

## II. Materiale Gleichheit als relationale Perspektive

Konstitutionelle Gleichheit kann unterschiedlich interpretiert werden.<sup>30</sup> In der feministischen Literatur wird zwischen einem formalen und materialen Gleichheitsverständnis unterschieden. Während das erste für die Adressierung der Ungleichheitsachse Geschlecht in der Rechtspraxis ungeeignet sei, könne das zweite den strukturellen Charakter der Geschlechterungleichheit offenlegen und im Recht thematisierbar machen. Daher verfolgt ein materiales Gleichheitsverständnis die Modifizierung der formalen Gleichheitsdogmatik. Die formale Gleichheitsperspektive wird nun skizziert (1.), um dann die wesentlichen dogmatischen Verschiebungen der materialen Perspektive zu erläutern (2.).

### 1. Formal-symmetrische Gleichheit

Interpretiert man verfassungsrechtliche Gleichheit als formale Rechtsgleichheit, dann führt dies zu einem Differenzierungsverbot. Nach diesem darf im Recht nicht an Identitätskategorien wie etwa Geschlecht, Rasse, Religion oder politische Anschauung angeknüpft werden,<sup>31</sup> weil diese Kategorien entweder als »angeborene« Merkmale oder Ausdruck grundrechtlicher Freiheiten gedeutet werden. Eigenschaften oder Überzeugungen sollen nicht zu rechtlicher Benachteiligung oder Bevorzugung führen.<sup>32</sup> Darin wird die Gefahr gesehen, über die Wertigkeit von Personen zu urteilen. Formale Gleichheit erfordert daher eine geschlechtslose und von den Geschlechterbeziehungen abstrahierende Rechtsordnung.<sup>33</sup>

Diesem Verständnis liegt ein symmetrisches Gesellschaftsbild zugrunde, nach dem Menschen als Freie und Gleiche ihr Leben gleichberechtigt

30 Für einen knappen Überblick siehe *Baer*, in: Rosenfeld/Sajo, *Equality*, S. 986 ff.

31 In der Literatur wird statt eines Anknüpfungsverbots auch ein Begründungsverbot diskutiert, z. B. m.w.N. *Heun*, Art. 3 GG, in: Dreier, *Grundgesetz Kommentar*, Bd. 1, Rn. 125. Diese Begrifflichkeiten gehen aus Sicht eines materialen Diskriminierungsverständnisses am eigentlichen Problem der adäquaten rechtlichen Adressierung der Geschlechterungleichheit vorbei.

32 Eine formal-rechtliche Perspektive verfolgt beispielsweise der *U.S. Supreme Court*. Dieses amerikanische Gleichheitsverständnis hänge, so vermutet Sullivan, u. a. damit zusammen, dass verfassungsrechtlich Diskriminierung aufgrund von Kategorien (*race, sex*) und nicht zum Schutz bestimmter Gruppen (Frauen, Afroamerikaner\*innen) verfolgt werde, dies suggeriere Symmetrie, *Sullivan*, *California Law Review* 2002, 735 (751).

33 Siehe die Darstellung bei *MacKinnon*, *Sexual Harassment of Working Women*, Kap. 5, insbesondere S. 118 ff.; *Sacksosky*, *Das Grundrecht auf Gleichberechtigung*, S. 310 ff., mit Verweis auf den amerikanischen Diskurs Kap. 3; *Sacksosky*, in: *Mau/Schöneck, Frauenquoten*, S. 137 f.

gestalten und aufgrund von individueller Leistung erfolgreich sind. Die Einzelnen haben es in der Hand, unabhängig und selbstbestimmt Entscheidungen für ihr Leben zu treffen und dafür die Verantwortung zu tragen. Historisch wendet sich dieses Gleichheitsverständnis gegen die Privilegien der Ständegesellschaft in Europa und gegen die Versklavung in den USA.

Wird die Gesellschafts- und Rechtsordnung auf diese Weise imaginiert, dann geht damit die Vorstellung einher, dass Gleichheit grundsätzlich besteht, Menschen sich auf Augenhöhe begegnen und die gesellschaftlichen Beziehungen verfassungsrechtlich unproblematisch geordnet sind. Bestehende Ungleichheiten sind in dieser Perspektive auf unterschiedliche Leistungsfähigkeit zurückzuführen und basieren daher auf natürlichen Differenzen. Das Gleichheitsrecht dient allein dazu, Einzelfälle von Benachteiligung abzuwehren. Diskriminierung wird dementsprechend als Ausnahme von der Regel begriffen, weshalb das Gleichheitsrecht nur Schutz vor an Kategorien (willkürlich) anknüpfenden Ungleichbehandlungen bietet, nicht aber auch neutrale Maßnahmen oder staatliche Untätigkeit als Gleichheitsgefährdungen begreift. Proaktives Gleichstellungsrecht<sup>34</sup>, wie etwa Fördermaßnahmen oder Bevorzugungsregeln für historisch benachteiligte Gruppen, sind in dieser Perspektive nur schwer zu rechtfertigen, knüpfen sie doch an kategoriale Zugehörigkeiten an.<sup>35</sup>

In dieser Konzeption, so kritisiert Susanne Baer, werde eine schlichte Vorstellung von Gleichheit vermittelt, welche den strukturellen, alltäglichen Charakter von Benachteiligung nicht greifbar werden lässt und die Privilegien der Normalität sichert – »als ginge es bei Sexismus mal um Frauen, mal um Männer, bei Rassismus mal um Schwarze, mal um Weiße usw.«<sup>36</sup> Diese schlichte Gleichheitskonzeption, so könnte man die Kritik zusammenfassen, basiert auf einer Dethematisierung von gesellschaftlicher Ungleichheit im Recht.

