtung an einer technokratischen Sprache (AEUV) von einer inhaltlichen Zäsur nicht die Rede sein kann. Zum anderen enthalten die drei Verträge alle Elemente traditioneller staatlicher Verfassungstexte, nämlich einen Grundrechtskatalog (GRCh) und organisatorisch-institutionelle ebenso wie materiellrechtliche Bestimmungen (EUV und AEUV).

Diese Europäische Verfassung wird in diesem Beitrag im Anschluss an das von *Ernst-Wolfgang Böckenförde* für den Nationalstaat entwickelte, im Ausgangspunkt liberale Modell als „Rahmenordnung“ verstanden (I.). Die EU lebt, wie insbesondere *Jürgen Habermas*, aber auch das Bundesverfassungsgericht in der Maastricht-Entscheidung argumentieren, von einer doppelten Legitimation durch die Unionsbürger*innen einerseits, die Völker in den demokratischen Mitgliedstaaten andererseits. Dieser Überlegung korrespondieren einerseits normative Erwartungen an demokratische und soziale Inklusion der Einzelnen in „eine“ europäische Gesellschaft (Art. 2 S. 2 EUV), andererseits an Solidarität unter den Mitgliedstaaten (Art. 1 UAbs. 1 und 2 EUV: „Mitgliedstaaten“ und „Völker Europas“), damit diese tatsächlich auf Augenhöhe miteinander interagieren und den zweiten Legitimationsstrang mit Leben erfüllen können. Diese theoretische Rahmung vermag, das in Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 und 3 EUV verfolgte normative Programm einleuchtend zu erklären (II.). Auf dieser Basis kann die Rolle des Antidiskriminierungsrechts theoretisch gefasst werden, das der Sicherstellung demokratischer Inklusion durch Recht dient, nämlich *Ermöglichungsbedingung der Begegnung von Freien und Gleichen in der europäischen Demokratie* ist. Diese ursprünglich für den nationalstaatlichen Kontext entwickelten theoretischen Erwägungen⁶¹ lassen sich auf die supranationale Demokratie der EU übertragen (III.).

60 Siehe oben bei Fn. 43.

61 Ausführlich *Anna Katharina Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, Tübingen: Mohr Siebeck 2021, insbes. 376 ff.

I. Die EU-Verträge als Rahmenordnung

Wenn der EU-Vertrag als Verfassung verstanden wird, was diesem gemeinsamen Band als Prämissen zugrunde liegt, so muss doch die Frage beantwortet werden, wie diese Verfassung theoretisch gefasst wird. In diesem Beitrag soll die Verfassung der EU, wie sie insbesondere in ihrem Primärrecht zum Ausdruck kommt, im Anschluss an *Ernst-Wolfgang Böckenförde* als Rahmenordnung verstanden werden.⁶² Damit besteht zwar die Gefahr, ein für den Nationalstaat entwickeltes Verfassungsverständnis auf die EU zu übertragen.⁶³ Ich meine aber, dass diese Übertragung möglich ist, soweit es um eine spezifische Stoßrichtung von *Böckenfördes* Verfassungskonzeption geht, nämlich eine Verfassung als Rahmen zu verstehen, der politische Konflikte ermöglicht und eine große Bandbreite an politischen Lösungen zulässt, dem politischen Aushandlungsprozess aber eben auch Grenzen setzt. Der konkrete Verfassungstext markiert in diesem Verständnis äußerte Grenzen, die gewissermaßen als Leitplanken, als „Rahmen“ funktionieren. Ein solches Verfassungsverständnis richtet den Blick auf genau diese Grenzen. Bezogen auf die Interpretation der Ziele Inklusion und Solidarität in Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 und 3 EUV geht es also vor allem darum auszuloten, welche Grenzen politischer Entscheidungsfindung diese Regelung setzt und welche Räume für politische Auseinandersetzungen bleiben, die je nach demokratischen Mehrheiten unterschiedlich ausgestaltet werden können.

Mit einer eingängigen Charakterisierung von Verfassungen können diese als eher offen oder eher inhaltlich determiniert beschrieben werden.⁶⁴ Die EU-Verfassung, wie sie in den Primärverträgen und in deren Interpretation durch den EuGH hervortritt, ist wirtschaftspolitisch stark determiniert, in Fragen der sozialen Inklusion und Kohäsion jedoch recht offen und wenig determiniert. Sehr enge Grenzen zieht das Europäische Verfassungsrecht den politischen Aushandlungsprozessen im Bereich der wirtschaftlichen Integration, insbesondere in der fein zisierten Rechtsprechung des

⁶² *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Die Methoden der Verfassungsinterpretation (1976), in: ders., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1991, 53–89 (58).

⁶³ Dazu *Rainer Wahl*, Erklären staatstheoretische Leitbegriffe die Europäische Union?, in: Horst Dreier (Hrsg.), *Rechts- und staatstheoretische Schlüsselbegriffe: Legitimität – Repräsentation – Freiheit*, Berlin: Duncker & Humblot 2005, 113–149.

⁶⁴ *Dieter Grimm*, Types of Constitutions, in: Michel Rosenfeld/András Sajó (Hrsg.), *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press 2012, 98–132 (107 ff.).

EuGH zu den ökonomischen Grundfreiheiten.⁶⁵ Demgegenüber noch immer deutlich weniger Vorgaben machen die Primärverträge hingegen im Bereich der sozialen Inklusion und Solidarität. Diese geringere Determination im Bereich der sozialen Integration lässt zwar Raum für politische Entscheidungen, denn die Unterabsätze 2 und 3 formulieren lediglich Ziele, wenn auch inhaltlich hochambitionierte. Doch ohne eine verbindliche Festlegung genauerer Bedingungen, wann ein etwaiges verfassungsrechtliches Untermaß unterschritten ist, bleiben diese Ziele bloße Programmsätze und könnten dann tatsächlich mit einiger Berechtigung als bloße „Flankierung“ der Binnenmarktlogik bezeichnet werden.⁶⁶

Im Bereich des Antidiskriminierungsrechts ist die Verrechtlichung wie ausgeführt⁶⁷ bereits stark vorangeschritten, nicht jedoch im Bereich der Kohäsionspolitik als sozialem und ökonomischem Ausgleich zwischen den Mitgliedstaaten. Eine stärkere Verrechtlichung auch in diesem Bereich zöge juristische Kontrollmöglichkeiten nach sich. Dass der EuGH die Vorschriften in vergleichbarer Weise mit rechtlicher Wirkung versähe, wie er das etwa bei den ökonomischen Grundfreiheiten getan hat,⁶⁸ steht aktuell nicht zu erwarten. Es fragt sich aber auch, ob das überhaupt wünschenswert wäre. Jedenfalls im Bereich der Kohäsionspolitik geht es vielfach um finanzielle Umverteilungsfragen, bei denen nicht ersichtlich ist, dass sie bei Gerichten besser aufgehoben wären als bei demokratisch genau zu solchen Entscheidungen berufenen Institutionen. In eine solche Richtung verstärkter politischer Entscheidung⁶⁹ weist etwa NextGenerationEU.⁷⁰

65 Deskriptiv bei *Mangold*, Gemeinschaftsrecht (Fn. 9), 86 ff.; Kritik an verfassungsrechtlicher Überdetermination im wirtschaftlichen Bereich bei *Dieter Grimm*, The Democratic Costs of Constitutionalisation: The European Case, *ELJ* 21 (2015), 460–473 (464 ff.); *Fritz W. Scharpf*, De-constitutionalisation and Majority Rule: A Democratic Vision for Europe, *ELJ* 23 (2017), 315–334 (317 ff.); aktuell wieder aufgegriffen bei *Martin Höppner*, Europa-Kolumne: Lässt sich das europäische Demokratiedefizit beheben?, *Merkur* 896 (Jan. 2024), 55 ff.

66 Dazu bereits oben, Fn. 10.

67 S. oben, B.III.3.a.

68 Siehe soeben, Fn. 65.

69 Außerordentliche Tagung des Europäischen Rates am 17., 18., 19., 20. und 21. Juli 2020, Schlussfolgerungen, *EUCO* 10/20 vom 21. Juli 2020.

70 Beschluss (EU, Euratom) 2020/2053 des Rates vom 14. Dezember 2020 über das Eigenmittelsystem der Europäischen Union und zur Aufhebung des Beschlusses 2014/335/EU, *ABl.* 2020 L 424/1, als Grundlage zur Finanzierung des temporären Aufbauinstrumentes „Next Generation EU“ (NGEU): Verordnung (EU) 2021/241 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Februar 2021 zur Einrichtung der Aufbau- und Resilienzfazilität, *ABl.* 2021 L 57/17.

II. Die doppelte Legitimation der EU

Eine doppelte Legitimationsstruktur der EU über die Einzelnen und die Mitgliedstaaten hat bereits das Bundesverfassungsgericht im Maastricht-Urteil 1993 verfassungsrechtlich postuliert.⁷¹ Jürgen Habermas hat diese Idee theoretisch ausgearbeitet als „die Teilung der konstituierenden Gewalt zwischen Unionsbürgern und europäischen Völkern“.⁷² In Art. I-1 Abs. 1 S. 2 VVE-Entwurf fand dieser Gedanke recht deutlichen Ausdruck in den ersten Worten: „Geleitet von dem Willen der *Bürgerinnen und Bürger* und der *Staaten Europas*, ihre Zukunft gemeinsam zu gestalten, begründet diese Verfassung die Europäische Union“ Diese Formulierung findet sich im Vertrag von Lissabon zwar nicht mehr, wo es schlicht heißt: „Durch diesen Vertrag gründen die Hohen Vertragsparteien untereinander eine Europäische Union“ Allerdings gibt es eine von der nationalen Staatsangehörigkeit unterschiedene Unionsbürgerschaft (Art. 9 S. 2 EUV), die zur nationalen Staatsangehörigkeit hinzutritt (Art. 9 S. 3 EUV). Auch Art. 2 S. 2 EUV unterscheidet zwischen den Mitgliedstaaten und „einer“ Gesellschaft. Diese Formulierung ergibt nur Sinn, wenn mit der „einen“ Gesellschaft die europäische Gesellschaft gemeint ist, die neben die mitgliedstaatlichen Gesellschaften tritt. Mit dem Wortlaut der Verträge ist es mithin vereinbar, ja erhellt diesen Wortlaut erst richtig, wenn Habermas ausführt: „Die Bürger sind auf doppelte Weise an der Konstituierung des höherstufigen politischen Gemeinwesens beteiligt, in ihrer Rolle als Unionsbürger und als Angehörige eines der Staatsvölker.“⁷³

Diese doppelte Legitimationsstruktur findet sich wieder in Art. 10 Abs. 2 UAbs. 1 und 2 EUV (Vertretung der Unionsbürger*innen im Europäischen Parlament, Vertretung der Mitgliedstaaten im Europäischen Rat und im Rat der EU). Aber auch Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 und 3 EUV lassen sich so deuten, denn diese beiden Absätze formulieren, so wurde schon herausgearbeitet, Ziele für die soziale und antidiskriminierende Position der Einzelnen (UAbs. 2) und die Rolle der Mitgliedstaaten in ihrem Verhältnis zueinander (UAbs. 3). Im Unterabsatz 2 geht es um Individuen und ihre gesellschaftliche Inklusion, einschließlich sozialer Absicherung und sozio-ökonomischer Inklusion („soziale Gerechtigkeit“). In Unterabsatz 3 geht es um Solidarität (und Zusammenhalt) zwischen den Mitgliedstaaten. Dieser doppelte

71 BVerfGE 89, 155 – Maastricht [1993].

72 Habermas, Krise der Europäischen Union (Fn. 2), 62 ff.

73 Habermas, Krise der Europäischen Union (Fn. 2), 67.

Solidaritäts- und Inklusionsbezug auf Individuen einerseits, Mitgliedstaaten andererseits spiegelt die Struktur doppelter demokratischer Legitimation der EU.

Die doppelte Legitimationsstruktur vermag zu erklären, wie Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 und 3 EUV neben dem Binnenmarktziel in UAbs. 1 stehen: Diese Ziele sind gleichrangig. Die EU ist längst über eine bloße Wirtschaftsgemeinschaft hinausgewachsen und hat sich zu einer supranationalen Demokratie weiterentwickelt, die zweifach legitimiert ist: als europäische Gesellschaft der Unionsbürger*innen und als Union der Mitgliedstaaten.

III. Antidiskriminierungsrecht als demokratische Inklusion durch Recht

Das Augenmerk soll nun auf der Konstituierung der europäischen demokratischen Gesellschaft der Unionsbürger*innen liegen. Denn die Mitgliedstaaten existieren historisch bereits länger, ihre Völker sind als nationalstaatliche Gesellschaften längst konstituiert. Um „eine“ europäische Gesellschaft als deliberative Grundlage der europäischen Demokratie herzustellen, muss größerer Aufwand betrieben werden. Die europäische Demokratie, so eine zentrale These dieses Beitrags, muss mithin die eigenen Gelingensbedingungen regulieren, und sie tut dies mittels Antidiskriminierungsrecht. Mit *Jürgen Habermas* liegt die optimistische Vorstellung zu grunde, dass es möglich ist, die Entwicklung der gesellschaftlichen Verhältnisse durch Recht und Politik zu steuern.⁷⁴ Antidiskriminierungsrecht ist Instrument eines solches Steuerungsansatzes. Es dient der Selbstvergewisserung von demokratischen Gesellschaften über ihre eigenen Teilnahmebedingungen. Prämissen ist dabei, dass demokratische Gesellschaften nicht nur *theoretisch* von idealen Diskursvoraussetzungen ausgehen dürfen, sondern an der tatsächlichen Einlösung dieses Ideals stets weiterzuarbeiten haben: der Verwirklichung auch *tatsächlicher* demokratischer Gleichheit aller Bürger*innen. Gesellschaftliche Zustände sind nichts Vorgegebenes, demokratische Zustände in der Gesellschaft nicht etwas nur zu Erhoffendes, gleichwohl Unbeeinflussbares, sondern etwas stets auch Anzustrebendes.

⁷⁴ *Habermas*, Postnationale Konstellation (Fn. 6), 93: „Der juristische Begriff der Selbstgesetzgebung muß eine politische Dimension gewinnen und zum Begriff einer demokratisch auf sich selbst einwirkenden Gesellschaft erweitert werden.“

Demokratie verweist so verstanden immer auf ein utopisches Morgen,⁷⁵ für das schon heute die Weichen zu stellen sind.

