

Stephan Ast / Julia Hänni / Klaus Mathis / Benno Zabel (Hg.)

Gleichheit und Universalität

Tagungen des Jungen Forums Rechtsphilosophie (JFR)
in der Internationalen Vereinigung für
Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) im September 2010 in
Halle (Saale) und im Februar 2011 in Luzern



INHALT

Vorwort	7
Einleitung	9

I GLEICHHEIT UND DIFFERENZ (HALLE 2010)

Franziska Martinsen

Auch nachts sind nicht alle Katzen grau. Zum Verhältnis von Gleichheit und Differenz	19
---	----

Stephan Ast

Gleichheit, Differenz und Generalisierung – Was es heißt, sich nach einer generellen Norm zu richten	31
---	----

Thomas Grosse-Wilde

Gleichheit und Differenz in der Strafzumessung	45
--	----

Norbert Paulo

Eine partikularistische Sicht auf den allgemeinen Gleichheitssatz	59
---	----

Tim Wihl

Egalitärer Minimalconstitutionalismus. Gleichheit als notwendige und hinreichende Bedingung des demokratischen Verfassungsstaates	77
---	----

Michael Grünberger

Das Prinzip der personalen Gleichheit. Eine Skizze des Rechtfertigungsmodells von Gleichbehandlungspflichten privater Akteure	91
---	----

Tilman Altwicker

Rechtsethische Rekonstruktion des Diskriminierungsverbots	107
---	-----

Pawel Polaczuk

Theorie der Gerechtigkeit von John Rawls. Grundriss der Kritik	121
--	-----

II UNPARTEILICHKEIT UND UNIVERSALISIERUNG (LUZERN 2011)

Klaus Mathis

Unparteilichkeit	133
------------------------	-----

<i>Julia Hänni</i> Universalisierung	141
<i>Frederik von Harbou</i> Anspruch und Anthropologie: Unparteilichkeit und Universalismus als rechtsethische Herausforderungen . . .	151
<i>Sabrina Zucca-Soest</i> Zur Universalität von Normen	165
<i>Tarek Naguib</i> Postkategoriale ‚Gleichheit und Differenz‘: Antidiskriminierungsrecht ohne Kategorien denken!?!	179
<i>Till Zimmermann</i> Die Rollentauschprobe im Strafrecht	195
<i>Luca Langensand</i> Richterauswahl – Auswirkungen auf die richterliche Unabhängigkeit	213
<i>Tobias Schaffner</i> Universelle Gleichheit in Hugo Grotius’ Lehre vom natürlichen Privatrecht . . .	227
<i>Magdalena Hoffmann</i> Völker im Urzustand: Zu Rawls’ Begründung seines ‚Rechts der Völker‘	247
<i>Rainer Keil</i> Unparteilichkeit und Universalisierbarkeit: Taugliche Kriterien für das Maß an Offenheit territorialer Außengrenzen für Flüchtlinge und Immigration?	263
<i>Tobias Zürcher</i> Moralischer Relativismus, philosophischer Pragmatismus und universelle Menschenrechte	277
<i>Matthias Jenal</i> Sind Menschenrechte universalisierbar? Eine Interpretation im Licht der Sprachphilosophie Wittgensteins	291
<i>Peter G. Kirchschräger</i> Das ethische Charakteristikum der Universalisierung im Zusammenhang des Universalitätsanspruchs der Menschenrechte	301
Informationen zu den Autoren	313

POSTKATEGORIALE ‚GLEICHHEIT UND DIFFERENZ‘: ANTIDISKRIMINIERUNGSRECHT OHNE KATEGORIEN DENKEN!?

Das geltende Antidiskriminierungsrecht hat kaum bestreitbar bedeutende Fortschritte im Kampf gegen soziale Ungleichheiten bewirkt. Andererseits trägt es in seiner gegenwärtigen Aufstellung dazu bei – und das mag absurd klingen – Stigmata und Ausgrenzung zu zementieren. Grund: Es operiert konzeptionell in Normalisierungs-Kategorien und nährt dadurch die kraftvolle Tendenz dominanter Gruppen, Gleichheit und Differenz aus der Perspektive der herrschenden Verhältnisse zu bewerten. Kategorien wie z.B. Behinderung, Geschlecht, Ethnie, Rasse, Alter, fahrende Lebensform, Religion, soziale Stellung und sexuelle Orientierung werden nicht konsequent als verwobene, in asymmetrischen Machtstrukturen eingebettete soziale Konstruktionen begriffen, sondern nicht selten – bewusst oder unbewusst – (re-)naturalisiert. Weil dem so ist, benötigt der kategorisierungs- und identifizierungsmächtige Rechtsstaat – will er denn diskriminierungsschutzrechtlich glaubwürdig sein – einen wirkmächtigen Reflexions- und Korrekturmechanismus. Hierfür schlage ich das theoretische „Transformations-Konzept“ der *postkategorialen ‚Gleichheit und Differenz‘* vor.

1 PROBLEMSTELLUNG: ÜBERWINDUNG VON ESSENTIALISMEN IM GELTENDEN ANTIDISKRIMINIERUNGSRECHT

Der differenzierte Umgang mit ‚*Gleichheit und Differenz*‘ gehört theoretisch zur Kernkompetenz des Antidiskriminierungsrechts, ist aber praktisch dessen grösste Herausforderung. Beispiele aus der Rechtsetzung und der Rechtsanwendung zeigen, dass immer wieder (quasi-)essentialistische Fehlschlüsse (re-)formuliert werden.¹ Naturalisierungen und Kulturalisierungen sind latent in verfassungs- und gesetzesrechtlichen Diskriminierungskategorien eingeschrieben und fliessen auch deshalb in Prämissen und Argumentationsmuster von Gerichtsurteilen und rechtspolitische Antidiskriminierungspostulaten ein, dies oft kaschiert hinter stereotypen und mit Vorurteilen behafteten Tatsachenbehauptungen und Alltagstheorien.² Dabei unterliegt sowohl die Bewertung von Differenz als auch diejenige von Gleichheit diskriminierenden Kategorisierungen. Diese manifestieren sich in der Regel zwar subtil, graben sich aber gerade deswegen – verstärkt durch die beachtliche symbolische Gewalt des Staates³ – wirkmächtig noch tiefer in das mit Stigmata und Ausgrenzungen besetzte

* Ich bedanke mich herzlich bei Doris Liebscher für ihre höchst bereichernden und zahlreichen kritischen Anmerkungen. Doris Liebscher ist Mitbegründerin des Antidiskriminierungsbüros Sachsen, promoviert zu Ambivalenzen des Begriffs „Rasse“ im deutschen Recht an der Humboldt Universität Berlin und publiziert regelmässig zu Antidiskriminierungsrecht und -pädagogik, zu Extremismus und Demokratietheorien.

1 Beispiele dazu werden weiter hinten diskutiert (vgl. Abschnitte 3.1 und 3.2).

2 Zu einer Untersuchung deutscher Gerichtsurteile zum Antidiskriminierungsrecht siehe *Alexander Klose*, Stereotypen, Vorurteile, Diskriminierungen: Tatsachenbehauptungen in Urteilen zum Gleichbehandlungsrecht (voraussichtliche Publikation im 2011).

3 Zur symbolischen Gewalt des Staates siehe *Pierre Bourdieu*, Language and Symbolic Power, Cambridge 1991; vgl. weiter *Michel Foucault*, Die „Gouvernementalität“ (Vortrag), in: *Daniel Defert/François Ewald*, Schriften in vier Bänden = Dits et écrits. Bd. 3, Frankfurt a. M. 2003, S. 796–823; *James C. Scott*, Seeing like a State: How Certain Schemes to Improve the Human Condition Have failed, New Haven 1998, S. 76 ff.

interdependente und verwobene Geflecht gesellschaftlicher Strukturen, Diskurse und Identifizierungsmuster.⁴

Die übergeordnete Ursache dieses *wirkmächtigen* „antidiskriminierungsrechtlichen“ *essentialistischen Fehlschlusses* ist in den Wissens- und Machtstrukturen zu verorten. Sie zeigen sich namentlich darin, dass „wir“ – d. h. diejenigen, die den Schutz vor Diskriminierung definieren – vor problematischen Kategorisierungen der „anderen“ – d. h. die vor Diskriminierung zu schützenden – deshalb nicht gefeit sind, weil „wir“ die „anderen“ in der Regel aus der Perspektive blinder Flecken *weisser*⁵ oder anderweitig herrschender Dominanz beurteilen. Daher benötigen „wir“ Vorkehrungen, die uns helfen, Antidiskriminierungsrecht so zu konzipieren, dass es auch in der Rechtswirklichkeit seinen Namen verdient. Die zentralen Ziele sind: rechtsbegriffliche Essentialisierungsrisiken tief zu halten, die Dominanz in der Praxis des Rechtstribunals offenzulegen und in der Anwendung des Rechts so gut als möglich zu verhindern – dies zwecks Machtverlust des „Wir“ zugunsten des „Anderen“ für ein „Gemeinsames“.⁶

