Suhrkamp Verlag

Leseprobe

Liebscher, Doris
Rasse im Recht – Recht gegen Rassismus

Genealogie einer ambivalenten rechtlichen Kategorie

© Suhrkamp Verlag
suhrkamp taschenbuch wissenschaft 2352
978-3-518-29952-4

suhrkamp taschenbuch
wissenschaft 2352

Über »Rasse« im Grundgesetz wird derzeit viel gestritten. Ist es ein rassistisches Wort, das es zu ersetzen gilt, oder eine für die Bekämpfung von Diskriminierung notwendige Kategorie? Doris Liebscher geht der Frage historisch, rassismustheoretisch und rechtsdogmatisch auf den Grund. Sie rekonstruiert, wie der Begriff ins Grundgesetz kam, und untersucht, wie Gerichte und Rechtswissenschaft heute das auf »Rasse« bezogene Diskriminierungsverbot aus Artikel 3 GG auslegen. Auch das Recht der DDR sowie europäische, US-amerikanische und weitere internationale Rechtsdebatten unterzieht sie einer kritischen Analyse, um schließlich für ein postkategoriales Antidiskriminierungsrecht zu plädieren: die Ersetzung des Rechtsbegriffs »Rasse« durch »rassistisch«.

Doris Liebscher ist Leiterin der Ombudsstelle für das Berliner Landesantidiskriminierungsgesetz. Zuvor lehrte sie an der Humboldt Law Clinic Grund- und Menschenrechte der Humboldt-Universität zu Berlin. Für *Rasse im Recht – Recht gegen Rassismus. Genealogie einer ambivalenten rechtlichen Kategorie* wurde sie mit dem Konrad-Redeker-Preis ausgezeichnet.

Doris Liebscher

Rasse im Recht – Recht gegen Rassismus

Genealogie einer ambivalenten rechtlichen Kategorie

Suhrkamp

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet
über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Erste Auflage 2021
suhrkamp taschenbuch wissenschaft 2352
© Suhrkamp Verlag Berlin 2021
Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das der Übersetzung,
des öffentlichen Vortrags sowie der Übertragung
durch Rundfunk und Fernsehen, auch einzelner Teile.
Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form
(durch Fotografie, Mikrofilm oder andere Verfahren)
ohne schriftliche Genehmigung des Verlages
reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme
verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.
Umschlag nach Entwürfen
von Willy Fleckhaus und Rolf Staudt
Druck und Bindung: C. H. Beck, Nördlingen
Printed in Germany
ISBN 978-3-518-29952-4

In Erinnerung an Achmed Bachir

Inhalt

1. Zur Einleitung 13
1.1. Die Schwierigkeit, Rassismus im Recht zu besprechen 15
1.2. Referenzen einer kritischen Beschäftigung mit Rasse, ...
Rassismus und Recht 18
1.3. Rechtsdiskurs und Rasse-Rassismus-Diskurse 20
1.4. Über Rasse schreiben – sprachliche Vorbemerkungen 22
1.5. Zum Gang der Untersuchung 24

2. Rassismuskritische Rechtswissenschaft 26
2.1. Bezugspunkte 26
2.1.1. Rassismusforschung: Rassismus als soziales Verhältnis 26
2.1.2. Feministische Rechtswissenschaft: Geschlechtsspezifische
Diskriminierung als Ausdruck eines Ungleichheitsverhältnisses ... 30
2.1.3. Critical Race Theory: Rasse als Analysekategorie des Rechts 31
2.2. Prämissen und Kontroversen 36
2.2.1. Repression, Normierung und Emanzipation durch Recht .. 37
2.2.2. Das situierte rassialisierte Wissen des Rechts 40
2.2.3. Intersektionalität 45
2.2.4. Das Dilemma der Differenz: Colorblindness
oder Essentialisierung 47

3. Das Wissen über Rasse 52
3.1. Gemeinsamkeiten 53
3.1.1. Historische Ursprünge: Christliche Reconquista und
die Kolonisierung der Welt 53
3.1.2. Die Rassialisierung der Menschheit: Rassismus als
globales Phänomen moderner Vergesellschaftung 56
3.1.3. Funktionen des Rassismus 62
3.1.3.1. Legitimierung sozialer Ungleichheit 63
3.1.3.2. Identitätsstiftung 65
3.1.4. Wirkungen und Wirkungsmacht rassialisierter Differenz:
Rassismus 67
3.1.4.1. Rassismus als Ausschließung durch Einbeziehung 67
3.1.4.2. Rassismus als Macht-Wissen-Komplex 68
3.2. Partikularitäten 70
3.2.1. Rassismen und Antisemitismus 70
3.2.2. Schwarz, weiß, *race*, Rasse? – Sozialräumlich
empirisch-historische Besonderheiten 76

