

NILS WEINBERG

Selbstbestimmte Identität

Diversität und Gleichheit im Recht

1

Mohr Siebeck

Diversität und Gleichheit im Recht

herausgegeben von

Klaas Hendrik Eller, Anna Katharina Mangold,
Clara Rigoni und Emanuel V. Towfigh

1



Nils Weinberg

Selbstbestimmte Identität

Mohr Siebeck

Nils Weinberg, geboren 1996; 2019 Erste Juristische Prüfung; 2020 LL.M. (LSE); 2025 Promotion (HU Berlin); Rechtsreferendariat am Kammergericht und assoziierter Forscher an der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin.
orcid.org/0009-0001-2251-8404



Gefördert durch

DFG Deutsche
Forschungsgemeinschaft

Die Veröffentlichung wurde gefördert aus dem Open-Access-Publikationsfonds der Humboldt-Universität zu Berlin. Die zugrundeliegende Forschung wurde gefördert durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) – 430193663.

Zugl.: Berlin, Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät, Dissertation, 2025, u. d. T.: Selbstbestimmte Identität.

ISBN 978-3-16-200031-6 / eISBN 978-3-16-200032-3

DOI 10.1628/978-3-16-200032-3

ISSN 3053-3902 / eISSN 3053-3910 (Diversität und Gleichheit im Recht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2026 Nils Weinberg

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung 4.0 International“ (CC BY 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter:
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>.



Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Urhebers unzulässig und strafbar. Das Recht einer Nutzung der Inhalte dieses Werkes zum Zwecke des Text- und Data-Mining im Sinne von § 44b UrhG bleibt ausdrücklich vorbehalten.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Papier. Satz: Reemers Publishing Services GmbH, Krefeld.

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Wilhelmstraße 18, 72074 Tübingen, Deutschland
www.mohrsiebeck.com, info@mohrsiebeck.com

*In Erinnerung an
Karin Beileke und Ingrid Weinberg*

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Humboldt-Universität zu Berlin im Sommersemester 2025 als Dissertation angenommen.

Mein erster Dank gilt Prof. Dr. Christoph Möllers. Von keiner Person habe ich mehr über Rechtswissenschaft gelernt. Seinem unkonventionellen Ratschlag – „die meisten Doktoranden wählen zu kleine Themen“ – zu folgen, hat mir ein herausforderndes und erfüllendes Promotionsstudium beschert. Prof. Dr. Rahel Jaeggi hat nicht nur das Zweitgutachten erstellt, sondern mit mir auch während des Entstehungsprozesses über immanente Kritik, den Begriff des Widerspruchs und Hegel diskutiert. Dafür bin ich ihr sehr dankbar.

Die Dissertation ist während meiner Zeit im DFG-finanzierten Graduiertenkolleg 2638 „Normativität – Kritik – Wandel“ entstanden. Wer meine frühen Entwürfe kennt, wird sehen, dass der interdisziplinäre Austausch und das strukturierte Promotionsprogramm meiner Arbeit, insbesondere meiner philosophischen Lektüre, gutgetan haben. Stellvertretend danke ich Prof. Dr. Georg Bertram.

Jenseits meiner doppelten institutionellen Anbindung durfte ich die Arbeit – vom ersten Exposé bis zu fertigen Kapiteln – in verschiedenen Kontexten vorstellen und von vielen Menschen lernen. Für wertvolle Anregungen danke ich Prof. Dr. Susanne Baer, Prof. Dr. Martin Eifert, Prof. Dr. Nora Markard, PD Dr. Benjamin Rusteberg, Prof. Dr. Thomas Schmidt, PD Dr. Rike Sinder, Prof. Dr. Christian Waldhoff, Prof. Dr. Janna Wessels, Dr. Tim Wihl, Dr. Claudia Wirsing und Prof. Dr. Thomas Wischmeyer.

Ich danke allen Kollegen und Freunden, die meine Promotionszeit begleitet haben: PD Dr. Jannis Lennartz, Kilian Lüders, Erika Meibauer, Dr. Christian Neumeier, Dr. Isabella Poewe, Tobias Schweitzer, Bent Stohlmann, Justus Tabbara, Dr. Yannic Vitz, Lukas Vogt, Hoa Vuong, Simon Willaschek, Hannah Zaruchas und Luisa Zimmer. Zu größtem Dank aber bin ich Max Lenz verpflichtet, der jeden einzelnen Kapitelentwurf sowie zum Abschluss das gesamte Manuskript gelesen und kritisch kommentiert hat.

Meinen Eltern und meiner Schwester danke ich für die fortwährende unbedingte Unterstützung.

Das *was ist* zu begreifen, ist die Aufgabe der Philosophie, denn das *was ist*, ist die Vernunft. Was das Individuum betrifft, so ist ohnehin jedes ein *Sohn seiner Zeit*; so ist auch die Philosophie, *ihre Zeit in Gedanken erfaßt*. Es ist ebenso thöricht zu wähnen, irgend eine Philosophie gehe über ihre gegenwärtige Welt hinaus, als, ein Individuum überspringe seine Zeit, springe über Rhodus hinaus. Geht seine Theorie in der That drüber hinaus, baut es sich eine Welt, *wie sie seyn soll*, so existirt sie wohl, aber nur in seinem Meynen, – einem weichen Elemente, dem sich alles Beliebige einbilden läßt.

G.W.F. Hegel

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	VII
Einleitung.....	1
1. Auf der Suche nach Identität: Ein Dialog mit der feministischen Rechtswissenschaft.....	5
a) Das Recht auf angemessene Vorkehrungen: Schutz vor Assimilationszwang.....	5
b) Zur Systematisierung antidiskriminierungsrechtlicher Kategorien.....	10
c) Antidiskriminierungsrecht – feministisch gedacht.....	11
aa) Der Vorwurf des schlechten Individualismus: Relationale Freiheit.....	12
bb) Der Vorwurf der Antiquiertheit: Antidiskriminierungsrecht als Recht gegen soziale Ungleichheit.....	16
2. Methode: Immanente Kritik des Rechts.....	24
a) Die Struktur immanenter Kritik.....	24
b) Die Verfasstheit des Problems: Über Begriffe und Widersprüche.....	27
c) Transformation durch Vollzug des Widerspruchs.....	31
3. Gang der Untersuchung.....	33

Teil 1:

Rechtsprechungsanalyse: Annäherungen an den Begriff der Identität

I. Geschlecht.....	39
1. Verfassungsrecht: Der amtlich erfasste Geschlechtseintrag.....	39
a) Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Trans- und Intergeschlechtlichkeit: Das gutachterlich bestätigte selbstbestimmte Geschlecht.....	41
b) Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Transgeschlechtlichkeit.....	53
c) Das Gesetz über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag: Geschlechtswahlfreiheit dank rechtlicher Irrelevanz.....	56

2. Krankenversicherungsrecht: Menschliche Körper und geschlechtliche Standards	59
a) Rechtsrahmen: Solidarisch gegen Krankheit	60
b) Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts: Transgeschlechtlichkeit als Krankheit	62
c) Zur Möglichkeit der Depathologisierung von Transgeschlechtlichkeit aus krankenversicherungsrechtlicher Perspektive	69
3. Asyl- und Flüchtlingsrecht: Sexuelle Identität als Konstituens einer bestimmten sozialen Gruppe	77
a) Rechtsrahmen: Zu den Verfolgungsgründen im Verfassungs- und Unionsrecht	79
b) Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Gerichtshofs der Europäischen Union zu Homosexualität als Verfolgungsgrund	86
c) Identität und Verhalten: Über das unfreie und das freie Moment der Verfolgungsgründe	97
aa) Erster Versuch: Die absolute Setzung von Identität	99
bb) Zweiter Versuch: Die absolute Setzung von Handlung	99
cc) Ergebnis: Der Widerspruch der Verfolgungsgründe	104
II. Religion	105
1. Verfassungsrecht: Religionsfreiheit und antidiskriminierungsrechtliche Gleichwertigkeit	107
a) Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts: Die Gedanken sind unfrei	108
b) Über die Funktionalisierung der Religionsfreiheit	119
c) „Selbstverständnis“ als rechtsdogmatische Übersetzung von „Identität“	122
aa) Selbstverständnis als kollektivbezogene Kategorie	124
bb) Selbstverständnis als prozessrechtliche Kategorie	125
cc) Ein Vergleich zwischen dem Argument „Identität“ und der Rechtsfigur „Selbstverständnis“	128
2. Schulrecht: Der gelebte Glaube	130
a) Zur Befreiung vom Schulunterricht aus religiösen Gründen: Die beweisrechtlichen Anforderungen nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung	131
b) Religiöse Überzeugung als beweisfähige Tatsache	133
c) Umkehrung oder Aufgabe der Grundrelation: Zum Vorschlag der körperlichen Religionsfreiheit	138

