

Die Mitarbeit des Opfers

205. Das konventionelle Bild von Antidiskriminierung

Nach konventioneller Auffassung ist die Gleichheit verletzt, wenn eine Person aufgrund von Merkmalen oder Umständen schlechter als eine andere behandelt wird, obwohl diese Merkmale oder Umstände – wie ihre Geburt oder ihre „Rasse“ – über das, was ihr zusteht oder nicht zusteht (ihren „moralischen Status“ also) keinen Ausschlag geben dürfen (Koller 1995, 55). Als Grundsatz enthält die Gleichheit die Vermutung, dass alle Menschen, wenn die Verteilung von Vorteilen oder Lasten ansteht, aufgrund ihrer gleichen Würde den Anspruch auf das Gleiche haben (Tugendhat 1993, 374). Diese Vermutung ist nur zu widerlegen, wenn der moralische Status von Personen aufgrund von deren besonderen Merkmalen und Umständen (oder Verantwortlichkeit) eine Ungleichbehandlung zu rechtfertigen vermag oder wenn diese im wohlbegründeten Interesse aller ist (Koller 1995, 58). Im Prinzip aber gilt (Perry 1979, 1030):

To say that one person is the moral equal of another is to say that the former is no less worthy or deserving than the latter of respect, concern, opportunity for self-fulfillment, and the like, and no more deserving of subordination to or domination by others.

Der Umstand, dass in der amerikanischen Diskussion die Zugehörigkeit zu einer Gruppe ein Merkmal darstellt, das, wie wir gesehen haben, nicht erst seit Stone im verfassungsrechtlichen Kontext besondere Aufmerksamkeit genießt (v.a. bei Fiss 1976, 154–155), erklärt sich aus dem Entstehungszusammenhang des Vierzehnten Zusatzartikels (Perry 1994, 130, 134, 153–154). Er war geschaffen worden, um durch den Civil Rights Act jene rassendiskriminierende Gesetzgebung („Black Codes“) verbieten zu können, die im Süden im Gefolge der Aufhebung der Sklaverei erlassen worden war (ebd., 118; Berger 1977). Das von diesem exemplarischen Fall inspirierte Abstellen auf die Diskriminierung von Gruppen darf allerdings nicht zu Fehlschlüssen verleiten. So ist es alles andere als evident, dass der Antidiskriminierungsgrundsatz nur dann verletzt ist, wenn jemand aufgrund

der Zugehörigkeit zu einer Gruppe benachteiligt wird und der Nachteil sich auf die Gruppe selbst auswirkt. Es ist nicht einzusehen, weshalb die Verwendung eines moralisch arbiträren Faktors nur dann ausgeschlossen ist, wenn dadurch (indirekt) eine gesamte *Gruppe* benachteiligt wird (Perry 1982, 1146; Meyers 1986, 1199). Überdies darf nicht vergessen werden, dass die Diskriminierung aufgrund der Zuschreibung von Gruppenidentität bloß einen – wenn auch besonders bedeutsamen – Anwendungsfall des Prinzips darstellt, dass niemand aufgrund eines Merkmals oder eines Umstandes anders behandelt werden darf, der für die Bestimmung dessen, was einer Person zusteht oder nicht zusteht, unerheblich ist. Es ist eine Sache, wenn jemand aufgrund seiner Herkunft nachteilig behandelt wird, denn in diesem Fall dürfte die Gruppenzugehörigkeit den Grund der Diskriminierung darstellen; es ist aber eine andere Sache, wenn ledige Mütter schlechter dastehen als verheiratete Mütter. Sie werden nicht diskriminiert, weil sie zur Gruppe der ledigen Mütter gehören, sondern weil sie ledige Mütter sind. Wenn es einen das Gleichheitsrecht in seinen verschiedensten operativen Manifestationen übergreifenden Gesichtspunkt geben kann, dann muss er damit zu tun haben, dass die Gesetzgebung nicht die Vorurteile oder Abneigungen, die gegen Personen oder Angehörige von Gruppen bestehen, zur Grundlage der Gesetzgebung machen darf (Meyers 1986, 1201).

206. *Verhältnis zur demokratischen Repräsentation*

Die von Stone in *Carolene Products* (siehe Abschnitt 173) ins Spiel gebrachte demokratiethoretische Bestimmung der Anwendungsbedingungen des Antidiskriminierungsgrundsatzes bietet keine von diesem verschiedene oder unabhängige Begründung des Gleichheitsrechts. Nach Stone ist ein strenger gleichheitsrechtlicher Maßstab anzuwenden, wenn eine Regelung den Verdacht erweckt, religiöse, nationale oder „rassische“ Minderheiten aufgrund eines Vorurteils gegen „discrete and insular minorities“ *selbst dann* zu benachteiligen, wenn diese an der normalen demokratischen Entscheidungsfindung teilgenommen haben. Damit wird kein vom Antidiskriminierungsgrundsatz verschiedener Gesichtspunkt eingeführt. Aus der Sicht von *Carolene Products* wird die demokratische Repräsentation als ein *Mittel* begriffen, der Verletzung dieses Grundsatzes vorzubeugen. Wenn diese Vorkehrung fehlschlägt, fällt der Gerichtsbarkeit die Aufgabe zu, inhaltliche Fehler des demokratischen Prozesses zu korrigieren (Perry 1979, 1042; Yoshino 1998, 507; Farber – Frickey 1991, 686; Klarman 1991b, 747). Die Interessen von Gruppen, die sich außerstande sehen, im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens eine Diskriminierung abzuwehren, genießen dabei die besondere Aufmerksamkeit des Gerichts.

Allerdings bietet *Carolene Products* eine *Interpretation* der Bedingungen, unter denen die Gerichtsbarkeit darauf vertrauen darf, dass die demokratische Gesetzgebung den Antidiskriminierungsgrundsatz nicht verletzt. Sie ist an dem Punkt fragwürdig, an dem es darum geht, auffällige und isolierte Gruppen gegen Benachteiligungen zu schützen (Baker, 1980, 1036). Wie Ackerman herausgestellt hat, sind diese Gruppen kraft ihrer Fähigkeit zur Selbstorganisation und zur Artikulation ihrer Interessen nur wenig gefährdet, im demokratischen Prozess der Mehrheit hilflos zum Opfer zu fallen (Ackerman 1985, 723–731; siehe auch Yoshino 1998, 537–538). Vielmehr ist zu erwarten, dass gerade Gruppen, die nicht die von Stone wohl ins Auge gefassten auffälligen Merkmale tragen, diskriminiert werden. Sie sind zur Organisation ihrer Interessen nicht fähig, weil ihre Mitglieder es etwa vorziehen, sozial in Deckung zu gehen. Es kann aber auch sein, dass die betroffene Personengruppe sozial zu inhomogen ist, um sich als Gruppe zu konstituieren, obwohl bei allen in einer bestimmten Angelegenheit das gleiche Interesse betroffen sein mag (Stout 1992, 1807; Yoshino 1998, 535). Die Emphase auf bestimmte und auffällige Gruppen unterminiert sich insofern selbst (Meyers 1986, 1199). Sie ist systematisch blind für die Benachteiligung von Gruppen, deren Unauffälligkeit auffällig sein müsste, wenn sie sozial beobachtbar wäre.

Die Rechtsprechung des Supreme Court zur affirmative action hat überdies zu erkennen gegeben, dass das Gericht auch dann dazu bereit ist, einen strikten Prüfungsmaßstab anzulegen, wenn Angehörige der weißen Mehrheit benachteiligt werden (deutlich *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 [1978]; *City of Richmond v. J. A. Croson Co.* 488 U.S. 469 [1989]). Die *Klassifikation* ist wichtiger als die betroffene *Klasse* (oder Gruppe). In *Bakke* antwortet Justice Powell auf die Feststellung, Weiße seien keine auffällige und isolierte Minderheit, weshalb bei deren Ungleichbehandlung kein strenger Prüfungsmaßstab anzulegen sei, mit folgenden Worten:

This rationale [...] has never been invoked in our decisions as a prerequisite to subjecting racial or ethnic distinction to strict scrutiny. Nor has this Court held that discreteness and insularity constitute necessary preconditions to holding that a particular classification is invidious.

Damit wird klargestellt, dass die Benachteiligung auffälliger und isolierter Minderheiten im gegenwärtigen amerikanischen Verfassungsrecht keine notwendige Bedingung für die Anwendung des strengen Prüfungsmaßstabs ist. Der Supreme Court geht vielmehr davon aus, dass der verstärkte gleichheitsrechtliche Schutz nicht von der Zugehörigkeit zu einer solchen Gruppe abhängig ist.

207. *Unparteilichkeit und Allgemeinheit*

Der Stonesche Vorschlag darf nicht so verstanden werden, dass die richterliche Beobachtung der Distribution von Gruppennachteilen ein Mittel ist, die Selbststeuerungsfähigkeit des politischen Prozesses zu perfektionieren. Sie ist nicht als eine korrigierende, „kartellrechtliche“ Maßnahme zu verstehen („antitrust“: Ely 1980, 102–103). Die Verknüpfung von Gleichheit und demokratischer Repräsentation beruht auf der Annahme, dass von allen Staatsformen die repräsentative Demokratie am wenigsten dazu *geneigt* sein wird, eine elementare Bedingung zu verletzen, die von keiner Gesetzgebung verletzt werden darf. Stones Überlegungen deuten somit auf einen Grund hin, aus dem *sogar* der Willkür der demokratischen Partizipation und Repräsentation eine Grenze gezogen sein muss. Zu verhindern ist demnach, dass das Recht ein Ausdruck parteilicher Interessen ist (Koller 1995, 56).

Unparteilich zu urteilen, verlangt unter anderem, sich bei der Normselektion in die Position von Personen zu versetzen, die von einer Regelung betroffen sein könnten. Zu fragen ist, ob man die hypothetisch erwogene Norm bei Einnahme dieser Position auch gegen sich selbst gelten ließe (z.B. Nagel 1991, 142–143; eingehender Somek 1997a).

Nach klassisch liberaler Auffassung wird der normative Grundsatz, wonach die demokratische Gesetzgebung nicht unzulässig parteilich sein darf, durch die mangelnde Allgemeinheit des Gesetzes verletzt (Sunstein 1988, 1178). In diesem Sinne hat Justice Jackson in einem bemerkenswerten Diktum einer concurring opinion zum gleichheitsrechtlichen Rationalitätsstandard Folgendes ausgeführt (Railway Express Agency v. New York, 336 U.S. 106 [1949]):

The framers of the Constitution knew, and we should not forget today, that there is no more effective practical guarantee against arbitrary and unreasonable government than to require that the principles of law such officials would impose upon a minority must be imposed generally. Conversely, nothing opens the door to arbitrary action so effectively as to allow those officials to pick and choose only a few to whom they will apply legislation and thus to escape the political retribution that might be visited upon them if larger numbers were affected. Courts can take no better measure that laws will be just than to require that laws be equal in operation.

Die Allgemeinheit der Gesetze bewahrt davor, dass einige zur Beute der Mehrheit werden. Der Intervention der Gerichte bedarf es bloß, um den Mechanismus der Verallgemeinerung zu sichern. Die repräsentative Demokratie wird daher auch von Justice Jackson als eine *prozedurale* Vorkehrung gegen Ergebnisse des politischen Prozesses verstanden, die wegen ihres *Inhalts* dem Verdikt mangelnder Unparteilichkeit unterliegen.

Verstöße gegen die Gleichheit sind ein Zeichen mangelnder Unparteilichkeit. Die Gewährleistung von Gleichheit ist zwar nicht, wie wir in den Abschnitten 25–27 gesehen haben, dasselbe wie die Gewährleistung von

Gerechtigkeit; aber keine Regel kann als gerecht bezeichnet werden, wenn sie aufgrund ihres diskriminierenden Gehalts parteilich ist.

208. *Unvollkommene Verfahrensgerechtigkeit*

Der demokratische politische Prozess lässt sich in der Art, wie er bei Stone und Jackson konzipiert worden ist, als ein Beispiel für *unvollkommene Verfahrensgerechtigkeit* verstehen (Rawls 1975, 106–108). Anders als bei der reinen Verfahrensgerechtigkeit überträgt sich das Prädikat „gerecht“ nicht automatisch von der Anwendung gerechter Verfahrensregeln auf das erzielte Ergebnis. Anders als bei der vollkommenen Verfahrensgerechtigkeit ist die demokratische Willensbildung nicht bloß ein Mittel, ein Ergebnis zu erzielen, über dessen Gerechtigkeit oder Ungerechtigkeit auch unabhängig von der Anwendung prozeduraler Regeln geurteilt werden könnte. Die unvollkommene Verfahrensgerechtigkeit bedarf der Anwendung von Verfahrensregeln, damit die *Vermutung* entstehen kann, das Ergebnis sei gerecht. Allerdings lässt sich diese Vermutung unter Rekurs auf gewisse negative Bedingungen widerlegen. Ihnen hat das Verfahrensergebnis inhaltlich zu genügen.

Die Anwendung des Gleichheitsrechts steht auf keiner bloß prozedural konzipierten Basis (Tribe 1985, 12–13; Sunstein 1982, 138). Sie entspringt der Einsicht in die Notwendigkeit, dass der demokratischen Repräsentation als dem prozeduralen Garanten der Gleichheit (und der Rechte der Bürger) inhaltliche Grenzen gezogen werden müssen. Insofern ist das Vorhaben, das Gleichheitsrecht aus der Kombination des Antidiskriminierungsgrundsatzes und des Rationalitätsstandards juristisch zu konstruieren, von einer Einschätzung der Bedeutung und der Grenzen der demokratischen Repräsentation abhängig (Baker 1980, 1040). Ich möchte im Folgenden hervorheben, weshalb die Grenzen demokratischer Legitimität aus dem Antidiskriminierungsgrundsatz folgen und das Gebot unparteilicher Verallgemeinerung explizieren.¹

209. *Unparteilichkeit und Repräsentation*

Die politische Verantwortung von Abgeordneten ist eine praktische Handhabe, ihren Machenschaften eine Grenze zu setzen. „The basic condition of

¹ Nicht anders wurde dies übrigens von Justice Stevens gesehen, der in einer concurring opinion festhielt, die Equal Protection Clause verlange von jedem Einzelstaat, sich im Verhältnis zu den Bürgern unparteilich zu verhalten (Craig v. Boren, 429 U.S. 190 [1976]).

representative democracy is, indeed,“ hält Weiler (1999b, 350) fest, „that at election time the citizens ‚can throw the scoundrels out‘, that is replace the government“. Daran kann kein Zweifel bestehen. Etwas subtiler wurde die Bedeutung der politischen Verantwortung von John Locke und James Mill konzipiert. Sie lässt sich ihres Erachtens als ein Mittel verstehen, durch die Möglichkeit eines effektiven Rollentauschs die Unparteilichkeit der Repräsentanten zu gewährleisten. Dabei bildet die *Folge* des Machtverlusts den entscheidenden Gesichtspunkt. Locke und Mill heben hervor, dass die Repräsentanten aufgrund ihres zeitlich befristeten Mandats bei der Gesetzgebung stets damit zu rechnen haben, dass sie sich in Zukunft in der Position eines Bürgers befinden könnten, der einer benachteiligenden Regelung unterworfen ist, ohne in der Lage zu sein, diese abzuändern (Locke 1698, 370; Mill 1829, 23–25). Die reichlich schematische Qualität dieser Vorstellung, die über sein mögliches Schicksal zu haben von jedem klugen Inhaber der politischen Autorität erwartet wird, deutet darauf hin, dass die in ihr enthaltene normative Komponente wichtiger ist als die vordergründige Mechanik der politischen Verantwortung. Unter normativen Vorzeichen kommt es darauf an, dass sich niemand in einer Position befinden darf, *in der man einer benachteiligenden Regelung unterworfen ist, ohne diese aufheben zu können*.

Dieser Grundsatz beruht auf der Kombination zweier Erwägungen, die wir bereits in Abschnitt 23 kennen gelernt haben.

Erstens darf niemand den anderen sozial untergeordnet oder hinter sie zurückgestellt werden. Das ist die normative Substanz des Schutzes gegen Benachteiligung. Nicht jegliche Ungleichbehandlung unterliegt diesem Schutz. Die Anwendung von komparativen Prinzipien (Raz 1986, 219, 236) wie „jeder Person nach ihren Bedürfnissen“ ist nicht diskriminierend, wenn dadurch niemandem eine geringere Bedeutung, sondern der Bedürfnisbefriedigung eines jeden dieselbe Wichtigkeit beigemessen wird. Die soziale Unterordnung wird vielmehr durch Regelungen signalisiert, die den Eindruck erwecken, dass die einen als bedeutender und wichtiger angesehen werden als die anderen. Wenn, um ein fiktives Beispiel zu wählen, ein Kinderbetreuungsscheck nur an Inländer, nicht aber an im Inland lebende und arbeitende Ausländer vergeben wird, dann impliziert dies die soziale Unterordnung der Ausländer unter die Inländer. Sie sind dem Staat weniger wert als die Inländer. Sie sind Menschen zweiter Klasse.

Zweitens muss eine Person, sofern sie im Verhältnis zu anderen Personen in diesem Sinne benachteiligt zu sein scheint, in der Lage sein, eine drohende soziale Unterordnung aufheben zu können. Sie darf einer Regelung oder Entscheidung, die den Diskriminierungsverdacht aufwirft, nicht *unterworfen* sein. Wenn Ausländer im Inland von untergeordneter Bedeutung wären, dann könnten sie die Benachteiligung etwa dadurch aufheben, indem sie sich in das Ausland zurückbewegten, das für sie Inland ist. Mög-

licherweise erhielten sie, weil sie dort immerhin Inländer und nicht Ausländer sind, ebenfalls einen Kinderbetreuungsscheck. Könnten sie die soziale Unterordnung nur um den Preis ökonomischer Nachteile aufheben, würde sie indes fort dauern. Sie wären der Ungleichbehandlung unterworfen.

Beide Erwägungen sind *nicht* im Prinzip der demokratischen Repräsentation begründet. Die letztere ist bloß eine Vorkehrung, die es *unwahrscheinlich* machen soll, dass irgendjemand in diese Position gerät. Die demokratische Repräsentation soll die unparteiliche Verallgemeinerung begünstigen. Deswegen findet die demokratische Legitimität an der unzulässigen Parteilichkeit auch zurecht ihre Grenze. Locke und Mill sind optimistisch genug, davon auszugehen, dass den Repräsentanten bei der Willensbildung aufgrund ihrer politischen Verantwortung stets vor Augen stehen wird, dass sie aufgrund des Wählervotums künftig in eine Situation geraten könnten, in der sie ihrer eigenen parteilichen Politik unterworfen sind. Das ist aber ein verschobener Ausdruck des dahinter liegenden Prinzips, das ich im Folgenden rekonstruieren möchte.

210. Soziale Unterordnung und ihre Aufhebung

Weshalb ist es für das zuvor angedeutete Verhältnis zwischen der demokratischen Repräsentation und der Feststellung eines Gleichheitsverstößes erheblich, dass jemand anderen Personen durch eine Maßnahme sozial untergeordnet wird, *ohne diesen Status aufheben zu können*? Was fügt die letztere Bedingung dem Verdikt über die mangelnde Unparteilichkeit hinzu?

