

Aufsatz

Doris Liebscher/Tarek Naguib/Tino Plümecke/Juana Remus

Wege aus der Essentialismusfalle: Überlegungen zu einem postkategorialen Antidiskriminierungsrecht¹

„Kategorien, die fiesen Biester“
Carola Pohlen

1. Das Kategorienproblem im Antidiskriminierungsrecht

Sind Ostdeutsche eine Ethnie? Diese Frage hatte 2010 das Recht zu beantworten. Gegen die mit dem Vermerk „Minus-Ossi“ erfolgte Ablehnung einer in der DDR aufgewachsenen Stellenbewerberin versuchte ihr Anwalt das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) zu mobilisieren und die „ethnische Herkunft“ ostsozialisierter Menschen nachzuweisen. Ohne Erfolg: Das Gericht befand, es gäbe zwar Ethnien, die „auf der manifestierbaren Unterschiedlichkeit der Menschen“ gründeten, jedoch keine abgrenzbare „Ossi“-Ethnie, da BRD- und DDR-Bürger_innen eine „gemeinsame Kultur der letzten 250 Jahre“ teilten.²

Der Fall illustriert, dass Diskriminierungsmerkmale, wie *ethnische Herkunft*, *Rasse*, *Behinderung* oder *Geschlecht*³, Betroffene zwingen, sich in die etablierten Merkmalsgruppen einzuordnen. Gelingt das nicht, erhalten sie keinen Rechtsschutz. Andernfalls drohen ihnen die Beschneidung einer essentiellen Differenz durch die Zuordnung zu einer natürlich erscheinenden Gruppe sowie Homogenisierung, weil Gemeinsamkeiten innerhalb der Kategorien überhöht und Unterscheidbarkeiten zwischen ihnen zu exklusiven Unterschieden gemacht werden.⁴ Da Gruppenrechte Differenz und Ungleichheiten essentialisieren und kollektive Identitätskonzepte verfestigen, sind sie – so Susanne Baer – „keine Lösung, sondern ein zentrales Problem von Recht gegen Diskriminierung“.⁵

1 Dieser Aufsatz ist aus einem gemeinsamen Panel der Autor_innen auf der Konferenz „Der Kampf ums Recht?“ der deutschsprachigen Rechtssoziologie-Vereinigungen vom 1.-3.9.2011 an der Universität Wien hervorgegangen. Wir bedanken uns herzlich für die zahlreichen weiterführenden Anregungen bei Stefan Gerbing, Catrin Heite, Nadine Klapp, Ulrike Manz, Jonas Rüppel und Linda Supik.

2 ArbG Stuttgart, NZA-RR 2010, 344.

3 Die untersuchten „Diskriminierungsmerkmale“ benennen Dimensionen vorherrschender kultureller Ordnung, (Herrschafts-)Verhältnisse und Ungleichheitslagen und sind hier nicht als Identitätsbezeichnung, sondern als analytische Kategorien, zu verstehen. Wir schreiben sie kursiv, um den analytischen Gebrauch von Diskurszitataten abzuheben und ihre soziale Bedingtheit hervorzuheben.

4 Vgl. Choudry, *Distribution vs. Recognition*, *George Mason Law Review* 2000, 145-178; Iyer, *Categorical Denials*, *Queen's Law Journal* 1993, S. 179, 181; Minow, *Not only for myself: Identity, Politics and the Law*, 1992, S. 79; Pohlen, *Kategorien, die fiesen Biester*, in: Jakob/Köbsell/Wollrad (Hrsg.), *Gendering Disability*, 2010, S. 95 ff.

5 Baer, *Chancen und Risiken Positiver Maßnahmen*, in: Heinrich Böll Stiftung, *Positive Maßnahmen – Von Antidiskriminierung zu Diversity*, 2010, S. 11-20.

Ist das Kategoriendilemma im Antidiskriminierungsrecht überwindbar?⁶ Wir zeigen, dass postkategoriales Denken nicht utopisch oder naiv,⁷ sondern ein Ansatz mit rechtsdogmatischem und rechtspolitischem Potential ist. Anhand der Dimensionen *Geschlecht, Rasse, Behinderung* und *genetische Eigenschaften*⁸ analysieren und kritisieren wir im folgenden Kapitel die Unzulänglichkeiten und sprachlichen Ambivalenzen des derzeitigen Diskriminierungsschutzes (II.) und diskutieren anschließend alternative Vorschläge (III.).

II. Semantik oder Substanz

1. Postkategoriale Ungleichheiten

Kategorien sind fiktional und real zugleich. In historisch-kulturellen Kontexten setzen sich spezifische Kategorisierungen gegen eine Fülle möglicher anderer Ordnungsmuster durch. Trotz ihrer ‚Künstlichkeit‘ zeitigen sie spür- und sichtbare Konsequenzen: Sie werden in Selbst- und Fremdidentifizierungen ontologisiert und verkörpert (*embodiment*)⁹ und bestimmen die Lebensrealitäten klassifizierter Menschen mit (*looping effect*)¹⁰.

Im vorliegenden Beitrag rekurrieren wir zum einen auf poststrukturalistische Analysen. Diese problematisieren die mit personalen Kategorien ko-konstruierten Reifizierungen, deren Gewordenheit durch Praktiken der Ent-Historisierung, Essentialisierung und Homogenisierung unsichtbar gemacht wird. Zum anderen beziehen wir uns auf gesellschaftstheoretische und makrosoziologische Ansätze, die Strukturen, Institutionen und (Herrschafts-)Verhältnisse in den Blick nehmen.¹¹ Dadurch gelangen die mit kategorialen Unterscheidungen verbundenen Normsetzungen und Hierarchisierungen in den Blick. Eine für unsere Fragestellung hilfreiche Systematisierung dieser unterschiedlichen Verständnisse und Strategien nimmt Leslie McCall vor. Dekonstruktivistische Zugänge fasst sie als *anti-*, differenztheoretische und makrosoziologische Ansätze als *inter-* und standpunkttheoretische bzw. identitätspolitische Ansätze als *intra*kategorialen Komplexitätsansatz zusammen.¹²

Wir schließen uns der Debatte an und formulieren eine Kritik der sprachlichen Aufstellung geltender Diskriminierungsdimensionen. Herrschafts- und Ungleichheitsverhältnisse sollen analytisch präziser benannt und ihre Reifizierung

6 Dazu Cremer, „... und welcher Rasse gehören Sie an?“, Deutsches Institut für Menschenrechte, 2009; Baer, Ungleichheit der Gleichheiten? in: Klein/Menke (Hrsg.), Universalität - Schutzmechanismen - Diskriminierungsverbote, 2008, S. 421-450; Barskanmaz, Rasse - Unwort des Antidiskriminierungsrechts, KJ 2011, 382-389; Liebscher, Erweiterte Horizonte, in: Foljanty/Lembke, Feministische Rechtswissenschaft, 2011, 109-132; Naguib, Postkategoriale ‚Gleichheit und Differenz‘, in: Ast/Hänni/Mathis/Zabel (Hrsg.), ARSP-Beiheft 128, 2012, 179-194.

7 I.d.S. Barskanmaz (Fn. 6), S. 383.

8 Diese Auswahl spiegelt unsere Forschungsschwerpunkte und Praxisfelder wider. *Genetische Eigenschaften* haben noch keinen etablierten, aber sich evt. gerade entwickelnden Kategorienstatus.

9 Krieger, Embodiment: A Conceptual Glossary for Epidemiology, Journal of Epidemiology and Community Health 2005, S. 350-355.

10 Hacking, Kinds of People: Moving Targets, Proceedings of the British Academy 2007, S. 285-318.

11 Vgl. unter vielen Hill Collins, Black feminist thought, 2000; Young, Structural Injustice and the Politics of Difference, in: Lenz/Dallmann, (Hrsg.), Justice, Governance, Cosmopolitanism and the Politics of Difference, 2007, S. 79-116; Yuval-Davis, Intersectionality and Feminist Politics, European Journal of Women's Studies 2006, 193-209.

