

public services struggle. In the wake of Brexit and Lockdown pressures, it is essential to stop regression on the already snail-pace progress on closing the gap.

### Recovery Funding

The UK, just like the EU, is pumping vast amounts of money into the economy to save it from the worst collapse in living memory. The European Women's Lobby has called for 50% of EU recovery funding to be aimed at women and girls. Feminist economics is smart economics: post-conflict and disaster responses are most effective when women are at the decision-making table and given adequate financial resources for their full engagement in societies. COVID-19 highlighted the need for care and frontline workers – mainly (ethnic minority) women – with their life-threatening and low-income status. Moving towards a feminist state requires recognition and

transformative policies, including financial resources – post Brexit more than ever.

\*\*\*

It is a mistake to assume that COVID-19 overshadows or nullifies the impact of Brexit. The effects of these crises on women and girls are both vast and deeply connected. Disrupting the pattern of gender-blind policies of the 2008 financial crash, Brexit and COVID-19, where women shoulder the bulk of the economic burden of crises, is the key to an egalitarian economic recovery fit for the 21<sup>st</sup> century. Self-exclusion from the EU Gender Equality Strategy and EU Recovery Package by the UK government does not have to mean isolation for UK women and equality organizations from their EU allies. We must push forward together to make our goals a reality for ourselves and our daughters rather than our granddaughters.

DOI: 10.5771/1866-377X-2020-3-110

## Europäisches Antidiskriminierungsrecht in Deutschland: Gleichstellung der Geschlechter beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen

### Prof. Dr. Ulrike Lembke

Professorin für Öffentliches Recht und Geschlechterstudien an der Humboldt-Universität zu Berlin, Vorsitzende der Kommission Europa- und Völkerrecht

### Farnaz Nasiriamini

Freie Journalistin und Autorin, Mitglied der Kommission Europa- und Völkerrecht

In Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien (2002/73/EG, 2004/113/EG) verspricht das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) Schutz vor Geschlechtsdiskriminierung im Arbeitsleben und beim Zugang zum Beruf, im Bereich der sozialen Sicherung, in Bezug auf Bildung sowie beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen. Tatsächlich ist der Schutz aber weitgehend auf das Arbeitsleben beschränkt und die Mindestanforderungen der Richtlinie 2004/113/EG für die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen sind nicht umgesetzt. Dies verstößt gegen europäisches Recht, wird aber in Deutschland kaum thematisiert, da das Arbeitsleben im Fokus steht und die Rechtsmobilisierung gegen Geschlechtsdiskriminierung im Zivilrechtsverkehr sich als schwierig erweist. Doch gerade Mikro-Diskriminierungen können sich im Laufe eines Frauenlebens durchaus summieren und die Nicht-Thematisierung normalisiert Diskriminierung auf Grund des Geschlechts im Alltag.

### Was verlangt Richtlinie 2004/113/EG?

Die Richtlinie 2004/113/EG zielt auf die Bekämpfung geschlechtsspezifischer Diskriminierungen beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, um den Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in allen Mitgliedstaaten umzusetzen. Nach Art. 3 Abs. 1 gilt das Diskriminierungsverbot für alle Personen, die Güter und Dienstleistungen bereitstellen, die der Öffentlichkeit ohne Ansehen der Person zur Verfügung stehen, und zwar in öffentlichen und privaten Bereichen, einschließlich öffentlicher Stellen, und die außerhalb des Privat- und Familienlebens angeboten werden. Verboten sind gemäß Art. 2 und 4 unmittelbare und mittelbare Benachteiligungen auf Grund des Geschlechts, Belästigung und sexuelle Belästigung sowie Anweisung zur Diskriminierung. Die Durchsetzung der Diskriminierungsverbote soll durch die Regelungen in Art. 8 ff. garantiert werden, welche effektiven Rechtszugang für Betroffene, Unterstützung durch Verbände, Beweislast erleichterung, Viktimisierungsverbot sowie wirksame und abschreckende Sanktionen umfassen.

### Und was leisten §§ 19 ff. AGG?

In §§ 19 ff. AGG scheinen zunächst großzügige Regelungen verankert: Obwohl im Bereich von Gütern und Dienstleistungen explizite Diskriminierungsverbote nur in Bezug auf Rassismus (RL 2000/43/EG) und Geschlecht (RL 2004/113/EG) bestanden, soll der Diskriminierungsschutz auch für Religion, Behinderung, Alter oder sexuelle Identität gelten. Doch die massiv geäußerten

Vorbehalte aus der deutschen Zivilrechtslehre, welche einen Angriff auf die Vertragsfreiheit fürchtete,<sup>1</sup> sind nicht ohne Wirkung geblieben. Der Anwendungsbereich von §§ 19 ff. AGG ist auf sog. „Massengeschäfte“ beschränkt, Angebote öffentlicher Stellen sind nicht erfasst, der Schutz vor Diskriminierung auf Grund von Schwangerschaft und Mutterschaft fehlt ebenso wie Schutz vor sexueller Belästigung, weite Rechtfertigungsmöglichkeiten greifen und die Rechtsmobilisierung wird nicht eben erleichtert.<sup>2</sup> Dies ist jedenfalls bezüglich rassistischer wie Geschlechtsdiskriminierung unvereinbar mit europäischem Diskriminierungsrecht.

