

## Mehrdimensionale Diskriminierung – Potentiale eines materialen Gleichheitsverständnisses

Anna Katharina Mangold<sup>1</sup>

### I. Einleitung

Der Begriff „mehrdimensionale Diskriminierung“ ruft Vorstellungen von Räumlichkeit hervor, gemahnt an die Stringtheorie mit ihren neun Dimensionen und hört sich auf jeden Fall sehr komplex an. Die letztgenannte Vorstellung trifft ohne Zweifel zu, und die hohe Komplexität mag erklären, warum diese noch junge Figur des Antidiskriminierungsrechts dessen Dogmatik und Theorie so sehr herausfordert. Doch was meint mehrdimensionale Diskriminierung eigentlich?

Ein praktisch wichtiges Beispiel für mehrdimensionale Diskriminierung sind Kopftuchverbote. So hat etwa unlängst das Bundesverfassungsgericht darauf hingewiesen, dass ein Verbot für Lehrpersonen, politische, religiöse, weltanschauliche oder ähnliche äußere Bekundungen in der Schule abzugeben, neben der Religionsfreiheit auch das Verbot der Geschlechtsdiskriminierung verletzen kann.<sup>2</sup> Von ihrem Regelungszweck her zielen derartige Verbotsnormen ziemlich unverhohlen auf kopftuchtragende muslimische Frauen, sind sie doch zu einem bestimmten historischen Zeitpunkt erlassen worden,<sup>3</sup> nämlich nach der ersten Kopftuchentscheidung des BVerfG im Jahr 2003.<sup>4</sup> Das Besondere dieser Konstellation ist, dass die vom Verbot vor allem nachteilig betroffene Personengruppe – kopftuchtragende Frauen<sup>5</sup> – erst an der „Schnittstelle“ zweier typischer Diskriminierungskategorien, nämlich Geschlecht und Religion, konstituiert wird: Eine kopftuchtragende Frau wird nicht nur *als Frau* diskriminiert (weil nicht kopftuchtragende Frauen eingestellt werden) und nicht nur *als gläubige Muslima* (weil männliche Muslime eingestellt werden), sondern gerade aufgrund des Zusammentreffens

<sup>1</sup> Für anregende Diskussionen und konstruktive Rückmeldungen danke ich *Sophie Arndt*, *Nora Markard* und *Ute Sacksosky* sowie *Anja Schmidt* für die Einladung und ihre erkenntnisfördernde kritische Lektüre des Textes.

<sup>2</sup> BVerfGE 138, 296 ff., Rn. 142 ff. – *Kopftuch II* [2015].

<sup>3</sup> *Sacksosky*, Kopftuch als Gefahr – ein dogmatischer Irrweg, DVBl 2015, 801 (802, zu NRW).

<sup>4</sup> BVerfGE 108, 282 – *Kopftuch I* [2003].

<sup>5</sup> *Ibid.*, Rn. 143: Das Bekundungsverbot erfasse „gegenwärtig Männer nur in verschwindend geringer Zahl, wie beispielsweise im Fall Turban tragender Sikhs. Die angegriffene Regelung trifft [...] derzeit in Deutschland faktisch ganz überwiegend muslimische Frauen, die aus religiösen Gründen ein Kopftuch tragen.“ – Zur mittelbaren Diskriminierung bei den sog. Neutralitätsgesetzen *Baer/Wrase*, Zwischen Integration und „westlicher“ Emanzipation: Verfassungsrechtliche Perspektiven zum Kopftuch (-verbot) und der Gleichberechtigung, KritV 89 (2006), 401 (404 ff.).

zweier Kategorien (Geschlecht *und* Religion).<sup>6</sup> Kopftuchfälle gibt es inzwischen viele, vor allem im Arbeitsrecht.<sup>7</sup>

Doch sind weitere Konstellationen mehrdimensionaler Diskriminierung rechtlich relevant geworden: So kann etwa bei behinderten Frauen mehr als nur eine Dimension von Diskriminierung relevant sein – nämlich neben der Behinderung eben auch das Geschlecht.<sup>8</sup> Gleiches gilt für „ausländisch“ aussehende junge Männer, die von Diskotheken abgewiesen werden<sup>9</sup>: Geschlecht (Frauen werden eingelassen) und Rasse/ethnische Herkunft<sup>10</sup> („autochthon“ aussehende Männer werden eingelassen).

Für gewöhnlich werden zwei Fallgruppen mehrdimensionaler Diskriminierung unterschieden: additive und intersektionelle Diskriminierung.<sup>11</sup> Bei der additiven Diskriminierung „wird die Benachteiligung durch die separaten, einzelnen Gründe hervorgerufen, indem sich die Diskriminierungsgründe bzw. Benachteiligungen addieren“, während die in den Beispielen beschriebene intersektionelle Diskriminierung „die Wechselwirkung von Diskriminierungsgründen, die zu einer besonderen Benachteiligung der Betroffenen am Schnittpunkt verschiedener Diskriminierungsmerkmale führt“ bezeichnet.<sup>12</sup> Ein Beispiel für bloß additive Diskriminierung ist der vom EuGH entschiedene Fall *Kücükdeveci*: Im zugrundeliegenden deutschen Sachverhalt ging es nicht nur um die fehlende Anrechnung bestimmter Arbeitszeiten vor dem 25. Lebensjahr (Altersdiskriminierung), sondern unabhängig davon auch um die Verweigerung einer Versetzung in eine andere Abteilung wegen eines leichten sprachlichen Akzents (Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft); die beiden Diskriminierungsgründe

<sup>6</sup> Deutlich *Britz*, Das verfassungsrechtliche Dilemma doppelter Fremdheit: Islamische Bekleidungs Vorschriften für Frauen und Grundgesetz, KJ (2003), 95 (97): „Frauen einseitig die Leidtragenden einer verweigernden Haltung“.

<sup>7</sup> Exemplarisch: Bewerbung als Arzthelferin: ArbG Berlin, NZA-RR 2012, 627–630; Wiedereingliederung als Krankenschwester in konfessionellem Krankenhaus: BAG, NZA 2014, 1407; kopftuchtragende Schöffinnen: LG Bielefeld v. 16.3.2006 – 3221 b E H 68; LG Dortmund, NJW 2007, 3013; KG Berlin, NStZ-RR 2013, 156 f.

<sup>8</sup> Grundlegend *Zinsmeister*, Mehrdimensionale Diskriminierung. Das Recht behinderter Frauen auf Gleichberechtigung und seine Gewährleistung durch Art. 3 GG und das einfache Recht, 2007; vgl. auch *dies.*, Additive oder intersektionale Diskriminierung? Behinderung, „Rasse“ und Geschlecht im Antidiskriminierungsrecht, in: Wansing/Westphal (Hrsg.), Behinderung und Migration. Inklusion, Diversität, Intersektionalität, 2014, 265–283; *Degener*, Intersections between Disability, Race and Gender in Discrimination Law, in: *Schiek/Lawson* (Hrsg.), European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality. Investigating the Triangle of Racial, Gender and Disability Discrimination, 2011, 29–46.

<sup>9</sup> Etwa: AG Oldenburg v. 23.7.2008 – E2 C 2126/07; AG Bremen, NJW-RR 2011, 675 f.; LG Tübingen v. 29.7.2011 – 7 O 111/11; OLG Stuttgart, NJW 2012, 1085–1087; AG Hannover v. 14.8.2013 – 462 C 10744/12; AG München v. 23.7.2014 – 171 C 27853/13.

<sup>10</sup> Die semantische Verschiebung von Rasse auf Ethnizität/ethnische Herkunft kann als „Rassismus ohne Rassen“ mittels der Konstruktion kultureller Differenzen gedeutet werden, im Anschluss an *Balibar*, Gibt es einen „Neo-Rassismus“?, in: Balibar/Wallerstein (Hrsg.), Rasse – Klasse – Nation. Ambivalente Identitäten, 2. Aufl. 1998, 23 (28); so etwa *Dietze/Hornscheidt/Palm/Walgenbach*, Einleitung, in: Walgenbach/Dietze/Hornscheidt/Palm (Hrsg.), Gender als interdependente Kategorie, neue Perspektiven auf Intersektionalität, Diversität und Heterogenität, 2007, 7 (17).

<sup>11</sup> *Zinsmeister* in: Wansing/Westphal (Hrsg.), Behinderung und Migration. Inklusion, Diversität, Intersektionalität, 2014, 265–283; *Chege, Victoria*, EU-Antidiskriminierungsrichtlinien und EU-Gleichstellungsrecht. Praktische Erfahrungen bei Fällen mehrdimensionaler Diskriminierung, NJ 2012, 503–510

<sup>12</sup> *Chege*, NJ 2012, 504.

lagen unabhängig voneinander gleichzeitig vor.<sup>13</sup> Von größerem theoretischem Interesse sind Fälle intersektioneller Diskriminierung, die im Folgenden im Zentrum der Überlegungen stehen werden.

Ich plädiere in diesem Beitrag dafür, das Potential eines materialen Gleichheitsverständnisses stärker auszuschöpfen, als dies bislang geschieht. So kann meines Erachtens die mehrdimensionale Diskriminierung am besten erklärt werden. Eine Weiterführung der Auseinandersetzung um formale und materiale Gleichheitsverständnisse im antidiskriminierungsrechtlichen Rahmen ist notwendig und an der Zeit. In den folgenden Abschnitten wird zunächst die mehrdimensionale Diskriminierung allgemein im Antidiskriminierungsrecht verortet (II.) und der Bezug zum Konzept der Intersektionalität erläutert (III.), um sodann in einer historisch-typisierenden Phasenbildung von rechtlichen Gleichheitskämpfen den Wandel von einem rein formalen zu einem materialen Gleichheitsverständnis nachzuvollziehen (IV.). Vor diesem Hintergrund ist der Vorschlag eines sog. postkategorialen Antidiskriminierungsrechts kritisch zu prüfen, der insbesondere auf die Herausforderungen intersektioneller Diskriminierung zu reagieren verspricht (V.). Am Beispiel der Vergleichsgruppenbildung wird abschließend das Potential eines materialen Gleichheitsverständnisses aufgezeigt (VI.).

