

Postkategoriales Antidiskriminierungsrecht? – Oder: Wie kommen Konzepte der Intersektionalität in die Rechtsdogmatik?

Ulrike Lembke / Doris Liebscher

Abstract

Like others, German anti-discrimination law is based on a closed list of grounds for discrimination, (gender, race and religion). Moreover, these grounds are embedded within a complicated hierarchy of legal protection. Through this lense, legal actors face substantial risks: homogenizing intersectional experiences of discrimination, essentialising grounds for discrimination, and excluding outlier persons or experiencing multidimensional forms of discrimination apart from legal protection.

After reviewing the history, advantages and ‘collaterals’ of the categorical approach, this article shows that the prevalent German legal doctrine cannot adequately grasp multidimensional discrimination. Therefore the article suggests the adoption of a non-hierarchical post-categorical approach. This might help to draw attention from special groups and individuals to processes of social classification, stigmatization and subordination, then increase our awareness for the problems of intersectionality in legal discourse.

1. Einleitung

Ob Geschlecht, Herkunft oder Religion: merkmals- und/oder gruppenbasierte Konzepte sind weltweit die Regel im Antidiskriminierungsrecht.¹ Das erklärt sich einerseits aus der Entstehungstradition von Gleichheitsrecht, andererseits mit deren Vorteilen bei der Rechtsanwendung. Doch der gruppistische Ansatz² birgt Gefahren: Sozial hergestellte Differenzen

1 Wesentliche Unterschiede ergeben sich daraus, welche Kategorien als rechtlich relevant angesehen werden und, ob es sich um geschlossene (vgl. Art. 3 Abs. 3 GG) oder offene (jedenfalls im Rahmen akzessorischer Diskriminierungsverbote, bspw. Art. 2.2, 3 IPwskR oder Art. 2 KRK) Kataloge handelt.

2 Kritisch zu Gruppismus im Antidiskriminierungsrecht vgl. BAER, Susanne (2010): Chancen und Risiken Positiver Maßnahmen, in: HEINRICH BÖLL STIFTUNG: Positive Maßnahmen – Von Antidiskriminierung zu Diversity, Ber-

Postkategoriales Antidiskriminierungsrecht? – Oder: Wie kommen Konzepte der Intersektionalität in die Rechtsdogmatik?

können essentialisiert und unterschiedliche Lebensrealitäten innerhalb sozialer Gruppen homogenisiert werden. Mehrdimensionale Diskriminierungserfahrungen verschwinden so rasch im Konzept von »den Frauen«, »den Muslimen« oder »den Migrantinnen«.

Postkategoriale Ansätze machen sich vor diesem Hintergrund für eine Kritik kategorialer Zuordnungen stark, welche die rechtliche Beurteilung stärker auf Prozesse der Zuschreibung und Benachteiligung im Kontext von Macht- und Herrschaftsverhältnissen lenkt. Können damit auch Fälle mehrdimensionaler Diskriminierung besser erfasst werden? Oder bedient sich die Rechtsdogmatik bereits eines intersektionellen Zugriffs auf das geltende Antidiskriminierungsrecht? Unser Beitrag befragt die gruppenorientierte gleichheitsrechtliche Dogmatik wie auch postkategoriale Vorschläge auf ihre Relevanz sowie ihre Vor- und Nachteile für mehrdimensionale Konstellationen. Er diskutiert Vorschläge, ohne den Anspruch auf die richtige Lösung zu erheben, und versteht sich damit als Teil einer Debatte für ein adäquateres Antidiskriminierungsrecht in der Praxis mehrdimensionaler Diskriminierungsrealitäten.

2. Intersektionalität und mehrdimensionale Diskriminierung

In diesem Band werden die Konzepte von Intersektionalität und intersektioneller bzw. mehrdimensionaler Diskriminierung so vielfach verwendet, dass jede weitere Bezugnahme hierauf sich kurz fassen kann. Wir verwenden den Begriff der mehrdimensionalen Diskriminierung, weil im rechtswissenschaftlichen Diskurs verschiedene Begriffe wie additive, verstärkende, mehrfache oder intersektionelle Diskriminierung verwendet werden und wir einen Oberbegriff suchten, der auch die Möglichkeit impliziert, dass diese Unterscheidungen sich nicht ohne Weiteres in der Lebenswirklichkeit wiederfinden. Ob umgekehrt intersektionelle Diskriminierung als Rechtsproblem nicht überhaupt erst durch die Kategorienbildung im Antidiskriminierungsrecht entsteht, ist eine offene Frage, die unseren Beitrag auch prägen wird.

Intersektionalität als Konzept kann wie jede *traveling theory*³ im Lauf der Zeit mit ganz unterschiedlichen Bedeutungsinhalten gefüllt werden.

lin, verfügbar unter:

http://www.boell.de/downloads/Endf_Positive_Massnahmen.pdf, 11-20.

3 Vgl. CHEBOUT, Lucy (2011): *Wo ist Intersectionality in bundesdeutschen Intersektionalitätsdiskursen?*, in: SMYKALLA, Sandra / VINZ, Barbara, *Intersektio-*

Für uns kann Intersektionalität beschreiben, wie bestimmte gesellschaftliche Strukturen, anhand derer Anerkennung und Ressourcen verteilt werden, sich verstärken oder in einem solchen Schnittfeld soziale Positionierungen entstehen, die Handlungsmöglichkeiten und Teilhabe massiv reduzieren. Intersektionalität macht sichtbar und erklärt, warum wir alle manchmal privilegiert und manchmal diskriminiert sind, ohne die Erkenntnis der Ambivalenz sozialer Positionierungen in Beliebigkeit aufzulösen. Intersektionalität konfrontiert uns mit der Herausforderung, dass gesellschaftlich marginalisierte Gruppen – die ebenso häufig wie fehlerhaft als Minderheiten bezeichnet werden – sich auflösen, wenn wir auch die Überkreuzungen zwischen diesen Gruppen sowie die Bildung von Subgruppen und Sub-Subgruppen durch Abweichungen von der gesellschaftlichen Abweichung in den Blick nehmen.

Dies führt direkt zu unserem Thema: Intersektionalität stellt die Frage nach einem Gleichheits- und Antidiskriminierungsrecht, das für seine Funktionsfähigkeit nicht auf stabile Kategorien angewiesen ist. In vielen Rechtstexten ist von »Diskriminierungsmerkmalen« die Rede, ohne dass zwischen »empirischem« Anknüpfungsmerkmal und sozial hervorgebrachter Diskriminierungskategorie unterschieden wird. In manchen Gesetzen ist explizit von »Diskriminierungsgründen« die Rede, die nicht unterschiedliche Merkmale markieren, sondern Lebensrealitäten als Diskriminierungserfahrungen benennen.⁴ Es sind gesellschaftliche Strukturkategorien, entlang derer sich soziale Chancen und Positionen verteilen und Menschen stereotypisiert und kategorisiert werden. Deshalb sprechen wir im Folgenden von Diskriminierungskategorien.

3. Die historische Entwicklung von Gleichheitsrecht in Deutschland

Der Gleichheitsgrundsatz ist binär kodiert, die Kategorien im Besonderen Gleichheits- und im Antidiskriminierungsrecht dienen der Konkretisierung dieser Kodierung. Schon in der Verfassung steht der allgemeine Gleich-

heit zwischen Gender und Diversity, Westfälisches Dampfboot, Münster, 46–60.

- 4 BAER, Susanne / BITTNER, Melanie / GÖTTSCHE, Anna Lena (2010): Mehrdimensionale Diskriminierung – Begriffe, Theorien und juristische Analyse, Expertise im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes; verfügbar unter: http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/mehrdimensionale_diskriminierung_theorien.pdf?__blob=publicationFile, 5.

heitssatz neben dem Gebot der Gleichbehandlung der Geschlechter und mehreren Differenzierungsverboten, und dem gestuften Aufbau dieser Regelung entspricht ein gestufter Prüfungsmaßstab.

Artikel 3 Grundgesetz lautet:

»(1) Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.

(2) Männer und Frauen sind gleichberechtigt. Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin.

(3) Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.«

3.1 »Gleiches gleich, Ungleiches ungleich«

Personale Gleichheit ist ein relationaler Begriff.⁵ Ob Menschen gleich oder ungleich sind bzw. sein können oder behandelt werden sollen, ist eine Frage der Perspektive, nämlich der Vergleichsgruppenbildung, auf die das Recht nicht unwesentlichen Einfluss hat. »Gleiches gleich, Ungleiches ungleich« suggeriert dagegen einen empirischen Befund von (Un-) Gleichheit, auf den das Recht nur affirmativ reagieren müsse. Der Grundgedanke von Gleichheitsrecht ist aber zunächst die Gleichbehandlung von Ungleichen: Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich, ungeachtet ihrer individuellen Besonderheiten und Unterschiede. Zugleich stellt jede rechtliche Regelung auch eine Differenzierung dar.

Ob eine solche Differenzierung angesichts des grundsätzlichen Gleichheitsgebotes als zulässig zu bewerten ist, hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) zunächst nur am Maßstab des Willkürverbotes entschieden,⁶ welches dem Gesetzgeber einen extrem weiten Entscheidungsspiel-

5 Zur Relationalität des Gleichheitssatzes vgl. OSTERLOH, Lerke (2011): Artikel 3, in: SACHS, Michael, Grundgesetz. Kommentar, 6. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1 ff.

