

## „Rasse“ und „ethnische Herkunft“ als Merkmale des AGG

Doris Feldmann, Jochen Hoffmann, Annette Keilhauer, Renate Liebold\*

A. Allgemeines .....	23	VII. Konkretisierung des Rassebegriffs anhand objektiver Kriterien .....	34
B. „Rasse“ und Ethnizität .....	25	C. „Ethnische Herkunft“ und ethnische Zugehörigkeit .....	35
I. Die internationale Diversität der Begriffsverwendung von „race“ und „ethnicity“ .....	25	I. Ethnizität in Abgrenzung zu „Rasse“ .....	35
II. „Rasse“ als programmatischer Begriff zur Zurückweisung von Ras- sismus .....	26	II. Primordialistischer und konstruktivi- stischer Begriff von Ethnizität .....	36
III. „Race“ in der anglo-amerikanischen Diskussion .....	27	III. Schlussfolgerungen für die Ausle- gung des Rechtsbegriffs der „ethni- schen Herkunft“ .....	39
IV. „Race“ in der französischen Diskus- sion .....	29	IV. Diskriminierung ethnischer Unter- gruppen .....	42
V. Der Rassebegriff der Antirassismus- richtlinie .....	31	D. Fazit .....	46
VI. Der Rassebegriff des AGG in der bisherigen Diskussion .....	32		

*Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) enthält – anders als sein Titel impliziert – kein allgemeines Diskriminierungsverbot. Vielmehr werden nur Ungleichbehandlungen „aus Gründen“ bzw. „wegen“ bestimmter Merkmale verboten, die in § 1 AGG enumerativ aufgezählt sind. Zu diesen verbotenen Differenzierungsmerkmalen zählen die „Rasse“ und die „ethnische Herkunft“. Beide Begriffe erscheinen als höchst auslegungsbedürftig: Das Bestehen unterschiedlicher menschlicher „Rassen“ wird vom Gesetzgeber zwar negiert, aber die Verwendung als Rechtsbegriff zwingt zur Klärung, wann eine Differenzierung aus Gründen der „Rasse“ erfolgt; der Begriff der „ethnischen Herkunft“ impliziert, dass die Zugehörigkeit zu einer Ethnie eine Frage der Herkunft ist, was auf ein statisches und exklusives Begriffsverständnis hindeutet, obwohl heute überwiegend davon ausgegangen wird, dass ethnische Zugehörigkeit veränderlich und nicht-exklusiv ist. Ziel des Beitrags ist daher die Entwicklung eines Konzepts für die Auslegung dieser Begriffe auf interdisziplinärer Grundlage.*

### A. Allgemeines

Will man sich den Rechtsbegriffen „Rasse“ und „ethnische Herkunft“ nähern, muss man zunächst ihre Funktion in § 1 AGG verdeutlichen. Die Vorschrift definiert die Zielsetzung des AGG und regelt, dass die im Gesetz enthaltenen Verbote

\* Die Verfasser sind Mitglieder des Vorstands des Interdisziplinären Zentrums Gender – Differenz – Diversität an der FAU Erlangen-Nürnberg. Die Autorin Prof. Dr. Doris Feldmann ist Inhaberin des Lehrstuhls für Anglistik, insbesondere Literatur- und Kulturwissenschaft, der Autor Prof. Dr. Jochen Hoffmann ist Inhaber des Lehrstuhls für Wirtschaftsprivatrecht, die Autorin Prof. Dr. Annette Keilhauer ist Professorin am Institut für Romanistik, die Autorin Prof. Dr. Renate Liebold ist Professorin am Institut für Soziologie, alle an der FAU Erlangen-Nürnberg.

(insbesondere §§ 7, 11, 19 AGG) nur Diskriminierungen aufgrund bestimmter Merkmale erfassen, während Ungleichbehandlungen aus anderen Gründen erlaubt bleiben. Diese Merkmale haben gemeinsam, dass sie differenzbegründend sind, also die Zugehörigkeit zu unterschiedlichen gesellschaftlichen Gruppen bestimmen, so dass Benachteiligungen eines vom Diskriminierenden als „anders“ empfundenen Personenkreises bekämpft werden sollen.

Aus einer kulturwissenschaftlichen Perspektive gehören Begriffe wie Ethnizität und – mit einigen Abstrichen – „Rasse“ in eine Reihe kultureller Differenzen (wie Geschlecht, soziale Schicht, Alter, sexuelle Orientierung, Religionszugehörigkeit usw.), welche die gesellschaftliche Ausdifferenzierung anzeigen. Kulturelle Identitäten bilden sich nämlich nicht nur über „positive“ Identifikationsangebote, sondern – insbesondere in modernen Gesellschaften – immer auch über Abgrenzungen. So dient die Artikulation von Differenz vor allem dazu, Identität zu konstruieren: Ein (individuelles oder kollektives) „Selbst“ definiert sich relational über Alterität, das heißt über eine komplementäre, auf das Eigene hin konzipierte Andersartigkeit.<sup>1</sup>

Solche relationalen Grenzziehungen können, insbesondere in Verbindung mit binären Oppositionen (z. B. „weiß“/„schwarz“), stark hierarchisierend wirken: Sie können zu Abgrenzungen und Distanzierungen führen, die mit negativen Stereotypen und Diskriminierung einhergehen (z. B. in Form von Misogynie, Xenophobie, Rassismus). Demgegenüber werden kulturelle Differenzen auch als Strategie im Sinne einer Identitätspolitik verwendet, um Handlungsmacht zu erlangen und politisch-rechtliche Anerkennung zu finden (so z. B. ab den 1960er Jahren im Rahmen politisch-sozialer Bewegungen wie der Frauenrechts- oder, vor allem in den USA, der Bürgerrechtsbewegung). Grundsätzlich sind alle Arten von Differenz also dynamische Konstruktionen, die in spezifische Machtbeziehungen eingebettet sind; das heißt, sie sind jeweils gesellschaftsbezogen zu verstehen und inhaltlich fortlaufend (neu) zu konkretisieren.<sup>2</sup>

Für die Begriffe „Rasse“ und „ethnische Herkunft“ folgt daraus, dass Bedeutung und Inhalt als Differenzierungskriterien an sich stark kontextabhängig und wandelbar erscheinen, wobei insbesondere eine internationale Diversität der Begriffsverwendung (siehe B. I.) zu beobachten ist. Als unbestimmte Rechtsbegriffe bedürfen sie jedoch einer weitgehend kontextunabhängigen und (aufgrund der Herkunft aus der Antirassismusrichtlinie)<sup>3</sup> europaweit einheitlichen Konkretisierung. Von

1 Demgegenüber wird das „Fremde“ als für das Eigene (zunächst) nicht anschlussfähig betrachtet. Siehe hierzu D. Feldmann/N. Böhm, Alterität, in: O. Wischmeyer (Hrsg.), Lexikon der Bibelhermeneutik, Berlin 2009, S. 10 (10 f.).

2 D. Feldmann, Differenzen ohne Ende? Möglichkeiten und Grenzen der Differenzkategorie aus kultur- und literaturwissenschaftlicher Sicht, in: C. Alvarado/P. Erchinger (Hrsg.), Identität und Unterschied. Zur Theorie von Kultur, Differenz und Transdifferenz, Bielefeld 2010, S. 59 (59 ff.).

3 Richtlinie 2000/43/EG, Abl. EG 2000, L 180/22.

besonderer Bedeutung ist dabei, das Verhältnis beider Begriffe zueinander zu klären, um die Abgrenzung zwischen den Merkmalen „Rasse“ und „ethnische Herkunft“ gewährleisten zu können.

## B. „Rasse“ und Ethnizität

### I. Die internationale Diversität der Begriffsverwendung von „race“ und „ethnicity“

Die international unterschiedlichen Begriffsverwendungen und vor allem die stark differierenden Abgrenzungen zwischen „Rasse“ bzw. „race“ einerseits und „Ethnizität“ bzw. „ethnicity“ andererseits werden sichtbar, wenn man die Kategorien betrachtet, die für die statistische Erfassung der Bevölkerungszusammensetzung in verschiedenen Staaten verwendet werden. Im Jahr 2008 hat *Ann Morning* die erste breite internationale Studie zur Rolle ethnischer Klassifizierungen in Volkszählungen veröffentlicht. Diese dokumentiert die große Bandbreite an Selbstzuschreibungen, aber auch die teilweise methodisch problematischen, ggf. politisch motivierten Formulierungen in den Fragebögen.<sup>4</sup> *Morning* wertete die nationalen Volksbefragungen in 141 Ländern zwischen 1995-2004 aus und fand neben dem dominanten Begriff „ethnicity“ acht weitere Kategorisierungen, darunter insbesondere die hier mehrfach synonym gebrauchten Begriffe „race“, „nationality“, „origin“ und „indigeneity“. Sowohl bzgl. der Wahl der Begriffe als auch des Erkenntnisinteresses der Umfragen erklären sich die Differenzen weitgehend durch eine unterschiedliche Geschichte der Länder hinsichtlich der Bevölkerungsentwicklung und -durchmischung. Die Länder Nord- und Südamerikas sind geprägt von der Geschichte der Sklaverei und der Siedlungsbewegungen und nutzen die historischen Daten für den Kampf gegen Diskriminierung. Dabei lässt sich eine affirmative Verwendung des Begriffs „race“ vor allem in Ländern finden, die auf eine Geschichte der Sklaverei zurückblicken, insbesondere Nordamerika.<sup>5</sup> Südamerikanische Länder legen mehr Wert auf die Beschreibung der Durchmischung.<sup>6</sup> Osteuropäische Länder setzen Ethnizität häufiger gleich mit Nationalität, während viele westeuropäische Länder diese Fragen beim Zensus kritisch behandeln und eine Instrumentalisierung eher ablehnen, was sicherlich vor allem auf die historische Erfahrung des Antisemitismus und der Rassenpolitik des Nationalsozialismus zurückzuführen ist.

Die Vereinten Nationen kommen bereits in ihren Handreichungen für Volkszählungen von 1997 zu dem Schluss: „The definitions and criteria applied by each country investigating ethnic characteristics of the population must therefore be determined by the groups that it desires to identify. By the very nature of the subject,

4 A. *Morning*, *Ethnic Classification in Global Perspective: A Cross-National Survey of the 2000 Census Round*, in: P. Simon et al. (Hrsg.), *Social Statistics and Ethnic Diversity*, Cham: Springer International Publishing, 2015, S. 17 (17 ff.).

5 *Morning*, *Ethnic Classification* (Fn. 5), S. 23.

