

SCHWERPUNKT FEMINISTISCHE RECHTSKRITIK

WAS IST, WAS SOLL, WAS KANN „GESCHLECHT IM RECHT“?

Recht normiert Wirklichkeit unmittelbar: Es ist ein Herrschaftsinstrument par excellence. Recht steht nicht nur vor dem Anspruch, soziale Ordnung – und damit Geschlechterverhältnisse – normativ zu gestalten, sondern in einem demokratischen Rechtsstaat auch legitim und gerecht zu sein.¹

Die feministische Rechtswissenschaft interessiert sich für die Bedeutungen, die Geschlecht, Geschlechterverhältnisse und Geschlechterkategorien im Recht haben. Ihr geht es darum, die Gewissheit in Frage zu stellen, mit der gewusst wird, wer und was „weiblich“ und „männlich“ ist oder zu sein hat – und welche Erwartungen daran geknüpft werden. Für die feministische Rechtswissenschaft geht es daher immer auch um die zentrale Frage, inwieweit das Recht vom Geschlecht normiert wird und inwieweit das Recht das normiert, was wir unter Geschlecht verstehen.²

Feministische Rechtskritik fragt nach den Ungleichheiten, Macht- und Herrschaftsverhältnissen, die der Rechtsdiskurs (mit-)herstellt, mit Legitimität ausstattet, aufrechterhält und fortschreibt sowie nach den möglichen rechtlichen Strategien, die zur Transformation von Macht- und Herrschaftsverhältnissen nutzbar gemacht werden können. Ob Recht gar zu emanzipatorischen Zwecken eingesetzt werden kann, ist unter Feminist_innen durchaus umstritten. Der Rechtsdiskurs ist schließlich träge, konservativ und traditionalistisch, in ihm verdichtet sich patriarchale Macht symbolisch wie materiell.³ Noch dazu ist das Recht „berechtigte Gewalt“⁴, „[w]e are scared or threatened or endangered by it.“⁵ Andererseits ist Recht auch produktiv, ein Vehikel sozialen Wandels.⁶ Doch auch emanzipatorische Bemühungen um Rechtsreformen sind systemimmanent, folgen den Regeln des „Master’s Game“⁷, denn jede Inanspruchnahme eines Rechts stellt eine Ermächtigung des Staates dar.⁸ Feministische Kritik richtet sich aber nicht gegen den Staat oder individuelle Rechte per se, sondern gegen deren vermeintlich (geschlechts)neutrale Genese, Form und inhaltliche Struktur.⁹

Geschlechterforschung und Rechtswissenschaft

In der Geschlechterforschung hat sich seit den 1970er-Jahren eine analytische Trennung der Begriffe „sex“ und „gender“ durchgesetzt, die von Rubin treffend so beschrieben wurde: „Jede Gesellschaft hat ein Sex-Gendersystem – einen Satz von Ordnungen, nach denen das biologische Rohmaterial von Sex und Fortpflanzung durch soziale Intervention zu Gender geformt und nach bestimmten Regeln befriedigt wird.“¹⁰ Solche und andere Erkenntnisse der Geschlechterforschung ließen den Rechtsdiskurs nicht unberührt. In der juristischen Auseinandersetzung haben es Feminist_innen lange Zeit bevorzugt,

das soziale Geschlecht vom biologischen abzugrenzen, um die „natürlichen“ Unterschiede zwischen den Geschlechtern auf „sex“ zu reduzieren. Damit waren soziale Geschlechterverhältnisse Gegenstand des politisch Verhandel- und Regulierbaren. Zulässige Differenzierungen sollten ausschließlich und eng auf körperliche Unterschiede beschränkt werden. Demnach sind differenzierende Regelungen wegen Schwangerschaft und Geburt legitim, solche wegen Kindererziehung hingegen nicht.¹¹

Differenzfeminismen versuchen, weiblich konnotierte Qualitäten (wie Emotionalität und Fürsorglichkeit) aufzuwerten. So fordert Dahl etwa ein frauenspezifisches „Hausfrauenrecht“ und stellt damit die herkömmliche Aufteilung in öffentliches und privates Recht in Frage.¹² Sich affirmativ auf „Weiblichkeit“ zu beziehen, birgt aber nicht selten die Gefahr einer Konzeption von „Gleichheit in der Differenz, als Ungleichheit der selbstbestimmten Lebensentwürfe.“¹³ Wird die Anerkennung von „natürlichen“ oder gewordenen Differenzen zur Richtschnur allgemein maßgeblicher Gleichheitsansprüche, geraten gerade die Ungleichheitsverhältnisse, die Differenzen erst hervorbringen, aus dem Blick.

