

APuZ

Aus Politik und Zeitgeschichte

66. Jahrgang · 9/2016 · 29. Februar 2016

bpb:

Antidiskriminierung

Albert Scherr

Diskriminierung/Antidiskriminierung –
Begriffe und Grundlagen

Ulrike Lembke

Europäisches Antidiskriminierungsrecht in Deutschland

Doris Liebscher

Eine Zwischenbilanz nach zehn Jahren AGG

Martina Thiele · Lilian Masuhr · Sheila Mysorekar

Medien und Diskriminierung

Christine Lüders · Nathalie Schlenzka

Schule ohne Diskriminierung

Lena Hipp

Ungleichheiten und Diskriminierung auf dem Arbeitsmarkt

Irmhild Saake

Zum Umgang mit Unterschieden und Asymmetrien

Beilage zur Wochenzeitung **Das Parlament**

Albert Scherr

Diskriminierung/ Antidiskriminierung – Begriffe und Grundlagen

Im Sinne einer formalen und abstrakt gefassten Definition kann unter Diskriminierung zunächst die Verwendung von kategorialen, das heißt vermeintlich eindeutigen und trennscharfen Unterscheidungen zur Herstellung, Begründung und Rechtfertigung von Ungleichbehandlung mit der Folge gesellschaftlicher Benachteiligungen verstanden werden. Den Diskriminierten wird der Status des gleichwertigen und gleichberechtigten Gesellschaftsmitglieds bestritten; ihre faktische Benachteiligung wird entsprechend nicht als ungerecht bewertet, sondern als unvermeidbares Ergebnis ihrer Andersartigkeit betrachtet.

Albert Scherr
Dr. phil. habil., geb. 1958;
Direktor des Instituts für
Soziologie der Pädagogischen
Hochschule Freiburg, Kunzen-
weg 21, 79117 Freiburg/Br.
scherr@ph-freiburg.de

Bedeutsam für diskriminierende Strukturen und Praktiken sind dabei einerseits Unterscheidungen von Gruppenkategorien (beispielsweise „Juden“, „Migranten“, „Muslime“, „Sinti und Roma“). Diesen „abstrakten Gruppen“¹ – es handelt sich ersichtlich nicht um reale Gruppen, deren Mitglieder einander kennen, sondern um gesellschaftlich wirkungsmächtige Gruppenkonstruktionen² – wird eine kollektive Identität und werden Eigenschaften zugeschrieben, die sie von der Mehrheitsgesellschaft unterscheiden. Andererseits geschieht Diskriminierung auf der Grundlage der Unterscheidung von Personenkategorien (beispielsweise „Behinderte“, „Frauen“, „psychisch Kranke“, „Kriminelle“), für die in irgendeiner Weise problematische individuelle Eigenschaften angenommen werden, die sie vom angenommenen Normalfall des physisch und psychisch ge-

sunden, rechtskonform handelnden und erwerbstätigen Staatsbürgers und seiner Familienangehörigen unterscheiden.

Schon mit diesen einleitenden Überlegungen wird deutlich: Der Begriff „Diskriminierung“ verweist auf überaus heterogene Sachverhalte – auf die gesellschaftlichen Geschlechterverhältnisse, auf die soziale Ausgrenzung von Minderheiten, auf Nationalismus und Rassismus und weiteres –, die in jeweilige historische und gesellschaftliche Kontexte eingebettet sind und in diesen spezifische Ausprägungen haben. Diskriminierung kann deshalb nicht ausreichend allein als eine Folge von individuellen Einstellungen oder kollektiven Mentalitäten verstanden werden. Vielmehr ist es ein komplexes System sozialer Beziehungen, in dem diskriminierende Unterscheidungen entstehen und wirksam werden.³

Um politisch, rechtlich oder pädagogisch wirksame Maßnahmen gegen Diskriminierung zu entwickeln, genügt es deshalb nicht, eine generelle Haltung der Toleranz einzufordern sowie individuelle Rechtsansprüche auf Diskriminierungsschutz zu gewährleisten. Vielmehr ist dazu sowohl ein angemessenes Verständnis der gesellschaftlichen Strukturen und sozialen Praktiken erforderlich, die unterschiedlichen Ausprägungen von Diskriminierung gemeinsam sind, als auch eine Berücksichtigung der besonderen Bedingungen, die jeweils zu Diskriminierung führen.

Für hilfreiche Anmerkungen zu diesem Text danke ich Gökcen Yüksel.

¹ Diesen Begriff verwendet Georg Simmel, Soziologie. Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung, Berlin 1908, S. 335.

² Solche Gruppenkonstruktionen sind keine neutrale Voraussetzung von Diskriminierung, sondern selbst bereits ein wichtiges Element des Prozesses, der zu Diskriminierung führt. Denn mit der Zuordnung zu diskriminierten Gruppen werden Menschen nicht mehr als eigenverantwortliche und selbstbestimmungsfähige Individuen, sondern als Gruppenwesen wahrgenommen, die durch ihre Zugehörigkeit geprägt sind. Eine wichtige Kritik des Denkens in Gruppenkategorien liegt bei Roger Brubaker, Ethnizität ohne Gruppen, Hamburg 2007; für eine Analyse der sozialen Konstruktion ethnischer Gruppen vgl. Albert Scherr, Ethnisierung als Ressource und Praxis, in: Prokla – Zeitschrift für kritische Sozialwissenschaft, 30 (2000) 120, S. 399–414.

³ Vgl. Thomas F. Pettigrew/Marylee C. Taylor, Discrimination, o.D., <http://edu.learnsoc.org/Chapters/5%20major%20sociological%20topics/9%20discrimination.htm> (18.12.2015).

Pointiert formuliert: Bei der Benachteiligung von Frauen auf dem Arbeitsmarkt handelt es sich zum Beispiel ebenso um Diskriminierung wie bei der rassistischen Kategorisierung von Sinti und Roma. Die Ursachen sind in beiden Fällen jedoch anders gelagert; Gegenstrategien müssen dies berücksichtigen.[†]

Dem Sachverhalt, dass Diskriminierung nicht allein eine Folge von benachteiligenden Handlungen ist, wird im Antidiskriminierungsrecht durch die Anerkennung mittelbarer Diskriminierung als Tatbestand Rechnung getragen: Während unmittelbare Diskriminierung dann vorliegt, wenn Regelungen und Praktiken einen direkten Bezug zu Diskriminierungsmerkmalen (wie Geschlecht oder Religion) haben, verweist mittelbare Diskriminierung auf die Folgen scheinbar neutraler Vorgaben und Verfahrensweisen, die im Effekt gleichwohl zu Benachteiligungen bestimmter Personenkategorien und sozialer Gruppen führen. Dass sich Diskriminierung auch nicht immer als Folge einfacher Ursache-Wirkung-Zusammenhänge begreifen lässt, wird in den Konzepten der Mehrfachdiskriminierung und Intersektionalität thematisiert: Unterschiedliche Dimensionen von Diskriminierungen können sich überlagern und verstärken und somit zu spezifischen Formen verdichten, die zum Beispiel nur für migrantische Frauen ohne legalen Aufenthaltsstatus bedeutsam sind.[‡]

Wodurch geschieht Diskriminierung?

Im alltäglichen Sprachgebrauch wird unter Diskriminierung ein benachteiligendes Handeln und ein abwertendes Sprechen ver-

standen, dessen Grundlage die Annahme vermeintlicher Andersartigkeit ist. Diesem Verständnis von Diskriminierung entspricht *erstens* die Suche nach sozialpsychologischen Erklärungen von Diskriminierung, in deren Zentrum die Frage steht, wie Diskriminierungsbereitschaft mit bestimmten Persönlichkeitsstrukturen (wie Autoritarismus und soziale Dominanzorientierung) sowie mit vorherrschenden Mentalitäten in sozialen Milieus zusammenhängt. Folglich gelten *zweitens* Ergebnisse der Meinungs- und Einstellungsforschung zum Ausmaß der Verbreitung von Stereotypen und Vorurteilen in der Gesamtgesellschaft und in bestimmten sozialen Gruppen als eine zentral bedeutsame Informationsgrundlage.[§] Als wesentliche Elemente einer Strategie gegen Diskriminierung werden *drittens* öffentliche Kampagnen sowie pädagogische Maßnahmen betrachtet, die über Stereotype und Vorurteile aufklären und für sie sensibilisieren, die moralische und rechtliche Ablehnung jeder Form von Diskriminierung verdeutlichen sowie die Betroffenen ermächtigen (Empowerment).[¶]

In der sozialwissenschaftlichen Forschung ist jedoch gezeigt worden, dass ein Verständnis von Diskriminierung als Folge von Eigenschaftszuschreibungen und negativen Einstellungen gegenüber Gruppen, die zu abwertenden Äußerungen und benachteiligenden Handlungen führen, unzureichend ist. Diskriminierung umfasst mehr als Formen des direkten und absichtsvollen Sprechens und Handelns von Einzelnen oder Gruppen. Einige zentrale Einsichten und Konzepte, die für ein weitergehendes Verständnis von Formen der Diskriminierung als soziales Phänomen von Bedeutung sind, können zunächst wie folgt knapp zusammengefasst werden:

Diskriminierende Einstellungen führen nicht zwangsläufig zu diskriminierenden Handlungen und sind zugleich auch keine

[†] Deshalb ist das einflussreiche Konzept der „gruppenbezogenen Menschenfeindlichkeit“ problematisch, denn es akzentuiert die gemeinsamen sozialpsychologischen Ursachen der unterschiedlichen Ausprägungen von Vorurteilsbereitschaft und tendiert in der Folge zu einer Vernachlässigung der Unterschiede sowie der spezifischen historischen und gesellschaftsstrukturellen Zusammenhänge.

[‡] Vgl. Elisabeth Holzleithner, Mehrfachdiskriminierung im europäischen Rechtsdiskurs, in: Ulrike Hormel/Albert Scherr (Hrsg.), Diskriminierung. Grundlagen und Forschungsergebnisse, Wiesbaden 2010, S. 95–113; Katharina Walgenbach, Intersektionalität – eine Einführung, 2012, <http://portal-intersektionalitaet.de/uploads/media/Walgenbach-Einfuehrung.pdf> (18.12.2015).

[§] Vgl. die Studien des Projekts „Gruppenbezogene Menschenfeindlichkeit“, z.B. Wilhelm Heitmeyer (Hrsg.), Deutsche Zustände. Folge 10, Frankfurt/M. 2012.

[¶] Seit der Verabschiedung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) 2006 besteht für Betroffene darüber hinaus die Möglichkeit, gegen erfahrene Diskriminierung im privatwirtschaftlichen Sektor durch Klagen vorzugehen – sofern sich diskriminierende Praktiken von Akteuren justiziabel nachweisen lassen.

notwendige Voraussetzung diskriminierender Handlungen.⁸ Denn diese können beispielsweise auch aus rationalen ökonomischen Kalkülen vorurteilsfreier Akteure resultieren.

Das Konzept der statistischen Diskriminierung⁹ bietet eine Erklärung für solche Formen von Diskriminierung, die auch dann entstehen, wenn jeweilige Entscheider auf dem Arbeitsmarkt oder auf dem Wohnungsmarkt für sich beanspruchen, keine Vorurteile zu haben und niemanden diskriminieren zu wollen. Argumentiert wird, dass Entscheidungen – etwa bei der Einstellung von Arbeitnehmern – immer auf einer unsicheren Informationsgrundlage bezüglich der Eigenschaften, Fähigkeiten und Potenziale individueller Bewerberinnen und Bewerber getroffen werden. Deshalb werden Annahmen über wahrscheinliche Unterschiede zwischen sozialen Gruppen, denen jeweilige Individuen zugerechnet werden, als Zusatzinformationen herangezogen, um den Entscheidungsprozess zu vereinfachen. „Hautfarbe oder Geschlecht werden als Schätzgröße für wichtige Daten, die nicht erhoben wurden, verwendet“,¹⁰ da der zeitliche Aufwand, der für die genaue Betrachtung des einzelnen Falles verwendet werden kann, begrenzt ist. In der Folge sind bereits mehr oder weniger plausible Annahmen über die wahrscheinlichen Eigenschaften kategorial unterschiedener Gruppen ein Einfallstor für Diskriminierung, nicht erst Vorurteile und eine darin begründete Ablehnung oder absichtsvolle Benachteiligung.