Das Material für derartige Weichenstellung ist das demokratische Recht, konkret das Antidiskriminierungsrecht. Die politische Steuerung gesellschaftlicher Entwicklungen durch demokratische Rechtsetzung ist – bei allen berechtigten Zweifeln, ob diese Steuerung immer gelingt – doch die Grundannahme demokratischer Politik.⁷⁶ In ihren Programmen für die gesellschaftliche Entwicklung unterscheiden sich politische Parteien, in politischen Auseinandersetzungen geht es oft, wenn nicht immer um Vorstellungen davon, wie eine „gute“ Gesellschaft eingerichtet und auf welchem Wege diese herbeizuführen sei. Antidiskriminierungsrecht stellt den Versuch dar, dem Ziel einer inklusiven Gesellschaft näher zu kommen. Reaktiver Schutz vor Diskriminierung muss dabei als Minimalerfordernis gelingender öffentlicher Deliberation verstanden werden, proaktives Gleichstellungsrecht erlaubt, gesellschaftlichen Wandel hin zu höherer Inklusivität auf beschleunigtem Wege zu erreichen, indem Maßnahmen ergriffen werden, um bislang benachteiligte und diskriminierte Personengruppen in allen gesellschaftlichen wie politischen Bereichen stärker partizipieren zu lassen.

Es ist kein Zufall, dass gerade das unionale Antidiskriminierungsrecht wichtige rechtliche Weichen gestellt hat hin zu einem effektiven reaktivem Schutz vor Diskriminierung. Denn dieses unionale Antidiskriminierungsrecht ist ein zentraler Baustein, um jene „eine“ europäische Gesellschaft herzustellen und zu sichern, die Art. 2 S. 2 EUV benennt als Grundlage der Europäischen Union als demokratischer politischer Gemeinschaft. Die europäische Gesellschaft ist von hohem Binnenpluralismus geprägt und muss deshalb besonders darauf bedacht sein, die Funktionsbedingungen für demokratische Deliberation auf europäischer Ebene sicherzustellen.

Das hier vorzustellende theoretische Konzept von Antidiskriminierung versteht die rechtliche Sicherstellung von Schutz vor Diskriminierung als „Ermöglichungsbedingung der demokratischen Begegnung von Freien und

⁷⁵ Aus der Sicht deliberativer Demokratietheorie *Seyla Benhabib*, Ein anderer Universalismus: Einheit und Vielfalt der Menschenrechte, DZPhil 55 (2007), 501–520 (507): „Rechte beziehen sich nicht auf das, was *ist*, sondern auf jene Welt, in der wir vernünftigerweise wünschen *sollten* zu leben.“

⁷⁶ Zur Steuerungsaufgabe des Privatrechts grundlegend *Gerhard Wagner*, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht: Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 206 (2006), 352–476.

Gleichen⁷⁷ in der gesellschaftlichen Sphäre, in der demokratische Deliberation stattfindet und die deswegen untrennbar verknüpft ist mit den Aushandlungsprozessen in den demokratischen Institutionen. Anders als in herkömmlichen Verfassungskonzeptionen von Staat und Gesellschaft, die noch aus dem monarchischen 19. Jahrhundert stammen,⁷⁸ wird in dieser demokratischen Konzeption die gesellschaftliche Sphäre mithin nicht als den politischen Institutionen und insbesondere dem Staat entgegengesetzt betrachtet, sondern weitergedacht als notwendiges Element des demokratisch-politischen Systems. Dieses System wird hier nicht mehr mit dem überkommenen Nationalstaat gleichgesetzt, denn auch die EU ist ein solches demokratisch-politisches System.

Anschaulich beschreibt das „Schleusenmodell“ der Demokratie die Einflüsse öffentlicher Deliberation auf die institutionalisierten politischen Prozesse,⁷⁹ gleich ob sie im Nationalstaat oder auf europäischer Ebene stattfinden. Damit ist eine strukturelle Rückkopplung zwischen dem institutionalen Bereich, in Parlamenten und Verwaltung, und der öffentlichen Meinungsbildung in der Gesellschaft beschrieben. Jede repräsentative Demokratie, auch die europäische, lebt von der kommunikativen Rückbindung an die öffentliche Meinungsbildung, und zwar während der turnusmäßigen Wahlvorgänge zu den Institutionen alle paar Jahre, aber eben auch und wohl vor allem in der Zeit zwischen den Wahlen. Die Vorstellung einer impermeablen Trennung von politischen Institutionen einerseits und Gesellschaft der (Unions)Bürger*innen andererseits kann und soll in dieser Perspektive nicht aufrechterhalten werden, sondern die Wechselbezüglichkeit von Demokratie und Gesellschaft beleuchtet und so die theoretische Verschränkung erhellt werden.

Das hier vorgestellte demokratietheoretische Modell lässt sich übertragen auf supranationale demokratische politische Gemeinschaften wie die Europäische Union und ist zu deren Beschreibung sogar besonders eignet. Der Wortlaut von Art. 2 EUV erlaubt eine solche Interpretation des Verhältnisses von politischen Institutionen und Gesellschaft in der Europäischen

77 Mangold, Demokratische Inklusion (Fn. 61), insbes. 376 ff.

78 Das gilt zu einem nicht geringen Grad auch für das Verständnis von Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit, Opladen: Westdeutscher Verlag 1973, dazu eingehend unten, C.III.4.a.

79 Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1992, 429; Habermas stützt sich in der 4. Aufl. 1994 dabei auf Bernd Peters, Die Integration moderner Gesellschaften, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1993, 9.

Union nicht nur, sondern legt sie nahe. In Satz 1 werden Demokratie und Gleichheit auf eine Ebene gehoben; Satz 2 verdeutlicht die Abhängigkeit „einer [europäischen] Gesellschaft“⁸⁰ von Nichtdiskriminierung als Grundbedingung einer pluralistischen Demokratie. Das Unionsrecht ermächtigt die Einzelnen dazu, Nichtdiskriminierung einzufordern, und legt damit neuerlich die dezentrale Durchsetzung des Unionsrechts in die Hände der Einzelnen.⁸¹ Die Einzelnen kämpfen unmittelbar für ihre eigenen Rechte, konkret das Recht, nicht diskriminiert zu werden wegen der (vermeintlichen oder tatsächlichen⁸²) Zugehörigkeit zu einer kategorial bestimmten Personengruppe. Mittelbar wirken die Einzelnen auf diese Weise zugleich daran mit, eine diskriminierungsfreie demokratische Gesellschaft zu verwirklichen, die wiederum Voraussetzung für das Funktionieren der europäischen Demokratie ist.⁸³

1. Die demokratietheoretische Funktion von Antidiskriminierungsrecht

Die *zentrale These* zum Antidiskriminierungsrecht besagt, dass es die Voraussetzungen von öffentlicher Deliberation in der Demokratie absichert, indem es die Möglichkeit demokratischer Begegnung von Bürger*innen auf Augenhöhe schafft. Antidiskriminierungsrecht hat eine Ermöglichungs-

-
- 80 Gemeint ist *eine* europäische Gesellschaft, die sich von den Gesellschaften der Mitgliedstaaten unterscheidet: „Diese Werte sind allen Mitgliedstaaten in *einer* Gesellschaft gemeinsam [...]“ (Hervorh. AKM).
- 81 Es ist dies der Weg, den *Masing* treffend als Mobilisierung bezeichnet hat: *Johannes Masing*, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, Berlin: Duncker & Humblot 1997; ähnlich *Anna Katharina Mangold/Rainer Wahl*, Das europäisierte deutsche Rechtsschutzkonzept, VERW 48 (2015), 1–28; exemplarische Studie zur Wirkweise der Unionsbürgerschaft im Sozial- und Arbeitsrecht *Mangold*, Unionsbürgerschaft (Fn. 14).
- 82 Die Offenlegung der sozialen Konstruktion von kategorialen Einordnungen ist in der Rechtsprechung des EuGH außergewöhnlich gut gelungen. Es kommt nicht darauf an, ob eine Person tatsächlich einer diskriminierten Personengruppe angehört, um Diskriminierung geltend machen zu können, EuGH, Urteil v. 16.7.2015, Rs. C-83/14, ECLI:EU:C:2015:480, Rn. 56–60 – *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, und auch Diskriminierung qua Assoziation hat der EuGH anerkannt, Urteil v. 17.7.2008, Rs. C-303/06, ECLI:EU:C:2008:415, Rn. 33 – *Coleman*.
- 83 Der EuGH ermöglicht allen Interessierten, diskriminierende Äußerungen rechtlich zu adressieren, unabhängig von eigener Betroffenheit; zu rassistischen Äußerungen: Urteil v. 10.7.2008, Rs. C-54/07, ECLI:EU:C:2008:397 – *Feryn*; zu homophoben Äußerungen Urteil v. 25.4.2013, Rs. C-81/12, ECLI:EU:C:2013:275 – *Asociația ACCEPT*; Urteil v. 23.4.2020, Rs. C-507/18, ECLI:EU:C:2020:289 – *NH v Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*.

funktion, nämlich die Chance auf gleichberechtigte Teilnahme am öffentlichen Diskurs auch jenen zu eröffnen, die aufgrund intentionaler oder struktureller Exklusion mit ihren Positionen und Argumenten bislang nicht gehört wurden.

In der rechtlichen Form reaktiven Diskriminierungsschutzes als Minimalerfordernis und des darüberhinausgehenden proaktiven Gleichstellungsrechts⁸⁴ werden die Voraussetzungen für inklusive öffentliche Deliberation in der Demokratie geschaffen. Auch zwischen Privaten wirkender, privatrechtlicher Diskriminierungsschutz sichert jene bürgerschaftliche Gleichheit, die gleichursprünglich mit der demokratischen Gleichheit der Bürger*innen ist. Von Diskriminierung betroffene Personengruppen müssen vor Diskriminierung geschützt werden, um als gleichberechtigte und gleichrangige Diskursteilnehmer*innen wahrgenommen zu werden und auftreten zu können. Dies ist die Voraussetzung dafür, dass auf eine inklusive Art und Weise über Gleichheit und Ungleichheit öffentlich diskutiert werden kann, ohne dass die wesentlich Betroffenen von vornherein von dieser Diskussion ausgeschlossen sind.

Der reaktive Anspruch auf Nichtdiskriminierung im Privatrecht ist Mindestbedingung der „Anerkennung gleicher kommunikativer Freiheit“. Diese These steht auf den ersten Blick in einem gewissen Spannungsverhältnis zu *Ernst-Wolfgang Böckenfördes* einflussreichem Diktum über das Verhältnis von Staat und Gesellschaft.⁸⁵ Allerdings wird bei einem genaueren zweiten Blick deutlich, dass das Anliegen von *Böckenförde* und die hier vertretene These von dem gleichen Grundverständnis der begrenzten Wirkmacht von Recht ausgehen.⁸⁶ In *Böckenfördes* verfassungstheoretischem Modell geht es vor allem darum, eine freiheitliche Gesellschaft rechtlich abzusichern, aber eben kein Gesinnungsrecht einzuführen. Das ist auch das Anliegen der hier vorgeschlagenen demokratietheoretischen Legitimation von Antidiskriminierungsrecht, die den sachlichen Gehalt von reaktivem Diskriminierungsschutz und proaktivem Gleichstellungsrecht ins Zentrum rückt. Antidiskriminierungsrecht soll von metaphysischem Ballast und übertriebenen Zuschreibungen befreit und als ganz gewöhnliche rechtliche Grenz-

84 Zu dieser Unterscheidung noch unten, D.I.

85 *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation (1967), in: ders., Recht, Staat, Freiheit, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2006, 92–114 (112): „Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann.“ (Hervorh. i. Orig.).

86 Ausführlicher zu *Böckenfördes* Modell unten, C.III.4.

ziehung zwischen erlaubtem und verbotenem (privat)rechtlichen Verhalten kenntlich gemacht werden, die sich strukturell nicht unterscheidet von jenen Grenzziehungen im Wettbewerbsrecht, in denen der rechtliche Diskriminierungsbegriff seine erste Verwendung fand.⁸⁷

Pointiert ausgedrückt lautet die These dieses Beitrags deshalb in Weiterentwicklung von *Habermas* und *Böckenförde*: *Die moderne supranationale Demokratie lebt von kommunikativen Bedingungen, die sie rechtlich sicherstellen muss*. Das angestrebte Ideal ist eine diskriminierungsfreie europäische Gesellschaft, in der sich Bürger*innen als Freie und Gleiche begegnen können. Diesem Zweck dient reaktiver Diskriminierungsschutz. Der reaktive Schutz vor Diskriminierung ist Mindestbedingung öffentlicher Deliberation, ohne deren Gelingen jedoch garantieren zu können.

Demokratietheoretisch kann das rechtliche Gleichheitsversprechen als eine eingebaute reflexive Schleife gedeutet werden, welche die Geltendmachung von und die Vergewisserung über Inklusionsansprüche erlaubt. Damit findet zugleich eine Verschiebung im deliberativen Demokratiemodell statt: von der inhaltlichen Perspektive, auf die *Habermas* das Hauptaugenmerk legt,⁸⁸ hin zu den prozeduralen Bedingungen des öffentlichen Diskurses. Dies ist eine in *Habermas*' Theoriemodell bereits tendenziell angelegte,⁸⁹ aber noch deutlicher herauszustellende Perspektive auf Argumentationsverfahren. Die *Chance* auf Diskursteilnahme muss sichergestellt werden, indem die Diskursvoraussetzungen abgesichert werden.

Habermas' Modell der deliberativen Demokratie ist für eine solche konzeptionelle Erweiterung deswegen besonders geeignet, weil Gleichheit in seinem Modell an drei Stellen von zentraler Bedeutung ist:⁹⁰ (1) als *komunikative Gleichheit*, die auf dem Ideal der fundamentalen Gleichheit aller Diskursteilnehmer*innen beruht; (2) als *moralische Gleichheit*, die in postkonventioneller Moral jedem Individuum gleiche Bedeutung zuspricht und gleiche Achtung zukommen lässt; (3) als *politische Gleichheit*, die in der Gleichursprünglichkeit von öffentlicher und privater Autonomie ein

87 Zum wettbewerbsrechtlichen Diskriminierungsbegriff *Mangold*, Demokratische Inklusion (Fn. 61), 46 ff.

88 Überzeugung durch „die Substanz der Gründe“, potentielle Zustimmungsfähigkeit aller Betroffenen zu Entscheidungen.

89 *Jürgen Habermas*, Kommunikatives Handeln und detranszendentalisierte Vernunft, Leipzig: Reclam 2001, 48 f.

90 Folgende Systematisierung nach *Kenneth Baynes*, Egalität, in: Hauke Brunkhorst/Regina Kreide/Cristina Lafont (Hrsg.), *Habermas-Handbuch*, Heidelberg: Metzler 2009, 307–309 (307).

egalitäres System grundlegender Freiheiten garantiert und allen gleichermaßen eine wirkliche Gelegenheit gibt, sich an jenen Prozessen zu beteiligen, die zur Ausarbeitung der für sie geltenden Gesetze führen, und zwar auch in der öffentlichen Deliberation über diese Gesetze und die Anlässe für sie.

