

Susanne Baer

Chancen und Grenzen positiver Maßnahmen nach § 5 AGG

In § 5 des AGG ist von „positiven Maßnahmen“ die Rede.¹ Das ist ein rechtspolitischer Fortschritt, weil der Gesetzgeber nicht mehr von „umgekehrter Diskriminierung“ oder von „Bevorzugung“ spricht, sondern klar stellt, dass Diskriminierung benachteiligend wirkt, aber sinnvolle Differenzierung auch Nachteile beseitigen kann, ohne dass dies in gesellschaftlich ungleichen Verhältnissen einer Bevorzugung gleich käme. Dieser Fortschritt wird aber nicht konsequent durchgehalten und er wirft Fragen auf, ist ambivalent, birgt Herausforderungen. Einige von ihnen will ich hier diskutieren.

Im Vordergrund steht dabei der juristische Rahmen für „positive Maßnahmen“. Es geht also darum, was unter „positiven Maßnahmen“ im engeren Sinne und insbesondere nach dem deutschen allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, dem AGG, zu verstehen ist.² Es geht um Regeln, aber mehr noch um gleichstellungsorientierte Praxis. Ich stelle zudem die Frage, wie sinnvoll es ist, sich auf „positive Maßnahmen“ zu konzentrieren, und plädiere dafür, über Gleichstellungsmaßnahmen nicht mit einem eingeschränkten Blick auf „Quoten“, sondern breiter gefächert zu diskutieren.

Rechtliche Rahmenbedingungen

Die Rede von den „positiven Maßnahmen“ kommt – rechtspolitisch und dogmatisch betrachtet - aus dem Europarecht. Ausgangspunkt der Diskussionen in Berlin und Deutschland ist § 5 AGG, der im Einklang mit dem EU-Recht³ ausdrücklich „positive Maßnahmen“ nennt. Das dient, so § 1 AGG, der Umsetzung des Zieles dieses Gesetzes, „Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen.“ Eine positive Maßnahme ist nach § 5 AGG „eine unterschiedliche Behandlung“, „wenn durch

¹ Die weiteren Regeln zu zulässigen Unterschieden im AGG ermöglichen zwar „positive Maßnahmen“, können aber die allgemeine Regel des § 5 AGG auch wieder einschränken. Das Verhältnis zwischen den jeweiligen Vorschriften ist bislang nicht überzeugend geklärt. Wenn § 5 AGG besagt, dass andere Regeln unberührt bleiben, kann das eben auch bedeuten, Fördermaßnahmen nur für zulässig zu halten, wenn sie auch den weiteren Anforderungen des Gesetzes genügen. Zum Gesetz auch Baer, Diskriminierung beenden - Toleranz fördern. Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, in: Die Renaissance der Rechtspolitik. Zehn Jahre Politik für den sozialen Rechtsstaat (Brigitte Zypries, Hg., 2008), S. 135-140.

² Neben dem AGG spielt die Verfassung – das Grundgesetz, GG - und es spielen die Regeln des „Völkerrechts“ oder internationalen Rechts eine wichtige Rolle (dazu unten). Neben dem AGG gelten allerdings auch zahlreiche Gesetze für einzelne Diskriminierungsgründe, zudem Regeln in den Bundesländern.

³ Artikel 5 der Richtlinie 2000/43/EG, Artikel 7 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG und Artikel 2 Abs. 8 der Richtlinie 76/207/EWG

geeignete und angemessene Maßnahmen bestehende Nachteile wegen eines in § 1 genannten Grundes verhindert oder ausgeglichen werden sollen“.⁴

Das klingt sehr schön. Aber das wirft auch Fragen auf.

Ein Problem: Gruppismus

In der Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung heißt es, man wolle „gezielte Maßnahmen zur Förderung bisher benachteiligter Gruppen nicht nur durch den Gesetzgeber (wie etwa im Gesetz zur Gleichstellung behinderter Menschen und im Gesetz zur Gleichstellung von Frauen und Männern), sondern auch durch Arbeitgeber, Tarifvertrags- und Betriebspartner sowie seitens der Parteien eines privatrechtlichen Vertrags“ ermöglichen. Die Anerkennung, dass es aktive Politiken braucht, um Gleichstellung zu erreichen, ist so wichtig wie richtig. Aber im Detail irritiert der Bezug auf Gruppen.

Dem AGG liegt ebenso wie dem deutschen Verfassungsrecht ein normativer Individualismus zugrunde, kein kollektivistisches Prinzip. Das bedeutet: Gleichstellungsrecht ist deutlich auf Einzelpersonen zugeschnitten, die durchaus kollektiv unterstützt werden können, aber doch als Einzelne adressiert sind. Gruppenrechte sind dem Gleichstellungsrecht damit fremd – und sollten es ihm aus vielen Gründen auch sein.

Gruppenrechte sind keine Lösung, sondern sie sind sogar ein Problem für Recht gegen Diskriminierung. Gruppenrechte essentialisieren Differenz und auch Ungleichheiten, homogenisieren Menschen, die Einiges, aber nie alles gemeinsam haben (und daher keine eine Gruppe bilden). Gruppenrechte tendieren zur Privilegierung elitärer Identitätskonzepte und begünstigen Repräsentationspolitiken, in denen „leader“ für andere sprechen, mit denen aber dann nicht gesprochen wird.⁵ Das ist das Problem des Gruppismus – im Anschluss an Brubaker⁶. Es ist das Problem einer kulturalistischen Politik, das sich auch am Beispiel der Islamkonferenz gut ablesen lässt, wo um Repräsentation zu Recht gerungen wurde. Das Problem ist aber auch dem AGG selbst eigen, da es für Religionsgemeinschaften problematische Privilegien sichert. Sie dürfen Menschen ausgrenzen, wenn dies ihrem Selbstverständnis

⁴ In der Begründung zum Gesetzentwurf m Gesetzgeber um „Maßnahmen zur Behebung bestehender Nachteile ebenso zu wie präventive Maßnahmen zur Vermeidung künftiger Nachteile“. Es ist also weniger an ausgleichende Gerechtigkeit, also an Kompensation für vergangene Benachteiligung gedacht, sondern eher an Chancengerechtigkeit, die Hürden aus dem Weg räumen und das Aufstellen weiterer Barrieren verhindern soll.

