

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: Rätzzel (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.

Zwischenstufen und Überschneidungen kann dabei helfen, einer sich verschärfenden Konfrontationsstellung vorzubeugen und kulturelle Identifikationsmuster als teilbare Ressourcen zu verstehen. Das bedeutet wohlgerne keine Absage an Rassismusedebatten. Allerdings kann eine gleichzeitige Akzentuierung von „Ähnlichkeiten“ den Boden dafür bereiten, die gleiche Zugehörigkeit zur deutschen Gesellschaft sprachlich und argumentativ zu stärken.³³

Hieran anknüpfend warnen andere Stimmen angesichts der heftigen Debatten über „Identitätspolitik“ davor, dass sich die gruppenbezogenen Zuschreibungen verselbständigen. Ungeachtet der theoretischen Einsicht in den konstruierten Charakter einer jeden Identität kann die Betonung gruppenbezogener Unterschiede als identifikatorischer Container vermeintlich feststehende Eigenschaften essentialisieren, ganz im Sinn eines „Gruppismus“.³⁴ *Judith Froese* verweist in ihrem Beitrag auf die negativen Auswüchse der US-Diskussion.

III. Leitfragen des Theorietransfers

Aus dem vielfältigen interdisziplinären Kontext ergeben sich zwei Leitfragen für die Diskussion in diesem Band, die zugleich eine Antwort auf die übergeordnete juristische Thematik ermitteln helfen, welche Ausdrucksformen des Rassismus von den Diskriminierungsverboten erfasst werden und welche nicht. Gelten diese auch für kulturalisierte Formen des Rassismus, exemplarisch die „Islamfeindlichkeit“? Wie sind außerdem Erscheinungsformen eines strukturellen bzw. institutionellen Rassismus einzustufen, die nicht auf intentionalen Handlungen beruhen? Illustriert wird die Virulenz der beiden Leitfragen nachfolgend anhand von Beispielen aus dem erweiterten Bereich der Migration, der häufig im Zentrum öffentlicher und wissenschaftlicher Debatten steht. Dieser konkrete Blickwinkel erlaubt es uns, die zentralen Konfliktlinien paradigmatisch greifbar zu machen.

1. Kulturalisierte Erscheinungsformen

Wie in Deutschland über Migration gesprochen wurde, änderte sich mehrfach. Dieser Wandel verdeutlicht, was die Sozial- und Kulturwissenschaft damit meint, dass Selbst- und Fremdbezeichnungen gesellschaftlich konstruiert sind.

³³ Näher *Dorothee Kimmich*, *Ins Ungefähre. Ähnlichkeit und Moderne*, 2017; und die Beiträge zu *Bhatti/dies.* (Hrsg.), *Ähnlichkeit – Ein kulturtheoretisches Paradigma*, 2015; siehe auch *Thym* (Fn. 5), S. 67–72.

³⁴ Siehe *Francis Fukuyama*, *Identity. The Demand for Dignity and the Politics of Resentment*, 2018; und *Frank Schorkopf*, *Staat und Diversität. Agonaler Pluralismus für die liberale Demokratie*, 2017, S. 27–36.

In den Nachkriegsjahrzehnten wurden „Gastarbeiter“ aus der Türkei und Italien vergleichbar behandelt; man sprach übereinstimmend von „Ausländern“, „Arbeitern“ oder, in einer progressiven Wendung, „ausländischen Mitbürgern“.³⁵ Im Vordergrund stand die prinzipielle Nichtzugehörigkeit der „Gastarbeiter“ in formaler Hinsicht. Kulturelle Aspekte wurden nur unterschwellig thematisiert, und Religion spielte eine marginale Rolle. Freunde des deutschen Schlagers erinnern sich an „Männer mit braunen Augen und schwarzem Haar“, die zu griechischem Wein eine Musik hörten, die „fremd und südlich“ war. Undenkbar ist, dass Deutschland heute – wie weiland 1962 – einen Song über „zwei kleine Italiener“ zum Grand Prix schickt.³⁶

In der gesamtgesellschaftlichen Wahrnehmung wurden Griechen und Italiener zwischenzeitlich weitgehend eingemeindet. Jedenfalls werden sie heutzutage anders beschrieben als Türkeistämmige, die nach der Jahrtausendwende plötzlich sehr viel intensiver als früher als Muslime dargestellt und wahrgenommen wurden. Der Bedeutungsgewinn der Religion wurde beschleunigt durch den islamistischen Terrorismus und den Aufstieg religiös-kultureller Beschreibungsmuster in wichtigen Herkunftsländern. Hinzu kommt das sogenannte „Integrationsparadox“, wenn die zunehmende Gleichstellung, paradigmatisch durch die Reform des Staatsangehörigkeitsrechts zur Jahrtausendwende, neue Rangordnungskonflikte entstehen lässt.³⁷ Die prinzipielle Zugehörigkeit der „neuen Deutschen“³⁸ wurde durch verschobene Trennlinien relativiert, etwa durch die Betonung der Religion oder die Vokabel des „Migrationshintergrunds“. Letzterer durchlebte als statistischer Begriff eine beachtliche Karriere und ist heute weit verbreitet.

Diese diskursiven Verschiebungen zeigen exemplarisch, dass die Merkmale gruppenspezifischer Zuschreibungen sich wandeln und immer auch kontextspezifisch sind. In Deutschland kann die öffentliche Diskussion andere Dinge akzentuieren als in den Vereinigten Staaten. Eindrücklich zeigt die dortige

³⁵ Anschaulich *Valentin Rauer*, Integrationsdebatten in der deutschen Öffentlichkeit (1947–2012), in: *Ezli/Langenohl/Rauer/Voigtmann* (Hrsg.), Die Integrationsdebatte zwischen Assimilation und Diversität, 2013, S. 51–86; *Özkan Ezli*, Narrative der Migration. Eine andere deutsche Kulturgeschichte, 2021; und *Jörg Hüttermann*, Zur Soziogenese einer kulturalisierten Einwanderungsgesellschaft, in: *Ezli/Kimmich/Werberger* (Hrsg.), Wider den Kulturenzwang, 2009, S. 95 (102–115).

³⁶ Leicht zugänglich sind die Lieder von Udo Jürgens („Griechischer Wein“) und Conny Froboess („Zwei kleine Italiener“) im Internet unter https://de.wikipedia.org/wiki/Griechischer_Wein, letzter Zugriff: 24.6.2022, und <https://youtu.be/J3QziNCnZ1E>, letzter Zugriff: 24.6.2022.

³⁷ Siehe *Irene ten Teijel/Marcel Coenders/Maykel Verkuyten*, The Paradox of Integration. Immigrants and their Attitude toward the Native Population, *Social Psychology* 44 (2013), S. 278–288; und *Hüttermann* (Fn. 35), S. 115–127; in Deutschland popularisiert durch *Aladin El-Mafaalani*, Das Integrationsparadox. Warum gelungene Integration zu mehr Konflikten führt, 2018.

³⁸ *Herfried Münkler/Marina Münkler*, Die neuen Deutschen. Ein Land vor seiner Zukunft, 2016.

Migrationsgeschichte, dass selbst vermeintlich klare Merkmale wie die Hautfarbe, die in mehreren Diskriminierungsverboten genannt ist,³⁹ erst im Wechselspiel mit gesellschaftlichen Wissensbeständen ihre kontextabhängige Bedeutung erhalten. Im US-Zensus gelten Türken und Nordafrikaner als „white“ oder „Caucasian“, während die Selbst- und Fremdwahrnehmung von Mexikanern changiert (und in Lateinamerika nochmals anders wahrgenommen wird).⁴⁰ Katholische Italiener und Iren gehören längst zum US-Mainstream – anders als vor hundert Jahren, als sie den weißen und protestantischen Alteingesessenen als „die Anderen“ erschienen.⁴¹

Derartige kulturalisierte Gruppenzuschreibungen stehen im Zentrum aktueller Rassismuskurse. Klassische Kategorien wie der Antiziganismus werden ergänzt und überlagert durch die „Islamophobie“ sowie eine sozialkonstruktivistische Kritik an Vokabeln wie „Clan-Kriminalität“ oder auch „Migrationshintergrund“.⁴² Der im öffentlichen Diskurs präsente Migrationshintergrund wird in der Wissenschaft und in politiknahen Debatten als unterschwellige Wir-Ihr-Kategorisierung kritisiert, die sprachlich die Privilegien der „Bio-Deutschen“ gegenüber „Eingewanderten und deren Nachkommen“ fortschreibt.⁴³ Eine erste Leitfrage für die juristische Analyse lautet, inwiefern derartige Formen eines kulturalisierten Rassismus vom Recht erfasst werden oder nicht. Die örtliche und zeitliche Fluidität der Zuschreibungen erleichtert dieses Unterfangen nicht.