6 Seit BVerfG vom 23.10.1951, BVerfGE 1, 14–66, Wandel durch BVerfG vom 07.10.1980, BVerfGE 55, 72–95. Vgl. hierzu JARASS, Hans D. / PIEROTH, Bodo (2012): Artikel 3, in: JARASS, Hans D. / PIEROTH, Bodo, Grundgesetz. Kommentar, Verlag C.H. Beck, München, 14 ff.; KANNENGIESSER, Christoph (2011): Artikel 3, in: SCHMIDT-BLEIBTREU, Bruno / KLEIN, Franz / HOFMANN, Hans / HOPFAUF, Axel, Grundgesetz. Kommentar, Carl Heymanns Verlag, Köln, 16 ff.

raum zugestanden. Später galt die sogenannte neue Formel, wonach die Differenzierung überdies einer Verhältnismäßigkeitsprüfung standhalten muss.⁷ Die Entscheidung, ob die gesetzliche Regelung nur auf mögliche Willkür oder auch auf ihre Verhältnismäßigkeit zu überprüfen sei, trifft das BVerfG anhand des Kriteriums der Betroffenheit einer Personengruppe,⁸ wobei zunehmend von Belang ist, ob diese auf einem Merkmal beruht, das den Persönlichkeitskern der Betroffenen berührt.⁹ Das Gebot der Gleichbehandlung und die dem Recht inhärenten Differenzierungsmöglichkeiten nehmen durchaus zur Kenntnis, dass Unterschiede selbst zu unterscheiden sind.

3.2 Gleichheit als Differenzierungsverbot

Einige rechtliche Differenzierungen sind in Deutschland von Verfassungs wegen ausgeschlossen. Der abschließende Katalog von Kategorien aus Art. 3 Abs. 3 GG, die absolute Differenzierungsverbote auslösen, soll dadurch gekennzeichnet sein, dass es sich um für die einzelne Person unverfügbare Merkmale handelt, welche gruppenkonstituierend sind und an die besonders häufig gesellschaftliche Diskriminierungen anknüpfen.¹⁰ Die Exklusivität des Katalogs, dessen Zuschnitt sich ohnehin primär historisch erklärt, wird dadurch aufgeweicht, dass Differenzierungen anhand »fehlender« Merkmale wie sexuelle Identität oder Alter unter Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG einer strikten Verhältnismäßigkeitsprüfung unterworfen werden,¹¹ die sich dem Niveau eines formalen Differenzierungsverbotes durchaus annähert. Die Prüfung ist umso strenger,

7 Zur Relativität der Änderungen in der Rechtsprechungspraxis vgl. HEUN, Werner (2004): Artikel 3, in: DREIER, Horst: Grundgesetz. Kommentar, Band I, Mohr Siebeck, Tübingen, 22 ff.

8 Kritisch zur Trennung anhand der »Personengruppe«: Osterloh (2011), 27 ff.

9 Vgl. jüngst BVerfG vom 09.11.2011, Neue Juristische Wochenschrift 2012, 214–216.

10 Mit Fragen der Addition oder Überschneidung befasst sich aber keine der Kommentierungen, was der faktischen Bedeutungslosigkeit dieser Norm geschuldet sein könnte.

11 Vgl. BVerfGE 82, 126 (146); BVerfG vom 7.7.2009, Az. 1 BvR 1164/07, Rn. 85.

Postkategoriales Antidiskriminierungsrecht? – Oder: Wie kommen Konzepte der Intersektionalität in die Rechtsdogmatik?

»je mehr sich die personenbezogenen Merkmale den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten annähern und je größer deshalb die Gefahr ist, dass eine an sie anknüpfende Ungleichbehandlung zur Diskriminierung einer Minderheit führt.«¹²

Die Rechtspraxis stellt also auf gesellschaftlich benachteiligte Gruppen ab, die möglichst »unverschuldet« Opfer von Diskriminierungen sind.

Immerhin sind dabei Mechanismen gesellschaftlicher Diskriminierung im Fokus. Einen gesellschaftlich sensiblen Zugang hatte sich die Rechtspraxis nämlich zunächst durch die Lesart des Gleichheitssatzes als strikt formales Differenzierungsverbot verbaut. Der Vorteil einer solchen Lesart war, dass Vorsatz oder gar schädigende Absicht nicht bewiesen werden mussten. Einer der wesentlichen Nachteile eines formalen Differenzierungsverbotes war, dass mittelbare Diskriminierungen nicht erfasst werden können, da die fragliche »Sachregelung« gerade nicht an verpönte »persönliche Merkmale« anknüpft.¹³ Heute ist die Konzeption mittelbarer Diskriminierung in der Rechtsprechung der deutschen Gerichte allerdings anerkannt.¹⁴

3.3 Gleichheit und gesellschaftliche Wirklichkeit

Die Lösung vom formalen Differenzierungsverbot hatte auch den Vorteil, nicht mehr schematisch auf Gruppen zu fokussieren, sondern gesellschaftliche Wirklichkeiten stärker in den Blick nehmen zu können.¹⁵ Die Definition mittelbarer Diskriminierung durch das BVerfG wie auch seine späteren Entscheidungen zu positiven Maßnahmen weisen auf ein asymmetrisches Verständnis des Gleichbehandlungsgrundsatzes, auch wenn es sich nicht explizit hierzu bekannt hat. Die einschlägige Literatur hat diesen Ansatz dafür umso klarer herausgearbeitet: Zuschreibungen in Form eines

12 BVerfGE 88, 87 (96); BVerfGE 91, 346 (363); vgl. auch BVerfGE 124, 199 (220).

13 Der Vorschlag von Heun (2004), 124, dieses Problem durch die Interpretation von Art. 3 Abs. 3 GG als Begründungsverbot, welches auch »verdeckte Diskriminierungen« enttarnen sollte, zu lösen, konnte sich nicht durchsetzen. Es blieb vor allem das Problem, dass nach Intentionen oder Motiven der Regelung gefragt werden musste, was für die Feststellung einer Diskriminierung grds. unbeachtlich sein sollte.

14 Erstmals BVerfG vom 27.11.1997, BVerfGE 97, 35–49.

15 Bezüglich der Gleichberechtigung der Geschlechter hatte das BVerfG sogar zuvor schon von der kontrafaktisch gestaltenden Wirkung von Art. 3 Abs. 2 GG für die Zukunft gesprochen, vgl. BVerfG vom 28.01.1992, BVerfGE 85, 191–214.

»weiblichen Sozialschicksals« sollten durch die Möglichkeit eines »potenziellen Rollentausches« überwunden werden,¹⁶ Unterschiede zwischen Menschen sollten für das Recht nur dann relevant sein, wenn sie Ausdruck gesellschaftlich relevanter Dominierungen bzw. Hierarchisierungen sind.¹⁷

Spätestens mit diesem asymmetrischen Verständnis, wonach nicht jede Ungleichbehandlung eine Diskriminierung darstellt, sondern Gleichheitssatz und Differenzierungsverbote nur zugunsten gesellschaftlich marginalisierter Personen gelten sollen, wurde das Gleichheitsrecht untrennbar mit Fragen gesellschaftlicher Machtverhältnisse verknüpft. Indessen war mit der Lösung vom formalen Differenzierungsverbot keine Aufgabe gruppenkonstituierender Merkmale oder Kategorien verbunden, der asymmetrische Ansatz beruht ebenso auf ihnen wie die Konzeption mittelbarer Diskriminierung oder die Idee positiver Maßnahmen. Die mögliche Verschränkung dieser Kategorien wurde im verfassungsrechtlichen Bereich nur singular diskutiert.¹⁸

3.4 Gleichheitsrecht und Antidiskriminierungsgesetze

Da das Gleichheitsrecht in der deutschen Verfassung über einen allgemeinen Gleichheitssatz hinausgeht, nimmt es einen gewissen Mehrwert von Antidiskriminierungsgesetzen bereits vorweg. Deren besondere Diskriminierungsverbote und Gleichstellungsgebote reagieren zugunsten von Menschen, die nicht privilegierten gesellschaftlichen Gruppen zugeordnet werden, auf soziale Ungleichheitsverhältnisse. Aus der historischen Verantwortung,¹⁹ besonderen Schutzbedürftigkeit²⁰ oder sozialen Verwerf-

16 Hierzu SLUPIK, Vera (1988): Die Entscheidung des Grundgesetzes für Parität im Geschlechterverhältnis, Duncker & Humblot, Berlin, 80 ff.

17 Dazu grundlegend BAER, Susanne (1995): Würde oder Gleichheit? Zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption von Recht gegen Diskriminierung, Nomos, Baden-Baden; und SACKSOFSKY, Ute (1991): Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, Nomos, Baden-Baden, 2. Auflage 1996. Zu aktuellen dogmatischen Diskussionen vgl. auch ADAMIETZ, Laura (2011): Geschlecht als Erwartung, Nomos, Baden-Baden; und ELSUNI, Sarah (2011): Geschlechtsbezogene Gewalt und Menschenrechte, Nomos, Baden-Baden.

18 Ausnahmecharakter hat insofern ZINSMEISTER, Julia (2007): Mehrdimensionale Diskriminierung. Das Recht behinderter Frauen auf Gleichberechtigung, Nomos, Baden-Baden.

19 DREIER, Horst (2008): Artikel 3, in: DREIER, Horst, Grundgesetz, Band 1, C.H.Beck, München, 125; SACHS, Michael (2010): Besondere Gleichheitsga-

lichkeit²¹ resultiert eine erhöhte Schutzdichte, die sich in materieller und verfahrensrechtlicher Hinsicht auswirkt.

Die Anforderungen an die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen, die direkt an eine gesetzlich anerkannte Diskriminierungskategorie anknüpfen, sind strenger als der Rechtfertigungsmaßstab im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes. Im einfachgesetzlichen Recht spiegelt sich dieses Prinzip in den Rechtfertigungstatbeständen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) wider.²² Nur in den Fällen, in denen eine zulässige unterschiedliche Behandlung ausdrücklich gesetzlich normiert ist, darf aufgrund der geschützten Kategorien differenziert werden. Eine weitere Besonderheit ist die Verpflichtung zu oder Ermöglichung von nachteilsausgleichenden positiven Maßnahmen zur Herstellung tatsächlicher Gleichheit. Angesichts asymmetrischer gesellschaftlicher Ausgangsbedingungen dienen positive Maßnahmen der Ausgestaltung und nicht der Verletzung von Diskriminierungsverboten.²³

4. Vorteile von kategorien- und gruppenbasierten Konzepten

4.1 Klarstellungs- und Symbolfunktion

Die abschließende Aufzählung von Diskriminierungskategorien stellt klar, dass nicht jede Ungleichbehandlung auch eine Diskriminierung ist. Diskriminierungen im Rechtssinne knüpfen an individuell nicht disponible Eigenschaften oder Merkmale an, »auf die der Einzelne keinen oder nur einen begrenzten Einfluss nehmen kann«²⁴ Die Entscheidung zu rauchen, Auto zu fahren oder ein sichtbares Piercing zu tragen, unterscheidet sich von der Frage, ob ein Mensch als Mann oder als Frau wahrgenommen

rantien, in: ISENSEE, Josef / KIRCHHOF, Paul, Handbuch des Staatsrechts, Band VIII, C.F.Müller, Heidelberg, § 182, 39.

