



Rechtliche Stellungnahme zur Umsetzung der Europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien im SGB II und III und deren Anwendung in der Praxis mit Blick auf die besondere Situation von Migrantinnen und Migranten

Anne Kobes, RAin | Doris Liebscher, LL.M.Eur.

Erstellt im Auftrag des Transferprojekts

migration.works – Diskriminierung erkennen und handeln!

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
Zentrale Ergebnisse des Gutachtens und Vorschläge für den Transfer	7
Einführung: Hintergrund, Ziele und Aufbau der Rechtlichen Stellungnahme	11
1. Ausgangslage	11
1.1. Ungleichstellung vor und Diskriminierung auf dem Arbeitsmarkt	11
1.2. Chancen und Herausforderungen der Arbeitsverwaltung bei der Arbeitsmarktintegration von MigrantInnen	14
1.2.1. Aufgaben und Rolle der Arbeitsverwaltung	14
1.2.2. Strukturelle Problemlagen	15
1.2.3 Individuelle Handlungsspielräume	16
2. Aufbau und Untersuchungsgegenstand	16
I. Die Umsetzung der EU-Antidiskriminierungsrichtlinien im Schnittfeld von Beschäftigung, Beruf und Sozialer Sicherung	18
1. Die Vorgaben der Europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien	18
1.1. Sachlicher Anwendungsbereich der EU-Richtlinien	19
Fazit: Reichweite des europarechtlichen Diskriminierungsverbotes	20
2. Der Diskriminierungsschutz der Richtlinien	21
3. Umsetzung der Richtlinien im deutschen Recht	22
4. Diskriminierungsverbote im AGG	23
4.1. Diskriminierungsmerkmale in § 1 AGG	23
4.1.1. Rassistische Zuschreibungen	23
4.1.2. Ethnische Herkunft	24
4.1.3. Religion	24

4.1.4. Staatsbürgerschaft – Nationalität	25
Fazit	28
4.2. Sachlicher Anwendungsbereich des AGG mit Bindungswirkung für die Arbeitsverwaltung	28
5. Diskriminierungsverbote für die Arbeitsverwaltung im Grundgesetz	31
Fazit	32
6. Neuregelungen in den SGB mit Bindungswirkung für die Arbeitsverwaltung	33
6.1. § 33c SGB I und § 19 SGB IV	33
6.2. Soziale Rechte	33
6.3. Auslegungsprinzip bei Entscheidungsspielräumen	34
6.4. Diskriminierungsbegriff	35
6.5. Berufliche Eingliederung nach SGB II und SGB III	37
Fazit	38
7. Rechtfertigungsgründe: Sachliche Gründe für Ungleichbehandlungen in sozialrechtlichen Materien	39
7.1. Rechtfertigungsgründe im AGG	39
7.2. Rechtfertigungsgründe im SGB	41
7.2.1. § 36 Abs. 2 SGB III	41
7.2.3. Andere Rechtfertigungskonstellationen	43
Fazit	44
8. Rechtsfolgen beim Verstoß gegen Diskriminierungsverbote	45
8.1. Ansprüche bei Verstoß im Rahmen der Rechtsanwendung	45
8.2. Rechtsfolgen legislativen Unrechts	47
Fazit	48
II. Positive Fördermaßnahmen zum Nachteilsausgleich	49
1. Problemaufriss	49
2. Kanon der positiven Maßnahmen	50
3. Entwicklung	52

4. Positive Maßnahmen in der Antirassismus-RL	54
5. Positive Maßnahmen gemäß § 5 AGG	55
5.1. Anwendungsbereich	55
5.2. Voraussetzungen	57
5.3. Beispiele	58
Fazit	59
III. Exemplarische Handlungsspielräume von Legislative und Exekutive	60
1. Zugang zu den Leistungen der Arbeitsförderung	60
1.1. Staatsbürgerschaft und Aufenthaltstitel als Ausschlussgründe	60
1.2. Benachteiligung beim Zugang zu Leistungen der Arbeitsförderung in der Zusammenarbeit zwischen Ausländerbehörden und Arbeitsverwaltung	62
2. Umgang mit Qualifikationen im Rahmen des Profiling	63
2.1 Staatsbürgerschaft als Determinante für die Anerkennung von Qualifikationen	63
2.2. Mehrsprachigkeit und interkulturelle Kompetenzen	65
4. Eingliederungsvereinbarung	66
4.1. Beratung und Aufklärung	66
4.2. Verpflichtung zur Integrationskursteilnahme	66
5. Vermittlung von Arbeitsangeboten	68
6. Vermittlung und Förderung ausbildender Maßnahmen, Maßnahmen zur beruflichen Eingliederung und Weiterbildung	69
IV. Handlungsempfehlungen	71
1. Gesetzgeber	71
2. Arbeitsverwaltung	72
2.1. Umgang mit Vielfalt – Interkulturelle Öffnung der Verwaltung	73
2.2. Regelungen und Praktiken mit Diskriminierungsrelevanz erkennen	73

2.3. Regelungen und Praktiken ändern

73

Literaturverzeichnis

75

Vorwort

„Natürlich, Vorurteile können nicht durch Gesetze abgeschafft werden. Aber die Nachteile, die anderen aufgrund dieser Vorurteile zugefügt werden, sehr wohl.“

Earl Warren, oberster Richter in den USA von 1953 bis 1969

Die Schlechterstellung von Menschen mit Migrationshintergrund auf dem Arbeitsmarkt hat viele Ursachen. Das Projekt „migration.works - Diskriminierung erkennen und handeln!“ setzt sich als Teil des Kompetenzzentrums NOBI mit Diskriminierung beim Zugang zu Arbeit, Aus- und Weiterbildung auseinander. In unserer Beratungs- und Fortbildungsarbeit machen wir die Erfahrung, dass Benachteiligungen aufgrund von Herkunft, Hautfarbe, religiöser Zugehörigkeit zum Alltag von Menschen mit Migrationshintergrund gehören. Es ist eine Erfahrung, mit der Betroffene gelernt haben (müssen) umzugehen, die aber auch von großem Frust und Resignation geprägt ist. Zudem wird Benachteiligung auf der Seite der politischen und Arbeitsmarktakteure noch wenig in den Blick genommen.

Diskriminierung hat viele Gesichter: Bewerbungsunterlagen aufgrund eines nicht-deutsch klingenden Namens auszusortieren, Stellenangebote an eine Arbeitslosengeld-II-Bezieherin mit muslimischem Kopftuch nicht weiterzuleiten gehören hier ebenso dazu wie bleibeberechtigte Flüchtlinge erst gar nicht als arbeitssuchend zu registrieren.

Vielfach geschieht benachteiligende Behandlung von Menschen mit Migrationshintergrund ohne eine bewusste Intention. So gehört es selbstverständlich zu den Aufgaben eines Arbeitsvermittlers, die Voraussetzungen für eine Weiterbildung sorgfältig zu prüfen. Es übersteigt allerdings seinen Ermessensspielraum, ohne eine professionelle Überprüfung der Deutschkenntnisse einer Kundin mit Migrationshintergrund davon auszugehen, dass sie die Maßnahme nicht erfolgreich beenden kann, und auf dieser Grundlage die Vergabe eines Bildungsgutscheins abzulehnen. Ein solches Handeln beruht auf einer negativen Zuschreibung von Eigenschaften in Bezug auf eine Gruppe und verringert Chancen dieser Gruppe auf eine gelungene Arbeitsmarktintegration.

Die vorliegende Stellungnahme haben wir in Auftrag gegeben, um ähnlich gelagerte Beispiele aus Beratungs- und Vermittlungspraxis auf ihre Diskriminierungsanfälligkeit zu analysieren und Handlungsbedarfe und -möglichkeiten aus rechtlicher Perspektive aufzuzeigen. Dabei kommen die Auto-

rinnen zum Ergebnis, dass es für die Arbeitsverwaltung zahlreiche Möglichkeiten gibt, die Umsetzung von Anti-Diskriminierungsvorschriften zu optimieren:

Eine davon kann bedeuten, sich zum Thema Diskriminierung zu qualifizieren, z.B. sich im Rahmen einer Fortbildung mit bestehenden Diskriminierungsverboten und ihrer Bedeutung für den Umgang mit Menschen mit Migrationshintergrund zu befassen. Es kann aber auch bedeuten, institutionelle Abläufe zu überprüfen und strukturelle Barrieren abzubauen.

Ein weiteres zentrales Ergebnis der Stellungnahme hebt auf die unzureichende Umsetzung des geltenden europäischen Rechts in die deutsche Gesetzgebung ab: Hier besteht Handlungsbedarf des Gesetzgebers in Bezug auf konsistente Regelung von zulässiger unterschiedlicher Behandlung sowie von Sanktionen bei diskriminierendem Verhalten. Die Stellungnahme zeigt dafür Wege auf.

Die vorliegende Arbeit stellt einen ersten wichtigen Vorstoß dar, das Thema Diskriminierung beim Zugang zum Arbeitsmarkt, Aus- und Weiterbildung im komplexen Gefüge sozial- und antidiskriminierungsrechtlicher Regelungen zu untersuchen. Dieser Vorstoß konnte im Rahmen der begrenzten Projektmittel lediglich an einigen exemplarischen Fällen realisiert werden. Die aufgezeigte Relevanz dieses Themas sowohl für Betroffene als auch für die sozial- und integrationspolitische Überlegungen lässt einen weiteren Auftrag durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales, valide Daten zu diesem Thema mit einem systematischen Bezug zur kürzlich erschienenen SGB II-Wirkungsstudie zu erheben, notwendig und sinnvoll erscheinen.

Wir wünschen Ihnen eine spannende und aufschlussreiche Lektüre!

Inga Schwarz

„migration.works – Diskriminierung erkennen und handeln!“

basis & woge e.V.

Zentrale Ergebnisse des Gutachtens und Vorschläge für den Transfer

Diskriminierung beim Zugang zum Arbeitsmarkt ist ein relativ neues Thema in der Diskussion um die berufliche Integration von Migrantinnen und Migranten. Die beiden Ursachen „mangelnde Sprachkenntnisse“ und „mangelnde Qualifizierung“ sind in der Fachdiskussion und in Maßnahmen und Programmen vergleichsweise gut bearbeitet. Dagegen steckt die Bearbeitung der Themen mittelbare und unmittelbare Diskriminierung als Ursache für einen schlechteren Zugang zu Ausbildung, Qualifizierung und Integration in den Arbeitsmarkt noch in den Kinderschuhen. Untersuchungen, Erfahrungen und Meldungen von Migrationsberatungsstellen und unabhängigen Antidiskriminierungsbüros zeigen die Relevanz von Diskriminierungserfahrungen bei der Arbeitssuche und -förderung für diese Zielgruppe. Eine diesbezügliche systematische Erfassung und Analyse diskriminierender Handlungsweisen und Strukturen steht immer noch aus.

Sowohl gesamtgesellschaftlich als auch auf institutioneller Ebene stehen wir in Deutschland erst am Anfang, einen sachlichen, unaufgeregten Umgang mit diesem Thema zu entwickeln, denn noch zu oft wird Diskriminierung mit persönlichem Fehlverhalten und moralischen Schuldzuweisungen assoziiert. Vorliegende Stellungnahme nimmt die bestehenden Erfahrungen zur Grundlage für konkrete Handlungsempfehlungen an den Gesetzgeber und die Arbeitsverwaltung, um Diskriminierungsschutz für Betroffene zu verbessern und professionelle Lösungen für die Auseinandersetzung mit dem Thema Diskriminierung zu erarbeiten.

Dabei wird von einem europarechtlichen Diskriminierungsbegriff ausgegangen, der nicht nur die intendierte individuelle Benachteiligung im Blick hat, sondern vor allem auch den unbewussten Ausschluss von bestimmten Individuen und Gruppen – in Anknüpfung an die Diskriminierungskategorien Rassifizierung, ethnische Herkunft, Religion und Geschlecht – von gleichberechtigtem Zugang zu gesellschaftlichen Ressourcen. Ausgehend von diesem Verständnis wurde die Umsetzung der vier europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien durch das AGG und die SGB II und III untersucht.

Umsetzung des europarechtlichen Diskriminierungsverbots im deutschen Recht

Für alle Leistungen nach den SGB stellt § 33c SGB die zentrale Vorschrift für das Sozialrecht dar, für die Arbeitsvermittlung wird sie durch § 36 SGB III ergänzt. Für die Diskriminierungsmerkmale rassifizierende Zuschreibung und ethnische Herkunft verpflichtet die Vorschrift das Personal der Sozialleistungsträger (auch der Arbeitsverwaltung), bei der Anwendung von Sozialrecht nicht zu

diskriminieren. Darüber hinaus muss dieses Diskriminierungsverbot auch im Umgang mit KundInnen beachtet werden.

Für die Diskriminierungsmerkmale Religion und Weltanschauung und Geschlecht gilt ein gleichermaßen umfassendes Diskriminierungsverbot für die Berufsberatung, Aus- und Weiterbildung aus § 19a SGB IV, für alle anderen Anwendungsbereiche ergibt es sich weiterhin aus Art. 3 Abs. 2 und 3 GG. Daraus ergibt sich ein umfassendes Diskriminierungsverbot: Im Rahmen von Informations- und Auskunftsgewährung, Beratung, Datenaufnahme, Aufklärung über Rechte, Pflichten und Sanktionen, Abschluss der Eingliederungsvereinbarung, Angebotsvermittlung und Maßnahmengewährung dürfen MigrantInnen oder Menschen, die für MigrantInnen gehalten werden, nicht durch Entscheidungen, Äußerungen oder Behandlungsweisen benachteiligt oder würdeverletzend angesprochen oder behandelt werden.