2. Struktureller Rassismus

Scheinbar neutrale Regelungen sind der Fokus der Kritik am strukturellen Rassismus aufgrund gesellschaftlicher, staatlicher und rechtlicher Anordnungen, die aufgrund ihrer förmlichen Objektivität aus einer gleichheitsbezogenen Perspektive zuerst einmal als unverfänglich erscheinen mögen. Ein klassisches Bei-

³⁹ Siehe insb. Art. 21 Abs. 1 GRCh, Art. 14 EMRK und Art. 1 Abs. 1 Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung v. 7.3.1966 (BGBl. 1969 II 961), für Deutschland in Kraft seit 19.4.1975 (BGBl. 1974 II 1233).

⁴⁰ Siehe <https://www.census.gov/topics/population/race/about.html>, letzter Zugriff: 24.6.2022; und *Miri Song*, Rethinking Minority Status and ‚Visibility‘, *Comparative Migration Studies* 8 (2020), Article No 5.

⁴¹ Anschaulich näher *Nancy Foner*, The Uses and Abuses of History. Understanding Contemporary U.S. Immigration, *Journal of Ethnic and Migration Studies* 45 (2019), S. 4–20.

⁴² Näher *Barskanmaz* (Fn. 28), Kap. 5; und *Doris Liebscher*, Clans statt Rassen – Modernisierungen des Rassismus als Herausforderungen für das Recht, *KJ* 53 (2020), S. 529 (534–536).

⁴³ Siehe Bericht der Fachkommission der Bundesregierung zu den Rahmenbedingungen der Integrationsfähigkeit, Januar 2021, S. 218–227; und *Anne-Kathrin Will*, The German Statistical Category ‚Migration Background‘. Historical Roots, Revisions and Shortcomings, *Ethnicities* 19 (2019), S. 535–557; allgemein auch *Naika Foroutan*, Die postmigrantische Gesellschaft. Ein Versprechen der pluralen Demokratie, 2019.

spiel ist das mehrgliedrige Schulsystem, das nicht nur im Migrationskontext dafür kritisiert wird, unterschiedliche familiäre und gesellschaftliche Startbedingungen fortzuschreiben.⁴⁴ Selbst das juristische Staatsexamen kann in die Kritik geraten, obwohl die Klausurlösungen nach Nummern korrigiert werden. Diese scheinbar perfekte Neutralität ändert jedoch nichts daran, dass schriftliche Prüfungsformate für Menschen mit Migrationsgeschichte schwerer sein können, wenn sie familiär weniger geschliffene Deutschkenntnisse vermittelt bekommen.

Im wissenschaftlichen Diskurs gibt es noch viel grundsätzlichere Debatten. *Etienne Balibar* betrachtet die Differenz zwischen der Unionsbürgerfreizügigkeit und dem prinzipiellen Einreiseverbot für Drittstaatsangehörige als neue europäische „Apartheid“⁴⁵ – ebenso wie das Sterben von Migranten und Flüchtlingen im Mittelmeer ein rassistisches europäisches Grenzregime verkörpern soll.⁴⁶ Bei einer globalen Gesamtbetrachtung erscheinen das westfälische Staatensystem und das Institut der Staatsangehörigkeit als Ausdruck neokolonialer Privilegien, die am besten überwunden werden sollten.⁴⁷ In all diesen Fällen werden nicht intentionale Ausschlusspraktiken offener oder versteckter Natur kritisiert. Vielmehr lautet die Kritik, dass gewachsenen Strukturen immanent sei, Privilegien der „White Supremacy“⁴⁸ unterhalb der Aufmerksamkeitschwelle fortzuschreiben.

Nun wird man eine derartige Kritik am Staatensystem oder der Unionsbürgerfreizügigkeit nicht vorschnell auf die menschenrechtlichen Diskriminierungsverbote projizieren können, weil die Unterteilung der Welt in Staaten sowie eine prinzipielle Befugnis zur Migrationssteuerung fest in das Grundgesetz, die EU-Verträge sowie das Völkerrecht eingeschrieben sind.⁴⁹ Allein das

⁴⁴ Exemplarisch *Baer/Markard* (Fn. 24), Art. 3 Abs. 3 GG Rn. 479, freilich ohne Hinweis, welche Rechtsfolge sich aus der Feststellung ergeben soll.

⁴⁵ Siehe *Etienne Balibar*, *Nous, citoyens d'Europe: Les Frontières, l'Etat, le peuple*, 2001, Kap. 3; sowie zur Einordnung *Manuela Bojadžijev*, *Rassismus ohne Rassen, fiktive Ethnizitäten und das genealogische Schema. Überlegungen zu Étienne Balibars theoretischem Vokabular für eine kritische Migrations- und Rassismusforschung*, in: *Reuter/Mecheril* (Hrsg.), *Schlüsselwerke der Migrationsforschung*, 2015, S. 275–288.

⁴⁶ Stellvertretend *Sabine Hess*, *Grenzen der Demokratie: EU-Europa, Grenzgewalt, Rassismus und postkoloniale Theorie*, *Verfassungsblog* v. 05.02.2021, <https://verfassungsblog.de/grenzen-der-demokratie/>, letzter Zugriff: 24.6.2022.

⁴⁷ Hierzu *Tendayi E. Achiume*, *Migration as Decolonization*, *Stanford Law Review* 71 (2019), S. 1509 (1533–1572); *Stuart Hall*, *The Fateful Triangle. Race, Ethnicity, Nation*, 2017; und *David Goldberg*, *The Racial State*, 2002, Kap. 6–8.

⁴⁸ Näher *David Gillborn*, *Rethinking White Supremacy. Who Counts in ‚WhiteWorld‘*, *Ethnicities* 6 (1998), S. 318–340; und publizistisch *Layla Saad*, *Me and White Supremacy. Warum kritisches Weißsein mit dir selbst anfängt*, 2021.

⁴⁹ Siehe nur Art. 23, 32, 73 Abs. 1 Nr. 2f., 74 Abs. 1 Nr. 4, 116 GG; Art. 20, 77–79 AEUV; Art. 3 Abs. 2 Richtlinie 2000/43/EG; Art. 1 Abs. 2f. Internationales Übereinkommen gegen Rassendiskriminierung (Fn. 39); und die Schlussbestimmungen aller internationaler Menschenrechtsverträge, die von der Existenz getrennter Staaten ausgehen.

Beispiel zeigt, dass nicht alles, was interdisziplinär als „Rassismus“ beschrieben wird, notwendig dem Rechtswidrigkeitsverdikt unterliegen muss. Das gilt umso mehr, als die Kritik an migrationsrechtlichen Regelungsinhalten auch in abgemilderter Form vorkommt. Sind Abstufungen zwischen verschiedenen Zuwanderungskanälen eine mittelbare Rassendiskriminierung?

So verlangt Deutschland, bisher jedenfalls, dass die Ehegatten von türkischen oder nigerianischen Staatsangehörigen vor einem Ehegattennachzug einfache deutsche Sprachkenntnisse nachweisen, nicht aber Ehegatten aus den Vereinigten Staaten oder Frankreich.⁵⁰ Iraker oder Marokkaner dürfen nur mit einem Visum in den Schengen-Raum einreisen, ganz anders als Ukrainer, Serben oder Japaner.⁵¹ Kritisch Forschende brandmarken dies als mittelbare Rassendiskriminierung⁵² – und es wird noch zu zeigen sein, ob die Gerichtsbarkeit diese Kritik teilt oder nicht. In der Öffentlichkeit kam diese bisher innerwissenschaftliche Debatte an, als der Angriffskrieg gegen die Ukraine Anfang 2022 eine Welle der Hilfsbereitschaft hervorrief und die bessere Behandlung von Kriegsflüchtlingen aus der Ukraine als rassistisch kritisiert wurde.⁵³ Diese dürfen nämlich, anders als die Kriegsflüchtlinge aus Syrien und Afghanistan in den Jahren zuvor, die EU-Außengrenzen visumsfrei überschreiten und das Zielland frei aussuchen. Vorübergehenden Schutz gibt es unbürokratisch, ohne dass sie ein Asylverfahren durchlaufen müssen.

Doch auch scheinbar neutrale Anforderungen jenseits länder- und gruppenbasierter Unterscheidungen stehen in der Kritik. So führt das Fachkräfteeinwanderungsgesetz dazu, dass über dessen Zugangswege besonders häufig Arbeitskräfte aus Osteuropa sowie Ostasien eine Aufenthaltserlaubnis erhalten, weil sie über höhere Qualifikationen und bessere Sprachkenntnisse verfügen.⁵⁴ Im US-Diskurs werden derartige Unterschiede als strukturelle Rassendiskriminierung thematisiert, nachdem dort qualifikationsbasierte Kriterien die zuvor offen rassenbasierte Selektion abgelöst hatten, im Ergebnis jedoch ganz ähnliche Ergebnisse produziert hatten.⁵⁵ Eine alternative, aber verwandte Kri-

⁵⁰ Siehe § 30 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 AufenthG i. V. m. § 42 Abs. 1 AufenthV, wobei die Ampelkoalition im Koalitionsvertrag die Regelung abzuschaffen versprach.

