

Michael Wrase

Zum Umgang mit Mehrfachdiskriminierung in Europa

Beitrag zur Konferenz „Diskriminierung: einfach – doppelt – mehrfach?“,

12. November 2008 in Olten, Schweiz

1. Mehrfachdiskriminierung als Herausforderung für das Antidiskriminierungsrecht

Dem Phänomen der Mehrfach-, insbesondere der intersektionellen Diskriminierung ist bislang im Wesentlichen in den USA und Kanada, innerhalb der europäischen Union – soweit ersichtlich – nur im Vereinigten Königreich und Irland größere Aufmerksamkeit geschenkt worden. Nach Angaben der EU-Kommission sind Rechtsprechungsfälle aus Dänemark, Lettland, Schweden, Irland und Großbritannien bekannt. Aber auch die Kommission selbst spricht von einer „begrenzten Menge“ solcher Fälle.

Dieser Befund zur Rechtsprechung steht in einem Widerspruch zur Bedeutung von multiplen Diskriminierungen in der Lebenswirklichkeit. Es kann kaum bezweifelt werden, dass gerade Menschen, die in Bezug auf mehrere der in Art. 13 EGV genannten Diskriminierungsmerkmale wie Geschlecht, ethnische Herkunft, sexuelle Orientierung, Religion und Weltanschauung, Behinderung, Alter von der herrschenden „Norm“ einer gesellschaftlichen „Mehrheit“ abweichen, besonderen Formen der Benachteiligung bzw. in besonders intensiver Weise solchen Benachteiligungen ausgesetzt sind.

Dies belegen auch Erfahrungen aus Kanada: Nach Angaben der Menschenrechtskommission der Provinz Ontario, die für das Thema Mehrfachdiskriminierung besonders sensibilisiert ist, kamen bei fast der Hälfte der bei ihr im Zeitraum von 1997 bis 2000 eingegangenen Beschwerden zwei oder mehrere Diskriminierungsgründe zum Tragen. Der jedenfalls nicht unerhebliche Anteil von Fällen mit Mehrfachdiskriminierungsbezug deckt sich auch mit den Erfahrungen aus der Praxis der Antidiskriminierungsverbände.

Es zeigt sich, dass Vorurteile und Stereotype sich oft nicht gegen einzelne „Minderheitsgruppen“ richten, sondern „gesammelt“ auftreten und diejenigen besonders treffen, die mehrere relevante Merkmale auf sich vereinigen. Wobei auch hier hinzuzufügen ist, dass die in Art. 13 EGV genannten Merkmale zumindest noch um das sehr wesentlichen Merkmal der „sozialen Schicht“ (oder „Klasse“) ergänzt werden müsste – gegebenenfalls auch um „politische Überzeugung“ –, um ein einigermaßen vollständiges Bild der in unserer Gesellschaft historisch wie aktuelle relevantesten Benachteiligungsgründe zu erhalten.

Die Europäischen Richtlinien gegen Diskriminierung beinhalten selbst keine gesonderten Regelungen zur Mehrfachdiskriminierung. Schaut man sich nun in den Mitgliedstaaten der EU um, dann ist auch hier zu konstatieren, dass nur die wenigsten Staaten sich in ihrer Gesetzgebung mit dem Phänomen auseinandergesetzt und dazu auch explizite Regelungen geschaffen haben. Ausnahmen sind interessanterweise Deutschland und Rumänien, die zumindest wesentliche Teilaspekte der Problematik in ihre jeweiligen Gesetze aufgenommen haben. So findet sich in § 4 des deutschen Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) die Regelung:

„Erfolg eine unterschiedliche Behandlung wegen mehrerer der in § 1 genannten Gründe, so kann diese unterschiedliche Behandlung nach den §§ 8 bis 10 und 20 nur gerechtfertigt werden, wenn sich die Rechtfertigung auf alle diese Gründe erstreckt, derentwegen die unterschiedliche Behandlung erfolgt.“