In der sozialpsychologischen Gruppenforschung ist aufgezeigt worden, dass Stereotype und Vorurteile in Gruppenkonflikten als eine Folge des Wettbewerbs um knappe Ressourcen entstehen.¹¹ Es handelt sich also nicht um individuelle Irrtümer, sondern um die Folgen eines sozialen Prozes-

ses. Diskriminierung als gesellschaftliches Phänomen kann jedoch nicht in direkter Analogie zu realen Gruppenkonflikten verstanden werden. Denn rassistische, ethnischierende, nationalistische oder geschlechtsbezogene Diskriminierung ist keine Folge realer und vorgängiger Gruppenkonflikte. Vielmehr sind es in gesellschaftlichen Diskursen und Ideologien verankerte Annahmen über vermeintliche Gemeinsamkeiten derjenigen, die einer rassistisch, ethnisch, national, religiös oder geschlechtsbezogen definierten Kategorie zugeordnet werden, in Verbindung mit der Zuschreibung kollektiver Merkmale, die „die Anderen“ von „uns“ unterscheiden, die erst die Vorstellung als plausibel erscheinen lassen, es handle sich um einen Konflikt zwischen Gruppen mit unterschiedlichen Eigenschaften, Normen, Werten oder Interessen. Gruppenkonstruktionen sind eine notwendige Bedingung, um diskriminierende Eigenschaftszuschreibungen und Praktiken gegenüber den Individuen plausibilisieren zu können, die infolge dieser Konstruktion als Gruppenangehörige wahrgenommen werden. Es bedarf also bestimmter Diskurse und Prozesse, durch die etwa Geschlechter, Ethnien oder „Rassen“ als vermeintlich homogene Kollektive konstruiert werden, damit die soziale Wirklichkeit als ein konflikthafte Verhältnis zwischen den so markierten Gruppen erfahren werden kann.

Als institutionelle Diskriminierung¹² werden solche Benachteiligungen bezeichnet, die nicht auf individuell zurechenbare Handlungen oder Überzeugungen zurückgeführt werden können. Als Ursache werden vielmehr Strukturen und Verfahrensweisen von Institutionen in den Blick gerückt, die auch dann diskriminierende Auswirkungen haben, wenn die handelnden Personen in der Institution weder stereotype Vorstellungen über Eigenschaften von Gruppen noch benachteiligende Absichten haben. In Schulen, Betrieben und Hochschulen kommt institutionelle Diskriminierung zum Beispiel dann zustande, wenn muttersprachliche Kenntnisse der deutschen Sprache als Normalfall vorausgesetzt werden und deshalb keine Vorkehrungen getroffen werden, die

⁸ Auf diese Diskrepanz weist bereits Robert K. Merton, *Discrimination and the American Creed*, in: Robert M. MacIver (Hrsg.), *Discrimination and National Welfare*, New York 1948, S. 99–126, hin.

⁹ Dazu grundlegend Edmund S. Phelps, *The Statistical Theory of Racism and Sexism*, in: *The American Economic Review*, 62 (1972) 4, S. 659–661.

¹⁰ Ebd., S. 659.

¹¹ Dazu klassisch Henri Tajfel, *Social Identity and Intergroup Relations*, Cambridge 1982.

¹² Vgl. Mechthild Gomolla, *Institutionelle Diskriminierung. Neue Zugänge zu einem alten Problem*, in: U. Hormel/A. Scherr (Anm. 5), S. 61–93.

Personen mit anderer Erstsprache darin unterstützen, ihre sprachlichen Fertigkeiten weiterzuentwickeln.

Organisationelle Diskriminierung¹³ resultiert aus den funktionalen Erfordernissen von Organisationen, beispielsweise von Industrie- und Dienstleistungsbetrieben. Das Primat der wirtschaftlichen Bewährung führt dazu, dass Ausbildungs- und Arbeitsstellen bevorzugt an solche Bewerberinnen und Bewerber vergeben werden, von denen angenommen wird, dass sie sich problemlos in die Betriebskultur einfügen sowie von der Belegschaft und von den Kunden akzeptiert werden. Dies führt zu einer Diskriminierung von Bewerberinnen und Bewerbern, denen – wie dies in zugespitzter Weise bei kopftuchtragenden Muslima der Fall ist – soziokulturelle Distanz zur Betriebskultur unterstellt wird und/oder bei denen angenommen wird, dass ihre Einstellung zu Konflikten im Betrieb oder zu Schwierigkeiten mit der Kundenschaft führen wird.

Gesellschaftsstrukturelle Diskriminierung liegt dann vor, wenn etablierte Strukturen in den gesellschaftlichen Teilsystemen (Recht, Politik, Bildung, Ökonomie) direkt oder indirekt zu gruppenbezogenen Benachteiligungen führen. Prominente Beispiele hierfür sind die Behinderung weiblicher Erwerbskarrieren durch die vorrangige Zuweisung von Haushalts-, Erziehungs- und Fürsorgeleistungen an Frauen, die Effekte des hierarchisch gegliederten und monolingualen Schulsystems auf die Bildungschancen migrantischer Schülerinnen und Schüler, die Benachteiligung von Ausländern aus Drittstaaten durch das Arbeitsrecht sowie die Unterscheidung nach Staatsangehörigkeiten bei der Vergabe von Visa und Aufenthaltsberechtigungen.

Mit dem Konzept *past-in-present-discrimination*¹⁴ wird auf die gegenwärtigen

¹³ Vgl. Christian Imdorf, Ausländerdiskriminierung bei der betrieblichen Ausbildungsplatzvergabe, in: Albert Scherr (Hrsg.), Diskriminierung migrantischer Jugendlicher in der beruflichen Bildung, Weinheim 2015, S. 34–53; Albert Scherr/Caroline Janz/Stefan Müller, Diskriminierung in der beruflichen Bildung, Wiesbaden 2015.

¹⁴ Vgl. Joe Feagin/Clairece Boher Feagin, *Discrimination American Style. Institutional Racism and Sexism*, Malabar 1986.

Auswirkungen vergangener Diskriminierung hingewiesen. So kann etwa die gegenwärtige Situation der *black underclass* in den USA ebenso wenig ohne die direkten und indirekten Auswirkungen von Sklaverei und Rassentrennung verstanden werden wie die Situation der deutschen Sinti ohne ein Wissen um ihre Verfolgung im NS-Regime sowie ihre fortgesetzte offene Diskriminierung in Westdeutschland bis zu ihrer verspäteten Anerkennung als Opfer des NS-Regimes und als nationale Minderheit.

Was gilt als Diskriminierung?

Für demokratisch verfasste und der Idee der Menschenrechte verpflichtete moderne Gesellschaften ist der Anspruch leitend, dass alle Individuen über gleiche Rechte und gleiche Chancen verfügen sollen. Alle Menschen sind gleich und frei geboren, niemand soll aufgrund seiner sozialen Herkunft oder seiner Religion benachteiligt werden, so lässt sich das gemeinsame Credo bereits der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung (1776) und der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte (1789) zusammenfassen.

Im Rückblick auf die Geschichte der modernen Gesellschaften wird jedoch auch deutlich, dass die Forderung nach Anerkennung der gleichen Rechte und Freiheiten von Anfang an faktisch keineswegs auf alle Menschen bezogen, sondern mit substantziellen Einschränkungen verbunden war: Dass Frauen keineswegs gleichermaßen vernunftbegabte Menschen seien, die zur Selbstbestimmung in Freiheit fähig sind, war noch bis Mitte des 20. Jahrhunderts eine einflussreiche Annahme. Thomas Jefferson war zentraler Autor der „Declaration of Independence“ und zugleich praktizierender Sklavenhalter. Dies war möglich, weil Afroamerikaner zu seiner Zeit nicht als gleichwertige Menschen galten und ihre Ungleichbehandlung als Sklaven als gerechtfertigt betrachtet wurde. Die Philosophin Susan Buck-Morrs argumentiert, dass in dieser Gleichzeitigkeit auch eine systematische Blindstelle der europäischen Aufklärung deutlich wird: „Die Ausbeutung von Millionen von Sklavenarbeitern in den Kolonien wurde von denselben Philosophen, die die Meinung verkündeten, Freiheit sei der Na-

turzustand des Menschen und sein unveräußerliches Recht, als Lauf der bestehenden Welt akzeptiert.“¹⁵

Darin zeigt sich exemplarisch: Wann Ungleichbehandlung als diskriminierend oder als gerechtfertigt gilt, hängt entscheidend von historisch veränderlichen Annahmen darüber ab, wer im vollen Wortsinn als ein (Mit-)Mensch gilt, der einen Anspruch auf Anerkennung als Individuum mit gleichen Rechten und gleichen Freiheiten haben soll.¹⁶

Deshalb ist der Wortlaut der Formulierung des Diskriminierungsverbots im Artikel 2 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948 nach wie vor von hoher Aktualität. Dort heißt es: „Jeder hat Anspruch auf die in dieser Erklärung verkündeten Rechte und Freiheiten, ohne irgendeinen Unterschied, etwa nach Rasse, Hautfarbe, Geschlecht, Sprache, Religion, politischer oder sonstiger Anschauung, nationaler oder sozialer Herkunft, Vermögen, Geburt oder sonstigem Stand.“ Anders als im deutschen Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) wird hier keine abschließende Festlegung auf bestimmte Kriterien vorgenommen, die zu inakzeptablen Benachteiligungen führen können;¹⁷ vielmehr erfolgt dort eine offene („etwa nach“) Aufzählung von Unterscheidungen, die mit Diskriminierung einhergehen können.

Diese Offenheit hinsichtlich der Ausprägungen von Diskriminierung ist bedeutsam, weil auch gegenwärtig nicht davon ausgegangen werden kann, dass das inzwischen erreichte Verständnis inakzeptabler Ausprägungen von Benachteiligungen ausreichend ist. Aus der historischen Erfahrung ist vielmehr zu lernen, dass es sich bei der Entwicklung des Diskriminierungsverständnisses um einen prinzipiell unabschließbaren Lernprozess handelt: Wiederkehrend haben sich Benachteiligungen erst im Rückblick als ungerechtfertigt erwie-

sen, die sich für die historischen Zeitgenossen als unproblematisch und unvermeidbar darstellten.¹⁸

Angesichts der gegenwärtigen Flüchtlingskrise stellt sich vor diesem Hintergrund die zweifellos kontroverse Frage, ob die weitgehend akzeptierte Verweigerung von Einwanderungs- und Aufenthaltsrechten für sogenannte Armuts- und Wirtschaftsflüchtlinge eine rechtfertigbare Notwendigkeit oder aber eine Form von Diskriminierung darstellt, deren Überwindung eine zentrale Herausforderung für das 21. Jahrhundert ist.¹⁹ Auch im Hinblick auf andere Formen ist anhaltend umstritten, was als Diskriminierung und was als gesellschaftlich zulässige Ungleichbehandlung gelten soll: Dies betrifft die Kontroversen um die rechtliche Gleichstellung homosexueller Paare mit heterosexuellen Familien, das Recht der Kirchen, Arbeitsverhältnisse an eine christlichen Werten entsprechende Lebensführung zu binden, oder das Recht von Muslima, im öffentlichen Dienst das Kopftuch zu tragen. Zu Kontroversen führt auch die Ungleichbehandlung von Staatsbürgerinnen und -bürgern und Ausländerinnen und Ausländern. Denn die Diskriminierung von Nicht-Staatsangehörigen ist ein rechtlich verankertes Grundprinzip moderner Staatlichkeit, das jedoch ersichtlich in einem substanziellen Spannungsverhältnis zu den Menschenrechten von Nicht-Staatsbürgerinnen und -bürgern steht.

Individualismus, soziale Ungleichheiten und Diskriminierung

Das Diskriminierungsverbot stellt ein grundlegendes Menschenrechtsprinzip dar, denn nur durch das Verbot jedweder Einschränkung ihres Geltungsbereichs kann der universalistische Anspruch der Menschen-

¹⁵ Susan Buck-Morrs, Hegel und Haiti, in: Haus der Kulturen der Welt (Hrsg.), *Der Black Atlantic*, Berlin 2004, S. 69–98, hier: S. 69.

¹⁶ Vgl. Richard Rorty, *Wahrheit und Fortschritt*, Frankfurt/M. 2003, S. 255 ff.

¹⁷ In § 1 AGG genannt werden „Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität“.

¹⁸ Von zentraler Bedeutung für solche Lernprozesse waren – so im Fall der ersten und zweiten Frauenbewegung und der afroamerikanischen Bürgerrechtsbewegung – die sozialen Emanzipationsbewegungen derjenigen, die ihren Anspruch auf gleiche Rechte eingefordert haben.