3.3. Diskursspezifische Konzeptionen rassialisierter Differenz 81
3.3.1. Biowissenschaftlicher Rassediskurs bis 1945 81
3.3.1.1. Anthropologische Rassekonzeptionen: Hautfarben, Schädel und Charakter 81
3.3.1.2. Erbbiologische Rassekonzeptionen: Blut, Gene, Eugenik .. 84
3.3.2. Völkischer Rassediskurs: Volk, Mythos, Kampf 89
3.3.3. Rassismus – ein neuer Begriff zwischen kulturanthropologischer, soziologischer und sozialpsychologischer Bestimmung .. 93
3.3.4. Biowissenschaftlicher Diskurs nach 1945 95
3.3.4.1. Die UNESCO-Erklärungen zur Rassefrage und der Mythos vom Missbrauch der Wissenschaft 96
3.3.4.2. Die »3 Rassekreise« in Alltagswissen und Rechtsprechung.. 98
3.3.4.3. Die Genetisierung von Differenz 104
3.3.5. Kulturalistischer Ethnizitätsdiskurs oder: Die Rassialisierung von Kultur 111
3.3.6. Zwischen Antirassismus und Rassialismus, Widerstand und Affirmation: Rasse als Identitätskategorie rassistisch unterdrückter Gruppen 114
3.3.7. Sozialkonstruktivistischer Diskurs: Rasse als soziale Konstruktion 119
3.3.7.1. »Rasse« als Paradox, flexibler Signifikant und Rassialisierung 123
3.3.7.2. Reclaiming race: Politics of difference und Critical Race Theory 126
3.3.7.3. Soziale Konstruktion oder sozio-historische Essenz? Debatten um Transracialism 129
3.3.8. Postrassische und postrassistische Diskurse: Nach und jenseits von Rasse und Rassismus 133
3.3.8.1. Post-Rassialismus in den USA 134
3.3.8.2. Rasse-Tabu oder Post-Rassismus? Der deutsche Diskurs nach 1945 135
3.3.8.3. Postkategoriale Ansätze: Jenseits von Rasse und gegen Rassismus 143
3.4. Konzeptionen rassialisierter Differenz – Versuch einer Systematisierung 146

4. Rassistisches Recht 150
4.1. Rasse im Recht als Erbe von Kolonialismus und Sklaverei 150
4.1.1. White by Law: Rasse im Recht der USA 151
4.1.1.1. Slave Codes und Greaser Acts – Rassifizierung von Eigentum und Arbeitskraft 151

4.1.1.2. *Black Codes, Anti-Miscegenation Laws* und die *one-drop rule* . 153
4.1.1.3. Rassistische Einbürgerungsgesetze 156
4.1.2. Von der Peripherie ins Zentrum:
Rasse im deutschen Kaiserreich 158
4.1.2.1. Rechtsspaltung in den Kolonien des deutschen Kaiserreichs 159
4.1.2.2. Biologistischer Rassediskurs und Eingeborenenbegriff
im kolonialen Recht 161
4.1.2.3. Rassialisierte und vergeschlechtlichte Differenz
in Debatten um »Rassenmischehen« 168
4.1.2.4. Das Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz (RuStAG)
von 1913: Ius sanguinis und rassistische Diskurse
als Einbürgerungshindernis 172
4.2. Rasse als Rechtsprinzip: Nationalsozialismus 176
4.2.1. Vorläufer: Rassistisches Wissen und die Falle des Essentia-
lismus im rechtlichen Kampf gegen antisemitische Agitation 176
4.2.2. Völkische Rassenlehre als grundlegendes Rechtsprinzip 180
4.2.3. Der Rassebegriff der Nürnberger Gesetze 183
4.2.3.1. Erbbiologischer Rassendiskurs versus völkische Rassen-
lehre: Der Streit um die Kodifizierung der Rassenzugehörigkeit .. 184
4.2.3.2. Der nationalsozialistische Gleichheitsbegriff und
der graduelle Judenbegriff der Nürnberger Gesetze 189
4.2.3.3. Andere als »artfremd« klassifizierte und verfolgte Menschen 195
4.3. Gemeinsamkeiten und Besonderheiten rassistischen Rechts .. 203

5. Recht gegen Rassismus 206
5.1. Recht gegen Rassismus als Antidiskriminierungsrecht 206
5.1.1. Rechtliche Instrumente gegen Rassismus im Überblick 207
5.1.2. Gleichheit im Antidiskriminierungsrecht 212
5.1.2.1. Formal-symmetrische Interpretation von Gleichheit 214
5.1.2.2. Materiell-asymmetrische Interpretationen von Gleichheit . 217
5.1.3. Recht gegen Rassismus als kategoriales
Antidiskriminierungsrecht 223
5.1.3.1. Diskriminierungsmerkmale: Eigenschaften oder Stigmata? 225
5.1.3.2. Suspekte Klassifizierungen: Unverfügbarkeit
und Machtlosigkeit 230
5.1.4. Postkategoriales Antidiskriminierungsrecht 236
5.2. Mit *race* gegen Rassismus: US-amerikanisches Verfassungsrecht 240
5.2.1. Von *Plessy* zu *Brown*: der juristische Kampf gegen gesetzlich
vorgeschriebene Segregation nach rassistischen Kriterien 241
5.2.2. Antisubordination und rassistische Diskriminierung
jenseits der *color line* 249

