

DOSSIER

10 Jahre Diskriminierungs- schutz in Deutschland

Eine Publikation der Heinrich-Böll-Stiftung, April 2017

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	3
Autorinnen und Autoren.....	4
Einleitung	5
Antidiskriminierungsrecht im Wandel.....	7
<i>Alik Mazukatow</i>	
Das AGG in der Rechtspraxis.....	13
<i>Alexander Tischbirek</i>	
Mit Recht gegen Diskriminierung?!.....	20
<i>Eva Maria Andrades</i>	
Welche Diskriminierungsgründe braucht das AGG?.....	27
<i>Doris Liebscher</i>	
Präventive Gleichbehandlungsmaßnahmen	33
<i>Vera Egenberger</i>	
Rassismus messen, aber wie?	43
<i>Linda Supik</i>	
Impressum	49

Vorwort

Dossier "10 Jahre Diskriminierungsschutz in Deutschland"

Am 18. August 2016 beging das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz seinen 10. Geburtstag. Es gab Grund zum Feiern, aber keinerlei Anlass, sich zurückzulehnen.

Zwar ist das AGG trotz seiner schwierigen Geburtswehen und seiner kränklichen Kindheit zu einem mitunter durchsetzungsfähigen Teenager geworden: Eine „gesunde“ Normalität im Umgang mit dem reaktiven Diskriminierungsschutz hat sich eingebürgert. Zivilgesellschaftliche Organisationen mahnen allerdings an, dass der Diskriminierungsschutz noch deutliche Lücken aufweist, die geschlossen werden sollten. Eine vorzeigbare Karriere als erfolgreiches Antidiskriminierungsgesetz steht damit noch aus.

Das Dossier „10 Jahre Diskriminierungsschutz in Deutschland“ zieht ein Resümee über die historische Entwicklung antidiskriminierender Grundsätze bis heute und benennt sinnvolle Komponenten der Weiterentwicklung des Diskriminierungsschutzes. Es fügt sich damit ein in die Reihe von Ideen, Ergänzungen und Verbesserungsvorschlägen, die Regierungs- und Nichtregierungsorganisationen in öffentlich zugänglichen Analysen herausgearbeitet haben. Ein gemeinsames weiterdiskutieren, -entwickeln, -fordern wird notwendig sein, um den Diskriminierungsschutz nachhaltig zu stärken.

Vera Egenberger

Berlin, April 2017

Autorinnen und Autoren

Vera Egenberger ist seit 1992 in der Antirassismus- und Gleichbehandlungsarbeit tätig und hat das Dossier kuratiert. Sie war als Geschäftsführerin beim [Informations- und Dokumentationszentrum gegen Ausländerfeindlichkeit](#) (IDA) in Düsseldorf, beim [European Network against Racism](#) (ENAR) in Brüssel, dem [Menschenrechtsinstitut der OSZE](#) in Warschau und dem [Europäischen Romarechtszentrum](#) (ERRC) in Budapest tätig. 2009 gründete sie das [Büro zur Umsetzung von Gleichbehandlung e.V.](#) (BUG) in Berlin und begleitet seitdem Klägerinnen und Kläger bei ihren Diskriminierungsklagen vor Gericht.

Alik Mazukatow ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am [Institut für Europäische Ethnologie der Humboldt Universität Berlin](#), wo er unter anderem zu Antidiskriminierungspolitik, Migrationsprozessen und Geschlechterstudien forscht.

Alexander Tischbirek, Ass. iur., ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der [Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität](#) zu Berlin. Ehrenamtlich engagiert er sich für das [Büro zur Umsetzung von Gleichbehandlung e.V.](#) (BUG), das in AGG-relevanten Verfahren als Beistand Betroffener vor Gericht tätig wird.

Eva Maria Andrades ist Juristin und seit 2008 beim [Antidiskriminierungsnetzwerk Berlin des Türkischen Bundes in Berlin-Brandenburg](#) (ADNB des TBB) tätig. Als Referentin und Trainee arbeitet sie zu den Themen (Rechtliche) Antidiskriminierungsberatung und -arbeit. Seit 2012 ist sie Vorständin im [Antidiskriminierungsverband Deutschland \(advd\)](#).

Doris Liebscher betreut die [Humboldt Law Clinic Grund- und Menschenrechte](#) an der Juristischen Fakultät der Humboldt Universität zu Berlin. Sie ist Gesellschafterin des [Büros für Recht und Wissenschaft](#) und Vorständin des [Antidiskriminierungsbüros Sachsen](#). Sie promoviert zu [„Rasse“-Konzepten im deutschen Recht](#).

Linda Supik ist Soziologin und lebt in Münster. Sie arbeitet und forscht im [Kulturwissenschaftlichen Institut](#) in Essen zu Fragen von Rassismus und Diskriminierung, Intersektionalität und den Dilemmata der Messbarkeit von Diskriminierung. Sie lehrt an der Universität Münster.

Einleitung

Zum Werdegang des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG)

von Vera Egenberger

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) wurde im Jahr 2006 im Bundestag verabschiedet. Damals wurde es von der einen politischen Seite entweder als Bürokratiemonster oder als das Ende der Privatautonomie betitelt. Die andere politische Seite wiederum stufte das AGG als zu schwächlich ein. Trotz längst überfälliger Geburt erblickte das Gesetz mit drei Jahren Verspätung dann im Jahr 2006 das Licht der Welt. In seiner kränklichen Kindheit konnten jedoch weder die Stellen, von denen Diskriminierung ausgehen kann, noch Diskriminierte selbst viel mit dem AGG anfangen. Klagen gab es kaum, Rechtsfortbildung fand selten statt.

Seitdem sich das Gesetz doch noch zu einem durchsetzungsfähigen Teenager gemausert hat, geht von Diskriminierungsklagen eine Signalwirkung aus. Das öffentliche Tarifsysteem beispielsweise musste vollständig reformiert werden, weil Gehalts- und Urlaubsregelungen auf altersdiskriminierenden Grundsätzen beruhten. So kamen in den letzten Jahren gerichtliche Klärungen zustande, wer das Gesetz in Anspruch nehmen kann und welche Formen von Ausgrenzung als Diskriminierung im Sinne des Gesetzes zu verstehen sind.

Der Diskriminierungsschutz weist jedoch noch Lücken auf, die geschlossen werden sollten. Als Zivilgesetz schließt das AGG zum Beispiel die öffentliche Hand nicht mit ein. Fälle von „Racial Profiling“ können somit nicht mit dem AGG geahndet werden. Auch diskriminierende Vorfälle in Schulen fallen aus dem Rahmen des AGG. Zunehmend diskutiert werden deshalb Formen präventiver Maßnahmen, um Diskriminierung gar nicht erst geschehen zu lassen. Eine vorzeigbare Karriere als erfolgreiches Antidiskriminierungsgesetz steht dem AGG damit noch aus.

Das vorliegende Dossier geht auf Aspekte der Analyse und Weiterentwicklung des Diskriminierungsschutzes ein. Ein erster Themenblock beleuchtet zunächst die bisherige Entwicklung des rechtlichen Diskriminierungsschutzes.

Der Ethnologe Alik Mazukatow blickt in seinem einführenden Beitrag "Antidiskriminierungsrecht im Wandel" auf die historische Entwicklung des Rechts auf Gleichbehandlung. Indem er mit konkreten Beispielen in die gerichtliche Nutzung des Gleichstellungsrechtes einführt, zeigt der Jurist Alexander Tischbirek anschließend Möglichkeiten und Grenzen einer Diskriminierungsklage auf. Aus ihren Erfahrungen als Leiterin des Antidiskriminierungsnetzwerks Berlin beschreibt Eva Maria Andrades schließlich Möglichkeiten der Einschätzung von Diskriminierungsfällen in der Beratungspraxis sowie Wege der Unterstützung für Diskriminierungsopfer.

In einem zweiten Themenblock gewährt das Dossier einen Ausblick auf die Bedarfe und Möglichkeiten der Stärkung des Diskriminierungsschutzes.

Hier diskutiert zunächst Doris Liebscher, Mitarbeiterin der Humboldt Law Clinic Grund- und Menschenrechte, ob die vom AGG vorgenommene Einteilung geschützter Merkmale in ethnische Zugehörigkeit, Religion, Geschlecht, Behinderung, Alter und sexuelle Orientierung noch zeitgemäß ist. Der anschließende Beitrag „Präventive Gleichbehandlungsmaßnahmen“ blickt auf Möglichkeiten der Prävention von Diskriminierung und schließt mit dem Vorschlag, einen stärkeren Fokus auf die vorbeugende Vermeidung von Diskriminierung zu legen. Beim vorzeitigen Erkennen solcher Ausgrenzungserfahrungen spielen jedoch nicht zuletzt empirische Daten eine zentrale Rolle. Da der Gesetzgeber die Erhebung statistischer Daten, die Kategorien wie etwa die sexuelle Orientierung, Religion oder ethnische Zugehörigkeit erfassen, jedoch bisher kategorisch ablehnt, arbeitet die Soziologin Linda Supik abschließend die Relevanz solcher Erhebungen heraus.

Die Beiträge erheben keinen Anspruch auf Umfänglichkeit. Über die hier angesprochenen Aspekte hinaus gibt es weitere, die es zu diskutieren und in die Debatten des Bundestages einzubringen gilt.

Antidiskriminierungsrecht im Wandel

Der Ethnologe Alik Mazukatow skizziert die historische Entwicklung des Rechts auf Gleichbehandlung

Antidiskriminierung basiert auf den Prinzipien Gleichheit und Gerechtigkeit. Im Prinzip sind diese Werte gesellschaftlich beinahe unangefochten. Um ihre konkrete Ausgestaltung hingegen wird umso leidenschaftlicher gerungen. Mit der Entscheidung des Gesetzgebers, die vier europarechtlichen Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung¹ in einem eigenständigen Gesetz umzusetzen, statt bestehende Regelungen anzupassen, ist das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) der prominenteste Vertreter der Antidiskriminierungsgesetzgebung, zu der im weiteren Sinne zahlreiche völker-, bundes- und landesrechtliche Gesetzesnormen zählen. Zweifelsohne ist rechtliche Antidiskriminierungspolitik mit der Verabschiedung des AGG in eine neue Phase eingetreten.

Auch wenn dem AGG ein geringer rechtlicher Regelungsgehalt zugesprochen wird, wird ihm gleichzeitig eine hohe symbolische Wirkung bescheinigt.² Der Austausch weitgreifender, teilweise auch rechtsfern und hochgradig moralischer Argumente im Laufe des Verabschiedungsprozesses des AGG scheint dies zu unterstreichen. Das AGG fungiert dabei als Kristallisationspunkt gesellschaftlicher Debatten zu Themen wie Diskriminierung im Alltag, Geschlechterverhältnisse in Arbeitsleben und Gesellschaft, Chancen und Grenzen des Rechtssystems, nationaler Selbst- und Fremdbilder sowie Flucht und Migration. In seinen Referenzen an die Grundrechte, die Sozialgesetzgebung, die vier europäischen Richtlinien, aus denen es hervorging, das Arbeitsrecht sowie den allgemeinen Zivilrechtsverkehr hat das AGG auch zahlreiche rechtswissenschaftliche und rechtspraktische Debatten, beispielsweise um Schutzrechte, Privatautonomie, Mehrfachdiskriminierung³ und Kategorisierungen des

¹ Gemeint sind die Antirassismusrichtlinie [2000/43/EG](#), die Rahmenrichtlinie Beschäftigung [2000/78/EG](#), die Gender-Richtlinie [2002/73/EG](#) und die [Richtlinie 2004/113/EG](#) zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen.

² Vgl. Baer, Susanne (2015): Rechtssoziologie. Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung. 2. Auflage. Baden-Baden: Nomos.

³ Debattenprägend noch weit vor Verabschiedung des AGG: Crenshaw, Kimberle (1989): Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics. In: University of Chicago Legal Forum, 139-67.

Rechts,⁴ angeregt. Wirkungen des AGG sind demnach nicht allein in seinem Anwendungsbereich zu finden, was bei Bewertungen des Gesetzes zu berücksichtigen ist.

Nicht nur in den angesprochenen Debatten, sondern auch in der Antidiskriminierungspolitik allgemein lässt sich das Zusammenspiel von Recht und Politik beobachten. Recht wird dabei zum Zielpunkt politischer Forderungen und gleichzeitig zum Ausgangspunkt der Mobilisierung politischer Bewegungen. In Veränderungswünschen, Interventionshandlungen und -gedanken und politischen Visionen wird daher immer auch die rechtliche Ordnung reflektiert. Antidiskriminierung hat schon lange vor Verabschiedung des AGG die Bedeutung des Rechts zur Umsetzung emanzipatorischer Ziele entdeckt. Ein Blick auf die Frauenbewegung und die Schwulenbewegung macht deutlich, wie einer ersten Phase der rechtlichen Antidiskriminierungspolitik für Recht(e) aber auch gegen Recht mobilisiert wurde.

1. Phase: Rechtliche Antidiskriminierungspolitik für und gegen Rechte

Um die Jahrhundertwende zum 20. Jahrhundert formierte sich immer deutlicher Widerstand gegen das Wahlrecht im deutschen Kaiserreich. Das Allgemeine Wahlrecht, seit Mitte des 19. Jahrhunderts verfügt, sah für Frauen weder ein passives noch ein aktives Wahlrecht vor. Ihnen wurde die private Sphäre samt Zuständigkeit für Familie und Reproduktion zugewiesen. Gegner/innen des Frauenwahlrechts befürchteten, dass bei einer Liberalisierung des Rechts genau diese Bereiche des sozialen Lebens erodieren könnten. Als 1918 nun auch endlich Frauen wählen durften, kann dies als Erfolg der eher progressiv bürgerlichen Protagonistinnen der Bewegung wie Minna Cauer und Helene Lange gesehen werden, die vehement das uneingeschränkte Wahlrecht für Frauen gefordert hatten. Die Forderung nach einem Wahlrecht, das Frauen Männern gleichstellt, wirkte hier mobilisierend.

Das Verbot männlicher Homosexualität erlebte eine wechselvolle Geschichte. Der entsprechende Paragraph 175 der jeweiligen Strafgesetzbücher wurde nach einiger Debatte im Jahr 1872 eingeführt, wenngleich es damals ernsthafte Bestrebungen gab, Sexualität zwischen Männern nicht unter Strafe zu stellen. Unter dem Nationalsozialismus deutlich verschärft, ging Paragraph 175 unverändert in die bundesdeutsche Rechtsordnung ein, in der DDR hingegen wurde Gesetzgebung und Rechtsverfolgung weniger repressiv gehandhabt. Erst nach

⁴ Lembke, Ulrike; Liebscher, Doris (2014): [Postkategoriales Antidiskriminierungsrecht? – Oder: Wie kommen Konzepte der Intersektionalität in die Rechtsdogmatik?](#), in: Simone Philipp et.al. (Hg.) Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung. Soziale Realitäten und Rechtspraxis, Baden-Baden, 261-290.