Die Umsetzung des europarechtlichen Diskriminierungsverbotes in sozialrechtlichen Materien ist im deutschen Recht noch zu uneinheitlich und vor allem aus Sicht der RechtsanwenderInnen widersprüchlich geregelt. Klärungs- und klarstellungsbedürftig sind vor allem die Anwendbarkeit der Definition des Diskriminierungsbegriffs und der Rechtfertigungsgründe für Ungleichbehandlungen. Nach der durch die Autorinnen vertretenen Rechtsauffassung finden der allgemeine Teil des AGG, insbesondere die Definition der Diskriminierungsarten und die im allgemeinen Teil geregelten Rechtfertigungsgründe konkretisierend auch auf die Diskriminierungsverbote in § 33c SGB I, § 19a SGB IV und § 36 SGB III Anwendung. Die Rechtfertigungsgründe im 2. Abschnitt des AGG (Beschäftigung und Beruf) können analog für alle Vermittlungs- oder Förderentscheidungen herangezogen werden.

Der Diskriminierungsschutz in Fällen diskriminierender sozialrechtlicher Normen ist im deutschen Recht noch nicht angemessen berücksichtigt. Auch das europarechtliche Gebot, wirksame Sanktionen für den Fall eines Verstoßes gegen das sozialrechtliche Diskriminierungsverbot vorzusehen, ist im deutschen Recht noch nicht angemessen geregelt.

Wirkung des Diskriminierungsverbotes in der Praxis

Weiterhin kommt die Stellungnahme zu dem Ergebnis, dass Diskriminierungsverbote nur im Einklang mit Maßnahmen zum Nachteilsausgleich Wirksamkeit entfalten. Mit der Etablierung von positiven Maßnahmen – einem Instrument, das faktischer Benachteiligung von Migrantinnen und Migranten entgegenwirkt – kann die Arbeitsverwaltung einen maßgeblichen Beitrag dazu leisten, Migrantinnen und Migranten in eine dauerhafte Erwerbstätigkeit zu vermitteln. Mit § 5 AGG besteht ausdrücklich die Möglichkeit der verstärkten Förderung von MigrantInnen mit den Instrumen-

ten der Arbeitsförderung.

Damit beide Instrumente – gesetzliche Schutzvorschriften und positive Maßnahmen – in der Praxis der Einrichtungen der Bundesagentur für Arbeit auch Anwendung finden, ist deren eindeutige gesetzliche Regelung sowie die Vermittlung von rechtlichen und interkulturellen Kompetenzen an die Beschäftigten der Bundesagentur für Arbeit und deren kommunalen PartnerInnen unabdingbar.

Daraus leiten sich folgende Handlungsempfehlungen an den Gesetzgeber ab:

- 1.) das System der sozialrechtlichen Antidiskriminierungsvorschriften in AGG und den SGB zu vereinheitlichen
- 2.) Rechtsfertigungsgründe und Sanktionen für Benachteiligungen im Sozialrecht klar zu regeln
- 3.) § 1 SGB II und § 1 SGB III um „herkunftsspezifische Nachteile“ zu ergänzen
- 4.) § 8 Absatz II SGB II eindeutiger dahin gehend formulieren, dass ein Anspruch auf SGB-II-Leistungen auch bei nachrangigem Arbeitsmarktzugang besteht.

Darüber hinaus beleuchtet die Stellungnahme Handlungsmöglichkeiten für die Arbeitsverwaltung bei der Rechtsanwendung und der Ermessensausübung. Die im Gutachten analysierten Praxisbeispiele zeigen auf, wie dringend die Institutionen sich mit den Themen Diskriminierung und Nachteilsausgleich kontinuierlich auseinandersetzen müssen.

Konkrete Vorschläge an die Rechtsanwendung im Rahmen der Arbeitsverwaltung sind:

- 1.) Erlass einer Durchführungsanweisung zu § 33c SGB I, § 19a SGB IV, § 36 SGB III i. V.m. §§ 1-5, 8, 9, 16 AGG
- 2.) Fortbildungen für die Beschäftigten der öffentlichen Arbeitsmarktverwaltung zur Aufklärung und Sensibilisierung für Diskriminierung und Antidiskriminierungsrecht
- 3.) Integration des Themas „Diskriminierung“ in die vorhandenen Aus- und Fortbildungsangebote der Hochschule der Bundesagentur für Arbeit sowie anderer Aus- und Weiterbildungsanbieter für die öffentliche Verwaltung
- 4.) Evaluierung der Beurteilungs- und Ermessensspielräume besonders in Bezug auf Migrantinnen und Migranten
- 5.) Überprüfung von Handlungsempfehlungen, Geschäftsanweisungen und sonstigen fachlichen

Weisungen auf mögliche diskriminierende Inhalte

- 6.) Einrichtung eines effektiven Beschwerdemanagements.

Einführung:

Hintergrund, Ziele und Aufbau der Rechtlichen Stellungnahme

1. Ausgangslage

1.1. Ungleichstellung vor und Diskriminierung auf dem Arbeitsmarkt

Viele der Rahmenbedingungen des Arbeitsmarktes können Ausdruck diskriminierender Prozesse, darunter institutioneller Bedingungen, von Entgeltpolitiken und von sozialen Normen und Traditionen sein. Diese Einschätzung der EU-Kommission in Bezug auf das GenderPayGap¹ lässt sich auf die besondere Situation von MigrantInnen auf dem deutschen Arbeitsmarkt übertragen.

Unstrittig ist, dass MigrantInnen² gegenüber deutschen BürgerInnen ohne Migrationshintergrund in Bezug auf Erwerbsquoten schlechter aufgestellt sind.³ Besorgniserregend ist der hohe Anteil von arbeitslosen AusländerInnen im Bereich des SGB II in Höhe von 80 gegenüber 65 Prozent bei den arbeitslosen Deutschen. „Ausländer sind häufiger von Langzeitarbeitslosigkeit betroffen und haben es schwerer wieder in Beschäftigung zu kommen“, so die Bundesagentur für Arbeit.⁴ Zudem verdienen Migrantinnen und Migranten unter Berücksichtigung von Geschlecht, Alter, Schul- und Berufsbildung signifikant weniger als Personen ohne Migrationshintergrund in vergleichbarer beruflicher Stellung.⁵

¹ Vgl. EU-Kommission: Mitteilung zur Bekämpfung des geschlechtsspezifischen Lohngefälles, Juli 2007.

² Der im Folgenden verwendete Begriff „MigrantInnen“ umfasst sowohl in Deutschland lebende Menschen ohne deutsche Staatsbürgerschaft (AusländerInnen), die nach 1949 auf das heutige Gebiet der Bundesrepublik Deutschland zugewandert sind, als auch solche Zugewanderte, die die deutsche Staatsangehörigkeit erworben haben. Außerdem bezeichnet er alle in Deutschland geborenen Menschen ohne deutsche Staatsangehörigkeit sowie alle in Deutschland als Deutsche Geborenen mit zumindest einem nach 1949 zugewanderten oder als AusländerIn in Deutschland geborenen Elternteil. Auch SpätaussiedlerInnen und deren Kinder gehören damit zu den MigrantInnen. Der Aufenthaltsstatus spielt für die Bezeichnung keine Rolle. Die Begriffsverwendung lehnt sich an die Definition des Statistischen Bundesamtes „Menschen mit Migrationshintergrund“ an, vgl. Statistisches Bundesamt Deutschland: Bevölkerung und Erwerbstätigkeit. Bevölkerung mit Migrationshintergrund – Ergebnisse des Mikrozensus 2006, erschienen am 11.03.2008.

³ Vgl. OECD 2005; IAB 2006; focus Migration 2008; BMWAS 2008; FHW Berlin 2008; ZEW 2008; Berlin-Institut 2009; Integrationsindikatorenbericht der Bundesregierung 2009, 66ff.

⁴ Bundesagentur für Arbeit 2007, 38.

⁵ Vgl. Integrationsindikatorenbericht der Bundesregierung 2009, 86ff.

Diese Unterschiede können zum einen aus „Faktoren vor dem Markt“ resultieren. Ungleichstellung „vor dem Markt“ führt dazu, dass zwei Gruppen mit unterschiedlichen Voraussetzungen auf den Arbeitsmarkt kommen. Das können zum Beispiel Männer und Frauen sein oder Menschen mit und ohne Migrationsgeschichte. Dass beispielsweise MigrantInnen in Berufsgruppen für Geringqualifizierte, in Teilzeitarbeitsverhältnissen und in niedrigeren Positionen überrepräsentiert sind, kann am geringeren Ausbildungsniveau liegen. Verstärkend hinzu kommen Ausschlüsse und Beschränkungen bereits beim Zugang zum Arbeitsmarkt aufgrund der Staatsbürgerschaft und damit verbundener unterschiedlicher Aufenthaltstitel. Ob MigrantInnen als Gastarbeiterinnen oder Flüchtlinge, als Aussiedler oder hoch qualifizierte Wissenschaftler kommen, bestimmt ganz wesentlich ihren Aufenthaltsstatus, ihren sozialen Status und ihren Bildungsstand.

Ein beachtlicher Teil dieser Unterschiede geht nicht auf „objektive“ Unterschiede in der einzelnen Person, sondern auf diskriminierende Strukturen zurück.⁶ Die sozialwissenschaftliche Forschung versteht darunter Benachteiligungen, die sich aus gesetzlich-institutionellen Regelungen, etablierten Strukturen, aus Gewohnheiten und tradierten Wertvorstellungen sowie bewährten Handlungsmaximen ergeben.⁷ Diese sind oft nicht intendiert, doch sie verhindern eine gleichberechtigte Teilhabe von MigrantInnen am Arbeitsmarkt. Auch Ungleichstellungen, die aus Gesetzen oder institutionalisierten Verfahren folgen, können diskriminierend wirken, wenn z.B. Berufsabschlüsse nicht anerkannt werden. Diese Bedingungen wirken sich massiv auf die Qualität der Arbeitsmarktintegration aus.⁸ Aus rechtlicher Sicht handelt es sich dabei um Fragen nach der mittelbar diskriminierenden Wirkung von Vorschriften und Verfahrensabläufen.

Die mangelnde Arbeitsmarktintegration kann mit diesen „Faktoren vor dem Markt“ noch nicht vollständig erklärt werden.⁹ So sind Personen mit Migrationshintergrund trotz formal gleichwertiger schulischer und beruflicher Qualifikationen eher erwerbslos als Personen ohne Migrationshintergrund.¹⁰ Zur „Ungleichstellung vor dem Markt“ kommt vielmehr die „Diskriminierung auf dem Markt“ hinzu. Damit sind Ungleichbehandlungen von Erwerbsfähigen trotz gleichwertiger Voraus-

⁶ Laut OECD-Studie lassen zahlreiche punktuelle Belege vermuten, dass MigrantInnen am deutschen Arbeitsmarkt diskriminiert werden (OECD 2005, 52). Die IAB schlussfolgert aus ihren Erhebungen, dass die Ergebnisse „eine Benachteiligung türkischer Absolventen vermuten“ lassen (IAB 2006, 26).

⁷ Gomolla/Radke 2006, 26.

⁸ Berlin-Institut 2009, 1; Engelmann/Müller 2007.

⁹ So können die höheren Arbeitslosenquoten von MigrantInnen nicht allein mit dem beschränkten Arbeitsmarktzugang für bestimmte Ausländergruppen erklärt werden. Vgl. OECD 2005, 29.

¹⁰ Integrationsindikatorenbericht der Bundesregierung 2009, 85.

setzungen gemeint, die an deren Geschlecht, Lebensalter, aber auch Migrationshintergrund anknüpfen. Das können zum Beispiel Benachteiligungen sein, die auf rassistischen Vorurteilen gegenüber MigrantInnen beruhen und an Stereotypisierungen aufgrund der Herkunft oder der Hautfarbe, der Sprache oder einer nicht christlichen Religion anknüpfen.¹¹ Faktoren wie das Geschlecht oder das Lebensalter können verstärkend hinzukommen.¹² In solchen Fällen wird von mehrdimensionaler Diskriminierung bzw. intersektioneller Diskriminierung gesprochen, um die spezifischen Problemlagen zu bezeichnen, die sich z.B. für Migrantinnen ergeben, deren Situation weder mit der von Migranten noch mit der von deutschen Frauen ohne Migrationshintergrund übereinstimmt. So können die Beförderungschancen oder Vermittlungschancen einer kopftuchtragenden Frau oder einer Migrantin mit dunkler Hautfarbe trotz hervorragender und anerkannter Qualifikation schlechter sein sowohl im Vergleich zu einer weißen deutschen Bewerberin als auch schlechter im Vergleich zu einem Migranten. Für die Arbeitsvermittlung von Bedeutung ist dabei zum Beispiel die Frage nach dem Umgang mit diskriminierenden Stellenangeboten bzw. Erwartungen von ArbeitgeberInnen.

Zur „Diskriminierung auf dem Markt“ zählen weiterhin Erfahrungen von als ungerecht, würdelos oder benachteiligend empfundener Behandlung beim Zugang zu Arbeit. Sozialwissenschaftlich werden diese Fälle als individuelle Diskriminierung qualifiziert. Im rechtlichen Sinne handelt es sich meist um unmittelbare Diskriminierungen oder um Fälle der sogenannten diskriminierenden Belästigung.