⁵¹ Siehe Anhang If. Visa-Verordnung (EU) 2018/1806.

⁵² Exemplarisch *Steve Peers*, Family Reunion and Community Law, in: Walker (Hrsg.), *Europe's Area of Freedom, Security and Justice*, 2004, S. 143 (189–196); und die differenzierte Analyse von *Maarten den Heijer*, Visas and Non-Discrimination, *European Journal of Migration and Law* 20 (2018), S. 470–489.

⁵³ Stellvertretend die widerstreitenden Interviews von *Sabine Hess*, „Es wird mit zweierlei Maß gemessen“, *Der Spiegel* am 2.3.2022; und *Daniel Thym*, „Ukrainern bevorzugt zu helfen, ist kein Rassismus“, *Der Spiegel* am 3.3.2022.

⁵⁴ Siehe BAMF, *Monitoring zur Bildungs- und Erwerbsmigration: Jahresbericht 2020*, August 2021, S. 19.

⁵⁵ Näher *Kevin R. Johnson*, *Race Matters. Immigration Law and Policy Scholarship, Law in the Ivory Tower, and the Legal Indifference of the Race Critique*, *University of Illinois Law Review* 2000, 525–557; und *David S. FitzGerald/David Cook-Martín/Angela S. García*

tik betrifft die Ausbreitung eines neoliberalen Marktdenkens, das gleichheitsrechtlich als mittelbare Diskriminierung aufgrund der sozialen Herkunft thematisiert werden könnte.⁵⁶ Die für den „Rassismus“ besprochenen Problemlagen des Theorietransfers gelten entsprechend für den Vorwurf eines „Klassismus“, zumal wenn Forschende die intersektionale Verbindung zwischen sozioökonomischen und soziokulturellen Elementen akzentuieren.

3. Weitere Themenfelder

Bereits ein kursorischer Überblick über die Leitfragen zum kulturalisierten und strukturellen Rassismus zeigt, dass die juristische Analyse vortreffliche Herausforderungen zu meistern hat, die in den kommenden Jahren noch für manche Debatte sorgen werden (ganz unabhängig davon, ob das Grundgesetz geändert wird oder nicht). Dabei sind die beiden bisher präsentierten Leitfragen nicht einmal abschließend. Es gibt mindestens zwei weitere Themenfelder, die im Diskurs über Rassismus virulent sind und die auch die verschiedenen Beiträge des vorliegenden Bandes ansprechen.

Erstens stellt sich die Frage, inwiefern die Diskriminierungsverbote eine Horizontalwirkung entfalten und damit auch in privaten Rechtsbeziehungen gelten. Dies gilt jedenfalls für Machtpositionen, die bisweilen als notwendige Voraussetzung eines Rassismus identifiziert werden, weil ein solcher nur innerhalb asymmetrischer Dominanzstrukturen vorkomme.⁵⁷ Studien über den privaten Arbeits- und Wohnungsmarkt zeigen, dass private Benachteiligungen für die Wahrnehmung gesellschaftlicher Ausschlüsse durchaus relevant sind.⁵⁸ Ganz in diesem Sinne wird speziell Art. 21 GRCh eine unmittelbare Horizontalwirkung zugesprochen, die einfachgesetzlich im EU-Antidiskriminierungsrecht bisher nur für Massengeschäfte angeordnet ist.⁵⁹ Wenn man auf dieser Grund-

Rawan Arar, Can you Become One of Us? A Historical Comparison of Legal Selection of ‚Assimilable‘ Immigrants in Europe and the Americas, JEMS 44 (2018), S. 27–47.

⁵⁶ Hierzu *Bridget Anderson*, Us and Them? The Dangerous Politics of Immigration Control (2013) und *Antje Ellermann*, Human-Capital Citizenship and the Changing Logic of Immigrant Admissions, Journal of Ethnic and Migration Studies 46 (2020), S. 2515 (2516–2518).

⁵⁷ Siehe *Mark Terkessidis*, Die Banalität des Rassismus. Migranten zweiter Generation entwickeln eine neue Perspektive, 2004, S. 98–100; und *Birgit Rommelspacher*, Was ist eigentlich Rassismus?, in: Melter/Mecheril (Hrsg.), Rassismuskritik. Bd. 1: Rassismustheorie und -forschung, 2. Aufl. 2011, S. 25 (26–29).

⁵⁸ Siehe *Annabelle Krause/Ulf Rinne/Klaus F. Zimmermann/Ines Bösch/Ramona Alt*, Pilotprojekt „Anonymisierte Bewerbungsverfahren“. Abschlussbericht, IZA Research Report No. 44, April 2012; und *Tim Sawert*, Understanding the Mechanisms of Ethnic Discrimination. A Field Experiment on Discrimination against Turks, Syrians and Americans in the Berlin Shared Housing Market, Journal of Ethnic and Migration Studies 46 (2020), S. 3937–3954.

⁵⁹ Siehe EuGH, *Kücükdeveci*, Rs. C-555/07, EU:C:2010:21, Rn. 50f.; und § 19 Abs. 1 AGG; sowie den Beitrag von *Katharina Pabel* in diesem Band.

lage eine Privatwirkung der Diskriminierungsverbote im Wege der Gesetzgebung oder Grundrechtsinterpretation realisierte, stellten sich nicht nur diffizile Abgrenzungsfragen: Ob etwa ein Berliner Vermieter marokkanischer Abstammung eine kenianische Wohnungsbewerberin rassistisch diskriminieren kann oder nicht.⁶⁰ Darüber hinaus wäre zu fragen, wie sich die Freiheitsrechte der betroffenen Arbeitgeber oder Vermieter außerhalb von Massengeschäften zum Gleichheitssatz verhalten.⁶¹

Zweitens sind positive Fördermaßnahmen ein klassisches Instrument der Gleichstellungspolitik, das in Deutschland aus der Frauenförderung bekannt ist und in den Vereinigten Staaten unter dem Schlagwort der „affirmative action“ seit Jahrzehnten auch für rassische und ethnische Kriterien verwandt wird.⁶² Entsprechende Forderungen werden zunehmend auch hierzulande erhoben: ganz konkret etwa eine Quote für Menschen mit Migrationshintergrund im öffentlichen Dienst, die Migrantenverbände fordern und der Berliner Senat zwischenzeitlich erwog.⁶³ Ob verbindliche Quotenvorgaben rechtlich zulässig sind, wird unterschiedlich bewertet – und die Debatte beeinflusst auch die Diskussion um eine mögliche Grundgesetzänderung.⁶⁴ Das Beispiel einer möglichen Quote bekräftigt im Übrigen die Ambivalenz des übergreifenden Begriffs des Migrationshintergrunds. Es steht nämlich keineswegs fest, dass dieser sich als Chiffre für einen kulturalisierten Rassismus in rechtlicher Hinsicht überhaupt eignet, weil darunter statistisch überaus viele Menschen mit europäischen (Groß-)Eltern fallen, nicht jedoch Deutsche mit dunkler Hautfarbe, deren (Groß-)Eltern bereits den deutschen Pass hatten.⁶⁵ Die interdisziplinäre Begriffsflexibilität verträgt sich nicht immer mit der Notwendigkeit nach harten juristischen Kategoriebildungen.

⁶⁰ Siehe auch *Bernd Stegemann*, Anerkennung kostet nichts, *Der Spiegel* Heft Nr. 2/2021 v. 8.1.2021, S. 110f.

⁶¹ Allgemein *Matthias Jestaedt*, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, *VVDStRL* 64 (2005), S. 300–354; und *Gabriele Britz*, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, *VVDStRL* 64 (2005), S. 355–402.

⁶² Näher der Beitrag von *Philipp Reimer* in diesem Band; und *Mangold* (Fn. 24), S. 290–304.

⁶³ Siehe Bundeskonferenz der Migrantenorganisationen (Fn. 3), S. 4, 28; sowie allgemein *Johannes Eichenhofer/Farhad Dilmaghani*, Mehr Integration und Teilhabe. Zwei Vorschläge für rechtliche Neuregelungen, 2017, S. 23–25.

⁶⁴ Näher *Thomas Groß*, Die Verfassungskonformität einer Quote für Eingewanderte, *JZ* 2021, S. 880–886; und *Christian F. Majer/Arne Pautsch*, „Positive Diskriminierung“ – Verfassungsrechtliche Zulässigkeit von „Migrantenquoten“ und Bevorzugung wegen Migrationshintergrundes beim Zugang zum öffentlichen Dienst, *ZAR* 2020, S. 414–419.

⁶⁵ Zur Herkunftsstaatsstatistik siehe Destatis, Bevölkerung mit Migrationshintergrund. Ergebnisse des Mikrozensus 2020, Fachserie 1 Reihe 2.2, Oktober 2021, S. 58–72.

