

CLAUDIA HOFMANN

Jenseits von Gleichheit

Jus Publicum

282

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM
Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 282



Claudia Hofmann

Jenseits von Gleichheit

Gleichheitsorientierte Maßnahmen im
internationalen, europäischen und nationalen Recht

Mohr Siebeck

Claudia Hofmann, geboren 1977; Studium der Rechtswissenschaft an der LMU München; 2012 Promotion; seit 2011 wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Politik an der Universität Regensburg.
orcid.org/0000-0001-6051-022X

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungsfonds Wissenschaft der VG WORT.

ISBN 978-3-16-155991-4 / eISBN 978-3-16-155992-1

DOI 10.1628/978-3-16-155992-1

ISSN 0941-0503 / eISSN 2568-8480 (Jus Publicum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Garamond gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Das vorliegende Buch basiert auf meiner Habilitationsschrift, die im Herbst 2017 an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Regensburg angenommen wurde. Für die Drucklegung wurden Rechtsprechung und Literatur, soweit es angezeigt erschien, aktualisiert und der Text an einigen Stellen ergänzt.

Der Autorin gibt ein Vorwort die Möglichkeit, in den Hintergrund zu treten und den Menschen und Institutionen Raum zu geben, die die Entstehung dieses Buches unterstützt haben. So möchte ich zunächst dem Betreuer meiner Habilitationsschrift, Prof. Dr. Alexander Graser, meinen herzlichen Dank aussprechen. Mit dem richtigen Maß an wissenschaftlichem Freiraum, klar festgelegten Deadlines, Geduld, Textkritik und dem gelegentlichen „dann schreib’s halt“ stand er mir in jeder Geburtsphase dieses Buches zur Seite. Sehr wahrscheinlich wäre es ohne ihn nicht auf der Welt. Prof. Dr. Thorsten Kingreen danke ich für die prompte Erstellung des Zweitgutachtens und die wohlwollende Begutachtung. Bedanken möchte ich mich ferner bei Prof. Dr. Martin Löhnig und Prof. Dr. Robert Uerpmann-Witzack, die als weitere Mitglieder meines Fachmentors zum Gelingen des Habilitationsprojekts beigetragen haben, bei Elke Angermeier-Stadler für ihr offenes Ohr zu jeder Zeit sowie bei allen Mitgliedern des Regensburger Lehrstuhlteams für die inspirierende Arbeitsatmosphäre.

Gefördert wurde dieses Projekt durch ein Habilitationsstipendium der Regensburger Fakultät für Rechtswissenschaft sowie durch Mittel der Frauenbeauftragten der Fakultät. Die Veröffentlichung wurde finanziell unterstützt durch den Förderungsfonds der VG Wort durch die Gewährung eines Druckkostenzuschusses. Ein herzliches Dankeschön auch hierfür. Dem Verlag Mohr Siebeck danke ich für die Aufnahme der Arbeit in die Reihe *Jus Publicum* und die freundliche verlegerische Betreuung. Darüber hinaus möchte ich mich sehr bei Jil Ebenig und Christina von Wintzingerode für die Unterstützung bei der Fahnenkorrektur bedanken.

Nur unzureichend in Worte fassen lässt sich mein Dank für all die großartigen Familienmitglieder und Freunde, die mich während des Schreibens begleitet haben. Mit Euch durch das Leben zu gehen, ist mein größtes Geschenk.

Regensburg, im Februar 2019

Claudia Maria Hofmann

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XV
<i>§ 1: Einleitung</i>	1
A. Leben im Angesicht des Todes	1
B. Forschungsleitende Fragestellung	5
C. Zur Methodik	11
<i>§ 2: Gleichheit im Koordinatensystem der Moral</i>	13
A. Konzeptionen von Gleichheit	13
B. Egalitäre Verfahrens- und Verteilungsprinzipien	32
C. Weitere Variablen im Koordinatensystem und deren Beziehung zu Gleichheit	33
D. Systematisierung gleichheitsorientierter Maßnahmen	43
<i>§ 3: Eine kurze Geschichte der Gleichheit im Völkerrecht</i>	57
A. Statusgleichheit im Völkerrecht	57
B. Exkurs: Recht als Institutionalisierung von Wertemustern	60
C. Historische Meilensteine gleichheitsorientierten Denkens	66
D. Internationale gleichheitsorientierte Maßnahmen	77
E. Gleichsein im Völkerrecht: Auswertung hinsichtlich Hypothese 1	185

§ 4: <i>Rechte und Chancen auf dem Prüfstein</i>	189
A. Regionale gleichheitsorientierte Maßnahmen	189
B. Nationale gleichheitsorientierte Maßnahmen	234
C. Ein Recht auf Chancen: Auswertung hinsichtlich Hypothese 2	299
D. (Un-)Gleichheit durch Recht: Auswertung hinsichtlich Hypothese 3	304
§ 5: <i>Schlussbemerkung: Zur nie endenden Dualität von Gleichheit und Ungleichheit</i>	309
A. Recht als Fiktion von Kontrolle	309
B. Sozialstaat als Wertentscheidung	311
C. Utopia: Die Anderen in uns	312
Literaturverzeichnis	315
Sachregister	363

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XV
<i>§ 1: Einleitung</i>	1
A. Leben im Angesicht des Todes	1
B. Forschungsleitende Fragestellung	5
I. Hypothese 1: Abnahme askriptiver Determinanten sozialer Ungleichheit im Recht	7
II. Hypothese 2: Fokus auf Rechtsgleichheit und formaler Chancengleichheit	9
III. Hypothese 3: Perpetuierung sozialer Ungleichheit im Recht und durch das Recht	10
C. Zur Methodik	11
<i>§ 2: Gleichheit im Koordinatensystem der Moral</i>	13
A. Konzeptionen von Gleichheit	13
I. Zum Begriff der Gleichheit	14
II. Von Typen, Sphären und Dimensionen	17
III. Soziale Ungleichheit	20
1. Der Mensch als Bezugssubjekt sozialer Ungleichheit	21
a) Sein	21
b) Haben	22
c) Handeln	23
2. Strukturebenen sozialer Ungleichheit	23
a) Determinanten	23
b) Dimensionen	24
c) Ursachen	25
d) Auswirkungen	26

3. Verknüpfung der Strukturebenen mit den Bezugsobjekten von Gleichheit	26
IV. Gleichheit als Rechtsbegriff	29
B. Egalitäre Verfahrens- und Verteilungsprinzipien	32
C. Weitere Variablen im Koordinatensystem und deren Beziehung zu Gleichheit	33
I. Gleichheit als Mittel und Ausdruck von Gerechtigkeit	33
II. Menschenwürde als Argument für Gleichheit	37
III. Gleichheit als Anerkennung	38
IV. Solidarität unter (Un-)Gleichen	39
V. (Un-)Gleiche Bedürfnisse	42
D. Systematisierung gleichheitsorientierter Maßnahmen	43
I. Wann sind Maßnahmen gleichheitsorientiert?	44
II. Formale und substantielle Gleichheit	44
III. Chancengleichheit und Ergebnisgleichheit	45
IV. Gleichheitstypen und Ungleichheitsdimensionen	48
V. Systematisierung nach dem EOP-Konzept von Graser	49
VI. Mehrdimensionale gleichheitsorientierte Politiken	51
1. Regulatorische Politiken	52
a) Allgemeine Gleichheitssätze	52
b) Besondere Gleichheitssätze und Diskriminierungsverbote	53
c) Affirmative action	54
2. Distributive Politiken	54
3. Ausgaben nach Ermessen	54
4. Soft policies	55
5. Zugehörigkeitsstatus	55
§ 3: <i>Eine kurze Geschichte der Gleichheit im Völkerrecht</i>	57
A. Statusgleichheit im Völkerrecht	57
B. Exkurs: Recht als Institutionalisierung von Wertemustern	60
I. Wenn aus Werten kollektive Verhaltensmuster werden	60
II. Statusgleichheit als völkerrechtlicher Wert	62
III. Vorstellung und Wirklichkeit wertegeleiteten Handelns	64
C. Historische Meilensteine gleichheitsorientierten Denkens	66
D. Internationale gleichheitsorientierte Maßnahmen	77
I. Vereinte Nationen	77
1. Regulatorischen Maßnahmen (regulatory policies)	78