Die unionsrechtlichen Versprechen der demokratischen Gleichheit aller Unionsbürger*innen sind ausgedrückt in Art. 2 S. 1 und 2 EUV (Demokratie und Gleichheit, Nichtdiskriminierung, Gleichheit von Frauen und Männern), Art. 9 S. 1 EUV (Gleichheit der Unionsbürger*innen), Art. 10 Abs. 1 EUV (repräsentative Demokratie) sowie in den Gleichheitsartikeln (Art. 20–26 GRCh) und dem Wahlrecht (Art. 39 Abs. 1 GRCh).

2. Private und öffentliche Autonomie im (europäischen) Antidiskriminierungsrecht

Die „private“ Behandlung einer Person hat Auswirkungen auf ihre „öffentliche“ Position. Private und öffentliche Autonomie sind in einer Demokratie mit *Habermas* gleichherrsprünglich zu denken.⁹¹ Wenn privat die gleichrangige, diskriminierungsfreie Behandlung verweigert wird, wenn also privat Diskriminierung geschieht, so hat dies Auswirkungen auf die öffentliche Autonomie der Betroffenen wie aller anderen Mitglieder dieser Gesellschaft. Es ist nicht möglich, eine Person „nur“ privat zu diskriminieren – jede Diskriminierung hat immer auch eine öffentliche Dimension. Drei Überlegungen führen zu diesem Schluss.

Erstens liegt in jeder Diskriminierung einer einzelnen Person eine Bezugnahme auf und eine performative Mitwirkung an gesellschaftlichen Hierarchien zwischen Personengruppen. Einzelne Personen werden nicht gewissermaßen zufällig diskriminiert, sondern aufgrund der gesellschaftsweiten Kategorisierung von Menschen. Menschen werden auf der Grundlage von kategorialen Unterscheidungen in Gruppen eingeordnet, die nicht gleichrangig nebeneinander, sondern in hierarchischen Verhältnissen zueinander stehen. In jeder Diskriminierungssituation liegt deswegen immer ein Verweis auf die gesellschaftliche Lage, der über die konkret betroffenen Einzelnen hinausweist. Gesellschaftliche Hierarchien und Dominanzverhältnisse werden, bewusst oder unbewusst, durch eine Vielzahl einzelner performativer Handlungen errichtet. Das gilt in besonderem Maße für die Grenzziehungen zwischen „Dazugehörigen“ und „Fremden“, die in

⁹¹ Dazu *Mangold*, Demokratische Inklusion (Fn. 61), 388 ff.

nationalstaatlichen Kontexten eingeübt wurden und in der europäischen Gesellschaft gerade überwunden werden sollen. Auch wenn Einzelne nur für sich handeln wollen, so können sie sich ihrer Einbindung in das gesellschaftliche Gefüge doch in keinem Moment entziehen und wirken an dessen Gestalt und Struktur stets mit. Jede Diskriminierungssituation hat deswegen Bedeutung über den Einzelfall hinaus und betrifft nicht nur die konkret diskriminierenden und diskriminierten Personen, sondern auch alle anderen Mitglieder dieser Gesellschaft. Deswegen gibt es keine „rein“ private Diskriminierung, sondern diese hat immer auch eine öffentliche Dimension.

Zweitens erfolgt Diskriminierung im gesellschaftlichen Bereich „öffentliche“ und nicht „privat“. Wenn im Rahmen des Marktgescchehens oder auf dem Arbeitsmarkt Diskriminierung vorkommt, so handelt es sich mitnichten um ein Geschehen im strikt „privaten“ Bereich. Die Privatrechtsgesellschaft ist selbst Teil der Öffentlichkeit und nicht rein privat, anders als dies noch in der *Laissez-faire*-Politik des 19. Jahrhunderts konzipiert worden war. Den Wandel der Privatrechtsgesellschaft hin zu einem selbst öffentlichen Raum ist längst trefflich beschrieben worden.⁹² Dieser Wandel ist kennzeichnend für die europäische Integration als Wirtschaftsintegration, in der gerade die Ermöglichung von privatautonomem Handeln als Vehikel für ein Zusammenwachsen in Europa genutzt wurde.⁹³ Dies resultierte frühzeitig in einer Verschleifung der Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht im europäischen Gemeinschafts- und später Unionsrecht.⁹⁴ „Privat“ ist nurmehr die Intimsphäre – die Familie hat sich zum Gegenpol der öffentlichen Privatrechtsgesellschaft entwickelt.⁹⁵ „Die“ Privatrechtsgesellschaft ist dagegen nicht schlechthin privat. Vielmehr gibt es in der gesellschaftlichen Sphäre öffentliche Räume, in denen öffentliche Deliberati-

⁹² Jürgen Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1962/1990, 225, prägnant 234; Martin Bullinger, *Öffentliches Recht und Privatrecht*, Stuttgart: Kohlhammer 1968, 69.

⁹³ Mangold, *Gemeinschaftsrecht* (Fn. 9), 44 ff.

⁹⁴ Dazu schon Wassilios Skouris, Der Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Unterscheidung zwischen Privatrecht und Öffentlichem Recht, EuR 1998, 111–129 (128 f.); speziell für die Menschenrechte Isabelle Ley, Drittirkung als Erstwirkung? Die Bedeutung der Unterscheidung zwischen öffentlichem und Privatrecht für die Grundrechtstheorie, ARSP 107 (2022), 412–443 (414 f. und passim).

⁹⁵ Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit* (Fn. 92), 238; Beate Rössler, Der Wert des Privaten, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2001, II, die auf den historischen Wandel des Verständnisses von Privatheit hinweist (15), zu den Semantiken des Privaten (16 ff.); Rössler definiert Privatheit als abhängig von „Zugangskontrolle“ (21).

on unter Privaten stattfindet. Die Bezeichnungen „Privatrecht“ und „Privat-autonomie“ sind insoweit irreführend, als sie suggerieren, privatrechtliche Transaktionen seien immer rein „privat“. Viele *privatrechtliche* Handlungen sind in hohem Maße öffentlich und durch detaillierte Gesetzgebung geregelt. „Privat“ ist das „Privatrecht“ keineswegs, und Gleiches gilt für die „Privatautonomie“. Dies ist ein Baustein zum Verständnis der hohen Bedeutung von Privatrechtsintegration als Integrationsmodus.

Drittens besteht nach dem deliberativen Demokratiemodell ein enger Zusammenhang zwischen der Deliberation unter den Bürger*innen als Privatleuten und den eigentlichen institutionalisierten und formalisierten demokratischen Verfahren. *Habermas* beschreibt diesen Zusammenhang bildlich in seinem „Schleusenmodell der Demokratie“,⁹⁶ demzufolge die öffentlichen Deliberationen unter Privaten über verschiedenste Kanäle die institutionalisierten und formalisierten demokratischen Verfahren informieren, indem sie sie mit Themen und Argumenten versorgen. Umgekehrt wird so eine Anbindung der formalisierten demokratischen Verfahren an die Deliberationen der Bürger*innen auch jenseits von Wahlen sichergestellt. Das gilt auch für die noch unvollständige europäische Öffentlichkeit, die gelegentlich schon sichtbar wird.⁹⁷ Eine Beschreibung, derzufolge moderne repräsentative Demokratie Bürger*innen im Wesentlichen auf ihre turnusmäßige Abstimmung in den jeweiligen Wahlen beschränke, überzeugt nicht, weil auch zwischen Wahlen öffentlich geführte politische Debatten stattfinden. Der deliberative Demokratiebegriff geht infolgedessen weit über die institutionalisierten Verfahren hinaus und begreift gerade die öffentliche Deliberation unter privaten Bürger*innen als essentiellen Bestandteil der demokratischen Selbstorganisation. Es handelt sich also um einen weiten Demokratiebegriff, der auch die Begegnung von Bürger*innen im gesellschaftlichen, insbesondere privatrechtlichen Verkehr als selbst schon demokratisch, jedenfalls aber demokratierelevant begreift.

3. Demokratische Bürgerschaft jenseits des Nationalstaats

Der Status der Bürgerschaft spielt in der deliberativen Demokratietheorie der Nationalstaaten eine Schlüsselrolle. Für eine nationalstaatliche Legiti-

96 *Habermas*, Faktizität und Geltung (Fn. 79), 494.

97 Ein Beispiel ist der vom Europäischen Parlament angestoßene Spitzenkandidatenprozess, der die mitgliedstaatlichen Teilöffentlichkeiten punktuell in eine gesamteuropäische Öffentlichkeit überführt; ein weiteres Beispiel sind europäische Medienportale, die über Vorgänge auf Ebene der EU berichten.

mation von Antidiskriminierungsrecht mag sie als Bezugspunkt dienen, denn die Stellung von privatem *Bourgois* und öffentlicher *Citoyenne* sind untrennbar miteinander verbunden. Doch dies gilt ebenso für die europäische Demokratie in der EU, wie sich exemplarisch in Art. 2 EUV und Art. 10 EUV nachlesen lässt: Nicht nur bekennt sich die Union „zur Wahrung der Menschenrechte“ als Werte, die „allen Mitgliedstaaten in *einer* Gesellschaft gemeinsam sind“, auch beruht die Arbeitsweise der Union auf der repräsentativen Demokratie. Auch die EU ist mithin die Verbindung von Einzelnen in einer demokratischen politischen Gemeinschaft.

Der demokratische Bürgerstatus ist zudem inzwischen unabhängig von einer nationalstaatlichen Staatsangehörigkeit und muss daher nicht länger mit der *Staatsbürgerschaft* gleichgesetzt werden. Demokratischer Bürgerstatus ist folglich nutzbar als theoretischer Anknüpfungspunkt für die Legitimation einer demokratischen Gesellschaft jenseits des Nationalstaats. Ausschlaggebend für diese Aussage sind zwei Erwägungen, eine praktische und eine theoretische:

Erstens begegnen sich Bürger*innen untereinander für gewöhnlich ohne Pass.⁹⁸ In der unmittelbaren Begegnung spielt die Staatsangehörigkeit gar keine Rolle, soweit Argumente ausgetauscht werden. Kommt es zu diskriminierender Behandlung, setzt diese typischerweise nicht an der Staatsangehörigkeit, sondern an Äußerlichkeiten an, etwa dem phänotypischen Erscheinungsbild oder den sprachlichen Fähigkeiten. Diese wiederum lassen aber keinen zwingenden Schluss zu auf die Staatsangehörigkeit, deren Erwerb auch jenen offensteht, die nicht von Geburt bereits die mitgliedstaatliche Staatsangehörigkeit haben oder die nicht der stereotypen Vorstellung einer „autochtonen“ Person entsprechen.

Zweitens müssen jene, die von den Auswirkungen politischer Entscheidungen betroffen sind, auch ein Mitspracherecht in der öffentlichen Deliberation haben, die zu diesen Entscheidungen führen oder sie nachträglich kommentieren. Das umfasst nicht notwendig von vornherein ein Recht auf Beteiligung an den formellen demokratischen Entscheidungsverfahren, etwa Wahlen, aber es legt eine solche Erweiterung doch nachdrücklich nahe,

98 Zweifellos ist es jedoch empirisch so, dass Personen ohne gültige Papiere oder mit prekärem Aufenthaltsstatus sich nicht selbstverständlich in der Öffentlichkeit bewegen können, weil sie Gefahr laufen, kontrolliert und anschließend möglicherweise abgeschoben zu werden; sozialtheoretisch *Cornelia Bohn*, Passregime: Vom Geleitbrief zur Identifikation der Person, in: dies., Inklusion, Exklusion und die Person, Tübingen: UVK 2006, 71 ff.

und zwar im Sinne einer progressiven Inklusion, wie *Anuscheh Farahat* argumentiert hat.⁹⁹ Während das Staatsvolk für *Böckenförde* noch „politische Schicksalsgemeinschaft“ war, wobei sich die Angehörigkeit nach der Staatsangehörigkeit bestimmte,¹⁰⁰ ist mit dem Sondervotum der Richterin *Ute Sacksofsky* im Urteil des Bremischen Staatsgerichtshofes festzuhalten:

„Ausgangspunkt des Demokratieprinzips ist der die demokratische Ordnung tragende Gedanke der Selbstbestimmung. Diejenigen, die der Staatsgewalt unterworfen sind, sollen als Gleiche und Freie mitbestimmen dürfen, wie diese Staatsgewalt ausgeübt wird. Es entspricht daher dem Ideal des Demokratieprinzips, möglichst alle, die von der Ausübung der Staatsgewalt betroffen sind, an der Konstituierung dieser Staatsgewalt zu beteiligen.“¹⁰¹

In einer inklusiven demokratietheoretischen Perspektive ist deswegen die Teilnahme am öffentlichen Diskurs auch für noch nicht Staatsangehörige zu schützen. Es war gerade die Mitgliedschaft in der EU, die eine Erweiterung des Kommunalwahlrechts auf Unionsbürger*innen in allen Mitgliedstaaten erforderlich machte.¹⁰² Die öffentliche Deliberation in der europäischen Gesellschaft, welche das Grundelement der demokratischen

99 *Anuscheh Farahat*, Progressive Inklusion, Berlin: Springer 2014, 211, zur Debatte um das Ausländerwahlrecht in Deutschland; aus der Rspr. BremStGH, Urteil v. 31.1.2014, St 1/13, DVBl. 2014, 1248–1253 (ohne Sondervotum), abw. Sondervotum der Richterin *Ute Sacksofsky* (bei juris Rn. 75 ff.); ablehnend zum Urteil der Mehrheit *Hans Meyer*, Grundgesetzliche Demokratie und Wahlrecht für ansässige Nichtdeutsche, JZ 2016, 121–127 (126): „offener Volksbegriff“, „deutliches Überwiegen des Demokratiepostulats gegenüber dem Nationalstaatspostulat“. Für eine theoretische Einordnung der älteren Debatten über Staatsangehörigkeit als Konstruktion von „uns“ und „den Anderen“ noch immer instruktiv *Günter Frankenberg*, The Grammar of Exclusion: The Legal Construction of the Own and the Other in German Law, Tel Aviv U. Stud. L. 15 (2000), 9–22.

100 *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Demokratieprinzip als Verfassungsprinzip (1987), in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1991, 289–378 (311).

101 BremStGH, 31.1.2014, St 1/13, juris, abw. Sondervotum der Richterin *Ute Sacksofsky*, Rn. 94.

102 Red. Mitt., Vorschlag der EG-Kommission zum Kommunalwahlrecht für Ausländer, NVwZ 1989, 341–343; *Brun-Otto Bryde*, Ausländerwahlrecht und grundgesetzliche Demokratie, JZ 1989, 257–262; *Ralf Jahn/Norbert K. Riedel*, Gemeinschaftsrechtliche Einführung eines kommunalen Wahlrechts für EG-Ausländer und innerstaatliches Verfassungsrecht, NVwZ 1989, 716–722. Die weitreichenden Konsequenzen dieser Veränderung wurden in der zeitgenössischen deutschen verfassungsrechtlichen Literatur durchaus kritisch wahrgenommen: *Hans A. Stöcker*, Nationales Selbstbestimmungsrecht und Ausländerwahlrecht, Der Staat 28 (1989), 71–90.