⁵ Das diskutiert u.a. Anne Phillips, *Multiculturalism without Culture*, 2007.

⁶ Rogers Brubaker, *Ethnizität ohne Gruppen*, 2007.

entspricht. Das ist für den Glauben akzeptabel, denn das sichert die Integrität und Identität einer Glaubensgemeinschaft. Problematisch wird es aber, wenn es Rassismus oder Sexismus oder Heterosexismus auch im öffentlichen Leben legitimiert.⁷ Das Problem des Gruppismus zeigt sich so bei allen Minderheiten und kollektiv gefassten Selbstbestimmungsrechten.

Der Gruppismus ist also eine große Herausforderung im Umgang mit „positiven Maßnahmen“, wenn und soweit sie auf Gruppen zielen, die es eben nur als Konstruktionen und meist als oktroyierte, als aufgezwungene Identitäten gibt. Wer Fördermaßnahmen als Gruppenrechte konstruiert, beteiligt sich an diesem Zwang. Das bedeutet nicht, dass Förderung undenkbar wäre. Es bedeutet schon gar nicht, dass nach langjähriger Diskriminierung z.B. durch Segregation nicht dringend auch Maßnahmen gefragt sind, die diese „Gruppen“ wieder „integrieren“. Problematisch ist es aber, ein Problem zu wiederholen, um es zu lösen – das Dilemma der Differenz⁸. Gibt es nicht auch Gleichstellungsmaßnahmen, die den Gruppismus hinter sich lassen?

Ein weiteres Problem: Symmetrie

Nach Auffassung des Gesetzgebers soll bei der Interpretation von § 5 AGG ein objektiver Maßstab gelten und es soll eine „Abwägung mit Rechtspositionen der von ihnen negativ Betroffenen“ stattfinden. Unter Hinweis auf eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes wird klargestellt, dass ein „absoluter Vorrang der zu fördernden Gruppe“ nicht zulässig ist⁹. Hat das irgendwer gefordert – oder sind das

⁷ Hinsichtlich des Glaubens erlaubt das AGG Differenzierungen bei Maßnahmen der Religionsgemeinschaften, wenn dies „eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt“, und zwar für „eine bestimmte Religion oder Weltanschauung unter Beachtung des Selbstverständnisses ... im Hinblick auf ihr Selbstbestimmungsrecht oder nach der Art der Tätigkeit“ (§ 9 Abs. 1) oder aber, wenn Loyalität im Sinne des Selbstverständnisses verlangt wird (§ 9 Abs.2). Hier dürfen Religionsgemeinschaften – aber nur diese, nicht Weltanschauungsgemeinschaften – die eigenen Leute fördern. Es ist umstritten, inwieweit sie aber auch andere ausgrenzen dürfen, also diejenigen, die den Glauben teilen, aber hinsichtlich eines anderen Merkmals nicht passen, also schwule Männer in der katholischen Kirche oder Frauen in religiösen Positionen zahlreicher Glaubensgemeinschaften. Viele gehen davon aus, dass Religion hier alle anderen Toleranzgebote überspielt. Ich halte das für höchst problematisch. Auch das ist ein Problem des Gruppismus, denn die Rechte des Kollektivs dienen dazu, die Rechte des (gläubigen) Individuums, selbstbestimmt zu leben, zu verletzen.

⁸ Zu den Debatten um Quoten in einigen westdeutschen Frauenprojekten in den 1980er Jahren vgl. Dagmar Schultz, Whiteness – ein persönliches Zeugnis In: Mythen, Maske, Subjekte. Eggers, Kilomba, Piesche, Arndt (Hg) (2005), S. 525.

⁹ EuGH Rs. C-450/93 vom 17. Oktober 1995 – Kalanke. Auf die Entscheidungen in den Fällen Marschall und Badeck wird nicht verwiesen, die in der Sache interessanter sind; danach sind Fördermaßnahmen insbesondere im Rahmen von bereichsspezifischen Plänen und feste Quoten dann zulässig, wenn der Staat sie für Ausbildungsplätze vorsieht, auf die er kein Monopol hat.

eher hypostasierte Fantasien, die Politiken prägen? In der Sache gibt die europäische Rechtsprechung vor, in jedem Einzelfall einer Fördermaßnahme auch darauf zu achten, dass niemand ungerecht behandelt wird, und zwar auch nicht der- oder diejenige, die angesichts einer Fördermaßnahme zugunsten Benachteiligter zurückstehen muss.¹⁰

Zum AGG heißt es in der Begründung weiter, „aus sonstigen Gründen erlaubte Bevorzugungen“ seien „durch die Vorschrift nicht berührt“, wie z.B. der Vaterschaftsurlaub. Es kann durchaus irritieren, warum es strategisch in Deutschland sinnvoll ist, dieses Beispiel zu nennen. Wem müssen hier welche Ängste genommen werden? Männern, die meinen, zu kurz zu kommen? Hier wird jedenfalls suggeriert, dass auch weithin Privilegierte von Maßnahmen gegen Diskriminierung mit profitieren werden.

Wenn zudem von „Bevorzugung“ gesprochen wird, fällt der Begründungstext leider in eine Rhetorik zurück, die durch das AGG gegen Benachteiligungen überwunden werden könnte. Es ist ein Rückfall in die politisch konservative Vorstellung, Gleichstellungsrecht sei ein Recht gegen unsachliche Unterschiede – mal für die Einen, mal für die Anderen. Es ist eine blinde, eine unhistorische Vorstellung – als ginge es bei Sexismus mal um die Frauen, mal um die Männer, bei Rassismus mal um Schwarze, mal um Weiße usw. – und nicht etwa um tradierte Benachteiligungen, die nicht automatisch oder immer, aber im sogar empirisch nachweisbaren Regelfall „die Anderen“ treffen, also hierzulande: Frauen, Migrant_innen, Nicht-Christ_innen, Alte und Kinder, Behinderte etc. Eine symmetrische – oder formale – Vorstellung von Gleichstellungsrecht geht davon aus, dass eigentlich alle gleiche Chancen haben, einige nur ausnahmsweise benachteiligt und einige dann ebenso ausnahmsweise bevorzugt werden sollten. Das entspricht schlicht nicht der gesellschaftlichen Realität, die von zahlreichen Mustern der Ungleichheit durchzogen ist. Es ignoriert den Kern von Diskriminierung – die ungleiche Verteilung von Chancen, Ressourcen, Anerkennung, die eben nicht willkürlich oder gar zufällig, sondern historisch gewachsen tief in gesellschaftliche Strukturen eingeschrieben ist, die Privilegien der Normalität sichern.

