

Grundgesetz und Rassismus

Herausgegeben von
JUDITH FROESE und
DANIEL THYM

Mohr Siebeck

Grundgesetz und Rassismus



Grundgesetz und Rassismus

Herausgegeben von
Judith Froese und Daniel Thym

Mohr Siebeck

JUDITH FROESE ist Inhaberin des Lehrstuhls für Öffentliches Recht mit Nebengebieten an der Universität Konstanz; Projektleiterin im Rahmen der Studie „Rassismus als Gefährdung des gesellschaftlichen Zusammenhalts“ des Forschungsinstituts Gesellschaftlicher Zusammenhalt.

DANIEL THYM ist Inhaber der Professur für Öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht an der Universität Konstanz und Direktor des dortigen Forschungszentrums Ausländer- und Asylrecht (FZAA); Sprecher des Standorts Konstanz des bundesweiten „Forschungsinstituts Gesellschaftlicher Zusammenhalt“ (FGZ) und Vorstandsmitglied des Konstanzer „Zentrums für Kulturwissenschaftliche Forschung“ (ZKF).
orcid.org/0000-0003-0361-6719

Die Universität Konstanz finanzierte die Open Access-Publikation des Sammelbandes.

ISBN 978-3-16-161736-2 / eISBN 978-3-16-161737-9
DOI 10.1628/978-3-16-161737-9

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

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Nicht kommerziell – Keine Bearbeitungen 4.0 International“ (CC-BY-NC-ND 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Stempel Garamond gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Seit zwei Jahren erlebt in der öffentlichen Diskussion ein Begriff eine Renaissance, der in Deutschland bisher gemieden worden war: „Rassismus“. Die alte und die neue Bundesregierung brachten mehrere Maßnahmenbündel gegen Rassismus auf den Weg, zu denen auch eine Änderung des Grundgesetzes gehört. Eine zwischenzeitliche Verständigung, wonach der Begriff der „Rasse“ in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG durch die Formulierung „aus rassistischen Gründen“ ersetzt werden sollte, wurde nicht umgesetzt. In ihrem Koalitionsvertrag verspricht auch die neue Regierung eine Grundgesetzänderung, lässt jedoch offen, welche Formulierung sie unterstützt. Dabei ist die Grundgesetzänderung nur ein Kristallisationspunkt für eine Debatte, die ganz unabhängig hiervon stattfindet. Das Thema bedarf dringend eines rechtswissenschaftlichen Upgrades – im Lichte des interdisziplinären Kontexts und der gesellschaftlichen Relevanz.

Der vorliegende Band bezweckt vor diesem Hintergrund eine Standortbestimmung, die Optionenräume der Rechtsentwicklung erkundet. Erst die Zusammenschau der Beiträge von führenden Expertinnen und Experten aus dem deutschsprachigen Raum gibt ein Gesamtbild, das gerade wegen der unterschiedlichen Auffassungen den Diskussionsstand abbildet. Diese Meinungsvielfalt liegt an dogmatischen Unwägbarkeiten ebenso wie an den Untiefen des interdisziplinären Theorietransfers. Es steht keineswegs fest, wie sich die juristische Begriffs- und Konzeptbildung zum überaus dynamischen interdisziplinären Diskussionsstand verhält. In juristischer Hinsicht verstärkt das Nebeneinander von Verfassungs-, Europa- und Völkerrecht die Unsicherheiten.

Im Zentrum des Bandes steht eine doppelte Leitfrage: Umfassen die Diskriminierungsverbote neben vermeintlich angeborenen Unterschieden auch kulturalisierte Formen eines Rassismus? Wie verhält sich das dogmatische Verbot einer offenen, versteckten und ggf. auch mittelbaren Diskriminierung auf nationaler und europäischer Ebene zu den Erscheinungsformen eines strukturellen bzw. institutionellen Rassismus? Eindeutige oder gar konsensuale Aussagen sind zu diesen zentralen Themenfeldern nicht möglich, wohl jedoch Annäherungen an und lebhaftes Diskussionen über eine zentrale juristische und rechtspolitische Fragestellung der Gegenwart. An die Stelle eines Konsenses tritt das gemeinsame Ringen um die beste Lösung.