## 2. Material-asymmetrische Gleichheit

Ein materiales Verständnis sieht das Gleichheitsrecht als ein Instrument an, historisch gewachsene Ungleichheitsverhältnisse im Recht adressierbar zu machen. Die gesellschaftliche Wirklichkeit wird konträr zur formalen

- 34 Den Begriff übernehme ich von *Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, Kap. 5 D.
- 35 *Baer*, in: Heinrich Böll Stiftung, Chancen und Risiken Positiver Maßnahmen, S. 28 ff.; *Baer*, NJW 2013, 3145; *Baer*, Würde oder Gleichheit?, S. 23 ff.; *Minow*, Making All the Difference, S. 70 ff.
- 36 *Baer*, in: Heinrich Böll Stiftung, Chancen und Risiken Positiver Maßnahmen, S. 29.

Perspektive als asymmetrisch und daher verfassungsrechtlich problematisch begriffen. Diese andere Wahrnehmung des gesellschaftlichen Status quo schlägt sich in einer alternativen Gleichheitsdogmatik nieder. Für diese sind drei dogmatische Verschiebungen relevant: Die Gruppendimension löst den Fokus auf das geschlechtslose abstrakte Subjekt ab (2.1). Die Technik der Vergleichsbildung wird aufgrund ihrer Perspektivität problematisiert und zugunsten eines machttheoretischen Dominanzmaßstabes modifiziert (2.2). Schließlich wird proaktives Gleichstellungsrecht nicht mehr als Gleichheitsgefährdung, sondern als Gleichheitsdurchsetzung verstanden (2.3). Wie die folgenden Erläuterungen zeigen werden, zielen die drei Verschiebungen auf eine relationale Argumentationsmethodik, die die konkreten gesellschaftlichen Ungleichheitsbeziehungen zum Thema macht, die herrschende maskuline Perspektivität reflektiert und die nachteiligen Effekte rechtlicher Regelungen für aktiv-markierte Subjekte über eine Betroffenenperspektive prominent in die Maßstabsbildung einbezieht.

### 2.1 Gruppe statt Individuum

Hinter den zwei verschiedenen Verständnissen von Gleichheit steht die Frage, ob Gleichheit auf das abstrakte Individuum ausgerichtet ist und daher Differenzierungen aufgrund von Merkmalen verbietet oder ob Gleichheit eine gruppenrechtliche Dimension aufweist, also dazu dient, Einzelne vor zugehörigkeitsbasierter Benachteiligung zu schützen. Während das erste Verständnis auf einem Differenzierungsverbot aufbaut, verfolgt das zweite einen machttheoretischen Ansatz, der im amerikanischen Diskurs von Catharine A. MacKinnon und im deutschen von Ute Sacksofsky und Susanne Baer formuliert wurde.<sup>37</sup>

Der machttheoretische Ansatz geht von Diskriminierung als gruppenbezogenem Phänomen aus und nimmt daher eine relationale anstatt eine individualisierende Perspektive ein. Einzelne werden nicht aufgrund individueller Eigenschaften, sondern wegen der Zugehörigkeit zu einer kategorial bestimmten Gruppe diskriminiert, so die zentrale Annahme, weshalb Ungleichheit nicht auf ein individuelles Problem reduziert, sondern als gesellschaftliche Machtungleichheit, als soziale Praxis der Herstellung von Rangbeziehungen gedeutet wird.<sup>38</sup> Ein Gleichheitsverstoß

37 MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women*, Kap. 5 und 6, insbes. S. 116 ff., 174 ff. (*inequality approach*); Sacksofsky, *Das Grundrecht auf Gleichberechtigung*, S. 312 ff. (Dominierungsverbot); Baer, *Würde oder Gleichheit?*, S. 221 ff. (Hierarchisierungsverbot); Rudolf, in: dies., *Feministische Staatsrechtslehre?*

38 »(I)nequality, substantively speaking, is always a social relation of rank ordering, typically on a group or categorical basis (...).«, MacKinnon, *Minnesota Law Review* 2011, 1 (11).

liegt also nicht dann vor, wenn ein Merkmal verwendet wird (Differenzierungsverbot), sondern wenn eine hierarchisierende, gruppenbezogene Benachteiligung vorliegt (Dominierungsverbot). Eine rechtliche Differenzierung nach dem Geschlecht ist in dieser Perspektive somit nicht notwendigerweise gleichheitswidrig, sondern kann im Sinne eines proaktiven Gleichstellungsrechts als Gleichheitsdurchsetzung betrachtet werden.<sup>39</sup> Entgegen kritischer Stimmen handelt es sich hierbei nicht um ein Gruppenrecht.<sup>40</sup> Vielmehr werden weiterhin Einzelne geschützt. Der Maßstab für die verfassungsrechtliche Bewertung wird jedoch vom einzelnen Individuum auf die Perspektive der Gruppe verschoben.<sup>41</sup>