¹⁹ Vgl. Thomas Pogge, *Weltarmut und Menschenrechte. Kosmopolitische Verantwortung und Reformen*, Berlin–New York 2011; Albert Scherr, Wer soll deportiert werden?, in: *Soziale Probleme*, 26 (2015) 2, S. 151–170.

rechte auf die Gewährleistung „gleichberechtigter Freiheit“²⁰ erfüllt werden. Folglich kann die Etablierung einer dezidierten Menschenrechtspolitik als zwingende Konsequenz aus einer Entwicklung verstanden werden, die nach dem Zweiten Weltkrieg im Völkerrecht, auf nationalstaatlicher Ebene und in der EU dazu geführt hat, dass der Bezug auf die Menschenrechte als Wertegrundlage an Bedeutung gewonnen und zu einer Verankerung der Menschenrechte im positiven Recht geführt hat.²¹

Gleichwohl begründen soziologische Analysen und sozialhistorische Studien Skepsis gegenüber der Erwartung, dass moderne Gesellschaften zu einer umfassenden Überwindung von Diskriminierung in der Lage sind. Denn in ihre Strukturen ist ein paradoxes Verhältnis eingelassen. Sie ermöglichen eine normative Ablehnung von Diskriminierung, ohne jedoch auf Diskriminierung verzichten zu können:

Moderne Gesellschaften sind individualistische Gesellschaften, in denen allein die individuellen Fähigkeiten und Leistungen über den sozialen Status entscheiden sollen. Auch moderne Gesellschaften stehen jedoch, wie historisch ältere, vor dem Problem, Individuen in den unterschiedlichen gesellschaftlichen Teilbereichen auf Positionen zu verteilen, die durch Privilegien oder Benachteiligungen gekennzeichnet sind.²² Sie können dieses Problem nicht mehr dadurch lösen, dass sie auf gottgewollte oder naturgegebene Vorrechte – etwa auf Standesprivilegien – verweisen. Als angemessen und gerechtfertigt gilt die Positionszuweisung in den gesellschaftlichen Ungleichheitsverhält-

nissen deshalb nur dann, wenn sie durch jeweils bedeutsame individuelle Unterschiede erklärt werden kann, wie das intellektuelle Leistungsvermögen, die sprachliche Ausdrucksfähigkeit, die erworbenen fachlichen Kenntnisse und Kompetenzen. Trotz erheblicher Zweifel daran, dass die Idee der Chancengleichheit tatsächlich realitätsgerecht ist, handelt es sich um einen notwendigen Glauben an das meritokratische Prinzip der Leistungsgerechtigkeit, eine unverzichtbare „Illusio“.²³ Genau aus diesem Grund werden auf kollektive Merkmale bezogene Ungleichbehandlungen und Benachteiligungen als Diskriminierung bezeichnet und zum Problem erklärt: Sie stehen in einem fundamentalen Widerspruch zum leistungsindividualistischen Selbstverständnis der modernen Gesellschaft.

Aus dem gleichen Grund aber sind Formen der Diskriminierung geradezu unverzichtbar. Denn es ist immer wieder nachgewiesen worden, dass der Verweis auf individuelle Unterschiede keine zureichende und letztlich überzeugende Antwort auf die Frage geben kann, wie Positionen in den Strukturen sozialer Ungleichheiten zugewiesen werden sollen. Bereits der Soziologe Alfred Schütz argumentiert, dass es in jeder Gesellschaft immer mehr Menschen gibt, die in der Lage wären, privilegierte Positionen auszuüben, als privilegierte Positionen verfügbar sind.²⁴

Zudem kann argumentiert werden, dass das Ausmaß der sozialen Ungleichheiten und das Ausmaß der individuell zurechenbaren Unterschiede sich realiter keineswegs entsprechen. So lässt sich mit guten Gründen bezweifeln, dass das im Vergleich zu einem einfachen Arbeiter 20-mal höhere Einkommen eines Managers tatsächlich einer 20-mal höheren Leistung entspricht.²⁵

²⁰ Heiner Bielefeld, Das Diskriminierungsverbot als Menschenrechtsprinzip, in: U. Hormel/A. Scherr (Anm. 5), S. 21–34, hier: S. 23.

²¹ Vgl. zur Sozialgeschichte der Menschenrechte Alastair Davidson, *The Immutable Laws of Man-kind*, Dordrecht u.a. 2012; für eine rechts- und staatstheoretische Analyse Hans-Jörg Sandkühler, *Recht und Staat nach menschlichem Maßstab*, Weilerswist 2013.

²² Im Bildungssystem werden bessere und schlechtere Zeugnisse sowie höherwertige und niedrige Abschlusszertifikate zugeteilt, auf dem Arbeitsmarkt berufliche Positionen mit höherem und geringerem Einkommen, in Parteien haben Spitzenpolitiker mehr Einfluss und höheres Ansehen als gewöhnliche Parteimitglieder usw.; es handelt sich also um eine komplexe Gemengelage von Ungleichheiten.

²³ Vgl. Pierre Bourdieu/Jean-Claude Passeron, *Die Illusion der Chancengleichheit*, Stuttgart 1971; Heike Solga, Meritokratie – die moderne Legitimation ungleicher Bildungschancen, in: dies./Justin Powell/Peter A. Berger (Hrsg.), *Soziale Ungleichheit*, Frankfurt/M.–New York 2009, S. 63–72.

²⁴ Vgl. Alfred Schütz, Gleichheit und die Sinnstruktur der Sozialen Welt, in: Alfred Schütz *Werkausgabe*, Band IV.2, Konstanz 2011, S. 171–250.

²⁵ Vgl. Richard Rorty, *Looking Backwards from the Year 2096*, in: ders., *Philosophy and Social Hope*, London 1999, S. 243–251.

Gravierende soziale Ungleichheiten können deshalb auf lange Sicht nur aufrechterhalten werden, so der Sozialwissenschaftler Charles Tilly, wenn Vorstellungen über eine Hierarchie der Fähigkeiten und Berechtigung sozialer Gruppen eine Rechtfertigung dafür bereitstellen, dass die Angehörigen der „besseren“ sozialen Gruppen auch die bevorzugten sozialen Positionen einnehmen.¹²⁶

Pointiert formuliert: Das Diskriminierungsverbot ist zwar eine zwingende Entsprechung des meritokratischen Prinzips. Diskriminierung ist gleichwohl in dem Ausmaß gesellschaftlich nicht verzichtbar, wie Positionszuweisungen unter Bedingungen gravierender sozialer Ungleichheiten begründet werden müssen, aber nicht zureichend mit dem Prinzip der Leistungsgerechtigkeit gerechtfertigt werden können.¹²⁷

Der Zusammenhang von sozioökonomischen Ungleichheiten und Diskriminierung zeigt sich auch darin, dass beide Dimensionen oft empirisch auf eine Weise ineinander verschränkt sind, in deren Folge schwer zu unterscheiden ist, was in der Lebenswirklichkeit Betroffener Folge von Diskriminierung und was Folge von Einkommens- oder Bildungsarmut ist. Typisch sind, das zeigen Studien zur Situation in benachteiligten Wohngebieten, etwa zur Jugendarbeitslosigkeit in den französischen Banlieues, oder Analysen diskriminierter Minderheiten wie der Roma in Ost- und Südeuropa, sich wechselseitig verstärkende Überlagerungen von Armut und Diskriminierung. Aus diesen Überlegungen lassen sich vier Folgerungen ableiten:

Erstens ist unter Bedingungen gravierender sozialer Ungleichheiten eher eine Verschiebung der Unterscheidungen erwartbar, mit denen diskriminiert wird, als ein völliges Verschwinden diskriminierender Unterscheidungen. Eine solche Verschiebung zeigt sich beispielsweise darin, dass der alte biolo-

gische Rassismus zunehmend delegitimiert worden ist und an gesellschaftlicher Bedeutung verloren hat, während zugleich Formen der Ethnisierung und des kulturellen Rassismus zunehmend zur Erklärung und Rechtfertigung der anhaltenden Benachteiligung migrantischer Minderheiten herangezogen werden.

Zweitens ist die etablierte Aufspaltung in eine Gesellschaftspolitik, die auf den Abbau sozialer Ungleichheiten und die Herstellung sozialer Gerechtigkeit zielt, einerseits und eine Antidiskriminierungspolitik andererseits problematisch, da sozioökonomische Ungleichheiten und diskriminierende Positionierungen sich wechselseitig bedingen. Antidiskriminierungspolitik kann also eine auf soziale Gerechtigkeit zielende Arbeitsmarkt-, Bildungs-, Wirtschafts- und Sozialpolitik nicht ersetzen.¹²⁸

Drittens gilt der Zusammenhang zwischen sozialer Ungerechtigkeit und Diskriminierung auch für die internationalen Beziehungen in der Weltgesellschaft: Zunehmend erweist sich die Diskriminierung von Armutsmigranten als ein unverzichtbares Mittel zur Stabilisierung der globalen (Ungleichheits-)Ordnung. Eine wirksame Bekämpfung der Fluchtursachen, mit der solche Diskriminierung verzichtbar würde, ist aber nicht möglich, ohne die weltgesellschaftlichen Ungleichheiten zu verringern.

Viertens kann Diskriminierung als gesellschaftliches Phänomen nicht zureichend durch eine – zweifellos unverzichtbare – Gesetzgebung überwunden werden, die an individuellen Benachteiligungen ansetzt und individuelle Rechte etabliert. Problematisch an einer Fokussierung auf das Antidiskriminierungsrecht als zentrales Mittel der Antidiskriminierungspolitik ist so betrachtet nicht nur, dass es schwierig ist, das Vorliegen von

¹²⁶ Vgl. Charles Tilly, *Durable Inequality*, Berkeley 1999.

¹²⁷ Vgl. Albert Scherr, *Diskriminierung. Die Verwendung von Differenzen zur Herstellung und Verfestigung von Ungleichheiten*, 2012, http://portal-intersektionalitaet.de/uploads/media/Albert_Scherr_Diskriminierung_Intersektionalitaet_C3%A4t.pdf (18.12.2015).

¹²⁸ Auch ein Blick auf die neuere Sozialgeschichte zeigt: Die Erfolge der Antidiskriminierungsbewegungen und der Antidiskriminierungspolitik seit den 1960er Jahren sind nicht mit einem Abbau sozialer Ungleichheiten einhergegangen. Insbesondere für die USA lässt sich feststellen: Die Fortschritte im Hinblick auf die Gleichberechtigung von Frauen und die Anerkennung der Rechte von Homosexuellen vollziehen sich zeitgleich zu einem Abbau sozialstaatlicher Leistungen und einer Zunahme sozioökonomischer Ungleichheiten.

Diskriminierungen gerichtsfest nachzuweisen, sondern vor allem, dass individuelle Beschwerden und Klagen nicht an den gesellschaftlichen Ursachen von Diskriminierung rühren.¹²⁹

Antidiskriminierung als gesellschaftspolitische Programmatik

Zentrales Element aller Strategien gegen Diskriminierung ist die Forderung, Gleichbehandlung konsequent durchzusetzen. Dazu werden in der einschlägigen Forschung¹³⁰ Maßnahmen eingefordert, die auf drei Ebenen ansetzen:

Erstens gilt es als unverzichtbar, nicht nur wirksame rechtliche Sanktionen gegen Diskriminierung zu verankern, sondern auch ein gesellschaftliches Problembewusstsein zu stärken – etwa dadurch, die Thematik in der Ausbildung von Lehrerinnen und Lehrern, Ausbilderinnen und Ausbildern, Juristinnen und Juristen und weiterer Berufsgruppen, im schulischen Unterricht und der außerschulischen Jugend- und Erwachsenenbildung sowie durch politische Kampagnen zu verankern. Denn die faktische Durchsetzbarkeit von rechtlichen Vorgaben hat zur Bedingung, dass sie gesellschaftlich als legitime und sinnvolle Vorschriften betrachtet werden.

Zweitens wird die verbindliche und überprüfbare Verankerung von Antidiskriminierungskonzepten in Organisationen eingefordert, etwa durch Trainings- und Qualifizierungsmaßnahmen für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die Einrichtung von Beschwerdestellen, anonymisierte Verfahren der Bewerberauswahl, Formen des Monitoring von Gleichstellungsmaßnahmen sowie die Implementierung von Diversity-Konzepten.

Drittens gilt das Empowerment der Betroffenen als ein weiteres wichtiges Element, so durch ihre Aufklärung über die rechtlichen

Möglichkeiten und ihre Unterstützung durch qualifizierte Beratungsstellen.

Anhaltend kontrovers diskutiert werden international *Affirmative-action*-Programme, die auf positive Maßnahmen zur Verbesserung der Position diskriminierter Gruppen zielen. Strittig ist dabei nicht allein die Wirksamkeit dieser Maßnahmen, sondern auch die Begründbarkeit der Auswahlkriterien und die Folgen der Festschreibung von Gruppen, die als besonders förderungswürdig betrachtet werden.¹³¹ Dies betrifft nicht zuletzt die Frage, ob beziehungsweise wie der Verschränkung der sozialen Klassenlage mit diskriminierenden Unterscheidungen angemessen Rechnung getragen werden kann.¹³²

Zusammenfassend kann festgestellt werden: Die rechtliche Verankerung des Diskriminierungsverbots im AGG, die Schaffung von Institutionen wie der Antidiskriminierungsstelle des Bundes und die Einrichtung von Beschwerdestellen auf lokaler Ebene, öffentliche Kampagnen, die auf Sensibilisierung und Empowerment zielen, sowie die Ansätze einer Antidiskriminierungspädagogik in der außerschulischen und schulischen Bildung stellen zweifellos wichtige Schritte dar, um Diskriminierung zu überwinden. Gleichwohl: Um das Diskriminierungsverbot umfassend zu realisieren, braucht es mehr als solche Maßnahmen. Erforderlich ist eine Gesellschaftspolitik, die die Gewährleistung gleicher Rechte und Freiheiten jedes Individuums und die gesellschaftsstrukturelle Gewährleistung sozialer Gerechtigkeit als zwei Seiten einer Medaille begreift. Die Frage nach den Bedingungen sozialer Gerechtigkeit lässt sich nicht zureichend in der Sprache der individuellen Rechte beantworten.