Legitimation von Antidiskriminierungsrecht zwischen Privaten darstellt, ist offen für alle Teilnahmewilligen, ganz unabhängig von Staatsangehörigkeiten – Argumente können von allen vorgebracht werden, auch jenen, die (noch) nicht die Unionsbürgerschaft haben.

4. Das Verhältnis von Gesellschaft und öffentlicher Gewalt in der EU

Das Ideal einer gleichberechtigten Bürgerschaft ist freilich kein Selbstläufer, wie das wirkmächtige und häufig vorbildlich wirkende US-amerikanische Antidiskriminierungsrecht eindrucksvoll belegt.¹⁰³ In der Gesellschaft¹⁰⁴ begegnen sich gerade nicht gleichrangige Marktteilnehmer*innen, deren Geld und Leistungsbereitschaft je gleich viel wert sind. Das Grundmodell von Diskriminierung unter Privaten sieht vielmehr so aus: Eine zahlungswillige oder leistungsbereite Person wird *nicht* als Vertragspartner*in gewählt oder nur zu schlechteren Konditionen, weil sie – bewusst oder unbewusst – einer bestimmten Gruppe zugeordnet wird. Die individuelle Person wird verdeckt von ihren kollektiv determinierten vermeintlichen Eigenschaften qua Gruppenzugehörigkeit. Das (Vor)Urteil über die Gruppe ersetzt das Urteil über die konkrete Person – wobei solche (Vor)Urteile vielfach nicht einmal bewusst sind, sondern als „normal“ unhinterfragt gelten. Gleichzeitig hindern diskriminierende Strukturen die Einzelnen an der freien Entfaltung ihrer Potentiale, weil gesellschaftliche Erwartungen und verfestigte Einrichtungen gruppenbasierte Kategorisierungen perpetuieren.

Eine solche gruppenbasierte Behandlung von Einzelnen ist für eine im Vergleich zu Nationalstaaten noch immer junge europäische politische Gemeinschaft ein besonderes Problem. Freizügigkeit war seit Beginn der europäischen Einigung ein wesentlicher Pfeiler des Integrationsprogrammes.¹⁰⁵ Die aus dieser Freizügigkeit resultierende Öffnung der mitgliedstaatlichen Gesellschaften und die Durchmischung der Bevölkerungen ließ es früh notwendig erscheinen, Schutzvorkehrungen gegen Diskrimi-

103 Dazu *Mangold*, Demokratische Inklusion (Fn. 61), 97 ff.

104 Dieser Abschnitt unternimmt es, das in der Einleitung zu diesem Band von *Bast/von Bogdandy* gemachte Deutungsangebot der „europäischen Gesellschaft“ anzureichern und auszuloten.

105 Bereits die Ratsverordnungen Nr. 3, eine der ersten sekundärrechtlichen Regelungen in der EWG überhaupt, befasste sich mit der sozialen Absicherung von Arbeitnehmer*innen, die von ihrer Freizügigkeit Gebrauch gemacht hatten: Verordnung Nr. 3 über die Soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer, ABl. 1958 Nr. 30/561.

nierung der Einzelnen zu ergreifen. Verbote der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit sind eine Wurzel des unionalen Antidiskriminierungsrechts.¹⁰⁶ Das Antidiskriminierungsrecht der EU ist inzwischen zwar viel ausdifferenzierter und umfasst wesentlich mehr Schutzkategorien,¹⁰⁷ ist aber immer noch dem ursprünglichen Gedanken verpflichtet, nämlich der Gewährleistung der „Entwicklung demokratischer und toleranter Gesellschaften“, wie exemplarisch die Antirassismus-Richtlinie aus dem Jahr 2000 formuliert.¹⁰⁸

Diese Formulierung gilt es nun, im Lichte des Lissabon-Vertrages und der Neufassung des Art. 2 S. 2 EUV weiterzudenken: Nicht mehr nur in den mitgliedstaatlichen Gesellschaften wird Demokratie und Toleranz gewährleistet, sondern auch in der „einen“, der europäischen Gesellschaft. Um dieses Ziel zu erreichen, muss Diskriminierungsschutz unter Privaten gewährleistet werden. Während an die (mitgliedstaatliche oder unionale) öffentliche Gewalt gerichtete reaktive Diskriminierungsverbote in einem demokratischen politischen Gemeinwesen aus theoretischer Sicht trivial anmuten, weil alle Bürger*innen Anspruch auf Gleichbehandlung durch die öffentliche Gewalt haben,¹⁰⁹ ist die These vom demokratisch gebotenen Antidiskriminierungsrecht auch unter Privaten keineswegs trivial.

Diese *These* lautet, dass auch an Private gerichtetes Antidiskriminierungsrecht Ermöglichungsbedingung für die demokratische Begegnung von Gleichen und Freien ist, präziser: reaktiver Diskriminierungsschutz muss als Minimalbedingung angesehen werden.

Voraussetzungsvoll ist diese These nicht zuletzt, weil sie ein Wechselverhältnis von demokratischem Gemeinwesen und privater Gesellschaft impliziert, das auf den ersten Blick im Widerspruch zu liberalen Konzeptionen zu stehen scheint. Exemplarisch für solche liberale Konzeptionen wird hier *Ernst-Wolfgang Böckenförde* herangezogen, dessen berühmte Formu-

106 Mangold, Demokratische Inklusion (Fn. 61), 70 ff.

107 Siehe die Aufzählung oben bei Fn. 50.

108 RL 2000/43/EG, Erwgr. 12.

109 In der praktischen Umsetzung ist es leider oftmals nicht trivial, dass die öffentlichen Gewalten nicht diskriminieren dürfen; ein Beispiel dafür ist *racial profiling*, siehe dazu Alexander Tischbirek, Diskriminierungsschutz in der Gefahrenabwehr, in: Anna Katharina Mangold/Mehrdad Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, Tübingen: Mohr Siebeck 2022, § 26. Zu Kontrollen im Grenzbereich: EuGH, Urteil v. 22.6.2010, verb. Rs. C-188/10 und C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363 – *Melki und Abdei*; Urteil v. 21.6.2017, Rs. C-9/16, ECLI:EU:C:2017:483 – *Strafverfahren gegen A*; EGMR, Urteil v. 18.10.2022, Nr. 215/19 – *Basu/Deutschland*; EGMR, Urteil v. 18.10.2022, Nr. 34085/17 – *Muhammad/Spanien*.

lierung über die „bindenden Kräfte“ im freiheitlichen, säkularisierten Staat als sogenanntes *Böckenförde-Diktum* verfassungstheoretisch und in der politischen Theorie Bezugspunkt vieler Diskussionen geworden ist, auch im internationalen Raum.¹¹⁰ Das *Böckenförde-Diktum* soll zunächst entfaltet werden, und zwar gerade mit Blick auf seine Übertragbarkeit auf die EU (a). Im zweiten Schritt sollen *Böckenfördes* Erwägungen zum Verhältnis von Gesellschaft und öffentlicher Gewalt auf das Antidiskriminierungsrecht in der EU bezogen werden (b).

a) Das *Böckenförde-Diktum*: Übertragbar auf die EU

Böckenförde formulierte:

„Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann. Das ist das große Wagnis, das er, um der Freiheit willen, eingegangen ist. Als freiheitlicher Staat kann er einerseits nur bestehen, wenn sich die Freiheit, die er seinen Bürgern gewährt, von innen her, aus der moralischen Substanz des einzelnen und der Homogenität der Gesellschaft reguliert. Andererseits kann er diese inneren Regulierungs Kräfte nicht von sich aus, das heißt mit den Mitteln des Rechtszwanges und autoritativen Gebots, zu garantieren suchen, ohne seine Freiheitlichkeit aufzugeben und – auf säkularisierter Ebene – in jenen Totalitätsanspruch zurückfallen, aus dem er in den konfessionellen Bürgerkriegen herausgeführt hat.“¹¹¹

Böckenförde fordert hier „Homogenität“ unter den Bürger*innen zum Funktionieren des demokratischen Gemeinwesens. Er reagiert damit auf die offensichtliche Unterschiedlichkeit der Einzelnen in einer Gesellschaft, aber auch auf die widerstreitenden Interessenlagen der verschiedenen Gruppen. Seine Frage lautet: Wie kann aus der Vielheit eine Einheit werden? Welches Verhältnis der Einzelnen und der Gruppen konstituiert sie als Teil eines Gemeinwesens? Was bewirkt die Kohäsion des Ganzen? Diese

¹¹⁰ Mirjam Künkler/Tine Stein (Hrsg.), Special Issue „Ernst-Wolfgang Böckenförde Beyond Germany“, GLJ 19 (2018); siehe auch die englische Übersetzung von *Böckenfördes* Werken: *Mirjam Künkler/Tine Stein*, Constitutional and Political Theory, Oxford: Oxford University Press 2017; *Mirjam Künkler/Tine Stein*, Religion Law and Democracy, Oxford: Oxford University Press 2020.

¹¹¹ *Böckenförde*, Entstehung des Staates (Fn. 85), 112.

Fragen können ohne Weiteres vom Nationalstaat abstrahiert und auf die EU übertragen werden.

In seinem Säkularisierungsaufsatz stellt *Böckenförde* die „moralische[...] Substanz des einzelnen und [die] Homogenität der Gesellschaft“ dem Staat gegenüber, er trennt die beiden kategorisch voneinander. Zur Begründung führt er aus, dass die Erzwingung des für den Zusammenhalt des Staates Notwendigen in der Gesellschaft letztlich zu einem Totalitätsanspruch führe.¹¹² Die zugrundeliegende Erwägung ist also, dass Freiheitlichkeit verloren geht, wenn bestimmte Voraussetzungen der Kohäsion von der politischen Gemeinschaft gefordert werden, die sich aber allenfalls erzwingen ließen – was zum Verlust der Freiheit führte. Diese Überlegungen finden sich ähnlich wieder in weiteren Beiträgen *Böckenfördes*.¹¹³ Er legt in diesen Texten eine grundsätzliche Skepsis an den Tag gegenüber rechtlicher Regulierung der Gesellschaft, die er als dem Staat gegenüberstehend und ihm vorausliegend konzipiert, wenn er auch semantisch feinsinnig stets von der „Unterscheidung anstatt von der Trennung von Staat und Gesellschaft“ schreibt.¹¹⁴

Als sogenanntes *Böckenförde*-Diktum hat die zitierte Passage ein Eigenleben weit über ihren historischen Kontext hinaus entfaltet,¹¹⁵ in welchem sie 1967 formuliert worden war – nämlich als Aufforderung an die deutschen Katholiken, sich dem demokratischen neuen Staat nicht zu verschließen, sondern das säkularisierte Gemeinwesen anzunehmen und von innen, aus der Gesellschaft heraus mit Werten zu füllen.¹¹⁶ Ein etwas späterer Text von 1972 zeigt, dass für *Böckenförde* aus seinem zutiefst liberalen Verständnis

112 *Böckenförde* bezieht dies auf die Glaubenskriege, aber genauso gut lässt sich eine Verbindungsline zum NS-Regime ziehen mit seiner Totalität des Staates mit seinem umfassenden Regelungszugriff der Staatsorgane auf alle gesellschaftlichen Bereiche; begriffsprägend *Ernst Forsthoff*, Der totale Staat, Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt 1933.

113 *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Rechtsstaat der Gegenwart (1972), in: ders., Recht, Staat, Freiheit, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2006, 209–243; ders., Ist Demokratie eine notwendige Forderung der Menschenrechte?, in: ders., Staat, Nation, Europa, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1999, 246–255 (251).

114 *Böckenförde*, Unterscheidung von Staat und Gesellschaft (Fn. 78), 8.

115 Vgl. die Nachweise bei *Gabriele Britz*, Kulturelle Rechte und Verfassung, Tübingen: Mohr Siebeck 2000, 221.

116 Vergleicht den Appel am Ende des Aufsatzes, *Böckenförde*, Entstehung des Staates (Fn. 85), 113; später klärend in einem Interview: *Christian Rath und Ernst-Wolfgang Böckenförde*, „Freiheit ist ansteckend“, Interview mit Ernst-Wolfgang Böckenförde über den moralischen Zusammenhalt im modernen Staat, taz v. 23.9.2009.

auch über die konkrete Frage des Verhältnisses von Staat und Religion hinaus die Grundidee eines gesellschaftlichen Konsenses fundamental ist, die aber nicht vom Staat herbeigeführt werden kann und darf. An der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft sei trotz aller geäußerten Kritik festzuhalten, denn wenn Staat und Gesellschaft identisch würden, bedeute dies „zugleich das Ende der individuellen Freiheit“.¹¹⁷ Freilich stünden Staat und Gesellschaft in einem Verhältnis gegenseitiger Einwirkung.¹¹⁸ Da nun Staat und Gesellschaft wechselseitig aufeinander Einfluss nähmen, gehe es je nach Ordnungsmodell um „Art, Ausgestaltung und Begrenzung“ dieser Einflussnahmen.¹¹⁹

In seiner Auseinandersetzung mit dem (nationalstaatlichen) Demokratieprinzip fragt *Böckenförde* nach der Sinnhaftigkeit der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, wenn doch alle staatliche Entscheidungsgewalt am Ende ohnehin auf das Volk zurückführen muss.¹²⁰ Die Unterscheidung, so erklärt er, diene „der Sicherung der individuellen und gesellschaftlichen Freiheit“,¹²¹ die auf diese Weise „doppelt genährt“ würde: als „politische[.] Freiheit der Mitwirkung und Mitbeteiligung“ einerseits, als „bürgerliche Freiheit der einzelnen und der Gesellschaft vor bestimmten Zugriffen der Staatsgewalt überhaupt“.¹²² Das demokratische Prinzip sei in der Verfassung konstituiert und eingebunden „um der doppelten Sicherheit der Freiheit willen“.¹²³ *Böckenförde* begreift politische Willensbildung „als ein[en] Vorgang aus der vom Staat unterschiedenen und seinem Zugriff prinzipiell vorausliegenden Gesellschaft auf den Staat hin“, weshalb sich staatliche Einflussnahmen auf ebendiesen Prozess verböten, „die über die Gewährleistung der Rahmenordnung als notwendige Regelung gesellschaftlicher Freiheit hinausgehen“.¹²⁴

Dabei stellt sich unweigerlich die Frage, was noch erlaubte „Gewährleistung der Rahmenordnung“ und was schon „staatliche Einflussnahme“ ist. *Böckenförde* wirft sie mit Blick auf den modernen Sozialstaat in aller Dringlichkeit auf, weil der Staat Verantwortung „für die Erhaltung gesellschaftlicher Freiheit“ trage, wozu „in einem gewissen Umfang auch die

117 *Böckenförde*, Bedeutung der Unterscheidung (Fn. 113), 221.