Eine potentielle Hilfestellung, die uns nachhaltig die Richtung weisen kann, bietet der theoretische Ansatz der *postkategorialen ‚Gleichheit und Differenz‘*. Der von der auf Antidiskriminierungs- und Gleichheitsrecht spezialisierten Juristin und Rechtssoziologin *Susanne Baer* erstmals in den deutschsprachigen Rechtswissenschaften im Zusammenhang mit dem Antidiskriminierungsrecht formulierte Begriff⁷ der *Postkategorialität* zielt darauf ab, Antidiskriminierungsrecht als Recht gegen Stigmatisierung, Ausgrenzung und „Ismen“ zu begreifen, ein Recht also, das nicht bei den Diskriminierungs-betroffenen (als „Opfer“) ansetzt, sondern sich an gesellschaftlichen Hierarchisierungen („Strukturen“ und „Täter“) und an individuellen Fähigkeiten bzw. Einschränkungen orientiert. Postkategoriale ‚Gleichheit und Differenz‘ verpflichtet den Gesetzgeber und die rechtsanwendenden Behörden, Antidiskriminierungsrecht ohne stereotype Differenz- und Gleichheitskategorien zu denken. Im Sinne von *Judith Butler* versteht sich der Ansatz als eine sprachpolitische Verdichtung von anti-essentialistischem (bzw. anti-hierarchischem) Wissen durch subversive und interventionistische Resignifizierung⁸ des geltenden kategorialen in ein künftiges

4 Zur Wechselwirkung von Differenzkategorien auf der Strukturebene, der diskursiven Repräsentationsebene und der Ebene der Identifikation siehe *Gabriele Winker/Nina Degele*, Intersektionalität: Zur Analyse sozialer Ungleichheiten, Bielefeld 2009, insb. S. 79–97.

5 *Weiss* bzw. *nichtweiss* oder *Schwarz* bezeichnet nicht zwingend die Hautfarbe, sondern auch eine kulturalisierte Rassifizierung. Gemeint sind Menschen, die von Rassismus und *weisser* hegemonialer Macht (negativ) betroffen sind. Um diese sichtbar zu machen, werden die Begriffe *weiss* und *schwarz* in diesem Text als Worte kursiv geschrieben. Hingegen wird *weiss* im Gegensatz zu *Schwarz* klein geschrieben, weil zwar auch diese Kategorie eine soziale Konstruktion ist, aber klein um eine Abgrenzung zu *Schwarz* zu vollziehen, das von grossen Teilen der ‚Schwarzen‘ bzw. *People of Colour* als politisch-emanzipatorische Selbstzuschreibung verwendet wird. Vgl. hierzu auch *Nora Markard*, Die andere Frage stellen: Intersektionalität als Analyse-kategorie im Recht, KJ 2009, S. 353–363, S. 353; *Maureen Maisha Eggers*, Mythen, Masken und Subjekte: Kritische Weisheitsforschung in Deutschland, Münster 2005, S. 13.

6 Vgl. hierzu auch die Vorschläge in *Susanne Baer*, Chancen und Risiken positiver Massnahmen: Grundprobleme des Antidiskriminierungsrechts und drei Orientierungen für die Zukunft, Dossier Positive Massnahmen: Von Antidiskriminierung zu Diversity, Online-Publikation: http://migration-boell.de/web/diversity/48_2635.asp, Juli 2010 (Zugriff: 27. April 2011).

7 *Baer* (Fn. 6).

8 Subversive und interventionistische Resignifizierung meint nach *Judith Butler* in Anlehnung an

anti- bzw. postkategoriales Antidiskriminierungsrecht – es ist also ein Konzept, das nach erfolgter Mission seine Bedeutung verliert (Transformationskonzept).

Der vorliegende Beitrag entwickelt den Ansatz der postkategorialen ‚Gleichheit und Differenz‘ (2. Theorie: Postkategoriale ‚Gleichheit und Differenz‘). Auf dieser Grundlage werden Beispiele essentialistischer Fehlschlüsse im geltenden schweizerischen Antidiskriminierungsrecht identifiziert und dekonstruiert⁹ (3. Praxis: Beispiele essentialistischer Fehlschlüsse). Als rechtspolitischer Ausblick formuliert der Beitrag ein Fazit mit – aus in Thesen formulierten empirischen Erkenntnissen resultierenden – Vorschlägen für eine theoretisch fundierte antidiskriminierungsrechtliche Praxis und Politik (4. Fazit und Ausblick in Thesen).

2 THEORIE: POSTKATEGORIALE ‚GLEICHHEIT UND DIFFERENZ‘

„Wie gelingt es, Menschen ‚positiv‘ zu adressieren, ohne das Negative damit immer wieder festzuschreiben?“, so die zentrale Frage von *Susanne Baer* in ihrem kritischen Beitrag zu positiven Massnahmen zur Beseitigung von strukturellen Diskriminierungen über die Förderung spezifischer Gruppen.¹⁰ Gruppenrechte – so ihre Ausgangsposition – „essentialisieren Differenz und Ungleichheiten. Wer Menschen in Gruppen einteilt, reduziert sie auf ein Merkmal oder eine Eigenschaft, homogenisiert also Menschen, die einiges, aber nie alles gemeinsam haben. Wer sich an Gruppen orientiert, tendiert dazu, kollektive Identitätskonzepte als Identitätspolitiken zu verfestigen“.¹¹ Baer schlägt daher vor, weniger in Opferkategorien zu denken, sondern Antidiskriminierungsmassnahmen „postkategorial“ zu begreifen und ebenso Täter_innen¹² und Struktur ins Visier zu nehmen.

John L. Austin die bewusste und politisch intendierte Umschreibung wirkmächtiger Einschreibungen von Konventionen in Begriffen. Vgl. hierzu *Judith Butler*, *Hass spricht: Zur Politik des Performativen*, Berlin 1998, etwa S. 218.

9 Dies im Sinne der Tradition der Critical Legal Studies etc., die in Anlehnung an Jacques Derridas Konzept der Dekonstruktion der Gerechtigkeit mittels Feinanalyse der herrschenden Dogmatik die im Recht eingeschriebenen Herrschaftsverhältnisse sichtbar machen. Vgl. hierzu etwa *Thomas-Michael Seibert*, *Dekonstruktion der Gerechtigkeit: Nietzsche und Derrida*, in: *Sonja Buckel/Ralph Christensen/Andreas Fischer-Lescano*, *Neue Theorien des Rechts*, Stuttgart 2006, S. 29–55, insb. S. 43–48; *Günter Frankenberg*, *Partisanen der Rechtskritik: Critical Legal Studies etc.*, in: *Sonja Buckel/Ralph Christensen/Andreas Fischer-Lescano*, *Neue Theorien des Rechts*, Stuttgart 2006, S. 97–116. Mit dem die „Theorie“ der „Critical Legal Studies“ ergänzenden „etc.“ soll die Heterogenität der rechtspolitischen und -kritischen Bewegung dargestellt werden, die sich mit Ausnahme der machtkritischen Intention kaum auf einen klaren theoretischen und methodischen Nenner bringen lässt.

10 *Baer* (Fn. 6).

11 *Baer* (Fn. 6).

12 Ich benutze den Unterstrich _ in Anlehnung an Steffen Kitty Hermanns Vorschlag, dass mit dem _ all jene Menschen erneut in die Sprache eingeschrieben werden sollen, die entweder von der zweigeschlechtlichen Ordnung (Frau – Mann) ausgeschlossen werden oder aber nicht Teil von ihr sein wollen: „Mit Hilfe des _ sollen all jene Subjekte wieder in die Sprache eingeschrieben werden, die gewaltsam von ihr verleugnet werden.“ (*Steffen Kitty Herrmann*, „Queer(e) Gestalten: Praktiken der Derealisierung von Geschlecht“, in: *Haschemin Yekani/Beatrice Michaelis*, *Quer durch die Geisteswissenschaften: Perspektive der Queer Theory*, Berlin 2005, S. 53–72, insb. S. 64)

Nun aber von vorne: Was bedeutet Gleichheit und Differenz im Antidiskriminierungsrecht? Sowohl die herrschende Rechtsdogmatik als auch die kritische Rechtssoziologie haben hierzu relevante Meinungen. Und wie lässt sich daraus der Ansatz der postkategorialen ‚Gleichheit und Differenz‘ entwickeln? Dies mit dem Ziel, das Antidiskriminierungsrecht richtig (d. h. gerecht, wirksam und konstruktiv) aufzustellen.