Es ist ein Ziel für sich, den rechtswissenschaftlichen Diskussionsstand in seiner Vielfalt darzustellen und die Optionenräume für einen interdisziplinären Theorietransfer zu erkunden. Dass ein sachlicher Austausch der widerstreitenden Positionen gelingt, ist bei einem emotionsgeladenen Thema wie „Rassis-

mus“ alles andere als selbstverständlich, wie die aufgeheizten Debatten über Rechtsterrorismus und Identitätspolitik zeigen. Im Idealfall leistet der vorliegende Band daher im Kleinen, was die Gesellschaft im Großen braucht: eine Debattenkultur, die Kontroversen austrägt, ohne sich in Echokammern zurückzuziehen. Das bundesweite Forschungsinstitut Gesellschaftlicher Zusammenhalt (FGZ) bot hierfür einen perfekten Rahmen. Wir sind dessen Standort Konstanz dankbar, die Mittel für das vorbereitende Verfassungssymposium, das wir im Dezember 2021 an der Universität Konstanz durchgeführt haben, bereitgestellt zu haben.

Die Arbeit an dem Buch leistet einen Beitrag für die juristische Komponente der InRa-Studie „Institutionen und Rassismus“, die im Umfeld des FGZ vom Bundesministerium des Innern gefördert wird und in dem wir ein gemeinsames Forschungsprojekt realisieren. In öffentlichen Debatten über „Rassismus“ ist es üblich, sich auf das Grundgesetz oder die Menschenrechte als normativen Referenzpunkt zu beziehen. Das ist legitim, beantwortet für sich genommen aber noch nicht die Frage, welche Ausprägungen des Rassismus zugleich einem Rechtswidrigkeitsverdikt unterliegen. Die vorliegende Bestandsaufnahme bietet der hoffentlich breiten Leserschaft einen Wegweiser zu den zentralen Argumentationsmustern und hilft damit der Rechtspraxis, diese in anwendungsbezogene Rechtsstandards zu übersetzen.

Die Ergebnisse werden mit finanzieller Unterstützung der Universität Konstanz ganz bewusst als doppelte Print- und Open Access-Publikation bereitgestellt. Die kostenlose digitale Verfügbarkeit unterstützt eine breite Rezeption der Ergebnisse in der Rechtspraxis, der Gesellschaft sowie in der Rechtspolitik. Die zügige Veröffentlichung ermöglichten die Autorinnen und Autoren durch die disziplinierte Schreibe und die fristgemäße Ablieferung der Manuskripte. Aus den beiden beteiligten Lehrstuhlteams gebührt ein nachdrücklicher Dank insbesondere: Marie-Louise Reuter und Johannes Siegel für die Vorbereitung und Durchführung des Symposiums, Erika Jasinskaite und Lara Lindlahr für die Aufbereitung der Manuskripte sowie Sabine Gerber für die organisatorische Gesamtkoordination.

Wir widmen den vorliegenden Band Professor Dr. Michael Sachs, der in den vergangenen Jahrzehnten zahlreiche wertvolle Beiträge über die grundgesetzlichen Diskriminierungsverbote verfasste, ausgehend von seiner Habilitationsschrift „Grenzen des Diskriminierungsverbotes“ (1987). Michael Sachs wirkte engagiert am hybriden Verfassungssymposium mit und verstarb im Februar 2022 leider viel zu früh, kurz nach der Fertigstellung des Manuskripts.

Konstanz, im Juli 2022

Prof. Dr. Judith Froese
Prof. Dr. Daniel Thym

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
-------------------	---

Standortbestimmungen

<i>Daniel Thym</i> Rassismus und Verfassungsrecht. Einführung und Kontextualisierung	3
---	---

<i>Michael Sachs †</i> Das Verbot der Diskriminierung eines Menschen „wegen seiner Rasse“. Eine dogmatische Standortbestimmung mit Blick auf die anvisierte Verfassungsänderung	31
--	----

<i>Judith Froese</i> Skizze eines Gesamtpanoramas. Die anvisierte Änderung des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG und die rechtliche Erfassbarkeit von Rassismen . .	49
---	----

Begriffliche Reichweite des Merkmals „Rasse“

<i>Uwe Kischel</i> Die Streichung des Begriffs „Rasse“. Ersetzt der sozialwissenschaftliche Rassismusbegriff den normativen Rassebegriff?	71
---	----

<i>Cengiz Barskanmaz</i> Rasse. Eine interdisziplinäre Einordnung des verfassungsrechtlichen Begriffs	99
---	----

Strukturelle, institutionelle und alltägliche Rassismen

<i>Philipp Reimer</i> Strukturelle, institutionelle und alltägliche Benachteiligungen. Kein Thema des Diskriminierungsverbots	141
---	-----

Nora Markard

Struktureller und institutioneller Rassismus. Eine juristische Perspektive	161
---	-----

Impulse des Unions- und Völkerrechts

Katharina Pabel

Unionsrechtliche Diskriminierungsverbote wegen der Rasse	197
--	-----

Mehrdad Payandeh

Das Verbot rassistischer Diskriminierung im Völkerrecht und seine Bedeutung für das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot	217
---	-----