Bei Geschlecht darf es nach MacKinnon nicht um die Frage gehen, ob Frauen und Männer nun überwiegend gleich oder überwiegend verschieden sind und rechtliche Regelungen willkürlich aufgrund des Geschlechts differenzieren oder nicht. Diese auf Differenz fokussierte Perspektive gehe an der Realität der Geschlechterbeziehungen vorbei:<sup>42</sup> »The question of equality (...) is at root a question of hierarchy, which – as power succeeds in constructing social perception and social reality – derivatively becomes a categorical distinction, a difference.«<sup>43</sup> Folglich müsse Geschlecht als eine Statushierarchie verstanden werden, die zu einer systematischen Benachteiligung von Frauen führe: »This approach to inequality is marked by the understanding that sex discrimination is a system that defines women as inferior to men.«<sup>44</sup> MacKinnon fordert, das Gleichheitsrecht mit seinem normativen Überschuss dafür zu nutzen, um ein »crack in the wall« zwischen Recht und Gesellschaft und damit eine Perspektive zu erzeugen, die Geschlecht nicht als Differenz, sondern als soziale Machtungleichheit begrift.<sup>45</sup>

- 39 Eine Grenze für rechtliche Differenzierungen nach dem Geschlecht sieht Sacksofsky bei Regelungen, die Menschen abwerten, ausgrenzen oder stigmatisieren, *Sacksofsky*, in: Mau/Schöneck, *Frauenquoten*, S. 140. Für das Unionsrecht *Baer/Markard*, Art. 3 Abs. 2, 3 GG, in: Mangoldt u.a., *Kommentar zum Grundgesetz*, Bd. 1, Rn. 344 (7. Aufl. i.E.).
- 40 Gruppenrechte widersprechen dem individualrechtlichen System der Grundrechte, z. B. *Langenfeld*, Art. 3 Abs. 2 GG, in: Maunz/Dürig, *Grundgesetz*, Lfg. 74, Mai 2015, Rn. 18.
- 41 *Sacksofsky*, *Das Grundrecht auf Gleichberechtigung*, S. 334.
- 42 *MacKinnon*, *Sexual Harassment of Working Women*, S. 119; *MacKinnon*, *Feminism Unmodified*, S. 42.
- 43 *MacKinnon*, *Toward a Feminist Theory of the State*, S. 242.
- 44 *MacKinnon*, *Sexual Harassment of Working Women*, S. 116; *MacKinnon*, *Toward a Feminist Theory of the State*, S. 218.
- 45 *MacKinnon*, *Toward a Feminist Theory of the State*, S. 241, Zitat S. 244; *MacKinnon*, *Minnesota Law Review* 2011, 1 (12 f.).

2.2 *Perspektivität der Vergleichstechnik*

Aus einer materialen Gleichheitsperspektive ist der Maßstab der Vergleichsgruppe in die Kritik geraten, da dieser auf eine symmetrische Vorstellung von Gleichheit verweist und die Normativität des Vergleichs unterschlägt. Die an die aristotelische Formulierung anschließende Idee eines Vergleichs zweier Gruppen, um zu bestimmen, ob eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung vorliegt, wird als Privilegierung einer androzentrischen Perspektivität kritisiert.<sup>46</sup> So impliziert der Vergleich, dass Referenzpunkte formuliert werden müssen. Diese orientieren sich in der Regel an hegemonialen Normen, die aber gerade nicht als solche expliziert, sondern als Normalität vorausgesetzt werden. Die Vergleichstechnik ist daher mit der normativen Frage verbunden, wer oder was nach den gesellschaftlichen Deutungsmustern gleich oder ungleich ist, sie erscheint aber als eine empirische Frage, die von Rechtsanwender\*innen einfach beantwortet werden kann. In diesem Sinne befördert die Vergleichstechnik die Maßstabbildung anhand des Normalen und das heißt derzeit anhand einer maskulinen Perspektivität, an die sich abweichende Subjektpositionen erfolgreich angleichen können.<sup>47</sup>

Eine materiale Deutung verfolgt demgegenüber die Perspektive der Betroffenen und legt auf diese Weise benachteiligende Effekte rechtlicher Regelungen offen. Martha Minow sieht in der Betroffenenperspektive daher ein Korrektiv hegemonialer Perspektivität:<sup>48</sup> »Shifting to the standpoint of a historically marginalized person can reveal truths obscured by the dominant view. (...) The perspective of those who are labeled ›different‹ may offer an important challenge to those who imposed the label, but it is a corrective lens, another partial view, not the absolute truth. It is the complexity of our reciprocal realities and the conflict between the realities that constitute us which we need to understand.« Und weiter: »Shifting perspectives exposes how a ›difference‹ depends on a relationship, a comparison drawn between people with reference to

46 MacKinnon, *Feminism Unmodified*, S. 37; Minow, *Making All the Difference*, S. 54 ff.; Baer, *Würde oder Gleichheit?*, S. 235 ff.; Mangold, *Demokratische Inklusion durch Recht*, S. 169 ff.; Sacksofsky, ZESAR 2004, 208. Für das europäische Antidiskriminierungsrecht Holtmaat/Tobler, MJ 2005, 399.

47 »Difference after all, is a comparative term. It implies a reference: different from wohm? (...) A short person is only short in relation to a tall one.«, Minow, *Making All the Difference*, S. 22. »A notion of equality that demands disregarding a ›difference‹ calls for the assimilation to an unstated norm«, S. 51.