2.1 ‚GLEICHHEIT UND DIFFERENZ‘ IN DER DOGMATIK DES ANTIDISKRIMINIERUNGSRECHTS

„Gleiches ist nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich“ zu behandeln, so der rechtsgleichheitsdogmatische Meta-Grundsatz.¹³ Abweichungen davon sind rechtlich nur dann zulässig, wenn sachliche Gründe vorliegen. Daran anschliessend unterstellen Diskriminierungsverbote als „besonders strenge Gleichheitssätze“ Benachteiligungen von Menschen aufgrund spezifischer Dimensionen¹⁴ vergleichsweise strengeren Rechtfertigungsmassstäben.¹⁵ Die besondere Rechtfertigungsstrenge legitimiert sich aufgrund der historischen bzw. gegenwärtigen Stigmatisierung und Ausgrenzung bestimmter sozialer „Gruppen“, die von Gleichheitsverstössen besonders hart getroffen werden.¹⁶

Ausgehend vom Prinzip der Gleichheit aller Menschen verlangt der Nichtdiskriminierungsgrundsatz eine *differenzierte Betrachtung der Gleichheit und der Differenz* – dies vor dem Hintergrund der sozial konstruierten Differenz-„Realitäten“. Unzulässig ist demnach neben der direkten auch die indirekte Diskriminierung, d. h. neutrales Verhalten wonach faktisch Ungleiches mit nachteiliger Wirkung gleichbehandelt wird.¹⁷ Dies bedeutet: Diskriminierungsverbote betrachten Menschen als gleich in ihrem individuellen Da- und Sosein,¹⁸ und zugleich berücksichtigen sie allfällige biologische und sozial konstruierte Differenzen mit dem Ziel, diese vernünftig zu beurteilen.¹⁹

- 13 Jörg Paul Müller/Markus Schefer, Grundrechte in der Schweiz: Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008, S. 645. Aus der Rechtsprechung siehe unter vielen BGE 132 II 485 E. 6.3.1, S. 503 f.
- 14 Analytisch unpräzise auch *Gründe* oder *Merkmale* genannt (vgl. hierzu die Erklärung in Tarek Naguib, Antidiskriminierungsrecht im Vergleich: Schweiz – Europäische Union, Jusletter 21. März 2011, Fn. 8).
- 15 Walter Kälin/Martina Caroni, Das verfassungsrechtliche Verbot der Diskriminierung wegen der ethnisch-kulturellen Herkunft, in: Walter Kälin, Das Verbot ethnisch-kultureller Diskriminierung: Verfassungs- und menschenrechtliche Aspekte, ZSR-Beiheft 1999 (29), S. 67–97, S. 78.
- 16 Anne Peters, Diskriminierungsverbote, in: Delelf Merten/Hans J. Papier, Handbuch der Grundrechte: Grundrechte in der Schweiz und Liechtenstein, Zürich 2007, S. 255–299, Rz. 7. Aus der Rechtsprechung siehe unter vielen BGE 130 I 352 E. 6.1.1, S. 357.
- 17 Zu den Unterschieden der direkten und indirekten Diskriminierung siehe Andreas Rieder, Form oder Effekt? Art. 8 Abs. 2 BV und die ungleichen Auswirkungen staatlichen Handelns, Bern 2008, S. 210 ff.
- 18 Übernommen von Regina Aebi-Müller, Die „Persönlichkeit“ im Sinne von Art. 28 ZGB, in: Thomas Geiser/Thomas Koller/Ruth Reusser/Hans P. Walter/Wolfgang Wiegand, Festschrift Heinz Hausheer, Bern 2002, S. 99–116, S. 113 ff.
- 19 Wobei auch die scheinbar biologischen Differenzen letztlich massgeblich sozial konstruierte

Hier lässt sich etwa das Beispiel des Anspruchs auf Grundschulunterricht²⁰ eines gehörlosen Kindes anfügen. Demnach bedeutet der *formal gleiche* Anspruch auf Grundschulunterricht gerade nicht, dass dieser auch *tatsächlich gleich* wie bei einem hörenden Kind realisiert werden kann. Denn die Differenz des individuellen Da- und Soseins eines nicht hörenden Kindes – die sich einerseits in der biologischen und funktionalen „Gehörlosigkeit“ zeigt, und sich andererseits in der sozial konstruierten Kommunikationsbehinderung wegen strukturellen Defiziten an der Schule manifestiert²¹ – verlangt eine differenzierte Berücksichtigung. Konkret resultiert daraus ein Anspruch des nicht hörenden Kindes auf eine Gebärdendolmetschung.

Daran anschliessend wird in der rechtsdogmatischen Debatte kontrovers diskutiert, ob Diskriminierungsverbote auf einem symmetrischen oder einem asymmetrischen Diskriminierungsverständnis beruhen.²² Demnach werden Diskriminierungsverbote entweder als Anknüpfungs- oder als Benachteiligungsverbote begriffen.²³ Konkret geht es um die Frage, inwiefern neben den strukturell benachteiligten Menschen (wie z. B. Frauen, Trans*personen, Menschen mit Behinderung, Fahrende, Zwitter, Muslime, Homosexuelle) auch nicht oder weniger benachteiligte Menschen (wie z. B. Männer, Menschen ohne Behinderung, Sesshafte, Christen, Heterosexuelle) davon erfasst werden – bzw. ob diese gleichheitsrechtlich gleich oder eben different zu beurteilen sind.

Sowohl das Anknüpfungs- als auch das Benachteiligungsverbot haben Vor- und Nachteile.²⁴ Problematisch an beiden Schutzrichtungen ist, dass sie sich zu stark auf die „Opfer“ fokussieren und dadurch die Strukturen bzw. die Diskriminatoren vernachlässigen. Daher sind sie – so absurd dies klingen mag – mitverantwortlich für die Zementierung diskriminierender Strukturen, auch wenn sie einiges zum Guten gewendet haben.²⁵ Folgerichtig plädieren *Susanne Baer*, *Susan Emmenegger* und *Ute Sacksofsky* in Anlehnung an Catharine MacKinnon dafür, Antidiskriminierungsrecht als Recht gegen asymmetrische Machtverhältnisse zu betrachten und dabei aus einer anti-hierarchischen Perspektive zu denken, um den Blick auf die Ungleichheiten als Verhältnisse zu richten.²⁶

Beispielsweise berücksichtigen Hierarchisierungsverbote im Gegensatz zu den Anknüpfungs- und Benachteiligungsverboten die Realität von Hierarchien im Rechtsverfahren. Konkret beachtet das Hierarchisierungsverbot im Rahmen eines Zivilprozesses wegen sexueller Belästigung die

sind (Vgl. hierzu *Judith Butler*, *Die Macht der Geschlechternormen*, Frankfurt a. M. 2009, insb. S. 281 ff.).

20 Zum Anspruch auf Grundschulunterricht siehe *Müller/Schefer* (Fn. 13), S. 781–800, insb. S. 790 f.

21 Wobei nach vorliegender Auffassung die biologisch-funktionale Behinderung letztlich Resultat der behinderten (bzw. behindernden) strukturellen Beschaffenheit der Gesellschaft ist (vgl. hierzu Abschnitt 3.2).

22 Zum Stand der Diskussion in der Schweiz siehe *Alexandra Dengg*, *Symmetrisches oder asymmetrisches Diskriminierungsverständnis: Gefahr der Stereotypisierung benachteiligter Gruppen*, Jusletter 17. Mai 2010.

23 *Müller/Schefer* (Fn. 13), S. 687 ff.

24 Vgl. hierzu *Müller/Schefer* (Fn. 13), S. 687 ff.

25 *Baer* (Fn. 6).

26 *Susanne Baer*, *Würde oder Gleichheit?: Zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption von Recht gegen Diskriminierung am Beispiel sexueller Belästigung am Arbeitsplatz in der Bundesrepublik Deutschland und den USA*, Baden-Baden 1995; *Ute Sacksofsky*, *Das Grundrecht auf Gleichberechtigung: Eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes*, 2. Aufl., Baden-Baden 1996; *Susan Emmenegger*, *Feministische Kritik des Vertragsrechts: Eine Untersuchung zum schweizerischen Schuldvertrags- und Eherecht*, Fribourg 1999.