Historische Einordnung und Rechtsvergleich

Doris Liebscher

Das Besondere des deutschen Rassebegriffs. Rechtshistorische und rechtsvergleichende Überlegungen	245
--	-----

Mathias Hong

„Rasse“ im Parlamentarischen Rat, die Dynamik der Gleichheitsrechte und der Schutz vor struktureller Diskriminierung	273
---	-----

Verzeichnis der Autorinnen und Autoren	301
--	-----

Standortbestimmungen

Rassismus und Verfassungsrecht

Einführung und Kontextualisierung

Daniel Thym

Für die Bundesrepublik war das Grundgesetz ein Neuanfang. Es präsentierte sich „als Gegenentwurf zu dem Totalitarismus des nationalsozialistischen Regimes“¹, ganz im Sinn eines „Nie wieder!“. Im Zeichen des Grundgesetzes wurde die Vergangenheit überwunden, um ein freiheitliches Gemeinwesen in einem vereinten Europa aufzubauen. Der Erfolg dieses Unterfangens begründete im Laufe der Jahrzehnte ein neues deutsches Selbstbewusstsein als stabile Demokratie und verlässlicher Rechtsstaat. Zugleich bewirkte die kategorische Abgrenzung vom NS-Unrechtsregime und dem Völkermord an den Juden Europas, dass der „Rassismus“ als ein Problem der Anderen verstanden wurde: des südafrikanischen Apartheitsregimes oder der spezifischen US-Situation.² Dem lag ein enges Rassismusverständnis zu Grunde, das eine argumentative Tabuzone im öffentlichen Diskurs markierte. „Rassismus“ war ein ultimativer Vorwurf, der das Gegenüber moralisch diskreditierte.

In einem vergleichsweise kurzen Zeitraum änderte sich die Situation grundlegend. Eine Recherche nach dem Begriff „Rassismus“ im FAZ-Archiv ergibt für das Jahr 1990 insgesamt 180 Treffer. Zwanzig Jahre später waren es nur unwesentlich mehr, doch seither explodierten die Nennungen. 2020 und 2021 wurde der Begriff „Rassismus“ jeweils 2327 bzw. 1763 Mal erwähnt. Rechts-extreme Terrorakte in Hanau und Halle sowie #BlackLivesMatter haben viel verändert. Aus den USA schwappte ein Diskurs nach Europa, der auf dem Kontinent zuvor kaum existiert hatte. Getragen wurde der Diskurswandel nicht zuletzt von den Forderungen der Migrantenverbände.³ Verweise auf „Rassismus“ verbreiteten sich in Windeseile und erfassten immer mehr Sachbereiche. Exemplarisch genannt sei die Kritik an der Frage „Woher kommst Du eigentlich?“ als möglicher Alltagsrassismus.⁴

¹ BVerfGE 124, 300 (328) – *Rudolf Hess Gedenkfeier (Wunsiedel)*.

² Streitbar *Max Czollek*, *Desintegriert euch!*, 2018, S. 63–92.

³ Exemplarisch Bundeskonferenz der Migrantenorganisationen (BKMO) v. 01.09.2020: *Anti-Rassismus Agenda 2025: für eine rassismusfreie und chancengerechte Einwanderungsgesellschaft*, <https://bundeskonferenz-mo.de/aktuelles/antirassismus-agenda-2025>, letzter Zugriff: 24.6.2022.

⁴ Pointiert *Ferda Ataman*, *Hört auf zu fragen. Ich bin von hier!*, 2019.

Das Grundgesetz wird in diesen Debatten häufig genannt. In der Tradition des bundesrepublikanischen Verfassungspatriotismus berufen sich viele auf den Gleichheitsartikel, um die antirassistische Agenda normativ zu untermauern.⁵ Zugleich soll der Verfassungswortlaut geändert werden, um den im deutschen Diskurs belasteten Begriff der „Rasse“ zu ersetzen.⁶ Im November 2020 verständigte sich die damalige Große Koalition auf eine Grundgesetzänderung, die nicht mehr realisiert wurde, weil ein Streit darüber entstand, ob die vorgeschlagene Formulierung „aus rassistischen Gründen“ den Status quo sprachlich nur anders ausdrückt oder, alternativ, den Schutzzumfang einengt oder umgekehrt ausweitet.⁷ In ihrem Koalitionsvertrag unterstützt die Ampelkoalition das Projekt, verzichtete in weiser Zurückhaltung jedoch darauf, eine Begrifflichkeit zu nennen.⁸ Die Verfassungsänderung bleibt auf der Agenda und eignet sich als gedanklicher Einstieg in ein umstrittenes Themenfeld: die juristische Reichweite des Begriffs der „Rasse“ im Grundgesetz, ergänzt um die Nennung der „ethnischen Herkunft“ und „Hautfarbe“ in EU-Grundrechtecharta, EMRK sowie völkerrechtlichen Verträgen. Inwieweit spiegeln diese Verbote die breite – und nicht immer kohärente – interdisziplinäre Begriffsdeutung?