Bei MacKinnon wird die Geschlechterdifferenz vor allem durch die Erotisierung von Unterwerfung und Dominanz hergestellt, „gender“ ist für sie daher immer auch „sexuell“¹⁴ und selbst hegemonial konstruierte soziale Wirklichkeit: „The process that gives sexuality its male supremacist meaning is the same process through which gender inequality becomes socially real.“¹⁵ Der Dominanzfeminismus versteht Geschlechterverhältnisse als soziale Hierarchieverhältnisse: so ist das Geschlecht nach MacKinnon ein sozialer Status, der darauf beruht, wer wem was antun darf und nur in einem abgeleiteten Sinn eine Differenz.¹⁶ Weiblichkeit ist für MacKinnon eine bloße Überlebensstrategie gegenüber männlicher Macht und sexualisierter Gewalt und vor allem durch die Verfügbarkeit als Opfer gekennzeichnet.¹⁷

Neuere Ansätze der Gender Studies verweisen auf die Vielfältigkeit und auch Widersprüchlichkeit von Subjektpositionen, verstehen Geschlecht als performativen Prozess der Identifikation und Wahrnehmung und vor allem – selbstkritisch – als Ausschlussmechanismus.¹⁸ Postmoderne Feminismen verwerfen die Unterscheidung zwischen „sex“ und „gender“ und verstehen auch „sex“ als kulturell: Butler zufolge gibt es keinen dem Diskurs vorgängigen Körper. Auch das biologische Geschlecht sei eine Interpretation von Materie.¹⁹ Solche und andere queere Theorien fokussieren auf Dekonstruktionen von Weiblichkeit und Männlichkeit, deren diskursive Herstellung, Inszenierung, Begehren und Geschlechtsidentität.²⁰ Sie äußern sich in Bemühungen um die Verqueerung von Rechtsmaterien, worunter nicht nur die Institutionalisierung von gleichgeschlechtlichen Beziehungen zu verstehen ist, sondern etwa auch die rechtliche Anerkennung alternativer Verantwortungsgemeinschaften im Mietrecht²¹, gleichgeschlechtlicher Elternschaft²² sowie intersexueller Menschen.²³

Die Kategorie Geschlecht wird zudem in ihrer Überkreuzung mit anderen Kategorien sozialer Differenz analysiert – die Rede ist von

„Intersektionalität“.²⁴ Durch das spezifische Zusammenwirken von zwei (oder mehreren) Achsen der Macht entsteht eine „neue“ vulnerable Position. Für sich alleine würde aber keiner der Diskriminierungsgründe zu einer Benachteiligung führen. So diskriminiert ein Arbeitgeber, der keine Frauen einstellt, die aus religiösen Motiven ein Kopftuch tragen, weder aufgrund des Geschlechts, noch der Religion, wenn er nachweisen kann, dass er Frauen und Muslime bzw. Muslima, die kein Kopftuch tragen, beschäftigt. Er diskriminiert damit nur Frauen, die eine spezifische religiöse Geschlechterperformance „hinlegen“.²⁵

Gleichheit und Differenz

Die Notwendigkeit, Menschen in Männer und Frauen einzuteilen, wird vom Rechtsdiskurs trotz einer Verkomplizierung des juristischen Geschlechterbegriffs weiterhin angenommen. Neben der rechtlichen Kodierung des Körpergeschlechts nimmt das Recht durch spezifische Regelungen für Schwangere, für Mütter, Väter, Arbeitnehmer_innen, für hetero- und homosexuelle Paare, für Trans- und Intersexuelle, für Täter_innen und Opfer usw. Platzanweisungen vor. Es schafft damit rechtliche „Kategorien“, an die spezifische Regelungen anknüpfen und dadurch Lebensweisen und -situationen anerkennen oder verwerfen.²⁶ Damit erweist sich das Recht als wesentliche Ressource zur Konstruktion von konventionellen, hierarchischen Geschlechterverhältnissen. Es konstruiert diese vor allem entlang der Achse Gleichheit/Differenz: Im Recht „verdoppelt“ sich die vermeintlich „natürliche“ Differenz zwischen Männern und Frauen durch ihre Konstitution, Affirmation und Legitimation durch die Rechtsordnung, welche nicht zuletzt mit staatlicher Zwangsgewalt ausgestattet ist.²⁷