Auch wenn damit nur die Frage nach den Rechtfertigungsmöglichkeiten im Fall von Mehrfachdiskriminierung ausdrücklich geregelt wird, so hat doch auch die Problematik selbst hierin einen normativen Anknüpfungspunkt gefunden. Dies müsste doch eigentlich, sollte man denken, dazu führen, dass dem Aspekt der Mehrfachdiskriminierung auch aus juristischer Sicht in Deutschland größere Aufmerksamkeit geschenkt wird. Allerdings ist das Gegenteil der Fall. Schaut man in die derzeit bereits über 15 bis 20 Kommentare, Lehrbücher und sonstigen Übersichtswerke zum deutschen Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG), so muss man erstaunlicherweise feststellen, dass Konzepte wie intersektionale Diskriminierung teilweise zwar Erwähnung finden, aber aus juristischer Sicht nicht eingehender betrachtet, geschweige denn konzeptionell näher erläutert werden. Dies mag den defizitären Stand der Forschung im deutschsprachigen Raum – jedenfalls aus juristischer Perspektive – veranschaulichen. Von *juristischer* Perspektive spreche ich bewusst deshalb, weil Konzepte wie Intersektionalität insbesondere in den Gender Studies natürlich auch in Deutschland behandelt werden.

Insofern muss differenziert werden zwischen der Mehrfachdiskriminierung

(1.) als Frage nach der Intersektionalität von Benachteiligungskategorien im Rahmen der Bewertung von übergreifenden Antidiskriminierungs- und Gleichbehandlungspolitik(en) bzw. der Entwicklung einer angemessenen Chancengleichheitsstrategie (Stichwort: *equality oder diversity mainstreaming*),

(2.) als Problem bzw. Frage des individuellen Diskriminierungsschutzes im Rahmen des bestehenden europäischen Antidiskriminierungsrechts, mit dem ich mich im Folgenden befassen werde.

2. Formen der Mehrfachdiskriminierung

Die Problematik der Diskriminierung aus mehreren Gründen ist rechtlich und tatsächlich komplex. In der Literatur ist die Terminologie uneinheitlich. Ich möchte den Begriff der Mehrfachdiskriminierung im Sinne des Konferenzthemas als einen Oberbegriff verstehen, der die verschiedenen Formen von Benachteiligungen einschließt, die auf mehr als einem der geschützten Merkmale beruhen. Insofern werden in aller Regel zwei bzw. sogar drei Formen der Mehrfachdiskriminierung unterschieden:

Bei der sog. *additiven Diskriminierung* addieren sich die Benachteiligungen aufgrund mehrerer Merkmale in einer Person, die in unterschiedlichen Situationen Diskriminierungen wegen eines der ihr zugeschriebenen Merkmale ausgesetzt ist. Eine Frau etwa, die lesbisch ist, kann in einer bestimmten Situation als Frau (etwa am Arbeitsplatz) und in einer anderen Situation aufgrund ihrer sexuellen Orientierung einer nachteiligen Behandlung ausgesetzt sein (z.B. beim Zugang zu einer Discothek zusammen mit ihrer Partnerin). Hierin wird die besondere Verletzlichkeit sichtbar, denen Personen mit mehreren diskriminierungsrelevanten Merkmalen ausgesetzt sind, da sie Benachteiligungen wegen verschiedener Gruppenzugehörigkeiten treffen können. Rechtliche Besonderheiten weisen derartige Fälle allerdings nur dann auf, wenn die Diskriminierungshandlungen miteinander verknüpft sind, also in einem Handlungszusammenhang stehen, wenn z.B. eine Arbeitnehmerin an in ihrem Betrieb zunächst sexuell belästigt und dann auch wegen ihrer ethnischen Herkunft beleidigt wird.

In solchen Fällen kann auch von *kumulativer oder verstärkender Diskriminierung* gesprochen werden. Typischerweise ist damit jedoch eine Situation beschrieben, in der eine Person aus zwei oder mehreren Gründen gleichzeitig benachteiligt wird und sich diese Gründe gegenseitig verstärken. Als Beispiel für diese Form der Mehrfachdiskriminierung wird oft der Fall *Perera vs. Civil Service Commission (no. 2)* ([1983] ICR 428, CA) aus dem Vereinigten Königreich genannt. Die Gerichte entschieden 1983 gegen *Perera*, weil er eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund seiner Hautfarbe oder Nationalität nicht darlegen konnte. In diesem Fall hatte der Arbeitgeber eine Reihe von Anforderungen für eine Stelle aufgestellt, wie eine Altersvoraussetzung, Erfahrungen in Großbritannien, Englischkenntnisse und eine bestimmte Nationalität. Allerdings – dies war aus Sicht der Gerichte damals entscheidend – war die Nichterfüllung eines Kriteriums kein Hindernis für ihn, die angestrebte Stelle zu bekommen, machte es aber weniger wahrscheinlich, und die Nichterfüllung von zwei Kriterien verringerte seine Chancen weiter. Hier wirkten demnach die unterschiedlichen Diskriminierungsmerkmale kumulativ, d.h. sich gegenseitig verstärkend zum Nachteil *Pereras* zusammen.