6 *Morning*, *Ethnic Classification* (Fn. 5), S. 21.

these groups will vary widely from country to country; thus, no internationally relevant criteria can be recommended.”<sup>7</sup> Angesichts der weltweiten Bandbreite an Begriffsnutzungen, Frageformaten und Instrumentalisierungen der Volksbefragungen stellt *Ann Morning* am Ende ihrer Studie konsequent die Frage, ob Bevölkerungen überhaupt noch mit Bezug auf ihre ethnische Zugehörigkeit statistisch erfasst werden sollen. Deutlich wird hier, dass ethnische Zuschreibungen in diesem Kontext kulturell unterschiedlich und mit einem jeweils klar fokussierten bevölkerungspolitischen Erkenntnisinteresse konstruiert werden. Weder der jenseits des anglophonen Raumes schon länger als problematisch empfundene Begriff der „Rasse“ noch der der Ethnizität sind geeignet, um als objektivierbare Begrifflichkeiten für die Beurteilung der Bevölkerungsdurchmischung zu dienen.<sup>8</sup>

## II. „Rasse“ als programmatischer Begriff zur Zurückweisung von Rassismus

Die Konkretisierung des Begriffs der „Rasse“ als verbotenes Differenzierungsmerkmal ist als besonders problematisch anzusehen, da das Merkmal gezielt zum Verbot rassistisch motivierter Diskriminierungen verwendet wird, deutscher wie europäischer Gesetzgeber zugleich aber die „Existenz verschiedener menschlicher „Rassen“ zurückweisen.<sup>9</sup> Das Anknüpfen an „Rasse“ wird also verboten, obwohl derartige rassistische Unterschiede negiert werden. Die Verwendung des Wortes „Rasse“ in der Antirassismusrichtlinie<sup>10</sup> und dem AGG ist daher eher als programmatischer Ausdruck der Zurückweisung von Rassismus zu sehen, gleichwohl erscheint es im Rahmen der Rechtsanwendung als unbestimmter Rechtsbegriff. Die Konkretisierung erleichtert das nicht unbedingt, schon da eine sachliche Auseinandersetzung mit dem Begriff erschwert wird. Dieses Vorgehen ist kritisch zu sehen. Will man den Rassismus mit den Mitteln des Rechts bekämpfen, muss es möglich sein, auch den (kritischen) Rechtsbegriff der „Rasse“ zu diskutieren und zu konkretisieren. Die faktische Diskriminierung von Menschen anderer Hautfarbe ist nicht dadurch beseitigt, dass die These solcher „rassistischer“ Unterschiede wissenschaftlich widerlegt wurde.

In diesem Zusammenhang kann auch auf den Umgang mit „Rasse“ als Rechtsbegriff in den USA verwiesen und der bekannte amerikanische Richter *Harold Blackmun* zitiert werden: „In order to get beyond racism, we must first take account of

7 *United Nations*, Principles and Recommendations for Population and Housing Censuses (Revision 1), Statistical Papers, Series M No. 67/Rev. 1, 1997.

8 *Morning*, Ethnic Classification (Fn. 5), S. 33.

9 So z. B. der deutsche Gesetzgeber in der Begründung zum AGG: BR-Drucks. 329/06, S. 31; ähnlich Erwägungsgrund 6 zur Richtlinie 2000/43/EG: „Die Europäische Union weist Theorien, mit denen versucht wird, die Existenz verschiedener menschlicher Rassen zu belegen, zurück. Die Verwendung des Begriffs „Rasse“ in dieser Richtlinie impliziert nicht die Akzeptanz solcher Theorien.“

10 Richtlinie 2000/43/EG, Abl. EG 2000, L 180/22 (Fn. 4).

race.“<sup>11</sup> Nur wenn anerkannt wird, dass bestimmte Merkmale (nach wie vor) als „rassische“ Unterschiede angesehen werden, lässt sich der Rassismus mit Rechtsbegriffen bekämpfen, da sich nur so das Diskriminierungsverbot inhaltlich ausfüllen lässt, und (andererseits) dadurch im Rahmen von positiven Diskriminierungsmaßnahmen die Anknüpfungspunkte für eine Vorzugsbehandlung definiert werden können. Denn gerade in diesem Kontext spielt „Rasse“ in den USA als Rechtsbegriff eine große Rolle, da die Anerkennung unterschiedlicher „Rassen“ als Vorbedingung für „affirmative action“ anzusehen ist. Hierzu noch einmal *Blackmun*: „We cannot – we dare not – let the Equal Protection Clause perpetuate racial supremacy“.<sup>12</sup> Diese Sichtweise hat zu einer ständigen Rechtsprechung zur weitgehenden Zulässigkeit von „affirmative action“ geführt, insbesondere für den Hochschulzugang.<sup>13</sup>

### III. „Race“ in der anglo-amerikanischen Diskussion

Diese rechtliche Berücksichtigung des Rassebegriffs korrespondiert mit einer in den USA auch in gesellschafts-, kultur- und geisteswissenschaftlichen Kontexten bedeutsamen Auseinandersetzung um den Begriff, der dort, anders als in Deutschland, keine Assoziationen zur nationalsozialistischen Rassenideologie weckt. Gleichwohl wird er auch in den USA und in Großbritannien – schon aufgrund seiner Geschichte und historischen Funktion – als problematisch angesehen. „Rasse“ wurde ab dem 18. Jahrhundert zur anthropologischen Klassifizierung eingesetzt und im späten 19. Jahrhundert als biologische Kategorie etabliert, mit der Menschen nach physischen Merkmalen in „Typen“ unterteilt und einfachen Taxonomien (kaukasisch bzw. europid – mongoloid – negroid) zugeordnet wurden. Mit dieser Typologie wurden kulturelle Varianten, also auch Verhaltensweisen und Anschauungen, zur biologischen „Natur“ erklärt. Dabei entstand eine klare „westliche“ oder eurozentrische Hierarchie, die imperialen europäischen Bestrebungen entsprechende Ideologien lieferte – so etwa der Zivilisationsauftrag der „überlegenen weißen Rasse“ bzw. „the white man’s burden“.<sup>14</sup>

Obwohl diese Rassentypologie wissenschaftlich klar widerlegt wurde, hielten sich die kulturellen Mythen und Stereotypen einer biologisch begründeten Unter- und Überlegenheit – in Verbindung mit entsprechenden Diskriminierungen – erstaunlich lange. Aus wissenschaftlicher Sicht mehrt sich insofern die Forderung, den Rassebegriff nicht mehr zu verwenden. Hauptargument ist dabei, dass „Rasse“ ein politisch missbrauchtes und gefährliches Konzept sei, dessen Verwendung eine Hö-

11 *Regents of the Univ. of. Cal. v. Bakke*, 438 U.S. 265 (407).

12 *Regents of the Univ. of. Cal. v. Bakke*, 438 U.S. 265 (407).

13 Siehe zuletzt *Fisher v. University of Texas at Austin*, 579 U.S. \_ (2016).

14 *B. Ashcroft et al.*, *Postcolonial Studies: The Key Concepts*, London: Routledge 2007, S. 180 ff.

her- und Minderwertigkeit fortschreibe und eine grundsätzliche Nicht-Integrierbarkeit von (ethnischen) Gruppen impliziere.<sup>15</sup>

Trotz der fehlenden wissenschaftlichen Grundlage für den Rassebegriff wenden sich einige Kulturwissenschaftler explizit gegen einen völligen Verzicht auf ihn. Zum einen haben Minoritäten physische „Rassenmerkmale“ gleichsam als Metaphern appropriiert (z. B. „Négritude“ und „Black Power“) und strategisch im Sinne einer *politics of difference*<sup>16</sup> eingesetzt. Dies dient der Identifikation und der Vergemeinschaftung marginalisierter Gruppen: Sie setzen sich gegen eine dominante Kultur ab und streben eine Anerkennung im Sinne gesellschaftlicher Inklusion und politischer Teilhabe an – was in multikulturellen Gesellschaften und modernen Demokratien auch eine Befriedungsfunktion erfüllen kann.<sup>17</sup> Zum anderen wird argumentiert, dass Rassismus weiterhin als gesellschaftliche Realität vorhanden sei und auch Fremd- und Selbstbilder bis in die Psyche der Betroffenen hinein mitbestimme.<sup>18</sup> In diesem Sinne etablierte sich eine interdisziplinäre „Critical Race Theory“, die sich zum Ziel setzt, keinen blinden Fleck entstehen zu lassen, der bei einem zunehmenden Verschweigen des Begriffs „Rasse“ entstehen könnte. Damit bietet „race“ eine kritische Perspektive, mit welcher der ideologische Umgang mit gesellschaftlich-kulturellen Differenzen insgesamt beleuchtet wird.<sup>19</sup>

Vergleichbare Bestrebungen sind im deutschsprachigen Raum kaum zu verzeichnen. Hier verweist der Begriff „Rasse“ historisch auf die nationalsozialistische Rassenpolitik und aktuell auf die fremdenfeindliche Ideologie im Rechtsextremismus. In deutschsprachigen kulturwissenschaftlichen Nachschlagewerken taucht der Begriff (nach 1945) entweder nicht mehr auf<sup>20</sup> oder er wird durch den englischen Begriff „race“ ersetzt.<sup>21</sup> Bislang sind Forderungen nach einer deutschen „Critical Race Theory“, die Ansätze der „Postcolonial Studies“ (einschließlich der „Critical Whiteness Studies“) aufnimmt, eher rar.<sup>22</sup>

15 Zum US-amerikanischen Kontext: M. Bös, *Rasse und Ethnizität. Zur Problemgeschichte zweier Begriffe in der amerikanischen Soziologie*, Wiesbaden 2005, S. 232 ff.

16 Erstmals prononciert artikuliert und theoretisch verortet bei I. M. Young, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton: Princeton Univ. Press, 1990.

17 Als ‚klassische‘ Grundlage für diese Position – u. a. mit Rekurs auf Kanada – gilt C. Tayler, *The Politics of Recognition*, in: A. Gutmann (Hrsg.), *Multiculturalism and the Politics of Recognition*, Princeton 1992, S. 25 ff.

18 R. Mayer, *Race* in: A. Nünning (Hrsg.), *Grundbegriffe der Kulturtheorie und Kulturwissenschaften*, Stuttgart 2005, S. 187 (187 f.).

19 S. Hall, „Rasse“, *Artikulation und Gesellschaft mit struktureller Dominanz*, in: S. Hall (Hrsg.), *Rassismus und kulturelle Identität. Ausgewählte Schriften*, Hamburg 1994, S. 89 (135).