### Kein Schutz bei Schwangerschaft und Mutterschaft

Art. 4 Abs. 1a der RL 2004/113/EG stellt klar, dass auch Diskriminierung auf Grund von Schwangerschaft oder Mutterschaft als unmittelbare Geschlechtsdiskriminierung vom Schutzbereich umfasst ist. Dagegen beschränkt § 3 Abs. 1 S. 2 AGG diesen Schutz unionsrechtswidrig auf das Arbeitsleben. Zunächst sanktionslos kann daher stillenden Müttern der Zugang zu Geschäften und Gastronomie verwehrt werden.<sup>3</sup> So wurde in der Vergangenheit einer Frau im ICE-Bordrestaurant verboten, ihr Kind zu stillen.<sup>4</sup> Auch ein Cafébesitzer im Berliner Prenzlauer Berg hat mit Verweis auf sein Hausrecht eine stillende Mutter aufgefordert, sein Café zu verlassen.<sup>5</sup> Rechtsbehelfe wurden hiergegen nicht angestrengt, weshalb bis heute Urteile fehlen. Grundlegender ist aber zu fragen, ob nicht auch strukturelle Maßnahmen auf Ebene des Gaststätten- und Gewerberechts<sup>6</sup> ergriffen werden müssen, um Frauen den Zugang zu öffentlichen Räumen durch diskriminierungsfreien Zugang zu Gütern und Dienstleistungen zu ermöglichen. Dass das AGG angepasst werden muss, liegt auf der Hand.

### Kein Schutz vor sexueller Belästigung

Gleicher Anpassungsbedarf gilt bezüglich der Begrenzung des Schutzes vor sexueller Belästigung auf das Arbeitsleben durch § 3 Abs. 4 AGG. In Art. 2 d) und Art. 4 Abs. 3 der RL 2004/113/EG ist unmissverständlich klargestellt, dass sexuelle Belästigung beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen eine verbotene Geschlechtsdiskriminierung darstellt. Ob im Club oder in der Gaststätte, beim Friseur oder in der Fahrschule, in der Sauna oder im Gesundheitsbereich – der Schutz vor sexueller Belästigung ist unabdingbar für einen diskriminierungsfreien Marktzugang.

### Gender Pricing: Alltägliche Diskriminierung summiert sich

Geschlechtsdiskriminierung im Bereich von Gütern und Dienstleistungen wird selten skandalisiert, insbesondere, weil die konkreten finanziellen Einbußen oft so gering sind. Doch auch geringe Mehrbeträge für „Frauenrasierer“, „Frauhaarschnitte“ oder Reinigung von „Frauenblusen“ können sich im Laufe eines Frauenlebens summieren, was sich mit Blick auf die 20%-Lücke beim Einkommen quasi doppelt auswirkt. Preisliche Benachteiligungen können Frauen in allen Lebensbereichen begegnen, so etwa beim Kauf von Gütern im Einzelhandel wie Bekleidung oder Körperpflegeprodukten oder bei Dienstleistungen wie Friseurleistungen.<sup>7</sup>

Iris an der Heiden und Maria Wersig haben 2017 in einer umfassenden Studie den Beleg für die weite Verbreitung von

Preisdifferenzierungen nach Geschlecht („Gender Pricing“) in Deutschland erbracht, wonach Anbieter\*innen systematisch gleiche Leistungen mit divergierenden Preisen versehen, je nachdem, ob Männer oder Frauen sie kaufen sollen.<sup>8</sup> Für 59 % aller 381 ermittelten Standarddienstleistungen zahlten Frauen mehr, vor allem beim Friseur<sup>9</sup> oder in der Reinigung. Bei Waren ist die Ungleichheit etwas geringer, aber summiert sich über die Jahre ebenfalls zu Lasten von Frauen.