über 100-jährigem Kampf gegen ihn wurde der mehrmals abgeschwächte Paragraph im Jahr 1994 ersatzlos gestrichen. Politische Mobilisierung der Schwulenbewegung, hier seien Magnus Hirschfeld in den 1890er-Jahren oder auch die Homosexuelle Aktion Westberlin in den 1970er-Jahren beispielhaft angeführt, erfolgte unter anderem gegen eine ungerechte Strafgesetzgebung.

Die Geschichte dieser beiden politischen Bewegungen zeigt, dass Recht zum Ziel politischer Forderungen und Interventionen wurde. Es gibt nicht wenige politische Gruppen, die noch immer nach rechtlicher Anerkennung streben. Unter diesem Gesichtspunkt sollte auch eine Erweiterung des § 1 AGG um zusätzliche Merkmale diskutiert werden, wie dies in einem anderen Artikel des Dossiers vorgenommen wird.

2. Phase: Reaktive Antidiskriminierungsgesetzgebung mit proaktiven Elementen

Als größtenteils reaktives Instrument der Sanktionierung von Diskriminierung bezieht das AGG seinen Wirksamkeitsanspruch aus der Hoffnung, dass von Diskriminierung Betroffene gegen erlittenes Unrecht klagen und mit diesem individuellen Klagerecht nach und nach auch Gesellschaft und diskriminierende Institutionen verändert werden. Sogenannte „Positive Maßnahmen“ hingegen bauen nicht mehr darauf auf, dass Diskriminierung bereits geschehen sein muss und Geschädigte selbst aktiv werden, um sie zu bekämpfen. Rechtliche Grundlage der Positiven Maßnahmen ist § 5 AGG. Sie sollen dazu dienen, strukturelle Nachteile und Barrieren für von Diskriminierung Betroffene abzubauen. Paragraph 5 unterstreicht damit die politischen Forderungen, dass in der Antidiskriminierungspolitik nicht nur passive Verbote, sondern eine proaktive Gestaltung von gesellschaftlichen Verhältnissen vonnöten sind. Ein proaktives Antidiskriminierungsrecht ist nicht (nur) auf Einzelfälle zugeschnitten, die per Verbot bekämpft werden sollen, sondern auf die Veränderung strukturell-organisationaler Prozesse per „positiver Verpflichtung“, einem Gebot der Gleichbehandlung, sodass Diskriminierung möglichst erst gar nicht entsteht.⁵

Inspiziert durch den Civil Rights Act in den USA, der seit 1964 in bestimmten Fällen die Bevorzugung von Schwarzen US-Amerikaner/innen in der damals wie heute von Rassismus

⁵ Vgl. Malik, Maleiha (2007): [Anti-Discrimination Law in Britain](#). In: Rudolf, B. & Mahlmann, M. (Hg.): Handbuch Gleichbehandlungsrecht, Baden-Baden: Nomos, 153.

geprägten US-amerikanischen Gesellschaft zulässt, haben proaktive Elemente auch in das deutsche Rechtssystem Eingang gefunden.⁶ Prominentes Beispiel ist der Zusatz zum zweiten Absatz des Artikels 3 des Grundgesetzes aus dem Jahr 1994, der den Staat zur tatsächlichen Durchsetzung eines hierarchiefreien Geschlechterverhältnisses verpflichtet.⁷ Viel diskutiert sind auch die merkmalsbezogenen Quoten im Erwerbsleben. Für Frauen in Aufsichtsräten wurde gerade erst ein eigenes Gesetz zur Durchsetzung einer Quote eingeführt.⁸ Aber auch das Sozialgesetzbuch IX sieht in Unternehmen ab 20 Mitarbeiter/innen innerhalb der Belegschaft eine Quote von Schwerbehinderten Menschen in Höhe von 5 Prozent vor.⁹ Insgesamt allerdings ist Deutschland sehr weit von einem umfassenden proaktiven Antidiskriminierungsrecht entfernt. Regelungen in anderen Ländern wie Großbritannien, Irland oder Südafrika könnten Vorbild sein für rechtliche Regelungen, die Diskriminierung vorbeugen, um sie gar nicht erst entstehen lassen.

Positive Maßnahmen sind eine Ausnahme des Ungleichbehandlungsverbotes des AGG. Unterschiedliche Behandlung ist erlaubt, wenn „durch geeignete und angemessene Maßnahmen bestehende Nachteile (...) verhindert oder ausgeglichen werden sollen“. Es mag etwas paradox anmuten, aber um Gerechtigkeit herzustellen, wird demnach Ungleichbehandlung entlang der eigentlich durch § 1 AGG geschützten Merkmale zugestanden. Die gesetzgebende Instanz lässt allerdings offen, was genau positive Maßnahmen sein sollen und stellt frei, ob und wann sie zu ergreifen sind. Mit dieser offenen Regelung entsteht ein Spielraum, auf dessen Basis für viele Bereiche passgenaue Maßnahmen entwickelt werden können. Allerdings folgt daraus im Umkehrschluss eben auch kein Zwang, keine Verpflichtungen und keine Rechenschaft, Gesellschaft aktiv diskriminierungsfrei zu gestalten. Zudem wird die Verantwortung für präventive Antidiskriminierung weg von der Gesetzgebung hin zu den Akteur/innen innerhalb des Anwendungsbereiches des Gesetzes geschoben. Dies kommt gewissermaßen einer Privatisierung der Gleichbehandlung gleich.

⁶ Zusammenfassend zu den proaktiven Elementen im deutschen Rechtssystem vgl.: Klose, Alexander (2010): Mehr Verbindlichkeit wagen – Positive Pflichten zu Positiven Maßnahmen. In: Heinrich Böll Stiftung (Hg.): Dossier. Positive Maßnahmen. Von Antidiskriminierung zu Diversity.

⁷ Artikel 3 Abs. 2 GG im Wortlaut: „Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin“.

⁸ Gemeint ist das Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst, das zum 1. 1. 2016 in Kraft trat.

⁹ Vgl. § 71 Abs.1 SGB IX

3. Phase: Umfassender proaktiver Antidiskriminierungsschutz

In einer Zeit, wo sich weder der Arbeits- noch der Wohnungsmarkt als sehr zugänglich für Betroffene von Diskriminierung zeigen und so viele Teile der Gesellschaft bewusst und unbewusst, offen und versteckt diskriminieren, wäre es ein Signal, die Verantwortung für ein diskriminierungsfreies Zusammenleben zu übernehmen. Der öffentliche Dienst könnte hier mit gutem Beispiel und der Einführung von sogenannten Positiven Verpflichtungen vorangehen. Diese sind gesetzlich verankert und sehen vor, dass die öffentliche Verwaltung und gegebenenfalls auch Firmen Gleichbehandlungspläne entwickeln und diese umsetzen. Eine regelmäßige Berichterstattung hierzu verdeutlicht, ob gesteckte Ziele der Gleichbehandlung auch erreicht werden. Die Bedingungen für eine wirkungsvolle Umsetzung positiver Verpflichtungen sind in der Praxis beispielsweise in Großbritannien und Irland bereits erprobt. Aber nicht nur die öffentliche Hand, sondern auch Privatfirmen müssten in die Pflicht genommen werden. Durch eine Neugewichtung von Ausschreibungskriterien öffentlicher Aufträge könnte Einfluss genommen werden, sodass nicht mehr nur der Preis und der Zeitraum zur Erbringung einer Leistung entscheidend sind, sondern auch die soziale Ausgewogenheit und die Frage, ob und wie positive Verpflichtungen innerhalb der zu beauftragenden Firma umgesetzt worden sind. Die Umsetzung positiver Verpflichtungen wäre in jedem Fall von einem dezidierten politischen Willen, genügend Ressourcen, klaren Verantwortlichkeiten, Einbindung aller relevanten Gruppen, langfristigen Zielen und einer expliziten Verankerung im Leitbild der Organisationen und Behörden abhängig.¹⁰

Das AGG hat politischen Forderungen Rechnung getragen, Angehörige von benachteiligten Gruppen in der Arbeitswelt und im Zugang zu Waren und Dienstleistungen zu Inhaber/innen von Rechten zu machen. In einem Rechtssystem, das strukturelle Diskriminierung durch diskriminierendes Recht in den letzten Jahrzehnten zunehmend abgebaut hat, richten sich Interventionen auf andere gesellschaftliche Teilbereiche, in denen durch Recht Gleichbehandlung erzielt werden soll. Ein reaktives Klagerecht ist dabei unabdingbar in einer Gesellschaft, wo Diskriminierung aufgrund der in § 1 AGG geschützter Merkmale weiterhin auf der Tagesordnung steht. Eine konsequente Weiterentwicklung hieße aber, proaktive Elemente des Antidiskriminierungsrechtes durch die Einführung positiver Verpflichtungen deutlich zu stärken.

¹⁰ Zusammenfassend zu den Kriterien, die über den Erfolg oder Misserfolg positiver Maßnahmen entscheiden vgl.: Merx, Andreas (2010): Positive Maßnahmen in der Praxis – 10 Fragen und Antworten zur Umsetzung Positiver Maßnahmen. In: Heinrich Böll Stiftung (Hg.): Dossier. Positive Maßnahmen. Von Antidiskriminierung zu Diversity, 28-38.

Die Wirksamkeit solcher Maßnahmen kann nur mit umfassenden Datenerhebungen gewährleistet werden, die Aufschluss darüber geben, in welchen Bereichen besondere Dringlichkeit zum Handeln herrscht. Sowohl reaktives als auch proaktives Antidiskriminierungsrecht nützen allerdings wenig, wenn Betroffene nichts von ihren Rechten wissen oder sich nicht in der Lage fühlen, sie in Anspruch zu nehmen. Teil einer Rechtsdurchsetzung muss demzufolge auch die Schaffung einer umfassenden Beratungsinfrastruktur beinhalten.

Das AGG in der Rechtspraxis

Der Jurist Alexander Tischbirek führt mit konkreten Beispielen in die gerichtliche Nutzung des Gleichstellungsrechtes ein und zeigt Möglichkeiten und Grenzen einer Diskriminierungsklage auf

Das AGG wird 10 Jahre alt. Das ist in der Welt des Rechts eine gar nicht so kurze Zeit und so lohnt sich der Blick zurück auf die Verdienste des Jubilars. Als ein Gesetz muss sich das AGG zunächst im Recht und damit vor Gericht bewähren. Doch wie steht es um die gerichtliche Praxis in 10 Jahren AGG?

Eher durch Zufall durfte ich – damals noch als Student der Rechtswissenschaften – im Publikum der Sachverständigenanhörung im Rechtsausschuss des Bundestags kurz vor Verabschiedung des AGG beiwohnen. Die geladenen Expert/innen sowie die anwesenden Politiker/innen waren tief zerstritten über das neue Gesetz. Sie sahen die Vertragsfreiheit und damit einen Grundpfeiler des deutschen Zivilrechts bedroht. Insbesondere befürchteten sie aber eine wahre „Prozessflut“, die die Gerichte überlasten und einen Großteil der privatrechtlichen Verträge mit langjähriger Rechtsunsicherheit bemakeln würde.

Diese Sorge – das lässt sich zum 10. Geburtstag des AGG mit Deutlichkeit sagen – hat sich nicht bewahrheitet. Gibt man in der juristischen Urteilsdatenbank „[juris](#)“, die zwar ohne Anspruch auf Vollständigkeit eine Auswahl nur der wichtigsten Judikate enthält, aber gleichwohl eine Häufigkeitstendenz erkennen lassen mag, den Suchbegriff „AGG“ ein, erhält man etwa 1400 Treffer in der Rubrik „Rechtsprechung“. Das sind auf 10 Jahre gerechnet wahrlich nicht viele – zumal vor dem Hintergrund, dass nur in einem kleineren Teil der dort verzeichneten Beschlüsse und Urteile das AGG auch tatsächlich entscheidungserheblich geworden ist.

Gleichwohl ist das AGG kein „zahnloser Tiger“ – auch das haben die letzten 10 Jahre gezeigt. Zur Illustration dessen, was das AGG leisten mag, werden im Folgenden drei Rechtsfälle beispielhaft besprochen, in denen das AGG als wirksames Instrument des Diskriminierungsschutzes hervorgetreten ist, die aber zugleich manche Schwäche des Gesetzes offenbaren.

Schutz bei der Beendigung von Verträgen: eine diskriminierende Kündigung im Arbeitsrecht

Die wohl wichtigste Rolle spielt das AGG im Arbeitsrecht. Ihm ist mit den §§ 6 bis 13 AGG nicht nur ein eigener Abschnitt im Gesetz gewidmet. Auch die dem Gesetz zugrundeliegenden Richtlinien beschränken sich teilweise explizit auf das Recht der Arbeitsverhältnisse. Das AGG schützt dort umfänglich vor Diskriminierungen in allen Phasen arbeitsvertraglicher Koordinierung: Schon vor dem Abschluss eines Arbeitsvertrags verbietet es Diskriminierungen aus Gründen der „Rasse“ oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität. Weder darf eine Stellenausschreibung diskriminierend formuliert sein oder grundlos bestimmte Anforderungen aufstellen, die diskriminierend wirken, noch darf geeigneten Bewerber/innen ohne weiteres aufgrund der genannten Kriterien die Einladung zum Vorstellungsgespräch vorenthalten werden. Entsprechendes gilt dann für Einstellungs- und natürlich auch für Beförderungsentscheidungen und für die Durchführung des Arbeitsvertrags im Übrigen.

Aber auch die Beendigung des Arbeitsverhältnisses darf nicht in diskriminierender Weise erfolgen. Ein Laborant hatte sich erfolgreich auf eine Stelle in einem pharmazeutischen Unternehmen beworben. Kurz nach seiner Einstellung wurde er zu einer betriebsärztlichen Untersuchung gebeten. Hier offenbarte er, dass er HIV-positiv sei. Er war allerdings medikamentös derart eingestellt, dass der HI-Virus in seinem Blut nicht mehr nachweisbar war. Bei dieser extrem niedrigen Virenkonzentration unterhalb der Nachweisgrenze ist bisher kein Fall bekannt, in dem es – etwa auch bei ungeschütztem Geschlechtsverkehr – zu einer Übertragung des Virus auf andere Menschen gekommen ist. Gleichwohl erklärte das Pharmaunternehmen dem Laboranten die fristlose Kündigung. Nach seinen internen Regelungen dürfe kein/e Mitarbeiter/in mit einer ansteckenden Krankheit die Reinnräume des Labors betreten. Außerdem fürchte man um den guten Ruf des Unternehmens, das besonders sensible Medikamente herstelle, von denen manche auch intravenös verabreicht würden.

