

Diversity als Rechtsbegriff. Eine Einführung

Ulrike Lembke*

A. Ein schillernder Begriff	46	V. Ressourcen: Freiheit, Gleichheit, Vielfalt	61
B. Konzeptionelle Grundentscheidungen	48	E. Diversity als Begriff der Rechtstheorie	63
I. Rechtsbegriffe, Schlüsselbegriffe, Leitbilder	48	I. Das ideale Rechtssubjekt	64
II. Vielfalt von Individuen oder von Gruppen?	49	II. Gesellschaftsvertrag und exklusive Rechtssubjekte	64
III. Vielfalt als empirischer Befund?	50	III. Inklusion durch pluralistische Demokratieverständnisse	66
IV. Relevante Kategorisierungen	50	F. Diversity als rechtsdogmatische Herausforderung	68
V. Diversity: individualbezogen, normativ, kategorial	52	I. Diversity: Leitbild von Antidiskriminierungsrecht	68
C. Diversity als Begriff des positiven Rechts	52	II. Kategoriedilemma	68
I. Diversity of Cultural Expressions ..	52	III. Mehrdimensionale Diskriminierung	70
II. Gesellschaftliche und individuelle Vielfalt im Schulrecht	53	IV. Postkategoriales Antidiskriminierungsrecht?	72
III. Part of Human Diversity	54	G. Diversity als Begriff der Rechtspolitik	73
IV. Diversity im Gesellschaftsrecht	55	I. Gefahren der Deregulierung: neoliberalen Governance-Strategien	73
D. Diversity als Begriff der Rechtsdogmatik	56	II. Diversity als Rechtsbegriff	75
I. Vielfalt im Gleichheitsrecht	56		
II. Verbote Differenzierungen	57		
III. Gleichheit und gesellschaftliche Wirklichkeit	59		
IV. Identität: Gleichheit ohne Angleichung	60		

A. Ein schillernder Begriff

Diversity ist ein Begriff, der viele Assoziationen und Affekte auslöst, dessen Bedeutung aber höchstens kontextspezifisch als geklärt gelten kann. In Deutschland bekannt geworden ist der Begriff als Bestandteil von Diversity Management. Dieses Konzept hat seine Ursprünge in der US-amerikanischen Bürgerrechtsbewegung und fokussierte insbesondere auf eine Ausweitung von Antidiskriminierungsrecht.¹ Die gerade in der Wirtschaft weit verbreiteten Vorbehalte gegenüber Antidiskriminierungsrecht sind bekannt. Daher wurde parallel ein Konzept von Diversity Management als Selbstregulierung entwickelt, in dem die Öffnung für Vielfalt in Personalpolitik und Unternehmenskultur mit dem Versprechen wirtschaftlicher Vorteile ver-

* Prof. Dr. Ulrike Lembke ist Juniorprofessorin für Öffentliches Recht und Legal Gender Studies an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg.

1 Vgl. dazu *Elsie Cross*, Managing diversity – the courage to lead, Westport 2000; zur Entwicklung des Konzepts vgl. auch *Anja Lindau*, Verhandelte Vielfalt – Die Konstruktion von Diversity in Organisationen, Wiesbaden 2010, S. 7 ff.

knüpft wurde.² Beide Konzepte stehen in unterschiedlichen Ausprägungen nebeneinander, so dass eine einheitliche Definition von Diversity Management auch im deutschen Raum nicht existiert.

Zudem ist Diversity nicht auf betriebliche Personalpolitiken beschränkt. So hat der in expliziter Abgrenzung entwickelte Begriff des Managing Diversity in der sozialen Arbeit³ eine andere Bedeutung als Diversity Management in börsennotierten Unternehmen.⁴ Auf theoretischer Ebene werden die Gender Studies mit ihrer Analysekatégorie „Geschlecht“ durch den darüber zunächst unspezifisch hinausgehenden Begriff Diversity herausgefordert,⁵ dessen Verhältnis zum mindestens ebenso voraussetzungsvollen Konzept der Intersektionalität⁶ überdies als ungeklärt gelten kann.⁷ Im politischen Bereich sind Bestrebungen sichtbar, bisherige Gleichstellungspolitiken durch Diversity Management abzulösen⁸ – und die möglichen Folgen eines derartigen Politikwandels werden höchst kontrovers bewertet.⁹ Als originär juristischer Begriff ist Diversity hingegen noch kaum in Erscheinung getreten.

- 2 Kritisch *Sabine Lederle*, Die Ökonomisierung des Anderen: eine neoinstitutionalistisch inspirierte Analyse des Diversity Management-Diskurses, Wiesbaden 2008; *Keike Mensi-Klarbach*, Diversity und Diversity Management: die Business Case Perspektive, Hamburg 2010.
- 3 Dazu *Hubertus Schröer*, Vielfalt gestalten. Kann Soziale Arbeit von Diversity-Konzepten lernen?, *Migration und Soziale Arbeit* 1 (2006), S. 60–68.
- 4 Die Literatur ist unüberschaubar; vgl. statt vieler *Dieter Wagner/Bernd-Friedrich Voigt* (Hrsg.), Diversity-Management als Leitbild von Personalpolitik, Wiesbaden 2007.
- 5 Vgl. die Beiträge in: *Sünne Andresen/Mechthild Koreuber/Dorothea Lüdke* (Hrsg.), Gender und Diversity: Albtraum oder Traumpaar?, Wiesbaden 2009.
- 6 Statt vieler *Cornelia Klinger/Gudrun-Axeli Knapp* (Hrsg.), Überkreuzungen. Fremdheit, Ungleichheit, Differenz, Münster 2008; *Helma Lutz/Maria Teresa Herrera Vivar/Linda Supik* (Hrsg.), Fokus Intersektionalität. Bewegungen und Verortungen eines vielschichtigen Konzeptes, Wiesbaden 2010; *Gabriele Winkler/Nina Degele*, Intersektionalität: zur Analyse sozialer Ungleichheiten, Bielefeld 2009.
- 7 Zu diesem Spannungsfeld vgl. die Beiträge in: *Sandra Smykalla/Dagmar Vinz* (Hrsg.), Intersektionalität zwischen Gender und Diversity. Theorien, Methoden und Politiken der Chancengleichheit, Münster 2011; ferner in: *Katharina Walgenbach/Gabriele Dietzel/Antje Hornscheidt/Kerstin Palm* (Hrsg.), Gender als interdependente Kategorie. Neue Perspektiven auf Intersektionalität, Diversität und Heterogenität, Opladen 2007.
- 8 Seit einiger Zeit ist ein solcher Trend insbesondere an Universitäten zu beobachten, vgl. statt vieler http://tu-dresden.de/die_tu_dresden/gremien_und_beauftragte/gremien/document.2011-12-01.1886159583;www.frauenbeauftragte.uni-erlangen.de/diversity-management.shtml; www.gleichstellung.uni-konstanz.de/diversity/ (30.1.2012).
- 9 Vgl. die Beiträge in *femina politica* 1/2007 sowie in *Sünne Andresen u.a.* (Hrsg.), Gender und Diversity (Fn. 5). Sehr optimistisch sind die Beiträge in *Gertraude Krell/Renate Ortlib/Barbara Sieben* (Hrsg.), Chancengleichheit durch Personalpolitik, 6. Aufl., Wiesbaden 2011.

B. Konzeptionelle Grundentscheidungen

Angesichts dessen mag irritieren, wenn behauptet wird, dass sich dieser Beitrag mit Diversity als Rechtsbegriff befassen wolle.¹⁰ Eine überschlägige Betrachtung ergibt, dass „Diversity“ im positiven Recht ebenso selten Erwähnung findet wie in Rechtsprechung oder dogmatischer Literatur. Das Problem scheint seine Lösung darin zu finden, „Diversity“ weitgehend durch „Vielfalt“ zu ersetzen und vor allem in seiner gesamten möglichen Bedeutungsbreite zu verstehen. Dann liegt die Qualifizierung als Rechtsbegriff auf der Hand: Biodiversität bzw. biologische Vielfalt spielen im Völkerrecht,¹¹ im Europarecht¹² und im nationalen Recht¹³ eine wesentliche Rolle. Für das Sozialrecht ist die Vielfalt der Leistungsträger und der Angebote ein Strukturelement.¹⁴ Das öffentliche Recht ist insgesamt durchzogen von Vielfaltsbegriffen, ob es sich nun um Meinungsvielfalt, Rundfunkpluralismus, kulturelle Pluralität im Bildungswesen oder Grundlagen des Föderalismus und der kommunalen Selbstverwaltung handelt.¹⁵

Den folgenden Ausführungen soll aber ein deutlich engerer Begriff von Diversity/Vielfalt zugrunde liegen, der sich an den Konzepten von Diversity Management orientiert. Diversity meint daher weder biologische noch institutionell-organisatorische oder nationale Pluralität, sondern bezieht sich auf die Vielfalt menschlicher Identitäten in Unternehmen, Organisationen, Institutionen, Staat und Gesellschaft.

I. Rechtsbegriffe, Schlüsselbegriffe, Leitbilder

Zum Ausgleich für diese Engführung bedarf es wohl eines etwas großzügigeren Verständnisses von Rechtsbegriffen. In den Methodenlehren wird weithin davon ausgegangen, dass sie die kleinsten Einheiten der Rechtsordnung sind. Ihre Wiederkehr macht juristische Verständigung möglich, ihre Deutungsoffenheit Methodenlehren notwendig und Dogmatik komplex. Kann aber Diversity schon kein Rechtsbegriff

- 10 Armin von Bogdandy, „Die Europäische Union und das Völkerrecht kultureller Vielfalt – Aspekte einer wunderbaren Freundschaft“, 1 European Diversity and Autonomy Papers (2007), www.eu-rac.edu/edap, S. 46 f., bezweifelt angesichts der überaus schwachen positivrechtlichen Grundlage und der begrifflichen Unschärfe nachdrücklich, dass Vielfalt ein Rechtsprinzip sein könne, es handele sich um einen bloßen Topos. Zu Diversity als rechtlicher Kategorie vgl. Beate Rudolf, Gender und Diversity als rechtliche Kategorien, in: Sünnen Andresen u.a. (Hrsg.), Gender und Diversity (Fn. 5), S. 155 (162 ff.).
- 11 Convention on Biological Diversity, Beschluss der UN-Konferenz für Umwelt und Entwicklung, bestätigt durch Resolution 49/117 der Generalversammlung vom 5.6.1992; mehr unter <http://www.cbd.int/> (30.1.2012).
- 12 Unüberschaubar, vgl. nur Richtlinie 2010/60/EU, ABI L 228, S. 10; Verordnung (EG) Nr. 1974/2006, ABI L 368, S. 15; Beschluss 2004/869/EG, ABI 378, S. 1.
- 13 Statt vieler: §§ 7, 9 BNatSchG; § 4 GeoZG; §§ 9 ff. TierZG; § 2 Abs. 1 Nr. 1 UVPG; Art. 2, 5, 14, 15 BayNatSchG; §§ 1, 2 NatSchG Bln; § 2 LJagdG RPh; § 2 WassG SH.
- 14 Vgl. nur § 3 Abs. 1 SGB VIII; § 19 Abs. 4 SGB IX; § 69 S. 3 SGB XI; § 80 Abs. 2 SGB XII; § 1 Abs. 2 KHG.
- 15 Einschlägig ist hierzu die auf knappem Raum doch beeindruckend erschöpfende Analyse von Anna Leisner-Egensperger, Vielfalt – ein Begriff des Öffentlichen Rechts, Berlin 2004.

sein, weil das Wort in Rechtstexten keine explizite Verwendung findet? Das Feld der relevanten Begriffe für die *Rechtswissenschaft* ist deutlich weiter, als eine enge Definition von Rechtsbegriffen suggeriert. Schon die Rechtsdogmatik arbeitet keineswegs allein mit den Begriffen, die das positive Recht zur Verfügung stellt, sondern entwickelt ein ausgeprägtes Eigenleben¹⁶ von Systemen, Konzepten und Begriffen. Vor allem aber in den sog. Grundlagenfächern mit ihren transdisziplinären Bezügen, in Rechtstheorie, Methodenlehre und Rechtskritik gibt es neben Rechtsbegriffen auch Schlüsselbegriffe, Konzepte und Leitbilder.¹⁷ Die Fragestellung ist daraufhin zu erweitern, ob Diversity ein solcher rechtswissenschaftlich relevanter Begriff ist, obwohl seine explizite Verankerung im positiven Recht schwach ausgeprägt ist, bzw. ob er dies aus einer rechtspolitischen Perspektive werden sollte.

Bevor diese Fragen beantwortet werden können, sind noch drei konzeptionelle Grundentscheidungen zu treffen.

II. Vielfalt von Individuen oder von Gruppen?

Zunächst ist zu klären, ob Diversity sich auf Individuen oder auf das Verhältnis von Personengruppen bezieht. Diese Frage scheint mit „sowohl als auch“ rasch beantwortet, da identitätsstiftende Unterschiede zwar zwischen Individuen bestehen, aber von diesen auch in gruppenkonstituierender Weise geteilt werden können. Werden solche Gruppen jedoch sehr groß gefasst wie bspw. in den europarechtlichen Konzepten kultureller, nationaler und regionaler Vielfalt,¹⁸ treten Fragen eines institutionellen Minderheitenschutzes in den Vordergrund, welche die Herausforderungen eines individuellen Vielfaltsbegriffes zu leicht überdecken. Primär soll Diversity im Folgenden als individualbezogenes Konzept adressiert werden, das notwendig auch Gruppenbezüge aufweist. Dies entspricht ökonomischen und sozialen Ansätzen, wonach jede einzelne Person mit ihren Eigenschaften, Fähigkeiten und Bedürfnissen anerkannt und beachtet werden soll. Für die politische und rechtliche Betrachtung wird von dort aus auch die Frage der Konstituierung von und Zugehörigkeit zu (diversen) Gruppen relevant.

16 Ob das nun positiv zu bewerten ist, ist allerdings eine ganz andere Frage.

17 Zum methodischen Status von Begriffen und Konzepten in der Rechtswissenschaft, die nicht dem engen Verständnis von Rechtsbegriffen entsprechen, vgl. Susanne Baer, Schlüsselbegriffe, Typen und Leitbilder als Erkenntnismittel und ihr Verhältnis zur Rechtsdogmatik, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungswissenschaft, Baden-Baden 2004, S. 223–251, wobei der Schwerpunkt der Betrachtung auf Bildern liegt.

18 Ein Kernziel der Union ist nach Art. 3 Abs. 3 EUV die Wahrung des Reichtums ihrer kulturellen und sprachlichen Vielfalt, vgl. ferner Art. 22 GRC, schließlich lautet das Motto der Union auch „In Vielfalt gieint“. Zur Erreichung dieses Ziels wird in bestimmten Handlungsfeldern wie der Bildungs-, Kultur- oder Sozialpolitik und bei allgemeinen Diensten auf eine vollständige Vereinheitlichung verzichtet, vgl. nur Art. 151, 165 Abs. 1, 167 Abs. 1, 207 Abs. 4 a) AEUV sowie zu Art. 14 AEUV das Protokoll Nr. 26, 12008M/PRO/26.