Im Zentrum des Problems der Mehrfachdiskriminierung stehen allerdings intersektionale Benachteiligungen. Der Begriff der Intersektionalität wurde Ende der 1980er Jahre von der US-amerikanischen Rechtsprofessorin *Kimberlé Crenshaw* in die rechtswissenschaftliche Dis-

kussion eingeführt. *Crenshaw* zeigte anhand des US-amerikanischen Antidiskriminierungsrechts bzw. des Rechts gegen häusliche Gewalt, dass darin die spezifische Situation von schwarzen Frauen nicht berücksichtigt wurde. Die rechtlichen Vorschriften orientierten sich an den Erfahrungen, Problemsituationen und typischen Lebenslagen der weißen Frauen, die von häuslicher Gewalt betroffen waren. Das ist nicht zuletzt Ausdruck des Umstandes, dass diejenigen, die innerhalb einer benachteiligten Gruppe weitere Benachteiligungsmerkmale erfüllen, mit ihren Bedürfnissen und Lebenssituationen oft an den Rand gedrängt werden, wenn – in diesem Sinne nur scheinbar *homogene* – Gruppen Rechte auf Gleichbehandlung einfordern und durchsetzen. In diesem Kontext spricht *Crenshaw* auch von „politischer Intersektionalität“.

In Bezug auf das Antidiskriminierungsrecht hat *Crenshaws* Analyse deutlich gemacht, dass eine nach Diskriminierungsgründen getrennte Betrachtung von Fällen intersektionaler Diskriminierung dazu führt, dass die Diskriminierungen von Personen mit bestimmten Ausprägungen mehrerer Diskriminierungsmerkmale – wie etwa schwarze Frauen oder ältere Menschen mit Behinderung – nicht adäquat erfasst werden. Vielmehr produziert das Antidiskriminierungsrecht durch die Nichtbeachtung ihrer Unterschiedlichkeit und spezifischen Diskriminierungslage auf der Schnittstelle zwischen zwei oder mehreren relevanten Merkmalen selbst Ausschlüsse.

Dagmar Schiek hat zur Frage des Gruppenbezugs bei intersektionalen Diskriminierungen – wie ich finde – zutreffen festgestellt:

„Diskriminierungsrecht reagiert mit dem gesellschaftspolitischen Ziel der Gewährleistung individueller Entfaltung bei Achtung von Vielfalt auf die Benachteiligung von Individuen wegen einer vermuteten oder sogar oktroyierten Gruppenzugehörigkeit. Wie insbesondere bei den mittelbaren Diskriminierungen deutlich wird, betont es damit auch diese (fiktiven) Gruppen. Die Intersektionalität als soziologische theoretische Kategorie zielt auf die Dekonstruktion der gruppenbezogenen Identitätspolitik, indem Diversität innerhalb der ‘Gruppen’ aufgespürt wird. Dem retardierenden Charakter sozialregulativen Rechts entspricht es, dass die Überwindung von zu einfachen Kategorisierungen nur durch die Insinuierung neuer Kategorisierungen erfolgen kann. Es ist daher kein Widerspruch, dem Diskriminierungsrecht das Schutzgut individueller Entfaltung zuzuweisen und zugleich von geschützten Gruppen auszugehen“ (Schiek 2007: 157).