Der Laborant klagte gegen die Kündigung. In den ersten beiden Instanzen verlor er – auch weil die Gerichte das AGG für nicht anwendbar hielten. Erst das Bundesarbeitsgericht sah dies anders. In einem Grundsatzurteil ([Urt. v. 19.12.2013, Az. 6 AZR 190/12](#)) setzten sich die Erfurter Richter/innen zunächst eingehend mit dem Begriff der Behinderung auseinander.

Die zentrale Frage war, ob der Laborant eine Behinderung im Sinne des AGG hatte und ihm deswegen der Schutz des Gesetzes zugutekommen konnte. Denn von außen war nicht erkennbar, dass der Kläger überhaupt chronisch krank war, insbesondere brauchte er – abgesehen von seinen täglich einzunehmenden Medikamenten – keine besonderen Hilfsmittel wie eine Prothese oder einen Rollstuhl. In Anlehnung an die UN-Behindertenrechtskonvention legte das Bundesarbeitsgericht den Behinderungsbegriff des AGG jedoch weit aus. Als „behindert“ im Sinne des Antidiskriminierungsrechts müsse auch eine Person gelten können, die nicht durch tatsächliche, sondern durch ebenso wirkmächtige soziale Barrieren – durch verbreitete Vorurteile und Stigmata – an einer gleichberechtigten Teilhabe gehindert ist. Da dies auf bestimmte chronische Krankheiten, wie etwa eine HIV-Infektion, zutrefte, war der Schutzbereich des AGG für den Laboranten eröffnet. Die außerordentliche Kündigung musste somit den besonderen Anforderungen des Antidiskriminierungsrechts genügen.

Damit war der Fall aber freilich noch nicht entschieden. Denn auch nach dem AGG müssen Arbeitgeber/innen keine erwiesene Gefährdung ihrer Mitarbeiter/innen oder Kund/innen hinnehmen. Das Bundesarbeitsgericht stellte aber klar, dass allein die Angst um den guten Ruf der Firma nicht genüge. Vielmehr müsse objektiv dargelegt werden, dass der Laborant eine Gefahr für den Betrieb und die Qualität der hergestellten Medikamente darstelle. Das Bundesarbeitsgericht stelle noch einen weiteren Punkt klar und monierte damit zugleich ein erhebliches Defizit des AGG vor dem Hintergrund der Vorgaben aus der UN-Behindertenrechtskonvention und der dem AGG zugrundeliegenden EU-Richtlinien: Selbst wenn eine gewisse Gefahr durch den Einsatz des HIV-positiven Laboranten im Reinraum objektiv dargelegt werden könne, führe dies nicht schon automatisch zur Rechtmäßigkeit einer fristlosen Kündigung. Denn bevor die Arbeitgeberin zu diesem schärfsten Schwert der Vertragsbeendigung greife, müsse sie prüfen, ob sich durch „angemessene Vorkehrungen“ ein Verbleib des Klägers im Betrieb bewerkstelligen ließe. Solche „angemessenen Vorkehrungen“ können etwa auch den Wechsel des Arbeitsplatzes innerhalb des Betriebes umfassen. Bevor das beklagte Pharmaunternehmen sich von dem Laboranten trennen darf, muss es also etwa versuchen, den Arbeitnehmer allein bei ungefährlichen Produktionsschritten einzusetzen. Auch für diese Pflicht zum Vorhalt „angemessener Vorkehrungen“ gibt es aber wiederum Grenzen – nämlich den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Das Pharmaunternehmen ist also nur dazu verpflichtet, solche Modifikationen des Arbeitsplatzes und der Arbeitsabläufe vorzunehmen, die es finanziell und betrieblich nicht übermäßig belasten. Das Bundesarbeitsgericht konnte den konkreten Fall hier zwar nicht endgültig entscheiden – dazu bedurfte es weiterer Beweisaufnahmen. Zu diesem Zweck verwies das Gericht den Rechtsstreit an das

Landesarbeitsgericht zurück, wo sich die Parteien schließlich verglichen. Dem AGG hat es jedoch neben der Klärung des Behindertenbegriffs auch im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung das Konzept der „angemessenen Vorkehrungen“ beschert, das im Gesetzestext – trotz der internationalen Vorgaben – leider (immer noch) nicht niedergelegt ist.

Schutz beim Vertragsschluss: der diskriminierungsfreie Zugang zu Freizeiteinrichtungen

Das AGG ist aber nicht nur im Arbeitsrecht von Relevanz. Auch das allgemeine Zivilrecht ist sein Regelungsgegenstand, wie insbesondere die §§ 19 ff. AGG zeigen. Die Fallzahlen sind hier zwar weitaus geringer, aber in einigen wiederkehrenden Fallkonstellationen hat das AGG auch hier die Gerichte beschäftigt. Eine dieser Fallkonstellationen sind die „Disko-Fälle“. Hier geht es ganz regelmäßig um gleich zwei verbotene Diskriminierungsmerkmale, also um eine sogenannte „Mehrfachdiskriminierung“, nämlich um Benachteiligungen aufgrund der ethnischen Herkunft und des Geschlechts. Während der/die Türsteher/in eines Clubs alle weißen Männer und Frauen passieren lässt, wird einer männlichen Person of Color der Einlass mit den Worten verwehrt, man lasse keine „Ausländer“ in die Diskothek und dies betreffe nur männliche Personen (so auch der Fall des [AG Hannover, Urt. v. 14.08.2013, Az. 462 C 10744/12](#)). Rechtlich ist – zumindest seit in Deutschland das AGG gilt – die Sache hier eindeutig. Zwar gilt im deutschen Privatrecht der Grundsatz, dass sich jede/r den /die Vertragspartner/in selbst aussuchen darf. Ganz gleich ob ich ein Auto kaufen, eine Wohnung mieten oder mir die Haare schneiden lassen will – beide Vertragspartner/innen müssen übereinstimmen, damit das Geschäft zustande kommt, und regelmäßig bedarf es keiner weiteren Begründung, wenn sich eine Seite dem Vertragsschluss verweigert. Dieser Grundsatz wird jedoch durch das AGG modifiziert. Die Vertragsfreiheit wird nun dahingehend eingeschränkt, dass in Deutschland niemand mehr aus rassistischen, sexistischen, homophoben Gründen etc. einen Vertrag verweigern darf. Dies gilt aber wiederum nur für ganz bestimmte Verträge, nämlich insbesondere für sogenannte „Massengeschäfte“, bei denen viele gleichartige Verträge geschlossen werden, ohne dass es typischerweise auf die Person der/des Vertragspartners/in besonders ankommt. Überspitzt bedeutet das: Der Ehevertrag unterliegt nicht dem Maßstab des AGG, der „Disko-Vertrag“ – zumindest ab einer gewissen

Größe des Clubs – aber schon. Dem Diskogänger, dem der Einlass rassistisch und sexistisch verweigert wurde, hat nach dem AGG also wahrscheinlich gar einen Anspruch auf Einlass, jedenfalls aber einen Anspruch auf ein angemessenes Schmerzensgeld.

Die Schwierigkeit liegt in diesen Fällen freilich regelmäßig nicht im Rechtlichen, sondern im Tatsächlichen. Denn der Einlassperson Rassismus und Sexismus nachzuweisen, ist oftmals schwer. Nur selten äußert sich das Personal einer Diskothek so eindeutig wie im oben beschriebenen Fall und tut dies auch noch vor Zeugen. Hier liegt eines der größten Probleme des Antidiskriminierungsrechts: Wie soll der Nachweis innerer Tatsachen – also von Motivationen und Vorurteilen im Entscheidungsprozess einer ganz bestimmten Person – vor Gericht gelingen? Doch ganz machtlos ist das AGG auch hier nicht. Denn eine seiner im Gerichtsverfahren bedeutendsten Regelungen, der § 22 AGG, sucht das Beweisproblem mittels einer beschränkten Beweislastumkehr zu mildern. Üblicherweise gilt im Zivilprozess der Grundsatz, dass der/die Anspruchsteller/in alle sie/ihn begünstigenden Tatsachen zu beweisen hat, um vor Gericht gewinnen zu können. Im Antidiskriminierungsrecht ist dies nun anders: Wer geltend macht, diskriminiert worden zu sein, muss zunächst lediglich Indizien beweisen, die auf eine Diskriminierung hindeuten. Sodann obliegt es der Gegenseite, den Entlastungsbeweis zu führen. Diese Regelung hat gerade in den „Disko-Fällen“ einen weit reichenden Effekt: Wenn zwar nicht in der konkreten Einlasssituation des Klägers rassistische Äußerungen vor Zeugen gefallen sind, so reicht es aus, wenn weitere männliche People of Color aussagen können, dass ihnen ebenfalls der Einlass verweigert wurde, während weibliche PoC und/oder weiße Frauen und Männer zu Protokoll geben, dass sie beim Einlass keine Probleme hatten und auch im Club keine männlichen PoC gesehen haben. Bereits dies begründet das erforderliche Indiz (vgl. [OLG Stuttgart, Urt. v. 12.12.2011, Az. 10 U 106/11](#), unter II. 3). Die Diskobetreiberin muss nun ihrerseits eine diskriminierungsfreie Türpolitik beweisen. In diesem Zusammenhang spricht man von einem „Testing-Verfahren“, wenn die beschriebenen Stichproben mit Vergleichspersonen gezielt und geplant bei einem bestimmten Club durchgeführt werden. Gerade in den „Disko-Fällen“ hat sich gezeigt, welche positiven Wirkungen einzelne Judikate auf die Wirklichkeit auch außerhalb des Gerichtsaals haben können. Mediationsrunden mit Diskobetreiber/innen wurden initiiert, Gaststättengesetze umformuliert und sogar um Bußgeldtatbestände ergänzt. Am Anfang standen jedoch Einzelfälle und das AGG.

Diskriminierungsschutz bei der Vertragsdurchführung am Beispiel des Mietrechts

Das letzte Beispiel zur gerichtlichen Praxis des AGG stammt aus dem Mietrecht. Als eines der ganz wenigen AGG-Urteile zu diesem Rechtsgebiet zeigt es zugleich eine weitere Schwäche des deutschen Antidiskriminierungsrechts auf. Anders als das erste Beispiel aus dem Arbeitsrecht, das die Beendigung eines Vertrags durch Kündigung betraf, und anders als das vorgenannte Beispiel der „Disco-Fälle“, bei denen es um die Möglichkeit ging, überhaupt erst einen Vertrag abzuschließen, stand hier die diskriminierungsfreie Durchführung eines Vertrags in Rede. Eine Vermieterin erhöhte die Miete innerhalb des ihr gesetzlich zustehenden Rahmens. Was diese mietrechtliche Alltäglichkeit nun zum AGG-Fall machte, war, dass das Mieterhöhungsverlangen ausschließlich an Mieter/innen mit nicht herkunftsdeutschen Nachnamen gerichtet wurde, wie sich alsbald im Gespräch der Mieter/innen untereinander herausstellte. Dies genügte dem Gericht als Indiz einer verbotenen Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft ([AG Berlin-Tempelhof-Kreuzberg, Urt. v. 19.12.2014, Az. 25 C 357/14](#)). Da die Vermieterin den Entlastungsbeweis nicht führen konnte, wurde sie zu einem – in seiner Höhe in Deutschland eher seltenen – Schmerzensgeld von 15.000 EUR für jede/n klagende/n Mieter/in verurteilt.

Was an dem Urteil verwundert, ist wohl am ehesten, wie einsam es im Mietrecht nach 10 Jahren AGG dasteht. Denn nicht nur bei der Vertragsdurchführung, sondern gerade auch bei der Neuvermietung von Wohnraum spricht doch auch ohne übertriebenen Pessimismus einiges dafür, dass es mit gewisser Regelmäßigkeit zu AGG-relevanten Diskriminierungen kommt. Dass diese Fälle nicht zu Gericht gelangen, mag mindestens zwei Gründe haben. Der erste ist wiederum das Problem der Beweisbarkeit – trotz § 22 AGG. Denn anders als in den „Disco-Fällen“ ist es hier ungleich schwerer, mittels Testing-Verfahren Indizien glaubhaft zu machen. Auch wenn die Bewerberfamilie eine Wohnung maßgeblich wegen ihres nicht herkunftsdeutschen Nachnamens nicht bekommt, wie will man schon gerichtsfest darlegen, dass die Entscheidung nicht – wie die Gegenseite behaupten wird – aus ganz anderen Gründen gefallen ist, zumal weil die eingereichten Unterlagen der Mitbewerber/innen nicht eingesehen werden können?

Neben dem tatsächlichen stellt sich hier aber auch ein rechtliches Problem des AGG. Obwohl dies in den EU-Antidiskriminierungsrichtlinien so nicht vorgesehen ist, hat der deutsche Gesetzgeber eine Ausnahmeregelung ins AGG hineingeschrieben, wonach etwa auch rassistische Diskriminierungen bei der Vermietung von Wohnraum regelmäßig nicht gesetzlich verboten sind, solange der/die Vermieter/in nicht mehr als 50 Wohneinheiten vermietet (vgl. § 19 Abs. 5 Satz 3 AGG). Das AGG bindet hier folglich nur Großvermieter/innen, die jedoch nur einen kleineren Teil des Wohnungsmarkts bespielen. Hier besteht Nachbesserungsbedarf.

Das AGG erscheint nach 10 Jahren seiner gerichtlichen Praxis somit ambivalent, wie allein die obigen drei Beispielfälle zeigen: In einigen Bereichen schützt das Gesetz nachhaltig vor Diskriminierung. In anderen Gebieten kommt es hingegen kaum je zum Einsatz, obwohl jede Lebenserfahrung dagegenspricht, dass sein erklärtes Ziel, nämlich die Gleichbehandlung aller in einer pluralistischen Gesellschaft, dort schon verwirklicht ist. Es ist gut, dass es das AGG gibt. Weiterentwickelt und gestärkt werden muss es jedoch, um vor Gericht – und damit auch in der Gesellschaft – Benachteiligungen wirksam zu bekämpfen.