3. Flüchtlingsrecht: Die Konversion der Konvertierten	140
a) Die wechselseitige Konstituierung religiöser Identität und religiösen Verhaltens	143
b) Die Formalisierung der Grundrelation: Warum nur der christliche Glaube die Konversion zum Christentum begründet	147
c) Der freiheitsbegrenzende Effekt der Menschenwürde: Zur (Nicht-)Berücksichtigung des Selbstverständnisses.....	158
III. Behinderung.....	168
1. Verfassungsrecht: Von bevormundender Fürsorge zum Schutz von Selbstbestimmung	169
a) Die behinderte Handlung: Das freie Moment von Behinderung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.....	169
b) Paradigmenwechsel: Die Normativierung von Behinderung.....	181
aa) Die Anerkennung behinderungsspezifischer Normen	182
bb) Behinderung als Identität	185
cc) Ergebnis: Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG als behinderte Hand- lungsfreiheit	187
c) Über Logik hinaus: Zur Feststellung behinderungsspezifischer Normen.....	188
2. Zwangsbehandlungsrecht: Die Freiheit des unfreien Willens.....	190
a) Der natürliche Wille als Identität.....	190
b) Das Rangverhältnis zwischen natürlichem und freiem Willen	192
aa) Ambivalente Rechtsprechung: Zum Verhältnis zwischen natürlichem und freiem Willen	194
bb) Die zwei Freiheitsrechte des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG	197
cc) Wider die Subordination des natürlichen Willens unter den freien Willen.....	201
c) Dogmatik der Zwangsbehandlung: Wenn der natürliche dem freien Willen widerspricht.....	204
3. Sozialrecht: Das Wunsch- und Wahlrecht behinderter Menschen	208
a) Exklusion oder Inklusion? Zum Platz des Wunsch- und Wahlrechts im Sozialrecht	211
aa) Die Exklusionsthese: Wünsche jenseits der Leistungs- bestimmung	211
bb) Die Inklusionsthese: Wünsche als Aspekt der Leistungs- bestimmung	213
b) Die Inkompatibilität der Exklusions- und der Inklusionsthese	214
c) Paradigmenwechsel im Sozialrecht? – Ansätze eines Verständnisses von Behinderung als Identität in der jüngeren Rechtsprechung des Bundessozialgerichts	217

aa) Die Rechtsprechung jenseits von Exklusions- und Inklusionsthese	217
bb) Rekonstruktion: Behinderung als Identität	219
cc) Sozialrechtsdogmatische Folgerungen eines Verständnisses von Behinderung als Identität	221

Teil 2:

Das Argument „Identität“ im liberalen Antidiskriminierungsrecht

IV. Der Widerspruch des liberalen Antidiskriminierungsrechts	227
1. Die Logik des liberalen Antidiskriminierungsrechts	227
a) Erste implizite Norm: Die Ermächtigung des Subjekts durch das Recht	228
b) Zweite implizite Norm: Verantwortete Freiheit	231
c) Dritte implizite Norm: Das antidiskriminierungsrechtliche Bewertungs- und Aufwertungsverbot	239
2. Identität als Widerspruch des liberalen Antidiskriminierungsrechts	241
a) Die juristische Irrationalität von Identitätsausprägungen	241
b) „Identität“ als leerer Grund	244
c) Zusammenfassung: Das Argument „Identität“ logisch bestimmt	252
3. Drei mögliche Einwände	253
a) Ethik vor Gericht (Rainer Forst)	253
b) Postkategoriales Antidiskriminierungsrecht (Susanne Baer)	258
c) Das Differenzdilemma (Martha Minow)	263
V. Die Form der Freiheit des liberalen Antidiskriminierungsrechts	269
1. Rückblick: Was ist Identität?	270
2. Selbstbestimmung: Identität als zweite Natur	274
a) Hegels Begriff des selbstbestimmten Willens	275
b) Zweite Natur als Form verwirklichter Freiheit	280
c) Dialektik der Freiheit	289
3. Der aufgehobene Widerspruch: Identität in der antidiskriminierungsrechtlichen Dogmatik	292
a) Das Verhältnis von Freiheits- und Gleichheitsrechten	293
b) Rechtsdogmatische Erträge von „Identität“	296
Schluss	300
Literaturverzeichnis	305
Stichwortverzeichnis	333

Einleitung

Identität ist der Widerspruch des liberalen Antidiskriminierungsrechts. Identität ist die Form der Freiheit des liberalen Antidiskriminierungsrechts. Die erste These ist kritisch, die zweite rettend. Gemein ist ihnen ihr Gegenstand: Identität im liberalen Antidiskriminierungsrecht.

Thematisch ist in dieser Untersuchung der rechtliche Begriff von Identität, genauer: *Identität als juristisches Argument*. Die Rede vom rechtlichen Identitätsbegriff ist ernst zu nehmen. Das Recht, so Hans Kelsen, gleicht dem König Midas. „So wie alles, was dieser berührte, sich in Gold verwandelte, so nimmt alles, worauf sich das Recht bezieht, Rechtscharakter an.“¹ Die einschlägige rechtswissenschaftliche Forschung weiß zu diesem Rechtscharakter von Identität nichts zu sagen. Sie bemüht vielmehr ein juristisch nicht durchdrungenes, alltägliches Verständnis von Identität als das, was den Menschen in seinem Innersten oder seinem Wesen auszeichnet, was seine Persönlichkeit konstituiert und für sein Selbstverständnis fundamental ist.² An diesem Verständnis arbeitet sich die mindestens gleichsam prominente Kritik an Identität im Recht (und vor allem: an Identitätspolitik) ab. Identität sei essentialistisch, dränge der Majorität eine Minderheitenposition auf oder lenke, weil sie das als abweichend markierte Individuum fokussiert, von den sexistischen, rassistischen und ableistischen gesellschaftlichen Strukturen ab.³ Die genuin rechtstheoretische Frage stellen weder die Affirmation noch die Kritik von

¹ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Studienausgabe der 2. Aufl. 1960, hrsg. von Matthias Jestaedt, 2017, S. 490.

² Vgl. Gabriele Britz, *Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung*, 2007, S. 1–3, 23; Michael Grünberger, *Personale Gleichheit. Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht*, 2013, S. 532; Jill Marshall, *Human Rights Law and Personal Identity*, 2014, S. 3–9; Annika Kieck, *Der Schutz individueller Identität als verfassungsrechtliche Aufgabe*, 2019, S. 32 f., 79–82; Judith Froese, *Der Mensch in der Wirklichkeit des Rechts*, 2022, S. 25, 44 f. Letztlich auch Ronja Heß, *Die geschlechtliche Identität zwischen Freiheits- und Gleichheitsrechten*, 2025, S. 137, 142 f.

³ Vgl. Martin Nettesheim, *Liberaler Verfassungsstaat und gutes Leben*, *Schönburger Gespräche zu Recht und Staat*, Bd. 28, 2017, S. 78 f.; Frank Schorkopf, *Staat und Diversität*, *Schönburger Gespräche zu Staat und Recht*, Bd. 30, 2017, S. 13 f., 35; Eric Hilgendorf, *Identitätspolitik als Herausforderung für die liberale Rechtsordnung*, *JZ* 2021, S. 853 (862 f.); Thomas Vesting, *Gentleman, Manager, Homo Digitalis. Der Wandel der Rechtssubjektivität in der Moderne*, 2021, S. 195, 227, 230; Judith Froese, *Der Mensch in der Wirklichkeit des Rechts*, 2022, S. 271; Susanne Baer, *Das Kategorienproblem und die Herausbildung eines postkategorialen Antidiskriminierungsrechts*, in: Mangold/Payandeh (Hrsg.), *Handbuch Antidiskriminierungsrecht*, 2022, § 5 Rn. 46–56; Sarah Elsumi, *Das Benennungsdilemma als Herausforderung feministischer Rechtsdogmatik und -politik, vorgänge. Zeitschrift für Bürgerrechte und Gesellschaftspolitik* Nr. 237/238 (2023), S. 57 (60 f.);

Identität. Sie lautet: Warum operationalisiert das Recht Identität als Argument? Warum schreibt es dem Menschen ein Inneres, eine Persönlichkeit, eine Tiefenstruktur ein?