a)	Universalität als gleichheitsorientierte „Maßnahme“? . . .	79
b)	Gleichheitssätze in den Kern-Menschenrechtspakten der Vereinten Nationen	84
aa)	Allgemeine Gleichheitssätze	85
bb)	Besondere Gleichheitssätze	88
c)	Antidiskriminierungsklauseln	90
d)	Affirmative action	97
e)	Rechte von Minderheiten	100
2.	Distributive Maßnahmen (distributive policies)	101
3.	Im Ermessen stehende Ausgaben (discretionary spending)	104
a)	Entwicklungszusammenarbeit der Vereinten Nationen	106
b)	Aktivitäten der Weltbankgruppe und des Internationalen Währungsfonds	110
4.	„Weiche“ Maßnahmen (soft policies)	113
a)	Soft Law	114
aa)	Zum intermediären Charakter von soft law	115
bb)	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte	115
cc)	Allgemeine Bemerkungen	118
dd)	Erklärungen der UN-Generalversammlung	121
ee)	Erklärungen anlässlich der Weltkonferenzen	122
(1)	Millenniums-Gipfel und Millenniums- Entwicklungsziele	125
(2)	Weltgipfel für nachhaltige Entwicklung und Ziele für nachhaltige Entwicklung	131
b)	UN Global Compact	135
c)	Sonderberichterstattende	136
d)	Gender Mainstreaming	142
e)	Wissensproduktion	143
f)	Öffentlichkeitsarbeit	143
5.	Zwischenfazit zu den gleichheitsorientierten Maßnahmen der Vereinten Nationen	144
II.	Fokus: Internationale Arbeitsorganisation	147
1.	Vorwort zur Kategorisierung	150
2.	Soziale Gerechtigkeit = menschenwürdige Arbeit?	151
3.	Regulatorische Maßnahmen	153
4.	Distributive Maßnahmen	161
5.	Im Ermessen stehende Ausgaben	161
6.	Soft Policies	163
a)	Empfehlungen	163
b)	Decent Work Agenda als gleichheitsorientierte Maßnahme?	167
c)	Erklärungen	172

aa)	Erklärung von Philadelphia	172
bb)	Dreigliedrige Grundsatzklärung über multinationale Unternehmen und Sozialpolitik	175
cc)	Erklärung über die grundlegenden Prinzipien und Rechte bei der Arbeit	176
dd)	Erklärung über soziale Gerechtigkeit für eine faire Globalisierung	179
d)	Global Jobs Pact	182
e)	Centenary Initiatives	183
7.	Zwischenfazit zu den gleichheitsorientierten Maßnahmen der Internationalen Arbeitsorganisation	183
E.	Gleichsein im Völkerrecht: Auswertung hinsichtlich Hypothese 1	185
§ 4:	<i>Rechte und Chancen auf dem Prüfstein</i>	189
A.	Regionale gleichheitsorientierte Maßnahmen	189
I.	Europarat	190
1.	Regulatorische Maßnahmen	190
a)	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten	191
b)	Europäische Sozialcharta	201
c)	Weitere gleichheitsorientierte Instrumente	204
2.	Distributive Maßnahmen	205
a)	Sozioökonomische Rechte in der EMRK	205
b)	Sozioökonomische Rechte in der ESC	206
c)	Weitere Instrumente mit sozialen Bezügen	207
3.	Im Ermessen stehende Ausgaben	207
4.	„Weiche“ Maßnahmen	207
5.	Zwischenfazit zu den Maßnahmen des Europarats	209
II.	Europäische Union	210
1.	Regulatorische Maßnahmen	211
a)	Gleichheit im Gefüge der Verträge	212
b)	Die Grundrechte des Unionsrechts	214
c)	Antidiskriminierung	217
aa)	Primärrecht	217
bb)	Sekundärrecht	218
d)	Affirmative action	220
e)	Unionsbürgerschaft	220
f)	Gleichheit in der Rechtsprechung des EuGH	222
2.	Distributive Maßnahmen	225
3.	Im Ermessen stehende Ausgaben	228
4.	„Weiche“ Maßnahmen	230

5. Zwischenfazit zu den Maßnahmen der Europäischen Union	232
B. Nationale gleichheitsorientierte Maßnahmen	234
I. Regulatorische Maßnahmen	234
1. Verfassungsrechtliche Gleichheitssätze	235
a) Allgemeiner Gleichheitssatz	235
b) Besondere Gleichheitssätze	237
c) Gleichheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	240
aa) Formale Gleichheit	240
bb) Chancengleichheit	242
cc) Derivate Leistungs- und Teilhaberechte	243
dd) Originäre Leistungsrechte	244
ee) Faktische Gleichheit	244
d) Drittwirkung	248
2. Durch die Rechtsprechung entwickelte Gleichbehandlungsgrundsätze	249
3. Antidiskriminierungsnormen	249
a) Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz	250
b) Regelungen zu gleichgeschlechtlichen Partnerschaften	252
c) Gesetz zur Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen	254
d) Arbeits- und sozialrechtliche Benachteiligungsverbote	254
4. Affirmative action	255
a) Affirmative action nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz	256
b) Frauenförderung	257
c) Förderung von Menschen mit Behinderung	258
5. Staatsangehörigkeit	258
II. Distributive Maßnahmen	259
1. Soziale Grundrechte und Sozialstaatsprinzip	260
2. Steuerrechtliche Maßnahmen	265
3. Sozialleistungen	268
a) Sozialversicherung	269
aa) Arbeitslosenversicherung	269
bb) Krankenversicherung	271
cc) Rentenversicherung	274
dd) Unfallversicherung	275
ee) Pflegeversicherung	276
b) Steuerfinanzierte Leistungen	277
aa) Soziale Hilfe und Förderung	278
(1) Allgemeine Hilfs- und Förderungssysteme	279

(2) Besondere Hilfs- und Förderungssysteme	284
bb) Entschädigung	287
4. Distributive Maßnahmen im Privatrecht	288
III. Im Ermessen stehende Ausgaben	289
1. Daseinsvorsorge im Allgemeinen	290
2. Speziell zum Bildungssystem	291
3. Arbeitsförderung	292
4. Soziale Vergabekriterien	293
IV. „Weiche“ Maßnahmen	294
V. Zwischenfazit zu den nationalen gleichheitsorientierten Maßnahmen	297
C. Ein Recht auf Chancen: Auswertung hinsichtlich Hypothese 2	299
D. (Un-)Gleichheit durch Recht: Auswertung hinsichtlich Hypothese 3	304
§ 5: <i>Schlussbemerkung: Zur nie endenden Dualität von Gleichheit und Ungleichheit</i>	309
A. Recht als Fiktion von Kontrolle	309
B. Sozialstaat als Wertentscheidung	311
C. Utopia: Die Anderen in uns	312
Literaturverzeichnis	315
Sachregister	363

Abkürzungsverzeichnis

Abb.	Abbildung
a. A.	anderer Ansicht
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
ABl.	Amtsblatt
Änd.	Änderung
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
ahd.	althochdeutsch
AIDS	Acquired Immune Deficiency Syndrome
AJIL	American Journal of International Law
AK	Alternativkommentar
ARS	Arbeitsrechts-Sammlung
Art.	Artikel
AsylG	Asylgesetz
AsylbLG	Asylbewerberleistungsgesetz
Bd.	Band
BEEG	Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz
Bek.	Bekanntmachung
ber.	berichtigt
betr.	betreffend
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BewG	Bewertungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGG	Gesetz zur Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen
BGH	Bundesgerichtshof
BIP	Bruttoinlandsprodukt
BKGG	Berliner Kommentar zum Grundgesetz
BKKG	Bundeskindergeldgesetz
BMZ	Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
Brem.GBl.	Gesetzblatt der Freien Hansestadt Bremen
BRICS	Brasilien, Russland, Indien, China, Südafrika
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BR-PlPr.	Bundesrats-Plenarprotokoll

BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
CAT	Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment
CEB	Chief Executives Board for Coordination
CEB	Council of Europe Development Bank
CEDAW	Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women
CESCR	Committee on Economic, Social and Cultural Rights
CETA	Comprehensive Economic and Trade Agreement
CRC	Convention on the Rights of the Child
CRPD	Convention on the Rights of Persons with Disabilities
CSR	Corporate social responsibility
d. h.	das heißt
DAC	Development Assistance Committee (siehe auch OECD-DAC)
ders.	dieselbe
DIE	Deutsches Institut für Entwicklungspolitik
dies.	dieselbe/dieselben
DIP	Dokumentations- und Informationssystem für Parlamentarische Vorgänge
Diss.	Dissertation
DIW	Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung
Doc.	Document
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DStR	Deutsches Steuerrecht
DWCPs	Decent Work Country Programmes
DVBl.	Deutsche Verwaltungsblätter
EAG	Europäische Atomgemeinschaft
ebd.	ebenda
ECOSOC	Economic and Social Council
EEA	Einheitliche Europäische Akte
ECLI	European Case Law Identifier
EFRE	Europäischer Fonds für regionale Entwicklung
EG	Europäische Gemeinschaft
EGen	Europäische Gemeinschaften
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (vor Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam)
EJIL	European Journal of International Law
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
endg.	endgültig
EntgTranspG	Entgelttransparenzgesetz
EOP	Equality-Oriented Policies
ESC	European Social Charter
ESCR	European Committee of Social Rights
ESCOR	Economic and Social Council Official Records

ESF	Europäischer Sozialfonds
EStG	Einkommensteuergesetz
et. al.	et alii/aliae
etc.	et cetera
ETS	European Treaty Series
ETUI	European Trade Union Institute
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Europarecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EZ	Entwicklungszusammenarbeit
f.	folgende
FAO	Food and Agriculture Organization of the United Nations
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
G20	Gruppe der 20 wichtigsten Industrie- und Schwellenländer
GA Res.	General Assembly Resolution
GAOR	General Assembly Official Records
GBL	Gesetzblatt der Deutschen Demokratischen Republik
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
GK	Große Kammer
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GV. NRW.	Gesetz- und Verordnungsblatt Nordrhein-Westfalen
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGR	Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa
HIV	Humanes Immundefizienz-Virus
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
HStR	Handbuch des Staatsrechts
HUDOC	Human Rights Documentation
IAC	Internationale Arbeitskonferenz
IBRD	International Bank for Reconstruction and Development
ICERD	International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination
ICESCR	International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights
ICCPR	International Covenant on Civil and Political Rights
ICJ	International Court of Justice
ICMW	International Convention on the Protection of the Rights of all Migrant Workers and Members of their Families
ID	Identifikator
IDA	International Development Association
IDG(s)	International Development Goal(s)
IDS	Institute of Development Studies
IFAD	International Fund for Agricultural Development

IFC	International Finance Corporation
IGH	Internationaler Gerichtshof
ILC	International Labour Conference
ILO	International Labour Organization
IMF	International Monetary Fund
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
insb.	insbesondere
IOM	International Organization for Migration
ITCILO	International Training Centre of the International Labour Organization
ITU	International Telecommunications Union
Jh.	Jahrhundert
JZ	JuristenZeitung
Kap.	Kapitel
KfW	Kreditanstalt für Wiederaufbau
KGB	Komitet Gosudarstvennoy Bezopasnosti (Komitee für Staatssicherheit)
KHG	Krankenhausfinanzierungsgesetz
KOM	Europäische Kommission
LGBT	lesbian, gay, bisexual, transgender
LGBTI	lesbian, gay, bisexual, transgender, intersex
lit.	litera
LNTS	League of Nations Treaty Series
LPartG	Lebenspartnerschaftsgesetz
MDG(s)	Millennium Development Goal(s)
MedR	Medizinrecht
MIGA	Multilateral Investment Guarantee Agency
MiLoG	Mindestlohnengesetz
Mio.	Million(en)
mhd.	mittelhochdeutsch
MNE	Multi-National Enterprises
MPRA	Munich Personal RePEc Archive
Mrd.	Milliarde(n)
Mt	Matthäus
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJWE-FER	NJW-Entscheidungsdienst Familien- und Erbrecht
No.	Number
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZF	Neue Zeitschrift für Familienrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
ODA	Official Development Assistance
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OECD-DAC	OECD-Development Assistance Committee
OHCHR	Office of the High Commissioner for Human Rights

OMK	offene Methode der Koordinierung
OSAA	UN Office Special Advisor on Africa
PRSP(s)	Poverty Reduction Strategy Paper(s)
RAG	Reichsarbeitsgericht
RdA	Recht der Arbeit
RGBL	Reichsgesetzblatt
RESC	European Social Charter (revised)
RJD	Reports of Judgements and Decisions
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Seite(-n)
SDG	Sustainable Development Goal
SEWA	Self-Employed Women's Association of India
SGB	Sozialgesetzbuch
Slg.	Sammlung
SPF	Social Protection Floor
SRa	Sozialrecht aktuell
SRH	Sozialrechtshandbuch
SRSG/CAC	Special Representative of the Secretary-General for Children and Armed Conflict
SSRN	Social Science Research Network
Stat.	United States Statutes
StGB	Strafgesetzbuch
St. Rspr.	Ständige Rechtsprechung
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
u.	und
u. a.	unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
UDHR	Universal Declaration of Human Rights
UK	United Kingdom
UN / U.N.	United Nations
UN Doc.	United Nations Document
UN Habitat	United Nations Human Settlements Programme
UN OHRLLS	United Nations Office of the High Representative for the Least Developed Countries, Landlocked Developing Countries and Small Island Developing States
UN Women	United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women
UNAIDS	Joint United Nations Programme on HIV/AIDS
UNCHR	United Nations Commission on Human Rights
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
UNDESA	United Nations Department of Economic and Social Affairs
UNDG	United Nations Development Group
UNDP	United Nations Development Programme
UNDS	United Nations Development System
UNECA	United Nations Economic Commission for Africa
UNECE	United Nations Economic Commission for Europe

UNECLAC	United Nations Economic Commission for Latin America and the Caribbean
UNEP	United Nations Environment Programme
UNESCAP	United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
UNESCWA	United Nations Economic and Social Commission for Western Asia
UNFPA	United Nations Population Fund
UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees
UNICEF	United Nations Children's Fund
UNIDO	United Nations Industrial Development Organization
UNO	United Nations Organization
UNODC	United Nations Office on Drugs and Crime
UNOPS	United Nations Office for Project Services
UNTS	United Nations Treaty Series
UNSW	University of South Wales
UNWTO	United Nations World Tourism Organization
Urt.	Urteil
US	United States
U.S.	United States Reports
USA	United States of America
USAID	United States Agency for International Development
UStG	Umsatzsteuergesetz
usw.	und so weiter
v.	vom/von
v.	versus
Var.	Variante
verb.	verbundene
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WBG	World Bank Group
WFP	World Food Programme
VGH BW	Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg
VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
WHO	World Health Organization
WMO	World Meteorological Organization
WSK-Ausschuss	Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte
WSK-Rechte	Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte
WTO	World Trade Organization
WVRK	Wiener Konvention über das Recht der Verträge
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Asylpolitik
z. B.	zum Beispiel
ZESAR	Zeitschrift für Europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZEuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien

ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrechte
ZIAS	Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	Zitiert
ZP	Zusatzprotokoll
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
Zul.	Zulässigkeit
ZSR	Zeitschrift für Sozialreform

§ 1: Einleitung

„He found himself understanding the wearisomeness of this life, where every path was an improvisation and a considerable part of one's waking life was spent watching one's feet.“ *William Golding*¹

„Although of course you end up becoming yourself.“ *David Foster Wallace*²

A. Leben im Angesicht des Todes

Leben bedeutet, Gefahren ausgesetzt zu sein. Bereits ab dem Moment unserer Zeugung ist unser Leben bedroht. Die Art der Bedrohungen kann sich im Verlauf unseres Daseins verändern. Ein Kind, das soeben geboren wurde, ist verletzlicher als ein erwachsener Mensch. Doch auch wenn wir dies bei Zeiten zu vergessen scheinen: Unser Körper ist sterblich.³ All unser Handeln – oder zumindest ein großer Teil davon – ist von der Endlichkeit unserer Existenz durchwoben. An erster Stelle wird dieses Handeln daher daran ausgerichtet sein, unsere Grundbedürfnisse sowie unser Bedürfnis nach Sicherheit zu decken. Menschliches Leben (Physis wie Psyche) ist permanent kraftvoll wirkenden Gewalten ausgesetzt.⁴ Ist unsere körperliche Existenz, d. h. unser *Überle-*

¹ *Golding*, *Lord of the Flies*, S. 76.