¹³¹ Vgl. Shannon Harper/Barbara Reskin, *Affirmative Action at School and on the Job*, in: *Annual Review of Sociology*, 31 (2005), S. 357–379.

¹³² Am Fall US-amerikanischer Hochschulen diskutiert dies Richard D. Kahlenberg, *A Better Affirmative Action*, New York 2012, in instruktiver Weise. Seine zentrale These lautet: „Basing preferences on class rather than race is not only better for the nation as a whole. It's better for disadvantaged minorities themselves.“ Ders., *End Race-Based Affirmative Action? Yes.*, in: *Daily News* vom 3. 12. 2013.

¹²⁹ Zur Reichweite des AGG siehe Vera Egenberger, *Diskriminierungsschutz weiterentwickeln. Argumente für eine Novellierung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes*, WISO Diskurs 6/2015.

¹³⁰ Vgl. für den Bereich der beruflichen Bildung und des Arbeitsmarktes zusammenfassend A. Scherr/C. Janz/S. Müller (Anm. 13), S. 183 ff.

Ulrike Lembke

Europäisches Antidiskriminierungsrecht in Deutschland

Vor zehn Jahren, im August 2006, trat das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) in Kraft. Es verbietet Diskriminierungen aufgrund der

Ulrike Lembke
Dr. iur.; wissenschaftliche
Mitarbeiterin am Lehrstuhl für
Öffentliches Recht, Europa- und
Völkerrecht, Rechts- und Staats-
wissenschaftliche Fakultät,
Ernst-Moritz-Arndt-Universität
Greifswald, Domstraße 20,
17489 Greifswald.
ulrike.lembke@
uni-greifswald.de

ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität sowie rassistische Diskriminierungen. Das AGG ist das zentrale Regelwerk zur Umsetzung der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien in Deutschland. Mit seinem Erlass waren Befürchtungen bezüglich gewachsener nationaler Rechtsstrukturen ebenso verbunden wie große Hoffnungen auf effektive Gleichheit und gesellschaftliche Teilhabe. Antidiskriminierungsrecht ist in Deutschland mittlerweile etabliert; den europäischen Standard erreicht es aber nicht.

Von der Entgeltgleichheit zum Diskriminierungsverbot

Als eine der ersten europäischen Antidiskriminierungsregelungen wurde 1957 der Grundsatz „gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ für Frauen und Männer in Artikel 119 des Vertrags über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (heute Artikel 157 Vertrag über die Europäische Union) aufgenommen. Hintergrund war allerdings nicht, dass man sich um die Gleichberechtigung der Geschlechter verdient machen wollte. Frankreich setzte das Gebot der Entgeltgleichheit durch, weil es aufgrund einer entsprechenden nationalen Regelung Wettbewerbsnachteile gegenüber anderen europäischen Staaten befürchtete.¹ Das europäische Antidiskriminierungsrecht entwickelte sich zunächst in Bezug auf die Gleichstellung der Geschlechter in der Ar-

beitswelt: 1975 durch die Richtlinie 75/117/EWG zur Entgeltgleichheit und 1976 durch die Richtlinie 76/207/EWG² zum Verbot der Geschlechtsdiskriminierung in Beschäftigung und Beruf; beide 2006 zusammengefasst zur Gleichstellungsrichtlinie 2006/54/EG.

Durch die Richtlinie 2004/113/EG wurde das Verbot der Geschlechtsdiskriminierung auf den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen ausgedehnt, durch Richtlinie 2010/41/EU auf selbstständige Erwerbstätigkeit. Oft nicht als Antidiskriminierungsrecht eingeordnet, aber wesentlich für die Förderung der Gleichberechtigung der Geschlechter in der Arbeitswelt sind die Richtlinie 2010/18/EU zur Elternzeit und die Mutterschutzrichtlinie 92/85/EWG, deren seit 2008 angestrebte Reform 2015 endgültig scheiterte.

Mit Artikel 13 des Vertrags von Amsterdam (heute Artikel 10 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union) wurde 1999 ein allgemeines Diskriminierungsverbot in Bezug auf Geschlecht, rassistische Zuschreibungen, ethnische Herkunft, Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Orientierung statuiert. Der Beginn eines europäischen Rechtsrucks durch die Regierungsbeteiligung der Freiheitlichen Partei Österreichs (FPÖ) beschleunigte die Verabschiedung weiterer Regelungen.³ Die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie 2000/78/EG schützt vor Diskriminierung aufgrund von Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter oder sexueller Orientierung in Beschäftigung und Beruf. Die Antirassismusrichtlinie 2000/43/EG verbietet rassistische Diskriminierungen in Beschäftigung und Beruf, sozialer Sicherung und Bildung sowie in Bezug auf Güter und Dienstleistungen.

Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz

Europäische Richtlinien gelten nicht unmittelbar in den Mitgliedstaaten, sondern müssen

¹ Vgl. Doris Liebscher, *Erweiterte Horizonte: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz und europäische Antidiskriminierungsrichtlinien*, in: Lena Foljanty/Ulrike Lembke (Hrsg.), *Feministische Rechtswissenschaft. Ein Studienbuch*, Baden-Baden 2012, S. 109–132, hier: S. 113.
² Geändert durch Richtlinie 2002/73/EG.

³ Siehe Dagmar Schiek, *Einleitung*, in: dies. (Hrsg.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Ein Kommentar aus europäischer Perspektive*, München 2007, Rn. 35.

innerhalb festgelegter Fristen in nationales Recht umgesetzt werden. Verzögert der Staat die Umsetzung, können sich Bürger*innen¹⁴ unmittelbar auf hinreichend konkrete Rechte aus der Richtlinie berufen, allerdings nur gegenüber dem Staat und nicht gegenüber anderen Privaten.¹⁵ Die Besonderheit der europäischen Diskriminierungsverbote im Vergleich zu den Diskriminierungsverboten im Grundgesetz ist aber gerade, dass sie zwischen Privaten gelten. Eine direkte Berufung auf Antidiskriminierungsrichtlinien kommt daher nicht in Betracht, denkbar ist jedoch ein Schadensersatzanspruch gegen den Staat wegen Nichtumsetzung. Außerdem kann die Europäische Kommission in solchen Fällen vor dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik einleiten.

Erste Entwürfe für ein deutsches Antidiskriminierungsgesetz gab es bereits in den 1990er Jahren von PDS, Bündnis 90/Die Grünen und SPD.¹⁶ Ein Entwurf des Bundesjustizministeriums zur Umsetzung der Antirassismusrichtlinie im Jahr 2000 verlief im Sande. Nach Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen Deutschland im Sommer 2004 wurde sehr schnell ein Gesetzentwurf zur einheitlichen Umsetzung der damals vier Antidiskriminierungsrichtlinien (2000/43/EG, 2000/78/EG, 2002/73/EG, 2004/113/EG) präsentiert. Geäußerte Sorgen um den Bestand der deutschen Wirtschaft und des deutschen Zivilrechts waren erheblich, wurden aber nach einem einschlägigen Urteil des Europäischen Gerichtshofs von der Angst vor einer unmittelbaren Anwendbarkeit europäischen Antidiskriminierungsrechts übertroffen.¹⁷ Die Bundestagswahl 2005 unterbrach die nach Eröffnung des europäischen Zwangsgeldverfahrens beschleunigte Gesetzgebung, und das

AGG wurde erst im Sommer 2006 und mit erheblichen Abschwächungen des ursprünglich intendierten Schutzes beschlossen.¹⁸

Die Bundesregierung betrachtet das AGG als abschließende Umsetzung europäischen Antidiskriminierungsrechts und sieht auch nach Erlass weiterer Richtlinien keinen Änderungsbedarf. Ebenso wurden die im Gesetzgebungsverfahren herbeigeführten Umsetzungsdefizite nie korrigiert. Wichtige Konzepte des europäischen Antidiskriminierungsrechts werden durch erhebliche europarechtswidrige Lücken im AGG konterkariert.

Was ist Diskriminierung?

Alle Antidiskriminierungsrichtlinien enthalten jeweils in Artikel 3 die gleichen Definitionen verbotener Diskriminierung: unmittelbare und mittelbare Diskriminierung, Anweisung zur Diskriminierung sowie (sexuelle) Belästigung. Diese Definitionen sind in Paragraph 3 AGG fast wortgleich übernommen. Zwar ist der Begriff „Diskriminierung“ im AGG durchgängig durch „Benachteiligung“ ersetzt, das Schutzniveau wird dadurch aber ausdrücklich nicht abgesenkt.

Eine unmittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn eine Person direkt wegen eines der genannten Merkmale benachteiligt wird. Der Katalog der Merkmale ist nicht zufällig gewählt – auch wenn sich durchaus darüber streiten lässt, ob er hinreichend ist¹⁹ –, sondern beruht auf langjährigen Erfahrungen struktureller gesellschaftlicher Benachteiligung. Ethnische Herkunft, Geschlecht, Religion, Behinderung, Alter und sexuelle Orientierung sind Kategorien, denen Menschen grundsätzlich zugeordnet und anhand derer gesellschaftliche Ressourcen (Anerkennung, Chancen, Teilhabe, materielle Güter) verteilt werden.²⁰ Unmit-

¹⁴ Die Schreibweise mit * lässt Raum für Geschlechtsidentitäten jenseits der Zweigeschlechtlichkeit.

¹⁵ In der Entscheidung des EuGH vom 5.2.1963, Rs. 26/62 (van Gend & Loos) wurden erstmals individuelle Rechte aus dem Europarecht anerkannt; zur Anwendbarkeit von Richtlinien siehe EuGH vom 5.4.1979, Rs. 148/78 (Ratti), EuGH vom 14.7.1997, Rs. C-91/92 (Faccini Dori), ständige Rechtsprechung.

¹⁶ Zur Gesetzgebungsgeschichte ausführlich D. Schiek (Anm. 3), Rn. 2 ff.

¹⁷ Der EuGH vom 22.11.2005, Rs. C-144/04 (Man-gold) entschied, dass Diskriminierungsverbote als allgemeine Rechtsgrundsätze betrachtet werden können, die im Unterschied zu Richtlinien unmittelbar in allen Mitgliedstaaten gelten.

¹⁸ Unter anderem abgeschwächte Sanktionen, stark verkürzte Fristen, verminderte Entschädigung, Streichung des Verbandsklagerechts, stark reduzierter Anwendungsbereich (Kündigung, Wohnraum, Bildung etc.).

¹⁹ So spielt soziale Herkunft bspw. im deutschen Bildungssystem eine wesentliche Rolle. Vgl. Jutta Allmendinger/Rita Nikolai, Bildung und Herkunft, in: APuZ, (2006) 44–45, S. 32–38; Rolf Becker/Wolfgang Lauterbach (Hrsg.), Bildung als Privileg, Wiesbaden 2010⁴.

²⁰ Statt vieler: Cornelia Klinger/Gudrun-Axeli Knapp (Hrsg.), Überkreuzungen. Fremdheit, Ungleichheit, Differenz, Münster 2008; Sandra Smykalla/Dagmar

telbare Diskriminierung kann nur in sehr engen Ausnahmefällen gerechtfertigt werden. Sie liegt auch vor, wenn das Merkmal, etwa Behinderung, bei der Benachteiligung nur vermutet wird.

Eine mittelbare Diskriminierung ist gegeben, wenn scheinbar neutrale Vorschriften oder Kriterien faktisch zur Benachteiligung wegen eines der Merkmale führen. Die europäische und deutsche Rechtsprechung beschäftigte sich zunächst mit der Benachteiligung von Teilzeitbeschäftigten, die eine mittelbare Diskriminierung von Frauen darstellt. Andere Beispiele sind das Erfordernis deutscher Muttersprache oder einer bestimmten Körpergröße oder Beschäftigungsdauer, die Benachteiligung von Lebenspartnerschaften oder bei längerer Arbeitsunfähigkeit.¹¹ Mittelbare Diskriminierung kann sachlich gerechtfertigt werden, wenn sie verhältnismäßig ist. Eine Benachteiligung wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft gilt als unmittelbare Geschlechtsdiskriminierung.