20 Gesetzesbegründung zum AGG, BT-Drs. 16/1780, 23.

21 Vgl. ROTTLEUTHNER, Hubert / MAHLMANN, Matthias (2011): Diskriminierung in Deutschland, Nomos, Baden-Baden, 23; BT-Drs. 16/1780, 22.

22 AGG vom 14. August 2006, BGBl. I S. 1897.

23 Vgl. SCHIEK, Dagmar (2007): AGG, Sellier European Law Publisher, München, Einl 54; § 5, 3; KLOSE, Alexander / MERX, Andreas (2010): Positive Maßnahmen zum Ausgleich bestehender Nachteile i.S.d. § 5 AGG, ADS Bund, Berlin, 19.

24 BVerfGE 96, 288 (302), für Behinderung, Geschlecht, Abstammung, »Rasse«, Sprache.

wird oder ob er_sie Männer und/oder Frauen begehrt. Im rechtswissenschaftlichen Diskurs spielt der Aspekt der »unveränderlichen Persönlichkeitsmerkmale« meist die zentrale Rolle. Diese sind jedoch als soziale Zuschreibungen von der – häufig unterbelichteten – historischen und strukturellen Dimension nicht zu trennen. Sie wirken sich »häufig erst im Zusammenwirken mit entsprechenden Einstellungen und Vorurteilen im gesellschaftlichen Umfeld nachteilig aus«. ²⁵ Benachteiligungen aufgrund von Herrschaftsverhältnissen wie Rassismus ²⁶, Antisemitismus, Sexismus, Heteronormativität, Ableism, Agism und Adultism haben eine lange Geschichte von Gewalt und Diskriminierung, auf die Antidiskriminierungsrecht reagiert. Sie sind besonders tief in Stereotypen, Diskursen, Normen und Institutionen verwurzelt und sind sozial bedeutsam, weil sie auch über gesellschaftliche Positionierungen und Ressourcen, über Entfaltungsmöglichkeiten ²⁷ entscheiden.

4.2 Demokratische Legitimation

Ein abschließender positiver Katalog stellt sicher, dass die grundlegende Entscheidung darüber, welche sozialen Gruppen oder Individuen aufgrund von Diskriminierung besonderen Schutzes bedürfen, dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber und nicht den einzelnen Gerichten obliegt.

4.3 Statistische Erfassung von Diskriminierung

Um Diskriminierung nachzuweisen, bietet es sich an, Vergleichsgruppen zu bilden. Bezüglich mittelbarer Diskriminierung wird diese als unerlässlich betrachtet. ²⁸ Auch zur Begründung positiver Maßnahmen zum Nachteilsausgleich werden statistische Daten erhoben, die die Benachteiligung bestimmter Bevölkerungsgruppen bzw. den Erfolg von Fördermaßnahmen abbilden sollen.

25 BVerfGE 96, 288 (302).

26 Im deutschen Rechtsdiskurs wird dabei meist auf den Nationalsozialismus verwiesen, viel zu selten auf den Kolonialismus.

27 Das BVerfG spricht von der »Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten«, BVerfGE 95, 267 (316 f.).

28 Siehe BT-Drs. 16/1780, S. 32 f.

4.4 Rechtssicherheit

Recht muss abstrakt und verständlich formuliert sein. Eine klare Regelung von Diskriminierungskategorien dient der Funktions- und Leistungsfähigkeit des Rechtssystems. Im wissenschaftlichen Austausch ebenso wie bei der Rechtsdurchsetzung im internationalen und europäischen Mehrebenensystem bietet der Bezug auf bestimmte, abgegrenzte und anerkannte Diskriminierungskategorien einen allgemein verständlichen Referenzrahmen.

5. Dilemmata der Kategorisierung

Die Fallstricke von Gleichheitsrecht, das auf Kategorien und Gruppen setzt, werden unter dem Stichwort »*Dilemma der Differenz*« diskutiert. Kritisiert werden die Unflexibilität eines abschließenden Merkmalskatalogs, Hierarchisierungen innerhalb des bestehenden Rechtsschutzes, die Gefahr der Reproduktion essentialistischer Stereotype und die homogenisierenden Effekte von Gruppenbildungen, die Intersektionalitäten unsichtbar machen. Diese Gefahren bestehen bei mehrdimensionaler Diskriminierung in besonderem Maße.

5.1 Exklusion

Die Diskriminierungsdimensionen ostdeutsche Herkunft und sozialer Status sind in der bundesdeutschen Lebensrealität evident,²⁹ jedoch nicht durch das AGG geschützt. Diese Schutzlücken führen bspw. dazu, dass Betroffene, die als »Ostdeutsche« diskriminiert wurden, eine Benachteiligung aufgrund der »ethnischen Herkunft« nachzuweisen versuchten, was die Gerichte – zu Recht – ablehnen.³⁰ Auch die Diskriminierung übergewichtiger Menschen, insbesondere Frauen,³¹ ist über das AGG nicht er-

29 Vgl. GOEL, Urmila (2010): Westprivilegien im vereinten Deutschland, in: telegraph 120/121, 8-15.

30 ArbG Stuttgart, NZA-RR 2010, 344-345; ArbG Würzburg, 23.01.2009, Az. 3 Ca 644/08.

31 Vgl. GIEL, K.E. u.a. (2010): Weight Bias in Work Settings – A Qualitative Review. ObesityFacts, 33-40; Spiegel online (2010): Diskriminierung im Job – Wenn Kilos zum Karrierekiller werden, verfügbar unter:

fassbar. Probleme mit der Einordnung in die existierenden Diskriminierungskategorien haben auch Menschen, die aufgrund uneindeutiger Geschlechtsidentität oder Geschlechtskörper diskriminiert werden. So verweigerte ein deutsches Gericht 2011 einem intersexuellen Menschen, der nicht in den Polizeidienst eingestellt wurde, eine Berufung auf das AGG: Es verneinte eine Diskriminierung aufgrund der Kategorien Geschlecht, sexuelle Identität oder Behinderung und sprach dagegen von einer »Krankheit«.³²

Probleme bei mehrdimensionalen Konstellationen treten auch bei Diskriminierungen im Sozialrecht, z.B. bei Maßnahmen der Arbeitsförderung, auf. Nach § 33c SGB darf niemand »bei der Inanspruchnahme sozialer Rechte aus Gründen der Rasse, wegen der ethnischen Herkunft oder einer Behinderung benachteiligt werden«. Antidiskriminierungsberatungsstellen dokumentieren immer wieder, dass Frauen mit Kopftuch durch die Arbeitsämter diskriminiert werden, indem die Vermittler_innen von den Klientinnen verlangen, ihr Kopftuch abzunehmen, da sie sonst nicht vermittelbar seien. Wenn sie sich weigern, werden ihnen bestimmte Stellenangebote nicht weitergeleitet oder Weiterbildungen verweigert.³³ Bei Abstellen auf die Kategorien Geschlecht oder Religion greift das sozialrechtliche Diskriminierungsverbot des § 33c SGB nicht. Die Betroffenen müssten eine Benachteiligung »aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft« belegen.

5.2 Hierarchisierung

Auch innerhalb der gesetzlichen Kataloge gibt es Hierarchien. So verringert sich das Schutzniveau im Grundgesetz im Vergleich von Geschlecht zu Behinderung und von Behinderung zu rassistischer und religionsbezogener Diskriminierung. Die Umsetzung der EU-Richtlinien im AGG bedingt andere Hierarchisierungen: Wird bspw. einer Hijab oder Niqab tra-

<http://www.spiegel.de/karriere/berufsstart/bewerbungen-personaler-trauedicken-wenig-zu-a-851788.html>.

32 VG Ansbach, 14.07.2011, Az. AN 1 E 11.01005, kritisch dazu LIEBSCHER, Doris / NAGUIB, Tarek / PLÜMECKE, Tino / REMUS, Juana (2012): Wege aus der Essentialismusfalle: Überlegungen zu einem postkategorialen Antidiskriminierungsrecht, Kritische Justiz, 204-218.

33 Vgl. BASIS UND WÖGE (2010): Mit Recht zu Qualifizierung und Arbeit, Hamburg, 14; ADVD (2010): Diskriminierungsfälle aus der Beratungspraxis nicht-staatlicher Antidiskriminierungsbüros, Berlin, 11 ff.

Postkategoriales Antidiskriminierungsrecht? – Oder: Wie kommen Konzepte der Intersektionalität in die Rechtsdogmatik?

genden Frau der Abschluss eines Mietvertrages durch eine_n Vermieter_in mit weniger als 50 Wohnungen verweigert, muss sie gut überlegen, auf welchen Diskriminierungsgrund sie sich beruft. Da es sich nicht um ein sog. Massengeschäft handelt, schützt das AGG insoweit nicht vor geschlechter- und religionsbezogener Diskriminierung (§ 19 AGG); beim Abschluss von Waren- und Dienstleistungsverträgen gilt das Benachteiligungsverbot des AGG nur bei rassistischer Diskriminierung uneingeschränkt. Allerdings könnte ein rechtlich und rechtspolitisch höchst fragwürdiger, spezieller Rechtfertigungsgrund greifen: § 19 Abs. 3 AGG ermöglicht die Ablehnung von Mieter_innen bestimmter Religion oder Herkunft zur »Schaffung und Erhaltung sozial stabiler ausgeglichener Bewohner- und Siedlungsstrukturen« – ein Einfallstor für rassistische Segregation.