Schwierigkeiten der belästigten Klägerin ihre Betroffenheit zu artikulieren und sich dagegen zu wehren indem es in einem Verfahren eine Herabsetzung des Beweismasses auf ein blosses Glaubhaftmachen verlangt.²⁷

2.2 ‚GLEICHHEIT UND DIFFERENZ‘ IN DER KRITISCHEN RECHTSSOZIOLOGIE

2.2.1 Gleichheits-/Differenz-Ansätze

Die kritische Debatte zu ‚Gleichheit und Differenz‘ hat ihren Ursprung in der feministischen Rechtskritik und ihrem Nachdenken über das Verständnis von Geschlecht und Geschlechterdifferenz.²⁸ Das anfängliche Ziel feministischer Rechtskritik war es, rechtlich zementierte Ungleichheiten der Frauen über formale Gleichheitsgebote im Sinne eines Gleichheitsverständnisses nach Aristoteles²⁹ auszugleichen bzw. die individuellen Möglichkeiten der Frauen an diejenigen der Männer anzugleichen. Wobei als „Massstab der für die Bestimmung von Gleichheit erforderlichen Vergleichbarkeit (...) die (rechtliche und gesellschaftliche) Stellung von Männern herangezogen“ wird.³⁰ Gleichheit bedeutet demnach gleiche Möglichkeiten im Berufs- und Privatleben – so etwa beispielhaft und konkret: gleiche Rechte beim Zugang zur (aktuell männlich konstruierten und strukturierten) Karriere.

Dieses Streben nach Angleichung findet aber auch innerhalb gleichheitstheoretischer Positionen Kritik. So erklärt etwa *Ute Gerhard* in ihrem Ansatz „Gleichheit ohne Angleichung“, dass der Gleichheitsbegriff selbst impliziere, dass Gleichbehandlung nicht zur Angleichung führen dürfe, sondern weibliche Differenzen – biologische und gesellschaftliche – berücksichtigen müsse.³¹ Diese differenztheoretische Perspektive begreift die Stellung der Frau als ökonomisch und sozial ungleich und verwirft die in der gleichheitstheoretischen Perspektive übernommene patriarchale Abwertung des Weiblichen. Gleichheit bedeutet demnach im Gegensatz zur gleichheitstheoretischen Perspektive *Gleichwertigkeit* in den Möglichkeiten des Berufs- und Privatlebens – so etwa beispielhaft und konkret: eine gleichwertige Berücksichtigung der „weiblichen“ (als aktuell weiblich konstruierte) Solidarität und der „männlichen“ (als aktuell männlich konstruierte) Effizienz im Rahmen von Beförderungen.

Diese feministisch formulierte Kritik rund um ‚Gleichheit und Differenz‘- Diskurse lässt sich auch auf andere Diskriminierungsdimensionen übertragen. Weitet frau die Perspektive des kritischen Blickes aus, lässt sich ‚Gleichheit und Differenz‘ als eine alle Dimensionen übergreifende strukturelle Fragestellung thematisieren.

27 *Emmenegger* (Fn. 26), S. 183.

28 Für einen Überblick zu den Anfängen der Debatte und ihrer Entwicklung siehe *Andrea Maihofer*, Gleichheit und/oder Differenz? Zum Verlauf einer Debatte, in: *Eva Kreisky/Birgit Sauer*, Geschlechterverhältnisse im Kontext politischer Transformation, Opladen 1998, S. 155–176.

29 *Aristoteles*, Nikomachische Ethik (übersetzt von Eugen Rolfes, Leipzig 1911), Fünftes Buch, 1130b, 1131a.

30 *Sarah Elsumi*, Feministische Rechtstheorie, in: *Sonja Buckel/Ralph Christensen/Andreas Fischer-Lescano*, Neue Theorien des Rechts, Stuttgart 2006, S. 157–178, S. 160.

31 Differenzfeministinnen argumentieren, dass die „typisch weiblichen“ Eigenschaften und Fähigkeiten ebenso Anerkennung verdienen wie die typisch männlichen. Manche vertreten darüber hinaus die Auffassung, nur an den „weiblichen Eigenschaften“ könnte die Welt genesen, die an der Vorherrschaft krankt.

Dies gilt etwa rund um die Frage der ‚Gleichheit und Differenz‘ von Menschen unterschiedlicher Herkunft, unterschiedlichen Alters, unterschiedlicher Religionen und Lebensformen und solchen Menschen mit Behinderung im Vergleich zu solchen ohne Behinderung, solchen in der binären Geschlechterdichotomie scheinbar originär eindeutigen und solchen nicht eindeutigen Geschlechts. Gleich sind die betroffenen Menschen insofern, als eine stereotype Unterscheidung nicht zulässig ist. Die jeweilige Dimensionen spezifische Differenz wiederum zeigt sich in den unterschiedlichen biologischen und sozialen Wirklichkeiten, wobei erstere durch letztere massgeblich mitgeprägt sind.

Ältere Menschen sind nicht etwa weniger leistungsfähig, ebensowenig wie Menschen mit und im Vergleich zu solchen ohne Behinderung. Auch junge Menschen sind nicht einfach weniger erfahren als ältere. Weiter ist es falsch, hinsichtlich der Fähigkeit, ein Kind zu seinem Wohle zu erziehen, zwischen gleich- oder unterschiedlich geschlechtlichen Eltern zu unterscheiden. Ebenso unsinnig ist die Differenzierung geschlechtsspezifischer Aufgaben oder die Verbindung frauendiskriminierender Praktiken mit spezifischen ethnisierten „Zugehörigkeiten“. Dennoch ist es eine (überwiegend sozial hergestellte und nicht etwa natürliche) Realität, dass gehörlose Menschen beeinträchtigt sind im „Hören“, fahrende Menschen kein Interesse an der derzeitigen herrschenden Lebensform haben, Menschen aus verschiedenen Kulturen unterschiedliche Kommunikationskodices und Vorstellungen von Zusammenleben erlernten und Frauen statistisch betrachtet über weniger Flexibilität verfügen, weil sie stärker Sorge-/Pflege-Verantwortung übernehmen (müssen).

‚Gleichheits- und Differenz‘-theoretisch differenziertes Denken verlangt daher ein gleichwertiges Berücksichtigen von Differenzen, dies obwohl – oder gerade weil – diese Differenzen nach vorliegender Auffassung letztlich ausschliesslich konstruiert sind – d. h. im Verhältnis zu bestehenden gesellschaftlichen (Sub-)Strukturen im aktuell herrschenden Raum und zur momentan herrschenden Zeit vergleichsweise vor- oder nachteilig dastehen, dies entgegen einer vermeintlichen Natur der Menschenkategorien (die mehr oder weniger als menschlich gelten). Denn historisch besteht immer die Möglichkeit, diese strukturellen Relationen zu verändern – d. h. Differenz- in Gleichheitsbeziehungen zu transformieren –, vorausgesetzt es besteht ein Wille und die Ressourcen werden angemessen verteilt.³²

2.2.2 Kritik an Gleichheits-/Differenz-Ansätzen

Problematisch an Gleichheits-/Differenz-Ansätzen ist – so zunächst aus feministischer Perspektive betrachtet –, „dass sie in ihrer Struktur in den gesellschaftlich und auch rechtlich vorherrschenden binären Geschlechterverhältnissen verbleiben“.³³ Differenz sei auch in diesen feministischen Ansätzen nur als „das Andere des Einen und damit die Zweiheit nur über die Einheit und nie ohne hierarchische Abwertung“³⁴ gedacht. Mann und Frau werden als Dichotomie begriffen, so bleiben sie einerseits unter sich hierarchisierend und andererseits in sich natürlich ausschliesslich, d. h. ausgrenzend für weitere Geschlechtermodelle (Trans*personen³⁵). *Judith Butler* geht in ihrer m. E. zutreffenden Analyse gar soweit, anstatt das soziale vom biologischen

32 Vgl. hierzu die Beispiele hinten, Abschnitte 3.1 und 3.2.

33 *Elsuni* (Fn. 30), S. 168.

34 *Elsuni* (Fn. 30), S. 168.