Dennoch verspricht das Recht Gleichheit. Es verspricht vor allem „Gleiches gleich, Ungleiches ungleich“ zu behandeln, was unzureichend ist, solange gesellschaftliche Herrschaftsdiskurse und -praktiken Individuen aufgrund von Geschlecht, Ethnizität, Klasse u. a. hierarchisieren und ungleiche Handlungsmöglichkeiten gewähren. Praktiken können daher schon benachteiligend sein, wenn sie bloß den Status quo unverändert reflektieren. Es braucht also ein Gleichheitsrecht, das substantielle Ungleichheiten adressiert.²⁸ Art. 5 der UN-Frauenrechtskonvention schreibt etwa den Abbau von geschlechtsspezifischen Stereotypen vor und interveniert so – substantiell – in überkommene Geschlechterverhältnisse.

Gleichheitsrecht kann problematisch sein, wenn es an diskursiv erzeugte Kriterien und Erwartungen an Zugehörigkeiten, Zuständigkeiten, Eigenschaften usw. unreflektiert anknüpft. Solche Kriterien und Erwartungen können benachteiligend sein, weil sie Platzanweisungen und Identitätskonstruktionen vornehmen, die sich für Einzelne als unpassend erweisen können und Menschen in ihrer Entfaltung einschränken. Für andere Menschen passen sie, Kriterien und Erwartungen können also auch privilegierend sein. Ob sie auch diskriminierend sind, hängt davon ab, ob eine Person eine Ungleichbehandlung aufgrund eines in den Antidiskriminierungsgesetzen typisierten Merkmals erfährt, also eine Rechtswidrigkeit vorliegt.

Postkategoriales Antidiskriminierungsrecht?

Das geltende Antidiskriminierungsrecht hat sich in den letzten Jahren – einerseits in Umsetzung der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien, andererseits im Lichte internationaler und vor allem anglo-amerikanischer Erfahrungen – zu einem dynamischen Rechtsgebiet entwickelt. Um auf in der sozialen Realität existierende

strukturelle Benachteiligung reagieren zu können, bedarf es Kategorien, um diese juristisch erkennbar, unterscheidbar und bearbeitbar zu machen.²⁹ Unter Feminist_innen ist es umstritten, ob und wie Antidiskriminierungsrecht als Instrument zur Herstellung von Geschlechtergerechtigkeit nutzbar gemacht werden kann. Kritisiert wird, dass das Streben nach Gleichheit in Wahrheit ein Streben nach