## II. Antidiskriminierungsrecht als neu entstehendes Rechtsgebiet

Antidiskriminierungsrecht etabliert sich allmählich als eigenständiges Rechtsgebiet in der deutschen Rechtswissenschaft,<sup>14</sup> zugleich differenziert sich die dogmatische Diskussion aus. Antidiskriminierungsrecht umfasst, so mein Vorschlag, als Oberbegriff Diskriminierungsverbote und Gleichstellungsgebote. Die Diskriminierungsverbote unterteilen sich ihrerseits in Verbote der unmittelbaren (direkten) und solche der mittelbaren (indirekten) Diskriminierung. Gleichstellungsgebote umfassen dagegen alle proaktiven Maßnahmen, die zu einer stärkeren Beteiligung bislang benachteiligter Gruppen in gesellschaftlich für relevant erachteten Bereichen führen sollen; derartige Maßnahmen werden oft als „positive Maßnahmen“ bezeichnet.<sup>15</sup>

Für Deutschland ist neben Art. 3 GG und den weiteren verfassungsrechtlichen Gleichheitssätzen besonders das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)<sup>16</sup> zu einem zentralen Bezugspunkt antidiskriminierungsrechtlicher Debatten geworden. Das

---

<sup>13</sup> EuGH v. 19.01.2010, Rs. C-555/07 (*Kücükdeveci*), Slg. 2010, I-365; zum vollständigen Fall *Schiek*, Age discrimination before the ECJ – conceptual and theoretical issues, CMLRev 2011, 777 (794 f.).

<sup>14</sup> *Mangold*, Vielfältige Berliner Republik. Die Entwicklung von Antidiskriminierungsrecht als eigenständigem Rechtsgebiet, in: Duve/Ruppert (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Berliner Republik, 2016 (im Erscheinen).

<sup>15</sup> Der Ausgleich oder die Verhinderung bestehender Nachteile wegen eines Diskriminierungsgrundes durch geeignete und angemessene Maßnahmen ist nach § 5 AGG zulässig, obgleich dies selbst – jedenfalls nach der Konzeption des AGG – eine „unterschiedliche Behandlung“ von Personengruppen impliziert. Zu einer anderen Bewertung führt das Konzept asymmetrischer Gleichheit, dazu *Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl. 1996, 337 f., 352 (für Art. 3 Abs. 2 GG), demzufolge nicht jede Bevorzugung einer benachteiligten Gruppe automatisch eine Benachteiligung der dominanten Gruppe bedeutet. Auch in dieser Frage gelangen formales und materiales Gleichheitsverständnis zu unterschiedlichen Ergebnissen.

<sup>16</sup> Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) vom 14. August 2006 (BGBl. I 1897), zuletzt geändert durch Artikel 8 des Gesetzes vom 3. April 2013 (BGBl. I 610).

AGG dient der Umsetzung verschiedener antidiskriminierungsrechtlicher Richtlinien der EU.<sup>17</sup> Es definiert von Benachteiligung betroffene Gruppen anhand eines Kategorienkatalogs:

„Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität“ (§ 1 AGG).

§ 4 AGG regelt die „unterschiedliche Behandlung wegen mehrerer Gründe“, was in der Literatur überwiegend als einfachgesetzliche Verankerung der mehrdimensionalen Diskriminierung angesehen wird.<sup>18</sup>

Die Verankerung der diskriminierungsrechtlichen Diskussionen im arbeits- und zivilrechtlichen AGG birgt die Gefahr, dass in den rechtswissenschaftlichen und rechtspraktischen Diskursen eine wichtige Dimension ausgeblendet wird: In Diskriminierungsfällen geht es nämlich typischerweise um gesellschaftliche Machtungleichgewichte zwischen verschiedenen Gruppen (dazu noch unten IV.). Typischerweise wird in der eher konservativen Privatrechtstheorie allerdings die individuelle Handlungsfreiheit, vor allem in Form der Privatautonomie, ins Zentrum gestellt, die Einbindung der Individuen in gesellschaftliche Machtverhältnisse hingegen bleibt regelmäßig unberücksichtigt und ist daher auch in besondere Rechtsgebiete ausgelagert, die als Fremdkörper im Zivilrecht wahrgenommen werden: Arbeitsrecht, Mietrecht, Verbraucherschutzrecht<sup>19</sup> – diese Materien sind umstritten und dem Vorwurf ausgesetzt, die Privatautonomie in unzulässiger Weise zu beschränken. Nicht anders ergeht es dem Antidiskriminierungsrecht, das bereits als „Totenglocke des Privatrechts“ tituliert wurde.<sup>20</sup>

Die differenzierten Einsichten aus (verfassungsrechtlichen) Gleichheitsdiskussionen und feministischen Analysen drohen bei der Behandlung von Diskriminierung als reine Privatrechtsproblematik in Vergessenheit zu geraten. Würde Diskriminierung nur als individuelles Problem in individualisierten Gerichtsverfahren zwischen privaten Einzelpersonen adressiert, so geriete die hochpolitische und strukturelle Dimension gesellschaftlicher Machtverhältnisse aus dem Blick.<sup>21</sup> Die Bezüge zu grundlegenden gesell-

<sup>17</sup> Dazu ausführlich *Mangold*, in: Duve/Ruppert (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Berliner Republik, 2016 unter II. B. 3.

<sup>18</sup> *Baer/Bittner/Göttsche*, Mehrdimensionale Diskriminierung – Begriffe, Theorien und juristische Analyse. Telexpertise für die Antidiskriminierungsstelle des Bundes, 2010, 30 (abrufbar unter: [http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/mehrdimensionale\\_diskriminierung\\_theorien.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/mehrdimensionale_diskriminierung_theorien.pdf?__blob=publicationFile)>).

<sup>19</sup> Nach wie vor instruktiv *Simitis*, Verbraucherschutz, Schlagwort oder Rechtsprinzip?, 1976, insb. 137 ff.: „Die Kontrolle der Herstellermacht als Aufgabe eines Verbraucherrechts“; 156: „Raum kollektiver Selbstbestimmung im Produktionsprozess“; 161: „Verbraucherschutz ist also eine Frage der Verteilung wirtschaftlicher und der sich daraus ergebenden politischen Macht.“

<sup>20</sup> Pathetisch *Repgen*, Antidiskriminierungsrecht – die Totenglocke des Privatrechts läutet, in: *Repgen/Lobinger/Hense* (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 11 (97): „Eine Antidiskriminierung, wie sie sich die Gesetzgeber auf EU- und Bundesebene vorstellen, hat im Privatrecht keinen Platz. Sie ist zutiefst ungerecht, wie die den freien Willen des Einzelnen nicht achtet, dem die Selbstgestaltung seiner Rechtsverhältnisse aufgrund seiner personalen Würde zukommt. Es geht nicht um irgendwelche Beliebigkeiten der Rechtsordnung, sondern es geht um den Menschen selbst.“

<sup>21</sup> *Minow*, Making all the Difference: Inclusion, Exclusion, and American law, 1990, 387: „[...] there is a conceptual flaw in an imagined jurisprudence of individualism that would never treat any individual as a member of a group.“; 387 f. auch zur Entwicklung des *law of contract*.

schaftlichen Gerechtigkeitsfragen würden verschleiert.<sup>22</sup> Diese Dimension wird nur sichtbar, wenn die Debatte über verschiedene Gleichheitsverständnisse – formal oder material – sowie feministische Einsichten und Kritik – wie jene der Intersektionalität – (neuerlich) in den antidiskriminierungsrechtlichen Diskurs eingespeist werden.

### III. Mehrdimensionale Diskriminierung und Intersektionalität

„Mehrdimensionale Diskriminierung“ bezeichnet, wie gesehen, neben der additiven Diskriminierung auch intersektionelle Diskriminierung. Der Begriff der „intersectionality“ wurde von der US-amerikanischen Rechtswissenschaftlerin *Kimberlé Crenshaw* geprägt.<sup>23</sup> *Crenshaw* analysierte verschiedene arbeitsgerichtliche Entscheidungen, um zu verstehen, warum Schwarze<sup>24</sup> Frauen oftmals nicht vor Diskriminierung geschützt waren. In einem Fall von betriebsbedingten Kündigungen nach einem Senioritätsprinzip (*last in, first out*) zum Beispiel waren Schwarze Frauen viel stärker betroffen als weiße Frauen. Zuerst waren weiße Männer, dann Schwarze Männer, dann weiße Frauen, und erst ganz am Ende Schwarze Frauen eingestellt worden. Diese verloren folgerichtig als erste wieder ihre Stelle.<sup>25</sup> Der Entscheidung des Distriktsgerichts zufolge aber bildeten nur entweder *sex discrimination* oder aber *race discrimination* anerkannte Formen von Diskriminierung, eine Diskriminierung als Schwarze Frau sei dagegen unbekannt.<sup>26</sup> Angesichts der Komplexitätssteigerung käme eine Anerkennung dieser neuen Gruppe dem Öffnen von Pandoras Büchse gleich.<sup>27</sup> In der Perspektive des Distriktsgerichts wurden Schwarze Frauen nicht *als* Frauen (weiße Frauen wurden nicht entlassen) und nicht *als* Schwarze (Schwarze Männer wurden nicht entlassen) diskriminiert, und es weigerte sich, die besondere Lage von Schwarzen Frauen *als* Schwarze Frauen zu berücksichtigen. *Crenshaw* schlug vor, in einer Analogie zu einer Straßenkreuzung (*intersection*) zu denken: Befindet man sich auf der Kreuzung, können einen aus allen Richtungen Fahrzeuge treffen.<sup>28</sup> Folgte man dagegen der Argumentation des Distriktsgerichts, werde den besonderen intersektionellen Erfahrungen Schwarzer

<sup>22</sup> Schon *Aristoteles* hat die Frage der Gleichheit als Gerechtigkeitsproblem behandelt, *ders.*, *Nikomachische Ethik*, Buch V, 1131 a 10 – 1132 b 8.