20 R. Schnell, *Metzler Lexikon Kultur der Gegenwart. Themen und Theorien, Formen und Institutionen seit 1945*, Stuttgart 2000.

21 Mayer, (Fn. 19), S. 187 f..

22 C. Barskanmaz, *Rassismus, Postkolonialismus und Recht – Zu einer deutschen Critical Race Theory?*, KJ 2008, S. 296 (296 ff.).

#### IV. „Race“ in der französischen Diskussion

In der französischen Rechtsprechung hat der Begriff „race“ seit der Präambel der französischen Verfassung von 1946 einen festen Platz, der aber bereits seit den 1990er Jahren immer wieder öffentlich diskutiert und problematisiert wird. 1946 heißt es: „Am Tage nach dem Siege, den die freien Völker über die Regierungen davongetragen haben, die versucht hatten, die menschliche Persönlichkeit zu unterjochen und herabzuwürdigen, verkündet das französische Volk von neuem, dass jeder Mensch ohne Unterschied der Rasse, der Religion oder des Glaubens unveräußerliche und heilige Rechte besitzt.“<sup>23</sup>

Die Präambel wurde maßgeblich von De Gaulle angeschoben und hatte nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges eine einigende Funktion für die französische Gesellschaft. Im ersten Artikel der Verfassung von 1958 wurde folgerichtig aufgenommen: „[Frankreich] gewährleistet die Gleichheit aller Bürger vor dem Gesetz ohne Unterschied der Herkunft, Rasse oder Religion.“<sup>24</sup> Der Begriff „Rasse“ antwortet hier direkt auf die gerade erst beendete Rassenpolitik des Nationalsozialismus, wird aber abgegrenzt von der Herkunft.

In der Forschung der Nachkriegszeit beschäftigte man sich kritisch mit dem Rassebegriff und seiner Geschichte und lehnte ihn früh als wissenschaftlichen Begriff ab. Schon 1991 führt diese kritische Tradition zu einer Initiative für die Löschung des Begriffs aus französischen Rechtstexten und insbesondere aus der Verfassung. Anstoß war ein neues Kontrollgesetz, das das Sammeln von Informationen über „rassische Herkunft“ („origines raciales“) von Personen erlauben sollte. Im März 1992 fand an der Pariser Sorbonne ein großes interdisziplinäres Kolloquium zu der Frage statt, ob das Wort „Rasse“ in der französischen Verfassung überflüssig ist.<sup>25</sup> Seit dieser Zeit wird in regelmäßigen Abständen die Forderung der Eliminierung des Rassebegriffs aus den französischen Gesetzestexten im Parlament diskutiert. Zuletzt verabschiedete die Nationalversammlung am 16. Mai 2013 einen Gesetzesentwurf, der den Begriff aus etwa 60 Gesetzestexten tilgen sollte, insbesondere dem *Code pénal* (Strafgesetzbuch), dem *Code de procédure pénale* (Strafprozessordnung) und dem Gesetz über die Pressefreiheit. Befürworter der Änderung be-

23 „*Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d’asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés*“, Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, JORF, 28 oct. 1946, S. 9166 (Übersetzung bei: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/deutsch/verfassung/praambel-von-1946.25774.html>).

24 „*[La France] assure l’égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d’origine, de race ou de religion*“, Art. 1 Constitution du 4 octobre 1958, JORF, 5 oct. 1958, S. 9151 (Übersetzung bei: [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/allemand/constitution\\_allemand.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/allemand/constitution_allemand.pdf)).

25 Publikation der Tagungsakten in *Mots* 33, Dez. 1992. ([[http://www.persee.fr/issue/mots\\_0243-6450\\_1992\\_num\\_33\\_1](http://www.persee.fr/issue/mots_0243-6450_1992_num_33_1)]) (zuletzt aufgerufen am 5.2.2017).

fürchten die Perpetuierung der Existenzberechtigung des Konzepts durch dessen Verbleiben im Gesetz, Gegner sehen in der Initiative ein rein symbolisches Verbalgefecht, das reale Diskriminierung nicht abschafft. Den formulierten Bedenken, dass die Tilgung des Begriffs aus dem Gesetz dem Kampf gegen den Rassismus ein Instrument nimmt, wird entgegengewirkt mit dem Wortlaut des in der Nationalversammlung diskutierten Gesetzentwurfs, der in seinem ersten Artikel ausdrücklich solche Diskriminierungen thematisiert: „Die Französische Republik verbietet und verurteilt Rassismus, Antisemitismus und Fremdenfeindlichkeit. Sie erkennt keine Existenz einer vermeintlichen „Rasse“ an“.<sup>26</sup> Die Gesetzesinitiative scheiterte allerdings an der konservativen Mehrheit im Senat.

Jenseits der politischen Debatten wurde auch die wissenschaftliche Diskussion um den Begriff „race“ weitergeführt und seine Geschichte als ideologischer Kampfbegriff genau analysiert. Die Philosophin *Magali Bessone* schlägt 2013 vor, den Begriff, ähnlich wie in der anglo-amerikanischen Diskussion, nicht abzuschaffen, sondern als Diskursbegriff weiter zu reflektieren und kritisch zu analysieren.<sup>27</sup> Sie diagnostiziert das spezifisch französische Dilemma der universalistischen Postulierung allgemeiner Gleichheit, die keine Diskussion über Unterscheidungen zulässt und damit die Bekämpfung von Ungleichheiten erschwert. *Bessone* plädiert nicht für eine Wiedereinsetzung des Begriffs, wohl aber für eine breitere kritische Betrachtung implizit diskriminierender Nutzungen ethnischer Kategorisierungen auch in euphemisierenden Begriffen wie etwa „jeunes des quartiers“ [junge Menschen aus (problematischen) Stadtvierteln], „minorités visibles“ [sichtbare Minderheiten] oder „catégories de la diversité“ [Kategorien der Diversität].<sup>28</sup> Damit unterstreicht sie den grundsätzlich ähnlichen Gebrauchszusammenhang der Begriffe „race“ und „ethnie“ in Kontexten einer offenen oder verdeckten, biologisch oder kulturell begründeten Diskriminierung. Die Beobachtung, dass es sich um soziale Konstruktionen handelt, setzt die reale Wirkung der Begriffe nicht außer Kraft. Die weitere kritische Beschäftigung mit ihnen kann der Aufdeckung ihrer Funktionalisierungen etwa zur Stabilisierung von Machtkonstellationen nützen. *Bessonnes* Ansatz konvergiert in dieser Hinsicht letztlich mit der anglo-amerikanischen „race“-Debatte.

26 „La République française interdit et condamne le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. Elle ne reconnaît l'existence d'aucune prétendue race“, vgl. Artikel „L'Assemblée nationale supprime le mot „race“ de la législation“ *Le Monde*, 16.5.2013 [[http://www.lemonde.fr/politique/article/2013/05/16/l-assemblee-nationale-supprime-le-mot-race-de-la-legislation\\_3272514\\_823448.html](http://www.lemonde.fr/politique/article/2013/05/16/l-assemblee-nationale-supprime-le-mot-race-de-la-legislation_3272514_823448.html)] [zuletzt aufgerufen am 5.2.2017].

27 *M. Bessone*, Sans distinction de race. Une analyse critique du concept de race et ses effets pratiques, Paris : Vrin, 2013, S. 19 f.

28 *Bessone*, Sans distinction de race (Fn. 28), S. 12.

## V. Der Rassebegriff der Antirassismusrichtlinie

Die Bedeutung der „Rasse“ als Merkmal des Antidiskriminierungsrechts beruht – wie bereits angesprochen – auf der EU-Antirassismusrichtlinie aus dem Jahr 2000. Zweck der Richtlinie ist nach Art. 1 die Schaffung eines Rahmens zur Bekämpfung der Diskriminierung „aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft“, nach Art. 2 sollen unmittelbare oder mittelbare Diskriminierungen „aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft“ verboten sein. Hieraus folgt, dass bei der Auslegung von mitgliedstaatlichen Umsetzungsvorschriften (wie etwa des AGG) nicht einfach das nationale Begriffsverständnis herangezogen werden kann. Vielmehr sind europarechtliche Begriffe autonom anhand eines übergreifenden europäischen Verständnisses auszulegen, das im Wege der richtlinienkonformen Auslegung auch für die Umsetzungsnormen maßgeblich ist.

Beim Vergleich der verschiedenen Sprachfassungen der Richtlinie fällt vor allem auf, dass zwei inhaltlich abweichende Formulierungen anzutreffen sind:<sup>29</sup> Etwa die Hälfte der Sprachfassungen<sup>30</sup> des Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie spricht in Übereinstimmung mit der deutschen Fassung von Gründen der „Rasse oder der ethnischen Herkunft“, während die andere Hälfte wie die englische Sprachfassung<sup>31</sup> an Gründe der „rassischen oder ethnischen Herkunft“ („racial or ethnic origin“) anknüpft. Diese Formulierung betont, stärker als in der deutschen Fassung, dass „Rasse“ an die grundsätzlich durch den Einzelnen unveränderliche Herkunft im Sinne von Abstammung anknüpft. Der Unterschied in den Übersetzungen ist auch deswegen bemerkenswert, weil er nationale Unterschiede im Begriffsverständnis widerspiegelt: In Deutschland wird „Rasse“ als Verweis auf die nationalsozialistische Rassenpolitik verstanden und eine Anknüpfung an diese Ideologie in den Mittelpunkt des Verbots gestellt. In Frankreich nimmt die entsprechende Formulierung Bezug auf den Text der französischen Verfassung (siehe B. IV.), der klar zwischen „Herkunft“ und „Rasse“ unterscheidet, zugleich aber ebenfalls als Reaktion auf die nationalsozialistische Rassenpolitik zu verstehen ist, der auch Frankreich während der Besatzungszeit im Zweiten Weltkrieg voll ausgesetzt war. Die Formulierung stellt daher aus Sicht der französischen Fassung einen ähnlichen historischen Bezug wie in

29 Es ist darauf hinzuweisen, dass neben dem hier angesprochenen Unterschied auch bezüglich des Art. 2 Abs. 2 a der Richtlinie eine Übersetzungsdifferenz besteht, da nur einige Fassungen (wie die deutsche Fassung) durch das Wort „ihre“ eine Einschränkung des Schutzes des Diskriminierungsverbots auf die Merkmalsträger nahelegen. Der EuGH hat daher die Vorschrift so ausgelegt, dass sich bei mittelbaren Diskriminierungen auch mitbetroffene Personen, die selbst nicht Träger des betroffenen Merkmals sind, auf den Gleichbehandlungsgrundsatz berufen können, vgl. *EuGH*, C-83/14, BeckRS 2015, 80950 = NZA 2015, 1247 (nur Ls.), Tz. 53 ff. – „CHEZ Razprednelie Bulgaria AD“.