Mit Recht gegen Diskriminierung?!

Zehn Jahre Erfahrung mit dem AGG in der unabhängigen Antidiskriminierungsberatung

Die Juristin Eva Maria Andrades beleuchtet die Wirkung des AGG aus der Perspektive der Beratung von Diskriminierungsopfern

Das Antidiskriminierungsnetzwerk Berlin des Türkischen Bundes in Berlin-Brandenburg (ADNB des TBB) wurde bereits 2003 gegründet – und somit drei Jahre bevor das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz in Kraft getreten ist. Ziel des Projektes ist es, Menschen, die rassistische Diskriminierung erfahren, durch Beratung, Bildungs-, Öffentlichkeits- und Vernetzungsarbeit in ihrem Prozess der Selbstermächtigung (Empowerment) zu unterstützen und sich für ihre Gleichbehandlung auf allen Ebenen einzusetzen. Über die Jahre ist die Zahl der Ratsuchenden stetig gewachsen. 2015 dokumentierte das ADNB 250 Diskriminierungsmeldungen aus ganz unterschiedlichen Lebensbereichen: Arbeit, Bildung, Behörden sowie Güter und Dienstleistungen. Das ADNB berät und unterstützt Ratsuchende zu der Frage, ob und inwiefern die erlebte Diskriminierung auch eine Diskriminierung im Sinne des AGG darstellt und wie eine Rechtsdurchsetzung aussehen könnte.

Ohne Frage ist das AGG ein Fortschritt für die Betroffenen. Allein die Existenz des AGG hat Auswirkungen auf die Position und die Handlungsoptionen sowohl der Betroffenen als auch der Beratungsstellen. In der Beratungspraxis weisen wir Arbeitgebende auf ihre Pflichten nach dem AGG hin und benennen Ansprüche von Betroffenen, wodurch deren Verhandlungsposition gestärkt wird. Im Beratungsverlauf stellen sich neben rechtlichen Fragen auch die Fragen nach dem Sinn, den Chancen und Risiken einer Klage. Die Erfahrungen aus den letzten zehn Jahren AGG-Beratung in der Praxis zeigen, dass für Betroffene zahlreiche Barrieren bestehen, vor Gericht zu gehen.

Einfordern von Recht setzt Wissen um Recht voraus

Noch immer wissen viele Menschen nicht, dass es ein Gesetz gibt, das beispielsweise gegen Diskriminierung durch Arbeitgebende schützt. Das Wissen ist mitunter sehr diffus und beschränkt sich darauf, dass „man nicht diskriminieren darf“. Was aber ist eine Diskriminierung – rechtlich gesehen? Wie kann ich diese nachweisen? An wen kann ich mich im Betrieb und außerhalb wenden? Welche Fristen gibt es?

Voraussetzung dafür, dass Betroffene ihre Rechte wahrnehmen können – egal ob im Konflikt auf sie verwiesen werden soll oder ob sie letztlich vor Gericht durchgesetzt werden sollen – ist immer das Wissen darüber. Das Recht im Rücken ändert die jeweilige Position im Konflikt um Diskriminierung schlagartig. Es geht dann nicht um Bittstellung, sondern um ein/das Recht auf Gleichbehandlung.

Was bedeutet das konkret für das AGG? Das AGG verpflichtet Arbeitgebende, das Gesetz bekannt zu machen, geeignete Maßnahmen gegen Diskriminierung zu ergreifen und Beschwerdestellen einzurichten. Aus der Beratung wissen wir aber, dass nur die wenigsten Arbeitgebenden innerbetriebliche Beschwerdestellen eingerichtet, geschweige denn ein Beschwerdeverfahren entwickelt haben. Da die Einrichtung einer solchen Stelle weder überprüft wird noch behördliche Sanktionen bei Nichteinrichtung erfolgen – anders als zum Beispiel im Fall von Datenschutz im Betrieb – wird es den Arbeitgebenden leichtgemacht, sich über diese Pflicht hinwegzusetzen.

Information und Aufklärung über Diskriminierungsschutz sind aber nicht nur durch Arbeitgebende für den Bereich Beschäftigung zu gewährleisten, sondern müssen auch und insbesondere Aufgabe von Politik und Verwaltung sein. Wie werden beispielsweise Konsument/innen über ihr Recht auf Nichtdiskriminierung informiert? An wen können sich Betroffene wenden, wenn eine Bank sie als Girokund/innen ablehnt, weil sie kein Deutsch sprechen? Wissen ist Macht, Wissen über die eigenen Rechte und Unterstützungsmöglichkeiten ist der erste Schritt zur Einforderung von Gleichbehandlung.

Wer kann mich beraten und unterstützen?

Neben der Frage des Wissens über die eigenen Rechte stellt sich auch die Frage der Zugänglichkeit von Recht. Unabhängige und qualifizierte Beratungsstellen, so wie sie im Dachverband Antidiskriminierungsverband Deutschland¹¹ und darüber hinaus organisiert sind, ermöglichen einen unkomplizierten und kostenlosen Zugang zu rechtlicher Beratung und sind daher unabdingbar, um zu gewährleisten, dass das AGG für Betroffene tatsächlich Anwendung finden kann.

In der Beratung können Betroffene ihre Erfahrungen artikulieren, ohne befürchten zu müssen, dass diese bagatellisiert werden. Sie erhalten hier wichtige Informationen und Unterstützung.

Ist das, was ich erfahren habe, eine Diskriminierung nach dem AGG?

Die Kenntnis des AGG und Möglichkeiten des Zugangs zu niedrighschwelliger Beratung sind also von zentraler Bedeutung. Allerdings ist auch das AGG selbst begrenzt: Nicht alle Bereiche, in denen diskriminiert wird, sind geschützt. In einer Vielzahl von Fällen melden uns Betroffene Diskriminierung durch staatliche Akteure, wie Behörden und Schulen. Diese Bereiche fallen aber nicht unter den Anwendungsbereich des AGG. Zwar untersteht jedes staatliche Handeln dem Gleichbehandlungsgebot aus Art. 3 Grundgesetz, die Durchsetzung ist aber ungleich schwieriger als beim AGG, das beispielsweise eine Beweislastleichterung vorsieht.

Selbst wenn im Beratungsgespräch festgestellt wird, dass die erfahrene Diskriminierung in einen der Bereiche des AGG fällt – also Arbeit und Alltagsgeschäfte – ist noch nicht geklärt, ob es sich hierbei rechtlich um eine Diskriminierung handelt. Diskriminierung liegt erst dann vor, wenn die Ungleichbehandlung auch ein „geschütztes Merkmal“ betrifft und kein Rechtfertigungsgrund vorliegt. So sind beispielsweise Diskriminierungen aufgrund der sozialen

¹¹ Der [Antidiskriminierungsverband Deutschland](http://www.advd.de) (advd) ist ein Dachverband, dem unabhängige Antidiskriminierungsbüros/-stellen angehören – so auch das ADNB, das Gründungsmitglied des advd ist. Ziel des Verbandes ist es, zur Etablierung einer Antidiskriminierungskultur in Deutschland beizutragen und Qualitätsstandards für die Antidiskriminierungsberatung zu setzen.

Herkunft im AGG nicht verboten. Lehnt also eine Vermieterin eine/n Mieter/in ab, weil sie ALG II erhält, ist das erlaubt. Daneben gibt es weitere Schutzlücken in Bezug auf die unterschiedlichen im AGG genannten Merkmale.

Von der Schwierigkeit, Diskriminierung nachzuweisen

Aber selbst in den Fällen, in denen das AGG die erlebte Diskriminierung verbietet, gibt es für Betroffene weitere Hürden. In der Beratungssituation stellt sich die Frage, wie die Diskriminierung vor Gericht nachgewiesen werden kann. In aller Regel wird Diskriminierung nicht offen ausgesprochen. Im Bereich Arbeit heißt das, dass bei der Ablehnung eines Bewerbers oder einer Bewerberin keine oder nicht die wahren Gründe genannt werden. Wie aber dann die Diskriminierung nachweisen? Wer wurde statt meiner eingestellt? Und warum?

Fakt ist: Betroffene, die den Eindruck haben, sie seien aus diskriminierenden Gründen abgelehnt worden, haben keinen Anspruch auf Auskunft zu diesen Fragen. Es bleibt ein ungutes Gefühl, gerade wenn man trotz guter Qualifikationen immer wieder Ablehnungen erhält. Mittlerweile wissen wir durch [Studien](#), dass zum Beispiel Bewerber/innen mit türkischen Namen sich häufiger bewerben müssen, um eine Anstellung zu finden, als Bewerber/innen mit herkunftsdeutschen Namen.

In der Beratung stellen wir mitunter fest, dass ein rechtliches Vorgehen gegen die Diskriminierung aufgrund der schwachen Beweislage nicht erfolgversprechend ist. Detektivische Spurensuche und Instrumente wie Testing-Verfahren können nur in wenigen Fällen Abhilfe schaffen.

Was zudem als Indiz für eine Diskriminierung vor Gericht ausreicht, die dann zu einer Beweislastumkehr führt, ist vorab kaum sicher zu beantworten. In der Praxis zeigt sich hier eine große Unsicherheit.

Was möchte ich erreichen und ist der Klageweg richtig?

Im Beratungsprozess stellt sich die zentrale Frage, was das Anliegen der ratsuchenden Person ist. So wünschen sich beispielsweise Menschen, die bei der Arbeit rassistisch gemobbt werden, meist in erster Linie, dass dies unterlassen wird und sie in Ruhe ihrer Arbeit nachgehen können. Eine abgelehnte Bewerberin, die wegen ihres Kopftuches nicht eingestellt wird, möchte die Diskriminierung nicht hinnehmen und will entweder die Einstellung oder aber eine Entschädigung für die erlittene Diskriminierung. Häufig äußern sich Betroffene so, dass sie eine Verhaltensänderung der anderen Seite erreichen und damit bewirken möchten, dass diese zukünftig Diskriminierungen unterlässt.

Ratsuchende sind nicht selten enttäuscht, wenn sie in der Beratung erfahren, dass das AGG ihnen keinen Anspruch auf die Arbeitsstelle oder eine Wohnung bietet, sondern ihnen gegebenenfalls nur einen Entschädigungsanspruch zuspricht. Auch bei diskriminierenden Arbeitsbedingungen sind zwar die Arbeitgebenden bei Kenntnis darüber im Grunde verpflichtet, geeignete Gegenmaßnahmen zu ergreifen, aber einen Anspruch hierauf formuliert das AGG nicht. Auch hier hat die betroffene Person bei Untätigkeit des Arbeitgebenden letztlich nur einen Anspruch auf Entschädigung.

Und eben diese Ansprüche müssen nun selbständig vor Gericht erstritten werden. In aller Regel entscheiden sich betroffene Arbeitnehmende für diesen Schritt aber erst dann, wenn sie beschlossen haben, nicht weiter bei dem entsprechenden Arbeitgeber zu arbeiten und außergerichtliche Lösungen gescheitert sind. Die Angst vor Nachteilen und Viktimisierung, auch wenn sie nach dem AGG verboten sind, ist groß.

Wie viel ist die Verletzung des Gleichbehandlungsgebots wert?

Die Entscheidung über die Entschädigungssumme liegt weitgehend im Ermessen der Gerichte. Diese, so zeigt die nun zehnjährige Rechtsprechungspraxis zum AGG, sprechen in aller Regel sehr geringe Entschädigungssummen aus. So führen beispielsweise Diskriminierungen beim Zugang zu Diskotheken zu einer Entschädigung von 500 bis 1.000 Euro. Die

europäischen Gleichbehandlungsrichtlinien sehen vor, dass die Sanktion gegen Diskriminierung angemessen und abschreckend sein muss. Dem wird im Allgemeinen die bisherige Rechtsprechung in Deutschland nicht gerecht.

Betroffenen von Diskriminierung wird dadurch signalisiert, dass ihre Verletzung "nicht so schlimm" sei. Damit wiederholt sich für die Betroffenen eine häufig schon gemachte Erfahrung, denn die Diskriminierung setzt sich hier in gewisser Weise fort.

Dass es auch anders geht zeigt im Übrigen ein [Beispiel](#) aus der Beratungspraxis des ADNB des TBB: Mehrere Kläger/innen hatten wegen diskriminierender Mieterhöhungen eine Vermieterin geklagt. Das Gericht sprach einer Partei 30.000 EUR Entschädigung zu, weil es bei der Bemessung der Höhe die Schwere der Verletzung (Dauer, Anzahl der Betroffene, Verletzter Lebensbereich) und den nach den europarechtlichen Vorgaben bestehenden Präventionsgedanken berücksichtigte.

Allein vor Gericht

Häufig ist die Klage der letzte Schritt, nachdem alle außergerichtlichen Möglichkeiten ausgeschöpft wurden. Es bleibt zu befürchten, dass die Diskriminierung nicht gerichtsfest bewiesen werden kann und die Kosten des Verfahrens von den Klagenden getragen werden müssen. Darüber hinaus ist selbst bei erfolgreichem Prozessausgang nur eine geringe Entschädigung die Regel. In der Beratung wird hier das Für und Wider intensiv abgewogen. Als Antidiskriminierungsverband kann das ADNB des TBB Betroffene vor Gericht als Beistand im Sinne des § 23 AGG unterstützen und auch sonst an ihrer Seite stehen, an kompetente Anwälte/innen vermitteln und den Prozess medial begleiten. Viele Kläger/innen melden uns zurück, dass sie diesen Weg nicht ohne die [Unterstützung der Beratungsstelle](#) gegangen wären.

Immer wieder erleben wir in der Beratungspraxis, dass Betroffene den Klageweg scheuen, auch in Fällen, in denen es aus strategischen Überlegungen heraus wichtig wäre, eine Klage zu führen, um offene Fragen zur Auslegung des AGG vor Gericht zu bringen. Da das AGG

individualrechtlich ausgestaltet ist, können nur Betroffene selbst wegen Diskriminierung klagen. Verbänden steht keine Klagebefugnis zu, wie dies beispielsweise im Behindertengleichstellungsgesetz oder im Verbraucherrecht der Fall ist.

Die Beratungspraxis zeigt, mit welchen Fragen und Barrieren Betroffene von Diskriminierung konfrontiert sind und was sie an der Wahrnehmung ihrer Rechte nach dem AGG hindert. Einige Barrieren für die Inanspruchnahme liegen im AGG selbst begründet: Rechtsschutzlücken, zu kurze Fristen, keine Auskunftspflicht und kein Klagerecht für Verbände.

