

Doris Liebscher

Sind Juden weiß?

von den Schwierigkeiten des rechtlichen Umgangs mit
Antisemitismus

Open Access via institutional repository of Technische Universität Berlin

Document type

Book chapter | Published version

(i. e. publisher-created published version, that has been (peer-) reviewed and copyedited; also known as: Version of Record (VOR), Final Published Version)

This version is available at

<https://doi.org/10.14279/depositonce-15597>

Citation details

Liebscher, D. (2020). Sind Juden weiß? von den Schwierigkeiten des rechtlichen Umgangs mit Antisemitismus. In S. Schüler-Springorum (Hrsg.), Jahrbuch für Antisemitismusforschung 29 (2020) (1. Aufl., Bd. 29, S. 422-452). Metropol.

Terms of use

This work is protected by copyright and/or related rights. You are free to use this work in any way permitted by the copyright and related rights legislation that applies to your usage. For other uses, you must obtain permission from the rights-holder(s).

Sind Juden weiß?

Von den Schwierigkeiten des rechtlichen Umgangs mit Antisemitismus

„Whether the Jews are a religion or a nation, a people or a race, a state or a tribe, depends on the specific opinion non-Jews – in whose midst Jews live – have about themselves, but it certainly has no connection whatever with any germinal knowledge about Jews.“¹

Die Nürnberger Staatsanwaltschaft befasste sich 1926 mit antisemitischen Artikeln im *Stürmer*. Anzeige erstattet hatte der Centralverein deutscher Staatsbürger jüdischen Glaubens (C.V.), der auch mit den Mitteln des Rechts gegen den zunehmend aggressiv auftretenden Antisemitismus mobilisierte. Der C.V. stützte seine Anzeigen entweder auf § 130 Reichsstrafgesetzbuch (RStGB), der bestrafte, „wer in einer den öffentlichen Frieden gefährdenden Weise verschiedene Klassen der Bevölkerung zu Gewalttätigkeiten gegen einander öffentlich anreizt“, oder auf § 166 RStGB, der die Beschimpfung von Religionsgesellschaften und deren Bekenntnissen unter Strafe stellte. Der Nürnberger Oberstaatsanwalt erhob allerdings keine Anzeige gegen den *Stürmer* und dessen Herausgeber Julius Streicher. Seine Begründung folgte einer bei Antisemiten seit der Jahrhundertwende beliebten Argumentation: Juden seien weder eine Klasse im Sinne von § 130 RStGB noch eine Religion im Sinne von § 166 RStGB, sondern eine Rasse und könnten sich daher nicht auf den Schutz des Strafrechts berufen.²

1 Hannah Arendt, *The Jewish Writings*, New York 2007, S. 68 f.

2 Rechtsschutzkommission des C.V., 1927, zit. nach Avraham Barkai, *Wehr Dich!*, München 2002, S. 180. Eindrücklich analysiert dieses Problem auch Christoph Jahr, *Antisemitismus vor Gericht: Debatten über die juristische Ahndung judenfeindlicher Agitation in Deutschland (1879–1960)*, Frankfurt a. M. 2011, S. 207 ff., 262 ff.

Der U.S. Supreme Court hatte im Jahr 1987 über einen Fall antisemitischer Hetze in Maryland zu entscheiden. Die Synagoge der Gemeinde Congregation Shaare Tefila war mit antisemitischen Slogans beschmiert worden, worauf die Gemeinde die Täter wegen Diskriminierung auf Schadensersatz und Entschädigung verklagte. Als Rechtsgrundlage diente ihnen die aus dem Civil Rights Act von 1866 stammende antidiskriminierungsrechtliche Vorschrift 42 US-C. § 1982, die staatliche und private Eingriffe durch „racial discrimination“ in Eigentumsrechte verbietet.³ Die Täter, die in der Verhandlung noch angaben, ihr Ziel sei es gewesen, „the Jewish race“ zu beleidigen, argumentierten strategisch, Juden könnten sich nicht auf das Gesetz berufen, denn sie seien als Teil der „caucasian race“ keine vom Schutzbereich des Gesetzes erfasste Gruppe.

2009 entschied der Oberste Gerichtshof Großbritanniens, die Praxis einer jüdisch-orthodoxen Privatschule (Jewish Free School, JFS), nur Schüler*innen aufzunehmen, die von einer jüdischen Mutter geboren oder nach den Regeln des Büros des Oberrabbiners konvertiert waren, verstoße als „racial discrimination“ gegen den britischen Race Relations Act.⁴ Der Gerichtshof stellte dabei nicht auf die religiöse Tradition ab, sondern auf die ethnische Herkunft der Schüler*innen.

In allen Fällen steht und fällt die Frage des rechtlichen Schutzes also mit der Frage, was Juden *sind*. Eine Religion, eine Rasse, eine Ethnie – und wenn ja, welche? Diese Frage verweist auf einige grundlegende Probleme des Rechts, das, ob strafrechtlich oder zivilrechtlich verfasst, angetreten ist, Diskriminierung „zu verhindern und zu beseitigen“, wie es heute in § 1 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) heißt, und das dabei auf Tatbestandsmerkmale wie eine „nationale, rassische, religiöse oder durch ihre ethnische Herkunft bestimmte Gruppe“ (§ 130 StGB) oder „Rasse und ethnische Herkunft“ (§ 1 AGG) setzt. Zum einen können dabei, wie im Nürnberger Fall von 1926, antisemitische Essentialisierungen reproduziert werden. Zum anderen kann, wie etwa angesichts der

3 U.S. Supreme Court, *Shaare Tefila Congregation v. Cobb*, 481 U.S. 615 (1987), 616. Vorliegend werden die englischen Originalbegriffe *race* und *racial* beibehalten, weil sie nicht immer die gleiche Bedeutung transportieren wie die deutschen Begriffe Rasse und rassistisch. Instrukтив dazu Jacob Tanner, *Race und „Rasse“*, in: Naika Foroutan u. a. (Hrsg.), *Das Phantom „Rasse“*, Köln, 2018, S. 35–46.

4 Supreme Court of the United Kingdom, *R (on the application of E) v Governing Body of JFS and the Admissions Appeal Panel of JFS*, [2009] 2 AC 728, [2010] 2 WLR 153.

Entscheidung in Großbritannien von 1987, der Eindruck entstehen, Juden würden heute nicht mehr diskriminiert, weil sie weiß seien. Der Fall der Jewish Free School zeigt, wie religiöse jüdische Praktiken, die von der christlichen Dominanzkultur abweichen, rassistisch und zugleich als rassistisch gebrandmarkt werden können. Schließlich kann das Antidiskriminierungsrecht auch durch eine Bezugnahme auf die israelische Staatsangehörigkeit umgangen werden.

Meine These lautet vor diesem Hintergrund: Die Frage „Was sind Juden?“ ist schon falsch gestellt. Zu ihrer Erörterung wird zunächst ein Überblick über die aktuelle Rechtslage zum Schutz vor antisemitischer Diskriminierung in Deutschland gegeben. Alsdann wird an historischen und aktuellen rechtlichen Leitentscheidungen erörtert, was Antisemitismus und was Juden im Rechtssinne sind. Abschließend wird zu diskutieren sein, welche alternativen rechtlichen Formulierungen aktuell im Raum stehen.

1. Recht gegen Antisemitismus in Deutschland

Antisemitismus tritt auf vielfältige Weise in Erscheinung, und seine Artikulationen haben auch Auswirkungen auf das Recht. Der Kampf gegen Antisemitismus mit den Mitteln des Rechts wird zumeist mit Blick auf das Strafrecht als Hasskriminalität diskutiert. Das mag nicht verwundern, reagiert doch Strafrecht auf die für die Gesellschaft sichtbarsten und am meisten geächteten Artikulationen antisemitischer Ressentiments. Dazu zählen antisemitischer Terror, wie der Rohrbombenanschlag in Düsseldorf-Wehrhahn im Jahr 2000 oder der Anschlag auf die Hallenser Synagoge an Jom Kippur 2019, körperliche Angriffe oder Bedrohungen in der Öffentlichkeit, Sachbeschädigungen an Synagogen und an jüdischen Geschäften⁵ oder die „Judensau“-Skulptur an der Wittenberger Stadtkirche.⁶ Doch auch im Zivilrecht, in dessen Rahmen nicht der Staat anklagt, sondern Privatpersonen auf Schadensersatz und Entschädigung klagen, wird über Antisemitismus verhandelt.

5 Für Beispiele siehe die Darstellung in RIAS, Antisemitische Vorfälle 2019, Berlin 2020.

6 OLG Naumburg, Urt. v. 4. 2. 2020 – 9 U 54/19.

1.1. Mit Strafrecht gegen antisemitische Hasskriminalität

Antisemitische Tathandlungen und Motivlagen kommen im Rahmen der Straftatbestände der Beleidigungsdelikte (§§ 185 ff. Strafgesetzbuch, StGB), der Volksverhetzung (§ 130 StGB), des Mordes aus niedrigen Beweggründen (§ 211 StGB), des Verbreitens von Propagandamitteln (§ 86 StGB) und des Verwendens von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen (§ 86a StGB) zum Tragen. Schließlich sind bei der Strafzumessung, in deren Rahmen das verschuldete Unrecht der Tat gewichtet und in ein bestimmtes Strafmaß umgesetzt wird, nach § 46 Abs. 2 StGB auch „die Beweggründe und die Ziele des Täters, besonders auch eine rassistische, fremdenfeindliche oder sonstige menschenverachtende [und] die Gesinnung, die aus der Tat spricht“, zu berücksichtigen.⁷ Davon sind bereits jetzt antisemitische Motive erfasst.⁸ Nach einem aktuellen Gesetzentwurf sollen diese künftig explizit in § 46 Abs. 2 StGB benannt werden, um „die praktische Relevanz antisemitischer Straftaten“ besser abzubilden.⁹ Auch antisemitische Hassrede auf Demonstrationen, in den Medien oder im Netz wird vor allem anhand strafrechtlicher Koordinaten bewertet. Daraus kann eine unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung resultieren, die das Verbot einer Versammlung nach § 15 Abs. 1 VersG rechtfertigen¹⁰ oder eine örtliche Ordnungsbehörde zum Abhängen antisemitischer Wahlplakaten befugen kann.¹¹ Ein Vereinsverbot kann auf § 3 Abs 1 S. 1 Alt. 1 VereinsG i. V. m. Art. 9 Abs. 2 Alt. 1 GG gestützt werden, wenn Zwecke oder Tätigkeit §§ 130, 185 ff. StGB zuwiderlaufen.¹² Auch das Netzwerkdurchsuchungsgesetz (NetzDG) verweist in

7 Diese Neuerung ging auf die Empfehlungen des NSU-Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages zurück. Gesetz zur Umsetzung von Empfehlungen des NSU-Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages vom 12. 6. 2018, in Kraft getreten am 1. 8. 2015, BGBl. I Nr. 23.

8 BT-Drs. 19/16399, S. 15 m.w.N. Einige Autor*innen subsumieren antisemitisch unter „menscheneindlich“, Jörg Kinzig, in: Schönke/Schröder, StGB Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 46 Rn. 15b, einige unter „rassistisch“, Hendrik Cremer/Beatrice Cobbinah, Rassistische Straftaten: Muss die Strafverfolgung und Ahndung effektiver werden? StV 2019, 648, 650.