30 Diese Formulierung findet sich neben der deutschen auch in der französischen, italienischen, tschechischen, bulgarischen, rumänischen, dänischen, schwedischen und niederländischen Fassung.

31 Diese Formulierung findet sich neben der englischen auch in der spanischen, portugiesischen, polnischen, slowakischen, finnischen, maltesischen und griechischen Fassung.

Deutschland her. Die englische Wortwahl scheint diesen Zusammenhang nicht im selben Maß zu betonen, wenn anstelle der „Rasse“ die „Herkunft“ in den Mittelpunkt gestellt wird. Auch insoweit kann ein Bezug zu dem unter B. III. dargestellten Verständnis im anglo-amerikanischen Sprachraum hergestellt werden, da „race“ allgemein nicht als Bezugnahme auf die historische NS-Rassenpolitik verstanden wird und Rassismus stärker mit herkunftsbedingten Diskriminierungen in Zusammenhang steht.

Für die Auslegung der Begrifflichkeiten der Richtlinie bedeutet dieser Befund jedenfalls, dass nicht allein der Begriff der „Rasse“ in den Mittelpunkt zu stellen, sondern die abweichende Sprachfassung der „rassischen Herkunft“ gleichrangig zu berücksichtigen ist.

## VI. Der Rassebegriff des AGG in der bisherigen Diskussion

Wendet man sich vor diesem Hintergrund dem Begriffsinhalt von „Rasse“ im Kontext des § 1 AGG zu, stellt sich vor allem die Frage nach der Unterscheidung zwischen „rassischen“ und ethnischen Merkmalen. Auszugehen ist davon, dass eine Diskriminierung „aus Gründen der Rasse“ erfolgt, wenn sie an bestimmte Merkmale einer Person anknüpft, die als „rassisch“ bezeichnet werden. Die üblicherweise in der Literatur genannten Aspekte für diese Einordnung eines Merkmals nehmen Bezug auf ein bestimmtes *körperliches* Erscheinungsbild, das auf Erbanlagen zurückgeführt und biologisch verankert wird.<sup>32</sup>

Wenig deutlich wird dabei, wie man Merkmale der „Rasse“ von denen der „ethnischen Herkunft“ unterscheiden kann, und welche vererbaren körperlichen Merkmale als „rassische“ gelten sollen. Daher wird versucht, diese biologistische Sichtweise zu überwinden und „Rasse“ als „sozial-kulturelle Konstruktion“, das Diskriminierungsverbot wegen der „Rasse“ als „Rassifizierungsverbot“ zu verstehen: „Rassifizierung (racialization) ist ein Prozess, in dem Menschen anhand von Bedeutungsträgern, d. h. bestimmten körperlichen Merkmalen, persönlichen Eigenschaften bzw. kulturellen „Auffälligkeiten“ als differenten, hierarchisierten Gruppen zugehörig festgeschrieben werden.“<sup>33</sup>

Ebenfalls im Sinne einer Abkehr von einem biologistischen Rassebegriff zu verstehen ist ferner die Abgrenzung danach, ob der Ungleichbehandlung eine *rassistische Motivation* zugrunde liegt.<sup>34</sup> Derartigen Ansätzen ist jedenfalls bezüglich des

32 I. Scholten, Diskriminierungsschutz im Privatrecht, Köln/München 2005, S. 19 f.; M. Schlachter, in: ErfK, 17. Aufl. 2017, § 1 AGG Rn. 4; S. Roloff, in: BeckOK ArbR, 42. Ed. 1. 12. 2016, § 1 AGG Rn. 1; J.-H. Bauer/S. Krieger, 4. Aufl. 2015, § 1 AGG Rn. 17.; W. Däubler, in: NK-AGG, 3. Aufl. 2013, § 1 AGG Rn. 24.

33 Barskanmaz, Rassismus (Fn. 23), S. 297, S. 301.

34 Barskanmaz, Rassismus (Fn. 23), S. 296; Bauer/Krieger (Fn. 33), § 1 AGG Rn. 16; K. Adomeit/J. Mohr, 2. Aufl. 2011, § 1 AGG Rn. 48.

Grundanliegens zuzustimmen, eine rein an vererbten Merkmalen anknüpfende und Formen kultureller Differenz ausblendende Sicht zu überwinden. Die erstgenannte Ansicht lässt allerdings nicht erkennen, wie die Abgrenzung zwischen „Rasse“ und „ethnischer Herkunft“ erfolgen soll, sind doch gerade die kulturellen Unterschiede häufig solche, die auch die ethnische Zugehörigkeit bestimmen. Dieser Auffassung liegt offenbar die Vorstellung zugrunde, dass sich Diskriminierungen aus Gründen der „Rasse“ und wegen der „ethnischen Herkunft“ nicht (oder kaum) unterscheiden:<sup>35</sup> Knüpft man die verbotene „Rassifizierung“ ganz allgemein an die hierarchisierende Differenzierung aufgrund persönlicher Eigenschaften und kultureller Besonderheiten, ließe sich jede an ethnische Merkmale anknüpfende Differenzierung zugleich als „Rassifizierung“ ansehen. Ein so weiter Rassebegriff würde der „ethnischen Herkunft“ also keine eigenständige Bedeutung belassen.

Der zweiten Auffassung, die an die subjektive Motivation des Diskriminierenden anknüpft, ist zunächst zuzugeben, dass der Gesetzgeber den Begriff gerade verwendet hat, weil er den „sprachlichen Anknüpfungspunkt zu dem Begriff des „Rassismus“ bildet und die hiermit verbundene Signalwirkung – nämlich die konsequente Bekämpfung rassistischer Tendenzen – genutzt werden soll“.<sup>36</sup> Ferner soll der Ausdruck „aus Gründen der Rasse“ „deutlich machen, dass nicht das Gesetz das Vorhandensein verschiedener menschlicher „Rassen“ voraussetzt, sondern dass derjenige, der sich rassistisch verhält, eben dies annimmt.“<sup>37</sup> Es wird also ein Bezug zu rassistischem Verhalten und subjektiven Annahmen des Diskriminierenden hergestellt; ferner kann man die unterschiedlichen Formulierungen als Hinweis verstehen, dass dieses Merkmal anders zu bestimmen ist als die sonstigen, objektiv zu verstehenden Merkmale.

Bei einer solchen Auslegung wären indes Schutzlücken zu befürchten, wenn zwar eine objektive Differenzierung anhand eines „rassischen“ Merkmals nachgewiesen werden kann, nicht aber die erforderliche subjektive Motivation. Gerade bei mittelbaren Diskriminierungen dürfte die rassistische Motivation nur schwer nachweisbar sein, ist doch das angewendete Kriterium scheinbar neutral und nur bei Kenntnis der hieraus resultierenden besonderen Benachteiligung überhaupt als Diskriminierung erkennbar. Für eine rassistische Motivation wäre es also erforderlich, positive Kenntnis der faktischen Benachteiligung einer rassistisch diskriminierten Gruppe nachzuweisen. Will man mithin die Berufung auf die Diskriminierung nicht durch die subjektive Begriffsabgrenzung erschweren, müsste man anerken-

35 *Schlachter*, in: *ErfK* (Fn. 33), § 1 AGG Rn. 4; *Roloff*, in: *BeckOK ArbR* (Fn. 33), § 1 AGG Rn. 3; *Bauer/Krieger* (Fn. 33), § 1 AGG Rn. 18; *Scholten* (Fn. 33), S. 21 sieht beide Begriffe sogar als einheitlichen, umfassenden „Platzhalter“ zur Erfassung aller Anknüpfungspunkte für Fremdenfeindlichkeit.

36 BR-Drucks. 329/06, S. 31.

37 BR-Drucks. 329/06, S. 31 (Fn. 37); vgl. auch *Däubler*, in: *NK-AGG* (Fn. 33), § 1 AGG Rn. 23.

nen, dass alle Fälle der Rassendiskriminierung zugleich Fälle der Diskriminierung aufgrund der objektiv zu bestimmenden „ethnischen Herkunft“ sind. „Rasse“ müsste praktisch als Unterfall der „ethnischen Herkunft“ angesehen werden.<sup>38</sup>

Hinzu kommt, dass der Unterschied in der Formulierung sich zwar im deutschen Recht findet, nicht aber in der europäischen Antirassismusrichtlinie 2000/43/EG, wo in Art. 2 Abs. 1 Diskriminierungen „aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft“ verboten werden. Die Formulierung lässt es auch eher als fernliegend erscheinen, dass einer der gleichberechtigt nebeneinander stehenden Begriffe als Unterfall des anderen Begriffs zu verstehen sein soll, und wenn man der Formulierung „aus Gründen“ einen an die subjektive Motivation anknüpfenden Inhalt zuschreiben will, müsste man im Lichte der Richtlinienformulierung konsequenterweise auch bei der „ethnischen Herkunft“ eine solche verlangen. Hinzu kommt, dass bei einem derartigen Verständnis die zusätzliche Erfassung der „Rasse“ jede eigenständige praktische Bedeutung verlieren würde, läge doch zugleich stets auch eine Diskriminierung wegen der „ethnischen Herkunft“ vor, die aber an geringere Voraussetzungen geknüpft und somit einfacher zu beweisen wäre – qualifizierte Rechtsfolgen wären mit dem Nachweis der rassistischen Motivation nicht verbunden. Das Merkmal „Rasse“ wäre als Regelungsbestandteil letztlich überflüssig und hätte nur die Funktion eines politischen Programmsatzes.