5.2.3. Antiklassifikation, die Illusion der Symmetrie und der Streit um Affirmative Action 252
5.2.4. Das Dilemma der Differenz bei der Anwendung von race-basiertem Recht gegen Rassismus 260
5.3. Internationales Recht: Recht gegen rassistische Diskriminierung als Menschenrecht 269
5.3.1. Der erste Versuch: Das Völkerbundstatut und die Gleichheit der Nationen 269
5.3.2. Im Angesicht des Holocaust: Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte 272
5.3.3. In Verurteilung des Kolonialismus: Die UN-Rassismus-Konvention 275
5.3.3.1. Rassische Differenzierung oder rassische Überlegenheit? – Rassischer Essentialismus in ICERD 275
5.3.3.2. Der Streit um den Antisemitismus 279
5.3.3.3. »Rassische Diskriminierung« und »Unterscheidung beruhend auf der Rasse« 283
5.4. Recht der Europäischen Union: Der Streit um Rasse und ethnische Herkunft in RL 2000/43/EG und in den nationalen Umsetzungsgesetzen 293
5.4.1. Die Ausarbeitung der Richtlinie 2000/43/EG 294
5.4.2. Die Formulierungen in den Umsetzungsgesetzen der Mitgliedstaaten 296
5.5. Recht gegen Rassismus im deutschen Recht: Vorläufer und Einflüsse 304
5.5.1. Deutsches Verfassungsrecht vor 1933 304
5.5.2. Der Einfluss des Alliierten Rechts 306
5.5.3. Die Aufhebung nationalsozialistischen Rasserechts und eine Verfassung für Groß-Berlin 306
5.6. Recht gegen Rassismus in der sowjetischen Besatzungszone und der Deutschen Demokratischen Republik 310
5.6.1. Die DDR-Verfassung von 1949 und das Rassenhassverbot .. 312
5.6.2. Die DDR-Verfassung von 1968 und ihre Bezüge auf die UN-Rassismus-Konvention 316
5.6.3. Rasse, Klasse und Dimitroffsche Faschismusanalyse 321
5.6.4. »Im Hoheitsgebiet der DDR ist der Rassismus ausgerottet« – die Überwindung des Rassismus durch dessen Externalisierung .. 326
5.7. Auf dem Weg zu Artikel 3 Absatz 3 Grundgesetz 332
5.7.1. Diskriminierungsverbote in den Landesverfassungen der westdeutschen Besatzungszonen und in Berlin (West) 333
5.7.2. Die Debatten im Herrenchiemseer Konvent 337
5.7.3. Die Debatten im Parlamentarischen Rat 338

5.7.3.1. Eine landesrechtliche Vorschrift als Patin 339
5.7.3.2. Die Rolle der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte 340
5.7.3.3. Das Schweigen der Materialien zu »Rasse« und zum Nationalsozialismus 342
5.7.3.4. Entrechtung der Anderen: Kalter Krieg und Totalitarismus . 348
5.7.3.5. Kontinuitäten rassistischen Wissens 352
5.7.4. Rasse als zentrale Verfolgungskategorie des Nationalsozialismus – begriffliche Engführungen und gewollte Schutzlücken im Entschädigungsrecht 369
5.8. Das Diskriminierungsverbot wegen der Rasse in Art. 3 Abs. 3 GG 372
5.8.1. Neuanfang und Kontinuitäten: Abkehr vom nationalsozialistischen System ohne Abkehr vom Biologismus ... 376
5.8.2. Die Ausbürgerungsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 14. Februar 1968: Rasse als Kriterium der Verfolgung . 380
5.8.3. Auf der Suche nach einer sozialwissenschaftlichen Definition des Rassebegriffs 386
5.8.4. Missbrauchstopos und Vererbungstopos: »wissenschaftlicher« vs. »missbrauchter« Rassebegriff in der Kommentarliteratur 393
5.8.5. Von tatsächlichen zu vermeintlichen Merkmalen: Auf dem Weg zu einem sozialkonstruktivistischen Verständnis rassialisierter Differenz 403
5.8.6. Von Rasse zu Ethnizität: Zum rechtlichen Umgang mit kulturalistischen Rassismen 412
5.8.7. Von Rasse zu rassistischer Diskriminierung: rassismuskritische Interpretationen des Diskriminierungsverbotes wegen der Rasse 420
5.8.8. Von der Ausnahme zur Normalität: Die Debatte um Racial Profiling 429
5.8.9. Der Streit um den Rassebegriff im Grundgesetz 449