Ich habe bereits ausgeführt, dass die soziale Unterordnung darin besteht, dass eine Person als weniger bedeutend als andere erachtet wird. Auf ihre Interessen, Wünsche, Bedürfnisse oder Bestrebungen kommt es dabei nur *indirekt* an. Wesentlich ist, dass eine Person weniger zählt als eine andere. Wenn *A* ein bestimmtes Quantum an Gütern erhält und *B* nur die Hälfte dieses Quantums, dann legt dies die Vermutung nahe, dass *B* im Verhältnis zu *A* von sozial untergeordneter Bedeutung ist, weil er nicht *A* ist. *A* ist wichtiger als *B*. Er verfügt über einen höheren sozialen Status. Auf die Verletzung der Interessen des *B* kommt es dabei nicht an. Unter Rekurs auf die Interessen von *A* und *B* könnte man gewiss bestimmen, wie schwer die Ungleichbehandlung wiegt; die Interessen wären andererseits aber auch ein Anknüpfungspunkt für ihre Rechtfertigung.

Nicht jede Ungleichbehandlung, die wie eine parteiliche Benachteiligung anmutet, ist unerlaubt. Sie lässt sich verteidigen, wenn eine Person in der Lage ist, sie „aufzuheben“. Durch dieses Vermögen der Personen wird die Gleichwertigkeit wiederhergestellt. Auf den ersten Blick dürfte der Mangel einer Möglichkeit, eine Benachteiligung abzuwenden, nichts anderes als die Wurzel der Parteilichkeit bezeichnen. Eine Regel ist begründet worden, ohne

dass die Person als das, was sie wie jede andere Person ist, eine Rolle gespielt hätte. Sie konnte gleichsam keinen Einspruch erheben, weil sie zur Beschlussfassung nicht zugelassen war. Inhaltlich scheinen die mangelnden Möglichkeiten zum Einspruch und zur Aufhebung auf dasselbe hinauszulaufen. Aber es besteht ein wesentlicher Unterschied. Er betrifft die Reichweite der Rechtfertigung. Insofern beruhen der potentielle Einspruch und die Möglichkeit zur Aufhebung auf einem unterschiedlichen Grund. Wenn *B* nur die Hälfte dessen erhält, was *A* erhält, dann mag dies daran liegen, dass *B* arbeitsfähig und *A* arbeitsunfähig ist. *B* erleidet zwar einen Nachteil. Aber er ist frei, die Folgen der Benachteiligung aufzuheben oder zu neutralisieren. Mit Blick auf diese Möglichkeit verschwindet auch der Eindruck sozialer Unterordnung. Die Frage, ob eine Person in der Lage ist, die Ungleichbehandlung aufheben zu können, betrifft ihre *Freiheit*, den Nachteil ausgleichen (oder die Regel abschaffen) zu können. Wenn wir also davon ausgehen, dass Ungleichheiten solange zulässig sind, als es den potentiell Benachteiligten zumutbar ist, den Nachteil durch Ausweichen (oder politischen Kampf) zu vermeiden, dann bildet die *gleiche Freiheit* den letzten Bezugspunkt der Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung.

Ob eine Regelung eine unzulässige Benachteiligung darstellt, lässt sich letztlich nur mit Blick auf die durch ein *System* von Normen ermöglichte Handlungsfreiheit von Personen beurteilen (Somek 1992). Der Verdacht der *Parteilichkeit* lässt sich abwehren, wenn es Personen zugemutet werden kann, einem Nachteil durch alternatives Verhalten auszuweichen (oder ihn durch die Ausübung politischer Rechte zu bekämpfen). Es kommt darauf an, ob Personen durch „exit“ vermöge ihrer „evasive power“ sich vom Anwendungsbereich oder von den nachteiligen Konsequenzen einer Entscheidung oder Regel ausnehmen können (Yoshino 1998, 507). Diesfalls verfügen sie über die soziale Macht, die Unterordnung nicht aufkommen zu lassen. Für die Einschätzung einer solchen Handlungsmacht ist die normative Frage relevant, auf welche Art und in welchem Ausmaß von Menschen zur Vermeidung eines Nachteils ein ausweichendes oder adaptives Verhalten erwartet werden *darf*. Wenn die soziale Handlungsmacht fehlt, verbleibt nur der grundrechtliche Schutz. Er ist eine wesentliche Legitimitätsgarantie demokratischer Entscheidungen und aufs Engste mit der demokratischen Gleichheit verknüpft (Balkin 1997, 2343).

Ich werde diesen Gedanken in den Abschnitten 231–234 wieder aufnehmen.

211. Neutralisierte Gründe

Ich habe in Abschnitt 60 bereits ausgeführt, dass die demokratische Mehrheitsregel ihre Rechtfertigung aus der Ablehnung der Einhelligkeit einerseits und

der Zurückweisung des Wägens der Stimmen andererseits erhält. Als Entscheidungsregeln sind sie mit der Gleichheit unvereinbar. Die Einhelligkeit bevorzugt bestehende Besitzstände unabhängig davon, ob sie sich rechtfertigen lassen. Das Wägen der Stimmen ist vom Ansatz her aristokratisch.

Durch die Zurückweisung der Einstimmigkeit als Entscheidungsregel werden vorhandene Besitzstände zur Disposition der Mehrheit gestellt. Seit der Antike beunruhigt dies die Gemüter der Besitzenden. Da so gut wie niemand so gut wie nichts hat, ist die Beunruhigung nicht auf wenige beschränkt. Die Ablehnung des Gewichtens von Stimmen hat zur Folge, dass unter Menschen, die sich wechselseitig als gleich vernünftig bestimmen, die *Qualität von Gründen* in die *Quantität von Stimmen* umschlägt. Selbst wenn bei der demokratischen Entscheidungsfindung alle Personen die Möglichkeit gehabt haben, sich *Gebör* zu verschaffen, entscheidet über das *Gewicht* von Gründen und Gegengründen *letztlich* die bloße *Anzahl* der Stimmen. Aufgrund dieses dialektischen Umschlags wird die *Qualität* der Gründe und Gegengründe inhaltlich *neutralisiert*. Das Problem, das die demokratische Entscheidungsfindung aufwirft, besteht deswegen in der Reichweite ihrer *Kompetenz* zur Neutralisierung von Gründen.

Von der Grenzbestimmung dieser Kompetenz lässt sich nicht zur Einhelligkeit oder zum Wägen der Stimmen zurückkehren. Dadurch würde die Demokratie eliminiert. Die demokratische Entscheidungsfindung lässt sich nicht aus ihrer Negation rechtfertigen. Gleichwohl ist sie nur unter der Bedingung legitim, dass sich die in ihr vollzogene Neutralisierung von Gründen allgemein rechtfertigen lässt. Eine solche Rechtfertigung darf der demokratischen Gleichheit nicht widersprechen.

Kein Teilnehmer an demokratischen Abstimmungen gilt als weiser als ein anderer.² Obwohl die Stimmen deswegen nicht gewogen, sondern bloß gezählt werden, müssen sie dennoch so verstanden werden, dass sie von *Gründen* gedeckt sind und nicht bloßen Launen entspringen. Der Umschlag der Qualität in die Quantität neutralisiert zwar die Gründe; aber er eliminiert sie nicht. Würde man die Motive, die zu einer Entscheidung geführt haben, nicht so verstehen, als handle es sich um Gründe, wären die Angehörigen der Mehrheit bei der Entscheidung von ihren Wünschen und Launen besessen und nicht von rationalen Erwägungen bestimmt (Raz 1997, 116–117). Im Extremfall wäre die Entscheidung der Ausdruck eines geradezu zwanghaften oder pathologischen Verhaltens. Von einer solchen Entscheidung könnte die Minderheit niemals überzeugt werden, weil das Verhalten der Mehrheit nicht als rational zu betrachten wäre. Die Grenzen der Mehr-

² Dieses elementare Prinzip demokratischer Gleichheit ist am Ende des 20. Jahrhunderts leider keine Selbstverständlichkeit mehr. Mittlerweile gelten vor allem ältere Personen als tendenziell sozial unverantwortlich. Siehe Van Parijs (1998).

heitsentscheidung unter der Annahme zu bestimmen, dass die gezählten Stimmen auf Gründen beruhen, ist eine kontrafaktische Bedingung dafür, dass man der Mehrheit nicht die Vernunft absprechen muss. Andernfalls dürfte nämlich aufgrund eines Vernunftgefälles zwischen Minderheit und Mehrheit die Mehrheitsentscheidung überhaupt nicht gelten. Die neutralisierten Gründe *als Gründe* zu behandeln, ist also eine notwendige Bedingung dafür, dass die Rechtfertigung der demokratischen Mehrheitsentscheidung mit der demokratischen Gleichheit nicht in Konflikt gerät. Außerdem sind die neutralisierten Gründe so zu verstehen, dass mit ihnen allgemeine Zustimmungsfähigkeit beansprucht wird. Sie müssen nicht nur als Manifestation der Rationalität, sondern als Ausdruck der Unparteilichkeit der Mehrheit gedeutet werden. Andernfalls könnten sich die Angehörigen der unterliegenden Minderheit nicht als *Adressaten* einer Entscheidung verstehen, die auch für sie bindend ist. Auch ihnen wird die Befolgung der Mehrheitsentscheidung zugemutet. Wenn man nicht annähme, dass eine solche Entscheidung den Anspruch erhebt, vermöge der Unparteilichkeit der sie bestimmenden Gründe allgemein akzeptabel zu sein, wäre sie ein Zeichen der Sezession. Die Trennung der Gemeinschaft soll durch die Anwendung des Mehrheitsprinzips aber gerade vermieden werden.

Mit diesen Überlegungen gelangt man zu einem paradoxen Ergebnis. Die Angehörigen der unterliegenden Minderheit halten die Mehrheitsentscheidung für nicht überzeugend. Sie müssen gleichwohl als Adressaten von Gründen betrachtet werden, die sie für überzeugend halten *könnten*. Trotz der mangelnden Akzeptanz durch alle soll die Entscheidung allgemein akzeptabel sein.

212. *Was sowohl Zustimmung als auch Ablehnung zugrunde liegt*

Die Unparteilichkeitsbedingung bietet den Schlüssel zur Auflösung des Paradoxons. Was sich in Zustimmung und Ablehnung durchhält, ist die *Identität der Adressaten*. Sie bezeichnet die Grenze der Neutralisierung von Gründen.

Neutralisierte Gründe sind Gründe, von denen wir nicht wissen, was sie zu guten Gründen macht. Die Neutralisierung geschieht durch den demokratischen Umschlag der Qualität in die Quantität. Zur Bestimmung ihrer *Grenze* sind, das versteht sich von selbst, negative Bedingungen anzugeben, denen Gründe zu genügen haben. Es ist unerheblich, ob Entscheidungen, die solche negativen Bedingungen nicht verletzen, auf guten Gründen oder auf schlechten Gründen beruhen. Der eine mag zustimmen, der andere dagegen sein. Angesichts der Phänomene, die in der gegenwärtigen Philosophie unter dem Titel der „burdens of judgment“ oder des „reasonable

disagreement“ diskutiert werden (Rawls 1993, 54–58; Gutmann – Thompson 1996, 41), ist die mangelnde Identifikation positiver Bedingungen auch nicht beunruhigend. Es dürfte von größerer Wichtigkeit sein, dass sich die negativen Bedingungen benennen lassen.

Angesichts der Zumutung, dass die demokratische Gemeinschaft durch die Mehrheitsentscheidung nicht zur Sezession getrieben werden soll, dürfte es auch intuitiv plausibel sein, die Grenze der Neutralisierung von Gründen mit der Identität ihrer Adressaten in Verbindung zu bringen. Sie liegt dort, wo die Gründe so beschaffen sind, dass die Akzeptanz der Entscheidung voraussetzte, dass die Personen, damit sie freiwillig zustimmen könnten, andere Personen zu sein hätten, als wenn sie nicht zustimmten. Jenseits dieser Grenze würde von ihnen gefordert, den Ausschluss aus der Gemeinschaft von Gleichen – oder die eingeschlossene Variante des Ausschlusses: Unterordnung und Unterwerfung (siehe unten Abschnitte 219, 229) – dadurch abzuwehren, dass sie ein von ihrem eigenen Sosein verschiedenes Sosein annehmen. Zur Befolgung einer Norm müssten sie anders sein, als sie sind, oder ein Anderssein vortäuschen. Menschen, die ihren Kindern viel Zeit widmen wollen, weil sie darin aufgehen, und demgemäß aus der standardisierten Orientierung an der beruflichen Karriere herausfallen, müssten dennoch dem normalen Lebens- und Erwerbsmuster genügen, um erhebliche soziale Nachteile abwenden zu können. Geisteswissenschaftler müssten sich, wenn man sie dem freien Bildungsmarkt aussetzte, als Anbieter von Dienstleistungen oder als kleinbürgerliche Warenproduzenten begreifen (und nicht als Erzieher oder Interpreten der gemeinsamen Kultur). Kurden hätten sich daran zu gewöhnen, sich als Angehörige eines türkischen Bergvolks zu verstehen, das sukzessive von der dominierenden Volksgruppe absorbiert wird. Religiöse Menschen müssten, um Nachteilen auszuweichen, ihren Glauben verleugnen, obwohl das Bekenntnis wesentlich zu ihrer Identität gehört. Die Adressaten einer Norm wären bei der Befolgung der Norm also *nicht frei*, sie selbst zu sein.

Das Problem der Selbstaufgabe bei der Befolgung lässt sich auf die *Begründungsebene* zurückspiegeln und auf dieser generalisieren. Die demokratisch legitime Neutralisierung von Gründen findet dort eine Grenze, wo bei der Formulierung einer Regel, die vorgibt, allgemein akzeptabel zu sein, eine Person als das, was sie ist, keine Rolle spielt. Damit ist ein gravierender *Mangel an Unparteilichkeit* bezeichnet. Denn die Unparteilichkeit wird verletzt, wenn eine Person bei der Urteilsfindung darüber, ob eine Regel abzulehnen ist, nicht oder zumindest nicht als gleichwertige Person berücksichtigt wird.

Ich werde in den folgenden Abschnitten noch ausführlicher darauf eingehen, inwiefern die Nicht-Berücksichtigung oder Geringschätzung des Soseins von Personen einen Fehler der Unparteilichkeit darstellt. An dieser Stelle möchte ich hervorheben, was aus den vorstehenden Überlegungen

für den Zusammenhang von Demokratie und Grundrechtsschutz folgt.³ Das Veto, das Personen zusteht, deren Sosein durch die Neutralisierung von Gründen ignoriert worden ist, dient der *Erhaltung* der demokratischen *Gemeinschaft*. Sie setzt insofern nicht Homogenität, sondern Inhomogenität voraus (dazu Somek 1994, 2000b). Insofern *bedeutet* die Aufhebung der demokratischen Entscheidung aus der Perspektive grundrechtlicher Schutzgüter etwas anderes als die Substitution der demokratischen Entscheidung durch etwas anderes. Der Grundrechtsschutz garantiert die Zumutbarkeit der demokratischen Neutralisierung von Gründen, ohne diese deswegen zu negieren.

213. *Das moralisch relevante Personsein*

Ich habe behauptet, dass die Unparteilichkeit dann verletzt wird, wenn eine Person bei der Urteilsfindung darüber, ob eine Regel vernünftigerweise abzulehnen ist, nicht *vorkommt*. Ich will nun erläutern, was dies bedeutet.

Mit Hare (1981, 108) gehe ich davon aus, dass das Prädikat, eine Regel sei moralisch „richtig“, nichts anderes bedeutet, als dass sie sich inhaltlich unparteilich verallgemeinern lässt. Die Unparteilichkeit ist gewährleistet, wenn bei der Urteilsfindung sich die Gegenseitigkeit der Handlungsgründe zwischen Personen einstellt (Somek 1997a). Aufgrund dieser Gegenseitigkeit hat *A* Grund zu tun, was *B* zu tun Grund hätte, wenn *B* sich (als *B*) an der Stelle von *A* befände und *A* (als *A*) an der Stelle von *B*. Wenn *A* hungrig ist und *B* von allem im Überfluss hat, dann hat *A* einen Grund, sich von *B* etwas zu nehmen, wenn *B* unter der Voraussetzung einen Grund hätte, an *A* etwas abzugeben, dass er in den Schuhen des *A* und *A* in denen des *B* steckte. Da *B* es folglich zu dulden hat, wenn *A* sich etwas nimmt, sofern er dies will, hat *B* einen Grund, *A* ein Recht einzuräumen. *A* hat nur unter der Bedingung einen Grund, *B* etwas wegzunehmen, wenn *B* aufgrund dieser Überlegungen einen Grund hat, es zu dulden, dass *A* sich etwas nimmt, und *A* es ebenfalls duldet, wäre er *B*.

³ Es besteht ein bedeutender Unterschied zwischen der Möglichkeit, sich als Gleicher Gehör zu verschaffen, und der Möglichkeit, als Gleicher ein Urteil aufheben zu können. Normativ bedeutet das eine, dass eine Person allen anderen zu verstehen geben kann, was im Leben wichtig ist, während das andere die Grenze bezeichnet, die einem gemeinsamen Urteil darüber gezogen ist, wie wichtig es für alle ist, was einzelne Personen als wichtig darstellen. Diese Grenze lässt sich, wie ich bereits ausgeführt habe, *inhaltlich* gleichwohl als elementare Bedingung gelingender Regelbildung beschreiben. Die Bedeutung des Antidiskriminierungsgrundsatzes kann daher unter Rekurs auf Bedingungen der Unparteilichkeit analysiert werden.

Mit den aus solcher Gegenseitigkeit erwachsenden *generellen personenrelativen Gründen* versucht man darzulegen, was jede Person, wer auch immer er oder sie sein mag, in einer bestimmten Situation zu tun Grund hat. Gründe dieser Art enthalten einen reflexiven Bezug auf das Personsein, das durch den Gebrauch der Gründe allen in gleicher Weise zugeschrieben wird (Somek 1999b). Sie bringen allgemeine Auffassungen über unsere moralische Identität – oder, wie ich altmodisch sage: unser moralisches „Sosein“ – ins Spiel. Auf solche Auffassungen müssen wir immer schon zurückgreifen, wenn wir uns, um ein moralisches Urteil fällen zu können, in andere Personen *als Gleiche* hineinversetzen. Im Verhältnis von *A* und *B* setzen wir voraus, dass jeder weiß, dass *As* Leiden von größerem Gewicht ist als *Bs* beruhigendes Gefühl, er habe von allem im Überfluss. Wir gehen überdies davon aus, dass diese moralische Asymmetrie der Interessen unabhängig davon ist, ob *A* seine Mittellosigkeit aus irgendeinem Grund selbst zu verantworten hat oder nicht. Wenn *A* seinen Anspruch auf Essen gegenüber *B* begründen will, dann muss er an *B* als Person appellieren, die, indem sie sich in *As* Schuhe stellt, davon ausgeht, dass, wenn das Leid unerträglich ist, die Verantwortung für vergangenes Handeln unerheblich wird. Von niemandem darf demnach verlangt werden, die Konsequenzen seines eigenen Verhaltens zu tragen, wenn er oder sie daran zugrunde gehen könnte. Von Personen die Ausbildung eines Verantwortungsgefühls zu erwarten, das, ohne höheren Interessen zu dienen, zur eigenen Selbstaufopferung nötig, wäre inhuman. *Wir* sind zu weich, als dass wir ein solches Opfer erbringen könnten. *Wir* hielten dies für pervers.