Diskriminierung, ob strukturell oder individuell, ist in unserer Gesellschaft und damit auf dem Arbeitsmarkt etwas Alltägliches, kann überall vorkommen und muss nicht absichtsvoll geschehen. Mit Blick auf diese Ausgangslage forderte die EU-Kommission 2003, „Hindernisse bei der Übernahme einer dauerhaften Beschäftigung aus dem Weg zu räumen. Hierzu gehören zu starre Anforderungen oder rechtliche Hürden wie z.B. sprachliche Kompetenzen oder die Staatsangehörigkeit,

¹¹ Für den Faktor Migrationshintergrund liegen noch keine genauen Zahlenwerte vor. Die wahrgenommene Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft wird je nach Studie zwischen unter 5 % (Selbstauskunft Ausländer ohne Lehrstelle in Deutschland nach IAB 2006) bis zu 60 % (Selbstauskunft europaweite Befragung EU-Kommission 2007) angegeben. Als Indiz für Diskriminierung kann auch die Abnahme der Beschäftigungsquoten der ausländischen Bevölkerung seit 2001 parallel zur Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage gelesen werden (OECD 2005, 20). „Als Fazit“, so steht es im IAB-Forschungsbericht, der hier auf Kogan (2004) verweist, „kann festgehalten werden, dass ein konjunktureller Abschwung sich auf Beschäftigungschancen von Ausländern noch ungünstiger als auf diejenigen von Deutschen auswirkt“ (IAB 2006, 15).

¹² So sind die relativ niedrigen Erwerbsquoten der Migranten und Migrantinnen in Deutschland insbesondere durch die sehr niedrigen Erwerbsquoten von Migrantinnen bedingt, OECD 2005, 20.

aber auch Diskriminierung am Arbeitsplatz und Rassismus, die es zu überwinden gilt.“¹³

1.2. Chancen und Herausforderungen der Arbeitsverwaltung bei der Arbeitsmarktintegration von MigrantInnen

1.2.1. Aufgaben und Rolle der Arbeitsverwaltung

Zuständig für die Arbeitsvermittlung, die Förderung der beruflichen Bildung, die Berufsberatung, für die Leistung der aktiven Arbeitsförderung und die Zahlung von Entgeltersatzleistungen der Arbeitslosenversicherung ist die Bundesagentur für Arbeit (BA), deren Aufgaben im Kontakt mit den KundInnen in den Agenturen für Arbeit umgesetzt werden und im SGB III geregelt sind. Bei der Umsetzung des SGB II ist die BA für die Leistungen des Arbeitslosengeldes II und die Leistungen zur Eingliederung in Arbeit (z.B. Beratung und Vermittlung, Qualifizierungen, Arbeitsgelegenheiten) zuständig, sofern die Aufgaben in einer Arbeitsgemeinschaft (ARGE) oder in einem Jobcenter (JC) oder in getrennter Aufgabenwahrnehmung erfolgen. In den Optionskommunen verwaltet die Bundesagentur in den Agenturen für Arbeit nur die Leistungen nach dem SGB III (Arbeitslosengeld I). Im Folgenden wird für all diese mit der Verwaltung der arbeitssuchenden Menschen betreuten Behörden generalisierend der Begriff Arbeitsverwaltung verwendet.

Wichtige „Indikatoren für die Situation auf dem Arbeitsmarkt und die Teilhabechancen von Personen mit Migrationshintergrund bzw. deren Förderung sind diesbezügliche aktivierende arbeitsmarktbezogene Maßnahmen“.¹⁴ Ob Integrationspotenziale im Vollzug von Maßnahmen der Arbeitsverwaltung aktiv ausgeschöpft werden, hängt von strukturellen und von individuellen Faktoren ab. Berufliche Fort- und Weiterbildung spielen eine bedeutende Rolle für die Eingliederung und bessere Positionierung auf dem Arbeitsmarkt. Zudem können sie Integrationsproblemen durch abweichende Ausbildungsinhalte im Herkunftsland entgegenwirken. Die Arbeitslosenversicherung sowie die Grundsicherung für Arbeitssuchende kennen zahlreiche aktive Erwerbsintegrationsmaßnahmen: Beratungen, ausbildungsfördernde, berufsorientierende und berufsvorbereitende Maßnahmen, Qualifizierungslehrgänge, Umschulungen und Sprachkurse, bis hin zu existenzgründungsfördernden Maßnahmen.

Der Anteil von Personen in beruflichen Fort- und Weiterbildungsmaßnahmen insgesamt und darun-

¹³ Kommission der Europäischen Gemeinschaften: Mitteilung über Einwanderung, Integration und Beschäftigung, Brüssel 3.6.2003, S. 20.

¹⁴ Integrationsindikatorenbericht der Bundesregierung 2009, 66.

ter der Anteil an MigrantInnen gibt Auskunft über Zugang und Nutzung solcher arbeitsmarktbezogenen Maßnahmen. Obwohl die Erwerbslosenquote bei MigrantInnen (auch in der zweiten Generation) um ein Vielfaches höher liegt als bei Deutschen ohne Migrationshintergrund¹⁵, liegt ihre Teilhabe an den von ARGE n und Arbeitsagenturen bewilligten und finanzierten Maßnahmen deutlich unter ihrem Anteil an der Gesamtzahl der Arbeitssuchenden. Im Jahr 2007 lag der Ausländeranteil unter den Teilnehmenden an Fördermaßnahmen der Bundesagentur für Arbeit bei 9,6 Prozent und damit 5,2 Prozentpunkte unter dem Ausländeranteil bei Arbeitslosen.¹⁶ Ein anderes Beispiel ist, dass junge MigrantInnen in den Bundesprogrammen zur Förderung des Zugangs benachteiligter Bevölkerungsgruppen zur Berufsbildung unterrepräsentiert sind.¹⁷

1.2.2. Strukturelle Problemlagen

Strukturell verweisen nicht ausgeschöpfte Potenziale auf mögliche Schwächen der gesetzlichen Vorgaben in den SGB II und III und deren Konkretisierung durch Weisungen der Bundesagentur für Arbeit und behördeninterne Richtlinien sowie auf die jeweils verfügbaren Förderinstrumente und -programme.

Dabei gibt bereits das komplexe Wechselspiel von Aufenthalts-, Arbeitserlaubnis- und Sozialrecht Rahmenbedingungen vor, die diskriminierungsanfällig sein können. So werden MigrantInnen häufiger als Deutsche ohne Migrationshintergrund implizit von Leistungen der Arbeitslosenversicherung ausgeschlossen, weil sie Bezugsvoraussetzungen wie Aufenthaltsstatus oder Arbeitsdauer seltener erfüllen, aber auch weil sie unabhängig vom Aufenthaltsstatus häufiger in nicht sozialversicherungspflichtigen Arbeitsverhältnissen arbeiten.

Ausländerrechtliche Regelungen, die klassische Staatsbürgerrechte wie den Aufenthalt und die grundsätzliche Zulassung zum deutschen Arbeitsmarkt betreffen, stellen keine Diskriminierungen im rechtlichen Sinne dar. Völker- und Europarecht erlauben den Nationalstaaten, Rechte und Pflichten von InländerInnen und AusländerInnen unterschiedlich zu regeln.¹⁸ Das führt jedoch nicht dazu, dass jede Unterscheidung beim Zugang zu Arbeit und zu sozialen Leistungen von Deutschen und anderen Staatsangehörigen rechtmäßig ist. So ist z.B. das Verfahren zur Anerkennung ausländischer Berufsabschlüsse, das oft als Beispiel struktureller Diskriminierung herangezogen wird, rechtlich

¹⁵ Vgl. detailliert ebd., 66ff, 77.

¹⁶ Ebd., 86.

¹⁷ OECD 2005, 49.

¹⁸ Vgl. Frings, in: Degener u.a. 2008, 332 m.w.N.

umstritten.¹⁹

1.2.3. Individuelle Handlungsspielräume

Andererseits ergeben sich für die Beschäftigten der Arbeitsverwaltung zahlreiche individuelle Ermessens- und Handlungsspielräume bei der Arbeit mit den gesetzlichen Regelungen und Förderinstrumenten. Entscheidungsspielräume bestehen sowohl bei der Registrierung, beim Profiling, bei der Einschätzung der Vermittlungsfähigkeit, der Arbeitsberatung und -vermittlung, bei der Festlegung der Mitwirkungspflichten und der Sanktionen als auch bei der Entscheidung über die Gewährung von Maßnahmen, die die Vermittlungsfähigkeit der KlientInnen maßgeblich verbessern und deren Kenntnisse und Fähigkeiten angemessen berücksichtigen. Hier spielt es zum Beispiel eine Rolle, ob ein defizitorientierter Blick auf die Potenziale von MigrantInnen vorherrscht oder ob Ressourcen von MigrantInnen wie Mehrsprachigkeit und interkulturelle Kompetenzen berücksichtigt werden.

Schließlich spielen Ermessensspielräume auch bei der Entscheidung über Sanktionen eine Rolle, z.B. beim Verstoß gegen die in der Eingliederungsvereinbarung getroffenen Selbstverpflichtungen der KundInnen.

Aus Sicht der MigrantInnen können die Ermessens- und Handlungsspielräume keine, positive oder negative Auswirkungen haben. Negativ wären sie, wenn sie restriktiv ausgelegt würden, weil – bewusst oder unbewusst – diskriminierende Werthaltungen leitend sind. Positiv wären sie, wenn sie ganz bewusst zugunsten von MigrantInnen eingesetzt würden, um auf strukturelle Nachteile oder Besonderheiten, die sich aus dem Migrationshintergrund ergeben, einzugehen.

2. Aufbau und Untersuchungsgegenstand

Vor diesem Hintergrund wird im **ersten Teil** analysiert,

- 1.) in welchen Fällen das europäische und das deutsche Diskriminierungsverbot bei der Arbeitsvermittlung und Leistungsgewährung der Arbeitsverwaltung gilt
- 2.) inwieweit Entscheidungen durch grundlegende Rechte der Einzelnen auf Nichtdiskriminierung begrenzt werden
- 3.) welche Rechtsfolgen ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot nach sich zieht.

Der **zweite Teil** nimmt Stellung zu der Frage, ob spezifische Fördermaßnahmen für MigrantInnen

¹⁹ Vgl. Frings, a.a.O., 132, sowie Teil 1 und 3 in dieser Stellungnahme.

zulässig sind.

Im **dritten Teil** wird exemplarisch erläutert, an welchen Stellen rechtliche Vorgaben bzw. deren Vollzug aus Sicht von MigrantInnen diskriminierende Wirkungen entfalten und inwieweit solche Regelungen und Praktiken im Lichte der neuen Rechtslage rechtswidrig sind.

Die Fallkonstellationen wurden seitens des Projektes „migration.works – *Diskriminierung erkennen und handeln!*“ zugearbeitet und stehen exemplarisch für bundesweit in Flüchtlings-, Migrations- und Antidiskriminierungsberatungsstellen betreute Fälle. Eine systematische Erfassung und Auswertung von Diskriminierungsfällen im Zusammenhang mit Leistungen der Arbeitsverwaltung steht für die Bundesrepublik noch aus.

Der Fokus der Untersuchung liegt auf den Diskriminierungsmerkmalen „rassistische Zuschreibung“ (über physische Merkmale wie Hautfarbe, Sprache), ethnische Herkunft und Religion. Von Diskriminierungen aufgrund dieser Merkmale können genauso SpätaussiedlerInnen oder kopftuchtragende Muslima deutscher Staatsangehörigkeit betroffen sein wie MigrantInnen ohne deutsche Staatsangehörigkeit. Voraussetzung ist jeweils, dass ein Zugang zum deutschen Arbeitsmarkt besteht. Gesetzliche Ausschlüsse, die den Zugang zum System im Zusammenhang mit Staatsangehörigkeit und Aufenthaltsstatus betreffen und die sich bereits aus aufenthaltsrechtlichen (Aufenthaltsgesetz, AufenthG) und arbeitserlaubnisrechtlichen Zugangsbeschränkungen (Beschäftigungsverfahrensverordnung, BeschVerfV) ergeben, sind nicht Untersuchungsgegenstand. Die Diskriminierungskategorien Geschlecht und Religion werden vor dem Hintergrund intersektioneller Diskriminierung in die Untersuchung einbezogen. Bezüglich der Merkmale Behinderung, Lebensalter und sexuelle Orientierung werden nur allgemeine Ausführungen gemacht. Aufgrund der spezifischen Verschränkung mit Problemlagen von MigrantInnen besteht diesbezüglich eine Forschungslücke, die es zu schließen gilt.

Vorliegender Untersuchung geht es nicht darum, einzelnen Personen oder Institutionen Fehlverhalten oder Diskriminierungsabsicht zu unterstellen, sondern Problemlagen auf ihre Recht- und Verhältnismäßigkeit hin zu überprüfen. Damit sollen das Wissen um Rechte und Pflichten der Akteu- rInnen verbessert, Handlungssicherheit gestärkt und die Arbeitsmarktintegration von MigrantInnen befördert werden.