- ¹ Unser herzlicher Dank gilt Elisabeth Holzleithner und Nikolaus Benke für ihre kritische Lektüre, Diskussion und herausfordernden Anregungen sowie Philipp Graebke für sein Vertrauen.
- ² Susanne Baer, *Recht: Normen zwischen Zwang, Konstruktion und Ermöglichung*, in: Ruth Ecker/Beate Kortendiek (Hg.), *Handbuch Frauen- und Geschlechterforschung*, 2010, 555-563, 555.
- ³ Jane Rifkin, *Toward a Theory of Law and Patriarchy*, in: D. Kelly Weisberg (Hg.), *Feminist Legal Theory*, 1993, 412-426, 412.
- ⁴ Christoph Menke, *Recht und Gewalt*, 2011, 49.
- ⁵ Catharine MacKinnon, *Only Words*, 1996, 40.
- ⁶ Karen L. Loewy, *Lawyering for Social Change*, in: *Fordham Urban Law Journal* 2000, 1869-1902.
- ⁷ Audre Lorde, *Sister Outsider*, 1984, 110-114.
- ⁸ Catharine MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State*, 1989, 157-170.
- ⁹ Ebenda xiii.
- ¹⁰ Gayle Rubin, *Der Frauentausch. Zur „politischen Ökonomie“ von Geschlecht*, in: Gabriele Dietze/Sabine Hark (Hg.), *Gender kontrovers*, 2006, 69-12, 76.
- ¹¹ Elisabeth Holzleithner, *Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht? Ein Streifzug durch feministische Rechtswissenschaften und Legal Gender Studies*, in: Kathrin Arioli et al. (Hg.), *Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht?*, 2008, 3-19, 6.
- ¹² Dove Stang Dahl, *FrauenRecht*, 1992.
- ¹³ Susanne Baer, *Entwicklung und Stand feministischer Rechtswissenschaft in Deutschland*, in: Rudolf (Hg.), *Geschlecht im Recht*, 2009, 15-36, 29.
- ¹⁴ MacKinnon (Fn. 8), 126-154.
- ¹⁵ MacKinnon, *Feminism Unmodified*, 1987, 173.
- ¹⁶ Ebenda 8.
- ¹⁷ MacKinnon (Fn. 5), 7.
- ¹⁸ Holzleithner (Fn. 11), 12ff.
- ¹⁹ Judith Butler, *Körper von Gewicht*, 1997, 32.
- ²⁰ Elisabeth Holzleithner, *Recht Macht Geschlecht*, 2002, 125ff.
- ²¹ EGMR v. 24.07.2003, Karner gegen Österreich, Bsw. 40016/98.
- ²² EGMR v. 19.02.2013, X u.a. gegen Österreich, Bsw. 19010/07.
- ²³ www.dritte-option.de (Stand: 24.06.2016).
- ²⁴ Kimberlé Crenshaw, *Mapping the Margins*, in: *Stanford Law Review* 1991, 1241-1299.
- ²⁵ Elisabeth Holzleithner, *Gendergleichheit und Mehrfachdiskriminierung*, in: Kathrin Arioli et al. (Hg.), *Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht?*, 2008, 305-320.
- ²⁶ Elisabeth Holzleithner, *Geschlecht und Identität im Rechtsdiskurs*, in: Beate Rudolf (Hg.), *Geschlecht im Recht*, 2009, 37-62, 62.
- ²⁷ Susanne Baer, *Rechtssoziologie*, 2015, 149.
- ²⁸ Catharine MacKinnon, *Substantive Equality*, in: *Minnesota Law Review* 2011, 1-27, 11f.
- ²⁹ Ulrike Lembke/Doris Liebscher, *Postkategoriales Antidiskriminierungsrecht?*, in: Simone Philipp/Isabella Meier/Veronika Apostolovski/Klaus Starl/Karin Maria Schmidlechner, *Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung*, 2014, 261-290, 263.

männlichen Standards bedeute. Somit werde die Geschlechterhierarchie aufrechterhalten. Ein weiterer Kritikpunkt lautet, dass Antidiskriminierungsrecht durch Anknüpfen an sozial hervorgebrachte Kategorien Rollenmuster verfestige.³⁰ Demnach seien „Naturalisierungen und Kulturalisierungen [...] latent in verfassungs- und gesetzesrechtlichen Diskriminierungskategorien eingeschrieben“, weshalb diese letztlich auch „in Prämissen und Argumentationsmuster von Gerichtsurteilen“ sowie in rechtspolitische Argumente einfließen würden.³¹ Durch das Anknüpfen an Diskriminierungsgründe wie Geschlecht und Ethnizität seien Diskriminierungsbetroffene außerdem gezwungen, die Zugehörigkeit zu einer Merkmalsgruppe nachzuweisen, um gegen Diskriminierung vorgehen zu können. Dem geltenden Antidiskriminierungsrecht liege daher ein inhärenter Essentialismus zu Grunde, welcher durch ein postkategoriales Antidiskriminierungsrecht überwunden werden soll.³² Der Fokus soll von den Auswirkungen von Stereotypisierung auf die Ursachen von Stereotypisierung gelenkt werden.

immer noch zwangsoperiert.³⁵ In vielen Rechtsbereichen bewirkt also das Anknüpfen an sozial hergestellte (Geschlechter-)Kategorien die Exklusion, Marginalisierung und Benachteiligung von Personen, die sich nicht in das binäre Geschlechterregime „einordnen“ lassen. Gilt dies nun auch für das Antidiskriminierungsrecht? Und inwieweit müssen soziale hergestellte Differenzen begrifflich übernommen werden, um adäquat auf diese reagieren zu können?