Wie wenig Veränderungsbereitschaft in diesem Bereich besteht, zeigt auch die Geschichte der Diskriminierungen bei privaten Versicherungsverträgen. Obwohl § 20 Abs. 2 S. 1 AGG eine unterschiedliche Behandlung wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft eindeutig ausschließt, mussten Gerichte hierüber nochmals entscheiden.<sup>10</sup> Strukturelle „Ausnahmen“ insbesondere zum Nachteil von weiblichen Versicherten wurden erst durch ein Machtwort des EuGH im *Test Achats*-Urteil<sup>11</sup> beendet, und die privaten Versicherungen in Deutschland stellten Gleichheit einfach dadurch her, dass sie die Prämien für alle Geschlechter erhöhten.<sup>12</sup>

### Barrieren für die Rechtsdurchsetzung

Geschlechtsdiskriminierung beim Zugang zu Gütern oder Dienstleistungen ist alltäglich, aber wird kaum jemals vor Gericht gebracht. Gewöhnung und rechtliche Privilegierung halten davon ab. Einmal mehr unionsrechtswidrig, soll nach § 20 Abs. 1 AGG ein sachlicher Grund als solcher für die Benachteiligung wegen des Geschlechts beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen genügen, ohne dass die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme oder ein möglicher *gender bias* des „sachlichen Grundes“ geprüft werden müssten. Hinzu kommen andere Barrieren: Zu gering sind in der Regel die Streitwerte und zu groß die Gefahr für die individuellen Klägerinnen, auf den Prozesskosten sitzen zu bleiben. Die Frist von zwei Monaten gemäß § 21 Abs. 5 AGG zur Geltendmachung der Ansprüche ist zu kurz.<sup>13</sup>

1 Analyse und Kritik von Baer, ZRP 2002, S. 290-294.

2 Hierzu Lembke, APuZ 2016, S. 11 (15), <https://www.bpb.de/apuz/221575/europaeisches-antidiskriminierungsrecht-in-deutschland>.

3 Siehe Remus, djbZ 2017, S. 10-11.

4 Hannoversche Allgemeine vom 25.09.2015, <https://www.haz.de/Hannover/Aus-der-Stadt/Uebersicht/Mutter-darf-Kind-nicht-im-Bordrestaurant-stillen>.

5 Die WELT vom 18.02.2016, <https://www.welt.de/vermishtes/article152372060/Streit-ums-Stillen-in-Berliner-Kaffeehaus.html>.

6 § 12 BremGastG und § 11 NGastG sanktionieren Diskriminierungen beim Zugang zu Gastronomie als Ordnungswidrigkeit, wobei Geschlechtsdiskriminierungen (noch) nicht erfasst sind.

7 Wersig, Fälle zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2017, S. 22.

8 An der Heiden/Wersig (Hg.), Preisdifferenzierung nach Geschlecht, ADS Berlin 2017, abrufbar unter: [https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Expertisen/Expertise\\_Preisdifferenzierung\\_nach\\_Geschlecht.pdf](https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Expertisen/Expertise_Preisdifferenzierung_nach_Geschlecht.pdf).

9 Für Kurzhaarfrisuren müssen Frauen beispielsweise im Schnitt 12,50 Euro mehr bezahlen als Männer.

10 Siehe nur OLG Hamm vom 12.01.2011, 20 U 102/10.

11 EuGH vom 01.03.2011, Rs. C-236/09, NJW 2011, 907.

12 Lembke (Fn. 2), S. 11 (16); Purnhagen, NJW 2013, S. 113-118.

13 Siehe nur OLG Hamm vom 12.01.2011, 20 U 102/10.

Die Beweislast erleichterung nach § 22 AGG hilft wenig, wenn es um Strukturen wie Gender Pricing geht, deren nur ansatzweise Aufklärung individuellen Klägerinnen<sup>14</sup> unmöglich sein dürfte. Die Konstellation massenhafter, für sich jeweils geringer, Schadensfälle hat im Verbraucherschutzrecht zur Forderung nach kollektiven Rechtsschutzmöglichkeiten wie Gruppenklagen und Musterprozessen geführt.<sup>15</sup> Der diskriminierungsfreie Zugang zu Gütern und Dienstleistungen kann durchaus als Frage effektiven Verbraucherschutzes verstanden werden. Das Verbot der Geschlechtsdiskriminierung ist auch für sich geltendes Recht und sollte kein leeres Versprechen bleiben.

### Europäisches Antidiskriminierungsrecht umsetzen!

Deutschland ist gern Lehrmeister Europas, obwohl es immer überzeugender ist, durch Vorbild zu wirken. Nach anderthalb

Jahrzehnten ist es an der Zeit, endlich die Richtlinie 2004/113/EG in nationales Recht umzusetzen. Doch dies ist nicht genug. Geschlechtsdiskriminierung beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen und damit in einem wesentlichen Teil des Alltags darf keine traurige Normalität bleiben, sondern ist rechtlich effektiv zu bekämpfen. Das europäische Antidiskriminierungsrecht gibt hier wesentliche Impulse.