² Zitiert nach einem Interview mit *David Foster Wallace* im gleichnamigen Buch von *Lipsky*, *Although of Course You End Up Becoming Yourself*, S. 52.

³ Dies gilt jedenfalls nach dem jetzigen Stand. Jedoch macht die Wissenschaft auch vor der letzten Grenze des Menschseins keinen Halt; vgl. etwa die Arbeiten des Biogerontologen *Aubrey de Grey* (siehe z. B. *de Grey/Rae*, *Niemals alt!*) oder die Forschung der Nobelpreisträgerin *Elizabeth Blackburn* (vgl. *Blackburn/Ebel*, *Die Entschlüsselung des Alterns*).

⁴ *Herder*, *Abhandlung über den Ursprung der Sprache*, S. 144 beschreibt diesen Zustand poetisch: „Als nakttes, instinktloses Thier betrachtet, ist der Mensch das elendeste der Wesen. Da ist kein dunkler, angebohrner Trieb, der ihn in sein Element, und in seinen Wirkungskreis, zu seinem Unterhalt und an sein Geschäfte zeucht. [...] Schwach und unterliegend, dem Zwist der Elemente, dem Hunger, allen Gefahren, den Klauen aller stärkern Thiere, einem tausendfachen Tode überlassen, steht er da!“ *Herder* weist jedoch sogleich auf die Einseitig-

ben, gesichert, eröffnet sich ein Raum, der Erfüllung und Leid zugleich in sich birgt: der Raum der Frage nach einem *guten*, möglicherweise sogar nach einem *richtigen* Leben.⁵ Vielleicht ist der Mensch das einzige Lebewesen, dem die Möglichkeit und die Herausforderung gegeben sind,⁶ sein Leben aktiv zu gestalten und ihm einen übergeordneten Sinn zu geben. Wie unser Bild von diesem guten oder richtigen Leben aussieht, hängt von unseren Bedürfnissen, von individuellen oder sozial bzw. kulturell geprägten Vorlieben und Wünschen sowie von den jeweiligen äußeren Lebensumständen ab.⁷ Und möglicherweise trägt der eine oder die andere (vielleicht sogar alle Menschen) in sich auch den Wunsch, etwas Bleibendes auf dieser Welt zu hinterlassen und auf diesem Wege gewissermaßen Unsterblichkeit zu erlangen. Etwas, das aller Vergänglichkeit trotzt. Zumindest für eine gewisse Zeit.

In einer rechtswissenschaftlichen Untersuchung mögen diese Ausführungen überraschen. Überraschender noch ist vermutlich die folgende These: Auch die Entwicklung von Rechtsnormen kann vor dem Hintergrund unserer Sterblichkeit gesehen werden. Normen gewährleisten *Rechtssicherheit* (zumindest in der Theorie).⁸ Sie dienen auch der Sicherung eines friedlichen gesellschaftlichen Miteinanders und damit in letzter Konsequenz nichts anderem als der Sicherung unseres Überlebens. Rechtsnormen können Entscheidungen über die Verteilung knapper Güter enthalten oder über den Ausgleich individueller oder kollektiver Benachteiligungen der Verwirklichung bestimmter Lebenschancen. Selbst wenn man Rechtsnormen als konstituierendes Element der Verwirklichung von Freiheit oder als Instrument der Machtausübung der jeweils herrschenden Klasse versteht, bleibt dies so. Unterschiede bestehen nur hinsichtlich der Größe der Gruppe der Menschen, deren Leben gesichert werden soll. Darüber hinaus spiegeln sich im Recht ebenso die zu einem bestimmten Zeitpunkt geltenden Vorstellungen einer Gesellschaft über ein gutes und richtiges Leben

keit dieser Perspektive auf den Menschen hin, indem er betont, dass „Verstand und Besonnenheit die Naturgabe seiner Gattung ist: [...] Das instinktlose, elende Geschöpf, was so verlassen aus den Händen der Natur kam, war auch vom ersten Augenblicke an, das freihätige, vernünftige Geschöpf, das sich selbst helfen sollte, und nicht anders, als konnte“; ebd., S. 145.

⁵ Für manche mag ein richtiges Leben zu führen deckungsgleich damit sein, ein gutes Leben zu führen; zwingend ist diese Kongruenz jedoch nicht. Während für ein richtiges Leben beispielsweise religiöse Vorgaben, ethische Prinzipien oder persönliche Wertmaßstäbe eine Orientierung liefern können, kann ein individuell als gut empfundenenes Leben sich an ganz anderen Kriterien orientieren.

⁶ Vgl. *Sartre*, *L'existentialisme et un humanisme*, S. 37, der den Mensch als ein zur Freiheit verurteiltes Wesen beschreibt.

⁷ *Stemmer*, Was es heißt, ein gutes Leben zu leben, in: *Steinfath* (Hrsg.), *Was ist ein gutes Leben*, S. 71 schlägt folgende generelle Definition für ein gutes Leben vor: „Gut ist ein Leben, wenn es uns gibt, was wir von einem Leben in möglichst aufgeklärter Weise wollen, was immer es sei, und wenn wir das Glück haben, daß sich das so weit aufgeklärte Wollen mit dem Wollen deckt, das wir hätten, wenn wir alle nötigen Informationen hätten.“

⁸ Ähnlich *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, S. 221, demzufolge ein Rechtssystem dazu dient, „normative Erwartungen zu stabilisieren“.

wider. Diese Vorstellungen müssen weder der Mehrheit der Bevölkerung entsprechen noch von manchen als übergeordnet verstandenen ethischen Grundsätzen. Dies betrifft lediglich die Mechanismen in einer Gesellschaft, die gewährleisten, welche Gruppe ihre Lebenskonzepte durchsetzen kann.

Unser unausweichlicher Tod soll daher als Fixpunkt am Anfang dieser Untersuchung stehen, in dessen Kontext die im Folgenden gleichheitsorientierten Maßnahmen gesehen werden können. Er ist es, der hinter dem Ringen nach Sicherheit steht und hinter dem Bemühen, knappe Güter zu erlangen. Dabei ist der Mensch seine eigene „Lebenserfolgsressource“.⁹ Sieht man ihn mit Gehlen als „Mängelwesen“,¹⁰ wird deutlich, wie sehr der individuelle¹¹ Lebenserfolg nicht nur von der natürlichen Ausstattung eines Menschen, sondern auch von anderen Menschen und äußeren Umständen abhängt. In diesem Zusammenhang ist Knappheit ein „existenzieller Grundtatbestand des Menschen“.¹² Das Erreichen dieses Lebenserfolgs kann demnach nur teilweise geplant und beeinflusst werden; stets besteht die Möglichkeit des Scheiterns.¹³

Unser Tod ist es aber auch, der uns noch dringender fragen lässt, welches Leben wir leben wollen, und der uns nach Umständen streben lässt, in denen wir dieses gewollte Leben verwirklichen können. Vielleicht würden wir auch als unsterbliche Wesen nach einem guten Leben und nach Selbstverwirklichung trachten. Jedoch bliebe uns dafür unbegrenzt Zeit. So aber sehen wir uns nicht nur mit der Tatsache konfrontiert, dass bestimmte individuelle Entscheidungen im Leben irreversibel sind. Da für den „pursuit of happiness“ nur eine gewisse Zeit bleibt, wird noch deutlicher, wie abhängig wir dabei auch von äußeren Umständen, anderen Menschen und den gesellschaftlichen System, die sie kreieren, sind.