Die symmetrische Illusion hat mehrere Folgen. Sie führt dazu, dass positive Maßnahmen auch für die diskutiert werden, die hinsichtlich der Merkmale, die

¹⁰ Der EuGH betont in seiner Rechtsprechung zu „Positiven Maßnahmen“, dass dabei auch durch die Hintertür – bei der Betrachtung der Einzelfallgerechtigkeit – keine diskriminierenden Argumente benutzt werden dürfen. So ist es unzulässig, einen Mann entgegen einer Vorgabe der Frauenförderung einzustellen, nur weil er Alleinernter ist, weil dieses Kriterium mittelbar ungleiche Geschlechterverhältnisse zementiert und sich zu Lasten von Frauen auswirkt, also selbst diskriminiert.

eigentlich Benachteiligung indizieren, eher profitieren, also auf der Seite der Privilegien stehen. Dann erscheint entgegen aller Befunde zu sozialen Ungleichheiten plausibel, dass Menschen gefördert werden, die eine Merkmalsdividende (im Anschluss an Connell und die patriarchale Dividende)¹¹ erhalten, also Männer, die in der Erwerbsarbeit auch wegen des Geschlechts weithin mehr Zugang, mehr Verdienst, mehr Möglichkeiten zur Selbstverwirklichung haben, oder Eltern in der Mittelschicht, die auch mit Blick auf sexuelle Orientierung und soziale Herkunft und Klassenstatus weithin mehr Möglichkeiten der sozialen Sicherung haben, oder Weiße, die in einer Weißen Dominanzkultur (im Anschluss an Rommelspacher¹²) weithin mehr Chancen haben als Nicht-Weiße, rassistisch markierte Menschen.

So erklären sich zum Beispiel Diskussionen über Fördermaßnahmen für Grundschullehrer. Diese sind nicht völlig deplatziert. Wichtig wäre es jedoch, über die Abwertung von Berufen zu sprechen, in denen überwiegend Frauen tätig sind, und die Abwertung der Tätigkeiten, die den Dingen nahe sind, die kulturell Frauen zugewiesen werden, also Fürsorge und frühe Erziehung, und über Vorstellungen, pädagogisch Abschied von „männlichen Vorbildern“ alten Zuschnitts oder von sexistischer Differenzierung zwischen Mädchen und Jungen zu nehmen. Die symmetrischen Illusion macht auch § 19 Abs. 3 AGG zum Problem, der „im Hinblick auf die Schaffung und Erhaltung sozial stabiler Bewohnerstrukturen und ausgewogener Siedlungsstrukturen sowie ausgeglichener wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Verhältnisse“ zulässt, aufgrund von Rasse oder Ethnizität zu differenzieren. Hier sind Vermietungen gemeint, die verhindern, dass Wohngebiete „kippen“. Das lässt sich als positive Maßnahme zur Förderung von Vielfalt interpretieren. Konkret kann es sich leicht als Ausgrenzungsmaßnahme der „Anderen“ aus hegemonialen – Weißen, für bestimmte soziale Schichten gedachten - Räumen entpuppen. Auch hier zeigt sich: wer Unterschiede sät, kann Diskriminierung ernten.¹³

Mit symmetrischen Regeln wird Wirklichkeit aus der Sicht derer konstruiert, deren Leben nicht in erster Linie durch Diskriminierung geprägt ist. Hier werden Unterschiede

¹¹ Robert Connell, *Der gemachte Mann, Konstruktion und Krise von Männlichkeiten*, 1999.

¹² Birgit Rommelspacher, *Dominanzkultur. Texte zu Fremdheit und Macht*, 1995.

¹³ Problematisch ist auch die Möglichkeit zur „Unterscheidung“ bei familien- und erbrechtlichen Schuldverhältnissen (§ 19 Abs. 4), denn eine private Erbentscheidung zugunsten merkmalsbestimmter Menschen ist also erlaubt, sie wird nur mehrheitlich Privilegien stärken; und bei zivilrechtlichen Schuldverhältnissen, „bei denen ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis der Parteien oder ihrer Angehörigen begründet wird“, insbesondere bei Vermietung auf demselben Grundstück und bei Vermietungen von weniger als 50 Wohnungen (§ 19 Abs. 5), um die Privatsphäre zu schützen. So dürften kleine Privatvermieter_innen durchaus gezielt merkmalsbezogen fördern; im Regelfall schützt dies aber privilegierte Positionen.

behauptet, wo Benachteiligung vorliegt. So werden – im Anschluss an Spivak¹⁴ - Erfahrungen der Subalterne ausgeblendet. So wird Differenz – und oft auch Diversität – gesagt, wo über Rassismus, Sexismus etc. gesprochen werden sollte. Die symmetrische Illusion verhindert es auch, schmerzliche Gespräche zu führen, aber: sie tut damit, vereinfacht formuliert, nur Einigen weniger weh.

Essentialismus und Dilemma der Differenz

Mit dem Bezug auf scheinbar klar bestimmbare Gruppen wird die Subalterne als solche zementiert. Zum Einen wird ein Merkmal, eine Eigenschaft, eine Erfahrung, eine Konstruktion bestimmender Aspekt für kollektive Identität. Das ist unproblematisch, wenn es selbst gewählt wird und immer wieder auch verändert werden kann. Nichts spricht dagegen, sich heute „als Frau“ oder „als Mann“ oder „als Christin“ oder „als Muslim“ oder „als Behinderte“ oder auch als „Wohlhabende“ etc. zu engagieren. Es ist aber etwas ganz anderes, darauf staatlich, juristisch festgelegt zu werden.