IV. Dogmatische Übersetzungsleistungen

Für die Rechtswissenschaft folgt aus der Stabilitätserwartung rechtsdogmatischen Arbeitens der Auftrag, die interdisziplinäre Theorievielfalt in praxistaugliche Leitlinien zu übersetzen, welche Ausprägungen des Rassismus rechtswidrig sind und welche nicht. Der interdisziplinäre Kontext dient insofern als kritische Betrachtungsfolie. In der aktuellen Phase der Öffnung koexistieren hierbei unterschiedliche Schlussfolgerungen, abhängig von den jeweiligen Grundannahmen. Diese Deutungsvielfalt ist, wie eingangs dargelegt, vollkommen normal, macht es jedoch umso wichtiger, dass die dogmatischen „Kampfplätze“ klar benannt werden, um die Debatte zu strukturieren. Unterschiedliche Lösungsangebote, wie die interdisziplinäre Begriffsvielfalt die juristische Begriffs- und Konzeptbildung beeinflusst, bestehen für mindestens vier dogmatische Themenfelder.

1. Grenzen der Diskriminierungsverbote

Aus guten Gründen stehen die Diskriminierungsverbote im Zentrum zahlreicher Diskussionen über Rassismus. Sie sind öffentlich sichtbar und verwenden Begriffe wie „Rasse“, „Hautfarbe“ oder „ethnische Herkunft“, die sich sprachlich zur Übernahme theoretischer Erkenntnisse eignen. Speziell in Deutschland werden außerdem politische Anliegen traditionell unter Verweis auf das Grundgesetz gerechtfertigt. Insofern ist es durchaus ein Zeichen der diskursiven Anpassung, wenn Migrantenverbände sich prominent auf das Grundgesetz berufen oder dessen Änderung einfordern. Eine neue Generation schreibt sich verfassungspatriotisch in die rechtspolitische Debatte ein.⁶⁶ Doch nicht nur für den öffentlichen Diskurs sind die juristischen Diskriminierungsverbote essentiell. Völlig zu Recht stehen sie auch im Zentrum der juristischen Analyse, die gleichwohl darauf achten muss, nicht dem wissenschaftstheoretischen Problem von Hammer und Nagel zu unterliegen. Hiernach wenden wir intuitiv die vertrauten Instrumente an, um neu auftretende Fragestellungen zu bearbeiten, obgleich andere Instrumente bisweilen besser passen.⁶⁷

Tatsächlich lassen sich nicht alle Problemlagen adäquat aus der Perspektive der Diskriminierungsverbote abbilden. Exemplarisch zeigen dies kritische Beiträge über die Argumentationsführung und Urteilsbegründung in Strafverfahren, etwa dem NSU-Prozess.⁶⁸ Dort aufgedeckten Phänomenen eines alltäglichen

⁶⁶ Hierzu bereits Thym (Fn. 5), S. 50–53; sowie die verfassungstheoretische Grundlegung im Beitrag von Mathias Hong in diesem Band.

⁶⁷ Allgemein Abraham H. Maslow, *The Psychology of Science*, 1966, S. 15 f.

⁶⁸ Hierzu Doris Liebscher, *Der NSU-Komplex vor Gericht. Zur Notwendigkeit einer Perspektiverweiterung in der rechtlichen Auseinandersetzung mit institutionellem Rassismus*,

chen oder strukturellen Rassismus wird man schwerlich mit dem Diskriminierungsverbot des Art. 3 GG begegnen können, soweit man die kritische Analyse zu teilen bereit ist. Gleiches gilt für andere Beispiele vor allem des alltäglichen und strukturellen Rassismus. Das bekräftigen die vorstehend bereits erwähnten Beispiele aus dem Bereich der Migration.

Die allermeisten Juristinnen und Juristen dürften den Gedanken für fernliegend halten, dass das BVerfG das mehrgliedrige Schulsystem für verfassungswidrig einstuft oder die Gesetzgeber auffordert, das schriftliche Staatsexamen durch mündliche Prüfungen zu ersetzen.⁶⁹ Jedenfalls scheiterten die bisherigen Versuche, die Deutschkenntnisse als Voraussetzung für den Ehegattennachzug für bestimmte Herkunftsländer vor Gericht als illegale Diskriminierung aufgrund der Rasse oder ethnischen Herkunft einzustufen.⁷⁰ Fehlende Sprachkenntnisse von Drittstaatsangehörigen als Begründung für niedrigere Sozialleistungen erachtete der EuGH ebenso wenig als mittelbar diskriminierend wie das BAG eine Stellenausschreibung, die „sehr gute Deutschkenntnisse“ oder gar eine deutsche „Muttersprache“ verlangt.⁷¹ Angesichts einer solchen höchstgerichtlichen Spruchpraxis dürfte derzeit kaum jemand erwarten, dass Visanforderungen für bestimmte Länder oder die Privilegierung der Fachkräftezuwanderung gerichtlich gekippt werden.

Wenn man die Critical Race Theory als Blaupause für die Auslegung der juristischen Diskriminierungsverbote erachtete, müsste die Richterschaft ihre Meinung früher oder später ändern. Mit der mittelbaren Diskriminierung steht ein Argumentationsmuster bereit, das man prinzipiell auf derartige Phänomene erstrecken könnte. So überrascht es nicht, dass die mittelbare Diskriminierung im Zentrum der deutschen verfassungsrechtlichen Diskussion steht. Im vorliegenden Band befassen sich die Beiträge von *Michael Sachs*, *Nora Markard* und *Philipp Reimer* schwerpunktmäßig mit der Thematik. Doch selbst wenn man die mittelbare Diskriminierung im Einklang mit dem Europa- und Völkerrecht für einschlägig erachtet, bestehen – wie noch zu zeigen sein wird – unterschiedliche Möglichkeiten, wie man das Institut dogmatisch bei der Obersatzbildung kon-

in: Karakayali/Kahveci/dies./Melchers (Hrsg.), Den NSU-Komplex analysieren. Aktuelle Perspektiven aus der Wissenschaft, 2017, S. 81–106.

⁶⁹ Dabei ist keineswegs ausgemacht, dass mündliche Prüfungen unterschwellige Biases weniger abbilden; vgl. *Emanuel V. Towfigh/Christian Traxler/Andreas Glöckner*, Geschlechts- und Herkunftseffekte bei der Benotung juristischer Staatsprüfungen, *Zeitschrift für Didaktik der Rechtswissenschaft* 5 (2018), S. 115–142.

⁷⁰ Siehe BVerwGE 136, 231, Rn. 54–67; den Nichtannahmebeschluss des BVerfG, Beschl. v. 25.3.2011, 2 BvR 1413/10; sowie allgemein EGMR, Urt. v. 28.5.1985, Nr. 9214/80, 9473/81 & 9474/81 – *Abdulaziz u. a. gegen das Vereinigte Königreich*, Rn. 84–86.

⁷¹ Siehe EuGH, *Land Oberösterreich*, Rs. C-94/20, EU:C:2021:477, Rn. 55 f., 63; BAG, Urt. v. 23.11.2017, 8 AZR 372/16, Rn. 43–52; und BAG, Urt. v. 15.12.2016, 8 AZR 418/15, Rn. 39.

struiert und praktisch bei der Subsumtion handhabt. Nicht alles, was interdisziplinär als Rassismus diskutiert wird, verstößt gegen den Gleichheitssatz.

Wohlgermerkt bedeutet es keine Reinwaschung des Status quo, wenn man die Diskriminierungsverbote nicht als Königsweg betrachtet, den vielfältigen Erscheinungsformen eines strukturellen oder alltäglichen Rassismus zu begegnen. Stattdessen kann man die interdisziplinäre Debatte in Gesellschaft und Politik zur Dekonstruktion der herrschenden Verhältnisse nutzen, auf die sodann entweder bei der Auslegung des einfachen Rechts oder sonstige Gegenmaßnahmen durch Politik und Gesellschaft zu reagieren ist.⁷² Konkrete Beispiele, wie man diesseits eines verfassungsrechtlichen Rechtswidrigkeitsverdikts strukturellen und alltäglichen Benachteiligungen und Denkfiguren wirkungsvoll begegnen kann, sind eine Sensibilisierung in der Ausbildung sowie behördeninterne Organisations- und Kommunikationsreformen.⁷³

Jenseits der Diskriminierungsverbote müsste ein Sammelband über „Rassismus und Grundgesetz“ sich außerdem fragen, inwiefern die Dogmatik anderer Grundrechte neu gedacht werden muss: etwa die Meinungs- oder Religionsfreiheit. Dies konnte vorliegend aus Kapazitätsgründen nicht erfolgen, bleibt jedoch auf der rechtswissenschaftlichen Agenda. Exemplarisch für den Einfluss des sonstigen Verfassungsrechts stehen die langjährigen Diskussionen über die Reichweite der Meinungsfreiheit bei Beleidigungsdelikten und auch im Arbeitsrecht, das Kopftuch im öffentlichen Dienst sowie das Verbot von Schächtung und Beschneidung.⁷⁴ Im deutschen und überstaatlichen Verfassungsrecht werden derartige Fragestellungen des Rassismus nicht nur aus der Perspektive des Gleichheitssatzes diskutiert. Die Diskriminierungsverbote sind zentral, erfassen jedoch nicht alle Phänomene.