48 Zur Perspektivität im Recht auch Frankenberg, *Harvard International Law Journal* 1985, 411.

a norm. And making this reference point explicit opens up debate. May-be the reference point itself should change.«<sup>49</sup>

Darüber hinaus kann es an einer geeigneten Referenzgruppe für den Vergleich fehlen, weshalb der Vergleichsmaßstab als ungeeignet kritisiert wird, geschlechtsspezifische Erfahrungen als Gleichheitsproblem zu adressieren. Susanne Baer zeigt dies am Beispiel der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz. Dies sei eine geschlechtsspezifische Erfahrung, die vor allem Frauen machen, weil sie Frauen und keine Männer sind.<sup>50</sup> Auch die geschlechtsspezifische Erfahrung der Schwangerschaft zeigt dies. Als männliche Vergleichsgruppe wurden bereits Krankheit und Behinderung diskutiert.<sup>51</sup>

Schließlich kann durch einen geschickt konstruierten Vergleich das eigentliche Ungleichheitsproblem unkenntlich gemacht werden. So wurde bei der Ungleichbehandlung von Ehen und Lebenspartnerschaften argumentiert, dass es sich dabei nicht um eine Ungleichbehandlung aufgrund der sexuellen Orientierung handele, weil es homosexuellen Menschen nicht verwehrt sei, eine Person des anderen Geschlechts zu heiraten.<sup>52</sup>

In einer materialen Perspektive wird aus diesen Gründen ein Maßstabswechsel verfolgt: Um festzustellen, ob eine Ungleichbehandlung vorliegt, soll die zentrale Frage nicht lauten, ob Gruppen zu Unrecht gleich oder ungleich behandelt werden, sondern ob ein Ungleichheitsverhältnis vorliegt, das sich in Benachteiligung äußert.

### 2.3 Proaktives Gleichstellungsrecht

Proaktives Gleichstellungsrecht soll durch Förderprogramme, Bildungsmaßnahmen, unterstützende Sozialleistungen, Quoten – und Bevorzu-

49 *Minow*, Making All the Difference, S. 376 f.

50 *Baer*, Würde oder Gleichheit?, S. 235.

51 Zum Schwangerschaftsbeispiel: »More subtly, pregnancy is considered a work ›disability‹ on the assumption that the job world could not be structured to accommodate this temporary alternation in condition. As a disability it is considered an ›extra‹, an ›additional risk unique to women.‹ Additional, that is, to men's health needs.«, *MacKinnon*, Sexual Harassment of Working Women, S. 121.

52 »Die Auffassung der Senatsmehrheit, Art. 3 Abs. 3 GG sei nicht verletzt, weil an die Bindung zweier Personen und nicht an das Geschlecht angeknüpft werde, ist wenig überzeugend. Denn Voraussetzung für das Eingehen einer eingetragenen Lebenspartnerschaft mit einem bestimmten Partner ist die Zugehörigkeit zu dessen Geschlecht.«, so die Kritik von BVerfG-Richterin Haas in ihrem Sondervotum zu BVerfGE 105, 313 (362) – *LebensPG* (2002). Mangold nennt dies mit Verweis auf MacKinnon *phony groupings*, *Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, S. 136.

gungsregelungen als deren Variante – typisierbare Nachteile ausgleichen und auf diese Weise der ungleichen Verteilung von beruflichen Chancen und ökonomischen Ressourcen entgegenwirken. Proaktives Gleichstellungsrecht knüpft daher regelmäßig an Kategorien wie das Geschlecht an und müsste aus formaler Perspektive als Gleichheitsverstoß gewertet werden. Eine materiale Perspektive folgt dem nicht, sondern sieht dieses unter bestimmten Voraussetzungen als Gleichheitsdurchsetzung an.<sup>53</sup> Da proaktives Gleichstellungsrecht dazu dient, Chancengleichheit – und perspektivisch auch Ergebnisgleichheit – herzustellen,<sup>54</sup> wird zwischen einer unzulässigen benachteiligenden und einer zulässigen unterschiedlichen Behandlung differenziert. Susanne Baer und Nora Markard versuchen dies mit der Unterscheidung zwischen einem fairen Privilegienabbau und einer unfairen Benachteiligung zu fassen. Erst solch ein Verständnis von Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG werde dem Ziel des Diskriminierungsschutzes gerecht.<sup>55</sup>

Chancengleichheit wird mit Blick auf die Geschlechterbeziehungen daher nicht abstrakt konzeptualisiert: Weicht eine Verteilung in der gegenwärtig patriarchalen Gesellschaft von der Geschlechterparität ab, dann wird dies als ein Indiz für das Vorliegen einer strukturellen Benachteiligung aufgrund des Geschlechts gewertet.<sup>56</sup> In diesem Sinne wird die Abwesenheit von Frauen z. B. in wirtschaftlichen oder politischen Führungspositionen nicht auf individuelle Präferenzen oder Talente, sondern auf asymmetrische Geschlechterbeziehungen zurückgeführt, die einerseits in Geschlechterbildern, die Aktivität und Kompetenz maskulin deuten, und andererseits in der einseitigen Verteilung von Sorgearbeit gründen. So werden Frauen regelmäßig als weniger qualifiziert wahrgenommen, weil ihre Lebensläufe von Unterbrechungen zur Kindererziehung oder Altenpflege gekennzeichnet sind oder weil befürchtet wird, dass sie aufgrund familiärer Verpflichtungen nicht rund um die Uhr verfügbar sind. Die maskulin codierten Deutungen von Leistung und Qualifikation adressiert z. B. der Fachausschuss der UN-Frauenrechtskonvention als ein Gleichheitsproblem und fordert deren Reformulierung: »As temporary special measures aim at accelerating achievement of de facto