Überzeugungen dieser Art, die aus der Perspektive der ersten Person Plural formuliert werden, sind bei der moralischen Urteilsbildung unverzichtbar. Ohne sie bliebe unerfindlich, was *B* in moralisch relevanter Hinsicht zu sehen bekommt, wenn er sich hypothetisch *As* Schuhe anlegt. *B* sieht einen Anwendungsfall *unserer* Überzeugungen über individuelle Verantwortung. *A* und *B* müssen folglich beim Positionstausch als Charaktermasken dessen auftreten, was *wir* für einander sind – in diesem Fall also Wesen, die zu weich sind, der Verantwortung für das eigene Schicksal ihr Leben zu opfern.

214. Die Eigenperspektive der Personen

Was hat aber zu geschehen, wenn *B* sich quer legt und behauptet, dass eben verhungern müsse, wer nicht für sich selbst sorgen könne und für diesen Fall auch nicht vorgesorgt habe? Kraft Gegenseitigkeit müsste *B* die damit ins Spiel gebrachte Variante des moralischen Personseins auch gegen sich selbst gelten lassen. Er müsste auch dann, wenn sein eigenes Leben betroffen wäre, der Selbstverantwortung Vorrang vor der Linderung von Leid einräumen.

Man könnte ihm nicht entgegenhalten, dass niemand außer ihm eine solche Haltung gegenüber dem Leiden einnimmt. Damit vollzöge man jenen Schluss von Sein auf Sollen, der für das konventionelle Moralverständnis charakteristisch ist. Durch das Faktum, dass alle anderen außer ihm es anders sehen, wird seine Auffassung nicht widerlegt. Aber man mag ihm entgegenhalten, dass er der Selbstverantwortung nur solange Vorrang vor der Linderung von Leid einräumt, als er sich nicht selbst in der Situation von *A* befindet und diese bloß *hypothetisch* einnimmt. Seiner Unterstellung rigoroser Selbstverantwortung lässt sich daher beikommen, indem man ihm entgegenhält, dass er die individuelle Erfahrung von Leid nicht Ernst nimmt oder die Gegenseitigkeit bloß heuchelt. Man kann gegen *B* einwenden, dass er *A* nicht zumuten dürfe, eine moralisch derart rigorose Haltung gegenüber dem eigenen Schicksal einzunehmen, weil sie sich nicht verallgemeinern lasse. Denn *B* würde diese Haltung selbst aufgeben, wenn er tatsächlich in *As* Situation wäre.

Aber dieser Einwand ist zweideutig. Er kann bedeuten, dass *B* die von ihm ins Spiel gebrachte Konzeption des moralischen Personseins ablehnen würde, wenn *er* tatsächlich in dieser Situation wäre. Er kann aber auch bedeuten, dass er sie verwerfen würde, wenn er *A* wäre. Wäre die zweite Lesart des Einwandes gültig, dann würde die Gegenseitigkeit zusammenbrechen. *B* müsste demnach den Anspruch des *A* nur akzeptieren, wenn er *A* wäre. Im Ergebnis erhielte man eine moralische Tautologie. *A* würde seinen eigenen Anspruch anerkennen und bloß mit sich übereinstimmen. *B* käme nur insofern vor, als er sich in *A* verwandelt hätte. Deswegen ist die erste Lesart des Einwandes zu bevorzugen. Sie bewahrt den Bezug auf die Gegenseitigkeit zwischen *A* und *B*. *B* kann von *A* verlangen, dass er *As* Situationsbeurteilung nur aufgrund seiner eigenen Beurteilung als gültig anerkennt. *A* darf dasselbe verlangen. Die damit aufbrechende Situation bezeichnet man als „doppelte Kontingenz“ (Luhmann 1984, 166, 185). Sie konditioniert „kurzschlüssig“. *A* akzeptiert *Bs* Situationsbeurteilung, wenn *B* die des *A* akzeptiert. *B* akzeptiert *As* Situationsbeurteilung, wenn *A* die des *B* akzeptiert.

Unter Bedingungen doppelter Kontingenz lässt sich die Gegenseitigkeit der Gründe nicht dadurch herstellen, dass *A* und *B* aus der Perspektive eines gegenseitig unterstellten Typus des moralischen Personseins urteilen („*Wir* fordern nicht, dass...“). Die Divergenz in den Unterstellungen moralischen Personseins stellt das Problem dar. Die Gegenseitigkeit lässt sich auch nicht durch den schlichten Appell an das Leid einer *bestimmten* Person – in diesem Fall *A* – etablieren. Deswegen ließ sich die zweite Lesart des Einwands nicht aufrecht erhalten. Argumente von dem Typ „Wenn Du Ich wärest“ sind moralisch haltlos. Sie sind (beiderseitig) unaufhebbar egozentrisch. Das bedeutet aber nicht, dass die Eigenperspektive von Personen moralisch belanglos ist. Im Gegenteil. Sie ist sehr wichtig. Sie muss allerdings in geeigneter Form vermittelt werden.

215. Die personen-neutrale Korrektur

Die Erfahrung individuellen Leidens oder Strebens lässt sich unter der Bedingung der Gegenseitigkeit nur dann zur Korrektur von Konzeptionen des moralischen Personseins heranziehen, wenn sie *personen-neutral* formuliert wird (Nagel 1986, 152). Das bedeutet, dass die intersubjektive Relevanz der Erfahrung nicht davon abhängig sein darf, dass eine bestimmte Person die Erfahrung hat.

Der Ausdruck „eine bestimmte Person“ ist zweideutig. Einerseits ist damit gemeint, dass die Person individuell bestimmt ist. *A* leidet, nicht *B*. Andererseits bedeutet es, dass die Relevanz der Erfahrung im Spiegel einer Konzeption des moralischen Personseins betrachtet wird. Adam Smith sprach in diesem Zusammenhang von der „propriety“ der moralischen Bewertung der Lage einer anderen Person (Smith 1759, 27; dazu jüngst Darwall 1999, 143–144) *A* leidet, aber er ist selbst schuld, weil wir für Leid in solchen Situationen selbst verantwortlich sind. Vermittels einer solchen Konzeption lässt sich, wie wir gesehen haben, Gegenseitigkeit herstellen. *B* weiß, unter welchen Bedingungen das Leid des *A* ihn etwas angeht. Wenn eine solche Konzeption im Verhältnis von *A* und *B* fehlt, ist *As* individuelle Erfahrung zunächst belanglos. Sie ist es so lange, als sie von *B* nicht unabhängig davon in den Blick genommen wird, dass es sich um die Erfahrung einer bestimmten Person handelt. *B* vermag dies, indem er das Leid als solches betrachtet und – da nicht nur der Leidende, sondern auch er selbst als Individuum im Spiel ist – sich selbst insofern zurücknimmt und unterstellt, dass eine bestimmte Situation für irgendwelche anderen Personen möglicherweise sich noch ein wenig schlimmer darstellt, als er es sich selbst vorstellen kann. *C* hat sein Kind verloren. *B* findet das entsetzlich. *B* findet das so entsetzlich, dass er annimmt, man könne sich gar nicht vorstellen, wie entsetzlich dies sei, wenn man nie selbst ein Kind verloren hat. *Cs* Leid wird auf diese Weise in die Gegenseitigkeit der Erfahrung von Personen einbezogen. *Cs* Leid ist nicht sein eigenes. Auf der Ebene der Gegenseitigkeit ist es *ein Fall* (unvorstellbar) *großen* Leids. Für seine moralische Relevanz ist es unerheblich, dass es das Leiden des *C* ist. Es ist aber, da von jeglicher Konzeption des moralischen Personseins abstrahiert wird, um einen Ausdruck Emil Lasks abzuwandeln, auch „deontologisch nackt“. Das Leid wird ohne Rücksicht auf Verursachung, Vermeidbarkeit oder die Verantwortung der Person in den Blick genommen. Es ist einfach furchtbar.

Dies ist der Erfahrungsmodus einer als moralisch unbestimmt bestimmten Person. Er ist unpersönlich und nicht von Fragen der moralischen Verantwortung affiziert. Der Vermittlungsmodus dieses moralisch entlasteten Erfahrungsmodus ist die alltägliche Erzählung oder die Biographie, die darauf verzichtet, ein moralisches Lehrstück zu sein. Ausgeprägt finden wir sie vorwiegend in der Literatur.

Man könnte ihm nicht entgegenhalten, dass niemand außer ihm eine solche Haltung gegenüber dem Leiden einnimmt. Damit vollzöge man jenen Schluss von Sein auf Sollen, der für das konventionelle Moralverständnis charakteristisch ist. Durch das Faktum, dass alle anderen außer ihm es anders sehen, wird seine Auffassung nicht widerlegt. Aber man mag ihm entgegenhalten, dass er der Selbstverantwortung nur solange Vorrang vor der Linderung von Leid einräumt, als er sich nicht selbst in der Situation von *A* befindet und diese bloß *hypothetisch* einnimmt. Seiner Unterstellung rigoroser Selbstverantwortung lässt sich daher beikommen, indem man ihm entgegenhält, dass er die individuelle Erfahrung von Leid nicht Ernst nimmt oder die Gegenseitigkeit bloß heuchelt. Man kann gegen *B* einwenden, dass er *A* nicht zumuten dürfe, eine moralisch derart rigorose Haltung gegenüber dem eigenen Schicksal einzunehmen, weil sie sich nicht verallgemeinern lasse. Denn *B* würde diese Haltung selbst aufgeben, wenn er tatsächlich in *As* Situation wäre.

Aber dieser Einwand ist zweideutig. Er kann bedeuten, dass *B* die von ihm ins Spiel gebrachte Konzeption des moralischen Personseins ablehnen würde, wenn er tatsächlich in dieser Situation wäre. Er kann aber auch bedeuten, dass er sie verwerfen würde, wenn er *A* wäre. Wäre die zweite Lesart des Einwandes gültig, dann würde die Gegenseitigkeit zusammenbrechen. *B* müsste demnach den Anspruch des *A* nur akzeptieren, wenn er *A* wäre. Im Ergebnis erhielte man eine moralische Tautologie. *A* würde seinen eigenen Anspruch anerkennen und bloß mit sich übereinstimmen. *B* käme nur insofern vor, als er sich in *A* verwandelt hätte. Deswegen ist die erste Lesart des Einwandes zu bevorzugen. Sie bewahrt den Bezug auf die Gegenseitigkeit zwischen *A* und *B*. *B* kann von *A* verlangen, dass er *As* Situationsbeurteilung nur aufgrund seiner eigenen Beurteilung als gültig anerkennt. *A* darf dasselbe verlangen. Die damit aufbrechende Situation bezeichnet man als „doppelte Kontingenz“ (Luhmann 1984, 166, 185). Sie konditioniert „kurzschlüssig“. *A* akzeptiert *Bs* Situationsbeurteilung, wenn *B* die des *A* akzeptiert. *B* akzeptiert *As* Situationsbeurteilung, wenn *A* die des *B* akzeptiert.

Unter Bedingungen doppelter Kontingenz lässt sich die Gegenseitigkeit der Gründe nicht dadurch herstellen, dass *A* und *B* aus der Perspektive eines gegenseitig unterstellten Typus des moralischen Personseins urteilen („*Wir* fordern nicht, dass...“). Die Divergenz in den Unterstellungen moralischen Personseins stellt das Problem dar. Die Gegenseitigkeit lässt sich auch nicht durch den schlichten Appell an das Leid einer *bestimmten* Person – in diesem Fall *A* – etablieren. Deswegen ließ sich die zweite Lesart des Einwands nicht aufrecht erhalten. Argumente von dem Typ „Wenn Du Ich wärest“ sind moralisch gehaltlos. Sie sind (beiderseitig) unaufhebbar egozentrisch. Das bedeutet aber nicht, dass die Eigenperspektive von Personen moralisch belanglos ist. Im Gegenteil. Sie ist sehr wichtig. Sie muss allerdings in geeigneter Form vermittelt werden.

215. Die personen-neutrale Korrektur

Die Erfahrung individuellen Leidens oder Strebens lässt sich unter der Bedingung der Gegenseitigkeit nur dann zur Korrektur von Konzeptionen des moralischen Personseins heranziehen, wenn sie *personen-neutral* formuliert wird (Nagel 1986, 152). Das bedeutet, dass die intersubjektive Relevanz der Erfahrung nicht davon abhängig sein darf, dass eine bestimmte Person die Erfahrung hat.

Der Ausdruck „eine bestimmte Person“ ist zweideutig. Einerseits ist damit gemeint, dass die Person individuell bestimmt ist. *A* leidet, nicht *B*. Andererseits bedeutet es, dass die Relevanz der Erfahrung im Spiegel einer Konzeption des moralischen Personseins betrachtet wird. Adam Smith sprach in diesem Zusammenhang von der „propriety“ der moralischen Bewertung der Lage einer anderen Person (Smith 1759, 27; dazu jüngst Darwall 1999, 143–144) *A* leidet, aber er ist selbst schuld, weil wir für Leid in solchen Situationen selbst verantwortlich sind. Vermittels einer solchen Konzeption lässt sich, wie wir gesehen haben, Gegenseitigkeit herstellen. *B* weiß, unter welchen Bedingungen das Leid des *A* ihn etwas angeht. Wenn eine solche Konzeption im Verhältnis von *A* und *B* fehlt, ist *As* individuelle Erfahrung zunächst belanglos. Sie ist es so lange, als sie von *B* nicht unabhängig davon in den Blick genommen wird, dass es sich um die Erfahrung einer bestimmten Person handelt. *B* vermag dies, indem er das Leid als solches betrachtet und – da nicht nur der Leidende, sondern auch er selbst als Individuum im Spiel ist – sich selbst insofern zurücknimmt und unterstellt, dass eine bestimmte Situation für irgendwelche anderen Personen möglicherweise sich noch ein wenig schlimmer darstellt, als er es sich selbst vorstellen kann. *C* hat sein Kind verloren. *B* findet das entsetzlich. *B* findet das so entsetzlich, dass er annimmt, man könne sich gar nicht vorstellen, wie entsetzlich dies sei, wenn man nie selbst ein Kind verloren hat. *Cs* Leid wird auf diese Weise in die Gegenseitigkeit der Erfahrung von Personen einbezogen. *Cs* Leid ist nicht sein eigenes. Auf der Ebene der Gegenseitigkeit ist es *ein Fall* (unvorstellbar) *großen* Leids. Für seine moralische Relevanz ist es unerheblich, dass es das Leiden des *C* ist. Es ist aber, da von jeglicher Konzeption des moralischen Personseins abstrahiert wird, um einen Ausdruck Emil Lasks abzuwandeln, auch „deontologisch nackt“. Das Leid wird ohne Rücksicht auf Verursachung, Vermeidbarkeit oder die Verantwortung der Person in den Blick genommen. Es ist einfach furchtbar.

Dies ist der Erfahrungsmodus einer als moralisch unbestimmt bestimmten Person. Er ist unpersönlich und nicht von Fragen der moralischen Verantwortung affiziert. Der Vermittlungsmodus dieses moralisch entlasteten Erfahrungsmodus ist die alltägliche Erzählung oder die Biographie, die darauf verzichtet, ein moralisches Lehrstück zu sein. Ausgeprägt finden wir sie vorwiegend in der Literatur.

216. *Individualität und Neutralität*

Je nachdem, wie man das Leid des hungernden *A* im Verhältnis zum Verzicht des *B* auf eines seiner Güter ansetzt, schlägt letztlich die personen-neutrale Perspektive in die generelle personen-relative Perspektive einer Konzeption moralischen Personseins um. In personen-neutraler Sicht lassen sich keine Forderungen begründen. Es lässt sich zur Begründung von Forderungen bloß motivieren. Die Relevanz des Individuellen ist auf der Ebene der Begründung moralischer Urteile nur in der Form personen-neutraler Appelle zu haben. Deswegen ist die Erfahrung von Leid aber auch eine Quelle des moralischen Fortschritts.

Um also den vorhin formulierten Einwand akzeptieren zu können, müsste *B* sein eigenes Sosein, zu dem auch sein moralisches Bestimmtheitsein – seine Auffassung von individueller Verantwortung – gehört, ins Unbestimmte zurücknehmen. Dazu bedarf es weder einer esoterischen Einsicht noch magischer Kräfte. Er hat in seinem Fall bloß in Betracht zu ziehen, dass das wirkliche Leid anderer möglicherweise grausamer ist als das Leid, das er sich ausmalen kann. Immerhin bedeutet es, andere nicht Ernst zu nehmen, wenn man sie dem eigenen Erfahrungsschema subsumiert. Die Zurücknahme des eigenen Soseins ist ein Ausdruck der moralischen *Tugend* des *B*. Ohne solche Moralität hätte das moralische Urteil keine kognitive Grundlage (Somek 1999b). Durch den Gebrauch personen-neutraler Gründe *handeln* wir moralisch.

Die moralische Relevanz solcher Gründe ist gleichwohl eine Konsequenz des moralischen Respekts vor anderen Personen. Wenn *B* von *A* erwartet, er habe sich, ohne Mitleid erwarten zu dürfen, in sein bedauernswertes Schicksal zu fügen, stülpt er ihm eine Konzeption des moralischen Personseins über, die dazu führt, dass *A* als individuelle Person im moralischen Urteil nicht berücksichtigt wird. Seine individuelle Erfahrung ist allerdings nur durch den Gebrauch personen-neutraler Gründe repräsentierbar. *B* muss sich angesichts der Lage des *A* vorstellen, wie furchtbar es wäre, langsam vor die Hunde zu gehen. Unter dieser Bedingung kann er einsehen, dass dies nicht sein darf, weil er dies für niemanden wollte. Löste man die Verbindung zwischen Individualität und Personen-Neutralität im moralischen Urteil, dann fielen Personen einer unkorrigierbaren Verdinglichung moralischen Personseins zum Opfer. Sie ist eine Konsequenz des fehlenden Respekts vor den anderen als *Gleichen* (Dworkin 1978, 134–135). Und damit schließt sich der paradoxe Kreis.