Lembke, Liebscher und Naguib stellen anhand von Beispielen dar, wie durch Anknüpfung an Diskriminierungsgründe wie Geschlecht, Ethnie und sexuelle Orientierung ein Schutzdefizit entstehen und Stereotype reproduziert werden können. So wurde 2011 in Deutschland einem intersexuellen Menschen, der nicht in den Polizeidienst eingestellt wurde, die Berufung auf das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz mit der Begründung, dass er nicht aufgrund des Geschlechts diskriminiert werde, verweigert.³⁶ In einem anderen Fall hatte die Staatsanwaltschaft Solothurn darüber zu entscheiden, ob zwei Männer aus dem Kosovo aufgrund ihrer Ethnizität diskriminiert wurden. Ihnen wurde der Eintritt in eine Disco mit den Worten „Im Moment



gemeinfrei

Immer Ärger mit dem Essentialismus

Die These lautet also wie folgt: Durch das Anknüpfen an Merkmale oder Gruppen werden „sozial hergestellte Differenzen essentialisiert und unterschiedliche Lebensrealitäten innerhalb sozialer Gruppen homogenisiert.“³³ Doch ist dies der Fall? Sowohl der österreichischen als auch der deutschen Rechtsordnung liegt ein biologisches Verständnis von Geschlecht zu Grunde. Die Kategorie Geschlecht muss kurze Zeit nach der Geburt eines Kindes registriert werden. Zusätzlich werden an die Kategorie Geschlecht unterschiedliche Rechtsfolgen im Familienrecht, Namensrecht und Personenstandsrecht geknüpft.³⁴ Außerdem wurden und werden aufgrund des personenstandsrechtlichen Zwangs zur Geschlechtszuschreibung Intersexuelle teilweise

werden keine Personen aus dem Balkan reingelassen“ verwehrt. Die Staatsanwaltschaft verneinte eine Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft mit der Begründung, dass „Balkanvölker nicht einer Religionsgemeinschaft oder einer rassischen Gruppe zugeordnet werden können“, da sie über keine „gemeinsame Geschichte und ein gemeinsames System von Einstellungen und Verhaltensnormen verfügen“. ³⁷ Diese Beispielen zeigen, dass durch das Anknüpfen an Diskriminierungsgründe der Ausschluss von und das Einbeziehen in eine Kategorie auf sehr problematische Weise argumentiert werden kann.

Immer Ärger mit der Differenz

Knüpft Antidiskriminierungsrecht an Diskriminierungsmerkmale

wie Ethnizität, Behinderung oder Geschlecht an, sind von Benachteiligungen betroffene Personen gezwungen, sich auf einen Diskriminierungsgrund zu stützen. Sodann muss überprüft werden, ob sie sich auf einen solchen Grund stützen können. Somit muss die Zuschreibung, die aufgrund einer differenten Behandlung erfolgt ist affirmiert werden, um gegen diese rechtlich vorzugehen.³⁸ Zwar ist es auch möglich, sich strategisch auf Diskriminierungsgründe zu stützen, das bedeutet jedoch nicht, dass Personen sich dadurch nicht wiederum zu einem Objekt von Zuschreibungen – nämlich der Zuschreibungen der jeweiligen Rechtsanwender_innen – machen. Dies eben gerade weil überprüft wird, ob sie den in Frage stehenden Diskriminierungsgrund für sich in Anspruch nehmen dürfen und nicht, ob sich im konkreten Fall gewisse Stereotype – unabhängig von einer typisierten Merkmalskategorie – verhärtet haben.³⁹

Im Fall der intersexuellen Person, welcher die Aufnahme in den Polizeidienst verweigert wurde, wurde entschieden, dass keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vorgelegen habe. Stattdessen sprach das Gericht von einer Krankheit. Auf diese Weise wurde Geschlecht binär und exklusiv konstruiert. Die intersexuelle Person verfügte demnach über gar kein Geschlecht. Hätte das Gericht an die Verdichtung heteronormativer und sexistischer Stereotype angeknüpft, hätte es das Anliegen nicht aus formalen Gründen abweisen können und sich inhaltlich mit dem konkreten Sachverhalt auseinandersetzen müssen. Andererseits typisieren Diskriminierungsmerkmale jene Merkmale, aufgrund derer in der sozialen Realität benachteiligende Platzanweisungen und Identitätskonstruktionen vorgenommen werden. Die rechtliche Verwendung jener Begriffe, mit denen sozial hergestellte Kategorien benannt werden, soll schließlich auch dabei helfen, Diskriminierung juristisch präzise erkennen und bearbeiten zu können.