9 BT-Drs. 19/16399, S. 15, S. 2.

10 OVG NRW, 24. 5. 2019 – 15 B 666/19; OVG NRW, 21. 10. 2019 – 15 B 1406/19.

11 OVG Thüringen, 22. 10. 2019 – 3 EO 715/19; anders VG München, 24. 5. 2019 M 7 E 19.2503.

12 BVerwG, Urteil v. 5. 8. 2009 – 6 A 3/08 –, § 130 Abs. 3 StGB, Leugnung und Relativierung der Shoa.

§ 3 Abs. 1 NetzDG mit Blick auf zu entfernende „rechtswidrige Inhalte“ in sozialen Medien auf die Straftatbestände der Volksverhetzung, der Beleidigungsdelikte und der Verwendung von Kennzeichen verfassungsfeindlicher Organisationen (§ 86a StGB).

In der strafrechtlichen Bewertung antisemitischer Taten stellen sich zumeist zwei grundlegende – miteinander verschränkte – Probleme. Das erste kreist um die Definition: Der Begriff „Antisemitismus“ selbst taucht in den genannten strafrechtlichen Regelungen nicht auf. Das zweite Problem besteht darin, dass bei antisemitischen Äußerungen und Darstellungen der Diskriminierungsschutz der Bezeichneten mit dem Grundrecht auf Meinungsfreiheit der Äußernden ins Verhältnis gesetzt werden muss.¹³ Da Antisemitismus kein Begriff des Rechts ist, obliegt seine Auslegung den Staatsanwaltschaften und Gerichten. In der rechtswissenschaftlichen Diskussion wurde Antisemitismus jedoch lange vor allem mit Blick auf den historischen Nationalsozialismus erörtert.¹⁴ Handlungen, die sich ausdrücklich auf die nationalsozialistische Rassenideologie beziehen, werden von den Gerichten unstrittig als antisemitisch eingeordnet.¹⁵ Auch die Leugnung des Holocaust ist in § 130 Abs. 3 StGB als Straftat normiert; die öffentliche Billigung, Leugnung oder Verharmlosung der NS-Verbrechen fällt unter § 130 Abs. 4 StGB. Die Beurteilung anderer Artikulationen des Antisemitismus, zumal wenn diese sprachlich kodiert erfolgen, fällt wesentlich disparater aus.¹⁶

Zu den bekanntesten Entscheidungen zählt das Urteil des Wuppertaler Amtsgerichts, das drei junge Männer, die 2014 während des Gaza-Krieges Molotowcocktails auf die örtliche Synagoge warfen und als Tatmotiv Wut gegen die israelische Politik im Nahen Osten angaben, wegen versuchter schwerer

13 Grundsätzlich erörtert dieses Problem Sergey Lagodinsky, Kontexte des Antisemitismus, Berlin 2013; Stefanie Schmahl, Der Umgang mit rassistischen Wahlkampfplakaten vor dem Hintergrund des internationalen Menschenrechtsschutzes, Baden-Baden 2016, ist auch auf antisemitische Äußerungen und Darstellungen übertragbar.

14 Für viele Buchheim StuW 2018, 366; Werle NJW 1995, 1267–1269; Emmerich/Würkner NJW 1986, 1195; zu neonazistischen Bezügen auf den NS Vormbaum JR 2017, 503–512.

15 Für viele BGH, 22. 8. 2019 – StB 17/18; BVerfG, 13. 7. 2018 – 1 BvR 1474/12; BVerfG, 17. 1. 2017 – 2 BvB 1/13.

16 Ausführlich zu diesem Problem Doris Liebscher/Sergey Lagodinsky/Kristin Pietrczyk/Benjamin Steinitz, Antisemitismus im Spiegel des Rechts, in: Neue Juristische Online-Zeitschrift (NJOZ) 30 (2020), 897.

Brandstiftung verurteilte, ein antisemitisches Tatmotiv aber verneinte.¹⁷ Zuletzt entschied das Oberlandesgericht (OLG) Karlsruhe gegen die Generalstaatsanwaltschaft Karlsruhe die Aufnahme von Ermittlungen gegen mutmaßlich Verantwortliche der Partei „Die Rechte“ wegen des Verdachts der Volksverhetzung.¹⁸ Die Partei hatte im Vorfeld der Europa- und Kommunalwahlen im Mai 2019 Wahlplakate unmittelbar vor der Synagoge in Pforzheim angebracht, mit den Slogans: „Zionismus stoppen: Israel ist unser Unglück! Schluss damit!“ sowie „Wir hängen nicht nur Plakate!“ Nach einer Strafanzeige der Jüdischen Gemeinde der Stadt hatte die Staatsanwaltschaft Karlsruhe von der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens abgesehen und diese Entscheidung damit begründet, die Slogans könnten auch als Kritik an der Politik des Staates Israel gedeutet werden. Das OLG Karlsruhe wandte dagegen ein: „Die Bezeichnung ‚Zionist‘ stellt aber im Sprachgebrauch des Antisemitismus auch ein Codewort für Juden dar.“¹⁹ Zudem handle es sich bei der Aussage „Israel ist unser Unglück!“ um eine „ganz bewusste Bezugnahme auf die unsägliche NS-Hetzparole“.²⁰ Dieser Beschluss steht für eine Reihe jüngerer Entscheidungen, in denen Gerichte auch antizionistische Parolen als volksverhetzend beurteilen.²¹ Die Urteile beziehen sich nicht ausdrücklich auf die Arbeitsdefinition Antisemitismus der International Holocaust Remembrance Alliance (IHRA) von 2016.²² Es kann jedoch angenommen werden, dass sie den Gerichten bekannt ist. Das Bundesjustizministerium wendete sich im Juli 2019 an die Justizministerien der Länder und regte

17 AG Wuppertal, 5. 2. 2015, 84 Ls 50 Js 156/14 – 22/14, das LG Wuppertal, 18. 1. 2016 – 23 Ns 26/15 erhöhte im Berufungsverfahren die verhängten Freiheitsstrafen, das OLG Düsseldorf, 9. 11. 2016 – III-3 RVs 95/16 bestätigte dies, wobei beide Instanzen an die Feststellungen des Amtsgerichts zur Tatmotivation gebunden waren. Für eine ausführliche Kritik des Urteils Liebscher u. a., Antisemitismus im Spiegel des Rechts, S. 897, 900 f.; Ronen Steinke, Terror gegen Juden. Wie antisemitische Gewalt erstarkt und der Staat versagt, Berlin 2020, S. 83 ff.

18 OLG Karlsruhe, Beschluss vom 17. 3. 2020 – 1 Ws 285/19, juris.

19 Ebenda, Rn. 9. Unter Verweis auf Generalstaatsanwaltschaft Celle vom 28. 11. 2019, 2 Zs 1421/19.

20 OLG Karlsruhe, Beschluss vom 17. 3. 2020 – 1 Ws 285/19, juris, Rn. 12.

21 LG Essen, 22. 5. 2015, 31 Ns 42/15, juris; OVG Münster, 24. 5. 2019, 15 B 666/19.

22 www.lto.de/recht/justiz/j/bmjv-antisemitismus-definition-justiz-laender-judenhass-verfolgung-staatsanwaltschaft/.

eine einheitliche Definition von Antisemitismus auf Basis der rechtlich nicht bindenden Arbeitsdefinition an.²³

1.2 Zivilrechtliche Unterlassungsverfügungen gegen die Bezeichnung als Antisemit

Gegen antisemitische Äußerungen kann auch zivilrechtlich mit Unterlassungs- oder Schadensersatzansprüchen nach § 823 Abs. 1 BGB, § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB, Art. 1 Abs. 1 GG, Art 2 Abs. 1 GG wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vorgegangen werden. Diese Ansprüche können sich aber auch gegen die Bezeichnung einer Person als Antisemit bzw. antisemitisch richten. Die Gerichte wägen dann das Persönlichkeitsrecht der als „Antisemit“ bezeichneten Kläger mit der Meinungsäußerungsfreiheit der die Äußerung treffenden Beklagten gegeneinander ab. Die Richter*innen prüfen dazu, ob es sich bei der Äußerung um eine zulässige Meinungsäußerung oder eine unzulässige Schmähkritik handelt und ob der Vorwurf des Antisemitismus geeignet ist, eine schwere Persönlichkeitsverletzung herbeizuführen. Entscheidend ist dabei, ob ausreichende Anhaltspunkte und Anknüpfungstatsachen bestehen, aus denen sich die Bewertung der so bezeichneten Person als antisemitisch ergeben.²⁴

In der Vergangenheit befanden Gerichte zum Beispiel, die Beschreibung des Verlegers Abraham Melzer als „Kapazität für angewandte Judeophobie“ sei eine²⁵ bzw. in letzter Instanz dann doch keine²⁶ persönlichkeitsrechtsverletzende Schmähkritik, sondern eine vom Recht auf Meinungsfreiheit umfasste Meinungsäußerung. Gleichsam erklärte das Landgericht München die Aussage für rechtlich zulässig, Melzer sei „für seine antisemitischen Äußerungen regel-

23 OLG Nürnberg, 22. 10. 2019 – 3 U 1523/18, Rn. 67 ff. (Xavier Naidoo gegen Amadeu Antonio Stiftung), das Gericht kommt jedoch trotzdem zu dem schwer nachvollziehbaren Ergebnis, Naidoods Aussagen könnten nicht als antisemitisch eingestuft werden.

24 So im Fall Jürgen Elsässer gegen Jutta Ditfurth LG München I, 8. 10. 2014 – 25014197/14, S. 14 und LG München I 19. 1. 2018 – 25 O 1612/17, Rn. 96, den Urteilen zugrunde lag die Bezeichnung als „glühender Antisemit“.

25 LG Frankfurt, 28. 11. 2006, 2-3 O 176/06, die „Grenze zur Schmähkritik“ sei überschritten, „weil es „nicht mehr um die Auseinandersetzung in der Sache geht, sondern die Diffamierung der Person im Vordergrund steht“.