Wer Menschen bezogen auf bestimmte Merkmale fördert, festigt genau diese Merkmale, auch als Stigma. Eine „Frauenquote“ ist deshalb ebenso problematisch wie eine ethnische Quote, die als „Schwarzenquote“ in Brasilien für die Auswahl von Models in der Modebranche vorgeschlagen worden ist.¹⁵ Beide sind gleichstellungsorientiert gemeint, wirken sich aber auch gleichstellungsfeindlich aus. Zum Einen fixieren und naturalisieren sie ein Merkmal – Frau, schwarz – und bestätigen Alltagsstereotype („die brauchen das, weil sie es sonst nicht schaffen“); zum anderen reduzieren sie Menschen auf ein Merkmal, privilegieren das politisch und ignorieren andere. Wer Eine_n fördert, lässt Andere außen vor. Meist geht es ja nicht darum, schlicht Chancen zu eröffnen, sondern um ganz konkrete Verteilungsentscheidungen mit begrenzten Mitteln: eine Stelle, ein Ausbildungsplatz, ein Mandat. „Quoten“, die sich an „Merkmalen“ orientieren, grenzen also ab, spielen gegeneinander aus. Kurz: Wer Differenzierung sät, wird auch Diskriminierung ernten, und wer *eine* Differenzierung setzt, wird hierarchisierte Ungleichheiten erzeugen.¹⁶

¹⁴ Guayatri Spivak, *Can the subaltern Speak? Postkolonialität und subalterne Artikulation*, (Übers. v. Alexander Joskowicz, Stefan Nowotny, mit einer Einleitung von Hito Steyerl, 2007).

¹⁵ Mai 2009 auf der Fashion-Week in Sao Paulo.

¹⁶ Ein Beispiel aus dem AGG ist § 20, der hinsichtlich der Religion, einer Behinderung, des Alters, der sexuellen Identität oder des Geschlechts Unterschiede am Markt zulässt, wenn dafür ein sachlicher Grund vorliegt (§ 20 Abs. 1). Als solche Gründe anerkennt das AGG insbesondere der Vermeidung von Gefahren oder Schäden, den Schutz der Intimsphäre oder der persönlichen Sicherheit und wieder die Selbstbestimmung von Religionsgemeinschaften, sowie (Abs. 2) bestimmte versicherungsmathematische Kalkulationen. Ausdrücklich nennt er aber auch Maßnahmen, mit denen „besondere Vorteile gewährt“ werden „und ein Interesse an der Durchsetzung der Gleichbehandlung fehlt“ (Nr. 3). Hier geht es also deutlich um Fördermaßnahmen, aber: die „Merkmale“ Rasse und Ethnizität werden nicht genannt. Der

Zudem werden in „Quoten“ Hoffnungen gesetzt, die sich so ohne weiteres nicht erfüllen. Jedenfalls da, wo es – rechtlich zwingend – um qualifikationsabhängige Quoten geht, zeigt sich, wie leicht es fällt, dann eben ungleiche Qualifikationen festzustellen, um die Quote nie zur Anwendung zu bringen. Dann verschiebt eine Quote das Problem – sinnvoller ist es, wie die Maßnahmen der Berliner Polizei¹⁷ und auch die Bemühungen der Feuerwehr zeigen - genau zu diskutieren, was wo Qualifikation bedeutet.

In einer symmetrischen und in einer essentialisierenden Vorstellung von positiven Maßnahmen liegen also große Probleme. Das sind Probleme für jede Arbeit gegen Diskriminierung, und spezifische Probleme im Recht. Dort ist dies als Dilemma der Differenz beschrieben worden.¹⁸ Nehmen wir das ernst, müssen wir durchaus immer wieder diskutieren, was es bedeutet, wenn das ADNB des TBB den Schwerpunkt auf Arbeit mit und für Menschen nicht-deutscher Herkunft und People Of Colour legt. Klar ist, dass Rassismus, also Merkmale wie Herkunft oder Hautfarbe, ebenso wie andere Markierungen von Ungleichheiten nie isoliert von Geschlecht und sexueller Identität, von Alter und Befähigung, von Glauben und Weltanschauung und was sich sonst noch hierarchisierend auswirkt, zu verstehen ist. Wir müssen uns also mit dem Zusammenwirken, aber auch mit der Hierarchie der Ungleichheiten zu befassen, um Diskriminierung und die Arbeit gegen sie mehrfach - intersektional, interdependent - zu begreifen.

Hier liegt auch – zumindest für mein Nachdenken über „positive Maßnahmen“ - das derzeit größte Problem. Die Herausforderung liegt darin, dass überhaupt nicht klar ist, wie sich denn ohne erneute Stigmatisierung juristisch eindeutig benennen ließe, auf wen sich positive Maßnahmen konkret beziehen sollen. Das AGG arbeitet mit „Merkmalen“ wie „Rasse“ und „Ethnizität“. Das ADNB spricht davon, für People of

Gesetzgeber hat an „Preisnachlässe oder andere Sonderkonditionen bei der Anbahnung, Durchführung oder Beendigung von Massengeschäften“ gedacht, die niemanden benachteiligen. Daran lässt sich eingedenk von Preiskalkulationen allerdings durchaus zweifeln. Das AGG geht aber davon aus, dass solche Maßnahmen zulässig sind. Eine positive Aktion, Benachteiligte umsonst in die Theater zu lassen, ins Kino, ins Schwimmbad, wäre also zulässig.