12 McCall, The Complexity of Intersectionality, Journal of Women in Culture and Society 2005, 1771-1803.

vermieden werden.¹³ Damit verbunden ist die Absicht, Antidiskriminierungsrecht gerechter und effektiver aufzustellen.

2. Spezifika rechtlicher Diskriminierungskategorien

Kategorisierung ist Grundlage jeder auf Rechtsregeln basierenden Entscheidungsfindung. Disparate Phänomene werden unter ein begrenztes Set von Oberbegriffen subsumiert. Zusätzlich erzwingt die Praxis einer durch den Gesetzeszweck begrenzten juristischen Auslegung eine positive Inhaltsbestimmung von Rechtsbegriffen. So fließen auch hegemoniale Wissensbestände in Begriffsbestimmung und Subsumtion ein. In Wissenschaft und Alltag verbreitete Vorstellungen von „den (zwei) Geschlechtern“, „den Lesben“, den „Fremden“ oder „den Behinderten“ prägen die juristische Argumentationspraxis. Derartige Stereotype sitzen auch in den Köpfen der Personen, die Antidiskriminierungsrecht setzen und anwenden.¹⁴ Umgekehrt prägt und legitimiert das Recht qua normativer Autorität und narrativer Kraft gesellschaftliche Vorstellungen über die Verfasstheit von Diskriminierungskategorien. Über die Legitimation hinaus wirkt Recht zudem produktiv im Feld kategorialer Zuordnungen und verstetigt diese.

a) *Geschlecht*

Die Kategorie *Geschlecht* wird als einzige der im AGG aufgezählten Merkmale innerhalb einer Woche nach Geburt eines Menschen registriert. Das impliziert ein biologisches Verständnis von *Geschlecht*, denn ein Geschlecht „männlich“ oder „weiblich“ kann nur dann innerhalb einer Woche nach Geburt zugeordnet werden, wenn die Zuordnung an einen dichotom interpretierten körperlichen Zustand anknüpft. Dieser enge, an die biologische Beschaffenheit eines Körpers anknüpfende Geschlechtsbegriff ist vielfach in der Kommentarliteratur des AGG zu finden: „Der Begriff Geschlecht ist eindeutig, als er die biologische Trennung der Menschen in Mann und Frau zum Inhalt hat.“¹⁵

Der enge Geschlechterbegriff wirkt sich insbesondere dann negativ auf die Rechtsanwendung aus, wenn es um die Diskriminierung transgeschlechtlicher Menschen (mit und ohne namens- und personenstandsrechtliche und operative/hormonelle Maßnahmen) und Menschen mit dauerhaftem oder temporärem Geschlechtswechsel sowie intersexuelle Menschen geht. Intersexuelle Menschen vereinigen jene biologischen Merkmale, die insbesondere einem Geschlecht zugerechnet werden, mit jenen Merkmalen, die dem anderen Geschlecht zugeordnet werden. Aufgrund dieser Gleichzeitigkeit eigentlich binär gedachter Merkmale ist es nicht möglich, sie biologisch einem männlichen oder weiblichen Geschlecht zuzuordnen. Gängige Praxis ist aber, ihre Körper mithilfe chirurgischer Techniken und Hormonpräparaten an eines der beiden gesellschaftlich akzeptierten Geschlechter anzupassen.

Seit Jahren kämpfen Intersexuelle gegen die Pathologisierung ihrer Körper und für das Recht als Personen mit einer körperlichen Varianz, die anders als die

13 Auf die spezifische Analysekatgorie Intersektionalität gehen wir dabei nur am Rande ein, da dies eine vertiefte Behandlung erfordert. Zum Begriff vgl. Markard, Die andere Frage stellen: Intersektionalität als Analysekatgorie im Recht, KJ 2009, 353-364.

14 Vgl. Klose, Stereotypen, Vorurteile, Diskriminierungen – Tatsachenbehauptungen in Urteilen zum Gleichbehandlungsrecht, in: Mahlmann (Hrsg.), Gesellschaft und Gerechtigkeit – FS für Hubert Rottleuthner, 2011, 298-315.

15 Beispielhaft: Bamberger/Roth/Fuchs, AGG, § 1, Rn. 9.

gesellschaftlich anerkannten Varianten ist, anerkannt zu werden.¹⁶ Eine Registrierung als „Zwitter“ hatte im Jahr 2003 das LG München abgelehnt.¹⁷

Der Kampf um Anerkennung¹⁸ führte zumindest so weit, dass bei der Verabschiedung des AGG Intersexuelle unter die Kategorie „Sexuelle Identität“ eingeordnet wurden, jener Kategorie, die neben *Geschlecht* eingeführt wurde.¹⁹ Die Begriffe Intersexualität, Zwischengeschlechtlichkeit, Zwitter oder Hermaphrodit sind seitdem immer wieder in Kommentaren zum AGG zu finden.²⁰ Die Mehrzahl der Kommentator_innen entschied sich jedoch für die Subsumierung von Intersexualität unter das Merkmal *Geschlecht*. Dies ist auch vorzugswürdig, da die Pathologisierung intersexueller Menschen weder als identitätsstiftend angesehen werden kann noch die medizinischen Maßnahmen, mit denen Intersexuelle konfrontiert sind, etwas mit ihren sexuellen Praktiken zu tun haben.

Die Rechtsanwendung hingegen lässt auf sich warten. Erst im Juli 2011 hat das Verwaltungsgericht Ansbach²¹ das AGG bei einer intersexuellen Person nicht angewandt, die sich durch die Nichteinstellung in den Polizeidienst wegen ihrer sexuellen Identität und *Behinderung*²² benachteiligt fühlte. Das Gericht wies den Antrag zurück, da die Antragstellerin wegen fehlender Gonaden auf die Einnahme von Hormonen angewiesen und somit für den Polizeidienst ungeeignet sei. Daher sei auch nicht von einer Diskriminierung aufgrund des *Geschlechts* oder der sexuellen Identität auszugehen.²³ Dass die diagnostizierte „Erkrankung des endokrinen Systems“ auf einer Standardmaßnahme zur Anpassung von Intersexuellen an ein Normgeschlecht beruht, hat das Gericht von einer erneuten Pathologisierung nicht abgehalten. Der Umgang mit Intersexuellen macht deutlich, wie wenig Verständnis für eine dekonstruktivistische Auslegung des Merkmals *Geschlecht* existiert und wie der Ausschluss aus einer Kategorie praktiziert wird. Es gelingt nicht, den Begriff des *Geschlechts* im AGG aus seinem heterosexistischen Zusammenhang herauszuschälen. Gerichte und Kommentator_innen verwenden weiterhin einen binären, biologisch-medizinischen Geschlechtsbegriff. Das macht sowohl Menschen, die eine andere körperliche Variation aufweisen als jene, die allgemein anerkannt sind, als auch transgeschlechtliche Identitäten unsichtbar und schließt sie aus. Wer sich nicht einem von zwei intelligiblen *Geschlechtern* zuordnet, wird pathologisiert und muss versuchen, sich in die Kategorie *Behinderung* oder sexuelle Identität einzupassen.

b) Rasse/Ethnie

Rasse und *ethnische Herkunft* finden im deutschen Recht explizit nur noch in antirassistischer Intention Verwendung,²⁴ z. B. in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG, § 130

16 Vgl. die Internationale Vereinigung intergeschlechtlicher Menschen (www.intersexualite.de) oder die Selbsthilfegruppe XY Frauen (www.xy-frauen.de) oder das Blog www.zwischengeschlecht.org (Zugriff: 28. März 2012).

17 LG München FamRZ 2002, 955 m. krit. Anm. Tolmein, vorausgehend: AG München NJW-RR 2001, 1586.

18 Remus, Die Freiheit der Geschlechtswahl und der Schutz der körperlichen Integrität, in: Czyscholl/Marszolek/Pohl (Hrsg.), *Zwischen Normativität und Normalität*, 2010, 193-209.