14 Vgl. *Fuchs/Konstatzky/Liebscher/Berghahn*, KJ 2009, S. 253-270, zur Durchsetzung von Lohngleichheit.

15 Dazu *Keßler*, ZRP 2016, S. 2-4; *Weber*, VuR 2013, S. 323-332; zum Erfordernis kollektiver Rechtsmobilisierung auch im AGG: *Berghahn/Klapp/Tischbirek*, Evaluation des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, ADS 2016, S. 159 ff.

DOI: 10.5771/1866-377X-2020-3-112

## Geschlechtsspezifische Gewalt im Asylverfahren

**Anne Pertsch**

Juristin bei Equal Rights Beyond Borders, Mitglied der Kommission Europa- und Völkerrecht

**Farnaz Nasiriamini**

Freie Journalistin und Autorin, Mitglied der Kommission Europa- und Völkerrecht

Geschlechtsspezifische Gewalt kann im Fluchtkontext in unterschiedlichen Situationen stattfinden, was zu stark divergierender Berücksichtigung im Asylverfahren unter dem Besitzstand<sup>1</sup> der Europäischen Union (EU) und den Regelungen der Mitgliedstaaten führt.

### Geschlechtsspezifische Gewalt als Fluchtgrund

Art. 1A Nr. 2 Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) legt fest, dass als „Flüchtling“ gilt, wer sich aus begründeter Furcht vor Verfolgung aus rassistischen Gründen, aufgrund der Religion, Nationalität, politischen Überzeugung oder Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe im Herkunftsstaat nun in einem anderen Land befindet. Geschlechtsspezifische Verfolgung liegt vor, wenn die Verfolgung an das Geschlecht oder die Geschlechtsidentität anknüpft. Auch wenn 1951 bei der Verabschiedung der GFK das Geschlecht nicht bedacht und der „Flüchtlingsbegriff“ primär männlich interpretiert wurde, wurde die Verfolgung aufgrund des Geschlechts im Laufe der weiteren Konkretisierung der Verfolgungsgründe der „Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe“ zugeordnet.

Zur geschlechtsspezifischen Verfolgung gehören innerhalb staatlicher Strukturen im Herkunftsland ausgeübte sexuelle Gewalt sowie Verfolgungsmaßnahmen des Staates, die allein an das Geschlecht anknüpfen. Geht die Verfolgung hingegen von Privatpersonen aus, muss neben der Erheblichkeit der Ver-

folgung festgestellt werden, dass der Staat und seine Organe nicht willens oder nicht in der Lage sind, vor dieser zu schützen. Der Besitzstand der EU orientiert sich an den Vorgaben und Auslegungen der GFK. So legt die Richtlinie 2011/95/EU (Qualifikationsrichtlinie) fest, dass die Anwendung physischer oder psychischer Gewalt, einschließlich sexueller Gewalt sowie Handlungen, die an die Geschlechtszugehörigkeit anknüpfen, als Verfolgung aufgrund der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe anzusehen sind.<sup>2</sup>

Obwohl sexuelle Gewalt als Form geschlechtsspezifischer Verfolgung in der Theorie rechtlich somit anerkannt ist, fehlt es in der bürokratischen Praxis von Asylverfahren oft an Sensibilität und Verständnis. Auch mangelt es oftmals bereits an der Kenntnis der Betroffenen über die asylrechtliche Relevanz des Widerfahrens. Das Tabu, über die erfahrene Gewalt zu sprechen, sowie die oftmals folgende Stigmatisierung führen dazu, dass viele Formen sexueller Gewalt gar nicht erst angesprochen werden.

Das Europäische Parlament stellte im März 2016 fest, dass weiterhin die besonderen Formen geschlechtsspezifischer Verfolgung, denen Frauen\* ausgesetzt sind, allzu oft von den Mitgliedstaaten nicht anerkannt würden. Es bestünden gravierende Mängel bei der Behandlung von asylsuchenden Frauen\*, obwohl diese gerade davor geschützt sein sollten, im Asylverfahren erneut zum Opfer gemacht zu werden.<sup>3</sup> Das Parlament betonte explizit,

1 Besitzstand der EU umschreibt die Gesamtheit des gültigen EU-Rechts.

2 Art. 9 Abs. 2 lit. a, f, Art. 10 Abs. 1 lit. d Richtlinie 2011/95/EU. Deutschland hat dies – bzgl. geschlechtsspezifischer Verfolgung – in § 3a Abs. 2 Nr. 1, 6, § 3b Abs. 1 Nr. 4 Asylgesetz umgesetzt.

3 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 8. März 2016 zu der Lage weiblicher Flüchtlinge und Asylsuchender in der EU (2015/2325(INI)), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX%3A52016IP0073>.