Über eine [Reform des AGG](#) hinaus bedarf es aber weiterer Maßnahmen, um den Diskriminierungsschutz zu stärken. So braucht es mehr und bessere Beratungsstrukturen zur Unterstützung von Betroffenen, die einen niedrighschwelligen Zugang zu rechtlicher und darüber hinaus gehender Beratung bieten.

Eine leicht veränderte und vorab gedruckte Fassung des Beitrags „Zehn Jahre Erfahrungen mit dem AGG in der unabhängigen Antidiskriminierungsberatung. Mit Recht gegen Diskriminierung?!“ finden Sie unter: IQ Fachstelle Interkulturelle Kompetenzentwicklung und Antidiskriminierung (Hrsg.) Alles schon fair? Mit Recht zu einem inklusiven Arbeitsmarkt! Dossier zu 10 Jahren Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG). München, Herbst 2016.

Welche Diskriminierungsgründe braucht das AGG?

Die Juristin Doris Liebscher diskutiert, ob die vom AGG vorgenommene Einteilung geschützter Merkmale in ethnische Zugehörigkeit, Religion, Geschlecht, Behinderung, Alter und sexuelle Orientierung zeitgemäß ist

Werden Frauen mit einem Body Maß Index über 30 diskriminiert? Ist die Ablehnung einer Bewerberin mit dem Vermerk „Kind, 7 Jahre“ eine Benachteiligung aufgrund des Geschlechts? Sind Ostdeutsche eine Ethnie? Solche Fragen werden mitunter vor deutschen Arbeitsgerichten diskutiert. Der Hintergrund: Im Unterschied zu offenen Diskriminierungsverboten zum Beispiel in der Europäischen Menschenrechtskonvention ist der Katalog der Diskriminierungsgründe in § 1 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) begrenzt. Was heißt das für Betroffene von Diskriminierung? Welche Kategorien fehlen?

§ 1 AGG nennt genau sechs Diskriminierungsgründe. Ziel des Gesetzes ist es „Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen“. Punkt. Die Aufzählung spiegelt die Erkenntnis wieder, dass in unserer Gesellschaft Benachteiligungen aufgrund von Rassismus, Sexismus, Heteronormativität, Ableism sowie Altersdiskriminierung besonders tief verwurzelt sind. Dem muss ein modernes Antidiskriminierungsrecht mit besonderem Schutz Rechnung tragen. Doch fehlen in dem abschließenden Katalog wichtige Diskriminierungsdimensionen, wie beispielsweise die Staatsbürgerschaft.

Betroffene von Diskriminierung, deren Diskriminierungserfahrung nicht auf den ersten Blick in diesen abgeschlossenen Katalog passt, haben drei Möglichkeiten. Sie können erstens im Wege der Auslegung nachweisen, dass ihre Diskriminierungserfahrung unmittelbar oder mittelbar in eine der in § 1 AGG genannten Kategorien gehört. Wenn das nicht gelingt, müssen sie – wie vor in Krafttreten des AGG – auf andere Rechtsvorschriften ausweichen. Schließlich bleibt drittens der rechtspolitische Weg, die Forderung nach einer legislativen Änderung des AGG. Auch hier gibt es zwei Möglichkeiten: das Hinzufügen weiterer Diskriminierungsgründe oder die Umwandlung in einen offenen und damit flexiblen Katalog.

Wer passt rein? Auslegung bestehender Diskriminierungsgründe

Eine Benachteiligung wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft gilt bereits nach dem Gesetzestext als unmittelbare Geschlechtsdiskriminierung (§ 3 Absatz 1 AGG). Die sechs ausdrücklich in § 1 AGG normierten Gründe stehen darüber hinaus der Interpretation durch die Rechtswissenschaft und die Gerichte offen.

Die Benachteiligung einer Person durch einen Arbeitgeber oder eine Vermieterin mit der Begründung, er oder sie sei „Ausländer“, knüpft zum Beispiel nur formal an die Staatsangehörigkeit an. Tatsächlich basiert sie auf rassistischen Zuschreibungen beziehungsweise ethnischen Nationalitätsvorstellungen davon, wer „Ausländer“ ist und wer „Deutscher“. Auch die Vorlage eines deutschen Passes würde an dem Verhalten nichts ändern. Deshalb ist anerkannt, dass solche verdeckten rassistischen Diskriminierungen vom AGG erfasst sind.¹² Ein feststehender Katalog von Gründen läuft Gefahr, gesellschaftliche Entwicklungen und Grenzfälle sozialer Kategorisierung und Diskriminierung nicht fassen zu können.

So ging es zum Beispiel einer in der DDR aufgewachsenen Frau, die 20 Jahre in Baden-Württemberg gelebt hatte und auf eine Bewerbung hin eine Ablehnung mit den Vermerken „Ossi (-)“ und „DDR (-)“ erhielt. § 1 AGG erfasst die regionale Herkunft nicht, ebenso wenig wie abwertende Zuschreibungen gegenüber Menschen aus der ehemaligen DDR. Ihr Anwalt versuchte daher nachzuweisen, dass sie wegen ihrer „ethnischen Herkunft“ diskriminiert wurde und zog dazu allerlei ethnologische Definitionen von Ethnie heran. Das Gericht schloss sich seiner Logik an, kam aber zu dem Schluss, dass „Ossis“ keine Ethnie seien und wies die Klage ab.² Die Klägerin, die zweifelsfrei eine auf sozialer Stigmatisierung beruhende Diskriminierung erlitten hatte, ging leer aus.

Doch was, wenn sie gewonnen hätte? Dann hätte ein deutsches Gericht eine ethnologisch essentialisierende Definition von Ostdeutschen etabliert und damit diskriminierenden Vorstellungen von „den Anderen“ eine Legitimation geboten. Dass es sich bei den Diskriminierungskategorien nicht um „Merkmale“, sondern um gesellschaftliche Strukturkategorien handelt, entlang derer sich soziale Chancen und Positionen verteilen und Menschen stigmatisiert

¹² Dagmar Schiek spricht von einem „ethnischen Inländerbegriff“: Schiek, in: Schiek, AGG Kommentar, Sellier 2007, S. 78.

werden, wird im juristischen Diskurs oft nicht gesehen.¹³ Die US-amerikanische Rechtsprofessorin Martha Minow hat dieses Problem als grundsätzliches Dilemma von Antidiskriminierungsrecht beschrieben: „It drags some people into categories who do not belong, or leave some out, all the while enshrining the categories as permanent and immovable.“¹⁴

Auch die Diskriminierung übergewichtiger Menschen, insbesondere Frauen, auf dem Arbeitsmarkt ist über das AGG nur über den Umweg der Geltendmachung einer Behinderung erfassbar, nämlich dann, wenn eine Adipositas-Erkrankung besteht.¹⁵ Probleme mit der Einordnung in die existierenden Diskriminierungskategorien haben auch Menschen, die aufgrund uneindeutiger Geschlechtsidentität oder Geschlechtskörper diskriminiert werden. So verweigerte ein deutsches Gericht 2011 einem intergeschlechtlichen Menschen, der nicht in den Polizeidienst eingestellt wurde, Schutz durch das AGG: Es verneinte eine Diskriminierung aufgrund der Kategorien Geschlecht, sexuelle Identität oder Behinderung und sprach dagegen von einer „Krankheit“.¹⁶

Als mittelbare Diskriminierungen wegen des Geschlechts anerkannt sind Benachteiligungen im Zusammenhang mit der Körpergröße. Klargestellt ist auch, dass die berufliche Anforderung deutsch auf einem bestimmten Niveau zu sprechen eine mittelbare oder unmittelbare Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft sein kann, wenn sie nicht wesentlich und entscheidend für die konkrete berufliche Tätigkeit ist.¹⁷ Richterlich geklärt ist nunmehr auch, dass die Ablehnung einer Bewerberin mit dem Hinweis „Kind, 7 Jahre“ eine Diskriminierung wegen des Geschlechts darstellen kann. Der Vermerk, so das Bundesarbeitsgericht, begründe die Vermutung, dass die Regelung der Kinderbetreuung für die Ablehnung der Klägerin bedeutsam war. Die Beklagte habe nicht dargelegt, dass diese Frage für sie bei Männern und Frauen gleichermaßen eine Rolle spiele. Die Vereinbarkeit von Kinderbetreuung und Berufstätigkeit sei nur für Frauen als Einstellungshindernis in den Blick genommen worden.¹⁸

¹³ Vgl. Liebscher/Naguib/ Plümecke/Remus: Wege aus der Essentialismusfalle. Überlegungen zu einem postkategorialen Antidiskriminierungsrecht, KJ 2012, 204-218.

¹⁴ Minow, Not only for myself: Identity, Politics and the Law, 1992, S. 79.

¹⁵ EuGH v. 18.12.2014 – C-354/13 (Kaltoft), Rn. 59 f.; siehe auch ArbG Düsseldorf v. 17.12.2015 – 7 Ca 4616/15 –, juris Rn. 49 f., das im konkreten Fall das Vorliegen einer Behinderung letztlich ablehnte.

¹⁶ VG Ansbach, 14.07.2011, Az. AN 1 E 11.01005, kritisch dazu Liebscher/Naguib/ Plümecke/Remus KJ 2012, 204-218, 206.

¹⁷ Für viele: Landesarbeitsgericht Nürnberg, Urteil vom 05. Oktober 2011 – 2 Sa 171/11 –, juris; Hessisches Landesarbeitsgericht, Urteil vom 15. Juni 2015 – 16 Sa 1619/14 –, juris.

¹⁸ So BAG Urt. v. 18.09.2014 – 8 AZR 753/13, das den Fall an das LAG zurück verwies, mit der Auflage eine unmittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts zu prüfen. Das LAG war von mittelbarer Diskriminierung ausgegangen.

Was fehlt? Den Katalog des AGG erweitern

Das AGG schützt nicht vor Benachteiligungen aufgrund der sozio-ökonomischen Lage oder der sozialen Schicht- beziehungsweise Klassenzugehörigkeit. Gleichzeitig sind solche Diskriminierungserfahrungen weit verbreitet, das zeigt eine Umfrage der Antidiskriminierungsstelle des Bundes zu Diskriminierungserfahrungen in Deutschland. Mehr als zehn Prozent der Befragten gaben an, sie hätten in den letzten 24 Monaten Benachteiligungen aufgrund ihrer sozioökonomischen Lage, zum Beispiel ihres Bildungsstands oder Einkommens, erlebt.¹⁹

Besonders im Bildungsbereich spielt zudem die soziale Herkunft eine andere Diskriminierungen verstärkende beziehungsweise damit intersektional verknüpfte Rolle. Ebenfalls nicht vom AGG erfasst sind Benachteiligungen von Obdachlosen, Überschuldeten oder Analphabet/innen oder Menschen mit vorgängigen Gefängnis- oder Psychiatrieaufenthalten. Die Aufnahme des sozialen Status als Diskriminierungskategorie würde diese Menschen vor Benachteiligungen aufgrund von negativen Stereotypisierungen zum Beispiel bei der Job- oder Wohnungssuche schützen.

Das AGG schützt jedoch nicht vor Benachteiligungen, die sich unmittelbar aus unterschiedlichen Besitzverhältnissen ergeben. Die Gruppe der sozioökonomisch benachteiligten Empfänger/innen von Arbeitslosenhilfe oder der Frauen, die in Altersarmut leben, kann sich nicht gegenüber Vermieter/innen auf das AGG berufen, wenn sie gekündigt werden, weil sie die Miete nicht mehr bezahlen können. Auch Restaurantbesuche und Auslandsreisen bleiben von Einkommen und Besitzstand abhängig – ob mit oder ohne Antidiskriminierungsgesetzgebung. Hier zeigen sich die Grenzen des bürgerlichen Rechts bei der Beseitigung sozialer Ungleichheit. Der Entwurf für ein Berliner Landesantidiskriminierungsgesetz, der "sozialer Status" als Diskriminierungsgrund enthält, verweist entsprechend darauf, dass es sich dabei häufig um strukturelle und institutionelle Diskriminierungen handelt, auf die besser mit strukturellen Maßnahmen als mit individualrechtlichen Ansprüchen reagiert werden sollte.²⁰

¹⁹ Antidiskriminierungsstelle des Bundes (Hrsg.), Diskriminierungserfahrung in Deutschland, 2015.

²⁰ AGH Berlin - Drs. 17/2574.

Flexibilität und Begrenzung

Viele Probleme, die mit einem exklusiven Kategorienkatalog einhergehen, könnten durch eine nicht abschließende Aufzählung von Diskriminierungsgründen vermieden werden. Das ermöglicht es der Rechtsprechung, Recht fortzuentwickeln und „neue“ oder bisher nicht bedachte Kategorisierungen zu berücksichtigen. Einige EU-Mitgliedstaaten haben bei der Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinie von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. Art. 14 Europäische Menschenrechtskonvention, Art. 21 der Europäischen Grundrechte Charta und Art. 8 der Schweizer Bundesverfassung enthalten ebenfalls offene Diskriminierungsverbote, die nach einer Auflistung bestimmter Diskriminierungsgründe weitere zulassen. Das deutsche Recht kennt ebenfalls bereits Beispiele für offene Listen, zum Beispiel in § 75 Betriebsverfassungsgesetz, der eine Benachteiligung „insbesondere“ aus den dort genannten Gründen untersagt.⁹ Gegen eine unbegrenzte Ausweitung auf beliebige Differenzen sollte der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung klarstellen, dass Diskriminierung an historisch verfestigte Ungleichheitsstrukturen anknüpft.²¹ Diskriminierungen im Sinne des Rechts sind Stigmatisierungen, Benachteiligungen und Ausgrenzung von gesellschaftlicher Teilhabe, die auf historisch, strukturell und diskursiv verfestigten Ungleichheiten beruhen.