217. *Anerkennen und Achten*

Die Konzeption des moralischen Personseins, die wir aus der Perspektive der ersten Person Plural voraussetzen, um ein unparteiliches Urteil zu fäl-

len, ist eine Bedingung der Möglichkeit der Gültigkeit eines solchen Urteils. Sie gestattet es, uns in andere als Gleiche hineinzusetzen. Da es einem Urteil an Unparteilichkeit aber deswegen gebrechen kann, weil wir andere nicht unabhängig von solchen Konzeptionen als Gleiche achten, sind solche Konzeptionen immer auch eine Bedingung der Unmöglichkeit des unparteilichen Urteils. Auffassungen über das moralische Personsein sind eine Voraussetzung dafür, andere als Gleiche *anzuerkennen*, und gleichzeitig ein Hindernis, sie unabhängig von dieser Voraussetzung als Gleiche zu *achten*. Die Aktivität der Anerkennung und die Passivität der Achtung stehen in einem Widerstreit. Wenn die von uns verwendeten Schablonen nicht mit Blick auf das korrigierbar blieben, als was Menschen sich anerkennen sollen, wenn man zur Beschreibung dessen, was sie sind, ihre Eigenperspektive einbezieht (Th. Nagel 1994, 27–28), wäre es mit der Unparteilichkeit nichts. Gleichwohl lässt sich über Individualität nur durch die Einsicht in *unpersönliches* Leid (und das unpersönliche Gute) moralische Gegenseitigkeit herstellen. Die damit stets latent vorhandene Spannung zwischen generellen personen-relativen und personen-neutralen Gründen macht das moralische Urteil elastisch (dazu auch Wingert 1993, 266, 286–287). Diese Elastizität ist für seinen Geltungsanspruch unverzichtbar. Die Widerständigkeit im wechselseitigen Transfer zwischen generellen und neutralen Gründen muss es geben. Sonst wäre es mit der Moral selbst nichts.

218. *Drei Formen der Diskriminierung*

Es ist daher analytische Umsicht geboten, wenn man davon spricht, dass eine Person im moralischen Urteil nicht berücksichtigt wird und insofern in ihm „nicht vorkommt“. Diese Erfahrung von Abwesenheit ist, sofern sie die Korrektur von Konzeptionen des moralischen Personseins betrifft, personen-neutral vermittelt. Aber das ist nur eine Möglichkeit, diese Abwesenheit zu denken. Daneben gibt es trivialere Fälle. *Erstens* ist es möglich, dass die Existenz oder Lage bestimmter Personen nicht registriert oder nicht gleich wichtig wie die anderer Personen genommen wird. *B* lebt so, als ob es *A* nicht gäbe oder dessen Schicksal ihn nichts oder nur wenig angehe. *Zweitens* kann die betroffene Person fehlerhaft charakterisiert werden. *B* hat *A* schon immer für einen Halunken gehalten und nimmt daher an, dass *A* sein Elend nur vortäuscht. *Drittens* – und nur diesen Fall habe ich in den vorstehenden Abschnitten hervorgehoben – kann man von einer Person erwarten, einer Konzeption des moralischen Personseins gerecht zu werden, obwohl ihr das unzumutbar ist. *B* erwartet von *A*, dass dieser lernt, sich durch Zähigkeit und Unnachgiebigkeit letztlich selbst zu helfen, und meint, *A* werde ihm später dafür danken, dass er ihn zur Selbständigkeit genötigt habe. *As* aktuelle Erfahrung von Ohnmacht kommt im Urteil nicht vor.

Ich will in den nächsten drei Abschnitten diese Formen des Scheiterns der Unparteilichkeit näher betrachten. Sie repräsentieren das, was, insofern die Relation zwischen Personen betroffen ist, an drei Haupttypen der Diskriminierung das *Unrecht* darstellt. Nicht zufällig handelt es sich dabei um drei Formen der Missachtung oder der Geringschätzung. Daran anschließend werde ich herausstellen, dass zwischen diesen drei Haupttypen ein Rechtfertigungszusammenhang besteht. An ihm wird sichtbar, weshalb es zur Beurteilung des Unrechts der Diskriminierung darauf ankommt, auf welche Art der Adressat der Wirkung der Diskriminierung ausweichen und diese insofern „aufheben“ kann. Es wird sich auch zeigen, dass sich die Tiefe unserer egalitären Überzeugungen erst dann vollends erschließt, nachdem man durch diesen Rechtfertigungszusammenhang hindurch gegangen ist.

219. Demütigung

Die zweideutige Maxime, man habe sich bei der moralischen Urteilsbildung in andere als Gleiche hineinzusetzen, um solcherart Gegenseitigkeit zwischen den Handlungsgründen herzustellen, ist in einem elementaren Sinne verletzt, wenn man eine Situation nicht aus der Perspektive einer anderen Person betrachtet und vielmehr so verfährt, als existierte sie als gleichwertige Person nicht. Sie wird nicht beachtet oder nicht Ernst genommen. Für die betroffene Person ist dies demütigend (Margalit 1996, 118).

(D1) *Demütigung*: Wenn eine Person in der moralischen Urteilsbildung insofern nicht vorkommt, als sie als eine gleichwertige Person nicht zur Kenntnis genommen wird, existiert sie für das Urteil nur als Objekt, dessen Verhalten kontrolliert wird.

Wenn nur Personen mit Kindern das Wahlrecht hätten, würde dies von kinderlosen Personen als Demütigung erfahren werden. Mit ihnen würde verfahren, als wären sie nicht vorhanden. Mit einer Person, die *in* einer Gemeinschaft so behandelt wird, als *sei* sie mit ihrer Perspektive auf die Welt *in ihr* nicht vorhanden, kann man machen, was man will. Sie ist eine Unperson. Margalit (1996, 121, 108) streicht dies zutreffend heraus:

Humiliation is the rejection of human beings as human, that is, treating people as if they were not human beings but merely things, tools, animals, subhumans, or inferior humans. [...] [A]ttitudes of rejecting people from the community of humankind, as objects or animals, do not express an authentic attitude toward these people. The attitude is *as if* they were objects, *as if* they were beasts.

Um eine Behandlung als demütigend erfahren zu können,⁴ muss man daher zu einer Gemeinschaft gehören. Das moralische Übel der demütigenden Ungleichbehandlung liegt nicht, wie Karst (1977b) verschiedentlich zu verstehen gibt, im Ausschluss aus der Gemeinschaft, sondern in der von dieser ausgehenden Nötigung, als jemand, der ausgeschlossen ist, dennoch in diese eingeschlossen zu sein. Demütigung ist soziale Gefangenschaft. Man wird nur insofern zur Kenntnis genommen, als man als Person gilt, mit der man nach Willkür verfahren kann. Man ist Person, als ob man keine Person wäre (Margalit 1996, 108–109). Karst trifft insofern das Richtige, wenn er meint, dass die „vollwertige Mitgliedschaft“ im Zentrum des Gleichheitsrechts steht (Karst 1977b, 5). Die Diskriminierung ist unerträglich, weil man in einer Gemeinschaft als deren Außenseiter gefangen gehalten wird (Margalit 1996, 141).

Eine demütigende Behandlung kann durchaus kontextspezifisch auftreten. Sie wird allerdings umso unerträglicher, je umfassender sie ist. Ob sie umfassend ist, kann davon abhängen, ob sie fundamentale Lebensbereiche betrifft. So hielt der Supreme Court in *Brown v. Board of Education of Topeka* (347 U.S. 483 [1954]) fest, dass die Rassentrennung in den Schulen bei den betroffenen Schülern ein Gefühl der Minderwertigkeit über ihren Status als Gemeinschaftsmitglied erzeugt, „[...] that may affect their hearts and minds in a way unlikely to be ever undone“.

220. Stereotypisierung

Die Maxime, man habe andere Personen als Gleiche zu achten, kann auch dadurch verletzt werden, dass man beim Urteil sich in die Lage anderer aufgrund einer Vorstellung über das, was sie sind, hineinversetzt, die auf die betreffende Person nicht „passt“. Was aus der Eigenperspektive der Person von der sozialen Welt wahrzunehmen ist, wird nur insofern berücksichtigt und Ernst genommen, als es der Erwartung dessen entspricht, was eine Person der vorausgesetzten Art erlebt. Sofern dies Menschen im Verhältnis zu anderen zum Nachteil gereicht, basiert die entsprechende Diskriminierung zumeist auf der Verwendung von Stereotypen oder groben Verallgemeinerungen. Auch darin liegt eine Geringschätzung oder Missachtung von Personen. Wenn man beispielsweise in einem Wahlsystem den Wählerstimmen kinderloser Erwachsener einen geringeren Erfolgswert beimäße, weil man

⁴ Es gibt freilich nicht-komparative Fälle der Demütigung wie die Folter oder die Vergewaltigung. Das Leid des Opfers existiert hier ebenfalls nur, um nicht als solches zur Kenntnis genommen zu werden, weil an ihm der Täter seine eigene Macht verspüren will.

befürchtet, sie würden bei der Wahlentscheidung nicht auf das Wohl künftiger Generationen achten, dann fielen sie einer Stereotypisierung zum Opfer.

(D2) *Stereotypisierung*: Wenn eine Person in der moralischen Urteilsbildung insofern nicht vorkommt, als ihr Sosein nur innerhalb der Grenzen eines Stereotyps berücksichtigt wird, existiert sie in den darüber hinausgehenden Eigenschaften nur als Objekt.

Vor allem im Bereich der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts hat der Supreme Court wiederholt hervorgehoben, dass Unterscheidungen als gleichheitswidrig zu verwerfen sind, die ihren Grund in „archaischen“ und „groben“ Generalisierungen der Geschlechter haben oder dem Ziel dienen, traditionelle Rollenbilder aufrechtzuerhalten (Reed v. Reed, 404 U.S. 71 [1971]; Craig v. Boren, 429 U.S. 190 [1976]; Frontiero v. Richardson, 411 U.S. 677 [1973]; Mississippi University for Women v. Hogan, 458 U.S. 712 [1982]). Als eine Form der Diskriminierung ist die Stereotypisierung – nicht anders als die Demütigung – der komparative Anwendungsfall eines Phänomens, das auch in nicht-komparativen Kontexten auftreten kann. Zu letzteren gehören die Umstände, unter denen Menschen Opfer eines Paternalismus werden, aufgrund dessen ihnen erklärt wird, was sie als die Menschen, die sie sind, in ihrem Leben zu tun und von diesem zu erwarten haben. Im Unterschied zur Demütigung werden bei der Stereotypisierung Erfahrungen des Leids Ernst genommen. Sie werden dies aber nur innerhalb der Grenzen des Stereotyps. Während also jemandes Klage darüber, dass er in der Wahrnehmung seiner Rolle überfordert ist, Beachtung findet, gilt die Klage darüber, dass ihn diese Rolle selbst überfordert, als unerheblich.⁵

221. Überdeterminierung

Die Berücksichtigung einer anderen Person kann auch daran scheitern, dass im moralischen Urteil ein bestimmtes Konzept moralischen Personenseins herangezogen wird, das der Person nicht entspricht, man aber von der Per-

⁵ In der amerikanischen Rechtsprechung zum Gleichheitssatz gehört die Frage, ob eine Unterscheidung im Verhältnis zum Regelungsziel zu eng („underinclusive“) oder zu weit („overinclusive“) gezogen worden ist, zu den traditionell im Rahmen des elementaren Rationalitätstests erörterten Problemen (Tussman – tenBroek 1949, 346–350; Gunther – Sullivan 1997, 636–638). Das Verbot, vor Vollendung des 18. Lebensjahrs ein Fahrzeug zu lenken, schließt sowohl diejenigen ein, die bereits vor diesem Lebensjahr dazu in der Lage wären, ohne ein erhöhtes Sicherheitsrisiko für andere darzustellen, wie es diejenigen ausschließt, die auch nach dem Erreichen dieses Alters ein Sicherheitsrisiko für andere sind (Rosenfeld 1991, 148). Der Stereotypisierung werden hier Grenzen gezogen.

son gleichwohl erwartet, sich zur Vermeidung eines Nachteils dieser Konzeption gemäß zu machen. An einem Bild des Soseins der Menschen wird diesfalls nicht in einem propositionalen Sinne kontrafaktisch festgehalten. Die kontrafaktische Zumutung wechselt vielmehr in die *präskriptive* Modalität (Yoshino 1998, 506). Den Menschen wird aufgebürdet, ein gewisses Sosein anzunehmen, damit sie einen Nachteil vermeiden können. Von ihnen wird erwartet, zur Vermeidung von Nachteilen gewisse Fähigkeiten, Eigenschaften und Haltungen auszubilden. Wenn dies – im Vergleich zu anderen – ohne Rücksicht darauf geschieht, ob ihnen die Verantwortung für ihr Personsein auch zumutbar ist, liegt eine weitere Variante der Diskriminierung vor. Sie beruht darauf, dem Anderssein der Menschen, das erkennbar wird, wenn man die soziale Welt aus ihrer Eigenperspektive betrachtet und auf der Ebene der Gegenseitigkeit personen-neutrale Gründe artikuliert, jegliche normative Kraft zu versagen. Stattdessen wird das sozial mögliche Menschsein auf bestimmte Varianten des moralischen Personseins verengt.

(D3) *Überdeterminierung*: Wenn eine Person in der moralischen Urteilsbildung nur insofern vorkommt, als von ihr, um das Urteil verallgemeinern zu können, in unzumutbarer Weise erwartet wird, einem bestimmten Modell des Personseins zu entsprechen, existiert sie in ihrem eigenen Sosein nur als Objekt.

Die überdeterminierte Person ist sozial übermäßig bestimmt. Zusätzlich zu dem, was sie von sich aus ist, muss sie auch noch etwas anderes sein oder zumindest vorgeben, etwas anderes zu sein (näher Somek 2001).

In *reflexiver Form* läuft die Überdeterminierung auf blanken sozialen Zynismus hinaus. Er besteht darin, andere zu erniedrigen, indem man ihnen mit einer unerfüllbaren normativen Erwartung begegnet. Im 19. Jahrhundert den Ansprüchen des Proletariats mit dem Ausspruch entgegen zu treten, jeder Arbeiter könne, wenn er es wolle, selbst zum Kapitalisten werden, war ein Ausdruck solchen sozialen Zynismus'. Aber auch in *irreflexiver Form* ist die Überdeterminierung deutlich als Diskriminierung zu erkennen. Die abweichende Meinung der Richter White und Marshall in *New York City Transit Authority v. Beazer* (440 U.S. 568 [1979]) lässt sich als Einwand gegen die Überdeterminierung bei der Auswahl beschäftigungsfähiger Arbeitskräfte durch eine Regulierung der New York Transit Authority verstehen. Sie enthielt das Beschäftigungsverbot für Personen, die narkotische Drogen einnehmen. Von der Transit Authority wurde dieses Verbot auch auf alle Personen angewandt, die Methadon einnahmen. Nach Ansicht der dissentierenden Richter war es unstatthaft, Personen, die Methadon verwenden, nicht zur beschäftigungsfähigen Gruppe zu zählen, obwohl die Einnahme von Methadon ihre Arbeitsfähigkeit nicht beeinträchtigt. Von ihnen verlangen zu wollen, auf die Einnahme des Methadon zu verzichten (und damit ihre Arbeitsfähigkeit zu riskieren), sei unzumutbar.

Typus der Diskriminierung	<i>Demütigung</i>	<i>Stereotypisierung</i>	<i>Überdeterminierung</i>
Form der Verdinglichung	Depersonalisierung	Entindividualisierung	Modellierung
Art der Mangels an Unparteilichkeit	Vernachlässigung der Existenz	Wahrnehmung der Person durch Stereotyp überlagert	Sosein durch normative Erwartung verformt

Drei negative Bedingungen der Unparteilichkeit als Grund dreier Formen der Diskriminierung

222. Adaptive Verallgemeinerung

Mit der Kategorie der Überdeterminierung mag nun auch einsichtig werden, weshalb die Freiheit den letzten Bezugspunkt für die Beurteilung einer Diskriminierung darstellt. Es geht um die negative Freiheit – die Freiheit von Schranken – als unabdingbare Voraussetzung der positiven Freiheit, sein Leben selbst zu meistern (Berlin 1969, 122, 131). Dieses Bedingungsverhältnis von negativer und positiver Freiheit lässt sich als Freiheit von *Anpassungszwängen* fassen.

Die Überdeterminierung entspringt einer moralischen Überlegung, die man als adaptive Verallgemeinerung bezeichnen kann. Die Verallgemeinerung von Handlungsregeln kennt zwei Eingänge. Man kann entweder Regeln für Personen formulieren oder Personenkonzepte an Regeln anpassen (Somek 1999b).⁶ Regel *X* besage, dass alle *As* die Handlung *Y* zu setzen haben, um sich Gut *Z* zu verschaffen. *Y* sei aber nur auszuführen, wenn man die Eigenschaft *a* habe. Zu Verteidigung von *X* kann man ausführen, dass die Ausführung von *Y* von allen gefordert werden dürfe, insofern die meisten *As* die Eigenschaft *a* haben. Für jene *As*, die *a* nicht haben, sei ein anderer Weg zu finden, an *Z* zu partizipieren. Man kann *X* aber auch unter Hinweis darauf rechtfertigen, dass man von allen *As*, die nicht die Eigenschaft *a* haben, fordern dürfe, diese Eigenschaft anzunehmen, um *Y* ausführen zu können. Die letztere Überlegung stellt eine adaptive Verallgemeinerung dar. Sie ist dazu angetan, Alternativen zu erschließen. Wenn es diejenigen *As*, die nicht die Eigenschaft *a* haben, weniger belastet, die Eigenschaft *b* anzunehmen, und *Y1* auszuführen, um *Z* zu erhalten, dann wird eine Regel, die diese Verbindung vorsieht, *X* vorzuziehen sein. Die *Gleichheit* ist allerdings gegenüber Alternativen insensitiv. Sie antwortet bloß auf die Frage, ob es

⁶ Aus hermeneutischer Sicht ist freilich zu erwarten, dass man immer beides gleichzeitig tun wird. Ich verdanke den Hinweis darauf Elisabeth Holzleithner.

den *As*, die nicht Eigenschaft *a* haben, zuzumuten ist, *a* auszubilden. Die *Verhältnismäßigkeit* geht darüber hinaus. Sie fragt nach der weniger belastenden Alternative. Sie kann über den Problemhorizont des Gleichheitsrechts hinausgehen, weil im Bereich der Freiheitsrechte vorausgesetzt wird, dass alle *As* prima facie ein Recht auf *Z* haben.⁷ Die Problematik der Gleichbehandlung kehrt bei ihrer Anwendung freilich wieder. Die Zumutbarkeit der Anpassung an Beschränkungen der Freiheit lässt sich letztlich nur einem komparativen Maßstab unterwerfen.

223. Gleichheit als Freiheitsrecht zweiter Ordnung

Die Anpassung ist die Unterwerfung für freie Menschen. Vermöge der adaptiven Verallgemeinerung wird von Menschen etwas gefordert, was sie tun können und wozu sie an sich auch Gelegenheit haben. Sie sind frei. Sie können ihr Verhalten auf die Vermeidung eines Nachteils oder die Erlangung eines Vorteils einrichten. Gleichwohl *kann* es falsch sein, die erforderliche Anpassungsleistung von ihnen zu verlangen.

Auch Freiheitsbeschränkungen können auf einer Überdeterminierung beruhen. Das bedeutet nicht, dass Diskriminierungen und Eingriffe in die Handlungsfreiheit auf dasselbe hinauslaufen. Sie haben eine unterschiedliche Form:

- (U1) Eine Person wird von der Zuteilung von *Z* ausgeschlossen, weil sie die Eigenschaft *a* hat.
- (U2) Eine Person muss darauf verzichten, *Y* zu tun, weil sie aufgrund der Eigenschaft *b* ohnedies noch die Handlung *Y1* ausführen kann.