I. Rechtsdogmatik zwischen Stabilität und Öffnung

Die deutsche Rechtswissenschaft ist strukturkonservativ. Nicht in einem politischen Sinn, sondern insofern als interdisziplinäre Entwicklungen zumeist verspätet verarbeitet werden (wenn überhaupt).⁹ Für internationale Diskurse gilt dasselbe. Deutschland ist meistens einige Jahre hinterher. Das muss kein Schaden sein, denn eine von mehreren Ausprägungen der deutschen Rechtswissenschaft ist eine intime Nähe zur Rechtspraxis.¹⁰ Paradigmatisch hierfür stehen

⁵ Zur diesbezüglichen Symbolfunktion der Verfassung siehe *Daniel Thym*, Verfassungspatriotismus in der Einwanderungsgesellschaft, AöR 145 (2020), S. 40 (41–46).

⁶ Eine gute Übersicht zum Diskussionsstand liefert *Michael Griesbeck*, Der Begriff Rasse in Artikel 3 GG – Geschichte und aktueller Stand der Diskussion, ZAR 2021, S. 400.

⁷ Siehe Maßnahmenkatalog des Kabinettsausschusses zur Bekämpfung von Rechtsextremismus und Rassismus v. 25.11.2020, Nr. 36; Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz: Entwurf eines Gesetzes zur Ersetzung des Begriffs „Rasse“ in Artikel 3 Absatz 3 Satz 1 des Grundgesetzes, März 2021; und die Stellungnahmen in der Anhörung des Bundestagsausschusses für Recht und Verbraucherschutz v. 21.6.2021, <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2021/kw25-pa-recht-rasse-847538>, letzter Zugriff: 24.6.2022.

⁸ Siehe SPD/Bündnis 90/Die Grünen/FDP: Mehr Fortschritt wagen. Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, Koalitionsvertrag 2021–2025 v. 24.11.2021, S. 121.

⁹ Siehe *Uwe Volkmann*, Die Dogmatisierung des Verfassungsrechts, JZ 2020, S. 965.

¹⁰ Statt vieler *Christoph Möllers*, Methoden, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, 2. Aufl. 2012, § 3.

die Rechtsdogmatik sowie die Gattung der Kommentare, die über lange Jahre hinweg der einzige Ort waren, wo in der deutschen Rechtswissenschaft über Rassismus gesprochen wurde – wenn auch häufig in wenigen Absätzen und mit wenig Substanz.¹¹

Rechtsdogmatik als Grundlage der Praxisrelevanz lebt von Stabilität und Vorhersehbarkeit. Sie speichert Wissen und schafft es dadurch, hochkomplexe Zusammenhänge in anwendungsfreundliche Obersätze zu übersetzen.¹² Eine solche Dogmatik kann nicht, wie die interdisziplinäre Forschung, einen „turn“ nach dem anderen durchmachen, im Sinn sich regelmäßig verschiebender Aufmerksamkeitsschwerpunkte und Vorannahmen.¹³ Dogmatische Stabilität lebt immer auch davon, dass dogmatische Ableitungen nicht auf theoretischen Vorannahmen basieren, die sich von Autorin zu Autorin unterscheiden. Dies rechtfertigt einen gewissen Strukturkonservatismus, der freilich nicht versteinern darf. Notwendig sind themenspezifische Phasen der Öffnung, in denen der Wissensstand hinterfragt und gegebenenfalls neue Lösungen entwickelt werden.¹⁴ Eine solche Periode erleben wir aktuell für unser Thema.

Gerade in Phasen der Öffnung kann man eine wissenschaftliche und eine rechtspraktische Dogmatik abstufen. Wissenschaftliche Dogmatik ist auf einem höheren Abstraktionsniveau theoretisch rückgebunden und arbeitet interdisziplinär. Gerichte und Behörden können das typischerweise nicht leisten. Sie brauchen die Speicherfunktion einer „Jurisprudenz“, die eine theoretisch reflektierte Modellbildung in praxistaugliche Standards übersetzt.¹⁵ In der aktuellen Situation brauchen wir beides: theoretische Reflektion und die Entwicklung praxistauglicher Standards.