Postkategoriales Antidiskriminierungsrecht

In vielen Rechtstexten ist von »Diskriminierungsmerkmalen« die Rede, ohne dass zwischen »empirischem« Anknüpfungsmerkmal, etwa der Hautfarbe oder der geschlechtsspezifischen Erscheinung und sozial hervorgebrachter Diskriminierungskategorie, zum Beispiel „Rasse“ oder „Geschlecht“ unterschieden wird. Die »Diskriminierungsgründe« des AGG markieren nicht unterschiedliche Eigenschaften, sondern gesellschaftliche Strukturkategorien, entlang derer sich soziale Chancen und Positionen verteilen und Menschen stereotypisiert und kategorisiert werden. „Es ist die Produktion und Perpetuierung von Stigmas, auf die Antidiskriminierungsrecht reagieren muss, statt Merkmale per se anzuerkennen“, hat die britische Rechtswissenschaftlerin Iyola Solanke die Aufgabe richtig beschrieben.²² Doch wird die Ein-

²¹ So auch [Susanne Baer u.a., Mehrdimensionale Diskriminierung, Berlin 2010, S. 64.](#)

²² Iyola Solanke, Putting Race and Gender Together. A New Approach To Intersectionality, in: The Modern Law Review 2009, S. 748.

teilung von Menschen in feste kategoriale Gruppen der sozialen Heterogenität dieser Gruppen überhaupt gerecht? Können Gerichte beschreiben, was es heißt, dass niemand „wegen seiner ‚Rasse‘“ oder „wegen des Geschlechts“ diskriminiert werden darf, ohne dabei selbst Unterschiede festzuschreiben und heterosexistische oder rassistische Zuschreibungen zu reproduzieren, die ihrerseits der Nährboden für Diskriminierung sind?

Angesichts solcher Fragen ist die Debatte um ein postkategoriales Antidiskriminierungsrecht entstanden. Postkategorialen Ansätzen geht es nicht darum, Diskriminierungskategorien als kritische Benennungs- und Analysebegriffe für soziale Ungleichheiten abzuschaffen. Ihre Prämisse lautet vielmehr: Nicht besondere Persönlichkeitsmerkmale oder die Zugehörigkeit zu einer Gruppe sind das Problem, sondern die essentialisierende Zuordnung zu sozialen hierarchisch angeordneten Gruppen mit benachteiligender Intention oder Wirkung. Susanne Baer, die den Begriff des postkategorialen Antidiskriminierungsrechts geprägt hat, fragt: „Warum nicht Recht [...] gegen Rassismus, [...] gegen (Hetero-)Sexismus?“²³. Von unterschiedlichen rechtspolitischen Akteuren wird vorgeschlagen, das essenzialisierende und historisch belastete Merkmal „Rasse“ im AGG durch die Termini „rassistisch“, „rassistische Diskriminierung“ oder „aus rassistischen Gründen“ zu ersetzen.²⁴ Das Land Brandenburg ist diesen Weg bereits gegangen, in Artikel 12 Abs. 2 der Brandenburger Landesverfassung heißt es: „[Niemand darf ...] *aus rassistischen Gründen* [bevorzugt oder benachteiligt werden].“ Die Frage, ob vermeintliche Merkmale durch Diskriminierungsverhältnisse ersetzt werden sollten, stellt sich aber auch für andere Kategorien. Es geht darum, Akteure des Rechts darin zu bestärken, Ungleichwertigkeitsideologien und soziale Ungleichheitsverhältnisse, also die strukturelle Dimension von Diskriminierung, zu adressieren. Im Sinne dieser Idee könnte § 1 AGG lauten: „Ziel des Gesetzes ist, rassistische, sexistische, heteronormative, ableistische und andere auf sozialen Stigmatisierungen beruhende Diskriminierungen zu verhindern oder zu beseitigen.“

²³ Vgl. Susanne Baer, Chancen und Risiken Positiver Maßnahmen, in: Heinrich Böll Stiftung, Positive Maßnahmen – Von Antidiskriminierung zu Diversity, 2010, S. 11-20.

²⁴ [Hendrik Cremer, Ein Grundgesetz ohne "Rasse" – Vorschlag für eine Änderung von Artikel 3 Grundgesetz, Policy Paper No. 16/2015 Deutsches Institut für Menschenrechte; Positionspapier der ISD zum Begriff „Rasse“ in Gesetzen, Berlin 2015.](#)

Präventive Gleichbehandlungsmaßnahmen

Vera Egenberger skizziert die konzeptionelle Weiterentwicklung Positiver Maßnahmen in Irland und Großbritannien und fokussiert auf Möglichkeiten der Prävention von Diskriminierung

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz ist ein weitgehend reaktives Instrument. Ansätze einer präventiven Antidiskriminierungspolitik, die darauf abzielt, Ausgrenzung zu vermeiden, etablieren sich in Deutschland nur langsam. Zwar haben sich sogenannte Positive Maßnahmen für Frauen und Menschen mit Schwerbehinderung etabliert und sind gesetzlich verankert. Diese Positiven Maßnahmen sehen vor, Personen, die Gruppen angehören, die von Diskriminierung betroffen sind, besonders zu unterstützen und ihre Benachteiligung auszugleichen. Dies können beispielsweise Quoten für Menschen mit Schwerbehinderung sein oder Stipendien für Menschen aus benachteiligten Gruppen.

Bislang stehen neben Frauen und Menschen mit Behinderung in Deutschland den anderen vom AGG geschützten Gruppen jedoch keine Positiven Maßnahmen zur Verfügung. Eine konzeptionelle Weiterentwicklung Positiver Maßnahmen etabliert sich aber zunehmend in anderen europäischen Ländern. Dort wurden gesetzliche Grundlagen geschaffen, um verbindliche Maßnahmen einzuführen, die der Verwaltung oder mitunter auch Betrieben auferlegt, Diversity Pläne zu entwickeln. Diese sollen konkrete und auf die jeweilige Situation zugeschnittene Ziele formulieren. Berichte zur Umsetzung der Pläne werden eingefordert und eine Evaluierung der Maßnahmen wird vorgesehen.

Was sind Positive Maßnahmen?

Positive Maßnahmen stellen laut [Europäischer Kommission](#) „Maßnahmen dar, die die Teilhabe von besonderen Gruppen in bestimmten Bereichen der wirtschaftlichen, politischen oder sozialen Aktivität erhöhen sollen, in denen diese Gruppen als unterrepräsentiert anzusehen sind.“ Eine positive Diskriminierung würde ein striktes Quotensystem darstellen, das definierte Personengruppen bevorzugt, obwohl andere Bewerber/innen beispielsweise für die

Besetzung einer Stelle besser qualifiziert wären, aber dieser Gruppe nicht angehören. In Abgrenzung dazu würden Positive Maßnahmen hingegen allen Personen, die gleichermaßen für eine Stelle qualifiziert sind (oder für eine solche Stelle qualifiziert werden können) eine gleiche Chance einräumen. Ein aktives Unterstützen der Zielgruppen stellt eine Kernkomponente von Positiven Maßnahmen dar, anstatt abzuwarten, wer sich auf eine Stelle bewirbt.

Im europarechtlichen Kontext werden Positive Maßnahmen als Ausnahmeregelung zum Prinzip der Nichtdiskriminierung mit der Absicht gesehen, eine substantielle Gleichbehandlung zu erreichen.

Schon in den 1960er Jahren waren in den USA "affirmative action"-Maßnahmen eingeführt worden, um historische und gegenwärtige Formen von Rassismus gegen die Schwarze Bevölkerung auszugleichen. Stipendiat/innenprogramme für Schulen und Universitäten beispielsweise sollten den Bildungsstand der Schwarzen Bevölkerung verbessern. Seit den späten 1970er Jahren wurden diese Programme von der weißen Bevölkerung kritisch hinterfragt.

In Großbritannien wiederum waren im Jahr 1984 die sogenannten MacBride Prinzipien eingeführt worden, die US-amerikanische Firmen mit Niederlassungen in Nordirland anhalten sollten, Gleichbehandlungsmaßnahmen umzusetzen, die auf den Abbau der Ausgrenzung der Katholiken in Nordirland abzielte. Diese enthielten unterstützende Maßnahmen auf dem Arbeitsmarkt für Personen, die einer unterrepräsentierten religiösen Gruppe angehörten. Alle Stellen sollten öffentlich ausgeschrieben werden.

Welche Positiven Maßnahmen ermöglicht das AGG?

Einige der europäischen Gleichbehandlungsrichtlinien ermöglichen die Einführung und Umsetzung Positiver Maßnahmen. Nach § 5 des AGG sind diese zulässig, wenn „durch geeignete und angemessene Maßnahmen bestehende Nachteile wegen eines in § 1 genannten Grundes verhindert oder ausgeglichen werden sollen“. Eine Verpflichtung, Positive Maßnahmen für von Diskriminierung betroffene Gruppen durchzuführen, ist nicht vorgesehen. Beste-

hende Positive Maßnahmen in den Bereichen Gender, Menschen mit Behinderung oder Migrationshintergrund sind in anderen Rechtsrahmen verankert. Querverweise hierzu wurden im AGG jedoch nicht vorgenommen.

Die Erfahrungen mit § 5 AGG haben in Deutschland bislang gezeigt, dass eine Regelung, die die Durchführung Positiver Maßnahmen (lediglich) erlaubt, zwar geeignet ist, eine Rechtssicherheit für Institutionen, die Positive Maßnahmen durchführen wollen, zu schaffen, die Regelung aber an sich nicht in der Lage ist, einen nachhaltigen Abbau von Diskriminierung – auch struktureller Natur – auszulösen.

Positive Maßnahmen könnten in allen Bereichen des AGG aufgegriffen werden. Gleichwohl unterlässt es der Gesetzgeber im AGG selbst darzulegen, wer Positive Maßnahmen ergreifen kann oder soll und welche Mittel gewählt werden sollten. Hier bietet jedoch die [Gesetzesbegründung zum AGG](#) einen Hinweis. „Positive Maßnahmen können grundsätzlich sowohl durch spezielle Bundesgesetze als auch durch Landesgesetze, Rechtsverordnungen, Satzungen, Verwaltungsvorschriften, Richtlinien, Tarifverträge, Betriebs- oder Dienstvereinbarungen, betriebliche Einheitsregelungen, allgemeine Geschäftsbedingungen und Einzelverträge vorgesehen werden.“

Rahmenbedingungen und Einsatzbereiche Positiver Maßnahmen

Nach Ansicht der Grundrechteagentur der Europäischen Union (FRA) sollten Positive Maßnahmen – je nach Bedarf – auf eine bestimmte Personengruppe abzielen, wenn diese beispielsweise besonders von Arbeitslosigkeit betroffen ist oder bestimmte von Diskriminierung betroffene Bevölkerungsgruppen nur eingeschränkt in den verschiedenen Ebenen der Belegschaft einer Firma vertreten sind.

Das Abzielen auf bestimmte Kompetenzen und Erfahrungen, die im Besondern bei benachteiligten Gruppen zu finden sind, scheint im Personalrekrutierungsprozess von besonderem Interesse. Dies können beispielsweise bestimmte Sprachkompetenzen oder etwa Fluchterfahrung sein, wenn diese Kompetenz in der Ausübung der Stelle von besonderer Relevanz ist.

Ein weiterer Aspekt für die Umsetzung Positiver Maßnahmen ist die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Bevölkerungsminderheit. Um die Glaubwürdigkeit und das Vertrauen in Institutionen (wie beispielsweise die Polizei) für bestimmte Minderheitengruppen zu stärken, können im Rahmen von Positiven Maßnahmen Personen aus solchen Minderheitengruppen rekrutiert werden. Dies zielt darauf ab, besseren Zugang zu solchen Gruppen beispielsweise in der Polizeiarbeit aufzubauen und Teams mit vielfältigen Kompetenzen auszustatten. Auch Formen der bedarfsgerechten Information, Trainingsmöglichkeiten, die Unterstützung, der Zugang zu Beschäftigung oder Aufstiegsmöglichkeiten für von Diskriminierung betroffene Gruppen sind Ausprägungen Positiver Maßnahmen und werden zumeist aktiv an Gruppen herangetragen.

Eine individuelle Unterstützung von Einzelpersonen mit Zugehörigkeit zu einer von Diskriminierung betroffenen Gruppe stellt eine Form Positiver Maßnahmen dar. Hier werden Stipendien oder Förderprogramme für Einzelpersonen angeboten, um beispielsweise einen höheren Abschluss zu erreichen.

Für den Einsatz Positiver Maßnahmen zeichnen sich vielfältige Möglichkeiten ab. So werden in Österreich im Rahmen von „Bewerbungsverfahren, bei dem in öffentlichen Stellenanzeigen Personen einer bisher unterrepräsentierten Gruppe (zum Beispiel Frauen mit Migrationshintergrund) besonders zur Bewerbung aufgerufen und im Verfahren selbst bei gleicher Qualifikation bevorzugt“. „Anwerbungs- und Informationskampagnen zur Erhöhung des Migrant/innenanteils bei bestimmten Berufsgruppen (zum Beispiel Projekt der Wiener Polizei „Wien braucht dich“)“ durchgeführt oder „Zugangsvoraussetzungen für das Bildungssystem (zum Beispiel Anerkennung von Berufs- oder anderen Abschlüssen) für bestimmte benachteiligte Gruppen“ überprüft und Unterstützung angeboten. „Rekrutierungsmethoden, Arbeitsvereinbarungen und spezielle Programme, um den Anteil von über fünfzigjährigen Mitarbeiter/innen im Unternehmen zu erhöhen“ werden durchgeführt. Darüber hinaus liegen „Informationsbroschüren über das österreichische Wohlfahrts- und Bildungssystem auf Deutsch und Romanes“ vor „um in Österreich lebenden Roma eine bessere Partizipation am sozialen und politischen Leben zu ermöglichen“.

Beispiele Positiver Maßnahmen in Deutschland

a) Positive Maßnahmen für Menschen mit einer Schwerbehinderung

Im Jahr 2001 wurde das Sozialgesetzbuch IX in § 71 Pflicht der Arbeitgeber zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen derart ergänzt, dass nun Menschen mit einer Schwerbehinderung zu 5 Prozent anteilig nach Größe der Belegschaft bei privaten und öffentlichen Arbeitgebern angestellt werden müssen. Wird dies nicht gewährleistet, muss nach § 80 SGB IX eine Ausgleichsabgabe gezahlt werden.

Diese Vorgabe kommt einer Positiven Maßnahme für den Zugang zu Beschäftigung für Menschen mit einer Schwerbehinderung gleich. Der Mechanismus ist in Deutschland eingeführt und wird durch die Bundesagentur für Arbeit implementiert und kontrolliert.

b) Gleichstellung von Frauen

Seit den 1980er Jahren wurden in Deutschland Quoten zur Besetzung von Stellen für Frauen äußerst konträr diskutiert. Unterschieden wurde hier zwischen absoluten und relativen Quoten. Während absolute Frauenquoten starr fordern, Frauen für bestimmte Positionen einzustellen, ohne die vorhandene Qualifikation zu berücksichtigen, sehen relative Quoten vor, auf der Grundlage einer gleichen Qualifikation bevorzugt Frauen einzustellen.