Es besteht ein Verbot der Anweisung zur Diskriminierung, das Vorgesetzte in die Pflicht nimmt und es Beschäftigten erlaubt, sich ohne arbeitsrechtliche Konsequenzen einer solchen Anweisung zu widersetzen. Verbotene Belästigung liegt vor, wenn ein feindseliges Umfeld in Bezug auf eines oder mehrere der geschützten Merkmale geschaffen wird, beispielsweise durch ständige rassistische Bemerkungen, die „witzig“ gemeint sein sollen. Eine spezifische Geschlechtsdiskriminierung stellt die sexuelle Belästigung durch unerwünschtes Verhalten sexueller Natur dar.¹² Mehrere Diskriminierungskategorien und -formen können auch miteinander verschränkt auftreten, dann

liegt eine mehrdimensionale oder intersektionale Diskriminierung vor.¹³ Beispiele sind Kopftuchverbote gegen muslimische Frauen oder der Ausschluss junger „arabischer“ Männer aus Clubs, Diskotheken oder Schwimmbädern.¹⁴ Paragraph 4 AGG bestimmt, dass in solchen Fällen in Bezug auf jedes betroffene Merkmal eine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung vorliegen muss.

Positive Maßnahmen wie Quotenregelungen sind keine Diskriminierung. Die Antidiskriminierungsrichtlinien (und Paragraph 5 AGG) erklären diese Instrumente, die gewachsene Ungleichheiten beseitigen und tatsächliche Gleichstellung erreichen sollen, ausdrücklich für zulässig. Die in Deutschland umstrittenen sogenannten Frauenquoten, die bei gleicher Qualifikation eine Entscheidung für die weibliche Kandidatin ermöglichen, sind entgegen anderslautender Behauptungen weder europarechts- noch verfassungswidrig. Allerdings sind sie weitgehend wirkungslos – seit Jahren schon gibt es bei Einstellungsverfahren einfach keine „gleiche Qualifikation“ mehr.¹⁵

Nach anderthalb Jahrzehnten wirkungsloser Selbstverpflichtungen gilt seit 1. Januar 2016 eine Mindestgeschlechterquote von 30 Prozent für Aufsichtsräte in Deutschland. Allerdings sind die Sanktionen moderat, nur 100 Unternehmen betroffen, und für Vorstände und Leitungsebenen sollen wieder Selbstverpflichtungen genügen.¹⁶ Eine weitergehende europäische Regelung hat Deutschland verhindert. Angesichts der Erfahrungen mit der Geschlechterquote besteht Zurückhaltung, auch in Bezug auf andere Merkmale, beispielsweise Migrationshintergrund, positive Maßnahmen zu ergreifen.

Vinz (Hrsg.), *Intersektionalität zwischen Gender und Diversity. Theorien, Methoden und Politiken der Chancengleichheit*, Münster 2011; Gabriele Winker/Nina Degele, *Intersektionalität. Zur Analyse sozialer Ungleichheiten*, Bielefeld 2009.

¹¹ Dazu Ute Sacksofsky, *Mittelbare Diskriminierung und das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz*, Berlin 2010.

¹² Grundlegend Susanne Baer, *Würde oder Gleichheit? Zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption von Recht gegen Diskriminierung am Beispiel sexueller Belästigung am Arbeitsplatz in der Bundesrepublik Deutschland und den USA*, Baden-Baden 1995; Ulrike Lembke, *Sexuelle Belästigung: Recht und Rechtsprechung*, in: APuZ, (2014) 8, S. 35–40; dies., *Sexuelle Belästigung im öffentlichen Raum. Rechtslage und Reformbedarf*, in: Kritische Justiz, (2016) 1, S. 2–12.

¹³ Vgl. Susanne Baer/Melanie Bittner/Anna Lena Götsche, *Mehrdimensionale Diskriminierung – Begriffe, Theorien und juristische Analyse*, Berlin 2010; Jutta Jacob/Swantje Köbsell/Eske Wollrad (Hrsg.), *Gendering Disability. Intersektionale Aspekte von Behinderung und Geschlecht*, Bielefeld 2010.

¹⁴ Siehe hierzu den Beitrag von Doris Liebscher in dieser Ausgabe.

¹⁵ Vgl. Hans-Jürgen Papier/Martin Heidebach, *Rechtsgutachten zur Frage der Zulässigkeit von Zielquoten für Frauen für Führungspositionen im öffentlichen Dienst sowie zur Verankerung von Sanktionen bei Nichteinhaltung*, München 2014, S. 39 ff.

¹⁶ Sehr kritisch: Stellungnahme des Deutschen Juristinnenbundes vom 7. 10. 2014, www.djb.de/Kom/K1/st14-17 (5. 2. 2016).

Sanktionen und Rechtsdurchsetzung

Die Antidiskriminierungsrichtlinien verlangen wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen. Betroffene können die Beseitigung einer Beeinträchtigung und deren künftige Unterlassung sowie Schadensersatz oder Entschädigung verlangen. Nur wenn in einem Bewerbungsverfahren die betreffende Person ohnehin nicht eingestellt worden wäre, darf die Höhe des Schadensersatzes generell begrenzt sein; nach dem AGG auf drei Monatsgehälter. In allen anderen Fällen muss die Entschädigung auch abschreckend sein.

Nach Paragraph 12 AGG müssen Arbeitgeber*innen selbst Diskriminierung unterlassen sowie die erforderlichen, auch vorbeugenden, Maßnahmen zum Schutz der Beschäftigten vor Diskriminierung durch andere Beschäftigte oder Dritte treffen. Erfüllen Arbeitgeber*innen diese Pflichten nicht, drohen Schadensersatz oder Entschädigung nach Paragraph 15 AGG. Wird beim Zugang zu Gütern oder Dienstleistungen diskriminiert, besteht ein Anspruch auf Beseitigung, Unterlassung, Schadensersatz oder Entschädigung aus Paragraph 21 AGG. Bei einigen Gerichtsentscheidungen lässt sich durchaus diskutieren, ob die verhängten Sanktionen wirksam und abschreckend sind.¹⁷

Das europäische Antidiskriminierungsrecht vollzieht einen wichtigen Perspektivwechsel hin zu den Betroffenen von Diskriminierung. Eine sanktionswürdige Diskriminierung liegt vor, wenn die entsprechende Benachteiligung „bezweckt oder bewirkt“ wird. Vorsatz oder Verschulden sind also nicht notwendig. Der gern geäußerte Vorwurf des „Tugendterrors“ zeigt daher vor allem, wer die rechtliche Systematik verstanden hat und wer nicht. Im europäischen Antidiskriminierungsrecht ist es egal, ob Personen, die diskriminiert werden, „gute“ Menschen sind, die es doch „gar nicht so gemeint“ haben. Von Interesse sind die Wirkungen bei den Betroffenen, um deren Schutz es geht.¹⁸

¹⁷ Siehe hierzu den Beitrag von Doris Liebscher in dieser Ausgabe.

¹⁸ Das Konzept „Wirkung statt Vorsatz“ ist aus dem europäischen Wettbewerbs- und Kartellrecht seit langem bekannt und bewährt.

Mit diesem Zugriff hat der deutsche Rechtsdiskurs erhebliche Probleme. In den Kommentierungen zum AGG wird deutlich, dass viele sich insbesondere eine rassistische Diskriminierung überhaupt nur vorsätzlich vorstellen können. Menschen mit türkischen oder arabischen Namen, die nicht zu Vorstellungsgesprächen eingeladen werden¹⁹ oder deren Examensnoten signifikant schlechter ausfallen,²⁰ schert es aber wenig, ob die Arbeitgeber*innen doch gar nicht „ausländerfeindlich“ sind – abgesehen davon, dass hier meist deutsche Staatsbürger*innen diskriminiert werden, helfen solche Aussagen kaum gegen Arbeitslosigkeit. Auch viele Frauen können nicht mehr hören, dass der übergriffige Kollege „doch nur flirten“ wollte.

Das europäische Antidiskriminierungsrecht lässt solche Ausflüchte nicht gelten und garantiert den Betroffenen effektiven Schutz. In den Paragraphen 15 und 21 AGG dagegen wird der Anspruch auf Schadensersatz und Entschädigung von Vorsatz oder Verschulden abhängig gemacht – ein klarer Verstoß gegen europäisches Recht.

Die europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien fordern ferner einen effektiven Rechtsschutz: Betroffene müssen vor Gericht gehen können. Es genügt, dass sie dort Indizien für eine Diskriminierung vortragen, damit die Beklagten beweisen müssen, dass keine Diskriminierung vorlag (Beweislastumkehr). Antidiskriminierungsverbände dürfen die Betroffenen vertreten oder unterstützen. Nach einer Beschwerde müssen Arbeitnehmer*innen vor Sanktionen ihrer Arbeitgeber*innen geschützt werden.

Diese Anforderungen sind durch das AGG weitgehend umgesetzt. Allerdings ist das Beteiligungsrecht von Verbänden in Paragraph 23 AGG unter Verstoß gegen die Richtlinien geregelt (kein Vertretungsrecht). Auch die Beweislastumkehr in Paragraph 22 AGG funktioniert in der Praxis kaum, weil die Verwendung

¹⁹ So das Ergebnis einer Studie von Leo Kaas/Christian Manger, *Ethnic Discrimination in Germany's Labour Market: A Field Experiment*, IZA Discussion Paper 4741/2010.

²⁰ So erste Ergebnisse einer Studie von Emanuel Towfigh/Christian Traxler/Andreas Glöckner, *Zur Benotung in der Examensvorbereitung und im ersten Examen*, in: *Zeitschrift für Didaktik der Rechtswissenschaft*, (2014) 1, S. 8–27, hier: S. 20f. Signifikant schlechtere Bewertungen gab es übrigens auch für Frauen.

statistischer Daten quasi ausgeschlossen und andere Beweise selten zu erbringen sind.¹¹ Ein Gesetzesvorhaben des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend von 2015 will zumindest für den Lohnbereich mehr Transparenz und einen individuellen Auskunftsanspruch schaffen.

Problematisch bleibt die ausgesprochen knappe Frist von zwei Monaten, um Ansprüche aus dem AGG geltend zu machen. Betroffene brauchen oft Zeit, um die Diskriminierung zu verarbeiten, Beratung in Anspruch zu nehmen, sich für rechtliche Schritte zu entscheiden. Die Antidiskriminierungsrichtlinien überlassen die Festsetzung der Frist explizit den nationalen Gesetzgebern und schwächen dadurch den Schutz erheblich ab.

Reichweite, Schutzlücken, Umsetzungsdefizite

Wie zu Beginn dargestellt, gelten die europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien teils nur für Beschäftigung und Beruf, teils auch für den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen sowie für soziale Sicherung und Bildung. In der Kombination der Diskriminierungskategorien mit diesen sachlichen Anwendungsbereichen entsteht ein Flickwerk verschiedener Schutzintensitäten. Auch viele nationale Rechtsordnungen haben historisch gewachsenes und dadurch disparates Antidiskriminierungsrecht.

Das AGG scheint dagegen das leuchtende Vorbild eines umfassenden Schutzes vor Diskriminierung zu sein.¹² Immerhin will es in einem einheitlichen Gesetz alle europäischen Diskriminierungsverbote für diverse Bereiche regeln: Zugang zu Beschäftigung und Beruf, auch für Selbstständige, Arbeitsbedingungen, Entgelt, Aufstieg, Entlassung, Tarifverträge, Berufsberatung und Berufsbildung, berufliche Selbstorganisation, Sozialschutz, soziale Vergünstigungen, Bildung, Güter und Dienstleistungen (Paragraf 2 Absatz 1 AGG).

¹¹ Dazu Johanna Wenckebach, „Bis unter den Vorstand, überhaupt kein Thema“. Der Nachweis einer gläsernen Decke im Antidiskriminierungsprozess, in: Kritische Justiz, (2011) 4, S. 370–381.

¹² Eine einheitliche Regelungsstruktur findet sich aber auch in den entsprechenden Gesetzen in Spanien, Irland, Dänemark, Schweden, Finnland und Ungarn. Vgl. D. Schiek (Anm. 3), Rn. 7.

Aber: Wer das Gesetz bis zum Ende durchliest, wird feststellen, dass es halbwegs vollständige Regelungen nur für den Bereich von Beschäftigung und Beruf enthält – wenn auch ohne das ausgesprochen relevante Kündigungsrecht oder Schutz für Selbstständige. Der Sozialschutz ist in den Sozialgesetzbüchern (SGB) mit eigenen begrenzten Benachteiligungsverboten geregelt (Paragrafen 33c SGB 1 und 19a SGB 4). Zu Bildung finden sich im AGG keine weiteren Normen – nicht ganz überraschend, da hier die einzelnen Bundesländer zuständig sind. Im Bereich von Gütern und Dienstleistungen (wie Kredit, Wohnraum, Gastronomie, Reisen, Versicherung) wird umfassender Schutz nur gegen rassistische Diskriminierung gewährt. Gleiches müsste nach Richtlinie 2004/113/EG für Geschlecht gelten, wurde aber ebenso nicht umgesetzt wie der versprochene überobligatorische Schutz bezüglich der anderen Merkmale.

Beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen ist explizit kein Schutz vor Diskriminierungen aufgrund der Weltanschauung oder vor sexueller Belästigung statuiert, und Benachteiligungen wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft gelten nicht als unmittelbare Geschlechtsdiskriminierung – misslich für stillende Mütter, denen der Zugang zu Geschäften und Gaststätten verwehrt wird. Der verbleibende Schutz ist auf sogenannte Massengeschäfte und private Versicherungen beschränkt und kann recht einfach (Paragraf 20 AGG) ausgehebelt werden. Zudem ist der Wohnungsmarkt weitgehend ausgenommen: Der gesamte Katalog an Diskriminierungsmerkmalen ist nur zu beachten, wenn jemand ständig mehr als 50 Wohnungen vermietet.

Auch im Arbeitsleben kommt das europäische Antidiskriminierungsrecht kaum an. Kündigungen sind vom AGG nicht erfasst. Nach der Elternzeit wird kein Rückkehrrecht auf den früheren Arbeitsplatz garantiert. Der Gender Pay Gap liegt konstant bei über 20 Prozent,¹³ die Gleichwertigkeit von Arbeit ist nicht gesetzlich geregelt, und allzu viele Tarifverträge in Deutschland enthalten gewachsene Systeme ungleicher Entlohnung, die von den Ge-

¹³ Deutschland ist damit eines der Schlusslichter in der EU. Das Statistische Bundesamt (www.destatis.de) veröffentlicht mindestens jährlich die entsprechenden Zahlen und erläutert Berechnung wie mögliche Ursachen des Gender Pay Gap.

richten beharrlich verteidigt werden. Die dabei beschworene Tarifautonomie ist aber kein Freischein zur Geschlechtsdiskriminierung. Der Schutz von Selbstständigen vor Diskriminierung ist weitgehend inexistent, vom Mutterschutz sind sie ausgeschlossen. Und angemessene Vorkehrungen für die Teilhabe von Menschen mit Behinderung am Arbeitsleben bleiben sehr begrenzt.

Um Schadensersatz oder Entschädigung zu erhalten, müssen Betroffene Vorsatz oder Verschulden nachweisen – ein eklatanter Systembruch –, während zugleich die Beweislastumkehr eher nur auf dem Papier besteht.²⁴ Ein Verbandsklagerecht, das die individuell Betroffenen entlasten könnte, fehlt. Dass die Fristen zu kurz sind, ist ausnahmsweise kein direktes Umsetzungsdefizit, steht aber im Widerspruch zum effektiven Rechtsschutz.

Das AGG enthält ganz erhebliche Schutzlücken, die nicht mehr mit dem viel kritisierten Patchwork der unterschiedlichen Schutzniveaus der Antidiskriminierungsrichtlinien erklärt werden kann. Es handelt sich vielmehr um europarechtswidrige Umsetzungsdefizite. Diese sind auch durch extensive richtlinienkonforme Auslegung nicht mehr zu beheben. Bisher hat die Europäische Kommission auf die Einleitung von Vertragsverletzungsverfahren allerdings verzichtet.

Ausblick: Eine Richtlinie für alle(s)?

Seit vielen Jahren wird auf europäischer Ebene über einen einheitlichen Schutz durch eine horizontale Richtlinie für alle Diskriminierungsmerkmale diskutiert. Bereits 2008 stellte die EU-Kommission den Entwurf einer Richtlinie vor, die die Schutzstandards und Anwendungsbereiche in Bezug auf Religion und Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Identität anpassen sollte.²⁵ Bis heute ist Deutschland die treibende Kraft dahinter, die Richtlinie zu verhindern – wenn auch inzwischen sehr leise. Hintergrund dürfte ein politisches Patt sein, da einige

Ministerien einen umfassenden Diskriminierungsschutz anstreben, während anderen Akteuren nach den Erfahrungen bei Erlass des AGG wenig ferner liegen dürfte, als nochmals Wirtschaft und Zivilrechtslehre aufzuschrecken.

Dies gilt insbesondere mit Blick auf das Diskriminierungsmerkmal Behinderung. Private Versicherungen waren bereits wenig entzückt, als sie nach dem Test-Achats-Urteil des EuGH nicht mehr aufgrund des Geschlechts diskriminieren durften, und erhöhten darauf die Prämien für alle Geschlechter. Wenn nun auch Benachteiligungen aufgrund von Alter und Behinderung entfallen sollten, wird die Laune nicht besser. Darüber hinaus verlangt bereits Artikel 5 der Richtlinie 2000/78/EG angemessene Vorkehrungen, um Menschen mit Behinderung den ungehinderten Zugang zur Arbeitswelt zu ermöglichen. Müssten auch soziale Einrichtungen und Leistungen, Schulen und Hochschulen sowie der Zugang zu Gütern und Dienstleistungen barrierefrei ausgestaltet werden, würde dies ganz erhebliche Veränderungen bedeuten.²⁶ Allerdings gelten entsprechende Anforderungen längst durch die UN-Behindertenrechtskonvention als Bundesgesetz und wird es überdies wohl noch in diesem Jahr einen europäischen Rechtsakt zu Barrierefreiheit geben.

Die Bundesrepublik hat im europäischen Vergleich²⁷ ihre Vorbildrolle bisher auf Mutterschutz und Elternzeit beschränkt. Nun wird es Zeit für ein deutsches Antidiskriminierungsrecht, das diesen Namen verdient, und damit für eine umfassende Überarbeitung des AGG. Und die Einlösung des Versprechens auf umfassenden Schutz sollte auch auf europäischer Ebene vorangetrieben werden.

²⁴ Siehe hierzu auch den Beitrag von Doris Liebscher in dieser Ausgabe.

²⁵ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung, KOM (2008) 426 endg., 2.7.2008.

²⁶ Zum (grundsätzlich überschaubaren) Anpassungsbedarf im deutschen Recht vgl. Alexander Klose, Stellungnahme zum Kommissionsentwurf für eine neue europäische Antidiskriminierungsrichtlinie im Auftrag des Deutschen Gewerkschaftsbundes, Berlin 2009, S. 18 ff.

²⁷ Über die Umsetzung des europäischen Antidiskriminierungsrechts in den Mitgliedstaaten berichten die Expert*innen des European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination; viele Berichte sind veröffentlicht unter www.equalitylaw.eu.

Doris Liebscher

Recht als Türöffner für gleiche Freiheit? Eine Zwischen- bilanz nach zehn Jahren AGG

Für Kian¹ war die Party vorbei, bevor sie richtig begonnen hatte. „Du heute nicht!“, stellte der Türsteher klar. Kian wollte den Geburtstag eines Freundes in einem Club feiern. Er wurde abgewiesen, seine Freund*innen² dagegen nicht. Er trug ein weißes Shirt und neue Sneakers. Er roch nicht nach Alkohol und sah auch sonst ganz normal aus. Doch Kian hatte eine Idee, woran es lag. Es war nicht das erste Mal, dass er nicht in einen Club kam. Manchmal waren seine Schuhe schuld, manchmal hieß es, es sei zu voll. Diesmal gab ihm der Türsteher eine überraschend offene Antwort: „Der Chef will nicht so viele Ausländer im Club“. Kian ist Deutscher, seine Eltern sind kurdisch.

Kian teilt diese Erfahrungen mit vielen Menschen in Deutschland, die nicht ins Bild vom „typischen Deutschen“ passen und deshalb regelmäßig an Einlasstüren, im Bewerbungsverfahren oder bei der Wohnungssuche scheitern – oft unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit. Erfahrungen mit solchen rassistischen Diskriminierungen im Zivilrechtsverkehr betreffen auch den Einzelhandel oder die Mitgliedschaft in Fitness-Studios und Sportvereinen. Benachteiligt werden nicht nur junge Männer, sondern auch Women of Color, muslimische Kopfbedeckungen tragende Frauen, Einwanderungsfamilien, Sinti und Roma.

Solchen Fällen von Alltagsdiskriminierung kann eine manifeste rassistische Ablehnung zugrundeliegen, aber auch unbewusste Ressentiments oder weitverbreitete rassistische Stereotype, wonach Menschen qua Biologie oder Kultur frauenverachtend, unkontrolliert, kriminell oder weniger intelligent seien. Deutlich wird diese Konstruktion zurzeit in den rassistisch aufgeladenen Debatten über sexuelle Belästigung im öffentlichen Raum.³ Für die Ausgeschlossenen ist die Intention meist egal, denn der Effekt bleibt derselbe: Sie werden benachteiligt, herabgewürdigt – diskriminiert. „Du stehst da und fragst dich: Was habe ich falsch gemacht? Du fühlst Dich erniedrigt, verletzt. Es ist so demütigend und peinlich, das ist schwer zu ertragen“, berichtete Hamado Dipama, Münchner, geboren in Burkina Faso, dem US-amerikanischen Onlinemagazin „The Atlantic CityLab“ von seinen Erfahrungen in Münchner Diskotheken.⁴

In den Vereinigten Staaten oder Großbritannien ist rassistische Diskriminierung im Güter- und Dienstleistungsbereich und auf dem Arbeitsmarkt schon seit Jahrzehnten gesetzlich verboten. Hierzulande verbietet seit nunmehr zehn Jahren das zivilrechtliche Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) rassistische Diskriminierungen sowie Diskriminierungen, die an die Geschlechtsidentität oder Geschlechterrolle, an Religion oder Weltanschauung, an Behinderungen, das Lebensalter oder die sexuelle Identität anknüpfen. Was hat das Gesetz bewirkt? Können Klagen gegen Diskriminierung Türen öffnen? Können sie die Nachteile und Erniedrigungen wiedergutmachen, die mit Alltagsdiskriminierung einhergehen? Diesen Fragen geht dieser Beitrag, vornehmlich am Beispiel rassistischer und religionsspezifischer Diskriminierung, nach.

Umkämpfter Start

Antirassistische NGOs, Behindertenorganisationen, feministische Jurist*innen und

¹ Name geändert.

² Die Schreibweise mit * lässt Raum für Geschlechtsidentitäten jenseits der Zweigeschlechtlichkeit.

³ Siehe dazu den Aufruf <http://ausnahmslos.org>.

⁴ Zit. nach: Feargus O’Sullivan, Germany’s Nightclubs Get Called Out for Racism, 2.5.2014, www.citylab.com/politics/2014/05/insidious-racism-germanys-nightclub-scene/9027 (26.1.2016).

LGBT¹⁵-Anwält*innen, viele feierten das Inkrafttreten des AGG im August 2006. Europäische Akteur*innen hatten sich seit langer Zeit für ein EU-weites Maßnahmenpaket gegen Diskriminierung eingesetzt, das die bestehenden Genderrichtlinien ergänzen sollte. Die Starting Line Group, eine Koalition aus NGOs und staatlichen Organisationen aus Großbritannien und den Niederlanden, hatte schon 1993 einen Entwurf für eine Antirassismusrichtlinie entworfen – auch als Reaktion auf eine Welle rassistischer und antisemitischer Gewalt in Europa Anfang der 1990er Jahre. Die Regierungsbeteiligung der rechtspopulistischen Freiheitlichen Partei Österreichs (FPÖ) unter Jörg Haider in Österreich 1999 beschleunigte schließlich die einstimmige Verabschiedung der Antirassismusrichtlinie 2000/43/EG und der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie 2000/78/EG.¹⁶

Neben dem Recht der EU beeinflussten vor allem die Kämpfe der Frauenbewegung und feministischer Jurist*innen um Diskriminierungsschutz im Arbeitsleben die Entwicklung des deutschen Antidiskriminierungsrechts.¹⁷ Vor dem AGG existierten einfachgesetzliche Antidiskriminierungsvorschriften nur im deutschen Arbeitsrecht und fast ausschließlich in Bezug auf geschlechtsspezifische Diskriminierung und Diskriminierung von Menschen mit Schwerbehinderung. Artikel 3 Absatz 3 Grundgesetz enthält ein Verbot rassistischer Diskriminierung, zwischen Privaten entfaltet es jedoch keine direkte Wirkung. Zwar sollten die verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote über die Auslegung von Generalklauseln im Bürgerlichen Gesetzbuch auch zwischen privaten Vertragspartner*innen wirken, dieser Schutz blieb aber in der Praxis wirkungslos, weil diese Rechte kaum bekannt waren und Ersatzansprüche zum Teil nur beim Nachweis vorsätzlichen Handelns gewähren. Auch strafrechtliche Tatbestände, wie Beleidigung oder Volksverhetzung, müssen vorsätzlich begangen werden. Diskriminierungen, wie sie Kian oder Hamado erleben, sind nicht davon abgedeckt, solange sie nicht mit expliziten und vorsätzlichen rassistischen Äußerungen einhergehen.