<sup>23</sup> *Crenshaw*, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, *University of Chicago Legal Forum* 1989, 139–167; *dies.*, *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color*, *Stanford Law Review* 43 (1990), 1241–1299.

<sup>24</sup> Die Großschreibung des Adjektivs Schwarz folgt einer Selbstbenennungspraxis von *People of Colour* in Deutschland, vgl. *Eggers/Kilomba/Piesche/Arndt* (Hrsg.), *Mythen, Masken und Subjekte*, 2005, 13. Sie soll verdeutlichen, dass es sich bei der Bezeichnung um eine Konstruktionsleistung handelt; die Großschreibung irritiert und ermöglicht so, einen Widerstand im Text zu erzeugen. – Ich folge hier der Empfehlung von *Shearer/Haruna*, *Initiative Schwarze Menschen in Deutschland (ISD-Bund) e.V., Über Schwarze Menschen in Deutschland berichten*, in: *ADB Köln, Leitfaden für einen rassistisch-kritischen Sprachgebrauch. Handreichung für Journalist:innen* (o.J.; abrufbar unter: [http://www.adb-sachsen.de/tl\\_files/adb/pdf/Leitfaden\\_ADB\\_Koeln\\_disfreie\\_Sprache.pdf](http://www.adb-sachsen.de/tl_files/adb/pdf/Leitfaden_ADB_Koeln_disfreie_Sprache.pdf)).

<sup>25</sup> So das bekannte Urteil *DeGraffenreid v General Motors*, 413 F Supp 142; *Crenshaw*, *University of Chicago Legal Forum* 1989, 141 ff.

<sup>26</sup> *DeGraffenreid v General Motors*, 413 F Supp 142 (143).

<sup>27</sup> *Ibid.*, 145: „The prospect of the creation of new classes of protected minorities, governed only by the mathematical principles of permutation and combination, clearly raises the prospect of opening the hackneyed Pandora’s box.“

<sup>28</sup> *Crenshaw*, *University of Chicago Legal Forum* 1989, 149.

Frauen nicht Rechnung getragen: Schwarze Frauen würden marginalisiert.<sup>29</sup> Bei einer solchen Betrachtungsweise gerieten die Privilegierungen von weißen Frauen (in der Gruppe der Frauen) und von Schwarzen Männern (in der Gruppe der Schwarzen Personen) aus dem Blick.<sup>30</sup>

Das Phänomen mehrdimensionaler Diskriminierung verweist ebenso wie Intersektionalität auf gesellschaftliche Machtverhältnisse. Diese bewirken die Unterscheidung in privilegierte und diskriminierte gesellschaftliche Gruppen. Diese Machtverhältnisse machen freilich nicht vor der Binnenstruktur herkömmlich als diskriminiert beschriebener Gruppen Halt. „Achsen der Ungleichheit“<sup>31</sup> enden nicht bei den im Antidiskriminierungsrecht benannten Gruppen. Deswegen wurde auch Kritik an *Crenshaws* Bild einer Kreuzung geübt, weil dieses suggerieren könnte, dass „Machtverhältnisse *jenseits* der Kreuzung scheinbar unbeeinflusst voneinander existieren“.<sup>32</sup> Zu bedenken ist beim Bild der *intersection*, dass relevante gesellschaftliche Machtstrukturen immer schon miteinander verwoben sind.<sup>33</sup> Es gibt folglich niemals eindimensionale Diskriminierung. Privilegierte Kategorienaspekte, die sich konkret nicht nachteilig auswirken, bleiben vielmehr nur „unsichtbar“, wodurch der Eindruck einer eindimensionalen Diskriminierung entsteht.<sup>34</sup>

Damit ist eine keineswegs neue Erkenntnis angesprochen, die mindestens auf das 19. Jahrhundert zurückgeht, dass nämlich etwa in der Gruppe der Frauen spezifische Erfahrungen dominant artikuliert werden, so die Erfahrungen weißer und/oder bürgerlicher Frauen.<sup>35</sup> Obwohl Schwarze Frauen und Arbeiterinnen möglicherweise je ganz verschiedene Probleme haben, wird die diskriminierte Gruppe „der“ Frauen mit den weißen bürgerlichen Frauen gleichgesetzt.<sup>36</sup> In der ersten deutschen Frauenbewegung seit Ende des 19. Jahrhunderts kämpften bürgerliche Frauen und Arbeiterinnen durch-

<sup>29</sup> Ibid., 150.

<sup>30</sup> Ibid., 151.

<sup>31</sup> *Klinger/Knapp/Sauer* (Hrsg.), *Achsen der Ungleichheit. Zum Verhältnis von Klasse, Geschlecht und Ethnizität*, 2007; zuvor: *Knapp/Wetterer* (Hrsg.), *Achsen der Differenz*, 2003.

<sup>32</sup> *Dietze/Hornscheidt/Palm/Walgenbach* in: *Walgenbach/Dietze/Hornscheidt/Palm* (Hrsg.), *Gender als interdependente Kategorie, neue Perspektiven auf Intersektionalität, Diversität und Heterogenität*, 2007, 9.

<sup>33</sup> So deutlich und überzeugend *Markard*, *Zwangsehen und Scheinehen: Intersektionalität als Analyseinstrument im Recht*, in: *Bereswill/Degenring/Stange* (Hrsg.), *Intersektionalität und Forschungspraxis. Wechselseitige Herausforderungen*, 2015, 20 (22) mit Verweis auf eine Stellungnahme des *Combahee River Collective* von *Schwarzen* Frauen aus dem Jahr 1977: „The major systems of oppression are interlocking. The synthesis of the oppressions creates the conditions of our lives.“ „Herrschafts-“ und „Machtverhältnisse“ benennt auch *Sacks ofsky*, *Die blinde Justitia: Gender in der Rechtswissenschaft*, in: *Bußmann/Hof* (Hrsg.), *Genus, Geschlechterforschung Gender Studies in den Kultur- und Sozialwissenschaften*, 2005, 402 (432).

<sup>34</sup> *Markard* in: *Bereswill/Degenring/Stange* (Hrsg.), *Intersektionalität und Forschungspraxis. Wechselseitige Herausforderungen*, 2015, 22 f.: „wer den spezifischen Erwartungen entspricht, wird nicht aktiv kategorisiert“.

<sup>35</sup> Überblick bei *Walgenbach*, *Gender als interdependente Kategorie*, in: *Walgenbach/Dietze/Hornscheidt/Palm* (Hrsg.), *Gender als interdependente Kategorie, neue Perspektiven auf Intersektionalität, Diversität und Heterogenität*, 2007, 23–64.

<sup>36</sup> Vgl. etwa die bekannte Rede von *Sojourner Truth* (1797–1883): „Ain’t I A Woman?“; die sie im Dezember 1851 bei der *Women’s Convention* in Akron, Ohio, als schwarze Frau hielt. Text: <http://www.fordham.edu/halsall/mod/sojtruth-woman.asp>. Die Rede von *Truth* stellt *Crenshaw*, *University of Chicago Legal Forum* 1989, 153, in das Zentrum ihrer weiteren Überlegungen. Zu historischen Vor-

aus nicht Seite an Seite, weil gerade von den sozialistischen Frauen die allzu große Unterschiedlichkeit der Lebensverhältnisse betont wurde.<sup>37</sup>

Obgleich der Begriff der Intersektionalität ursprünglich dem juristischen Kontext entstammt, ist er in den Sozialwissenschaften viel stärker als in der Rechtswissenschaft rezipiert worden.<sup>38</sup> Das gilt besonders für Deutschland, wo die feministische Rechtswissenschaft weit weniger gut institutionell und personell verankert ist als in englischsprachigen Ländern und deswegen auch weniger stark in den Mainstream des Faches hineinwirken kann.<sup>39</sup> In den Sozialwissenschaften ist Intersektionalität zu einer leitenden Analyseperspektive geworden, was sich an der Vielzahl jüngerer Sammelbände ermaßen lässt.<sup>40</sup> Allerdings ist nicht gänzlich klar, worum es sich bei „Intersektionalität“ eigentlich handelt: eine Theorie, ein Konzept, ein heuristisches Instrument oder eine (politische) Strategie für feministische Analysen.<sup>41</sup>

läuferin des Konzepts der Intersektionalität: *Brah/Phoenix*, Ain't I A Woman? Revisiting Intersectionality, *Journal of International Women's Studies* 5 (2004), 75 (78 ff.).