Die dahinter stehende Erkenntnis scheint mir wichtig und für ein angemessenes Verständnis von Antidiskriminierungsrecht grundlegend. Geht es dem Gleichbehandlungsrecht nämlich vor allem um den Schutz individueller Entfaltung und Chancengleichheit, so darf der Gruppenbezug aus Sicht des Rechts weder essentialisiert werden – jede und jeder Einzelne kann dies für sich natürlich tun –, noch zugunsten einer rein individuellen (identitätsbezogenen)

Perspektive aufgegeben werden. Erfahrungsgemäß ist jeder Mensch in unserer Gesellschaft gesellschaftlichen Stereotypisierungen und Rollenzuweisungen aufgrund der sozialen Schicht, ethnischen Herkunft, der Religion/ Weltanschauung und des Alters etc. ausgesetzt. Die sozial konstruierte Identität eines Menschen ergibt sich aus einer Vielzahl solcher Selbst- und Fremdzuschreibungen. Würden wir das Prinzip der Intersektionalität weiter denken und immer kleinere Untergruppen der geschützten Gruppen bilden (also immer mehr „Schnittstellen“), so kämen wir in letzter Konsequenz beim Individuum und seiner eigenen „Identität“ (im Sinne einer sozialen Konstruktion) an. Das Antidiskriminierungsrecht reagiert indessen auf die besonderen Benachteiligungen, denen Menschen aufgrund bestimmter persönlichkeitskonstitutiver Merkmale in der Gesellschaft ausgesetzt waren und sind. Anerkennt man die Steuerungsfunktion des Rechts (nicht alle tun das bekanntlich), so zielt Antidiskriminierungsrecht letztlich auf die Überwindung solcher gesellschaftlichen Benachteiligungsstrukturen, die an geschützte Merkmale anknüpfen. Jedoch – zumindest aus meiner Sicht – zielt es nicht auf die Dekonstruktion der Gruppen selbst. Die Bestimmung geschützter Gruppen ist für das Antidiskriminierungsrecht nämlich unabdingbar. Sie ist auch unabdingbar aus Perspektive der jeweils Betroffenen, die gemeinsame (Diskriminierungs-)Erfahrungen teilen und sich in der Regel nur als Gruppe gesellschaftlich-politische Gehör und partizipatorische Freiheit erstreiten können. Nur dürfen diese Gruppen aus der Warte des Gleichbehandlungsrechts nun eben nicht als homogen verstanden, sondern müssen in ihrer Differenziertheit und Vielfalt betrachtet werden. Damit wendet sich der Blick im nächsten Schritt jedoch weg von der Gruppe als scheinbar homogener Einheit hin zum Kontext der Diskriminierung als sozialer Hierarchisierung und Benachteiligung.

3. „Blinde Stellen“ des Antidiskriminierungsrechts bei Mehrfachdiskriminierung

Die EU-Antidiskriminierungsrichtlinien enthalten, wie bereits gesagt, selbst keine Regelungen zur Mehrfachdiskriminierung. Allerdings wird die Diskriminierung aus mehreren Gründen in den Erwägungsgründen angesprochen, wobei – vor dem Hintergrund der historischen Bedeutung des Verbots der Geschlechterdiskriminierung im EU-Recht kaum verwunderlich – insbesondere die Betroffenheit von Frauen von Mehrfachdiskriminierungen hervorgehoben wird. Eine entsprechende Passage findet sich etwa im Erwägungsgrund 14 der Antirassismus-Richtlinie 2000/43/EG.

Im Bereich der Beschäftigung gewährleisten die Antirassismus-Richtlinie, die revidierte Gender-Richtlinie 2002/73/EG (Überarbeitung RL 76/207/EWG) und die sog. Rahmenrichtlinie 2000/78/EG einen Schutz für alle der in Art. 13 EGV genannten Merkmale (Rasse und ethnische Herkunft, Geschlecht, Religion und Weltanschauung, sexuelle Orientierung, Behinde-

rung, Alter). Insofern ermöglichen diese Richtlinien im Bereich der Beschäftigung, Mehrfachdiskriminierungen auf der Grundlage aller geschützten Merkmale zu bekämpfen.

Anders sieht es bekanntlich in den Bereichen Sozialschutz, Bildung sowie Güter und Dienstleistungen aus. Hier ist ein Diskriminierungsschutz durch die Antirassismus-Richtlinie bislang nur für die Merkmale der ethnischen Herkunft und „Rasse“ (*race*) geregelt. Für Güter und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, wird dieser Schutz mit der Gender-Richtlinie 2004/113/EG auf das Merkmal Geschlecht erweitert.

Der vorliegende Richtlinien-Entwurf der Kommission für die „Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters und der sexuellen Ausrichtung“ vom Juli 2008 (KOM [2008] 426) würde den Schutz auch für die anderen in Art. 13 EGV aufgeführten Merkmale in den Bereichen Sozialschutz, soziale Vergünstigungen, Bildung sowie Güter- und Dienstleistungen komplettieren. Allerdings ist zur Zeit aufgrund des Widerstandes einiger Mitgliedstaaten, insbesondere Deutschlands, noch nicht abzusehen, ob und wann der Richtlinien-Entwurf tatsächlich verabschiedet wird.