Selbst bei einem unendlich großen Zeitfenster, können bestimmte Voraussetzungen für die Verwirklichung persönlicher Lebenschancen nicht allein geschaffen werden. In unserem Streben nach der Verwirklichung des eigenen Lebensplans sind wir eingebunden in ein soziales Gefüge, und dieses Gefüge ist wiederum Schauplatz jenes individuellen und kollektiven Strebens. Vor dem Hintergrund unserer Endlichkeit ist es noch bedeutsamer, gemeinsam die Wei-

⁹ *Keriting*, Theorien der sozialen Gerechtigkeit, S. 33. Vgl. dazu auch *Gehlen*, Der Mensch, S. 35, wenn er darauf hinweist, dass der Mensch „aus eigenen Mitteln und eigentätig [...] die Mängelbedingungen seiner Existenz eigenständig in Chancen seiner Lebensfristung umarbeiten“ muss [Hervorhebung im Original].

¹⁰ *Gehlen*, Der Mensch, S. 16.

¹¹ Welches Leben als erfolgreich wahrgenommen wird, ist nur bedingt generalisierbar, auch wenn vermutlich bei nicht wenigen Menschen Ähnliches auf der *bucket list* steht.

¹² *Balla*, Knappheit als Ursprung sozialen Handelns, S. 17. Knappheit muss dabei nicht zwingend nur natürlich gegebene Knappheit sein; vgl. zum Zusammenhang zwischen Macht und Bedürfnissen *Gronemeyer*, Die Macht der Bedürfnisse, S. 39: „Macht ist die Fähigkeit, Knappheit zu erschaffen.“

¹³ Fragen des Scheiterns widmet sich ausführlich der Sammelband von *John/Langhof* (Hrsg.), Scheitern – Ein Desiderat der Moderne?

chen zu stellen, damit systematische Diskriminierung, strukturelle Armut oder festgefahrene Bahnen der Ungleichverteilung von Ressourcen nicht manchen Menschen von vorneherein die Möglichkeit nehmen, jenseits des Überlebens, für sich auch ein gutes Leben zu verwirklichen. Das Ringen um Gleichheit, um soziale Gerechtigkeit, um Anerkennung oder um Umverteilung kann daher als eine Möglichkeit der Absicherung von Überleben, gutem und richtigem Leben verstanden werden.¹⁴ Es ist in gewissem Sinne ein Aufbegehren gegen die „zärtliche Gleichgültigkeit der Welt“.¹⁵

Die Geschichte menschlichen Zusammenlebens scheint die These zu unterstreichen, dass „sich Differenz auf natürliche Weise einstellt, Gleichheit aber nicht. Sie bedarf kollektiver Anstrengung.“¹⁶ Eine Variante der Umsetzung dieser Anstrengung liegt in ihrer Durchsetzung mit den Mitteln des Rechts in einem Staat. Was ist die Aufgabe eines Staates? Blickt man auf die Entwicklungsgeschichte von Staaten, könnte man zum Beispiel anführen: die Sicherung eines bestimmten Territoriums für eine bestimmte Gruppe von Menschen; die Sicherung der Herrschaftsmacht der Staatsleitenden über das Staatsvolk; der freiwillige Zusammenschluss einer Gruppe von Menschen etwa zum Zwecke des Schutzes gegen Feinde und zur arbeitsteiligen Übernahme bestimmter Aufgaben, die dem Lebenserhalt dienen. Mit Hegel könnte man im Staat die „Wirklichkeit der sittlichen Idee“,¹⁷ die „sich als Wille verwirklichende Vernunft“¹⁸ sehen und es dementsprechend als „höchste Pflicht [des Einzelnen ansehen], Mitglieder des Staats zu sein“.¹⁹ Hegel sieht im Staat nicht eine Zweckgemeinschaft, die ihre „Bestimmung in die Sicherheit und den Schutz des Eigentums und der persönlichen Freiheit gesetzt“ hat,²⁰ sondern er versteht den Staat als „objektive[n] Geist“,²¹ mit der Konsequenz, dass „das Individuum selbst nur Objektivität, Wahrheit und Sittlichkeit [hat], als es ein Glied desselben ist.“²²

Kann man an eine sich als Willen verwirklichende Vernunft Anforderungen stellen, zum Beispiel die der Verringerung sozialer Ungleichheit, oder muss man sagen, soziale Ungleichheit verringert sich im Staat dann, wenn dies vernünftig ist? Sieht man im Staat ein Herrschaftsgebilde, über das sich bestimmte moralische Vorstellungen entweder von selbst verwirklichen oder mit dessen

¹⁴ Vgl. dazu auch *Butler*, Can one lead a good life in a bad life? Adorno Prize Lecture, 11. September 2012, S. 10, die die Frage, wie man ein gutes Leben leben kann, als „one of the elementary questions of morality, indeed perhaps its defining question“ bezeichnet.

¹⁵ *Camus*, Der Fremde, S. 143.

¹⁶ *Meyer*, Gleichheit und Nichtdiskriminierung – die deutsche Debatte, in: Wolfrum (Hrsg.), Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz, S. 80.

¹⁷ *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 257, S. 398.

¹⁸ Ebd., § 258, S. 403.

¹⁹ Ebd., § 258, S. 399 [Hervorhebung im Original].

²⁰ Ebd.

²¹ Ebd.

²² Ebd.

(Gewalt-)Mitteln verwirklichen lassen, so mag man es auch als „Aufgabe“ des Staates verstehen, diese Vorstellungen durchzusetzen. Nun könnte man dem Staat auf diese Weise die Aufgabe der Her- und Sicherstellung von Gerechtigkeit zuweisen – oder alternativ: es als Obliegenheit des Staates verstehen, gerechte(re) Verhältnisse zu schaffen, um den Frieden im Staat zu sichern.²³ Vielleicht muss hier auch nicht geklärt werden, was genau die Aufgabe eines Staates ist. Es mag reichen festzustellen, dass einige Mitglieder dieses Staates diesem die Aufgabe zuweisen, (soziale) Gerechtigkeit herzustellen und zu gewährleisten. Dies wiederum wird von anderen Mitgliedern dieses Staates bestritten. Streit besteht zudem im Hinblick auf die Frage, was denn überhaupt gerechte Verhältnisse in einem Staat sind und auf welche Weise – starker Staat oder „unsichtbare Hand“²⁴ – er dieser Aufgabe nachkommen soll. Dieses Spannungsfeld liefert die Hintergrundfolie für diese Untersuchung, die sich einer Detailfrage in diesem Gefüge widmet: Auf welche Weise antwortet der Staat (oder eine Gemeinschaft von Staaten) mit den Mitteln des Rechts auf soziale Ungleichheit?

B. Forschungsleitende Fragestellung

Ungleichheit und Fragen einer gerechten Verteilung von Ressourcen und Wohlstand gehören zu den vordringlichen Themen in öffentlichen Debatten unserer Zeit.²⁵ Gosepath bezeichnet Gleichheit als „gegenwärtig das kontroverseste unter den großen sozialen Idealen“.²⁶ Seit 2015 zählt die Reduktion von Ungleichheit in und zwischen den Ländern zu den Zielen nachhaltiger Entwicklung der Vereinten Nationen,²⁷ dem Nachfolgeprojekt zu den Millenniums-Entwicklungszielen. Selbst auf Ebene der G20 sind die Themen Inklusion und Verringerung von Ungleichheit angekommen.²⁸ Nimmt soziale Ungleichheit zu? Wächst

²³ Vgl. dazu die Präambel der Verfassung der Internationalen Arbeitsorganisation, die betont, dass der „Weltfriede auf die Dauer nur auf sozialer Gerechtigkeit aufgebaut werden“ kann; Internationales Arbeitsamt, Verfassung der Internationalen Arbeitsorganisation und Geschäftsordnung der Internationalen Arbeitskonferenz.