Der vorliegende Sammelband will hierzu einen Beitrag leisten, ohne die Rechtswissenschaft auf die Dogmatik zu reduzieren. Es gibt andere Arbeitsmethoden, die gerade beim Nachdenken über Rassismus fruchtbar sein können. Bei der Entwicklung dogmatischer Aussagen wird sodann jedoch die Spannungslage zwischen dogmatischer Stabilität und Öffnung sichtbar, die jedes interdisziplinäre Arbeiten prägt. Beide Perspektiven können nicht eins zu eins

¹¹ Anschaulich *Doris Liebscher*, Rasse im Recht – Recht gegen Rassismus. Genealogie einer ambivalenten rechtlichen Kategorie, 2021, S. 372–460.

¹² Stellvertretend *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, S. 3–6.

¹³ Zur Abfolge „cultural“, „spatial“, „performative“, „mobility“, „postcolonial“ und anderer „turns“ (Paradigmenwechsel) in den Sozial- und Kulturwissenschaften siehe *Doris Bachmann-Medick*, Cultural Turns. Neuorientierung in den Kulturwissenschaften, 5. Aufl. 2014.

¹⁴ Siehe *Oliver Lepsius*, Relationen. Plädoyer für eine bessere Rechtswissenschaft, 2016, S. 30–36; und *Christian Bumke*, Die Entwicklung der verwaltungswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 73 (115–123).

¹⁵ Zur Abgrenzung siehe *Hans Christian Röhl*, Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität. Erscheinungsformen, Chancen, Grenzen, VVDStRL 74 (2015), S. 7–38.

kurzgeschlossen werden, weil interdisziplinäre Forschung selten eindeutige Ergebnisse produziert – und selbst wenn es diese geben sollte, muss nicht alles, was interdisziplinär unter „Rassismus“ thematisiert wird, dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit unterliegen.

Ganz in diesem Sinn sollte die Leserschaft das „und“ im Titel des Sammelbands im ersten Zugriff additiv verstehen. Es geht um das „Grundgesetz“ als ein im öffentlichen Diskurs sichtbares juristisches Dokument, das Rechtswidriges vom Rechtmäßigen scheidet, „und“ über „Rassismus“ als Chiffre für einen vielschichtigen interdisziplinären Diskurs. Auf der Grundlage dieser Standortbestimmung vollziehen die vorliegenden Beiträge sodann einen zweiten Schritt, der das „und“ verknüpfend liest und danach fragt, was die juristische Dogmatik übernehmen kann und was nicht. Für eine Phase der Öffnung ist es ganz normal, dass hierbei diverse Sichtweisen zusammenkommen. Es steht noch nicht fest, was sich durchsetzt.

II. Interdisziplinärer Kontext

Im Zentrum der juristischen Begriffs- und Theoriebildung stehen häufig Substantive im grammatikalischen Singular, die im Idealfall eine feststehende Bedeutung besitzen. Dagegen ist in der modernen Kultur- und Sozialwissenschaft ein Denken in Pluralformen und Partizipialkonstruktionen verbreitet, um sprachlich hervorzuheben, dass es häufig verschiedene Sichtweisen auf ein Phänomen gibt, die sich im Lauf der Zeit verschieben können. Ein Plural wie „Rassismen“ betont vielfältige Deutungsangebote, während eine Partizipialkonstruktion wie „rassialisiert“ (Englisch: *racialised*) den Vorgang des Herstellens akzentuiert. Rechtspolitische Debatten über „Rasse“ und „Rassismus“ versteht man nicht adäquat ohne ein Bewusstsein für die Vielschichtigkeit des interdisziplinären Diskurses.

1. Vielfalt der „Rassismen“

Während im öffentlichen Diskurs eine biologische Sichtweise von Rassismus bis heute dominant sein dürfte, verschoben sich die interdisziplinären Aufmerksamkeitsschwerpunkte grundlegend. Diese Vielfalt der Begriffsverständnisse kann man durch die Pluralformel der „Rassismen“ ausdrücken. Verbreitet ist die analytische Abstufung von biologischen, sozial- und kulturwissenschaftlichen Lesarten.

Biologische Begriffsverständnisse betonen die Vererbbarkeit, die früher mit verschiedenen Begründungslinien anthropologisch, eugenisch oder völkisch

verstanden wurde; eine moderne Spielform ist die Genetik.¹⁶ Es besteht ein Konsens, dass solche quasi-natürlichen Einstufungen vom Rassebegriff der deutschen und internationalen Menschenrechte erfasst werden. Ihre Zielrichtung war gerade das Verbot völkischer und, im Fall des Völkerrechts, kolonialer Unterdrückungs- und Segregationsmuster. Bis heute prägt ein derartiges biologisches Verständnis die öffentliche Debatte und auch die Rechtspraxis, häufig aufgrund unterschwelliger Begriffsverständnisse, die nicht offen reflektiert werden. Eine typische Formulierung lautet, dass es „Rassen“ naturwissenschaftlich nicht gebe; dennoch verbiete das Grundgesetz in Abkehr vom NS-Staat, an vermeintlich existierende Rassen aufgrund vererbbarer bzw. unveränderlicher äußerlicher Merkmale anzuknüpfen.¹⁷ Ganz ähnlich sieht es der Internationale Gerichtshof.¹⁸