I. Die Umsetzung der EU-Antidiskriminierungsrichtlinien im Schnittfeld von Beschäftigung, Beruf und sozialer Sicherung

1. Die Vorgaben der Europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien

Mit dem „Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung“ vom 14. August 2006²⁰ wurden vier europäische Antidiskriminierungsrichtlinien²¹ in deutsches Recht umgesetzt:

- 1.) die Antirassismusrichtlinie 2000/43/EG²² zum Verbot der Diskriminierung wegen rassistischer Zuschreibungen oder ethnischer Herkunft in Beschäftigung und Beruf, Waren- und Dienstleistungsverkehr, Bildung und Sozialschutz
- 2.) die Rahmenrichtlinie 2000/78/EG²³ zum Verbot der Diskriminierung wegen der Religion, des Lebensalters, einer Behinderung oder der sexuellen Orientierung in Beschäftigung und Beruf
- 3.) die Genderrichtlinie 2002/73/EG²⁴ zum Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts in Beschäftigung und Beruf
- 4.) die Genderrichtlinie 2004/113/EG²⁵ zum Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts

²⁰ BGBl I 2006, S. 1897

²¹ Am 2.7.2008 hat die EU-Kommission dem Europäischen Rat den Entwurf für eine neue Richtlinie vorgelegt (KOM(2008)426), die die bestehenden Schutzlücken bezüglich der Merkmale Religion und Weltanschauung, Behinderung, Lebensalter und sexuelle Identität in den Bereichen Zugang zu Gütern und Dienstleistungen, Bildung und Sozialschutz schließen soll. Bestehende Hierarchien bei den Diskriminierungsmerkmalen sollen abgebaut werden. Das Parlament hat am 2.4.2009 diverse Änderungsvorschläge bzw. „Erwägungen“ abgestimmt und sich mit Parlamentsmehrheit hinter die Richtlinie gestellt. Nun obliegt es den Mitgliedstaaten, dem Richtlinienentwurf zuzustimmen. Im Bezug auf den Sozialschutz geht der neue Richtlinienentwurf in Bezug auf die Merkmale Religion und Weltanschauung, Lebensalter und sexuelle Identität/Orientierung über die derzeitige Rechtslage im Sozialschutz hinaus.

²² RL 2000/43/EG vom 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschiede der „Rasse“ oder der ethnischen Herkunft, im Folgenden Antirassismus-RL.

²³ RL 2000/78/BGBl I 2006, S. 1897EG vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens zur Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, im Folgenden Rahmen-RL.

²⁴ RL 2002/73 EG vom 23.9.2002 zur Änderung der RL 76/207/EWG zur Verwirklichung des Zugangs zur Beschäftigung, Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg, inhaltlich nicht geändert durch Art. 1 RL 2006/54/EG, im Folgenden Gender-RL 1.

²⁵ Richtlinie 2004/113/EG vom 13.12.2004 zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen bei Zugang zu und der

außerhalb der Arbeitswelt.

1.1. Sachlicher Anwendungsbereich der EU-Richtlinien

Die **Antirassismus-RL** erfasst gemäß Art. 3 Abs. 1a-c e sowohl die Lebensbereiche Beschäftigung und Beruf als auch alle Leistungsarten des Sozialrechts, also Geld-, Sach- oder Dienstleistungen. Diesbezüglich verbietet sie rassistische Diskriminierungen und Diskriminierungen aufgrund der ethnischen Herkunft durch Privatpersonen wie auch durch Gesetze und deren Anwendung im Rahmen des Gesetzesvollzuges durch die Verwaltung und öffentliche Stellen. In Erwägungsgrund 13 der Richtlinie wird betont, dass die Diskriminierungsverbote auch für Drittstaatsangehörige gelten. Gleichzeitig heißt es in Art. 3 Abs. 2, dass die Richtlinie nicht die unterschiedliche Behandlung aus Gründen der Staatsangehörigkeit betrifft und nicht die Vorschriften und Bedingungen der Einreise oder des Aufenthalts von Drittstaatsangehörigen sowie die Behandlung, die sich aus deren Rechtsstellung ergibt, berührt (siehe dazu unten 4.1.4.).

Demgegenüber gilt die **Rahmen-RL** und damit der Schutz vor Diskriminierungen aufgrund der Religion nicht „für Leistungen jeder Art seitens der staatlichen Systeme oder der damit gleichgestellten Systeme einschließlich der staatlichen Systeme der sozialen Sicherheit und des sozialen Schutzes“ (Art. 3 Abs. 3 RL 2000/78/EG). Dennoch bestehen Berührungspunkte zum Sozialrecht namentlich bei den auf das Arbeitsleben bezogenen Bereichen der sozialen Sicherung. Der engste Zusammenhang besteht bei Leistungen im Kontext von Berufsberatung, Berufsausbildung, beruflicher Weiterbildung und Umschulung, die entsprechend in den Geltungsbereich einbezogen sind. Erfasst sind weiterhin die Bedingungen für den diskriminierungsfreien Zugang zu unselbständiger und selbständiger Erwerbstätigkeit, Art. 3 Abs. 1 lit. a. Dieser Anwendungsfall kann für das Leistungserbringungsrecht im Zusammenhang mit Maßnahmen zur Existenzgründung relevant werden. Es kann dabei nicht von Bedeutung sein, ob diese Leistungen durch „staatliche Systeme“ oder auf Grund von arbeits- oder privatrechtlichen Regelungen erbracht werden. Wenn der gemeinschaftliche Arbeitsmarkt mit Freizügigkeit der Arbeitnehmer zugleich diskriminierungsfrei sein soll, müssen vom Diskriminierungsverbot wegen des engen Arbeitsmarktbezugs auch die Arbeitsmarktförderung und die Grundsicherung für Arbeitslose erfasst sein. Zudem verweist die Rahmenrichtlinie ausdrücklich darauf, dass sie für den „öffentlichen und privaten Bereich, einschließlich öffentlicher Stellen“ (Art. 3 Abs. 1) gilt. Die Einschränkung in Art. 3 Abs. 3 RL 2000/78/EG bezieht sich daher

nicht grundsätzlich auf staatliche Systeme, sondern nur auf Leistungen der sozialen Sicherheit.²⁶

Mit Verweis auf unterschiedliche Übersetzungen der Textfassungen der Richtlinie wird von einigen VertreterInnen der Rechtsliteratur²⁷ weitergehend argumentiert, dass nicht „Leistungen jeder Art“, sondern lediglich Geldleistungen vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen seien. In Bezug auf Sach- und Dienstleistungen bei Maßnahmen der Arbeitsvermittlung und Arbeitsförderung nach SGB II und III würde danach ein Diskriminierungsverbot für Sach- und Dienstleistungen gelten, nicht aber für Geldleistungen nach den §§ 14 bis 18 SGB II und nach § 3 Absatz 1 Nr. 2 bis 12 SGB III.

Auch die **Gender-RL 1** gilt nach herrschender Auffassung in der Rechtsliteratur und Rechtsprechung nicht für sozialrechtliche Materien. Leistungen der sozialen Sicherheit fallen nur dann in den Anwendungsbereich der Gleichstellungsrichtlinie, wenn sie auch die von der Richtlinie erfassten Anwendungsbereiche Zugang und Bedingungen von Arbeit, sowie Berufsberatung und -bildung berühren.²⁸

Fazit: Reichweite des europarechtlichen Diskriminierungsverbotes

Das europäische Recht enthält für die Diskriminierungsmerkmale rassistische Diskriminierung und ethnische Herkunft ein umfassendes Diskriminierungsverbot für die Arbeitsverwaltung. Ein Diskriminierungsverbot für die Merkmale Religion und Geschlecht besteht nach herrschender Rechtsmeinung in Bezug auf Leistungen der Arbeitsverwaltung nach den SGB II und III für die Berufsberatung, Berufsausbildung, berufliche Weiterbildung und Umschulung sowie für den Zugang zu selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit. Die Benachteiligung einer Migrantin bei der Arbeitsvermittlung aufgrund ihres Kopftuches durch eine Agentur für Arbeit wäre danach als rassistische Diskriminierung von einem umfassenden Diskriminierungsverbot gedeckt, wegen ihrer Religion oder ihres Geschlechts könnte sich die Betroffene dagegen nicht in jeder Fallkonstellation auf den europäischen Diskriminierungsschutz berufen.

²⁶ Vgl. Oppermann, in: Rust-Falke 2007, § 2, Rn. 193 mit Hinweis auf die Rechtsprechung, allerdings zu SGB V.

²⁷ Vgl. Bieback 2006, 143, 145; Husmann 2007, 13, 15; Welti, in: Schiek 2007, 433.

²⁸ EuGH v. 13.7.1995, Rs. C 116/94 (Meyer), Slg. 1995, I-2131.

2. Der Diskriminierungsschutz der Richtlinien

Die EU-Antidiskriminierungsrichtlinien sind gleich aufgebaut. Artikel 1 enthält die durch die jeweilige Richtlinie benannten **Diskriminierungsmerkmale**. Artikel 3 definiert den **Diskriminierungsbegriff**, davon erfasst sind unmittelbare Diskriminierungen, mittelbare Diskriminierung, Belästigung und Anweisung zur Diskriminierung sowie im Fall der Gender-RL 1 die sexuelle Belästigung.

Weiterhin enthalten die Richtlinien unterschiedliche **Rechtfertigungsgründe**, die die Bewertung einer Ungleichbehandlung als Diskriminierung, also als rechtswidrige Benachteiligung, entfallen lassen. Art. 4 der Antirassismus-RL enthält den Rechtfertigungsgrund „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ und Art. 4 Abs. 1 und 2 Rahmen-RL enthalten die Rechtfertigungsgründe „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ und „zulässige unterschiedliche Behandlung wegen der Religion und Weltanschauung“. So kann z.B. eine berufliche Tätigkeit spezifische Kenntnisse der deutschen Sprache voraussetzen. Die Nichtunterbreitung eines entsprechenden Arbeitsangebotes an eine Migrantin, die diese Anforderungen nicht erfüllt, stellt dann zwar eine Ungleichbehandlung dar, diese ist jedoch wegen einer wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderung gerechtfertigt.

Nach Art. 15 Antirassismus-RL und Art. 17 Rahmen-RL müssen die Mitgliedstaaten **Sanktionen** festlegen, die sich aus einem Verstoß gegen die nationalen Vorschriften zur Anwendung der Richtlinien (also gegen das AGG oder Antidiskriminierungsvorschriften in den Sozialgesetzbüchern) ergeben. Diese müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein. Davon umfasst sind neben Verstößen im vertraglichen Bereich auch Verstöße bei der Anwendung von (z.B. Sozial-)Recht, aber auch Diskriminierungen durch gesetzliche Regelungen oder Verwaltungsvorschriften. Das ergibt sich aus dem Gebot, eine widerspruchsfreie Rechtsordnung im europäischen Rechtsraum zu schaffen, denn sonst könnten die Mitgliedstaaten das eigene Antidiskriminierungsrecht konterkarieren, weil diskriminierende Gesetze sanktionslos zur Anwendung kommen würden.²⁹

Die Richtlinien formulieren **Mindeststandards**, die in das jeweilige innerstaatliche Recht umzusetzen sind. Der Gesetzgeber ist nicht daran gehindert, den innerstaatlichen Schutz vor Diskriminierung über diese Mindestanforderungen hinausgehend zu gestalten. Die Umsetzung kann durch den Erlass neuer Rechtsvorschriften erfolgen. In Deutschland ist das geschehen durch Erlass des AGG und Änderungen und Ergänzungen in bereits bestehenden Gesetzen, z.B. in § 33c SGB I, § 19a SGB IV und § 36 SGB III.

²⁹ Vgl. Husmann 2007, 58, 61.

Aber auch bereits bestehendes Recht muss in Einklang mit europäischem Antidiskriminierungsrecht gebracht werden. Gemäß Art. 14 RL 2000/43/EG, Art. 17 RL 2000/78/EG, Art. 3a RL 207/1976/EG in der Fassung der RL 73/2002/EG sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um sicherzustellen, dass sämtliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die dem Gleichbehandlungsgrundsatz zuwiderlaufen, aufgehoben werden. Das gilt für Vorschriften des SGB wie auch für Verwaltungsvorschriften im Rahmen der Arbeitsverwaltung.

Der Gesetzgeber und die Bundesagentur für Arbeit sind deshalb aufgefordert, bestehende Rechtsvorschriften auf mögliche Diskriminierungen hin zu überprüfen und gegebenenfalls zu ändern.

3. Umsetzung der Richtlinien im deutschen Recht

Ein Bestandteil des Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung³⁰ ist das **Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)** vom 16.8.2006³¹. Daneben wurden zahlreiche Änderungen und Ergänzungen bestehender Gesetze unter anderem im **Sozialgesetzbuch** eingeführt.

- 1.) Neu eingefügt wurde § 33c SGB I. Dieser formuliert ein Benachteiligungsverbot für die „Inanspruchnahme sozialer Rechte aus Gründen der Rasse, wegen der ethnischen Herkunft oder einer Behinderung“.
- 2.) Neu eingefügt wurde § 19a SGB IX. Dieser verbietet die Benachteiligung bei der Berufsberatung und der beruflichen Aus- und Weiterbildung wegen rassistischer Diskriminierung, „wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität“.
- 3.) Geändert wurde § 36 Abs. 2 SGB III. Satz 1 und Satz 2 der Vorschrift verpflichten die Arbeitsverwaltung, diskriminierende Einschränkungen von Arbeitgeberseite aufgrund der Merkmale Geschlecht, Alter, Gesundheitszustand, Staatsangehörigkeit, zugeschriebener Rasse, ethnischer Herkunft, Religion oder Weltanschauung, Behinderung oder sexueller Identität bei der Stellen- und Ausbildungsplatzvermittlung unberücksichtigt zu lassen.

Weiterhin enthält das **Grundgesetz** Diskriminierungsverbote in Art. 3 Abs. 2 und 3 (u.a. Geschlecht, „Rasse“, Herkunft, Religion, Sprache) sowie in Art. 4 GG (Religionsfreiheit).

³⁰ Gesetz zur Umsetzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung, BT-Drs. 329/06.

³¹ BT-Drs. 16/1780.