Die Suche nach der Antwort auf diese Frage begegnet einem ersten methodischen Problem. Die Untersuchung kann ihr Material nicht nach dem Wort „Identität“ zusammenstellen.⁴ Denn „Identität“ ist ein Homonym. Schon in der bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur findet sich das Wort in seiner Bedeutung als logische Selbstgleichheit, als vereinzelnde Identifizierung sowie als Persönlichkeit des Menschen.⁵ Es bedarf also eines Vorbegriffs von Identität, einer begründeten Bestimmung des juristischen Materials, in dem Identität als Argument bemüht wird, und einer Bestimmung des Analyserasters. Der Vorschlag lautet, Identität als *antidiskriminierungsrechtlichen Begriff von Freiheit* zu verstehen. Genauer: Zu einem rechtlichen Identitätsbegriff gelangt, wer das Konzept antidiskriminierungsrechtlicher Kategorien anhand des Schemas „verfügbar“/„unverfügbar“ in Konstellationen untersucht, in denen die Ausprägung einer antidiskriminierungsrechtlichen Kategorie, die eine Partei des Gerichtsverfahrens hat, einen rechtlichen Unterschied macht.

Als *identitätsspezifische* Konstellationen werden hier diejenigen Fallkonstellationen bezeichnet, in denen es einen rechtlichen Unterschied macht, welche Ausprägung einer antidiskriminierungsrechtlichen Kategorie die (zumeist) antragstellende Person hat. Analysiert werden also in erster Linie gerichtliche Entscheidungsgründe. Denn nur, wo rechtliche Gründe gegeben werden, ist zu erwarten, dass Identität als juristisches Argument auftritt.⁶ Die historisch belastete Bezeichnung als „Sonderrechte“ wird vermieden, zumal sie für bestimmte Konstellationen, die hier thematisch sind, zumindest unüblich ist. So bezeichnet wohl kaum jemand Art. 4 Abs. 1 und 2 GG als „Sonderrecht“, obwohl dieselbe Handlung, wenn sie religiös motiviert vorgenommen wird, von der Religionsfreiheit, andernfalls von der allgemeinen Handlungsfreiheit geschützt wird. Die Ausprägung einer von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG geschützten Kategorie („religiöse Anschauungen“) bedingt einen rechtlichen Unterschied – eine andere Norm ist einschlägig –, selbst wenn ein etwaiges Verbot der Handlung sich auch vor der Religionsfreiheit rechtfertigen ließe, sodass im Ergebnis nicht anhand einer antidiskriminierungsrechtlichen Kategorie differenziert würde.

In diesem juristischen Material sollen die jeweils einschlägigen antidiskriminierungsrechtlichen Kategorien (Geschlecht, Religion und Behinderung) daraufhin un-

Frank Schorkopf, Einheit und Vielfalt, Mehrheit und Minderheit, in: Kischel/Kube (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 2023, § 14 Rn. 28–31.

⁴ Anders als beispielsweise Christoph Möllers, Staat als Argument, 2. Aufl. 2011 [2000], S. 6.

⁵ BVerfGE 139, 90 (109 f., Rn. 53 f.) – Anwalts-GmbH (2014); 96, 56 (57) – Vaterschaftsauskunft (1997); 153, 1 (50, Rn. 111) – Hijab III (2020).

⁶ „Argument“ wird hier also untechnisch als Grund (*reason*) verwendet, nicht philosophisch im Sinne einer Abfolge von Sätzen (Prämissen), aus denen ein Satz (eine Konklusion) folgt.

tersucht werden, ob die Gerichte sie als dem Individuum *verfügbar oder unverfügbar* verstehen. Ausgangspunkt der Analyse ist also die Freiheit des Individuums – und deshalb wird hier vom *liberalen* Antidiskriminierungsrecht gesprochen.⁷ Sonderlich anspruchsvoll ist dieser rechtliche Freiheitsbegriff nicht. Unter Freiheit wird hier zunächst *Wahlfreiheit* und diese deskriptiv verstanden, sodass als frei gilt, was dem Individuum verfügbar, als unfrei, was dem Individuum unverfügbar ist. Freiheit wird *nicht* in seinem legitimatorischen Gehalt angerufen. Die These, dass Identität die Form der Freiheit des liberalen Antidiskriminierungsrechts ist, beantwortet nicht die – zurzeit viel diskutierte⁸ – Frage nach der Legitimation von Antidiskriminierungsrecht. „Denn die Rechtswissenschaft“, auch hier bleibt die Untersuchung Kelsen treu, „hat das Recht nicht zu legitimieren, hat die von ihr nur zu erkennende und zu beschreibende normative Ordnung überhaupt nicht – weder durch eine absolute noch durch eine relative Moral – zu rechtfertigen.“⁹ Freiheit wird ferner nicht auf ihre grundrechtsdogmatisch-heuristische Funktion beschränkt. In dieser Funktion dient der Freiheitsbegriff dazu, staatliche Maßnahmen als Eingriffe in Grundrechte zu bewerten, sodass sie einer Rechtfertigung bedürfen.¹⁰ Ist dem Individuum eine Handlung verboten, ist die Person nicht „frei“ darin, diese Handlung auszuführen. Sie ist jedenfalls in ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit beschränkt. Das hier genutzte attributive Verständnis von Wahlfreiheit führt, das mag überraschen, zum gegenteiligen Schluss. Aus dem Umstand, dass das Recht dem Einzelnen *x* verbietet, kann geschlossen werden, dass es dem Einzelnen *aus rechtlicher Sicht* möglich ist, *x* herbeizuführen. Er kann sich für *x* oder nicht-*x* entscheiden – und es ist ihm verboten (aber nicht unmöglich), sich für *x* zu entscheiden. Die Verbotsnorm enthält die Möglichkeit ihres Bruchs.¹¹

Der rechtliche Identitätsbegriff wird erschlossen über identitätsspezifische Konstellationen, in denen das Konzept antidiskriminierungsrechtlicher Kategorien entlang der gegensätzlichen, deskriptiv zu verstehenden Bestimmungen „frei“/„unfrei“ untersucht wird. Die Thesen werden lauten: Identität ist erstens der Widerspruch zwischen Freiheit und Unfreiheit (das ist die *Kritik* von Identität). Das Gericht muss denselben

⁷ Vgl. Friederike Wapler, Im toten Winkel der Rechtsphilosophie? Der Liberalismus und die Autonomie der Frau, in: Kaufmann/Renzikowski (Hrsg.), Zurechnung und Verantwortung, ARSP Beiheft 134, 2012, S. 79 f.

⁸ Deborah Hellman, When Is Discrimination Wrong?, 2008, S. 4–8 und *passim*; Tarunabh Khaitan, A Theory of Discrimination Law, 2015, S. 91–139; Sophia Moreau, Faces of Inequality. A Theory of Wrongful Discrimination, 2020, S. 14, 27 f., Kap. 2 bis 4; Anna Katharina Mangold, Demokratische Inklusion durch Recht, 2021, § 7; Mathias Hong, Grundwerte des Antidiskriminierungsrechts, in: Mangold/Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022, § 2 Rn. 1–16 und *passim*.

⁹ Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, Studienausgabe der 2. Aufl. 1960, hrsg. von Matthias Jestaedt, 2017, S. 138.

¹⁰ Siehe Martin Eifert, Persönliche Freiheit, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 18 Rn. 70–73; Oliver Lepsius, Freiheit, in: Kischel/Kube (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 2024, § 31 Rn. 50.

¹¹ Zur konstitutiven Rolle von Normbrüchen Christoph Möllers, Die Möglichkeit der Normen, 2018, S. 106–110.

