Auch die Unsichtbaren werden diskriminiert

Es ist unmöglich, die Identität einer Person über ein einzelnes Merkmal wie ihr Geschlecht, ihre Religion oder ihr Alter zu erfassen. Während die gesellschaftspolitische Debatte den Fokus daher vermehrt auf mehrdimensionale Diskriminierungserfahrungen richtet, haftet das Recht weiterhin an einer schematischen Bewertung einzelner Merkmale. Damit wird das Recht der Realität nicht gerecht, in der Diskriminierungen entscheidend durch das Zusammentreffen verschiedener Merkmale geprägt werden: Eine alte Frau wird anders wahrgenommen als ein junger Mann. Lässt sich eine Diskriminierung nicht in die einzelnen Merkmale aufspalten, bleibt die betroffene Person rechtlich schutzlos. Hier setzt das Konzept der intersektionalen Diskriminierung an: Es nimmt das Zusammenspiel verschiedener Merkmale in den Blick und bildet die Individualität der betroffenen Person damit umfassend ab. Es ist Zeit, die intersektionale Perspektive auf Diskriminierungserfahrungen im Recht zu verankern.

Anna Biedermann hat an der Bucerius Law School im Fachgebiet Rechtswissenschaften promoviert.

Anna Biedermann

Deutscher Studienpreis
2. Preis Sektion Geistes- und Kulturwissenschaften

Körber Stiftung

Der vorliegende Beitrag wurde beim Deutschen Studienpreis 2025 mit dem 2. Preis in der Sektion Geistes- und Kulturwissenschaften ausgezeichnet. Er beruht auf der 2024 an der Bucerius Law School eingereichten Dissertation „Schutzlücke intersektionale Diskriminierung? Art. 21 Abs. 1 GRCh als Blaupause für das nationale Arbeitsrecht“ von Dr. Anna Biedermann.

Auch die Unsichtbaren werden diskriminiert

Wird eine Person wegen ihres Geschlechts, ihres Alters oder ihrer ethnischen Zugehörigkeit diskriminiert, ist diese Benachteiligung für uns alle relativ offensichtlich erkennbar. Das Antidiskriminierungsrecht sieht ein differenziertes Regelungssystem vor, um derartigen verbotenen Ungleichbehandlungen in besonders schützenswerten Gesellschaftsbereichen zu begegnen. Ein solcher schützenswerter Bereich ist das Arbeitsleben, welches aufgrund der sozialen und hierarchischen Dynamiken besonders diskriminierungsanfällig ist. Nach den Vorgaben des Unionsrechts nimmt das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Arbeitsrecht eine sehr schematische Perspektive ein und erklärt Diskriminierungen wegen einzelner Merkmale für verboten. Verboten sind demnach Diskriminierungen wegen der „Rasse“ oder der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität.

Doch Diskriminierungserfahrungen lassen sich nicht in Schubladen stecken. Sie beruhen nicht immer allein auf dem Geschlecht, dem Alter oder der Religion einer Person. Vielmehr sind sie so vielschichtig wie die jeweils betroffene Person. Eine zugleich naheliegende wie erforderliche Anknüpfung an die individuell erlebte Ungleichbehandlung nimmt das Gesetz bislang jedoch nicht vor. In der Folge bleiben viele Diskriminierungen unerkannt und die Betroffenen rechtlich schutzlos. Das ist problematisch, denn diese Diskriminierungen finden trotzdem statt, auch wenn sie rechtlich nicht adressiert werden. Der rechtliche Rahmen, der vor Diskriminierung im Arbeitsverhältnis schützen soll, ist unzureichend.