## VII. Konkretisierung des Rassebegriffs anhand objektiver Kriterien

Es ist daher daran festzuhalten, dass eine Diskriminierung „aus Gründen der Rasse“ – ebenso wie bei den anderen Begriffen des § 1 AGG – allein aufgrund des objektiven Anknüpfens an ein persönliches Merkmal des Diskriminierten festzustellen ist und es daher einer Begriffsbestimmung anhand objektiver Kriterien bedarf. Diese kann aber nicht unabhängig vom gesetzgeberischen Ziel der Bekämpfung des Rassismus erfolgen, so dass Merkmale der „Rasse“ solche sind, deren Verwendung auf rassistische Vorstellungen des Diskriminierenden schließen lässt. Dies ermöglicht auch eine Abgrenzung zu den Merkmalen der „ethnischen Herkunft“: Die soziologische Rassismusforschung geht davon aus, dass sich der moderne Begriff der Ethnizität (dazu näher unter C.) von der „Rasse“ (im Sinne des Konzepts des Rassismus) durch die *fehlende Überbrückbarkeit* „rassistischer“ Merkmale unterscheidet, da „Ethnizität, zumindest von außen betrachtet, mehr oder minder wählbar ist, während Rasse als unausweichliches Schicksal dem Individuum aufgezwungen wird.“<sup>39</sup> Mit *George Fredrickson* gesprochen: „Rassismus entspringt einer Denkweise, nach der „sie“ sich von „uns“ dauerhaft unterscheiden, ohne dass es die Möglichkeit gäbe, die Unterschiede zu überbrücken.“<sup>40</sup> Knüpft man den Rechtsbe-

38 So etwa *Bauer/Krieger* (Fn. 33), § 1 AGG Rn. 19; *Schlachter*, in: ErfK (Fn. 33), § 1 AGG Rn. 4.

39 *Bös*, Rasse und Ethnizität (Fn. 16), S. 333.

40 *G. Fredrickson*, Rassismus, Stuttgart 2004, S. 19.

griff an diese Unterscheidung an, erfolgt eine Ungleichbehandlung aus Gründen der „Rasse“ i. S. v. § 1 AGG, wenn an *Merkmale angeknüpft wird, die der Person dauerhaft anhaften, als differenzbegründend angesehen werden und nicht durch Assimilation überwunden werden können.*

Differenzbegründung bedeutet, dass aus Merkmalsunterschieden allgemein auf eine fehlende Zugehörigkeit zu einer bestimmten Abstammungsgemeinschaft geschlossen wird. Die Differenzbegründung ist Merkmalen der „Rasse“ und der ethnischen Herkunft (bzw. Zugehörigkeit) gemeinsam. Kriterien für die Abgrenzung zu einem nur die „ethnische Herkunft“ (bzw. ethnische Zugehörigkeit) betreffenden Merkmal sind dagegen die Dauerhaftigkeit und die hieran geknüpfte fehlende Überwindbarkeit durch Assimilation. Merkmale der „Rasse“ sind daher nur solche, die der Person notwendig über ihr gesamtes Leben hinweg anhaften und weder einer bewusst herbeigeführten noch einer natürlichen Veränderung unterliegen. Erfasst werden mithin primär unveränderliche körperliche Merkmale wie die Hautpigmentierung oder die Augenform. Daneben ist aber auch an irreversible, kulturell bedingte Körperveränderungen (wie etwa traditionelle Tätowierungen) oder Merkmale der Elterngeneration zu denken, die durch die Person selbst nicht überwunden werden können (also die reine Abstammung von Trägern bestimmter veränderbarer oder nicht veränderbarer Merkmale). Letzteres gilt auch dann, wenn dieses Merkmal objektiv gar keine Relevanz hat, also keine tatsächliche, sondern eine eingebilddete (aus Sicht des Diskriminierenden) unüberbrückbare Differenz erzeugt. Erfasst wird insbesondere eine Ungleichbehandlung, die allein an die historische Abstammung von einer bestimmten Gruppe geknüpft ist. Eine Diskriminierung aufgrund der jüdischen Abstammung einer assimilierten Person erfolgt daher „aus Gründen der Rasse“, auch wenn eine solche historische, nur durch die Religionszugehörigkeit früherer Generationen überhaupt rekonstruierbare Abstammung keinerlei objektiv feststellbare Differenz begründet. Entscheidend ist, dass der Einzelne über keine Möglichkeit verfügt, seine Abstammung zu verändern, um einer hierauf gegründeten Ungleichbehandlung zu entgehen.

### C. „Ethnische Herkunft“ und ethnische Zugehörigkeit

#### I. Ethnizität in Abgrenzung zu „Rasse“

Im Gegensatz zur „Rasse“ impliziert Ethnizität die *Überbrückbarkeit* ethnischer Unterschiede und damit die *Wandelbarkeit* der ethnischen Zugehörigkeit. Grundsätzlich sind ethnische Gruppen von einem „subjektiven Glauben an eine Abstammungsgemeinschaft“ geprägt, „ganz einerlei, ob eine Blutsgemeinsamkeit objektiv vorliegt oder nicht.“<sup>41</sup>

41 M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen 1972, Teil 2, Kap. IV § 2, S. 237.

Allerdings sind die Begrifflichkeiten und Begriffsinhalte von Ethnie, ethnischer Zugehörigkeit und Ethnizität weder unumstritten noch abschließend geklärt. So zeigt sich etwa im anglo-amerikanischen Sprachgebrauch in den letzten Jahren eine zunehmende Verwischung der Begriffsgrenzen zwischen „race“ und Ethnizität – bis hin zur Verwendung von „ethnicity“ als euphemistisches Synonym für „race“. In der Regel wird Ethnizität als der inklusivere bzw. umfassendere Begriff verstanden, der eine Reihe kultureller Dynamiken und Optionen in sich birgt. Der berühmte US-amerikanische Zensus von 2000, häufig als Zeichen von Toleranz gefeiert, erlaubte 126 verschiedene Kombinationen von „race“ bzw. „ethnicity“,<sup>42</sup> wodurch die Pluralität von Zugehörigkeitsmöglichkeiten in einer „multikulturellen“ Gesellschaft verdeutlicht werden sollte.

Von Minoritäten wird der Begriff „ethnische Gruppe“ – als neutraler und weniger essentialistisch als „race“ – auch im Kontext eines „Gastlandes“ verwendet, um eine Anerkennung kultureller „Andersartigkeit“ in Bezug auf einen Mainstream zu erwirken. Im Postkolonialismus dient die Konstruktion einer ethnischen Zugehörigkeit u. U. der (Wieder-)Herstellung einer beschädigten oder zerstörten kulturellen Identität.<sup>43</sup> Dabei kann ethnische Zugehörigkeit auch lediglich erinnert oder – im Sinne einer „imagined community“<sup>44</sup> – sogar nur vorgestellt werden, also Teil eines individuellen oder kollektiven Selbstbildes mit einer angenommenen (gemeinsamen) Vergangenheit im Sinne eines Ursprungsmythos sein.<sup>45</sup>

Der Begriff Ethnizität ist stark mit Kultur verbunden – mit einem breiten Spektrum von Institutionen, Praktiken, Gewohnheiten, Medien, Kunst- und Alltagsgegenständen, Diskursen, Ideen, Emotionen, Narrationen und Symbolen. Dadurch wird er aber auch relational, denn er ist davon abhängig, wer für wen bestimmt, welche dieser Aspekte von Kultur wesentlich sind und wer die Definitionsmacht darüber hat, wann eine Kultur eine „eigene“, eine „andere“ oder gar eine „fremde“ ist.

## II. Primordialistischer und konstruktivistischer Begriff von Ethnizität

In der wissenschaftlichen Diskussion werden unterschiedliche Grundverständnisse von Ethnizität vertreten. Eine eher ältere, sog. *primordialistische* Sicht geht von der Exklusivität der ethnischen Gruppenzugehörigkeit, der räumlichen Abgrenzung von Ethnien (im Sinne eines abgegrenzten Territoriums) und, durch die Betonung der tatsächlichen Abstammung, auch von fehlender Wandelbarkeit der Zugehörig-

42 B. Niro, *Race*, Basingstoke: Palgrave Macmillan 2003, S. 159 ff.

43 Mayer, *Race* (Fn. 19), S. 187.

44 B. Anderson, *Imagined Communities. Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, London: Verso, 1983.

45 Ashcroft *et al.*, *Postcolonial Studies* (Fn. 15), S. 181 ff.

keit aus.<sup>46</sup> Auf einer solchen traditionellen Vorstellung von Ethnizität dürfte die Formulierung „ethnische Herkunft“ in der Richtlinie 2000/43/EG und in § 1 AGG beruhen, denn der Anknüpfungspunkt der „Herkunft“ verweist auf eine ursprüngliche, auf Abstammung beruhende ethnische Gruppenzugehörigkeit.

Bereits seit etwa 1970 wird diese Sichtweise aber zunehmend kritisch hinterfragt und ihr ein *konstruktivistischer* Begriff entgegengehalten. Dieser Ansatz geht davon aus, dass Ethnien (als soziale Gruppen) gesellschaftliche Konstruktionen sind, deren Abgrenzungen nicht feststehend sind. Wandelbar sind dabei nicht nur die Abgrenzungskriterien, sondern auch die ethnischen Zugehörigkeiten Einzelner. Die Gruppenzugehörigkeit wird dabei nicht als exklusiv verstanden, vielmehr können Individuen gleichzeitig mehreren Ethnien zuzurechnen sein.<sup>47</sup> Während *Max Weber* Ethnizität noch konsequent aus einer Binnenperspektive von Ethnien entwickelt hat,<sup>48</sup> werden von *Barth* neben der Betrachtung von Ethnien durch Außenstehende (*ascription by others*)<sup>49</sup> vor allem auch Grenzziehungen und damit einhergehende Spannungen durch nicht übereinstimmende Selbst- und Fremdzuschreibung thematisiert.<sup>50</sup> Mit Selbstzuschreibung ist das Bewusstsein des Einzelnen gemeint, einer bestimmten Ethnie zuzugehören, die Fremdzuschreibung hingegen beruht auf der Außensicht Dritter, die den Einzelnen (unabhängig von seiner Selbstzuschreibung) als Mitglied einer bestimmten ethnischen Gruppe wahrnimmt. Die Fremdzuschreibung wird mithin anhand von Merkmalen bestimmt, die auch für außenstehende Dritte erkennbar sind und als Zeichen der Gruppenzugehörigkeit – und vor allem auch von Dritten als differenzbegründend – wahrgenommen werden.<sup>51</sup> Schon die Möglichkeit der Divergenz von Selbst- und Fremdzuschreibung impliziert, dass eine mehrfache ethnische Zugehörigkeit bestehen kann, die Zuschreibung mithin nicht-exklusiv ist. Da nicht auf objektive Merkmale abgestellt wird, sondern auf die Eigen- und Fremdwahrnehmung, ist dem Konzept auch die Wandelbarkeit der Zugehörigkeit immanent.

Globalisierung, weltweite Migration und die schwindende Endogamie der ethnischen Gruppen machen deutlich, dass die primordialistischen Vorstellungen von Exklusivität und Unwandelbarkeit ethnischer Zugehörigkeit der Realität immer weniger gerecht werden. Assimilation ist häufig mit der weitgehenden Übernahme des Habitus einer anderen Ethnie verbunden und kann so zum Erwerb dieser eth-

46 *G. Houben*, Kulturpolitik und Ethnizität in Russland. Föderale Kunstförderung im Vielvölkerstaat in der Ära Jelzin, Berlin 2002, S. 71 f.