Im Fall von U1 kommt es, was die Beurteilung der Erlaubtheit der Benachteiligung angeht, darauf an, ob es der Person möglich oder zumutbar ist, die Realisierung der Eigenschaft *a* zu vermeiden. Wenn man die Freiheit zum letzten Bezugspunkt der Beurteilung einer Diskriminierung erhebt, ist weiter zu fragen, ob es der Person auf eine andere Weise möglich ist, sich *Z* oder ein äquivalentes Gut zu verschaffen. Die von der Person geforderte Anpassungsleistung muss zumutbar sein. Bei U2 stellt sich die Frage, ob es allseitig zumutbar ist, die Eigenschaft *b* auszubilden, um sich an die durch U2 veränderte Situation anzupassen. Auch hier muss die Anpassungsleistung zumutbar sein. In *beiden* Fällen – U1 und U2 – hängt die Beantwortung der Frage davon ab, welche Eigenschaften, Fähigkeiten oder Haltungen auszubil-

⁷ Aus dieser Perspektive lassen sich die Komplikationen vermeiden, in die man gerät, wenn man Gleichheit und Verhältnismäßigkeit daraufhin beobachtet, inwiefern bei der Anwendung beider Grundsätze ein „Vergleichen“ im Spiel ist. Siehe Pöschl (1997, 430–433).

den unter Bedingungen der Gegenseitigkeit zumutbar ist. Von niemandem darf ein größerer Verzicht verlangt werden als von anderen. Ansonsten würde dem Leben der betreffenden Person ein vergleichsweise geringerer Wert beigemessen.

Damit ist erkennbar, dass die Gleichheit im Kontext der Freiheitsrechte als ein *Freiheitsrecht zweiter Ordnung* fungiert. Ohne die Intervention des Antidiskriminierungsgrundsatzes könnte von jeglicher Freiheit, eine Lebensäußerung zu vollziehen, die grenzenlose Anpassung an benachteiligende Umstände abverlangt werden. Der eine müsste sich eben mehr anstrengen als der andere. Andere würden von vornherein keine Chancen haben. Manche würden versagen. Aus libertärer Sicht würde dies nichts ausmachen. Es können eben nicht alle alles haben.

Ohne das Gleichheitsrecht würde uns für jegliche Kontingenz unseres Soseins die soziale Verantwortung zugeschoben. Die Gleichheit versichert gegen das Risiko, im Kontext der sozialen Kooperation man selbst zu sein und man selbst sein zu müssen (Dworkin 1981b). Dieses Risiko ist in einer Gesellschaft besonders hoch, die, wie die unsrige, dazu neigt, sich für *liberal* zu halten, weil sie durch die Gewährleistung von Freiheitsrechten die *Flexibilität* aller ermöglicht und damit indirekt nezessitiert. Wir sind mehr als die Krone der biologischen Evolution. Wären wir vollständig anpassungsfähig, dann wären wir nichts außerdem. Jeder von uns wäre niemand. Vermöge der Abwehr unzumutbarer Anpassung, also durch die gegenseitige Anerkennung des individuellen Soseins, verdient ein System von Handlungsfreiheiten seine hohe Bezeichnung. Andernfalls ließen wir uns vermöge unserer Wahlfreiheit zu allem Möglichen biegen und brechen. So wie die Menschen sich also an die Bedingungen der sozialen Kooperation anzupassen haben, weil es zu dieser selbst keine Alternative gibt (Rawls 1993, 18), muss die soziale Kooperationsgemeinschaft vor der Eigensinnigkeit ihrer Mitglieder zurückweichen.

Es ist nicht weiter verwunderlich, dass die Gleichheit in der neueren Geschichte vor allem als das Recht derjenigen betrachtet worden ist, denen es an der inklusiven Fitness mangelte, an den Vorteilen eines Systems der Kooperation zu partizipieren, das gewisse persönliche Eigenschaften nachfragt, ohne darauf zu achten, ob diese überhaupt allgemein gefordert werden dürfen. Die Gleichheit ist das Freiheitsrecht derer, die man als die „sozial Schwachen“ bezeichnet. Sie garantiert uns, für die gleichwertige Partizipation an Freiheiten nicht sein zu müssen, was von uns nicht zu fordern ist.

224. Der Rechtfertigungszusammenhang

Demütigung, Stereotypisierung und Überdeterminierung sind nicht drei verschiedene Kategorien, mit denen sich unterschiedliche Manifestationen eines Mangels an Unparteilichkeit trennscharf gegeneinander abgrenzen lassen. Zwischen ihnen besteht eine explikative Beziehung. Das Unrecht, das Menschen widerfährt, wenn sie im Vergleich zu anderen benachteiligt werden, wird besser fassbar, wenn man von einer Kategorie zur anderen übergeht. Dabei werden nämlich sukzessive die Gründe sichtbar, aufgrund derer die Rechtfertigungen einer Ungleichbehandlung scheitern können. Man entdeckt solcherart einen *Rechtfertigungszusammenhang*.

Eine Behandlung, die demütigend erscheint, könnte damit gerechtfertigt werden, dass die davon betroffenen Menschen in einem bestimmten Sinne anders als die anderen Menschen sind. Ausländer haben kein Wahlrecht zum Nationalrat. Sie sind keine Staatsbürger. Man muss ihre politischen Interessen im Inland nicht berücksichtigen. Wer sich mit dieser Auskunft, die den Verdacht hervorruft, Ausländer werden in demütigender Weise als Menschen zweiter Klasse behandelt, nicht zufrieden gibt, wird nach dem Grund fragen, weshalb die Staatsbürger in diesem Bereich anders und besser behandelt werden dürfen als die Ausländer. Zur Verteidigung der Ungleichbehandlung könnte eine generalisierende Beschreibung vorgelegt werden. Ausländer, so mag man argumentieren, haben keine dauerhaften Interessen im Inland. Außerdem sind sie ihrem Heimatland loyal verbunden. Damit wird unterstellt, dass Ausländer andere Haltungen als Inländer haben. Bei einer solchen rechtfertigenden Unterstellung handelt es sich um ein Stereotyp. Nehmen wir an, die Verwendung des Stereotyps sei nicht rational. Man unterstellt den Ausländern zu Unrecht die mangelnde Loyalität mit dem Aufenthaltsland. Die Demütigung entpuppt sich somit als Stereotypisierung. Eine Gruppe von Menschen wird in einer bestimmten Hinsicht nicht zur Kenntnis genommen, bloß weil deren Mitglieder ein Merkmal tragen, das sie sozial auffällig macht und den Anknüpfungspunkt für ein Vorurteil bildet. Die Verwendung des Stereotyps kann, wenn die Divergenz zwischen Bild und Realität registriert wird, damit zu rechtfertigen versucht werden, dass man behauptet, die Menschen hätten sich dem Typus gemäß zu machen. Fraglich erscheint dann, ob es Ausländern zuzumuten ist, ihre Staatsbürgerschaft abzulegen und die Staatsbürgerschaft des Aufenthaltsstaats anzunehmen, um Zweifel an ihrer Loyalität auszuräumen. Wenn dies unzumutbar erscheint, hat man eine Überdeterminierung identifiziert.

An der Möglichkeit, im Rechtfertigungszusammenhang die *Form* der nächstgelegenen Diskriminierung heranzuziehen, um eine Ungleichbehandlung zu begründen, wird deutlich, weshalb Diskriminierungen in einem trivialen Sinne Verstöße gegen die Gleichheit sind und weshalb der Antidiskriminie-

rungsgrundsatz die bestmögliche Interpretation dieses Rechts bietet. Den Opfern wird im Vergleich zu anderen Personen keine oder nur eine geringe Bedeutung beigemessen. Bei der Demütigung wird die Ungleichbehandlung ohne Rücksicht auf die Eigenschaften und Umstände der Menschen vollzogen. Man verfährt, als wäre ihre Existenz moralisch irrelevant. Ein geeignetes Stereotyp, das die Eigenschaften oder Umstände der Betroffenen berücksichtigt, könnte die Ungleichbehandlung rechtfertigen. Die Stereotypisierung beruht auf der Verwendung eines inhaltlich fehlerhaften Prädikats. Man verfährt mit Menschen, als wären sie andere. Wenn das fehlerhafte Prädikat eine berechtigte Erwartung zum Ausdruck brächte, wäre die Ungleichheit gerechtfertigt. Die Überdeterminierung beruht auf der Verwendung eines Prädikats, das eine unzumutbare Erwartung zum Ausdruck bringt. Man mutet Menschen zu, anders zu sein, als sie sind.

225. Vorwände

Mit den Kategorien der Demütigung, Stereotypisierung und der Überdeterminierung lassen sich zwar keine klar unterscheidbaren Formen der Diskriminierung erfassen;⁸ das macht sie aber nicht heuristisch wertlos. Sie können zur Ausdeutung sozialer Phänomene herangezogen werden. Man mag mutmaßen, dass dies deshalb möglich ist, weil die Parteilichkeit im Verhältnis von D1 zu D3 abnimmt. Es wären demnach inhaltlich mehr oder weniger schwerwiegende Verstöße gegen die Unparteilichkeit zu unterscheiden. Immerhin existiert man für das moralische Urteil zunächst überhaupt nicht als gleichwertige Person, dann bloß vermöge des Schattenrisses eines Stereotyps und schließlich wenigstens als eine aufgrund normativer Erwartungen des Andersseins überforderte oder überformte Person. Davon auszugehen, dass die dritte Form der Diskriminierung weniger schwer wiegt als die erste, hätte zur Voraussetzung, dass man angesichts einer drohenden Demütigung es vorziehen würde, als Person existieren zu müssen, die nicht sie selbst sein darf. Es mag sein, dass das Gefühl sozialer Erniedrigung geringer

⁸ Das gilt vor allem im Verhältnis von Stereotypisierung und Überdeterminierung. Die letztere beruht auf einer Unterstellung der Zumutbarkeit von Anpassung. Sie kann selbst wieder durch ein Stereotyp gerechtfertigt werden. Das Stereotyp kann falsch sein. Insofern läge Stereotypisierung vor. Das Stereotyp kann aber auch zutreffen, wenn es auf der Vermutung beruht, dass Menschen sich anpassen *können*. Dennoch kann es unrichtig sein, die an sich mögliche Anpassung von Menschen zur Vermeidung von Nachteilen zu fordern, weil sonst unterdrückt würde, was sie sind. Der Schutz vor Überdeterminierung geht also über den Grundsatz des „*ultra posse nemo tenetur*“ hinaus.

ist. Die Ablehnung des Soseins lässt sich bei der Überdeterminierung möglicherweise latent halten. Gleichwohl wäre eine Wahl zwischen diesen Alternativen wertlos. Sie hat mit der Freiheit, *erstrebenswerte* Ziele zu verfolgen, nichts zu tun hat (Scanlon 1995, 72). Selbst wenn man nicht umhin käme, sich vor diese Alternative gestellt zu sehen, muss es zweifelhaft erscheinen, ob sich zwischen einem gedemütigten Leben und einem Leben in Unglück eine rationale Wahl treffen lässt. Es dürfte vielmehr eine Frage des Temperaments sein, ob man das eine dem anderen vorzieht oder sich gegen beides entscheidet, indem man den ehrenhaften Tod wählt. Man sollte sich jedenfalls davor hüten, voreilige Schlussfolgerungen zu ziehen oder auch bloß zu vermuten, das Übel der Diskriminierung sei gradierbar.

Obwohl es also zweifelhaft erscheint, dass der Grad der Parteilichkeit den Unterschied zwischen den drei Formen der Diskriminierung ausmacht, lassen diese sich dennoch auch als soziale Grundtypen diskriminierenden Verhaltens verstehen. Das hängt damit zusammen, dass in empirischen Kontexten der Gebrauch unterschiedlicher Rechtfertigungen zu erwarten ist. Wenn Frauen von der Ausübung des Rechtsanwaltsberufs ausgeschlossen wären, dann mag dies schlicht daran liegen, dass Frauen in einer Männergesellschaft unerwünscht sind. Man hätte einen Anwendungsfall dessen vor sich, was Hellman (1998, 319) als „non-proxy discrimination“ bezeichnet. Die Ungleichbehandlung trägt ihren Zweck in sich selbst. Ob die Ungleichbehandlung demütigenden Charakter hat, weil Frauen nicht für voll genommen werden, lässt sich nur ermitteln, indem man untersucht, ob sie ebenfalls stattfände, wenn sie auf einem Stereotyp beruhte. Wäre dies nicht der Fall, dann ist sie demütigend.

Der Ausschluss der Frauen von der Ausübung des Anwaltberufs würde auf einem Stereotyp beruhen, wenn sich die Unterscheidung zwischen Männern und Frauen als ein Mittel darstellen ließe, ein anderes Merkmal zu bezeichnen, das zur Erreichung eines nicht diskriminierenden Regelungszweckes geeignet ist. So könnte das „target“ (ebd., 321) der geschlechtsspezifischen Unterscheidung in der Selektion aggressiver Parteienvertreter bestehen. Unterstellt würde mithin, dass Frauen weniger aggressiv sind als Männer. Im Medium des konsekutiven Rechtfertigungszusammenhangs müsste etwas, das zunächst wie eine blanke Demütigung sich ausnimmt, daraufhin untersucht werden, ob es auf dem rationalen Gebrauch eines Stereotyps beruht. Unabhängig davon, ob der Gebrauch des Stereotyps rational ist, hängt seine Verwendung davon ab, ob die Institution, die Frauen von der Ausübung des Rechtsanwaltsberufs ausschließt, bereit wäre, Frauen aufzunehmen, die sich vermöge ihrer Aggressivität zum zähnefletschenden Parteienvertreter eignen. Wenn zu erwarten ist, dass die betreffende Institution, nachdem Frauen der erwünschten Art gefunden worden sind, nach weiteren Ausflüchten suchen wird, um alle Frauen weiterhin ausschließen zu können, dann ist dies ein starkes Indiz dafür, dass ein demütigendes

Verhalten vorliegt. Rationalisierungen und Vorwände sind die Begleitmusik jeder Diskriminierung. Ihr Instrument ist der Rechtfertigungszusammenhang. Die *Reichweite*, mit welcher der konsequente Rechtfertigungszusammenhang sich im aktuellen Begründungskontext ausloten lässt, gibt über den *Typus der Diskriminierung* den Ausschlag. Wenn ein Stereotyp aber bloß als Vorwand gebraucht wird, die Interessen einer Gruppe zu ignorieren, dann liegt ein Fall der Demütigung vor. Das Festhalten an Stereotypen ist dann nur eine oberflächliche Rationalisierung von Feindseligkeit oder Indifferenz. Es gibt also einen handfesten Grund dafür, weshalb jede Diskriminierung aus der Sicht derjenigen, die eine Ungleichbehandlung ablehnen, *letztlich* demütigend ist. Aus ihrer Sicht wird sie wider besseres Wissen aufrecht erhalten und bringt erbarmungslos Missachtung und Geringschätzung zum Ausdruck.

Dieselbe Beobachtung lässt sich auf das Verhältnis von Stereotypisierung und Überdeterminierung übertragen. Wenn akademische Abschlüsse an einer gewissen Universität mehr wert sind als andere, weil allgemein davon ausgegangen wird, dass deren Absolventen über größere intellektuelle Fähigkeiten verfügen, dann sind Studierende benachteiligt, die mindestens eben solche Fähigkeiten haben, denen aber die finanziellen Mittel gefehlt haben, um an solchen Universitäten studieren zu können. Wenn an dem Stereotyp festgehalten wird, dass die Absolventen gewisser Universitäten intellektuell potenter sind als andere Absolventen, obwohl die soziale Orientierung an einem universitären Reputationscode als unfair durchschaut worden ist, dann ist dies für die Betroffenen demütigend. Sie werden nicht zur Kenntnis genommen, obwohl man weiß, dass man sie zur Kenntnis nehmen sollte.

226. Die Einheit des Prädikats und die Zerschlagung diskriminierender Güter

Wäre es falsch, wie Hellmann (1998, 334) mutmaßt, eine Demütigung als Stereotypisierung zu behandeln? Was die Identifikation des sozialen Typus der Diskriminierung angeht, wäre das Urteil gewiss fehlerhaft. Die Abgrenzung der drei Stadien des konsequente Rechtfertigungszusammenhangs kann aber im Einzelfall mit unwegsamen Schwierigkeiten belastet sein. Allerdings würde man einer Institution, die es darauf anlegt, Frauen nur deswegen die Ausübung eines Berufs zu versagen, weil es sich bei Frauen eben um Frauen handelt, eine rationalere Motivation unterstellen, als sie in Wahrheit hat, wenn man davon ausgeht, sie verwende ein Stereotyp.

Unter normativen Vorzeichen spielt dies gleichwohl keine Rolle. Denn eine Maßnahme, die das Vorwalten eines vermeintlichen Stereotyps beendet (und etwa die Verpflichtung vorsieht, auch Frauen zum Anwaltsberuf

zuzulassen), ist auch dazu angetan, die Demütigung zu beseitigen. Überdies hätte die Zulassung von Frauen die Kraft, den diskriminierenden Charakter des sozialen Guts der juristischen Ausbildung zu zerstören. Durch antidiskriminierende Korrekturen geht auch die Aura des höheren Status verloren. Der „Infiltrationseffekt“ (Yoshino 1998, 510) würde dazu führen, dass durch die Partizipation von Frauen sich mit der Bedeutung auch das mit der Innehabung eines sozialen Guts verbundene Prestige verändert. Insofern spielt es keine Rolle, wenn das, was als Demütigung intendiert sein mag, als Stereotypisierung bekämpft wird. Der Begriff „diskriminiert“ ist insofern ein einheitliches Prädikat, das immer dieselbe Klasse von Fällen enthält, auch wenn es in unterschiedlicher Bedeutung verwendet wird.

Allerdings kann durch die Vernichtung eines diskriminierenden Guts – wie das einer rein männlichen juristischen Ausbildung – nicht garantiert werden, dass das damit geschaffene neue Gut von jeglicher Diskriminierung frei ist. Wenn man im Besitz des sozialen Guts der juristischen Ausbildung Statusvorteile erlangen kann, die anderen Personen, die über dieses Gut nicht verfügen können, unzugänglich bleiben, dann behält dieses Gut seinen diskriminierenden Charakter auch dann, wenn Frauen am *privilegium minus* ebenfalls teilhaben. Sein diskriminierender Charakter ist der Überdeterminierung der Ausgeschlossenen geschuldet. *Nur Güter, deren Vorteile zu genießen nicht mit einer Überdeterminierung anderer einher ginge, wären von jeglicher Diskriminierung frei.*

227. Gedeemütigte Freiheit: Die Asymmetrie von Rationalität und Diskriminierung

In der Überdeterminierung bewahrt sich nicht nur aus der Sicht derer, die eine Ungleichbehandlung ablehnen, ein demütigendes Moment auf (siehe auch Margalit 1996, 152–154). Es wird mit Menschen so verfahren, als seien sie als das, was sie sind, nicht weiter relevant. Was sie sind, hat geringeren Wert als das, was sie sein sollen. Von ihnen wird zur Vermeidung eines Nachteils etwas verlangt, das von ihnen nicht gefordert werden darf. Jede Diskriminierung ist *letztlich* demütigend. Der Rechtfertigungszusammenhang macht erklärlich, weshalb es sich so verhält.