Schutzlücken im Diskriminierungsschutz

Was ist mit Benachteiligungen, die mehrere Merkmale des Merkmalskatalogs berühren? Diskriminierungen verlaufen nicht linear, vielmehr überschneiden sich die verschiedenen Merkmale zwangsläufig, weil alle Menschen mehrdimensionale Identitäten haben: Alle Menschen haben ein Alter, ein Geschlecht, eine sexuelle Orientierung und eine ethnische Herkunft; viele sind oder werden im Laufe ihres Lebens religiös, und einige haben oder erlangen eine Behinderung. Je nach

individueller Ausprägung der einzelnen Merkmale ist eine Person in verschiedenen Lebens- und Gesellschaftsbereichen unterschiedlich stark anfällig für Diskriminierungen. Doch das Gesetz beachtet die Wechselwirkungen zwischen den verschiedenen Diskriminierungsmerkmalen weitgehend nicht. Bei besonders vulnerablen Personengruppen führt diese Diskrepanz zwischen Recht und Realität zu einer Schutzlücke. Ihre Diskriminierungserfahrungen lassen sich regelmäßig nicht oder nur unzureichend über ein einzelnes Merkmal begreifen und werden rechtlich daher nicht erfasst. Diese Schutzlücke soll durch zwei Beispiele veranschaulicht werden.

Wird eine Arbeitnehmerin aufgrund ihres Geschlechts nicht eingestellt, liegt eine verbotene Diskriminierung wegen des Geschlechts vor. Doch was ist mit einer Frau, die nicht eingestellt wird, weil sie als Muslima ein Kopftuch trägt? Ihre Diskriminierungserfahrung lässt sich nicht allein über eine Anknüpfung an das Geschlecht auflösen – vergleicht man sie in derselben Situation mit einer atheistischen Frau, wird sie schlechter behandelt. Auch über das Merkmal der Religion lässt sich ihre Diskriminierungserfahrung nicht vollständig erfassen. Ein muslimischer Mann wäre – da er keinen Hijab trägt – in derselben Situation jedenfalls anders behandelt worden. Betrachtet man die Diskriminierungserfahrung der Frau ganz genau, liegt diese zwischen den beiden Merkmalen des Geschlechts und der Religion, genau dort, wo diese sich überkreuzen. Doch die Überkreuzung von mehreren Merkmalen erfasst das Recht nicht als verbotene Diskriminierung.

Das Beispiel steht nicht allein: Gibt es in einem Unternehmen eine betriebliche Hinterbliebenenversorgung, die an die Voraussetzung geknüpft wird, dass die berechtigte Person vor dem 60. Lebensjahr geheiratet hat, werden jene Arbeitnehmer:innen wegen ihres Alters benachteiligt, die erst später heiraten. Dies lässt sich rechtfertigen mit Blick auf den Zweck dieser Späteheklausel und steht daher im Ermessen der Arbeitgeber:in: Es soll Missbrauch durch späte Zweckheiraten vermieden werden. Doch was ist mit einem homosexuellen Arbeitnehmer, der seinen langjährigen Lebenspartner nach der Einführung der „Ehe für alle“ überhaupt erst im Alter von 63 Jahren heiraten konnte? Seine Diskriminierungserfahrung lässt sich nicht allein über das Merkmal des Alters oder über die sexuelle Identität erfassen. Vielmehr knüpft seine Diskriminierungserfahrung an das untrennbare Zusammentreffen der beiden Merkmale „Alter“ und „sexuelle Identität“ an. Eine Rechtfertigung der erfahrenen Ungleichbehandlung allein aufgrund des Missbrauchs-Arguments wegen seines Alters greift in diesem Fall zu kurz, da es die Diskriminierung nicht vollständig abbildet.

Beide Beispiele stehen stellvertretend für all jene Personen, deren Diskriminierungserfahrungen nicht anhand eines einzelnen Merkmals nachzuvollziehen sind. Die Betroffenen bleiben rechtlich häufig schutzlos – sie sind die Unsichtbaren im

Diskriminierungsschutz. Sie fallen durch die Lücken zwischen den im Gesetz festgeschriebenen Diskriminierungsmerkmalen. Das ist paradox und läuft dem Zweck des Diskriminierungsschutzes zuwider, sind sie doch eigentlich besonders schutzbedürftig: Ihre Diskriminierungserfahrung gründet nicht nur auf einem einzelnen Merkmal, sondern auf der untrennbaren Verschränkung gleich mehrerer.