19 BR-Drs. 329/06, 32, BT-Drs. 16/1780, 31.

20 Ausführliche Diskussion in Rust/Falke/Plett, AGG, 2007, § 1 AGG Rn. 48 ff.

21 VG Ansbach, Beschluss vom 14.7.2011 - AN 1 E 11.01005.

22 Der Verweis auf einen Behindertenstatus steht Intersexuellen zumeist zu, da vielen aufgrund der umfangreichen Operationen ein Schwerbehindertenstatus zugesprochen wird. Auch Transsexuelle versuchen darüber dringend nötigen Rechtsschutz zu erlangen, vgl. VG Frankfurt, Urteil vom 3.12.2007 - 9 E 5697/06.

23 VG Ansbach (Fn. 21), Juris-Rn. 27.

24 Zur NS-Rassegesetzgebung vgl. Mayer, Rassistisches Recht in NS-Deutschland, in: Fritz Bauer Institut (Hrsg.), *Gesetzliches Unrecht*, 2005, S. 95 ff.; Rütters, Recht als Waffe des Unrechts, in NJW 1988, 2825 ff.

Abs. 1 StGB oder § 1 AGG. Seine Gebrauchsgeschichte im Kontext von europäischem Kolonialismus und Nationalsozialismus führt der Rasse-Begriff weiter mit.²⁵ Wenn der BGH in einem Vaterschaftsverfahren urteilt „Der Vater gehört als Perser nicht der mitteleuropäischen Rasse an“²⁶, das VG Münster befindet, der Kläger gehöre zum „Stamm der Roma“²⁷ und das ArbG Frankfurt Main entscheidet, der Ausdruck „Nigger“ sei nicht „ausländerfeindlich“²⁸, verweist das auf tradierte rassistische Wissensbestände.

Rassifizierung: Essentialisierung mit Tradition

Art. 3 Abs. 3 GG wurde in Abgrenzung und als Konsequenz der „Erfahrungen mit der Vergangenheit“ formuliert.²⁹ Doch Diskussionen im Parlamentarischen Rat, z. B. über die „Zigeunerplage“ bzw. „umherziehende asoziale Menschengruppen“, deren „Rassenzugehörigkeit“ durch einen „angeborenen Wandertrieb“ gekennzeichnet sei,³⁰ zeigen, dass die Existenz von „Rassen“ weiter Konsens war. Die Orientierung an Menschengruppen „mit bestimmten biologisch vererbaren Eigenschaften“ bestimmt bis heute die Grundgesetzkommentierungen.³¹ Wörter wie „Artunterschiede“ oder „Mischlinge“³² zeichnen Traditionslinien. Die Dogmatik bleibt einem naturwissenschaftlichen Zugang verhaftet, der nach Zugehörigkeiten ordnet statt diskriminierende Zuordnungen zu problematisieren. Rassismus ist nach dieser Konzeption „Rasse“ nicht vor-, sondern nachgängig.

Wie sich ein solches „Rassismusverständnis“ auswirkt, zeigt die Beurteilung eines Plakates, auf dem in kolonialrassistischer Bildsprache der Kopf eines Schwarzen Mannes mit der Parole versehen war: „Statt Abtreibung für Deutschland. Kondome für die Dritte Welt.“ Das BayObLG verneinte einen Verstoß gegen § 131 Abs. 1 StGB „Aufstachelung zum Rassenhass“ – heute Volksverhetzung § 130 Abs. 1 StGB – weil die „Dritte Welt“ keine ‚Rasse‘ sei: „Zwischen den sog. Entwicklungsländern bestehen große Unterschiede in Bezug auf Rasse, Gesellschaftsstruktur, Kultur u. a. Die Dritte Welt und die Entwicklungsländer werden insbesondere nicht nur von negriden (= zur schwarzen Rassegruppe gehörenden) oder negroiden (= negerähnlichen, negerartigen) Völkern bewohnt.“³³ Nicht der rassistische Zuschreibungsprozess, sondern die Natur der ‚Anderen‘ bestimmt, welche Merkmale Menschen zu besonderen „gekennzeichneten Gruppen“ machen, lehrt uns das Urteil unter explizitem Verweis auf typologische Rassetheorien der 1930er Jahre. Ein aktueller StGB-Standard-Kommentar kritisiert dieses Urteil: Das Gericht habe „den Begriff der Rasse nicht in seiner streng biologisch-anthropologischen Bedeutung, sondern i. S. der Rassenideologie verstanden“.³⁴ Wieder gilt nicht die Annahme der Existenz von Menschenrassen als Problem, sondern der Hass gegen „andere Rassen“. Hier wird versucht, einen fachwissenschaftlichen, also objektiven biologisch-anthropologischen Rassebegriff von einem als moralisch zu verurteilenden rassenideologischen Verständnis zu scheiden. In der Realität des Rassismus sind rassistische Klassifizierung (Rassifizie-

25 Vgl. Sow, Deutschland Schwarz Weiß, 2008, S. 77; Kelly, ‚Rasse‘ – in der Wissenschaft, im Alltag und in der Politik, in: Nduka-Agwu/Hornscheidt, Rassismus auf gut Deutsch, 2010.

26 BGH NJW-RR 1989, 707 ff.

27 VG Münster, Urteil vom 29.10.1996, Az. 5 K 4271/93.A.

28 ArbG Frankfurt, Urteil vom 27.3.2002, Az.14 Ca 6501/01.

29 Parlamentarischer Rat 1948-1949, 1993, Bd. 5/I Dok. Nr. 16, S. 338.

30 Parlamentarischer Rat 1948-49, 1993, Bd. 5/II Dok. Nr. 47, S. 1040 f.

31 Für viele Ipsen, Staatsrecht II, 2010, § 19 Rn. 850; Mangoldt/Klein/Starck, GG, 2010, Art. 3 Abs. 3 Rn. 378; Dreier/Heun, GG, 2004, Art. 3 Rn. 128.

32 Jarass/Pieroth/Jarass, GG, 2011, Art. 3 Rn. 123; Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 31).

33 BayObLG NJW 1990, 2479 f.

34 Schönke/Schröder/Lenckner/Sternberg-Lieben, StGB, 2010, § 130 StGB Rn. 13.

rung) und soziale Bewertung und Positionszuweisung (Abwertung) jedoch untrennbar verbunden.³⁵ Das zeigt nicht zuletzt die unkommentierte Übernahme des rassistischen Worts „Negerkopf“ in Urteil und Kommentarliteratur.

Ethnisierung: Essentialisierung und Homogenisierung modernisiert

Dass Begriffsverständnisse änderbar sind, zeigt die AGG-Gesetzesbegründung. Danach wird der Begriff „Rasse“ verwendet, „weil er den sprachlichen Anknüpfungspunkt zu dem Begriff Rassismus bildet“.³⁶ Die Gerichte setzen fast nur auf *ethnische Herkunft*.³⁷ Während die Literatur zum AGG *Rasse* als ideologisches Konstrukt problematisiert, wird *ethnische Herkunft* von Literatur und Rechtsprechung weiter als objektive Tatsache naturalisiert.³⁸ So gelten etwa Sinti und Roma sowie jüdische Menschen als homogene „abgrenzbare Ethnien“, statt auf ethnisierende, antiziganistische und antisemitische Zuschreibungen abzustellen.³⁹ Auch der „Ossi-Fall“ verdeutlicht die essentialisierenden und homogenisierenden Effekte der Kategorie: Die Klägerin selbst konstruiert Ostdeutsche als genuin kulturelle, familial weitergegebene Entität. Diskriminierende Zuschreibungen und Strukturen, die ostsozialisierte Menschen benachteiligen, thematisieren Klageschrift und Urteil nicht. Das Gericht weist die Konstruktion einer „DDR-Ethnie“ zwar zurück, reifiziert aber eine essentialistische Vorstellung einer homogenen gesamtdeutschen Ethnie. Intersektionalitäten und Partikularitäten z. B. von People of Color, die sowohl von Rassismus als auch von DDR-Zuschreibungen negativ betroffen sind, bleiben unsichtbar.⁴⁰ Beispiele für Ethnisierungen finden sich auch in AGG-Urteilen zu diskriminierenden Sprachanforderungen. Das ArbG Berlin urteilte: „Deutsche Muttersprachler kommen nur in einem kleinen Teil der die Welt bevölkernden Ethnien vor [...]. Hierzu zählt die die dominikanische Republik bevölkernde Ethnie, denn es hat sich dort zu keinem Zeitpunkt um ein deutsches Siedlungsgebiet gehandelt.“⁴¹ In der Sache erhielt die Klägerin Recht, begründet wird das jedoch mit kolonialistisch anmutender Abstammungsrhetorik, die essentialisierende Vorstellungen reifiziert.⁴²