In ihrem Bericht zur „Bekämpfung von Mehrfachdiskriminierung“ stellt die Europäische Kommission fest, dass „Rechtsberater, die mit Fällen mit mehr als einem Diskriminierungsgrund beschäftigt sind, in Fällen von Mehrfachdiskriminierung einen pragmatischen und taktischen Ansatz verfolgen. Deshalb treffen sie die strategische Entscheidung, »den stärksten der Gründe auszuwählen« und die anderen Diskriminierungsgründe unter den Tisch fallen zu lassen, da sie schwierig nachzuweisen sind, sei es vertikal (Grund für Grund) oder in Kombination.“ Der Bericht führt dann im Weiteren aus, dass einige Rechtsexperten berichteten, dass die Justiz „starr und den Umgang mit Fällen von Diskriminierung aus mehreren Gründen weder gewohnt noch entsprechend dafür geschult sei.“ Darüber hinaus sei es „mittlerweile offensichtlich, dass es in Fällen von Mehrfachdiskriminierung Probleme bei der Beweisfindung sowie der Herausstellung geeigneter Vergleichsfaktoren geben kann.“ Auf die sich damit verbindenden Rechtsfragen möchte ich im Folgenden näher eingehen.

Bei der unmittelbaren Diskriminierung kann sich das Problem stellen, dass die spezifische Diskriminierungslage mehrfach stigmatisierter Personen – Personen auf der Schnittstelle mehrerer Diskriminierungsgründe – durch eine rechtlich getrennte Behandlung der einzelnen Diskriminierungsgründe verkannt werden. Als ein Beispiel für die Doktrin der getrennten Behandlung von Diskriminierungsgründen sei die Entscheidung des englischen Court of Appeal in der Rechtssache *Bahl vs. The Law Society* ([2004] IRLR 799) aus dem Jahr 2004 genannt. Dr. Bahl, eine Frau asiatischer Herkunft, bis 2001 Vizepräsidentin der *Law Society*, erhob Klage, weil sie sich einer diskriminierenden Behandlung sowohl aufgrund ihrer ethnischen Herkunft als auch ihres Geschlechts ausgesetzt sah. Während das *Employment Tribunal* in

erster Instanz entschied, dass Frau Bahl mit einem weißen Mann verglichen werden könne, entschied das Berufungsgericht sowie der *Court of Appeal*, dass es nicht möglich sei, eine Diskriminierung aus zwei Gründen zugleich geltend zu machen. Vielmehr müssten die Diskriminierungsgründe getrennt voneinander betrachtet werden, selbst wenn die Klägerin sie als untrennbar miteinander zusammenhängend empfunden habe. Die Entscheidung ist kritisiert worden, weil durch die Beschränkung auf einen Diskriminierungsgrund der Blick auf eine mögliche intersektionale Diskriminierung verstellt wird, die im vorliegenden Fall gerade darin liegen könnte, dass Frau Bahl in ihrer spezifischen Situation als Frau einer anderen ethnischen Herkunft schlechter behandelt wurde. Die Hintergründe des Falls sind indessen weitaus komplexer, als sie hier dargestellt werden können.

Auf einen Fall des „konzeptionellen Versagens“ eines eindimensionalen Ansatzes im Bereich der mittelbaren Diskriminierung verweist *Schiek*. So scheiterte in der Entscheidung *Graffenreid* (413 F. Supp. 142) des amerikanischen Supreme Court die Klage mehrerer schwarzer Frauen gegen die Praxis der Personalauswahl eines Unternehmens, weil sich ihre Benachteiligung weder als Benachteiligung Schwarzer noch als eine Benachteiligung von Frauen fassen ließ. Statistisch gesehen, waren sowohl Frauen und Männer als auch Schwarze und Weiße, proportional gleichmäßig von der Praxis betroffen. Schwarze Frauen wurden allerdings statistisch gesehen weitaus häufiger entlassen als alle anderen Beschäftigten. Weil das Gericht schwarze Frauen nicht als eine „geschützte Gruppe“ akzeptierte, wurde die Klage abgewiesen. Um nachteilige Wirkungen aufgrund des Zusammenwirkens mehrere Merkmale feststellen zu können, ist es jedoch erforderlich, die Bildung solcher „intersektionellen Gruppen“ anzuerkennen.