De constitutione ferenda bestünde eine Option darin, einen objektivrechtlichen Handlungsauftrag nach dem Modell von Staatszielbestimmungen einzuführen, der die rechtspolitische Debatte auch dort normativ anzuleiten vermag, wo das sonstige Verfassungsrecht kein Ergebnis vorschreibt. Tatsächlich werden im Migrationskontext Vorschläge diskutiert, die mittels einer neuen Staatszielbestimmung die Vielfalt im Einwanderungsland normativ anleiten möchten; für eine mögliche Ausgestaltung gibt es unterschiedliche Vorschläge mit jeweils

⁷² Allgemein *Daniel Bartel/Doris Liebscher/Juana Remus*, Rassismus vor Gericht: weiße Norm und Schwarzes Wissen im deutschen Recht, in: Fereidooni/El (Hrsg.), *Rassismuskritik und Widerstandsformen*, 2017, S. 361–383; und *Schorkopf* (Fn. 34), S. 15–18.

⁷³ Exemplarisch *Maja Apelt/Hendrik Dossdall/Ray Trautwein*, Wie das Recht in die Organisation kommt. Die Akteur*innen des Antidiskriminierungsrechts in männlich geprägten Organisationen, *KJ* 53 (2020), S. 445–456.

⁷⁴ Aus der höchstinstanzlichen Rechtsprechung siehe exemplarisch BVerfG, Beschl. v. 2.11.2020, 1 BvR 2727/19; BVerfG, Beschl. v. 11.11.2021, 1 BvR 11/20; BVerfGE 108, 282 – *Kopftuch I*; BVerfGE 138, 296 – *Kopftuch II*; EuGH, *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen u. a.*, Rs. C-426/16, EU:C:2018:335; und die Beschränkung des § 226a StGB auf weibliche Personen.

anderen Zielrichtungen.⁷⁵ Im Beitrag von *Mehrdad Payandeh* wird dargelegt, dass eine derartige Förderpflicht eine Ausprägung der dogmatisch vielschichtigen völkerrechtlichen Vorkehrungen gegen rassistische und sonstige Diskriminierungen darstellt.⁷⁶

In der Praxis ist die Einsicht weit verbreitet, dass politische Reaktionen auf die vielfältigen Erscheinungsformen des Rassismus weit über dasjenige hinausgehen, was rechtsdogmatisch aus den Diskriminierungsverboten abgeleitet werden kann. So umfasst der Maßnahmenkatalog des Kabinettsausschusses aus dem November 2020 nicht weniger als 89 Einzelmaßnahmen von der ministeriellen Strategieentwicklung über die politische Bildung bis hin zur Forschungsförderung.⁷⁷ Entsprechend enthält der aktuelle EU-Aktionsplan gegen Rassismus zwei Teile: zum einen die Evaluation und mögliche Fortentwicklung der juristischen Diskriminierungsverbote über „individuellen Rassismus“; zum anderen sonstige Maßnahmen gegen „strukturellen Rassismus“.⁷⁸ Letztere betreffen Themenfelder, die nicht oder allenfalls am Rande durch juristische Verbote erfasst werden.

2. Begriffsvielfalt in diversen Rechtsquellen

Die deutsche Rechtswissenschaft konzentriert sich traditionell auf die BVerfG-Judikatur. Deren Sichtbarkeit im öffentlichen Diskurs lebt auch davon, dass das Grundgesetz als ein Mikrokosmos präsentiert wird, in dessen Zeichen gesellschaftliche Problemlagen diskutiert und im Idealfall auch gelöst werden. Demgegenüber erscheinen das Europa- und Völkerrecht bisweilen als unbeliebte Zaungäste und werden stiefmütterlich behandelt. Ganz in diesem Sinn prägt auch die Diskussion über eine Grundgesetzänderung eine gewisse Introvertiertheit. Gewiss kann eine Verfassungsänderung für den öffentlichen Diskurs einen Anlass für eine Selbstvergewisserung bieten. Allein die dogmatische Vielfalt jenseits der Verfassung würde fortbestehen. Neben dem Grundgesetz enthalten nämlich auch die EMRK, die EU-Grundrechtecharta, die Rassengleichheitsrichtlinie 2000/43/EG sowie das Völkerrecht parallele Diskriminierungsverbote. Diese benutzen jeweils eine eigene Begrifflichkeit und sind rechtsdogmatisch ebenso wichtig wie das Grundgesetz.

⁷⁵ Siehe Fachkommission Integrationsfähigkeit (Fn. 43), S. 214.

⁷⁶ Allgemein zur dogmatischen Vielfalt völkerrechtlicher Grundrechtsgewährleistungen jenseits von Abwehrrechten und Gleichheitssatz siehe *Christian Tomuschat*, *Human Rights. Between Idealism and Realism*, 3. Aufl. 2014, Kap. 3.

⁷⁷ Näher Maßnahmenkatalog des Kabinettsausschusses zur Bekämpfung von Rechtsextremismus und Rassismus, 25.11.2020.

⁷⁸ Siehe Mitteilung der Kommission (Fn. 30), S. 3–8, 18–29.

Speziell die Grundrechtecharta bindet die Mitgliedstaaten nach Art. 51 zwar „ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“. Allerdings folgt hieraus im Umkehrschluss, dass alle Sachverhalte, die unionsrechtlich geregelt sind, uneingeschränkt an Art. 21 GRCh zu messen sind, der Diskriminierungen unter anderem wegen der „Rasse“, der „Hautfarbe“ und der „ethnischen oder sozialen Herkunft“ verbietet. Über die Rassengleichheitsrichtlinie 2000/43/EG sowie das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, das zur Richtlinienumsetzung erlassen wurde, findet diese Begrifflichkeit eine zunehmende Verbreitung in der behördlichen und instanzgerichtlichen Praxis.⁷⁹ Diese Ausrichtung der Gerichtspraxis am Europarecht betrifft keineswegs nur die Antidiskriminierungsrichtlinien, denn die Grundrechtecharta erfasst sehr viel mehr Sachverhalte. Das Migrationsrecht zum Beispiel wird heutzutage in weiten Teilen durch EU-Sekundärrecht überlagert. In all diesen Rechtsgebieten können und müssen deutsche Gerichte die Grundrechtecharta anwenden.

Eine Grundgesetzänderung änderte an dieser europarechtlichen Verpflichtung rein gar nichts und könnte somit in der Gerichtspraxis unter Umständen leerlaufen. Insbesondere könnten deutsche Gerichte weiterhin die begriffliche Flexibilität des Unionsrechts vorziehen und von „ethnischer Herkunft“ oder „Hautfarbe“ anstatt von „Rasse“ sprechen. Generalanwalt Wahl etwa konzipiert die „ethnische Herkunft“ als Obergriff, der auch die „Rasse“ umfasse, und in der instanzgerichtlichen deutschen Praxis ist eine solche Tendenz ebenfalls zu beobachten.⁸⁰ Dogmatisch macht es keinen Unterschied, unter welchem Topos man die Kritik des Rassismus adressiert. Alternative Analysekatégorien müssen nicht mit einer geringeren Schutzdichte einhergehen, obgleich sozialkonstruktivistisch durchaus zu bedenken ist, ob mit der anderen Kategorie die Kritikintensität eventuell nachlässt.⁸¹ Zwingend ist dies jedoch nicht.

Eine grundgesetzliche Nabelschau widerspräche also der ebenenübergreifenden Komplexität von Rechtsdogmatik und Rechtspraxis, weshalb der Titel dieses Beitrags ganz bewusst auf das „Verfassungsrecht“ verweist. Verfassungsrechtliche Vorgaben gibt es in Form von Grundrechten nämlich auch auf der überstaatlichen Ebene im Europa- und Völkerrecht. Das Grundgesetz dient für den vorliegenden Sammelband als Einstiegs- und Bezugspunkt, nicht jedoch als vorrangiger oder gar alleiniger Maßstab. Ebenenübergreifende Analysen sind für die juristische Rassismusforschung unerlässlich.

⁷⁹ Zu begrifflichen Inkohärenzen in verschiedenen Sprachfassungen und zwischen unionalen Rechtsakten siehe den Beitrag von *Katharina Pabel* in diesem Band.