6. Ein Plädoyer für mehr Rassismuskritik im Recht 460
6.1. Zentrale Topoi von Rasse- und Rassismusdiskursen: Genealogie, Immanenz und Permanenz – Asymmetrie, Struktur und Macht 461
6.2. Rassediskurse, ihre rechtliche Absicherung und Infragestellung 463
6.3. Diskursive Verschiebungen im Rasse- und Rassismusdiskurs und deren rechtliche Implikationen 468
6.3.1. Von Rasse zu Ethnizität 468
6.3.2. Von Nachteil zu Nutzen 474

6.3.3. Von Hierarchie zu Differenz 478
6.3.4. Von Rasse zu Rassismus 479
6.4. Eine Rassismusdefinition für das Recht 481

Abkürzungsverzeichnis 485
Danksagung 487

1. Zur Einleitung

> Die Auseinandersetzung mit unserer Vergangenheit erfordert gewiss ein Wissen um Fakten, aber das genügt nicht, nötig ist auch der Versuch ihrer Deutung, ohne die keine Folgerung und keine Lehre gezogen werden können. Fritz Bauer[1]

1945 ging eine lange Zeit gesetzlich verordneter rassistischer Segregation in Deutschland zu Ende. Mit Wirkung zum 20. September 1945 setzte das Kontrollratsgesetz Nr. 1 die Nürnberger Rassengesetze außer Kraft und erklärte, keine deutsche Gesetzesverfügung sei mehr anzuwenden, durch die »irgendjemand auf Grund seiner Rasse […] Nachteile erleiden würde«.[2] An diese Prämisse schloss 1949 Art 3. Abs. 3 GG an: »Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden.«[3] Auch die DDR nahm ein antirassistisches Bekenntnis in Art. 6 Abs. 2 VerfDDR auf. Seither ist das Recht in Deutschland als nicht-rassistisches Recht konzipiert. Es kennt keine vorgeschriebene rassistische Segregation; es gibt keine strafgesetzliche, familienrechtliche oder sonstige fachrechtliche ausdrückliche Unterscheidung entlang der Kategorie Rasse.[4]

Zugleich ist Recht einer der wenigen Orte, in denen Rasse als personale Kategorie noch Verwendung findet. Der Begriff taucht in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG und auch im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz mit der antirassistischen Intention auf, Benachteiligungen »zu verhindern und zu beseitigen« (§ 1 AGG). Recht ge-

1 Foljanty, Lena/Johst, David, *Fritz Bauer: kleine Schriften*, Frankfurt/M., New York 2018, S. 1429.

2 ABl. des Kontrollrats in Deutschland v. 29. 10. 1945, S. 7.

3 Durch Gesetz vom 27. 10. 1994, mit Wirkung zum 15. 11. 1994 wurde Art. 3 Abs. 3 GG um einen zweiten Satz ergänzt, der die Benachteiligung wegen Behinderungen verbietet, BGBl. 1994 I, S. 3146.

4 Das ist ein Unterschied zur Kategorie Geschlecht. Art. 12a GG gilt nur für Männer, § 183 StGB erfasst nur Handlungen von Männern, §§ 1591 ff. BGB knüpfen unmittelbar an das Geschlecht an.

gen Rassismus teilt dabei den Begriff der Rasse mit rassistischen Konzepten. Deshalb steht der Begriff zur Debatte. Diskutiert wird seine Ersetzung durch die Kategorie »ethnische Herkunft«, durch den Terminus »angebliche Rasse« oder durch die postkategoriale Formulierung »rassistisch«.[5] Begründet wird das vor allem mit der biologistischen Konnotation des Begriffs und seiner kolonialen und nationalsozialistischen Geschichte als Instrument zur Kategorisierung und Diskriminierung von Menschen.[6] Das ist ein Unterschied zum angloamerikanischen Sprach- und Rechtsraum, wo es eine lange Tradition kritisch-affirmativer Bezugnahmen auf *race* gibt. Die Befürworter:innen des Rassebegriffs verweisen auf diesen *racial turn* und auf die international etablierte Verwendung des Begriffs als rechtliche Kategorie zur Bekämpfung von Rassismus.[7]

Die Debatte zeigt: Als rechtlicher Begriff ist Rasse kontingent, als Ergebnis diskursiver Kämpfe umstritten. Wie Geschlecht ist auch Rasse kein originär rechtswissenschaftliches Konzept. Bedeutungen von Rasse werden in lebenswissenschaftlichen, kultur- und sozialwissenschaftlichen, aber auch in politischen Diskursen verhandelt. Dabei stellen sich Fragen, die entlang extremer Polaritäten verortet sind: Ist Rasse eine naturwissenschaftliche Realität oder ein ideologisches Konstrukt? Sind rassialisierende Zuordnungen immer diskriminierend oder kann Rasse auch eine selbstermächtigende Identitätskategorie sein? Handelt es sich um einen diskriminierenden Begriff, der zu verabschieden wäre, oder um einen analytischen Begriff, den es zu schärfen gilt? Die vorliegende Untersuchung begibt sich auf die Suche nach den Bedeutungen von Rasse in diesem Recht gegen Rassismus. Sie rekonstruiert, wie Rasse ins Recht gelangte, legt Entwicklungen des Wissens über rassische Kategorisierungen im Rechtsdiskurs dar und plädiert für ein postkategoriales Antidiskriminierungsrecht, das die strukturelle Verfasstheit von Rassismus berücksichtigt.