Ferner eröffnet die nicht immer zweifelsfreie Einordnung als unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung unterschiedliche Rechtfertigungsniveaus. Mittelbare Diskriminierungen können gemäß § 3 Abs. 2 AGG durch sachliche Gründe gerechtfertigt werden, bei unmittelbaren gelten spezielle Rechtfertigungsgründe wie die »beruflichen Anforderungen« aus § 8 AGG. Dass dies gerade in mehrdimensionalen Konstellationen erhebliche Bedeutung entfalten kann, zeigen die »Kopftuchfälle« anschaulich: Das Anknüpfen an das Kopftuch kann als unmittelbare Diskriminierung aufgrund der Religion und mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts eingeordnet werden. Da aber nur Frauen das Kopftuch tragen, wird auch – analog zum Merkmal Schwangerschaft – eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vertreten.³⁴ Angesichts weit verbreiteter antimuslimischer Ressentiments kann eine unmittelbare rassistische Diskriminierung bejaht werden; es kann aber auch der Standpunkt vertreten werden, eine solche läge nur vor, wenn der_die Beklagte nachweisbar an die tatsächliche oder vermeintliche nichtdeutsche Herkunft der Klägerin anknüpft, im Übrigen sei es eine mittelbare Diskriminierung, da statistisch mehr Frauen nichtdeutscher Herkunft Kopftuch tragen. Je nach Grundentscheidung, über die sich trefflich streiten lässt, wird rechtlicher Schutz vollständig, teilweise oder gar nicht gewährt. Der Rechtssicherheit dient das kaum.

34 HOLZLEITHNER, Elisabeth (2008): Intersecting Grounds of Discrimination: Women, Headscarves and Other Variants of Gender Performance, in: *juridikum* 2008, 33-36.

5.3 Analytische Kurzschlüsse: Homogenisierung und Ausblendung

Mit dem faktischen Zwang, sich in eine der geschützten Kategorien einzuordnen, geht ein weiteres Problem einher: Ein komplexer mehrdimensionaler Zusammenhang wird künstlich aufgespalten. Kopftuchtragenden Frauen wird die gleichberechtigte Teilhabe an Arbeitsmarkt, Bildung, Sozialschutz oder Waren- und Dienstleistungsverkehr meist nicht allein aufgrund ihrer Religion erschwert. In Fällen kirchlicher Arbeitgeber_innen, für die ein muslimisches Bekenntnis oder einfach eine nichtchristliche Familiensozialisation³⁵ ein Beschäftigungshindernis darstellen, knüpft die Diskriminierung tatsächlich an die Religion an. Wird das Arbeitsmarktsegment betrachtet, in dem diese Organisationen eine Monopolstellung innehaben, spielt auch das Geschlecht eine entscheidende Rolle: Betroffen sind mehrheitlich Frauen, die in den Bereichen Erziehung, Pflege und soziale Arbeit tätig sind. Auch das staatliche Neutralitätsgebot für Schulen und Gerichte, benachteiligt faktisch weit überwiegend migrantische Muslime, also Frauen.³⁶ Für den privaten Arbeitsmarkt verurteilte zuletzt das Arbeitsgericht Berlin einen Arbeitgeber, der sich geweigert hatte, eine Hijab tragende Frau als Auszubildende einzustellen, wegen Diskriminierung aufgrund der Religion.³⁷ Der Beklagte hatte seine Entscheidung damit begründet, dass das Unternehmen für die Gleichberechtigung der Frau einstehen würde und deshalb das Tragen des Kopftuchs nicht tolerieren könne. Die Diskriminierung beruht jedoch nicht allein auf der Kategorie Religion, sondern auf einer spezifischen Verwobenheit von Sexismus und kulturalistischem Rassismus, für die der Hijab nur das Anknüpfungsmerkmal ist.

Antimuslimischer Rassismus³⁸ ist eine kulturalistische Ausprägung von Rassismus. Er bedient sich der Religion als Vehikel für ein essentiali-

35 Vgl. ADVD, Antidiskriminierungsverband Deutschland (2010): Diskriminierungsfälle aus der Beratungspraxis nichtstaatlicher Antidiskriminierungsbüros, Berlin, 5: Ablehnung einer qualifizierten Bewerberin nach Auskunft, dass ihre Eltern praktizierende Muslime sind.

36 Das staatliche Neutralitätsgebot verbietet nicht nur das Tragen des Hijabs, sondern auch der Kippa, eines Kreuzes oder der Kleidung der Bhagwan- oder Hare-Krishna Bewegung. Vgl. zum Tragen bhagwan-tyischer Rottöne BVerwG, NVwZ 1988, 937-938.

37 AG Berlin vom 28.03.2012, Az. 55 Ca 2426/12.

38 Vgl. BALIBAR, Etienne (1990): Gibt es einen »Neo-Rassismus?«, in: BALIBAR, Etienne / WALLERSTEIN, Immanuel: Rasse, Klasse, Nation. Ambivalente Identitäten, Argument Verlag, Hamburg, 5, 20; MELTER, Claus / MECHERIL, Paul

sierendes Verständnis von Kultur, das mit der Zuschreibung einer »fremden Herkunft« untrennbar verknüpft wird. Er ist gekennzeichnet durch eine reduktionistische und essentialisierende Sichtweise auf die Vielfalt der Koraninterpretationen, die Vielfalt der Gründe, ein Kopftuch zu tragen, und die vielfältigen Lebensrealitäten in muslimisch (mit)geprägten Ländern. Diese Sicht geht einher mit der Konstruktion der »christlich-abendländischen« Eigengruppe als aufgeklärt, zivilisiert und emanzipiert, der »muslimischen Anderen« als rückständig und patriarchal.³⁹ Der Trägerin des stigmatisierten Markers »Kopftuch« wird jede Form der selbstständigen Entscheidung abgesprochen. Ihr wird unterstellt, sie wirke passiv an ihrer eigenen Unterdrückung mit – das ist das sexistische Element. Sie gilt als Repräsentantin einer fremden Kultur und zugleich als ihr Opfer und damit Beweis für deren Frauenfeindlichkeit. Die tatsächliche »ethnische Herkunft«⁴⁰ spielt dabei gar keine Rolle, der Trägerin wird die nicht deutsche/nicht westeuropäische Herkunft in der Regel über das Kopftuch zugeschrieben.

Das Pendant zur vergeschlechtlichten Rassifizierung der Hijab tragenden Frau ist die Konstruktion des nicht deutschen/nicht weißen Mannes als hypersexualisiert, frauenverachtend, unkontrolliert, gefährlich und kriminell. Dies zeigt sich deutlich an den Argumentationsmustern von Diskotheken und Clubs, an deren Einlasstüren nicht weiße bzw. als nicht deutsch wahrgenommene, meist jüngere Männer regelmäßig scheitern, ganz unabhängig von ihrer tatsächlichen Staatsangehörigkeit oder Herkunft.⁴¹ Auch weiße Männlichkeitskonstruktionen beinhalten Erzählungen von Aggressivität und Promiskuität, die jedoch durch das Korrektiv der weißen männlichen Vernunft/Rationalität eingehegt werden. Bei nicht weißen Männern erfolgt dagegen eine rassistische Aufladung dahingehend, dass sie als qua Natur bzw. Kultur unkontrolliert, aggressiv und triebhaft konstruiert werden. Auch hier verschleiert eine Trennung in die

(2009): Rassismuskritik. Band 1, Wochenschau Verlag, Schwalbach/Ts., 146-162.

39 Vgl. die Beiträge in DIETZE, Gabriele / BRUNNER, Claudia / WENZEL, Edith (2009): Kritik des Okzidentalismus. Transdisziplinäre Beiträge zu (Neo-) Orientalismus und Geschlecht, Transcript Verlag, Bielefeld.

40 Auch bei der ethnischen Herkunft handelt es sich um eine soziale Konstruktion, in der rassistische Zuschreibungen, stereotype Vorstellungen von der Verfasstheit nationaler, religiöser und kultureller Kollektive, sowie normierte Zugehörigkeiten (Staatsangehörigkeit, Religionszugehörigkeit) zusammenkommen.

41 Vgl. Dokumentation des ADB Sachsen, verfügbar unter: http://www.adb-sachsen.de/rassistische_einlasskontrollen.html.

Kategorien Geschlecht, Rasse/Herkunft und Religion die spezifische Intersektion bei der Konstruktion und Diskriminierung rassifizierter Männlichkeiten.

5.4 Essentialisierung

Wie gezeigt, werden Diskriminierungskategorien zumeist als Persönlichkeitsmerkmale konzeptualisiert. Ein solches Konzept birgt die Gefahr, dass essentialisierende und homogenisierende Zuschreibungen an das Individuum im gerichtlichen Verfahren reproduziert werden, statt sie als Element sozialer Diskriminierung zu benennen und zu verurteilen. Fehlerhaft wird dann nicht geprüft, ob die diskriminierende Behandlung auf einer rassistischen und/oder sexistischen Zuschreibung seitens der benachteiligten Person oder Institution fußt, sondern ob der_die Kläger_in eine bestimmte Herkunft/Geschlecht/Religion hat.