Diskriminierung an der Kreuzung verschiedener Merkmale

Diese Fälle, in denen eine Person mehrere Diskriminierungsmerkmale vereint, die sich überschneiden und dadurch eine Benachteiligung bewirken, werden unter dem Begriff der „intersektionalen Diskriminierung" diskutiert. Eine intersektionale Diskriminierungserfahrung kann nicht mit der bloßen Summe der Ungleichbehandlungen aufgrund der einzelnen Merkmale gleichgesetzt werden. Vielmehr verschmelzen die verschiedenen Merkmale zu einer einzelnen Benachteiligung.

Der Unfall auf der Straßenkreuzung

Der Ursprung der Intersektionalitäts-Debatte im Diskriminierungsschutz liegt auf einer amerikanischen Straßenkreuzung. Auf dieser Kreuzung kommt der Verkehr aus allen vier Richtungen. Passiert auf der Kreuzung ein Unfall, können die beteiligten Fahrzeuge aus jeder der vier Richtungen gekommen sein. Es ist möglich, dass Fahrzeuge aus allen vier Richtungen an dem Unfall beteiligt sind. Den genauen Unfallhergang zu rekonstruieren, ist einfach, wenn nur ein Fahrzeug verantwortlich ist. Sind jedoch mehrere Fahrzeuge an dem Unfall beteiligt, kann eine genaue Rekonstruktion herausfordernd bis unmöglich sein. Im Zweifel lässt sich nur sicher feststellen, dass mehrere Fahrzeuge in den Unfall verwickelt sind, ohne dass eines eindeutig als verantwortlicher Unfallverursacher zu identifizieren ist. In diesem Fall besteht die große Gefahr, dass keine:r der Beteiligten für den Unfall haftbar gemacht wird. Alle steigen in ihre Fahrzeuge und fahren davon. Das verletzte Opfer bleibt allein zurück.

Ähnlich unübersichtlich wie auf dieser Straßenkreuzung kann es auch bei Diskriminierungserfahrungen zugehen. Die auf die Kreuzung zuführenden Straßen stehen für verschiedene Diskriminierungsmerkmale. Eine Diskriminierung kann aus nur einer Richtung erfolgen, also nur auf ein Merkmal zurückzuführen sein. Dann ist sie als solche leicht zu erkennen und rechtlich zu erfassen. Wie der Verkehr auf der Kreuzung kann aber auch eine Diskriminierung aus mehreren Richtungen gleichzeitig kommen. In diesem Fall ist es unmöglich, die konkrete Benachteiligung in die einzelnen betroffenen Merkmale aufzuspalten, ohne das Erlebnis künstlich auseinanderzureißen. Die Metapher des Unfalls verdeutlicht, wie gefährlich diese

Konstellation ist: Es steht zu befürchten, dass die erlebte Diskriminierung als solche nicht erkannt wird und die betroffene Person rechtlich schutzlos bleibt. Oder zugespitzt: Auf der Kreuzung werden einige unsichtbar für das Recht.

Die Straßenkreuzung – im Englischen „intersection" – hat den Begriff der Intersektionalität geprägt und geht zurück auf die amerikanische Juristin *Kimberlé Crenshaw*. *Crenshaw* fiel auf, dass Schwarze Frauen vor Diskriminierungen am Arbeitsplatz rechtlich grundsätzlich nicht geschützt waren. Die Arbeitsgerichte verneinten eine rechtlich relevante Ungleichbehandlung mit wechselnden Vergleichsmaßstäben: Je nachdem, ob das Gericht die Diskriminierungserfahrung einer Schwarzen Frau unter dem Blickwinkel der „Rasse" oder des Geschlechts analysierte, verglich es die Situation der Schwarzen Frau mit einem Schwarzen Mann oder mit einer weißen Frau. Das Ergebnis war in allen Fällen gleich: Schwarze Frauen wurden systematisch aus dem Diskriminierungsschutz ausgeklammert. Die spezifische Diskriminierungserfahrung als Schwarze Frau blieb in der amerikanischen Rechtsprechungspraxis jahrzehntelang unsichtbar. Es bedurfte einer Juristin wie *Crenshaw*, die das Problem erkannte und ihm einen Namen gab, um einen Perspektivwechsel einzuleiten.