⁸⁰ Hierzu bereits Fn. 31 und begleitender Text; sowie *Bernhard Franke/Nathalie Schlenzka*, Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft und rassistische Diskriminierung im Spiegel von Daten und Rechtsprechung, ZAR 2019, S. 179–184; zur noch größeren Begriffsflexibilität im Völkerrecht siehe *Mehrdad Payandeh* in diesem Band.

⁸¹ Siehe auch *Doris Liebscher/Tarek Naguib/Tino Plümecke/Juana Remus*, Wege aus der Essentialismusfalle: Überlegungen zu einem postkategorialen Antidiskriminierungsrecht, KJ 45 (2012), S. 204 (208f.).

Dies gilt umso mehr, als die abstrakte Einsicht in die Einschlägigkeit überstaatlicher Vorgaben häufig einen Entdeckungsprozess anleitet, der sich schrittweise verstärkt. Nationale Gerichte erkennen aufgrund von Pionierurteilen, dass es einen relevanten Rechtskorpus jenseits des Grundgesetzes gibt und bewirken mit Folgevorlagen an den EuGH, dass dieser sich intensiver und ausführlicher mit der Thematik beschäftigt.⁸² Im kirchlichen Arbeitsrecht war dies zuletzt paradigmatisch zu beobachten. Die Annäherung der deutschen und europäischen Grundrechte durch die BVerfG-Entscheidungen zum Recht auf Vergessen dürfte diesen Prozess beschleunigen.⁸³ Innerstaatlich entsteht schrittweise eine eigenständige Rechtsprechung zu den europarechtlichen Vorgaben, bisher vor allem im Arbeitsrecht, wo das Grundgesetz bisweilen gar nicht mehr genannt wird. Eine reibungsfreie Inkorporation der überstaatlichen Impulse in die deutsche Praxis ist auf der begrifflichen Ebene freilich nur begrenzt möglich. Das Grundgesetz besitzt nicht die textliche Variabilität der europa- und völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote. Eine einheitliche, ebenübergreifende Dogmatik dürfte sich schon deshalb nur im begrenzten Umfang herausbilden.⁸⁴

3. Unwägbarkeiten der mittelbaren Diskriminierung

In der deutschen Diskussion steht häufig die Streitfrage im Vordergrund, ob Art. 3 Abs. 3 GG eine mittelbare Diskriminierung verbietet. Im vorliegenden Band behandeln die Beiträge von *Michael Sachs*, *Nora Markard* und *Philipp Reimer* diese Frage schwerpunktmäßig. Diese grundgesetzbezogene Diskussion kann den Eindruck hinterlassen, dass das „Ob“ eines mittelbaren Diskriminierungsverbots die entscheidende Konfliktlinie darstellt. Das wäre jedoch zu einfach, weil die mittelbare Diskriminierung unterschiedlich gehandhabt werden kann. Idealtypisch kann man zwei Deutungsvarianten zum „Wie“ der mittelbaren Diskriminierung abstufen. Zum einen umfasst ein enges Verständnis im Sinn eines Umgehungsverbots nur solche Vorschriften, die neutral formuliert sind, aber dennoch auf illegitimen inhaltlichen Erwägungen beruhen (man kann insofern von „versteckter Diskriminierung“ sprechen⁸⁵). Zum anderen betrifft eine weite Deutung alle ergebnisorientierten Unterschiede und stellt

⁸² Hierzu *Daniel Thym*, Freundliche Übernahme, oder: die Macht des „ersten Wortes“ – „Recht auf Vergessen“ als Paradigmenwechsel für die deutsche Rechtswissenschaft, JZ 2020, S. 1017 (1023 f.).

⁸³ Für die GG-Auslegung im Lichte des Unionsrechts siehe BVerfGE 152, 152, Rn. 63–72 – *Recht auf Vergessen I*.

⁸⁴ Siehe *Daniel Thym*, Vereint die Grundrechte!, JZ 2015, S. 53 (61 f.).

⁸⁵ So *Heun* (Fn. 17), Art. 3 Abs. 3 GG Rn. 109, 125; und *Uwe Kischel*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck-OK GG, 48. Edition, 2021, Art. 3 GG Rn. 215–218.

diese unter Rechtfertigungsdruck.⁸⁶ Allein die Anerkennung des Instituts der mittelbaren Diskriminierung bedeutet also nicht, dass ein materielles Gleichheitsverständnis dogmatisch Tür und Tor für eine expansive Rechtsprechungspraxis öffnet.

Dies unterstreicht die überstaatliche Judikatur von EuGH und EGMR. Zwar anerkennen die beiden Gerichtshöfe übereinstimmend, dass eine mittelbare Diskriminierung von den Grundrechten und dem unionalen Sekundärrecht erfasst wird. Die Rassengleichheitsrichtlinie beinhaltet sogar eine gesetzgeberische Definition der mittelbaren Diskriminierung, „wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen, die einer Rasse oder ethnischen Gruppe angehören, in besonderer Weise benachteiligen können“⁸⁷. Dies klingt weitreichend, muss es jedoch nicht sein. Ein näherer Blick auf die Luxemburger und Straßburger Rechtsprechung zeigt eine bemerkenswerte Zurückhaltung – ganz entgegen der in Deutschland bisweilen anzutreffenden Annahme, die überstaatliche Richterschaft präsentiere sich als Vorhut einer progressiven Rechtsdeutung.

So pflegt der EuGH einen funktionalen Umgang mit der mittelbaren Diskriminierung. Abhängig vom Kontext forciert der Gerichtshof diese oder auch nicht. Dies verdeutlicht der Kontrast zwischen den weitreichenden Urteilen zur Geschlechterdiskriminierung und Unionsbürgergleichbehandlung auf der einen Seite sowie der Rassengleichheitsrichtlinie und Art. 21 GRCh auf der anderen Seite. Im ersten Fall wurden materielle Gleichheitsverständnisse weitgehend in die Judikatur inkorporiert.⁸⁸ Im zweiten Fall fragt die inzwischen gefestigte Rechtsprechung danach, ob eine bestimmte Ethnie herabgesetzt wird. Unterschiedslos anwendbare Normen wie der Rekurs auf einen ausländischen Geburtsort, eine Stipendienverweigerung für ausländische Bildungsabschlüsse oder Sprachanforderungen für den Sozialleistungszugang stuft der EuGH mit einer übereinstimmenden Begründung nicht als mittelbar diskriminierend ein.⁸⁹ Die Auswirkungen müssen nämlich „zur Benachteiligung *einer* bestimmten ethnischen Gruppe führ[en]“⁹⁰ und dürfen nicht Menschen anderweitiger Herkunft generell benachteiligen. *Katharina Pabel* wird dies in ihrem Beitrag näher ausführen.

⁸⁶ Siehe *Mangold* (Fn. 24), S. 242–246.

⁸⁷ Art. 2 Abs. 2 Buchst. b Richtlinie 2000/43/EG; sowie in der Folge ebenso § 3 Abs. 2 AGG.

⁸⁸ Im Überblick siehe *Mark Bell*, EU Anti-Discrimination Law. Navigating Sameness and Difference, in: Craig/de Búrca (Hrsg.), *The Evolution of EU Law*, 3. Aufl. 2021, S. 651 (653–660); und *Mangold* (Fn. 24), S. 248–250.

⁸⁹ Siehe EuGH, *Jyske Finans*, Rs. C-668/15, EU:C:2017:278, Rn. 30–35; EuGH, *Maniero*, Rs. C-457/17, EU:C:2018:912, Rn. 46–51; und EuGH, *Land Oberösterreich* (Fn. 71), Rn. 55 f., 63; kritisch etwa *Shreya Atrey*, Race Discrimination in EU law after *Jyske Finans*, CML Rev. 55 (2018), S. 625 (632–641).

⁹⁰ EuGH, *Maniero* (Fn. 89), Rn. 48 (eigene Hervorhebung).

Damit nähert sich der EuGH demjenigen an, was einführend als Umgehungsverbot in Bezug auf „versteckte“ Diskriminierungen bezeichnet wurde, ohne dass der Unterschied zum materiellen Gleichheitsverständnis der Judikatur zur Geschlechterdiskriminierung thematisiert würde. Stattdessen verschleiern die Verweisketten einen Kontinuitätsbruch, der im ersten Urteil zur Rassengleichheitsrichtlinie noch nicht vollzogen war. Damals wurde eine materielle Schlechterstellung von Roma unter Verweis auf die frühere Gleichheitsjudikatur als mittelbare Diskriminierung eingestuft.⁹¹ Einmal abgesehen von der für deutsche Verhältnisse defizitären Begründungspraxis ist das iterative Vorgehen durchaus typisch. Ganz anders als das BVerfG präsentiert der EuGH selten ein kohärentes dogmatisches Gesamtbild im Sinn eines architektonischen Bauplans. Stattdessen entwickelt sich die Rechtsprechung „Stein auf Stein“ inkrementell.⁹² Statt dogmatischer Stimmigkeit im Lichte übergreifender Theorieansätze ergibt sich, in freier Anlehnung an die angelsächsische Präjudizienpraxis, eine kontextabhängige Ergebnissuche. Eine Ungleichbehandlung aufgrund der Rasse oder ethnischen Herkunft wird anders behandelt als wegen des Geschlechts oder der Unionsbürgerschaft.