Die Schwierigkeiten, die bei der Berücksichtigung intersektioneller Diskriminierung, sind vor allem praktischer Natur. So ist es häufig schwierig bis unmöglich, entsprechendes statistisches Material zu finden, mit dem sich die Benachteiligung einer gebildeten intersektionalen Gruppe durch eine bestimmte Praxis belegen lässt. Es sei nur darauf hingewiesen, dass etwa in Deutschland die „ethnische Herkunft“ von Beschäftigten im öffentlichen Dienst bislang nicht systematisch erfasst wird, somit aber selbst für den staatlichen Beschäftigungsbereich von vornherein wenige bis keine Daten vorliegen, mit denen sich beispielsweise die Benachteiligung von beschäftigten Frauen oder Männern mit Migrationshintergrund belegen ließe.

4. Die Behandlung von Mehrfachdiskriminierungen nach dem bestehenden EU-Antidiskriminierungsrecht

Um Fälle der Mehrfachdiskriminierung angemessen erfassen zu können, wird in der Literatur teilweise vorgeschlagen, Antidiskriminierungsvorschriften zukünftig flexibler zu gestalten und den Katalog von geschützten Diskriminierungsgründen zu öffnen. Hierbei wird etwa auf Art.

14 der Europäischen Menschenrechtskonvention verwiesen, der neben Geschlecht, Rasse, Hautfarbe, Sprache, Religion, politische oder sonstigen Anschauung, nationale oder soziale Herkunft etc. auch den „sonstigen Status“ schützt.

Ein solch offener Katalog von Diskriminierungsgründen würde es ermöglichen, Diskriminierungen auf der Schnittstelle verschiedener Merkmale unter dem Begriff des „other status“ zu erfassen. Allerdings zu einem hohen Preis. Denn bei einem weit gefassten Katalog von sehr unterschiedlichen Diskriminierungsgründen müssten auch die – in den Richtlinien in Bezug auf unmittelbare Benachteiligungen weitgehend beschränkten – Rechtfertigungsvorschriften weiter und offener gefasst werden.

Wie *Gay Moon* bemerkt:

„Such a solution would put a much greater emphasis on the justification of alleged discriminatory acts and in doing so it could put more power into the hands of the judiciary and perhaps create more uncertainty“ (Moon 2007: 15).

Bevor über eine Revision der bestehenden Konzeption des europäischen Diskriminierungsrechts nachgedacht wird, sollte jedoch zunächst geprüft werden, inwiefern die Richtlinien nicht bereits in ihrer derzeitigen Gestalt für das Problem der Mehrfachdiskriminierung angemessene Lösungen bereithalten. Dies tun sie nach der hier vertretenen Auffassung bei problemadäquater Auslegung und Anwendung auch in ihrer heutigen Form.

So lautet die Definition einer unmittelbaren Diskriminierung in den Richtlinien übereinstimmend wie folgt:

„... liegt eine unmittelbare Diskriminierung vor, wenn eine Person aufgrund eines der in Artikel 1 genannten Gründe in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.“

Um den Tatbestand der Diskriminierung zu erfüllen, bedarf es also zweierlei: Zum einen muss die betroffene Person „in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung als eine andere Person“ erfahren. Die Feststellung der Vergleichbarkeit erfordert, dass es außer der anderen Ausprägung des Diskriminierungsmerkmals in Bezug auf den jeweilig maßgeblichen Kontext keine wesentlichen Unterschiede zwischen der benachteiligten Person und der Vergleichsperson gibt. Allerdings darf die Vergleichbarkeit nicht im Hinblick auf das Diskriminierungsmerkmal selbst verlangt werden. Soll heißen: Um eine weniger günstige Behandlung nachzuweisen (und die Hürde der Beweislast zu nehmen), bedarf es lediglich ausreichender Anhaltspunkte dafür, dass der betroffene Person eine weniger günstige Behandlung als einer hypothetischen oder realen Vergleichsperson in vergleichbarer Lage zugekommen ist oder zugekommen wäre.