Eine Diskriminierung ist nicht weniger gravierend, wenn sie als Stereotypisierung und nicht als Demütigung beschrieben werden kann. Sie ist aber *rationaler*. Im Übergang von der Demütigung zur Stereotypisierung werden Rechtfertigungen aufgeboten, in welchen überwiegend auf die Rationalität des Verhaltens abgestellt wird. Im Gegensatz zu einer Rassendiskriminierung, welche die Angehörigen einer bestimmten Rasse schlicht als minderwertig ausgibt, mutet das Vorurteil, sie seien im Durchschnitt gewalttätiger als die Angehörigen anderer Rassen, nachgerade subtil an. Wenn man solcherart

bis zur Überdeterminierung fortschreitet und die Rationalität von Diskriminierungen untersucht – insbesondere die Verwendung von Stereotypen – stößt man irgendwann an den Punkt, an dem festzustellen ist, weshalb Diskriminierungen moralisch verwerflich sind. Insofern spiegelt sich im Antidiskriminierungsgrundsatz dessen Verhältnis zum Rationalitätsstandard wider. Allerdings stellt er die gesuchte Asymmetrie im Verhältnis von Rationalität und Diskriminierung her (siehe Abschnitt 188). Bei der Demütigung, Stereotypisierung und Überdeterminierung findet die rationale Diskriminierung (als gerechtfertigte Differenzierung) ihre Grenze.

Während die Demütigung verwerflich ist, weil bestimmtem menschlichen Leben der gleiche Wert abgesprochen wird (und sie insofern die Ungleichbehandlung zum Zweck erhebt), deckt der Rekurs auf Stereotype Rechtfertigungsmöglichkeiten auf, die sich aus der Struktur des rationalen Verhaltens ergeben. In der Auseinandersetzung mit der Überdeterminierung gewinnt man die Bedeutung des Antidiskriminierungsgrundsatzes in seiner uneingeschränkten Form. Sie besagt, dass niemand zur Vermeidung eines Nachteils dazu genötigt werden darf, jemand anderer als er oder sie selbst zu sein. Die Freiheit ist der letzte Bezugspunkt der Gleichheit.

Damit komme ich mit meiner Deutung des Antidiskriminierungsgrundsatzes zu folgendem Schluss: Der Begriff der Diskriminierung muss von der Überdeterminierung her gedacht werden. Andernfalls würde er nicht vollständig erfasst. Die Überdeterminierung ist die *Demütigung der Freiheit*, die durch kein Stereotyp als rational ausgewiesen werden kann.

Im Folgenden möchte ich diesen internen Bezug der Diskriminierung auf die gedemütigte Freiheit näher entfalten.

228. Unveränderlichkeit

Gravierende Fälle der Diskriminierung scheinen sich dadurch auszuzeichnen, dass die Ungleichbehandlung an ein unveränderliches Merkmal oder einen unveränderlichen Umstand der betroffenen Person anknüpft. Zur Identifikation solcher Fälle dient auch der elementare gleichheitsrechtliche Rationalitätsstandard. Es geht dann um Regelungen, die nur darauf abzielen, Menschen zu benachteiligen, die aufgrund eines Merkmals (oder Umstands) als ungleich gelten, über das (oder den) sie nicht disponieren können (wie die Eigenschaft, geistig behindert zu sein: *City of Cleburne, Texas v. Cleburne Living Center, Inc.* (473 U.S. 432, 448–449 [1985])). Indes ist die Ungleichbehandlung bei Unveränderlichkeit eines Merkmals oder Umstands keine hinreichende Bedingung für eine Diskriminierung (CL 1992, 735). Die Unveränderlichkeit muss vielmehr indizieren, dass eine Person, sobald sie dieses Merkmal trägt oder von dem Umstand betroffen ist, dem sozialen Risiko ausgesetzt ist, nicht als gleichwertige Person zu gelten. Erst aufgrund dieser

Verbindung werden unveränderliche Merkmale als potentiell *stigmatisierend* und unkontrollierbare Umstände als tendenziell *systematisch* benachteiligend erfahren.

Merkmale und Umstände sind dann als unveränderlich oder unkontrollierbar zu erachten, wenn die Person, die sie trägt oder in ihnen steckt, sich außerstande sieht, diese zu beeinflussen. Daran die Verhängung eines rechtlichen Nachteils zu knüpfen, ist nach Ansicht von Justice Brennan (in seiner abweichenden Meinung in *Bakke*) mit unserer „tiefen Überzeugung“ unvereinbar, dass die Verhängung eines Nachteils mit der individuellen Verantwortung für eigene Lebensentscheidungen oder dem Entstehen für zurechenbares Unrecht verbunden zu sein hat. Dies stimmt mit Perrys Auffassung überein, wonach das Gleichheitsrecht es verbiete, Personen aufgrund eines Faktors zu benachteiligen, der für die Bestimmung ihres „moralischen Status“ unerheblich ist (Perry 1981, 1137, 1139, 1147–1148). Bei Perry steht der Verweis auf den „moralischen Status“ für nichts anderes als die aristotelische *axia*. Sie bedeutet die „Würdigkeit“ einer Person im Verhältnis zur Zuteilung eines Gutes oder der Auferlegung einer Last (Aristoteles, NE, 1131a 26–29). Würde die Würdigkeit *ausschließlich* von der individuellen Verhaltenswahl abhängen, dann wäre jegliche Benachteiligung unter Rekurs auf unveränderliche Kriterien von sich aus diskriminierend.

229. Unveränderlichkeit ist kein Grund

Aber nicht jegliche Anknüpfung an einen unveränderlichen Faktor ist diskriminierend. Regelungen, mit denen versucht wird, Probleme zu lösen, die „ihrer Natur nach nur bei einem Geschlecht auftreten können“ (BVerfGE 87, 234, 258; 92, 91, 109) sind ebenso wenig diskriminierend wie solche, in denen ein unveränderliches Merkmal herangezogen wird, um stellvertretend auf ein anders, veränderlich gedachtes Merkmal verweisen zu können („proxies“) (Perry 1982, 1148–1149; Leedes 1981, 641). Wenn anerkannt wird, dass Menschen aufgrund unveränderlicher Merkmale besondere Bedürfnisse haben, dann kann von einer Diskriminierung keine Rede sein.

Die Verwendung eines unveränderlichen Merkmals fällt nicht von sich aus mit dem *Grund* der Diskriminierung zusammen. Sie ist eine Vorausset-

⁹ In den vorstehenden Analysen ist bereits angedeutet worden, dass die Diskriminierung sowohl in einer *direkten* wie einer *reflexiven* Form auftreten kann. Am Beispiel der Demütigung habe ich darauf hingewiesen, dass sich der Diskriminierung auch eine reflexive Form verleihen lässt. Wie bei sprachlichen Akten generell, lässt sich die illokutionäre Rolle einer Sprechhandlung auch reflexiv zur Ausführung eines performativen Aktes heranziehen, sofern man sich des Erfolgs des Aktes sicher sein kann (dazu v.a. Habermas 1981a,

zung für die *Unterwerfung* des Adressaten. Der Träger des Merkmals vermag der Benachteiligung *prima facie* nicht zu entgehen. Er ist ihr unterworfen. Der Grund der Diskriminierung liegt in der Selektion einer Gruppe zur Erreichung eines Ziels. Die Diskriminierungsabsicht muss nicht darin bestehen, ein Unterwerfungssignal zu setzen.⁹ Die Regierung mag etwa einen Grund haben, die öffentlichen Ausgaben zu begrenzen. Sie wird deswegen bei bestimmten Gruppen sparen wollen. Das wird am einfachsten bei solchen Gruppen gelingen, deren Angehörige ein Merkmal tragen, das sie nicht ablegen können (etwa die Hautfarbe), oder sich in einer Situation befinden, der sie ohne Nachteil nicht leicht entkommen vermögen (etwa Beschäftigung im öffentlichen Dienst). Es ist daher verhältnismäßig einfach, sie einem Sparkurs zu unterwerfen. Wenn dies geschieht, ohne dass die Interessen der betroffenen Gruppen berücksichtigt werden, dann liegt eine Diskriminierung vor. Ihren *Grund* hat die Maßnahme im Sparwillen der Regierung *und* in der Selektion bestimmter Gruppen. Die *Bedingung* ihres Erfolges ist die Anknüpfung an ein unveränderliches Merkmal oder an einen für die Betroffenen zum Zeitpunkt der Maßnahme nicht mehr kontrollierbaren Umstand.

Im Kontext der Diskriminierung bezeichnet der Begriff der „Unveränderlichkeit“ also den Umstand, dass manche eher zur leichten Beute einer Benachteiligung werden als andere. Wer sich oder seine Situation nicht verändern *kann*, der muss die nachteiligen Konsequenzen tragen. Das gilt aber auch für Personen, die eine Veränderung nicht *wollen*. Der Begriff der Unveränderlichkeit hat deswegen *deskriptive* und *normative* Konnotationen. Angenommen die Regierung erhöhe die Tabaksteuer um das Zehnfache. Der Zweck der Maßnahme bestehe darin, dem Staat mehr Einnahmen zu verschaffen. Dafür muss eine Gruppe herhalten. Ob die Raucher im Verhältnis zu Nichtrauchern diskriminiert werden, hängt unter anderem davon ab, ob die Eigenschaft, ein Raucher zu sein, ein unveränderliches Merk-

402–403). Eine Ermahnung lässt sich nicht nur zu dem Zweck aussprechen, ein Verhalten abzustellen, sie lässt sich auch einzig und allein dazu einsetzen, den anderen die Gefügigkeit des Adressaten vorzuführen. Akte des Anordnens, deren Gelingen an sich von der Akzeptierbarkeit ihres Gehalts und der Legitimität der Kompetenz des Äußernden abhängt (Somek 1996), lassen sich dazu heranziehen, um anderen vorzuführen, dass sie vom Adressaten auch dann befolgt werden, wenn sie diesen Bedingungen nicht genügen. Der soziale Sinn solcher perlokutionärer Akte besteht darin, soziale Macht zu inszenieren, indem man demonstriert, dass der Adressat einem Befehl wehrlos unterworfen ist und nicht anders kann, als der Anordnung zu folgen. Damit wird signalisiert, dass die anordnende Instanz von den Bedingungen der Akzeptabilität und Legitimität der Anordnung deswegen ausgenommen ist, weil die unterworfenen Person nicht über die soziale Macht verfügt, die Einhaltung dieser Bedingungen einzumahnen.

mal ist. Wäre dem so, dann könnte die Regierung mit Rauchern machen, was sie will. Den Nachteilen, die über sie verhängt werden, könnten die Raucher nicht entkommen. Indes handelt es sich dabei nicht um eine unveränderliche Eigenschaft (Raucher sehen das bekanntlich anders). Insofern ließe sich die Steuererhöhung als gesundheitspolitische Maßnahme mit günstigen Budgeteffekten deuten. Fraglich ist daher, ob Raucher das Recht haben, ihre Eigenschaft, Raucher zu sein, wie eine unveränderliche Eigenschaft behandelt zu wissen. Es gibt also neben der deskriptiven eben auch eine normative Verwendung von „Unveränderlichkeit“. Zusammengehalten werden sie dadurch, dass, wer auch immer in einer der beiden Bedeutungen etwas „Unveränderliches“ an sich hat, von Benachteiligungen frei bleiben muss. Als Träger eines unveränderlichen Merkmals ist zu betrachten, wer ohne Nachteil sein darf, was er oder sie aufgrund des Merkmals ist. Umfasst werden also beide Verwendungen von dem Freiheitsbegriff, den ich in Abschnitt 223 beiläufig eingeführt habe. Denn in der deskriptiven wie in der präskriptiven Verwendung haben die Betroffenen ein Recht, frei von Hindernissen das zu sein, was durch „unveränderliche“ Merkmale oder Umstände indiziert wird (also etwa schwarz, weiblich, blind, spastisch, religiös, schwul, lesbisch, politisch unbequem, missgebildet, hässlich, langsam, faul, primitiv, unflexibel, fremd etc.)

230. Extensionale und intensionale Prädikate

Man wird vermuten, dass bei der Demütigung und bei der Stereotypisierung die Unveränderlichkeit in ihrer deskriptiven Bedeutung eine Rolle spielt. Denn den Adressaten ist es nicht möglich, sich dem Zugriff des verwendeten Merkmals zu entziehen. Personen weiblichen Geschlechts sind eben „Frauen“, auch wenn sich die Mitglieder dieser Gruppe voneinander gravierend unterscheiden. Es sieht daher so aus, als würde bei der Demütigung und der Stereotypisierung die (personen-neutral vermittelte Berücksichtigung der) Eigenperspektive von Personen durch die Anknüpfung an ein unveränderliches Merkmal oder einen solchen Umstand *ersetzt*. Allerdings besteht, was diese Substitution angeht, ein erheblicher Unterschied zwischen diesen beiden Fällen der Diskriminierung.

Das Merkmal, an welches anzuknüpfen die Bedingung der Demütigung ist, hat einen gänzlich arbiträren Charakter. Die Hautfarbe ist, wenn man von Sonderfällen wie Michael Jackson einmal absieht, ein unveränderliches Merkmal. Zur Diskriminierung eignet es sich unter der Bedingung, dass einige eine andere Hautfarbe als andere haben. Wenn Menschen mit einer bestimmten Hautfarbe eine höhere Steuerlast als anderen auferlegt wird, dann werden sie willkürlich anders behandelt. Für die Demütigung ist es also charakteristisch, dass zwischen dem unveränderlichen Merkmal (dem unveränderlichen

Umstand) und dem Zweck der Ungleichbehandlung keine wie immer geartete rationale Beziehung besteht, außer jener, dass durch die Verwendung des Merkmals sich eine Gruppe einer willkürlichen Behandlung *unterwerfen* lässt. Die Rationalität der Maßnahme reduziert sich auf deren bloße Effizienz. Die Bedingung der Diskriminierung – das diskriminierende Merkmal – fungiert als *extensionales Prädikat*. Es ist nur dazu da, die Klasse auszusondern, die den Nachteil zu tragen hat.

Bei der Stereotypisierung verhält sich dies anders. Zwar wird durch die Anknüpfung an Merkmale oder Umstände ebenfalls eine Gruppe ausgesondert, darüber hinaus fungiert aber die Bedingung der Diskriminierung wegen der unterstellten rationalen Beziehung auf den Zweck der Ungleichbehandlung als ein *intensionales Prädikat*. Mit einem solchen Prädikat wird beansprucht, etwas über die Eigenschaften oder Umstände der betroffenen Personen aussagen zu können, an die anzuknüpfen der Zweckverfolgung zuträglich ist. Auch hier wird die Eigenperspektive von Personen nicht wahrgenommen. Allerdings auf andere Weise. Menschen werden nicht ignoriert, sondern falsch beschrieben und eingeschätzt. Der dafür charakteristische Mangel an Unparteilichkeit besteht darin, dass der gesamten Gruppe von Personen oder einiger ihrer Mitglieder mit einem Vorurteil begegnet wird, das aus inadäquaten faktischen (oder kontrafaktischen) Annahmen besteht (Linde 1976, 202–203).

Ich habe in Abschnitt 225 bereits meine Zweifel darüber zum Ausdruck gebracht, ob man eine Form der Diskriminierung als schwerwiegender als andere zu betrachten hat. Auch bei der Stereotypisierung sind Willkür und Geringschätzung im Spiel, allerdings auf andere Weise als bei der Demütigung. Das Prädikat wird ohne Rücksicht darauf angewandt, was die Menschen wirklich sind. Demgegenüber wird bei der Demütigung durch das Prädikat eine bestimmte Klasse von Personen *ausgesondert*, um an ihr Willkür zu üben. Dabei spielt es keine Rolle, dass etwa die Hautfarbe der Menschen mit der Erreichung des Regelungszwecks in irgendeiner Beziehung steht. Das Prädikat dient nur der Identifikation der Klasse, nicht dazu, um eine Aussage über die relevanten Eigenschaften der Mitglieder dieser Klasse zu machen. Man mag einwenden, dass sich eine höhere Besteuerung für Menschen einer bestimmten Hautfarbe eben als Besteuerung dieser Hautfarbe verstehen lasse. Insofern stünde die Anknüpfung an die Hautfarbe in einem rationalen Zusammenhang mit dem Regelungszweck. Indes ist dieser Zweck demütigend. Menschen werden für das, was sie sind und was zu sein sie nicht vermeiden können, pönalisiert.¹⁰

¹⁰ Man wird die Frage stellen wollen, wie es um die Bestrafung von Rechtsbrechern bestellt sei. Wird durch eine Verurteilung zurecht ein Unwerturteil über ihre Person zum Ausdruck gebracht? Darf Ihnen die Freiheit deswegen entzogen werden, weil sie im Vergleich zu anderen einen geringeren Wert haben?

Auch bei der Stereotypisierung ist es den Adressaten der Regelung so gut wie unmöglich, die Merkmale nicht zu tragen oder in den Umständen nicht zu stecken, aufgrund derer sie einer Zweckverfolgung unterworfen werden. Unterworfen sind sie, weil nicht zur Kenntnis genommen wird, dass sie nicht sind, was das Stereotyp über sie aussagt. Ein Nachtarbeitsverbot für Frauen mag zwar durchaus den Zweck verfolgen, Frauen vor der Kumulation beruflicher und familiärer Belastungen zu bewahren. Es wird dennoch gleichheitswidrig sein, wenn es auf Vorurteilen oder breiten Generalisierungen über die soziale Situation von Frauen beruht. Stereotypisierung und Demütigung unterscheiden sich also hinsichtlich des Modus, mit dem unveränderliche Merkmale als Bedingungen der Diskriminierung fungieren. Bei der Demütigung ist das unveränderliche Merkmal (oder der Umstand) ein bloßes Vehikel, eine wehrlose Gruppe zu identifizieren und zu irgendwelchen Zwecken zu benützen. Bei der Stereotypisierung ist das Merkmal eine Bedingung dafür, dass ihre Träger einem Vorurteil zum Opfer fallen.

231. Anpassungsfähigkeit

Ich komme nun zur normativen Konnotation der „Unveränderlichkeit“ (siehe Abschnitt 229). Sie führt uns zur Überdeterminierung zurück. Wenn meine in den Abschnitten 225 und 227 eingeführte These zutrifft, dass sich mit Blick auf die Überdeterminierung das letzte Geheimnis der Diskriminierung lüften lässt, dann sind wir dazu verhalten, deren Begriff von der Anpassung des Opfers an diskriminierendes Verhalten her zu denken. Der Begriff der Diskriminierung würde nicht verstanden, wenn man ihn nicht aus der Perspektive der *Mitarbeit des Opfers* konzipierte. Da eine solche Betrachtungsweise beansprucht, alle Fälle der Diskriminierung zu umfassen, sollte sich mit ihr auch Licht auf die deskriptive Konnotation der „Unveränderlichkeit“ werfen lassen. Das will ich im Folgenden versuchen. Wenn ich also weiterhin von unveränderlichen Merkmalen spreche, dann ist damit, außer wenn

Es dürfte auf der Hand liegen, dass dies nicht der Fall ist. Das gesetzeskonforme Verhalten, das in die Rechtsgüter anderer oder kollektive Güter nicht eingreift, gehört zu jenem Verhalten, das wir *zurecht* voneinander fordern dürfen. Von jedem, der eine zurechnungsfähige Person ist, darf die Befolgung einschlägiger Normen erwartet werden. Bei der Begründung dieser Strafnormen werden wir als potentielle Rechtsbrecher nicht missachtet, sondern umfassend berücksichtigt. Solche Normen bringen den Respekt zum Ausdruck, den jede Person jeder anderen Person schuldet. Durch die Bestrafung wird dieser Respekt wiederhergestellt – im Verhältnis zum Opfer, aber auch zum Täter. Pathologische Fälle werden von der Strafbarkeit ausgenommen, um ihren gleichen Wert zu achten und nicht weil sie minderwertig sind.

ich die gegenteilige Verwendung hervorhebe, stets die „Unveränderlichkeit“ in einem deskriptiven Sinne gemeint.