Inhalt zugleich als dem Individuum verfügbar und als dem Individuum unverfügbar behandeln. Diesen Widerspruch hebt Identität zweitens in einem komplexen, nicht auf Wahlfreiheit reduzierbaren Begriff von Freiheit, nämlich Selbstbestimmung, auf (das ist die *Affirmation* von Identität). Diese hier wohl noch wenig verständlichen, recht eigentümlich formulierten Thesen werden anschaulicher, wenn man sie als Antworten auf die folgenden Fragen versteht: Warum, erstens, wird die muslimische Schülerin, deren Teilnahme am Schwimmunterricht ein für sie bedeutsames islamisches Gebot verletzt, von diesem Unterricht befreit, nicht aber diejenige Schülerin, die den gleichgerichteten, nicht religiös begründeten Wunsch hegt? Warum, zweitens, spricht das Bundesverfassungsgericht vom „Recht auf Anerkennung der selbstbestimmten geschlechtlichen Identität“¹², wenn nach damaliger (verfassungskonformer) Rechtslage die personenstandsrechtliche Änderung des Geschlechtseintrag nur unter Vorlage zweier Sachverständigengutachten (§ 4 Abs. 3 TSG) erfolgte, also Dritte über die Geschlechtszugehörigkeit entschieden? Auf beide Fragen antwortet „Identität“: Die Ungleichbehandlung ist gerechtfertigt, weil die muslimische Schülerin ihre Identität geltend macht. Sie beruft sich nicht bloß auf ihre Wahlfreiheit, sondern unterlegt ihre Entscheidung mit einem ihr unverfügbaren und von Dritten überprüfbaren Sosein. Diese Struktur, die eigene frei gewählte Handlung mit einem inhaltlich identischen unverfügbaren Sosein tautologisch zu begründen, ist „Identität“.

Der hier gewählte Zuschnitt – identitätsspezifische Konstellationen als juristisches Material und Wahlfreiheit als analytisches Schema – ist vorangestellt. Er ist noch nicht gerechtfertigt. Dies geschieht sogleich in Auseinandersetzung mit der antidiskriminierungsrechtlichen, insbesondere feministisch-rechtswissenschaftlichen Literatur (1.). Dass eine solche Analyse eine *Kritik* des Antidiskriminierungsrechts sein kann – so der hiesige Anspruch –, ist methodisch indes zweifelhaft (vor allem, wenn man sich auf Kelsen beruft). Sein oder Sollen, man müsse sich eben entscheiden. Die Methode der immanenten Rechtskritik soll diese Dichotomie überwinden (2.). Dass Gerichte in identitätsspezifischen Konstellationen denselben Inhalt zugleich als verfügbar und unverfügbar behandeln (so die erste These), kann nicht von den Regeln, die die Gerichte in ihren Entscheidungsgründen aktualisieren, getrennt werden. Anders formuliert: Der Widerspruch zwischen Freiheit und Unfreiheit, d. i. Identität, resultiert aus impliziten Normen, die das liberale Antidiskriminierungsrecht konstituieren. So verbinden sich die Analyse einer normativen Praxis und deren Kritik. Kelsen, dem Kritiker falscher Dualismen, hätte dies vielleicht gefallen.¹³ Die Einleitung schließt mit einem Überblick über den Gang der Untersuchung (3.).

Erst im Verlauf der Untersuchung kann sich erweisen, dass die Analyse zu einem spezifisch rechtlichen Identitätsbegriff führt. Dieser kann nicht den üblichen Begriff

¹² BVerfGE 121, 175 (191) – Transgeschlechtlichkeit VII (2008).

¹³ Zu Kelsen als immanenten Rechtskritiker *Hauke Brunkhorst*, *Critical Theory of Legal Revolutions*, 2014, S. 346–355. Deutlich skeptischer *Linda Lilith Obermayr*, *Die Kritik der marxistischen Rechtstheorie*, 2022, S. 36–41, 50 f.

von Identität schlicht umbesetzen. Der hier entwickelte Identitätsbegriff muss mit der herkömmlichen Verwendungsweise von Identität als das, was die Persönlichkeit eines Menschen auszeichnet, korrespondieren. Präziser (und hegelianisch) formuliert, lautet die These: Identität als Widerspruch zwischen Freiheit und Unfreiheit ist *nichts anderes als* Identität im gewöhnlichen Sinne. Letztere ist bloßer Schein, deren Wahrheit Identität als Widerspruch ist.¹⁴

1. Auf der Suche nach Identität: Ein Dialog mit der feministischen Rechtswissenschaft

Als juristisches Argument tritt Identität – so der zu rechtfertigende Zuschnitt dieser Analyse – in Konstellationen auf, in denen es einen rechtlichen Unterschied macht, welche Ausprägung einer antidiskriminierungsrechtlichen Kategorie eine Partei des Gerichtsverfahrens hat. Identitätsspezifische Konstellationen sind kein Rechtsbegriff. Sie werden jedoch zum Teil (meist mit anderen Fragestellungen) diskutiert im Recht auf angemessene Vorkehrungen. Diese Rechtsfigur führt zu „Identität“ als Argument, das die formale Ungleichbehandlung, die angemessene Vorkehrungen mit sich bringen können, zu rechtfertigen vermag (a). Dieser Rekurs auf Identität kann auf die überkommene Systematisierung antidiskriminierungsrechtlicher Kategorien zurückgreifen: Von Diskriminierungsverboten wie Art. 3 Abs. 3 GG sind solche menschlichen Eigenschaften geschützt, die dem Individuum entweder unverfügbar oder verfügbar, aber identitätsstiftend sind. Im gegensätzlichen Schema „verfügbar“/„unverfügbar“ wird Identität der Freiheit zugeordnet (b). In beiden rechtsdogmatischen Diskussionen zeichnet Identität eine Freiheitsausübung als besonders bedeutsam, gewichtig oder schutzwürdig aus. Gegen den hier gewählten Zuschnitt lassen sich zwei feministisch-rechtswissenschaftlich informierte Einwände erheben. Erstens reduziere das präferierte Analyseraster den Begriff der Freiheit unzulässig auf Wahlfreiheit. Zweitens interessiere sich das Antidiskriminierungsrecht nicht für die Verschiedenheit zwischen Menschen, sondern richte sich gegen soziale Hierarchien. Beiden Einwänden gilt es zu begegnen (c).

a) Das Recht auf angemessene Vorkehrungen: Schutz vor Assimilationszwang

Das Recht auf angemessene Vorkehrungen erreicht die deutsche Rechtsordnung über das internationale und supranationale Recht. Gemäß Art. 2 der UN-Behindertenrechtskonvention liegt eine Diskriminierung aufgrund von Behinderung unter anderem vor, wenn angemessene Vorkehrungen versagt werden.¹⁵ Dort findet sich die folgende Legaldefinition:

¹⁴ Siehe Michael Theunissen, *Sein und Schein*, 1978, S. 364 f.

¹⁵ Gesetz zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen sowie zu dem Fakultativprotokoll vom 13. Dezember

Angemessene Vorkehrungen sind „notwendige und geeignete Änderungen und Anpassungen, die keine unverhältnismäßige oder unbillige Belastung darstellen und die, wenn sie in einem bestimmten Fall erforderlich sind, vorgenommen werden, um zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen alle Menschenrechte und Grundfreiheiten genießen und ausüben können“.

Art. 5 der Rahmen-Richtlinie Beschäftigung 2000/78/EG sieht vor, dass die Mitgliedstaaten Arbeitgeber verpflichten, angemessene Vorkehrungen zu treffen, um behinderten Menschen die gleiche Teilhabe am Arbeitsleben zu ermöglichen.¹⁶ Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz schweigt zum Recht auf angemessene Vorkehrungen, weshalb ein Umsetzungsdefizit beklagt wird, das durch richtlinienkonforme Auslegung von entweder § 241 Abs. 2 BGB oder § 12 Abs. 1 AGG behoben werden soll.¹⁷

Das internationale und supranationale Recht bezieht angemessene Vorkehrungen zwar allein auf die Diskriminierungskategorie „Behinderung“. Darauf sind sie aber nicht notwendig beschränkt. Strukturell können sie für jede antidiskriminierungsrechtliche Kategorie aktiviert werden.¹⁸ So erinnert die arbeitsrechtliche Figur des Rechts auf angemessene Vorkehrungen an eine grundrechtliche Prüfung. Der arbeitgeberseitig festgelegte Betriebsablauf schränkt die potenziell benachteiligte Arbeitnehmerin ein, die daher *prima facie* verlangen kann, dass der Betriebsablauf ihren Bedürfnissen angepasst wird, was der Arbeitgeber unter Verweis auf eine damit einhergehende unverhältnismäßige oder unbillige Belastung ablehnen kann – kurz: Schutzbereich, Eingriff und eine Verhältnismäßigkeit zentrierende Rechtfertigung.