26 OLG Frankfurt, 8. 11. 2007 – 16 U 257/06, juris, keine Schmähkritik wegen Sachbezugs und von Meinungsfreiheit gedeckt.

recht berüchtigt“.²⁷ Die Bezeichnung des rechten Publizisten Jürgen Elsässer als „glühender Antisemit“²⁸ und die des Musikers und Verschwörungstheoretikers Xavier Naidoo als „Antisemit“²⁹ ordneten andere Gerichte dagegen als zu unterlassende Verletzung von deren allgemeinem Persönlichkeitsrechts ein. In beiden Fällen entschieden sich die Gerichte für ein enges Verständnis von Antisemitismus. Danach ist ein Antisemit, wer „die personale Würde von Menschen jüdischer Abstammung durch nationalsozialistisch fundiertes Gedankengut grob verletzt und möglicherweise in diesem Sinne sogar handlungsbereit ist“, so das OLG Nürnberg.³⁰

Nach Auffassung der Gerichte überwogen Elsässers und Naidoos Persönlichkeitsrecht aber auch deshalb, weil die Bezeichnung als Antisemit „in der Öffentlichkeit angesichts des historischen Bedeutungsgehalts einer solchen Qualifizierung als negativ und diskreditierend verstanden“ werde, da darin „nach dem allgemeinen Verständnis zumindest auch zum Ausdruck kommt, dass die gemeinte Person die Überzeugungen teilt, die zu der Ermordung von 6 Millionen Juden unter der nationalsozialistischen Schreckensherrschaft geführt haben, und die Menschen allein aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft angreift und für das Übel der Welt verantwortlich macht“.³¹

Während das LG München das Argument noch auf die Bezeichnung Elsässers als „glühender Antisemit“ bezogen hatte, wendete das OLG Nürnberg es nun auf die einfache Bezeichnung als „Antisemit“ an und schlussfolgerte: „Dieser Eingriff ist besonders schwerwiegend und wie kaum ein anderer Vorwurf geeignet, den mit dieser Geisteshaltung in Verbindung Gebrachten in den Augen der Öffentlichkeit herabzusetzen. Dies beruht auf den grauenhaften Folgen, die der Antisemitismus gerade in Deutschland herbeigeführt hat. Er war ‚weltanschauliche Grundlage‘ für den von Deutschen begangenen Völkermord an den Juden. Diese Dimension ist es, die es in besonderem Maße ehrenrührig erscheinen lässt, einer Geisteshaltung

27 LG München I, 19. 1. 2018 – 25 O 1612/17, juris.

28 OLG München, 28. 9. 2015 – 18 U 169/15 Pre, „glühender Antisemit“ als Ehrverletzung.

29 OLG Nürnberg, 22. 10. 2019 – 3 U 1523/18, „Antisemit“ als Ehrverletzung.

30 Ebenda, Rn 128.

31 Ebenda, Rn. 44 unter Verweis auf LG München I, 8. 10. 2014 – 25014197/14, S. 14 (Elsässer/Ditfurth).

beschuldigt zu werden, die solches ermöglicht hat.³² So wird Antisemitismus in einer Weise auf den Vernichtungswahn der Nationalsozialisten verengt, die letztlich jene schützt, die antisemitische Codes verwenden. Einerseits müssen sie selbst keine strafrechtliche Verurteilung fürchten, weil sie nach der engen Definition noch nicht antisemitisch handeln. Andererseits werden sie in einer zivilrechtlichen Klage auf Unterlassung der Bezeichnung als antisemitisch obsiegen, weil der Vorwurf des Antisemitismus aufgrund der engen Definition als ehrverletzend gilt. Die Bereitschaft der Gerichte, Antisemitismusvorwürfe solcherart mit Mitteln des Ehrenschutzes dergestalt einzuschränken, behindert eine gesellschaftliche Auseinandersetzung mit Artikulationen des Antisemitismus jenseits der nationalsozialistischen Vernichtungspolitik.

1.3 Mit Antidiskriminierungsrecht gegen antisemitische Diskriminierung

Recht gegen Antisemitismus ist auch in internationalen menschenrechtlichen Abkommen, zum Beispiel in Art. 14 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und im Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (ICERD) sowie als verfassungs-, verwaltungs- und zivilrechtliches Antidiskriminierungsrecht kodifiziert. Antidiskriminierungsrecht stellt im Unterschied zum Strafrecht nicht auf vorsätzliches Handeln oder eine individuell feindselige Handlung von Täter*innen ab. Im Fokus steht nicht die Schuld des Täters oder der Täterin, sondern stehen die diskriminierenden Folgen einer Handlung aus Perspektive der Betroffenen. Dabei geht es auch um die erlittene Würde- bzw. Persönlichkeitsrechtsverletzung, aber nicht nur – auch die Verletzung des Anspruchs auf gleiche Teilhabe an der Gesellschaft ist Kern des Antidiskriminierungsrechts.³³ Es reagiert mit besonderen Rechtsgarantien auf besondere Diskriminierungsrisiken marginalisierter Subjektpositionen, die aus historisch gewachsenen Machtverhältnissen und institutionell verfestigten Ungleichheitslagen und Normvorstellungen resultieren. Die Funktion von Antidiskriminierungsrecht

32 Ebenda, Rn. 45 unter Verweis auf LG Köln, Urteil vom 3. 9. 2008 – 28 O 366/08 (Hecht-Galinski/Broder).

33 Doris Liebscher, Gleiche Rechte für marginalisierte Subjektpositionen? Probleme subjektiver Rechte im deutschen Antidiskriminierungsrecht, in: Rechtsphilosophie. Zeitschrift für Grundlagen des Rechts (RphZ) 2 (2017), S. 117–135.

besteht also auch darin, einen Ausgleich für historisch verfestigte gesellschaftliche Benachteiligungen zu schaffen.³⁴

Aus dieser Einsicht heraus sind bislang zumeist die dem Anspruch auf Gleichheit entgegenstehenden Machtverhältnisse Sexismus und Rassismus in den rechtlichen Blick geraten. Im deutschsprachigen Rechtsraum wurde Antidiskriminierungsrecht bislang vor allem anhand von Fragen der Geschlechtergerechtigkeit entwickelt.³⁵ Im angloamerikanischen Rechtskontext ist darüber hinaus *racial equality*³⁶ ein rechtswissenschaftlich breitbeforschtes und justiziell bearbeitetes Thema, wobei im angloamerikanischen Alltags- und Rechtsgebrauch damit in der Regel „the African-American experience“³⁷ und zunehmend auch die Erfahrung von Latenamerikaner*innen³⁸ gemeint sind. Sowohl in der Rassismusforschung als auch im angloamerikanischen rechtlichen Diskurs wird hingegen kaum die Erfahrung von Juden und Jüdinnen angesprochen – weil diese als weiß gelten.³⁹

Doch auch die Diskriminierung von Juden und Jüdinnen gehört ins Antidiskriminierungsrecht. 1945 setzte das Kontrollratsgesetz Nr. 1 der Alliierten die Nürnberger Rassengesetze außer Kraft und verfügte zugleich, es sei keine deutsche Gesetzesverfügung mehr anzuwenden, durch die „irgendjemand auf Grund seiner Rasse [...] Nachteile erleiden würde“.⁴⁰ Der Rassebegriff verschwand jedoch nicht aus dem Recht. Seit 1949 steht in Artikel 3 Absatz 3: „Niemand darf wegen

34 So auch Anna Katharina Mangold/Mehrdad Payandeh, EuR 2017, 700 (712).

35 Für einen Überblick Ute Sacksofsky, Geschlechterforschung im Öffentlichen Recht, in: Jahrbuch des Öffentlichen Rechts 67 (2019), S. 377–402.

36 Für einen Überblick Devon Carbado/Rachel F. Morgan, Race Law Cases in the American Story, in: Austin Sarat (Hrsg.), Civil Rights in American Law, History, and Politics, Cambridge 2014, S. 16–52.

37 Ebenda, S. 16.

38 Ian Haney López, Race and Erasure: The Saliency of Race to LatCrit Theory, in: California Law Review 85 (1998), S. 1143.

39 Dies kritisiert für die USA Kenneth L. Marcus, Jewish Identity and Civil Rights in America, Cambridge 2010. Bemerkenswerte Ausnahmen stellen dar: für die Rassismusforschung Paul Gilroy, The Black Atlantic: Modernity and Double Consciousness, London 1993, Kapitel 6, der im Kontext historischer Rassialisierungsprozesse das *Othering* der Jüdinnen und Juden mitverhandelt, und für die Rechtswissenschaft Didi Herman, Unfortunate Coincidence, Oxford 2011, die den Umgang des britischen Rechts mit *Jewishness* einer kritischen Perspektive unterzieht.

40 Amtsblatt des Alliierten Kontrollrats in Deutschland, 2. korr. Aufl. v. 29. 10. 1945, S. 7.

seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden.“ Nach unstrittiger Auffassung der juristischen Literatur wurde das Diskriminierungsverbot „wegen der Rasse“ als „Reaktion auf die rassistisch begründete Vernichtung der Juden“ erlassen.⁴¹ Im Herrenchiemseer Konvent und im Parlamentarischen Rat, wo das Grundgesetz erarbeitet wurde, kamen die nationalsozialistischen Verbrechen freilich kaum zur Sprache, und wenn, dann oft nur dergestalt, dass alle Deutschen als Opfer des Nationalsozialismus und der darauf folgenden Besetzung bezeichnet wurden – eine zu dieser Zeit in allen gesellschaftlichen Schichten weitverbreitete Auffassung. Das Wort Juden ist in den protokollierten Debatten zu Art. 3 Abs. 3 GG kein einziges Mal zu lesen, ebenso wenig wie ein Hinweis auf die Nürnberger Rassengesetze. Bis heute – und das erst seit Kurzem – benennt nur eine Kommentierung des Grundgesetzes „Antisemitismus“,⁴² es überwiegen Verweise auf „die Verbrechen des Nationalsozialismus“⁴³ und die „Diskriminierung von Juden“.⁴⁴ Auch die meisten Landesverfassungen enthalten entsprechende Diskriminierungsverbote.⁴⁵

Antisemitische Diskriminierungen im Kontext von Vertragsverhältnissen, zum Beispiel beim Abschluss von Beförderungsverträgen, wie im Fall Kuwait

- 41 Michael Sachs, Grenzen des Diskriminierungsverbots, München 1987, S. 325; ebenso Christine Langenfeld, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz 2020, Stand 74. Ergänzungslieferung 2015, Art. 3 Abs. 3, Rn. 45; Michael Sachs, in: Stern, Staatsrecht Bd IV/2, 2011, § 122, Rn. 1730: „Rassenwahn des NS-Staates und die darauf gestützten Gräueltaten vor allem gegen die Juden“; Hans Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz Kommentar 2018, Art. 3 Rn. 131: „Verfolgung und Benachteiligung von Minderheiten im Nationalsozialismus, insb. der Personen jüdischer Abstammung“.
- 42 Susanne Baer/Nora Markard, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz Kommentar, 2018, Art. 3 Abs. 3, Rn. 470: „der aus dem historischen Antijudaismus entwickelte Antisemitismus“.
- 43 Marion Eckertz-Höfer, in: Stein/Denninger/Hoffmann-Riem, Grundgesetz Alternativkommentar, Bd. 1 Grundwerk 2001, Art. 3 Rn. 115; ebenso Werner Heun, in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, 2013, Art. 3 Rn. 129; ähnlich Heike Krieger, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Grundgesetz Kommentar, 2017, Art. 3 Rn. 79 „im Lichte seiner missbräuchlichen Verwendung im Nationalsozialismus bewusst zur Abgrenzung hiervon“; Werner Rüfner, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand 2019, Art. 3 GG Rn. 830 „Reaktion auf die nationalsozialistische Rassenideologie“.
- 44 Für viele: Angelika Nußberger, in: Sachs, Grundgesetz Kommentar, 2018, Art. 3 Rn. 293.
- 45 Die erste tatsächlich deutsche Verfassungsvorschrift, die ein Diskriminierungsverbot an die Kategorie Rasse knüpfte, war Art. 1 Verfassung des Landes Hessen vom 1. 12. 1946.