<sup>37</sup> Vgl. *Zetkin*, Zur Geschichte der proletarischen Frauenbewegung Deutschlands, 1928 (Nachdruck 1971, 2. Aufl. 1978); instruktiv die historische Darstellung bei *Dünnebiel/Scheu*, Die Rebellion ist eine Frau. Anita Augspurg und Lida G. Heymann, das schillerndste Paar der Frauenbewegung, 2002.

<sup>38</sup> *McCall*, The Complexity of Intersectionality, *Signs* 30 (2005), 1771: „most important contribution that women's studies has made so far“; *Davis*, Intersectionality as buzzword: A sociology of science perspective on what makes a feminist theory successful, *Feminist Theory* 9 (2008), 67: „spectacular success within contemporary feminist scholarship“. – Zur Rezeption *Chebout*, Wo ist Intersectionality in bundesdeutschen Intersektionalitätsdiskursen? Exzerpte aus dem Reisetagebuch einer Traveling Theory, in: *Smykalla* (Hrsg.), Intersektionalität zwischen Gender und Diversity, Theorien, Methoden und Politiken der Chancengleichheit, 2011, 46–60.

<sup>39</sup> Noch immer repräsentativ die Darstellung bei *Sacksosky*, in: *Bußmann/Hof* (Hrsg.), Genus, Geschlechterforschung Gender Studies in den Kultur- und Sozialwissenschaften, 2005, 402–443; s. auch *Baer*, Recht, in: *Becker/Kortendiek* (Hrsg.), Handbuch Frauen- und Geschlechterforschung, 2010, 555–563. – Zur Sondersituation der deutschen Gender Studies im internationalen Vergleich *Dietze/Hornscheidt/Palm/Walgenbach*, in: *Walgenbach/Dietze/Hornscheidt/Palm* (Hrsg.), Gender als interdependente Kategorie, neue Perspektiven auf Intersektionalität, Diversität und Heterogenität, 2007, 10 f.

<sup>40</sup> *Walgenbach/Dietze/Hornscheidt/Palm* (Hrsg.), Gender als interdependente Kategorie, neue Perspektiven auf Intersektionalität, Diversität und Heterogenität, 2007; *Winker/Degele*, Intersektionalität. Zur Analyse sozialer Ungleichheiten, 2009; *Lutz/Herrera Vivar/Suptik*, Fokus Intersektionalität. Bewegungen und Verortungen eines vielschichtigen Konzeptes, 2010; *Jacob* (Hrsg.), Gendering disability. Intersektionale Aspekte von Behinderung und Geschlecht, 2010; *Castro Varela* (Hrsg.), Soziale (Un)Gerechtigkeit. Kritische Perspektiven auf Diversity. Intersektionalität und Antidiskriminierung, 2011; *Hess* (Hrsg.), Intersektionalität revisited. Empirische, theoretische und methodische Erkundungen, 2011; *Smykalla* (Hrsg.), Intersektionalität zwischen Gender und Diversity, Theorien, Methoden und Politiken der Chancengleichheit, 3. Aufl. 2013; *Giebeler*, Intersektionen von race, class, gender, body. Theoretische Zugänge und qualitative Forschungen in Handlungsfeldern der Sozialen Arbeit, 2013; *Knapp* (Hrsg.), Special Issue: Zur Bestimmung und Abgrenzung von „Intersektionalität“. Überlegungen zu Interferenzen von „Geschlecht“, „Klasse“ und anderen Kategorien sozialer Teilung, „Erwägen Wissen Ethik“ 24 (2013), Heft 3; *Schrader/von Langsdorff*, Im Dickicht der Intersektionalität, 2014; *Walgenbach*, Heterogenität – Intersektionalität – Diversity in der Erziehungswissenschaft, 2014; *Bereswill/Degenring/Stange* (Hrsg.), Intersektionalität und Forschungspraxis. Wechselseitige Herausforderungen, 2015.

<sup>41</sup> *Davis*, *Feminist Theory* 9 (2008), 68; *Lenz*, Intersektionalität, in: *Becker/Kortendiek* (Hrsg.), Handbuch Frauen- und Geschlechterforschung, 2010, 158: „Bündel theoretischer Ansätze“.

Spezifisch rechtswissenschaftliche Beiträge zu Intersektionalität<sup>42</sup> wie auch zu mehrdimensionaler Diskriminierung<sup>43</sup> gibt es bislang nur wenige; sie stammen ganz überwiegend aus der Feder feministischer Rechtswissenschaftler\*innen<sup>44, 45</sup>. Wenig überraschend herrscht wie in den Sozialwissenschaften auch in der rechtswissenschaftlichen Verwendung des Konzepts Uneinigkeit darüber, worum es sich eigentlich handelt: *Nora Markard* nutzt Intersektionalität als Analyseinstrument und primär als heuristisches Instrument der Rechtskritik;<sup>46</sup> ebenso *Elisabeth Holzleithner*.<sup>47</sup> *Ulrike Lembke* und *Doris Liebscher* machen sich Gedanken um die dogmatische Verwendbarkeit der Intersektionalität und propagieren ein postkategoriales Antidiskriminierungsrecht, um die durch mehrdimensionale Diskriminierung aufgeworfenen Probleme zu lösen (dazu noch unten V).<sup>48</sup> *Victoria Chege* untersucht intensiv die dogmatische Übersetzung von Intersektionalität in mehrdimensionale Diskriminierung und lässt sich dabei auch auf konkreten problematischen Einzelfragen ein: Vergleichsgruppenbildung, Rechtfertigungsmöglichkeiten und Bemessung von Schadensersatz.<sup>49</sup>

<sup>42</sup> *juris* weist für die Suchanfrage „intersektion\*“ nur 23 Treffer nach; bei *Beck Online* sind es 220, die aber nach überschlägiger Durchsicht ganz überwiegend nicht relevant sind. Im Vergleich dazu ergibt eine spezifische Titel-Recherche in der Law Journal Library bei *Hein Online* für „intersektion\*“ ungläubliche 2.927 Treffer, die nach kursorischer Durchsicht alle einschlägig sind.

<sup>43</sup> *juris* weist für die Suchbegriffe „mehrdimensional“ und „Diskriminierung“ gerade einmal 15 Treffer nach, bei *Beck Online* sind es 11 Treffer, von denen kein einziger einschlägig ist.

<sup>44</sup> Soweit ersichtlich, gibt es in der nicht spezifisch feministischen verfassungsrechtlichen Literatur zu den Gleichheitssätzen/Diskriminierungsverboten keine Ausführungen zu mehrdimensionaler Diskriminierung und/oder Intersektionalität. Ansatzweise immerhin bei *Kempny/Reimer*, Die Gleichheitssätze. Versuch einer übergreifenden dogmatischen Beschreibung ihres Tatbestands und ihrer Rechtsfolgen, 2012, 94 (als Kausalitätsproblem: „Anknüpfung an Teil- und Schnittmengenbeziehungen“), mit einigen Nachweisen.

<sup>45</sup> *Zinsmeister* in: Wansing/Westphal (Hrsg.), Behinderung und Migration. Inklusion, Diversität, Intersektionalität, 2014, 265–283; *Markard*, Die andere Frage stellen: Intersektionalität als Analysekategorie im Recht, KJ 2009, 353–364; *dies.* in: Bereswill/Degenring/Stange (Hrsg.), Intersektionalität und Forschungspraxis. Wechselseitige Herausforderungen, 2015, 20–41; *Holzleithner*, Mehrfachdiskriminierung im europäischen Rechtsdiskurs, in: Hormel/Scherr (Hrsg.), Diskriminierung. Grundlagen und Forschungsergebnisse, 2010, 95–113; *Naguib*, Mehrfachdiskriminierung: Analysekategorie im Diskriminierungsschutzrecht, SJZ 2010, 233–243; *Chege*, NJ 2012, 503–510; *Banafsche*, Mehrdimensionale Diskriminierung in der Behindertenrechtskonvention der Vereinten Nationen, in: Lembke (Hrsg.), Menschenrechte und Geschlecht, 2014, 77–100. – Grundlegend die Monographie von *Zinsmeister*, Mehrdimensionale Diskriminierung, 2007. Unterdessen liegt auch ein (rechtssoziologischer) Sammelband vor: *Philipp/Meier/Apostolovski/Starl/Schmidlechner* (Hrsg.), Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung, Soziale Realitäten und Rechtspraxis, 2014, darin hervorzuheben: *Lembke/Liebscher*, Postkategoriales Antidiskriminierungsrecht? – Oder: Wie kommen Konzepte der Intersektionalität in die Rechtsdogmatik?, 261–289. Für das EU-Recht die Beiträge in *Schiek/Chege* (Hrsg.), European Union non-discrimination law. Comparative perspectives on multidimensional equality law, 2009.

<sup>46</sup> So *Markard*, KJ 2009, 353–364; *dies.* in: Bereswill/Degenring/Stange (Hrsg.), Intersektionalität und Forschungspraxis. Wechselseitige Herausforderungen, 2015, 20–41: Kritik an der rechtlichen Konstruktion von Zwangs- und Scheinehen.

<sup>47</sup> *Holzleithner* in: Hormel/Scherr (Hrsg.), Diskriminierung. Grundlagen und Forschungsergebnisse, 2010, 108 ff.: Analyse des Umgangs mit muslimischem Kopftuch als „intersektionelle Analyse“.

<sup>48</sup> *Lembke/Liebscher* in: Philipp/Meier/Apostolovski/Starl/Schmidlechner (Hrsg.), Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung, Soziale Realitäten und Rechtspraxis, 2014, 261–289.

<sup>49</sup> *Chege*, NJ 2012, 503–510.