²⁴ *Smith*, *Wealth of Nations*, S. 349.

²⁵ Vgl. *Atkinson*, *Inequality. What Can Be Done?*, S. 1 und *Picketty*, *Capital in the Twenty-First Century*, S. 1. So widmen sich beispielsweise die Frankfurter Allgemeine Zeitung (online unter <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/arm-und-reich/arm-und-reich-der-ungleichheits-schwerpunkt-der-f-a-z-14082843.html>), die Süddeutsche Zeitung (http://www.sueddeutsche.de/thema/Ungleichheit_in_Deutschland) oder The Guardian (<https://www.theguardian.com/inequality/2017/apr/25/inequality-project-guardian-in-depth-look-unequal-world-equality>) mit thematischen Schwerpunkten gezielt dem Thema Ungleichheit.

²⁶ *Gosepath*, *Begriffliche Grundlagen*, in: Sedmak (Hrsg.), *Gleichheit*, S. 19.

²⁷ Siehe unten § 3 D.I. 4. a) ee) (2).

²⁸ G20, *Leaders' Communique Hangzhou Summit*, 4.-5. September 2016, Absatz 8: „We will also strive to reduce excessive imbalances, promote greater inclusiveness and reduce inequality in our pursuit of economic growth.“

die Kluft zwischen Arm und Reich nicht nur in sogenannten Entwicklungsländern, sondern auch in den Industrienationen?²⁹ Falls dies zutrifft, handelt es sich dennoch lediglich um eine Kurvenbewegung, wie sie zum Beispiel Kuznets beschreibt,³⁰ so dass auf eine Zunahme von Ungleichheit auch wieder ihre Abnahme zu erwarten ist?³¹ Welche Antworten auf diese Fragen gefunden werden, hängt sehr davon ab, „wes Geistes Kind“ die Beantwortende ist, beispielsweise ob sie Anhängerin der Theorie einer notwendigen funktionalen Differenzierung³² und damit verbundener Ungleichheit in der Gesellschaft ist oder eine radikale Gleichverteilung allen Vermögens befürwortet.³³

Diese Arbeit nimmt soziale Ungleichheit aus der (vermeintlich) neutralen Perspektive des Rechts in den Blick. Im Mittelpunkt steht die zunehmende Anzahl von Maßnahmen, die – international wie national – ins Leben gerufen werden, um Ungleichheit zu begegnen.³⁴ Gegenstand der Betrachtung soll allein der rechtliche Status quo sein, eine Bestandsaufnahme also im Kontext folgender übergeordneter Fragen: Welche Antworten findet das Recht³⁵ auf soziale Ungleichheit? In welcher Hinsicht können wir von einem rechtlich induzierten „Mehr“ an Gleichheit sprechen? Und wie wird diese durch das Recht (möglicherweise) geschaffen oder verstetigt?

Die vorliegende Untersuchung möchte einen Beitrag zu den genannten Fragen leisten, indem sie die inter-, supra- und nationalen Maßnahmen, die soziale Ungleichheit adressieren (sollen), in den Blick nimmt und auf ihre Zielsetzung (z. B. Statusgleichheit, Chancengleichheit, Gleichbehandlung, Umverteilung) hin

²⁹ Diese Frage bejahen z. B. Berichte der OECD (Divided We Stand – Why Inequality Keeps Rising, S. 22 ff.), des Deutschen Bundestags (Lebenslagen in Deutschland – Entwurf des 4. Armuts- und Reichtumsberichts der Bundesregierung, 17. September 2012, S. 315 ff.) sowie der Europäischen Kommission (Why socio-economic inequalities increase? Facts and policy responses in Europe, S. 3 ff.).

³⁰ Kuznets, Economic Growth and Income Inequality, in: The American Economic Review 45 (1955), S. 1 ff.

³¹ Vgl. für eine Diskussion von Kuznets' Thesen Picketty, Capital in the Twenty-First Century, S. 11 ff.

³² Vgl. Davis/Moore, Einige Prinzipien der sozialen Schichtung, in: Hartmann (Hrsg.), Moderne amerikanische Soziologie, Stuttgart 1973, S. 396 ff.

³³ Selbst wenn man einen objektiven und universell gültigen Gerechtigkeitsmaßstab für den Ausgleich potenziell widerstreitenden Verteilungsinteressen finden würde, bestünde auch hier noch die Gefahr, dass seine Umsetzung in der „Rechtswirklichkeit“ scheitern könnte. Geht man jedoch davon aus, dass ein solcher Gerechtigkeitsmaßstab immer auch abhängig von seiner Zeit ist, d. h., dass er dem Wandel gesellschaftlicher Ansichten unterliegt, bleibt die Beantwortung der oben genannten Frage(-n) Gegenstand subjektiver Wertung der Vertreter eben dieser Zeit.

³⁴ Vgl. für die international Ebene Hofmann, Is There a „Big Picture“? – Mapping the Landscape of International Equality-Oriented Policies, in: Graser/Jackson, (Hrsg.), Equality-Oriented Policies, S. 1 ff.; für Deutschland Hänlein/Hofmann, „Equality-Oriented Policies“ in Germany; ebd., S. 1 ff.

³⁵ Zwar werden im Rahmen der *soft policies* auch andere Maßnahmen betrachtet; diese machen jedoch nur einen geringen Anteil aus.

analysiert. Folgende Hypothesen leiten dabei den Gang der Untersuchung: 1. Einerseits ist eine *Abnahme askriptiver Determinanten von sozialer Ungleichheit* im Recht zu beobachten. Diese geht mit der Herausbildung des Wertes „Statusgleichheit“ einher. 2. Andererseits *zielt der Großteil der Maßnahmen auf Rechts- und Chancengleichheit ab*. Diese hinterlassen teilweise den Eindruck, sie seien lediglich Produkte eines selbstreferenziellen Systems mit wenig Bezug zur Rechtswirklichkeit und damit auch mit wenig steuerbaren Wirkungen darin. 3. Dieser Fokus auf Rechts- und Chancengleichheit öffnet jedoch auch die Tür für die *Entstehung neuer oder die Perpetuierung von Ungleichheiten*.

Weder im internationalen noch im nationalen Raum wurde bisher eine rechtswissenschaftliche Arbeit vorgelegt, die umfassend systematisch analysiert, auf welche Weise das Recht mit sozialer Ungleichheit umgeht. Zwar gibt eine Vielzahl von rechtswissenschaftlichen Publikationen, die sich mit Einzelthemen im Kontext der geplanten Arbeit beschäftigen (beispielsweise den Gleichheitssätzen oder Diskriminierungsverboten);³⁶ hinzu kommen Schriften, die Ungleichheit als genuin sozialrechtliches „Aufgabengebiet“ verstehen.³⁷ Jedoch fehlt es an einer Untersuchung, die diese Einzelthemen zusammenbringt. Hier möchte diese Arbeit ansetzen.