1995 urteilte der Europäische Gerichtshof im sogenannten Fall Kalanke (C-450/93), dass absolute Quoten dem Gleichbehandlungsgrundsatz entgegenstehen, wenn Frauen, ungeachtet ihrer Qualifikation, automatisch ein Vorrang eingeräumt wird. Solche Quotenregelungen stellen auch eine Form von Positiven Maßnahmen dar.

Etwa seit dem Jahr 2005 wurden in der Folge relative Frauenquoten diskutiert, die nun seit 1.1.2016 im „Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen“ festgeschrieben sind. Hier gilt eine Quote von 30 Prozent für die Besetzung von Führungspositionen von circa 100 großen börsendotierten Unternehmen. Bei Aufsichtsgremien des öffentlichen Dienstes gilt gleichermaßen eine Quote von 30 Prozent.

Weitere etwa 3500 Unternehmen sind gehalten, eine Zielgröße für die Besetzung von Stellen für Frauen einzuführen. Ab 2018 soll die Quote dann auf 50 Prozent Frauen angehoben werden.

Wird die Mindestquote durch die Wahl beziehungsweise Entsendung der Anteilseignervertreter/innen nicht erfüllt, ist die quotenwidrige Wahl beziehungsweise Entsendung zum Aufsichtsrat nichtig. Die für das unterrepräsentierte Geschlecht (Frauen oder Männer) vorgesehenen Plätze bleiben unbesetzt ("leerer Stuhl").

Selbst die CSU hat, als konservative Partei, bei ihrem Parteitag im Jahr 2010 eine Frauenquote für führende Ämter in der Partei verabschiedet. Danach sollen 40 Prozent der Posten im Parteivorstand und in den Bezirksvorständen mit Frauen besetzt werden.

c) Gleichstellung von Menschen mit Migrationshintergrund

Seit 2009 war in Berliner Gremien die Option eines Teilhabegesetzes für Menschen mit Migrationshintergrund diskutiert worden. Das Land Berlin verabschiedete am 15.12.2010 das Partizipations- und Integrationsgesetz des Landes Berlin (PartIntG), das wiederum Positive Maßnahmen in Form von Zielquoten für Menschen mit Migrationshintergrund vorsieht.

„Die [Integrationspolitik des Landes Berlin](#) ist darauf ausgerichtet, Menschen mit Migrationshintergrund die Möglichkeit zur gleichberechtigten Teilhabe in allen Bereichen des gesellschaftlichen Lebens zu geben und gleichzeitig jede Benachteiligung und Bevorzugung gemäß Artikel 3 Absatz 3 Satz 1 des Grundgesetzes und Artikel 10 Absatz 2 der Verfassung von Berlin auszuschließen.“ Das Gesetz gilt für die Senats- und die Bezirksverwaltungen des Landes Berlin.

Die hier eingeführten Beispiele verdeutlichen, dass die Ein- und Durchführung von Positiven Maßnahmen zunehmend Verbreitung finden und gesellschaftlich akzeptiert scheinen.

Gesetzliche Gleichbehandlungsverpflichtungen für die öffentliche Hand

Internationale Verpflichtungen fordern Unterzeichnerländer auf, proaktive Verpflichtungen umzusetzen. Diesen unterliegt auch Deutschland. Die im Folgenden vorgestellten „gesetzlichen Gleichbehandlungsverpflichtungen“ stellen eine Fortführung, Systematisierung und Verstärkung Positiver Maßnahmen dar, die auf eine ausdifferenzierte rechtliche Grundlage gestellt werden.

a) Vorbild Großbritannien

In Nordirland wurden sogenannte „public sector duties“ bereits 1998 im „Karfreitagsabkommen“ verankert, das den bewaffneten Konflikt zwischen Katholiken und Protestanten beendete. Diese Verpflichtungen verfolgten das übergeordnete Ziel, Gleichstellung in allen institutionellen Abläufen einzubinden und somit zur Querschnittsaufgabe zu machen. Gleichbehandlungsüberlegungen sollten nach dem Wunsch des Gesetzgebers in Entscheidungs- und Maßnahmenentwicklungsprozessen systematisch eingebunden sein. Diskriminierung soll so präventiv vermieden werden. Folglich tragen Behörden und die Verwaltung die Verantwortung, Gleichbehandlungsprogramme zu entwickeln und umzusetzen.

Das Gesetz bezieht die Merkmale Religion, politische Meinung, ethnische Gruppen, Alter, Familienstand und sexuelle Orientierung mit ein. Die Gleichstellung von Männern und Frauen als auch von Menschen mit Behinderung wird gleichermaßen aufgeführt. Die Nordirische Menschenrechtskommission (das Äquivalent zum Deutschen Institut für Menschenrechte) wurde benannt, die Umsetzung der gesetzlichen Grundlagen – nach dem Vorbild Großbritanniens – zu überwachen.

In 2010 wurden diese „public sector duties“ auch im „Equality Act“ Großbritanniens verankert. In Teil 11, Kapitel 1 werden die Rahmenbedingungen und gesetzlichen Grundlagen für gesetzliche Gleichbehandlungsverpflichtungen ausdifferenziert. Sektion 149 definiert, dass die öffentliche Hand Diskriminierung, Belästigung und Viktimisierung beseitigen muss und verantwortlich ist, Chancengleichheit für die im Gesetz aufgeführten Gruppen voranzubringen. Die „Equality and Human Rights Commission“ (EHRC), die in Teil 1 des „Equality Act 2006“ ins Leben gerufen wurde, ist für Großbritannien die für die Überwachung zuständige Stelle. Diese bietet neben der Aufarbeitung der umfassenden Rechtsgrundlagen auch Informationen und Hilfestellungen zur Umsetzung der Gleichbehandlungspflichten an.

Separate Rechtsgrundlagen für „public sector duties“ wurden darüber hinaus für die Regionen England, Schottland und Wales eingeführt.

Von den öffentlichen Verwaltungen wird eingefordert, Gleichstellungsprogramme für die im Gesetz geschützten Gruppen zu entwickeln und umzusetzen. Diese sollen zu erreichende Ziele (beispielsweise bezüglich der Diversität der Belegschaft und der Repräsentanz von Minderheitengruppen in allen Hierarchiestufen) festschreiben, konkrete Maßnahmen zur Gleichstellung der geschützten Gruppen benennen und darlegen, wie diese Maßnahmen evaluiert werden können. Indikatoren zur transparenten und dokumentierten Auswertung sollen entwickelt und im Rahmen der Evaluierung genutzt werden. Hierüber sind die Verwaltung und Firmen verpflichtet, alle zwei Jahre bei der jeweils zuständigen Stelle Bericht zu erstatten.

Die in Sektion 150 definierten öffentlichen Institutionen sind verpflichtet, Gleichbehandlungsprogramme zu entwickeln. Diese Programme sollen konkrete Zielsetzungen für ihren Einflussbereich definieren und können den jeweiligen Gegebenheiten angepasst werden. Die [EHRC](#) bietet Einführungen, Fortbildungen und Informationsmaterial an, um die Entwicklung und Implementierung der Programme zu unterstützen. Die öffentliche Verwaltung ist angehalten, Berichte zur Umsetzung der Verpflichtungen zu veröffentlichen. Diese werden von der EHRC entgegengenommen. Wenn Verwaltungen „diese Gleichbehandlungsberichte nicht veröffentlichen, wie dies verpflichtend vorgesehen ist, laufen diese Gefahr rechtlich sanktioniert zu werden, was zu einem öffentlichen [Imageverlust](#) führen kann“.

Zusammenfassungen der Ergebnisse für einzelne Sektoren der Verwaltung (wie beispielsweise Regierungsinstitutionen, lokale Verwaltung, Schulen, etc.) werden regelmäßig auf der EHRC veröffentlicht. Durch eine ausgeprägte Erhebung von Daten bezüglich Diskriminierung und gesellschaftlicher Minderheiten können Gleichstellungsberichte mit umfassenden Daten untermauert werden.

b) Vorbild Irland

Im Juli 2014 wurde die Rechtsgrundlage der „Irish Human Rights and Equality Commission“ IHREC (Irische Menschenrechts- und Gleichbehandlungskommission) verabschiedet, da die

„Equality Authority“ und die „Irish Human Rights Commission“ fusioniert wurden. Im „Irish Human Rights and Equality Commission Act 2014“ wurde in diesem Zuge der IHREC auch die Aufgabe übertragen „public sector duties“ zu übernehmen. Part 2 des Gesetzes bildet die gesetzliche Grundlage für die IHREC, während Section 42 des Gesetzes die staatlichen Bereiche benennt, in denen „public sector duties“ umgesetzt werden müssen. Das Verteidigungsministerium als auch die Streitkräfte sind hiervon ausgenommen. Einbezogen sind die kommunale Verwaltung, Gesundheitsdienste, Universitäten, Institute für Technologie und Erziehung als auch Ausbildungseinrichtungen.

Die „public sector duty“ zielt darauf ab, Diskriminierung gar nicht erst entstehen zu lassen, sondern dieser auf institutioneller Ebene vorzubeugen. Öffentliche Institutionen sind verpflichtet, Gleichbehandlung zu fördern und den Schutz vor Diskriminierung für die im Gesetz festgeschriebenen Gruppen zu gewährleisten. In Section 42 Satz 1 werden die

(a) Beseitigung von Diskriminierung als auch die

(b) Förderung von gleichberechtigten Möglichkeiten und der Behandlung der Mitarbeitenden und denjenigen, die die Dienste der Stelle in Anspruch nehmen, als zentrale Aufgaben aufgeführt. Die „Human Rights and Equality Commission“ hat den Auftrag, abzusichern, dass die Gleichbehandlungspflicht umgesetzt wird. Sie soll hierzu Richtlinien und Verhaltensregeln erlassen. Im Besonderen fallen politische Entscheidungen, Dienstleistungen und interne Regelungen unter die Verpflichtung. Im Falle der Nichtumsetzung kann die Kommission eine gerichtliche Überprüfung einleiten.

Ausblick

Eine Umsetzung Positiver Maßnahmen steht in Deutschland für einen Teil der im AGG geschützten Gruppen noch aus. Die gesetzliche Einführung Positiver Verpflichtungen wie sie beispielsweise in Großbritannien und Irland umgesetzt werden, erscheint zum gegenwärtigen Zeitpunkt politisch kaum umsetzbar. Trotzdem sollte diese präventive Form der Diskriminierungsvorbeugung Inspiration sein für die Weiterentwicklung deutscher Antidiskriminierungsstandards.

Literaturliste

- Alexander Klose, Andreas Merx, Positive Maßnahmen zur Verhinderung oder zum Ausgleich bestehender Nachteile im Sinne des § 5 AGG, Berlin, 2010.
- The Benefits of Positive Action. Thematic Discussion Paper, European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), Wien 2008.
- McCrudden, Christopher; Muttarak, Raya; Hamill, Heather; Heath, Anthony, Affirmative Action without Quotas in Northern Ireland, in: The Equal Rights Review, Vol. 4, 2009.
- Katrin Wladasch, Barbara Liegl, (Hrsg.), Positive Maßnahmen. Ein Handbuch zur praxistauglichen Umsetzung von Maßnahmen zur Bekämpfung von strukturellen Diskriminierungen und zur Herstellung von mehr Chancengleichheit, Wien, 2009.
- Heinrich-Böll-Stiftung (Hrsg.), Positive Maßnahmen – Von Antidiskriminierung zu Diversity, Baer, Susanne, Chancen und Risiken Positive Maßnahmen: Grundprobleme des Antidiskriminierungsrechts, Berlin, 2010.
- Gendrechteagentur der Europäischen Union (FRA) (Hrsg.), The Benefits of Positive Action, Thematic Discussion Paper, Wien, 2008.
- Vera Egenberger, Diskriminierungsschutz weiter entwickeln – Argumente für eine Novellierung des Allgemeine Gleichbehandlungsgesetzes, Friedrich-Ebert-Stiftung, 16/2016.

Statistische Sichtbarkeit und Diskriminierungsrisiko

Rassismus messen, aber wie?

Die Soziologin Linda Supik diskutiert die Relevanz statistischer Erhebungen für eine erfolgreiche Antidiskriminierungspolitik

Rassistische Diskriminierung als gesellschaftliches Problem in Deutschland ist in seinen Ausmaßen schwer bestimmbar, weil die passenden Statistiken als Messinstrumente fehlen. Das Problem ist dabei nicht, dass gar keine Daten erhoben werden, sondern dass sie in unpassenden Kategorien erfasst werden. Daher ist derzeit die Herausforderung, angemessene Kategorien zu bestimmen, um eine Datengrundlage zur Bekämpfung von Rassismus zu schaffen. Die Datenlage ist in den einzelnen Diskriminierungsdimensionen sehr unterschiedlich: Daten nach Geschlecht werden ständig und überall erhoben, ohne dass dies als Datenschutzproblem betrachtet wird; obwohl das Fehlen von Ankreuz-Alternativen zu „männlich“ und „weiblich“ Inter*Menschen immer wieder schmerzlich bewusstmacht, dass mit ihnen im wahrsten Sinne des Wortes niemand rechnet. Altersdaten sind unproblematisch, zur Erhebung von sexueller Orientierung gibt es erste Anläufe, bei Religion, Behinderung und ethnischer (zugeschriebener) Zugehörigkeit/Herkunft beziehungsweise rassistischer Diskriminierung gibt es größere Baustellen und Handlungsbedarf.

Gerade die indirekte Form der Diskriminierung, also scheinbar neutrale Vorschriften oder Regelungen, die sich auch unbeabsichtigt nachteilig auf eine geschützte Gruppe auswirken, ist häufig in keiner anderen Weise als durch das Zählen, Messen und Vergleichen zu erkennen. Liegt es zum Beispiel an meinem türkisch klingenden Nachnamen, dass ich zum x-ten Mal nicht zum Bewerbungsgespräch eingeladen wurde? In Testingverfahren wurde festgestellt, dass türkischer Herkunft zu sein (wofür der Nachname als Zeichen gelesen wird) sich in Bewerbungssituationen statistisch gesehen zum Nachteil auswirkt. Ob ich dabei vielleicht als deutsche Staatsangehörige in Deutschland geboren wurde, spielt keine Rolle, in der Statistik allerdings wären lediglich Staatsangehörigkeit und Geburtsort sichtbar, statistisch gesehen würde ich als „Deutsche“ gezählt – die ich zwar bin, jedoch zugleich wegen der türkischen

Herkunft diskriminiert wurde. Die in Deutschland üblicherweise erhobenen Daten gehen also für den Zweck der Diskriminierungsmessung am Bedarf vorbei.