Mein Vorschlag in diesem Beitrag ist, den Begriff der mehrdimensionalen Diskriminierung von einem materialen Gleichheitsverständnis<sup>50</sup> ausgehend zu interpretieren und damit als Erscheinungsform eines bereits entwickelten, aber noch weiter zu entwickelnden Antidiskriminierungsrechts zu begreifen. Die Konsequenzen eines materialen Gleichheitsverständnisses wirken sich in dogmatischen Einzelfragen des Umgangs mit mehrdimensionaler Diskriminierung aus, etwa bei der Vergleichsgruppenbildung (dazu unten VI.), der Rechtfertigung und der Schadensbemessung.

## IV. Gesellschaftliche Machtverhältnisse und Gleichheitsverständnis

### 1. Das Drei-Phasen-Modell von Rechtskämpfen um Gleichheit

Rechtshistorisch lassen sich typisierend drei Phasen von rechtlichen Kämpfen um Gleichheit unterscheiden:<sup>51</sup> (1) Gleiche Rechte werden verwehrt; (2) gleiche Rechte werden grundsätzlich gewährt; (3) die gleichen Rechte müssen faktisch durchgesetzt werden.

In der ersten Phase wird mit den gleichen Rechten auch die gleiche Menschenwürde versagt: Wenn Schwarze (Männer) in der US-amerikanischen Verfassung zunächst nur zu 3/5 als Personen anerkannt werden<sup>52</sup> oder Frauen gänzlich vom Wahlrecht ausgeschlossen sind, weil sie „von Natur aus“ häuslich und für die öffentliche politische Debatte nicht geeignet seien,<sup>53</sup> sind dies eklatante Verstöße gegen die allgemeine Gleichheit der Menschen. Es geht in den gegen diese Exklusionen gerichteten sozialen Kämpfen und den flankierenden Rechtskämpfen darum, die Anerkennung grundsätzlicher Gleichheit der ausgeschlossenen Personengruppen mit den dominanten Gruppen zu erkämpfen. Der wichtigste Argumentationstopos hierbei ist die Betonung der allgemeinen Menschengleichheit.

In der zweiten Phase bestehen explizite Anknüpfungen an die historisch überkommenen Unterscheidungskategorien fort: als (angebliche) Schutzvorschriften oder in Argumentationstopoi der „natürlichen“ Verschiedenheit, etwa von weißen und Schwarzen Menschen oder Frauen und Männern. Hier hilft die dogmatische Figur des formalen Differenzierungsverbots – eine Kategorie darf überhaupt nicht mehr herangezogen

<sup>50</sup> Dies scheint mir die angemessene deutsche Übersetzung des englischen Ausdrucks *substantive equality*. – „Substantielle Gleichheit“ eignet sich demgegenüber meines Erachtens weniger gut als Übersetzung, weil im deutschen Sprachraum sogleich *Carl Schmitts* Begriff von substantieller Gleichheit (Verfassungslehre, 1928, 228 ff.) evoziert wird, der untrennbar mit nationalistischen Homogenitätsvorstellungen verwoben ist (ebd., 231 ff.).

<sup>51</sup> Vgl. auch die drei Phasen bei *Sacks ofsky*, Diskriminierung und Gleichheit – aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in: Opfermann (Hrsg.), Unrechtserfahrungen. Geschlechtergerechtigkeit in Gesellschaft, Recht und Literatur, 2007, 31 (37 ff.).

<sup>52</sup> Art. 1, Sec. 2, Para. 3 US Constitution: „Representatives and direct Taxes shall be apportioned among the several States which may be included within this Union, according to their respective Numbers, which shall be determined by adding to the whole Number of free Persons, including those bound to Service for a Term of Years, and excluding Indians not taxed, *three fifths of all other Persons*.“ (Hervorh. AKM) – Zu Entstehung und Interpretation in historischer Perspektive *Ackerman*, Taxation and the Constitution, *Columbia Law Review* 99 (1999), 1–58 (bes. 7–13 zu den „tainted origins“).

<sup>53</sup> *Gerhard*, Grenzziehungen und Überschreitungen. Die Rechte der Frauen auf dem Weg in die politische Öffentlichkeit, in: dies. (Hrsg.), Frauen in der Geschichte des Recht. Von der Frühen Neuzeit bis zur Gegenwart, 1997, 509–546.

werden, um eine unterschiedliche Behandlung zu rechtfertigen, es sei denn, eine sachliche Rechtfertigung der Differenzierung ist möglich. Wenn Gesetze und Handlungen nicht mehr explizit und ohne weiteres an bestimmte verpönte Kategorien anknüpfen dürfen, ist schon viel gewonnen, weil zugleich ins Bewusstsein gelangt, dass manche Kategorien nicht mehr legitim für Unterscheidungen genutzt werden dürfen. Vom Verbot der expliziten Anknüpfung geht daher eine wichtige Signalwirkung aus.

In der dritten Phase stellt sich dann allerdings heraus, dass sich bei einem formalen Gleichheitsverständnis an den Machtverhältnissen zunächst nicht allzu viel ändert. Denn gesellschaftliche Hierarchisierungen von Gruppen beruhen nicht nur auf bewussten Benachteiligungen. Die vergangenen Verhältnisse haben sich vielmehr in gesellschaftlichen Strukturen niedergeschlagen, welche die historischen Dominanzverhältnisse perpetuieren.<sup>54</sup> Vermeintlich neutrale Kriterien in Normen erweisen sich deswegen als keineswegs neutral hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf verschiedene Gruppen, sondern wirken sich unterschiedlich auf verschiedene gesellschaftliche Gruppen aus. Dies wird nur sichtbar, wenn ein materiales Gleichheitsverständnis (*substantive equality*)<sup>55</sup> zugrundegelegt wird. Dogmatisch gewendet findet sich diese Einsicht nicht zuletzt in der Figur der mittelbaren Diskriminierung, die entsprechend historisch erst recht spät, nämlich seit Mitte des 20. Jahrhunderts, entwickelt wurde.<sup>56</sup> Diese Sichtweise vom materialen Gleichheitsverständnis ergänzt den formalen Gleichheitsbegriff der zweiten Phase. Die dritte Phase ist zugleich jene, in der die Mehrdimensionalität von Diskriminierung entfaltet werden kann und wird.

## 2. Mehrdimensionale Diskriminierung und materiales Gleichheitsverständnis

Im Ablauf dieser typisierenden drei Phasen wird also immer deutlicher, dass neutral formulierte Normen sich unterschiedlich auf verschiedene Untergruppen einer historisch diskriminierten Gruppe auswirken können.<sup>57</sup> Wie mit diesem Befund umzugehen ist, hängt stark vom Verständnis der besonderen Gleichheitssätze (Diskriminierungsverbote) ab: Werden sie – wie in der zweiten Phase typisch – als formale Differenzierungsverbote verstanden, so ergeben sich formalistische Lesarten wie die von *Crenshaw* kritisierte des Distriktgerichts. Werden sie hingegen im Anschluss an *Catharine*

---

<sup>54</sup> Zur sozialwissenschaftlichen Entwicklung des Konzepts der strukturellen/institutionellen Diskriminierung vgl. *Gomollad/Radtke*, Institutionelle Diskriminierung, in: dies. (Hrsg.), Institutionelle Diskriminierung. Die Herstellung ethnischer Differenz in der Schule, 3. Aufl. 2009, 35–58.

<sup>55</sup> *MacKinnon*, Substantive Equality: A Perspective, *Minnesota Law Review* 96 (2011), 1–27 (zum US-amerikanischen Verfassungsrecht und mit Blick auf Gewalt gegen Frauen); *Baer*, Traveling Concepts: Substantive Equality on the Road, *Tulsa Law Review* 46 (2010), 59–79 (zur Rezeption von *MacKinnons* Idee der *substantive equality*).

<sup>56</sup> Historische Übersicht bei *Tobler*, Indirect discrimination. A case study into the development of the legal concept of indirect discrimination under EC law, 2005, 89–98.

<sup>57</sup> *Sacksofsky* in: Bußmann/Hof (Hrsg.), Genus, Geschlechterforschung Gender Studies in den Kultur- und Sozialwissenschaften, 2005, 424; *Crenshaw*, Close Encounters of Three Kinds: On Teaching Dominance Feminism and Intersectionality, *Tulsa Law Review* 46 (2010), 151–189 (zu *MacKinnons* Idee der *substantive equality* und *intersectionality*).