Eine ähnliche Gemengelage ergibt sich, wenn auch mit anderweitiger Gewichtung, bei der Straßburger Menschenrechtsjudikatur. So zeigt die Anwendung des Gleichheitssatzes im Migrationskontext eine bemerkenswerte Kombination restriktiver Begründungsmuster mit flexibilisierenden Formulierungen für Ungleichbehandlungen im Lichte anderer Merkmale als der Rasse oder ethnischen Herkunft.⁹³ Letztere wurden in der Judikatur bisher nur vereinzelt herangezogen, obwohl sehr viel mehr Sachverhalte im Lichte des interdisziplinären Diskurses einen Anlass für entsprechende Aussagen geboten hätten. Diese Selbstbeschränkung folgt teilweise der prozessualen Konstellation, wonach der EGMR nur diejenigen Grundrechte prüft, deren Verletzung explizit gerügt worden war. Nichtsdestotrotz sollte eine holistische rechtswissenschaftliche Analyse diejenigen Entwicklungen einbeziehen, die den Gleichheitsaspekt ignorieren oder nonchalant beiseite wischen.

Insbesondere wäre es zu einseitig, aus einer Entscheidung der Großen Kammer aus dem Jahr 2007 zur Diskriminierung von Roma im tschechischen Schulwesen eine generell großzügige Marschroute für die mittelbare Rassendiskrimi-

⁹¹ Siehe die Verweise in EuGH, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, Rs. C-83/14, EU:C:2015:480, Rn. 101, auf die die soeben genannten Urteile für die Definition der mittelbaren Diskriminierung weiterhin verweisen, obwohl diese inzwischen anders gehandhabt wird.

⁹² Siehe *Joseph H.H. Weiler*, Epilogue: Judging the Judges – Apology and Critique, in: Adams/Meeusen/Straetmans/de Waele (Hrsg.), *Judging Europe’s Judges. The Legitimacy of the Case Law of the European Court of Justice Examined*, 2013, S. 235–254.

⁹³ Im Überblick siehe *Daniel Thym*, Legal Framework for EU Immigration Policy, in: ders./Hailbronner (Hrsg.), *EU Immigration and Asylum Law. Article-by-Article Commentary*, 3. Aufl. 2022, Rn. 37–41.

nierung abzuleiten.⁹⁴ Dafür fehlt eine belastbare Folgejudikatur, die den Gedankengang verstetigt und hinsichtlich der Reichweite erklären hilft. Stattdessen deutet ein Urteil aus dem Jahr 2017 in eine andere Richtung. Im Verfahren *Biao* erkannte die Große Kammer zwar eine dänische Differenzierung beim Familiennachzug zu Dänen, die nicht schon seit 28 Jahren den dänischen Pass haben, als mittelbar diskriminierend. Allerdings folgte diese Einstufung nicht allein aufgrund des Umstands, dass Personen mit Migrationshintergrund schlechter gestellt waren. Stattdessen konzentrierte sich die Große Kammer darauf, dass die Argumente im Gesetzgebungsverfahren „vorherrschende gesellschaftliche Vorurteile“ gegen Neubürger offenbarten.⁹⁵ Diese Begründung erinnert, ähnlich wie beim EuGH, an das engere Verständnis eines Umgehungsverbots für versteckte Diskriminierungen.

Auf der völkerrechtlichen Ebene ist die Situation vergleichbar. Zwar bietet der Ausschuss zur Beseitigung der Rassendiskriminierung (CERD) ungeachtet aller dogmatischer Ungenauigkeiten einen progressiven Ausblick, der das Verbot der Rassendiskriminierung prinzipiell weit handhabt. *Mehrdad Payandeh* wird die Ausschusspraxis in seinem Beitrag ausführlich darstellen. Bei der dogmatischen Einordnung ist allerdings Vorsicht angezeigt. Zum einen umfasst das völkerrechtliche Diskriminierungsverbot gleichermaßen harte Verbote und weiche Förderpflichten nach dem Modell von Staatszielbestimmungen. Zum anderen sind die Sichtweisen des Ausschusses schlicht nicht rechtsverbindlich.⁹⁶ So folgte der Internationale Gerichtshof (IGH) ganz bewusst nicht der weiten Lesart des Ausschusses, als Qatar sich beschwerte, dass Reiseverbote für ein bestimmtes Land eine mittelbare Diskriminierung aufgrund der Rasse oder des „nationalen Ursprungs“ (*national origin*) darstellten.⁹⁷ Überstaatlich erweist sich die mittelbare Diskriminierung nicht als Schlüssel, um eine materielle Ergebnisgleichheit zu erzwingen.

4. Nachweise mittelbarer Diskriminierung

Soweit man die mittelbare Diskriminierung als prinzipielles Gebot der materiellen Ergebnisungleichheit versteht, was, wie dargelegt, keineswegs ausgemacht ist, bleibt zu klären, wann eine mittelbare Diskriminierung anzunehmen ist.

⁹⁴ Siehe EGMR (GK), Urt. v. 13.11.2007, Nr. 57325/00 – *D.H. u. a./Tschechien*, Rn. 180, 185–195; sowie, zur Einordnung, *Barskanmaz* (Fn. 28), Kap. 11.

⁹⁵ Siehe EGMR (GK), Urt. v. 24.5.2016, Nr. 38590/10 – *Biao/Dänemark*, Rn. 125 f. (eigene Übersetzung).

⁹⁶ Allgemein BVerfGE 128, 282, Rn. 52 – *Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug*; und *Tomuschat* (Fn. 76), Kap. 7 f.

⁹⁷ Siehe IGH (Fn. 18), Rn. 71–105, 109–113; kritisch *Cathryn Costello/Michelle Foster*, *Race Discrimination Effaced at the International Court of Justice*, *American Journal of International Law Unbound* 115 (2021), S. 339–344.

Hierzu ein Beispiel. Eine mittelbare Rassendiskriminierung universitärer Auswahlverfahren wird man schwerlich allein auf die ergebnisbezogene Beobachtung stützen können, dass juristische Lehrstühle in Deutschland (und der gesamten westlichen Welt) vorwiegend mit „weißen“ Männern, sowie zunehmend auch Frauen, besetzt sind. Dafür sind die Wirkungszusammenhänge viel zu vielfältig. Dies gilt auch dann, wenn man mit dem Europa- und Völkerrecht davon ausgeht, dass mittelbare Diskriminierungen leichter zu rechtfertigen sind.⁹⁸ Spätestens bei der Analyse der Rechtfertigungsgründe kehrte das Problem nämlich zurück. Wenn in unserem Beispiel die Auswahlverfahren als Rechtfertigung für den statistischen Anschein einer Diskriminierung dienen, wäre zu fragen, wie der Nachweis deren Neutralität gelingen soll, wenn es auf einer hohen Abstraktionsebene um die statistischen Ergebnisse geht und nicht um ein bestimmtes Verfahren oder einzelne Unis.

Die Dogmatik der mittelbaren Diskriminierung besitzt hier eine, soweit ersichtlich, bislang weitgehend unbearbeitete offene Flanke, die *Philipp Reimer* näher darlegen wird. Im Fall der Geschlechtergleichheit waren die Nachweisprobleme weniger relevant, weil sich dort ungleiche Ergebnisse aufgrund der tatsächlichen Wirkungszusammenhänge sehr viel häufiger als Indiz für eine strukturelle Benachteiligung eigneten. Gleiches gilt für die zuvor erwähnten Urteile des EGMR und des EuGH zur Diskriminierung von Roma. Dagegen sind die Zusammenhänge im hier verhandelten Kontext vielschichtiger. Das veranschaulicht die bereits erwähnte Forderung nach einer „Migrationshintergrundsquote“ für den öffentlichen Dienst. Eine Grundannahme der empirischen Sozialforschung lautet, dass statistische Korrelationen nicht mit Kausalitäten verwechselt werden dürfen. Anders formuliert: Ungleiche Ergebnisse für bestimmte Vergleichsgruppen müssen nicht heißen, dass deren Unterschiedlichkeit der kausale Faktor für das ungleiche Ergebnis war.⁹⁹

Warum Menschen mit Migrationshintergrund in der Verwaltung weniger vorkommen, kann unterschiedliche Ursachen haben, die sich noch dazu geographisch und aufgabenbezogen unterscheiden: strukturelle Faktoren wie die fehlende Staatsangehörigkeit als objektive Zugangshürde; eine fehlende Eignung und Befähigung aufgrund begrenzter Deutschkenntnisse oder niedrigerer Bildungsabschlüsse; offene oder versteckte Diskriminierungen im Auswahlverfahren; anderweitige Aspirationen mangels entsprechender Vorbilder oder einer Präferenz für die Privatwirtschaft; das hohe Alter der Beschäftigten im Vergleich zu den häufig jungen Menschen mit Migrationshintergrund; und so weiter.¹⁰⁰ Erschwert werden belastbare Aussagen dadurch, dass die Datengrundlage häufig schlecht ist, auch weil in Deutschland und vielen anderen europä-

⁹⁸ Zu dem Konnex siehe *Mangold* (Fn. 24), S. 259–266; siehe auch EGMR, *D.H. u. a./Tschechien* (Fn. 94), Rn. 180, 196.