53 *Sacksofsky*, in: Mau/Schöneck, Frauenquoten; *Sacksofsky*, ZESAR 2004, 208; *Sacksofsky*, in: dies./Jakobeit, Sind Schwarze und Frauen gleicher als weiße Männer?, S. 234; *Baer*, in: Heinrich Böll Stiftung, Chancen und Risiken Positiver Maßnahmen, S. 24.

54 Dabei ist es natürlich problematisch, dass von Fördermaßnahmen in der Regel die Privilegierten einer Gruppe, also z. B. weiße, nicht-behinderte Frauen aus der Mittelschicht, profitieren.

55 *Baer/Markard*, Art. 3 Abs. 2, 3 GG, in: Mangoldt u. a., Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, Rn. 372, 422 f., 435 (7. Aufl. i.E.).

56 »Sind bei begehrten Positionen Männer deutlich überdurchschnittlich vertreten, so spricht das dafür, dass Nachteile für Frauen bestehen.«, *Sacksofsky*, ZESAR 2004, 208.

or substantive equality, questions of qualification and merit, in particular in the area of employment in the public and private sectors, need to be reviewed carefully for gender bias as they are normatively and culturally determined.«<sup>57</sup>

Die maskulinen Privilegien adressierend wird inzwischen mit Blick auf familiäre Sorgearbeit diskutiert, ob das Fehlen von »angemessenen Vorkehrungen« eine Diskriminierung darstellt. Dieser Ansatz beinhaltet nicht nur ein staatliches Förderungsgebot, sondern eine positive Handlungspflicht für staatliche und private Akteure. Durch angemessene Vorkehrungen soll bereits präventiv verhindert werden, dass Benachteiligungen entstehen. Während für die Kategorie Behinderung das Fehlen angemessener Vorkehrungen bereits als Diskriminierung anerkannt ist, steht die Diskussion um angemessene Vorkehrungen für das Geschlechterverhältnis noch ganz am Anfang.<sup>58</sup> So wird vorgeschlagen, dass die Übernahme von Sorgearbeit Ansprüche auf Teilzeit oder flexible Arbeitszeitgestaltung begründen kann, um sorgebedingte Benachteiligung zu verhindern.<sup>59</sup> Diese Figur kann somit als Schnittstelle zwischen individuellem Diskriminierungsschutz und Gleichstellungsmaßnahmen begriffen werden.

### 3. Fallstricke der Verhandlung von Identität

Eine materiale Gleichheitskonzeption lässt sich als dogmatische Übersetzung einer relationalen Perspektive begreifen, weil sie die konkreten gesellschaftlichen Ungleichheitsverhältnisse in den Blick nimmt und auf deren Transformation zielt. Strukturelle Beziehungen der Ungleichheit werden zu einem verfassungsrechtlichen Problem – zu einer Verfassungsfrage – qualifiziert und verfassungsrechtliche Maßstäbe für deren Bearbeitung entwickelt.

Dennoch sind mit dieser Perspektive argumentative Fallstricke verbunden, die mit der Schwierigkeit »Identität« zu verhandeln und der historischen Privilegierung spezifischer Diskriminierungserfahrungen zusammenhängen. Besondere Gleichheitssätze formulieren regelmäßig das Verbot einer Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts und anderer Kategorien. Da diese Kategorien auf Gruppenzugehörigkeiten verweisen, stellt sich in einer relationalen Perspektive nicht nur die Frage nach einer ungleichheitssensiblen Gleichheitsinterpretation, sondern auch nach den Kategorien selbst. Auf welche Subjektivitäten verweisen sie und auf

57 CEDAW Committee, General Recommendation No. 25, Rn. 23.

58 Art. 5 RL 2000/78, Art. 2 der UN-Behindertenrechtskonvention, § 12 AGG (erforderliche Maßnahme).

59 Kocher/Wenckebach, Soziales Recht 2013, 17.



welche nicht? Welche Ein- und Ausschlüsse werden durch spezifische Interpretationen von Kategorien erzeugt?

### 3.1 Intersektionalität

Fokussiert man die Ungleichheitsachse Geschlecht, dann gehen damit spezifische Vorstellungen über »Frauen« einher, die die vielfältigen Diskriminierungserfahrungen, die Angehörige des weiblichen Geschlechts machen, nicht erfassen können. Denn nicht nur das Geschlecht, sondern auch die Klassenzugehörigkeit, die Religion, die Herkunft, die sexuelle Orientierung, die rassistische Verortung sowie Behinderungen bestimmen die gesellschaftliche Positionierung und die Alltagserfahrungen von weiblichen Subjekten. Die Gruppe des weiblichen Geschlechts weist also interne Differenzierungen und Hierarchisierungen auf. So machen Frauen andere Erfahrungen, wenn sie als Angehörige der Gruppe der »deutschen Frauen« wahrgenommen werden als Frauen einer kulturell, rassistisch oder staatsbürgerschaftlich konzipierten Gruppe der »Nicht-Deutschen«. Arbeiterinnen machen andere Erfahrungen als Professorinnen. Kopftuchtragende Musliminnen machen wiederum andere Erfahrungen als Musliminnen ohne Kopftuch.