III. Vielfalt als empirischer Befund?

Ferner wird diskutiert, ob Diversity eher empirisch (mit normativen Folgen) oder grundsätzlich normativ zu verstehen ist. Gilt ein empirischer Befund, dass von jeher eine Vielfalt menschlicher Identitäten in Unternehmen, Institutionen und Gesellschaft besteht, und ist die Folge, dass diese Vielfalt beachtet und anerkannt werden muss? Oder ist – insbesondere bei einer Unterscheidung nach Hierarchieebenen – in vielen Bereichen eine ausgeprägte Homogenität zu beobachten, so dass Diversity ein normatives Ziel darstellt? Je nach Antwort soll es eher kultureller (vom Recht ggf. unterstützter) oder proaktiver und im Konfliktfall auch rechtlich durchsetzbarer Maßnahmen bedürfen. Doch Unterschiedlichkeit von Menschen ist nicht einfach vorfindlich und wertungsfrei vorhanden, sondern wird relational, kontextspezifisch und mit verschiedensten Intentionen thematisiert (hergestellt). Wertungsprozesse spielen eine wesentliche Rolle, noch bevor über normative Folgen entschieden wird.¹⁹ Diversity als rein empirische Größe zu betrachten, verfehlt daher in jedem Fall die Perspektive.²⁰

IV. Relevante Kategorisierungen

Auch wenn die Plausibilität der wertfreien Erkenntnis tatsächlicher Unterschiede erschüttert werden kann, bleibt die Frage offen, welche Unterschiede und Kategorisierungen unter dem Begriff Diversity von der Rechtswissenschaft berücksichtigt werden sollen. Die Einzigartigkeit jeder Person, die sich aus unzähligen Besonderheiten zusammensetzt, stellt als solche keine Aufgabe für Recht und Rechtswissenschaft dar. Diese Einschätzung ändert sich, wenn bestimmte Kategorisierungen das Verständnis oder die Durchsetzung von Gleichheit als einem zentralen Rechtsbegriff beeinträchtigen. Mit solchen Konflikten müssen sich Recht und Rechtswissenschaft befassen. Unterschiede zwischen Menschen sind aus rechtswissenschaftlicher Perspektive daher zunächst dann relevant, wenn ihre Konstitution und Inbezugnahme der Herstellung sozialer Ungleichheit dienen; wenn also Unterschiede hierarchisiert werden, um anhand des entstandenen Gefälles gesellschaftliche Ressourcen (Anerkennung, Chancen, materielle Güter, Teilhabe) zu verteilen.²¹

Aus der Geschichte der US-amerikanischen Bürgerrechtsbewegung und in Anlehnung an enge Intersektionalitätskonzepte kann sich Diversity auf die Berücksichtigung der Kategorisierungen Gender, Race und Class als Grundmuster gesellschaft-

19 In Kenntnis des hermeneutischen Zirkels, der im Bereich von Gleichheit und Diversität besonders gut zu gedeihen scheint, ist diese Behauptung über den zeitlichen Ablauf natürlich mehr als zweifelhaft.

20 Dazu auch beim Gleichheitsrecht unter D.; zu den Gefahren von Diversity-Konzepten, die unreflektiert auf „Vielfalt“ als scheinbar empirische Größe setzen, vgl. ferner Birgit Riegraf, Managing Diversity, in: djbZ 1/2008, S. 19–21.

21 Zur mangelnden Reflexion von Herrschaftsstrukturen in Diversity-Diskursen vgl. Mieke Verloo, Multiple Inequalities, Intersectionality and the European Union, European Journal of Women's Studies 3/2006, S. 211 (222).

licher Ordnung beschränken.²² Dies wird allerdings vielfach als nicht ausreichend empfunden und gefordert, zumindest die Kategorisierung Körper (Ability, Sexualität) hinzuzufügen. Die deutsche Charta der Vielfalt, ein Dokument der Selbstverpflichtung deutscher Unternehmen,²³ bezieht sich zur Schaffung eines vorurteilsfreien Arbeitsumfeldes auf die Kategorisierungen Geschlecht, Nationalität, ethnische Herkunft, Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter, sexuelle Orientierung und Identität. Sie ist damit nahezu deckungsgleich mit den Kategorisierungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, welches aber von „Rasse“²⁴ und ethnischer Herkunft spricht, nicht vor Diskriminierung auf Grund der Nationalität schützt²⁵ und sexuelle Orientierung als vom Begriff der sexuellen Identität mitumfasst ansieht. Die Kategorie Class i.S.v. sozialer Herkunft erkennen beide nicht an,²⁶ was insofern erstaunt, als bspw. im deutschen Bildungssystem die Nachteile und Barrieren auf Grund der sozialen Herkunft allgemein bekannt sind.²⁷

Die Zahl der relevanten Kategorisierungen kann durch Addition oder weitere Ausdifferenzierung erweitert werden,²⁸ was jedoch sowohl Probleme der Akzeptanz als auch der Funktionalität entstehen lassen kann. Zugleich werfen aber auch abgeschlossene Kategorien-Kataloge erhebliche Fragen auf und die Verwendung von Kategorien an sich ist alles andere als unproblematisch.²⁹ Da Recht und Rechtswissenschaft aber mit Kategorien arbeiten, soll vorläufig auf sie Bezug genommen werden, wobei jedoch „Rasse“ durch rassistische Diskriminierung zu ersetzen und die Kategorie der sozialen Herkunft mitzubetrachten ist.

22 Vgl. *Cornelia Klinger/Gudrun-Axeli Knapp*, Achsen der Ungleichheit – Achsen der Differenz, in: dies./ Birgit Sauer (Hrsg.), Achsen der Ungleichheit. Zum Verhältnis von Klasse, Geschlecht und Ethnizität, Frankfurt aM 2007, S. 19 (20 f.); ferner unten E. II.

23 Vgl. www.vielfalt-als-chance.de/ (30.1.2012).

24 Zur Problematik des Begriffs „Rasse“ in Gesetzestexten vgl. statt vieler *Hendrik Cremer*, „Und welcher Rasse gehören Sie an?“, 2. Aufl., Berlin 2009.

25 Hintergrund ist wohl, dass Art. 1 II, III des Internationalen Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (ICERD, Resolution 2106A (XX) vom 21.12.1965, BGBl II 1969, S. 961) Unterscheidungen auf Grund der Staatsangehörigkeit ausdrücklich gestattet, dass solche Entscheidungen auch als Inbegriff staatlicher Souveränität angesehen werden und dass andernfalls (nicht nur) das deutsche Migrationsrecht einer grundlegenden Überarbeitung bedürfte.

26 Anders aber Art. 21 GRC, weshalb eine recht(swissenschaftliche) Befassung mit sozialer Herkunft, wie sie durch ein enges Verständnis von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG bisher vermieden wurde, in Zukunft unausweichlich scheint.

27 Zu Bildungschancen und sozialer Herkunft vgl. *Jutta Allmendinger/Rita Nikolai*, Bildung und Herkunft, in: APuZ 44-45/2006, S. 32–38; grundlegend *Rolf Becker/Wolfgang Lauterbach* (Hrsg.), Bildung als Privileg, 4. Aufl., Wiesbaden 2010. Zur Bedeutung von Class in Intersektionalitätskonzepten *Dagmar Vinz*, Klasse und Geschlecht, in: Sandra Smykalla/Dagmar Vinz (Hrsg.), Intersektionalität (Fn. 7), S. 61–75.

28 *Helma Lutz/Norbert Wenning*, Differenzen über Differenz, in: dies. (Hrsg.), Unterschiedlich verschiedenen. Differenz in der Erziehungswissenschaft, Opladen 2001, S. 11–24, identifizieren vierzehn relevante Kategorisierungen.

29 Dazu unten F. II.

V. Diversity: individualbezogen, normativ, kategorial

Diversity meint also im Folgenden die Vielfalt menschlicher Identitäten im Hinblick auf die (weitgehend positivrechtlich normierten) Kategorisierungen, welche Ausdruck oder Mittel gesellschaftlicher Hierarchisierungen sind. Diversity wird als gestaltete und zu gestaltende gesellschaftliche Realität betrachtet und der Blick auch auf mögliche normative Anforderungen (bspw. Verpflichtung zu Anerkennung, Förderung, proaktiver Herstellung oder Schutz von Vielfalt) gerichtet. Die Überlegungen beziehen sich nicht primär auf die in anderen Disziplinen analysierten Bereiche Bildung, soziale Arbeit oder Personalpolitik, vielmehr geht es grundsätzlich um die Felder, in denen menschliche Vielfalt von Recht prominent adressiert wird, wie Gleichheit, Demokratie und Maßnahmen gegen Diskriminierung in pluralistischen Gesellschaften. Der Beitrag geht der Frage nach, ob Diversity ein Begriff des Rechts und/oder der Rechtswissenschaft ist bzw. in naher Zukunft sein sollte.

C. Diversity als Begriff des positiven Rechts

Wenn das positive Recht darauf untersucht wird, ob es explizit die Begriffe Diversity oder Vielfalt verwendet, fällt die Ausbeute in Bezug auf den hier verwendeten Diversity-Begriff recht mager aus.³⁰

I. Diversity of Cultural Expressions

Zwar gibt es beispielsweise das UNESCO-Übereinkommen zum Schutz und zur Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen,³¹ welches von einer Vielfalt gleichwertiger Kulturen ausgeht, die – ggf. auch mit speziellen Maßnahmen – zu schützen und zu fördern sind. Allerdings ist dieses Konzept explizit nicht individual-, sondern gruppenbezogen. Letzteres wird schon in Art. 2.1 deutlich, wonach eine Berufung auf die Garantien des Übereinkommens nicht zu einer Verletzung von (individuellen) Menschenrechten oder Grundfreiheiten führen darf. Zwar kann auch hier ein Bezug zu gesellschaftlicher Hierarchisierung durch kulturalisierende Rassismen³² hergestellt werden. Die klare Gruppenfokussierung lässt das Konzept kultureller Vielfalt jedoch trotzdem aus der Betrachtung herausfallen.

30 Vgl. Stefan Süß/Markus Kleiner, Diversity Management in Deutschland, 2005, S. 3: „Allerdings halten sich konkretere rechtliche Regelungen [jenseits des AGG, d. Verf.] zum Umgang mit Vielfalt bislang in Grenzen.“ Noch klarer Susanne Baer, Recht auf Vielfalt, in: Eszter Belinszki u.a. (Hrsg.), Diversity Management, Münster 2003, S. 104 (104): „Allerdings ist Vielfalt jedenfalls in Deutschland bislang kein Rechtsbegriff.“.

31 Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions, Beschluss der Generalkonferenz der UNESCO vom 20.10.2005.

32 Vgl. die Beiträge in *jour fixe initiative berlin* (Hrsg.), Wie wird man fremd?, Münster 2001, und die Beiträge in IWK-Mitteilungen 3/1997; sowie Edward W. Said, Orientalism, New York 1978, und Iman Attia, Die „westliche Kultur“ und ihr Anderes, Bielefeld 2009.

II. Gesellschaftliche und individuelle Vielfalt im Schulrecht

Ein Konzept des Kulturwandels zur Anerkennung gesellschaftlicher Vielfalt findet sich ferner im Schulrecht. Zum Bildungsauftrag der Schulen gehört es, die Schülerinnen und Schüler zu Toleranz und Offenheit gegenüber (kultureller oder religiöser) Vielfalt zu erziehen.³³ Die geeigneten Maßnahmen zur konkreten Umsetzung dieses formelhaften Bekenntnisses bleiben überaus unklar. In einigen Bundesländern wird wohl davon ausgegangen, dass das Lehrpersonal per se zur Vermittlung der gewünschten Grundwerte imstande ist, in anderen ist das Thema „kulturelle Vielfalt“ in irgendeiner Form Bestandteil des pädagogischen Curriculum.³⁴

Angesichts des Umstandes, dass eigenes Erleben immer noch die nachhaltigsten Lernerfolge produziert und Bildung eine der wesentlichen Ressourcen in unserer Gesellschaft ist, scheint die Frage zentral, wie mit der Vielfalt der Schülerinnen und Schüler in der Schule selbst umgegangen wird.³⁵ Rechtliche Regelungen hierzu sind erstaunlich rar gesät. Vielleicht erscheint zu selbstverständlich, dass die Schule die doppelte Aufgabe hat, die Achtung der sozialen, kulturellen und religiösen Vielfalt zu fördern *und* zu praktizieren.³⁶ Noch wahrscheinlicher ist, dass ein als originär pädagogisch empfundener Bereich nicht verrechtlicht werden soll. Das Recht hat jedoch durchaus die Aufgabe, den Erziehungs- und Bildungsauftrag von Schulen festzulegen und kann diesen auch dahin konkretisieren, Vielfalt in der Schule als Herausforderung anzunehmen und innerhalb der Lerngruppen zu beachten.³⁷

Auffällig ist, dass der Vielfaltsbegriff im Schulrecht kaum näher kategorial ausdifferenziert ist, sondern höchstens eine sehr allgemeine Unterscheidung zwischen sozialer und kultureller Vielfalt erfolgt. Dies lässt befürchten, dass gesellschaftlichen Hierarchisierungen nicht genügend Aufmerksamkeit geschenkt wird.³⁸ Rassistische Diskriminierung lässt sich nicht ohne erhebliche Bedeutungsverluste oder Verharmlozung in eine Forderung nach *kultureller Akzeptanz* transponieren. Geschlecht ist

³³ Vgl. Gesetz über die Lehrerbildung in Mecklenburg-Vorpommern in der Fassung vom 4.7.2011, GVBl. MV 2011, S. 391; Schulgesetz Sachsen-Anhalt in der Fassung vom 11.8.2005, GVBl. LSA 2005, S. 520; Schulgesetz Schleswig-Holsteins in der Fassung vom 24.1.2007, GVBl. SH 2007, S. 39. Nach dem Berliner Kindertagesförderungsgesetz in der Fassung vom 23.6.2005 (GVBl. 2005, S. 322) soll der Weg zu diesem Ziel schon in der vorschulischen Förderung beginnen.

³⁴ Letzteres gilt für Baden-Württemberg, wo sich die Lehramtsanwärter/innen einmal in ihrem Studium mit Pädagogik angesichts kultureller Vielfalt befassen müssen, vgl. die Realschullehrerprüfungsordnung I in der Fassung vom 24.8.2003, GBl. 2003, S. 583.

³⁵ Zu „Bildungsaufstieg“ als komplexem Prozess von Inklusions- und Exklusionserfahrungen vgl. *Vera King*, Jenseits von Herkunft und Geschlechterungleichheiten?, in: Cornelia Klinger/Gudrun-Axeli Knapp (Hrsg.), Überkreuzungen. Fremdheit, Ungleichheit, Differenz, Münster 2008, S. 87–111.

³⁶ Expliziert im Bremischen Schulgesetz in der Fassung vom 28.6.2005, Brem GBl. 2005, S. 260.

³⁷ So die Ordnung des Vorbereitungsdienstes und der Staatsprüfung für Lehrämter an Schulen für das Land Nordrhein-Westfalen in der Fassung vom 10.4.2011, GVBl. NRW 2001, S. 218.