c) *Behinderung*

Behinderung unterliegt als Rechtsbegriff seit den 1990er-Jahren einem Paradigmenwechsel von einem rein sozialrechtlichen zu einem menschenrechtlichen Verständnis.⁴³ Eine Behinderung wird nicht mehr ausschließlich als biologisch-funktionaler Schaden einzelner Menschen betrachtet (medizinisches Modell), sondern vor allem als von sozialen Hindernissen und Stigmata – Vorurteile, Ignoranz, physische Barrieren – bestimmt verstanden (soziales Modell).⁴⁴ Dieser umweltbezogene *Behinderungsbegriff* hat dazu geführt, dass in den letzten ca. 20 Jahren Diskriminierung wirksamer eingeklagt und tatsächliche Diskriminierungen abgebaut wurden.⁴⁵ Doch liegt der Fokus in Rechtspraxis, -wissenschaft und -politik des Behindertenrechts aufgrund der Unterscheidung zwi-

35 Vgl. Haney López, *The Social Construction of Race*, Harvard Law Review 1994, 27 ff.

36 BT-Drs. 16/1780, 30.

37 Zur rassistischen Verweigerung eines Mietvertrags vgl. OLG Köln NJW 2010, 1676 ff.

38 Für viele Thüsing, NZA Sonderbeilage 2004, S. 3; dagegen Schiek/*Schiek*, AGG 2007, § 1 Rn 14.

39 Däubler/Bertzbach/*Däubler*, AGG 2008, § 1 Rn. 36.

40 Vgl. Goel, *Westprivilegien im vereinten Deutschland*, telegraph 2010, S. 8 ff.

41 ArbG Berlin NZA-RR 2010, 16 ff.

42 Anders LAG Bremen NZA-RR 2010, 510 ff., das auf die rassistische Motivation des Beklagten abstellt.

43 Vgl. Degener, *Antidiskriminierungsrecht für Behinderte*, ZaöRV 2005, 887-935.

44 Vgl. Felkendorff, *Ausweitung der Behinderungszone: Neuer Behinderungsbegriffe und ihre Folgen*, in: Cloerkes (Hrsg.), *Wie man behindert wird*, 2003, 25-52.

45 Vgl. etwa Hess-Klein/Naguib, *Fünf Jahre Behindertengleichstellungsgesetz*, 2009.

schen Menschen mit und solchen ohne Behinderung weiterhin stark auf den behinderten Menschen. Damit riskiert Antidiskriminierungsgesetzgebung einerseits die Bedeutung biologischer Differenzen zwischen Menschen zu überhöhen und andererseits den Prozess sozialer Zuschreibung und dessen strukturelle und diskursive Verankerung zu vernachlässigen.⁴⁶

Die kategoriale Grenzziehung zwischen „Menschen mit *Behinderung*“ und „Menschen ohne *Behinderung*“ hat zur Folge, dass zahlreiche Formen ableistischer Diskriminierungen nicht als solche erfasst oder erkannt werden. Durch die Engführung wird der Blick auf den Prozess diskriminierender Zuschreibungen an Menschen mit einer tatsächlichen oder dem Anschein nach körperlichen, geistigen und psychischen Einschränkung erschwert oder gänzlich verstellt.⁴⁷

Auch mit einer Ausweitung des *Behinderungsbegriffs* oder des Diskriminierungsschutzes auf chronische Erkrankungen⁴⁸ wird das Problem kategorialer Exklusivität nicht gelöst. Weiterhin werden all jene vom Diskriminierungsschutz ausgeschlossen bleiben, „deren Behinderung ‚leicht‘ ist, deren Behinderung bereits wieder vergangen ist, deren Behinderung erst in der Zukunft eintreten wird oder jene Nichtbehinderte, denen eine Behinderung angedichtet wird“.⁴⁹

Ein weiteres dem Behinderungsbegriff immanentes Risiko ist die essentialistische Überhöhungen von Differenz. So zeigt sich beispielsweise bei Schuleintritts- oder -übertrittsverfahren, dass Behörden teilweise ohne überwiegende sachliche Gründe entscheiden, Kinder „wegen des Kindeswohles“, „aufgrund hoher Aufwendungen“ oder „wegen Eingriffen in die Rechte der andern Kinder“ nicht in die Regelschule zu inkludieren.⁵⁰ Indem Gesetze und Rechtspraxis eine Dichotomie zwischen dem Wohl des Kindes mit *Behinderung* und demjenigen ohne *Behinderung* fortschreiben, perpetuieren sie die Konstruktion des abnormalen Kindes. Dadurch werden diskriminierungsschutzrechtliche Ansprüche entzogen und ein struktureller Wandel der Schulen behindert.

Eine weitere Schwachstelle der geltenden Konzeption ist die kategoriale Homogenisierung, d. h. die Wahrnehmung von Menschen mit *Behinderung* als eine einheitliche Gruppe bzw. die damit verbundene Problematik der ungenügenden Repräsentation.⁵¹ Dies führt vielfach dazu, dass positive Maßnahmen ineffektiv sind bzw. ausschließlich an der Oberfläche wirken. Beispielsweise führen Zielquoten für Menschen mit *Behinderung* – trotz der teilweise spezifischen Ausrichtung auf Untergruppen – kaum zur Anstellung von gehörlosen Personen und Menschen mit geistiger Behinderung. „Unproblematische“ Behinderte profitieren, die „schwierigeren Fälle“ werden in begrenzt zur Verfügung stehenden geschützten Arbeitsplätzen parkiert.⁵² Schließlich: Kaum wahrgenommen werden Lebensrealitäten von Migrant_innen, Queers of Color (Frauen), älteren Menschen etc. (intersektionale Perspektive).

d) *Genetische Eigenschaften*

Immer mehr Merkmale des Menschen werden in den letzten Jahrzehnten im Körperinnern, im Genom gesucht. Die darin mit den Mitteln der Molekularbio-

46 Felkendorff (Fn. 44), S. 50, Naguib (Fn. 6), S. 187 f.

47 Vgl. unter vielen EuGH v. 11.7.2006, Az. Rs C-13/05, „Chacon Navas“; 534 U.S. 184 (2002); 527 U.S. 471 (1999); 527 U.S. 516 (1999); 527 U.S. 555 (1999).

48 Pärli/Caplazi/Suter, Recht gegen HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsverhältnis, 2007, insb. S. 363 ff.; Fallbeispiel in: Zeitschrift für Europäisches Antidiskriminierungsrecht, Nr. 13, 2011, S. 59.

49 Degener (Fn. 43), S. 909.

50 Z. B. BGE 130 I 352 E. 6.1.2; vgl. auch Naguib (Fn. 6), S. 192. Aus der Praxis der Fachstelle Égalité Handicap (www.egalite-handicap.ch).