¹⁵ Lesbian, Gay, Bisexual, Trans.

¹⁶ Siehe dazu den Beitrag von Ulrike Lembke in diesem Heft.

¹⁷ Vgl. Eva Kocher, Europa räumt auf – heute – im Gleichbehandlungsrecht, in: Streit, (2007) 4, S. 178 ff.

Zivilrechtliches Antidiskriminierungsrecht ist dagegen folgenorientiert.¹⁸ Es geht nicht um Vorsatz oder Schuld, sondern um benachteiligende, ausschließende und verletzende Effekte, die Handlungen haben. Auch „nicht böse gemeinte“ diskriminierende Handlungen und mittelbar benachteiligende Strukturen haben für die davon betroffenen Menschen schwerwiegende Folgen. Der folgenorientierte Rechtsschutz verhindert, dass Diskriminierung weiterhin als primär moralisches Problem in Bezug auf Randgruppen begriffen wird, und macht seine Bedeutung als gesamtgesellschaftliches Thema sichtbar: individuelle und kollektive Verantwortung für die gleichberechtigte Teilhabe aller Menschen an der Gesellschaft. Im Unterschied zum Strafrecht eröffnet das AGG den benachteiligten Personen die Möglichkeit, eine Rechtsverletzung selbst außergerichtlich oder vor Gericht geltend zu machen und auf Unterlassung, Gleichbehandlung und die Kompensation erlittener Schäden zu klagen.

Das AGG stellt insofern eine konzeptionelle und rechtspolitische Zäsur für die bundesdeutsche Rechtskultur dar und war von Anfang an umkämpft. Dass Menschen, die beim Zugang zu Gütern oder Dienstleistungen diskriminiert werden, auf Unterlassung und Wiedergutmachung klagen können, wurde als Angriff auf die Vertragsfreiheit gedeutet. Verfechter*innen eines Antidiskriminierungsgesetzes wurde vorgeworfen, eine „Tugendrepublik“ errichten zu wollen und „AGG-Hoppeln“ die Tür zum Rechtsmissbrauch zu öffnen.¹⁹ Die prophezeite Klagewelle blieb ebenso aus wie der Untergang der Vertragsfreiheit. Und auch wenn es weiter Vorbehalte gegen das Gesetz gibt, die Bilanz nach zehn Jahren fällt in vielfacher Hinsicht positiv aus.

Erfolge: Diskriminierung zum Thema machen

Gerichtliche Entscheidungen haben zur Rechtsfortbildung beigetragen, sie verweisen auf ein erhöhtes Bewusstsein und eine

¹⁸ Vgl. Susanne Baer, Recht gegen Fremdenfeindlichkeit und andere Ausgrenzungen, in: Zeitschrift für Rechtspolitik, 34 (2001) 11, S. 500–504.

¹⁹ Siehe die Beispiele im Vorwort bei Jobst-Hubertus Bauer/Steffen Krieger, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Kommentar, München 2015⁴.

damit einhergehende Rechtsmobilisierung. Klagen gegen Altersdiskriminierung führten zur Änderung tarifvertraglicher Regelungen und Altershöchstgrenzen und unterstützten Diskussionen über einseitig defizitär geprägte Altersbilder. Schwule und lesbische Lebenspartner*innen beriefen sich auf das AGG und erkämpften ihr Recht auf Gleichbehandlung in der betrieblichen Altersvorsorge. Das Bundesarbeitsgericht stellte klar, dass auch chronische Krankheiten wie eine symptomlose HIV-Infektion unter den Behinderungs-begriff des AGG fallen, weil das gegenwärtig auf eine solche Infektion zurückzuführende soziale Vermeidungsverhalten und die darauf beruhenden Stigmatisierungen die gleichberechtigte Teilnahme am Arbeitsleben beeinträchtigen.¹⁰ Türkeistämmige Familien, denen die Miete erhöht wurde, ihren deutschen Nachbar*innen trotz vergleichbaren Wohnraums dagegen nicht, klagten erfolgreich vor dem Amtsgericht Tempelhof-Kreuzberg gegen die Vermieterin auf Entschädigung.¹¹ Eine junge Frau, der nur aufgrund ihres Kopftuchs ein Ausbildungsplatz als Zahnarzthelferin verwehrt wurde, erlangte vor dem Arbeitsgericht Berlin ebenfalls Recht. Der Richter stellte klar, dass eine Zahnarztpraxis weder eine Einrichtung einer Religionsgemeinschaft noch eine Schule ist.¹² Nach Bekanntwerden des Urteils rief ein anderer Zahnarzt die Klägerin an und bot ihr einen Job in seiner Praxis an – mit Kopftuch.¹³

Viele Kläger*innen werden von staatlichen und nichtstaatlichen Antidiskriminierungsstellen unterstützt, die nach Inkrafttreten des AGG gegründet wurden. Sie bringen die Perspektive von betroffenen Menschen, die versuchen, mit dem Recht zu ihrem Recht zu kommen, auch in rechtspolitische und öffentliche Debatten über Diskriminierung in Deutschland ein. Das AGG ist damit auch Teil eines neuen Diskurses über Alltagsdiskriminierung, Antidiskriminierungskultur, Menschenrechte und Teilhabegerechtigkeit.

¹⁰ BAG Urt. v. 19.12.2013, 6 AZR 190/12, Bespr. Busch, AiB 2014, Nr. 7/8, 29.

¹¹ AG Tempelhof-Kreuzberg, Urt. v. 19.12.2014 – 25 C 357/14, Bespr. Buri, MM 2015, Heft 3, 21.

¹² ArbG Berlin, Urt. v. 28.3.2012 – 55 Ca 2426/12, NZA-RR 2012, 627–630 (Leitsatz und Gründe).

¹³ Vgl. Thorakit Treichel, Erfolgreiche Klage gegen Kopftuchverbot, 19.10.2012, www.berliner-zeitung.de/berlin/urteil-gegen-diskriminierung-erfolgreiche-klage-gegen-kopftuchverbot,10809148,20664102.html (26.1.2016).

Auch der Einfluss des AGG auf die rechts- und sozialwissenschaftliche Forschung in Deutschland ist nicht zu unterschätzen. Zahlreiche von der Antidiskriminierungsstelle des Bundes (ADS) und verschiedenen Stiftungen in Auftrag gegebene Studien und Umfragen haben das Ausmaß von Diskriminierung in Deutschland zum Beispiel auf dem Arbeits- und Wohnungsmarkt oder im Bildungsbereich aufgezeigt und rechtliche Schutzlücken sowie politischen Handlungsbedarf ausgewiesen.¹⁴ Rechtswissenschaftler*innen haben hergeleitet, dass Diskriminierungsschutz kein Gegner der Privatautonomie, sondern ihr wichtiger Verbündeter und nachdrücklicher Helfer ist.¹⁵ Menschenwürde, Freiheit und Gleichheit bilden im internationalen Menschenrechtssystem keine Gegensätze, sondern eine Trias.¹⁶ Eine unterschiedliche Behandlung aufgrund individuell nicht beeinflussbarer stigmatisierender Kollektivzuweisungen widerspricht dem Ideal von Freiheit und Selbstbestimmung.

Der internationale akademische Diskurs wurde ebenfalls durch Antidiskriminierungsrecht angeregt. Die US-amerikanische Juristin Kimberlé Crenshaw analysierte Antidiskriminierungsrecht aus einer rassismuskritischen und einer Gender-Perspektive und nutzte den Begriff „Intersektionalität“ für sich spezifisch überschneidende Diskriminierungserfahrungen von Schwarzen Frauen.¹⁷ Die Sozial- und Rechtswissenschaften übertrugen den Intersektionalitätsansatz auf den deutschen Kon-

¹⁴ Siehe www.antidiskriminierungsstelle.de/DE/Publikationen/publikationen_node.html; Vera Egenberger, Diskriminierungsschutz weiterentwickeln: Argumente für eine Novellierung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, WISO Diskurs 6/2015; Alexander Klose/Doris Liebscher, Antidiskriminierungspolitik in der deutschen Einwanderungsgesellschaft, Bielefeld 2015.

¹⁵ Für viele: Heiner Bielefeld/Petra Follmer-Otto, Diskriminierungsschutz in der politischen Diskussion, Berlin 2005, S. 10ff.; weitere Nachweise bei Doris Liebscher, *Erweiterte Horizonte: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz und europäische Antidiskriminierungsrichtlinien*, in: Lena Foljanty/Ulrike Lembke, *Feministische Rechtswissenschaft. Ein Studienbuch*, Baden-Baden 2012, S. 109–132, hier: S. 120f.

¹⁶ Vgl. Susanne Baer, *Dignity, Liberty, Equality: A Fundamental Rights Triangle Of Constitutionalism*, in: *University of Toronto Law Journal*, 59 (2009) 4, S. 417–468.

¹⁷ Vgl. Kimberlé Crenshaw, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex*, in: *The University of Chicago Legal Forum*, (1989) 1, S. 139–167.

text.¹⁸ Untersucht wurden zum Beispiel diskriminierende Diskurse über junge Männer, denen wie Kian und Hamado aufgrund rassistischer und vergeschlechtlicher Zuschreibungen der Zugang zu Freizeiteinrichtungen verwehrt wird,¹⁹ oder das Zusammenspiel von *race*, *gender*, *migrant status* und *mental health* im Zusammenhang mit Polizeigewalt.²⁰

Trotz der vielfältigen Erfolge beklagen Wissenschaftler*innen, Anwält*innen und Antidiskriminierungsorganisationen, dass das AGG immer noch zu wenig bekannt, zu wenig anerkannt und zu wenig wirksam sei. Wirksamkeitsdefizite resultieren zum einen aus Schutzlücken, zum anderen aber auch aus Problemen bei der Rechtsanwendung im gerichtlichen Verfahren.

Schutzlücken im Gesetz

Ein Beispiel für eine große Schutzlücke ist die Bildung. Das AGG gilt nur für die Bereiche Beschäftigung und betriebliche Ausbildung (arbeitsrechtlicher Teil des AGG) und für Verträge mit privaten Bildungseinrichtungen (zivilrechtlicher Teil des AGG), wobei im zivilrechtlichen Teil kein Verbot sexueller Belästigung enthalten ist.²¹ Eine Person, die in ihrem Arbeitsumfeld rassistisch diskriminiert und/oder sexuell belästigt wird, kann sich auf ihr Recht auf Nichtdiskriminierung berufen, egal, wo sie beschäftigt ist, egal, ob die Diskriminierung während der Arbeit oder der Betriebsfeier

passiert, egal, ob die diskriminierende Person eine Vorgesetzte oder ein Geschäftspartner ist.

Für Studierende und Schüler*innen staatlicher Schulen oder Universitäten ist der Schutzbereich des Gesetzes dagegen nicht eröffnet. Die Antirassismusrichtlinie sieht ausdrücklich einen Diskriminierungsschutz für den Bildungsbereich vor – europarechtliche Vorgaben wurden hier schlicht nicht umgesetzt. Bildung ist in Deutschland Ländersache, entsprechende Diskriminierungsverbote und Rechtsansprüche müssten deshalb in die Schul- und Hochschulgesetze der Bundesländer aufgenommen werden. Im überwiegenden Teil dieser Gesetze wird kein horizontal angelegter Diskriminierungsschutz gewährleistet. Schutz Studierender vor sexueller Diskriminierung ist nur in wenigen Hochschulgesetzen verankert, ein Verweis auf Schutz vor rassistischer Diskriminierung findet sich nur im Berliner Hochschulgesetz.²² Kritisiert wird ferner, dass polizei- und ordnungsbehördliches Handeln nicht vom Schutzbereich des AGG umfasst wird. Dies ist zwar keine europarechtliche Vorgabe, aber in der Praxis ein Problem. Fälle des *racial profiling* – das Anknüpfen an rassistisch konnotierten Eigenschaften wie Haut- oder Haarfarbe – durch Beamt*innen der Bundespolizei in Zügen müssen deshalb bisher unter Rückgriff auf das Grundgesetz verwaltungsgerichtlich verfolgt werden – in der Praxis ein schwieriges Unterfangen.²³ Abhilfe könnten hier Landesantidiskriminierungsgesetze schaffen.²⁴

Rechtspolitische Schutzlücken bestehen auch mit Blick auf die in Paragraph 1 AGG geschützten Diskriminierungskategorien. Dicke Menschen, die besonders oft Benachteiligung auf dem Arbeitsmarkt erfahren, sind

¹⁸ Einen Überblick geben Sandra Smykalla/Dagmar Vinz (Hrsg.), *Intersektionalität zwischen Gender und Diversity. Theorien, Methoden und Politiken der Chancengleichheit*, Münster 2011; bzgl. des Rechts vgl. Susanne Baer/Melanie Bittner/Anna-Lena Götsche, *Mehrdimensionale Diskriminierung – Begriffe, Theorien und juristische Analyse*, Berlin 2010.