¹⁷ Die Berliner Polizei hat – so PolPräs Glietsch auf der Veranstaltung des ADNB - u.a. ihre Assessments umgestellt, also überprüft, inwiefern Auswahlkriterien mittelbar dazu führen, Migrant_innen aus der Polizei auszugrenzen. Dazu gehört folgende Formulierung zu Stellenausschreibungen: „Die Berliner Polizei, die als Hauptstadtpolizei bei ihrer Aufgabenerfüllung den vielfältigen Anforderungen einer multikulturellen Metropole Rechnung zu tragen hat, ist besonders an Bewerberinnen/Bewerbern interessiert, die über - möglichst muttersprachliche - Fremdsprachenkenntnisse verfügen, insbesondere Arabisch, Chinesisch, Englisch, Französisch, Italienisch, Kroatisch, Polnisch, Russisch, Serbisch, Spanisch, Tschechisch, Türkisch oder Vietnamesisch.“

¹⁸ Baer: Dilemmata im Recht und Gleichheit als Hierarchisierungsverbot - Der Abschied von Thelma und Louise, Kriminologisches Journal 4/1996, 242.

Colour und Menschen mit Migrationshintergrund oder Nicht-Deutsche zu arbeiten. Mit diesen Worten wird ja aber keine Gruppe markiert, sondern eine Wahrscheinlichkeit benannt, benachteiligt zu werden, die nur sehr grob bezeichnet werden kann. Unsere Erfahrungen sind eben nicht kollektiv identisch. Für die politische Arbeit mag daher diese Markierung von Benachteiligungswahrscheinlichkeiten (sie werden oft „Strukturen“ genannt) genügen.

Für die juristische Regulierung wirft der Bezug auf Gruppen, die keine sind, aber erhebliche Probleme auf. Der Gesetzgeber betont¹⁹, dass die Merkmale „Rasse“ und „Ethnizität“ selbst problematisch sind und begründet die Verwendung des Begriffs „Rasse“ damit, das stelle den Bezug auf Rassismus her, sei von der EU vorgegeben, auch im GG vorhanden und in einem „umfassenden Sinne zu verstehen“.²⁰ Was bedeutet das in Deutschland, für die Arbeit gegen Diskriminierung in Berlin? Sind Menschen „dunkler“ Hautfarbe gemeint, und nur diese, und was ist „dunkel“? Sind Menschen gemeint, die sich von der Normalvorstellung der Deutschen sichtbar unterscheiden – und wer genau ist das, da ja auch diese Normalvorstellung wechselt?

Muss sich also eine „positive Maßnahme“ in Berlin auf andere Merkmale beziehen als in, z.B., München? Muss sie sich in Schulen auf andere Menschen beziehen als im Lebensmittel-Einzelhandel, eine Maßnahme in der Politik auf andere Merkmale abstellen als eine Maßnahme im Sport? Jede Regelung, die positive Maßnahmen auf Merkmale bezieht, wird die Zielgruppe oft zu weit und manchmal zu eng fassen. Dann werden von der Maßnahme oft die erfasst, die es auch ohne sie schaffen würden.

¹⁹ Entwurf der Bundesregierung BT-Drs. 15/... S. 28: Es heisst: „Die Verwendung des Begriffs der „Rasse“ ist nicht unproblematisch“, unter Hinweis auf Göksu, Rassendiskriminierung beim Vertragsabschluss als Persönlichkeitsverletzung, Freiburg/CH 2003, S. 8 ff. doch wolle man – wieder im Einklang mit der EU mit „Rasse“ den sprachlichen Anknüpfungspunkt zu „Rassismus“ „und die hiermit verbundene Signalwirkung – nämlich die konsequente Bekämpfung rassistischer Tendenzen –, nutzen. In Übereinstimmung mit Erwägungsgrund 6 der RL 2000/43/EG weist der Gesetzgeber Theorien zurück, mit denen versucht wird, die Existenz verschiedener menschlicher Rassen zu belegen: „Die Verwendung des Begriffs „Rasse“ in der Antirassismusrichtlinie 2000/43/EG bedeutet keinesfalls eine Akzeptanz solcher Vorstellungen. Zur Klarstellung wurde daher – auch in Anlehnung an den Wortlaut des Artikels 13 des EG-Vertrags – die Formulierung „aus Gründen der Rasse“ und nicht die in Artikel 3 Abs. 3 GG verwandte Wendung „wegen seiner Rasse“ gewählt. Sie soll deutlich machen, dass nicht das Gesetz das Vorhandensein verschiedener menschlicher „Rassen“ voraussetzt, sondern dass derjenige, der sich rassistisch verhält, eben dies annimmt.“ Dasselbe gelte für das Merkmal der „ethnischen Herkunft“. Es sei in einem weiten Sinne zu verstehen, EG-rechtlich auszulegen und umfasse auch Kriterien, wie sie das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (CERD) vom 7. März 1966 (BGBl. 1969 II S. 961) nennt: Benachteiligungen auf Grund der Rasse, der Hautfarbe, der Abstammung, des nationalen Ursprungs oder des Volkstums (im Sinne des ethnischen Ursprungs). Dies gilt auch dann, wenn scheinbar auf die Staatsangehörigkeit oder Religion abgestellt wird, in der Sache aber die ethnische Zugehörigkeit gemeint ist.

²⁰ Ziel sei ein „möglichst lückenloser Schutz vor ethnisch motivierter Benachteiligung“. Das ist rechtlich falsch, denn Gleichstellungsrecht orientiert sich gerade nicht an Motiven oder Beweggründen, darf daher auch keinen Vorsatz verlangen.

Frauenförderung hat die Tendenz, gerade die Frauen zu fördern, die ansonsten eher privilegiert sind. Männerförderung lässt schwule oder behinderte Männer tendenziell außen vor. Und die Förderung von Muslimen privilegiert tendenziell Männer und zeigt einen konservativen Drall. Merkmalsbezogene positive Maßnahmen normieren, zementieren, essentialisieren und aktivieren Stereotype, und das in institutionell vermachteten Zusammenhängen. Wie sollen wir also nennen, was auch juristisch wahrgenommen, kompetent adressiert und was bekämpft werden soll? Warum nicht Recht – und damit auch Maßnahmen - gegen Rassismus, und damit, allgemeiner: postkategoriales Antidiskriminierungsrecht?²¹

Konsequenzen?