51 Baer (Fn. 5).

52 Pärli/Lichtenauer/Caplazi, Integration in die Arbeitswelt, 2007, S. 40 ff.

logie verorteten ‚genetischen Wahrheiten‘ finden vermehrt auch in den anderen vorgestellten Dimensionen Eingang. Im Unterschied zu sonstigen Kategorien der Antidiskriminierungsgesetzgebung hat das Recht in Bezug auf *genetische Eigenschaften* eine vielmehr konstruierende Funktion inne und kann sich nicht auf eine bestehende sozial identifizierte Personenkategorie stützen. Mit den neuen Techniken entstehen aber nicht nur neue Wahrheiten, sondern es werden verstärkt Ausgrenzungsformen und Benachteiligungspraktiken erzeugt, die seit Beginn der 1990er Jahre als „genetische Diskriminierung“ bezeichnet werden.

In einigen internationalen Studien konnte genetische Diskriminierung vor allem bei Personen mit einem Risiko für genetische Erkrankungen sichtbar gemacht werden. Deutlich wurden insbesondere Benachteiligungen und Ausschluss im Bereich von Kranken- und Lebensversicherung, durch Ärzt_innen, klinisches Personal, Adoptionsstellen, Militär, Bildungseinrichtungen, Blutbanken und Arbeitgeber_innen.⁵³ Im deutschsprachigen Raum sind bisher einzelne Fälle bekannt geworden, wie etwa der einer Lehrerin,⁵⁴ der aufgrund der Morbus Huntington-Erkrankung ihres Vaters die Verbeamtung verwehrt wurde. Darüber hinaus liegen nur eine explorative Untersuchung mit Betroffenen der neurodegenerativen Erkrankung Morbus Huntington⁵⁵ sowie erste Ergebnisse eines noch laufenden Forschungsprojekts zu „Genetischer Diskriminierung in Deutschland“⁵⁶ vor.

Obwohl somit nur sehr eingeschränktes Wissen über die Formen und die Verbreitung genetischer Diskriminierung besteht, wurden dennoch in den letzten beiden Jahrzehnten relativ weitgehende gesetzliche Schutz- und Abwehrrechte installiert. Im internationalen *soft law* legt seit 1997 Artikel 6 der Allgemeinen Erklärung über das menschliche Genom und Menschenrechte der UNESCO fest: „Niemand darf einer Diskriminierung aufgrund genetischer Eigenschaften ausgesetzt werden“. Auf europäischer Ebene enthalten die Biomedizin-Konvention des Europarates (1997) und die EU-Grundrechtecharta (2000) Artikel zur Nichtdiskriminierung von Personen „wegen ihres genetischen Erbes“. Auf nationaler Ebene sind bislang spezielle Regelungen, zumeist im Zusammenhang mit Normsetzungen zu Gentests, Gentherapien und Datenspeicherung erlassen worden. Die erste rechtliche Grundlage im deutschsprachigen Raum erging 1992 mit Art. 119 der BV der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Darüber hinausgehend schränkt seit 1995 § 67 des österreichischen Gentechnikgesetzes Arbeitgeber und Versicherer ein, „Ergebnisse von genetischen Analysen zu erheben, zu verlangen, anzunehmen oder sonst zu verwerten“. In Deutschland trat die erste Regulierung zu genetischer Diskriminierung erst 2010 mit dem Gendiagnostikgesetz in Kraft.

Um-, Be- und Ausgrenzungen in der Erzeugung einer neuen Kategorie

Unterhalb der allgemeinen Regelungen zur Informationskontrolle, zur Freiwilligkeit und Beratungspflicht werden in der Rechtsetzung Beschränkungen vorgenommen, die als Prozesse der Grenzziehung zu beschreiben sind. Statt möglichst gegen alle Diskriminierungen vorzugehen, hat die Gesetzgebung bisher einschränkend vor allem jene Personen als schützenswert angesehen, die als sogenannte ‚asymptomatisch Kranke‘ ein erhöhtes Risiko für eine genetische Erkrankung aufweisen.

53 Für einen aktuellen Überblick s. Lemke, Genetische Diskriminierung: Empirische Befunde und konzeptionelle Probleme, in: Hormel/Scherr (Hrsg.), Diskriminierung, 2010, S. 323-344.

54 Traufetter, Geisel der eigenen Gene, Der Spiegel 43/2003, S. 216-218. Weitere Fälle sind dokumentiert in Lemke, Die Polizei der Gene. Formen und Felder genetischer Diskriminierung, 2006.

55 Lemke (Fn. 54).

56 www.genetischediskriminierung.de (Zugriff: 2. März 2012); Eißing/Manz/Plümcke, Genetische Diskriminierung, GID 210, 2012, S. 35-37.

Die Enge der geltenden Regelungen zeigt die Grenzziehung zwischen nichterkrankten Personen mit einem Erkrankungsrisiko und Personen mit einer bereits bestehenden Krankheit oder Behinderung. Während jene ohne Symptome durch spezielle Regelungen geschützt sind, ist der Schutz für die, die bereits erkrankt sind, viel geringer. Deutlich wird dies bei Personen, die keine oder nur geringe körperliche Einschränkungen haben, für die aber aufgrund von Krankheitssymptomen Diskriminierungen etwa durch Versicherer nicht justiziabel zu machen sind. Aber auch für Nichterkrankte besteht durch die Sonderstellung molekular-genetisch erzeugter Informationen eine Begrenzung des Schutzes. Schlechter gestellt sind Ergebnisse, die mittels Familienanamnese oder nicht-genetischer diagnostischer Testverfahren erhoben wurden. Solche ggf. auch genetisch interpretierbare Informationen können ohne Verstoß gegen das Gesetz von Dritten (wie Versicherungen und Arbeitgebern) verwendet werden. So etwa im Fall einer gesunden Frau, die eine rezessive Genträgerschaft beim Abschluss einer Krankenversicherung verschwieg und deshalb Probleme mit dem Versicherungsschutz bekam.⁵⁷

Aufgrund der Ab- und Begrenzung zentrieren sich die rechtlichen Regelungen bisher um asymptomatische Personen mit einem genetischen Erkrankungsrisiko. Die Breite der Diskriminierungsformen und Überschneidung mit anderen Kategorien kann damit aber keinesfalls ausreichend erfasst werden. Das Recht steht deshalb zusammen mit wissenschaftlichen Studien zu genetischer Diskriminierung in der Gefahr, eine „new kind of person“,⁵⁸ eine Gruppenkategorie ‚gesunder Kranker‘ zu erzeugen, statt einen umfangreichen Schutz vor Diskriminierung zu gewährleisten.

III. Vorschläge „Beyond Categories“

1. Diskriminierungsverbote postkategorial formulieren

Wie kann postkategoriales Antidiskriminierungsrecht formuliert werden, das die rechtliche Beurteilung auf Prozesse der Benachteiligung im Kontext von Macht- und Herrschaftsverhältnissen lenkt? Die auf den ersten Blick radikale Lösung wäre ein allgemeiner Gleichheitssatz für alle Menschen. Das jedoch würde den Blick auf jene Ungleichheitsverhältnisse verstellen, die historisch tradiert, tief in Körper und Identitäten eingeschrieben und in den sozialen Strukturen und diskursiven Repräsentationen fest verankert sind.⁵⁹ Damit verbunden wäre auch die Abschwächung des spezifisch diskriminierungsschutzrechtlichen Instrumentariums zur effektiven Durchsetzung von Ansprüchen auf formelle Gleichheit sowie zur Beseitigung und Verringerung machtvoller Ungleichheiten durch Nachteilsausgleiche bzw. positive Maßnahmen.