47 *Houben*, Kulturpolitik (Fn. 47), S. 73.

48 *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft (Fn. 42), Teil 2, Kap. IV, § 2, S. 234 ff.

49 *F. Barth*, Introduction, in: *F. Barth* (Hrsg.), *Ethnic Groups and Boundaries*, Long Grove Illinois: Waveland Press, 1969, S. 9 (14).

50 *Houben*, Kulturpolitik (Fn. 47), S. 68; Vgl. auch *H. Gans*, in: *Making Sense of America: Sociological Analysis and Essays*, Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 1999, S. 167 ff.

51 *Houben*, Kulturpolitik (Fn. 47), S. 68 f.; *Barth*, in: *Barth* (Fn. 50), S. 14.

nischen Zugehörigkeit führen. Gemischt-ethnische Abstammung führt dagegen häufig zu einer parallelen Zugehörigkeit zu mehreren Ethnien, insbesondere in der Fremdwahrnehmung. Die Vorstellung einer Exklusivität der ethnischen Zugehörigkeit ist mit der Lebensrealität der weltweit immer größer werdenden Zahl von „Bindestrich-Identitäten“<sup>52</sup> („hyphenated identities“ oder hybriden Identitäten)<sup>53</sup> kaum vereinbar.

Daher erscheint auch die an diesen Vorstellungen orientierte Formulierung der „ethnischen Herkunft“ als unbefriedigend, verkürzt sie doch den Schutz des Diskriminierungsverbots auf eine ursprüngliche, abstammungsbezogene ethnische Zugehörigkeit. Diskriminierung knüpft indes regelmäßig an die Wahrnehmung von Divergenz durch den Diskriminierenden an, so dass Diskriminierungsverbote ihre Funktion nur erfüllen können, wenn sie dieser Wahrnehmung konsequent Rechnung tragen. Entscheidend muss daher die *Fremdwahrnehmung* sein, also die Wahrnehmung einer Person als ethnisch different durch außenstehende Dritte,<sup>54</sup> unabhängig davon, ob diese Person selbst das Bewusstsein einer solchen ethnischen Zugehörigkeit hat und ob die Gruppenzugehörigkeit bereits durch Geburt oder durch spätere Assimilations- oder Anpassungsprozesse erworben worden ist und ferner unabhängig davon, ob die Person noch weiteren ethnischen Gruppen zugeordnet wird (in ihrer Selbstwahrnehmung oder in der Wahrnehmung durch Dritte). Denn die Wahrnehmung von ethnischer Zugehörigkeit kann sich je nach dem ethnischen Hintergrund des Betrachters stark unterscheiden, dominieren doch häufig die differenzbegründenden Merkmale die Wahrnehmung: Unterschiede werden stärker beachtet als Gemeinsamkeiten, so dass einzelne Merkmale eine Fremdschreibung zu einer „anderen“ Ethnie begründen können, auch wenn bei objektiver Betrachtung die Gemeinsamkeiten dominieren. Beleg dafür ist die häufige Einschätzung von Personen mit gemischt-ethnischer Abstammung, in beiden Ethnien nicht als zugehörig angesehen, sondern jeweils der „anderen“ Ethnie zugerechnet zu werden. Hieraus folgt ferner, dass eine aus der Binnensicht überwundene, frühere ethnische Zugehörigkeit noch fortwirken kann, solange aus der Perspektive des

52 Zu diesem Konzept vgl. M. Scheer, Alltägliche Praktiken des Sowohl-als-auch. Mehrfachzugehörigkeit und Bindestrich-Identitäten in: M. Scheer (Hrsg.), Bindestrich-Deutsche? – Mehrfachzugehörigkeit und Beheimatungspraktiken im Alltag, Tübingen 2014, S. 7 (7 ff.).

53 Aus europäischer Sicht vgl. etwa A.S. Caglar 1997; die Erfahrung kultureller Vermischung geht häufig über „Bindestrich-Identitäten“ im Sinne von bikultureller Identität (A. Caglar, Hyphenated Identities and the Limits of ‘Culture’, in: Madood/Werbner (Hrsg.), The Politics of Multiculturalism and the New Europe. Racism, Identity and Community, London: Zed Books, 1997, S. 172 (177)) oder klar abgrenzbaren kulturräumlichen Identitäten überhaupt hinaus.

54 Däubler, in: NK-AGG (Fn. 33), § 1 AGG Rn. 30; D. Schiek, Diskriminierung wegen „Rasse“ oder „ethnischer Herkunft“ – Probleme der Umsetzung der RL 2000/43/EG im Arbeitsrecht, AuR 2003, S. 44 (46) (allerdings ebenso zum Begriff der Rasse).

Dritten noch (überwindbare) Differenzmerkmale vorhanden sind, die eine Zuordnung zu der früheren Ethnie hervorrufen.<sup>55</sup>

Zu bedenken ist aber mit *Brubaker*, dass Gruppen nur eine, aber keine ausschließliche Modalität von Ethnizität darstellen.<sup>56</sup> Angesichts der Bedeutung von Selbst- und Fremdzuschreibungen ist eine ethnische Gruppe nicht notwendig als kulturelle Einheit zu sehen. Vielmehr sollte von Ethnifizierung als situativem Handeln, als Deutungsmuster, als Routine von Organisationen oder auch als Zuschreibungsprozess gesprochen werden, über das ein Zusammengehörigkeitsgefühl verstärkt – oder grundlegender noch – erst hergestellt wird.

Produktiv erweist sich eine solche analytische Unterscheidung dann, wenn es u. a. darum geht, wie und unter welchen Umständen ethnische Zuschreibungen relevant werden, wie sich Menschen unter ethnischen, rassischen oder nationalen statt unter anderen Aspekten identifizieren und andere wahrnehmen. Darüber hinaus stellt sich die Frage, welche politischen, sozialen, kulturellen und auch psychologischen Prozesse ablaufen müssen, damit daraus ein Zusammengehörigkeitsgefühl entsteht. Auch die Kategorien selbst können ins Blickfeld geraten: Wie werden Kategorien gleichsam institutionalisiert und wie entstehen daraus kulturell machtvolle und symbolträchtige Mythen, Erinnerungen und Erzählungen? Insgesamt ist Ethnizität (wie auch „Rasse“ oder „Nation“) in einer konsequent konstruktivistischen Perspektive keine Entität und somit nicht auf wesenhafte Gruppen oder Gebilde bezogen zu denken. Ethnizität ist vielmehr eine Sichtweise auf soziale Phänomene. Anstatt zu fragen, „was eine ethnische Gruppe ist“ werden Fragen relevant, wie, wann und warum Menschen Erfahrungen nach ethnischen Gesichtspunkten interpretieren.

Die Realität eines Phänomens wie Ethnizität in dieser Hinsicht zu überdenken heißt nun nicht, ihre Realität zu bestreiten, ihre Bedeutung und ihre Macht zu leugnen; vielmehr geht es um die These, dass die Realität von Ethnizität als ethnische, nationale Identifikationen in bestimmten Umfeldern „nicht an die Existenz ethnischer Gruppen oder Nationen als wirklich vorhandener Gruppen oder Entitäten gebunden (ist)“.<sup>57</sup>

### III. Schlussfolgerungen für die Auslegung des Rechtsbegriffs der „ethnischen Herkunft“

Für den Rechtsbegriff der „ethnischen Herkunft“ folgt daraus, dass das in der Formulierung zum Ausdruck gekommene veraltete, primordialistische Grundverständnis von Ethnizität zu überwinden ist. Zu fordern ist daher eine Auslegung, die sich

55 *Barth*, *Ethnic Groups* (Fn. 50), S. 14.

56 *R. Brubaker*, *Ethnizität ohne Gruppen*, Hamburg 2007.

57 *Brubaker*, *Gruppen* (Fn. 57), S. 22.

an dem konstruktivistischen Begriff von ethnischer Zugehörigkeit orientiert. *Eine Diskriminierung „wegen der ethnischen Herkunft“ liegt danach vor, wenn die Ungleichbehandlung an ein personengebundenes Merkmal geknüpft wird, das aus der Perspektive objektiver Dritter zur Wahrnehmung einer ethnischen Differenz geeignet ist und das durch Assimilation überwunden werden kann.* Es ist also nicht die subjektive Perspektive des Diskriminierenden als relevant anzusehen oder gar der Nachweis der tatsächlichen Wahrnehmung von Differenz zu verlangen. Der objektive Dritte kann jede ethnische Zugehörigkeit haben, so dass es genügt, dass das personengebundene Merkmal aus der Perspektive objektiver Betrachter einzelner Ethnien als relevant für die Wahrnehmung der ethnischen Gruppenzugehörigkeit erscheint. Nicht erforderlich ist weiter, dass das Merkmal es erlaubt, den Träger als Mitglied einer bestimmten ethnischen Gruppe zu identifizieren. Für das Diskriminierungsverbot kommt es nur auf die grundsätzliche Wahrnehmbarkeit ethnischer Differenz an.