*MacKinnons* Überlegungen<sup>58</sup> als Dominierungs-<sup>59</sup> bzw. Hierarchisierungsverbote<sup>60</sup> verstanden, wird also ein materiales Gleichheitsverständnis zugrunde gelegt, so finden die konkreten gesellschaftlichen Machtverhältnisse Eingang in die Rechtsdogmatik. Das verlangt aber, „die jeweiligen Formen von Diskriminierung spezifisch zu analysieren“.<sup>61</sup>

Eine erfolgversprechende Strategie ist, zu diesem Zweck den Standpunkt der von einer Regelung Betroffenen einzunehmen, wie *Martha Minow* erläutert hat.<sup>62</sup> Am besten gelingt dies, wird den Betroffenen selbst Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben und nicht – wohlmeinend vielleicht – über ihre Köpfe hinweg gesprochen.<sup>63</sup> Indem das Normalmodell, das als Maßstab dient, auf diese Weise explizit gemacht wird, entsteht überhaupt die Möglichkeit, unterschiedliche Lebensumstände und Auswirkungen von Normen zu berücksichtigen, aber auch die Validität des Normalmodells selbst in Frage zu ziehen.<sup>64</sup> Die Entfaltung der Einheit des Begriffs „Frau“ offenbart dann die Vielzahl der unter diesem Oberbegriff zusammengefassten Einzelpersonen.<sup>65</sup>

Wird ein materiales Gleichheitsverständnis als Ausgangspunkt gewählt, so gelangen die faktischen Auswirkungen vermeintlich neutraler Normen in den Blick und umgekehrt die gesellschaftlichen Machtverhältnisse, auf die vermeintlich neutrale rechtliche Regelungen treffen. In einem materialen Gleichheitsverständnis erscheint Ungleichheit als Herstellung einer sozialen Rangbeziehung, wie *MacKinnon* plastisch formuliert:

„[...] inequality, substantively speaking, is always a social relation of rank ordering, typically on a group or categorical basis – higher and lower, more and less, top and bottom, better and worse, clean and dirty, served and serving, appropriately rich and appropriately poor, superior and inferior, dominant and subordinate, justly forceful and rightly violated or victimized, commanding and obeying – that precedes the legal one.“<sup>66</sup>

Werden gesellschaftliche Machtverhältnisse berücksichtigt, erscheint es nicht mehr verwunderlich, dass in der Gruppe „der“ Frauen nicht alle Frauen gleichermaßen betroffen sind, weil auch innerhalb der Gruppe „der“ Frauen selbstverständlich soziale Rangbeziehungen existieren, also verschiedene Formen interner Hierarchisierungen. Aus der Sicht eines materialen Gleichheitsverständnisses kann mehrdimensionale Dis-

<sup>58</sup> *MacKinnon*, Sexual harassment of working women, A case of sex discrimination, 1979; *dies.*, Feminism unmodified, Discourses on life and law, 1987; *dies.*, Toward a feminist theory of the state, 1989.

<sup>59</sup> So *Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl. 1996, bes. 312 ff., 349 ff.

<sup>60</sup> So *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, 1995, bes. 221 ff.

<sup>61</sup> So *Sacksofsky* in: Bußmann/Hof (Hrsg.), Genus, Geschlechterforschung Gender Studies in den Kultur- und Sozialwissenschaften, 2005, 432.

<sup>62</sup> *Minow*, Making all the Difference: Inclusion, Exclusion, and American law, 1990, 376: „Shifting the standpoint of a historically marginalized person can reveal truths obscured by the dominant view.“

<sup>63</sup> Dies ist ein roter Faden in vielen Beiträgen bei *Baines/Barak-Erez/Kahana* (Hrsg.), Feminist Constitutionalism, Global perspectives, 2012.

<sup>64</sup> *Minow*, Making all the Difference: Inclusion, Exclusion, and American law, 1990, 377.

<sup>65</sup> Für eine weiterführende Diskussion über das Paradoxon der Einheit des Begriffs und seiner Vielheit danke ich *Roman Guski*. – Ebenso, Making all the Difference: Inclusion, Exclusion, and American law, 1990, 376: „Opening up to another point of view could allow us to see how we are all different from one another and also how we are all the same.“ (Hervorh. i. Orig.)

<sup>66</sup> *MacKinnon*, Minnesota Law Review 96 (2011), 11.

kriminierung so als Phänomen verstanden werden, das erst in der dritten Phase des Antidiskriminierungsrechts thematisierbar wird, weil die krassensten Vorenthaltungen von Gleichberechtigung bereits adressiert wurden.<sup>67</sup> Es ist politisch-strategisch nicht mehr notwendig, die Einheit der Gruppe der Frauen zu betonen, vielmehr können notwendige Differenzierungen nun geltend gemacht und ihre angemessene Berücksichtigung eingefordert werden.

### 3. Mehrdimensionale Diskriminierung als Re-entry der Dichotomie Gleichheit/Differenz

*Elisabeth Holzleithner* fordert, die Einsicht in mehrdimensionale Diskriminierung solle auf die Rechtsanwendung übertragen werden. Dies sei wichtig, „will das Recht Menschen in ihrer Gesamtheit wahrnehmen und ihre Identität nicht in unangemessener Weise fragmentieren“.<sup>68</sup> Dies erinnert nicht zufällig an die alte feministische Forderung nach „Gleichheit ohne Angleichung“.<sup>69</sup> Die Diskussion um mehrdimensionale Diskriminierung und Intersektionalität kann als *Re-entry*<sup>70</sup> der alten feministischen Frage von „Differenz oder Gleichheit“ gedeutet werden.<sup>71</sup>

Rechtlich gewendet geht es um die Frage, was im Prozess der notwendigen Abstraktion im Recht zum Maßstab wird, explizit oder implizit. In den feministischen Debatten um „Differenz oder Gleichheit“ war umstritten, ob die notwendige Verallgemeinerung im Recht erreicht werden darf, indem Frauen sich an das männliche Normalmodell angleichen oder indem ein spezifisches eigenes Frauen-Recht geschaffen wird.<sup>72</sup> Allerdings sind hierbei die Funktionsbedingungen von Recht zu berücksichtigen. *Ute Sacksofsky* hat gefordert, das am männlichen Normalmodell orientierte Recht müsse seine geschlechtliche Konstruiertheit reflektieren. Gleichwohl dürfe die Grundstruktur des Rechts nicht aufgegeben werden, die auf Verallgemeinerung beruhe:

„An der grundsätzlichen Prinzipienhaftigkeit des Rechts ist [...] festzuhalten. Recht beruht notwendigerweise auf Verallgemeinerungen und Abstraktionen; Recht zu sprechen ohne allgemeine Normen, ohne Regeln und Prinzipien zugrunde zu legen, ist nichts anderes als Willkür. Eine Auflösung des Rechts in reinen Kontextbezug ist daher kein Gewinn. Es geht also in der Tat um eine Gratwan-

<sup>67</sup> Das bedeutet freilich keineswegs, dass es intersektionale Benachteiligung nicht immer schon gegeben hätte. Dazu *Sojourner Truth*, „Ain't I A Woman?“ (<http://www.fordham.edu/halsall/mod/sojtruth-woman.asp>).

<sup>68</sup> *Holzleithner*, in: Hormel/Scherr (Hrsg.), *Diskriminierung. Grundlagen und Forschungsergebnisse*, 2010, 97.

<sup>69</sup> *Gerhard*, *Gleichheit ohne Angleichung. Frauen im Recht*, 1990.

<sup>70</sup> Im Anschluss an *George Spencer Browns* „Laws of Form“ (London 1969) von *Niklas Luhmann* geprägter Begriff, um den Wiedereintritt einer Unterscheidung zu bezeichnen, vgl. Die Wissenschaft der Gesellschaft, 1990, 379 f.: „Eine Unterscheidung markiert einen Bereich und wird dann in das durch sie Unterschiedene wiedereingeführt.“

<sup>71</sup> Ebenso *Chebout*, in: Smykalla (Hrsg.), *Intersektionalität zwischen Gender und Diversity, Theorien, Methoden und Politiken der Chancengleichheit*, 2011, 48 f.

<sup>72</sup> Zu „Gleichheit oder Differenz“ ausführlich aus rechtstheoretischer und -historischer Sicht: *Gerhard*, *Gleichheit ohne Angleichung. Frauen im Recht*, 1990, 13 ff.; diskussionsprägend: *Gerhard/Jansen/Maihofer/Schmid/Schultz* (Hrsg.), *Differenz und Gleichheit, Menschenrechte haben (k)ein Geschlecht*, 2. Aufl. 1997.

derung – es geht darum, eine Allgemeinheit zu finden, die die Erfahrungen und Lebenswelten aller Menschen aufnimmt.“<sup>73</sup>

Wenn im Antidiskriminierungsrecht sozial benachteiligte Gruppen ihre Ungleichbehandlung und Benachteiligung rechtlich adressieren, stellt sich für die Konzeption der berechtigten Gruppen die Frage, wer den Maßstab für diese Gruppen bildet. Bei der mehrdimensionalen Diskriminierung tritt diese Frage besonders deutlich hervor: In der Gruppe der Frauen bilden etwa weiße, nicht-behinderte, heterosexuelle, bürgerliche Frauen das Normalmodell. Gleichwohl muss den unterschiedlichen Lebensumständen verschiedener intersektional benachteiligter Untergruppen in besonderer Weise Rechnung getragen werden.

In feministischen Kämpfen wurde und wird der Gleichheitssatz genutzt, um die Anerkennung der besonderen Lebensumstände von Frauen zu erreichen, die im patriarchalen Rechtssystem als der abweichende Sonderfall im Vergleich zum männlichen Normalfall erscheinen. Die mehrdimensionale Diskriminierung kann in der dritten Phase des Kampfes für Gleichheit als Instrument genutzt werden, um die unterschiedlichen Lebenserfahrungen von Personen etwa in der Gruppe „der“ Frauen sichtbar zu machen. Die alte Streitfrage von „Gleichheit oder Differenz“ kehrt wieder, aber diesmal nicht im Vergleich zu Männern, sondern von Frauen untereinander.