³⁸ Zur Analyse von Bildungsungleichheiten *Ulrike Hormel*, Intersektionalität von Geschlecht und Ethnizität, in: : Sandra Smykalla/Dagmar Vinz (Hrsg.), Intersektionalität (Fn. 7), S. 216–230.

zwar *sozial hergestellt*, wird aber kaum noch mitgemeint sein.³⁹ Armut unter *soziale Vielfalt* zu subsumieren, würde sich vollends dem Vorwurf des Zynismus aussetzen.

Als institutionelle Absicherung der individuellen Entfaltung diverser Individuen werden die verfassungsrechtlichen Garantien der Vielfalt von Schulen und Schulformen angesehen.⁴⁰ Umso größer die institutionelle Vielfalt ist, umso homogener dürfte allerdings die jeweilige Gruppe der Schüler/innen in einer konkreten Schule sein. Dies weist auf die Regulierungskraft von Recht bei der Konstituierung von Vielfalt in Schulen. Erhebliche Steuerungseffekte entfalten bspw. die Reform von Schulformen⁴¹ oder auch die völkerrechtlich geforderte Inklusion⁴² von Schüler/innen mit Behinderungen.

III. Part of Human Diversity

Das zur Umsetzung von Art. 24 der Behindertenrechtskonvention entwickelte Konzept inklusiver Bildung begreift Vielfalt und individuelle Unterschiede als Ressource und will jedes Kind (mit oder ohne Behinderung) individuell fördern.⁴³ Damit handelt es sich um ein Managing Diversity Konzept für Schulen, welches in der Konsequenz über die Kategorie der Behinderung hinaus Auswirkungen haben wird.⁴⁴ Eine Konzeption von Diversity liegt also nur *hinter* der Regelung und der Blick hierauf kann leicht durch die explizite Kategoriennormierung in der Konvention verstellt sein, dies insbesondere, wenn der Konstruktionscharakter von Behinderung⁴⁵ nicht erkannt wird.

Werden diesbezügliche Fehlvorstellungen korrigiert, könnte die Konvention ein guter Ausgangspunkt für eine umfassendere Diversity-Dogmatik sein. Schließlich be-

39 Dabei spielen Bildungseinrichtungen bei der Herstellung eine zentrale Rolle, vgl. die Studie von *Thomas Viola Rieske*, Bildung von Geschlecht. Zur Diskussion um Jungenbenachteiligung und Feminisierung in deutschen Bildungsinstitutionen, Frankfurt aM 2011.

40 Vgl. nur Art. 15 Verf MV; Art. 26 Verf ST; Art. 24 Verf TH.

41 Allerdings sind diese Steuerungseffekte nicht immer vorhersehbar. Die intendierte Vielfaltsmehrung kann in ihr Gegenteil umschlagen, wenn die Reformen lediglich zu einer verstärkten Gründung und Nutzung von Privatschulen und damit einer stärkeren (sozialen, religiösen, sprachlichen etc.) Segregation führen.

42 Art. 24 der UN-Konvention zum Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderungen, Resolution 61/106 der Generalversammlung vom 13.12.2006, BGBl II 2008, S. 1419.

43 Vgl. *Deutsche UNESCO-Kommission*, Inklusion: Leitlinien für die Bildungspolitik, Bonn 2009. Grundlegend zur innerstaatlichen Umsetzung *Ralf Poscher/Johannes Rux/Thomas Langer*, Von der Integration zur Inklusion, Baden-Baden 2008.

44 In großzügiger Ignoranz des Völkerrechts erweist sich die Kultusministerkonferenz hier als wesentliches Hindernis, vgl. nur ihre Empfehlung zur „Inklusiven Bildung von Kindern und Jugendlichen mit Behinderungen“ vom 17.2.2011.

45 Der Wandel vom medizinischen zum sozialen Behinderungsbegriff zeigt, wie historisch jeweils unterschiedlich klassifizierte Beeinträchtigungen die Voraussetzung für gesellschaftliche Prozesse des Behindert-Werdens bilden, vgl. grundlegend *Elsbeth Bösl/Anne Klein/Anne Waldschmidt* (Hrsg.), Disability history: Konstruktionen von Behinderung in der Geschichte, Bielefeld 2010; *Carol Poore*, Disability in twentieth-century German culture, Ann Arbor 2007; *Anne Waldschmidt/Werner Schneider* (Hrsg.), Disability studies. Kultursoziologie und Soziologie der Behinderung, Bielefeld 2007.

schränkt sie sich nicht auf den Bereich der Bildung, wenn sie als eines ihrer Grundprinzipien „acceptance of persons with disabilities as part of human diversity“ benennt. Vielmehr gelten die geforderte Nichtdiskriminierung, Inklusion, Chancengleichheit und Barrierefreiheit in Art. 3 der Konvention grundsätzlich für alle Lebensbereiche.⁴⁶ Neben der gleichberechtigten Anerkennung ist daher die Frage von Ressourcen und Teilhabe als ein wesentliches Themenfeld angesprochen.

IV. Diversity im Gesellschaftsrecht

Ein proaktives und zukunftsgerichtetes Vielfaltskonzept scheint auch die einzige deutsche Regelung zu verfolgen, in deren Wortlaut „Diversity“ zu finden ist. Der Deutsche Corporate Governance Kodex in der Fassung vom Juli 2010⁴⁷ fordert bei der Zusammensetzung von Vorstand und Aufsichtsrat sowie bei der Besetzung von Führungspositionen, Vielfalt (Diversity) zu achten und dabei insbesondere eine angemessene Berücksichtigung von Frauen anzustreben (Ziff. 4.1.5, 5.1.2, 5.4.1). Der Kodex wurde von einer vom Bundesministerium der Justiz eingesetzten Regierungskommission verabschiedet,⁴⁸ seine Rechtsnatur ist eher unklar. Das zugrunde liegende Konzept firmiert unter dem Schlagwort der regulierten Selbstregulierung und meint vor allem, dass bei Nichteinhaltung von Vorgaben keine Sanktionen zu befürchten sind.⁴⁹ Rechtlich verbindlich ist nur die Pflicht nach § 161 AktG, jährlich eine Erklärung darüber abzugeben, ob den Empfehlungen des Kodex entsprochen wurde oder nicht.

Eine Definition von Diversity erfolgte nicht, als zu berücksichtigende Kategorie wurde explizit nur Geschlecht in Form von „Frauen“ genannt.⁵⁰ Die Vermutung liegt nicht fern, dass der Kodex Frauen fördern, aber nicht darüber sprechen sollte.⁵¹ Auch

46 Zu den damit verbundenen Herausforderungen vgl. *Petra Flieger/Volker Schönwiese* (Hrsg.), Menschenrechte – Integration – Inklusion, Bad Heilbrunn 2011; *Sigrid Graumann*, Assistierte Freiheit: von einer Behindertenpolitik der Wohltätigkeit zu einer Politik der Menschenrechte, Frankfurt am Main 2011.

47 Vom Bundesministerium der Justiz am 2. Juli 2010 bekannt gegeben, eBAz AT68 2010 B1.

48 Siehe dazu www.corporate-governance-code.de/index.html (30.1.2012). Zwei der dreizehn Kommissionsmitglieder waren weiblich – immerhin eine bessere Quote, als Vorstände (3,6 %) und Aufsichtsräte (11,8 %) selbst sie aufweisen können. Ursprünglich war die Kommission sogar rein männlich besetzt, dazu *Anne Frost/Leena Linnainmaa*, Corporate Governance: Frauen im Aufsichtsrat, AG 2007, S. 601 (610).

49 Zur faktischen Wirkungslosigkeit *Dirk Kocher*, Die Diversity-Empfehlung des neuen Corporate-Governance-Kodex, BB 2010, S. 264–266.

50 Kritisch zur Offenheit des Begriffs „Diversity“: *Dirk Kocher*, Die Diversity-Empfehlung (Fn. 49), S. 264 (264 f.); zur Konkretisierung von Diversity: *Andreas Hecker/Marc Peters*, Die Änderungen des DCGK im Jahr 2010, BB 2010, S. 2251 (2253 f.); *Marc Henze/Christina Rosch*, Diversity – Praktische Umsetzung der Vorgaben des DCGK, ArbRAktuell 2010, 573; *Daniela Weber-Rey/Friederike Handt*, Vielfalt/Diversity im Kodex, NZG 2011, S. 1 (2 ff.); zur Frauenförderung vgl. *Stephan Schulz*, Die Zielbenennung zur Zusammensetzung des Aufsichtsrats, BB 2010, S. 2390 (2391).

51 Vgl. nur *Andreas Hecker/Marc Peters*, Die Änderungen des DCGK (Fn. 50), S. 2254; angesichts der Erkenntnislicher Benachteiligung von Kandidatinnen bei der Auswahl für Spitzenpositionen wohl auch nicht so fern liegend, vgl. hierzu *Anne Frost/Leena Linnainmaa*, Corporate Governance (Fn. 48), S. 609, mwN. Vehement bestritten aber von *Daniela Weber-Rey/Friederike Handt*, Vielfalt/Diversity (Fn. 50), S. 1 f.

im Schrifttum herrscht eine gewisse Ratlosigkeit bezüglich der Frage, auf welche weiteren Kategorisierungen sich die geforderte Diversität beziehen soll. Maßnahmen zur Herstellung der geforderten Diversität sind bspw. Zielvorgaben und vorbereitendes Headhunting, verpflichtende Quoten o.ä. werden strikt abgelehnt.⁵² Es geht damit zwar wesentlich um Ressourcenverteilungen – aber ohne wirksame Sanktionen. Als Beispiel einer Verankerung von „Diversity“ im positiven Recht ist auch der Corporate Governance Kodex letztlich kaum geeignet.

D. Diversity als Begriff der Rechtsdogmatik

Der zu konstatierende Mangel an positiv-rechtlichen Regelungen könnte als weitgehend unproblematisch wahrgenommen werden, wenn Diversity wie andere Leitbilder oder Konzepte als gesicherter Bestand der Dogmatik gelten könnte. Produktiv ließe sich dann nurmehr darüber streiten, ob eine explizite (und demokratisch legitimierte) Verankerung nicht in bestimmten Rechtsbereichen wünschenswert wäre. Für die hier notwendig summarische Prüfung, ob die Vielfalt menschlicher Identitäten rechtsdogmatisches Denken durchzieht, drängt sich das Gleichheitsrecht als Referenzgebiet auf. Der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz markiert das Feld, in dem der rechtliche Umgang mit menschlicher Vielfalt prominent verhandelt wird.

I. Vielfalt im Gleichheitsrecht

Doch nur selten wird Vielfalt als Topos von Gleichheitsrecht explizit benannt.⁵³ Vielmehr operiert die Gleichheitsrechtsdogmatik mit Begriffen wie Unterschiede/Differenzen oder persönliche Entfaltungsfreiheit,⁵⁴ wenn Vielfalt im hier verstandenen Sinne adressiert werden soll. Die zentralen Begriffe von Gleichheit, Differenz und Freiheit werden dann in den Begriffspaaren „Differenz und Gleichheit“ sowie „Freiheit und Gleichheit“ zusammengefasst und diskutiert. Diese Paarbildung kann bereits als problematischer Ausgangsbefund angesehen werden, da das Denken in Dualismen der Konzeptionalisierung von Vielfalt eher wenig förderlich sein dürfte. Nicht unerhebliche Diversität in der Gleichheitsrechtsdogmatik entsteht allerdings dadurch, dass „Gleichheit“, „Differenz“ und „Freiheit“ mit ganz unterschiedlichen Bedeutungen versehen werden, so dass auch das Verhältnis innerhalb der Begriffs-

52 Daniela Weber-Rey/Friederike Handt, Vielfalt/Diversity (Fn. 50), S. 3 ff.

53 Vgl. aber Marion Eckertz-Höfer, in: Erhard Denninger u.a. (Hrsg.), AK-GG GW 2001, Art. 3 Abs. 2, 3, Rn. 92, zum Schutz von Vielfalt als objektiv-rechtlicher Dimension der spezielleren Gleichheitssätze.

54 Statt vieler Wolfgang Rüfner, in: Rudolf Dolzer u.a. (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 67. Lieferung, Heidelberg Okt. 1992, Art. 3 Abs. 1, Rn. 55; Rupert Scholz, in: Theodor Maunz/Günter Dürrig (Hrsg.), GG-Kommentar, 33. EL 1997, Art. 3 Abs. 1, Rn. 120 ff.

paare jeder Beschreibung vom unauflöslichen Antagonismus⁵⁵ bis zur notwendigen Bedingungsbeziehung⁵⁶ zugänglich zu sein scheint.

Wenn Diversity als einem möglichen rechtsdogmatischen Konzept nachgegangen werden soll, müssen aber genau diese Begriffsverwirrungen analysiert werden. Trotz einer Strukturierung anhand von Regelungsgegenstand (un/gleiche Personen oder Sachverhalte), Regelungsmittel (abstrakt-generelle Normen oder Einzelfallentscheidungen), Regelungstechnik (Gleichbehandlung oder Ungleichbehandlung), Regelungsziel (Egalität oder Ausdifferenzierung) und Regelungsfolgen (insbesondere die drohende Beeinträchtigung anderer Verfassungsgüter) bleibt jede Betrachtung auf Grund der Relationalität von Gleichheit⁵⁷ herausforderungsvoll.

II. Verbotene Differenzierungen

Da Diversity die Vielfalt menschlicher Identitäten beschreiben soll, bietet es sich an, als Regelungsgegenstand nur Personen zu betrachten.⁵⁸ Das Kernproblem ist der relationale und Konstruktionscharakter von Gleichheit: Menschen weisen im Verhältnis zueinander immer Gemeinsamkeiten *und* Unterschiede auf. Wesentlich ist daher, welche dieser Gegebenheiten konkret rechtliche Berücksichtigung finden und als rechtliche Anknüpfungspunkte dienen. Die weitgehende Überantwortung dieser Entscheidung an Zweckmäßigkeitserwägungen des Gesetzgebers macht den Gleichheitssatz zu einer politisch spannenden, aber rechtsdogmatisch eher frustrierenden Größe. Daran ändert auch die Bestimmung der rechtlichen Grenzen durch Sachgründe, Willkürverbot oder Verhältnismäßigkeit wenig.⁵⁹

Der Verfassungsgeber hat allerdings eine wesentliche Vorentscheidung getroffen. In Art. 3 Abs. 2 und 3 GG sind mehrere Kategorisierungen aufgeführt, an die nicht angeknüpft werden darf, um eine Ungleichbehandlung zu rechtfertigen. Einige dieser Kategorisierungen sind auch Kategorisierungen im Sinne des hier vorgestellten Diversity-Konzeptes,⁶⁰ also identitäts- und gruppenkonstituierend und Anknüpfungspunkt für strukturelle gesellschaftliche Hierarchisierungen. Eine entwickelte Recht-

⁵⁵ Ablehnend zum behaupteten Antagonismus von Differenz und Gleichheit *Annedore Prengel*, Gleichheit versus Differenz – eine falsche Alternative, in: Ute Gerhard u.a. (Hrsg.), Differenz und Gleichheit. Menschenrechte haben (k)ein Geschlecht, Frankfurt aM 1990, S. 120–127.