5 Bei Drucklegung standen die Formulierungen »aus rassistischen Gründen« (CDU/SPD), »rassistisch« (B'90/Die Grünen und Die Linke) sowie »angebliche Rasse« (FDP) zur parlamentarischen Diskussion.

6 Hendrik Cremer, *»… und welcher Rasse gehören Sie an?« Zur Problematik des Begriffs Rasse in der Gesetzgebung*, Berlin 2009.

7 Cengiz Barskanmaz, »Zum Rassebegriff im Grundgesetz. Verfassungsdogmatik und Interdisziplinarität ernst nehmen«, in: *APuZ* (70), 42-44 2020, S. 19-22.

1.1. Die Schwierigkeit, Rassismus im Recht zu besprechen

Der Umgang mit der Gleichheit ist als eine grundsätzliche Herausforderung beschrieben worden, er verlangt von Jurist:innen sowohl rechtsdogmatische Kompetenz als auch Kompetenz im Umgang mit Diskriminierungsrealitäten.[8] Das gilt auch für Rassismus. Den neutralen Ort, von dem aus die Wissenschaft die sozialen Dynamiken gesellschaftlicher Verhältnisse distanziert beobachtet und analysiert, gibt es nicht; so beschreiben Kimberlé Crenshaw und Neil Gotanda, zwei Gründer:innen der Critical Race Theory, ein Credo rassismuskritischer Wissenschaft.[9] Rassistische Diskriminierung als solche zu erkennen, zu benennen und sie rechtlich zu beurteilen – all das fordert heraus: rechtsdogmatisch, rassismustheoretisch und ganz persönlich, denn Rassismus betrifft uns alle, aber sehr unterschiedlich.

Meine ersten Erfahrungen mit Rassismus und Recht machte ich in Leipzig, wo ich geboren wurde und zur Schule ging, wo ich 1989 die Wende erlebte und ab 1993 Jura studierte. Die Wende brachte nicht nur Freiheit und ein neues, demokratischeres Rechtssystem, sie brachte auch neue Ungleichheit und führte schnell in einen nationalen Wiedervereinigungstaumel, der nicht alle inkludierte. Die Zeit war durch eine Verschärfung der gesellschaftlichen Debatten um Flucht und Migration geprägt und durch die Zunahme rassistischer, antisemitischer und rechter Gewalt. Sie traf People of Color, Migrant:innen, Rom:nja, Juden und Jüdinnen, Linke, Obdachlose und Schwule. Baseballschlägerjahre werden diese Jahre heute auch genannt. Sie waren auch durch eine Abwesenheit des Rechtsstaats, durch ein Klima der Straffreiheit für rechten Terror geprägt. Rostock, Mölln, Solingen und Hoyerswerda zählen dabei zu den bekanntesten, jedoch nicht den einzigen Orten. Am 23. Oktober 1996 verteidigte der 30-jährige Achmed Bachir in einem Leipziger Gemüseladen seine Kolleginnen vor rassistischen Pöbeleien durch zwei Neonazis. Achmed Bachir hatte sich allein nach Deutschland durchgeschlagen, um von hier aus seine Familie in Damaskus zu unterstützen: seine Frau, seine Tochter, die 1996 drei Jahre alt war und die er noch nie gesehen hatte, seine kranke Mutter. Er lebte

8 Susanne Baer, »Gleichheitsrechte: Klassisch – europäisch – fordernd«, in: *Soziales Recht* 4/2014, S. 133-139, hier: S. 137.

9 Kimberlé Crenshaw u. a. (Hg.), *Critical Race Theory*, New York 1995, S. xiii.

in einer Flüchtlingsunterkunft in Leipzig und half im Gemüsegeschäft seines Freundes aus. Seine Zivilcourage bezahlte er mit dem Leben.[10] Es war der erste rassistische Mord in Leipzig nach 1990, der erste Gerichtsprozess, den ich beobachtete und dessen Verlauf ich mit einer Mischung aus Sprachlosigkeit und Wut verfolgte. Die Staatsanwaltschaft konnte kein rassistisches Motiv erkennen. Von Rassismus war auch im Urteil nicht die Rede. Es blieb antifaschistischen und antirassistischen Gruppen vorbehalten, dagegen zu demonstrieren. Erst 2012, im Zuge der Diskussion um die Morde des rechten Terrornetzwerkes NSU, wurde Achmed Bachir in die Statistik der Opfer rechter Gewalt aufgenommen.