Notwendiger Perspektivwechsel im Diskriminierungsschutz

Die bisherigen Beispiele zeigen, dass ein effektiver Diskriminierungsschutz an der konkreten Diskriminierungserfahrung der betroffenen Person ansetzen muss. Nur wenn das Recht anerkennt, dass alle Personen vielschichtige Identitäten haben, ist es möglich, die erlebte Diskriminierung nachzuvollziehen. Dementsprechend bedarf es eines Perspektivwechsels, um intersektionale Diskriminierungen rechtlich zu erfassen. Die intersektionale Perspektive strebt an, die schematische Annahme des geltenden Rechts zu überwinden. Sie setzt an der Individualität der diskriminierten Person an und macht die untrennbare Verschränkung der verschiedenen zugrundeliegenden Merkmale sichtbar, ohne diese auseinanderzureißen.

In der Europäischen Union sind vor allem Frauen aus ethnischen Minderheiten, ältere Frauen, Schwarze Frauen sowie Frauen mit Behinderungen von intersektionaler Diskriminierung betroffen. Ihre Diskriminierungserfahrungen zeichnen sich gerade dadurch aus, dass zu dem Geschlecht mindestens ein weiteres diskriminierungsrelevantes Merkmal hinzutritt. Doch intersektionale Diskriminierung betrifft nicht nur Frauen. Die eingangs aufgezeigten Beispiele verdeutlichen, dass jegliche Konstellationen der Merkmalsverschränkung möglich sind und eine Diskriminierungserfahrung prägen können.

Der Perspektivwechsel ist außerdem erforderlich, um es der Rechtspraxis zu erleichtern, intersektionale Diskriminierungen überhaupt als solche zu erkennen. Problematisch an dem bislang auf einzelne Merkmale ausgerichteten Diskriminierungsschutz ist der Vergleichsmaßstab, anhand dessen eine Benachteiligung nachzuweisen ist. Im Falle einer einfachen Geschlechtsdiskriminierung kann das Gericht leicht überprüfen, ob die weibliche Arbeitnehmerin in der gleichen Situation schlechter behandelt wurde als ein männlicher Kollege. Der bislang vorgesehene rechtliche Ansatz zwingt die Gerichte dazu, jedes Merkmal für sich auf eine Benachteiligung zu prüfen. Diese Betrachtung fragmentiert die tatsächliche Diskriminierungserfahrung, indem sie sie künstlich in die einzelnen Merkmale zerlegt. Damit erschwert der vorgegebene Ansatz es den Gerichten, Ungleichbehandlungen zu erkennen, die auf einer intersektionalen Diskriminierung beruhen. Kann eine Ungleichbehandlung nicht eindeutig in die beteiligten Merkmale aufgespalten werden, wird sie nicht als rechtlich relevante Diskriminierung erkannt. Das Gericht kann dann zwar feststellen, dass die betroffene Person tatsächlich anders behandelt wurde als eine andere, diese Ungleichbehandlung bleibt rechtlich jedoch unbeachtlich. Auf der anderen Seite der Richterbank stehen die Betroffenen vor demselben Dilemma in anderem Gewand: Entweder sie finden sich in den rechtlichen Rahmen ein und beschränken sich auf ein betroffenes Merkmal, um zumindest teilweise rechtlichen Schutz zu erlangen – oder sie gehen die Gefahr ein, vollständig durch die Lücken des rechtlichen Diskriminierungsschutzes zu fallen. Das Ergebnis ist in beiden Szenarien unbefriedigend: Der Diskriminierungsschutz bleibt unzureichend.

Effektiver Diskriminierungsschutz durch kritische Rechtsanalyse

In der gesellschaftspolitischen Debatte hat sich in den letzten Jahren ein begrüßenswerter Wandel vollzogen hin zu einem Fokus auf die konkrete Motivation und die Auswirkungen von Ungleichbehandlungen auf verschiedene Personengruppen. Doch in der Rechtspraxis findet, wie gezeigt, bislang keine vertiefte Auseinandersetzung mit den Wechselwirkungen zwischen den einzelnen Merkmalen statt. Besonders deutlich zeigt sich dies an dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs zu der Hinterbliebenenversorgung. Apodiktisch stellte der Europäische Gerichtshof fest, dass die Überkreuzung verschiedener Diskriminierungsmerkmale rechtlich nicht relevant sei und prüfte nacheinander, ob eine Diskriminierung wegen des Alters oder eine Diskriminierung wegen der sexuellen Identität vorlag. Beides verneinte er konsequenterweise, lässt sich die tatsächliche Diskriminierungserfahrung des betroffenen Arbeitnehmers doch nur vollständig erfassen, indem die Überkreuzung der beiden Merkmale in den Blick genommen wird.