⁵⁶ Zur Verschränkung von Freiheits- und Gleichheitsschutz *Lerke Osterloh*, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 5. Aufl., München 2009, Art. 3, Rn. 15 ff.; zur Polarisierung von Freiheit und Gleichheit *Rupert Scholz*, (Fn. 54), Art. 3 Abs. 1, Rn. 121.

⁵⁷ Vgl. schon *Wilhelm Windelband*, Über Gleichheit und Identität, Heidelberg 1910. Zur Herstellung von Vergleichbarkeit durch Wahl eines Vergleichsmaßstabes vgl. statt vieler *Wolfgang Gast*, Juristische Rhetorik, 4. Aufl., Heidelberg 2006, Rn. 1117 ff., der insbesondere betont, wie abhängig die Fassung dieses tertium comparationis vom jeweiligen Vorverständnis ist.

⁵⁸ *Wolfgang Rüifner*, (Fn. 54), Art. 3 Abs. 1, Rn. 5, 45, will grundsätzlich Personen und nicht Sachverhalte betrachten.

⁵⁹ Vgl. hierzu *Christoph Kannengießer*, in: Bruno Schmidt-Bleibteru/Franz Klein (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 11. Aufl., München 2008, Art. 3, Rn. 14 ff.

⁶⁰ Siehe oben B. IV.

sprechung gibt es aber nur zur Kategorisierung „Geschlecht“, die sonstigen Kategorisierungen führen ein merkwürdiges Schattendasein.⁶¹ Trotz der wenig diversitätsaffinen Binärcodierung von Geschlecht lassen sich aus dieser Rechtsprechung wichtige Erkenntnisse für das Verständnis von Gleichheitsrecht insgesamt gewinnen.

Grundsätzlich hat das Bundesverfassungsgericht das verfassungsrechtliche Gebot der Gleichberechtigung der Geschlechter als striktes Differenzierungsverbot gelesen.⁶² Dieser klare dogmatische Ausgangsbefund unterlag allerdings erheblichem Wandel: In rascher Folge bezog sich das Bundesverfassungsgericht auf Differenzierungen oder Gemeinsamkeiten zwischen den Geschlechtern, um das Differenzierungsverbot mal zu relativieren und mal wieder zu re-establieren. Zunächst wurde von der grundsätzlichen faktischen Unterschiedlichkeit der Geschlechter ausgegangen,⁶³ die sich in biologischen Unterschieden, geschlechtsspezifischer Arbeitsteilung, familiären Pflichten und Elternschaft manifestiere und rechtliche Ungleichbehandlungen rechtfertige.⁶⁴ Dann wiederum wurde die konzeptionelle wie rechtliche Gleichheit der Geschlechter betont.⁶⁵ Unterschiede in der gesellschaftlichen Wirklichkeit, wie sie sich insbesondere in geschlechtsspezifischer Arbeitsteilung äußerten, wurden zwar zur Kenntnis genommen, aber nicht mehr als „objektive“ Rechtfertigung rechtlicher Differenzierungen anerkannt. Angesichts der Benachteiligung von Frauen durch diese Arbeitsteilung sprach das Bundesverfassungsgericht in der Nacharbeitsentscheidung⁶⁶ dem Gleichheitsrecht vielmehr eine für die Zukunft auch *kontrafaktisch gestaltende* Funktion zu.

61 Vgl. dazu BVerfGE 63, 266 (303); Marion Eckertz-Höfer, (Fn. 53), Art. 3 Abs. 2, 3, Rn. 85; Wolfgang Rüfner, in: Rudolf Dolzer u.a. (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 76. Lieferung, Heidelberg Mai 1996, Art. 3 Abs. 2 und 3, Rn. 541 ff.

62 Hierzu und zum Folgenden ausführlich Ute Sackofsky, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung. Eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes, Baden-Baden 1991, S. 23 ff. Auch die anderen spezielleren Gleichheitssätze werden als Differenzierungsverbote verstanden, anders zu Art. 3 Abs. 3 GG als Diskriminierungsverbot vgl. Wolfgang Rüfner, (Fn. 61), Art. 3 Abs. 2 und 3, Rn. 552 ff.

63 Eine Talsohle seiner diesbezüglichen Argumentation erreichte das BVerfG in seiner Entscheidung zur Strafbarkeit nur der männlichen Homosexualität, in der es davon ausging, dass männliche Sexualität aktiv, aggressiv und tendenziell gefährlich sei, während unklar blieb, ob das Phänomen weibliche Sexualität überhaupt in ernst zunehmender Weise existiere, vgl. BVerfGE 6, 389.

64 Vgl. nur BVerfGE 3, 225; BVerfGE 5, 9; BVerfGE 10, 59.

65 Vgl. nur BVerfGE 37, 217 (Staatsangehörigkeitsrecht); BVerfGE 39, 169 (Witwerrente); BVerfGE 48, 327 (Ehename).

66 BVerfGE 85, 191. Wie abhängig solche Entscheidungen von persönlichen Auffassungen und gesellschaftlichen Diskursen sind, zeigt das Erkenntnis des österreichischen Verfassungsgerichtshofes aus dem gleichen Jahr (VfSlg 13038/1992), welches das Nacharbeitsverbot für Frauen in Österreich als verfassungsgemäß beurteilte.

Mit dieser dogmatischen Wende verlieren die „faktischen Unterschiede“ ihre Natürlichkeit⁶⁷ und das Gleichheitsrecht die dadurch auferlegte Beschränkung auf Nichtbeachtung oder Affirmation. Nun ist nicht mehr primär entscheidend, ob bspw. Männer und Frauen von Natur aus unterschiedlich sind oder durch gesellschaftliche Interaktion unterschiedlich gemacht werden (doing gender) oder beides,⁶⁸ sondern ob und in welcher Weise diese Unterschiede eine Regelungsaufgabe aufwerfen. Dies führt zunächst nicht zu Begeisterung, da die Erkenntnis, dass Differenzen nicht vorfindlich existent sind, sondern das Produkt von Wertungen, Konstruktionsprozessen und rechtlichen Zuordnungen, vorrangig zur Beliebigkeit der rechtlichen Reaktion zu führen scheint: affirmative Gleichbehandlung, explizite Differenzierung oder kontrafaktische Egalität stehen zur Auswahl.

III. Gleichheit und gesellschaftliche Wirklichkeit

Der (ohnehin konstruierte) Ausgangsbefund von Gemeinsamkeiten oder Unterschieden ist folglich nicht entscheidend. Dies gilt umso mehr mit Blick auf die Abwesenheit feststehender korrespondierender Regelungstechniken. Wesentlich kann daher nur das Ziel des Gleichheitsgrundsatzes sein.⁶⁹ Über dieses Ziel besteht erbitterter Streit, der sich sehr verkürzt als die Entscheidung zwischen nur formaler oder auch materieller Gleichheit beschreiben lässt.⁷⁰

Unstreitig dürfte sein, dass Gleichheit jedenfalls die gleiche Rechtsstellung umfasst.⁷¹ Diese gleiche Rechtsstellung mit ihren Abwehr-, Freiheits-, Leistungs- und Teilhaberechten muss aber in der gesellschaftlichen Wirklichkeit auch tatsächlich in Anspruch genommen und praktiziert werden können. Das Gleichheitsrecht ist, wie andere Rechtsnormen auch, auf die Gestaltung von gesellschaftlicher Wirklichkeit angelegt.⁷² Mit den spezielleren Gleichheitssätzen hat der Verfassungsgeber explizit

67 Ein erster Schritt dorthin war die Unterscheidung zwischen biologischen und funktionalen Unterschieden zwischen Männern und Frauen, welche die Erkenntnis beinhaltete, dass sog. funktionale Unterschiede durchaus historisch gewachsene Strukturen von Benachteiligung und Privilegierung darstellen können. Die Infragestellung „biologischer Wahrheiten“ erfolgt in der Rechtsdogmatik dagegen bis heute nur zögerlich.

68 Eine schöne Übersicht über feministische Theorien für Rechtswissenschaftler/innen gibt Annetrgret Künzel, Feministische Theorien und Debatten, in: Lena Foljanty/Ulrike Lembke (Hrsg.), Feministische Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Baden-Baden 2012, S. 46–67.

69 Zur Bedeutung des Ziels auch Manfred Gubelt, in: Ingo von Münch/Philip Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 5. Aufl., München 2000, Art. 3, Rn. 18.

70 Ablehnend zu diesem Dualismus Lerk Osterloh, (Fn. 56), Art. 3, Rn. 44, wonach es vielmehr um eine Zuordnung von Freiheit und Gleichheit geht, die abstrakt nicht vorgenommen werden kann; klar entschieden gegen jede materielle Dimension Peter Badura, Staatsrecht: systematische Erläuterung des Grundgesetzes, 4. Aufl., München 2010, S. 172.

71 Statt vieler Wolfgang Rüfner, (Fn. 54), Art. 3 Abs. 1, Rn. 46 ff.

72 Wenn die Frage nach materieller Gleichheit formuliert wird als Verpflichtung zur Kompensation „vorgefundener“ Ungleichheiten, vgl. die Nachweise bei Uwe Kischel, in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz, Stand: 1.1.2012, Art. 3, Rn. 91, offenbart sich ein eher unterkomplexes Verständnis des Verhältnisses von Recht und gesellschaftlicher Wirklichkeit.

Bezug auf gesellschaftliche Kategorisierungen genommen. Den dort aufgeführten Kategorisierungen haftet die konkrete Gefahr an, dass sie Gruppenzugehörigkeiten konstituieren, welche sich als gesamtgesellschaftliche Barrieren für die Inanspruchnahme gleicher Rechte und Freiheiten darstellen.⁷³

Der Gleichheitssatz verbietet, dass Recht an diese Kategorisierungen anknüpft, wenn dadurch die entsprechende gesellschaftliche Benachteiligung vertieft oder perpetuiert wird. Der Gleichheitssatz verbietet aber auch den Verzicht auf eine Anknüpfung an diese Kategorisierungen, wenn die damit verfolgte umfassende Rechtsgleichheit in der gesellschaftlichen Wirklichkeit auf Grund einer oder mehrerer der Kategorisierungen nicht wirksam werden kann.⁷⁴ Gleichermaßen gilt für sog. neutrale Regelungen, deren Rechtswirkungen sich just entlang dieser Kategorisierungen ausdifferenzieren. Gleichheitsrechtsdogmatik kommt folglich ohne Analyse konkreter gesellschaftlicher Machtverhältnisse nicht aus⁷⁵ und kann insofern tatsächlich keine abstrakten oder allgemein gültigen Aussagen treffen.

IV. Identität: Gleichheit ohne Angleichung

Die Einbeziehung gesellschaftlicher Wirklichkeit in die Gleichheitsrechtsdogmatik ist jedoch schwierig, weil gerade in diesem Bereich katastrophale Folgen eines „zu weit“ verstandenen Gleichheitsrechts gefürchtet werden. Als größtmöglicher Kollateralschaden gut gemeinter Gleichheitsbestrebungen gilt die absolute faktische Gleichheit.⁷⁶ Ihre einhellige Ablehnung in den Kommentierungen ist auch zunächst plausibel und könnte Ausdruck einer zugrunde liegenden Diversity-Konzeption sein.⁷⁷ Allerdings muss diese Bewertung differenzierter ausfallen, wenn genauer analysiert wird, was „totale faktische Gleichheit“ eigentlich meint: Mal soll die Gefahr absoluter Identität⁷⁸ gebannt werden, mal scheint es eher um die befürchtete absolute

73 Das der in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG positivrechtlich verankerte Katalog von Kategorisierungen weder über Kritik erhaben noch auf lange Dauer angelegt oder abschließend ist, liegt dabei auf der Hand. Zu den gravierenden Nachteilen der (juristischen) Arbeit mit Kategorisierungen unten F.

74 *Luce Irigaray*, Das Geschlecht, das nicht eins ist, Berlin 1979, lehnt formale Gleichheitsforderungen ab, da diese nur die Situation der Unterdrückung der Frau und deren ausgeschlossener Andersartigkeit fortführen.

75 Ausführlich und dogmatisch ausdifferenziert zu Gleichheit als Dominierungs- bzw. Hierarchisierungsverbot: *Ute Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung (Fn. 62), und *Susanne Baer*, Würde oder Gleichheit? Zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption von Recht gegen Diskriminierung am Beispiel sexueller Belästigung am Arbeitsplatz in der Bundesrepublik Deutschland und den USA, Baden-Baden 1995.

76 Vgl. nur *Wolfgang Rüfner*, (Fn. 54), Art. 3 Abs. 1, Rn. 55; *Rupert Scholz*, (Fn. 54), Art. 3 Abs. 1, Rn. 1; *Christian Starck*, in: *Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck* (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl., München 2010, Art. 3 Abs. 1, Rn. 3 ff.

77 Vgl. auch *Dagmar Schiek*, in: dies. (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Ein Kommentar aus europäischer Perspektive, München 2007, Einleitung, Rn. 43, wonach die individualistische Sicht des Diskriminierungsschutzes sich gegen „Zwangskollektivierungen“ jeder Art richtet.

78 Konsequent muss in Kommentierungen, die auch einen „materiellen“ Ansatz verfolgen, betont werden, dass die hier angestrebte Gleichheit selbstverständlich nicht Identität meint, vgl. nur *Ekkehard Stein*, in: *Richard Bäumlin/Axel Azzola* (Hrsg.), AK-GG, Bd. 1, 2. Aufl., Neuwied 1989, Art. 3 Rn. 26.

Gleichverteilung materieller Güter⁷⁹ zu gehen, mal ist verdienstfeindlichen Schlussfolgerungen aus missverständner Wahlrechtsgleichheit⁸⁰ vorzubeugen.

Die beschworene Gefahr absoluter Identität ist nicht nur in ihrer Überschätzung der Leistungsfähigkeit von Recht überraschend, sondern vor allem, weil sie wesentliche Probleme ausspart. Assimilationsdruck entsteht weniger durch Gleichbehandlung oder gleiche Rechte als vielmehr durch die Bedingungen, an welche die Gewährung (tatsächlich wirksamer) gleicher Rechtsstellung geknüpft wird. Vor über zwanzig Jahren hat *Ute Gerhard* erschöpfend erläutert, dass Gleichberechtigung nicht faktische Angleichung an die hegemoniale Norm bedeuten kann.⁸¹ Hintergrund war die Beobachtung, dass bei der Vergleichsgruppenbildung regelmäßig die bereits privilegierte Person oder Gruppe als Maßstab gewählt wurde und von denen, die gleiche Rechte, gleiche Chancen, gleiche Teilhabe oder gleiche Anerkennung begehrten, entsprechende Anpassungsleistungen gefordert wurden.⁸² Es besteht wenig Anlass zu der Hoffnung, dass nicht unerhebliche Opportunitätskosten als ungeschriebene Voraussetzung des Genusses gleicher Rechte der Vergangenheit angehören. Auf verschiedene Integrationsdebatten⁸³ und das ungebrochene juristische Denken in Norm und Abweichung⁸⁴ einerseits sei hier ebenso hingewiesen wie auf notwendig klärende Ausführungen zu den spezielleren Gleichheitssätzen andererseits, wonach diese die Freiheit der Entscheidung schützen sollen, sich anzupassen oder die merkmalsbezogene Identität aufrecht zu erhalten oder beides zu kombinieren.⁸⁵

V. Ressourcen: Freiheit, Gleichheit, Vielfalt

Sind sich also jene, die vor Gleichmacherei warnen, mit denen einig, die Gleichheit ohne Angleichung fordern? Da die einen Gleichheitsrecht beschränken und die an-

79 Vgl. statt vieler *Anna Leisner-Egensperger*, Vielfalt (Fn. 15), S. 182–189, deren zunächst allgemeine Ausführungen gegen befürchtete Gleichmacherei sich letztlich doch auf materielle Bereiche (inklusive Ostblock-Beschwörung) beschränken, während die Frage der Identitäten ebenso ausgeklammert bleibt wie eine kritische Analyse der ökonomisch hochinteressanten geschlechtsspezifischen Arbeitsteilung (immerhin wird die einschlägige BVerfG-Rechtsprechung erwähnt). Von einer Renaissance der Egalitarismuskritik spricht *Michael Meuser*, Humankapital Gender, in: in: Sünne Andresen u.a. (Hrsg.), Gender and Diversity (Fn. 5), S. 95 (105).