Bei der Diskriminierungskategorie Religion fällt diese Problematik weniger auf, da diskriminierende Zuschreibung und Selbstverortung häufig in Eins fallen dürften. Deutlicher wird die essentialistische Logik bei Rasse und ethnischer Herkunft. Zwar wird die Kategorie Rasse von der Rechtsprechung zum AGG vermieden – zu offensichtlich scheint hier wohl, dass eine Prüfung der »Rassezugehörigkeit« nicht der richtige Weg ist – zugleich bemüht sie sich aber auch nicht um eine Definition von Rassismus, obwohl sie als Zielsetzung die »*konsequente Bekämpfung rassistischer Tendenzen*»⁴² angibt. Stattdessen wird auf die ethnische Herkunft und »faktische« Zugehörigkeit gesetzt. Das zeigen Fälle, in denen Arbeitsgerichte über diskriminierende Sprachanforderungen als mittelbare Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft urteilen. Einem seit 30 Jahren in Deutschland lebenden spanischen Staatsangehörigen wird attestiert: »*Als Angehöriger eines fremden Volkes bzw. einer fremden Kultur wird er von dem Merkmal der ethnischen Herkunft erfasst.*«⁴³ Die Ablehnung einer in der Dominikanischen Republik geborenen Berlinerin wegen mangelnder deutscher Erstsprache, verursacht volkskundliche Ausführungen:

»Deutsche Muttersprachler kommen nur in einem kleinen Teil der die Welt bevölkernden Ethnien vor, so dass das Kriterium der deutschen Muttersprache zu einem

42 Gesetzesbegründung AGG, BT-Drs. 16/1780, 31.
43 LAG Hamm vom 17.07.2008, Az. 16 Sa 544/08.

Postkategoriales Antidiskriminierungsrecht? – Oder: Wie kommen Konzepte der Intersektionalität in die Rechtsdogmatik?

Ausschluss einer großen Zahl von Ethnien führt. Hierzu zählt die die Dominikanische Republik bevölkernde Ethnie, denn es hat sich dort zu keinem Zeitpunkt um ein deutsches Siedlungsgebiet gehandelt.«⁴⁴

Statt Rassismen, die sich hinter der Benachteiligung von Menschen mit vermeintlich oder tatsächlich nicht deutscher Herkunft verbergen, rechtlich zu bekämpfen, steht im Untersuchungsfokus der essentialisierende Nachweis gemeinsamer Abstammung. Damit werden rassistische Kategorisierungen reproduziert. Die Thematisierung von antimuslimischem Rassismus in den Kopftuchfällen wird angesichts der skizzierten dogmatischen Tendenz schwierig. Zu fürchten ist, dass die Gerichte der essentialistischen Versuchung der vorgegebenen »Diskriminierungsmerkmale« nachgehen und prüfen, ob die betroffene Person »eine andere ethnische Herkunft hat«. In der Sache erhalte sie dann zwar Recht – im gleichen Atemzug attestiert ihr ein deutsches Gericht jedoch in rassistischer Zuschreibung, dass sie »anders ist«, nicht wirklich dazugehört, egal, ob sie in zweiter oder dritter Generation in Deutschland lebt.

5.5 Othering statt Anerkennung

Wenn der Fokus auf der Religion oder Herkunft der betroffenen Person liegt, bleiben zentrale strukturelle Momente der Benachteiligung – Rassismus und Sexismus – in der Rechtsanwendung unbenannt. Dadurch wird die (mehrdimensionale) Diskriminierungserfahrung der Betroffenen negiert und gesellschaftliche Machtverhältnisse werden unsichtbar gemacht. Die Frage nach gutem, wirksamen Antidiskriminierungsrecht ist mit der Analyse der materiellen Rechtsfolgen nur unzureichend beantwortet. Für Betroffene von Diskriminierung geht es nicht nur um materielle, sondern ebenso um ideelle Wiedergutmachung, um Anerkennung. Der erlittene Nachteil besteht nicht nur in der Verweigerung einer Dienstleistung, eines Mietvertrages oder eines Arbeitsplatzes, sondern auch in der sozialen Ausgrenzung, der Verweigerung von gesellschaftlicher Anerkennung und sozialer Zugehörigkeit. Es geht »nicht um Feindlichkeit gegenüber ‚Fremden‘, sondern es geht um die Prozesse, in denen Menschen überhaupt erst zu ‚Fremden‘ gemacht werden«. ⁴⁵ Die Diskriminierungserfahrungen wer-

44 ArbG Berlin vom 11.02.2009, Az. 55 Ca 16952/08.

45 Vgl. TERKESIDIS, Mark (2007): Alltagsrassismus und Alltagsdiskriminierung als Hindernis der Integration, in: Forum gegen Rassismus, Umsetzung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG), Berlin, 25.

den auf diese Weise im Gerichtssaal wiederholt. Das Vertrauen in (Anti-diskriminierungs-)Recht wird unterminiert. Es sollte in diesem Zusammenhang nachdenklich stimmen, dass gegen Fälle rassistischer Diskriminierung kaum und gegen solche in mehrdimensionalen Konstellationen im Zusammenhang mit Sexismus noch weniger geklagt wird.⁴⁶ Die (Re-)Produktion diskriminierender Erfahrungen bei der Rechtsanrufung ist ein fundamentales Zugangsproblem.

6. Problemlösungskapazität aktueller Dogmatik und Rechtsprechung

Auf den ersten Blick hat die deutsche Rechtsdogmatik einen wesentlichen Vorteil: Im AGG als zentralem Regelungswerk ist die mehrdimensionale Diskriminierung ausdrücklich erwähnt, was über den europäischen Standard⁴⁷ hinausgeht. Allerdings beschränkt sich § 4 AGG darauf, bei einer unterschiedlichen Behandlung wegen mehrerer (Diskriminierungs-) Gründe zu fordern, dass eine Ungleichbehandlung wegen jedes dieser Gründe gerechtfertigt ist. Darüber hinaus verlangt § 27 Abs. 5 AGG, dass die Antidiskriminierungsstelle des Bundes und spezielle Beauftragte der Regierung oder des Parlaments bei mehrdimensionalen Diskriminierungen zusammenarbeiten.⁴⁸

6.1 Additive Rechtfertigung bei mehrdimensionaler Diskriminierung

Die einschlägigen Kommentierungen zu § 4 AGG haben eine Gemeinsamkeit: Sie sind überaus knapp. Dies liegt zum einen daran, dass § 4 AGG nur anordnet, worauf sich die in §§ 8-10 und 20 AGG geregelte Rechtfertigung beziehen muss. Diese Klarstellung erscheint allen Kom-

46 Vgl. Rottleuthner/Mahlmann (2011); ANTIDISKRIMINIERUNGSVERBAND DEUTSCHLAND (2012): Pressemitteilung vom 17.08.2012, verfügbar unter: <http://www.antidiskriminierung.org/?q=node/343>.

47 Hier wurde nur in Erwägungsgrund 14 der RL 2000/43/EG und Erwägungsgrund 3 der RL 2000/78/EG festgestellt, dass Frauen häufig Opfer mehrfacher Diskriminierung sind.

48 Diese Vorschrift hat nur geringe Relevanz. Zum einen gibt es unterschiedliche Schutzlevel »nur« bezüglich Behinderung und rassistischer Diskriminierung, was aber bspw. nicht zu gespaltenen Gerichtsbarkeiten führt. Zum anderen haben die ADS und die Beauftragten kaum gestaltende Kompetenzen und keine Klagerechte für Betroffene, weshalb ihre Bedeutung für den Rechtsdiskurs begrenzt ist.

mentator_innen einleuchtend und nicht weiter erörterungsbedürftig – nur die nicht erfolgte Nennung einer möglichen Rechtfertigung durch positive Maßnahmen wird als schlichter Redaktionsfehler stets erwähnt.⁴⁹ Ferner wird ausgeführt, dass auch die Feststellung einer Diskriminierung unter der Beweislastregel in § 22 AGG jeweils für alle unterschiedlichen Gründe getroffen werden muss.⁵⁰ Schließlich herrscht weitgehend Einigkeit, dass eine mehrfache Diskriminierung zu einer erhöhten Kompensation des immateriellen Schadens nach § 15 AGG führt.⁵¹

Das Rechtfertigungsmodell aus § 4 AGG ist additiv. Dieser additive Zugriff wird in den Kommentierungen auch auf die Feststellung der Diskriminierung (für jeden Grund einzeln) und auf die Rechtsfolge der Entschädigung (umso mehr Gründe, umso höher die Kompensation) ausgedehnt. Schon Letzteres wirft bei näherem Hinsehen Fragen auf. Soll die Höhe der Kompensation mit der Anzahl der betroffenen Kategorien multipliziert werden?⁵² Warum sollte eine Diskriminierung, die auf der Verschränkung mehrerer Kategorien beruht, überhaupt höher kompensiert werden? Die Begründungen der Kommentarliteratur hierzu sind knapp, neben einem stärkeren Eingriff in das Persönlichkeitsrecht wird auch eine besondere Gleichgültigkeit der Person genannt, die diskriminiert.⁵³ Werden damit aber Fälle additiver zutreffend von intersektioneller Diskriminierung abgegrenzt?

49 Zur Rechtfertigung mehrdimensionaler Diskriminierung durch positive Maßnahmen (mit dem Ziel der vermehrten Einstellung junger Frauen in technische Berufe) vgl. THÜSING, Gregor (2012): § 4, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 5.

50 DÄUBLER, Wolfgang (2008): § 4, in: DÄUBLER, Wolfgang / BERTZBACH, Martin: AGG-Handkommentar, 2. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 16, geht dagegen explizit davon aus, dass die Anforderungen an die Glaubhaftmachung bei mehrdimensionaler Diskriminierung geringer sind.

51 In der Kommentarliteratur nahezu einstimmig vertreten, ebenso ohne weitere Begründung im Gesetzentwurf zum AGG der Bundesregierung, BT-Drucksache 16/1780, 38.

52 Ablehnend Thüsing (2012), 6: Multiplizierung ist zu hoch gegriffen.

53 Vgl. Däubler (2008), 17; MEINEL, Gernod / HEYN, Judith / HERMS, Sascha (2010): § 4, in: AGG-Kommentar, 2. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 6; SCHIEK, Dagmar (2007): § 4, in: AGG-Kommentar, Sellier European Law Publishers, München, 9.