Airlines,⁴⁶ bei der Wohnungssuche, im Restaurant oder im Beschäftigungsverhältnis können auch Ansprüche auf Unterlassung, Schadensersatz oder Entschädigung nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) auslösen.⁴⁷ § 1 AGG verbietet unter anderem „Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft“ und der „Religion“. Das AGG geht wesentlich auf vier Antidiskriminierungsrichtlinien der EU zurück, die Deutschland umsetzen musste und 2006 nach mehreren Vertragsverletzungsverfahren schließlich in einem Gesetz, dem AGG, gefolgt ist. Mit Blick auf die Diskriminierung von Juden und Jüdinnen war dabei zum einen die sogenannte Antirassismus-Richtlinie RL 43/2000/EG einschlägig, die Diskriminierungen „aufgrund der Rasse und ethnischen Herkunft“ verbietet und zumindest in den jeder Richtlinie vorangestellten „Erwägungsgründen“ den Begriff „Antisemitismus“ enthält, indem sie in Erwägungsgrund 10 auf eine Mitteilung der EU-Kommission „über Rassismus, Fremdenfeindlichkeit und Antisemitismus“ verweist. Zum anderen verbietet die sogenannte Rahmenrichtlinie RL 78/2002 Diskriminierungen „aufgrund der Religion“.

Allen diesen antidiskriminierungsrechtlichen Instrumenten ist gemeinsam, dass sie den Schutz vor Diskriminierung über sogenannte Merkmale, Gründe oder Kategorien herleiten. Sie enthalten Kataloge von Diskriminierungskategorien wie Rasse, ethnische Herkunft, Geschlecht oder Religion. Mit diesem kategorialen Ansatz gehen weitere Probleme einher.

2. Probleme kategorialen Antidiskriminierungsrechts: Juden als rechtlich geschützte Gruppe

Während im Strafrecht also ein zu enges Antisemitismusverständnis effektiven Rechtsschutz unmöglich machen kann, stellen sich gänzlich andere, aber nicht weniger drängende Fragen im Zusammenhang mit kategorialen Antidiskriminierungsrecht, also dem Recht, das, wie Art. 3 Abs. 3 GG oder § 1 AGG, auf Diskriminierungskategorien wie Rasse oder ethnische Herkunft setzt. Eine rechtliche

46 Ausführlich Kapitel 3.4.

47 Wolfgang Däubler/Martin Bertzbach, AGG Kommentar, § 1, Rn 38; OLG Frankfurt am Main, NJW 2018, 3591, Rn 41; Oliver Mörsdorf, in: Juristenzeitung (JZ) 3 (2018), S. 156, 158, 160.

Dogmatik, die dazu einlädt, einzelne Kategorien als „Diskriminierungsmerkmale“ zu prüfen, presst zum einen die Komplexität jüdischer Identitäten und Diskriminierungserfahrungen in Schubladen, die nicht richtig passen. Zum anderen läuft sie Gefahr, essentialisierende Kategorisierungen zu reproduzieren, wenn Gerichte entscheiden müssen, ob Juden eine Rasse sind. Und schließlich stellt sich die Frage, wie Antidiskriminierungsrecht, das vor Benachteiligung wegen der Rasse schützt, Artikulationen des Antisemitismus erfasst, die sich, wie die gerade diskutierten Formen, nicht auf „rassische“ Argumentationen stützen.

2.1 *Juden als Rasse oder Religion?*

2.1.1. *Internationales Recht: Rassismus, Antisemitismus und Zionismus und die UN-Anti-Rassismuskonvention*

Als Reaktion auf den Zweiten Weltkrieg und den Faschismus in Italien, im nationalsozialistischen Deutschland und in Japan entstanden nach 1945 zahlreiche menschenrechtliche Verträge, die „Rechte und Freiheiten ohne irgendeinen Unterschied, etwa nach Rasse, Hautfarbe, Geschlecht, Sprache, Religion, politischer oder sonstiger Überzeugung, nationaler oder sozialer Herkunft, Vermögen, Geburt oder sonstigem Stand“ verkündeten, wie es exemplarisch in Art. 2 Abs. 1 der am 10. Dezember 1948 verabschiedeten Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR) hieß. „Rasse“ ist die erste Kategorie in der Liste dieser Diskriminierungsverbote, und dass damit auf die Rassengesetzgebung der Nationalsozialisten reagiert wurde, stand für die Generalversammlung der Vereinten Nationen außer Frage. Die Erklärung sei, so die Delegierten, „von der Opposition gegen die barbarischen Doktrinen des Nazismus und des Faschismus“ inspiriert.⁴⁸ Trotzdem adressiert die AEMR an keiner Stelle ausdrücklich den Antisemitismus.

Das gilt auch für die von 1962 bis 1965 in der Menschenrechtskommission der Vereinten Nationen verhandelte, am 21. Dezember 1965 von der Generalversammlung verabschiedete und am 4. Januar 1969 völkerrechtlich in Kraft getretene UN-Antirassismus-Konvention (ICERD). Ihre Entstehung ist stärker als die AEMR vor dem Hintergrund des Kolonialismus und der gegen diesen gerichteten

48 Johannes Morsink, *Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting, and Intent*, Philadelphia 1999, S. 36.

Befreiungsbewegungen sowie der Apartheid in Südafrika zu sehen und war deutlich von der Blockkonfrontation gekennzeichnet. Art. 1 Abs. 1 ICERD statuiert in der englischen Vertragsfassung: „In this Convention, the term ‚racial discrimination‘ shall mean any distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent, or national or ethnic origin which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life.“⁴⁹

Die Konvention richtet sich damit vor allem gegen „rassistische“ respektive rassistische Diskriminierung. Religion ist nicht Teil der Aufzählung Art. 1 Abs. 1 ICERD, dies resultiert vor allem aus der Konfrontation zweier politischer Blöcke im Kalten Krieg.⁵⁰ Die USA und Israel setzten sich für die Aufnahme von Religion als Diskriminierungskategorie ein, vor allem vor dem Hintergrund religiöser und antisemitischer Verfolgung von Juden in den Ostblockstaaten, besonders in der Sowjetunion. Diese wollte im Verbund mit verschiedenen afrikanischen und asiatischen Staaten den Schwerpunkt auf rassistische Diskriminierung legen und hatte dabei die Diskriminierung von Afroamerikaner*innen und die postkoloniale Situation im Blick.⁵¹ Arabische Staaten unterstützten den zweiten Block wiederum angesichts des Israel-Palästina-Konflikts. Vor diesem Hintergrund brachte die israelische Delegation schließlich den Vorschlag ein, zumindest in die Präambel der Konvention – die besonders eklatante und verbotene Formen der Diskriminierung, gegen die die Mitgliedsstaaten der Vereinten Nationen kämpfen sollten,

49 Die amtliche deutsche Übersetzung lautet: „In diesem Übereinkommen bezeichnet der Ausdruck ‚Rassendiskriminierung‘ jede auf der Rasse, der Hautfarbe, der Abstammung, dem nationalen Ursprung oder dem Volkstum beruhende Unterscheidung, Ausschließung, Beschränkung oder Bevorzugung, die zum Ziel oder zur Folge hat, dass dadurch ein gleichberechtigtes Anerkennen, Genießen oder Ausüben von Menschenrechten und Grundfreiheiten im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen oder jedem sonstigen Bereich des öffentlichen Lebens vereitelt oder beeinträchtigt wird.“ BGBL 1969 II, S. 961.

50 Als Kompromiss sollte eine weitere Konvention religiöse Diskriminierung verbieten, dazu kam es allerdings nie. 1981 wurde schließlich eine rechtlich nicht bindende Erklärung verabschiedet: Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief, Res. 36/55 vom 25. November 1981.

51 Detailliert Ofra Friesel, Equating Zionism with Racism: The 1965 Precedent, in: American Jewish History 97 (2013) 3, S. 283, 284 ff.

nannte – auch den Begriff Antisemitismus aufzunehmen, vor allem, um dessen dualistische Natur aus rassistischer und religiöser Diskriminierung begrifflich und rechtlich abzubilden.⁵² Der Vorschlag erhielt Unterstützung aus den USA und aus Südamerika, Widerstand begegnete ihm vonseiten der Sowjetunion und arabischer Staaten.⁵³ So äußerte der Vertreter Saudi Arabiens, dass Europa zwar unter dem Nazismus, der Rest der Welt aber unter dem Kolonialismus gelitten habe und die Araber unter dem Zionismus.⁵⁴ Zudem seien „95 Prozent der Personen semitischer Herkunft Araber“ und Juden daher nur „von religiöser, nicht von rassistischer Intoleranz betroffen, wer Ethnologie und Religion vermengt, stiftet nur Verwirrung“.⁵⁵ Der Vertreter Israels antwortete darauf: „Das jüdische Volk weiß genau, was Antisemitismus ist, weil es so lange dessen Opfer war, ganz egal ob aus rassistischen, religiösen oder anderen Gründen.“⁵⁶

Unter den kontrovers diskutierten Vorschlägen für eine Klausel in der Präambel waren schließlich: Antisemitismus, Nazismus, Neonazismus und Kolonialismus.⁵⁷ Die Sowjetunion schlug vor, auch den Zionismus aufzunehmen, da er zur selben Klasse verabscheuungswürdiger Phänomene gehöre.⁵⁸ Dies war das erste Mal, dass in den Vereinten Nationen der Zionismus mit Rassismus verglichen wurde.⁵⁹ Das Ergebnis war ein Kompromiss, die Delegierten verzichteten quid pro quo auf alle -ismen in der Präambel. Absatz 4 Präambel ICERD verurteilt seither „Kolonialismus und alle damit verbundenen Praktiken der Segregation und der Diskriminierung“ und Absatz 9 Präambel ICERD „Politiken der Apartheid, Segregation und Separation“.

52 Nachweise ebenda, S. 287, sowie bei Patrick Thornberry, ICERD. A Commentary, Oxford 2016, S. 75.

53 Der afrikanisch-asiatische Block wandte sich vor allem deshalb gegen den Vorschlag, weil seine Vertreter befürchteten, die Verabschiedung einer Konvention gegen Rassismus würde durch solche Verhandlungen hinausgezögert. Friesel, Equating Zionism with Racism, S. 287 f., 293; Thornberry, ICERD, S. 74 f.

54 Zit. nach Thornberry, ICERD, S. 75.

55 Ebenda.

56 Ebenda.

57 Ebenda, S. 74 f.

58 Natan Lerner, The U.N. Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Leiden 2015, S. 79.

59 Friesel, Equating Zionism with Racism, S. 303.

Die Diskussion beinhaltet sämtliche Topoi, die postkoloniale und postnazistische Debatten um Rassismus und Antisemitismus bis heute kennzeichnen. Aktuell werden sie im Rahmen der „Mbembe-Debatte“ ausgetragen: Es geht um Opferkonkurrenzen und Anerkennungskämpfe im Rahmen globaler politischer Machtverhältnisse, um ein Verständnis von Antisemitismus als „nur eine andere Form von Rassismus“ und um eine aus der manichäischen Spaltung der Welt in einen unterdrückenden globalen Norden (weiß) und einen unterdrückten globalen Süden (Schwarz) resultierende unreflektierte Dämonisierung Israels, die sich in der Gleichsetzung von Zionismus (Israel) und Rassismus (Kolonialismus) vor dem Hintergrund des Israel-Palästina-Konflikts realisiert.⁶⁰ Rechtlich schlagen sich die Schwierigkeiten des Umgangs mit Antisemitismus nieder, wenn dieser auf religiöse Intoleranz (Religion) oder auf den Rassenantisemitismus nationalsozialistischer Couleur (Rasse) reduziert wird. Juden gelten dann nur als rechtlich schützenswert, wenn sie wegen ihres religiösen Bekenntnisses diskriminiert oder wenn sie unter Verweis auf biologische bzw. völkische Rassetheorien rassistisch kategorisiert werden. Der Komplexität antisemitischer Artikulationen und deren spezifischem ideologischen Gehalt zu Er- bzw. Verklärung abstrakter Machtverhältnisse in der kapitalistischen Moderne werden beide Kategorien – Religion wie auch Rasse – jedoch nicht gerecht. Das zeigt sich auch in der Berichts- und Entscheidungspraxis des UN-Ausschusses CERD, der die Einhaltung der Konvention überwacht. Antisemitismus spielt darin kaum eine Rolle.⁶¹ Lediglich in einem Fall, dem Verfahren „Jüdische Gemeinde von Oslo u. a. gegen Norwegen“ entschied der Ausschuss, dass Hetzreden einer Neonazigruppierung gegen Juden eine Diskriminierung nach ICERD darstellen, die der Vertragsstaat, in diesem Fall Norwegen, mit den Mitteln des Rechts zu verfolgen habe.⁶² Die Redner der Organisation hatten sich auf die Vorherrschaft einer nach nationalsozialistischen Rassentheorien definierten norwegischen weißen Rasse berufen und sowohl gegen Juden als auch Migranten gehetzt. Damit war rechtlich und politisch unstrittig das Tatbestandsmerkmal „racial hatred“ in Art. 4 a) ICERD erfüllt.