80 *Rupert Scholz*, (Fn. 54), Art. 3 Abs. 1, Rn. 152 ff.

81 *Ute Gerhard*, Gleichheit ohne Angleichung, München 1990.

82 Vgl. zu dieser Problematik am Beispiel der Gleichberechtigung der Geschlechter *Ute Gerhard*, Gleichheit (Fn. 81), S. 15, wonach der Rechtsdogmatik bei der Wahl des tertium comparationis immer wieder der gleiche Fehler unterläuft: die „nun schon traditionelle und nicht nur unter Juristen übliche Fehlleistung: die Ineinsetzung von Mensch und Mann“.

83 Beispielhaft genannt sei die Forderung von *Burkhard Wilk*, Die politische Idee der Integration, Berlin 2011, dass „der Zuwanderer“ „unser“ Wertesystem internalisieren müsse, um volle staatsbürglerliche Gleichheit zu genießen, seine Rechtstreue genüge nicht. Die Idee des freiheitlich-demokratischen Rechtsstaates (im Unterschied zu totalitären Systemen), dass eben nicht überprüft wird, *aus welchem Grund* die Bürger/innen sich an die Gesetze halten, soll demnach nur für Biodeutsche gelten.

84 Zum idealen Rechtssubjekt sogleich unter E.

85 Vgl. *Marion Eckertz-Höfer*, (Fn. 53), Art. 3 Abs. 2, 3, Rn. 89: „freiheitswahrender Integrations- und Identitätsschutz“.

deren den Zugang zu gleichen Rechten erleichtern wollen, ist dies offensichtlich nicht der Fall. Eine mögliche Erklärung ist, dass unerkannt mit unterschiedlichen Gleichheitsdimensionen argumentiert wird. Die Forderung nach Gleichheit ohne Angleichung fokussiert auf *Identität und Anerkennung*; die Abwehr befürchteter Gleichmacherei adressiert soziale (Chancen)Gleichheit und die mögliche *Umverteilung von Ressourcen*. Diversity als Leitbild nicht-hierarchischer Vielfalt bezieht notwendig beide Dimensionen ein,⁸⁶ da Hierarchisierungen sowohl durch die Abwertung „fremder“ Identitäten bei der Konstruktion und Aufrechterhaltung eigener Identität⁸⁷ erfolgen als auch durch ressourcenrelevante Differenzierungen wie bspw. die geschlechtsspezifische Arbeitsteilung⁸⁸ als eine der wesentlichen Grundlagen unseres Wirtschaftssystems oder rassistische Diskriminierungen auf dem Arbeitsmarkt.

Aus einer ressourcensensiblen Perspektive erklären sich Vorbehalte gegenüber diesem Zugriff: Weder die gleiche Anerkennung diverser Identitäten noch die Möglichkeit der Inanspruchnahme gleicher Rechte, Freiheiten und Teilhabe sind ressourcenneutral. Wenn bisher durch (gesellschaftliche oder rechtliche) Diskriminierung gehinderte Personen künftig auf Grund eines effektiven Gleichheitsrechtes ihre Rechte und Freiheiten tatsächlich in Anspruch nehmen, kann und wird dies zur Umverteilung von Ressourcen innerhalb der Gesellschaft führen. Wer aber nun Egalität kommunistischer Prägung⁸⁹ fürchtet, welche die freie Entfaltung der Persönlichkeit aufzuheben droht,⁹⁰ kann beruhigt sein. Zum einen nimmt die soziale Ungleichheit in Deutschland im OECD-Vergleich seit einigen Jahren stark zu.⁹¹ Die Verlangsamung oder leichte Umkehrung dieses Prozesses, der die Wirtschaftskraft schwächen, den

- 86 In der deutschen Charta der Vielfalt wie überwiegend in der ökonomischen Literatur zu Diversity Management ist bezeichnenderweise aber nur von „Anerkennung“ oder „Wertschätzung“ die Rede. (Mit der Kritik an dieser Unvollständigkeit soll allerdings die Bedeutung von Anerkennung als soziales Gut nicht in Abrede gestellt werden, grundlegend Axel Horneth, Kampf um Anerkennung: zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte, erw. Ausg., Frankfurt aM 2003.) In notwendiger Ergänzung betont Ursula Rust, in: dies./Josef Falke (Hrsg.), AGG. Kommentar, Berlin 2007, Einleitung, Rn. 44, den Diskriminierungsschutz auch gegen Deprivation i.S.v. Ausgrenzung von gesellschaftlichem Reichtum und Möglichkeiten.
- 87 Lesenswert hierzu sind bspw. die Beiträge in *jour fixe initiative berlin* (Hrsg.), Wie wird man fremd? (Fn. 32); sowie Maureen Maisha Eggers/Grada Kilomba/Peggy Piesche/Susan Arndt (Hrsg.), Mythen, Masken und Subjekte: Kritische Weißseinsforschung in Deutschland, 2. Aufl., Münster 2009.
- 88 Vgl. im Kontext des Wandels der Wohlfahrtsstaatlichkeit statt vieler Alexandra Scheele, Widersprüchliche Anerkennung des Privaten, in: Gundula Ludwig/Birgit Sauer/Stefanie Wöhl (Hrsg.), Staat und Geschlecht, Baden-Baden 2009, S. 167–181. Die gegenläufige Verengung auf Identitätspolitiken im Rahmen des cultural turns unter Ausblendung der Bedeutung von Produktionsprozessen wird von Tove Soiland, Gender als Selbstmanagement, in: Sünne Andresen u.a. (Hrsg.), Gender und Diversity (Fn. 5), S. 35 (38 ff.), scharf kritisiert.
- 89 So wohl eine der vielen Befürchtungen von Rupert Scholz, (Fn. 54), Art. 3 Abs. 1, passim. Allerdings lohnt sich hier, wie so oft, die Lektüre der Originale, formulierte doch Karl Marx, Kritik des Gothaer Programms (1875), MEW 19, Berlin 1962, S. 21, als Utopie „Jeder nach seinen Fähigkeiten, jedem nach seinen Bedürfnissen!“, mithin gerade keine statische absolute Verteilungsgleichheit.
- 90 Wolfgang Rüfner, (Fn. 54), Art. 3 Abs. 1, Rn. 55, befürchtet, dass Egalität die freie Entfaltung der Persönlichkeit verhindert.
- 91 OECD (Hrsg.), *Divided We Stand. Why Inequality Keeps Rising*, OECD Publishing 2011.

sozialen Zusammenhalt gefährden und politische Instabilität schaffen kann,⁹² wäre vielleicht sogar eine wünschenswerte Folge effektiven Gleichheitsrechts.

Zum anderen müssen befürchtete Freiheitsverluste immer daraufhin befragt werden, wessen Freiheit konkret gemeint ist;⁹³ für Personen, die bisher von diskriminierenden Kategorisierungen betroffen waren, ergibt sich ein erheblicher Freiheitsgewinn. Auch steht eine dogmatisch schlüssige Begründung für die unbedingte Beibehaltung des gesellschaftlichen Status quo noch aus. Welche *schützenswerten* Freiheiten oder sonstigen Verfassungsgüter sollen denn betroffen sein, wenn weiterhin Diskriminierungen⁹⁴ geduldet oder sogar gern genutzt werden, damit Privilegien⁹⁵ gar nicht erst thematisiert werden müssen?

In einem konsistenten Gleichheitskonzept können Freiheit, Gleichheit und Vielfalt nicht unabhängig voneinander gedacht und auch nicht gegeneinander ausgespielt werden. Der Gleichheitssatz hat eine freiheitssichernde Funktion, denn gleiche Anerkennung, gleiche Rechte und gleiche Teilhabe sind kein Selbstzweck, sondern die Basis einer selbst bestimmten Lebensführung für möglichst viele Menschen. Auf Freiheit und Vielfalt zielendes Gleichheitsrecht strebt nicht die Assimilation an, sondern senkt die Opportunitätskosten für Menschen, die von hegemonialen Normen abweichen.

E. Diversity als Begriff der Rechtstheorie

Diversity gehört nicht zum gesicherten Bestand der Gleichheitsrechtsdogmatik, obwohl dieses Konzept sich sogar als deren Leitbild anbieten würde. Stattdessen wird stetig auf Differenzen Bezug genommen, die als Minderheiten, Anderssein oder Ausnahmen thematisiert werden, also in Vorstellungen von Abweichungen von einer Norm. Diese Norm wird nicht expliziert, sondern ist wohl im Umkehrschluss aus den Beschreibungen von Abweichungen, wie sie sich bspw. in Art. 3 Abs. 3 GG finden, herzuleiten. Soll das Modell von Norm und Abweichung aber durch ein nicht-hierarchisches Verständnis menschlicher Vielfalt abgelöst werden, bietet es sich an, den unausgesprochenen Normalfall von Rechtssubjektivität einer Beschreibung zugänglich zu machen, die seine Besonderheit deutlich werden lässt. Da die Rechts-

92 OECD-Generalsekretär *Angel Gurria*, www.oecd.org/document/54/0,3746,de_34968570_35008930_49176950_1_1_1,1,00.html (30.1.2012); zu übermäßigen sozialen Spannungen als Gefahr für die Demokratie auch *Wolfgang Rüfner*, (Fn. 54), Art. 3 Abs. 1, Rn. 55.

93 Fragwürdig ist daher die abstrakte Entscheidung für einen grundsätzlichen Vorrang der Freiheit vor der Gleichheit, so aber *Manfred Gubelt* (Fn. 69), Art. 3, Rn. 2; auch die Verhältnisbestimmung von faktischer Gleichheit und rechtlicher Freiheit bei *Christian Starck* (Fn. 76), Art. 3 Abs. 1, Rn. 4, gewinnt nur durch Verabsolutierung der jeweiligen Bezugsgröße eine leichte Plausibilität.

94 Für diesbezügliche Diskussionen gibt es nun eine erste Datenbasis: *Hubert Rottleuthner/Matthias Mahlmann/Hiroki Kawamura/Alexander Klose/Jenny Mahrh/Ulrike Müller/Markus Schlaab*, Diskriminierung in Deutschland. Vermutungen und Fakten, Baden-Baden 2011.

95 Bspw. zu Weißsein als Privileg vgl. *Eske Wollrad*, Weißsein im Widerspruch. Feministische Perspektiven auf Rassismus, Kultur und Religion, Königstein/Taunus 2005, mwN. Zur Bildung von Eliten *Elisabeth Nöstlinger/Ulrike Schmitzer* (Hrsg.), Bourdieu's Erben, Wien 2007.

dogmatik sich solchen praxisfernen Ausführungen gewöhnlich verweigert, ist in jedem Bereich der Rechtswissenschaft nach Antworten zu suchen, den ich hier als Rechtstheorie⁹⁶ bezeichnen möchte.

I. Das ideale Rechtssubjekt

Angesichts der Vielfalt menschlicher Identitäten ließe sich bezweifeln, dass es überhaupt eine Regelmässigkeit des Rechtssubjekts geben könne. Allerdings ist Gegenstand der Betrachtung nicht eine reale Person, sondern eine rechtliche Bezugsgröße. Es ist gerade ein Merkmal von Gesetzesrecht, dass es von konkreten Rechtsunterworfenen abstrahiert, um seiner Aufgabe allgemeiner Regulierung nachkommen zu können. Der Wunsch nach dem gleichheitsfähigen Subjekt, von dessen Besonderheiten sich absehen lässt, damit Recht funktioniert, ist verständlich. Nachteil ist, dass Identitäten jenseits des idealen Rechtssubjekts von darauf bezogenen Rechtsnormen nicht mehr fraktionslos erfasst werden. Auch liegt der Verdacht nahe, dass die Konstruktion eines idealen Rechtssubjekts als Norm nicht nur hierarchische Verhältnisse zu alternativen Subjekten schafft, sondern ein vor dem modernen Gleichheitsrecht liegendes Modell von Rechtssubjektivität tradiert. Und dabei handelt es sich weder um ein pluralistisches noch um ein Rechtssubjekt ohne Eigenschaften.

II. Gesellschaftsvertrag und exklusive Rechtssubjekte

Wesentliche und auch für unser heutiges Verständnis noch relevante Grundzüge des Rechtssubjektes skizzieren die ersten gesellschaftsvertraglichen Modelle als Rechtfertigung moderner Staatlichkeit. Die Antwort der Rechtsphilosophen auf die Regulierungsherausforderung aus proklamierter Gleichheit und strukturellen gesellschaftlichen Ungleichheiten war schon damals Exklusivität. Die Trias von Gender/Race/Class hat vielleicht doch nicht allein US-amerikanische Wurzeln. Anhand dieser drei Kategorisierungen⁹⁷ wurden auch im europäischen Rechtsraum Zugehörigkeiten und Ausschlüsse konstituiert.

Keine Partner des Gesellschaftsvertrages waren zunächst einmal die Frauen.⁹⁸ Angesichts des neuen Paradigmas von der Freiheit und Gleichheit *aller* Menschen

96 Abweichend vom sonstigen Begriffsverständnis der Verfasserin soll Rechtstheorie an dieser Stelle Konzeptionen und Ideen beschreiben, die vor der Rechtsdogmatik und dieser zugrunde liegen [im Sinne eines nicht nur individuellen Vorverständnisses] und sich ferner dadurch auszeichnen, dass sie in der Rechtswissenschaft trotz ihrer Bedeutung oft so wenig Beachtung erfahren, dass interdisziplinäre Zugänge unerlässlich sind.

97 Vgl. zu Schichtzugehörigkeit, Geschlechtszuschreibung und Ausländereigenschaft als zentralen Diskriminierungskategorien auch *Ekkehard Stein*, (Fn. 78), Art. 3 Rn. 17 ff.