Hier ist nicht die systematische Registrierung von Diskriminierungserfahrungen gemeint, die ebenfalls geboten und auch deutlich weniger strittig ist. Manche Erfahrung der Würdeverletzung oder Ausgrenzung würde nicht unter Diskriminierung gefasst, oder Ereignisse, wie „keine Gymnasialempfehlung erhalten“ und „nicht zum Vorstellungsgespräch eingeladen werden“ werden nicht als Diskriminierung erfahren, obwohl sie es im Effekt sind. Welche Behandlung wer als Diskriminierung erlebt, und dies dann auch noch so benennt und einer entsprechenden Stelle meldet, ist sehr unterschiedlich. Auch wenn subjektives Erfahrungswissen gerade für emanzipatorischen Aktivismus einen zentralen und unhintergehbaren Stellenwert hat, so wird seine Gültigkeit gerade von politischen Gegnern oft angezweifelt und gerade im Diskriminierungskontext als Empfindlichkeit abgetan. Angesichts dessen können sich trockene Zahlen durchaus als nützliche Alliierte erweisen. Es fehlen soziodemografische Strukturdaten; das heißt Zahlen darüber, wie viele Angehörige einer ethnischen Minderheit oder einer von Diskriminierung gefährdeten Gruppe in Deutschland (oder einer Region, Stadt, Stadtteil, Einzugsgebiet einer Schule oder eines Krankenhauses) leben und ob die Repräsentation dieser Gruppe innerhalb der jeweiligen Einrichtung der jeweiligen Umgebung nahekommt. Sind Kinder aus einer bestimmten Gruppe am Gymnasium angemessen repräsentiert? Wenn nicht, muss genauer nach den Ursachen geschaut und geprüft werden, ob Diskriminierung eine Rolle spielt und wie diese abgestellt werden kann.

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz erlaubt ausdrücklich die Verwendung von statistischen Daten zum Nachweis von indirekter Diskriminierung als Beweismittel vor Gericht. Hier wäre für den Gesetzgeber auch noch Spielraum, den Diskriminierungsschutz durch die *Erlaubnis* zur Datenerhebung zur Berichterstattungspflicht zu stärken, analog zur Geschlechtergleichstellung. In Großbritannien werden insbesondere öffentliche Arbeitgeber stärker als in Deutschland in die Pflicht genommen, mehrdimensionale Gleichstellung unter ihren Arbeitnehmer/innen sicherzustellen: Dort erlaubt der Equality Act nicht nur die Verwendung von Statistiken, er verpflichtet durch die sogenannten „public sector duties“ den öffentlichen Dienst ausdrücklich zur Erhebung von Statistiken und zur regelmäßigen statistischen Berichterstattung in Sachen Gleichbehandlung/Diskriminierung.

Auch in Deutschland sind jenseits der Anklagebank im wörtlichen Sinne statistische Daten aus politischen Diskussionen nicht wegzudenken. Es werden regelmäßig „Eckdaten“ benötigt, um für Orientierung hinsichtlich der Größenordnung eines Problems – etwa der rassistischen Diskriminierung – zu sorgen. Gerade gesellschaftliche Institutionen und Akteure, die sich der Entwicklung von Maßnahmen gegen Diskriminierung widmen und diese abbauen wollen, benötigen angesichts stets knapper Ressourcen im Sozialbereich Informationen darüber, wo und in welchen Feldern sich Diskriminierung bemerkbar macht, und wo der Einsatz am dringendsten ist. Zudem werden Daten benötigt, um nach einer erfolgten Maßnahme oder geänderten Regelungen beurteilen zu können, ob sich die erwünschte Wirkung zeigt.

Die freiwillige, anonyme Selbstauskunft über eine (zugeschriebene) Gruppenzugehörigkeit

Internationale Organisationen, die Grundrechteagentur der EU und Menschenrechtsaktivist/innen, wie etwa das Europäische Netzwerk gegen Rassismus [ENAR](#) oder die [Open Society Foundation](#), fordern zur Dokumentation von Rassismus die freiwillige und anonyme Erhebung von Daten über die selbstbekundete, subjektive Zugehörigkeit zu einer von rassistischer Diskriminierung betroffenen Gruppe, wie zum Beispiel Schwarze Deutsche, People of Color, Jüd/innen, Sinte/zza und Rrom/nja oder anderer natio-ethno-kultureller Minderheiten. Seitens der UN-Kommission zur Beseitigung jeglicher Formen von Rassismus und Diskriminierung wurde die deutsche Berichterstattung bereits wiederholt dafür gerügt, keine überprüfbaren Daten zu liefern.

Gerade viele Grassrootsaktivist/innen stehen dem Thema der Datenerhebung und „Vermessung“ eher distanziert gegenüber, scheint die Statistik doch ein eher bürokratischer Zugang zu sein, der auch wieder nur mehr Papier und Zahlenkolonnen produziert, ohne an dem eigentlichen Problem etwas zu ändern. Der Forderung nach diesen Daten wird entgegnet, dass man auch ohne sie bereits viel gegen Rassismus tun könne und dass die Betonung sichtbarer Unterschiede kontraproduktiv wäre, da die Ungleichbehandlung auf ihrer Basis nur noch größer werden würde. In der Mehrheit der Staaten weltweit wird eine Frage nach subjektiver Selbstauskunft bei Zensuserhebungen gestellt. Es gibt aus internationalen Erfahrungen keine Hinweise darauf, dass die statistische Sichtbar- oder Unsichtbarmachung innerstaatlicher Vielfalt Rassismus oder ethnische Spannungen und Konflikte per se positiv oder

negativ beeinflussen würde. Es ist kein Allheilmittel gegen Rassismus, treffendere Daten zur Verfügung zu haben, sondern zunächst ein verbessertes Diagnoseinstrument gegenüber derzeitigen Möglichkeiten. Es würde die Thematisierung und Skandalisierung von Diskriminierungen auf der politischen Bühne erleichtern.

Antidiskriminierungspolitik im Blindflug

Die Forderung nach solchen Gleichheits- und Partizipationsdaten (auch als Equality Data oder Ethnizitätsdaten bezeichnet), wie sie beispielsweise das [Büro zur Umsetzung von Gleichbehandlung](#) (BUG) vorträgt, betritt heikles Terrain, denn solche Daten kommen den „Rassedaten“ nahe, die während des Nationalsozialismus erhoben wurden. So brachte es Hendrik Cremer (2008) vom Deutschen Institut für Menschenrechte vor einiger Zeit auf den Punkt, dass man unmöglich Menschen die Frage stellen könne „Welcher Rasse gehören Sie an?“ In der Tat gibt es keine Menschenrassen (auch wenn die Idee oder das Phantasma davon weiterhin in rechtsextremen und -populistischen Ideologien lebendig und wirksam ist), aber es gibt durch historisch gewachsene Zuschreibungsprozesse ungleich markierte Positionen von Menschen innerhalb einer rassistisch strukturierten Gesellschaft, die als weiße, als Schwarze, oder als People of Color wahrgenommen werden und/oder sich selbst entsprechend positionieren. Solche Daten über (zugeschriebene) ethnische Zugehörigkeit oder Herkunft wären in jedem Fall als sensible Daten im Sinne des Datenschutzgesetzes zu behandeln. In personalisierter Form; also so, dass eine konkrete Person einem Datensatz zuzurechnen wäre, dürfen sie nicht erhoben, gespeichert oder verarbeitet werden. Sie können jedoch benachteiligten Minderheiten nützen, wenn sie in anonymer Form im Rahmen eines Massendatensatzes erhoben werden, der der statistischen Auswertung dient und dessen Fallzahlen hoch genug sind, sodass keine Einzelpersonen identifiziert werden können. Die Beispiele der USA und Südafrikas machen deutlich, dass die staatliche Erhebung solcher Daten noch nichts über die Absicht dahinter aussagt: In den USA wurde seit dem allerersten Zensus (Volkszählung) am Ende des 18. Jahrhunderts kontinuierlich die Bevölkerung nach „race“ klassifiziert, in Südafrika geschah dies während des Apartheidregimes. Gleichzeitig wurde in beiden Staaten diese Praxis nach dem Ende des staatlich legitimierten Rassismus unter umgekehrten Vorzeichen bis heute beibehalten, um Wiedergutmachungspolitik und Antidiskriminierungsmaßnahmen begleiten zu können.

Alternative zum „Migrationshintergrund“: Die Leute einfach selbst fragen!?

Die Daten, mit denen in Deutschland derzeit gearbeitet werden muss, wenn es um Fragen von Diskriminierung oder natio-ethno-kultureller Zugehörigkeit geht, sind Daten zur Staatsangehörigkeit oder zum „Migrationshintergrund“. Der Migrationshintergrund setzt sich zusammen aus (objektiven) Fakten zum Geburtsort (auch der Eltern, teilweise Großeltern), der Staatsangehörigkeit und dem Zeitpunkt der Einwanderung. Das seit elf Jahren (ein Jahr älter als das AGG) im Gebrauch des Statistischen Bundesamtes befindliche Konzept steht zunehmend in der Kritik (Will 2016), unter anderem, weil es zur Messung von rassistischer Diskriminierung nicht geeignet ist. Kurz gesagt, können weiße Personen ebenso in die Kategorie der „Personen mit“ wie auch der „ohne Migrationshintergrund“ fallen, und das gleiche gilt für Schwarze Personen. Das heißt, das Aussehen und andere wichtige Marker, über die Diskriminierungen häufig wirksam werden, wie ein vermeintlich fremder Name oder ein hörbarer Akzent, liegen quer zu diesem statistischen Konstrukt und bleiben so unerfasst und statistisch unsichtbar.

Was kann die Alternative sein zum Migrationshintergrund? Dafür gibt es bisher im deutschen Kontext zwei Vorschläge, die sich gegenseitig ergänzen können: Relevant wären Daten über die Selbstidentifikation und die angenommene Fremdzuschreibung. Zum einen können Daten über die subjektive Selbstauskunft zur eigenen Gruppenzugehörigkeit oder Identität einerseits (*auto perception*) erhoben werden, und zum anderen Daten über die Selbstauskunft zu einer Fremdzuschreibung (*auto hetero perception*). Dabei bestehen Spielräume für die Frageformulierung: Eine mögliche Frage nach der Selbstidentifikation wäre zum Beispiel: „Staatsangehörigkeit und Geburtsort sagen nicht alles über einen Menschen. Wie würden Sie am ehesten ihre kulturelle Zugehörigkeit beschreiben?“ (Selbstidentifikation). „Werden Sie üblicherweise als weiße/r Deutsch/er wahrgenommen?“ wäre eine weitere Option (angenommene Fremdzuschreibung).

Die Frage nach der selbstbekundeten Fremdwahrnehmung wäre im Diskriminierungskontext die treffendere, denn es macht die Diskriminierung gerade aus, dass eine Person durch den fremden Blick ein- (oder aus-)geordnet wird und ungewünschte (Kurz-)Schlüsse aus ober-

flächlichen Eigenschaften gezogen werden. Es gäbe für diese Aussage kein weiteres Wahrheitskriterium als die Auskunft einer Person, die kontextspezifisch und im Zeitverlauf unterschiedlich ausfallen kann. Welche Antwortkategorien sollten jedoch vorgegeben werden? Dazu besteht gesellschaftlicher Diskussions- und Forschungsbedarf. Die Auswahl der vorgegebenen Kategorien muss durch von Diskriminierung betroffene Gruppen diskutiert und entschieden werden.

Die Erhebung solcher Daten wäre ein Signal des Staates an seine Bürger/innen, sie in ihrer Unterschiedlichkeit als gleichberechtigt und gleichzuehörig anzuerkennen. Wahrscheinlich kann die gesellschaftliche Bereitschaft dazu, Bevölkerungsstatistiken zu erheben, die über eine innergesellschaftliche kulturelle und ethnische Vielfalt Auskunft geben, als Gradmesser dafür angesehen werden, inwiefern diese Diversität als selbstverständlicher Normalzustand angesehen wird. Insbesondere geht es dabei um die Fähigkeit einer Nation, sich als „Einheit in Vielfalt“ zu sehen – und gut zu heißen.

Literaturliste

- Chopin, Isabelle, Lilla Farkas & Cathrine Germaine (2014): [Policy Report. Equality Data Initiative. Ethnic origin and disability data collection in Europe: Measuring inequality – combating discrimination. Open Society Foundations, Brussels.](#)
- Cremer, Hendrik (2008): ... und welcher Rasse gehören Sie an? Zur Problematik des Begriffs ‚Rasse‘ in der Gesetzgebung. Policy Paper No. 10, DIMR, (2. Akt. Aufl. 2009).
- Diakonie (Hg.). (2015): [Parallelbericht an den UN-Antirassismusausschuss zum 19.-22- Bericht der Bundesrepublik Deutschland nach Artikel 9 ICERD. Rassistische Diskriminierung in Deutschland. Erscheinungsformen und menschenrechtliche Verpflichtungen zum Schutz vor rassistischer Diskriminierung.](#)
- ENAR (2014): [European Network against Racism: Measure – Plan – Act. How data collection can support racial equality.](#)
- Will, Anne-Kathrin (2016): [Migrationshintergrund im Mikrozensus: Wie werden Zuwanderer und ihre Nachkommen in der Statistik erfasst?](#)

Impressum

Herausgeberin: Heinrich-Böll-Stiftung
Schumannstraße 8
10117 Berlin, D

Redaktion: Vera Egenberger
Sarah Schwahn

V.i.S.d.P.: Mekonnen Mesghena

Erscheinungsort: <https://heimatkunde.boell.de/>

Erscheinungsdatum: April 2017

Das gesamte Dossier und die einzelnen Beiträge stehen unter einer Creative Commons Lizenz. (CC BY-NC-ND). Sie dürfen verbreitet, vervielfältigt oder öffentlich zugänglich gemacht werden unter folgenden Bedingungen:

- **Namensnennung** – Sie müssen den Namen des Autors/ der Autorin und des Rechteinhabers (Heinrich-Böll-Stiftung) sowie die URL des Werks (Direktlink) nennen.
- **Keine kommerzielle Nutzung** - Dieses Werk darf nicht für kommerzielle Zwecke verwendet werden.
- **Keine Bearbeitung** - Dieses Werk darf nicht bearbeitet, abgewandelt oder in anderer Weise verändert werden.

Abweichungen von diesen Bedingungen bedürfen der Genehmigung des Rechteinhabers: internetredaktion@boell.de
ausführlicher Lizenzvertrag unter: <http://creativecommons.org>