60 Zu diesem Aspekt der Mbembe-Debatte siehe Saba-Nur Cheema/Meron Mendel, Postkoloniale Theoretiker: Leerstelle Antisemitismus, in: taz vom 25. 4. 2020.

61 Doris Liebscher/Juliane Wetzel, 4.1. Länderbericht Deutschland, in: Angst/Lantschner, ICERD Kommentar, Baden-Baden 2020, Rn. 88 m.w.N.

62 Jüdische Gemeinde von Oslo u. a./Norwegen, CERD/C/67/D/30/2003 v. 22. 5. 2005, Rn. 2.1.

2.1.2. *Rassische Verfolgung im Nationalsozialismus als Diskriminierung nach Art. 3 Abs. 3 Grundgesetz: Die Ausbürgerungsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*

Nationalsozialistische Rassekonzeptionen lagen auch der berühmtesten und bislang einzigen ausführlichen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) zum Diskriminierungsverbot „wegen der Rasse“ in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG zugrunde. 1968 erklärte der Zweite Senat des Gerichts die Ausbürgerung jüdischer deutscher Staatsbürger im Nationalsozialismus auf Grundlage der 11. Durchführungsverordnung zum Reichsbürgergesetz (11. VO) wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG für nichtig.⁶³ Ausgang der Entscheidung war ein Streit um die Rückerstattung von „arisiertem“ Eigentum eines jüdischen Deutschen an seine Neffen bzw. Erben. Der Onkel war 1939 nach Amsterdam emigriert und hatte daher nach § 2 der 11. VO seine Staatsangehörigkeit verloren. Sein Vermögen fiel nach § 3 Abs. 1 S. 1 11. VO an das Reich. 1942 wurde er aus Amsterdam deportiert und ermordet. Die Vorinstanzen hatten die Ausstellung eines Erbscheins an die Neffen mit der Begründung abgelehnt, der Erblasser sei aufgrund seiner Ausbürgerung staatenlos gewesen, deshalb sei deutsches Erbrecht nicht anwendbar.⁶⁴ Die Vorschrift des Art. 116 Abs. 2 GG, wonach „frühere deutsche Staatsangehörige, denen zwischen dem 30. Januar 1933 und dem 8. Mai 1945 die Staatsangehörigkeit aus politischen, rassistischen oder religiösen Gründen entzogen worden ist“, entweder auf Antrag oder bei Wohnsitznahme in Deutschland nach 1945 automatisch wieder einzubürgern waren, griff nicht, weil der Erblasser vorher ermordet worden war.

Das Bundesverfassungsgericht gab der Verfassungsbeschwerde der Erben statt. Es erklärte die 11. VO zum Reichsbürgergesetz als von Anfang an nichtig und darauf basierende Ausbürgerungen für unwirksam. Die Rechtsvorschrift würde fundamentalen Prinzipien der Gerechtigkeit so evident widersprechen, „daß der Richter, der sie anwenden oder ihre Rechtsfolgen anerkennen wollte, Unrecht statt Recht sprechen würde“.⁶⁵ Das zu diesen Prinzipien gehörende Willkürverbot

63 BVerfG, Urt. v. 14. 2. 1968 – 2 BvR 557/62 = BVerfGE 23, 98 (Ausbürgerung I).

64 AG Wiesbaden, 8. 5. 1962 – 41 VI 586/61; LG Wiesbaden, 27. 7. 1962 – 4 T 252/62; OLG Frankfurt, 18. 9. 1962 – 6 W 441/62.

65 BVerfG, Urt. v. 4. 2. 1968 – 2 BvR 557/62 – Rn. 30; so auch schon BVerfG, Urt. v. 17. 12. 1953 – 1 BvR 147/52, Rn. 191 = BVerfGE 3, 58.

konkretisiere Art. 3 Abs. 3 GG dahingehend, dass „niemand wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden darf“.⁶⁶ Die 11. VO verstoße gegen diese Prinzipien, denn: „Der Versuch, nach ‚rassischen‘ Kriterien bestimmte Teile der eigenen Bevölkerung mit Einschluß der Frauen und Kinder physisch und materiell zu vernichten, hat mit Recht und Gerechtigkeit nichts gemein.“⁶⁷ Der Begriff des Antisemitismus taucht in dem Urteil nicht auf, doch wird deutlich, dass es dem Senat um eliminatorischen Rassenantisemitismus geht. Die 11. Verordnung, heißt es in dem Urteil, könne nur richtig beurteilt werden, „wenn sie im Zusammenhang mit der nationalsozialistischen Rassengesetzgebung und dem politischen Ziel des Nationalsozialismus, das deutsche und europäische Judentum auszurotten, gesehen wird. Die Ausbürgerung war als diskriminierender Ausschluß aus der deutschen Volksgemeinschaft gemeint. Sie knüpfte allein an ein ‚rassisches‘ Merkmal an und traf zunächst vornehmlich diejenigen, denen es gelungen war, unter Gefahr für Leib und Leben der nationalsozialistischen Tyranis zu enttrinnen.“⁶⁸

„Rassisch“ wird hier als ein Begriff des nationalsozialistischen Rechts markiert, auf den sich das Gericht im Sinne einer Negativdefinition bezieht, das verdeutlichen auch die Anführungszeichen. Die stigmatisierende Klassifikation der jüdischen Bevölkerung erfolgte durch die 1. VO zum Reichsbürgergesetz. Ihre soziale Subordination erfolgte durch die diskriminierenden Maßnahmen auf Basis dieser Gesetzgebung, hier angeordnet durch die 11. VO. Das Bundesverfassungsgericht stützt seine Rechtsprechung damit auf die Verfolgung von Jüdinnen und Juden als Rasse und nicht auf tatsächliche rassische Eigenschaften der verfolgten Personen.⁶⁹ Anders verhält es sich nach der deutschen Rechtsprechung, wenn der

66 BVerfG Erster Senat, Urt. v. 4. 2. 1968 – 2 BvR 557/62 –, Rn. 32.

67 Ebenda, Rn. 28 f.; ebenso BVerfG Zweiter Senat, Beschl. v. 15. 4. 1980 – 2 BvR 842/77 –, Rn. 48, „dass der durch Akte des nationalsozialistischen Staates aus rassenideologischen Gründen angeordnete Entzug der deutschen Staatsangehörigkeit krasses Unrecht darstellte“.

68 BVerfG, Zweiter Senat, Urt. v. 4. 2. 1968 – 2 BvR 557/62–, Rn. 23 ff.

69 Bestätigend BVerfG Erster Senat 2. Kammer, Beschluss v. 13. 1. 1995 – 1 BvR 205/88, Rn. 9. „Gerade bei den Maßnahmen nationalsozialistischer Gewaltherrschaft, die aus Gründen der Rasse erfolgten, wäre dann nicht nur der Schutzbereich des Art. 3 Abs. 1 GG, sondern auch der des Art. 3 Abs. 3 GG berührt, zumal die Schlechterstellung des genannten Personen-

Schwerpunkt der rechtlichen Beurteilung auf der religiösen Überzeugung oder dem religiösen Bekenntnis liegt, sich also die Frage der Religionsfreiheit nach Art. 4 GG oder der Nichtdiskriminierung wegen der Religion nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG stellt.⁷⁰

Dass die Verbreitung einer völkisch-antisemitischen Rassenlehre auch jenseits des historischen Nationalsozialismus mit Art. 3 Abs. 3 GG unvereinbar ist, haben das Bundesverfassungs- und das Bundesverwaltungsgericht im Zusammenhang mit Verbotsverfahren gegen neonazistische Vereine und Parteien klargestellt.⁷¹ Hier stellt sich die Frage, ob Antisemitismus gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung verstößt. So heißt es in Art. 21 GG, dass „Parteien, die nach ihren Zielen oder nach dem Verhalten ihrer Anhänger darauf ausgehen, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen“, verfassungswidrig und von staatlicher Finanzierung ausgeschlossen sind. Art. 9 GG formuliert ähnlich für Vereine. Deutlich heißt es dazu im Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum NPD-Verbotsverfahren II: „Menschenwürde ist egalitär; sie gründet ausschließlich in der Zugehörigkeit zur menschlichen Gattung, unabhängig von Merkmalen wie Herkunft, Rasse, Lebensalter oder Geschlecht. [...] Mit der Menschenwürde sind daher ein rechtlich abgewerteter Status oder demütigende Ungleichbehandlungen nicht vereinbar [...]. Dies gilt insbesondere, wenn derartige Ungleichbehandlungen gegen die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG verstoßen, die sich [...] jedenfalls als Konkretisierung der Menschenwürde darstellen. Antisemitische oder auf rassistische Diskriminierung zielende

kreises letztlich aufgrund der Verfolgung, also wegen ‚seiner Rasse‘ einträte.“ Daran anknüpfend Michael Sachs, Handbuch des Staatsrechts, Band VIII, 3. Aufl. 2010, § 182, Rn. 79; „Wiedergutmachung wegen der NS-Verfolgung von Juden ist ohne Anknüpfung an Rasse (oder Religion) möglich, wenn auf die Tatsache der Verfolgung als Jude abgestellt wird.“

- 70 BVerfG, Beschluss vom 27. 1. 2015 – 1 BvR 471/10 (religiöse Neutralität im Schuldienst am Beispiel Kopftuch, aber übertragbar auf das Tragen der Kippa, vgl. Rn. 13); Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Entscheidung vom 14. 3. 2019 – Vf. 3–VII–18 (religiöse Neutralität im Justizdienst vgl. Rn. 43 f.); BVerfG, Urteil vom 15. 1. 2002 – 1 BvR 1783/99 –, Schächterlaubnis; BVerwG, Urteil vom 17. 4. 1973 – VII C 38.70 –, Befreiung vom Schulunterricht am Samstag.
- 71 BVerfG Erster Senat, Beschl. v. 13. 7. 2018 – 1 BvR 1474/12, Rn. 141 = BVerfGE 149, 160; BVerwG, Urt. v. 1. 9. 2010 – 6 A 4/09, Rn. 14; BVerwG, Beschl. v. 25. 3. 1993 – 1 ER 301/92, Rn. 17; BVerfG Zweiter Senat, Urt. v. 17. 1. 2017 – 2 BvB 1/13 –, Rn. 541 = BVerfGE 144, 20 (NPD-Verbot II).