Dieses Dilemma soll nun durch ein postkategorial ausgestaltetes Antidiskriminierungsrecht überwunden werden. Doch kann Recht überhaupt postkategorial ausgestaltet werden? So schreiben Liebscher, Naguib, Plümecke und Remus dass „Kategorisierung Grundlage jeder auf Rechtsregeln basierender Entscheidungsfindung ist“⁴⁰. Auf Basis von Kategorien werden Tatbestände und -merkmale formuliert und an deren Erfüllung entsprechende Rechtsfolgen geknüpft. Um effektiv, vorhersehbar, transparent und zugänglich sein zu können, muss Recht verständlich formuliert werden und klar abgegrenzte Kategorien bilden. Ein postkategoriales Recht erscheint in diesem Zusammenhang als ein Oxymoron. Soll „postkategorial“ im Sinne einer Überwindung von Kategorien verstanden werden, so würde dies im Ergebnis zu einem allgemeinen Diskriminierungsverbot führen, ein solches würde jedoch „den Blick auf jene Ungleichverhältnisse verstellen, die historisch tradiert, tief in Körper und Identitäten eingeschrieben und in den sozialen Strukturen und diskursiven Repräsentationen fest verankert sind.“⁴¹

Ob das Dilemma des geltenden Antidiskriminierungsrechts nun wirklich darin besteht, dass es einen Zwang ausübt, sich in eine typisierte Merkmalsgruppe einzuordnen, darf jedoch bezweifelt werden. Zumindest ist eine subjektive Identifikation mit dem entsprechenden Merkmal nicht notwendig. So reicht eine Fremdzuschreibung aus, um Diskriminierungsschutz zu erhalten, wie der Fall einer österreichischen Hilfsköchin demonstriert, die wegen ihrer polnischen Herkunft wiederholt belästigt wurde. Der Oberste Gerichtshof entschied nicht nur, dass das Merkmal der „ethnischen Zugehörigkeit“ weit auszulegen ist, sondern dass eine Diskriminierung vom Bestehen tatsächlicher Unterschiede unabhängig ist.⁴² Hier kann nicht davon

gesprochen werden, dass Differenzen festgeschrieben werden. Nichtsdestotrotz sind die Bedenken, die mit Kategorisierung verbunden werden, nicht von der Hand zu weisen. Nicht selten wird Menschen auch durch das Gleichstellungsrecht eine essentielle Differenz bescheinigt, die noch dazu Unterschiede in der jeweiligen Merkmalsgruppe homogenisiert. Dies ist aber vielmehr ein allgemeines „Dilemma der Differenz“⁴³ des auch provisorischen und strategischen Anknüpfens an Identifikationsmerkmale.⁴⁴

Substantielles Antidiskriminierungsrecht

Eine Abschaffung von Diskriminierungskategorien ist jedoch nicht das Ziel postkategorialer Ansätze. Stattdessen wird eine Reformulierung vorgeschlagen, die den Fokus nicht auf das zugeschriebene Merkmal sondern auf die Prozesse der Zuschreibung, Hierarchisierung und Exklusion lenken soll.⁴⁵ So verstanden handelt es sich bei diesen Vorschlägen eher um „neokategoriale“⁴⁶, substantielle Ansätze. Kategorien werden nicht überwunden, sondern transformiert, um eine Reifizierung von Zuschreibungen zu verhindern. So schlagen Liebscher, Naguib, Plümecke und Remus beispielsweise vor, statt an „Geschlecht“ an „Heterosexismus“ als hierarchisierender Praxis anzuknüpfen. Damit werde die die Gesellschaft strukturierende und hierarchisierende Wirkung des Geschlechts „als Erwartung an die Person ein Geschlecht zu haben und sich dementsprechend zu Verhalten“⁴⁷ verpönt. Fraglich bzw. offen ist jedoch, wie argumentiert werden kann, wer aus welchen Gründen von einer solchen Erwartung betroffen ist, ohne wieder re-essentialisierende Annahmen fortzuschreiben. Eine Kontextualisierung von Sachverhalten bedeutet jedoch auch eine Individualisierung von Antidiskriminierung. Einerseits kann so auch mehrdimensionale Benachteiligung besser erfasst werden⁴⁸, andererseits ist unklar, wie Maßnahmen zur Herstellung substantieller

³⁰ Eva Kocher, Geschlechterdifferenz und Staat, in: Kritische Justiz 1999, 182-204, 193.