Die Mitarbeit des Opfers ist ein allseits bekanntes Phänomen. Wenn man einer benachteiligenden Behandlung unterworfen ist, wird man zunächst versuchen, deren Effekt aufzuheben, indem man sich ihrem Zugriff entzieht. Ob dies gelingen kann, hängt von der „evasive power“ (Yoshino 1998, 508) der betroffenen Personen ab. Sie ist als die Handlungsmacht zu verstehen, die man benötigt, um die Folgen einer Benachteiligung zu neutralisieren. Im Vergleich dazu besteht die „transformative power“ aus der Möglichkeit, andere davon zu überzeugen, das benachteiligende Verhalten einzustellen. Wenn diese speziellen Formen von „exit“ und „voice“ (Hirschman 1970) nicht zur Verfügung stehen, kann man bloß versuchen, den unmittelbaren Nachteil einer Diskriminierung zu vermeiden, indem man sich ihr gegenüber *anpasst*. In dieser Anpassung ist die Mitarbeit des Opfers zu erblicken (zum Folgenden Yoshino 1998, 500–502).

232. Konvertieren, Verstellen und Ducken

Im Falle der Überdeterminierung ist es denkbar, das unterstellte moralische Personsein anzunehmen (das Sosein also zu verändern) und zu *konvertieren*. Aus Bauern werden Banker. Der *normative* Anspruch auf Unveränderlichkeit wird damit aufgegeben. Man verzichtet auf das So-Und-Nicht-Anders-Sein. Analoges lässt sich aber auch für die *deskriptive* Unveränderlichkeit beobachten. Im Falle der Stereotypisierung mag es möglich sein, sich zu *verstellen*, um in seinem (an sich unveränderlichen) Anderssein nicht aufzufallen (Goffman 1963, 92–112). Philosophen schreiben juristische Abhandlungen. Im Falle der Demütigung könnte man sich, wenn die Verstellung nicht funktioniert, immerhin noch *ducken*, um der demütigenden Behandlung – der „existential rejection“ – zu entgehen. Wer sich duckt, macht seine Existenz unauffällig, um der Missachtung seiner Existenz vorzubeugen. Der Schwule taucht in der Öffentlichkeit nie mit seinem Lebensgefährten auf. Die Unterschiede dürften unmittelbar einleuchten. So können sich etwa lesbische Frauen dazu verhalten sehen, ihre sexuelle Orientierung in einer heterosexuellen Beziehung zu unterdrücken (Konvertieren), im Umgang mit Männern eine sexuelle Attraktion vorzutäuschen (Verstellung) oder in der Öffentlichkeit mit ihren Freundinnen zumindest keine Zärtlichkeiten auszutauschen (Ducken).

Zwischen der Verstellung und dem Ducken besteht ein nicht unbedeutender Unterschied (ebd., 125; Yoshino 1998, 501). Wer sich verstellen kann, der ist in der Lage, etwas zu verbergen. Durch das Ducken versucht man, etwas unauffällig zu machen, das sich nicht oder nur schwer verbergen lässt. Selbst wenn eine Person ein auffälliges Merkmal trägt, hat sie es in gewisser

Weise in der Hand, soziale Techniken zu verwenden, die es weniger aufdringlich machen. Goffman hält dazu fest (1963, 126–127):

For example, a near blind person who knows that the persons present know about his differentness may yet hesitate to read, because to do this he would have to bring the book to a few inches of his eyes, and this he may feel expresses too glaringly the qualities of blindness. This type of covering, it should be noted, is an important aspect of the ‚assimilative‘ techniques employed by members of minority ethnic groups; the intent behind devices such as change in name and change in nose shape is not solely to pass, but also to restrict the way in which a known-about attribute obtrudes itself into the center of attention, for obtrusiveness increases the difficulty of maintaining easeful inattention regarding the stigma.

Auch Personen, die zu auffälligen Gruppen gehören, deren Angehörige durch ein unveränderliches Merkmal gekennzeichnet sind und daher weder konvertieren noch sich verstellen können, sind in der Lage, Techniken des Duckens zu verwenden, um die soziale Aufmerksamkeit von dem abzuziehen, was sie sind.

Konvertieren ist so gut wie unmöglich, wenn man ein *unveränderliches* oder *sichtbares* Merkmal trägt, an das eine diskriminierende Praxis anknüpft. Auch das Verstellen und das Ducken sind einigermaßen schwierig. Weil es daher so aussieht, als ob das Opfer solcherart der Diskriminierung überhaupt nicht entgehen *kann*, und darüber hinaus für etwas – das Tragen des Merkmals – einen Nachteil leidet, das es nicht im mindesten zu verantworten hat, gelten Diskriminierungen als besonders gravierend, wenn sie an ein unveränderliches oder sichtbares Merkmal anknüpfen.

233. Die adaptive Reduktion

Sobald der Diskriminierung aufgrund eines unveränderlichen oder sichtbaren Merkmals durch das Anlegen eines strengeren Prüfungsmaßstabs besonderer Schutz gewährt wird, erhält das Gleichheitsrecht den von Yoshino (1998, 490, 502) so beeindruckend analysierten „assimilationist bias“ (siehe schon Abschnitt 5). Denn umgekehrt wird von Personen, die kein solches Merkmal tragen, erwartet, dass sie konvertieren oder sich verstellen, wenn sie Nachteile vermeiden wollen (ebd., 502):

The immutability factor withholds protection from groups that can convert, leaving them susceptible to legislation that pressures them to do so. The visibility factor similarly withholds protection from groups that can hide their defining trait, making them vulnerable to legislation that induces them to pass.

Wenn Gruppen betroffen sind, die kein unveränderliches und sozial sichtbares (insofern: stigmatisierendes) Zeichen tragen, verwandelt sich aufgrund des „assimilationist bias“ die Annahme von Anpassungsfähigkeit in ein Sollen. Darin besteht das, was ich in Abschnitt 5 als die adaptive Reduktion des Gleichheitsrechts bezeichnet habe. Die deskriptive Feststellung, dass eine Gruppe sich anpassen kann, gibt sich dann unverwandt als normative Erwartung zu erkennen, dass die Gruppe sich anzupassen habe (ebd., 506). Das geht auf Kosten des normativen Sinns der Unveränderlichkeit (siehe Abschnitt 229). Im Resultat erhält man einen Diskriminierungsschutz der selbst diskriminierend ist, weil er gegenüber der Überdeterminierung indifferent ist.

Es ist nicht zu übersehen, dass die Nötigung, zu konvertieren, sich zu verstellen oder sich zu ducken, die *Folge* der Diskriminierung ist. Diese Folge lässt sich in allen Fällen – also auch dann, wenn die Unveränderlichkeit in einem deskriptiven Sinne relevant ist – aus der Perspektive der Überdeterminierung beschreiben. In der Unausweichlichkeit des Ausweichens, um Nachteile vermeiden zu können, wirkt die Diskriminierung fort. Wenn eine Person zur Vermeidung beruflicher Nachteile besser daran tut, ihr religiöses Bekenntnis, ihre politische Einstellung oder ihre sexuelle Orientierung zu verbergen, dann ist sie durch die Notwendigkeit, vor Diskriminierung ausweichen zu müssen, noch diskriminiert. Sie hat adaptives Verhalten zu leisten. Wegen dieser ihrer Folge lässt sich die Bedeutung der Diskriminierung, wie ich in Abschnitten 225, 227 behauptet habe, erst vollständig unter Rekurs auf die Überdeterminierung bestimmen. Aus der Perspektive der *Mitarbeit des Opfers* sind alle drei Formen der Diskriminierung als *Überdeterminierung* beschreibbar. Da sich in dieser das Moment der Demütigung aufbewahrt, ist die Anpassung der letztlich *demütigende* Preis, den Opfer der Diskriminierung beim Versuch, ihren Folgen zu entgehen, zu entrichten haben (Yoshino 1998, 509). Aus dieser Perspektive zweiter Ordnung wird die Tiefe des Unrechts der Diskriminierung erster Ordnung uns zugänglich. Konversion, Verstellung und Ducken machen das Unrecht explizit, das durch die direkte Überdeterminierung, die Stereotypisierung und die Demütigung über die Menschen verhängt wird.

234. Die zentrale Aporie des Gleichheitsrechts

In der Einleitung und ersten Kapitel habe ich zwei Aporien des Gleichheitsrechts erörtert (siehe Abschnitte 5, 7, 20, 25). Die erste Aporie besteht darin, dass die Anwendung des Antidiskriminierungsgrundsatzes eine Komponente des Geflechts sozialer Diskriminierung ist, das durch sie entwirrt werden soll. Die zweite Aporie liegt in der Umdeutung des als Ausdruck von Antidiskriminierung konzipierten Gleichheitsrechts in ein Sachlichkeitsgebot. Die

Überlegungen haben nunmehr einen Punkt erreicht, an dem wir auf eine dritte Aporie des Gleichheitsrechts stoßen. Weil sie die Bestimmung von Diskriminierung selbst betrifft, ist es angezeigt, sie als die zentrale Aporie des Gleichheitsrechts zu begreifen.

Durch die Anpassung wird das Unrecht der Diskriminierung scheinbar zum Verschwinden gebracht. Die Parteilichkeit kennt, so gesehen, ihre eigene Form, sich zu verhüllen, indem sie sich kraft Mitarbeit des wehrlosen Opfers als Unparteilichkeit ausgibt. Bei Knappheit an Arbeitsplätzen zählt ungebremster Leistungswille. Er muss auch von jenen bekundet werden, die daran seelisch zugrunde gehen. Der Grund, weshalb es freilich der Parteilichkeit gelingen mag, sich in den Mantel der Unparteilichkeit zu hüllen, ist darin zu erblicken, dass wir, um überhaupt moralisch begründen zu können, voneinander wechselseitig fordern dürfen und müssen, ein bestimmtes Sosein anzunehmen. Wir müssen durch die gemeinsame Unterstellung von Konzeptionen des moralischen Personseins miteinander verbunden sein, um einander gegenseitig überzeugen zu können. Die Anpassung ist auch an sich kein moralisches Übel. Sie kann befreiend für Menschen sein, denen es an Mut mangelt, ihr kontingentes Sosein zu überschreiten. Welche Form der Anpassung uns als demütigender Preis an das In-Gesellschaft-Sein gilt, ist letztlich eine Frage der Resistenz gemeinsamer kulturell geprägter Verständnisse über das moralische Personsein (Somek 1998g, 30–31). Darin liegt die zentrale Aporie des Gleichheitsrechts. Der von ihm ausgehende Schutz ist von kulturell geteilten Überzeugungen abhängig. Welche Überzeugungen vorherrschen, ist immer auch eine Frage der sozialen Macht. Es lässt sich daher die Gefahr nicht bannen, dass die Ohnmächtigen auch ohnmächtig bleiben. Die Parteilichkeit wird sich umso eher als Unparteilichkeit tarnen können, je mehr deren Opfer der Hegemonie eines Menschenbilds erliegen und ihrer eigenen Verdinglichung zuarbeiten. Verletzungen der Unparteilichkeit sind aus diesem Grund nicht leicht zu durchschauen. Die meisten Menschen machen sich mit knechtischem Bewusstsein – als die Sambos der modernen Zivilisation (Herzog 1989, x) – systematisch für die Verdinglichung ihrer Person blind, zumal sie davon ausgehen, dass die soziale Welt eben so ist, wie sie ist. Das ist das Geheimnis der Anpassung. Durch sie wird Selbstverdinglichung zuletzt noch zur sozialen Tugend der Schwachen (Horkheimer, 1947, 25–26; Lohmann 1991, 344–345).

Vor diesem Hintergrund mag verständlich werden, weshalb zwischen der Antidiskriminierung und einer auf starken politischen Rechten basierenden Demokratie ein unaufhebbarer Zusammenhang besteht. Die demokratische Partizipation ist ein notwendiger Garant der privaten Autonomie. Die private Autonomie ist die Voraussetzung für die freie politische Partizipation (Habermas 1992, 151–164). Der politische Kampf um Anerkennung (Honneth 1992, 263–264) bietet der gedemütigten Freiheit eine reelle Chance, die Unterwerfung unter Anpassungszwänge abzuwehren. So gesehen entspringt

es keinem Zufall, dass seit Aristoteles – wenn auch von diesem nicht ohne polemische Absicht – die Demokratie mit dem Prinzip in Zusammenhang gebracht wird, dass jeder tun kann, was er will (Aristoteles, P, 1310b 32). Eine Demokratie verdient unsere Bewunderung, wenn sie von Bürgerinnen und Bürgern getragen wird, die an ihrer Freiheit ein Interesse nehmen. Sollte dieses Interesse nachlassen oder verloren gehen, dann sind Demokratien gefährdet, zu jenen Anstalten der Wohlstandsverwaltung zu degenerieren, in denen Tocqueville die moderne Form der Tyrannis erblickte (de Tocqueville 1835/1840, 814–817). Sie entzieht den Bürgern, indem sie deren Wohlergehen sichert und festlegt, welche Funktionen dafür zu erfüllen sind, schleichend und mit freundlichem Gesicht „die Verfügung über sich selbst“ (ebd., 814). Menschen, die sich willenlos in ein Schicksal fügen, das andere über sie verhängt haben, ist auch durch Antidiskriminierung nicht mehr zu helfen.

235. *Scheinbar triviale Fälle*

Man wird den vorstehenden Überlegungen entgegenhalten wollen, sie seien bestenfalls auf die dramatischen, nicht aber auf die trivialen Fälle der Ungleichbehandlung zugeschnitten. In vielen Fällen, in denen eine Ungleichbehandlung problematisch erscheint, wird den Opfern eine schlichte Verhaltensanpassung auferlegt, die ihr Sosein nicht weiter berührt. Sie wirkt sich oftmals nur auf die Geldbörse aus. Aufgrund ihres größeren Einkommens haben manche wegen des progressiven Tarifs eine höhere Steuerlast zu tragen als andere. Es wäre wohl einigermaßen absurd zu behaupten, sie würden aufgrund ihres größeren wirtschaftlichen Geschicks diskriminiert.

Dennoch gehen wir davon aus, dass eine erlittene wirtschaftliche Benachteiligung rechtlich nicht unerheblich ist. Wenn beispielsweise gewisse Körperschaften einen Steuervorteil nicht genießen, den andere in Anspruch nehmen können, erleiden sie einen Wettbewerbsnachteil. Eine solche Benachteiligung wird nicht für rechtlich unerheblich gehalten. Es wäre allerdings auch in diesem Fall absurd zu behaupten, juristische Personen seien durch die betreffende Regelung in ihrem „Sosein negiert“ oder gar „gedemütigt“ worden. Also kann meine Analyse nicht auf solche Fälle zugeschnitten sein.

Zu diesem Einwand lassen sich zwei Gegeneinwände formulieren. Sie sind dazu angetan, die Umstände der Anwendung des Antidiskriminierungsgrundsatzes in dessen Verhältnis zum elementaren gleichheitsrechtlichen Rationalitätsstandard zu erhellen.

236. Die oberflächliche Übersetzung und der Vorrang des grundrechtlichen Rationalitätsstandards

Zunächst ist an etwas zu erinnern, das ich bereits in Abschnitt 182 hervorgehoben habe. Der grundrechtliche Rationalitätsstandard ist in seiner gleichheitsrechtlich integrierten Form für den Gehalt des Antidiskriminierungsgrundsatzes vorerst *blind*. Er rezipiert diesen in der Form eines bloßen Verbots der blanken Ungleichbehandlung. Eine solche liegt vor, wenn sie sich nicht im Hinblick auf die Verfolgung eines legitim erscheinenden Zwecks als rational darstellen lässt. Gleichwohl ist der Rationalitätsstandard mit dem Antidiskriminierungsgrundsatz verkoppelt. Aufgrund dieser Verkoppelung lässt sich jede blanke Ungleichbehandlung in der Sprache des Antidiskriminierungsgrundsatzes ausdrücken und als „Diskriminierung“ bezeichnen. Der progressive Steuertarif gilt daher *prima facie* als „diskriminierend“. Darin liegt die Oberflächlichkeit der Übersetzung. Jede Ungleichbehandlung ist – zumindest solange Personen direkt betroffen sind – eine „Diskriminierung“. Das Prädikat wird unabhängig von der Bedeutung des Antidiskriminierungsgrundsatzes verwendet. Deswegen bleibt bei der Anwendung des Rationalitätsstandards abgedunkelt, inwiefern Ungleichbehandlungen wie die Vorstehenden sich als *Diskriminierung* im Sinne des Antidiskriminierungsgrundsatzes deuten lassen.¹¹ Der Vorrang des grundrechtlichen Rationalitätsstandards vor dem Grundsatz, der über die Bedeutung eines Grundrechts seinen Ausschlag gibt – in diesem Fall handelt es sich um den Antidiskriminierungsgrundsatz –, ist dafür verantwortlich, dass die Bedeutung des Grundsatzes nicht aufgeklärt wird und er daher nur *unspezifisch* ins Spiel kommt.¹² Die Rechtsprechung kann sich daher mit Andeutungen darüber begnügen, ob die Diskriminierung in D1, D2 oder D3 begründet ist. Jede Ungleichbehandlung, die sich nicht durch ihren rationalen Bezug auf einen legitimen Zweck rechtfertigen lässt, gilt als Verletzung des Gleichheitsrechts, ohne Rücksicht darauf, ob ein extensionales oder intensionales Prädikat im Spiel ist oder die Ungleichheit als demütigend oder überdeterminierend zu bezeichnen ist. Insofern hat der gleichheitsrechtliche Rationalitätsstandard Vorrang vor dem Antidiskriminierungsgrundsatz. Aus diesem Vorrang erklärt sich, dass das Gleichheitsrecht tendenziell über sich selbst hinauschießt. Aufgrund der Oberflächlichkeit der Übersetzung im Verhältnis von Rationalität und Diskriminierung vermag es, mehr Ungleichheiten als „Diskriminierung“ abzulehnen

¹¹ Indem der Antidiskriminierungsgrundsatz expliziert, was an der Ungleichbehandlung das Unrecht darstellt, erhellt er die Bedeutung des Grundrechts. Kein Grundrecht als Zweckverbot kommt letztlich ohne eine solche Erläuterung seiner Bedeutung aus.