118 *Böckenförde*, Bedeutung der Unterscheidung (Fn. 113), 223.

119 *Böckenförde*, Bedeutung der Unterscheidung (Fn. 113), 224.

120 *Böckenförde*, Bedeutung der Unterscheidung (Fn. 113), 225.

121 *Böckenförde*, Bedeutung der Unterscheidung (Fn. 113), 225.

122 Alle Zitate bei *Böckenförde*, Bedeutung der Unterscheidung (Fn. 113), 226.

123 *Böckenförde*, Bedeutung der Unterscheidung (Fn. 113), 226.

124 *Böckenförde*, Bedeutung der Unterscheidung (Fn. 113), 228.

Garantie der sozialen Voraussetzungen zur Realisierung der Freiheit“ gehörte.¹²⁵ Sozialstaatliche Interventionen „in gesellschaftliche Abläufe hinein“ begreift *Böckenförde* (im Anschluss an *Lorenz von Stein*¹²⁶) nicht etwa als Gegenprinzip zur Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, „sondern ihr sachlich und systematisch zugeordnet“¹²⁷ Ein „klassenmäßiger Antagonismus“ entstehe durch die Garantie des Eigentums, der Staat darf „als Garant der freien Gesellschaft“ die Gesellschaft „vor ihrer Selbstzerstörung ... bewahren“ – *Böckenförde* betont die „Dialektik von Freiheit und Gleichheit“ und die Entgegenwirkung durch sozialstaatliches Handeln,¹²⁸ und, wie auch sonst öfter,¹²⁹ dass „Rechtsstaat und Sozialstaat nebengeordnet, d.h. in ein Verhältnis rechtlicher Verknüpfung und wechselseitiger Begrenzung gestellt“ sind.¹³⁰ Der von *Böckenförde* verwendete Gleichheitsbegriff bezieht sich in diesem Zusammenhang also wesentlich auf sozio-ökonomische (Un)Gleichheit – eine bemerkenswerte Parallele zu *Habermas*’ Lesart im neunten Kapitel von Faktizität und Geltung.¹³¹

b) Antidiskriminierungsrecht als Gewährleistung der demokratischen Rahmenordnung

Böckenförde verlagert die Voraussetzungen des Gelingens demokratischer Staatlichkeit in eine (gesellschaftliche) Sphäre, die dem staatlichen Zugriff entzogen sein müsse, um die Freiheit zu wahren. Jeder Staat bedürfe „eines einigenden Bandes, einer homogenitätsverbürgenden Kraft, die ... den Staat als politische Einheit erhält“¹³² Mehr noch als im Nationalstaat stellt

125 Alle Zitate bei *Böckenförde*, Bedeutung der Unterscheidung (Fn. 113), 232 (Hervorh. i. Orig.).

126 *Lorenz von Stein*, Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich, 1921 (1850), 1. *Lorenz von Stein* ist für *Böckenförde*’s Denken insgesamt von besonderer Bedeutung, vgl. *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Lorenz von Stein als Theoretiker der Bewegung von Staat und Gesellschaft zum Sozialstaat, in: ders., Recht, Staat, Freiheit, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2006, 170–208; zu *von Stein* mit aufz. Nachw. *Utz Schliesky*, Lorenz von Stein – Leben und Werk, JZ 2015, 1121–1130.

127 *Böckenförde*, Bedeutung der Unterscheidung (Fn. 113), 233.

128 *Böckenförde*, Bedeutung der Unterscheidung (Fn. 113), 234.

129 *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs (1969), in: ders., Recht, Staat, Freiheit, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 2006, 143–169 (158).

130 *Böckenförde*, Bedeutung der Unterscheidung (Fn. 113), 236.

131 Vgl. dazu *Mangold*, Demokratische Inklusion (Fn. 61), 363 ff.

132 *Böckenförde*, Rechtsstaatsbegriff (Fn. 129), 169.

sich für die supranationale politische Gemeinschaft der EU die Frage, was dieses „einigende Band“ sind kann. Anders als *Böckenförde*, der das Recht nicht als geeignetes Mittel sah, dieses einigende Band herzustellen, ist die These dieses Beitrags, dass reaktives Antidiskriminierungsrecht Minimalbedingung für das Funktionieren einer Demokratie ist. Es reicht also nicht, die Hände in den Schoß zu legen und auf die notwendige „Homogenität“ einfach zu warten.

Mit antidiskriminierungsrechtlichen Fragen oder gruppenbasierten Diskriminierungsphänomenen hat sich *Böckenförde* nur selten befasst.¹³³ Klar ist jedoch, dass er den Begriff der „Homogenität“ nicht in einem völkischen Sinne versteht, sondern damit ein positives *politisches* Verständnis des konkreten Staates (bzw. politischen Gemeinwesens) meint. 1987 beschreibt er dieses Verständnis als „demokratisches Ethos“,¹³⁴ nämlich „bestimmte Verhaltensweisen des Menschen ..., die die Ordnungsidee und die Prinzipien der Demokratie in sich aufnehmen und praktisch realisieren“¹³⁵ Dazu zählen für *Böckenförde* „die Achtung des anderen in seiner politischen Überzeugung“, „Offenheit für Argumentation und Kompromiß“, „Loyalität gegenüber Mehrheitsentscheidungen“, die „vorbehaltlose Anerkennung der demokratischen Spielregeln“¹³⁶ Das erste Element, die Achtung des Anderen, beschränkt *Böckenförde* auf die Andersartigkeit der politischen Über-

133 In seinen späteren Lebensjahren hatte sich *Böckenförde* mit der Religionsfreiheit für den Islam befasst und Gleichbehandlung aller Religionen gefordert, sich also insbesondere klar gegen Privilegierungen für den christlichen Glauben ausgesprochen, *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Anm. zum Urteil des BVerwG v. 24.6.2004 (Kopftuchverbot), JZ 2004, II181–II184 (II183): „Wird das Verbot nur beim islamischen Kopftuch durchgesetzt, beim Nonnenhabit aber darüber hinweggesehen, würde es sich um eine gleichheitswidrige Diskriminierung handeln, die das Vorgehen allein gegen die Kopftuchträgerin rechtswidrig macht.“; ähnlich schon *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, „Kopftuchstreit“ auf dem richtigen Weg?, NJW 2001, 723–728 (727): „Die bloße Auffälligkeit des Kopftuchs, weil bislang ungewohnt, und sein Bezug zum Islam können aber nicht zu einer anderen Beurteilung führen [als bei Kippa und Habit]“; als „Gleichbehandlung[sgesbot] der Religionen“ deutet *Ute Sacksofsky*, Religiöse Freiheit als Gefahr?, VVDStRL 68 (2009), 7–46 (22), die „expliziten Diskriminierungsverbote[] der Art. 3 Abs. 3 Satz 1, Art. 33 Abs. 3 und Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 und 2 WRV“.

134 Ethos als Gesinnung spielt in *Böckenfördes* Denken immer wieder eine Rolle, vgl. etwa *Böckenförde*, Unterscheidung von Staat und Gesellschaft (Fn. 78), 26, zum „Amtsethos“, oder aus jüngerer Zeit *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Vom Ethos der Juristen, Berlin: Duncker & Humblot 2010.

135 Aktualisiert wiederabgedruckt *Böckenförde*, Demokratieprinzip (Fn. 100), 359, Zitat; ähnlich *Rath und Böckenförde* (Fn. 116).

136 *Böckenförde*, Demokratieprinzip (Fn. 100), 359.

zeugung, mit jener wahrgenommenen Andersartigkeit, auf die Antidiskriminierungsrecht reagiert, befasst er sich nicht.

Wie *Habermas* so geht auch *Böckenförde* recht unreflektiert vom männlichen weißen Normalbürger aus und macht sich über die fundamentalen Ausschlüsse aufgrund gesellschaftlicher Kategorisierungsprozesse kaum weitere Gedanken. In seinen Ausführungen zu den unterschiedlichen Arten demokratischer Legitimation geht *Böckenförde* auf den aus seiner Sicht vorausliegenden¹³⁷ Prozess öffentlicher Deliberation folgerichtig nicht ein.¹³⁸ Ein demokratisches Gemeinwesen kann nach *Böckenförde* nur *hoffen*, dass sich in der Gesellschaft auf nicht näher determinierbare Weise genug Unterstützung für das demokratische Gemeinwesen ergibt, ohne dass die politische Einheit selbst diese Unterstützung generieren oder garantieren könnte.

Einem solchen Verständnis von Liberalismus ist zuzugeben, dass es bei Vorgaben zur Verfasstheit der Gesellschaft um eine Frage des rechten Maßes geht. Weder könnte ein apodiktischer Ausschluss rechtlicher Regelungen zum Diskriminierungsschutz überzeugen (den *Böckenförde* vermutlich auch nie vertreten hätte, hätte er sich dazu geäußert), noch dürften diskriminierungsrechtliche Vorgaben für intime und höchstpersönliche Entscheidungen der Bürger*innen gemacht werden, wie etwa bei der Partnerwahl, weil sonst ein Übergriff in privateste Bereiche stattfände. Es ist allerdings möglich, *Böckenförde* konstruktiv weiterzudenken¹³⁹ und Antidiskriminierungsrecht, besonders reaktiven Diskriminierungsschutz, als „Gewährleistung der Rahmenordnung“ in seinem Sinne zu verstehen, die es überhaupt erst ermöglicht, dass sich demokratische Prozesse in der Gesellschaft entfalten.

137 *Böckenförde*, Unterscheidung von Staat und Gesellschaft (Fn. 78), 17.

138 *Böckenförde*, Demokratieprinzip (Fn. 100), 299.

139 Anknüpfungspunkt bei *Böckenförde*, Unterscheidung von Staat und Gesellschaft (Fn. 78), 27: „Die in Freiheit gesetzte und in Freiheit sich entfaltende Gesellschaft ist, zumal als dynamische Erwerbs- und Industriegesellschaft, keineswegs selbstregulativ. Sie bedarf einer übergreifenden, entscheidungsbefugten Organisation, die [...] in der Lage ist, [...] eine verbindliche Rahmenordnung für das Handeln der Gesellschaft und in der Gesellschaft festzulegen, fortzuentwickeln und in ihrer Geltung zu gewährleisten.“

5. Antidiskriminierungsrecht als demokratisches Ethos der EU

Böckenfördes Plädoyer für ein demokratisches Ethos kann als Versuch verstanden werden, die Unterscheidung von Rechts- und Gesinnungskontrolle menschlichen Handelns aufrechtzuerhalten, die so zentral ist für die Verbürgung von Freiheit. Eine bestimmte Gesinnung, das Ethos des Handelns, darf nicht dem Zugriff staatlicher Regulierung unterliegen, soll nicht die Freiheitlichkeit des Einzelnen verloren gehen. Zwar kann Rechtsgehorsam eingefordert werden, auch durch die Sanktionsgewalt des Justizsystems, doch die innere Haltung muss den Einzelnen überlassen bleiben. Das ist eine Denkweise, die jener von *Habermas* sehr ähnlich ist, der für legitimes demokratisches Recht fordert, dass es „lediglich legales Verhalten zur Pflicht machen, also die Motive für regelkonformes Verhalten freistellen“ muss.¹⁴⁰ Warum die Gesetze befolgt werden, muss also offenbleiben, doch wenn die Bedingungen eines rationalen Diskurses eingehalten sind, bleibt die Möglichkeit erhalten, dass die Einzelnen sich aus Überzeugung von der Legitimität der Gesetze rechtstreu verhalten.¹⁴¹

Weder bei reaktivem Diskriminierungsschutz noch bei proaktivem Gleichstellungsrecht handelt es sich nun aber um Vorgaben dazu, wie die Einzelnen übereinander denken sollen (im Sinne eines *Gesinnungsrechts*), sondern wie sie einander in einer demokratischen Gesellschaft behandeln dürfen (im Sinne einer Grenzziehung zwischen erlaubtem und verbotenem *Verhalten*). Selbstverständlich müssen derartige Vorgaben an den grundrechtlich eingeräumten Freiheiten gemessen werden. Nicht einleuchtend wäre es aber, Diskriminierungsschutz generell als Zugriff auf eine von rechtlicher Regelung völlig freigestellte, also *vorrechtliche* Sphäre zu begreifen.

Die europäische Gesellschaft ist stark ausdifferenziert. Dabei hat auch die sichtbare Pluralität in „der“ Gesellschaft deutlich zugenommen – gerade die vom europäischen Integrationsprozess beförderte Freizügigkeit hat die mitgliedstaatlichen Gesellschaften diversifiziert. In teils jahrzehntelangen sozialen Kämpfen haben sich viele Bevölkerungsgruppen ihren Weg aus dem Schatten in das Licht der öffentlichen Wahrnehmung gebahnt: Frauen

140 *Habermas*, Faktizität und Geltung (Fn. 79), 111, Hervorh. i. Orig.

141 *Habermas*, Faktizität und Geltung (Fn. 79), 154: „Denn legitimes Recht ist nur mit einem Modus des Rechtszwangs vereinbar, der die rationalen Motive für Rechtsgehorsam nicht zerstört. [...] Rechtsnormen müssen aus Einsicht befolgt werden können.“

stehen sichtbarer im öffentlichen Raum, People of Colour, Schwule und Lesben, Inter*sexuelle, Trans*gender, Menschen mit Behinderung, religiöse Minderheiten – sie alle fordern selbstbewusst ihre Anerkennung als Gleiche ein, ohne dass sie ihre Eigenheiten verleugnen oder gar aufgeben wollen. Ein Mittel dieser Forderung ist seit Langem das europäische Antidiskriminierungsrecht.¹⁴²

„Gleichheit ohne Angleichung“ ist eine treffende Beschreibung von *Ute Gerhard*, um die gesellschaftliche Pluralität der demokratischen Gegenwart zu beschreiben.¹⁴³ Gleichheit kann eingefordert werden, ohne dass ihre Gewährung eine Anpassung an ein „Normalmodell“ erforderlich machen würde – und ohne dass damit gleich die Gefahr eines Zerfalls der demokratischen Gemeinschaft einherginge. „In Vielfalt geeint“, so ließe sich das schon teilweise verwirklichte, aber noch weiter zu befördernde gesellschaftliche Motto ebenfalls beschreiben – und das ist das Motto der EU.¹⁴⁴

D. Dogmatische Schlüsselfragen

Das unionale Antidiskriminierungsrecht hat sich zu einem Referenzgebiet des europäischen Integrationsrechts entwickelt und ist dogmatisch inzwischen ausgesprochen fein differenziert (I.). Eine Kategorie freilich ist ausgespart, nämlich sozio-ökonomische Ungleichheit, was in einer kapitalistischen Rechtsordnung wie der unionalen kaum anders zu erwarten ist (II.). Die Kohäsionspolitik der EU ist bislang kaum dogmatisch durchformt; allerdings ist interessant, welche Umverteilungseffekte sie zeitigt und ob Geld allein die Ungleichheit zwischen den Mitgliedstaaten verringern können (III.).