35 Vgl. zum Begriff *Trans*personen* und zur Diskriminierung von Trans*gender und zwischengeschlechtlichen Menschen und deren rechtlicher Situation *Jannik Franzen/Arn Sauer*, Diskriminie-

Geschlecht abzuheben, das biologische Geschlecht (inkl. der Zweigeschlechtlichkeit) als Effekt des sozialen zu sehen.³⁶

Die problematische Essentialisierung von geschlechtsbezogenen *Gleichheits-/Differenzkategorien* und die Abwertung des Einen im Vergleich zum Andern manifestiert sich auch in der asymmetrischen Dichotomie weiterer Diskriminierungsdimensionen wie etwa behindert/nichtbehindert, richtiges Alter/zu hohes bzw. zu niedriges Alter, Mehrheitsreligion(en)/Minderheitsreligion(en), sesshaft/fahrend, hetero-/homosexuell, autochthone Ethnie/allochthone Ethnie. So wird statisches Kategoriedenken etwa in der Tradition der verschiedenen Richtungen und Fortentwicklungen der Critical Legal Studies etc. – insbesondere in der Debatte über Intersektionalität der Critical Race Theory – immer wieder von neuem und an unterschiedlichsten sozialen Kategorien dekonstruiert.³⁷ Auch *Susanne Baer* kritisiert, dass Kategorien als etwas biologisch oder kulturell fixiertes betrachtet werden:

„Unheilvolle Verknüpfung phänotypischer Merkmale mit sozialen Deutungen ist jedenfalls für den Rassismus und Antisemitismus mit Blick auf die ihn fundierenden naturalisierenden Rassenlehren anerkannt. Auch sexuelle Orientierung oder Identität ist lange naturalisiert und als Krankheit pathologisiert worden. Desgleichen lässt sich die Tendenz zur Naturalisierung beim Alter beobachten, obwohl die Altersforschung deutlich zeigt, wie unterschiedlich sich ebendies auf Menschen auswirkt. Schliesslich lässt sich am Begriff der Behinderung gut erkennen, wie problematisch Naturalisierungen sind, wenn sie ‚Behinderung‘ pauschal pathologisieren und fixieren, soweit dem medizinischen Modell gefolgt wird, anstatt auf Behinderungen von Menschen unterschiedlicher Befähigung abzuheben.“³⁸

Die historische Falle der Gleichheits-/Differenz-Debatte liegt also in der Essentialisierung von Kategorien durch den Fokus auf Differenz und Gleichheit, obwohl es weder Differenz noch Gleichheit eindeutig gibt. So wird etwa diskursiv – also vermittelt über Sprache – von zwei oder mehreren natürlichen, homogenen und unüberbrückbaren Identitäten, Kulturen, Klassen, Körper etc. mit gegensätzlichen Qualitäten ausgegangen. Diese in die Begriffe eingeschriebenen Konventionen verfestigen sich wirkmächtig in den Strukturen – also in konkreten rechtlichen und gesellschaftlichen Ungleichheitsbeziehungen – als auch in der „Identitätsbildung“ der betroffenen Kategorienzugehörigen (gemeint sind Analyse-kategorien). Und auch umgekehrt zwingen essentialistische Strukturen die Sprache zur Reproduktion derselben.³⁹ Strukturell und grundsätzlich betrachtet, wirken hier Essentialismen in

rung von Trans*personen, insbesondere im Arbeitsleben, hrsg. von der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Berlin 2010,

http://www.antidiskriminierungsstelle.de/RedaktionBMFSFJ/RedationADS/PDF-Anlagen/20101214_transExpertise.property=pdf,bereich=ads,sprache=de,rwb=true.pdf.
(Zugriff: 07.03.2011).

- 36 *Judith Butler*, Das Unbehagen der Geschlechter (Titel der Originalausgabe: Gender Trouble), Frankfurt a. M. 1991 (im Original: 1990), insb. S. 32 ff.
- 37 Vgl. hierzu etwa *Kimberlé Crenshaw*, Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Anti-Discrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics, S. 139, University of Chicago Legal Forum, Chicago 1989, S. 139–167; *Dies.*, Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color, Stanford Law Review 1991, S. 1241–1299.
- 38 *Susanne Baer*, Ungleichheit der Gleichheiten? Zur Hierarchisierung von Diskriminierungsverboten, in: *Eckart Klein/Christoph Menke*, Universalität – Schutzmechanismen – Diskriminierungsverbote, Berlin 2008, S. 421–450, S. 439.
- 39 So etwa indem das Personenstandsrecht die Zweigeschlechtlichkeit vorschreibt.

Strukturen, Diskursen und Identifikationen auf Diskriminierung bzw. Ungleichheit zementierende, unheilvolle Art und Weise zusammen.⁴⁰

„Kategorien“ als Praxiskategorie sind also keine biologisch-genetische Gegebenheit oder kulturell fixierte Einheit, sondern wirkmächtiges Resultat geschichtlich sozialer Konstruktion, die Personen als das „Andere“ rassifiziert und anderweitig sozial klassifiziert. Menschen werden anhand von Bedeutungsträgerinnen, d. h. bestimmten kulturellen, körperlichen, geistigen, sozialen Merkmalen oder anderen persönlichen Eigenschaften als differenten, hierarchisierten Gruppen zugehörig festgeschrieben. Formuliert man den Ansatz in Anlehnung an *Judith Butler* kann gesagt werden, dass jede biologische und kulturelle Differenz stets ein Effekt sozialer Konstruktion darstellt.

Ein gehörloser Mensch ist nicht einfach nicht hörend und damit anders, vielmehr manifestiert sich die Behinderung in den behinderten Strukturen, die nicht auf gehörlose Menschen ausgerichtet sind. Auch zeigt sich das Historische an einer Behinderung bei sehbehinderten Menschen, die vor Erfindung der Brille in ihrem Blick behindert waren, seither jedoch „problemlos“ sehen können; so ist es denn auch kein Zufall, dass Brillenträger_innen sich selbst kaum als behindert bezeichnen. Schliesslich lässt sich hier auch das Beispiel der Erfindung des Flugzeuges anbringen, das den Grad der Mobilitätsbehinderung aller Menschen für einen beachtlichen Anteil der Menschheit – diejenigen, die sich das Fliegen leisten können – massgeblich reduzierte.

2.3 POSTKATEGORIALE ‚GLEICHHEIT UND DIFFERENZ‘

An diese Kritik der Gleichheits-/Differenz-Ansätze schliesst das Konzept der *postkategorialen ‚Gleichheit und Differenz‘* an. Postkategorial meint die Markierung von Prozessen, die *Differenz* konstruieren und zugleich existierende konstruierte *Differenz* ignorieren. Daher kann postkategoriales Recht auch nicht gänzlich auf Differenz implizierende Analyse-kategorien verzichten. Hingegen vermeidet ‚Gleichheit und Differenz‘ im postkategorialen Sinne – so gut es eben geht – sowohl die Schwächen des Gleichheits- als auch diejenigen des Differenzkonzeptes. Eine postkategorial gedachte ‚Gleichheit und Differenz‘ anerkennt den Menschen im differenten individuellen „Da- und Sosein“ als gleichwertig different, und allesamt unter gleichzeitiger Berücksichtigung der historischen spezifischen Differenz der tatsächlichen kulturellen und natürlichen – aber ebenso konstruierten – Differenzen.

Postkategoriale ‚Gleichheit und Differenz‘ unterläuft ebenso wie das sprachphilosophische Konzept der *différance et Iteration* von *Jacques Derrida*^{A1} und das *Konzept der Performativität* von *John L. Austin* und *Judith Butler*^{A2} die Stilllegung und Vereindeutigung von Differenz. Dieser „neue“ Blick ist naiv und kritisch hinterfragend-

40 *Winker/Degele* (Fn. 4), S. 68 ff.

41 *Jacques Derrida*, „Die *différance*“, in: *Ders.*, *Die différance: Ausgewählte Texte*, Stuttgart 2004, S. 110–149, S. 139; *Ders.*, *Positionen: Gespräche mit Henri Ronse, Julia Kristeva, Jean-Louis Houdebine, Guy Scarpetta*, in: *Peter Engelmann*, *Positionen: Gespräche mit Henri Ronse, Julia Kristeva, Jean-Louis Houdebine*, Wien 1986; zusammenfassend siehe *Franziska Rauchut*, *Wie queer ist Queer?: Sprachphilosophie Reflexionen zur deutschsprachigen akademischen „Queer“-Debatte*, Königstein im Taunus 2008, S. 33–37.

42 *John L. Austin*, *How to do Things with Words*, Oxford 1962, S. 38; *Judith Butler*, *Körper von Gewicht: Die diskursiven Grenzen des Geschlechts*, Berlin 1995, S. 309.

differenziert zugleich. Naiv im Sinne von einer Stilllegung von Differenz unter gleichzeitiger Offenheit gegenüber (potentiellen) tatsächlichen – bzw. konstruierten – Differenzen, ohne diese zu bewerten. Ein postkategoriales Verständnis von Gleichheit und Differenz verabschiedet ex ante ein Denken in Differenzkategorien ex post, berücksichtigt jedoch zugleich den sozial realen Prozess der Kategorisierung von Differenzen.