Erst im nächsten Schritt ist dann zu fragen, ob diese „weniger günstige Behandlung“ *aufgrund* eines geschützten Merkmals erfolgt war. Hier nun ist der Nachweis eines Zusammenhanges zwischen der benachteiligenden Behandlung und dem Diskriminierungsgrund erforderlich. Dieser ist aber auch in den Fällen gegeben, in denen die spezifische Diskriminierung auf der Kombination mehrerer Merkmale beruht, etwa wenn eine Arbeitgeberin besonders Frauen mit Migrationshintergrund benachteiligt, z.B. schlechter entlohnt als weiße Frauen oder alle Männer. Denn auch hier ist jedes der beiden Merkmale (mit-)bestimmend für die Benachteiligung, die die Beschäftigte gerade deswegen trifft, *weil* sie eine Frau ist und *zugleich* eine andere ethnische Herkunft hat – oder *vice versa*. Es ist von den Richtlinien weder vorgeschrieben noch intendiert, den Vergleich jeweils nur eindimensional im Vergleich Frauen – Männer, ethnische Herkunft A – ethnische Herkunft B durchzuführen. Vielmehr bieten die Richtlinien in ihrer Formulierung gerade einen Ansatzpunkt für eine kontextsensible Betrachtungsweise, die das Phänomen der Mehrfachdiskriminierung adäquat erfasst.

Gleiches gilt auch für die mittelbare Diskriminierung. So lautet Art. 2 Abs. 2 lit. b der Rahmenrichtlinie 2000/78/EG:

„... liegt eine mittelbare Diskriminierung vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen einer bestimmten Religion oder Weltanschauung, einer bestimmten Behinderung, eines bestimmten Alters oder mit einer bestimmten sexuellen Ausrichtung gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können...“

Auch im Wortlaut dieser Vorschrift wird gerade *nicht* gefordert, dass die betroffenen Gruppen jeweils *alleine* anhand des jeweils geschützten Merkmals bestimmt werden müssen. Vielmehr lässt gerade die Formulierung „in besonderer Weise benachteiligen“ angemessenen Raum, um das Phänomen der Diskriminierung aus mehreren Gründen auch bei der Bildung der Vergleichsgruppen zu berücksichtigen.

Als Vorbild für die zutreffende Auslegung der Richtlinien kann auch auf eine Entscheidung des deutschen Bundesverfassungsgerichts zur Geschlechterdiskriminierung im Beschäftigungsverhältnis aus dem Jahr 1993 hingewiesen werden (Beschluss vom 16.11.1993 – 1 BvR 258/86, BVerfGE 89, 276). Diese erging in Bezug auf den ehemaligen § 611 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, mit dem die europäische Gleichstellungsrichtlinie umgesetzt worden war. Das Bundesverfassungsgericht befand, dass eine Benachteiligung aufgrund des Geschlechts auch immer (schon) dann vorliege, wenn das Geschlecht die nachteilige Entscheidung in irgendeiner Weise negativ beeinflusst habe. Darauf, dass *allein* dieses Merkmal ausschlaggebend ist, kommt es nach dem Gericht gerade nicht an.

5. Rechtfertigungsgründe bei Mehrfachdiskriminierung

Wenn Sie mir also insoweit folgen, dass das europäische Antidiskriminierungsrecht bei einer problemadäquaten Interpretation die Berücksichtigung kombinierter und intersektionaler Benachteiligungen nicht nur ermöglicht, sondern auch gebietet, so will ich zum Abschluss noch kurz auf die weitere Frage eingehen, anhand welches Maßstabes bei Diskriminierungen aus mehreren Gründen mögliche Rechtfertigungsgründe zu prüfen sind. Diese Frage stellt sich von vornherein nur bei unmittelbaren Diskriminierungen, denn hier sind die Optionen für eine Rechtfertigung in den Richtlinien auf die darin genannten Ausnahmetatbestände begrenzt.