142 Aus historischer Perspektive *Christiane Reinecke*, Anti-Diskriminierung: Zur transnationalen Konfliktgeschichte einer gesellschaftlichen Norm, *Mittelweg* 36 (2024), 50–68.

143 *Ute Gerhard*, Gleichheit ohne Angleichung, München: C.H. Beck 1990.

144 Es fand sich in der Präambel des VVE-Entwurfs und auch in Art. I-8 Abs. 3 VVE-Entwurf als Leitspruch der EU; dazu *Andreas Voßkuhle*, „In Vielfalt geeint“ – eine „Ode an die Quadratur des Kreises“, *Eur* 2023, 127–136.

I. Dogmatische Figuren des EU-Antidiskriminierungsrecht: Reaktiver Diskriminierungsschutz und proaktives Gleichstellungsrecht

Homogenität als „einigendes Band“ ist in demokratischen Gesellschaften wie gesehen eine immer prekäre Voraussetzung des politischen Lebens. Je stärker divergierende Überzeugungen hervortreten, desto wichtiger wird es, individuelle Lebensformen zu ermöglichen und zu schützen gegen Diskriminierung, indem die Mindestbedingungen der diskursiven Begegnung auf Augenhöhe sichergestellt werden.¹⁴⁵ Dies vor allem ist die Aufgabe von rechtlichem Diskriminierungsschutz. Das Ziel einer inklusiven europäischen Gesellschaft mag niemals völlig zu erreichen sein, ist aber demokratisch anzustreben. Dieses Ziel darf und muss mittels rechtlicher Vorgaben herbeigeführt werden, ohne dass deswegen sogleich die Gefahr drohte, dieses Antidiskriminierungsrecht rege totalitär die gesellschaftliche Sphäre. In diesem Sinne kann Antidiskriminierungsrecht als *Gewährleistung der demokratischen Rahmenordnung* verstanden werden.

Antidiskriminierungsrecht, so mein Vorschlag zur dogmatischen Strukturierung dieses Rechtsgebiets,¹⁴⁶ umfasst zwei distinkte Teilbereiche: reaktive Diskriminierungsverbote und proaktives Gleichstellungsrecht (1.). Während reaktiver Diskriminierungsschutz bereits stark dogmatisch durchformt ist (2.), gilt das für das proaktive Gleichstellungsrecht weit weniger (3.).

1. Die Unterscheidung von reaktiven Diskriminierungsverboten und proaktivem Gleichstellungsrecht

Im Antidiskriminierungsrecht sind zwei Teilbereiche zu unterscheiden: einerseits reaktive Diskriminierungsverbote, andererseits proaktive Gleichstellungsvorschriften.¹⁴⁷ Während reaktive Diskriminierungsverbote an vergangene Tatbestände anknüpfen und bestimmte Verhaltensweisen und

145 Siehe oben C.III.

146 Überblick: Anna Katharina Mangold/Mehrdad Payandeh (Hrsg.), *Handbuch Antidiskriminierungsrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2022.

147 Damit folge ich einer Unterscheidung von *Ute Sacksofsky*, *Das Grundrecht auf Gleichberechtigung*, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos 1996, *passim*, deutlich 201 m. Fn. 431, 273, sowie *Sandra Fredman*, *Discrimination Law*, 2. Aufl., Oxford: Oxford University Press 2011, 230 und *passim*; *dies.*, *Changing the Norm: Positive Duties in Equal Treatment Legislation*, *MJ* 12 (2005), 369–398; *dies.*, *Breaking the Mold: Equality as a Proactive Duty*, *Am. J. Comp. L.* 60 (2012), 265–288.

Handlungsfolgen sanktionieren, ist proaktives Gleichstellungsrecht darauf angelegt, transformativ zu wirken und bessere Partizipationschancen für historisch benachteiligte Personengruppen aktiv herbeizuführen. Die beiden Ausprägungen des Antidiskriminierungsrechts unterscheiden sich also in ihren Wirkungsrichtungen: Diskriminierungsverbote wirken reaktiv-sanktionierend und knüpfen an in der Vergangenheit liegendes Tun oder Unterlassen von Einzelnen an. Gleichstellungsrecht soll dagegen proaktiv-transformierend für die Zukunft wirken. Diskriminierungsverbote untersagen in erster Linie Einzelnen Diskriminierung. Gleichstellungsrechtliche Vorgaben verpflichten dagegen zu einem positivem Tun, nämlich zur Förderung bestimmter Personengruppen, um eine Änderung der gesellschaftlichen Strukturen herbeizuführen. Diskriminierungsverbote sollen – wie gesetzliche Verbote immer – selbstverständlich präventiv wirken, also von vornherein verhindern, dass eine Diskriminierungssituation entsteht und damit ebenfalls dafür sorgen, dass sich die Bedingungen für bislang diskriminierte Personengruppen dauerhaft verbessert.¹⁴⁸ Würden diese Personengruppen nicht mehr diskriminiert, wäre dies zweifellos bereits ein Fortschritt. Prävention ist allerdings nicht proaktiv.

Reaktiver Diskriminierungsschutz verbietet unmittelbare und mittelbare Diskriminierung¹⁴⁹ sowie jede Form der Belästigung, insbesondere sexuelle. Das proaktive Gleichstellungsrecht¹⁵⁰ kennt eine große Vielzahl von Fördermaßnahmen; besonders umstritten sind Bevorzugungsregeln, etwa Quotenvorgaben zugunsten bislang benachteiligter Personengruppen. Manche Maßnahmen entziehen sich eindeutiger Systematisierung, weil sie sowohl reaktive als auch proaktive Elemente aufweisen; das gilt für bestimmte Interpretationen des Verbots mittelbarer Diskriminierung, vor allem aber für die Figur der angemessenen Vorkehrungen (*reasonable accommodation*).¹⁵¹

148 In diesem Sinne beschreibt *Gerlinde Wisskirchen*, Mittelbare Diskriminierung von Frauen im Erwerbsleben, Berlin: Duncker & Humblot 1994, 44, die mittelbare Diskriminierung als „zukunftsgerichtet“: Sie vermittele aber „zunächst nur eine Umverteilung von Chancen“.

149 *Ute Sackofsky*, Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung, in: Mangold/Payandeh (Fn. 146), § 14.

150 Überblick bei *Margarete Schuler-Harms*, Positive Maßnahmen, in: Mangold/Payandeh (Fn. 146), § 16.

151 Grundlegend *Theresa Degener*, Angemessene Vorkehrungen, in: Mangold/Payandeh (Fn. 146), § 15.

2. Reaktiver Diskriminierungsschutz

Reaktiver Diskriminierungsschutz ist gekennzeichnet durch den Bezug auf antidiskriminierungsrechtliche Kategorien (a) und kennt ausdifferenzierte dogmatische Figuren, unter denen das Verbot mittelbarer Diskriminierung besondere Erwähnung verdient (b). Antidiskriminierungsrechts kann *spill over*-Effekte zeitigen und in dem unionalen Kompetenzzugriff entzogene Bereiche hineinwirken, wie das Beispiel des Religionsverfassungsrechts zeigt (c).

a) Kategorien des Antidiskriminierungsrechts

Anknüpfend an Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EUV geht es bei Antidiskriminierungsrecht um die Bekämpfung von Diskriminierungen und die Gleichstellung von Frauen und Männern. Diskriminierung wird hier verstanden als eine bestimmte Form von gruppenbezogener Ungleichbehandlung.¹⁵² Der Diskriminierungsbegriff erfasst dabei „diejenigen Ungleichbehandlungen, die jemanden ausgrenzen oder herabsetzen, also solche, die geeignet sind, eine Person als Menschen zweiter Klasse erscheinen zu lassen“¹⁵³ und zwar gerade aufgrund der (vermeintlichen) Zugehörigkeit zu einer Gruppe.

Diskriminierung und Gleichheit hängen also eng zusammen: Diskriminierung ist die Verweigerung der Gleichbehandlung wegen der tatsächlichen oder vermeintlichen Zugehörigkeit zu einer kategorial bestimmten Personengruppe.¹⁵⁴ Zentral für Diskriminierung ist mithin die kategorisierende Einordnung von Menschen in unterschiedliche Gruppen, wobei diese Gruppen ihrerseits in hierarchischen Verhältnissen zueinander stehen. Die Unterscheidung anhand von Kategorien fußt darauf, dass eine Ausprägung als dominierend gegenüber den anderen Ausprägungen einer Kategorie konstruiert wird. Die Unterscheidung zwischen verschiedenen

152 Ausführlicher *Mangold*, Demokratische Inklusion (Fn. 61), 5–7.

153 Im Anschluss an *Ute Sacksofsky*, Diskriminierung und Gleichheit: aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in: Susanne Opfermann (Hrsg.), *Unrechtserfahrungen: Geschlechtergerechtigkeit in Gesellschaft, Recht und Literatur*, Sulzbach a.T.: Ulrike Helmer Verlag 2007, 31–51 (31).

154 *Susanne Baer*, Das Kategorienproblem und die Herausbildung eines postkategorialen Antidiskriminierungsrechts, in: in: *Mangold/Payandeh* (Fn. 146), § 5; *Mangold*, Demokratische Inklusion (Fn. 61), 305 ff.

Ausprägungen einer Kategorie erfolgt dabei so, dass nur die nicht dominanten Ausprägungen überhaupt hervorgehoben, also aktiv markiert werden.¹⁵⁵

b) Dogmatische Figuren des reaktiven Antidiskriminierungsrechts,
insbesondere mittelbare Diskriminierung

Seinen Ausgangspunkt findet das reaktive Antidiskriminierungsrecht im Verbot der unmittelbaren Diskriminierung. Dieses verbietet die weniger günstige Behandlung einer Person in einer vergleichbaren Situation mit einer – konkreten oder hypothetischen – anderen Person wegen eines geschützten Grundes.¹⁵⁶ Rasch stellte sich heraus, dass diese einfache Form des Diskriminierungsverbotes zu Umgehungen einlud und Diskriminierte mit Beweisproblemen konfrontierte.

Der EuGH griff deshalb die Rechtsfigur des Verbots der mittelbaren Diskriminierung¹⁵⁷ auf, erfunden vom US Supreme Court,¹⁵⁸ und entwickelte sie weiter. In dieser Rezeption übernahmen das britische und das irische Recht eine Vermittlungsrolle.¹⁵⁹ Über das Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit¹⁶⁰ entwickelte sich dann die antidiskriminierungsrechtliche Rechtsprechung des EuGH.¹⁶¹ Die seit 1957 in Art. 119

155 Menschen haben also kein Geschlecht, solange sie männlich sind; das Geschlecht wird erst thematisierungsbedürftig bei nicht-männlichen Menschen; ausführlicher zum Ganzen *Mangold*, Demokratische Inklusion (Fn. 61), 319 ff.

156 Ausführlicher *Mangold*, Demokratische Inklusion (Fn. 61), 232 ff.

157 Zur Entwicklung im *case law* des EuGH *Christa Tobler*, Indirect Discrimination: A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination Under EC Law, Cambridge: Intersentia 2005, 101, Überblick 102 f.; auch *Mangold*, Demokratische Inklusion (Fn. 61), 241 ff.

158 US Supreme Court, *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971), abgedruckt bei *Wisskirchen* (Fn. 148), 184.

159 Zu diesen Vorläufern *Tobler* (Fn. 157); *Wisskirchen* (Fn. 148), 52; Vereinigtes Königreich: *Sex Discrimination Act* 1975 ch. 65, Sec. 1 (1); Irland: *Equal Employment Act* No. 16 of 1977, Sec. 2.

160 Für die Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 48 EWGV: EuGH, Urteil v. 15.10.1969, Rs. 15/69, ECLI:EU:C:1969:46, Rn. 6 f. – *Ugliola*: Anrechnung von Wehrdienstzeiten als mittelbare Bevorzugung der eigenen Staatsangehörigen, wenn Wehrdienstzeiten von Wanderarbeitnehmern nicht angerechnet werden; Urteil v. 12.2.1974, Rs. 152/73, ECLI:EU:C:1974:13, Rn. 11 – *Sotgiu*: Anknüpfung einer Regelung an den Wohnsitz kann eine mittelbare Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit sein.

161 Zur Entgeltgleichheit für Frauen und Männer in Art. 119 EWGV: EuGH, Urteil v. 7.6.1972, Rs. 20/71, ECLI:EU:C:1972:48, Rn. 4/7 und 11/13 – *Sabbatini*: Auslandszuschlag für Beamt*innen der EWG, der nach Eheschließung nur noch jenen

EWGV angeordnete Entgeltgleichheit für Frauen und Männer entfaltete der EuGH im Laufe der 1970er und 1980er Jahre.¹⁶²

Dabei lassen sich drei Dimensionen des Verbots mittelbarer Diskriminierung unterscheiden:

Erstens verhindert das Verbot mittelbarer Diskriminierung die Umgehung des Verbots unmittelbarer Diskriminierung, wenn statt der verbotenen Kategorie ein unverdächtiges, neutrales Stellvertretertatbestandsmerkmal gewählt wird, das faktisch aber denselben Personenkreis betrifft, der zuvor bereits benachteiligt wurde. Ein solcher Verdacht lag in der *Rs. Jenkins* des EuGH nahe, wenn just mit der Einführung des Sex Discrimination Act 1975 das Differenzierungskriterium vom Geschlecht auf die Wochenarbeitsstunden verlagert wurde.¹⁶³

Zweitens hilft die Beweislastverleichterung bei Beweisschwierigkeiten.¹⁶⁴ In dem Moment, wenn unmittelbare Diskriminierung verboten wird, bleibt nurmehr der Blick auf die Ergebnisse interner Entscheidungsprozesse – etwa den völligen Mangel von Schwarzen oder Frauen in Verwaltungs- oder Führungspositionen. Eine intentionale Benachteiligung wäre kaum jemals nachweisbar. Der Anschein einer diskriminierenden Praxis überwälzt in dieser Situation den Nachweis dafür, dass alles mit rechten Dingen zugegangen ist, auf die potentiell Diskriminierenden als grundsätzlich beweisnähere Partei.

Drittens kann das Verbot mittelbarer Diskriminierung weitreichendes transformatorisches Potential entfalten, wenn keine Intention und keine

bekannt wird, die als „Familenvorstand“ fungieren, benachteiligt mittelbar wegen des Geschlechts; zu einem Parallelfall in den USA US Supreme Court, *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973).