4. Diskriminierungsverbote im AGG

Das AGG fordert vom Staat und seinen FunktionsträgerInnen die unmittelbare Anwendung der gesetzlichen Antidiskriminierungsregelungen in Bezug auf den Kontakt mit seinen „KundInnen“. Diese Erkenntnis ist im Hinblick auf das Rechtsstaatsgebot des Art. 20 Abs. 3 GG und den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 GG nicht neu. Allerdings hat dieses staatliche Tätigwerden durch das AGG neue Konturen erfahren. So wurde das Benachteiligungsverbot um neue Diskriminierungsmerkmale wie das Lebensalter und die sexuelle Identität erweitert, die Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung ist erstmals ausdrücklich im deutschen Recht geregelt und die Rechtfertigungsgründe haben im AGG eine detaillierte Regelung erfahren.

4.1. Diskriminierungsmerkmale in § 1 AGG

Gemäß § 1 AGG ist Ziel des Gesetzes, Benachteiligungen aus Gründen „der Rasse“ oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen.

Die Benachteiligungskategorien des § 1 AGG entsprechen denen der europäischen Richtlinien und konkretisieren damit im Zusammenspiel mit dem sachlichen Anwendungsbereich des AGG (§ 2 AGG) für den Außenbereich des öffentlichen Dienstes die allgemeinen Gleichbehandlungsregelungen, wie sie entweder in Spezialgesetzen oder als Ausfluss der Interpretation von Art. 3 Abs. 1 GG angewendet werden.³²

4.1.1. Rassistische Zuschreibungen

Mit dem Begriff der „Rasse“ meint der Gesetzgeber die Zuschreibung einer nicht existierenden „Rasse“ über angebliche „Rassemerkmale“, die in der sozialen Realität zu Diskriminierung führen. Entscheidend für diesen Begriff der zugeschriebenen „Rasse“ sind äußerliche Merkmale von Personen, die zur Definition Einzelner als Mitglieder einer bestimmten Gruppe und zu Stereotypisierungen und Ausgrenzung führen. Das können physiologische Merkmale sein wie die Hautfarbe oder andere äußerliche Merkmale, die z.B. unter „südländischer Typ“ zusammengefasst werden, äußerliche Merkmale wie Kleidung oder Symbole, aber auch die Sprache, der Name oder die Nationalität.

³² Bauschke 2006, 2.

4.1.2. Ethnische Herkunft

Als Ethnie gilt eine Gruppe von Menschen, die durch gemeinsame Eigenschaften verbunden sind, z.B. Sprache, Religion, kulturelle Gewohnheiten oder Gebräuche, und die in der Selbst- bzw. Fremdwahrnehmung als kulturell unterscheidbar gilt und objektiv zu einer entsprechenden Gruppe zählt. Dazu zählen z.B. Sinti und Roma, die Sikhs, aber auch Juden und Jüdinnen.

Eine Abgrenzung zwischen den Merkmalen zugeschriebene Rasse und ethnische Herkunft ist in der Praxis schwierig, muss aber auch nicht im Einzelfall vollzogen werden, da es ja gerade nicht um die tatsächliche Zugehörigkeit zu einer Gruppe gehen muss bzw. darf. Für die Diskriminierung durch Zuschreibung genügt es, dass die diskriminierende Person (auch irrtümlich) davon ausgeht, bei der benachteiligten Person sei eine bestimmte Ausprägung eines Merkmals gegeben. Das kann über äußerliche körperliche Merkmale, den Namen, die Sprache oder z.B. durch ein Kopftuch geschehen. Unerheblich ist es, ob dies tatsächlich so ist. Rassistische Diskriminierung beruht ja gerade auf der Fiktion, Menschen zu Gruppen zuzuordnen und mit festen Eigenschaften zu versehen, die es so gar nicht gibt. Das gilt nicht nur für Menschenrassen, auch die in Europa anerkannten „Ethnien“ sind vielfach nicht „einer Abstammung“, sondern künstlich, etwa nach Gebietsannexionen oder der Gründung von Nationen, entstanden. Entsprechend betont auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte ausdrücklich, die Diskriminierung wegen der tatsächlichen oder angenommenen Ethnizität sei eine Form der rassistischen Diskriminierung.³³

4.1.3. Religion

Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich auch im Zusammenhang mit der Religion. Eine gemeinsame Religion gehört zu denjenigen kulturellen Gemeinsamkeiten, die eine ethnische Gruppe ausmachen können. Folglich kann auch die Diskriminierung wegen äußerer Merkmale, die mit einem religiösen Bekenntnis zusammenhängen, als rassistische oder ethnische Diskriminierung einzuordnen sein. Beispiele dafür sind Antisemitismus, aber auch die Diskriminierung von muslimischen Menschen. Eine Ablehnung einer kopftuchtragenden Frau kann also sowohl aufgrund der Religion erfolgen, z.B. durch den christlichen Träger einer Einrichtung³⁴, sie kann aber auch auf rassistischen

³³ EGMR 13.12.2005, *Timinishev v Russia*, Appl. Nos. 55762/00 and 55974/00, No. 56: “Discrimination on account of one’s actual or perceived ethnicity is a form of racial discrimination.”

³⁴ Vgl. Arbeitsgericht Hamburg (20 Ca 105/07), Urteil vom 4.12.2007. Das Gericht hatte das Diakonische Werk zur Zahlung einer Entschädigung wegen Diskriminierung bei der Einstellung verurteilt. Auf die Berufung des Diakonischen Werkes hin hatte das Landesarbeitsgericht Hamburg mit Urteil vom 29.10.2008 das Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen. Gegen die Nichtzulassung der Revision durch das Landesarbeitsgericht legte die Klägerin Beschwerde bei dem Bundesarbeitsgericht ein, dieser Beschwerde wurde nun stattgegeben (8 AZN 40/09) vom

Ressentiments auf Arbeitgeberseite beruhen („ist unmodern, unzivilisiert, nicht emanzipiert, passt deshalb nicht ins Team“). Auch die Diskriminierung eines Mannes wegen eines ihm als südländisch attestierten Erscheinungsbildes oder seines türkischen Migrationshintergrundes und damit verbundener Zuschreibungen wie „arabischer Muslim“ oder „islamischer Hintergrund“ ist eher als Diskriminierung aufgrund rassistischer Zuschreibung oder ethnischer Herkunft einzuordnen.

4.1.4. Staatsbürgerschaft – Nationalität

Ungleichbehandlungen aufgrund der Staatsbürgerschaft, subjektive rassistische Zuschreibungen und die ethnische Herkunft können in verschiedenen Konstellationen zusammenhängen.

Die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit kann eine mittelbare Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft sein³⁵, weil jedes Anknüpfen von Rechten und Privilegien an die deutsche Staatsbürgerschaft vor dem Hintergrund der Konzeption des deutschen Staatsangehörigkeitsrechts³⁶ faktisch den überwiegenden Teil von Menschen nicht deutscher Herkunft schlechter stellt. Das Konzept der mittelbaren Diskriminierung findet in Konstellationen Anwendung, in denen eine Benachteiligung nicht unmittelbar an einem Diskriminierungsmerkmal anknüpft, aber in der Praxis nachteilige Wirkungen für einen überwiegenden Teil der entsprechenden Gruppe entfaltet.³⁷

Völker- und Europarecht erlauben den Nationalstaaten jedoch, Rechte und Pflichten von InländerInnen und AusländerInnen unterschiedlich zu regeln.³⁸ Auch die EU-Richtlinien nehmen Vorschriften und Bedingungen für die Einreise von Nicht-EU-Staatsangehörigen in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten oder ihren Aufenthalt in diesem Hoheitsgebiet aus ihrem Anwendungsbereich heraus.³⁹ Unterscheidungen nach der Staatsangehörigkeit sind danach zulässig, wenn der Gegenstandsbereich eng mit der Zugehörigkeit zur politischen Gemeinschaft oder dem staatlichen Territorium verbun-

17.6.2009.

³⁵ Vgl. Schiek, in: Schiek 2007, AGG, § 1 Rn. 18, andere Ansicht dagegen BayVGH vom 14.8.2008 – 7 CE 08.10592 zur Studienzulassung.

³⁶ Damit ist das *ius sanguinis* (Abstammungsprinzip) angesprochen, das durch die Reform des Staatsangehörigkeitsrechts im Jahr 2001 durch das Geburtsortprinzip ergänzt wurde und bis heute die Zusammensetzung und das Verständnis des deutschen Staatsvolks stark prägt.

³⁷ Entwickelt wurde das Konzept vom Europäischen Gerichtshof bezüglich der Benachteiligung von Teilzeitbeschäftigten. Da diese überwiegend Frauen sind, stelle deren Diskriminierung eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar, unabhängig davon, ob auch teilzeitbeschäftigte Männer nachteilig von der entsprechenden Regelung betroffen sind, vgl. z.B. EuGH Slg. 1986. 1607 (Bilka).

³⁸ Vgl. Frings, a.a.O., 332.

³⁹ Erwägungsgrund 13, Art. 3 RL 2000/43/EG und Art. 3 RL 2000/78/EG, siehe auch oben 1.1.1.

den ist, z.B. bei der Regelung zum Zugang und zum Aufenthalt für Drittstaatsangehörige. Auch nach deutschem Verfassungsrecht sind Benachteiligungen, die nur die Angehörigen bestimmter Staaten betreffen, zulässig, wenn es einen hinreichend gewichtigen Grund dafür gibt.⁴⁰ Das führt jedoch nicht dazu, dass jede gesetzgeberische Unterscheidung beim Zugang zum Arbeitsmarkt von Deutschen und anderen Staatsangehörigen rechtmäßig ist.⁴¹

Inwieweit die zahlreichen sozialrechtlichen Sonderregelungen und deren Anwendung in der Praxis der Arbeits- und Sozialverwaltung für AusländerInnen mit unterschiedlichem Aufenthaltsstatus EU-rechtmäßig und verfassungsgemäß sind, ist umstritten (siehe dazu auch unten Teil 3.1.).

Eine weite Auffassung in der Rechtsliteratur argumentiert, dass ausländerrechtliche Regelungen keine Diskriminierungen darstellen, wenn sie klassische Staatsbürgerrechte wie das Aufenthaltsrecht, das Wahlrecht, den Zugang zu Berufen mit Beamtenstatus und die grundsätzlich nachrangige Zulassung zum deutschen Arbeitsmarkt betreffen. Wem der Aufenthalt und Zugang zum Arbeitsmarkt in Deutschland jedoch einmal erlaubt sei, der/die dürfe dann auch nicht mehr von den Diskriminierungsverboten ausgenommen werden, nur weil keine deutsche Staatsangehörigkeit besteht.⁴²

Nach einer engeren Auffassung sind Benachteiligungen durch öffentlich-rechtliche Regelungen immer zulässig. Diese können jedoch eine mittelbare Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft darstellen, die durch ein legitimes Ziel und verhältnismäßige Mittel gerechtfertigt sein muss.⁴³ In Frage kommen sozial- und beschäftigungspolitische Ziele, namentlich der effektive Einsatz der zur Verfügung stehenden staatlichen Mittel der Bundesrepublik Deutschland zur Integration in den Arbeitsmarkt. Davon sind auch die Strukturprinzipien des Arbeitsförderrechts umfasst. Der EuGH hat klargestellt, dass die Mitgliedstaaten Maßnahmen wählen, die zur Verwirklichung ihrer sozial- und beschäftigungspolitischen Ziele geeignet sind. Dabei verfügen sie über einen weiten Entschei-

⁴⁰ Vgl. z.B. BVerfG, Beschluss vom 9. Februar 1994 – 1 BvR 1687/92 (Parabolantennenentscheidung); OVG Berlin Brandenburg vom 28. April 2009 – OVG 2 B 6.08 zum Ehegattennachzug; BayVGh vom 14.8.2008 – 7 CE 08.10592 zur Studienzulassung.

⁴¹ Aufgrund ihrer strukturell diskriminierenden Wirkung stehen die uneinheitlichen und restriktiven Vorschriften zur Anerkennung ausländischer Qualifikationen seit langem in der Kritik. Die Regeln stellen nicht unmittelbar auf die ethnische Herkunft der Betroffenen ab, aber auf den Ort der erworbenen Qualifikation. Sie treffen faktisch überwiegend Menschen ohne deutsche Staatsbürgerschaft. Frings weist am Beispiel der beschränkten Erteilung der Zulassung zur selbständigen Ausübung eines Heilberufs (Approbation) für HeilpraktikerInnen oder ZahnärztInnen nach, dass das Verfahren zur Anerkennung ausländischer Berufsabschlüsse gegen das Verbot mittelbarer Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft verstoßen kann. Vgl. Frings, a.a.O., 132.

⁴² Däubler, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 1 Rn. 32.