Eine Spannungslage ergibt sich im rechtspolitischen Diskurs nun daraus, dass ein quasi-biologisches Verständnis interdisziplinär völlig out ist. In den Sozial- und Kulturwissenschaften setzte sich in den vergangenen Jahrzehnten durch, dass individuelle und kollektive Identitäten keine feststehenden Größen sind, sondern beständig neu verhandelt werden. Fremd- und Selbstzuschreibungen wandeln sich beständig.¹⁹ Wenn sich der „Rassismus“ in diesem Sinn von einem quasi-biologischen Verständnis löst, kann der Begriff eine potentiell große Bandbreite unterschiedlicher Zusammenhänge und Personengruppen erfassen. Eine solche Ausweitung wurde im Kontext der UNESCO bereits in den 1960er Jahren diskutiert, als offen biologische Verständnisse schrittweise tabuisiert wurden und sich stattdessen kulturalisierte Beschreibungsweisen durchsetzten.²⁰ In den Sozial- und Kulturwissenschaften beschleunigte sich die Debatte seit der Jahrtausendwende.

Als rechtliches und sozialwissenschaftliches Bindeglied für die begriffliche Flexibilisierung diente die Figur der „Ethnizität“, die in Form der „ethnischen Herkunft“ oder der „nationalen Minderheit“ in überstaatlichen menschen-

¹⁶ Näher *Liebscher* (Fn. 11), S. 81–92; und *Uwe Kischel*, Rasse, Rassismus und Grundgesetz. Verfassungsrechtliche, interdisziplinäre und rechtsvergleichende Aspekte, AöR 145 (2020), S. 227 (242–246).

¹⁷ Exemplarisch *Christine Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 95. EL 2021, Art. 3 Abs. 3 Rn. 129; und *Werner Heun*, in: Dreier (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2013, Bd. I, Art. 3 Abs. 3 Rn. 129.

¹⁸ IGH, Urt. v. 4.2.2021, Nr. 172, *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates)*, Rn. 81: „characteristics that are inherent at birth“.

¹⁹ Grundlegend *Andreas Wimmer*, *Ethnic Boundary Making. Institutions, Power, Networks*, 2014; zusammenfassend *Rudolf Leiprecht*, *Rassismus*, in: Mecheril (Hrsg.), *Handbuch Migrationspädagogik*, 2016, S. 226–242; im juristischen Kontext siehe *Steffen Augsberg*, *Gleichheit angesichts von Vielfalt als Gegenstand des philosophischen und des juristischen Diskurses*, VVDStRL 78 (2019), S. 7 (21–27).

²⁰ Siehe UNESCO Statement on Race and Racial Prejudice (1967), <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/030639686800900307>, letzter Zugriff: 24.5.2022.

rechtlichen Diskriminierungsverboten neben der „Rasse“ vorkommt und von den Gerichten häufig anstelle derselben angewandt wird (eine Flexibilität, die das Grundgesetz nicht kennt). Die Nationalismusforschung nach dem Mauerfall betonte den konstruierten Charakter einer jeden Ethnizität.²¹ Berühmt wurde die Bezeichnung von Nationen als „imaginierten Gemeinschaften“²² – und selbst vermeintlich eindeutige Kriterien wie die Hautfarbe können, wie noch zu zeigen sein wird, zum Gegenstand einer sozialen Neukonfiguration werden. Dem „Antiziganismus“ als konventionelles Beispiel für einen kulturalisierten Rassismus wird heutzutage häufig die „Islamophobie“ zur Seite gestellt, wobei Gemeinsamkeiten und Unterschiede mit dem „Antisemitismus“ lebhaft diskutiert werden.²³ *Cengiz Barskanmaz* und *Uwe Kischel* werden die diesbezügliche Deutungsvielfalt in ihren Beiträgen aufzeigen.