³¹ Tarek Naguib, Postkategoriale ‚Gleichheit und Differenz‘, in: Stephan Ast/Julia Hänni/Klaus Mathis/Benno Zabel, Gleichheit und Universalität, 2012, 179-194, 179.

³² Doris Liebscher/Tarek Naguib/Tino Plümecke/Juana Remus, Wege aus der Essentialismusfalle, in: Kritische Justiz 2012, 204-218, 204.

³³ Lembke/Liebscher (Fn. 29), 262.

³⁴ Liebscher et al. (Fn. 32), 206.

³⁵ Maria Petričević, Zur Legitimität von Geschlechtsnormierungen bei intersexuellen Minderjährigen, in: Juridikum 2015, 427-438.

³⁶ Lembke/Liebscher (Fn. 29), 271.

³⁷ Naguib (Fn. 31), 190.

³⁸ Liebscher et al. (Fn. 32), 204.

³⁹ Kocher (Fn. 30), 194.

⁴⁰ Liebscher et al. (Fn. 32), 206.

⁴¹ Ebenda 212.

⁴² OGH v. 24.07.2013, 9ObA40/13t.

⁴³ Elisabeth Holzleithner, Emanzipation durch Recht?, in: Kritische Justiz 2008, 250-256, 252.

⁴⁴ Martha Minow, Not Only for Myself, 1997, 30-84.

⁴⁵ Naguib (Fn. 31), 180.

⁴⁶ Für diesen begrifflichen Hinweis danken wir Nikolaus Benke.

⁴⁷ Liebscher et al. (Fn. 32), 214.

⁴⁸ Lembke/Liebscher (Fn. 29), 271, 284.

⁴⁹ Katrin Wladasch/Barbara Liegl, Positive Maßnahmen, 2009, 7f.

Gleichheit rechtlich argumentativ hergeleitet werden sollen, da positive Maßnahmen wie Quotenregelungen und Frauenförderung nicht an die Situation individueller Personen, sondern strukturell benachteiligter Gruppen anknüpfen.⁴⁹

Im Übrigen erfordert die Anwendung eines Antidiskriminierungstatbestandes, der an eine hierarchisierende Praxis und nicht an ein zugeschriebenes Merkmal anknüpft, dass sich Rechtsanwender_innen tiefgehend mit den Ursprüngen, Erscheinungsformen und Wirkweisen von Hierarchisierung auseinandersetzen. Dies sollten sie zwar jetzt schon tun, jedoch wird die Notwendigkeit einer vertieften Auseinandersetzung dringlicher, wenn mit neuen Begriffen und überhaupt einem neuen methodischen Instrumentarium gearbeitet werden muss. Wird „Heterosexismus“ zu einem Rechtsbegriff, müssen Rechtsanwender_innen diesen Begriff genauso tiefgehend durchdringen wie den Begriff „Eigentum“. Wenn die Kompetenz und Sensibilität der Rechtsanwender_innen nicht gewährleistet ist, besteht allerdings die Gefahr, dass Essentialismen über die Auslegung von Tatbeständen weiterhin in die Beurteilung einfließen.

Recht und Emanzipation

Wenn das Recht Menschen in zwei Geschlechtergruppen einteilt und daran spezifische (vor allem heteronormative) Erwartungen knüpft, ignoriert dies nicht nur den Stand der Geschlechterforschung, sondern ist auch Ausdruck einer hierarchischen Geschlechterordnung. Nichtsdestotrotz muss das Recht „real existierenden“ geschlechtlichen Subjektpositionen gerecht werden. Wenn man annimmt, dass Menschen im Rahmen einer hegemonialen Ordnung als Männer und Frauen faktisch existieren, also zu bestimmten Geschlechtern geworden sind,⁵⁰ geht es nicht darum, welches biologische Geschlecht jemandem zugeschrieben wird, sondern entlang welcher Normen jemand in einem bestimmten Geschlecht anerkannt wird und welche Konsequenzen diese Anerkennung und Existenzweise haben soll.⁵¹ Nach Adamietz ist Geschlecht im Rechtsdiskurs daher als Erwartung etwa an Leistungsfähigkeit, Zuständigkeiten für Familie bzw. Erwerbsarbeit, emotionale Fähigkeiten zu verstehen, vor denen das Recht schützen kann, indem es Verstöße gegen solche Geschlechternormen nicht mehr sanktioniert, sondern ihnen auch gezielt entgegenwirkt.⁵²