6.2 Intersektionelle Diskriminierung und Vergleichsgruppenbildung

Der Begriff der intersektionellen Diskriminierung ist der Kommentarliteratur inzwischen durchaus vertraut. Wenn diese aber beschrieben wird als Diskriminierung, »ohne dass die einzelnen Diskriminierungsgründe voneinander getrennt werden können«, erschließen sich die weiteren Ausführungen zum Beweis des Vorliegens einer Ungleichbehandlung und zur Rechtfertigung für »jedes einzelne Merkmal« nicht ohne Weiteres.⁵⁴ Auch wird das Regelungsziel von § 4 AGG geradezu konterkariert, wenn das Fehlen objektiver Eignung aufgrund einer Kategorie (bspw. Schwerbehinderung und schwere körperliche Arbeit) dazu führen soll, dass jede Überprüfung entfällt, ob der_die Bewerber_in zugleich wegen weiterer Kategorisierungen diskriminiert wurde (wie Alter, sexuelle Orientierung etc.), da er_sie ohnehin nicht hätte eingestellt werden müssen.⁵⁵ Dieses Verständnis ist zumindest überraschend, da das AGG keinen Einstellungsanspruch vorsieht und eine immaterielle Entschädigung wegen Diskriminierung (Schmerzensgeld) unabhängig von der Frage der Einstellung sein sollte.

Die Aufspaltung in einzelne Kategorien wirft auch die Frage auf, ob deutsche Gerichte in Fällen intersektioneller Diskriminierung ebenso entscheiden müssten wie im Fall de Graffenreid g. General Motors, in dem das (amerikanische) Gericht nur auf die jeweils einzelne Kategorie bezogene Vergleichsgruppen bildete und eine rechtlich erhebliche Diskriminierung ablehnte. Diese Problematik der Vergleichsgruppenlogik ist im deutschen Schrifttum bisher eher sparsam thematisiert worden.⁵⁶ Die Konzeption von § 3 Abs. 1 AGG verweist auf eine individuelle Betrachtung, die Tradition des Gleichheitsrechtes legt aber eine Vergleichsgruppenbildung nahe. Die Gesetzesbegründung ist uneindeutig: Mal wird explizit betont, dass es um Individuen und nicht um Gruppen gehe,⁵⁷ mal selbstverständ-

54 So aber bei Meinel et al. (2010), 2, 4, 6, 7; vgl. auch VOIGT, Burkhard (2011): § 4, in: SCHLEUSENER, Aino / SUCKOW, Jens / VOIGT, Burkhard: AGG-Kommentar, 3. Auflage, Luchterhand-Fachverlag, Köln, 1, 5, 7, 9.

55 So aber Voigt (2011), 9.

56 Vgl. aber ALTWICKER, Tilmann (2011): Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz, Springer-Verlag, Heidelberg, 165 ff.; RUDOLF, Beate (2007): Kapitel 6, in: RUDOLF, Beate / MAHLMANN, Matthias: Gleichbehandlungsrecht, Nomos, Baden-Baden, 77; Schiek (2007): § 3, 25, 37 ff., 43 ff.; Zinsmeister (2007), 130 ff.

57 Siehe BT-Drucksache 16/1780, S. 21, 30, mit klarem Bekenntnis zu einem asymmetrischen Ansatz.

lich von bestimmten Gruppen, Personen- oder Bevölkerungsgruppen gesprochen.⁵⁸

Entschärft wird dieser Zugriff dadurch, dass die jeweilige Kategorie nicht der einzige oder auch nur Hauptgrund der Diskriminierung sein muss. Einige Kommentarliteratur zu § 4 AGG spricht von einem »Motivbündel« für eine Benachteiligung, in dem der verbotene Grund nur ein Motiv darzustellen braucht, sodass eine Diskriminierung nur dann ausgeschlossen ist, wenn ausschließlich andere Gründe maßgebend waren.⁵⁹ Die Erläuterungen hierzu im Kontext von § 4 AGG zeigen, dass dieses Verständnis auch für mehrdimensionale Diskriminierungen eine Rolle spielen kann.⁶⁰ Damit wird die Vergleichsgruppenbildung geöffnet und die Abweichung von der de Graffenreid-Entscheidung ermöglicht, in der einmal das Geschlecht und einmal die Hautfarbe verabsolutiert und monokausal geprüft wurden. In einem »Motivbündel« würde es genügen, dass auch das Geschlecht und auch rassistische Zuschreibungen kausal für die Diskriminierung waren.

Einige Autor_innen fordern eine intersektionelle Vergleichsgruppenbildung.⁶¹ Hierfür kann zum einen geprüft werden, ob der Anteil von Personen in Bezug auf die jeweils einschlägigen Kategorisierungen unter den Begünstigten wesentlich anders ist als unter den Benachteiligten.⁶² Zum anderen kann eine Teilgruppenerhebung vorgenommen werden: Am Beispiel von de Graffenreid würde dann gefragt, ob innerhalb der Gruppe der schwarzen Personen der Anteil von betroffenen Frauen wesentlich höher ist als der Anteil betroffener Männer und ob innerhalb der Gruppe der Frauen der Anteil betroffener schwarzer Personen wesentlich höher ist als der Anteil betroffener weißer Personen. Nutzen die deutschen Gerichte

58 Siehe BT-Drucksache 16/1780, S. 23, 25, 32 f., auch zu mittelbarer Diskriminierung.

59 Vgl. Meinel et al. (2010), 5, mwN; vgl. ferner BAUER, Jobst-Hubertus / GÖPFERT, Burkard / KRIEGER, Steffen (2011): AGG-Kommentar, 3. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 7; Däubler (2008), 7; Voigt (2011), 6.

60 Vgl. Däubler (2008), 7.

61 Explizit Schiek (2007): § 4, 7. In der Konsequenz aber eher unklar zu *de Graffenreid* bleiben RUST, Ursula / FALKE, Josef (2007): § 4, in: AGG-Kommentar, Erich Schmidt Verlag, Berlin.

62 So auch BAG vom 20.08.2002, BAGE 102, 225 (230), in Bezug auf den Anteil eines Geschlechts, nämlich des weiblichen.

solche Konzepte, um anders zu entscheiden als amerikanische oder britische Gerichte?⁶³

6.3 Unsichtbarkeit mehrdimensionaler Diskriminierung

Es gibt kaum Entscheidungen deutscher Gerichte, die sich mit intersektionaler Diskriminierung befassen. Dies hat mehrere Gründe. Zum einen werden Kläger_innen sich in vielen Fällen auf die Kategorie konzentrieren, welche die besten Erfolgsaussichten bietet. Zum anderen ignorieren Gerichte vielerorts, dass es sich um eine intersektionelle Diskriminierung handelt. Dies belegen bspw. »Kopftuchfälle«, in denen nur auf die direkte Diskriminierung wegen der Religion⁶⁴ eingegangen und evtl. noch die Gleichbehandlung aller religiösen Bekenntnisse thematisiert wird.⁶⁵

In nur zwei von drei Entscheidungen zur Verweigerung des Einlasses in eine Diskothek gegenüber schwarzen jungen Männern erkannten die Gerichte, dass eine Diskriminierung aufgrund von Herkunft/Hautfarbe und Geschlecht vorlag. In einem dieser Fälle wurde die mehrfache Diskriminierung lediglich bei der Sanktion erwähnt, es blieb aber offen, ob dies Einfluss auf die Entschädigungshöhe hatte.⁶⁶ Im anderen Fall stellte das Gericht durch Vergleich mit eingelassenen weißen männlichen Jugendlichen fest, dass der Kläger und ein Zeuge aufgrund ihrer »Hautfarbe in Kombination mit ihrem männlichen Geschlecht« diskriminiert wurden und erwähnt dies nochmals explizit bei der Bemessung des Schmerzensgel-

63 Letztere entscheiden inzwischen auch durchaus anders, siehe Beispiele bei Schiek (2007): § 4, 8.

64 Dies stellt überdies auf die einzelne Person statt auf die gesellschaftlichen Strukturen ab. Zu einer mittelbaren Benachteiligung wegen der Religion vgl. aber ArbG Köln vom 06.03.2008, Az. 19 Ca 7222/07 (nicht rechtskräftig).

65 Ohne weitere Begründung schließt BAG vom 12.08.2010, Az. 2 AZR 593/09, eine Geschlechterdiskriminierung durch sog. Neutralitätsgesetze aus: »Die Regelung [...] behandelt die Klägerin auch nicht wegen ihres Geschlechts ungleich. Die Vorschrift verbietet religiöse Bekundungen unabhängig vom Geschlecht. Sie richtet sich nicht speziell gegen das von Frauen getragene sog. islamische Kopftuch [...]«. – Die Möglichkeit mittelbarer und mehrdimensionaler Diskriminierung wird ausgeblendet. Differenziert dagegen Schiek (2007): § 4, 10 ff. Zur unterschiedlichen Einordnung vgl. auch oben 5.2.

66 AG Oldenburg vom 23.07.2008, Az. E2 C 2126/07: »Dies geschah auf Grund seiner Stellung als männlicher Ausländer. Eine Beurteilung einer Person nach Herkunft oder Hautfarbe und Geschlecht ist zu verachten und muss daher nach dem Willen des Gesetzgebers sanktioniert werden.«

Postkategoriales Antidiskriminierungsrecht? – Oder: Wie kommen Konzepte der Intersektionalität in die Rechtsdogmatik?

des.⁶⁷ Im dritten Fall ging das Gericht nur auf die Diskriminierung wegen der »dunklen Hautfarbe« des Klägers ein.⁶⁸

Die Kommentarliteratur fokussiert entweder auf Additionen oder hält das Problem deshalb für leicht lösbar, weil die Vergleichsgruppenbildung im deutschen Antidiskriminierungsrecht nicht den starren Mustern des anglo-amerikanischen Rechtssystems folge.⁶⁹ Die (äußerst rare) Rechtsprechung bestätigt aber nicht, dass mehrdimensionale Diskriminierung schon von der Dogmatik miterfasst sei, auch wenn die Gerichte ihre Fälle weitgehend lösen. In den Disco-Fällen fokussieren die Gerichte deutlich auf die »Hautfarbe«, die Problematik der gleichzeitigen Geschlechterdiskriminierung ist ihnen (vermutlich gerade auch, weil es sich um eine Diskriminierung von Männern handelt) nicht recht erklärlich und wird auch nicht ernsthaft dogmatisch verarbeitet.⁷⁰ In den Kopftuch-Fällen und ein paar anderen Konstellationen⁷¹ wird bewusst nur eine Kategorie (die zufällig auch noch von direkter Diskriminierung betroffen ist) problematisiert und andere mögliche mittelbare mehrdimensionale Diskriminierungen werden rasch abgetan oder gar nicht erst erwähnt.