Dass das Recht auf angemessene Vorkehrungen zu Identität als Argument führt, soll an einem von Anna Katharina Mangold geschilderten Beispiel gezeigt werden.¹⁹ Eine jüdische Angestellte verlangt von ihrem Arbeitgeber, den rotierenden Schichtplan so zu gestalten, dass sie nie am Schabbat arbeiten muss. Mangold zufolge ließe sich diese Konstellation auf zweierlei Weise betrachten. In der ersten „defizitorientierten“ Perspektive werde die jüdische Arbeitnehmerin bevorzugt. Sie müsse anders als ihre Kollegen am Schabbat nicht arbeiten. Aus der zweiten „lösungsorientierten“ Perspektive betrachtet, ermögliche der flexible Schichtplan der Arbeitnehmerin, ihrem Beruf nachzugehen, ohne in einen Glaubenskonflikt zu geraten. In einem späteren, mit Mehrdad Payandeh verfassten Beitrag stellt Mangold die Perspektiven pointiert gegenüber:

2006 zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderung vom 21. Dezember 2008, BGBl. II S. 1419.

¹⁶ Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. L 303 S. 16.

¹⁷ BAGE 147, 60 (84 f., Rn. 79 f.) – Symptomlose HIV-Infektion (2013); Eva Kocher/Johanna Wenkebach, § 12 AGG als Grundlage für Ansprüche auf angemessene Vorkehrungen, Soziales Recht 2013, S. 17 (26 f.); Anna Katharina Mangold, Demokratische Inklusion durch Recht, 2021, S. 276 f.

¹⁸ Shino Carlotta Ibold, The Added Value of Equality, 2025, S. 250 (angemessene Vorkehrungen auch als Ausfluss des Verbots mittelbarer Diskriminierung).

¹⁹ Zum Folgenden Anna Katharina Mangold, Demokratische Inklusion durch Recht, 2021, S. 280–285.

„In der ersten defizitorientierten Perspektive handelt es sich um eine rechtliche Sonderbehandlung, eine Vorzugsbehandlung (*preferential treatment*) gegenüber ‚normalen‘ Personen, für welche die Umstände bereits passend sind. In der zweiten lösungsorientierten Perspektive ermöglichen angemessene Vorkehrungen erst eine gleiche Teilhabe von Menschen mit Abweichungen vom Üblichen, indem sie passgenaue Lösungen zur Verfügung stellen.“²⁰

Die zweite Perspektive begünstigt einen „Wandel vom Blick auf Defizite individueller Menschen hin zu dem Blick auf gesellschaftlich verfügbare Ressourcen und akzeptable Lösungen“.²¹ Dass Mangold hier beide Perspektiven einander suggestiv entgegensetzt, kann gleichwohl nicht verdecken, dass die lösungsorientierte Perspektive ohne die defizitorientierte nicht intelligibel ist. Das Recht auf angemessene Vorkehrungen, „lösungsorientiert“ verstanden, ermöglicht „gleiche Teilhabe von Menschen mit Abweichungen vom Üblichen“. Diejenigen, die das Recht auf angemessene Vorkehrungen geltend machen können, haben „vom ‚Normalmodell‘ abweichende Bedürfnisse“.²² Auch in der zweiten Perspektive sind sie folglich als anders markiert. Beide Perspektiven ergänzen einander. In der ersten Betrachtungsweise wird die Ungleichbehandlung zwischen Arbeitnehmern sichtbar, die gemäß dem arbeitsrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung rechtfertigungsbedürftig ist.²³ Die zweite Perspektive erschließt diese Rechtfertigung. Implizit erkennt dies auch Mangold an, denn ohne Problem bedürfte es keiner lösungsorientierten Perspektive.

Seinen emanzipatorischen antidiskriminierungsrechtlichen Charakter gewinnt das Recht auf angemessene Vorkehrungen durch *Gleichheit ohne Angleichung* (Ute Gerhard).²⁴ Es verlangt von der jüdischen Arbeitnehmerin nicht, ihr „abweichendes Bedürfnis“ abzulegen. Schutz vor Assimilationszwang – darauf zielen das Recht auf angemessene Vorkehrungen wie das gesamte Antidiskriminierungsrecht.²⁵ Dieser Te-

²⁰ Anna Katharina Mangold/Mehrdad Payandeh, Antidiskriminierungsrecht – Konturen eines Rechtsgebiets, in: dies. (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022, § 1 Rn. 121, Hervorhebung i.O. Eine ähnliche Entgegensetzung bei Shino Carlotta Ibold, The Added Value of Equality, 2025, S. 258–262.

²¹ Anna Katharina Mangold, Demokratische Inklusion durch Recht, 2021, S. 284.

²² Anna Katharina Mangold, Demokratische Inklusion durch Recht, 2021, S. 284. Dieselbe Markierung bleibt bestehen bei Shino Carlotta Ibold, The Added Value of Equality, 2025, S. 487: „The concept of reasonable accommodation draws attention to the special needs of minorities, which differ from those of the majority society.“

²³ Wer spitzfindig der Auffassung ist, dass das Recht auf angemessene Vorkehrungen *lex specialis* gegenüber dem arbeitsrechtlichen allgemeinen Gleichbehandlungsgebot ist, mag sich die Arbeitgeberin als staatlich geführtes Unternehmen denken. Dann verlangt jedenfalls Art. 3 Abs. 1 GG, wenn nicht Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG, eine Rechtfertigung, dessen Anwendbarkeit mangels unionsrechtlicher Fundierung des Rechts auf angemessene Vorkehrungen mit Blick auf die Diskriminierungskategorie „Religion“ auch nicht durch supranationales Recht ausgeschlossen wird.

²⁴ Ute Gerhard, Gleichheit ohne Angleichung, 1990, insb. S. 12, 108, 208.

²⁵ Iris Marion Young, Justice and the Politics of Difference, 1990, S. 165; Dagmar Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, S. 47; Alexander Somek, Rationalität und Diskriminierung, 2001, S. 6 f., 384–386; Ulrike Lembke, Diversity als Rechtsbegriff. Eine Einführung, Rechtswissenschaft 2012, S. 46 (68); Michael Grünberger, Personale Gleichheit. Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht, 2013, S. 532; Dagmar Schiek, Zwischenruf: Den Pudding an die Wand nageln?

los des Antidiskriminierungsrechts gilt mittlerweile als selbstverständlich. Der frühe, selbstkritische Einwand von Kenji Yoshino, dass Assimilation nicht per se schlecht sei,²⁶ bleibt weitgehend unbeachtet. Rechtsgebote sind zumeist nichts anderes als Anpassungszwänge. Schützt das Antidiskriminierungsrecht vor Assimilationszwang, ist es also gegen Recht gerichtetes Recht. Diese Charakteristik teilt es mit den Grund- und Menschenrechten als „Aufhebungsrechten“ (Tim Wihl).²⁷ Wenn jedoch alle Grund- und Menschenrechte vor einfachgesetzlich verordneten Anpassungszwängen schützen, worin besteht dann die Spezifik des Antidiskriminierungsrechts? Um das Beispiel von Mangold um die erste, ins Abseits gedrängte Perspektive zu erweitern: Warum gewährt das Recht der jüdischen Arbeitnehmerin Schutz davor, sich dem rotierenden Schichtplan anpassen zu müssen, nicht aber dem Arbeitnehmer, der samstags seine Lieblingsmannschaft im Fußballstadion anfeuern möchte?

Es ist zunächst naheliegend, auf die grundgesetzlich garantierte Religionsfreiheit zu verweisen. Für das deutsche Verfassungsrecht ist das aber wenig überzeugend. Denn auch der Wunsch des anderen Arbeitnehmers, die Fußballmannschaft anzu feuern, ist grundrechtlich, nämlich jedenfalls von der allgemeinen Handlungsfreiheit geschützt. Das Argument muss also eine Rangfolge zwischen verschiedenen Grundrechten etablieren. Abstrakt besteht eine solche nicht.²⁸ Ein in Art. 2 Abs. 1 GG verorteter Belang kann mindestens genauso gewichtig sein wie ein von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG geschütztes Interesse. Aus dem formalen Hinweis auf den expliziten grundrechtlichen Schutz folgt also nichts.