Konzepte sind damit nicht vereinbar und verstoßen gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung.⁷²

Das Bundesverfassungsgericht musste bislang, ebenso wenig wie der UN-Antirassismus-Ausschuss CERD, über Artikulationen des Antisemitismus verhandeln, die nicht im Zusammenhang mit nazistischen oder neonazistischen Äußerungen standen.

2.1.3. *Sind Juden weiß? Zur antidiskriminierungsrechtlichen Rechtsprechung des U.S. Supreme Court*

Anders als das Bundesverfassungsgericht zur Verfolgung wegen der Rasse entschied der Supreme Court in der schon eingangs zitierten Entscheidung *Shaare Tefila Congregation v. Cobb*. Zur Diskussion stand hier, ob die gegen antisemitische Slogans an ihrer Synagoge klagende jüdische Gemeinde eine von 42 US-C. § 1982 geschützte *racial group* sei. Im US-amerikanischen Recht verweist die Kategorie „race“ auf das Erbe der Sklaverei: Die rassistische Diskriminierung von Afroamerikaner*innen durch die als Jim-Crow-Gesetze bezeichneten Gesetze einzelner Bundesstaaten, die Segregation in unterschiedlichen Lebensbereichen – von der Bildung, über die Nutzung öffentlicher Verkehrsmittel bis zum Restaurantbesuch – vorschrieben. Dieses historische Erbe erschwert eine formelhafte Übertragung auf Antisemitismus. Auch die Klägerin, die Gemeinde Shaare Tefila, fand nicht, dass Juden eine Rasse seien. Sie argumentierte, Juden seien trotzdem von 42 US-C. § 1982 geschützt, weil die Täter sie als rassistisch verschiedene Gruppe ansehen würden und ihre Tat auf feindselige, rassistische Vorurteile zurückgehe.⁷³ Die Gerichte folgten der Argumentation von Shaare Tefila nicht. Die beiden ersten Gerichtsinstanzen urteilten, „rassistische Diskriminierung auf nichts als die subjektive, irrationale Wahrnehmung der Beklagten zu stützen“ würde den Anwendungsbereich des 42 US-C. § 1982 überschreiten.⁷⁴ 42 US-C. § 1982 sei gerade nicht anwendbar „in Situationen, in denen der Kläger kein Angehöriger einer rassistisch verschiedenen Gruppe ist, sondern nur die Beklagten dies

72 Ebenda, Rn. 541.

73 BT-Drs. 16/1780, S. 31.

74 606 F. Supp. 1504, 1508 (D. Md. 1985), 785 F.2d at 527; 606 F. Supp. at 1509 (1985).

annehmen“.⁷⁵ Der Supreme Court gab den Untergerichten insofern recht, dass allein die Behauptung, die Beklagten hätten aus rassistischer Feindseligkeit heraus gehandelt, nicht ausreiche, um den Anwendungsbereich des 42 US-C. § 1982 zu eröffnen. Die feindselige Haltung der Beklagten müsste sich auch gegen eine Gruppe richten, die der amerikanische Kongress nach dem Bürgerkrieg durch die Bürgerrechtsgesetzgebung der Jahre 1866 und 1870 ursprünglich als *distinct race* schützen wollte.⁷⁶ Im Ergebnis stellte der Gerichtshof fest: Weil damals auch Juden als eine „unterschiedliche Rasse“ angesehen wurden, seien diese nach der ursprünglichen Intention geschützt, auch wenn sie heute Teil dessen seien, was „als *caucasian race* angesehen wird“.⁷⁷

Mit der Bezeichnung *Caucasian* verwendet der Gerichtshof eine in den USA für Angloamerikaner*innen etablierte alte rassenanthropologische Bezeichnung für eine weiße oder europäische Rasse. Zurück geht der Begriff auf Johann Friedrich Blumenbach, der 1775 die Menschheit in fünf Hauptrassen, die „kaukasische, mongolische, äthiopische, amerikanische, malayische“⁷⁸ unterteilte. „Kaukasische Rasse“ verwendete Blumenbach zur Klassifikation der „Europäer“, die er als „Stammrasse“ und ästhetisch schönste Rasse einteilte.⁷⁹ Vermittels des historischen Tests für die Mitgliedschaft in einer geschützten *distinct race* revitalisierte der Supreme Court so „auch das spezifische kategorische Denken über die in den 1860er-Jahren vorherrschende Rasse“, gab Martha Minow zu bedenken.⁸⁰

Kenneth Marcus hat in seiner Analyse der amerikanischen Rechtsprechung zu Bürgerrechten und Antisemitismus kritisiert, dass diese Juden zwang, sich strategisch in rassische Kategorien einzuordnen, denen zu entkommen sie

75 785 F.2d 523, 525 (4th Cir. 1986), rev'd, 107 S. Ct. 2019 [1987]), zit. nach 481 US 615 (1987), 618, Übers. d. Verf., i. Orig.: § 1982 was not intended to apply to situations in which a plaintiff is not a member of a racially distinct group but is merely perceived to be so by defendants.

76 481 US 615 (1987), 617.

77 481 US 615 (1987).

78 Blumenbach, Über die natürlichen Verschiedenheiten im Menschengeschlechte, Leipzig 1798, S. 204.

79 Zit. nach Abdruck des Originals bei Uwe Hoßfeld, Geschichte der biologischen Anthropologie in Deutschland, Stuttgart 2016, S. 66.

80 Martha Minow/Donald C. Langevoort, The Supreme Court, 1986 Term, Harvard Law Review 101 (1987) 1, S. 7–37 (21 f.).

so lange erkämpft hatten.⁸¹ Ein aus Perspektive der amerikanischen jüdischen Bevölkerung erreichter Schritt zur Emanzipation wurde durch den Zwang zur Selbstrassialisierung wieder infrage gestellt. Zu diesem Schluss kommt auch Eric Goldstein: „Zum ersten Mal in ihrer Geschichte versuchten amerikanische Juden nicht, die Regierung daran zu hindern, sie als ‚Rasse‘ zu kategorisieren, sondern kämpften darum, als eine eigenständige Gruppe anerkannt zu werden, die Schutz vor ‚rassischer‘ Diskriminierung verdient.“⁸² Letztlich seien sie bereit gewesen, die Terminologie der „Rasse“ zu akzeptieren, „denn dies war die einzige verfügbare Sprache, die Juden unter den Schutz des Antidiskriminierungsrechts stellen konnte“.⁸³

Der *race-based* Ansatz im Antidiskriminierungsrecht ist noch aus einem anderen Grund ein Hindernis für die adäquate rechtliche Adressierung von Antisemitismus. Er führt zu Exklusionen innerhalb des bestehenden Rechtsschutzes, wenn dieser nicht für alle Diskriminierungskategorien gleich ausgestaltet ist. So ist die historisch rückwirkende *original-intent*-Argumentation des Supreme Court auf später – also zu einem Zeitpunkt, als Juden nach der Auffassung des Gerichts schon weiß waren – erlassene Antidiskriminierungsgesetze nicht anwendbar. Diese Schutzlücke wird besonders in der Bildung deutlich. Titel VI des Civil Rights Act von 1964 schützt in diesem Bereich ausschließlich vor Diskriminierung aufgrund von „race, color, and national origin discrimination“. Zu diesem Zeitpunkt galten Jüdinnen und Juden in den USA sozial und rechtlich als weiß. Sie werden seither im U.S. Census nicht als *race* sondern ausschließlich als *religion* erfasst und sind auch rechtlich nur als solche schutzwürdig. Das für solche Fälle zuständige Department of Education’s Office for Civil Rights (OCR) lehnte daher eine Zuständigkeit für Fälle von Antisemitismus an US-amerikanischen Universitäten lange ab. Erst seit dem 11. Dezember 2019 erklärt eine *executive order* die Anwendung von Titel VI des *Civil Rights Acts* auf Juden.⁸⁴ Eine demokratisch legitimierte gesetzgeberische Entscheidung fehlt bis heute.

81 Marcus, *Jewish Identity and Civil Rights*, S. 98 ff.

82 Eric L. Goldstein, *The Price of Whiteness: Jews, Race, and Identity*, Princeton 2007, S. 225 f.

83 Ebenda, S. 226.

84 Executive Order on Combating Anti-Semitism, 11. 12. 2019, www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-combating-anti-semitism/ [3. 7. 2020].

2.2. *Juden als Ethnizität oder Religion: The Jewish Free School Case und der britische Race Relation Act*

Während Jüdinnen und Juden im internationalen Recht und im deutschen Verfassungsrecht auch unter die Kategorie Rasse, in den USA dagegen unter die Kategorie Religion fallen, gelten sie im europäischen Antidiskriminierungsrecht als Religion und als ethnische Gruppe. Das verdeutlicht ein Blick in die Kommentierungen zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz: „Eine eigene Ethnie stellen in Übereinstimmung mit der britischen Rechtsprechung Sikhs und Juden dar.“⁸⁵ Dabei und zur Bestimmung der rechtlichen Kategorie „ethnische Herkunft“ allgemein wird auf die 1983 ergangene Entscheidung *Mandla v Dowell-Lee* des höchsten britischen Gerichts verwiesen.⁸⁶ Wer diesen Link zum britischen Recht weiter rückverfolgt, stößt auf den 1965 erlassenen und 1968, 1976 und 2010 reformierten *Race Relation Act*, der Diskriminierung durch Private und durch staatliche Stellen verbietet und die dazu ergangene Rechtsprechung.⁸⁷ Erst seit 2010 enthält das Gesetz auch die Kategorie Religion.

Mit dem *Race Relation Act* 1965 verabschiedete Großbritannien ein Jahr nach Erlass des US-amerikanischen *Civil Rights Acts* und im selben Jahr der Verabschiedung der UN-Antirassismus-Konvention als erster und lange einziger Staat der Europäischen Union ein Gesetz, das „racial discrimination on grounds of colour, race, or ethnic or national origins“ verbietet. Das Gesetz reagierte rechtspolitisch auf die Einwanderung aus den ehemaligen Kolonien des Commonwealth.⁸⁸ Es

85 Hier für viele Wolfgang Däubler/Martin Bertzbach, AGG Kommentar, 4. Aufl. 2018, § 1, Rn 38; auf die Überschneidung mit Religion weisen dabei hin: Dagmar Schiek, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz-Kommentar, 2007, § 1, Rn. 17 „Vermischung ethnischer und religiöser Kategorien“; ebenso Jens Colling in: Herberger u. a., jurisPK-BGB, 9. Aufl. 2020, § 4 AGG, Rn. 7; Gregor Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Aufl.; 2017, § 3 Rn. 58 f.

86 House of Lords, *Mandla v Dowell-Lee*, 24 March 1983 [1982] UKHL 7 [1983] 2 AC 548. Das House of Lords heißt heute Supreme Court of the United Kingdom.

87 Das Gesetz ging 2010 in Section 9 (1) Equality Act auf, der lautet: „Race includes (a) colour; (b) nationality; (c) ethnic or national origins“.