Vorschläge zur Überwindung des kategorialen Ansatzes gibt es: Susanne Baer hat den Begriff des postkategorialen Antidiskriminierungsrechts geprägt und fragt: „Warum nicht Recht [...] gegen Rassismus, [...] gegen (Hetero)Sexismus“⁶⁰. Iyiola Solanke will statt eines abschließenden Katalogs von Diskriminierungsmerkmalen auf das soziologische Konzept des Stigmas zurückzugreifen: „Es ist die Produktion und Perpetuierung von Stigmas, auf die Antidiskriminierungs-

57 OLG Hamm NJW-RR 2008, 702 f.

58 Hacking (Fn. 10).

59 Vgl. auch Rottleuthner/Mahlmann, Diskriminierung in Deutschland, 2011, S. 23.

60 Baer (Fn. 5).

recht reagieren muss, statt Merkmale per se anzuerkennen.“⁶¹ Tarek Naguib plädiert daher für eine Ersetzung von Verboten der „Diskriminierung wegen ...“ durch Verbote stigmatisierender und sozialer Diskriminierung.⁶²

Allen diesen Ansätzen geht es nicht darum, Antidiskriminierungskategorien als kritische Benennungs- und Analysebegriffe abzuschaffen, sondern das Risiko essentialistischer Fehlschlüsse und deren praktische Konsequenzen zu verringern. Daran setzen die folgenden Überlegungen an.

2. Vorschläge

a) *Heterosexismus statt Geschlecht*

Eine umfassend schützende Antidiskriminierungskategorie *Geschlecht* muss sich – so weit als möglich – unabhängig von Medizin, Biologie und Naturalisierungstendenzen machen. Denkbar ist dies nur durch einen *Geschlechts*begriff, der auf die soziale Konstruktion von *Geschlecht* verweist. Dafür ist zunächst die Abschaffung der derzeit existierenden Regelungen im Personenstandsgesetz notwendig. Für eine staatliche Kategorisierung von Individuen anhand ihrer Genitalien in „männlich“ oder „weiblich“ ist insbesondere die Ehe keine hinreichende Rechtfertigung, v. a. wenn Personen, die diesen Kategorien nicht gerecht werden, pathologisiert werden. Die Annahme, die Ehe könne nur zwischen verschiedenen geschlechtlichen Personen geschlossen werden und daher müssten Menschen einem von zwei Geschlechtern zugeordnet werden, ist ein Zirkelschluss.

Die Abschaffung des Geschlechtseintrages steht einem effektiven Antidiskriminierungsrecht nicht entgegen, da Diskriminierung auch ohne Registrierung wirkmächtig und damit nachweisbar ist. Um erweiterten Rechtsschutz für transgeschlechtliche und intersexuelle Personen im AGG zu erreichen, wird die Einführung einer weiteren Kategorie „geschlechtliche Identität“ gefordert,⁶³ „um klarzustellen, dass sexuelle Orientierung, Geschlecht und Geschlechtsidentität für alle Rechtssubjekte gleichermaßen verknüpft bzw. getrennt adressiert werden“.⁶⁴ Laura Adamietz, Anson Koch-Rein und Sarah Elsuni hingegen wollen durch eine weite Auslegung des Geschlechterbegriffes marginalisierten Subjekten Zugang verschaffen.⁶⁵ Adamietz schlägt daher vor, „Geschlecht als Erwartung“ zu verstehen. Sie fokussiert dadurch die mit der Vergeschlechtlichung der angerufenen Person verbundenen Erwartungen an deren Verhalten, Aussehen, Identität, Praxen und Sexualität. Dies integriert die Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität in das Diskriminierungsverbot auf Grund von *Geschlecht*. Adamietz' Ansatz stellt klar, dass *Geschlecht* eigentlich Vergeschlechtlichung, also eine soziale Zuschreibung ist, wodurch sowohl dem Menschenrecht auf Geschlechtsfreiheit⁶⁶ als auch dem Gleichheitsgrundsatz Rechnung getragen wird.

Allerdings wird durch die „bloße“ Erweiterung des *Geschlechts*begriffes das hinter der Diskriminierung stehende, tradierte Herrschaftsverhältnis verharmlost. Uns erscheint es daher vorzugswürdig, das konkrete Herrschaftsverhältnis „(He-

61 Solanke, Putting Race and Gender Together. A New Approach To Intersectionality, *The Modern Law Review* 2009, S. 748.

62 Naguib (Fn. 6), S. 194.

63 Polster, Gender Identity as a New Prohibited Ground of Discrimination, *NZJPIL* 2003, 157 und 181 ff. für Neuseeland.

64 Koch-Rein, Mehr Geschlecht als Recht?, *Streit* 2006, S. 15.

65 Adamietz, Geschlecht als Erwartung, 2011, S. 250 ff.; Koch-Rein (Fn. 64), S. 9-16; Elsuni, Geschlechtsbezogene Gewalt und Menschenrechte, 2011, S. 37-42.

66 Büchler/Cottier, Intersexualität, Transsexualität und das Recht, in: *Freiburger Frauenstudien* 2005, S. 125 f.

tero)Sexismus“ zu benennen. Heterosexismus beschreibt die Setzung von heterosexuellen Lebensentwürfen und -weisen als „Normalität“ und stellt damit „eine omnipräsente, meist unreflektierte Art gesellschaftlicher Umgangsformen dar, der sich niemand entziehen kann“. ⁶⁷ Mit der Benennung von Heterosexismus würde im AGG verdeutlicht, dass sowohl die Anforderung an eine Person, ein *Geschlecht* zu haben, als auch die Erwartung, sich dementsprechend zu verhalten, zu fühlen und zu sein, unsere Gesellschaft hierarchisierend ordnet und strukturiert sowie regulierend wirkt. Hat mensch die Hierarchisierung und die damit verbundene Regulierung im Blick, wird es auch gelingen, die sozialen Bedeutungen von Kategorien zu hinterfragen und ihre Konstruktion zu erkennen.

b) *Rassismus statt Rasse*

Verschiedene Akteur_innen fordern seit langem die Abschaffung des Begriffs „Rasse“ im deutschen Antidiskriminierungsrecht. ⁶⁸ Die bloße Ersetzung durch *ethnische Herkunft* führt leicht, wie gezeigt, neben der Entthematisierung von Rassismus ⁶⁹ zur rhetorischen Modernisierung der biologistischen Konzeption *Rasse* als kulturalistische Ethnizität. Cengiz Barskanmaz schlägt daher vor, *Rasse* beizubehalten. ⁷⁰ Eine dekonstruktivistische Begriffsumdeutung i. S. e. racial turn ⁷¹ wird sich angesichts der herrschenden essentialistischen Interpretation im deutschen Recht jedoch nicht von selbst vollziehen. ⁷² Die Verwendung von kursiven Schreibweisen (*Rasse*) oder Anführungszeichen („Rasse“) ist der Rechtsprache zumindest in Gesetzestexten fremd. Eine Umdeutung muss also mit einer Änderung der Formulierungen einhergehen.

Die Aufnahme einer Rassismusdefinition in Gesetzestext oder -begründung mindert die Gefahren der Essentialisierung und Reifizierung und kann unter Verweis auf Quellen der kritischen Rassismusforschung bislang nicht oder nur marginal im juristischen Diskurs vertretene Wissensbestände stärken. Die Ersetzung durch „rassistische Diskriminierung“ oder aus „rassistischen Gründen“ liegt nahe, weil damit die Gesellschaftlichkeit der Diskriminierung zentral gestellt wird und nicht das Wesen der Diskriminierten. Die Formulierung verweist auf Rassismus i. S. eines Herrschafts- bzw. Machtverhältnisses im Sinne eines Zusammenspiels aus 1. Rassifizierung (essentialisierende Zuschreibung anknüpfend an physiologische, symbolische und/oder soziokulturelle Bedeutungsträger), 2. sozialen und diskursiven Ausschlusspraktiken (Diskriminierung) und 3. gesellschaftlicher Macht. Fälle von Antiziganismus, antimuslimischem Rassismus oder Antisemitismus, die heute einseitig unter „ethnische Herkunft“ oder „Religion“ subsumiert werden, sollten in ihrer Mehrdimensionalität behandelt werden: als spezifische Formen kulturalistisch-rassistischer oder antisemitischer Zuschreibungen. Diskriminierungen, die an der Sprache anknüpfen, aber nicht immer rassistisch begründet sind, können eigenständig erfasst werden, z. B. als linguistische Diskriminierung.