### V. Der Vorschlag eines postkategorialen Antidiskriminierungsrechts

Für das Antidiskriminierungsrecht ist vor dem Hintergrund der Probleme mit Kategorien und gerade mehrdimensionaler Diskriminierung verschiedentlich ein sogenannter post-kategorialer Ansatz formuliert worden,<sup>74</sup> nachdem *Susanne Baer* einen ähnlichen Vorschlag in einem politischem Kontext speziell für positive Maßnahmen gemacht hatte.<sup>75</sup> Diese Vorschläge betonen die Selbstzuschreibung und -einordnung von Personen und wollen die zwangsweise Zuordnung in der Rechtspraxis verhindern, gleichwohl aber Benachteiligung und Diskriminierung sanktionieren und justiziabel halten. Sie wollen so eine differenziertere Gruppenbenennung ermöglichen, die erlaubt, auch Fälle mehrdimensionaler Diskriminierung zu erfassen. In einem jüngeren Beitrag schlagen *Ulrike Lembke* und *Doris Liebscher* vor:

„Diskriminierungen im Sinne des Rechts sind [...] *Stigmatisierungen, Benachteiligungen und Ausgrenzung von gesellschaftlicher Teilhabe und Anerkennung, die auf historisch, strukturell und diskursiv verfestigten Ungleichheiten beruhen*. Diese Definition soll ergänzt werden durch eine nicht abschließende Aufzählung von Diskriminierungsgründen, die nicht auf Gruppen, sondern auf stigmatisierende Kategorisierungen abstellen: Also Rassifizierung oder rassistische Diskriminierung statt ‚Rasse‘, Sexismus statt ‚Geschlecht‘, Ableism statt ‚Behinderung‘. Das ermöglicht es der

<sup>73</sup> *Sacksofsky*, in: Bußmann/Hof (Hrsg.), *Genus, Geschlechterforschung Gender Studies in den Kultur- und Sozialwissenschaften*, 2005, 412 (Hervorh. i. Orig).

<sup>74</sup> *Lembke/Liebscher* in: Philipp/Meier/Apostolovski/Starl/Schmidlechner (Hrsg.), *Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung, Soziale Realitäten und Rechtspraxis*, 2014, 261–289; *Liebscher/Naguib/Plümecke/Remus*, *Wege aus der Essentialismusfalle: Überlegungen zu einem postkategorialen Antidiskriminierungsrecht*, KJ 2012, 204–218.

<sup>75</sup> *Baer*, *Chancen und Risiken Positiver Maßnahmen: Grundprobleme des Antidiskriminierungsrechts und drei Orientierungen für die Zukunft*, in: Heinrich-Böll-Stiftung (Hrsg.), *Positive Maßnahmen, Von Antidiskriminierung zu Diversity*, 2010, 23–39.

Rechtsprechung, Recht fortzuentwickeln und ‚neue‘ oder bislang nicht berücksichtigte Kategorisierungen zu berücksichtigen, und gibt gleichzeitig einen Rahmen gegen beliebige Entgrenzung in Richtung eines allgemeinen Gleichheitssatzes vor.<sup>66,76</sup>

Vorschläge zu einem postkategorialen Antidiskriminierungsrecht wollen nicht „antikategorial“ sein,<sup>77</sup> aber den Schwerpunkt von den benachteiligten Gruppen angeblich „anhaltenden“ Merkmalen auf die zuschreibenden (rassistischen, sexistischen, behindernden) Praktiken der *Kategorisierung* verlagern. Damit macht der postkategoriale Ansatz einen Vorschlag, wie problematische essentialisierende Zuschreibungen im Recht selbst überwunden werden können. Zusätzlich und unabhängig davon sollen durch einen offenen Merkmalskatalog auch neue Zuschreibungspraktiken adressierbar werden, etwa solche, die sich nur an Teilgruppen richten.

In der Diskussion bedenkenswert ist aus meiner Sicht, ob durch eine Verlagerung der rechtlichen Aufmerksamkeit auf die *Zuschreibungspraktiken* möglicherweise die Böswilligkeit und Intentionalität diskriminierender Handlungen wieder das Übergewicht gewinnt und unreflektierte, vorurteilsbedingte und strukturelle Diskriminierung aus dem Blick gerät. In der Rechtsgeschichte der Diskriminierungsverbote sahen sich benachteiligte Personen(gruppen) oftmals mit dem Problem konfrontiert, zunächst nachweisen zu müssen, aus welchen Gründen bestimmte diskriminierend wirkende Handlungen stattfanden. Die Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung, die nur die Ergebnisse (und nicht die Motive) bestimmter Handlungen berücksichtigt, kann als Reaktion auf genau diese Beweisschwierigkeit verstanden werden.<sup>78</sup> Auch das Für und Wider enumerierter versus offener Kategorienkataloge (bzw. Kataloge von Zuschreibungspraktiken) ist unter demokratietheoretischen Gesichtspunkten sowie mit Blick auf die Vorhersehbarkeit und Bestimmtheit des Rechts zu reflektieren. Darüber hinaus muss bedacht werden, dass Kategorien bei postkategorialen Vorschlägen nicht aus dem Antidiskriminierungsrecht verschwinden, sondern in die Definitionen der Zuschreibungspraktiken (rassistisches, sexistisches Verhalten etc.) wandern.

Der Vorschlag eines postkategorialen Antidiskriminierungsrechts thematisiert eine sehr wichtige Frage des Antidiskriminierungsrechts. Die Intention ist, Festschreibungen auf bestimmte Diskriminierungskategorien zu verhindern. Der Vorschlag ist wohl nicht zufällig stark vom proaktiven Gleichstellungsrecht her gedacht.<sup>79</sup> Zugleich wird der Anteil des Rechts an der (Re)Produktion gesellschaftlicher Machtverhältnisse reflektiert.<sup>80</sup> Müssen sich von Diskriminierung Betroffene auf bestimmte Kategorien

<sup>76</sup> *Lembke/Liebscher* in: Philipp/Meier/Apostolovski/Starl/Schmidlechner (Hrsg.), *Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung, Soziale Realitäten und Rechtspraxis*, 2014, 284 (Hervor. AKM).

<sup>77</sup> So explizit *ibid.*, 283.

<sup>78</sup> Vorsatz ist bei mittelbarer Diskriminierung nicht erforderlich, weil es um die *faktische* nachteilige Betroffenheit einer geschützten Gruppe geht, weshalb der (statistische) Nachweis dieser (kausalen?) besonderen Betroffenheit so relevant ist, dazu *Sacksofsky*, *Mittelbare Diskriminierung und das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz* Expertise für die Antidiskriminierungsstelle des Bundes, September 2010 (abrufbar unter <http://www.antidiskriminierungsstelle.de>); *Rebhahn/Kietaibl*, *Mittelbare Diskriminierung und Kausalität*, RW 1 (2010), 373–396; *Hoffmann*, *Die Feststellung mittelbarer Diskriminierungen*, AcP 214 (2014), 822–852.

<sup>79</sup> S. oben bei Fn. 75.

<sup>80</sup> *Elsuni*, *Zur ReProduktion von Machtverhältnissen durch juristische Kategorisierungen am Beispiel „Geschlecht“*, in: Behmenburg u.a. (Hrsg.), *Wissenschaft(f)t Geschlecht, Machtverhältnisse und feministische Wissensproduktion*, 2007, 133–147.

berufen, um die Diskriminierung überhaupt rechtlich adressieren zu können, hat dies das Fortbestehen ebenjener Diskriminierungskategorien zur Folge, die zu überwinden die proaktive Aufgabe des Antidiskriminierungsrechts sein soll – es ist dies das klassische Problem des „feministischen Dilemmas“.<sup>81</sup>

Oppressiv kann dabei die rechtliche Notwendigkeit anmuten, sich einer Diskriminierungskategorie zuordnen zu müssen. Doch diese Anmutung beruht auf einem Missverständnis. Dieses Missverständnis lässt sich klären, wird ein materiales Gleichheitsverständnis zugrunde gelegt. Dieses ermöglicht „Gleichheit ohne Angleichung“. Es berücksichtigt die unterschiedlichen faktischen Auswirkungen von Normen. Legen Gerichte ein materiales Gleichheitsverständnis zugrunde, werden also gesellschaftliche Machtverhältnisse und die Wirkung von Normen relational verstanden, wird zugleich deutlich, dass es sich bei den Kategorien des Antidiskriminierungsrechts immer schon um Zuschreibungspraktiken handelt. Die Kategorien „spiegeln“ relevante gesellschaftliche Hierarchisierungsmechanismen: Menschen werden typischerweise gerade aufgrund ihres phänotypischen Erscheinungsbildes als Frauen und/oder dunkelhäutig einer Gruppe zugeschlagen und im Vergleich zur jeweiligen dominanten gesellschaftlichen Gruppe benachteiligt. Die besondere Benachteiligung, die möglicherweise Schwarze Frauen in der Gruppe „der“ Frauen und in der Gruppe „der“ Schwarzen erfahren, wird so bereits auf der Grundlage eines materialen Gleichheitsverständnisses adressierbar.<sup>82</sup> Der vermeintlich *oppressive* Gehalt wird in der Kritik an den Diskriminierungskategorien allzu stark betont, während mir das *emanzipatorische* Potential gerade von Diskriminierungsverboten auf der Grundlage eines materialen Gleichheitsverständnisses gänzlich unterbewertet scheint.

## VI. Paradigmenwechsel zum materialen Gleichheitsverständnis am Beispiel der intersektionalen Vergleichsgruppenbildung

Bei Diskriminierungsverboten ist die zentrale Frage, ob eine bestimmte Personengruppe gegenüber einer anderen Personengruppe benachteiligt wird. Mit mathematischer Kombinatorik können einschlägige Vergleichsgruppen konstruiert werden. Bei nur einer Kategorie und zwei Ausprägungen – etwa Männer und Frauen für die Kategorie Geschlecht – ist ein solcher Vergleich noch einigermaßen einfach anzustellen. Komplexer wird es, wenn es mehr als zwei Ausprägungen einer Kategorie gibt – etwa bei Religion: christlich, (protestantisch – katholisch), jüdisch, muslimisch, buddhistisch, hinduistisch usw. Vollends kompliziert wird die Lage, wenn zwei Kategorien gleichzeitig zu berücksichtigen sind. Nehmen wir der Einfachheit halber an, jedes habe nur zwei Ausprägungen. Bereits in dieser Konstellation gibt es vier Gruppen – etwa am Beispiel des Kopftuchverbotes: christliche und muslimische Männer, christliche und

<sup>81</sup> Dazu *Schmidt*, § 3 Grundannahmen des Rechts in der feministischen Kritik, in: Foljanty/Lembke (Hrsg.), *Feministische Rechtswissenschaft*, 2. Aufl. 2012, 74 (84 f. m.w.N.).