I. Hypothese 1: Abnahme askriptiver Determinanten sozialer Ungleichheit im Recht

Die Diskriminierungsverbote in den Kern-Menschenrechtspakten der Vereinten Nationen sowie in zahlreichen nationalen Verfassungen nennen unter anderem folgende Aspekte, aufgrund derer Ungleichbehandlung nicht erfolgen darf: Rasse,³⁸ Hautfarbe, Abstammung, Nationalität oder nationale, ethnische oder

³⁶ Vgl. unter anderem *Altwickler*, Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz; *Cotter*, Heaven forbid – An international legal analysis of religious discrimination; *Damm*, Menschenwürde, Freiheit, komplexe Gleichheit: Dimensionen grundrechtlichen Gleichheitsschutzes; *Dax*, Das Gleichbehandlungsgebot als Grundlage positiver subjektiv-öffentlicher Rechte; *Hartmann*, Willkürverbot und Gleichheitsgebot; *Leder*, Das Diskriminierungsverbot wegen einer Behinderung; *Leibholz*, Die Gleichheit vor dem Gesetz; *Meyer*, Das Diskriminierungsverbot des Gemeinschaftsrechts als Grundsatznorm und Gleichheitsrecht; *Rademacher*, Diskriminierungsverbot und „Gleichstellungsauftrag“ – Zur Auslegung des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG; *Straßmair*, Der besondere Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG: Eine Untersuchung zu Gehalt und Struktur des Diskriminierungsverbotes sowie seiner Bedeutung für die verfassungsrechtliche Stellung und soziale Gleichstellung von Menschen; *Farrior*, Equality and Non-Discrimination Under International Law.

³⁷ Vgl. exemplarisch *Dern*, Sozialrechtliche Gleichstellungs- und Antidiskriminierungskonzeptionen: Begründung, Systematik und Implementierung; *Heinig*, Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit; *Zacher*, Sozialrecht und Gerechtigkeit, in: Kaufmann/Mestmäcker/Zacher (Hrsg.) Rechtsstaat und Menschenwürde – Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag, S. 669ff.

³⁸ In dieser Arbeit werden die Begriffe „Rasse“, „Geschlecht“ oder „Behinderung“ als Ka-

soziale Herkunft, politischer/rechtlicher/internationaler Status des Heimatlandes, Geburt oder Status, Ehestand, Alter, Geschlecht,³⁹ Behinderung,⁴⁰ Sprache, Religion, politische oder andere Meinung, Eigentum, wirtschaftliche Situation. Bis auf die beiden letztgenannten Punkte, bei denen Ausnahmen denkbar sind,⁴¹ handelt es sich bei allen anderen um Eigenschaften, die ohne eigenes Zutun, ohne Eigenleistung „erworben“ werden. Darüber hinaus existiert international wie national eine Vielzahl von Normen, die Gleichheit im und vor dem Recht postulieren. In diesem Zusammenhang vertrat Talcott Parsons die These, dass es über die Zeit global zu einer Abnahme askriptiver,⁴² d. h. zugeschriebener, Determinanten sozialer Ungleichheit gekommen ist.⁴³ Er nannte insbesondere Religion, Ethnizität, lokale und regionale Partikularismen sowie die Zugehörigkeit zu bestimmten sozialen Klassen als Beispiele für solche zugeschriebenen Determinanten.⁴⁴ Parsons war der Ansicht, mit der Erosion dieser tradierten Legitimationsfiguren ginge eine Erhöhung des Rechtfertigungsdrucks sozialer Ungleichheit im Hinblick auf ihren Beitrag zum „Funktionieren“ der Gesellschaft einher.⁴⁵ Parallel dazu diagnostizierte er eine Institutionalisierung sich kontinuierlich erweiternder Bezugspunkte von Gleichheit im Zusammenhang mit Demokratisierungsprozessen (zumindest innerhalb der „liberalen Welt“)⁴⁶

tegorien in Rechtsnormen verwendet. Versteht man alle diese Begriffe nicht als naturwissenschaftliche Eigenschaften, sondern als soziale Konstruktionen, kann sich ein Spannungsverhältnis zum normativen Gehalt dieser Kategorien ergeben, auf das in dieser Untersuchung jedoch nicht näher eingegangen werden kann. Vgl. zum Verständnis der genannten Kriterien als soziale Konstruktionen beispielsweise *Pelinka/Haller*, „Rasse“ – eine soziale und politische Konstruktion. Strukturen und Phänomene des Vorurteils Rassismus; *Michaelsen*, „Sinnliche Evidenzen“. Sprachkritische Überlegungen zur Verwendung des Begriffs „Rasse“ im Entwurf des Antidiskriminierungsgesetzes, in: *Forum Recht* 4 (2005), S. 125 ff.; *Gildemeister*, Soziale Konstruktion von Geschlecht: „Doing gender“, in: *Wilz* (Hrsg.), *Geschlechterdifferenzen – Geschlechterdifferenzierungen*, S. 167 ff.; *Bendel*, Behinderung als zugeschriebenes Kompetenzdefizit von Akteuren. Zur sozialen Konstruktion einer Lebenslage, in: *Zeitschrift für Soziologie* 28 (1999), S. 301 ff.; themenübergreifend *Berger/Luckmann*, *Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit*.

³⁹ Siehe § 1 Fn. 38.

⁴⁰ Siehe § 1 Fn. 38.

⁴¹ Inwieweit Religionszugehörigkeit oder die politische Einstellung mit oder ohne eigenes Zutun erworben werden, lässt sich freilich diskutieren.

⁴² Vgl. zum Begriff *Solga/Berger/Powell*, *Soziale Ungleichheit – kein Schnee von gestern!*, in: dies. (Hrsg.), *Soziale Ungleichheit*, S. 16 f.

⁴³ *Parsons*, *Equality and Inequality in Modern Society, or Social Stratification Revisited*, in: *Sociological Inquiry* 40 (1970), S. 13 ff. Zum Begriff der Determinanten siehe unten § 2 A. III. 2. a).

⁴⁴ *Parsons*, *Equality and Inequality in Modern Society, or Social Stratification Revisited*, in: *Sociological Inquiry* 40 (1970), S. 14 ff.

⁴⁵ Ebd., S. 27.

⁴⁶ *Parsons*, *Equality and Inequality in Modern Society, or Social Stratification Revisited*, in: *Sociological Inquiry* 40 (1970), S. 27. Offen bleibt hier, was er unter der „liberalen Welt“ versteht.

und damit verbunden eine Minimierung institutionalisierter Aristokratie.⁴⁷ In diesem Prozess sieht er die Herausbildung eines „value-commitment“⁴⁸ hinsichtlich einer grundlegenden Statusgleichheit aller Mitglieder moderner Gesellschaften.⁴⁹

Parsons' Annahme soll in dieser Untersuchung ausführlicher erforscht werden. Da die Annahme global formuliert ist, ist primärer Betrachtungsgegenstand die völkerrechtliche Ebene. Spiegelt sich die Abnahme askriptiver Determinanten sozialer Ungleichheit im Völkerrecht wider? Was macht einen Wert aus, und welche Anhaltspunkte gibt es für einen Wert „Statusgleichheit“ im Völkerrecht? Dazu ist zunächst eine Bestandsaufnahme möglicher Determinanten sozialer Ungleichheit erforderlich. In einem historischen Überblick soll sodann die Bewertung dieser Determinanten im internationalen Recht nachgezeichnet werden. Hierfür ist ein Blick aus der Vogelperspektive erforderlich. Dieser muss notgedrungen eine Vielzahl von Einzelfällen ausblenden. Gleichzeitig darf er das Wechselspiel zwischen nationalem und internationalem Recht nicht ignorieren. Die Entwicklung im internationalen Recht wird daher mit ihren verschiedenen nationalen Ankern nachgezeichnet. Zeitlicher Ausgangspunkt ist dabei die Zeit der (europäischen) Aufklärung. Auf den ersten Blick mag dieser Fokus eurozentristisch wirken. Soweit es um regulative internationale gleichheitsorientierte Politiken geht, lieferte das Gedankengut der europäischen Aufklärung jedoch eine wichtige Basis für die Formulierung zentraler internationaler Menschenrechtsinstrumente.