98 Ausführlich hierzu *Gabriele Wilde*, Das Geschlecht des Rechtsstaats, Frankfurt aM 2001, insbes. S. 110 ff.

scheint dies kaum rechtfertigungsfähig.⁹⁹ Ihr Ausschluss wurde aber ontologisiert, indem mit dem Wesen der Frau argumentiert wurde, der es an Vernunft und Wille mangele und deren Körperlichkeit einer vollen Subjektfähigkeit ebenso im Wege stehe.¹⁰⁰ Hintergrund waren die Machtverhältnisse im sog. Privatbereich: Da der Mann weiterhin das Oberhaupt der Familie bleiben und vor allem die sog. reproduktive Arbeit weiterhin unbezahlt verrichtet werden sollte,¹⁰¹ durften Frauen keine ebenbürtigen Partnerinnen des Gesellschaftsvertrages und Rechtssubjekte sein.¹⁰²

Ebenfalls vom Gesellschaftsvertrag und Subjektstatus ausgeschlossen waren *people of colour*. Auch dieser Ausschluss wurde ontologisiert, indem *people of colour* die Fähigkeit zu Vernunft, Mäßigung und Freiheit wesenhaft abgesprochen wurde; sie wurden unmündigen Kindern gleichgestellt.¹⁰³ Wieder standen handfeste ökonomische Interessen im Hintergrund, die gleichberechtigte Anerkennung der Einwohner/innen der kolonisierten Gebiete hätte nicht nur die Mehrheitsverhältnisse im „Mutterland“ wesentlich verändert, sondern auch koloniale Ausbeutungsprozesse erschwert. Offen ökonomisch war der dritte große Ausschlussgrund formuliert: Partner des Gesellschaftsvertrages und Staatsbürger sollte nur sein, wer sich selbst er-

⁹⁹ Eine Rechtfertigung lässt sich auch nicht mit Verweis auf den „Zeitgeist“ konstruieren, wonach ein anderes Denken des Geschlechterverhältnisses noch gar nicht möglich gewesen sei. Die Gleichheit der Geschlechter war längst philosophisch begründet worden – vgl. nur *Marie le Jars de Gournay*, *Égalité des hommes et des femmes* (1622), Genève 1993, und *François Poullain de la Barre*, *De l'Égalité des deux sexes* (1673) [Nachdruck der Übersetzung in: Irmgard Hierdeis, „Die Gleichheit der Geschlechter“ und „Die Erziehung der Frauen“ bei Poullain de la Barre, Frankfurt aM 1993, S. 124 f.] – und wurde im Umfeld der französischen Revolution auch wieder vehement gefordert – vgl. nur *Olympe de Gouges*, *Déclaration des Droits de la femme et de la citoyenne* (1791) [Nachdruck der Übersetzung in: Ute Gerhard/Petra Pommerenke/Ulla Wischermann (Hrsg.), *Klassikerinnen feministischer Theorie*, Bd. I, Königstein/Taunus 2008, S. 19–23]; *Jean Antoine de Condorcet*, Über die Zulassung der Frauen zum Bürgerrecht (1789) [Nachdruck in: Hannelore Schröder (Hrsg.), *Die Frau ist frei geboren*, Bd. 1, München 1979, S. 55–62]; *Judith Sargent Murray*, *On the Equality of the Sexes* (1792) [Nachdruck in: Sharon M. Harris (Hrsg.), *Selected writings of Judith Sargent Murray*, New York 1995, S. 3–14]; *Theodor Gottlieb von Hippel*, Über die bürgerliche Verbesserung der Weiber, Berlin 1792.

¹⁰⁰ Vgl. hierzu Friederike Habermann, Freiheit, Gleichheit, Ausschluss, in: Gundula Ludwig/ Birgit Sauер/Stefanie Wöhl (Hrsg.), *Staat und Geschlecht*, Baden-Baden 2009, S. 199 (201 f.).

¹⁰¹ Besonders schön hat Johann Gottlieb Fichte, Erster Anhang des Naturrechts, in: Werke, Bd. 2, Jena/Leipzig 1796, dies mit Deduktionen zu verschleiern versucht, wobei er nach einigen bemerkenswerten Ausführungen zum Geschlechtsverkehr (§§ 1 ff.) über das Wesen der Ehe schließlich dahin kommt, dass der Mann im Staat als Rechtssubjekt für die Ehe steht und die Frau aus dem öffentlichen Leben verschwindet (§§ 15 ff.); letzterem folgend Wilhelm Joseph Behr, System der allgemeinen Staatslehre, Bd. I, Bamberg/Würzburg 1804, S. 324.

¹⁰² Der Gesellschaftsvertrag konstituiert neben der politisch-rechtlichen Öffentlichkeit als deren Gegengestück auch die unpolitische und rechtsfreie Privatsphäre, auf welche die Frauen durch einen korrespondierenden hierarchischen *Geschlechtervertrag* verwiesen und in der sie untergeordnet werden, grundlegend Carole Pateman, *The Sexual Contract*, Stanford 1988.

¹⁰³ Zu diesen Diskursen Monika Firla, Kants Thesen vom „Nationalcharakter“ der Afrikaner, seine Quellen und der nicht vorhandene „Zeitgeist“, in: IWK-Mitteilungen 3/1997, S. 7–17; Friederike Habermann, Freiheit, Gleichheit, Ausschluss (Fn. 100), S. 199 (203).

halten konnte.¹⁰⁴ Damit waren die Besitzlosen ebenso ausgeschlossen wie alle abhängig Beschäftigten.

Subjekt des Rechts und Staatsbürger konnte daher nur sein, wer zur Gruppe der *weißen*, rationalen,¹⁰⁵ erfolgreichen und vermögenden Männer zählte. Diese exklusive Rechtssubjektivität ist auch keine unangenehme Historie, die als überwunden angesehen werden darf. Eine Kanzlerin macht kein inklusives Rechtssubjekt. Selbstverständlich können wir eine rhetorische Evolution des exklusiven Modells beobachten. Die Freiheit und Gleichheit aller Staatsbürger/innen wird mit ihrer ökonomischen Vernünftigkeit verknüpft, der modernisierte Gesellschaftsvertrag beruht auf einem normativen Individualismus, der wiederum eine Homogenisierung des Gemeinwesens anstrebt.¹⁰⁶ Die dabei entstehenden Ausschlüsse sind denen des früheren Modells freilich nur allzu ähnlich.

III. Inklusion durch pluralistische Demokratieverständnisse

Auch dem derzeitigen demokratischen System in Deutschland gelingt es nicht, gesellschaftliche Diversität zu verarbeiten oder auch nur angemessen abzubilden. Die mangelnde Repräsentation nicht eindeutig männlicher sowie nicht eindeutig *weisser* Bevölkerungsteile seien nur als zwei ins Auge stechende Beispiele genannt.¹⁰⁷ Vor allem aber scheint es der Rechtswissenschaft grundsätzlich an zukunftsähnlichen Konzepten pluralismustauglichen Regierens zu mangeln. Wer glaubt, dass Demokratie per se pluralistisch orientiert sei, kennt die Tradition der deutschen Staatsrechtslehre nicht. Kein Geringerer als Carl Schmitt attackierte den Kern der Weimarer Republik mit der These, Demokratie setze die Homogenität des Volkes voraus.¹⁰⁸ Diese Ansicht zeugte zwar von ebenso wenig Sportsgeist wie Kenntnis der Materie, fand aber erheblichen Anklang und Nachhall auch in der Bonner Republik.¹⁰⁹

104 Bei *Immanuel Kant*, Die Metaphysik der Sitten, Rechtslehre II, Königsberg 1803, § 46, S. 195 ff., ist nachzulesen, dass keine aktiven (stimmberechtigten) Staatsbürger die Gesellen, Dienstboten, Unmündigen und alle Frauen sind sowie jeder, der weisungsabhängig seinen Lebensunterhalt verdient.

105 Angesichts des Umstandes, dass Menschen mit geistiger Behinderung in Deutschland (völkerrechtswidrig) weder das Wahlrecht noch volle Geschäftsfähigkeit genießen, sei dieser Punkt hier noch einmal besonders betont.

106 Instruktiv Friederike Habermann, Freiheit, Gleichheit, Ausschluss (Fn. 100), S. 207 ff.; Gabriele Wilde, Der Geschlechtervertrag als Bestandteil moderner Staatlichkeit, in: Gundula Ludwig u.a. (Hrsg.), Staat (Fn. 100), S. 31 (36 ff.).

107 Dazu Lena Foljanty, Demokratie und Partizipation, in: dies./Ulrike Lembke (Hrsg.), Feministische Rechtswissenschaft. Ein Studienbuch, 2. Aufl., Baden-Baden 2012, S. 287–309.

108 Carl Schmitt, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, 3. Aufl., Berlin 1961, S. 13 ff., wobei immerhin seine Kritik am Gesellschaftsvertrag bemerkenswert scharfsinnig ist.

109 Vgl. dazu auch Ulrike Davy, Integration of Immigrants in Germany, European Journal of Migration and Law 7 (2005), S. 123 (125).

Die wertrelativistische und strikt formalistische,¹¹⁰ aber damit eben auch höchst pluralismustaugliche Demokratietheorie des Weimarer Staatsrechtslehrers Hans Kelsen wird dagegen erst langsam wieder entdeckt.¹¹¹ Hans Kelsen hatte autobiographische Erfahrungen¹¹² mit dem Leben in einem Vielvölkerstaat und große Sympathien für die Weimarer Republik, er glaubte weder an gemeinsame Wesenszüge einer Nation noch an letzte Wahrheiten und er hielt die repräsentative Demokratie für die real bestmögliche, inklusive und freiheitssichernde Herrschaftsform in modernen pluralistischen Staaten. Er war ein radikaler Demokrat im besten Sinne.¹¹³ Diskursive Verfahren der Mehrheitsbildung statt elitäre Erkenntnis der Wahrheit bzw. des Gemeinwohls – die Lektüre seiner Schriften bietet auch heute noch interessante Alternativen zu exklusiven Gesellschaftsvertragsmodellen. Gemeinwohl und gemeinsame Wertvorstellungen zu Gunsten integrativer Konzepte angesichts pluraler Identitäten aufzugeben, ist ebenso das Ziel der radikalen Demokratietheorie von Chantal Mouffe.¹¹⁴ Auch sie setzt auf Verfahrensregelungen und Aushandlungsprozesse statt „gemeinwohl“ verpflichtete Homogenisierung.

Alternative Demokatiemodelle sind wichtig, noch wichtiger ist ihre Umsetzung in effektives Recht. In Folge nicht nur der Ereignisse im Zusammenhang mit dem Umbau des Stuttgarter Hauptbahnhofs haben Diskussionen zur Ausweitung der Elemente direkter Demokratie, rechtlich abgesicherter Entscheidungsbeteiligung und partizipatorischen Verfahrensmodellen begonnen, die hier nicht nachgezeichnet werden müssen. Alle diese Modelle leben von Voraussetzungen, die rechtlicher Regulierung nicht vollständig entzogen sind.

¹¹⁰ Diesen Umgang mit (religiöser) Diversität pflegte schon Elisabeth I. (1533-1603), die ihr strikt formalistisches Konzept der anglikanischen Staatskirche mit den Worten begründete: „I have no desire to make windows into men's souls.“

¹¹¹ Lesenswert: *Hans Kelsen*, Verteidigung der Demokratie. Abhandlungen zur Demokratietheorie, ausgew. und hrsg. von Matthias Jestaedt und Oliver Lepsius, Tübingen 2006. Zur herausragenden Bedeutung von Kelsens Demokratietheorie vgl. *Kathrin Groh*, Demokratische Staatsrechtslehrer in der Weimarer Republik: von der konstitutionellen Staatslehre zur Theorie des modernen demokratischen Verfassungsstaats, Tübingen 2010.

¹¹² Aus dieser Perspektive bietet sich Hans Kelsen als Role Model für die rechtswissenschaftliche Befasung mit Diversität ohnehin geradezu an: Sein Lebenslauf umfasste vier Staatsbürgerschaften und drei Religionszugehörigkeiten, aber keine Parteimitgliedschaft, und er arbeitete u.a. als Rechtstheoretiker, Rechtssoziologe, Rechtsphilosoph, Völkerrechtler, Staatsrechtslehrer, Demokratietheoretiker, Verfassungsrichter, Professor und Rechtsberater.

¹¹³ Überaus irritierend ist angesichts dessen, wie der Deutsche Bundestag es kürzlich hingenommen hat, vom Oberhaupt der katholischen Kirche vor den Lehren dieses Weimarer Staatsrechtslehrers gewarnt zu werden (vgl. die Papstrede unter www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/speeches/2011/september/documents/hf_ben-xvi_spe_20110922_reichstag-berlin_ge.html [30.1.2012] inklusive fehlerhafter Sekundärquelle in Fn. 5), und erklärlich wohl nur mit einer Geschichtsvergessenheit, die sich in Bezug auf jüdische Emigrant/innen ganz besonders entfaltet.

¹¹⁴ Vgl. *Chantal Mouffe*, Über das Politische. Wider die kosmopolitische Illusion, Frankfurt aM 2007; *dies.*, The Democratic Paradox, London/New York, 2000; *dies.*, Dimensions of Radical Democracy, London/New York, 1992.

F. Diversity als rechtsdogmatische Herausforderung

Die Garantie einer gleichberechtigten Teilhabe an partizipatorischen Verfahren und demokratischen Entscheidungsprozessen erfordert wie die Garantie der Gleichheit insgesamt einen kritischen Blick auf gesellschaftliche Machtverhältnisse. Wer durch Diskriminierung auf Grund von (zugeschriebenen) Gruppenzugehörigkeiten schon an gesellschaftlicher Teilhabe gehindert wird, wird erst recht kaum Zugang zu demokratischen Verfahren oder Repräsentation finden. Schutz vor Diskriminierung ist die Voraussetzung, damit Menschen sich in ihrer Vielfalt in ein verfasstes Gemeinwesen einbringen können. Antidiskriminierungsrecht ist Voraussetzung und „kleine Münze“ inklusiver demokratischer Modelle.

I. Diversity: Leitbild von Antidiskriminierungsrecht

Es lassen sich drei Ziele von Antidiskriminierungsrecht identifizieren: individuelle Gleichbehandlung, formale und materielle Chancengleichheit sowie die Vielfalt fluider Identitäten.¹¹⁵ Dies meint die Zuerkennung gleicher Würde, gesellschaftliche Inklusion, Schutz vor sozialer Deprivation, das ermöglichen individueller Entfaltung bei Achtung pluraler Identitäten, Schutz vor Assimilierungszwängen und diskriminierenden Zuschreibungen sowie die gleichberechtigte Anerkennung selbst gewählter Gruppenzugehörigkeiten oder des Wechsels zwischen ihnen. Diversity als die Möglichkeit gesellschaftlicher und individueller nicht-hierarchischer Vielfalt menschlicher Identitäten ist damit Leitbild wie Aufgabe von Antidiskriminierungsrecht. Vor welchen Herausforderungen steht angesichts der damit verbundenen Komplexitätsmaximierung¹¹⁶ die Rechtsdogmatik?

II. Kategoriendilemma

Die wesentlichste Komplexitätsreduktion erfolgt im Antidiskriminierungsrecht durch die Beschränkung auf einige relevante Kategorisierungen. Ein Vorwurf, der hiergegen vorgebracht wird, ist, dass dies gesellschaftliche Vielfalt nicht abbilde und gegen die Idee des Gleichheitsgedankens an sich verstöße. Diese Kritik läuft Gefahr, die Aufgabe von Antidiskriminierungsrecht zu verkennen.¹¹⁷ Auch wenn Vielfalt das Ziel ist, ist der Weg dorthin nicht Beliebigkeit. Die Frage nach gesellschaftlich rele-

¹¹⁵ Dagmar Schiek (Fn. 77), Einleitung, Rn. 42 ff.