Im deutschen Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz findet sich, wie bereits erwähnt, die Regelung, dass sich die Rechtfertigung bei Mehrfachdiskriminierung auf alle Gründe erstrecken muss, „derentwegen die unterschiedliche Behandlung erfolgt“. Dies wird vor allem bei Diskriminierungsmerkmalen relevant, bei denen die zulässigen Ausnahmen weiter gefasst sind als bei anderen. Dies sind im Bereich Beschäftigung vor allem die Merkmale Religion bzw. Weltanschauung und Alter, für die sich in der Rahmenrichtlinie 2000/78/EG in Art. 5 Abs. 2 und Art. 6 besondere Rechtfertigungsmöglichkeiten finden. Die Frage der Kollision unterschiedlicher Rechtfertigungsmöglichkeiten stellt sich weiterhin dann, wenn unmittelbare und mittelbare Diskriminierungen zusammentreffen, wie beispielsweise bei einer türkischstämmigen Lehrerin mit moslemischem Kopftuch, der das Unterrichten mit Kopftuch untersagt wird.

Insofern statuiert aber meines Erachtens der deutsche § 4 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes nichts anderes und nicht mehr als das, was sich auch aus den Richtlinien selbst ergibt. Denn treffen mehrere Diskriminierungsgründe aufeinander, so muss sich auch eine (mögliche) Rechtfertigung auf alle diese Gründe beziehen. Das bedeutet in der Konsequenz, dass jeweils der strengste Rechtfertigungsmaßstab anzuwenden ist. Keinesfalls aber – und dies ist wiederum eine Gefahr – dürfen die Diskriminierungsgründe getrennt und je gesondert an den spezifischen Rechtfertigungsvorschriften der jeweiligen Merkmale geprüft werden. Denn damit würde es gerade zu jener künstlichen Aufspaltung entlang der Kategorien kommen, bei denen dann die eigentliche kombinierte oder intersektionale Diskriminierung sozusagen „durch das Raster“ fällt.

6. Vorschlag für eine ausdrückliche Benennung von Mehrfachdiskriminierung im europäischen Recht

Der Bericht der Europäischen Kommission zur „Bekämpfung von Mehrfachdiskriminierung“ vom September 2007 stellt die Empfehlung auf, das Konzept der Mehrfachdiskriminierung zukünftig auch in der europäischen Gesetzgebung ausdrücklich zu definieren. Wie ge-

zeigt, sind die Richtlinien bereits heute in einer Weise zu verstehen und zu interpretieren, wonach sowohl intersektionale als auch kombinierte Diskriminierungen adäquat erfasst werden. Eine ausdrückliche Benennung wäre indes weiterhin wünschenswert, nicht zuletzt um damit die Sensibilität auch im juristischen Bereich für das Phänomen der Mehrfachdiskriminierung zu erhöhen.

So könnten die Bestimmungen in den Richtlinien für die Zukunft etwa wie folgt gefasst werden:

„... liegt eine unmittelbare Diskriminierung vor, wenn eine Person aufgrund eines der in Artikel 1 genannten Gründe **oder aufgrund mehrere dieser Gründe** in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.“

Literatur

Baer, Susanne (2008): Ungleichheit oder Gleichheiten? Zur Hierarchisierung von Diskriminierungsverboten, in: Klein, Eckart/ Menke, Christoph (Hg.), Universalität – Schutzmechanismen – Diskriminierungsverbote, Berlin, S. 421 – 450.

Crenshaw, Kimberle (1991): Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color, *Stanford Law Review*, Vol. 43, pp. 1241 – 1299.

Europäische Kommission (2007), Generaldirektion Beschäftigung, Soziales und Chancengleichheit, Referat G. 4: Bekämpfung von Mehrfachdiskriminierung – Praktiken, Politikstrategien und Rechtsvorschriften, Luxemburg.

Hannett, Sarah (2003): Equality at the Intersections: The Legislative and Judicial Failure to Tackle Multiple Discrimination, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 23, pp. 65 – 86.

Holzleithner, Elisabeth (2005): Mainstreaming Equality: Dis/Entangling Grounds of Discrimination, *Transnational Law & Contemporary Problems* Vol. 14, pp. 927 -957.

Moon, Gay (2007): Multiple discrimination – problems compounded or solutions found?, <http://www.justice.org.uk/images/pdfs/multipliediscrimination.pdf>

Schiek, Dagmar (2005): Broadening the Scope and the Norms of EU Gender Equality Law: Towards a Multidimensional Conception of Equality Law, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 12, pp. 427-466.

Schiek, Dagmar (2007): Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Ein Kommentar aus europäischer Perspektive, München.

Uccellari, Paola (2008): Multiple Discrimination: How Law can Reflect Reality, *The Equal Rights Review*, Vol. 1, pp. 24 – 49.