⁴³ Schiek, in: Schiek 2007, AGG, § 1 Rn. 18.

dungsspielraum.⁴⁴

Weil die Antirassismus-RL auch das Sozialrecht betrifft, ist deshalb jeweils zu prüfen, ob 1.) ein Bereich klassischer Staatsbürgerrechte betroffen ist und sich darüber hinaus 2.) die unterschiedliche Behandlung gerade aus der Staatsbürgerschaft ergibt und rechtfertigen lässt. Für die Nichtanerkennung ausländischer Abschlüsse z.B. trifft das nicht zu, denn auch eine im Ausland absolvierte Qualifikation kann den deutschen Anforderungen an den Abschluss entsprechen, was sich in einem konkreten Vergleich der Ausbildungscurricula überprüfen ließe. Die Staatsangehörigkeit hat daher keinen zwangsläufigen Einfluss auf die Qualität der Berufsausübung. Für den Eintritt in ein Beamtenverhältnis, an das sich spezifische staatsbürgerschaftliche Pflichten knüpfen, wäre das Anknüpfen an der Staatsbürgerschaft dagegen gerechtfertigt.⁴⁵

Wird dagegen im nichtstaatlichen Handeln nach Staatsangehörigkeit unterschieden, sind solche Bereiche in der Regel gar nicht berührt. Wenn ein Arbeitgeber keine „Ausländer“ akzeptiert, handelt es sich in der Regel um einen „ethnischen Inländerbegriff“⁴⁶, der auf ethnisierenden Nationalitätsvorstellungen davon, wer „Ausländer“ ist und wer „Deutscher“, basiert. Solche Verhaltensweisen knüpfen nur formal an die Staatsangehörigkeit an und werden als Fälle rassistischer Diskriminierung bzw. Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft klassifiziert. Sie können sich nicht auf die Ausschlussklausel der Richtlinien berufen. Andererseits kann die Ausschreibung einer Stelle in einer Rechtsanwaltskanzlei, die überwiegend MigrantInnen türkischer Herkunft zur Mandantschaft hat, als zulässige unterschiedliche Behandlung wegen einer beruflichen Anforderung, die an die ethnische Herkunft (Beherrschung der Sprache und Kenntnis kultureller Besonderheiten) anknüpft, gerechtfertigt sein. Bedeutsam für die Arbeitsverwaltung ist diese Abgrenzung im Rahmen des Profiling der KundInnen wie auch bei der Bewertung und Weitergabe konkreter möglicherweise diskriminierender Arbeitsangebote Dritter.

⁴⁴ EuGH v. 14.12.1995, Rs. C-317/93 (Nolte) Slg. 1995-4625, 4659, Rn. 33; EuGH v. 9.2.1999, Rs. C-167/97 (Seymour-Smith), Slg. 1999 I-623, Rn. 28. Auch das Bundessozialgericht räumt dem Gesetzgeber bei der Frage nach der Rechtfertigung einer mittelbaren Diskriminierung (aufgrund des Geschlechts) eine sozialpolitische Einschätzungsprärogative ein, die kaum anhand fester Kriterien, sondern letztlich nur auf ihre Plausibilität hin zu überprüfen sei. BSG 18.5.2000 B 11AL61/99R – SozR 3 – 6083 Art. 4 Nr. 15.

⁴⁵ Vgl. Mahlmann, in: Däubler/Bertzbach, a.a.O., § 1 Rn. 24 f.

⁴⁶ Schiek, in: Schiek 2007, a.a.O., 78.

Fazit

Das Diskriminierungsverbot schützt MigrantInnen vor Diskriminierungen wegen rassistischer Zuschreibungen, wegen der ethnischen Herkunft und der Religion. Davon umfasst sind alle rassistischen Diskriminierungen, die an phänotypischen und kulturell-symbolischen Eigenschaften wie Hautfarbe, Sprache, Kleidung und religiösen Symbolen bzw. Bekenntnissen anknüpfen. Eine genaue Abgrenzung zwischen den einzelnen Diskriminierungsmerkmalen ist in der Praxis oft nicht möglich und nicht notwendig. Es reicht, dass die diskriminierende Person das Merkmal annimmt. Von rassistischer Diskriminierung betroffen und durch antidiskriminierungsrechtliche Vorschriften geschützt können danach z.B. sein: schwarze Menschen unabhängig ob deutscher oder nichtdeutscher Staatsangehörigkeit, „russlanddeutsche“ AussiedlerInnen oder Menschen, die aufgrund ihres Namens, ihres Phänotyps oder ihrer Kleidung als „Araber“ oder Muslima kategorisiert werden. Bei Regelungen, die eine unterschiedliche Leistungserbringung oder Zugang zum Arbeitsmarkt an die deutsche Staatsangehörigkeit knüpfen, ist im Einzelfall zu prüfen, ob ein Fall mittelbarer Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft vorliegt.

4.2. Sachlicher Anwendungsbereich des AGG mit Bindungswirkung für die Arbeitsverwaltung

Mit der Aufzählung der Anwendungsbereiche in § 2 AGG wurde die Formulierung aus Art. 3 Antirassismusrichtlinie wortgleich übernommen und auf alle Diskriminierungsmerkmale ausgeweitet. Die im allgemeinen Teil in § 2 AGG aufgezählten Bereiche, in denen Benachteiligungen i. S. d. § 1 AGG unzulässig sind, werden in den besonderen Teilen des Gesetzes, erstens im Abschnitt 2 (Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung) und zweitens im Abschnitt 3 (Schutz vor Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr), konkretisiert. Auch wenn das AGG im Unterschied zur EU-Antirassismusrichtlinie den öffentlich-rechtlichen Sektor nicht ausdrücklich erwähnt, ist von den einzelnen Regelungsinhalten (§ 2 Nr. 1 bis Nr. 8 AGG) auch der öffentlich-rechtliche Bereich der (Arbeits-)Verwaltung betroffen.

§ 2 Abs. 1 Nr. 1 betrifft die Zugangsbedingungen zu selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit; § 2 Absatz 1 Nr. 2 betrifft alle Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, z.B. das Arbeitsentgelt und die Urlaubsregelungen. Im Zusammenspiel mit § 6 AGG betreffen beide Anwendungsbereiche zunächst primär ArbeitgeberInnen. Allerdings strahlen sie auf die Arbeitsvermittlung aus, in deren Rahmen die Bundesagentur für Arbeit Stellenangebote von ArbeitgeberInnen veröffentlicht und entsprechend Arbeitsagentur, ARGEN und Jobcenter deren Besetzung betreiben. Dabei bietet der mit Inkrafttreten des AGG geänderte § 36 Abs. 2 SGB III eine spezielle Handlungsnorm. Leis-

tungen zur Existenzgründung betreffen den Zugang zu selbständiger Arbeit und müssen entsprechend diskriminierungsfrei gewährt werden.⁴⁷

Der Zugang zu allen Formen und allen Ebenen der Berufsberatung, der Berufsausbildung, der beruflichen Weiterbildung und der Umschulung einschließlich der praktischen Berufserfahrung wird durch § 2 Abs. 1 Nr. 3 erfasst.⁴⁸ Wegen des umfassenden Charakters der Vorschrift betrifft sie sämtliche Arten und Formen der beruflichen Bildung, ohne Rücksicht auf die jeweilige Rechtsgrundlage und den Träger der Bildungsmaßnahmen.

Besondere Bedeutung erlangt der in § 2 Abs. 1 Nr. 5 AGG geregelte Sozialschutz.⁴⁹ Er umfasst die Leistungen der Sozialversicherung und andere Sozialleistungen unabhängig davon, ob sie von öffentlichen oder privaten Trägern angeboten werden.⁵⁰ Der Begriff Sozialschutz erfasst die staatliche Beschäftigungsförderung und alle sonstigen Rechtsbeziehungen zu öffentlichen Sozialleistungsträgern.⁵¹ Diese Leistungen sind in Deutschland vor allem im SGB III (Arbeitsförderung) und SGB II (Grundsicherung für Arbeitsuchende) geregelt.

Uneindeutig und umstritten ist die Bedeutung der Vorschrift des § 2 Abs. 1 Satz 1 AGG im Verhältnis zu § 2 Abs. 2 AGG. Danach gelten für „Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch die § 33c SGB I und § 19 a SGB IV“. Die Gesetzesbegründung zu § 2 Abs. 2 S. 1 AGG lautet: „Die Regelung trägt den Anforderungen der Richtlinien 2000/43/EG, 2000/78/EG und 2002/73/EG im Bereich des Sozialschutzes Rechnung; hierfür gelten, soweit es um Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch geht, ausschließlich die Regelungen in § 33c SGB I und § 19a SGB IV.“

Hieraus folgert die herrschende Meinung der Rechtsliteratur, dass soziale Sicherungssysteme staatlicher Träger über § 2 Abs. 1 Nr. 5 AGG nur dann vom Schutzbereich des AGG erfasst sind, „soweit

⁴⁷ Die Genehmigungsverfahren bei selbständiger Erwerbstätigkeit im Rahmen gewerblicher Vorschriften, das entsprechende Verhalten der zur Genehmigung berufenen Dienststellen und die Verfahren der Zulassung zur selbständigen Ausübung eines Heilberufs (Approbation) sind von § 2 Abs. 1 Nr. 1 erfasst. Die möglicherweise intendierte Beschränkung auf „freie MitarbeiterInnen“ spiegelt der Gesetzestext indessen nicht wider. Vgl. Bauschke 2006, 1, 3.

⁴⁸ Die Bindung der schulischen und hochschulischen Einrichtungen an die Grundsätze des AGG ergibt sich über § 2 Abs. 1 Nr. 7 AGG, ist aber nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

⁴⁹ Die sozialen Vergünstigungen i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 6 AGG betreffen keine sozialrechtlichen Materien, vgl. dazu Schiek, in: Schiek 2007, a.a.O., 99.

⁵⁰ So ausdrücklich die Gesetzesbegründung zu § 2 Abs. 1 AGG, vgl. BT-Drs. 16/1780, S. 31: „Die meisten dieser Sachverhalte werden öffentlich-rechtlichen Regelungen unterliegen, denn beim Sozialschutz sowie den sozialen Vergünstigungen und auch bei der Bildung wird es sich überwiegend um staatliche Leistungen handeln.“

⁵¹ Vgl. Welti, in: Schiek 2007, a.a.O., 102; Frings, a.a.O., 324 f.; Bauschke 2006, 1f.; Husmann 2007, 15f.

sie außerhalb des SGB stehen“.⁵² Danach enthält § 2 Abs. 2 S. 1 AGG eine Bereichsausnahme und verweist abschließend auf die tatbestandlichen Voraussetzungen der § 33c SGB I und § 19a SGB IV (dazu unten Teil 4.3.).⁵³

Die von der Gender-RL 1 und der Rahmen -RL geschützten Merkmale, u.a. Religion und Geschlecht, sind im zentralen Benachteiligungsverbot des § 33c SGB I jedoch nicht erfasst. Insoweit bleibt das Benachteiligungsverbot des § 33c SGB I deutlich hinter dem Ziel und dem weiten Anwendungsbereich von § 1, § 2 Abs. 1 Nr. 5 AGG zurück, wonach Benachteiligungen im Sozialrecht in Bezug auf alle in den Richtlinien geschützten Merkmale unzulässig sind. Darüber hinaus finden sich in den Regelungen, auf die § 2 Abs. 2 S. 1 AGG verweist, weder die Diskriminierungsdefinitionen noch Regelungen über Rechtfertigungsgründe und Sanktionen bei rechtswidriger Benachteiligung im Sozialrecht. Auch eine Benennung zuständiger Stellen, die in Diskriminierungsfällen ansprechbar sind (die Einrichtung solcher Stellen verlangt Art. 13 Antirassismus-RL), fehlt. Im allgemeinen Teil des AGG sind die Diskriminierungsdefinitionen, Rechtfertigungsgründe (§ 3 Abs. 2 und § 5) sowie Einrichtung und Aufgaben der Antidiskriminierungsstelle des Bundes (§ 25ff.) geregelt.

Da die Gesetzesbegründung ausdrücklich auf die drei umsetzungsrelevanten EU-Richtlinien verweist, muss der Gesetzgeber davon ausgegangen sein, dass zumindest der allgemeine Teil des AGG, der diese Konkretisierungen vornimmt, auch in den Fällen des Sozialschutzes herangezogen werden könne.⁵⁴ Die Ausschlussformulierung in § 2 Absatz 2 AGG kann daher nur klarstellen, dass die Abschnitte 2 (Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung) und 3 (Schutz vor Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr), die Rechtfertigungsgründe für Ungleichbehandlung sowie Rechte und Pflichten der Parteien bei Diskriminierung konkretisieren, nicht für Leistungen nach dem SGB gelten.

Schiek verweist außerdem darauf, dass im AGG selbst die Erwähnung des gesamten Bereiches des Sozialschutzes einschließlich der „sozialen Sicherheit“ sehr umfassend formuliert ist. Durch die

⁵² So z.B. Bauer/Göpfert/Krieger 2007, § 2 Rn. 37; Stein: in Wendeling-Schröder/ Stein 2008, § 2 Rn. 30; Meinel/Heym/Herms 2007, § 2 Rn. 54.

⁵³ Eine andere Auffassung geht davon aus, dass sich der Herausnahmetatbestand des § 2 Abs. 2 AGG auf „Leistungen“ nach dem Sozialgesetzbuch beschränkt, es also bei „Nicht-Leistungen“ uneingeschränkt bei dem durch § 2 Abs. 2 AGG festgelegten Anwendungsbereich bleibt, vgl. Oppermann in Rust/Falke 2007, § 2 Rn. 190 f. Für den hier in Frage stehenden Bereich der Leistungen der Arbeitsverwaltung kommt man auch damit zu einer Nichtanwendbarkeit des AGG.

⁵⁴ So im Ergebnis auch Weselski, jurisPK-SGB I, § 33c, S. 5f. mit dem Verweis auf den Grundsatz der Einheitlichkeit der Rechtsordnung.