¹⁹ Vgl. Cengiz Barskanmaz, *Das Kopftuch als das Andere*, in: Sabine Berghahn/Petra Rostock (Hrsg.), *Der Stoff, aus dem Konflikte sind*, Bielefeld 2009, S. 361–392; Ulrike Lembke/Doris Liebcher, *Postkategoriales Antidiskriminierungsrecht?*, in: Simone Philipp et al. (Hrsg.), *Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung*, Baden-Baden 2014, S. 261–290; sowie die Beispiele bei S. Baer/M. Bittner/A.-L. Götsche (Anm. 18).

²⁰ Vgl. Eddie Bruce-Jones, *German Policing at the Intersection: Race, Gender, Migrant Status and Mental Health*, in: *Race & Class*, 56 (2015) 3, S. 36–49.

²¹ Siehe dazu den Beitrag von Ulrike Lembke in diesem Heft.

²² Für einen Überblick von Antidiskriminierungsregeln in Schulgesetzen: ADS, *Diskriminierung im Bildungsbereich und im Arbeitsleben*, Berlin 2013, S. 438ff. Einen Überblick zu Regelungen an Hochschulen im Bereich sexueller Belästigung geben Eva Kocher/Stefanie Porsche, *Sexuelle Belästigung im Hochschulkontext – Schutzlücken und Empfehlungen*, Berlin 2015.

²³ Vgl. Hendrik Cremer, *Das Verbot rassistischer Diskriminierung nach Art. 3 III GG*, in: *Anwaltsblatt*, (2013) 12, S. 896–899; Alexander Tischbirek/Tim Wiehl, *Verfassungswidrigkeit des „Racial Profiling“*, in: *Juristenzeitung*, 68 (2013) 5, S. 219–224.

²⁴ Vgl. dazu den Entwurf für ein Berliner Landesantidiskriminierungsgesetz (LADG).

nicht geschützt;²⁵ ebenso wenig wie in der DDR sozialisierte Menschen²⁶ oder ehemalige Strafgefangene, die sozial stigmatisiert werden. Eine Möglichkeit wäre die Einführung weiterer Kategorien beziehungsweise Diskriminierungsarten; eine andere Möglichkeit bestünde in der Formulierung eines offenen Kataloges wie beispielsweise in Artikel 14 der Europäischen Menschenrechtskonvention, der auch den „sonstigen Status“ schützt.

Als Einfallstor für Schutzlücken haben sich auch weite Rechtfertigungsmöglichkeiten erwiesen. Kontrovers wird besonders das Religionsprivileg in Paragraph 9 AGG diskutiert. Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften und ihnen zugeordnete Einrichtungen dürfen demnach über den allgemeinen Rechtfertigungsgrund in Paragraph 8 (Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen wegen beruflicher Anforderungen) hinaus die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Religion oder Weltanschauung verlangen, „wenn diese unter Beachtung des Selbstverständnisses der jeweiligen Religionsgemeinschaft oder Vereinigung im Hinblick auf ihr Selbstbestimmungsrecht oder nach der Art der Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt“.²⁷ Paragraph 9 Absatz 2 regelt, dass kirchliche Arbeitgeber*innen von den für sie arbeitenden Personen verlangen können, sich „loyal und aufrichtig“ im Sinne des jeweiligen Selbstverständnisses der Organisation zu verhalten. Betroffen sind davon nicht nur

verkündungsnahe Tätigkeiten (pastorale, katechetische und leitende Aufgaben), sondern auch solche in gemeinhin als „karitativ“ bezeichneten Einrichtungen von Religionsgemeinschaften wie Kindertagesstätten, Schulen oder Pflegeeinrichtungen, auch wenn diese staatliche Zuwendungen erhalten. Diese Regelung schließt einen effektiven Diskriminierungsschutz für Menschen, die keiner christlichen Kirche angehören oder die offen schwul oder lesbisch leben, für einen wichtigen Teil des Arbeitsmarktes aus.²⁸

Recht haben und Recht bekommen: Probleme vor Gericht

Die geschilderten Fälle von rassistischer Türpolitik in Clubs offenbaren ein anderes Problemfeld – die Anwendung des AGG vor Gericht. Zugangsverweigerungen stellen eindeutig eine Benachteiligung nach dem AGG dar. Bei rassistischer Diskriminierung hört das Hausrecht auf, eine Rechtfertigung solcher Praktiken durch vorgeschobene oder ihrerseits diskriminierende Aussagen wie „Ausländer haben schon mal Stress gemacht“ ist vom Gesetz nicht vorgesehen. Trotzdem klagen nur wenige. Woran liegt das?

Die Inanspruchnahme von Antidiskriminierungsrecht setzt zunächst Wissen und Fertigkeiten voraus, die den „Zugang zum Recht“ eröffnen, vor allem das Wissen darüber, dass Diskriminierungen gesetzlich verboten sind und wie man sich dagegen wehren kann. Von Rassismus betroffenen Menschen ist das AGG immer noch wenig bekannt.²⁹ Laut Antidiskriminierungsstellen führen außerdem Beweisprobleme und mangelnde Antidiskriminierungskompetenz juristischer Akteur*innen zu einem erhöhten Prozessrisiko, das viele Betroffene scheuen.

Zwar sieht Paragraph 22 AGG genau deshalb vor, dass die diskriminierte Person die Diskriminierung nicht beweisen, sondern nur Indizien dafür vorlegen muss. Doch auch das ist

²⁵ Der Europäische Gerichtshof hat entschieden, dass Adipositas unter die Kategorie der Behinderung fallen kann, wenn damit lange und erhebliche Einschränkungen einhergehen, EuGH, Urt. v. 18.12.2014 – C-354/13 (Kaltoft). Für eine Anerkennung von Gewichtsdiskriminierung als eigene Diskriminierungskategorie siehe www.gewichtsdiskriminierung.de.

²⁶ Siehe dazu ArbG Stuttgart, NZA-RR 2010, 344, eine mit dem Vermerk „Ossi“ und „DDR“ abgelehnte Stellenbewerberin kann sich nicht auf das AGG berufen.

²⁷ Dies widerspricht der Ausnahmegesetzgebung in der EU-Richtlinie 2000/78/EG. Diese stellt in erster Linie auf objektive tätigkeitsbezogene Gründe ab. Einige Kommentatoren schlagen deshalb eine richtlinienkonforme Auslegung von § 9 Abs. 1 AGG vor, danach wäre die Forderung nach dem christlichen Glauben nur noch bei verkündungsnahe Tätigkeit zulässig. Vgl. z.B. Peter Wedde zu § 9 AGG, in: Wolfgang Däubler/Martin Bertzbach, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Handkommentar, Baden-Baden 2013, Rn. 54.

²⁸ So entschied das Bundesarbeitsgericht, dass ein Krankenhaus in Trägerschaft der evangelischen Kirche einer Krankenpflegerin untersagen kann, während der Arbeitszeit ein Kopftuch zu tragen. BAG, Urt. v. 24.9.2014, Az. 5 AZR 611/12.

²⁹ Vgl. Hubert Rottleuthner/Matthias Mahlmann, Diskriminierung in Deutschland, Baden-Baden 2011, S. 29 f.

oft schwer. Hamado war bereits mehrmals an Münchner Türstehern gescheitert, nie konnte er beweisen, dass *racial profiling* der Grund war. Gemeinsam mit Freund*innen organisierte er deshalb ein sogenanntes Testing. Die Gruppe besuchte an einem Abend verschiedene Clubs. Kurz nachdem Hamado mit Entschuldigungen wie „Das ist eine Privatparty“ abgewiesen wurde, erhielten seine „typisch deutsch“ aussehenden Freund*innen problemlos Einlass. Von 25 besuchten Clubs wurde er an 20 abgewiesen. Testings in Leipzig und Hamburg führten zu ähnlichen Ergebnissen.^{P0} In all diesen Fällen fanden außergerichtliche Verhandlungen zwischen den Benachteiligten, unterstützt durch lokale Antidiskriminierungsstellen, und den Clubs statt, in den meisten Fällen ohne Erfolg. Deshalb entschieden sich die Betroffenen für den Klageweg.

Testing ist eine international und nun auch im AGG anerkannte Möglichkeit zum Nachweis verdeckter Benachteiligungen. In AGG-Verfahren vertreten manche Richter*innen jedoch die Auffassung, dass ein Testing beziehungsweise eine bewusste Konfrontation weniger verletzend sei als eine „spontane“ Diskriminierung. Die Verletzung des Persönlichkeitsrechts sei dann nicht so hoch, „als wenn jemand völlig unverhofft (sic!) an einer Diskothek abgewiesen wird“.^{P1} Das wirkt sich negativ auf die Höhe der Entschädigung aus, der Kläger erhielt 500 Euro und musste einen Teil der Prozesskosten tragen. Hier wird deutlich, dass nicht alle Richter*innen sensibel für die Wirkmächtigkeit von alltäglichen rassistischen Diskriminierungen sind. People of Color sind aufgrund des sie treffenden Alltagsrassismus oftmals darauf vorbereitet, abgewiesen zu werden, sodass sie nie „völlig unverhofft“ diskriminierenden Handlungen ausgesetzt sind.

Auch in anderen Fällen gaben Richter*innen zu verstehen, dass sie das durch die Einlasskontrollen verursachte Unrecht für nicht

besonders schwerwiegend halten. So befand das Amtsgericht Tübingen, der Kläger habe durch die Bemerkung des Türhüters, es seien schon genug Schwarze drin, zwar eine Demütigung erfahren, die Auswirkungen würden aber nicht das Maß von Unrecht oder persönlicher Kränkung überschreiten, die jedem Menschen alltäglich in jeglicher Lebenssituation widerfahren könnten, und seien ohne Entschädigung hinzunehmen.^{P2} Solche Äußerungen werden dem Erleben der Betroffenen nicht gerecht, sie stehen aber auch im Widerspruch zu europäischem Recht, das wirksame, abschreckende Sanktionen im Diskriminierungsfall verlangt. Das Oberlandesgericht Stuttgart hob das Tübinger Urteil deshalb auf und stellte klar, dass eine solche erhebliche Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts die Zuerkennung eines Schmerzensgeldes erfordere, das auch einen abschreckenden präventiven Effekt haben müsse; der Kläger erhielt 900 Euro.^{P3}

Doch nicht alle haben die zeitlichen, finanziellen und emotionalen Ressourcen, den Weg durch die Instanzen zu gehen, um zu ihrem Recht zu kommen. Das Risiko, nicht ernstgenommen oder als „AGG-Hopper“ diffamiert zu werden, erscheint vielen zu hoch. Antidiskriminierungsstellen fordern deshalb ein Verbandsklagerecht – ein Verband könnte dadurch einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot gerichtlich feststellen lassen –, einen Rechtshilfefonds und eine bessere Beratungsstruktur in Deutschland.^{P4} Damit die Anerkennung des Rechts auf Nichtdiskriminierung zu einer juristischen und gesamtgesellschaftlichen Normalität wird, bedarf es aber auch der Sensibilisierung von Richter*innen und Anwalt*innen, der Verankerung des Themas Diskriminierungsschutz in der juristischen Ausbildung und der Intervention in den öffentlichen Diskurs. Von tatsächlicher Freiheit kann nur dann gesprochen werden, wenn alle Menschen gleichberechtigt am gesellschaftlichen Leben teilhaben können.

^{P0} Vgl. Antidiskriminierungsbüro Sachsen, Rassistische Einlasskontrollen, o. D., www.adb-sachsen.de/rassistische_einlasskontrollen.html (26.1.2016); Daniel Herder, Wegen Hautfarbe kein Zutritt zu Disco auf dem Kiez?, www.abendblatt.de/hamburg/article127250675/Wegen-Hautfarbe-kein-Zutritt-zu-Disco-auf-dem-Kiez.html (26.1.2016).

^{P1} AG Leipzig, Urteil vom 15.10.2012, Az. 107 C 1030/12, unveröffentlicht; i. d. S. auch AG Oldenburg, Urteil vom 23.7.2008, Az. E2 C 2116/07, juris.

^{P2} AG Tübingen, Urteil vom 29.7.2011, Az. 7 O 111/11, unveröffentlicht.

^{P3} OLG Stuttgart, NJW 2012, 1085.

^{P4} So etwa der Antidiskriminierungsverband Deutschland, 5 Jahre Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 16.8.2011, www.antidiskriminierung.org/?q=node/338 (26.1.2016).