Die antidiskriminierungsrechtliche Literatur bemüht das Kriterium der Zumutbarkeit. Der jüdischen Arbeitnehmerin sei es unzumutbar, auf ihre religiöse – ja, was eigentlich: Überzeugung oder Handlung? – zu verzichten. Hier nun tritt Identität als Argument auf. Denn als unzumutbar wird der Verzicht auf diejenigen Eigenschaften bzw. Handlungen angesehen, die identitätsstiftend sind.²⁹ „Identität“ qualifiziert also die Freiheitsausübung, den Schabbat zu begehen, nicht aber die Freiheitsausübung, ein Fußballstadion zu besuchen. Wenig überraschend wird dieses Verständnis von Identität

Überlegungen zu einer progressiven Agenda für das EU-Antidiskriminierungsrecht, KJ 2014, S. 394 (403 f.); *Tim Wihl*, Aufhebungsrechte, 2019, S. 180; *Anna Katharina Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, 2021, S. 284; *Judith Froese*, Der Mensch in der Wirklichkeit des Rechts, 2022, S. 296; *Sandra Fredman*, Discrimination Law, 3. Aufl. 2022, S. 42.

²⁶ *Kenji Yoshino*, Covering, The Yale Law Journal 111 (2002), S. 769 (930).

²⁷ *Tim Wihl*, Aufhebungsrechte, 2019, S. 18 f.

²⁸ Vgl. *Wolfgang Riefner*, Grundrechtskonflikte, in: Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. II, 1976, S. 453 (461–463); *Herbert Bethge*, Meinungsfreiheit, in: Kube u. a. (Hrsg.), Leitgedanken des Rechts. Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag, Bd. 1: Staat und Verfassung, 2013, § 49 Rn. 3. Für das Verhältnis zwischen Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) und allgemeinem Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) ausdrücklich BVerfGE 35, 202 (225 f.) – Lebach-Urteil (1973).

²⁹ *Dagmar Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, S. 34; *Alexander Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, S. 373; *Alexander Somek*, Rechtliches Wissen, 2006, S. 192–195, 205; *Michael Grünberger*, Personale Gleichheit. Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht, 2013, S. 532, 859; *Tarunabh Khaitan*, A Theory of Discrimination Law, 2015, S. 59 f.

tät dafür kritisiert, keine Maßstäbe bereitzustellen, anhand derer bestimmt werden kann, ob eine Handlung die Identität einer Person betrifft oder nicht.³⁰ Diese Kritik bemüht „Identität“ freilich als außerrechtliches Argument. Bestimmte Handlungen oder Charakteristika werden als persönlichkeitsprägend beschrieben – und daraus folgt normativ ihr erhöhter (grundrechtlicher) Schutz. Doch auch die Liebe zum Fußball könne identitätsstiftend sein und verdiene daher diesen Schutz. „Identität“ wird zu einem Prädikat außerrechtlicher Phänomene. Für eine rechtstheoretische Untersuchung bleibt der Hinweis, dass auch andere Handlungen persönlichkeitsprägend sein können, zunächst schal (er wird später zu berücksichtigen sein³¹). Denn im Recht auf angemessene Vorkehrungen ist das Argument „Identität“ auf antidiskriminierungsrechtliche Kategorien beschränkt. Nur auf diese bzw. auf mit ihnen einhergehende Handlungen zu verzichten, gilt als unzumutbar. Damit folgt „Identität“ einem innerrechtlichen Kriterium.

Im Recht auf angemessene Vorkehrungen, so lässt sich zusammenfassen, qualifiziert der Identitätsbegriff solche Eigenschaften oder Handlungen, deren Verzicht für die betroffene Person unzumutbar ist. Identität als Argument rechtfertigt, zwei Personen in Anknüpfung an die Ausprägung einer antidiskriminierungsrechtlich geschützten Kategorie unterschiedlich zu behandeln. Um zu einem rechtlichen Begriff von Identität zu gelangen, sollte folglich diejenige Rechtsprechung analysiert werden, in der die Ausprägung einer antidiskriminierungsrechtlich geschützten Kategorie einen rechtlichen Unterschied macht. Diese Konstellationen heißen hier identitätsspezifisch.

Identitätsspezifischen Konstellationen kommen zwei herausfordernde Eigenheiten zu. Sie unterlaufen erstens innerhalb der etablierten Grundrechtsdogmatik sowohl die Differenzierung zwischen Freiheits- und Gleichheitsrechten als auch diejenige zwischen den „Dimensionen“ der Grundrechte als Abwehrrechte, Schutzpflichten, Teilhabe- und Leistungsrechte.³² Die Rechtsprechungsanalyse wird beide Differenzierungen immer wieder streifen, bleibt aber ihrem Material treu, wenn sie diese zumeist unterläuft. Perspektivisch verweist sie – mit Tim Wihl³³ – auf eine grundrechtstheoretische Symbiose von Freiheits- und Gleichheitsrechten sowie der grundrechtlichen Dimensionen. Identitätsspezifische Konstellationen bilden zweitens nur einen Ausschnitt des Antidiskriminierungsrechts. Rechtsdogmatisch ist es zumeist unbeachtlich, ob eine Person eine bestimmte Identitätsausprägung tatsächlich aufweist.³⁴ Das

³⁰ Jessica A. Clarke, Against Immutability, The Yale Law Journal 125 (2015), S. 2 (33 f.).

³¹ Siehe unten, IV. 2. b), S. 251.

³² Vgl. Stephan Rixen, Das Grundrecht auf glaubenskonforme Gewährung von Sozialleistungen – Zugleich ein Beitrag zu den Leistungsgrundrechten des Grundgesetzes, DVBl 2018, S. 906 (910–915); Friederike Wapler, Gleichheit angesichts von Vielfalt als Gegenstand des philosophischen und des juristischen Diskurses, VVDStRL 78 (2019), S. 53 (75).

³³ Tim Wihl, Aufhebungsrechte, 2019, S. 205.

³⁴ Ute Sacksofsky, Was heißt: Ungleichbehandlung „wegen“, in: Kempny/Reimer (Hrsg.), Gleichheitssatzdogmatik heute, 2017, S. 63 (79); Judith Froese, Der Mensch in der Wirklichkeit des Rechts, 2022, S. 97.

Antidiskriminierungsrecht schützt auch diejenige, die fälschlicherweise einer diskriminierungsrelevanten Gruppe zugeordnet wird, und manchmal gar diejenige, die mit einer solchen Gruppe nur assoziiert, nicht aber als ihr zugehörig angesehen wird. In identitätsspezifischen Konstellationen hingegen ist es juristisch von Belang, ob die Person weiblich, christlich oder sehbehindert ist.

b) Zur Systematisierung antidiskriminierungsrechtlicher Kategorien

Angemessene Vorkehrungen führen zu Identität als Argument in einem Dreischritt: Sie etablieren erstens eine Ungleichbehandlung, die zweitens gerechtfertigt ist, weil der einen Person unzumutbar, der anderen zumutbar ist, sich an die Norm anzupassen. Es ist drittens unzumutbar, sich zu assimilieren, wenn die eigene Identität betroffen ist. Dass eine antidiskriminierungsrechtliche Rechtsfigur auf Identität verweist, ist nicht verwunderlich. Nach einer üblichen Systematisierung umfassen Diskriminierungskataloge wie Art. 3 Abs. 3 GG solche „Merkmale“, die der Einzelnen entweder unverfügbar oder zwar verfügbar, aber identitätsstiftend sind.³⁵ Beide Kriterien verweisen auf den Schutz vor Assimilationszwang. Im Fall des unverfügbaren Merkmals ist eine Anpassung dem Individuum schon gar nicht möglich, im Fall des identitätsstiftenden Merkmals ist eine Anpassung dem Individuum nicht zumutbar. Es *kann* sein Merkmal aufgeben, aber es *soll* dazu nicht gezwungen werden.³⁶ Anpassungsschutz als Telos des Antidiskriminierungsrechts bedient sich hier des Konzepts individueller Verantwortung. Das Individuum hat keine seiner antidiskriminierungsrechtlich geschützten Merkmale zu verantworten, weil es diese ent-

³⁵ *Dagmar Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, S. 26–29; *Jill Marshall*, Personal Freedom through Human Rights Law?, 2009, S. 30; *Michael Sachs*, Besondere Gleichheitsgarantien, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, § 182 Rn. 40; *Tarunabh Khaitan*, A Theory of Discrimination Law, 2015, S. 51–60; *Susanne Baer/Nora Markard*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 2 und 3 Rn. 439; *Oliver Mörsdorf*, Ungleichbehandlung als Norm, 2018, S. 199; *Hans D. Jarass*, in: ders./Kment, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl. 2022, Art. 3 Rn. 136. Alle Merkmale seien identitätsstiftend, so *Ute Sacksofsky*, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Grundgesetz. Mitarbeiterkommentar, Bd. 1, 2002, Art. 3 II, III 1 Rn. 291. Auch die identitätsstiftenden Merkmale seien unverfügbar, so *Sigrid Boysen*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 173. Gegen jede Systematisierung *Sophia Moreau*, What Is Discrimination?, Philosophy & Public Affairs 38 (2010), S. 143 (156 f.); *Werner Heun*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 126.