¹² Es versteht sich von selbst, dass darin auch eine Wurzel von Fehlern bei der Anwendung des Gleichheitsrechts zu erblicken ist.

als sich bei Anwendung des Antidiskriminierungsgrundsatzes als solche deuten lassen.

Trotz seines Vorrangs ist der gleichheitsrechtliche Rationalitätsstandard auf den Antidiskriminierungsgrundsatz bezogen. Eine blanke Ungleichbehandlung gibt zur Vermutung Anlass, dass Menschen gedemütigt werden. Denn wenn sich für eine Ungleichbehandlung kein anderer rationaler Zweck finden lässt als die Ungleichbehandlung selbst, dann hätte die betroffene Person, um ihr ausweichen zu können, *in einem gänzlich banalen Sinne* eine andere Person zu sein.

Der gleichheitsrechtliche Rationalitätsstandard lässt sich in seiner integrierten Form auch reflexiv dazu verwenden, Benachteiligungen, die an ein bestimmtes Merkmal anknüpfen, als „Diskriminierungen“ zu bezeichnen. Auch in solchen Fällen wird die Anwendung des Antidiskriminierungsgrundsatzes nicht expliziert und spezifiziert. Im Kontext von Freihandelszonen darf etwa nicht aufgrund der Nationalität eines Wirtschaftstreibenden oder aufgrund des Herkunftsorts einer Ware „diskriminiert“ werden. Durch den parasitären Gebrauch von „Diskriminierung“ kann man den hohen Stellenwert zum Ausdruck bringen, dem man dem Ziel des freien Handels beimisst. Die interne Logik des Gleichheitsrechts bleibt erhalten. Es geht um den Ausschluss gewisser protektionistischer Ziele der nationalen Politik.

237. Zur Korrektur der oberflächlichen Übersetzung

Mit den vorstehenden Überlegungen ist aber bloß das Auftreten der gleichheitsrechtlichen Relevanz von Fällen wie jenem über den unterschiedlichen Steuersatz für juristische Personen erklärt. Diese Erklärung bietet aber keine Erledigung des Einwands, dass sich Fälle wie der vorstehende nicht dem hier entwickelten Modell integrieren lassen. Der Einwand lässt sich indes erledigen. Auch ein trivialer Fall wie dieser, der mit der hier entwickelten Auffassung scheinbar nicht in Zusammenhang gebracht werden kann, vermag sie indirekt zu bestätigen. Um dies zu zeigen, ist die Oberflächlichkeit der Übersetzung im Verhältnis von Rationalitätsstandard und Antidiskriminierungsgrundsatz zu beseitigen. Ungleichbehandlungen müssen daraufhin untersucht werden, inwiefern sie sich als Diskriminierungen deuten lassen.

Die Grundrechtsträgerschaft juristischer Personen ist ein Schutzschild für diejenigen, die vermittels einer solchen Organisation ihre Interessen wahrnehmen.¹³ Durch den Grundrechtsschutz für juristische Personen werden alle natürlichen Personen begünstigt, die sich in einer gemeinsamen Situa-

¹³ Einen anderen Zugang zur Problematik wählt der VfGH. Demnach ist „das Grundrecht nach Art. 7 Abs. 1 B-VG [...] auch inländischen juristischen Personen gewährleistet, sofern der Schutz vor Verletzungen des Gleichheitsgrund-

tion befinden, die dadurch zustande kommt, dass sie sich dieser Form der Kooperation zur Wahrnehmung ihrer Interessen bedienen. Zur Bestimmung der Diskriminierung einer juristischen Person ist daher auf die Situation der natürlichen Personen zu achten.

Wenn einem bestimmten Typus von juristischer Person ein Steuernachteil auferlegt wird, dann dürften natürliche Personen, die sich ihrer bedienen, eine Mehrleistung erbringen müssen, um dieselben Erträge erzielen zu können wie andere, die diese Organisationsform nicht gewählt haben. Von einer Demütigung kann freilich keine Rede sein. Für sie ist ein Unterschied zwischen Personen als Bedingung der Diskriminierung vorauszusetzen. Demütigen kann man nicht, indem man über jede beliebige Person, die sich einer solchen juristischen Person bedient, insofern sie sich ihrer bedient, einen Nachteil verhängt. Die Unterscheidung zwischen personenbezogenen und auf Umstände bezogenen Merkmalen macht zur Bestimmung der Demütigung also durchaus Sinn. Für die Verwendung eines Stereotyps bestehen in diesem Fall keine Anhaltspunkte. Der Umstand, dass bei gleichem Aufwand für manche, auch wenn es sich um beliebige Personen handelt, nur weniger Ertrag zu erzielen ist, indiziert indes die Geringschätzung des Werts von Anstrengungen. Eine solche Geringschätzung läge allerdings nur dann vor, wenn es Personen nicht zumutbar wäre, andere Handlungsformen zu wählen oder keine distributiven Gründe dafür bestünden, die Erträge abzuschöpfen. Da der Markt die Sphäre ist, in welcher alle wechselseitig zu ihrem eigenen Vorteil sich an das Verhalten der anderen anpassen, kann man die Erwartung an die Anpassungsfähigkeit der Akteure hoch ansetzen. Deswegen ist der staatlichen Fiskal- und Wirtschaftspolitik großer Spielraum zuzugestehen, wenn sie Gemeinwohlziele verwirklicht.¹⁴

satzes solche Merkmale betrifft, die auch für juristische Personen in Betracht kommen können.“ So VfSlg. 13.208/1992.

¹⁴ Am klassischen Fall des deutschen Reinheitsgebots für „Bier“ lässt sich zeigen, dass die Einschätzung der Art der Diskriminierung auch davon abhängt, aus der Perspektive welcher politischen Gemeinschaft man sie betrachtet (C-178/84, Kommission v. Deutschland, Slg. 1987, 1227). Aus der Sicht des nationalen deutschen Rechts sind die ausländischen Produzenten von „Bier“ überdeterminiert, weil ihnen aufgebürdet wird, nicht nur den Produktionsregeln ihres Heimatstaats, sondern daneben auch den deutschen Regulierungen entsprechen zu müssen, wenn sie in Deutschland Bier verkaufen wollen. Eine solche „dual burden rule“ (Craig – de Búrca 1998, 611) erschwert den Marktzugang für transnationale Produzenten. Sie müssen zusätzliche Aufwendungen machen, um in den deutschen Markt einbrechen zu können. Der Einwand, dass deutsche Bierproduzenten aufgrund von Reziprozität es ebenfalls schwerer haben dürften, ihr Bier im Ausland zu verkaufen, vermag nicht zu stechen. Mit der Grundfreiheit des Art. 30 (jetzt 28) EGV wird (natürlich in der Interpretation von *Dassonville* und *Cassis de Dijon*) der gleiche Zugang

Wenn das Gleichheitsrecht nicht unspezifisch zur Anwendung gelangte, *müsste* in den „trivialen Fällen“ mit der Kategorie der Überdeterminierung operiert werden. Dies wäre allerdings nur dann zu beobachten, wenn das Gleichheitsrecht nicht in der durch den grundrechtlichen Rationalitätsstandard verkürzten – und insofern unspezifischen – Version in Verwendung stünde. In diesem Format beruht es auf der *schlichten* Integration des Antidiskriminierungsgrundsatzes in den elementaren grundrechtlichen Rationalitätsstandard. Aufgrund dieser Integration, an der sich die Oberflächlichkeit der Übersetzung manifestiert, gilt jede unbegründete Ungleichbehandlung als diskriminierend. Das Gleichheitsrecht hat aus der Sicht des Antidiskriminierungsgrundsatzes einen überschießenden Charakter.¹⁵

238. *Die ironische Inversion*

In den verbleibenden Abschnitten dieses Kapitels möchte ich zu erklären versuchen, weshalb die gerichtliche Anwendung des Gleichheitsrechts für den „assimilationist bias“ anfällig ist, den ich in den Abschnitten 5 und 233 in Anschluss an Yoshinos Analyse eingeführt habe. Dafür gibt es sowohl einen systematischen Grund als auch eine soziale Ursache.

Ich habe bereits ausgeführt (siehe Abschnitte 225, 227), dass in der Überdeterminierung ein Moment der Demütigung aufbewahrt ist. Niemand darf zu Vermeidung eines Nachteils dazu genötigt werden, jemand anderer als er oder sie selbst zu sein. Außerdem habe ich darauf hingewiesen, dass dieses Moment auch in der Identifikation der blanken Ungleichbehandlung aufgrund des gleichheitsrechtlich integrierten elementaren Rationalitätsstandards anklingt (siehe Abschnitte 180, 236). Wenn die Ungleichbehandlung ein Selbstzweck zu sein scheint, dann würde von einer Person zur Vermeidung des Nachteils verlangt, nicht zur benachteiligten Gruppe zu gehören.

zum gemeinsamen Markt als Normalfall gesetzt. Ein transnationaler Produzent darf nicht mehr belastet sein als jemand, der für den nationalen Markt allein produziert. Die Gleichheit schützt in der Form eines derivativen Rechts, das aus Art. 30 (jetzt 28) EGV folgt. Wenn man denselben Fall hingegen aus der europäischen Perspektive betrachtet, dass ein Mitgliedstaat den Angehörigen eines andern schlechter behandelt, ist dies für einen Bürger der Union in der Tat demütigend. Seine Existenz als Produzent wird aufgrund des arbiträren Umstands nicht zur Kenntnis genommen, dass er im Ausland produziert.

¹⁵ Außerdem spielt die Bedeutung des Gleichheitsrechts, die es durch die Integration des Antidiskriminierungsgrundsatzes erhält, aufgrund der Anwendung von Kriterien der Sachgerechtigkeit keine Rolle. Gleichwohl müssten, wenn man das Gleichheitsrecht korrekt anwendete, diese Kriterien selbst dem Antidiskriminierungsgrundsatz genügen.

Darin *mag* eine „existential rejection“ im Sinne der Demütigung zu erblicken sein.

Dennoch ist es Personen, die immer schon in Verhältnissen der sozialen Kooperation mit anderen stehen, unmöglich, unter *Bedingungen der Gegenseitigkeit* die Anpassung an Regeln der individuellen Verantwortung zu vermeiden. Sie ist unumgänglich. Andernfalls könnten Regeln der sozialen Kooperation nicht mit dem Anspruch auf Unparteilichkeit behauptet werden. Als gleichwertige Personen haben wir uns also immer schon gegenseitig die Fähigkeit zu Anpassungen an die Bedingungen fairer Kooperation zuzuschreiben (Rawls 1993, 186). Als Gleiche müssen wir uns als Personen bestimmen, die im Prinzip anpassungsfähig sind. Darin liegt eine ironische Inversion des Gleichheitsrechts. Um im Verhältnis zu anderen ohne Nachteil sein zu können, was man ist, muss man sich immer schon als anpassungsfähig bestimmt haben. Indem die Anpassungsfähigkeit als Bedingung für den fairen Genuss der eigenen Freiheit zu verstehen ist, steckt im Gleichheitsrecht vom Ansatz her eine unaufgelöste Spannung. Deswegen haben Freiheit und Gleichheit eine Geschichte. In dieser Geschichte droht das Gleichheitsrecht immer dann auf der Strecke zu bleiben, wenn die Anpassungsfähigkeit nicht als etwas Unumgängliches, sondern als etwas *Verdienstliches* gilt. Denn damit wird *auch* die Mitarbeit des Opfers von Diskriminierungen zur sozialen Tugend erhoben.

239. Der gemeine Verstand

Auf der Ebene der Gerechtigkeitsvorstellungen des gemeinen Verstandes erwarten wir von uns Anpassungsfähigkeit bei der wirtschaftlichen Kooperation. Sie gilt dort auch als etwas Verdienstliches (Rawls 1975, 345). Der wirtschaftliche Erfolg wird als der Lohn für die *Anpassung* an ökonomische Gegebenheiten und Chancen verstanden. Die Menschen betrachten ihre Ziele als von ihnen verschiedene und disponible Interessen. Sie richten ihre Verfolgung gemessen an den Möglichkeiten ein, diese Interessen zu verwirklichen (Menke 1996, 150). Der Inhalt ihrer Ziele ist von untergeordneter Bedeutung. Wesentlich ist der Ertrag. Um ihn zu steigern, sollte man Gelegenheiten ergreifen, wo sie sich bieten. Wer dabei Flexibilität beweist und erfolgreich ist, erlangt auch einen nicht unbeträchtlichen sozialen Status. Er lässt sich in diesem Bereich auch verhältnismäßig leicht messen. Einkommen und Vermögen machen das Inkommensurable kommensurabel (Lyotard 1987, § 245, S. 288).

Die ökonomische Anpassungsfähigkeit ist gegenüber dem Gehalt von Zielen blind. Der Umstand, dass Menschen Ziele verfolgen, weil sie ihnen wertvoll erscheinen (wie etwa die Übersetzung antiker Schriften oder die Reportage von Menschenrechtsverletzungen), sie einer Leidenschaft erlie-

gen (und nächtelang Liebesbriefe schreiben) oder sie sich spontan ihren Launen überlassen, ist unter ihrem Vorzeichen nur als freiwilliger Einkommensverzicht registrierbar. Wir haben uns daran gewöhnt, es als freiwilligen Trade Off zu betrachten, wenn Menschen sich wenig einträglichen Zielen hingeben, die aufgrund unserer kulturell geprägten Überzeugungen als wertvoll gelten, oder einfach spontanen Eingebungen folgen. Dieses expressive Verhalten ist für Personen gleichwohl nicht disponibel. Es gibt darüber Auskunft, was eine Person *ist*. Wenn es uns nicht zur Verfügung stünde, wären wir alle nichts anderes als anpassungsfähige Wesen. Ein anpassungsfähiges Wesen hat allerdings stets die Möglichkeit, *beliebige* andere Ziele zu verfolgen und damit höhere Erträge zu erzielen. Die Freiheit hat einen Preis, wenn es sich nicht um die Erwerbsfreiheit handelt. Der Gedanke, dass die schlecht bezahlten Reporter von Menschenrechtsverletzungen einen Nachteil daraus haben, dass sie durch die Verfolgung dieser Ziele *zum Ausdruck* bringen (Anderson 1993, 23–24), was sie sind – nämlich Menschen, die sich in den Dienst des friedlichen Kampf gegen Tyrannei und Entrechtung stellen – lässt sich in der „commercial society“ kaum noch formulieren.

240. *Der gleichheitsrechtliche Stoizismus*

Verfassungsrichter operieren unter anderem aufgrund von moralischen Überzeugungen, die sie als Gesellschaftsmitglieder aufgesogen haben und für die Ausübung ihres hohen Berufs mitbringen. Es ist daher nicht verwunderlich, dass die Erwartung an Anpassungsfähigkeit auch die Rechtsprechung zum Gleichheitsrecht in einer wesentlichen Frage dominiert. Sie manifestiert sich an der Konzeption unterschiedlicher Prüfungsmaßstäbe.

Nach Justice Powells Meinung in *Bakke* besteht die Problematik einer bevorzugten Behandlung von Angehörigen einer Rasse bei der Vergabe einer bestimmten Anzahl von Studienplätzen darin, dass sie dazu angetan sein könnte, vorhandene Stereotypen zu verstärken. Überdies ist es seines Erachtens unstatthaft, Personen (also: qualifizierte Bewerber) zum Ausgleich eines Missstandes zu benachteiligen, obwohl sie zu dessen Entstehung nichts beigetragen haben. Wie auch immer man zur Frage stehen mag, ob diese Argumente auf die Zulassungsregelung der University of California in Davis anwendbar sind, dem Typus nach laufen die Einwände, die Powell aus gleichheitsrechtlicher Sicht vorbringt, darauf hinaus, dass die Regelung *demütigend* ist. Weiße Bewerber werden so behandelt, als könne man mit ihnen alles machen, *was man will*, um eine Situation zu beheben, die als soziales Übel wahrgenommen wird. Ihr mit ihrer besseren Qualifikation verbundenes, aber auch davon unabhängiges und mindestens ebenso starkes Interesse an einem Ausbildungsplatz zählt nicht.

Den weißen Bewerbern steht wegen der Unveränderlichkeit des Merkmals, an das die Ungleichbehandlung geknüpft wird, das Konvertieren als Mittel der Anpassung nicht zur Verfügung. Mit dem Fehlen dieser Möglichkeit ist die Grenze der erwartbaren Anpassungsfähigkeit bezeichnet. Ducken und Verstellen (wie im Film „Soulman“ parodiert) kommen als Alternativen ohnedies nicht in Betracht. Wesentlich ist, was damit umgekehrt und unter der Hand an Anpassungsfähigkeit erwartet wird. Eine Überdeterminierung führt erst bei der faktischen Unmöglichkeit zur Konvertierung zur Verwendung eines strengen Prüfungsmaßstabs. Der Anpassungsfähigkeit wächst indirekt normative Qualität zu. Sie wird ohne Rücksicht darauf vorausgesetzt, ob sie auf Kosten von wertvollen Zielen geht, vermöge derer Menschen zum Ausdruck bringen können, was sie sind. Eine gleichheitsrechtlich anerkannte Renitenz vermag dem Sosein der Menschen nur zuzuwachsen, wenn das Konvertieren faktisch unmöglich ist. Diesfalls wird ein strenger Prüfungsmaßstab angelegt. Für andere Ungleichheiten genügt der elementare Rationalitätsstandard.

Eine solche Unterscheidung zwischen Prüfungsmaßstäben beruht auf etwas, das ich – in loser Anlehnung an Hegel (1807, 138–139) und Margalit (1996 22–27) – als den „gleichheitsrechtlichen Stoizismus“ bezeichnen möchte. Er gewährt der adaptiven Verallgemeinerung einen weiten Spielraum. Die gleiche Würde und „innere“ Freiheit der Menschen gilt als nicht weiter berührt, wenn Menschen durch rechtliche Ordnungsmodelle dazu verhalten werden, sich an die Umstände der Partizipation an Gütern anzupassen, insofern eine solche Anpassung ex ante möglich erscheint. Vermöge einer impliziten Erweiterung des zeitlichen Horizontes müssten auf seiner Grundlage die Anwendungsfälle von Demütigung und Stereotypisierung auf spektakuläre Fälle reduziert werden. Letztlich müsste es zu jeder Zeit faktisch unmöglich gewesen sein zu vermeiden, ein Merkmal zu tragen, das als extensionales Prädikat der Demütigung oder als Anknüpfungspunkt einer (intensional prädierten) Stereotypisierung taugt. Die *faktische Unmöglichkeit der Anpassung* wird zum Signum des Gleichheitsverstoßes schlechthin (Perry 1979, 1031).

Der gleichheitsrechtliche Stoizismus hält daher das Gleichheitsrecht für ein Recht, das sich in seiner strengen Form mit der Zulässigkeit von Klassifikationen aufgrund unveränderlicher Merkmale beschäftigt. Er hat zur Folge, die freiheitssichernde Funktion der Gleichheit unterbelichtet zu lassen. Anpassung ist Unterwerfung für freie Menschen. Die Überdeterminierung verschwindet in sich selbst und lässt keine Spuren zurück, sobald der Stoizismus die Opfer mitwirken sieht.

Wir werden sehen, inwiefern die Berücksichtigung fundamentaler Interessen in diesem Kontext ein Gegengewicht zu bilden vermag.