Ob sich ein Merkmal benachteiligend auswirkt und als Diskriminierung materialisiert, hängt vom konkreten Kontext ab. Diskriminierung ist meist ein komplexes Phänomen, das sich nicht allein aus einem Merkmal, sondern aus einem Konglomerat von Gründen ergibt und beim Vorliegen mehrerer Gründe verschärfen oder anders als im hegemonialen Frauenbild angelegt darstellen kann.<sup>60</sup> Politisch wurde in den feministischen Bewegungen die Dominanz der weißen, westlichen, Mittelklasse-Frau kritisiert, die den Gleichheits- und Menschenrechtsdiskurs vereinnahmt und die Unrechtserfahrungen »anderer Frauen« unsichtbar macht. Nicht nur hinsichtlich der Relation männlich-weiblich, sondern auch innerhalb der weiblichen Gruppe müssen, so die Kritik, Normalitätsvorstellungen dekonstruiert und Maßstabbildungen kritisch reflektiert werden.<sup>61</sup>

In der juristischen Wissenschaft hat dies Ende der 1980er Jahre als erste die Zivilrechtlerin Kimberlé Crenshaw mit dem Begriff der Intersektionalität argumentiert. Die Dominanz weißer Frauen und schwarzer Männer im U.S.-amerikanischen Antidiskriminierungsrecht führe

60 *Holzleithner*, in: Homel/Scherr, Mehrfachdiskriminierung im europäischen Rechtsdiskurs, S. 97 ff.; *Lembke/Liebscher*, in: Meier u.a., Postkategoriales Antidiskriminierungsrecht?, S. 272 ff.

61 *Crenshaw*, The University of Chicago Legal Forum 1989, 139; *Dhawan*, *Femina Politica* 2009, 52; *Walgenbach*, in: dies. u.a., Gender als interdependente Kategorie, S. 25 ff.; *Zetkin*, Zur Geschichte der proletarischen Frauenbewegung Deutschlands, S. 146 ff.

dazu, dass die Ungleichheitserfahrung schwarzer Frauen im Recht nicht benannt werden könne: »(I)n race discrimination cases, discrimination tends to be viewed in terms of sex- or class-privileged Blacks; in sex discrimination cases, the focus is on race- and class-privileged women.«<sup>62</sup> Anhand von arbeitsrechtlichen Fällen, in denen ausschließlich schwarze Frauen gekündigt wurden, konnte Crenshaw aufzeigen, dass das Erfordernis des amerikanischen Diskriminierungsschutzes, sich nur einer Kategorie zuzuordnen, dazu führte, dass sowohl eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ausschied, weil keine weißen Frauen entlassen wurden, als auch eine Diskriminierung aufgrund der Rasse scheiterte, weil schwarze Männer ebenfalls keine Kündigung erhalten hatten. Crenshaw kritisiert daher, dass das Antidiskriminierungsrecht der gesellschaftlichen Privilegierung von Weißheit und Männlichkeit folge und die Überkreuzung – *intersection* – von Ungleichheitskategorien, hier Rasse und Geschlecht, nicht als Diskriminierung erkennen könne.<sup>63</sup>

Crenshaws Begriff der *intersectionality* wird inzwischen auch in der deutschen Rechtswissenschaft als Analyseinstrument verwendet.<sup>64</sup> Ähnliche Ideen werden mit den Begriffen der Mehrfachdiskriminierung oder der mehrdimensionalen Diskriminierung verfolgt. Der Begriff der Mehrfachdiskriminierung verweist darauf, dass Personen, die mehrere aktiv markierte Ausprägungen aufweisen, z. B. Frauen, die einer Minderheit angehören, in der einen Situation wegen des einen Merkmals (als Frau), in der anderen Situation wegen des anderen (als Angehörige einer Minderheit) oder additiv wegen beiden Merkmalen diskriminiert werden.<sup>65</sup> Das Konzept von mehrdimensionaler Diskriminierung, mit dem man den englischen Intersektionalitätsbegriff in den deutschen Diskurs übersetzen könnte,<sup>66</sup> verweist demgegenüber darauf,

62 Crenshaw, The University of Chicago Legal Forum 1989, 139 (140).

63 Ebenda, S. 151. Ansätze einer intersektionalen Verfassungsrechtsanalyse z. B. bei Karpin/O’Connell, in: Baines/Rubio-Marín, Speaking into a Silence, S. 42 ff. (indigene Frauen in Australien); Baines, in: dies./Rubio-Marín, Using the Canadian Charter of Rights and Freedoms to Constitute Women, S. 66 ff. (indigene, arme, immigrierte, lesbische Frauen in Kanada).

64 Zinsmeister, Mehrdimensionale Diskriminierung; Markard, KJ 2009, 353; Holzleithner, in: Homel/Scherr, Mehrfachdiskriminierung im europäischen Rechtsdiskurs; Lembke/Liebscher, in: Meier u. a., Postkategoriales Antidiskriminierungsrecht?; einen knappen Überblick über die verschiedenen Begrifflichkeiten geben Baer u. a., Mehrdimensionale Diskriminierung.