³⁶ Vgl. *Kenji Yoshino*, Assimilationist Bias in Equal Protection: The Visibility Presumption and the Case of “Don’t Ask, Don’t Tell”, The Yale Law Journal 108 (1998), S. 485 (494); *Tarunabh Khaitan*, A Theory of Discrimination Law, 2015, S. 59 f.; *Jessica A. Clarke*, Against Immutability, The Yale Law Journal 125 (2015), S. 2 (27); *Iyiola Solanke*, Discrimination as Stigma. A Theory of Anti-discrimination Law, 2017, S. 58–60; *Susanne Baer/Nora Markard*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 2 und 3 Rn. 439; *Judith Froese*, in: Höfling/Augsberg/Rixen (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 2023, Art. 3 (2. Teil) Rn. 91.

Stichwortverzeichnis

- Ableismus 17, 23, 185, 259
- Abweichung *siehe* *Othring*
- Abwertungsverbot 258 ff., *siehe auch* Aufwertungsverbot; Bewertungsverbot
- Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz 6, 178
- Allgemeines Persönlichkeitsrecht 18 f., 42 f., 49 f., 67, 242
- Allgemeinheit (Hegel) 281, 284 f.
- Angemessene Vorkehrungen 5 ff., 105
- Angleichung 7 f., 10, 229
- Anknüpfungsverbot 171, 239
- Antidiskriminierungsrecht
- feministisches 11 ff., 257 ff.
 - liberales 2 f., 226 ff.
 - Perversion des 243
 - postkategoriales 100 ff., 257 ff.
- Antidiskriminierungsrechtliche Kategorien
- als Hierarchisierung 16 ff., 257 f.
 - Binarität 101
 - Systematisierung von 10 f., 82, 104, 244
 - und Ausprägungen 2, 9, 83, 245
 - Wechsel zwischen 15 f.
 - Zuschreibung von 9 f., 77, 140, 258 f., 262 ff.
- Assimilation *siehe* Angleichung
- Asylrecht 78 ff., 140
- Aufwertungsverbot 185 f., 222, 239 f., *siehe auch* Abwertungsverbot; Bewertungsverbot
- Außerrechtliche Wertungen 20 ff., *siehe auch* Interdisziplinarität
- Autonomie *siehe* Freiheit
- Bedeutung, existenzielle 42 ff., 110, 226, 256, *siehe auch* Identität
- Befreiung 280, 287
- Begriff 27 f.
- Behindertenrechtskonvention 5 f., 183, 187 f., 192, 207, 222 f.
- Behinderung, *siehe auch* behinderte Handlung
- als Defizit 167, 175, 181 ff., 186 f., 191, 218, 220 ff.
 - als Identität 184 ff., 218 f., 223, 298
 - Begriff von 169
 - medizinisches Modell von 169 f., 180
 - menschenrechtliches Modell von 180
 - Paradigmenwechsel im Recht der 177 ff., 191 f., 216 ff., 297
 - Sehbehinderung 177
 - soziales Modell von 170, 180
- Behinderungsausgleich 174 f., 208 f., 221 f., 298
- Betreuungsrecht 189, 204 ff., 297 f.
- Beweis, *siehe auch* Glaubhaftigkeit
- Beweismaß 126 f., 137, 159 f., 215, 222
 - der Behinderung 187 f., 219 f., 222 f., 270 ff.
 - der Konversion 147 f.
 - der Religion 125 ff., 130 ff., 147 f., 158 ff., 270 f.
 - der sexuellen Orientierung 89 ff., 93 ff., 99, 101
 - des Geschlechts 270 f., 296
 - einer Gewissensentscheidung 135 ff.
 - und Wahlfreiheit 91, 132 f.
- Bewertungsverbot 151 ff., 185, 238 ff., 265, 278, *siehe auch* Abwertungsverbot; Aufwertungsverbot
- Biologie 50 f., 53, 169 f.
- Bisexualität 87 f., 101, *siehe auch* sexuelle Orientierung
- Brustaufbauoperation 62 ff., 241, 260
- Chancengleichheit 261 f., 293
- Chromosomen 53
- Cisgeschlechtlichkeit 61 f., 73

- Differenzdilemma 262 ff.
 Dilemma 44 ff., 55, 105, 109 ff., 115
 – der Differenz *siehe* Differenzdilemma
 – des liberalen Antidiskriminierungsrechts 243, 249
Disability Studies 188
 Diskretionsgebot 90, 98
 Diskriminierung
 – als soziale Ungleichheit 21 f., 258 f.
 – mittelbare 20 f.
 – wegen der Behinderung 169 ff., 207 f.
 Diskriminierungsschutz, symmetrischer und asymmetrischer 185, 193, 239 f.
 Dominierungsverbot 21 f., 239
double bind 97
 DSSH-Modell 93 f.
 Dysmorphophobie 62 f.
- Ehe 42 ff.
 Essentialismus 1, 47 f., 251, 258, 278
 Ethik 253
 Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte 52 ff.
 Existenzminimum, religiöses 142 f., 161
 Expressivismus 282 f.
- Feminismus *siehe* feministische Rechtswissenschaft
 Finalprinzip (Krankenversicherungsrecht) 59
 Flüchtling 76, 139
 – nicht vorverfolgter 84 f., 99
 Flüchtlingsrecht 80 ff., 297,
 siehe auch Genfer Flüchtlingskonvention
 – als Menschenrechtsregime 99 f.
 – bestimmte soziale Gruppe 80 ff., 297
 – postkategoriales 100 ff.
 – *protected characteristics approach* 80 ff., 88
 – *social perception approach* 83
 Freiheit, *siehe auch* Selbstbestimmung
 – als Selbstzweck 119 f.
 – assistierte 183
 – Dialektik der 288 ff.
 – relationale 12 ff.
 – Schwäche der 118, 172, 202, 212, 229 f., 277
 – soziale 41 f., 267, 286 f.
 – und Vernunft 278 f., 285, 289
 – Wahlfreiheit 50 f., 132 f., 171 f., 227, 255 f., 270 f., 274 ff.
 Freiheitsrecht 9, 18 f., 49 ff., 178, 187, 198 ff., 291 ff.
 Funktionalisierung 118 ff., 184, 219, 231, 249
 Fürsorge 177 ff., 183, 194, 207,
 siehe auch Rehabilitation
- Genealogie 28
 Genfer Flüchtlingskonvention 76, 78, 139 f.
 Geschlecht 38 ff., 285
 – Geschlechtswahlfreiheit 38
 – Persönlichkeitsrelevanz von 50
 – und Körperstandards 63
 Geschlechtsangleichende Behandlungen 47, 241
 Geschlechtsdysphorie 70, 73
 Geschlechtsidentität, selbstbestimmte 45, 51, 242, *siehe auch* Geschlecht
 Geschlechtsinkongruenz 70, 73
 Gesundheit 64 f., 71, 196
 Gewissensfreiheit 135 ff.
 Gewohnheit *siehe* zweite Natur
 Glaubenswechsel *siehe* religiöse Konversion
 Glaubhaftigkeit 90, 101 f.
 Gleichbehandlung 18 ff., 226, 238 f., 258 f., 293 ff.
 Gleichheit, formale 178, 263
 Gleichheit, materiale 178, 181, 262
 Gleichheitsrecht 9, 111, 178, 291 ff.,
 siehe auch Diskriminierung; Gleichbehandlung
 Grund, *siehe auch* Rechtfertigung
 – Dialektik des 102, 251
 – formeller 157, 247 ff.
 – guter 188, 234, 236 ff., 248 f., 253, 267
 – Handlungsgrund 202, 231 f., 236, 277, 288
 – Hegels Begriff des 235, 247 f.
 – kausaler 155, 235, 273
 – realer 247 f.
 – tautologischer *siehe* formeller Grund
 Grundbedürfnis 217 f., 221, 298
 Gruppe, bestimmte soziale (Flüchtlingsrecht) 80 ff., 297
 Gutachten, medizinische, psychologische, sexualwissenschaftliche 46, 49, 55 f., 88, 92 f.