Noch nicht geklärt ist damit indes, welche personengebundenen Merkmale als wahrnehmungsrelevant für die ethnische Zugehörigkeit anzusehen sind. Die Unterscheidung hat nicht nur theoretische Bedeutung für die Frage, welche Art der Diskriminierung vorliegt. Vielmehr erscheint es als angezeigt, an überwindbare und unüberwindbare Merkmale unterschiedliche Maßstäbe anzulegen, so dass mit der Unterscheidung auch eine rechtliche Differenzierung verbunden ist: Während das Anknüpfen an *jedes* unüberbrückbare personengebundene Differenzmerkmal als Diskriminierung „aus Gründen der Rasse“ anzusehen ist, bedarf es bei den überbrückbaren Merkmalen einer gesonderten Feststellung (und ggf. des Nachweises) der Relevanz für die Wahrnehmung ethnischer Zugehörigkeit. Als relevant ist dabei nicht jedes Merkmal zu verstehen, das irgendeinen Bezug hierzu hat. Vielmehr muss das Merkmal aus Sicht des objektiven Dritten erhebliche Bedeutung für die Wahrnehmung haben; denn überbrückbare Merkmale haben eine andere Qualität als die unüberbrückbaren, meist körpergebundenen (wie etwa die Hautfarbe). Hier geht es weitgehend um verhaltensgebundene Merkmale, die für sich häufig nur eingeschränkte Bedeutung haben. Ethnien sind durch einen (zumindest angenommenen) gemeinsamen Abstammungsglauben geprägt, der sich vor allem in kulturellen Gemeinsamkeiten manifestiert,<sup>58</sup> die sich wiederum in bestimmten Verhaltensweisen, einschließlich der (phänotypischen) Gestaltung des eigenen Körpers (etwa durch Bekleidung, Körperschmuck oder Haargestaltung) zeigen. Einzelne Verhaltensweisen oder Gestaltungen sind dabei aber nur schwache Indizien für die ethnische Wahrnehmung, andere überwindbare Merkmale können diese dagegen deutlich stärker prägen. So kann zwar traditionelle Kleidung ein schwaches Indiz für die Zugehörigkeit zu einer Ethnie sein, für sich aber kaum die Wahrnehmung prä-

58 Houben, Kulturpolitik (Fn. 47), S. 68.

gen. Das Tragen eines *Sari* führt eher nicht dazu, dass ein objektiver Dritter die Trägerin ohne weiteres als Inderin wahrnimmt, und je stärker traditionelle Kleidung Eingang in die allgemeine Mode gefunden hat, desto geringer ist die Wahrnehmungsrelevanz.<sup>59</sup> Dagegen können kulturell stärker verankerte und insbesondere religiös motivierte Körpergestaltungen für die Zurechnung zu einer Ethnie ausreichend sein, auch wenn diese sich letztlich in Bekleidung manifestieren. Denn auch Religion und die Formen ihres Ausdrucks können zweifelsfrei Teil der kulturellen Gemeinsamkeiten von Ethnien sein (und werden daneben noch von dem weiteren Diskriminierungsverbot wegen Religion und Weltanschauung erfasst). So haben traditionelle muslimische Verschleierungsformen (einschließlich des religiös bedingten Kopftuchs) aus Sicht eines objektiven Mitteleuropäers eine starke Wahrnehmungsrelevanz für ethnische Differenz, ebenso verhält es sich mit dem Turban (*Dastar*) der Sikhs und dem Stirnpunkt (*Tilaka*) der Hindus, aber auch dem christlichen Kreuz aus der Sicht der Angehörigen von Ethnien mit nicht-christlicher religiös-kultureller Prägung (z. B. islamisch geprägter Araber).

Ein wichtiger Ausdruck der *kulturellen* Gemeinsamkeit von Ethnien ist ferner die Sprache, die daher wesentliche Bedeutung sowohl für die Feststellung der Zugehörigkeit zur „eigenen“ Ethnie (Binnensicht) als auch für die Wahrnehmung ethnischer Differenz hat.<sup>60</sup> Daher ist auch die Sprachkenntnis als personengebundenes Merkmal der ethnischen Zugehörigkeit mit hoher Wahrnehmungsrelevanz anzusehen. Dieses ist grundsätzlich durch sekundären Spracherwerb überwindbar, denn selbst muttersprachliche Kenntnisse lassen sich von den Kenntnissen, die auf einem Zweiterwerb auf höchstem Niveau beruhen, praktisch nicht unterscheiden.<sup>61</sup> Ähnliches gilt für den Namen, der ebenfalls hohe Relevanz für die Wahrnehmung ethnischer Differenz hat. Auch dieser ist als überwindbares Merkmal anzusehen, da er grundsätzlich geändert werden kann – nicht nur im Rahmen von Personenstandsänderungen, sondern (je nach Personalstatut) auch durch Hoheitsakt oder sogar durch private Namensänderung. Dass dies im Rahmen von Migration und Assimilation in Deutschland unüblich ist, dürfte vielfach mit rechtlichen Hürden<sup>62</sup> zu tun

59 Ein Beispiel aus dem deutschen Kulturkreis wäre das „Dirndl“, das durch die Verbreitung als allgemeine Modeerscheinung jeden Bezug zur ethnischen Herkunft der Trägerin verloren hat. Ähnliches gilt für den indianischen *Poncho* und ukrainische Kleider (*Vyschyvanka*), die vor allem durch die Designerin *Vita Kin* weltweit populär wurden.

60 Vgl. auch *Roloff*, in: BeckOK ArbR (Fn. 33), § 1 AGG Rn. 3; *G. Thüsing*, in: MüKoBGB, Bd. 1, 7. Aufl. 2015, § 1 AGG Rn. 55.

61 Wird nicht auf das Sprachniveau selbst abgestellt, sondern darauf, dass ein primärer, muttersprachlicher Erwerb einer bestimmten Sprache erfolgt ist, wird an ein unüberwindbares Merkmal und nach der hier entwickelten Abgrenzung an die „Rasse“ angeknüpft.

62 Das Namensrecht (und damit auch das Recht der Namensänderung) unterliegt nach Art. 10 EGBGB dem Personalstatut, in der Regel also dem Herkunftsstaat, sofern es nicht zum Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit gekommen ist. Nur bei deutschen Staatsangehörigen sind daher die restriktiven, da einen wichtigen Grund und eine Behördenentscheidung voraussetzenden Regelungen des NamÄndG relevant, wobei im Zuge des Erwerbs der deutschen Staatsangehörigkeit zumindest die Namensanpassung durch Wahl einer „deutschsprachigen Form“ zulässig ist (Art. 47 EGBGB).

haben, aber auch mit dem Wunsch der meisten Migranten, ihre (auch ethnische) Identität zu bewahren. An der grundsätzlichen Überwindbarkeit des Merkmals ändert das nichts, und insbesondere in den USA (wo der Common Law-Grundsatz der freien, privaten Abänderbarkeit des Namens gilt)<sup>63</sup> ist die „Amerikanisierung“ des Namens bei Migration weit verbreitet.<sup>64</sup> Insofern ethnische Identität zu einer „positiven“ Selbstwahrnehmung gehört, sind solche und andere „Marker“ von Ethnizität kulturell wünschenswert – mit anderen Worten: Integration impliziert idealiter keine Auslöschung oder Ersetzung, sondern eine Erweiterung kultureller Merkmale. Das Antidiskriminierungsrecht hat die Aufgabe, bei Festhalten an derartigen ethnischen „Markern“ vor wirtschaftlichen Nachteilen und Ausgrenzung durch die Mehrheitsgesellschaft zu schützen und dadurch die bewusste Nichtüberwindung überwindbarer Differenzmerkmale auch wirtschaftlich zu ermöglichen.

#### IV. Diskriminierung ethnischer Untergruppen

Soweit eine Ungleichbehandlung an die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Untergruppe anknüpft, wird üblicherweise gefragt, ob diese Untergruppe als hinreichend abgegrenzt erscheint, um eine eigenständige Ethnie darzustellen. Hiermit ist die Vorstellung verbunden, dass eine Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft nur vorliegt, wenn der Untergruppe, an die angeknüpft wird, der Charakter einer eigenen Ethnie zukommt. In der Konsequenz soll eine Ungleichbehandlung zulässig sein, die unabhängig von der eigentlichen ethnischen Herkunft lediglich auf der Zugehörigkeit zur Untergruppe beruht. Verdeutlicht man sich dies an einem gedachten Beispiel, wird deutlich, dass diese Auffassung nicht haltbar ist: Vorstellbar wäre etwa die Ablehnung einer Bewerbung mit dem Hinweis, man würde keine „Zentralanatolier“ einstellen – also möglicherweise Türken aus der Marmararegion, aber eben keine Menschen aus der Region Zentralanatolien. Es ist evident, dass „Zentralanatolier“ keine eigenständige Ethnie darstellen, sondern eine Untergruppe der Ethnie „Türken“ sind.<sup>65</sup> Daher stellt sich die Diskriminierung von „Zentralanatoliern“ als Diskriminierung aufgrund der türkischen ethnischen Herkunft dar und ist unzulässig, denn auch wenn nicht *alle* Türken von der Ungleichbehandlung betroffen sind, werden doch (fast) *nur* Türken erfasst. Allgemeiner lässt sich sagen, dass die Diskriminierung ethnischer Untergruppen sich zugleich als Diskriminierung aufgrund der Zugehörigkeit zur eigentlichen Ethnie darstellt, da es hierfür genügt, dass sich die Ungleichbehandlung nur (oder fast nur) gegen

63 Hierzu ausführlich mit umfassenden Nachweisen: J. S. Kushner, 57 UCLA L. Rev. 313 (2009), insbes. 324 ff. (auch zu einzelstaatlichen Ausgestaltung der Namensänderung).

64 Erforderlich ist dazu aus Sicht des U.S.-amerikanischen Rechts nicht einmal der Erwerb der Staatsangehörigkeit, da die Anknüpfung des Personalstatuts anhand des „domicile“ erfolgt und somit ein ständiger Aufenthalt in den USA ausreichend ist.

65 Es ist anzumerken, dass es auch in Zentralanatolien ethnische Minderheiten gibt (insbes. eine kurdischen Bevölkerungsanteil von weniger als 10%), was aber nur die (hier nicht zu vertiefende) Frage aufwerfen kann, ob es sich um eine unmittelbare oder eine mittelbare Diskriminierung handelt.

Angehörige einer bestimmten Ethnie richtet, selbst wenn nicht alle Angehörigen dieser Ethnie betroffen sind.

Während diese Behandlung der Diskriminierung von Untergruppen für das genannte Beispiel wertungsmäßig wohl keinen Widerspruch hervorrufen wird – kein Arbeitgeber wird wohl davon ausgehen, „Zentralanatolier“ diskriminieren zu dürfen – ist es bemerkenswert, dass dies bei der Diskriminierung von Untergruppen der Ethnie „Deutsche“ vielfach anders gesehen wird. Interessanterweise wird die Problematik praktisch nur in Bezug auf „Teilpopulationen“ oder Untergruppen der Deutschen überhaupt diskutiert. In das Bewusstsein ist die Fallkonstellation insbesondere durch ein Urteil des ArbG Stuttgart getreten, in der es um die Nichtberücksichtigung eines Bewerbers mit dem Hinweis „Ossi“ ging.<sup>66</sup> Das Gericht hat hier keine relevante Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft angenommen, da es sich bei Menschen mit Herkunft aus der ehemaligen DDR und solchen aus der alten Bundesrepublik nicht um „abgrenzbare Ethnien von jeweils eigener Art“ handele, da trotz der zwischenzeitlichen staatlichen Trennung die Bevölkerung aufgrund der gemeinsamen Sprache (an der verschiedene Dialekte nichts ändern) und gemeinsamen Geschichte „weder Schwaben noch Bayern noch „Wessis“ noch in Ostdeutschland Geborene zu jeweils voneinander abgrenzbaren Ethnien“ geworden seien.<sup>67</sup> Das ist evident richtig und soll hier nicht weiter hinterfragt werden. Der Schlussfolgerung, dass „die Bezeichnung [als „Ossi“] nicht dem Tatbestandsmerkmal „ethnische Herkunft“ zugeordnet werden“ könne und daher die Klage unbegründet sei, ist entgegenzuhalten, dass die Einordnung als „Ossi“ untrennbar mit der Eigenschaft als ethnisch Deutscher verbunden ist.<sup>68</sup> Auch die Diskriminierung von Ostdeutschen (oder Bayern) stellt eine Diskriminierung nur von *Deutschen* dar – und Deutsche sind ebenso evident eine „abgrenzbare Ethnie“. Der Fall unterscheidet sich grundsätzlich nicht von dem Beispiel der „Zentralanatolier“, auch hier besteht die diskriminierte Gruppe ausschließlich aus Angehörigen der deutschen Ethnie.