Juristisch signalisiert § 5 AGG also einige Schwierigkeiten. Gleichzeitig: Der Gesetzgeber sagt deutlich, dass „positive Maßnahmen“ grundsätzlich zulässig sind. Und europarechtlich ist klar, dass sie zulässig sind, wenn sie niemanden automatisch fördern, den Einzelfall ausreichend beachten und verhältnismäßig sind.²² Das entspricht mit Blick auf rassistisch markierte Menschen z.B. auch der Zielsetzung des Art. 2 Abs. 2 der Antirassismus- Konvention der Vereinten Nationen (CERD), die Deutschland seit langem ratifiziert hat. Das AGG erlaubt damit Fördermaßnahmen, jedenfalls unter bestimmten Bedingungen und auch für rassistisch Benachteiligte. Es ist aber eben durchaus ambivalent, weil es mit Merkmalen arbeitet, gruppistisches Denken begünstigt und „Unterscheidungen“ zulässt, also einer symmetrischen Illusion folgt. Die Diskussion um positive Maßnahmen muss sich daher sehr intensiv mit der Frage befassen, für wen genau da was genau getan werden soll.

Rechtlich stellt sich zudem die Frage, ob positive Maßnahmen nur ergriffen werden *dürfen*, oder ob sie auch ergriffen werden *müssen* – vom Staat, vom Arbeitgeber, von

²¹ Das gilt auch für das Merkmal Alter. Das AGG erlaubt eine unterschiedliche Behandlung auch hinsichtlich des Alters, wenn eine Maßnahme „objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt“ sowie „angemessen und erforderlich“ ist (§10). Danach dürfen Arbeitgeber also Menschen eines bestimmten Alters fördern, um die Personalstruktur zu diversifizieren. Das ist eine positive Maßnahme gegen Altersdiskriminierung, die allerdings nur auftritt, weil unser ganzer Lebenslauf durch Altersregeln institutionalisiert ist. Hier stellt sich die Frage, ob es überhaupt je sinnvoll ist, an ein biografisches Lebensalter anzuknüpfen. Sinnvoll könnte es vielmehr sein, sich wirklich immer an Leistungsfähigkeiten zu orientieren, also gerade ohne Blick auf das Alter. Auch dieses Beispiel dürfte zeigen, dass durchaus fraglich sein kann, ob jede Möglichkeit, auch Unterschiede zu machen, „positiv“ auf Gleichstellung und Pluralismus wirkt. Dahinter steht die Annahme, es gebe eine Unschuld in der Bezugnahme auf die Merkmale, die Benachteiligung indizieren. Ist das so? Gibt es eine Maßnahme zu Geschlecht, die nicht sexistisch wirkt, zu sexueller Orientierung, die nicht im heteronormativen Muster steht, zu Rasse, die nicht Rassismus ist? Ich bezweifle das.

²² Die rechtlichen Vorgaben sind für die Frauenförderung mittlerweile sehr differenziert und auf alle anderen „Merkmale“ übertragbar. Sie ergeben sich aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und finden im gesamten Gleichstellungsrecht Anwendung. Informationen finden sich u.a. bei www.stop-discrimination.info/1231.0.html.

Dienstleistenden etc.

Das AGG zwingt hier ausdrücklich zu nichts, es lässt nur zu. Es ist allerdings denkbar, erhöhten rechtlichen Druck aus dem Verfassungsrecht herzuleiten, also aus dem Grundgesetz und Landesverfassungen. Im Grundgesetz verpflichtet Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG den Staat seit 1994 ausdrücklich, aktiv auf die Gleichstellung von Männern und Frauen hinzuwirken. Es ist allerdings durchaus ernüchternd, dass eine geschlechtsbezogene Fördervorschrift für die Privatwirtschaft fehlt. Daneben suggeriert Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, dass gegen Behinderungen vorgegangen werden soll, was die UN-Konvention gegen Behinderungen von 2006, die seit 2009 verbindlich gilt, verstärkt. Hier tut der Gesetzgeber auch Einiges, nicht zuletzt auf Druck einer starken Lobby.

Nun ließe sich argumentieren, Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG stelle nur klar, dass Förderung in bestimmten Fällen das Mittel der Wahl sei, und dies gelte auch für anderen in Art. 3 genannten Merkmale. Dafür spricht, dass das Bundesverfassungsgericht aus dem Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG auch vor 1994 herausgelesen hat, dass der Staat durchaus zugunsten der Gleichstellung wirken darf²³. Eindeutig ist das alles nicht, aber das ist Recht ohnehin nie. Diskussionsgrundlagen finden sich im Verfassungsrecht aber durchaus.

Eine weitere Möglichkeit besteht darin, rechtspolitisch internationale Regeln stark zu machen. Das bisherige Recht der Europäischen Union ist diesbezüglich (andernorts ergeben sich daran Zweifel) umgesetzt. Seine Fortentwicklung wird seitens der deutschen Bundesregierung derzeit mit großen Vorbehalten gebremst; hier lässt sich rechtspolitisch intervenieren.²⁴ In aller Regel eröffnet die EU allerdings gerade bei positiven Maßnahmen lediglich Spielräume für Mitgliedstaaten; eine Verpflichtung ist gerade hier nicht zu erwarten.

Das gilt auch für internationales Recht („Völkerrecht“). Zwar gibt es zahlreiche Menschenrechtsverbürgungen gegen Diskriminierung, die auch gute Argumente für die Rechtspolitik liefern, denn immerhin gehört Deutschland meist zu den ersten Staaten, die ratifizieren. Herausragend ist hier die UN Konvention gegen Rassismus (CERD),

²³ Wichtige Entscheidungen des BVerfG behandelten die Witwenrente und dann das Nachtarbeitsverbot gegen Frauen; ausführlich dazu Ute Sacksofsky, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung (2. Aufl. (mit Nachtrag) 1996). Für Anregungen zu dieser Argumentation danke ich Nora Markard.