Formulierung „soziale Vergünstigungen“ in § 2 Abs. 1 Nr. 6 werde der „Eindruck einer umfassenden Bezugnahme auf das gesamte Sozialrecht noch verdichtet“⁵⁵. Dass die Geltung des AGG für das SGB nicht ausgeschlossen ist, zeigen auch andere Regelungen im AGG, die trotz § 2 Abs. 2 S. 1 AGG auf das SGB verweisen. So erklärt § 10 Abs. 5 AGG ausdrücklich, dass § 41 SGB XI unberührt bleibt, geht also im Übrigen von einer Geltung des AGG für das Sozialrecht aus.⁵⁶

Gegen die Annahme einer „Ausschließlichkeitsanordnung“ spricht auch die Rechtsprechung zu § 2 Abs. 2 Satz 2 AGG. Das Bundesarbeitsgericht hat klargestellt, dass ein dort enthaltener Verweis auf ein anderes Gesetz nicht automatisch zum Ausschluss der Geltung des AGG führt. Das AGG gilt trotz der in § 2 Abs. 2 Satz 2 enthaltenen Verweisung auf das Betriebsrentengesetz auch für die betriebliche Altersversorgung, soweit das Betriebsrentenrecht nicht vorrangige Sonderregelungen enthält, so das Gericht.⁵⁷

5. Diskriminierungsverbote für die Arbeitsverwaltung im Grundgesetz

Bei der Behandlung und Entscheidung im Rahmen der Rechtsanwendung durch die Arbeitsverwaltung gilt Art. 3 GG unmittelbar. Die öffentliche Verwaltung ist über Art. 3 GG zur Nichtdiskriminierung bei der Gesetzesanwendung wie auch bei der Behandlung aller BürgerInnen verpflichtet. Nach Art. 3 Abs. 3 GG darf niemand „wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen und politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.“

Art. 3 Abs. 2 GG hat das Verbot der Geschlechterdiskriminierung durch einen staatlichen Auftrag zur Förderung von Frauen noch verstärkt. Für die anderen Diskriminierungsmerkmale wie „Rasse“, Sprache, Abstammung und Behinderung enthält Art. 3 Abs. 3 ein Benachteiligungsverbot, allerdings ohne Förderauftrag. Die schwächere Ausgestaltung des Schutzes vor geschlechtsspezifischer Diskriminierung im Europarecht (vgl. oben 1.1.3.) wird damit durch Art. 3 GG ausgeglichen. Infolgedessen ist „kein Fall im Sozialrecht denkbar, in dem das Benachteiligungsverbot [aufgrund des

⁵⁵ Schiek, in: Schiek 2007, a.a.O., 102.

⁵⁶ Vgl. Schiek, in: Schiek 2007, a.a.O., 102.

⁵⁷ BAG, Urteil v. 11.12.2007 – 3 AZR 249/06, Rn. 25. Das Gericht sieht in § 2 Abs. 2 S. 2 AGG eine Kollisionsregel: Wenn und soweit das BetrAVG Aussagen hinsichtlich bestimmter Unterscheidungen enthält, die einen Bezug zu den in § 1 AGG erwähnten Merkmalen haben, hat das AGG gegenüber diesen älteren Bestimmungen keinen Vorrang.

Geschlechts] nicht unmittelbar über Art.3 Abs. 2 GG durchzusetzen ist“⁵⁸. Das Bundesverfassungsgericht hat das Diskriminierungsverbot in Bezug auf das Geschlecht in zahlreichen Entscheidungen zum Umfang des Diskriminierungsverbotes und Möglichkeiten der Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung auf dem Arbeitsmarkt und in sozialrechtlichen Materien konkretisiert.⁵⁹ Für die Geschlechterdiskriminierung (nicht jedoch für die anderen Merkmale) wird übereinstimmend in Literatur und Rechtsprechung dieselbe Ausdehnung des Diskriminierungsverbotes nach deutschem Verfassungsrecht wie nach EU-Recht angenommen.

Eine detaillierte Definition von Diskriminierung enthält das Grundgesetz ebenso wenig wie Regelungen über die Möglichkeit der Bevorzugung von MigrantInnen zu deren Förderung. Auch Regelungen zu den Rechtfertigungsgründen sowie zu den Rechtsfolgen diskriminierenden Verhaltens oder diskriminierender Entscheidungen enthält Art. 3 GG nicht.

Darüber hinaus werden die Schutzregelungen des Art. 3 Abs. 3 GG bisher überwiegend strikt als formale Verbote der Anknüpfung einer benachteiligenden Behandlung an eines der Diskriminierungsmerkmale betrachtet.⁶⁰ Das bedeutet, dass gerade Probleme der mittelbaren Diskriminierung durch gesetzliche Vorschriften, die von § 33c SGB I nicht erfasst werden, auch nicht durch die Berufung auf Art. 3 GG erfasst werden können. Insoweit fehlt es an einer Konkretisierung, wie sie z.B. das AGG vornimmt. Wenn der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, dass die Schutzregelungen in Art. 3 Abs. 3 GG geeignet sind, Diskriminierungsschutz für den Bereich Sozialschutz zu gewähren, würde das ein Umdenken in der bisherigen Auslegung erfordern.

Und schließlich bedarf es zur Umsetzung der Richtlinienbestimmung zu effektiven, wirksamen und abschreckenden Sanktionen im Diskriminierungsfall konkret ausgestalteter Rechtsansprüche im Diskriminierungsfall jenseits des grundgesetzlichen Diskriminierungsverbotes.

Fazit

Der allgemeine Teil des AGG, insbesondere die Definition der Diskriminierungsarten und die im allgemeinen Teil geregelten Rechtfertigungsgründe finden konkretisierend auch auf die Diskriminierungsverbote im SGB Anwendung. Art. 3 Abs. 2, 3 GG enthält ein grundsätzliches verfassungs-

⁵⁸ Frings, a.a.O., 326.

⁵⁹ Vgl. BVerfG v. 28.1.1992, Az: 1 BvR 1025/82, 1 BvL 16/83, 1 BvL 10/91, BVerfGE 85, 191; BVerfG v. 18.11.2003, Az: 1 BvR 302/96, NZA 2004, S. 33-39; BVerfG v. 5.4.2005, Az: 1 BvR 774/02, DStR 2005, S. 1244-1247.

⁶⁰ Vgl. BVerfGE 34, 135, 156f.; BVerfGE 39, 334, 368.

rechtliches Verbot von rechtswidriger Benachteiligung aufgrund der Hautfarbe, Herkunft, Religion und des Geschlechts, das beim gesamten Vollzug des Leistungserbringungsrechts durch die Arbeitsverwaltung zu beachten ist.

6. Neuregelungen in den SGB mit Bindungswirkung für die Arbeitsverwaltung

Neben den Benachteiligungsverboten des § 33c SGB I (Allgemeiner Teil) und des § 19a SGB IV (Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung) wurden in § 36 Abs. 2 SGB III (Arbeitsförderung) und § 36 Satz 3 SGB IX (Rehabilitation und Teilhabe) weitere Diskriminierungsverbote eingefügt.

6.1. § 33c SGB I und § 19 SGB IV

§ 33c SGB I formuliert ein Benachteiligungsverbot bei der Inanspruchnahme sozialer Rechte. Dabei darf niemand „aus Gründen der Rasse, wegen der ethnischen Herkunft oder einer Behinderung benachteiligt werden. Ansprüche können nur insoweit geltend gemacht oder hergeleitet werden, als deren Voraussetzungen und Inhalt durch die Vorschriften der besonderen Teile dieses Gesetzbuchs im Einzelnen bestimmt sind.“

§ 19a SGB IV etabliert darüber hinaus ein Benachteiligungsverbot aus Gründen der „Rasse“ oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität bei der Inanspruchnahme von Leistungen, beim Zugang zu allen Formen und allen Ebenen der Berufsberatung, bei der Berufsbildung, der beruflichen Weiterbildung, der Umschulung einschließlich der praktischen Berufserfahrungen. § 1 Abs. 1 S. 2 und 3 SGB IV bezieht in den Geltungsbereich des Diskriminierungsverbots des § 19a SGB IV die Arbeitsförderung sowie gem. § 1 Abs. 2 SGB IV die Grundsicherung für Arbeitssuchende ein.

6.2. Soziale Rechte

Unter die sozialen Rechte fallen die in den Büchern des Sozialgesetzbuchs vorgesehenen Dienst-, Sach- und Geldleistungen, § 11 SGB: Dienstleistungen werden gem. § 4 Abs. 1 Nr. 1 SGB II insbesondere durch Information, Beratung und umfassende Unterstützung durch einen persönlichen Ansprechpartner oder eine Ansprechpartnerin mit dem Ziel der Eingliederung in Arbeit erbracht. Geldleistungen dienen gem. § 4 Abs. 1 Nr. 2 SGB II ausschließlich der Eingliederung der erwerbsfähi-

gen Hilfebedürftigen in Arbeit und der Sicherung des Lebensunterhalts der erwerbsfähigen Hilfebedürftigen und der mit ihnen in einer Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen. Bei den nicht näher definierten Sachleistungen handelt es sich um Leistungen, die in Naturalien erfolgen. So ist auch die Ausgabe von Gutscheinen, die nur zur Einlösung von Sachen verwendbar sind und entsprechend nicht in Geld umgesetzt werden können, eine Sachleistung im Sinne des Gesetzes. Zu denken ist insbesondere an die neu geschaffenen Institute des Bildungsgutscheins gem. § 77 Abs. 3 SGB III und des Vermittlungsgutscheins gem. § 421g SGB III.

Darüber hinaus zählen zum Kanon der sozialen Rechte die Aufklärung, Auskunft und Beratung im Sinne des Sozialgesetzbuchs (§ 13 bis § 15 SGB I)⁶¹ wie auch die Teilhabe- und Mitwirkungsrechte sowie sämtliche Pflichten und Obliegenheiten⁶². Das Diskriminierungsverbot gilt demnach für das gesamte SGB – sowohl für den allgemeinen Teil, das Sozialverwaltungsverfahren, den Sozialdatenschutz als auch für die einzelnen Spezialbücher.

Dazu zählen:

- die Sozialversicherung (§§ 4, 21ff SGB I)
- die Bildungs- und Ausbildungsförderung (§§ 3, 18ff SGB I)
- soziale Entschädigung (§§ 5, 24 SGB I)
- Familienleistungen (§§ 6, 25 SGB I)
- Wohngeld (§§ 7, 26 SGB I)
- Kinder- und Jugendhilfe (§§ 8, 27 SGB I)
- Sozialhilfe (§§ 9, 28f SGB I)
- Teilhabe behinderter Menschen (§§ 10, 29 SGB I).

Das Diskriminierungsverbot gilt weiterhin für Ansprüche der in § 68 SGB I aufgeführten, noch nicht in das Gesamtsystem der Sozialgesetzbücher überführten Sozialgesetze, wie z.B. das Bundesausbildungsförderungsgesetz.

6.3. Auslegungsprinzip bei Entscheidungsspielräumen

Da § 33c SGB I und § 19a SGB IV selbst keine Anspruchsgrundlagen darstellen, ist das dort fest-

⁶¹ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 16/1780, 57.

⁶² Eichenhofer, a.a.O., § 2 Rz. 107.

geschriebene Diskriminierungsverbot vornehmlich als Auslegungsprinzip⁶³ zu begreifen. Die Vorschriften bestimmen demnach, wie bei der Durchsetzung der „sozialen Rechte“ zu verfahren ist.⁶⁴ So ist das Benachteiligungsverbot bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe und bei allen Ermessensentscheidungen zu beachten. Von praktischer Relevanz ist das Diskriminierungsverbot auch im Rahmen der Prüfung der Zumutbarkeit sozialrechtlich erwartbarer Handlungen, wie z.B. eine bestimmte Ausbildung zu beginnen oder eine konkrete Arbeit aufzunehmen, und auch weiterer Mitwirkungshandlungen, wie z.B. bestimmte Untersuchungen über sich ergehen zu lassen.⁶⁵ Für die Praxis bedeutet das, dass Entscheidungsspielräume der einzelnen Behörden über die Bewilligung oder Ablehnung bestimmter in den einzelnen Sozialgesetzbüchern vorgesehener Dienst-, Sach- und Geldleistungen diskriminierungsfrei genutzt werden müssen.

Die Rechtsprechung hat dazu in einem Fall der Altersdiskriminierung entschieden, dass die Ablehnung einer Leistung zur Teilhabe am Arbeitsleben in Form einer Umschulung oder Fortbildung ermessensfehlerhaft ist und gegen § 19a SGB IV verstößt, wenn sie maßgebend darauf abstellt, dass der Betroffene wegen seines Lebensalters keine Chance auf Wiedereingliederung habe, ohne dessen spezielle Erfahrungen oder Kenntnisse im Rahmen ihres Auswahlermessens zu berücksichtigen. Insbesondere dürfe „das Alter nicht als Argument herhalten, solange nicht alle Möglichkeiten berücksichtigt wurden, die speziellen Eingliederungsprobleme älterer Arbeitnehmer auszugleichen“.⁶⁶ Diese Rechtsprechung lässt sich auf alle Fälle übertragen, in denen MigrantInnen mit der Begründung „schlechte Vermittlungschancen“ Eingliederungsleistungen verweigert werden; vgl. dazu auch die Beispiele in Teil 3.2. dieser Stellungnahme.

Auch im Rahmen der Aufklärung, Auskunft und Beratung durch die Behörden selbst darf es nicht zu Benachteiligungen unter Anknüpfung an die ethnische Herkunft, rassistische Zuschreibungen etc. kommen.

6.4. Diskriminierungsbegriff

Der Begriff „benachteiligt“ meint dabei alle Formen der Diskriminierung⁶⁷ des § 3 AGG, namentlich die unmittelbare und mittelbare Benachteiligung, die Belästigung und die Anweisung zur Be-

⁶³ Eichenhofer, a.a.O., § 2, Rz. 108.