67 Groneberg, *Der Mann als sexuelles Wesen*, 2006, S. 59.

68 Antidiskriminierungsinitiativen NRW zum Gesetzesentwurf zur Verhinderung von Diskriminierungen im Zivilrecht vom 10.12.2001, Köln, Duisburg 13.2.2002; der braune mob e.V., Brief an den Deutschen Bundesrat, 2.3.2006; Cremer (Fn. 6); DIE LINKE, BT-Drs.17/4036 vom 1.10.2010; Klose, Entwurf für ein Berliner LADG, i.A.d. LADS Berlin, 2011, S. 13.

69 Auf diese Gefahr weist auch Barskanmaz (Fn. 6), S. 382 hin, der allerdings nicht angemessen zwischen Vorschlägen zur Streichung und begrifflichen Ersetzung differenziert.

70 Barskanmaz (Fn. 6).

71 Arndt, *Racial Turn*, in: Arndt/Ofuatey-Alazard, *Wie Rassismus aus Wörtern spricht*, 2011, S. 185.

72 Zur essentialistischen Aufladung der Kategorie *race* in der US-amerikanischen Antidiskriminierungsrechtsprechung vgl. Haney López (Fn. 35), S. 16 f.

Auch eine gesetzliche Regelung positiver Maßnahmen zugunsten von rassistisch stigmatisierten Menschen, z. B. People of Color bzw. Migrant_innen, kommt ohne den Rassebegriff aus. Eine unterschiedliche Behandlung, zum Beispiel i. S. v. § 5 AGG, wäre dann auf Basis mittelbarer Benachteiligungen sowie individueller Rassismuserfahrungen zulässig, um „bestehende Nachteile aufgrund rassistischer Diskriminierung zu verhindern oder auszugleichen.“

c) *Ableism statt Behinderung*

Damit es gelingt, ableistische Ausschlüsse im geltenden Diskriminierungsschutzrecht zu verhindern, braucht es statt einer Behindertenkategorie eine Kategorie, die den Prozess der ableistischen Benachteiligung überzeugend beschreibt. Bezweckt wird eine Verschiebung des Blickes von einer selektiven Wahrnehmung von (Un-)Fähigkeit – (Dis-)Ability – verstärkt hin zu behindernden gesellschaftlichen Normvorstellungen und Rahmenbedingungen (Ableism).⁷³

Eine ersatzlose Streichung des Behinderungsbegriffes⁷⁴ in Diskriminierungsverboten und die Umdeutung über die Kursivsetzung sind im Diskriminierungsschutzrecht nicht zielführend.⁷⁵ Problematisch ist auch die Ersetzung des Behinderungsbegriffes durch einen neuen, auf den ersten Blick weniger stigmatisierenden Begriff – z. B. Beeinträchtigung, der (mutmaßlich) verstärkt auf die soziale Bedingtheit der Behinderung verweist (Strategie der Substitution).⁷⁶ Die Schwachstellen dieses Vorschlages bestehen darin, dass der verschobene Bedeutungsinhalt im diskursiven Gebrauch negative Konnotationen aufnimmt und dass über diese Formulierung der diskriminierende Zuschreibungsprozess nur ungenügend markiert wird.

Überzeugend erscheint uns einzig die Ersetzung des Behinderungsbegriffes durch die Benennung als „ableistische Diskriminierung“ mit ergänzender Definition in den Gesetzeserläuterungen (definitorische Substitution). Durch diesen „ableistic-turn“ wird die nach geltendem Recht zu prüfende Frage, ob bestimmte körperliche, geistige und psychische Eigenschaften eine Behinderung sind, zur falsch gestellten Frage. Stattdessen wäre zu klären, ob die diskriminierungsschutzrechtlich zu beurteilende Benachteiligung auf einer gesellschaftlichen Normierung körperlicher, geistiger und psychischer Fähigkeiten ruht. Und respektive oder ob eine solche Benachteiligung durch die fehlende/unangemessene Berücksichtigung bestimmter körperlicher, geistiger und psychischer Eigenschaften in den gesellschaftlichen Strukturen befördert wird.

Angemessene Vorkehrungen⁷⁷ knüpften unter dieser Benennung nicht etwa an bestimmte biologische Merkmale an, sondern fokussieren auf die Einschränkungen in den Teilhabe- und Teilnahmemöglichkeiten aufgrund gesellschaftlicher Barrieren. Wichtig ist allerdings, über eine Definition abzusichern, dass die Vorenthaltung angemessener Vorkehrungen eine Verletzung des Verbotes „ableistischer Diskriminierung“ darstellt.

Positive Maßnahmen orientierten sich nicht mehr an *Behinderung* als homogener Kategorie, sondern an typischen Auswirkungen und Ursachen von Ableism. Anknüpfungskriterien sind dann einerseits Erfahrungswerte, Kenntnisse und Eigenschaften, über die Menschen, die von (ableistischer) Diskriminierung betroffen sind, vergleichsweise stärker verfügen: z. B. Stigmatisierungserfahrung.

73 Vgl. Campbell, *Contours of Ableism*, 2009.

74 Hierfür plädieren gleichheitstheoretische und dekonstruktivistische Ansätze. Vgl. etwa Ziemer, *Geistige Behinderung – Reflexionen zu einem Begriff. Die neue Sonderschule 2001*, S. 278.

75 Siehe III. 2. 2.

76 Hierzu zählen differenztheoretische Positionen. Vgl. Felkendorff (Fn. 44), S. 27 ff.

77 Für eine Definition siehe Art. 2 BRK.

Andererseits knüpfen positive Maßnahmen an ableistische Strukturen. Zielgruppen sind also nicht mehr „nur“ von Ableism Betroffene, sondern Entscheidungsträger_innen wie Verwaltungen und Unternehmen. Zweck solcher Maßnahmen ist der Abbau von architektonischen, kommunikativen und psychologischen Hindernissen.

Inhärent muss diesen Maßnahmen schließlich eine intersektionale Perspektive sein, die Erfahrungswerte von Migrant_innen, Queers of Color, alten Menschen etc., die ableistischen Barrieren ausgesetzt sind, berücksichtigen. Zudem nehmen sie Entscheidungsträger_innen in die Verantwortung, den Abbau von Barrieren intersektional zu konzipieren, z. B. durch Diversitykompetenz-Trainings für Personalangestellte oder Zielquoten für besonders deprivilegierte Menschen mit Qualifikationspotential.

d) Genetische Diskriminierung statt genetisches Risiko

Für die Diskriminierung aufgrund vermuteter oder nachgewiesener genetischer Merkmale besteht der seltene Fall, dass Schutzrechte geschaffen wurden, noch bevor derartige Benachteiligungen von Betroffenen- und Unterstützungsgruppen skandalisiert wurden. Diese zunächst wünschenswerte Situation vorgreifender Regelung geht allerdings ohne kollektive Akteure einher, die jene Diskriminierungsgefahren thematisieren und politische sowie rechtliche Regelungen zur Abwehr fordern. Aufgrund des bisher sehr geringen Wissens über die Betroffenen genetischer Diskriminierung sind in die Gesetzgebung vor allem Perspektiven von Genetiker_innen und Akteur_innen des bioethischen Diskurses eingeflossen. Ergebnis dessen ist, dass aufgrund des unzureichenden Wissens über die Formen und Felder sowie über die Bedarfe der Diskriminierten das Recht nicht alle Betroffenen ausreichend schützen kann.⁷⁸

Ein oben umrissenes Problem bisheriger Rechtsetzung zur Abwehr genetischer Diskriminierung ist die Abgrenzung von Ungleichbehandlungen im Zusammenhang mit Behinderung oder Krankheit. Zwar war die analytische Differenzierung genetischer Diskriminierung für den Nachweis einer spezifisch neuen Form von Benachteiligung zunächst sinnvoll. Eine kategoriale Engfassung im Recht birgt jedoch die Gefahr, exkludierende Wirkungen zu erzeugen. So stellt bisherige Antidiskriminierungsgesetzgebung Rechte vor allem für Personen mit einem genetischen Erkrankungsrisiko bereit, die (noch) keine Symptome der Erkrankung aufweisen. Die Abgrenzung bewirkt aber, dass bereits erkrankte Menschen mit genetischen Diskriminierungserfahrungen nicht unter den diskriminierungsrechtlichen Schutz fallen, weil sie den engen Kriterien asymptomatischer Personen nicht zu entsprechen scheinen. In der Überschneidung genetischer Diskriminierung mit den Dimensionen Behinderung und Krankheit zeigt sich aber sehr deutlich die Notwendigkeit, intersektionale Diskriminierung als ‚üblichen Fall‘ justiziabel zu machen. Vor allem mit Schutz- und Abwehrrechten gegen ableistische Diskriminierung ist deshalb eine enge Verbindung herzustellen.