²⁴ Die Fortentwicklung läge in einer Harmonisierung des Schutzes hinsichtlich aller Merkmale für alle Anwendungsbereiche; vgl. Vorschlag für eine RICHTLINIE DES RATES zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, KOM(2008) 426 endgültig, v. 2. Juli 2008. Das Europäische Parlament hat dem Entwurf mit 363 zu 226 Stimmen am 2. April 2009 zugestimmt.

daneben die Konvention für Rechte der Frauen (CEDAW), der Kinder oder gegen Behinderungen. Zwingend durchsetzbare Vorgaben zur Förderung von Benachteiligten machen diese nicht; sie eröffnen Spielräume. Sie fordern aber auch Rechenschaft und enthalten Selbstverpflichtungen, auf die sich durchaus – politisch und anlässlich der Berichterstattungsverfahren vor den Ausschüssen der Vereinten Nationen - Bezug nehmen lässt.

Breiter diskutieren: Die Palette „positiver“ Maßnahmen

Neben dem kreativen Umgang mit Recht gibt es eine weitere Möglichkeit, mit der Frage nach positiven Maßnahmen und auch mit der Frage, wer dazu verpflichtet ist, besser umzugehen: „Positive Maßnahmen“ sind bislang oft viel zu eng gefasst, müssten also viel breiter diskutiert werden.

Positive Maßnahmen sind eigentlich all jene, die darauf zielen, zur Gleichstellung und Vielfalt ohne Ausgrenzung beizutragen. Sie sind „positiv“, weil und wenn sie einen Beitrag zum übergeordneten Ziel darstellen, Diskriminierung zu beenden. Die deutsche, bis zur Klärung auf europäischer Ebene sehr kontroverse und öffentlich fast nur hinsichtlich der geschlechtsbezogenen Ungleichheit geführte Debatte wurde demgegenüber weithin auf eine ganz bestimmte positive Maßnahme verkürzt, auf „die“ Frauenförderung. Diese wurde dann in meist feindseliger Absicht auch noch auf eine scheinbar formalmathematische Formel gebracht, die tendenziell immer ungerechte, mechanistisch klingende „Quote“. Bei positiven Maßnahmen geht es jedoch um weit mehr.

Radikaler gesagt: Es ist meines Erachtens unsinnig, positive Maßnahmen so eng zu fassen und von anderen – von welchen eigentlich: negativen Maßnahmen? - abzugrenzen. Ob ich Diskriminierung verbiete oder einen Menschen direkt fördere – entscheidend ist, bei wem, wann und wo eine Maßnahme ansetzt, wenn denn beides der Gleichstellung dient.

Sinnvoll ist es wohl, zeitlich zu differenzieren: Nachträgliche Maßnahmen – Beschwerden und Klagen, Schadensersatz für Verletzungen, Unterlassensanordnungen für die Zukunft – sind anders zu beurteilen als vorgängige Maßnahmen - proaktive, präventive Aufklärung usw. Sinnvoll scheint es daneben aber nicht, positive (nicht zwingende) von negativen (zwingenden?) Maßnahmen zu unterscheiden. Es ist produktiver zu fragen, wo, bei wem und wie genau Maßnahmen ansetzen. Daher schlage ich vor, nicht nur eine, sondern drei Typen positiver Maßnahmen zu diskutieren:

- Maßnahmen zur Ermächtigung Benachteiligter (empowerment),

- Maßnahmen zur Gestaltung von Entscheidungen (anti-bias, Antidiskriminierung i.e.S.), und
- Maßnahmen zur Gestaltung von Verhältnissen (Pluralismus).

Empowerment

Der erste Typ sind die Maßnahmen zur Ermächtigung, das *empowerment*. Es ist aus guten Gründen ein Prinzip der Arbeit des ADNB im TBB und zielt darauf, Menschen, die diskriminiert werden, also Benachteiligungen erfahren, zu stärken. Dazu gehört die „Förderung“ – aber eben die ermächtigende, nicht die paternalistische - z.B. eben des ADNB mit öffentlichen Geldern. Das sind auch Maßnahmen zur Stärkung von Netzwerken oder Vereinigungen. Dazu gehören auch Bildungs- und Qualifizierungsmaßnahmen. Sie setzen in erster Linie direkt bei Benachteiligten an. Es können aber auch Maßnahmen sein, die Privilegierte dazu bringen, sich mit Diskriminierung auseinander zu setzen, um zu verstehen, wie Benachteiligte ermächtigt werden können und wollen.

Ermächtigungsmaßnahmen sind im Bereich der Erwerbsarbeit ebenso sinnvoll wie in der Sozial- oder Bildungspolitik, der Familien- oder Gesundheitspolitik, der Infrastruktur- und Regionalpolitik – um nicht mehr über Andere, sondern miteinander zu sprechen – *let the subaltern speak* -, um Wirklichkeiten nicht als symmetrische, sondern auch als ungleiche Verhältnisse begreifen zu können. Das ist eine Querschnittsaufgabe demokratischer Politik im aktivierenden Gewährleistungsstaat.

Gestaltung von Entscheidungen

Der zweite Typ positiver Maßnahmen zur Gleichstellung sind Maßnahmen zur Gestaltung von Entscheidungen, also anti-bias, Antidiskriminierung im engeren Sinne. Sie wenden sich direkt an Menschen mit Entscheidungsmacht, um diese dazu zu bringen, gerecht zu be/urteilen. Das zielt auf alle Menschen, die Macht haben und (auch) so privilegiert sind. Entscheidungsbezogene Maßnahmen sind Verbote diskriminierender Entscheidungen mit Sanktionen (z.B. bei Auswahl, Einstellung, Beförderung, aber auch Benotung usw), Trainings für Personalauswahl oder – beurteilung, Aus- und Fortbildung für Lehrende, strategische und fachliche Kompetenzentwicklung für Politik und Verwaltung usw.

Solche Maßnahmen sind für die Erwerbsarbeit wichtig – Ausbildung, Einstellung, Beförderung, Kündigungsschutz –, was sich auch mit der Häufung dieses Lebensbereichs im Beschwerdebild des ADNB deckt. Aber Entscheidungen werden auch in der Politik, im Ehrenamt, in der Bildung usw. gefällt. Auch hier sind Maßnahmen gegen Vorurteile eine Querschnittsaufgabe.