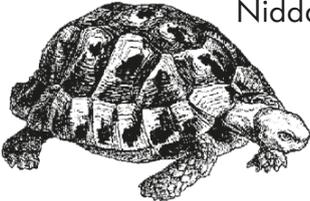
Differenzen, Kategorien und Stereotype sind zugleich real und ideell; sie sind statisch, werden leiblich erfahren und es ist oft schwer, sie hinter sich zu lassen, „[b]ut they are the ossified outcomes of the dynamic intersection of multiple hierarchies [...]. They are there, but they are not the reason they are there.“⁵³ Post- bzw. neokategoriale Formulierungen sind daher der Versuch, den spezifischen Kontext der Ungleichheit, in dem eine diskriminierende Handlung entsteht und gesetzt werden kann, zu fokussieren. Wie intersektionale Ansätze sind postkategoriale Ansätze substantiell, weil sie nicht auf Differenzen und abstrakte Klassifizierungen, sondern auf

konkrete Dominanzverhältnisse fokussieren, die sie hervorbringen. Sie sind Ausdruck eines Rechts auf Gleichheit als Recht gegen Hierarchie. In solch einer substantiellen gleichheitsrechtlichen Konzeption ist Geschlecht eine Antidiskriminierungskategorie, die nicht auf individuelle Andersartigkeit oder vermeintliche Gruppenzugehörigkeit verweist, sondern benachteiligende Strukturen und gesellschaftliche Hierarchien bekämpft. Recht kann so – bei aller Kritik – ein Mittel zur emanzipatorischen Gestaltung von Gesellschaft sein.

Christian Berger lebt in Wien, ist juristischer Mitarbeiter beim Klagsverband und studiert Rechtswissenschaften, Gender Studies und Sozioökonomie.

Nicole Zilberszac lebt in Wien, ist Universitätsassistentin am Institut für Römisches Recht und Antike Rechtsgeschichte und studiert Gender Studies.

Anzeige

express ZEITUNG FÜR SOZIALISTISCHE BETRIEBS- & GEWERKSCHAFTSARBEIT		Niddastraße 64 60329 FRANKFURT express-afp@online.de www.labournet.de/express Tel. (069) 67 99 84
	Ausgabe 10/15 u.a.:	
	<ul style="list-style-type: none"> • Laurenz Nurk: »Schlachten oder melken?« Über die heilige Kuh Werkverträge • Sara Katzani & Stefan Schoppengerd: »Stabile Vernetzung«. Bericht über die UmCare-Konferenz • Ismail Küpeli: »Mit fairen Wahlen ist nicht zu rechnen«. Über die Situation nach dem Anschlag von Ankara • Roman Danyluk: »Post-Majdan-Blues«. Über die soziale Krise und ArbeiterInnenproteste in der Ukraine • Xu Hui: »Reden Sie nicht mit Einheimischen«. Ein Bericht von chinesischen Vertragsarbeitern über ihre Arbeitsbedingungen in Nigeria und Algerien • Wolfgang Schaumberg: »Auf dem Weg zur Weltwohngemeinschaft«. Projekt zur Vernetzung von Aktiven in Deutschland und China 	○ Probieren Sie! Ich möchte den express kennenlernen und bestelle die nächsten 4 aktuellen Ausgaben zum Preis von 10 Euro (gg. Vk.)

⁵⁰ Andrea Maihofer, *Geschlecht als Existenzweise*, 1995, 83ff.

⁵¹ Elisabeth Holzleithner, *Legal Gender Studies*, in: *juridikum* 2015, 471-481, 478.

⁵² Laura Adamietz, *Geschlecht als Erwartung*, 2011, 258.

⁵³ Catharine MacKinnon, *Intersectionality as Method*, in: *Signs* 2003, 1019-1030, 1023.