88 Die Gesetzgebung war ein politischer Kompromiss, sie zielte zwar auf Antidiskriminierung, ging aber immer auch mit einer Verschärfung der Einwanderungsgesetzgebung einher, vgl. Herman, *Unfortunate Coincidence*, S. 129 ff.; Laurence Lustgarten, *The Grounds of Discrimination under the Race Relations Act 1976 in the United Kingdom*, in: *The International and Comparative Law Quarterly* 28 (1979) 2, S. 221 ff.

zielte damit, wie sein US-amerikanisches Vorbild, vor allem auf die Verhinderung der Diskriminierung von People of Color und postkolonialem Rassismus. Ob die Diskriminierung von als weiß geltenden Juden von dem Gesetz erfasst war, blieb – auch angesichts dessen, dass Religion in der Liste von 1965 nicht auftauchte – lange unklar, obwohl die Gesetzgebungsdebatten dies nahelegen.⁸⁹ Die britische Juristin Didi Herman hat gezeigt, dass diese Debatten sich ausführlich auf die abstrakte Figur des Juden als Opfer von Rassismus respektive des Holocaust bezogen, zeitgenössische antisemitische Vorfälle dagegen völlig ausgespart wurden.⁹⁰ Antisemitismus fand auch in der britischen Debatte nur in der Vergangenheit und an anderen Orten statt. Trotz des Gesprächs über die Juden blieb ihr rechtlicher Status als vom *Race Relation Act* geschützte „racial group“ letztlich unentschieden; Juden werden in den Debatten sowohl als „race“, als „religion“, als „ethnicity“ oder „genetic inheritance“ diskutiert. Letztlich wurde die Entscheidung der Rechtsprechung überlassen.⁹¹ Auch diese blieb mit Blick auf den antidiskriminierungsrechtlichen Status der Juden völlig diffus. Sie zeichnet sich nach Herman lediglich in zweierlei Hinsicht als kohärent aus: Alle Klagen jüdischer Kläger wegen Diskriminierung (die meisten im Kontext von Arbeitsverhältnissen) durch nichtjüdische Personen wurden abgelehnt und kein Richter bezog sich in der Verhandlung oder in der Urteilsbegründung auf den weiteren Kontext des Antisemitismus in Großbritannien.⁹²

Im Jahr 1983 entschied das House of Lords (heute der Oberste Gerichtshof des Vereinigten Königreichs) in *Mandla v Dowell-Lee*, dass Sikhs als ethnische Gruppe im Sinne des *Race Relations Act* gelten und daher in den Schutzbereich des Gesetzes fallen.⁹³ Die Entscheidung gilt seither als Leitentscheidung und besitzt fast biblische Autorität, weil die Richter darin bis heute geltende Kriterien für eine ethnische Gruppe aufstellten, die auch von Rechtswissenschaft und Gerichten anderer EU-Staaten zur Auslegung der EU-Antirassismus-Richtlinie und ihrer Umsetzungsgesetze, wie dem AGG, herangezogen werden. Doch die

89 Lustgarten, *The Grounds of Discrimination under the Race Relations Act 1976 in the United Kingdom*, S. 237 f.; Herman, *Unfortunate Coincidence*, S. 129 ff.

90 Ebenda, S. 128.

91 Ebenda, S. 131 ff.

92 Ebenda, S. 155.

93 House of Lords, *Mandla v Dowell-Lee*, 24 March 1983, [1982] UKHL 7, [1983] 2 AC 548.

Kriterien sind in sich völlig widersprüchlich und laden zu einer Essentialisierung von Kläger*innen ein, die sich gegen Diskriminierung wenden.⁹⁴ Als essentielle Kriterien nennt *Mandla v Dowell-Lee*, „(1) eine lange gemeinsame Geschichte, die sich von anderen Gruppen unterscheidet, derer sich die Gruppe bewusst ist und deren Erinnerung sie lebendig hält; (2) eine eigene kulturelle Tradition, einschließlich familiärer und sozialer Sitten und Gebräuche, die oft, aber nicht unbedingt mit der Einhaltung religiöser Gebräuche verbunden sind.“ Ergänzend führt es auf: eine gemeinsame geografische Herkunft oder die Abstammung von einer kleinen Anzahl gemeinsamer Vorfahren, gemeinsame Sprache, gemeinsame Literatur und gemeinsame Religion und einen Status als Minderheit oder als unterdrückte oder dominante Gruppe innerhalb einer größeren Gemeinschaft, wobei sowohl das „eroberte Volk (z. B. die Bewohner Englands kurz nach der normannischen Eroberung)“ als auch „ihre Eroberer“ beide ethnische Gruppen sein können. Auch „converts and apostates“, also Personen, die durch Eheschließung oder „Abfall vom Glauben“ zu diesen Gruppen zählen, sollten von dieser Definition erfasst sein. Ethnien sind nach diesem Verständnis Gruppen, die sich in erster Linie durch ihre inhärente abstammungsbasierte, religiöse oder kulturelle Unterschiedlichkeit definieren. Die strukturelle Komponente von Diskriminierung, die auf historisch gewachsene und diskursiv verfestigte Machtverhältnisse zurückgeht, kommt in dieser symmetrischen Definition nicht mehr vor.⁹⁵ *Mandla v Dowell-Lee* stützt sich unter anderem auf eine Entscheidung des New Zealand Court, in der es um die Frage ging, ob Juden in Neuseeland eine abgegrenzte ethnische Gruppe seien. Es ist Didi Herman zu verdanken, die diesen gegenseitigen Bezugnahmen nachgespürt hat, dass Jurist*innen heute wissen, bzw. wissen könnten, dass der New Zealand Court seine Entscheidung, Juden seien „a group of persons with ethnic origins of the clearest kind“ auf

94 Ein beredtes Beispiel ist die Entscheidung des Arbeitsgerichts Stuttgart vom 15. 4. 2010, 17 Ca 8907/09, in dem das Gericht die ethnische Zugehörigkeit Ostdeutscher unter Heranziehung dieser Definition diskutiert. Im Einzelnen Jonas Bens, *Ethnie als Rechtsbegriff. Kulturanthropologische Problembeschreibungen zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz*, Bonn 2013, S. 77 ff.

95 Auf den deutschen Kontext übertragen könnte mit dieser Definition auch die sogenannte Deutschenfeindlichkeit, die erstmals in der Polizeilichen Kriminalstatistik Jahr 2019 erhoben wird, als Diskriminierung adressiert werden.

die Expertise eines Anthropologen gestützt hatte, dessen Forschungsgebiet die Kultur der *Pacific Islanders* war.⁹⁶ Der Kläger im Fall *Mandla v Dowell-Lee* war ein Sikh, dem das Tragen religiöser Kleidung in der Schule verboten worden war. Doch es findet sich darin auch eine Randbemerkung dazu, dass Juden vom Schutzbereich des Gesetzes umfasst seien.

Der Oberste Gerichtshof des Vereinigten Königreichs bezog sich dann 2009 im eingangs geschilderten Fall *R (E) v Governing Body of Jewish Free School (JFS)*⁹⁷ auf *Mandla v Dowell-Lee* um zu begründen, dass auch Juden eine ethnische Gruppe seien. Geklagt hatte der jüdische Vater eines Schülers, dessen jüdische Mutter nicht nach den Regeln des Office of the Chief Rabbi (OCR) konvertiert wurde, sondern von einer konkurrierenden Denomination. Die Jewish Free School hatte die Konversion nicht anerkannt und ihren Sohn nicht als Schüler aufgenommen. JFS argumentierte, es handele sich um eine religiöse Unterscheidung, und als religiöse Schule sei sie rechtlich ermächtigt, diese zu treffen. Der Kläger machte eine „racial discrimination“ geltend, weil der Entscheidung der Bezug auf die matrilineare Abstammung zugrunde liege. Der High Court hatte in erster Instanz entschieden, es handle sich um eine Frage nach dem jüdischen Status, und dessen Bestimmung sei allein eine Frage religiöser Auslegung – ist das Kind jüdisch nach orthodoxem jüdischen Recht –, die nicht von säkularen Gerichten zu treffen sei.⁹⁸

Der Court of Appeal und als letzte Instanz der Supreme Court entschieden anders, es liege eine „racial discrimination“ zum Nachteil des Klägers vor. Zur Begründung führten sie mehrere Punkte an: Erstens seien Juden – unter Verweis auf *Mandla v Dowell-Lee* – fraglos eine ethnische Gruppe, zweitens sei die Gruppe der orthodoxen Juden eine Subgruppe der ethnischen Gruppe Juden und die Gruppe der Juden, deren Mutter nicht jüdisch geboren war, eine weitere Subgruppe. Drittens sei der matrilineare Test auch ein rassischer Test, der die Mutter des Schülers aufgrund ihrer ethnischen Herkunft benachteiligte, diese sei „Italienerin und römisch-katholisch“. Ein Richter des Court of Appeal verglich

96 Herman, *Unfortunate Coincidence*, S. 144 f. mit weiteren Nachweisen.

97 *R v Governing Body of JFS and the Admissions Appeal Panel of JFS*, [2009] 2 AC 728, [2010] 2 WLR 153.

98 *R v Governing Body of JFS* [2008] ELR 445.

den matrilinearen Test und die Praxis von JFS sogar mit der Apartheidpolitik in Südafrika – auch ein Richter des Supreme Court machte sich diese Auffassung zu eigen.⁹⁹ Viertens sei das Abstellen auf Religion also nur vorgeschoben und daher liege mindestens eine mittelbare Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft vor.

In der Darstellung des Supreme Court, die so unhinterfragt im britischen, europäischen und deutschen Rechtsdiskurs übernommen wird, stellt sich der Fall mithin als eine biologistisch-rassistische Diskriminierung von Juden an anderen Juden dar bzw. an konvertierten Nichtjuden. An dieser Darstellung ist vieles problematisch, hier sollen nur einige Punkte herausgegriffen werden.¹⁰⁰ Nicht nur drängt der Gerichtshof Juden ein christliches Modell des Bekenntnisses auf, sondern beurteilt auch den matrilinearen Test falsch, indem er ihn als rassistisch ausweist. Der Test folgt gerade keiner Abstammungsgenealogie, die Abstammungslinie wird vielmehr bereits unterbrochen, wenn eine Person übertritt. Eine nach den Regeln der jeweiligen Denomination anerkannte Konversion macht diese Person zum Juden oder zur Jüdin, es dominiert damit nicht Abstammung, sondern Religion. Indem der Gerichtshof auf die Blutverbindung abstellt und Konversion und jüdische religiöse Autorität marginalisiert, rassialisiert er Juden und Jüdinnen. Zum Ausdruck kommt das in der wiederholten Rede von der ethnisch italienischen Mutter, der Vater wird demgegenüber nur als ethnisch jüdisch eingeführt – der Gerichtshof spricht ihr wie auch JFS – ihr Jüdischsein durch Konversion schlicht ab. Herman hat schließlich darauf hingewiesen, dass durch die Rassialisierung von jüdischer Ethnizität auch die Verbindungen, die säkulare Jüdinnen und Juden zu jüdischer Kultur und Geschichte haben, marginalisiert werden.¹⁰¹ Zusammenfassend kritisiert sie „die Mehrheitsentscheidung in JFS, dass Juden die Rassisten sind, in Verbindung mit ihrem absoluten Mangel an Anerkennung christlicher anti-jüdischer Verfolgung und Diskriminierung in England sowie in Verbindung mit dem fast vollständigen Scheitern jüdischer Kläger in anderen Verfahren“.