65 Europäische Kommission, Bekämpfung von Mehrfachdiskriminierung.

66 So z. B. Zinsmeister, die die Verschränkung von Behinderung und Geschlecht untersucht, Zinsmeister, Mehrdimensionale Diskriminierung, S. 51, Fn. 135, 43 ff., 113 ff. Baer u. a. ziehen den Begriff der mehrdimensionalen Diskriminierung vor, da Intersektionalität als Begriff wenig selbsterklärend sei und

dass Diskriminierungserfahrungen komplexe Phänomene sind, die aufgrund einer Verschränkung von Ungleichheitsachsen gemacht werden, welche sich nicht fein säuberlich voneinander trennen lassen.<sup>67</sup> Im deutschen Kontext zeigt sich dies bei der Benachteiligung von kopftuchtragenden Musliminnen in der Arbeitswelt oder von migrantisch wahrgenommenen jungen Männern, denen der Einlass in Diskotheken verwehrt wird. Während beim Kopftuch Religion und Geschlecht sich nicht trennen lassen und sich Diskriminierungserfahrungen von Musliminnen mit Migrationshintergrund noch verschärfen dürften, spielen bei den Diskothekenfällen neben der Herkunft das Geschlecht und das Alter die entscheidende Rolle.

Dogmatisch hat eine intersektionale Rechtsanalyse zwei Konsequenzen. Sie verweist erstens auf die Binnendifferenzierung von Personengruppen, indem sie den Blick für Diskriminierungserfahrungen von Subgruppen schärft. Die homogenisierende Kategorie »Geschlecht« wird also aufgebrochen, um differente Lebenserfahrungen sichtbar zu machen. Dies führt zweitens zur Problematisierung der Vergleichsgruppen. Diskriminierungserfahrungen von Subgruppen werden nur sichtbar, wenn auch entsprechende Vergleichsgruppen gebildet werden und nicht vorschnell auf den Vergleich zwischen »Männern« und »Frauen« abgestellt wird. Im deutschen Verfassungsdiskurs wird diese Perspektive insbesondere für die Frage nach einer rechtlichen Anerkennung von muslimischen Frauen, die das Kopftuch für sich als verpflichtend ansehen und in der Schule unterrichten oder als Rechtsreferendarin gleichbehandelt werden wollen, relevant, da diese nicht als Frauen, sondern als muslimische, kopftuchtragende Frauen Erfahrungen von Benachteiligung und Exklusion machen.

### 3.2 Kategorien

Kritiken kategorial operierenden Rechts haben auf das Problem der Essentialisierung und des *Othering*-Effekts aufmerksam gemacht.<sup>68</sup> Indem Tatbestände Kategorien verwenden, muss die juristische Argumentation

zu einer Essentialisierung von Kategorien beitragen, *Baer u. a.*, Mehrdimensionale Diskriminierung, S. 10 ff. Mangold hält am Intersektionalitätsbegriff fest und plädiert für einen reflektierten Umgang mit Kategorien als Kategorisierungen, *Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, S. 238 ff.; ähnlich *Markard*, KJ 2009, 353.

- 67 Zu den unterschiedlichen Schutzniveaus für verschiedene Kategorien in den europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien *Holzleithner*, in: Homel/Scherr, Mehrfachdiskriminierung im europäischen Rechtsdiskurs, S. 96 ff.
- 68 *Baer*, in: Heinrich Böll Stiftung, Chancen und Risiken Positiver Maßnahmen, S. 32 ff. »Yet, by sorting people and problems into categories, we each

immer wieder die Existenz dieser Tatbestandsmerkmale in der Rechtsanwendung feststellen. Dies könne die Gefahr mit sich bringen, dass essentialisierende Zuschreibungen in der rechtlichen Praxis reproduziert werden anstatt Kategorien als Verweise auf diskriminierende Zuschreibungen zu verstehen, aufgrund derer Personen Erfahrungen der Benachteiligung machen.<sup>69</sup>

Darüber hinaus reproduzieren Kategorien, indem sie nur auf die aktive Markierung einer Ausprägung verweisen, Differenzen, die im Recht auf lange Sicht eigentlich unerheblich werden sollen. Martha Minow stellt daher ein Dilemma der Differenz fest: »(W)hen does treating people differently emphasize their differences and stigmatize or hinder them on that basis? and when does treating people the same become insensitive to their difference and likely to stigmatize or hinder them on *that* basis?«<sup>70</sup> Thematisiert das Recht die gesellschaftlich bestehenden Ungleichheitsverhältnisse über Kategorien, um Ungleichheit im Recht zu akkommodieren, dann bestätigt es zugleich die Differenz und Andersheit nicht hegemonialer Subjekte. Rechtliche Anerkennung kann hier in *Otherring* umschlagen: »The problems of inequality can be exacerbated both by treating members of minority groups the same as members of the majority and by treating the two groups differently.«<sup>71</sup>

Um nicht durch staatliche Rechtsanwendungen oder Gerichtsentscheidungen auf kategoriale Identitäten festgelegt zu werden, fordern einige Autor\*innen, darunter auch Susanne Baer, ein postkategoriales Antidiskriminierungsrecht.<sup>72</sup> Anstatt Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu verbieten, müsse Diskriminierung aufgrund von

cede power to the social definitions that we individually no longer control.«, *Minow*, *Making All the Difference*, S. 22.