Damit hält die Rechtspraxis einer kritischen Rechtsanalyse derzeit nicht stand. Die Rechtswissenschaft trägt die besondere Verantwortung, Ungleichbehandlungen sichtbar zu machen und die zugrunde liegenden gesellschaftsstrukturellen Machtverhältnisse kritisch zu hinterfragen. Diese Verantwortung erfordert eine sich fortlaufend kritisch reflektierende Rechtsanalyse. Auch wenn eine tatsächliche Gleichbehandlung aller Identitäten unerreichbar und utopisch scheint, ist die Rechtswissenschaft gehalten, gesellschaftspolitische Entwicklungen in diese Richtung aufzunehmen und anzuleiten. Demnach kann Diskriminierungsschutz nur effektiv sein, wenn er auch die Wechselwirkungen zwischen den einzelnen Diskriminierungsmerkmalen berücksichtigt. Nur die Perspektive der intersektionalen Diskriminierung ermöglicht es, die tatsächlich erfahrene Diskriminierung rechtlich zu erfassen. Es ist Zeit, die gesellschaftspolitischen Entwicklungen aufzunehmen und die Unsichtbaren im Recht sichtbar zu machen.

Die Unsichtbaren rechtlich sichtbar machen

Wie lässt sich also die intersektionale Diskriminierung im Recht verankern und damit der geforderte Perspektivwechsel einleiten? Im Ausgangspunkt gilt, dass der Merkmalskatalog des geltenden Diskriminierungsverbots zu eng ist und die intersektionale Diskriminierung nicht erfasst. Insgesamt kommt ein integritätsschützender Charakter des Diskriminierungsschutzes, der an der Identität der betroffenen Person ansetzt, im Gesetz bislang nicht hinreichend zum Ausdruck. Es scheint daher zunächst naheliegend, das gesamte Antidiskriminierungsrecht zu reformieren und aus einer multidimensionalen, identitätsschützenden Perspektive neu zu gestalten. Insofern kommen mehrere Gestaltungsvarianten in Betracht.

(1) Alle personenbezogenen Merkmale können diskriminieren

Zunächst ließe sich andenken, den Merkmalskatalog im Diskriminierungsverbot zu öffnen, indem die aufgezählten Merkmale lediglich als Beispiele für verbotene Diskriminierungen dienen. Über das Geschlecht, das Alter, die „Rasse“ und die weiteren genannten Merkmale hinaus könnten so alle denkbaren Differenzierungskriterien als Anknüpfung für eine verbotene Diskriminierung herangezogen werden. Allerdings besteht bei der Öffnung des Merkmalskatalogs die Gefahr, dass das Diskriminierungsverbot zu einem allgemeinen Gleichbehandlungsgebot ausufert. Die unbegrenzte Möglichkeit an Merkmalen, aufgrund derer eine Ungleichbehandlung stattfinden kann, macht eine rechtssichere und vorhersehbare Handhabung in der Rechtsanwendung unmöglich. Treibt man diesen Gedanken auf die Spitze, würde das Diskriminierungsverbot auch die Schuhgröße oder die Augenfarbe als verbotene

Merkmale erfassen. Dass eine solche Ausweitung des Diskriminierungsverbots seinem eigentlichen Zweck, dem effektiven Schutz vor Diskriminierung, diametral zuwiderliefe, liegt auf der Hand.