162 Leitentscheidungen zur mittelbaren Diskriminierung in Auslegung von Art. II 9 EWGV: EuGH, *Defrenne II* (Fn. 24), Rn. 16/20: „unmittelbare, offene Diskriminierungen“ und „mittelbare, versteckte Diskriminierungen“; Urteil v. 31.3.1981, Rs. 96/80, ECLI:EU:C:1981:80, Rn. 13/15 – *Jenkins*: Teilzeitkräfte erhielten geringere Löhne als Vollzeitkräfte, was eine indirekte Diskriminierung wegen des Geschlechts darstellen kann, wenn ganz überwiegend Frauen als Teilzeitkräfte arbeiten; Urteil v. 13.5.1986, Rs. 170/84, ECLI:EU:C:1986:204, Rn. 29 und 31 (Zitat) – *Bilka*: betriebliche Altersvorsorge nur für Vollzeit-, nicht aber für Teilzeitarbeitskräfte als mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts, „wenn diese Maßnahme wesentlich mehr Frauen als Männer trifft, es sei denn, das Unternehmen legt dar, daß diese Maßnahme auf Faktoren beruht, die objektiv gerechtfertigt sind und nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben.“

163 EuGH, *Jenkins* (Fn. 162).

164 Robert Rebhahn/Christoph Kietabl, Mittelbare Diskriminierung und Kausalität, RW 1 (2010), 373–396; *Wisskirchen* (Fn. 148), 40.

Kausalität mehr gefordert, sondern ein materiales Gleichheitsverständnis zugrundegelegt wird.¹⁶⁵ Denn dann wird es mit dieser dogmatischen Figur möglich, unreflektierte stereotype Vorstellungen und Bias anzugreifen sowie – und vor allem – strukturelle Diskriminierungslagen, die auf einer bestimmten historisch etablierten Einrichtung der Gesellschaft beruhen.¹⁶⁶ Der Blick auf die korrelierenden Folgen lässt die unterschiedlichen Ausgangslagen verschiedener Personengruppen in der Gesellschaft sichtbar werden und hält Entscheidungsträger*innen an, Maßnahmen von vornherein daraufhin zu untersuchen, ob sie ungleiche Betroffenheiten in verschiedenen Personengruppen auslösen.¹⁶⁷

c) Anwendungsbereich des unionalen Antidiskriminierungsrechts und spill over-Effekte

Die sekundärrechtlichen Richtlinien prägen das unionale Antidiskriminierung der Europäischen Union in besonderem Maße.¹⁶⁸ Sie erfassen unterschiedliche Diskriminierungskategorien und haben unterschiedliche Anwendungsbereiche. Die Antirassismus-Richtlinie 2000/43/EG ist beschränkt auf Diskriminierungen wegen der „Rasse“ oder ethnischen Herkunft, beansprucht dafür aber Anwendbarkeit im gesamten öffentlichen wie privaten Bereich, auf Beschäftigungsverhältnisse, den sozialen Bereich, das Bildungswesen sowie die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen. Die Rahmenrichtlinie 2000/78/EG erfasst mehr Diskriminierungskategorien, ist dafür jedoch auf Beschäftigung und Beruf beschränkt. Die Gender-Richtlinie 2006/54/EG erfasst ausschließlich geschlechtsspezifische Diskriminierungen und ist anwendbar auf den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen. Die Gleichbehandlungs-Richtlinie Zivilrecht 2004/113/EG verbietet nur geschlechtsspezifische Diskriminierung beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen.

Die Antidiskriminierungsrichtlinien konkretisieren die primärrechtlichen Vorgaben und füllen Handlungsspielräume aus,¹⁶⁹ sind dafür ihrer-

165 Ebenso klar *Dagmar Schiek*, § 3, in: dies. (Hrsg.), AGG, München: Sellier 2007, Rn. 21.

166 Ebenso *Wisskirchen* (Fn. 148), 41.

167 Allgemein: *Schiek* (Fn. 165), Rn. 22; für das Arbeitsrecht: *Wisskirchen* (Fn. 148), 42.

168 Zu diesen schon oben Fn. 50.

169 EuGH, Urteil v. 8.9.2011, verb. Rs. C-297/10 und C-298/10, ECLI:EU:C:2011:560, Rn. 34 – *Hennigs und Mai*.

seits im Lichte des Primärrechts und insbesondere der Unionsgrundrechte auszulegen.¹⁷⁰ Sie müssen zudem mit den Unionsgrundrechten im Einklang stehen, wie der EuGH im Fall *Test-Achats* zur Gender-Richtlinie urteilte, als er eine vorgesehene versicherungsspezifische Ausnahme vom Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen für mit Art. 21 und Art. 23 GRCh unvereinbar erklärte.¹⁷¹

Der EuGH hatte bereits vor Inkrafttreten der Charta der Grundrechte der Europäischen Union anerkannt, dass Gleichheit und Nichtdiskriminierung zu den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts gehören.¹⁷² Der allgemeine Einschränkungsvorbehalt des Art. 52 Abs. 1 GRCh findet auch auf Art. 21 GRCh Anwendung.¹⁷³ In seiner neueren Rechtsprechung betont der EuGH, Art. 21 GRCh verleihe Einzelnen ein subjektives Recht, das sie in einem Rechtsstreit geltend machen könnten, und stellt dann – durchaus kryptisch – fest, Art. 21 GRCh verbiete Diskriminierungen auch dann, wenn sie aus Verträgen zwischen Privatpersonen resultierten.¹⁷⁴

In manchen Bereichen ist das aus föderalen Rechtsordnungen allgemein bekannte Phänomen des „spill over“¹⁷⁵ für antidiskriminierungsrechtliche Regelungen zu beobachten. Kompetenzen lassen sich nur in der Theorie klar voneinander trennen. In der Praxis gibt es hingegen vielfältige Überschneidungsbereiche, das gilt – vielleicht in besonderem Maße – für das Antidiskriminierungsrecht. Solche Bereiche sind beispielsweise das Familienrecht, das nach wie vor mitgliedstaatliche Kompetenz ist, in dem die Rechtsprechung des EuGH aber etwa Schutz vor Diskriminierung von

170 Ausführlich Wolfgang Däubler/Thorsten Beck, in: dies. (Hrsg.), AGG, 5. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2022, Einleitung Rn. 80 ff.

171 EuGH, Urteil v. 1.3.2011, Rs. C-236/09, ECLI:EU:C:2011:100, Rn. 15 ff. – *Test-Achats*.

172 EuGH, Urteil v. 3.5.2007, Rs. C-303/05, ECLI:EU:C:2007:261, Rn. 45 f. – *Advocaten voor de Wereld*.

173 EuGH, Urteil v. 29.4.2015, Rs. C-528/13, ECLI:EU:C:2015:288, Rn. 51 ff. – *Léger*.

174 EuGH, Urteil v. 17.4.2018, Rs. C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257, Rn. 77 – *Egenberger*; Urteil v. 11.9.2018, Rs. C-68/17, ECLI:EU:C:2018:696, Rn. 69 – *IR v JQ*; Urteil v. 22.1.2019, Rs. C-193/17, ECLI:EU:C:2019:43, Rn. 76 f. – *Cresco*; darin lässt sich die Andeutung einer unmittelbaren Wirkung des primärrechtlichen Diskriminierungsverbotes sehen, so etwa *Friedemann Kainer*, Rückkehr der unmittelbar-horizontalen Grundrechtswirkung aus Luxemburg?, NZA 2018, 894–900.

175 Zu den Abgrenzungsproblemen gerade aus einem deutschen Kompetenzverständnis prägnant *Franz C. Mayer*, § 33: Kompetenzverteilung, in: Wolfgang Kahl/Markus Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. II: Grundstrukturen des europäischen und internationalen Verwaltungsrechts, Heidelberg: C.F. Müller 2021, Rn. 38 f.

queeren Personen¹⁷⁶ und Regenbogenfamilien gewährt,¹⁷⁷ oder das Religionsverfassungsrecht,¹⁷⁸ einschließlich der Fälle zu Kopftuchverboten¹⁷⁹. Hier kollidieren nationalstaatliche Kompetenzen, etwa für das Familienrecht oder für das nationale Religionsverfassungsrecht (Art. 17 AEUV), mit dem Regelungsanspruch für das Antidiskriminierungsrecht. Dies sind notorische Unruheherde für das Verhältnis von Mitgliedstaaten und Union, die Rechtsprechung des EuGH sorgt hier häufig für großes Aufsehen. Ein „one size fits all“-Ansatz ist nicht auszumachen und sollte angesichts der Disparität der betroffenen Rechtsgebiete auch nicht erwartet werden. Das Antidiskriminierungsrecht erweist sich als Querschnittsmaterie mit Auswirkungen auf viele Rechtsgebiete.

3. Proaktives Gleichstellungsrecht

Bei gleichstellungsrechtlichen Maßnahmen geht es darum, die bestehenden Verhältnisse rasch zu verändern. Hier wird nicht abgewartet, dass unter

-
- 176 Sexuelle Orientierung: EuGH, Urteil v. 1.4.2008, Rs. C-267/06, ECLI:EU:C:2008:179 – *Maruko*; Urteil v. 10.5.2011, Rs. C-147/08, ECLI:EU:C:2011:286 – *Römer*; Urteil v. 12.12.2013, Rs. C-267/12, ECLI:EU:C:2013:823 – *Hay*; Urteil v. 12.1.2023, Rs. C-356/21, ECLI:EU:C:2023:9 – *JK v TP*; Transidentität: Urteil v. 30.4.1996, Rs. C-13/94, ECLI:EU:C:1996:170 – *P v S and Cornwall County Council*; Urteil v. 7.1.2004, Rs. C-117/01, ECLI:EU:C:2004:7 – *K.B. v National Health Service Pensions Agency and Secretary of State for Health*; Urteil v. 27.4.2006, Rs. C-423/04, ECLI:EU:C:2006:256 – *Sarah Margaret Richards v Secretary of State for Work and Pensions*.
- 177 Anerkennung von queeren Ehegatten: EuGH, Urteil v. 5.6.2018, Rs. C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385 – *Coman*; Urteil v. 26.6.2018, Rs. C-451/16, ECLI:EU:C:2018:492 – *MB v Secretary of State for Work and Pensions*; Geburtsurkunde für Kind gleichgeschlechtlicher Eltern: Urteil v. 14.12.2021, Rs. C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008 – *VMA*; Beschluss v. 24.6.2022, Rs. C-2/21, ECLI:EU:C:2022:502 – *Rzecznik Praw Obywatelskich and K.S. and Others*.
- 178 EuGH, *Egenberger* (Fn. 174); *IR v JQ* (Fn. 174); zur Gemengelage *Anna Katharina Mangold*, Diskriminierungsschutz im kirchlichen Arbeitsrecht oder die Quadratur des Kreises, in: Isabelle Ley/Tine Stein/Georg Essen (Hrsg.), *Semper Reformanda: Das Verhältnis von Staat und Religionsgemeinschaften auf dem Prüfstand*, Freiburg i.B.: Herder 2023, 219–235; allgemein bei *Christian Walter/Kathrin Tremml*, Religion und Weltanschauung als Diskriminierungskategorien, in: *Mangold/Payandeh* (Fn. 146), § 8.
- 179 EuGH, Urteil v. 14.3.2017, Rs. C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203 – *Achbita*; Urteil v. 14.3.2017, Rs. C-188/15, ECLI:EU:C:2017:204 – *Bougnaoui*; Urteil v. 15.7.2021, Rs. C-804/18 und C-341/19, ECLI:EU:C:2021:594 – *WABE e.V. und MH Müller Handels GmbH*; Urteil v. 28.11.2023, C-148/22, ECLI:EU:C:2023:924 – *OP v Commune d'Ans*.

Bedingungen von Nichtdiskriminierung allmählich auch jene ihre Potentiale voll ausschöpfen können, die bislang diskriminiert wurden. Gleichstellungsmaßnahmen sind insoweit „ungeduldig“, als sie nicht darauf warten, dass die gesellschaftlichen Machtverhältnisse sich irgendwann schon von selbst ändern werden, sondern den Wandel aktiv und schnell anzustoßen trachten.

Der EuGH hat sich in einer Reihe von Urteilen zu Quotenregelungen einigermaßen wankelmütig erwiesen.¹⁸⁰ Im Urteil *Kalanke* über eine bremische Quotenregelung war zunächst offen geblieben, ob Ergebnisgleichheit ein europarechtlich grundsätzlich unzulässiges Ziel sei.¹⁸¹ Das Urteil *Marschall* stellte zu einer nordrhein-westfälischen Regelung klar, dass neben Chancengleichheit auch Ergebnisgleichheit ein an sich zulässiges Ziel sei, hielt aber Bevorzugungsregeln für nur eingeschränkt zulässig.¹⁸² Im Urteil *Badeck* zu Promotionsstellen in Hessen hielt das Gericht eine Quotenregelung aufrecht, die den gleichen Prozentsatz für Doktorandinnen vorsah wie jener an Absolventinnen.¹⁸³ Für Professorinnen allerdings sei eine Besetzung ohne direkten Qualifikationsvergleich unzulässig, so der EuGH in dem schwedischen Fall *Abrahamson*.¹⁸⁴ Darüberhinaus ist das Gleichstellungsrecht nicht Gegenstand dogmatischer Bearbeitung, was vor allem an seiner Disparität liegt.

II. Sozio-ökonomischer Status als Schutzkategorie im Antidiskriminierungsrecht?

Sozio-ökonomische Ungleichheit von Einzelnen fällt von vornherein heraus aus dem Anwendungsfeld des EU-Antidiskriminierungsrechts. *Alexander Somek* kritisiert deswegen die EU-Antidiskriminierungspolitik und bemängelt, anschließend an eine generelle Kritik europäischer Sozialpolitik, dass das unionale Antidiskriminierungsrecht nicht darauf ausge-

¹⁸⁰ Zum Ganzen *Dagmar Schiek*, in: dies. (Hrsg.), AGG, München: Sellier 2007, § 5 Rn. 6.

¹⁸¹ EuGH, Urteil v. 17.10.1995, Rs. C-450/93, ECLI:EU:C:1995:322 – *Kalanke*.

¹⁸² EuGH, Urteil v. 11.11.1997, Rs. C-409/95, ECLI:EU:C:1997:533 – *Marschall*.

¹⁸³ EuGH, Urteil v. 28.3.2000, Rs. C-158/97, ECLI:EU:C:2000:163 – *Badeck*.