Seither hat sich die Benennung rassistischer und antisemitischer Tatmotive und die konsequentere Verfolgung rechter Gewalt mit den Mitteln des Rechts zunehmend durchgesetzt.[11] Doch die Schwierigkeit, Rassismus in rechtlichen Verfahren zu besprechen, besteht weiter, nicht nur im Strafrecht. Rassismus war als Begriff zur Diagnose gegenwärtiger Verhältnisse in Deutschland lange verpönt, besonders in institutionellen Settings, das zeigen die aktuellen Diskussionen um Racial Profiling. Die Bundesregierung bezeichnete den Hinweis auf institutionellen Rassismus bei den polizeilichen Ermittlungen zu den Taten des NSU noch 2016 als »undifferenzierte Sichtweise«.[12] Namhafte Juristen sehen »übertriebene politische Korrektheit« am Werk, wenn rassistische Diskriminierung jenseits von Gewalt und in der Mitte der Gesellschaft rechtlich adressiert wird.[13] Mitunter wird versucht, Rassismus-

10 ⟨www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2010-09/todesopfer-rechte-gewalt/seite-8⟩ und ⟨https://taz.de/!1431305/⟩, letzter Zugriff 01.12.2020.

11 Siehe nur in einem weiteren Mordfall LG Leipzig, 08.07.2011-1 Ks 306 Js 51333/10 bestätigt durch BGH, Beschl. v. 10.01.2012-5 StR 490/11, der als niedrigen Beweggrund »Ausländerhass« nennt; im Fall der Taten des NSU nannte der Generalbundesanwalt beim BGH, 32/2012, Anklage v. 08.11.2012 (NSU), »rassistische Motive«; im Fall des Attentäters von Halle, Anklage v. 21.04.2020, »antisemitische, rassistische und fremdenfeindliche« Motive.

12 Stellungnahme der Bundesregierung zu CERD/C/DEU/19-22 v. 19.06.2016, Rn. 2. Ausführlich zu den Taten, den Ermittlungen und deren rechtlicher Bewertung Karakayali u.a. (Hg.), *Den NSU-Komplex analysieren*, Münster 2017.

13 Franz-Jürgen Säcker, »Vernunft statt Freiheit!«, in: *ZRP* 2002, 286-290 warnte anlässlich der Einführung des AGG vor einer »Tugendrepublik der neuen Jakobiner«; Christian Tomuschat, »Der Fall Sarrazin vor dem UN-Rassendiskriminierungsausschuss«, in: *EuGRZ* 2013, 262-265 fürchtete mit Blick auf die Ent-

oder Antisemitismusvorwürfe mit rechtlichen Mitteln abzuwehren.[14]

Diese Schwierigkeit, über Rassismus zu sprechen, und die kontroversen Bezüge auf den Begriff der Rasse im Recht führen auch bei der Mobilisierung von Antidiskriminierungsrecht zu Verunsicherung. Das zeigen die vergleichsweise wenigen seit Erlass des AGG geführten Verfahren in Fällen rassistischer Diskriminierung. Die Verfahrensbeteiligten und die Richter:innen vermeiden den Begriff Rasse,[15] sie stützen sich auf Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft[16] oder in Verfahren gegen Kopftuchverbote auf die Diskriminierungskategorie Religion. Über rassistische Diskriminierung steht in den Entscheidungen nichts zu lesen.[17] Diese Erfahrung prägte auch meine Arbeit im Antidiskriminierungsbüro Sachsen, wo ich mit meinen Kolleg:innen ab 2006 Verfahren gegen Diskriminierungen nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz begleitete. Die Benennung diskriminierender Praktiken als »rassistisch« rief oft Abwehr hervor, auf der Gegenseite, aber auch bei Richter:innen. Erschwert wurden unsere Bemühungen dadurch, dass »rassistisch« kein Begriff des Rechts ist, »Rasse« dagegen schon, was dazu führte, dass oft über die Herkunft unserer Klient:innen und kaum über ihre Diskriminierungserfahrung gesprochen wurde. Vor diesem Hintergrund lag auch die Frage nach

scheidung CERD/C/82/D/48/2010 (TBB vs. Deutschland), »aus Gründen der Political Correctness [wird] ein System der Meinungspolizei eingeführt«.

14 Das LG Potsdam v. 08.01.2013-26 Ns 95/12 verurteilte den Flüchtlingsrat Potsdam wegen übler Nachrede, weil dieser dem Rechtsamt der Stadt Brandenburg/Havel einen »Denkzettel für strukturellen und systeminternen Rassismus« verliehen hatte. Aufgehoben durch BVerfG v. 24.07.2013-1 BvR 444/13 wegen Verstoßes gegen Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG. Das OLG Nürnberg v. 22.10.2019-3 U 1523/18 untersagte einer Mitarbeiterin der Amadeu Antonio Stiftung den Sänger Xavier Naidoo als »Antisemiten« zu bezeichnen, ausführlich zu diesem und ähnlichen Fällen Doris Liebscher u. a., »Antisemitismus im Spiegel des Rechts«, in: *NJOZ* 30/2020, S. 897-902, hier: 901 f.