(2) Abkehr von den Merkmalen hin zur Benennung des Diskriminierungsprozesses

Auf der anderen Seite wäre eine Ausgestaltung des Diskriminierungsverbots denkbar, die sich vollständig von einzelnen Merkmalen löst und stattdessen den zugrunde liegenden Diskriminierungsprozess adressiert. Konkret würde das Gesetz dann nicht die Diskriminierung wegen der „Rasse“ oder ethnischen Herkunft ansprechen, sondern den zugrunde liegenden Rassismus. Statt einer Diskriminierung wegen des Geschlechts würde der Sexismus als verbotener Diskriminierungsprozess benannt. Für diesen Ansatz spricht, dass er einen flexiblen Maßstab bietet, um die herabsetzende Intention hinter der Ungleichbehandlung offenzulegen. Doch die versprochene Abkehr von den einzelnen Merkmalen trügt. Trotz des Perspektivwechsels hin zur Benennung des Diskriminierungsprozesses bleibt die Ausrichtung an einzelnen Merkmalen auch hier notwendig, um im Einzelfall eine Ungleichbehandlung festzustellen. So kommt der Ansatz nicht umhin, das Merkmal der „Rasse“ zu definieren, um zu bestimmen, wann eine Ungleichbehandlung rassistisch motiviert ist. Ein Katalog an verbotenen Merkmalen bleibt erforderlich, damit eine Diskriminierung festgestellt werden kann. Das damit verbundene „Schubladendenken“ kann der Ansatz nicht überwinden.

(3) Schnittstelle als eigenes Diskriminierungsmerkmal

Die beiden Gestaltungsvarianten haben gezeigt: So wünschenswert ein vollständiger Paradigmenwechsel im Diskriminierungsschutz auch sein mag, so unpraktikabel sind die meisten in diese Richtung entwickelten Ansätze. Bei der Konzeption rechtlicher Regelungen ist die Rechtssicherheit stets ein wesentlicher Faktor. Für Adressat:innen einer Regelung muss vorhersehbar sein, was das Recht von ihnen fordert, damit sie ihr Verhalten danach ausrichten können. Daher darf auch der Diskriminierungsschutz nicht uferlos ausgeweitet werden; nicht in jeder Ungleichbehandlung liegt eine rechtswidrige Benachteiligung. Vielmehr liefe ein allumfassender Ansatz dem eigentlichen Zweck von Diskriminierungsschutz zuwider. Die gesetzlich verankerten Diskriminierungsmerkmale bilden typische Anknüpfungspunkte für Benachteiligungen in der Gesellschaft ab. Eine effektive Ausgestaltung von Diskriminierungsschutz erfordert also, dass der Merkmalskatalog auf einige wesentliche Merkmale beschränkt bleibt.

Dieser Konflikt zwischen effektivem Diskriminierungsschutz und Praktikabilität der rechtlichen Regelung kann aufgelöst werden. Die Lösung erscheint unprätentiös, gerade darin liegt jedoch ihr Vorteil gegenüber einer vollständigen Reform des Gesetzes: Die Überschneidung der einzelnen Merkmale wird als eigenes Diskriminierungsmerkmal in den Katalog des Diskriminierungsverbots aufgenommen. Auf diese Weise gelingt der Spagat zwischen effektivem Diskriminierungsschutz und Vorhersehbarkeit. Die Anerkennung der Schnittstelle als eigenständige Diskriminierungskategorie ermöglicht es, intersektionale Diskriminierungserfahrungen rechtlich sichtbar zu machen. Damit schließt sie die Lücken zwischen den einzelnen Diskriminierungsmerkmalen. Sie beachtet die Vielschichtigkeit von Identitäten und berücksichtigt, dass sich diese auf individuelle Diskriminierungserfahrungen entscheidend auswirken. Im Ergebnis wird auf diese Weise der geltende Diskriminierungsschutz vertieft und den Unsichtbaren zu rechtlicher Sichtbarkeit verholfen.

Mehr Mut im Diskriminierungsschutz

Schlussendlich bleibt festzuhalten: Wir brauchen mehr Mut im Diskriminierungsschutz. Vielschichtige Identitäten müssen rechtlich sichtbar gemacht werden. Nur so kann das Recht seiner gesellschaftspolitischen Verantwortung nachkommen und dazu beitragen, Diskriminierungen in der Gesellschaft effektiv entgegenzuwirken. Denn auch die Unsichtbaren werden diskriminiert.