Gestaltung von Verhältnissen

Der dritte Typ positiver Maßnahmen gegen Diskriminierung sind Maßnahmen zur Gestaltung von Verhältnissen mit dem Ziel der Pluralität. Offiziell heißt das Ziel „Gleichstellung“ oder „Integration“ oder „Diversität“ bzw. „Vielfalt“; ich denke an Pluralität, weil ich nicht bestimmte Unterschiede betonen will, sondern unzählige Lebensentwürfe ermöglichen möchte. Solche Maßnahmen zielen darauf, bestimmte Ergebnisse abzusichern, also die Resultate der Entscheidungen. Sie adressieren wieder Menschen mit Entscheidungsmacht (und deshalb sind viele dieser Versuche auch nur sehr bedingt wirksam), wie die Entscheidungsvorgaben, bei gleicher Qualifikation – oder im öffentlichen Dienst: bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung – im Zweifel zugunsten der Unterrepräsentierten – eigentlich: Benachteiligter - zu entscheiden und nicht mehr wie bislang im Zweifel zugunsten der Passung ins Privileg (das ist „die Quote“).

Solche Gestaltungsmaßnahmen sind in der Erwerbsarbeit wichtig und bekannt - deutlich für Schwerbehinderte, weiter kontrovers für Frauen, laut gefordert für Männer, diskutiert für rassistisch benachteiligte Menschen, Migrantinnen und auch Migranten, so und anders Benachteiligte.²⁵ Dann müssen sie qualifikationsabhängig gestaltet werden.

Solche Vorgaben können sich aber auch auf Repräsentation oder Ressourcen beziehen. Dann kommt es nicht immer auf Qualifikationen an. Diese „Quoten“ oder Vorgaben zu „Parität“ richten sie sich an Organisationen, z.B. im Rahmen der Vergabe öffentlicher Gelder²⁶ oder durch die Pflicht, Beschwerdestellen einzurichten. Weiter können sie Orte eröffnen, z.B. durch die Überlassung von Räumen an Menschen, die bislang dort keinen Ort haben. Weitere Beispiele sind Quotierungen z.B. von Ausbildungsplätzen oder Vorgaben zur Zusammensetzung von Gremien, zu Kandidaturlisten. Vorgaben für pluralistische Verhältnisse.

Passendes wählen

Die zentrale Herausforderung guter Antidiskriminierungspolitik liegt darin, sich aus der Palette positiver Maßnahmen gegen Diskriminierung das Passende auszusuchen. Dazu müssen wir wissen, was warum passt, und um das zu beurteilen, müssen wir

²⁵ Die quantifizierten Zielvorgaben für eine gleichstellungsorientierte Personalentwicklung in der Wissenschaft der DFG adressieren vorsichtig mehr als das Geschlechterverhältnis.

²⁶ Vgl. dazu das Gutachten Baer mit Ipek Ölcüm, Diskriminierungsschutz im Rahmen der Öffentlichen Auftragsvergabe (für die LADS Berlin, 2008), online unter www.berlin.de/imperia/md/content/lb_ads/lads_gutachten_vergabe.pdf.

wissen, was wie wirkt, welche Vorteile mit sich bringt und welche Nachteile erzeugt. Genau da lauern die Probleme, die ich zu benennen versucht habe: Gerade Fördermaßnahmen sind weithin und meist doppelgesichtig. Sie verfestigen im Zuge eines problematischen Gruppismus oft, was individuell sehr unterschiedlich erlebt wird. Sie sind mit dem Dilemma der Differenz konfrontiert, mit dem symmetrischen Bezug auf Unterschiede, die doch eigentlich nicht mehr entscheidend sein sollen, weil sie Benachteiligung bzw. Privilegierung bedeuten.

Recht ist eine wichtige Ressource, um gegen Diskriminierung vorzugehen. Aber in den Foren des Rechts und an den Orten juristischen Entscheidens – also in Verwaltungen und anderen Trägern von Hoheitsgewalt und in Gerichten, aber auch in den vorgelagerten Stufen der Beratung und Verhandlungen – müssen wir immer wieder klären, warum aus der Palette der „positiven Maßnahmen“ was genau zulässig und auch richtig sein soll. Wir können und sollten nicht naiv fordern, was sich dann kontraproduktiv auswirkt. Eine Hierarchie der Ungleichheiten ist nicht akzeptabel.²⁷ Wir müssen intensiv diskutieren, wozu Akteure gezwungen sein sollten, oft weit jenseits von Quotierungsdiskussionen. Das AGG zwingt bereits zum vorurteilsfreien, nicht diskriminierenden Handeln, es ermöglicht eine Ermächtigungspolitik und es lässt unter bestimmten Bedingungen auch Entscheidungs- und Zielvorgaben zu.²⁸ Genügt das für gute Maßnahmen gegen Rassismus, die Benachteiligte ermächtigen, Entscheidungen verändern, Verhältnisse gestalten? Wir suchen wirksame und nicht durch die Hintertür wieder ausgrenzende Regeln für Menschen gegen Diskriminierung. Das AGG ermöglicht hier Vieles. Der Gesetzgeber könnte – im Bund und in den Ländern - deutlicher und sollte auch schlauer werden. Auch unsere Debatten werden mit entscheiden, was dann auch rechtlich zu erreichen ist.

²⁷ Dazu Baer, Ungleichheit der Gleichheiten? Zur Hierarchisierung von Diskriminierungsverboten, in: Universalität - Schutzmechanismen – Diskriminierungsverbote (Hg. v. Eckart Klein/Christoph Menke, 2008), S. 421-450.

²⁸ Das gilt in der Erwerbsarbeit bei allen Merkmalen „wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist.“ (§ 8) Damit lassen sich Zielvorgaben sachlich rechtfertigen, also z.B. das multikulturelle Team des ADNB für eben diese Arbeit. Nicht zulässig sind jedoch tätigkeitsunabhängige Vorgaben zur Chancengerechtigkeit in allen Lebensbereichen, also eine allgemeine Förderklausel nur um des Merkmals willen.