2. Vom Individuum zur Struktur

Eine zweite Verschiebung ergab sich durch eine Akzentverlagerung von der individuellen Diskriminierung hin zur strukturellen Benachteiligung. Ausgangspunkt war in den Vereinigten Staaten die Enttäuschung seitens kritischer Beobachter, dass sich die tatsächlichen Verhältnisse infolge der liberalen Bürgerrechtsgesetzgebung nur teilweise veränderten. Exemplarische Beispiele sind Lohnunterschiede oder der überproportional hohe Anteil von schwarzen Männern in US-Gefängnissen sowie unter den Opfern polizeilicher Gewalt. Im wissenschaftlichen Diskurs spricht man in solchen Fällen, ausgehend vom Feminismus, von einem materiellen Gleichheitsverständnis, das ergebnisbezogene tatsächliche Unterschiede adressiert.²⁴

Im US-Diskurs wurde die Kritik des strukturellen Rassismus als Angriff auf die klassische Formel präsentiert, wonach „unsere Verfassung farbenblind ist“ (*our constitution is color blind*). Eben diese Wendung hatte eine Leitentscheidung des Supreme Court von 1896 gebraucht, um die Rassentrennung (*separate but equal*) zu rechtfertigen. Die Segregationspolitik der sogenannten „Jim

²¹ Zusammenfassend *Anthony Giddens/Christian Fleck/Marianne Egger de Campo*, Soziologie, 2009, S. 431–444.

²² So für kollektive Selbstbilder *Benedict Anderson*, *Imagined Communities. Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, 2. Aufl. 2006.

²³ Näher *Yasemin Shooman*, Zur Debatte über das Verhältnis von Antisemitismus, Rassismus und Islamfeindlichkeit, *Jahrbuch zur Geschichte und Wirkung des Holocaust* 19 (2015), S. 125–156.

²⁴ Siehe *Sandra Fredman*, Substantive Equality Revisited, *ICON* 14 (2016), S. 712–738; *Susanne Baer/Nora Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. I, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 3 GG Rn. 418–425; und *Anna Katharina Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht. Antidiskriminierungsrecht als Ermöglichungsbedingung der demokratischen Begegnung von Freien und Gleichen, 2021, S. 187–193.

Crow“-Gesetzgebung²⁵ wurde damals für rechtmäßig befunden.²⁶ Hieran anknüpfend kritisiert die *Critical Race Theory* prominent die „Farbenblindheit“ scheinbar neutraler Regelungen und Praktiken, hinter deren Fassade sich strukturelle Unterschiede verstetigen.²⁷ Die strukturelle Komponente liegt darin begründet, dass die Benachteiligung so fest in die Strukturen eingeschrieben ist, dass diese auch ohne individuelle Benachteiligung ungleiche Ergebnisse hervorbringen. Ein „institutioneller Rassismus“ erscheint gemeinhin als Unterform der strukturellen Diskriminierung durch öffentliche Einrichtungen und staatliche Strukturen.²⁸ *Nora Markard* befasst sich in ihrem Beitrag ausführlicher mit dessen Reichweite.

Eine Schwierigkeit des strukturellen Rassismus besteht darin, dass dessen Existenz vielfach über ungleiche Ergebnisse erst identifizierbar wird. Verfechter eines materiellen Gleichheitsverständnisses konzentrieren sich daher darauf, ungleiche Ergebnisse unter einen erhöhten Rechtfertigungszwang zu stellen. Übersetzt in juristische Kategorien werden strukturelle Benachteiligungen im Lichte eines materiellen Gleichheitsverständnisses gemeinhin in der Kategorie der mittelbaren Diskriminierung verhandelt. Figur und Handhabung der mittelbaren Diskriminierung stehen im Zentrum verfassungs-, europa- und völkerrechtlicher Diskussionen, ohne dass sich bisher eine einheitliche Anwendungspraxis ergeben hätte. Ganz in diesem Sinn beleuchten zahlreiche der nachfolgenden Beiträge die mittelbare Diskriminierung von verschiedenen Seiten.

3. Sprachwahl: Dilemma der Differenz

Eine Grundannahme der kritischen Rassismusforschung ist der konstruierte Charakter einer jeden Selbst- und Fremdzuschreibung, weshalb sie häufig die Partizipialkonstruktion „rassialisiert“ verwendet. Die Einsicht in den konstruierten Charakter ist eng verknüpft mit der Frage, mit welchen Vokabeln man im juristischen und öffentlichen Diskurs über die diversen Ausprägungen eines Rassismus sprechen soll. Ganz anders als in den angelsächsischen Ländern wird

²⁵ Zum Begriff leicht zugänglich https://en.wikipedia.org/wiki/Jim_Crow_laws, letzter Zugriff: 24.6.2022.

²⁶ Zum historischen Kontext siehe *Jack M. Balkin*, *Constitutional Redemption. Political Faith in an Unjust World*, 2011, Kap. 6.

²⁷ Grundlegend *Richard Delgado/Jean Stefancic*, *Critical Race Theory. An Introduction*, 3. Aufl. 2017; instruktiv *Neil Gotanda*, *A Critique of ‚Our Constitution Is Color Blind‘*, *Stanford Law Review* 44 (1991), S. 1–68.