Eine genetische Exklusivität steht demgegenüber in der Gefahr, das Zusammenspiel mit anderen Formen der Teilung und Vorenthaltung von Lebensgestaltungsmöglichkeiten zu verdecken. Die Bildung einer Personenkategorie „asymptomatisch Kranker“ ist somit zu vermeiden und sollte nicht durch das Recht forciert werden. Da es nicht um Zugehörigkeiten, sondern um Diskriminierungen aufgrund zuschreibender Pathologisierung und Denormalisierung gehen sollte, gilt es, den Rechtsbegriff genetischer Diskriminierung in Bezug auf be-

78 Vgl. auch die ersten Ergebnisse der deutschen Studie zu genetischer Diskriminierung (Fn. 56).

nachteiligende Handlungen zu spezifizieren. Gleichzeitig sollte aber die Komplexität und Wandelbarkeit von Ungleichheitsdimensionen einbedacht werden, um auch in Zukunft mit Recht intervenierend in verschiedene Diskriminierungsformen eingreifen zu können. Für eine solches interventives Rechtsverständnis ist grundsätzlich eine weite Geltung von Verboten genetischer Diskriminierung anzustreben, da prinzipiell alle Menschen genetische Eigenschaften besitzen, die sozial negativ bewertet werden können. Eine solche Ausweitung bedarf jedoch eines postkategorialen Ansatzes, der nicht eine neue Personenkategorie anhand von Merkmalen und Risikoprofilen anvisiert, aber benachteiligende Handlungen und Verhältnisse justiziabel macht.

IV. Fazit: Praktiken, Verhältnisse, -ismen statt Merkmale

Unsere Analyse hat verdeutlicht, wie in der Konzeption und Anwendung bestehender gesetzlicher Diskriminierungsverbote die Ungleichheitsdimensionen *Geschlecht, Behinderung, Rasse/Ethnie* vielfach als Gruppenkategorien reifiziert werden. Anhand der Regelungen bzgl. *genetischer Eigenschaften* stellten wir heraus, wie neuartige Dimensionen von Diskriminierung und daran gekoppelte Regelungsbedarfe entstehen und wie das Recht in die Produktion von Kategorien eingebunden ist. In der analysierten Rechtspraxis zu den einzelnen Ungleichheitsdimensionen wurde deutlich, dass Schutzrechte oft nur aufgrund eines essentialistischen und biologischen Verständnisses von Diskriminierungsmerkmalen gewährt werden. In der Rechtswirklichkeit resultieren daraus nicht gerechtfertigte Ausschlüsse vom Schutz vor Diskriminierung (inkl. Vorenthaltung individueller Nachteilsausgleiche) und oft wenig effektiv aufgestellte, monokausal und nicht intersektional orientierte positive Maßnahmen.

Auf diese Analyseergebnisse aufbauend, geht es uns darum, den Schutz vor Diskriminierungen im Recht zu konkretisieren, ohne eine Verdinglichung, Essentialisierung und Homogenisierung in Form von kategorialen Zuordnungen zu wiederholen.

An Stelle der bestehenden Regelungen schlagen wir deshalb ein postkategorial verfasstes Antidiskriminierungsrecht vor, in dem *Post* als ein *Nach* bisherigem – an gruppistischen Kategorien ausgerichteten – Recht verstanden wird. Statt spezifische Merkmale für die Inanspruchnahme von Schutzrechten vorauszusetzen, sollten diese vielmehr als kontingente Eigenschaften verstanden werden. Wir sprechen uns deshalb für eine juridische Benennungspraxis aus, die auf Handlungen, Prozesse und Verhältnisse rekurriert und Diskriminierungen als in diese eingebunden entgegenwirkt.

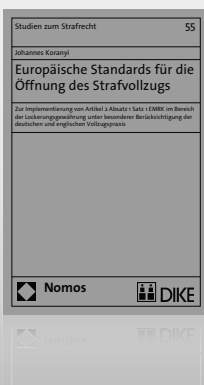
In unserem Entwurf eines postkategorialen Ansatzes wollen wir Kategorien nicht pauschal aus dem Recht verbannen, sondern argumentieren für ihre Resignifizierung. Hierfür plädieren wir erstens für eine Kritik und Reformulierung der Zuordnungen, in der Kategorien als wirksame Mittel zur Benennung gesellschaftlicher Strukturen und sozialer Ungleichheiten (Artikulationsfunktion) anerkannt sind, deren Tendenz zu sozialer Ontologisierung und Verstetigung (Reifizierungsrisikanz) aber reflektiert wird. Zweitens sprechen wir uns für die Ersetzung kategorialer Termini aus. Ziel beider Vorschläge ist es, mit der Loslösung von merkmalsbezogenen Gruppenbezeichnungen rechtspraktische Fehlinterpretation sowie Reifizierungen zu erschweren. Antidiskriminierungsrecht kann so die soziale Gemachtheit, Kontingenz und das Prozessuale an diskriminierenden Praktiken fassen und viel eher intervenierend und verändernd wirken.

Eine unsere Vorschläge umsetzende gesetzliche Formulierung könnte lauten: Diskriminierung, insbesondere rassistische, sexistische, ableistische, heterosexistische, linguizistische, genetische Diskriminierung und Diskriminierung anknüpfend an Lebensalter und Religion (etc.) ist unzulässig. Ergänzend dazu wäre Diskriminierung in den Gesetzesbegründungen zu definieren als Praxen von Stigmatisierung, Benachteiligung und Ausgrenzung von gesellschaftlicher Teilhabe, Teilnahme und Anerkennung, die auf gesellschaftlich erzeugten Gruppen beruhen.

Mit diesen Vorschlägen wäre auch der „Minus-Ossi“-Fall zufriedenstellend zu lösen, ohne eine Ethnisierung von Ostdeutschen und ohne die Gleichsetzung mit rassistischer Diskriminierung vornehmen zu müssen. Die Gerichte hätten dann zu diskutieren, inwieweit eine sozial relevante, diskursiv und strukturell verankerte Ost-West-Differenz etabliert ist, die einen Diskriminierungsschutz über allgemeine Gleichheitssätze hinaus rechtfertigt.

Wenn es gelingt, im Antidiskriminierungsrecht Praktiken, Verhältnisse und -ismen zu markieren statt Gruppenkategorien zu unterscheiden, kann Recht zu einem wirkmächtigeren Einsatz im Kampf gegen Diskriminierungen und die Vorenthaltung von Teilhabe jeglicher Art werden.

Strafvollzug in Europa



Europäische Standards für die Öffnung des Strafvollzugs

Zur Implementierung von Artikel 2 Absatz 1 Satz 1 EMRK im Bereich der Lockerungsgewährung unter besonderer Berücksichtigung der deutschen und englischen Vollzugspraxis

Von Dr. Johannes Koranyi

2012, 418 S., brosch., 99,- €

ISBN 978-3-8329-7378-0

(Studien zum Strafrecht, Bd. 55)

Weitere Informationen: www.nomos-shop.de/14566



Nomos