⁹⁹ Leicht zugänglich <https://de.wikipedia.org/wiki/Korrelation>, letzter Zugriff: 24.6.2022.

¹⁰⁰ Zusammenfassend Sachverständigenrat für Integration und Migration (SVR), Normal-

ischen Ländern keine Daten über „Rasse“ und „ethnische Herkunft“ erhoben werden.¹⁰¹ *Judith Froese* wird in ihrem Beitrag auf die Probleme anderweitiger Erhebungsmethoden hinweisen, etwa aufgrund einer Selbsteinstufung. Im genannten Fallbeispiel hinzu kommt die bereits erwähnte Frage, ob der Migrationshintergrund sich überhaupt als Proxy für eine rassistische Diskriminierung eignet, weil die erfasste Personengruppe sehr divers ist.

Eine saubere Analyse der sozialwissenschaftlichen Wirkungszusammenhänge kann im Rahmen der Datenlage helfen, die Kausalitäten zu identifizieren und damit aufzuzeigen, wo staatliche Reaktionsmöglichkeiten ansetzen können. Deutsche und europäische Aktionspläne gegen Rassismus adressieren zahlreiche derartige Problemlagen. Dagegen bleibt zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch weitgehend unklar, inwiefern auch die Diskriminierungsverbote eine mögliche Abhilfe bereitstellen, wenn die Kausalitäten empirisch komplex und uneinheitlich sind. Die Rechtsprechung hat sich bislang aus derartigen Analysen weitgehend herausgehalten.¹⁰² Rechtswissenschaftliche Arbeiten über Rassismus und Verfassungsrecht werden auch in dieser Hinsicht in den kommenden Jahren noch für manche Debatte sorgen.

V. Fazit

Binnen kurzer Zeit entfaltete sich in der Bundesrepublik eine lebhaftere Diskussion über ein Thema, das zuvor wenig beachtet worden war. „Rassismus“ wurde eine gebräuchliche Vokabel. Politische Aktionspläne entwickelten Abhilfemaßnahmen und es wird über eine Grundgesetzänderung diskutiert. Dem vorliegenden Sammelband dienen all diese Debatten als Anlass für eine Standortbestimmung, wie sich die vielfältigen Erscheinungsformen eines Rassismus zu den juristischen Diskriminierungsverboten im Grundgesetz sowie dem Europa- und Völkerrecht verhalten. Eine solche Standortbestimmung ist – ganz unabhängig von einer möglichen Grundgesetzänderung – dringend notwendig. Die juristische Rassismusforschung benötigt ein dogmatisches Update, das die bestehenden Annahmen im Lichte der interdisziplinären und gesellschaftlichen Debatten überprüft und gegebenenfalls neue Lösungsansätze entwickelt, wie sich Rassismus und Verfassungsrecht zueinander verhalten.

fall Diversität? Wie das Einwanderungsland Deutschland mit Vielfalt umgeht, Jahresgutachten 2021, S. 71–76, an dem der Autor als stellvertretender Vorsitzender mitwirkte.

¹⁰¹ Näher *Möschel* (Fn. 29), S. 117f.; zu Optionen siehe *Anne-Luise Baumann/Vera Egenberger/Linda Supik*, Erhebung von Antidiskriminierungsdaten in repräsentativen Wiederholungsbefragungen. Bestandsaufnahme und Entwicklungsmöglichkeiten (Antidiskriminierungsstelle des Bundes, 2018).

¹⁰² Anschaulich *Niels Petersen*, Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, *Der Staat* 49 (2010), S. 435–455.

Eine derartige Überprüfung ist mit der Herausforderung konfrontiert, dass unter „Rassismus“ sehr viel mehr Themen verhandelt werden als Benachteiligungen aufgrund eines biologischen Rassismusverständnisses mit Blick auf vermeintlich vererbare Merkmale. Im Fokus der interdisziplinären Debatte stehen heutzutage kulturalisierte Formen des Rassismus, exemplarisch in Form der „Islamophobie“. Ergänzend popularisierte im US-Kontext die Critical Race Theory den Begriff des „strukturellen Rassismus“ für solche Benachteiligungen, die so fest in gesellschaftliche oder staatliche Strukturen eingeschrieben sind, dass diese auch ohne individuelle Benachteiligung ungleiche Ergebnisse hervorbringen. Aus struktureller Perspektive erscheint eine bloße Begründungsneutralität als unzureichend. Scheinbar neutrale Regelungen können tiefere Benachteiligungen verdecken.

Aus diesem interdisziplinären Kontext ergibt sich eine doppelte Leitfrage für die rechtswissenschaftliche Analyse im vorliegenden Band: Inwiefern werden kulturalisierte und strukturelle Ausdrucksformen des Rassismus von den juristischen Diskriminierungsverboten erfasst? Der vorliegende Beitrag erläuterte die praktische und dogmatische Relevanz der beiden Leitfragen anhand konkreter Beispiele aus dem erweiterten Bereich der Migration. Mit Blick auf die Kulturalisierung wurde deutlich, dass sich im Laufe der Jahre mehrfach veränderte, wie in Deutschland über Migration gesprochen wurde. Vor diesem Hintergrund zeigen aktuelle Debatten über den „Migrationshintergrund“ oder die „Clan-Kriminalität“, wie schwierig die Reichweite der Diskriminierungsverbote hinsichtlich kulturalisierter Rassismusformen zu bestimmen sein kann. Darüber hinaus wird gegen verschiedenste Vorschriften zunehmend der Vorwurf einer strukturellen Diskriminierung erhoben. Teilweise wird sogar die Unterteilung der Welt in Staaten als neokoloniale Privilegienzuweisung kritisiert; andere thematisieren die ungleichen tatsächlichen Auswirkungen des Fachkräfteeinwanderungsgesetzes oder die andere Behandlung von Kriegsflüchtlings aus der Ukraine.

Übersetzt in juristische Kategorien betreffen die genannten Streitpunkte zum einen die Definition des Rassismusbegriffs und zum anderen die Handhabung der mittelbaren Diskriminierung. In beiden Fällen bestehen grundlegende Unwägbarkeiten, die durch ebenenübergreifende Unterschiede zwischen dem nationalen, europäischen und internationalen Recht noch verstärkt werden. So besteht im Europa- und Völkerrecht eine begriffliche Flexibilität, die das Grundgesetz nicht kennt. Die „ethnische Herkunft“ sowie die „Hautfarbe“ erlauben deutschen und überstaatlichen Gerichten, den belasteten Rassebegriff zu umgehen. Für die zweite Leitfrage wird deutlich, dass die juristischen Diskriminierungsverbote nicht notwendig alle Ausdrucksformen eines strukturellen und alltäglichen Rassismus erfassen. Dies bedeutet wohlgerne keine Reinwaschung des Status quo, weil Politik und Gesellschaft mittels des einfachen Rechts und mit sonstigen Maßnahmen gegen diejenigen Erscheinungsfor-

men eines strukturellen und alltäglichen Rassismus angehen können, die keinem Verdikt der Verfassungswidrigkeit unterliegen.

Mit Blick auf das Grundgesetz ist umstritten, ob dieses überhaupt eine mittelbare Diskriminierung verbietet oder nicht. Überstaatlich besteht diese Unsicherheit nicht – und dennoch ergeben sich auch dort Unwägbarkeiten. Während der EuGH und auch der EGMR bei Geschlechterfragen ein materielles Gleichheitsverständnis stützen, zeigt die Rechtsprechungspraxis bei der ethnischen bzw. rassebezogenen Benachteiligung eine Präferenz für ein engeres Verständnis der mittelbaren Diskriminierung im Sinn eines Umgehungsverbots in Bezug auf versteckte Diskriminierungen. Dogmatisch weitgehend unbearbeitet ist die Frage, inwiefern eine ergebnisbezogene Betrachtung, so man diese für juristisch überhaupt relevant erachtet, den Unterschied zwischen Korrelationen und Kausalitäten verarbeitet, wenn die Wirkungszusammenhänge deutlich komplizierter sind, als dies bei der Geschlechterdiskriminierung der Fall war. Es ist dies nur eine von vielen dogmatischen Fragestellungen, die dringend bearbeitet werden müssen und für die die Beiträge im vorliegenden Band mögliche Antworten erkunden.