Beispielsweise unterscheidet sich der aus einem postkategorialen Blickwinkel betrachtete Mensch mit Behinderung nicht vom Menschen ohne Behinderung (Stilllegung von Differenz). Doch zugleich weiss das postkategoriale Auge, dass ein Mensch mit Behinderung möglicherweise nicht in derselben Situation ist wie ein Mensch ohne Behinderung (Offenheit gegenüber Differenz). Dies wiederum bedeutet aber nicht, dass der postkategoriale Betrachter diese Differenzen insofern bewertet, als er sie zum Massstab seines Handelns definiert (Nichtbewertung der Differenz). Zum Massstab des Handelns werden sie erst dann, wenn sie glaubhaft – d. h. sozialwissenschaftlich plausibel – Diskriminierung beseitigen.

Nun, möglicherweise scheint das Konzept der postkategorialen ‚Gleichheit und Differenz‘ auf den ersten Blick weder neu noch besonders hilfreich zu sein. Begreift man das Konzept jedoch als einen fiktiven und zugleich realen kritischen Reflexionsraum, der die subjektive Beurteilung von Ungleichheitssachverhalten – etwa durch eine RichterIn – ex ante – d. h. im Zeitpunkt der Beurteilung – rückblickend – also im Zeitpunkt der eingetretenen Ergebnisse des Urteils – einer nochmaligen Betrachtung unterzieht. Und geht man dabei davon aus, dass nicht die Kategorie für die Beurteilung relevant sein darf, sondern die reale Hierarchisierung. Dann erlebt man den Ansatz möglicherweise als hilfreichen Resonanzraum der kritischen Hinterfragung der eigenen antidiskriminierungsrechtlichen aber dennoch dominanten Perspektive: *Postkategoriales Recht denkt ex ante vom Ergebnis (ex post) aus, indem es von der formalen Gleichheit ausgeht, materielle Gleichheit anstrebt und zugleich den Prozess dazwischen angemessen markiert.*

In den Worten von Susanne Baer⁴³ fragt der postkategoriale Blick nicht nach Opferkategorien, die es zu unterstützen gilt, sondern danach, wo, bei wem und wie es ansetzen soll, damit es auch wirkt, ohne zu Differenzen zu fantasieren und zugleich konstruierte – aber deshalb nicht weniger reale – Differenzen und Kategorisierungen zu ignorieren. Es kritisiert die eigenen weissen Flecken, verhindert Gruppismus⁴⁴ und Dominanzverhalten. Postkategoriale ‚Gleichheit und Differenz‘ führt daher konsequent zu einer Politik der Ermächtigung, der Gestaltung von Entscheidungen und der Gestaltung von Verhältnissen.⁴⁵ Es denkt alles gemeinsam mit und gestaltet Gemeinsames daraus. Individuelle Fähigkeiten werden gefördert, soziale Einschränkungen attackiert.

43 Baer (Fn. 6).

44 Der in der sozialwissenschaftlichen Literatur häufig anzutreffende „Gruppismus“ (groupism) bezeichnet nach Rogers Brubaker „die Tendenz, abgegrenzte Gruppen als fundamentale Analyseeinheiten (und grundlegende Konstituenten der gesellschaftlichen Welt) zu benutzen“ (Rogers Brubaker, *Ethnizität ohne Gruppen* [Originalausgabe: „Ethnicity without Groups“], in: *Ders., Ethnizität ohne Gruppen*, Hamburg 2007 [Originalausgabe: Cambridge, Mass./London 2004], S. 11 und insb. S. 16–45). Zu den problematischen Auswirkungen des „Gruppismus“ im Antidiskriminierungsrecht siehe Baer (Fn. 6).

45 Zum Konzept siehe Baer (Fn. 6).

3 PRAXIS: BEISPIELE ESSENTIALISTISCHER FEHLSCHLÜSSE

Die folgenden Beispiele veranschaulichen: Das geltende Antidiskriminierungsrecht verfügt noch über problematische Essentialismen. Zwar verpflichten Völker- und Verfassungsrecht (Menschenrechte und Grundrechte) die Staatsgewalt zu einem postkategorialen Blick auf Gleichheit und Differenz. Dies verhindert jedoch de facto nicht, dass sowohl in Rechtserlassen als auch in Gerichtsurteilen harte und weiche Essentialismen fortgeschrieben werden.

3.1 GRUNDPROBLEM: PRAXIS-KATEGORIEN IN RECHTSERLASSEN

Essentialismen in Rechtserlassen zeigen sich – wenn auch mit graduellen Unterschieden – in zweierlei typischer Ausführung: Einerseits gibt es den *diskriminierenden Rechtserlass* (harter gesetzgeberischer Essentialismus).⁴⁶ Andererseits – und dies ist hier von Interesse – manifestiert sich der gesetzgeberische Essentialismus auch auf weiche Art und Weise, konkret durch die *Benennung der Diskriminierungskategorie ohne oder nur mit mangelhafter Markierung des Prozesses und des Status der Kategorisierung*. Weich ist er deshalb, weil er keine offene Diskriminierung darstellt, sondern – im Gegenteil – diskriminierungsschutzrechtlich intendiert ist. Essentialistisch ist er, weil durch die begrifflich-kategoriale Reproduktion ein in den jeweiligen Kategorien – fälschlicherweise – natürlich Wesenhaftes und dadurch die gesellschaftlichen Stigmatisierungen, „Ismen“ und Ausgrenzung in der Rechtswirklichkeit weitergeschrieben werden.

Zu den bedeutenden weichen gesetzgeberischen Essentialismen des schweizerischen Rechts etwa gehören die verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote (Art. 8 Abs. 2 BV⁴⁷), das strafrechtliche Verbot der Rassendiskriminierung (Art. 261^{bis} StGB, 171c MStG) und (weniger problematisch) das gleichstellungsrechtliche Diskriminierungsverbot im Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Art. 3 GIG⁴⁸).

So darf gemäss Art. 8 Abs. 2 BV niemand diskriminiert werden, „namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung“. Weiter stellen Art. 261^{bis} StGB⁴⁹ bzw. 171c MStG⁵⁰ verschiedene Handlungen „wegen der Rasse, der Ethnie und der Religion“ unter Strafe. Schliesslich dürfen gemäss Art. 3 Abs. 1 GIG Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht wegen ihres Geschlechts direkt oder indirekt benachteiligt werden.

46 Z. B. sind Personen, die in einer eingetragenen Partnerschaft leben, weder zur Adoption noch zu fortpflanzungsmedizinischen Verfahren zugelassen. Die Schweizer Landesregierung begründet dies im Wesentlichen damit „dass jedes Kind einen Vater und eine Mutter hat, die für die Entwicklung des Kindes ihre spezifische Bedeutung haben“ (BBl 02.090 1320). Gleichgeschlechtliche Eltern sind also gemäss Gesetzgeber dem Wohle des Kindes widernatürlich.

47 SR 101.

48 SR 151.1.

49 SR 311.0.

50 SR 321.0.

Die Benennung der Kategorien in Rechtserlassen gibt in der rechtswissenschaftlichen Literatur und Praxis noch kaum zu denken. Im Gegenteil: sie ist gewünscht, denn mit der Explizierung von Kategorien werde ja gerade bezweckt, die Stigmatisierung zu bekämpfen bzw. überhaupt ein Einfallstor für das spezifisch strenge Gleichheitsgebot zu haben, so der Tenor.⁵¹

Aus der Perspektive des Diskriminierungsschutzes ist diese Auffassung zu überdenken, um so mehr als man bis anhin auch keinen Bedarf rechtssoziologischer empirischer Daten formuliert hat, die aufzeigen, dass die Benennung für die Bekämpfung von Diskriminierung tatsächlich auch notwendig ist. Demgegenüber lässt sich die Diskriminierung zementierende Wirkmächtigkeit dieser rechtswissenschaftlichen Konvention durchaus anhand von Beispielen illustrieren. Besonders deutlich wird dies an einem Entscheid der Staatsanwaltschaft Solothurn, die zu beurteilen hatte, ob ein Diskobetreiber, der zwei jungen Männern aus dem Kosovo mit den Worten „Im Moment werden keine Personen aus dem Balkan reingelassen“ den Einlass in den Club verwehrte, eine Diskriminierung begangen hatte. Sie verneinte dies – und dieser Schluss ist das Groteske – im Grunde trotz „präziser“ Analyse:

„Offensichtlich können die Balkanvölker nicht einer Religionsgemeinschaft oder einer rassischen Gruppe zugeordnet werden, sodann fallen sie auch nicht unter den Begriff der Ethnie. Ethnische Gruppen definierten sich über gemeinsame Geschichte, ein gemeinsames System von Einstellungen und Verhaltensnormen (Sprache, Tradition, Brauchtum). Gerade diese Voraussetzungen seien bei den Balkanvölkern offenkundig nicht erfüllt.“

Eine solche Fehlentscheidung lässt sich nicht einfach mit dem Argument bagatellisieren, dass Fehlentscheidungen letztlich ein Faktum der Jurisprudenz sind. Zwar ist dem so, doch gerade im Antidiskriminierungsrecht sind solch fehlerhafte Beurteilungen besonders problematisch und müssten aus der Perspektive der Pflicht eines wirksamen Schutzes heraus besondere Beachtung finden – so wäre insbesondere nach den dem Diskriminierungsschutz immanenten homogenisierenden Ursachen zu forschen. Und diese sind vorhanden! So zeigt sich auch weiter hinten, dass Urteile letztlich auf unterschiedliche Art und Weisen Stigmata zementieren können. Denn Fakt ist,⁵² dass in der herrschenden Auffassung innerhalb der Gesellschaft die Kategorien Rasse, Geschlecht, Alter, soziale Stellung, Ethnie, Religion etc. mit zahlreichen Stereotypen und Vorurteilen behaftet sind, deren potentielle Wirkmächtigkeit auch auf die Jurisprudenz (gerade deswegen!) in den Rechtswissenschaften nicht einfach ignoriert werden darf.

Zwar zeigt sich in der allgemein gültigen Formel des Bundesgerichts zum Diskriminierungsbegriff ein durchaus differenzierter Umgang mit der Problematik der Kategorisierung. Doch stellt sich das Problem der Essentialisierung grundsätzlich und immer wieder neu. So stehen nach *Doris Liebscher* Gerichte beispielsweise „vor der Herausforderung, ‚Rasse‘ als soziale Konstruktion sichtbar zu machen, um rassistischen Kategorisierungen und Hierarchisierungen die Legitimationsgrundlage zu entziehen“. Dadurch bestehe aber die Gefahr, dass tradierte rassistische Wissensbestände im Rechtsdiskurs wirkmächtig bleiben und Recht, das mit der Intention ge-

51 *Müller/Schefer* (Fn. 13), S. 710 ff.

52 Siehe auch Abschnitt 2.2.2.

setzt wurde, rassistische Diskriminierung zu verhindern, selbst rassistische Kategorisierungen stabilisiere.⁵³

Die wirkmächtige Einschreibung von Konventionen in Begriffe, wie dies von *John L. Austin* und *Judith Butler* spezifisch herausgearbeitet wurde, lässt sich gerade auch in deren Umschreibung⁵⁴ verdeutlichen. Begriffe sind lebendige Wesen, vermitteln Wissen, transportieren dieses in die gesellschaftlichen Strukturen und wirken auf die Selbstidentifikation von Menschen. Gerade bei Diskriminierungen sind Begriffe daher nicht zu unterschätzen, weil deren Bedeutung letztlich über Ein- oder Ausschluss entscheiden. Die konkrete Relevanz dieser Umschreibung für verfassungsrechtliche und gesetzliche Diskriminierungskategorien lässt sich etwa anhand einer historischen Betrachtung der Diskriminierungsdimension der „Behinderung“ im schweizerischen Recht darstellen.

So wohnt im Begriff der „körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung“ in Artikel 8 Abs. 2 BV, der im Jahr 2000 in Kraft getreten ist, noch die historische Last der einseitigen Einschreibung der Konvention inne, Behinderung als eine biologische und funktionale Störung zu betrachten – sie zu naturalisieren. Bereits 2004 erweiterte dann das Behindertengleichstellungsgesetz den Behindertenbegriff um die soziale Komponente, indem es einen Mensch mit Behinderung als eine Person definiert, „der es eine voraussichtlich dauernde körperliche, geistige oder psychische Beeinträchtigung erschwert oder verunmöglicht, alltägliche Verrichtungen vorzunehmen, soziale Kontakte zu pflegen, sich fortzubewegen, sich aus- und fortzubilden oder eine Erwerbstätigkeit auszuüben“ (Art. 2 Abs. 1 BehiG). Mit einer allfälligen Unterzeichnung und Ratifizierung der UNO-Behindertenkonvention (aus dem Jahr 2006) durch den schweizerischen Gesetzgeber müsste der Fokus der Behindertengleichstellung gar noch stärker auf den Abbau beeinträchtigender gesellschaftlicher Strukturen gelegt werden⁵⁵ (Behinderung als soziale Konstruktion).

Die beispielhafte gesetzgeberische Entwicklung ist Teil einer subversiven (bzw. interventionistischen) Resignifizierung⁵⁶ des Begriffes der Behinderung. Sie illustriert – und das meint historische Konstruiertheit von „Identitätskategorien“ – die Umschreibung einer Begriffsbedeutung durch deren Destabilisierung von begrifflich eingeschriebenen herrschenden Konventionen. Aktueller Inhalt dieses performativen Aktes ist die Wandlung weg von den Behinderten als konstruierte Problemkategorie, die es zu behandeln gilt (Objekte), hin zu gleichberechtigten Akteuren (Subjekte), die keineswegs eine natürliche Kategorie darstellen, sondern letztlich aus Individuen besteht, die ein Stigma tragen.

Auch das folgende Beispiel aus der Gerichtspraxis macht deutlich, dass Diskriminierungs-Opfer-Kategorien die schlechtere Lösung sind, um Diskriminierung sichtbar zu machen und zu bekämpfen. Sie verlangen nach einer für jede Diskriminierungskategorie spezifische historische Dekonstruktion.

53 *Doris Liebscher*, „Race does not exist. But it kills people“: Ambivalenzen des Begriffs „Rasse“ im Deutschen Antidiskriminierungsrecht: Referat im Rahmen der Werkstattgespräche des Law & Society Institute Berlin, Humboldt-Universität Berlin, 22. Juni 2010.

54 Zum Begriff der subversiven Resignifizierung siehe Fn. 8 in Abschnitt 1.

55 *Walter Kälin/Jörg Künzli/Judith Wyttenbach/Annina Schneider/Sabiha Akagündüz*, Mögliche Konsequenzen einer Ratifizierung der UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen durch die Schweiz: Gutachten zuhanden des Generalsekretariats GS-EDI, Bern 2008, insb. S. 14.

56 Zum Begriff siehe Fn. 8 in Abschnitt 1.

3.2 FALLBEISPIEL: NATURALISTISCHE KATEGORIE ‚BEHINDERUNG‘ (BGE 130 I 352)

In einem Urteil aus dem Jahr 2004 hatte das Bundesgericht darüber zu entscheiden, ob die Einschulung eines Kindes mit Behinderung in die Sonderschule einen Verstoss gegen das Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung darstellt. Die beiden zuständigen Schulräte lehnten es ab, den Knaben in die Einführungs-klasse einer Regelschule einzuschulen. In letzter Instanz hielt das Bundesgericht in seiner Urteilsbegründung fest, dass das Diskriminierungsverbot und das Behindertengleichstellungsgesetz als allgemein gehaltene Bestimmungen nicht dazu führen könnten, dass der Beschwerdeführer – entgegen seinen Interessen und seinem Wohl – in die Einführungs-klasse eingeschult werde.⁵⁷

Die Argumentation erscheint auf den ersten Blick vernünftig, erst in einer detaillierten Dekonstruktion der Begründung werden deren problematische Züge ersichtlich. So geht das Bundesgericht meines Erachtens von einem essentialistischen Begriff der Behinderung aus, indem es im Grundsatz die Nichtintegration als Möglichkeit zum Wohle des Kindes zu weit offen lässt. Zwar ist die Bezugnahme auf das Wohl des Kindes sinnvoll und erscheint auch menschenrechtlich fundiert, ebenso muss es vor dem Hintergrund des effektiv Möglichen aufgrund der defizitären schulischen Strukturen beurteilt werden. Fehlgeleitet bleibt die Argumentation aber, weil hier implizit eine essentialistische Trennung zwischen dem Wohl des behinderten Kindes und dem Wohl des nicht behinderten Kindes vermittelt wird.