¹⁸⁴ EuGH, Urteil v. 6.7.2000, Rs. C-407/98, ECLI:EU:C:2000:367 – *Abrahamson und Anderson*.

richtet sei, Arbeitskraft zu dekommodifizieren¹⁸⁵ und zur Umverteilung von Vermögen beizutragen¹⁸⁶. Vom unionalen Antidiskriminierungsrecht sei keine „Vermehrung der sozialen Gerechtigkeit“ zu erwarten, weil es an „allgemeinen distributiven Maßstäben“ mangele.¹⁸⁷ Einen maßgeblichen Grund für dieses Defizit sieht *Somek* in der grundsätzlichen Antinomie von Wettbewerb und Solidarität, die nur aufzulösen sei durch eine Überwindung der dreifachen Reduktion des Bedeutungsgehalts von „Solidarität“: der Reduktion von Solidarität auf Gleichheit; der Reduktion von Gleichheit auf Chancengleichheit (gleichbedeutend mit Garantie des Marktzugangs); der Reduktion von Chancengleichheit auf Diskriminierungsschutz (verstanden als Marktkorrektur) – Solidarität wird nach *Somek* also auf Diskriminierungsschutz reduziert.¹⁸⁸ Dabei geht es ihm um Kritik an strukturellen Mängeln der EU-Sozialpolitik allgemein, die ein neoliberales Programm verfolge, soziale Umverteilung dagegen nicht zum Ziel habe.¹⁸⁹

Im Gegensatz zu dieser Kritik vertritt dieser Beitrag im Anschluss an *Dagmar Schiek* die Auffassung, dass Antidiskriminierungsrecht und Sozialpolitik, einschließlich Umverteilung, unterschiedliche Funktionen haben. Einer „Vereinnahmung dieses Rechtsgebietes als eine andere Unterabteilung der Sozialpolitik“ steht *Schiek* kritisch gegenüber, „weil das Recht auf Gleichheit und Nichtdiskriminierung nicht mit Sozialpolitik kongruent ist“¹⁹⁰ Denn „Sozialpolitik zielt auf Eliminierung von Ungleichheiten ganz allgemein“, wohingegen Antidiskriminierungsrecht „sehr spezifische Ungleichheiten“ adressiere, mithin ein deutlich engeres Ziel verfolge.¹⁹¹ Antidiskriminierungsrecht, so *Schicks* Verständnis, schützt „vor Benachteiligungen, die auf Prozessen gesellschaftlicher Ausgrenzung, sozialer Segregation und Friktionen hegemonialer Normen mit realer Körperlichkeit basieren“ und zielt, speziell im EU-Recht, auf „Überwindung derjenigen

185 *Alexander Somek*, *Engineering Equality: An Essay on European Anti-discrimination Law*, Oxford: Oxford University Press 2011, 166; *ders.*, *Das europäische Sozialmodell: Diskriminierungsschutz und Wettbewerb, juridikum* 2008, 118–125 (122).

186 *Somek*, *Engineering Equality* (Fn. 185), 131; *ders.*, *Sozialmodell* (Fn. 185), 122.

187 *Alexander Somek*, *Neoliberal Gerechtigkeit: Die Problematik des Antidiskriminierungsrechts*, *DZPhil* 51 (2003), 45–59 (59).

188 *Somek*, *Sozialmodell* (Fn. 185), 118–120.

189 So auch die Einschätzung bei *Dagmar Schiek*, *Zwischenruf: Den Pudding an die Wand nageln? Überlegungen zu einer progressiven Agenda für das EU-Antidiskriminierungsrecht*, *KJ* 47 (2014), 396–405 (398).

190 *Schiek* (Fn. 189), 403.

191 *Schiek* (Fn. 189), 404; ähnlich auch *Thomas Groß*, *Diskussionsbeitrag*, *VDStRL* 64 (2005), 409.

sozialen Benachteiligung ab, die auf zugeschriebener Differenz beruhen“.¹⁹² Während Antidiskriminierungsrecht die Inklusion der Einzelnen in eine demokratische Gesellschaft bezieht, dient Sozialpolitik der Umverteilung und ist eine Ausprägung von Solidarität. Denn bei Antidiskriminierungsrechts geht es anders als beim allgemeinen Gegensatz von Arbeitnehmer- und Kapital um „partikulare Interessen, die nicht in einer generellen Solidarpolitik aufgehen“.¹⁹³

III. Kohäsion in der EU

1. Messung der Umverteilungseffekte

Die europäischen Fonds verteilen unzweifelhaft eine Menge Geld. In dem Mehrjährigen Finanzrahmen 2014–2020 und im aktuell laufenden nimmt die Kohäsionspolitik etwa 30 % des gesamten Budgets der EU ein.¹⁹⁴ Die Kommission hat dank des Initiativrechts weite Entscheidungsspielräume, um die Mittel aus den Strukturfonds zu verteilen.¹⁹⁵ Ob diese Summen zu namhaften Umverteilungseffekten führen, hängt von den verwendeten Indizes ebenso ab wie von der Frage, was eigentlich das angestrebte Ziel ist und wie es definiert wird.¹⁹⁶ Die mit den Kohäsionspolitiken verfolg-

192 Schiek (Fn. 189), 404.

193 Treffend am Beispiel einer Analyse des österreichischen Antidiskriminierungsrechts *Suzan Topal-Gökeli/Clemens Kaupa*, Funktioniert Antidiskriminierungsrecht?, in: Barbara Blaha/Josef Weidenholzer (Hrsg.), Gerechtigkeit: Beiträge zur Sozial-, Wirtschafts- und Bildungspolitik, Wien: new academic press 2009, 29–42 (39): „Emanzipationsbewegungen [haben sich] deswegen herausgebildet, weil sie genau *nicht* von der ArbeiterInnenbewegung mitvertreten wurden, und sich die Interessenslage offensichtlich in einigen Bereichen nicht überschritten hat“; deutlich auch Schiek (Fn. 189), 401: Antidiskriminierungsrecht „schützt vor Rechtsverletzungen, deren Schutz im Kollektiv der Arbeitnehmer- oder auch der Arbeitgeberkoalition eben nicht aufgehoben ist“.

194 KOM, Fragen und Antworten zum Legislativpaket zur EU-Kohäsionspolitik 2021–2027, Brüssel, 25. Juni 2021, IP/21/3058, mit Übersicht über die Fonds im Einzelnen und die zur Verfügung stehenden Summen.

195 Drei exemplarische *policy-cycle*-Analysen für die drei Förderzeiträume von 2000–2007, 2007–2014 und 2014–2020 bei Fennner (Fn. 29), 272–285, 298–302.

196 Aus Sicht der Humangeographie aufschlussreich Tobias Chilla/Markus Neufeld, Harmonische Entwicklung? Zur Vielfalt und Widersprüchlichkeit der Bemühungen um Kohäsion, Nachrichten der Akademie für Raumentwicklung in der Leibniz-Gemeinschaft 2014, 14–19; ich danke meiner Flensburger Kollegin Sybille Bauriedl für Hinweise auf die humangeographische Forschung zur Kohäsionspolitik.

ten Ziele sind außerordentlich vielfältig. Allein das Ziel des territorialen Zusammenhalts¹⁹⁷ wird in folgende, teils widersprüchliche Unterziele aufgegliedert: (1) Wachstumspolitik in einem wettbewerbsorientierten und polyzentrischen Europa, (2) räumlich ausgewogene Entwicklung und die Anbindung aller Regionen, (3) bessere Nutzung der territorialen Vielfalt und die Entwicklung endogener Potenziale, (4) Förderung von Regionen mit geografischen Besonderheiten, (5) nachhaltige Entwicklung, Umwelt und Klimawandel, (6) Entwicklung und Anwendung neuer, partizipativer Governance-Formen.¹⁹⁸ Wenn es um die Messung sozialer Ungleichheit bzw. ihren Abbau geht, gibt es eine Vielzahl komplexer und multidisziplinärer Verfahren.¹⁹⁹

Umverteilende Effekte etwa aus den wirtschaftlichen Zentren der EU in peripherie Räume zu konstatieren, ist mithin keine triviale Aufgabe. Aus juristischer Sicht zu konstatieren ist der Bedarf an nachbarwissenschaftlich vermittelten Aufbereitungen, etwa der Politikwissenschaft, der politischen Ökonomie, der Humangeographie oder der Soziologie. Der Kohäsionspolitik und ihren Effekten widmet sich ein eigener Forschungszweig.²⁰⁰

2. Geldverteilung als Allheilmittel?: Das Beispiel Next Generation EU

Rechtliche Fragen stellen sich freilich beim jüngsten Vorschlag für ein neues Umverteilungsprogramm der EU: NextGenerationEU (NGEU).²⁰¹ Mit einem Volumen von über 800 Mrd. EUR macht diese befristetes Aufbauinstrument einen neuen Anlauf, eine gemeinsame Schuldenhaftung der EU einzuführen. Mit dem unmittelbaren Ziel, coronabedingte Schäden für Wirtschaft und Gesellschaft abzufedern, soll gleichzeitig ein Wandel zu

197 Dieses Ziel wurde im Vertrag von Lissabon neu aufgenommen, *Fenner* (Fn. 29), 282.

198 *Kai Böhme/Sabine Zillmer*, Was haben gleichwertige Lebensverhältnisse mit territorialer Kohäsion zu tun?, *Informationen zur Raumentwicklung* 2015, Heft 1, 11–22 (14).

199 Einführung bei *Ilse Helbrecht*, Sozialgeographie und soziale Ungleichheit, in: *Rita Schneider-Sliwa/Boris Braun/Ilse Helbrecht/Rainer Wehrhahn (Hrsg.)*, *Humangeographie*, Braunschweig: Westermann 2021, 234–243.

200 Vgl. etwa die Beiträge in *Simona Piattoni/Laura Polverari (Hrsg.)*, *Handbook on Cohesion Policy in the EU*, Cheltenham: Edward Elgar 2016; ich danke meinem Flensburger Kollegen *Ulrich Glassmann* für Hinweise auf die politökonomische Forschung zur Kohäsionspolitik.

201 Außendarstellung https://next-generation-eu.europa.eu/index_de (14.1.2024).

Klimagerichtigkeit und Digitalisierung stattfinden.²⁰² Als Ermächtigungsgrundlage stützt sich das Finanzierungsmodell auf Art. 122 Abs. 1 AEUV, „im Geiste der Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten“.²⁰³ Nachdem mit dem Zweiten Senat des deutschen Bundesverfassungsgericht einer der mächtigsten Gegner unionsrechtlicher Neuerungen im Finanzsystem der EU keine durchschlagenden Einwände gegen das Programm geäußert hat,²⁰⁴ steht weiterer Widerstand nicht zu erwarten. So kreativ auch der Umgang mit den Kompetenznormen sein mag, ist der Mechanismus doch der altbekannte monetärer Umverteilung.

E. Kritische Bestandsaufnahme

I. Die „Hand des Midas“: Kommodifizierung und Verwandlung in „Wirtschaft“

Im Ausgangspunkt ist die Integration im Bereich der Wirtschaft aus historischen Gründen stark vorangeschritten, während soziale und politische Integration noch immer hinterherhinken. Die letzten Vertragsrevisionen haben hier Veränderungen erbracht, die es allerdings noch immer ermöglichen, ein Pramat der Wirtschaftsunion zu behaupten und konkret in Art. 3 Abs. 3 EUV einen Vorrang des Unterabsatzes 1 zum Binnenmarkt im Vergleich zu den nachfolgenden Unterabsätzen 2 bis 4 anzunehmen. Zu beachten ist allerdings stets das Prinzip begrenzter Einzelermächtigung, Art. 5 Abs. 1 und 2 EUV, so dass es an den Mitgliedstaaten ist, hier für Veränderungen zu sorgen – oder eben nicht.

Das Pramat der wirtschaftlichen Integration setzt einen Anreiz, genuin politische oder soziale Fragen als wirtschaftliche zu behandeln und sie damit in Wirtschaftsfragen zu verwandeln, wie die „Hand des Midas“.²⁰⁵ Gleichzeitig dient die Behauptung, bei der europäischen Integration hande-

202 Informationen der KOM: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/recovery-plan-europe_de (18.5.2023).

203 Beschluss (EU, Euratom) 2020/2053 des Rates vom 14. Dezember 2020 über das Eigenmittelsystem der Europäischen Union und zur Aufhebung des Beschlusses 2014/335/EU, ABl. 2020 L 424/1.

204 BVerfG, 15.4.2021, 2 BvR 547/21 (einstw. Anordnung); BVerfG, 6.12.2022, 2 BvR 547/21 (Hauptsacheentscheidung); Beschluss v. 31.10.2023, 2 BvE 4/21.

205 Inspiriert von *Ralf Poscher*, The Hand of Midas: When Concepts Turn Legal, or Deflating the Hart-Dworkin Debate, in: Jaap C. Hage/Dietmar von der Pfördten (Hrsg.), Concepts in Law, Dordrecht: Springer 2009, 99–115.

le es sich „nur“ um ein wirtschaftliches Projekt, regelmäßig als Beschwig- tigungsprogramm. Die Wirtschaftsintegration dient als „fall back-option“, wenn weiterreichende Integrationsschritte nicht im ersten Anlauf klappen. Die Gestaltung des Vertrags von Lissabon mit seiner betont technokrati- schen Sprache und dem Verzicht auf Verfassungsrhetorik ist ein Beispiel dafür, dass sich im Einzelfall auch in der Verschiebung des Binnenmarktzie- les in der Architektur des Art. 3 EUV niedergeschlagen hat.

Die Unterabsätze in Art. 3 Abs. 3 formulieren ein materielles Regelungs- programm und definieren Ziele, derer sich die EU annehmen muss. Die Unterabsätze richten sich eher an die Rechtssetzungsinstitutionen als den EuGH, dem in Ermangelung klarer Untermaßgrenzen wenig an die Hand gegeben wird, um die Einhaltung von Mindeststandards gerichtlich über- prüfen zu können. Die geringe verfassungsrechtliche Determination eröff- net einerseits Raum für politische Entscheidungsprozesse, definiert aber andererseits kein Mindestmaß.

II. Errungenschaften

Dennoch lässt sich auf der Haben-Seite verbuchen, dass eine kompetenzbe- dingt vorwiegend auf der Marktteilnahme beruhender Diskriminierungs- schutz im europäischen Recht fest verankert ist. Nach dem hier vertretenen Legitimationsmodell wird damit zugleich die Grundlage für demokratische Inklusion durch Recht geschaffen, die in einer hoch diversifizierten Gesell- schaft wie der europäischen unerlässlich ist, um gesellschaftliche demokra- tische Deliberation zu ermöglichen.

Die Kohäsionspolitik der EU hingegen funktioniert vor allem als Geld- umverteilung über die Finanzinstrumente der verschiedenen Fonds. Diese bewegen nicht unerhebliche Summen und bewirken Umverteilung vom Zentrum in die Peripherie. Das Programm NGEU hat das Potential, noch weit größere Umverteilungseffekte zu bewirken. Zudem kann durch die gemeinsame Schuldenhaftung der EU und damit die indirekte gemeinsame Haftung der Mitgliedstaaten ein neuer Integrationsschritt erreicht werden.