15 Antidiskriminierungsstelle des Bundes, *Evaluation des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes*, Baden-Baden 2016, S. 40.

16 Ein Beispiel für viele ist LAG Hamm, 10.01.2019-11 Sa 505/18 –, Rn. 20, das im Fall rassistischer Diskriminierung eines Schwarzen Mitarbeiters nur auf »Hautfarbe« und »ethnische Herkunft« abstellt.

17 Eine Ausnahme ist ArbG Berlin, 28.03.2012-55 Ca 2426/12 –, Rn. 42. Darin heißt es: »Xenophobie […] gibt es durchaus auch im progressiven Gewande. Die Frau mit Kopftuch gilt als unemanzipiert und rückständig.«

der Interpretation von Rasse in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG, der ältesten und bekanntesten Vorschrift gegen Rassismus im deutschen Recht, nahe. Wie legen Jurist:innen den Begriff aus? Welche Betroffenheiten von Rassismus sind davon umfasst? Wirken sich internationale Rechtsentwicklungen und die Einführung des AGG auf das grundrechtliche Diskriminierungsverbot aus? Wie wird Rasse in rechtlichen Verfahren gegen Racial Profiling bei Polizeikontrollen diskutiert? Aus all diesen Fragen ergaben sich die Aufgabe, Rasse als Begriff des Rechts zu untersuchen, und der Wunsch zu einer Rechtswissenschaft beizutragen, die Diskriminierung rassismuskompetent beurteilt.

1.2. Referenzen einer kritischen Beschäftigung mit Rasse, Rassismus und Recht

Die feministische Rechtswissenschaft gibt dieser Untersuchung eine theoretische Orientierung. Sie diskutiert die Herausforderung, an rechtliche Kategorien wie Geschlecht anzuknüpfen, ohne vergeschlechtlichende Zuschreibungen zu reproduzieren, als »Dilemma der Differenz«.[18] Stehen dort Geschlecht, heterosexistische und heteronormative Diskriminierung im Vordergrund, sind hier Rasse und rassistische Diskriminierung zentraler Untersuchungsgegenstand. Dabei kann keine derartige Kategorie je für sich betrachtet werden. Diskriminierung ist immer mehrdimensional. Vor allem im nordamerikanischen und britischen Raum hat sich mit der Critical Race Theory (CRT) eine Forschungsrichtung etabliert, die das Feld Rasse, Rassismus und Recht aus kritischer rechtswissenschaftlicher Perspektive bearbeitet. CRT hat für eine inter- und transdisziplinäre Beschäftigung mit rassialisierter Differenz und Recht bislang die elaboriertesten Analysen vorgelegt. Sie ist ein wesentlicher Impuls für die Diskussion im deutschen Rechtsraum.

Ein weiterer Grund für die ausführliche Rezeption US-amerikanischer Debatten zu rassistischer Diskriminierung ist eine lange Tradition verfassungsrechtlicher Bezüge auf *race*, die sich in einer umfänglichen Rechtsprechung und Literatur niederschlägt. Hinzu kommt der Einfluss des US-amerikanischen Antidiskrimi-

18 Susanne Baer, »Dilemmata im Recht und Gleichheit als Hierarchisierungsverbot – Der Abschied von Thelma und Louise«, in: *Krim. Journal* 4/1996, S. 242-260.

nierungsrechts auf Art. 3 GG und auf das europäische Antidiskriminierungsrecht. Die Verwendung des englischen Begriffs *race* in deutschsprachigen Veröffentlichungen legt nahe, dass in den USA »*race* als Produkt einer rassistisch konstruierten Ordnung der Welt dekonstruiert wurde«.[19] Hier gilt es zu überprüfen, ob das für das Recht zutrifft. Fraglich ist auch, inwieweit Begriffe und Konzepte der im angloamerikanischen Sprach- und Rechtskontext entstandenen Critical Race Theory auf den deutschen Rechtsdiskurs übertragbar sind, wo dies an Grenzen stößt und wo es Weiter- und Neuentwicklungen bedarf. In deutschsprachigen Veröffentlichungen werden das Verhältnis von Rassismus und Recht und die Bedeutungen von rassialisierter Differenz in Gesetzen und rechtlichen Verfahren bislang vor allem für die Zeit vor 1945 thematisiert.[20] Mit Blick auf die Zeit nach 1945 stößt man immer noch auf eine erstaunliche Leerstelle, dies gilt noch einmal mehr für das Recht der DDR. Nichtsdestotrotz kann sich eine Arbeit zu rassistischer Diskriminierung auf Referenzen im deutschsprachigen Raum stützen.[21] Eine mit der feministischen Rechtswissenschaft vergleichbare rassismuskritische Rechtswissenschaft ist aber erst am Entstehen.[22]

19 Helma Lutz, Anna Amelina, *Gender, Migration, Transnationalisierung: eine intersektionelle Einführung*, Bielefeld 2017, S. 24.