Postkategorial gedacht wäre es demgegenüber angemessen, die formelhafte Unterscheidung der zwei Kindeswohlkategorien „behindertes Kind“ einerseits und „nicht behindertes Kind“ andererseits als stereotyp und empirisch widerlegt zu bezeichnen. Eine scheinbare Dichotomie zwischen dem behinderten und dem nicht behinderten Kind fusst in eine naturalistische Konstruktion. Abnormal ist also nicht das Kind mit Behinderung, sondern die behindernden Bedingungen an der Schule bzw. in der Gesellschaft.

Eine solche Betrachtung hätte eine Verschiebung in der juristischen Argumentation zur Folge: Konkret würde dies nämlich bedeuten, dass die Nichtintegration eines Kindes mit Behinderung vermutungsweise gegen das (de iure) Wohl dieses Kindes verstösst. Im Anschluss daran wäre dann zu prüfen, ob zur de facto Gewährleistung des Kindeswohl in concreto – aufgrund strukturell benachteiligender Aufstellung der konkreten schulischen Strukturen – ein unverhältnismässiger Aufwand betrieben werden müsste bzw. Drittinteressen auf unverhältnismässige Art und Weise beeinträchtigt sind und damit eine Ungleichbehandlung – nota bene: zulasten des Wohles des Kindes – ausnahmsweise als gerechtfertigt erscheint – zumindest nach geltendem Recht.

Eine derartige Argumentation ist keineswegs nur theoretisch, dies auch wenn sie möglicherweise zum selben Ergebnis führt. So wird dadurch Behinderung/Nichtbehinderung nicht mehr stereotyp als Dichotomie normal/abnormal gedacht, sondern vielmehr wird der inklusive Charakter der Gesellschaft betont, nämlich dass auf der Basis des faktischen individuellen Da- und Soseins die Gesellschaft gemeinsam gestaltet wird. Dies führt langfristig zu einem Umdenken im Recht gegen Diskriminierung von Menschen mit Behinderung bzw. dadurch – und umgekehrt – zu einer

⁵⁷ Siehe insb. Erw. 6.1.2.

Umgestaltung in den gesellschaftlichen Diskursen, Strukturen und Identifizierungsprozessen.

4 FAZIT UND AUSBLICK IN THESEN

Das geltende Antidiskriminierungsrecht markiert Kategorien, in der Hoffnung, dadurch essentialistische Diskriminierung wirksam zu bekämpfen. Nun kann aber aufgrund der vorliegenden skizzenhaften theoretischen und angetippten empirischen Untersuchung glaubwürdig die These vertreten werden, dass Kategorien im Antidiskriminierungsrecht auf problematische Weise wirkmächtig sind. Sie zementieren diskriminierende Wissensbestände in den geltenden Strukturen und Identifikationsmustern durch sprachliche Repräsentation eben solcher in die Kategorien eingeschriebene naturalistische und kulturalistische Stereotypen. Dies gilt auch – und das ist besonders bedenkenswert – für den Diskurs des positiven Antidiskriminierungsrechts, der vorwiegend aus der Perspektive der *weisen, heteronormativen, männlichen, nichtbehinderten, alterslosen, christlich geprägten, sesshaften etc.* Dominanz geführt wird. Plakativ als Problem-These formuliert: Die geltende Antidiskriminierungspraxis reproduziert die Essentialismen, die sie zu beseitigen sucht.

Weil dem so ist, bedarf es dringend eines bewussten Umgangs mit den Essentialisierungs-Fallen. Und dies wird mit dem sprachpolitischen Ansatz der postkategorialen ‚Gleichheit und Differenz‘ vorgeschlagen. Er weist drei Stossrichtungen auf: Erstes bezweckt er eine Grundsatzkritik an der defizitären Wirkung, Wirksamkeit und Gerechtigkeit des geltenden positiven Antidiskriminierungsrechts. Zweitens dient der Ansatz als Instrument der Rechtsetzung und Rechtsanwendung, mit Differenz- und Gleichheitskategorien kritischer, d. h. gesellschaftlich tiefgründiger umzugehen, Essentialismen zu erkennen, zu benennen und nicht zu reproduzieren. Drittens ist er ein sprachpolitisches Transformations-Projekt mit dem Ziel, stigmatisierende Konventionen in den Kategorien historisch umzudeuten (z. B. Rassismus statt Rassen).

Somit lässt sich aus problemanalytischer Perspektive das Fazit formulieren: Antidiskriminierungsrecht ist ohne essentialistische Kategorien zu denken! Rechtspolitisch konkret führt diese Schlussfolgerung zwar zweifellos in ein ambitioniertes Unterfangen, wie auch *Doris Liebscher* festhält,⁵⁸ die in Bezug auf das Merkmal „Rasse“ im deutschen Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) und in Art. 3 Abs. 2 Grundgesetz die Ersetzung durch die Termini „rassistisch“, „rassistische Diskriminierung“ oder „aus rassistischen Gründen“ diskutiert.

Rechtspraktisch operationalisierbar gedacht, schlage ich daher mit Einführung der postkategorialen ‚Gleichheit und Differenz‘ ein *Essentialisierungsverbot* und ein *Verbot des Essentialisierungsrisikos* vor. Die zwei Verbote nehmen sowohl den Gesetzgeber als auch den Rechtsanwender in die Pflicht. Konkret heisst dies: Der Gesetzgeber unterlässt es, Diskriminierungsdimensionen wie Alter, Behinderung, Rasse, Geschlecht, sexuelle Identität, Lebensform, soziale Stellung etc. unreflektiert in

58 *Doris Liebscher*, Neue Horizonte: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz und europäische Antidiskriminierungsrichtlinien“, in: *Lena Foljanty/Utrike Lembke* (Hrsg.), *Feministische Rechtswissenschaft: Ein Studienbuch*, 2. Aufl., Nomos 2011.

Rechtstexten zu verankern. Statt dessen markiert er Kategorien als Stigmatisierungs- und Hierarchisierungsprozesse. Dies realisiert der Gesetzgeber primär, indem er nicht von „Diskriminierung wegen (...)“, sondern von stigmatisierender oder sozialer Diskriminierung wie etwa „rassistischer, sexistischer, klassistischer, abilistischer oder ageistischer Diskriminierung“ spricht.

Wo eine Benennung des Stigmatisierungs- bzw. Hierarchisierungsprozesses über eine Begrifflichkeit praktisch nicht eindeutig möglich ist – bzw. sie in der gegenwärtigen historischen Realität allenfalls falsch oder missverstanden werden –, nimmt der Gesetzgeber eine Definition des Diskriminierungsprozesses vor, wie sie etwa im Zusammenhang mit der Diskriminierungsdimension „Behinderung“ in der UNO-Behindertenkonvention vorgenommen wurde. Auf dieser Grundlage kann etwa Art. 8 Abs. 2 BV folgendermaßen umformuliert werden:

Aktuelle Version: Niemand darf diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung.

Vorschlag: Jede soziale Diskriminierung ist untersagt. Dazu gehören etwa rassistische Diskriminierung, sexistische Diskriminierung, heteronormative Diskriminierung, ageistische Diskriminierung, klassistische Diskriminierung oder abilistische Diskriminierung.

Vorschlag für eine ergänzende Definition am Beispiel der abilistischen Diskriminierung: Eine abilistische Diskriminierung bezeichnet jede Benachteiligung einer Person, verursacht durch das Zusammenspiel von Umweltbarrieren und Eigenschaften der Person, welche die Überwindung der Barrieren nachhaltig erschweren oder unmöglich machen.

Eine solche Lösung erlaubt eine flexible Ausrichtung der Antidiskriminierungsrechtspraxis auf gesellschaftliche Prozesse und auf komplexe Diskriminierungskonstellationen (z.B. mehrdimensionale Diskriminierungen). Beispielsweise, so *Liebscher*, könnten Frauen einer bestimmten Generation, die in der DDR aufgewachsen sind und Diskriminierungen auf dem Arbeitsmarkt ausgesetzt sind, das Recht nutzen, ohne sich als „Ossi-Ethnie“ konstruieren zu müssen. Oder Menschen, die an Bahnhöfen in Gruppen Alkohol konsumieren, könnten sich mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit erfolgreich vor Gericht vor diskriminierenden Rayonverboten – die massgeblich Ergebnis und Teil komplexer gesellschaftlicher Stigmatisierungsprozesse sind – schützen, ohne sich als Personen gemeinsamer Lebensform – mit tatsächlich nicht vorhandenen, die Kategorie „Lebensform“ determinierenden Merkmalen – konstruieren bzw. „beweisen“ zu müssen.⁵⁹

59 Vgl. hierzu BGE 132 I 49.