69 *Elsuni*, in: Behmenburg u.a., *Zur ReProduktion von Machtverhältnissen durch juristische Kategorisierungen am Beispiel »Geschlecht«*. Lembke und Liebscher stellen essentialisierende Feststellung von deutschen Gerichten dar, *Lembke/Liebscher*, in: Meier u.a., *Postkategoriales Antidiskriminierungsrecht?*, S. 275 f.; *Liebscher u. a.*, *KJ* 2012, 204.

70 *Minow*, *Making All the Difference*, S. 10.

71 Ebenda, S. 20.

72 Mangold folgt dem nicht, sondern sieht darin vor allem die Gefahr, dass nicht mehr auf die diskriminierenden Effekte, sondern auf diskriminierende Intentionen abgestellt wird und damit unreflektiert bleibt, dass Diskriminierung regelmäßig intentionslos erfolgt. Zudem würden Kategorien in der Praxis nicht verschwinden und die Kritik die repressive Seite rechtlicher Regelungen sowie die Wirkungsmacht rechtlicher Kategorien überbetonen, *Mangold*, *Demokratische Inklusion durch Recht*, S. 245 ff. Adamietz definiert die Kategorie Geschlecht weit und argumentiert, dass die Kategorie vor jeglicher Benachteiligung schützt, die in der Abweichung von der binär-heterosexuellen Geschlechterordnung gründet. Auf diese Weise inkludiert sie

Hetero-Sexismus oder hetero-sexistischen Zuschreibungen untersagt werden. Es findet damit eine Perspektivenverschiebung statt, da nicht mehr die vermeintlich »tatsächlichen« Eigenschaften der Personen als die »Anderen« rechtlich interessieren, sondern die hierarchisierenden Praktiken und Strukturen in den Fokus der Argumentationspraxis rücken.

Werden Kategorien im Recht verwendet, so könnte man die dargestellten Kritiken zusammenfassen, dann benötigt es eine Rechtspraxis, die diese als Zuschreibungen, als Prozess der Kategorisierung zur Komplexitätsreduzierung, aber nicht als ontologischen Verweis auf Identitäten versteht. Baer geht noch einen Schritt weiter und kritisiert den Bezug auf Gruppen durch kategoriales Recht überhaupt. Im rechtlichen Gruppismus (*legal groupism*) sieht sie eine zu starke Gefahr essentialisierender und homogenisierender Identitätspolitik: »Das begünstigt elitäre Repräsentationspolitiken, denn in Gruppen sprechen dann ›leaders‹ für andere, mit denen dann nicht gesprochen werden muss.« Der Bezug auf kollektive Identitäten wird für Baer insbesondere im Hinblick auf religiöse Gruppen problematisch, da sich diese als religiöse Gemeinschaften auf ihr kollektives Selbstbestimmungsrecht berufen, um ihre Diskriminierungspraxis aufgrund des Geschlechts sowie der sexuellen Orientierung zu rechtfertigen. Baer betont dagegen das Individuum, das mit Grundrechten kollektive, stereotype Erwartungen abwehren und sich auf seine Individualität berufen könne. Gleichheit richte sich daher im Kern gegen die Vereinnahmung von Einzelnen in kollektive Identitäten.<sup>73</sup>

Versteht man Baers Position als Liberalismuskritik, in der die Religionsfreiheit nicht dazu dienen soll, dass religiöse Gruppen Gleichheitsansprüche von Frauen und homosexuellen Menschen im Namen privater Selbstorganisation abwehren können, ist die Kritik am *legal groupism* nachvollziehbar. Über diesen Kontext der Religionsfreiheit hinaus scheint die Kritik am *legal groupism* – gerade vor dem Hintergrund feministischer Positionen, die einen schwachen Begriff von sozialen Gruppen oder einen strategischen Essentialismus verfolgen<sup>74</sup> – weniger verständlich. Schließlich geht es bei Antidiskriminierungsrecht, sei es kategorial gefasst oder nicht, nicht primär um das Recht einer Gruppe auf

sexuelle Orientierung und sexuelle Identität in den Schutzbereich der Geschlechtsdiskriminierung und lenkt ebenso den Blick auf diskriminierende Praktiken, *Adamietz*, *Geschlecht als Erwartung*, S. 250 ff. Dazu auch *Röhner*, *juridikum* 2015, 516 (522 ff.).

73 *Baer*, in: Heinrich Böll Stiftung, *Chancen und Risiken Positiver Maßnahmen*, S. 26 ff., 32, Zitat S. 26; *Baer*, *Utrecht Law Review* 2010, 56 (60 ff.); *Baer*, *Constellations* 2013, 68.

74 *Phillips*, *The Politics of Presence*; *Butler*, in: dies. u.a., *Kontingente Grundlagen*, S. 48 ff.; *Spivak*, in: *Landry/MacLean*, *Subaltern Studies*, S. 214.

Selbstbestimmung oder die Reifizierung von Identitäten, sondern um einzelne Subjekte, die aufgrund von (vermeintlichen) Zugehörigkeiten Erfahrungen von Benachteiligung machen und daher gleiche Anerkennung einfordern.