II. Hypothese 2: Fokus auf Rechtsgleichheit und formaler Chancengleichheit

Betrachtet man die komplexen Dimensionen sozialer Ungleichheit, so bietet sich eine Vielzahl von Zielsetzungen rechtlicher Maßnahmen an. Dennoch stellen gleichheitsorientierte internationale, europarechtliche und nationale Maßnahmen – so die Hypothese – mehrheitlich auf die Gewährleistung gleicher Rechte und auf Nichtdiskriminierung einerseits sowie auf die Förderung formaler Chancengleichheit andererseits ab. Als formal wird hier eine Chancengleichheit bezeichnet, die lediglich die rechtlichen Voraussetzungen für den Zugang zu bestimmten Chancen schafft, ihre tatsächliche Verwirklichungsmöglichkeit jedoch nicht sicherstellt. Auch hier lässt sich die Hypothese aussa-

⁴⁷ Parsons, Equality and Inequality in Modern Society, or Social Stratification Revisited, in: Sociological Inquiry 40 (1970), S. 13f., S. 31.

⁴⁸ Der Begriff lässt sich wohl am ehesten mit „Wertüberzeugung“ übersetzen; vgl. zur näheren Bestimmung Parsons, On the Concept of Value-Commitments, in: Sociological Inquiry 38 (1968), S. 135ff.

⁴⁹ Parsons, Equality and Inequality in Modern Society, or Social Stratification Revisited, in: Sociological Inquiry 40 (1970), S. 13f., S. 31.

gekräftigt nur in einer Gesamtschau der inter-, supra- und nationalen Ebene überprüfen. Besonderes Augenmerk wird dabei auf die Gerichte gelegt, die manche als Hoffnungsträger zur Verwirklichung substanzieller Gleichheit ansehen, die von anderen hingegen gerade in Fällen mit sozialpolitischem Bezug für die Überschreitung der durch die Gewaltenteilung gesetzten Grenzen kritisiert werden.

III. Hypothese 3: Perpetuierung sozialer Ungleichheit im Recht und durch das Recht

Basierend auf den zu Hypothesen 1 und 2 gewonnenen Erkenntnissen wird in einem dritten Schritt der Frage nachgegangen, ob und wie rechtliche Maßnahmen wiederum Ungleichheit generieren oder perpetuieren können. Eine empirische Messung durch Recht geschaffener „realer“ sozialer Ungleichheit würde den Rahmen dieser rechtswissenschaftlichen Analyse sprengen. Daher liegt der Fokus zunächst auf der Frage, wie sich im Recht und durch das Recht bestimmte Determinanten sozialer Ungleichheit trotz oder wegen bestimmter gleichheitsorientierter Maßnahmen verstetigen.

Am Beispiel insbesondere der regionalen nationalen Ebene sollen einige Schlaglichter aufgezeigt werden. Aufgrund des hohen Ausdifferenzierungsgrades europäischer und deutscher gleichheitsorientierter Politiken⁵⁰ verwundert es, warum soziale Ungleichheit hier nicht weiter abnimmt. Sofern gleichheitsorientierte Regelungen jedoch etwa in erster Linie Chancengleichheit fördern und erreichen wollen, kann die unterschiedliche Verwirklichung dieser Chancen weiterhin ungleiche Ergebnisse nach sich ziehen. Darüber hinaus werden gleichheitsorientierte Maßnahmen vermutlich nicht auf eine Aufhebung funktionaler Differenzierung⁵¹ in der Gesellschaft abzielen. Wenn mit dieser funktionalen Differenzierung jedoch ein unterschiedlicher Zugang zu politischer Macht, finanziellen oder anderen Ressourcen (Land, Rohstoffe, sonstige Betriebsmittel, Energie, Personen, etc.) verbunden ist, können auch deswegen Ungleichheiten weiter bestehen. Ferner können andere gesetzliche Regelungen dazu führen, dass soziale Ungleichheit perpetuiert wird. Als solche wären unter anderem zu nennen: steuerrechtliche Vorteile, Eigentumsrechte, erbrechtliche Regelungen, Urheberrechte, Staatsbürgerschaftsrechte.

⁵⁰ Vgl. *Hänlein/Hofmann*, „Equality-Oriented Policies“ in Germany, in: Graser/Jackson, (Hrsg.), *Equality-Oriented Policies*, S. 1 ff.

⁵¹ Unsere Gesellschaftsordnung basiert auf funktionaler Differenzierung, d. h., sie bildet unterschiedliche Aufgaben- und Zuständigkeitsbereiche heraus; vgl. zum Begriff *Lessenich*, *Theorien des Sozialstaats*, zur Einführung, S. 29 f.

Sachregister

- Anerkennung 38f.
Affirmative action 97ff., 220ff., 255ff.
Allgemeine Bemerkungen 118ff.
Allgemeine Erklärung der Menschenrechte 115ff.
Antidiskriminierung 90ff., 217ff., 249ff.
Arbeitsförderung 292f.
Arbeitslosenversicherung 269ff.
- Bedürfnisse 1ff., 42f.
Bildungssystem 291f.
- Chancengleichheit, *siehe* Gleichheit
- Daseinsvorsorge 290f.
Decent Work Agenda 167ff.
Distributive Politiken 54
- Entwicklungszusammenarbeit 104, 106ff., 125ff., 162,
Equality-Oriented Policies (EOPs) 49ff.
Ergebnisgleichheit, *siehe* Gleichheit
Erklärung von Philadelphia 172ff.
Erklärung über die grundlegenden Rechte und Prinzipien bei der Arbeit 176ff.
Erklärung über soziale Gerechtigkeit für eine faire Globalisierung 179ff.
Ermessensbasierte Ausgaben 54f.
Europäische Sozialcharta 201ff., 206f.
Europäische Union 210ff.
Europarat 190ff.
- Gender Mainstreaming 142
General Comments, *siehe* Allgemeine Bemerkungen
Gerechtigkeit 33ff.
- soziale Gerechtigkeit 151ff.
Gleichheit
– Begriff 14ff., 29ff.
– Chancengleichheit 45ff., 299ff.
– Dimensionen 17ff.
– Ergebnisgleichheit 45ff.
– formale Gleichheit 44f.
– Rechtsgleichheit 31
– Sphären 17ff.
– Statusgleichheit 53ff., 57ff., 62f.
– substantielle Gleichheit 44f.
– Typen 17ff.
Gleichheitssätze 52ff., 84ff., 235ff.
Grundrechte, soziale 260ff.
- Internationale Arbeitsorganisation 75ff., 147ff.
Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte 86ff., 91, 94, 96, 101
Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte 87f., 91, 96, 102, 121
Internationaler Währungsfonds 110ff.
Internationales Übereinkommen über die Beseitigung jeder Form der Rassendiskriminierung 86, 89f., 91f., 94, 96, 99f.
Internationales Übereinkommen zum Schutz der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen 85, 89, 93, 96, 102
- Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten 191ff., 205f.
Krankenversicherung 271ff.
- Menschenwürde 37f., 62, 170ff.

- Millenniums-Entwicklungsziele 125 ff.
 Minderheiten 100 f.
- Pflegeversicherung 276 f.
- Rechtsgleichheit, *siehe* Gleichheit
 Regulatorische Politiken 52 ff.
 Rentenversicherung 274 f.
- Soft policies 55
 Solidarität 39 ff.
 Sozialversicherung 269 ff.
 Statusgleichheit, *siehe* Gleichheit
 Sonderberichterstattende 136 ff.
 Substanzielle Gleichheit, *siehe* Gleichheit
- Übereinkommen über die Rechte des Kindes 90, 93, 96, 99, 101 f., 120,
 Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderung 86, 88 f., 93, 96, 99 f., 102, 119, 286
- Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau 89, 92, 95 f., 99 f.
 UN Global Compact 135 f.
 Ungleichheit, soziale 20 ff.
 - Auswirkungen 26
 - Determinanten 23 f.
 - Dimensionen 24
 - Mensch als Bezugspunkt 21 ff.
 - Strukturebenen 23 ff.
 - Ursachen 25
 Unfallversicherung 275 f.
 Universalität 79 ff.
- Vereinte Nationen 77 ff.
- Weltbankgruppe 110 ff.
 Werte 60 ff.
- Zugehörigkeit 55 f.