<sup>82</sup> In eine ähnliche Richtung argumentiert *Barskanmaz*, Rasse – Unwort des Antidiskriminierungsrechts?, KJ 2011, 382 ff., in Reaktion auf einen Vorschlag von *Cremer*, Ein Grundgesetz ohne ‚Rasse‘ – Vorschlag für eine Änderung von Artikel 3 Grundgesetz, Policy Paper No. 16, DIMR, 2010. *Barskanmaz* kritisiert vereinfachende Vorstellungen von der performativen Wirkmacht juridischer Sprache (384), verweist auf eine vorhersehbare Verschiebung der Diskurse in „ethnische Herkunft“, die zugleich aber entpolitisiert (387), und plädiert anstatt der Streichung des Wortes „Rasse“ in Art. 3 Abs. 3 GG für eine „rassismuskritische Auslegung des Benachteiligungsverbots“ (388).

muslimische Frauen. Die vom Bundesverfassungsgericht ins Spiel gebrachten turbantragenden Sikhs fügen eine weitere Dimension hinzu.<sup>83</sup>

In den allermeisten Fällen mehrdimensionaler Diskriminierung ist freilich bei realistischer Betrachtung ganz klar, um welche Personengruppe es eigentlich geht. Denn es sind eben normalerweise nicht alle Dimensionen gleich relevant, weil die nicht nachteilig wirkenden unsichtbar bleiben.<sup>84</sup> Die logisch-mathematisch möglichen Permutationen sind deswegen oftmals lebensfremd. Manche Komplexitätssteigerung erscheint dann als unnötiges Glasperlenspiel, möglicherweise auch bewusste Vernebelungstaktik. Werden „phony groupings“,<sup>85</sup> also fragwürdige Gruppierungen gebildet, können diese selbstverständlich mit allen möglichen anderen Gruppen verglichen werden. Denn vergleichbar ist grundsätzlich alles mit allem.<sup>86</sup> In diesen Überlegungen wird auch deutlich, dass die Vergleichsbildung selbst von den Zwecken des jeweiligen Vergleichs abhängt.<sup>87</sup> Das bedeutet konsequenterweise, dass auch in der rechtlichen Operation der Vergleichsgruppenbildung die Situiertheit der Vergleichenden wie des zu Vergleichenden mitzubedenken ist – der Vergleich selbst findet nicht im Vakuum statt, sondern ist ebenfalls in einen konkreten sozialen Kontext eingebettet: Richter\*innen gehören selbst verschiedensten Gruppen an, dominanten und/oder (seltener) dominierten. So ging es nach allem, was zu den Kopftuchfällen in Erfahrung zu bringen ist, niemals um einen konkreten turbantragenden Sikh, sondern ausschließlich um „erdachte“ hypothetische Vergleichspersonen. Faktisch und von der Zielsetzung her ging es bei den Bekundungsverboten von Anfang an immer nur um kopftuchtragende Musliminnen.

Anscheinend wird die nicht zu leugnende Komplexitätssteigerung in der Praxis dadurch verarbeitet, dass nur eine Diskriminierungskategorie geprüft wird anstatt die Mehrdimensionalität der Diskriminierungslage in ihrer ganzen Komplexität zu entfalten.<sup>88</sup> Beim verfassungsrechtlichen Streit um das Kopftuch etwa spielt die Diskriminie-

<sup>83</sup> S. BVerfGE 108, 282 Rn. 143. Zu hypothetischen Fällen religiöser Tracht von Männern auch bereits das Kopftuchurteil des HessStGH, NVwZ 2008, 199 (Rn. 111).

<sup>84</sup> S. *Markard* in: Bereswill/Degenring/Stange (Hrsg.), *Intersektionalität und Forschungspraxis. Wechselseitige Herausforderungen*, 2015, 22 f.

<sup>85</sup> Prägnant formuliert von *MacKinnon*, *Minnesota Law Review* 96 (2011), 12, Fn. 50: „Here, I am talking about real social groups, such as African Americans, Hispanic women, children, or the disabled, not phony groupings that could be invented for abstract purposes such as ‚all people who are not qualified for this job‘ or ‚everyone who cannot lift more than 30 lbs‘.“

<sup>86</sup> Treffend *Kempny/Reimer*, *Die Gleichheitssätze. Versuch einer übergreifenden dogmatischen Beschreibung ihres Tatbestands und ihrer Rechtsfolgen*, 2012, 40 ff. (zum Kriterium der „Vergleichbarkeit“ von Vergleichspersonen oder -gruppen), konkret 41: „Verglichen werden kann [...] jeder mit jedem.“ Damit wenden sich *Kempny/Reimer* gegen die Notwendigkeit eines eigenen Prüfungsschritts, in welchem die Vergleichbarkeit erst konstatiert werden muss. – Beachte aber, dass dies nur für Diskriminierungsverbote, nicht jedoch für den allgemeinen Gleichheitssatz gilt, der nicht allein die Ungleichbehandlung von Gleichem verbietet, sondern auch die Gleichbehandlung von Ungleichen; in diesem Zusammenhang gewinnt die Prüfungsstufe der Vergleichbarkeit eine eigene Bedeutung, vgl. *Sacksofsky*, *Mittelbare Diskriminierung und das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz* Expertise für die Antidiskriminierungsstelle des Bundes, September 2010, 21; a.A. (auf Basis eines formalen Gleichheitsverständnisses) *Kempny*, *Die „verbotene Gleichbehandlung“*. Zur Verabschiedung eines Stücks überflüssiger Gleichheitsdogmatik, *JZ* 2015, 1086–1091.

<sup>87</sup> So *Minow*, *Making all the Difference: Inclusion, Exclusion, and American law*, 1990, 390 Fn. 51: „[...] the choice of categories is a choice of purposes; differences are not intrinsic but relative to chosen ends.“

<sup>88</sup> So der Befund bei *Schiek, Dagmar*, *Age Discrimination before the ECJ – Conceptual and Theoretical Issues*, *CMLR* 48 (2011), 277–299.

rungsdimension Geschlecht eine deutlich geringere Rolle als jene des Glaubens, weil die Glaubensfreiheit in Art. 4 GG besonderen, sogar vorbehaltlosen Schutz erfährt<sup>89</sup> – und wohl auch weniger umstritten ist als der Schutz vor Geschlechtsdiskriminierung.

Schon herkömmliche, (vermeintlich) „eindimensionale“ Fälle von Diskriminierung werden gegenwärtig meist ausgehend von einem formalen Gleichheitsverständnis gelöst, weil Diskriminierungsverbote nach wie vor ganz überwiegend als Differenzierungsverbote interpretiert werden.<sup>90</sup> Bereits bei nur einer Diskriminierungskategorie fordert die Wechselbeziehung zwischen rein normativer Sicht und faktischen Auswirkungen die Gerichte stark heraus. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts etwa, welche die mittelbare Diskriminierung anerkennen, sind bislang noch vereinzelt,<sup>91</sup> der Streit über die Verortung eines Verbots der mittelbaren Diskriminierung in Art. 3 Abs. 3 GG ist noch nicht entschieden.

Doch wie sich in der modernen Physik allmählich die Quantenmechanik und der 9-dimensionale Raum der Stringtheorie im Wege eines Paradigmenwechsels<sup>92</sup> gegen Widerstände durchgesetzt haben, ist es an der Zeit, in der rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung den Paradigmenwechsel zu einem materialen Gleichheitsverständnis zu vollziehen und dessen Potential zu entfalten – auch und gerade für Fälle mehrdimensionaler Diskriminierung.

Anna Katharina Mangold,  
Goethe-Universität Frankfurt/Main,  
E-Mail: Mangold@jur.uni-frankfurt.de

---

<sup>89</sup> Darauf weist zu Recht hin *Sacksofsky* in: Bußmann/Hof (Hrsg.), *Genus, Geschlechterforschung Gender Studies in den Kultur- und Sozialwissenschaften*, 2005, 431, Fn. 31.

<sup>90</sup> So auch die Einschätzung von *Kempny/Reimer*, *Die Gleichheitssätze. Versuch einer übergreifenden dogmatischen Beschreibung ihres Tatbestands und ihrer Rechtsfolgen*, 2012, 90 (m.w.N. in Fn. 366).

<sup>91</sup> BVerfGE 104, 373 (393) – *Ausschluss von Doppelnamen* [2002]; 113, 1 (15 ff.) – *Kindererziehungszeiten in der Anwaltsversorgung* [2005]; 121, 241 (254 f.) – *Ruhegehalt bei Beamt\* innen* [2008]; 132, 72 (Rn. 73) – *Ausschluss Drittstaatsangehöriger vom Elterngeld* [2012]; zuletzt die zweite Kopftuchentscheidung des BVerfG (E 138, 296 ff.).

<sup>92</sup> Zur wirkmächtigen Vorstellung, dass es auch im (natur)wissenschaftlichen Erkenntnisprozess Paradigmen und Dogmen gibt, zuerst und grundlegend *Kuhn*, *The structure of scientific revolutions*, 1962.