²⁸ Zur nicht immer einheitlichen Begriffsverwendung siehe *Robert Miles*, *Bedeutungskonstitution und der Begriff des Rassismus*, in: Rätzl (Hrsg.), *Theorien über Rassismus*, 2000, S. 17 (27–32); *Cengiz Barskanmaz*, *Recht und Rassismus. Das menschenrechtliche Verbot der Diskriminierung aufgrund der Rasse*, 2019, S. 61–65; und *Mechthild Gomolla*, *Direkte und indirekte, institutionelle und strukturelle Diskriminierung*, in: Scherr/El-Mafaalani/Yüksel (Hrsg.), *Handbuch Diskriminierung*, 2017, S. 133–155.

der Rassebegriff in Kontinentaleuropa vielfach abgelehnt oder kritisch gesehen. Hierfür stehen die Debatte über eine Grundgesetzänderung sowie gleichlaufende Diskussionen in anderen europäischen Staaten und bei der Annahme der Richtlinie 2000/43/EG.²⁹ Bezeichnenderweise umgeht die EU-Kommission in deutschsprachigen Verlautbarungen die informelle Kurzbezeichnung als *Racial Equality Directive* und spricht stattdessen ungenau von einer „Richtlinie zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes“.³⁰ Ganz offen gestand Generalanwalt Wahl, dass er aufgrund gesellschaftlicher Vorbehalte anstatt von „Rassen“ von „ethnischer Herkunft“ als Oberbegriff spricht.³¹

Eng mit dem konstruierten Charakter verknüpft ist eine Problematik, die *Susanne Baer* in Deutschland unter Formel des „Dilemmas der Differenz“ popularisierte. Gemeint ist damit, dass jeder Kampf gegen Diskriminierung zugleich die Gefahr birgt, diejenigen Kriterien zu essentialisieren, die an sich beseitigt werden sollen.³² Anders formuliert: Von „Rasse“ – oder auch „Rassismus“ – zu sprechen, kann unbeabsichtigt eine gedankliche Segregation der Gesellschaft anhand von Merkmalen stärken, die überwunden werden sollen. Nun liegt es im Wesen von Dilemmata, dass diese nicht vermieden werden können. Es bestehen verschiedene Lösungsansätze, wie auf das Dilemma der Differenz reagiert werden soll.

Selbst innerhalb der kritischen Forschung gibt es zur Begriffsverwendung unterschiedliche Ansätze, die sich auch in der Debatte um die Streichung des Rassebegriffs aus dem Grundgesetz wiederfinden. Manche wollen den Begriff der „Rasse“ beibehalten und selbstbewusst neu besetzen; diese Position wird klassischerweise von der Critical Race Theory vertreten und in diesem Band exemplarisch von *Mathias Hong* und *Cengiz Barskanmaz* unterstützt. In der Bundesrepublik steht die Vokabel „schwul“ für die Möglichkeit einer solchen Umkodierung vom Schimpfwort zur Selbstbezeichnung.

Andere versuchen das Dilemma der Differenz durch einen begrifflichen Wandel zum „Rassismus“ abzumildern, weil dieser den Blick auf Akteure und Mechanismen lenkt. *Doris Liebscher* steht für diese Lesart. Einen Schritt weiter geht eine kulturwissenschaftliche Deutung, die hervorhebt, wie wichtig es sei, neben dem Trennenden auch über das Gemeinsame zu sprechen. Ein Bewusstsein für

²⁹ Näher *Mathias Möschel*, *Law, Lawyers and Race. Critical Race Theory from the United States to Europe*, 2014, S. 83–109; und *Doris Liebscher*, *Rassialisierte Differenz im antirassistischen Rechtsstaat. Zu Genealogie und Verfasstheit von Rasse als gleichheitsrechtlicher Kategorie in Artikel 3 Absatz 3 Satz 1 Grundgesetz – und zu den Vorteilen einer postkategorialen Alternative*, *AöR* 146 (2021), S. 87 (91 f., 102–104).

³⁰ Exemplarisch die erste Fußnote in der Mitteilung der Kommission: *Eine Union der Gleichheit. EU-Aktionsplan gegen Rassismus 2020–2025*, COM(2020) 565 v. 18.9.2020.

³¹ Siehe GA Nils Wahl, *Jyske Finans*, C-668/15, EU:C:2016:914, Rn. 31.

³² Siehe *Susanne Baer*, *Dilemmata im Recht und Gleichheit als Hierarchisierungsverbot. Der Abschied von Thelma und Louise*, *Kriminologisches Journal* 1996, S. 242–260; und *Mangold* (Fn. 24), S. 334–346.