¹¹⁶ So zu Intersektionalität Aline Oloff, Integrale Interdependenz – Komplexitätsmaximierung in den Gender Studies, www.querelles.net/de/index.php/qn/article/view/659/667 (30.1.2012).

¹¹⁷ Zugleich ist die Kritik ein zutreffender Hinweis darauf, dass (Antidiskriminierungs-)Recht gerade aus Sicht eines umfassenderen Diversity-Ansatzes ein überaus zweifelhaftes Instrument darstellt. Judith Butler, Zur Kritik der ethischen Gewalt, Frankfurt aM 2001, legt dar, dass Denken und Handeln, welches Identität und Normen über den Prozess lebendigen Aushandlens und Austausches zwischen Individuen stellt, selbst als gewaltförmig anzusehen ist; soll dies vermieden werden, bedarf es der Fähigkeit und Bereitschaft, sich auf nicht-normierte, interaktionelle Prozesse einzulassen und ungeordnete Mannigfaltigkeit auszuhalten.

vanten Hierarchisierungen muss immer im Zentrum stehen.¹¹⁸ Damit soll aber nicht bestritten werden, dass die Regelungstechnik einer beschränkten Zahl von Kategorisierungen auch erhebliche Probleme aufwirft. Drängend ist vor allem die Frage, ob die „richtigen“ Kategorisierungen ausgewählt wurden.¹¹⁹

Der Kategorien-Katalog zum Schutz vor Benachteiligung in Art. 3 Abs. 3 GG ist nicht zuletzt aus der historischen Situation bei Erlass des Grundgesetzes zu erklären.¹²⁰ Ähnliches gilt für das europäische Recht und das überregionale Völkerrecht. Erfreulich ist, wenn damit die wesentlichen Strukturen gesellschaftlicher Hierarchisierung und die wesentlichen Barrieren für den Zugang zu Ressourcen und gesellschaftliche Teilhabe zutreffend erfasst sind. Es ist aber auch nicht auszuschließen, dass Kriterien-Kataloge ihrerseits Ausdruck von Exklusion und Herrschaftsverhältnissen sind. Für das deutsche Recht seien drei mögliche Beispiele genannt.

Geschlechtliche Identität und sog. sexuelle Orientierung sind zwar vom Schutzbereich des AGG erfasst, um Diskriminierungen in der Arbeitswelt und beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen zu verhindern. Da die sexuelle Identität aber trotz erheblicher Bemühungen keine Aufnahme in den Gleichheitssatz des Grundgesetzes gefunden hat,¹²¹ kann das nationale Gesetzesrecht weiterhin alle Formen des Zusammenlebens benachteiligen, die von der sog. Kernfamilie abweichen. Grund hierfür sind nicht nur überkommene Moralvorstellungen, sondern auch bevölkerungspolitische Erwägungen.¹²² Das zweite Beispiel wurde bereits angesprochen: Soziale Herkunft ist trotz ihrer immensen Bedeutung für Anerkennung und gesellschaftliche Teilhabe keine Kategorie des in Deutschland geltenden Antidiskriminierungsrechts.¹²³ Schließlich ist die aus dem Völkerrecht stammende Regelung zu nennen, nach welcher Diskriminierungen auf Grund der Staatsangehörigkeit grundsätzlich zulässig sind. Davon abgesehen, dass die drängende Vermutung besteht, dass auf

¹¹⁸ Vgl. *Patricia Purtschert*, Diversity Management: Mehr Gewinn durch weniger Diskriminierung?, *femina politica* 1/2007, S. 88–96; ferner auch *Christian Horn*, Neue Konzepte, alte Widersprüche, www.migration-boell.de/web/diversity/48_1708.asp (30.1.2012).

¹¹⁹ Zum Kategorienproblem vgl. auch *Nina Degele/Gabriele Winker*, Intersektionalität. Zur Analyse sozialer Ungleichheiten, Bielefeld 2009, S. 15 ff.; grundlegend *Antje Hornscheidt*, Sprachliche Kategorisierung als Grundlage und Problem des Redens über Interdependenzen, in: *Katharina Walgenbach* u.a. (Hrsg.), Gender als interdependent Kategorie (Fn. 7), S. 65–106.

¹²⁰ Vgl. *Michael Wräsel/Alexander Klose*, Gleichheit unter dem Grundgesetz, in: *Lena Foljanty/Ulrike Lembke* (Hrsg.), Feministische Rechtswissenschaft (Fn. 107), S. 89 (104).

¹²¹ Vgl. die Kampagnen unter www.artikeldrei.de/start/ und <http://artikel3.gays.de/> (30.1.2012).

¹²² Eine verfassungsrechtlich gebotene Schlechterstellung der Eingetragenen Lebenspartnerschaft gegenüber der Ehe begründete Richterin am BVerfG *Evelyn Haas* in ihrem Sondervotum wie folgt: „Denn sie ist nicht auf ein eigenes Kind angelegt, führt nicht zu Elternverantwortlichkeit und erbringt dadurch keinen Beitrag für die Zukunftsfähigkeit von Staat und Gesellschaft.“ (BVerfGE 105, 313, 362).

¹²³ Diese Aussage ist insofern nicht zutreffend, als Art. 21 GRC bei der (nationalen) Durchführung von Unionsrecht zu beachten ist, und könnte sich überdies durch das künftige Landesantidiskriminierungsgesetz von Berlin ändern, vgl. den Gesetzentwurf mit Erläuterungen von *Alexander Klose* unter www.berlin.de/imperia/md/content/lb_ads/materialien/diskriminierung/ladg.pdf?start&cts=1316791291&file=ladg.pdf (30.1.2012).

diesem Wege der Schutz vor rassistischer Diskriminierung weitgehend ausgehebelt wird, dürfte kaum Zweifeln unterliegen, dass die Unterscheidung zwischen Staatsangehörigen und „Fremden“ eine wesentliche gesellschaftliche Hierarchisierung darstellt.

Diversity als Leitbild des Antidiskriminierungsrechts ernst genommen, verlangt dessen Änderung.

III. Mehrdimensionale Diskriminierung

Dabei ist die Frage nach den „richtigen“ Kategorisierungen mitnichten die einzige dogmatische Herausforderung, der sich die Beachtung von Diversity im deutschen Antidiskriminierungsrecht gegenüber sieht. Selbst wenn zugrunde gelegt würde, dass es sich bei den Kategorisierungen des Grundgesetzes und des AGG um abschließende und hinreichende Regelungen handelt, wirft der Umgang mit diesen Kategorisierungen in der Rechtspraxis nicht unerhebliche Probleme auf. Rechtsdogmatik orientiert sich für die Feststellung einer Diskriminierung an Vergleichsgruppen,¹²⁴ wobei Kategorisierungen dazu dienen, die Vielfalt menschlicher Identitäten in eine (überschaubare) Vielfalt von Gruppenzugehörigkeiten zu überführen.¹²⁵ Nun ist aber die Wahrscheinlichkeit äußerst gering, dass Menschen nur eine dieser Gruppenzugehörigkeiten aufweisen. Diversity adressiert damit auch das Problem des noch eher unausgereiften¹²⁶ rechtlichen Umgangs mit sog. mehrdimensionaler Diskriminierung.

Mehrdimensionale Diskriminierung kann in verschiedenen Formen auftreten.¹²⁷ Die sog. additive Diskriminierung scheint dabei durchaus noch dogmatisch zu bewältigen zu sein. Damit wird beschrieben, dass eine Person in verschiedenen Situationen oder von verschiedenen Personen/Institutionen auf Grund jeweils verschiedener Gruppenzugehörigkeiten diskriminiert wird. Selbstverständlich muss jede Diskriminierung einzeln auf ihre Rechtfertigungsfähigkeit nach den jeweils einschlägigen Vorschriften überprüft werden. Schwieriger wird es, wenn eine konkrete Diskrimi-

124 Interessanterweise korrespondieren der Gruppenorientierung in der Rechtsdogmatik keine positiv-rechtlichen kollektiven Verfahrensrechte.

125 Gerade gruppenbezogene Identitätspolitiken werden von kritischen Ansätzen wie der Intersektionalität aber scharf angegriffen, vgl. dazu *Dagmar Schiek* (Fn. 77), § 4, Rn. 3.

126 Kritisch *Beate Rudolf*, Gleichbehandlungsrecht und Öffentliches Recht, in: dies./Matthias Mahlmann (Hrsg.), Gleichbehandlungsrecht, Baden-Baden 2007, Rn. 77. Allerdings wird dem AGG grundsätzlich zugeraut, Intersektionalität institutionalisieren zu können, so *Dagmar Vinz/Katharina Schiedelicig*, Antidiskriminierungspolitik, in: Sandra Smykalla/Dagmar Vinz (Hrsg.), Intersektionalität (Fn. 7), S. 281–297.

127 Vgl. auch die umfassende Expertise von *Susanne Baer/Melanie Bittner/Anna Lena Götsche*, Mehrfach-, mehrdimensionale und intersektionale Diskriminierung im Rahmen des AGG, Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Berlin 2010.

nierung auf dem Zusammentreffen oder der Wechselwirkung mehrerer Kategorisierungen beruht.¹²⁸

Kimberlé Crenshaw, die als Pionierin für die Entwicklung des Konzepts Intersektionalität gilt,¹²⁹ bezieht sich zur Veranschaulichung auf den Fall DeGraffenreid v. General Motors. Von einer Massenentlassung bei General Motors waren hauptsächlich Schwarze Mitarbeiterinnen betroffen, die wegen einer von ihnen vermuteten mittelbaren Diskriminierung Klage erhoben. Das Gericht wies die Klage ab. Eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts sei nicht gegeben, da *weiße* Frauen von den Entlassungen nicht nennenswert betroffen waren; eine rassistische Diskriminierung hätte vorausgesetzt, dass auch Schwarze Männer in erheblichem Umfang entlassen worden wären; die Anerkennung Schwarzer Frauen als eigenständige Gruppe würde eine neue Superkategorie schaffen und den Rahmen des Diskriminierungsschutzes sprengen. Damit ließ das Gericht diejenigen schutzlos, die nicht nur additive Diskriminierungen befürchten mussten, sondern gerade auf Grund ihrer Positionierung an der Schnittstelle mindestens zweier Kategorisierungen besonders diskriminierungsgefährdet waren.

Im geltenden deutschen Recht scheint das Problem mehrdimensionaler Diskriminierung durch die Regelung in § 4 AGG gelöst zu sein, wonach eine Benachteiligung wegen mehrerer Gründe nur gerechtfertigt sein kann, wenn sich die Rechtfertigung auf alle diese Gründe erstreckt. Ob dies allerdings in der Rechtspraxis über die Behandlung additiver Diskriminierung hinaus Wirkung entfalten kann, bleibt abzuwarten.¹³⁰ Bevor eine mögliche Rechtfertigung geprüft werden kann, muss zunächst die Diskriminierung erkannt werden. Da die Rechtsdogmatik mit Vergleichsgruppen arbeitet,¹³¹ können sich gerade bei einer mittelbaren intersektionellen Diskriminierung hier wesentliche Schwierigkeiten ergeben, die zu Ergebnissen wie im Fall De-

128 Eine Ahnung der damit verbundenen Herausforderungen vermitteln die Beiträge in: *Jutta Jacob/Swantje Köbsell/Eske Wollrad* (Hrsg.), *Gendering Disability. Intersektionale Aspekte von Behinderung und Geschlecht*, Bielefeld 2010.

129 Der Klassikertext ist *Kimberlé Crenshaw*, Demarginalizing the Intersection of Race and Sex. A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics, The University of Chicago Legal Forum 1989, S. 139–167.

130 Zum Problem mehrdimensionaler Diskriminierungen kritisch und praxisbezogen *Julia Zinsmeister*, Mehrdimensionale Diskriminierungen, in: *Theresa Degener u.a. (Hrsg.)*, *Antidiskriminierungsrecht. Handbuch für Lehre und Beratungspraxis*, Frankfurt aM 2008, S. 200–208.

131 Das Bewusstsein für die hiermit verbundenen Probleme ist eher gering; völlige Absenz bei *Jobst-Hubertus Bauer/Burkard Göpfert/Steffen Krieger*, AGG. Kommentar, 3. Aufl., München 2011, § 4; keine Erwähnung der Vergleichsgruppen-Problematik bei *Ursula Rust* (Fn. 86), § 4; Annahme der unproblematisch möglichen isolierten Betrachtung einzelner Kategorien bei *Burkhard Voigt*, in: *Aino Schleusener/Jens Suckow/Burkhard Voigt*, Kommentar zum AGG, 2. Aufl., Neuwied 2008, § 4, Rn. 9.

Graffenreid v. General Motors führen.¹³² Als Beispiel sei nur das Kopftuchverbot für Lehrerinnen genannt: Die Diskriminierung auf Grund der Religionszugehörigkeit wurde zwar gerechtfertigt, die Frage nach einer möglichen mittelbaren intersektionellen Diskriminierung muslimischer Frauen aber nicht einmal ernsthaft diskutiert.¹³³ Diversity fordert die Rechtsdogmatik heraus, sich nicht auf durch Kategorisierungen konstituierte Gruppenzugehörigkeiten allein zu verlassen, sondern die Positionierung von Personen innerhalb von und an den Schnittstellen zwischen Gruppen zu beachten und in dogmatische Konzepte zu integrieren.

IV. Postkategoriales Antidiskriminierungsrecht?

Die Problematik von durch Kategorisierungen konstituierten Gruppenzugehörigkeiten ist aber nicht nur, dass sie (komplexe) Realitäten nicht abzubilden vermögen, sondern auch, dass sie ihrerseits bestimmte Realitäten schaffen. Dieser Effekt ist schon früh als sog. feministisches Dilemma artikuliert worden: Wer Diskriminierungskategorien benennt, um Diskriminierung zu verhindern, konstruiert zugleich die geschützte Gruppe.¹³⁴ Die Gefahr, dass die dauerhafte Identifikation mit einer (ggf. erst durch die Schutzmaßnahme konstruierten) Gruppe der Preis ist, der für den Schutz vor Diskriminierung – insbesondere durch positive Maßnahmen, ohne die sich kaum etwas verändern wird – zu zahlen sein könnte, ist in der Tat nicht von der Hand zu weisen.¹³⁵

Solchen Kollateralschäden des Diskriminierungsschutzes steht Diversity als Leitbild aber diametral entgegen.¹³⁶ Es geht um mehr als Gleichheit ohne Angleichung: Der Schutz vor Diskriminierung und die rechtliche Ermöglichung und Unterstützung einer vielfältigen Gesellschaft müssen ohne Assimilierungzwang oder Anknüpfung an essentialistische Kategorisierungen der Differenz erfolgen, selbst gewählte Gruppenzugehörigkeiten müssen ebenso respektiert werden wie ein Wechsel zwischen ihnen.¹³⁷ Zugleich sind viele Gruppenzugehörigkeiten gar nicht freiwillig gewählt, sondern aufgedrängt und zugeschrieben – ein Prozess der heteronomen Identitäts-

132 Allerdings sieht Wolfgang Däubler, in: ders./Martin Bertzbach (Hrsg.), AGG. Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2008, § 4, Rn. 20, angesichts der deutschen Methode der Vergleichsgruppenbildung weniger Schwierigkeiten als in der amerikanischen Rechtsprechung. Dagmar Schiek (Fn. 77), § 4, Rn. 8, gibt Beispiele für einen gelungenen gerichtlichen Umgang mit intersektioneller Diskriminierung in den USA und Großbritannien.