20 Siehe die Verweise in Kapitel 4.1.2. (Kolonialismus) und 4.2. (NS).

21 Für eine post- bzw. dekoloniale Analyse siehe nur die Beiträge in »Schwerpunkt Postkoloniale Theorien, Recht und Rechtswissenschaft«, in: *Kritische Justiz* (45) 2/2012 sowie Karina Theurer, Wolfgang Kaleck (Hg.), *Dekoloniale Rechtskritik und Rechtspraxis*, Baden-Baden 2020; für das internationale Recht Stefanie Schmahl, *Der Umgang mit rassistischen Wahlkampfplakaten vor dem Hintergrund des internationalen Menschenrechtsschutzes*, Baden-Baden 2016; für das Recht der Europäischen Union Dagmar Schiek, »Diskriminierung wegen ›Rasse‹ oder ›ethnischer Herkunft‹ – Probleme der Umsetzung der RL 2000/43/EG im Arbeitsrecht«, in: *AuR* (51) 2/2003, S. 44-51, für das deutsche Verfassungsrecht siehe die Verweise in Kapitel 5.7. und 5.8.

22 Einen dezidiert rassismuskritischen Forschungsansatz vertreten Cengiz Barskanmaz, *Recht und Rassismus – eine rassismusanalytische Würdigung menschenrechtlicher Instrumente*, Wiesbaden 2019; Daniel Bartel, Doris Liebscher, Juana Remus, »Rassismus vor Gericht: Weiße Norm und Schwarzes Wissen im deutschen Recht«, in: Karim Fereidooni, Meral El (Hg.), *Rassismuskritik und Widerstandsformen*, Wiesbaden 2017, S. 361-383; Tarek Naguib, »Mit Recht gegen Rassismus. Kritische Überlegungen zum Verhältnis von Recht und Antirassismus am Beispiel der schweizerischen Strafnorm zur Rassendiskriminierung«, in: *Movements* (2) 1/2016, S. 65-90.

1.3. Rechtsdiskurs und Rasse-Rassismus-Diskurse

Wie und wo haben sich Ideen über fundamentale und hierarchische rassialisierte Differenzen zwischen Menschen im Recht erhalten? Wie wurden sie modernisiert, wo durch rassismuskritische Ansätze ersetzt? Eine Analyse der Wissensbestände im diesbezüglich bislang kaum untersuchten deutschen Rechtsdiskurs kann nur gelingen, wenn die Bedeutungen von rassialisierter Differenz, deren Wandel und die Quellen des Wissens über rassialisierte Differenz aufbereitet werden. Es interessiert uns hier somit, welche Wissensbestände im juristischen Feld zirkulieren – Alltagsverständnisse, Residuen der Rassenforschung, Erkenntnisse der Rassismusforschung, Einflüsse anderer Rechtsordnungen und transnationaler Debatten über Rasse und Rassismus.

Zur Beantwortung dieser Fragen wird kein spezifisches diskursanalytisches Forschungsprogramm absolviert. Die Untersuchung orientiert sich jedoch an den Begrifflichkeiten und der Forschungsperspektive der wissenssoziologischen Diskursforschung. Peter L. Berger und Thomas Luckmann haben Gesellschaft zugleich als objektive (institutionalisierte, legitimierte, gemachte) Realität und als subjektive Wirklichkeit im Sinne von internalisierten Sinnstrukturen verstanden.[23] Das Foucaultsche Diskurskonzept beschreibt symbolische Prozesse der Formung von Wahrheit durch ein »Ensemble von geregelten Verfahren für Produktion, Gesetz, Verteilung, Zirkulation und Wirkungsweise der Aussagen«.[24] Diskurstheorie geht dabei nicht davon aus, dass Sprache die Weltsicht determiniert, sie bezieht sich vielmehr auf das in jeweiligen Gesellschaften vorhandene Wissen, das menschliches Handeln und die Gestaltung gesellschaftlicher Wirklichkeit leitet. Dieses Wissen entsteht auch durch die dauerhafte und sich über lange Zeiträume erstreckende Konfrontation mit Aussagen, die sich durch diese Rekursivität und ihre Institutionalisierung im Bewusstsein der Subjekte verankern. Als bedeutungskonstituierende Ereignisse sind Diskurse selbst ein Machtfaktor, der Verhalten und andere Diskurse induziert. Vor diesem Hintergrund sind auch die hier verwendeten Begriffe

23 Peter Berger/Thomas Luckmann, *Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit*, Frankfurt/M. 1982.

24 Michel Foucault, *Dispositive der Macht: über Sexualität, Wissen und Wahrheit*, Berlin 1978.