Gleichwohl hat die Entscheidung des ArbG Stuttgart auch im Ergebnis vielfach Zustimmung erfahren,<sup>69</sup> und es lässt sich nicht bestreiten, dass ein gegenteiliges Ergebnis zu einem wertungsmäßigen Störgefühl führen würde. Der Grund dafür liegt aber allein darin, dass der „Ossi“ als *Deutscher in Deutschland* nicht als schutzbedürftig erscheint, da er jedenfalls nicht der Gefahr systematischer Diskriminierung ausgesetzt ist. Beispielhaft ist etwa auf die Äußerung von *Bayreuther* zu verweisen,

66 ArbG Stuttgart NZA-RR 2010, 344.

67 ArbG Stuttgart NZA-RR 2010, 344, 345.

68 In der DDR aufgewachsene Angehörige anderer Ethnien (wie z. B. Vietnamesen) werden im allgemeinen Sprachgebrauch nicht mit dem Begriff erfasst.

69 Vgl. etwa *Bayreuther*, NZA-Beil. 2011, 27, 35; *Schmitz-Scholeman/Brune*, RdA 2011, 129, 140; *G. Thüsing*, in: MüKoBGB (Fn. 61) § 1 AGG Rn. 57.

der die Entscheidung des ArbG Stuttgart begrüßt, da das Diskriminierungsrecht sich „auf den – effektiven – Schutz signifikant benachteiligter Gruppen konzentrieren“ sollte.<sup>70</sup> Diese Überlegung ist sicher nicht von der Hand zu weisen, sie betrifft allerdings nicht die Frage, ob die Diskriminierung von „Ossis“ wegen der ethnischen Herkunft (als Deutscher) erfolgt. Vielmehr geht es um den persönlichen Schutzbereich des Diskriminierungsverbots und seine Anwendung auf die Angehörigen einer nur im Ausnahmefall von Diskriminierung bedrohten Mehrheitsgruppe. Nur für diese Frage besteht ein Unterschied zwischen dem Fall der Diskriminierung aufgrund der Eigenschaft als „Zentralanatolier“ und als „Ossi“, nur aufgrund einer solchen Überlegung ließen sich beide Fälle mithin auch unterschiedlich behandeln.

Das Problem ist mithin, dass das genannte Störgefühl aus dem weithin anerkannten und praktisch nicht offen in Frage gestellten Grundsatz resultiert, dass das Gleichstellungsrecht keinen minderheitenschützenden Charakter, sondern vielmehr einen umfassenden persönlichen Schutzbereich hat. Im Schrifttum zum AGG wird zumeist ausdrücklich davon ausgegangen, dass das Diskriminierungsverbot „jedermann davor bewahren“ soll, aufgrund eines der Merkmale des § 1 AGG benachteiligt zu werden.<sup>71</sup> Da jeder Mensch Träger der meisten Merkmale des § 1 AGG ist, also insbesondere eine „ethnische Herkunft“, ein Lebensalter sowie ein Geschlecht und eine sexuelle Identität hat,<sup>72</sup> geht man davon aus, dass auch jedermann anhand dieser Merkmale diskriminiert werden *könnte* und daher zu schützen ist. Speziell für die Diskriminierung aufgrund von „Rasse“ und ethnischer Herkunft ergibt sich dies auch aus der Aussage in Erwägungsgrund 16 zur Antirassismusrichtlinie, wonach es wichtig ist, „*alle natürlichen Personen gegen Diskriminierung aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft zu schützen.*“ Ebenso verhält es sich bei dem Merkmal der sexuellen Identität, für das allgemein anerkannt ist, dass Benachteiligungen wegen jeder sexuellen Identität einschließlich der Heterosexualität vom Diskriminierungsverbot erfasst werden.<sup>73</sup>

Die Erstreckung des Schutzes auf jedermann impliziert, dass sich auch die Angehörigen einer in Hinblick auf ein bestimmtes Merkmal des § 1 AGG gesellschaftlich

70 Bayreuther, NZA-Beil. 2011, 27, 35.

71 So insbesondere BeckOK z. BGB/Wendtland, § 19 AGG Rn. 36; G. Thüsing, in: MüKoBGB (Fn. 61), § 19 AGG Rn. 131; Staudinger/Serr, Einl. zum AGG, Rn. 28; Schreiber, JuS 2007, 308, 310; Schreiber, Schutz vor willkürlichen und diskriminierenden Entlassungen, S. 132; zumindest implizit auch HK-BGB/Ebert, § 1 AGG Rn. 5.

72 Hierauf nimmt die Gesetzesbegründung zum AGG explizit Bezug, vgl. BR-Drucks. 329/06, S. 31.

73 Vgl. etwa ArbG Berlin BeckRS 2010, 68200; Schlachter, in: ErfK (Fn. 33), § 1 AGG Rn. 14; G. Thüsing, in: MüKoBGB (Fn. 61), § 1 AGG Rn. 87; BeckOK z. BGB/Wendtland, § 19 AGG Rn. 44.

dominanten Mehrheitsgruppe (etwa ethnisch Deutsche in Deutschland<sup>74</sup> oder Heterosexuelle) auf das Diskriminierungsverbot berufen können – ohne dass diese Personen einer spürbaren Gefahr der Diskriminierung ausgesetzt wären. Solange man an diesem Grundsatz festhält, kommt man unseres Erachtens nicht umhin, die Benachteiligung von Untergruppen der Deutschen als Diskriminierung aufgrund der deutschen Ethnie anzusehen. Das Störgefühl in Bezug auf dieses Ergebnis könnte aber Anlass geben, den umfassenden persönlichen Schutzbereich der Diskriminierungsverbote in Frage zu stellen: Will man den Schutz des AGG auf „signifikant benachteiligte Gruppen konzentrieren“,<sup>75</sup> läge eine *teleologische Reduktion* auf den Schutz von Personen nahe, die in Bezug auf das jeweilige Merkmal nicht zur gesellschaftlich dominanten Gruppe gehören. Der vom Schutz ausgenommene Personenkreis wäre nicht von signifikanter Benachteiligung bedroht und daher nicht als schutzbedürftig zu bewerten. Das AGG erhielte so einen minderheitenschützenden Charakter.

Eine derartige Rechtsfortbildung würde, trotz ihres Charmes, das vielfach begrüßte Ergebnis des „Ossi“-Falles zutreffend begründen zu können, indes sowohl wertungsmäßig als auch rechtstechnisch auf größere Bedenken stoßen. Wertungsmäßig wären die weiteren Konsequenzen in den Blick zu nehmen: Will man es tatsächlich ermöglichen, Stellenausschreibungen oder Wohnungsangebote von Großvermietern zuzulassen, die ethnisch deutsche Bewerber ausdrücklich ausschließen? Will man tatsächlich bei Massengeschäften erlauben, Preisdiskriminierung zu Lasten ethnisch deutscher Kunden zu betreiben? Die Konsequenzen ließen sich nicht auf die Behandlung von Untergruppen begrenzen, und die angesprochenen Folgerungen erschienen kaum als vertretbar. Hinzu kommt die Frage, ob ein derart weitgehender Eingriff in die Schutzrichtung des Gesetzes nicht den Rahmen einer zulässigen Rechtsfortbildung überschreitet und dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben sollte. Methodisch ist das hier nicht näher zu diskutieren, hinzuweisen ist nur darauf, dass – trotz der Diskussion der besonderen Schutzbedürftigkeit bestimmter Minderheitsgruppen in der Gesetzesbegründung<sup>76</sup> – durchaus davon auszugehen ist, dass der deutsche Gesetzgeber bewusst einen umfassenden Schutz angeordnet hat, und dass der Erwägungsgrund 16 zur Antirassismusrichtlinie darauf hindeutet, dass die Richtlinie dieses Ergebnis auch vorgibt. Eine abweichende Sichtweise müsste daher bereits auf der Ebene des Richtlinienrechts begründet werden.

74 Hinzuweisen ist auf das Urteil BAG NZA 2012, 1345 (Tz. 31), wo zwar auf die „nichtdeutsche Herkunft“ abgestellt wird, was aber nicht als Aussage zum persönlichen Schutzbereich des Merkmals verstanden werden kann, da der Sachverhalt keinen Anlass gab, sich mit dem Schutz ethnisch Deutscher zu beschäftigen.

75 Bayreuther, NZA-Beil. 2011, 27, 35.

76 BR-Drucks. 329/06, S. 24.

Im Ergebnis soll eine solche Rechtsfortbildung hier nicht propagiert werden, da sie methodisch und in Bezug auf die Ergebnisse als höchst problematisch erschiene. Eine rechtspolitische Diskussion über eine minderheitenschützende Ausgestaltung des AGG und des europäischen Richtlinienrechts wäre aber zu begrüßen.

#### **D. Fazit**

Nach dem hier entwickelten Konzept kommt es für die Abgrenzung zwischen Merkmalen der „Rasse“ und der „ethnischen Herkunft“ darauf an, ob ein differenzbegründendes Merkmal durch Assimilation überwunden werden kann. Dabei ist ein moderner, konstruktivistischer Begriff der Ethnizität zugrunde zu legen, der nicht auf eine abstammungsbedingte „Herkunft“ abstellt, sondern von der Veränderlichkeit und der Nicht-Exklusivität ethnischer Zugehörigkeit ausgeht. Der Rechtsbegriff der „ethnischen Herkunft“ erfasst daher jedes Anknüpfen an die ethnische Zugehörigkeit, einschließlich der Anknüpfung an die Zugehörigkeit zu einer Untergruppe, die nur (oder fast nur) aus Angehörigen einer bestimmten Ethnie besteht.