133 Diese Perspektive eröffneten aber Susanne Baer/Michael Wräse, Zwischen Integration und „westlicher“ Emanzipation. Verfassungsrechtliche Perspektiven zum Kopftuch(-verbot) und der Gleichberechtigung, KritV 4 (2006), S. 401–416, sowie Dagmar Schiek (Fn. 77), § 4, Rn. 10 ff.

134 Vgl. dazu Anja Schmidt, Grundannahmen des Rechts in der feministischen Kritik, in: Lena Foljanty/Ulrike Lembke (Hrsg.), Feministische Rechtswissenschaft (Fn. 107), S. 74 (84).

135 Vgl. nur Susanne Baer/Melanie Bittner/Anna Lena Götsche, Mehrfach-, mehrdimensionale und intersektionale Diskriminierung (Fn. 127), S. 21.

136 Skeptisch Tove Soiland, Gender als Selbstmanagement (Fn. 88), S. 37, wonach Managing Diversity gerade kein größeres Potential zur De-Ontologisierung aufweist, da es Differenzen konstruieren muss, um diese anerkennen zu können.

137 Ausdrücklich Dagmar Schiek (Fn. 77), Einleitung, Rn. 48.

konstruktion, der durch gruppenbasierte rechtsdogmatische Konzepte auch noch unterstützt wird. In der fremdbestimmten Zuweisung einer Gruppenzugehörigkeit kann aber selbst eine schwer wiegende Benachteiligung liegen. Rechtsdogmatik und Rechtspraxis müssen sich daher fragen lassen, ob sie in weiter entwickelten Formen nicht auch ohne beschädigende Gruppenzuweisungen auskommen, anders: ob es ihnen gelingt, ein postkategoriales Antidiskriminierungsrecht¹³⁸ zu entwickeln. Das wäre wohl eine der größten Herausforderungen, die Diversity für die Rechtswissenschaft derzeit aufwirft.

G. Diversity als Begriff der Rechtspolitik

Aus der mangelnden Verankerung im positiven Recht, den drängenden Anfragen an Konzepte von Rechtssubjektivität und demokratischer Inklusion sowie den dogmatischen Herausforderungen allein im Gleichheits- und Antidiskriminierungsrecht können diverse rechtspolitische Forderungen abgeleitet werden. Allerdings ist nicht zufällig, dass Diversity bisher kein anerkannter Rechtsbegriff ist. Diversity Management ist als explizit außerrechtliches Konzept in Deutschland eingeführt worden. So betonte der Verein Charta der Vielfalt in Deutschland, dass Diversity Management nicht in erster Linie der Umsetzung von Antidiskriminierungsgesetzen diene, sondern vielmehr das Risiko senke, Gegenstand antidiskriminierungsrechtlicher Schadensersatzklagen zu werden.¹³⁹ Danach würde Diversity (Management) als Alternative, Vermeidung oder Ersatzung von (Antidiskriminierungs)Recht dienen.¹⁴⁰ Angesichts der beschriebenen Herausforderungen bei der Inkorporation des Konzeptes in Rechtspraxis und Rechtswissenschaft könnte es vorzugswürdig scheinen, Diversity im Bereich der Personal- und Sozialpolitik zu belassen.

I. Gefahren der Deregulierung: neoliberal Governance-Strategien

Die Versuchung ist groß, Probleme gesellschaftlicher Diversifizierung außerrechtlich bewältigen zu lassen, und Konzepte von Diversity Management sind nicht zuletzt zu diesem Zweck entwickelt worden. Was aber wären die Konsequenzen einer solchen Deregulierung – weniger Diskriminierung, mehr Anerkennung für diverse Identitäten und eine gerechtere Ressourcenverteilung? Kann das Ziel gesellschaftlicher und in-

¹³⁸ Zur Überwindung des Gruppismus vgl. Susanne Baer, Chancen und Risiken Positiver Maßnahmen, www.migration-boell.de/web/diversity/48_2635.asp (30.1.2012); zu postkategorialen Ansätzen Tarek Naguib, Postkategoriale „Gleichheit und Differenz“, in: JFR (Hrsg.), Unparteilichkeit und Universalisierung. Dokumentation der Jahrestagung 2011, im Erscheinen.

¹³⁹ Vgl. die Erläuterung von Diversity Management unter www.vielfalt-als-chance.de/index.php?id=10 (31.10.2011); inzwischen ist die Seite überarbeitet und der Hinweis auf die Vermeidung von Schadensersatzklagen entfernt, vgl. www.charta-der-vielfalt.de/de/diversity/diversity-management.html (30.1.2012).

¹⁴⁰ Umgekehrt zu Antidiskriminierungsrecht als Rahmenbedingung von Managing Diversity Susanne Baer, Recht auf Vielfalt (Fn. 30), S. 104–120. Auch die Europäische Kommission, die ihre EU-weiten Bemühungen zur Implementierung von Diversitätsmanagement explizit als Maßnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierung (*tackling discrimination*) ansieht, ermöglicht eine etwas andere Perspektive, vgl. http://ec.europa.eu/justice/discrimination/diversity/index_en.htm (30.1.2012).

dividueller nicht-hierarchischer Vielfalt menschlicher Identitäten ohne entsprechende rechtliche Verankerung überhaupt sinnvoll angestrebt werden?

Der forcierte Wandel von traditionellen Gleichstellungspolitiken hin zu Strategien des Diversity Management lässt Beobachtungen zu, die eher Anlass zur Sorge geben. Statt der versprochenen Erweiterung bisheriger rechtlich abgesicherter Gleichstellungspolitiken um die Berücksichtigung weiterer Ungleichheitsdimensionen scheint es zu einem genuinen Politikwechsel zu kommen,¹⁴¹ dessen strukturelle Folgen noch nicht absehbar sind. Grundlegend besteht die Befürchtung, dass der hegemoniale ökonomische Impact von Diversity Management alle darauf beruhenden Konzepte als untauglich für emanzipatorische Gleichheitsgewinne erscheinen lässt.¹⁴² Zum einen fokussiert Diversity Management auf Personal und persönliche Vorurteile statt auf gesellschaftliche Strukturen.¹⁴³ Zum anderen formuliert Diversity Management als Ziel nur Anerkennung und nicht auch Teilhabe oder die Umverteilung von Ressourcen.¹⁴⁴ Und schließlich nimmt Diversity Management Unterschiede zwischen Menschen als (auszubeutende) Personalressourcen und nicht (auch) als Ausdruck von gesellschaftlichen Machtverhältnissen wahr.

In der Transformation vom wohlfahrtsstaatlichen zum neoliberalen Regieren droht Diversity Management zu einer Form neoliberaler Gouvernementalität zu werden, mit welcher soziale Ungleichheit dethematisiert, Zivilgesellschaft als Ressource ausbeutet und vormals externe Disziplinierungen durch individualisierende Zuschreibung von Verantwortung in die Individuen hineinverlagert werden: Diversitätspolitiken als Governance-Strategien werden Teil eines neoliberalen ökonomischen Projekts.¹⁴⁵ An ein solches Projekt kann die Verantwortung für demokratische Partizipation und die Einlösung von Gleichheitsversprechen aus der Aufklärung und aus dem Grundgesetz wohl kaum abgegeben werden. Vielmehr können neoliberalen Di-

141 Vorteile durch den europarechtlichen Strategienwechsel bezüglich der Geschlechtergleichheit erkennt *Sibylle Raasch*, Vom Verbot der Geschlechterdiskriminierung zum Schutz von Diversity, *KJ* 2004, S. 394 (402 f.); deutlich skeptischer ist *Susanne Baer*, Frauen und Männer, Gender und Diversität, in: *Kathrin Arioli u.a. (Hrsg.)*, Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht?, Zürich/St. Gallen 2008, S. 21 (30 ff.).

142 Vgl. schon bezüglich Gender *Michael Meuser*, Humankapital Gender (Fn. 79), S. 95–109; verhalten optimistisch: *Edelgard Kutzner*, Diversity Management, in: *Sandra Smykalla/Dagmar Vinz (Hrsg.)*, Intersektionalität (Fn. 7), S. 261–280.

143 Zur Gefahr des Verlusts von Struktursensibilität *Sonja Kubisch*, Wenn Unterschiede keinen Unterschied machen dürfen, Quer – denken, lesen, schreiben 07/2003. Zum begrenzten Veränderungspotential kritischer Selbstreflexion vgl. *Carole Pateman*, Contract (Fn. 102), S. 205.

144 Zur Verschiebung von Umverteilungs- hin zu Anerkennungspolitiken vgl. *Nancy Fraser*, Justice interrupted, New York/London 1997, S. 11–39.

145 Instruktiv *Birgit Sauer*, Diversity. Eine staats- und hegemonietheoretische Reflexion, *femina politica* 1/2007, S. 33–44; vgl. auch *Adelheid Biesecker/Claudia von Braummühl/Christa Wichterich/Uta von Winterfeld*, Die Privatisierung des Politischen, *femina politica* 2/2007, S. 28–41. Überraschend optimistisch, wenn nicht gar unangemessen affirmativ erscheint dagegen der Ansatz von *Silke Bothfeld/Mara Kuhl*, Gleichstellungspolitik und feministische Politikwissenschaft, in: *Gunnar Folke Schuppert/Michael Zürn (Hrsg.)*, Governance in einer sich wandelnden Welt, Wiesbaden 2008, S. 330–351.

versity-Projekte sich als Bestandteil oder Motor jener gesellschaftlichen Machtverhältnisse entpuppen, auf die einzuwirken gerade Aufgabe des Rechts ist.

II. Diversity als Rechtsbegriff

Auch wenn Recht und Rechtswissenschaft selbst keineswegs herrschaftsfreie Räume sind, sondern von gesellschaftlichen Machtverhältnissen ihrerseits geprägt, tragen sie doch immer auch das Moment des Kontrafaktischen in sich.¹⁴⁶ Damit sich dieses Moment auch im betrachteten Kontext entfalten kann, müssen Recht und Rechtswissenschaft zunächst ihren Selbststand gegenüber dem ökonomischen Paradigma mit einem eigenen Diversity-Begriff behaupten. Dieser kann sich weder auf Wertschätzung beschränken noch Hierarchisierungen ausblenden und darf Vielfalt nicht auf eine empirische Größe reduzieren – andernfalls ist die vernichtende Kritik von Catharine MacKinnon zu übertragen: „Difference [Diversity, d. Verf.] is the velvet glove on the iron fist of domination.“¹⁴⁷

Es gelten die zur Gleichheitsdogmatik angedeuteten Grundsätze: Für die wirksame Garantie gleicher Rechte, Freiheiten und Teilhabe sind Unterschiede zwischen Menschen für das Recht grundsätzlich irrelevant.¹⁴⁸ Ebenso für die wirksame Garantie gleicher Rechte, Freiheiten und Teilhabe sind (zugeschriebene) Unterschiede zwischen Menschen für das Recht hoch relevant, wenn sie Ausdruck oder Mittel struktureller gesellschaftlicher Hierarchisierungen sind. Der Gleichheitsgrundsatz fordert, dass das Recht auf solche kategorialen Unterschiede reagiert, die strukturelle Hindernisse für die Ausübung gleicher Rechte, Freiheiten und Teilhabe darstellen. Dies kann die ausdrückliche Anerkennung als gleichwertig erfordern, aber auch die Notwendigkeit „materieller“ Konsequenzen nach sich ziehen, bspw. für die Verwirklichung von Chancengleichheit in der Bildung, die Verteilung und Bewertung von Haus- und Sorgearbeit, die Regulierung von Formen menschlichen Zusammenlebens, das Zuwanderungsrecht und die politische Teilhabe jenseits von Staatsbürgerschaft oder den Umgang mit postkolonialen Ausbeutungsprozessen – um nur einige Regelungsfelder zu nennen.

Die für das Recht derzeit relevanten Unterschiede sind im Gleichheitsgrundsatz und im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz aufgeführt, wobei die Treffsicherheit dieser Regelungen nicht unumstritten ist. Auf welche Kategorisierungen sich künftige

¹⁴⁶ Zur Emanzipationskraft des Herrschaftsmittels Recht grundlegend *Kathrin Arioli u.a.* (Hrsg.), *Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht?*, Zürich/St. Gallen 2008.

¹⁴⁷ *Catharine A. MacKinnon*, *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1989, S. 219. [Übersetzung: Differenz ist der Samthandschuh auf der eisernen Faust der Herrschaft.]

¹⁴⁸ So auch *Wolfgang Däubler* (Fn. 132), Einleitung, Rn. 73, zum Vorwurf, Antidiskriminierungsrecht hebe die Privatautonomie auf. Ferner muss betrieblichen Strategien des Diversity Management durch das Persönlichkeitsrecht eine Grenze gezogen sein, sollen diese nicht im totalen Zugriff auf abhängig Beschäftigte oder gar der Tyrannie der Intimität enden, vgl. *Sonja Kubisch*, Wenn Unterschiede (Fn. 143); *Birgit Sauer*, Diversity (Fn. 145), S. 42 f.

Regelungen und dogmatische Konzepte beziehen sollten, ist wesentlich abhängig von gesellschaftlichen Entwicklungen. Gesellschaftliche Machtverhältnisse verschieben sich unter vielfältigen Einflüssen, nicht zuletzt durch die Regelungswirkungen von Gleichheits- und Antidiskriminierungsrecht. Diversity ist ein dynamisches Konzept¹⁴⁹ und zielt mittelfristig ohnehin auf Postkategorialität. Um den damit verbundenen Herausforderungen zu begegnen, ist die Rechtswissenschaft aufgerufen, ihre Gleichheitskonzepte zu reflektieren und im Hinblick auf die Erfordernisse einer pluralistischen Gesellschaft zu entwickeln. Und schließlich kann die Rechtswissenschaft nicht nur über Diversity sprechen, sondern muss sich selbst von ihren Konsequenzen erfassen lassen,¹⁵⁰ ihre (nicht nur) personelle Homogenität muss weiterem Wandel unterworfen sein.

- 149 Vgl. nur *Verena Bruchhagen/Iris Koall*, Managing Diversity, in: Ruth Becker/Beate Kordendieck (Hrsg.), Handbuch Frauen- und Geschlechterforschung, 2. Aufl., Wiesbaden 2008, S. 935 f.: „Die mögliche Gestaltungskraft des Diversity-Ansatzes liegt in den subtilen Momenten der Komplexitäts erhöhung, vor allem aber in der Reflexion und Bearbeitung der an sie gebundenen Irritationen und Anstrengungen.“.
- 150 Die Bereitschaft zu tief greifendem Wandel fordern auch *Lale Otyakmaz/Trina E. Roach*, Widerstand als Teil des Prozesses im Diversity-Management, www.migration-boell.de/web/diversity/48_1640.asp (30.1.2012).