- Handlung, behinderte 172 ff.
 Handlung, identitätsspezifische 242, 249, 293
 Handlungsfreiheit 191, 193 f.
 Handlungsfreiheit, behinderte 186 f., 295, 297
 Handlungsgrund 202, 231 f., 236, 277, 288
 Hierarchisierungsverbot 22 f., 257
 Hijab 113 ff., 241, 253, 272, 294
 Homosexualität 43 f., 46, 85 ff., 101, 272, *siehe auch* sexuelle Orientierung
- Identität, *siehe auch* existenzielle Bedeutung; identitätsspezifische Handlung; identitätsspezifische Konstellationen; identitätsspezifische Rechte
 – als Argument 1 f., 8 f., 245 ff., 260, 269 f.
 – als Form der Freiheit 273 ff.
 – als Inneres 1 f., 282 f., 288
 – als Persönlichkeit 1 f., 9, 44, 63, 82 f., 148, 243 ff.
 – Identitätskategorie und -ausprägung 2, 9, 83, 245
 – im logischen Sinne 2, 277 f.
 – in Abgrenzung zur Präferenz 254 f.
 – in der Philosophie Rainer Forsts 252 ff.
 – konkrete 278
 – sexuelle 77, 86
 Identitätspolitik 1, 261
 Individualisierungsgebot 208, 215
 Individualität 43, 50, 93, 145, 188 f., 272 f., 285
 Interdisziplinarität 16, 188, 251, 291, 296
 Intergeschlechtlichkeit 49 ff., 68, 70 f., 290 f.
International Classification of Diseases 65, 69 f., 72 f.
 Intersektionalität 16, 76
- Kippa 255
 Kirchensteuer 134
 Konstellationen, identitätsspezifische 2, 9 f., 240 ff., 269 f., 293
 Konversion, religiöse 147 ff., 296
 Kopftuch *siehe* Hijab
 Körper 61 f., 138, 191, 271 f.
 – geschlechtliche Körperstandards 63
 Krankenversicherung 59 ff., 217, 297
- Krankheit 25, 40, 53 f., 59 f., 189 ff., 296 ff.
 Kriegsdienstverweigerung 135 ff.
 Krise 25
 Kritik
 – feministische 13, 16 ff.
 – immanente 24 ff., 96 f., 248, 268 f.
 – interne 24
- Mamma-Augmentationsplastik
siehe Brustaufbauoperation
 Medizin 40 ff., 65 f., 92 f., 169 f., 188
 Medizin, wunscherfüllende 66 ff., 244 f.
 Meinungsäußerungsfreiheit 109, 249
 Menschenwürde 109 f., 142, 160 ff., 243
 Mitverschulden 174 ff.
 Moral 253
- Nachfluchtgründe 78 f., 84, 140
 Natur, zweite 273 f., 279 ff., 297
 Neutralität 23, 263 ff.
 Neutralität, religiös-weltanschauliche 116, 123, 148, 151 ff., 238
 Neutralitätsgesetze 113, 115 f.
 Non-Binarität *siehe* Intergeschlechtlichkeit
 Normalisierung 228, 303
 Normalität 16, 179, 263, 303, *siehe auch* Othering
 Normativität
 – des Begriffs 27 f., 60
 – Möglichkeit als Bedingung von 3
 Normen, behinderungsspezifische 175 ff.
- Othering* 7, 63, 83, 263
- Paradigmenwechsel (Recht der Behinderten) 177 ff., 191 f., 207, 216 ff., 297
 Parität 261 f.
 Paternalismus 171, 196 ff.
 Patientenverfügung 204 ff.
 Personenstandsrecht 39 ff.
 Persönlichkeit *siehe* Identität
 Plausibilitätskontrolle 95, 126 ff., 158 ff., 222, 296 f.
 Problem 25 f.
 Prognose 101 f., 133 f., 143, 147
 Prozessrecht *siehe* Beweis

- Qualifikationsrichtlinie 80 ff.
 Quote 57 f., 260 ff.
- Rassismus 17, 23, 259
 Rationalität, instrumentelle *siehe* Funktionalisierung
 Recht, liberales 3
 – Logik des 227 ff.
 – und Verantwortung 173, 211, 230 ff., 266, 292 f.
 Recht, subjektives 28, 196, 200, 227 ff., 232, 255 f.
 Rechte, identitätsspezifische 173, 178 f., 181, 245
 Rechtfertigung 66 f., 149, 175, 201, 229 ff., 236 ff., 287 f.
 Rechtsmissbrauch 84 f., 102 f., 130 f., 135, 140, 149, 236
 Rechtswissenschaft, feministische 11 ff., 257 ff., 278
 – Vorwurf des Politischen 22 f.
 Reflexion 287 f.
 Rehabilitation 208, 210 ff.
 Religion
 – als Tatsache 130, 132 ff., 144
 – und Kollektivität 123 f., 128, 131 f., 272 f.
 Religionsfreiheit 107 ff., 164,
 siehe auch religiöse Konversion
 – als absolutes Recht 115 ff.
 – als Selbstzweck 119 f.
 – als Wahlfreiheit 104, 111, 117, 134, 147, 242
 – Funktion der 118 f.
 – innere und äußere 107 ff., 138
 Religionsverfassungsrecht 106
 Rollstuhl 174 ff., 217 f.
- S3-Leitlinie 68 ff.
 Schönheitsoperationen 71, 74, 244 f.,
 siehe auch wunscherfüllende Medizin
 Schutzpflicht 9, 197 ff., 293
 Schwangerschaft 74, 186, 266
 Sehbehinderung 177
 Selbständigkeit 179, 183, 219
 Selbstbestimmung 54, 275 ff., 288, 291,
 siehe auch Freiheit; selbstbestimmte
 Geschlechtsidentität
 Selbstbestimmung, sexuelle 43, 46, 51, 67
 Selbstbestimmungsgesetz 55 ff.
 Selbsttötung 14
 Selbstverständnis 121 ff., 158 ff., 215,
 222 f., 295 ff.
 Sexismus 17, 23, 39, 259
 Sexualwissenschaften 43 f., 46 ff., 92 f.
 sexuelle Orientierung 77, 83, 172, 273
 Sittengesetz 41
 Sittlichkeit 283 ff.
 Sonderrechte 2, *siehe auch* identitäts-
 spezifische Rechte
 Sonderschule 169 ff., 182
 Stereotype 22, 91, 94 f., 258, 272
 Stigma 22, 69, 82, 93
- Transgeschlechtlichkeit 40 ff.,
 siehe auch Cisgeschlechtlichkeit
 – als Krankheit 40 f., 53 f., 58, 61 ff., 75
 – Depathologisierung 49, 68 ff.
 Transsexuellengesetz 41 ff.
 Triage 168 f.
- Unterrichtsbefreiung 130, 292
 Unversehrtheit, körperliche 190, 195 f.,
 198 f.
- Verantwortung 10 f., 172 f., 230 ff., 266,
 292 f.
 Verhältnismäßigkeit 6, 18, 231, 236
 Vulnerabilität 22, 273
- Wahlfreiheit 3, 202, 227, 255 f., 270 f.,
 274 ff.
 Werte 30
 Werteordnung 230 ff.
 Widerspruch 28 ff.
 – Aufhebung des 26 f., 31 f., 269, 291
 – des liberalen Antidiskriminierungs-
 rechts 24, 240 ff.
 – formaler 29 f., 97
 – innerer 26
 – praktischer 28 f.
 Wille
 – Hegels Begriff des freien 274 ff.
 – Hegels Begriff des natürlichen 276
 – natürlicher und freier 189 ff., 197 ff.,
 202, 205 f.

- Willensfreiheit 98, 191, 193 f., 233
Willkür 227 ff., 246, 255 f., 270 f., 274 ff.,
291, *siehe auch* Freiheit
Wunsch- und Wahlrecht im Sozial-
recht 208 ff.
Zeugnisvermerke 168 f., 293
Zisidentität 63 f.
Zwangsbehandlung 189 ff., 234 f., 297 f.
Zweck-Mittel-Relation 118 f., 181 ff.,
209 ff., 218 f.,
siehe auch Funktionalisierung