7. Postkategoriales Antidiskriminierungsrecht als Lösung?

Um vorab einem verbreiteten Missverständnis vorzubeugen: Postkategorial bedeutet nicht antikategorial. Postkategorialen Ansätzen⁷² geht es nicht darum, Diskriminierungskategorien als kritische Benennungs- und Analysebegriffe für soziale Ungleichheiten abzuschaffen. Die Prämisse lautet vielmehr: Nicht besondere Persönlichkeitsmerkmale oder die Zugehörig-

67 OLG Stuttgart vom 12.12.2011, Az. 10 U 106/11, in scharfer Abgrenzung zur Vorinstanz.

68 AG Bremen vom 20.01.2011, Az. 25 C 278/10.

69 So Däubler (2008), 19 ff.

70 Allerdings ist positiv zu konstatieren, dass die erkannte Verschränkung von Kategorisierungen auch nicht dazu führt, dass die Feststellung einer Diskriminierung wie in der *de Graffenreid*-Entscheidung abgelehnt wird.

71 Vgl. die Fälle in: Baer et al. (2010), 53 ff.

72 Baer et al. (2010); ELSUNI, Sarah (2007): Zur ReProduktion von Machtverhältnissen durch juristische Kategorisierungen am Beispiel ‚Geschlecht‘, in: BEHMENBURG, Lena: Wissenschaft(f)t Geschlecht, Frankfurt am Main, 133–147; Liebscher et al. (2012); NAGUIB, Tarek (2012): Postkategoriale Gleichheit und Differenz, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, 179-194; SOLANKE, Iyola (2009): Putting Race and Gender Together: A New Approach To Intersectionality, *The Modern Law Review*, 723-749.

keit zu einer Gruppe sind das die Diskriminierung produzierende und das rechtlich zu adressierende Problem, sondern die essentialisierende Zuordnung zu einer oder mehreren hierarchisch angeordneten sozialen Gruppen mit benachteiligender Intention oder Wirkung. »*Whilst attributes may be innate, stigmas are produced*«, formulierte Iyola Solanke.⁷³ Es geht darum, den Rechtsdiskurs darin zu bestärken, Ungleichwertigkeitsideologien und soziale Ungleichheitsverhältnisse, also die strukturelle Dimension von Diskriminierung, zu adressieren.

7.1 Kategorisierung als Diskriminierung

In Ergänzung zu kritisch-dekonstruktivistischen Ansätzen, die auf eine Resignifizierung der Kategorien als soziale Konstruktion/gesellschaftliche Zuschreibung in der Rechtsdogmatik setzen, will der postkategoriale Zugriff Änderungen auf gesetzlicher Ebene. Der dogmatische Turn soll zum einen durch eine gesetzliche Definition von Diskriminierung unterstützt werden, die Diskriminierung – in Abgrenzung zum allgemeinen Gleichheitssatz – als historisch und strukturell verankertes Ausgrenzungsphänomen beschreibt.⁷⁴ Diskriminierungen im Sinne des Rechts sind demnach Stigmatisierungen, Benachteiligungen und Ausgrenzung von gesellschaftlicher Teilhabe und Anerkennung, die auf historisch, strukturell und diskursiv verfestigten Ungleichheiten beruhen. Diese Definition soll ergänzt werden durch eine nicht abschließende Aufzählung von Diskriminierungsgründen, die nicht auf Gruppen, sondern auf stigmatisierende Kategorisierungen abstellen: Also Rassifizierung oder rassistische Diskriminierung statt »Rasse«, Sexismus statt »Geschlecht«, Ableism statt »Behinderung«. Das ermöglicht es der Rechtsprechung, Recht fortzuentwickeln und »neue« oder bisher nicht bedachte Kategorisierungen zu berücksichtigen, und gibt gleichzeitig einen Rahmen gegen beliebige Entgrenzung in Richtung eines allgemeinen Gleichheitssatzes vor.

7.2 Mehrwert postkategorialen Antidiskriminierungsrechts bezüglich mehrdimensionaler Diskriminierung?

Ein postkategorialer Zugang hilft dabei, die Spezifik von Diskriminierungskonstellationen zu erkennen und zu analysieren, weil er individuelle

73 Solanke (2009), 748.

74 In diesem Sinne Liebscher et al. (2012).

Diskriminierungserfahrungen in den Kontext unterschiedlicher Herrschaftsverhältnisse, Ressentiments, Normvorstellungen und daraus resultierender Identifizierungen stellt. Dies unterstützt einen dogmatischen Perspektivenwechsel: Der erste Prüfungsschritt ist nicht mehr die Frage der Zugehörigkeit zu scheinbar vorfindlichen und abgegrenzten Religions-, Geschlechts- oder Ethniengruppen. So können zum Beispiel Nachteile im Kontext von antimuslimischem Rassismus adäquater analysiert, benannt und kompensiert werden. Ob der_die Betroffene tatsächlich Migrationshintergrund hat, spielt dabei keine Rolle, er_sie wird als Individuum aufgrund einer gesamtgesellschaftlichen sexistisch-rassistischen Konstruktion benachteiligt.

Mehrdimensionale Konstellationen können so stärker als die Normalität erfasst werden, die sie in der Realität der Betroffenen sind. Die positiven Effekte des Zugangs gehen über eine symbolische Ebene weit hinaus. Die beschriebene Gefahr der Reproduktion von Diskriminierungserfahrungen im Prozess ist wesentlich geringer, wenn die gesetzliche Formulierung den dogmatischen Fokus nicht mehr auf die Prüfung von Merkmalen, sondern von Diskriminierungsprozessen lenkt. Es bedarf weniger dogmatischer Übersetzungsleistungen zwischen der Diskriminierungserfahrung der betroffenen Person und Beratungsstellen, Rechtsvertretung und Gerichten, die diese spezifische Erfahrung künstlich kategorisieren.⁷⁵ Die Realität der Diskriminierung aus Perspektive der Diskriminierten gerät viel stärker in den Mittelpunkt. Postkategoriales Antidiskriminierungsrecht ist schließlich stärker auf sozialwissenschaftliche Expertise angewiesen. Der Rückgriff auf Rassismus- und Genderforschung statt auf Medizin oder Ethnologie als Referenzwissenschaften verstärkt die Chance, dass mehrdimensionale Analysen bei der Rechtsanwendung reflektiert werden.

Auch auf materiell-rechtlicher Ebene birgt der postkategoriale Ansatz Potenzial. Indem die Kategorisierungsprozesse im Mittelpunkt eines erweiterbaren Katalogs stehen, müssen mehrdimensionale Konstellationen nicht mehr aufgespalten werden. Das Abwägen zwischen nicht/schlechter geschützten und »gut« geschützten Kategorien wird dadurch, zumindest was den Anwendungsbereich des Rechts angeht, obsolet. Die Unterschei-

75 Der Befund, dass auch die Betroffenen selbst oft nur eine Kategorie wie Religion in den Mittelpunkt der Betrachtung stellen wollen, muss auch im Lichte der an sie herangetragenen gesellschaftlichen und rechtlichen Wahrnehmungsmuster gesehen werden. Nach Ansicht nicht weniger Menschen (und Institutionen) existiert bspw. Rassismus in Deutschland nur in Form von pathologischem »Ausländerhass« und ist Sexismus eine Erfindung unbelehrbarer Feministinnen.

derung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung und die Frage nach daraus resultierenden unterschiedlichen Rechtfertigungsmaßstäben sind allerdings ebenso für postkategoriales Recht relevant. Auch hier gilt: Der postkategoriale Ansatz löst die Probleme nicht, aber er schärft den Blick für spezifische Zuschreibungsprozesse, Diskriminierungserfahrungen und strukturelle Ungleichheitslagen, die eine Aufspaltung in unmittelbar und mittelbar unmöglich machen können. Es wäre dann immer der strengste Rechtfertigungsmaßstab anzulegen. Wenn mehrdimensionale Diskriminierungserfahrungen mit Blick auf ihre strukturelle Dimension beurteilt werden, wird schließlich die Frage der Wiedergutmachung und Entschädigung adäquater handhabbar. Rassifizierte Männer können aus einer postkategorialen mehrdimensionalen rassismus- und sexismussensiblen Perspektive nicht wie bisher mit dem Argument, dass ihre Diskriminierungserfahrung nicht so schlimm sei, ohne⁷⁶ oder nur mit einer geringen Entschädigung⁷⁷ rechtlos gestellt werden.

An einem Abbau unterschiedlicher Schutzintensität durch rechtliche Gleichstellung aller Diskriminierungskategorisierungen führt der Ansatz nicht vorbei. Er lenkt jedoch den Blick auf das Problem: Eine unterschiedliche Schutzintensität muss unter Anlegen eines ganzheitlichen Ansatzes neu überdacht und besser begründet werden.

8. Bedeutung postkategorialen Antidiskriminierungsrechts für positive Maßnahmen

Ein postkategoriales Antidiskriminierungsrecht muss sich die Frage gefallen lassen, ob es auch im Bereich der proaktiven Förderung durch positive Maßnahmen funktionieren würde. Positive Maßnahmen scheinen ganz besonders abhängig von Kategorien, Gruppen und statistisch messbarer Diskriminierung zu sein. Die bekannteste und umstrittenste Maßnahme sind

76 LG Tübingen vom 06.07.2011, Az. 7 O 111/11: Die Demütigungen »überschreiten jedenfalls nicht das Maß gewissermaßen täglichen Unrechts oder persönlicher Kränkung, die jedem Menschen alltäglich in jeglicher Lebenssituation widerfahren können«.