99 R v Governing Body of JFS 29, [2009] 2 AC 728, para. 29.

100 Für eine detaillierte Analyse und Kritik siehe Herman, *Unfortunate Coincidence*, S. 163 ff.

101 Ebenda, S. 167.

2.3. *Juden als Nation: Der Fall Kuwait Airways vor deutschen Zivilgerichten und das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)*

Gerichtsfeste Fälle, in denen Ansprüche gegen antisemitische Diskriminierungen nach dem deutschen Antidiskriminierungsgesetz (AGG) geltend gemacht wurden, gibt es bislang kaum. Aufsehen erregte 2017 ein Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main zum Flugverbot für israelische Staatsbürger*innen bei Kuwait Airways. Die Fluggesellschaft verweigert allen israelischen Staatsangehörigen die Beförderung und verweist dazu auf das kuwaitische Gesetz Nr. 21 (Einheitsgesetz zum Israel-Boycott) aus dem Jahr 1964. Nach diesem Gesetz werden Personen, die mit Israelis Verträge abschließen, mit Gefängnis- oder Geldstrafe bestraft und müssen auf eigene Kosten an der Frontseite ihres Geschäfts ein Schild befestigen, auf dem sie der geschäftlichen Kontakte zu Israelis bezichtigt werden. Wer auf Handel mit Israelis hinweist, also denunziert, wird hingegen belohnt. Das Gesetz erinnert an das Sonderrecht für die Juden im Nationalsozialismus und richtet sich ausschließlich gegen den Staat Israel als jüdischen Staat, selbst wenn es dabei auch arabische Israelis trifft.¹⁰² Das Landgericht Frankfurt erkannte in der Praxis von Kuwait Airways keine Diskriminierung nach dem AGG. Die beklagte Fluggesellschaft frage „lediglich nach der Staatsangehörigkeit“ – und die sei in §§ 1, 19 AGG nicht geschützt. Das Gericht lehnte auch das Vorliegen einer „mittelbaren Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft oder der Religion i.S.v. § 3 Abs. 2 AGG“ ab. Dies komme zwar „in Betracht, weil Angehörige eines bestimmten Staates typischerweise (wenn auch nicht zwingend) durch ihre Abstammung, ihren nationalen Ursprung und ihre Religion in diesem Staat geprägt sind“. Für das kuwaitische Gesetz, auf das die Fluggesellschaft ihre Weigerung gründet, spiele es jedoch „keine Rolle, ob die israelischen Staatsangehörigen jüdischen, christlichen oder sonstigen Glaubens sind“. Gleiches gelte „für eine ethnische Herkunft oder Rasse“.

Die Frankfurter Richter verkannten dabei, dass die überwiegende Mehrheit der Israelis – und damit von der Regelung betroffene Personen – Juden und Jüdinnen sind. Nach unstreitiger Rechtsauffassung handelt es sich in diesen Fallkonstellationen um eine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung wegen der

102 Einen solchen Fall schilderte der arabisch-israelische Blogger Nuseir Yassin, <https://www.haaretz.com/middle-east-news/palestinians/nas-daily-points-to-ironies-of-anti-israel-boycott-1.5455306> [22. 7. 2020].

ethnischen Herkunft.¹⁰³ So entschied als Berufungsinstanz 2018 auch das OLG Frankfurt, das kuwaitische Boykottgesetz ziele darauf ab, Personen wegen ihrer Abstammung und Herkunft zu diskriminieren, dafür spreche bereits die ethnische Zusammensetzung des israelischen Staatsvolkes, dessen jüdischer Anteil knapp 75 Prozent betrage.¹⁰⁴ Im Ergebnis ist das richtig, doch auch hier findet rechtlich lediglich eine Auseinandersetzung über die „ethnische Zusammensetzung des israelischen Staatsvolkes“ statt, jedoch nicht über Antisemitismus. Nach der Arbeitsdefinition Antisemitismus der IHRA, deren Verwendung das Bundesjustizministerium 2019 den Justizministerien der Länder empfahl,¹⁰⁵ handelt es sich hierbei um eine antisemitische Maßnahme. Manifestation des Antisemitismus kann danach auch die Fokussierung auf den Staat Israel sein, wenn er als jüdisches Kollektiv wahrgenommen wird.¹⁰⁶ Eine Kritik an Israel, die sich auf einem Niveau bewegt, wie sie auch ein beliebiges anderes Land treffen könnte, ist nicht als antisemitisch anzusehen. Delegitimierung und Doppelstandards, bezogen auf Israel, sprechen für eine antisemitische Maßnahme. Das kuwaitische Boykottgesetz richtet sich ausschließlich gegen israelische Staatsbürger*innen, und Kuwait erkennt auch das Existenzrecht Israels nicht an.

Die Frankfurter Gerichte scheuten die Auseinandersetzung mit dieser Frage – das Wort Antisemitismus sucht man in den Urteilsbegründungen vergeblich. Die im Zusammenhang mit der Kritik am Urteil ergangene Forderung der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, eine neue Diskriminierungskategorie „Staatsangehörigkeit“ ins AGG einzuführen, ist leider eine Scheinlösung.¹⁰⁷ Sie verbleibt

103 EGMR, D.H. AND OTHERS v. THE CZECH REPUBLIC, Urteil vom 13. 11. 2007, 57325/00; Jost-Hubertus Bauer/Steffen Krieger u. a., Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 5. Aufl. 2018, § 1 AGG, Rn 24.

104 OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 25. 9. 2018 – 16 U 209/17. Im Ergebnis lehnte auch das OLG einen Anspruch des Klägers ab, weil die Klage nach dem AGG verfristet war und darüber hinaus aufgrund des staatlichen Boykott-Gesetzes eine sogenannte rechtliche Unmöglichkeit der Vertragserfüllung für die Fluggesellschaft vorliege. Kritisch zuLetzterem: Marc-Philippe Weller, Antisemitismus – Antworten des Privatrechts, in: JZ 7 (2019), S. 317–326.

105 www.lto.de/recht/justiz/j/bmjv-antisemitismus-definition-justiz-laender-judenhass-verfolgung-staatsanwaltschaft/ [22. 7. 2020].

106 www.holococaustremembrance.com/de/node/196 [22. 7. 2020].

107 www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Kurzmeldungen/DE/2017/nl_05_2017/nl_05_aus_der_arbeit_5.html [22. 7. 2020].

in der Logik, Zugehörigkeiten statt strukturelle Diskriminierungsrealitäten zu prüfen. Die Frage „Sind Juden eine Ethnie oder eine Religion?“ ist bereits falsch gestellt, wenn es nicht um die Religionsfreiheit, sondern um Antisemitismus geht. Denn dann führt die ethnische Gruppenbestimmung vom eigentlichen Problem weg. Mit Theodor W. Adorno ist Antisemitismus vor allem „das Gerücht über die Juden“,¹⁰⁸ und das hat mit Zugehörigkeit wenig zu tun. Wer also mit Recht insistiert, dass Juden und Jüdinnen bis heute nicht *weiß* sind, meint damit nicht deren Hautfarbe, Abstammung oder Ethnizität, sondern den Fakt, dass sie weitgehend unabhängig von ihrem Dasein und Verhalten facettenreichen antisemitischen Zuschreibungen und daraus resultierender Diskriminierung ausgesetzt sind. Aufgabe von Antidiskriminierungsrecht ist es, diese Phänomene und Effekte klar zu benennen, zu verhindern und wiedergutzumachen, nicht ethnologische Forschungen anzustellen. Um – wie die Antidiskriminierungsstelle des Bundes zu Recht einklagt – „künftig sämtlichen Formen der Diskriminierung rechtlich entgentreten zu können“, muss auch Antisemitismus in Gesetzestexten benannt und in seinen aktuellen Ausprägungen rechtlich diskutiert und anerkannt werden.

3. Die Frage anders stellen. Der Rechtsbegriff „Antisemitische Zuschreibungen“ im Landesantidiskriminierungsgesetz Berlin

Antisemitismus ist kein „Merkmal“ der davon Betroffenen. Er lässt sich auch nicht in eine einzige Diskriminierungskategorie pressen: Rassistische und antisemitische Zuschreibungen, Religion, Sprache und Staatsangehörigkeit – ganz unterschiedliche Aspekte spielen hier intersektional zusammen. Antisemitische Diskriminierung muss aber auch nicht vorsätzlich erfolgen. Mit Martha Minow gilt es daher, den Fokus von der „Differenz der Person zu der sozialen Beziehung, die diese Differenz produziert“, zu verschieben.¹⁰⁹ Dafür bietet sich der Begriff der Zuschreibung an.

Das im Juni 2020 verabschiedete Berliner Landesantidiskriminierungsgesetz (LADG) geht als verwaltungsrechtliches Antidiskriminierungsgesetz in vielerlei

108 Theodor W. Adorno, *Minima Moralia*, Frankfurt a. M. 2001, S. 200.

109 Martha Minow, *Not Only for Myself: Identity, Politics, and the Law*, New York 1997, S. 79.

Hinsicht neue Wege. Es verleiht Betroffenen von Diskriminierung Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche bei Diskriminierung durch Behörden, die vor den Zivilgerichten einzuklagen sind. Auf ein vorsätzliches Handeln der Behörden kommt es dabei nicht an. § 2 LADG verzichtet zudem auf den im Antidiskriminierungsrecht sonst üblichen Begriff der „Rasse“ und ersetzt ihn durch die postkategoriale Formulierung „Kein Mensch darf im Rahmen öffentlich-rechtlichen Handelns aufgrund [...] der ethnischen Herkunft, einer rassistischen und antisemitischen Zuschreibung, der Religion [...] diskriminiert werden.“ Diese Formulierungen verschieben den Fokus rechtlicher Beurteilung von Zugehörigkeit zu Zuschreibung. Im Zentrum rechtlicher Beurteilung steht dann nicht mehr so sehr die Frage, „was Juden sind“, sondern welchen rassialisierenden, christozentristischen und antisemitischen Projektionen sie im konkret zu beurteilenden Einzelfall und im gesellschaftlichen Gesamtkontext ausgesetzt sind. Damit einher geht eine weitere Verschiebung, von Symmetrie zu Asymmetrie. Rasse und Ethnizität sind auch sozialkonstruktivistisch ausgelegt symmetrische Eigenschaften. Von rassistischen und antisemitischen Zuschreibungen sind dagegen nicht alle Menschen betroffen. Mit dieser Formulierung hätten sich alle eingangs diskutierten Fälle juristisch sauber lösen lassen. Antisemitische Beschimpfungen wären danach strafbar; antisemitische Schmierereien würden Schadensersatzansprüche nach sich ziehen. Die Entscheidung einer jüdisch-orthodoxen Privatschule, nur Schüler*innen aufzunehmen, die den religiösen Vorschriften der eigenen Kongregation folgen, wäre dagegen keine antisemitische Zuschreibung, sondern rechtlich zulässig. Die Vorschrift ist zudem die erste im deutschen Recht, die Antisemitismus nicht unter Rassismus subsumiert. Durch die additive Nennung lässt sie Raum für die rechtliche Diskussion und Adressierung vielfältiger Artikulation von Rassismus und Antisemitismus. Die ausdrückliche Aufzählung signalisiert schließlich den Betroffenen antisemitischer Diskriminierung: Auch ihr seid gemeint, auch ihr habt Rechte gegen Diskriminierung.