77 AG Oldenburg vom 23.07.2008, Az. E2 C 2126/07.

Postkategoriales Antidiskriminierungsrecht? – Oder: Wie kommen Konzepte der Intersektionalität in die Rechtsdogmatik?

Quoten, welche unmittelbar auf »unterrepräsentierte« Gruppen abzielen und deren Wirksamkeit nachhaltig umstritten ist.⁷⁸

8.1 Privilegierung, Diskriminierung, Konkurrenz

Positive Maßnahmen knüpfen an Kategorien. Sie beruhen damit auf einem explizit asymmetrischen Verständnis, das bei mehrdimensionaler Diskriminierung allerdings an seine Grenzen stoßen kann. Es ist wenig überraschend, dass sich bei positiven Maßnahmen wie Quoten innerhalb der geschützten Gruppe diejenigen Personen durchsetzen, die in Bezug auf andere Gruppenangehörige als privilegiert anzusehen sind.⁷⁹ Die Frage ist, wie gruppenbasierte Modelle auf mehrdimensionale Wirklichkeiten reagieren könnten. Dürfen sich Personen, die sich aufgrund mehrdimensionaler Diskriminierung keiner der geförderten Gruppen exklusiv zuordnen lassen, beliebig einer der berührten Gruppen zuordnen, oder sind mehrdimensionale Untergruppen zu bilden, was regelungstechnisch sehr herausforderungsvoll werden dürfte? Und wie gestaltet sich angesichts begrenzter Ressourcen das Verhältnis der durch positive Maßnahmen Bedachten zueinander? Gehen mehrere geschützte Kategorien »nur« einer automatisch vor? Welche mehrdimensionale Konstellation setzt sich durch? Soll es ein entsprechendes Ranking der Kategorien geben und wer legt die Rangfolge fest?

8.2 Postkategoriale Ansätze positiver Maßnahmen und ihre Grenzen

Der postkategoriale Ansatz will auf eine schematische Anknüpfung an Kategorien selbst dann verzichten, wenn es um positive Maßnahmen geht. Auch hier sollen gesellschaftliche Hierarchisierungen in den Blick genommen werden. Dabei ist es vorteilhaft, die Mechanismen gesellschaftlicher Hierarchisierung präzise zu erfassen und die Ziele positiver Maßnahmen im konkreten Fall genau zu definieren.

⁷⁸ Zum aktuellen Diskurs vgl. FOLJANTY, Lena (2012): Quotenregelungen: Herausforderungen angesichts der Komplexität von Diskriminierung, *femina politica* 21/2, 37–48.

⁷⁹ Die Diskussionen um Frauenquoten für Vorstände und Aufsichtsräte illustrieren dies eindrucksvoll.

Positive Maßnahmen können zum einen den individuellen Ausgleich eines strukturellen Nachteils bezwecken. Dafür bietet sich eine Bevorzugungsregel an, die an diesen strukturellen Nachteil anknüpft. Da Diskriminierungsrisiken nicht zuletzt durch Zuschreibungen entstehen, könnte ein postkategorialer Ansatz hier durchaus Erfolg versprechend sein. Mehrfache Zuschreibungen sollten dabei als risikoerhöhend angerechnet werden, ohne dass es zu einem Ranking im Bereich mehrdimensionaler Diskriminierung kommen muss. Vielmehr verbleibt insofern ein Entscheidungsspielraum im Einzelfall. Allerdings muss auch gewährleistet werden, dass dieser Spielraum überhaupt praktisch relevant werden kann: So werden bspw. im Bereich des Arbeitslebens signifikant weniger Personen, die mehrdimensionale Diskriminierung erfahren, Bewerbungen für begehrten Arbeitsplätze einreichen können, und wenn sie es tun, ist aufgrund vorangegangener wie aktueller Diskriminierung die Wahrscheinlichkeit gering, dass sie die »gleiche Leistung« im Sinne der europarechtlich zulässigen Quotenregelungen aufweisen.⁸⁰ Schweden hat diskriminierende Leistungsbewertungen für Bewerberinnen auf universitäre Stellen festgestellt und daraufhin eine Quotenregelung erlassen, welche für die zu fördernde Gruppe eine hinreichende Qualifikation (statt einer gleichen) genügen lässt. Das wurde vom EuGH unverzüglich unterbunden.⁸¹ Hier haben wir es mit einem Problem zu tun, das weder durch mehrdimensionale noch postkategoriale Ansätze gelöst werden kann.

Zum anderen können positive Maßnahmen daneben oder zugleich auf Repräsentanz und die Veränderung gesellschaftlicher Strukturen abzielen. Dies kann aber nur mit einem anti-essentialistischen Ansatz gelingen. Die Anknüpfung an Kategorien sollte also auch hier einer Anknüpfung an sexistische oder rassistische etc. Diskriminierung weichen. Ein Vorteil ist, dass der asymmetrische Ansatz verankert wird, da bspw. weiße Schwed_innen vielleicht nicht so dringend der Förderung bedürfen wie Roma oder schwarze Deutsche. Zugleich ist eine Klarstellung unverzichtbar, welchen gesellschaftlichen Mustern, an die Diskriminierung anknüpft, konkret entgegengewirkt werden soll. Bei sexistischer Diskriminierung im Arbeitsleben können dies unter anderem Stereotype über weibliche Füh-

80 Spannend wäre die Frage, wie sich hierzu das Projekt der anonymisierten Bewerbungen verhält, welches von der Antidiskriminierungsstelle des Bundes durchaus mit Erfolg durchgeführt wurde.

81 EuGH vom 06.07.2000, C-407/98, Slg. 2000, I-5539. Die Völkerrechtskonformität dieses Urteils ist mit Blick auf die UN-Frauenrechtskonvention (CEDAW) mehr als fraglich.

rungsschwäche und mangelnde Durchsetzungsfähigkeit oder die Verknüpfung des Geschlechts mit bestimmten Berufen sein, aber auch Angst vor Arbeitsausfällen wegen Elternschaft oder anderen Sorgearbeitsverpflichtungen. Also sollten Personen eingestellt werden, die solche Stereotype aufbrechen und/oder in erheblichem Umfang Sorgearbeit übernehmen, und zwar unabhängig von ihrem personenstandsrechtlichen Geschlecht.⁸²

So verführerisch die scheinbar klare Anknüpfung an Kategorisierungen ist, die Effekte hierarchisierender, gesellschaftlicher Gruppenkonstitutionen sind weder identisch noch selbsterklärend. Nur eine genaue Analyse, wie Diskriminierung je konkret funktioniert, erhöht die Chance, dass positive Maßnahmen wirksam werden können. Dabei sollte der Blick auf verschiedene Möglichkeiten jenseits der Quote, wie Diversity Mainstreaming, Sensibilisierungsmaßnahmen, Kriterien der öffentlichen Auftragsvergabe oder sonstige Fördermaßnahmen erweitert werden.⁸³

9. Fazit und Ausblick

Die herrschende Rechtsdogmatik erfasst intersektionelle/mehr-dimensionale Diskriminierungen quantitativ wie auch qualitativ nur ungenügend. Das ist auch einem kategorial verfassten Antidiskriminierungsrecht geschuldet, welches zudem auf einem abgeschlossenen Merkmalskatalog beruht und unterschiedliche Rechtsschutzlevel für unterschiedliche Kategorien bereitstellt. Ein Abbau der kategorialen Hierarchisierung innerhalb von Diskriminierungsgründen wäre ein erster Schritt hin zur Anerkennung mehrdimensionaler Diskriminierungsrealitäten. Ein weiteres Problem liegt im Verständnis der Diskriminierungsgründe als »unveränderliche Persönlichkeitsmerkmale«. Ein solches Verständnis legt einen essentialistischen Blick auf »Eigenschaften« bzw. »Wesensart« der Betroffenen nahe, statt die diskriminierende Zuschreibung und entindividualisierende Zuordnung zu sozial hergestellten und hierarchisierten Gruppen in den Mittelpunkt

82 Dies könnten bspw. auch »Männer« sein, die erhebliche Anteile der Sorgearbeit übernehmen und damit zugleich auch Muster geschlechterspezifischer Arbeitsteilung irritieren.

83 Vgl. den Entwurf eines Landesantidiskriminierungsgesetzes für Berlin von KLOSE, Alexander (2011), verfügbar unter:
http://www.berlin.de/imperia/md/content/lb_ads/materialien/diskriminierung/gleichbehandlung_bf.pdf?start&ts=1318404376&file=gleichbehandlung_bf.pdf, 106 ff.

der rechtlichen Beurteilung zu stellen. Ein postkategorialer Ansatz fokussiert dagegen auf die Gesellschaftlichkeit von Diskriminierung und kann komplexe mehrdimensionale Diskriminierungserfahrungen genauer adressieren.

Herausforderung für ein postkategoriales Antidiskriminierungsrecht bleibt die Frage, wie die Rechtsprechung mit einem nicht abgeschlossenen Katalog von strukturellen Diskriminierungsgründen als sehr flexibles Instrument der Rechtsanwendung umgehen wird. Insbesondere muss dem Ruf nach »objektiven« Kriterien für die Erfassung von Diskriminierung vielfach widerstanden werden: Strukturelle Diskriminierung mag sich in Statistiken widerspiegeln, aber die Gruppenbildung für die Erstellung dieser Statistiken kann selbst schon Teil des Problems sein. Postkategoriales Antidiskriminierungsrecht funktioniert immer zweigleisig: Es will sich einerseits von der Fixierung auf die Einzelperson mit ihren »diskriminierungsanfälligen« Merkmalen lösen, um gesamtgesellschaftliche Prozesse der Identitätsbildung und Ausgrenzung zu erkennen, und zugleich das konkrete Individuum in seiner subjektiven Verortung ernst und zum Maßstab nehmen. Da Diskriminierung auf individueller, struktureller, diskursiver und materieller Ebene stattfindet, lässt sie sich auch nur auf all diesen Ebenen bekämpfen.