⁶⁴ Timme, in: Kramer 2002, § 33c, Rz. 6.

⁶⁵ Eichenhofer, a.a.O., § 2, Rz. 108.

⁶⁶ LSG Baden-Württemberg Urteil vom 26.7.2007 – L 10R 5394/06.

⁶⁷ Frings, a.a.O., 326; Timme, a.a.O., § 33c, Rz. 7.

nachteiligung.⁶⁸

Unmittelbare Benachteiligungen sind offensichtliche Formen von Ungleichbehandlungen, die ausdrücklich wegen eines bestimmten Merkmals erfolgen. Beispiele sind die Nichtweiterleitung von Vermittlungsvorschlägen an MigrantInnen, ohne dass die konkrete Tätigkeit einen solchen pauschalen Ausschluss rechtfertigen würde. Eine vorsätzliche Ungleichbehandlung im Sinne einer Diskriminierungsabsicht ist nicht erforderlich.

Mittelbar diskriminierend sind solche Entscheidungskriterien oder Maßnahmen, die zwar scheinbar für alle gleich angewendet werden, in ihren tatsächlichen Auswirkungen aber bestimmte Menschen benachteiligen. Ein klassisches Beispiel ist die Nichtvermittlung aufgrund als mangelhaft eingeschätzter Deutschkenntnisse einer Person, obwohl die konkrete Tätigkeit auch mit einfachen Deutschkenntnissen zu bewältigen ist.

Eine als Diskriminierung geltende Belästigung liegt dann vor, wenn unerwünschte Verhaltensweisen bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird. Dieser Tatbestand der Belästigung zielt auf den Umgang mit KlientInnen. Die Verhaltensweisen können verbaler oder nonverbaler Art sein. Auf eine diskriminierende Absicht kommt es auch hier nicht an. Diskriminierung muss also nicht vorsätzlich geschehen. Ausschlaggebend ist, dass die Verhaltensweisen ausgehend vom Horizont der belästigten Person aus Sicht eines „objektiven Dritten“ unerwünscht sind. Ob ein Verhalten 1.) würdverletzend ist und 2.) zur Schaffung eines feindlichen Umfelds geführt hat, muss im konkreten Einzelfall bewertet werden. Als Bewertungsmaßstab gelten die Schwere der Persönlichkeitsverletzung, die Regelmäßigkeit und der Kontext.

Auch in Bezug auf der Auskunft und Aufklärung dienende Beratungen durch Sozialleistungsträger wie z.B. die ARGEN werden bei Migrationsberatungsstellen und Antidiskriminierungsstellen Fälle gemeldet, die den Eindruck eines unangemessenen und erniedrigenden Umgangs MigrantInnen gegenüber schildern. Dazu gehören Vorfälle, bei denen den betroffenen Menschen der Eindruck vermittelt wurde, eine geringere menschliche Wertigkeit als andere Personen zu haben.⁶⁹

Das einmalige Duzen eines volljährigen Kunden im Rahmen der Berufsberatung wird den Tatbestand der Belästigung noch nicht erfüllen. Geschieht es dagegen regelmäßig, dass MigrantInnen in

⁶⁸ Das AGG hat mit § 3 AGG wörtlich die tatbestandliche Bestimmung aus den Richtlinien übernommen, der Ausdruck Diskriminierung wurde lediglich durch „Benachteiligung“ ersetzt.

⁶⁹ Frings, a.a.O., 125.

Anwesenheit Dritter geduzt werden oder sie herablassender als andere KlientInnen behandelt werden, ist die Grenze zur Belästigung überschritten. Beleidigende Bezeichnungen wie „Neger“ oder die Unterstellung gegenüber einer hoch qualifizierten KlientIn mit guten Sprachkenntnissen – „Mit Ihren Sprachkenntnissen brauchen Sie sich nicht wundern, wenn Sie hierzulande keiner einstellt“ – werden dagegen auch ohne Diskriminierungsvorsatz bzw. Unrechtsbewusstsein schon bei einmaliger Nennung den Diskriminierungstatbestand erfüllen. Denn der/die Handelnde konnte aus Sicht eines objektiven Beobachters davon ausgehen, dass das Verhalten unter den gegebenen Umständen von den Betroffenen unerwünscht ist bzw. nicht akzeptiert wird.⁷⁰

Eine sexuelle Belästigung liegt vor, wenn ein unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten die unter Belästigung beschriebenen Folgen bezweckt oder bewirkt. Auf die Schaffung eines feindlichen Umfelds kommt es dabei nicht an. § 3 Abs. 4 AGG beschränkt die Anwendbarkeit dieses Diskriminierungsverbotes allerdings auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 AGG. Das Verbot der sexuellen Belästigung nach dem AGG gilt daher im Rahmen der Arbeitsverwaltung für die Berufs-, Ausbildungs- und Existenzgründungsberatung.

6.5. Berufliche Eingliederung nach SGB II und SGB III

Dem SGB II und III sowie den mit deren Umsetzung beauftragten ARGEN und Optionskommunen kommen bei der Vermittlung von Migranten und Migrantinnen in Arbeit und bei der Förderung der Aufnahme einer Arbeit oder Ausbildung eine herausragende Bedeutung zu. Bereits bei der Registrierung als arbeitssuchend bei ARGE bzw. Arbeitsagentur, §§ 6, 29ff, 35ff, 122 SGB III, sowie beim Profiling, der Ermittlung des schulischen und beruflichen Bildungsstandes, der Qualifikationen, der Berufserfahrungen, vorhandener deutscher und anderer Sprachkenntnisse, § 6 SGB III, gilt das Diskriminierungsverbot.

Auch bei der Unterbreitung von Ausbildungs- und Arbeitsangeboten sowie Beratung und Vermittlung zur Existenzgründung, § 35ff SGB III, und bei der Entscheidung über Eingliederungsmaßnahmen ist das Diskriminierungsverbot zu beachten. So dürfen bei der Berücksichtigung der Vermittlungschancen im Rahmen des Auswahlermessens keine diskriminierenden Erwartungen potenzieller ArbeitgeberInnen antizipiert werden.

Nach § 16 SGB II stehen alle wesentlichen Eingliederungsleistungen des SGB III – im Regelfall als

⁷⁰ Schiek, in: Schiek 2007, a.a.O., 148. m.w.N.

Ermessensleistung – auch den Beziehern von Arbeitslosengeld II zur Verfügung.⁷¹ Bei der Ausübung des Ermessens zur Bewilligung oder Ablehnung spezifischer Eingliederungsmaßnahmen ist demnach stets das umfassende Diskriminierungsverbot zu beachten. Das betrifft beispielsweise die Beurteilung der Zumutbarkeit der Aufnahme einer bestimmten Tätigkeit oder die Beurteilung der Zumutbarkeit der Teilnahme an Maßnahmen zur Eingliederung in Arbeit im Rahmen von § 10 SGB II, aber auch die Einschätzung der Sprachkenntnisse durch die Mitarbeitenden der Leistungsträger der Grundsicherung gem. § 3 Abs. 2b SGB II. Ebenso gilt das umfassende Benachteiligungsverbot bei dem Abschluss einer Eingliederungsvereinbarung gem. § 15 SGB II. Insbesondere bei der Bestimmung dessen, welche Bemühungen der erwerbsfähige Hilfebedürftige in welcher Häufigkeit zur Eingliederung in Arbeit mindestens unternehmen muss, ist das Verbot der Diskriminierung zu beachten. Von Bedeutung ist diese Vorschrift schon deshalb, weil die Nichtannahme der angebotenen Eingliederungsvereinbarung oder die Nichtbefolgung der in der Eingliederungsvereinbarung festgelegten Pflichten zu erheblichen Kürzungen der Leistungen gem. § 31 SGB II führen können. Auch für die Vermittlung von Angeboten zur Berufsausbildung ist das Benachteiligungsverbot zu beachten.

Fazit

Für alle Leistungen nach den SGB stellt § 33c SGB die zentrale Vorschrift für das Sozialrecht dar. In Bezug auf die Diskriminierungsmerkmale rassifizierende Zuschreibung und ethnische Herkunft verpflichtet die Vorschrift das Personal der Sozialleistungsträger (auch der Arbeitsverwaltung) darauf, bei der Anwendung von Recht (Auskunft, Information, Beratung, Profiling, Leistungsgewährung und Sanktionierung) nicht zu diskriminieren. Darüber hinaus muss dieses Diskriminierungsverbot auch im Umgang mit KundInnen beachtet werden.

Für die Diskriminierungsmerkmale Religion und Weltanschauung und Geschlecht folgt ein gleichermaßen umfassendes Diskriminierungsverbot für die Berufsberatung, Aus- und Weiterbildung aus § 19 a SGB IV, für alle anderen Anwendungsbereiche aus Art. 3 Abs. 2 und 3 GG.

Im Rahmen von Informations- und Auskunftsgewährung, Beratung, Datenaufnahme, Aufklärung über Rechte, Pflichten und Sanktionen, Abschluss der Eingliederungsvereinbarung, Angebotsvermittlung und Maßnahmengewährung dürfen MigrantInnen oder Menschen, die für MigrantInnen gehalten werden, nicht durch Entscheidungen, Äußerungen oder Handlungsweisen benachteiligt

⁷¹ Vgl. BT-Drs 15/1516, 54.

oder würdverletzend angesprochen oder behandelt werden.

7. Rechtfertigungsgründe: Sachliche Gründe für Ungleichbehandlungen in sozialrechtlichen Materien

Fraglich ist, auf welche Vorschriften zurückgegriffen werden kann, wenn die Arbeitsverwaltung darüber entscheiden muss, ob eine gerechtfertigte Einschränkung des Benachteiligungsverbot vorliegt, und damit im Ergebnis keine Diskriminierung. Relevant ist diese Frage zum einen bei allen Entscheidungen der Arbeitsverwaltung im Rahmen der Leistungsgewährung nach SGB II und SGB III, zum anderen bei der Entscheidung darüber, ob ein Arbeitgeberangebot eine verbotene diskriminierende Einschränkung enthält.

Zunächst kann festgehalten werden, dass es für eine Belästigung oder sexuelle Belästigung i.S.d. § 3 Abs. 3 und 4 AGG niemals sachliche Gründe geben kann. Anders liegt der Fall bei benachteiligenden Entscheidungen, die durchaus durch sachliche Gründe gerechtfertigt sein können, z.B. durch spezifische Anforderungen an die auszuführende Tätigkeit, die im Zusammenhang mit einem Merkmal des § 1 AGG, z.B. der Sprache, stehen können.

7.1. Rechtfertigungsgründe im AGG

Das AGG enthält mehrere Rechtfertigungsgründe, die die Arbeitsverwaltung tangieren:

Im allgemeinen Teil geregelt sind

- die Rechtfertigung einer mittelbaren Diskriminierung durch ein rechtmäßiges Ziel und die Wahl erforderlicher und angemessener Mittel zu dessen Durchsetzung, § 3 Abs. 2 AGG
- positive Maßnahmen zum Ausgleich von strukturellen Benachteiligungen bestimmter gesellschaftlicher Gruppen, § 5 AGG (vgl. dazu unten Teil 2)
- die Mehrfachdiskriminierung, § 4 AGG.

Im 2. Abschnitt des AGG (Beschäftigung und Beruf) geregelt sind:

- Rechtfertigung wegen beruflicher Anforderungen, § 8 Abs. 1 AGG
- Rechtfertigung wegen der Religionszugehörigkeit, § 9 AGG.

Eine Rechtfertigung wegen beruflicher Anforderungen gemäß § 8 Abs. 1 AGG kommt bezüglich aller in § 1 AGG genannten Diskriminierungsmerkmale in folgenden Fällen in Betracht:

- 1.) bei der Entscheidung der Arbeitsverwaltung darüber, ob Einschränkungen in Arbeitsgesuchen oder Ausbildungsangeboten von ArbeitgeberInnen nicht berücksichtigt werden, weil sie gegen das AGG verstoßen
- 2.) bei eigenen Ermessensentscheidungen über die Geeignetheit von KlientInnen im Hinblick auf Leistungen der Arbeitsförderung.

Um das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes nach § 8 Abs .1 AGG festzustellen, muss

- 1.) ein Anforderungsprofil für die konkrete Tätigkeit angefordert oder erstellt werden, um die Art der auszuübenden Tätigkeit und die konkreten Bedingungen ihrer Ausübung festzustellen
- 2.) untersucht werden, ob der Grund für die Ungleichbehandlung eine wesentliche und entscheidende Anforderung zur Ausübung der Tätigkeit darstellt (sei es bereits im Rahmen der Berufsausübung oder im Hinblick auf eine Aus- oder Weiterbildungsmaßnahme oder Umschulung)
- 3.) mit der Unterscheidung ein von der Rechtsordnung erlaubter Zweck verfolgt werden
- 4.) die Unterscheidung angemessen (verhältnismäßig) sein.⁷²

Generell ist der Ausnahmetatbestand des § 8 AGG eng auszulegen.⁷³ Zulässig ist zum Beispiel die explizite Suche einer Frau mit Migrationshintergrund für eine Beratungs- und Informationsstelle für Migrantinnen und Flüchtlingsfrauen.⁷⁴ Die Suche eines Rechtsanwaltes, der häufiger türkische MandantInnen betreut, nach einer/m „türkischstämmigen“ Rechtsanwaltsgehilfen/in zur besseren Betreuung seiner MandantInnen wird dagegen nicht von der Ausnahmeregelung umfasst, weil hier die Suche nach einem/r Beschäftigten mit türkischen Sprachkenntnissen und Kenntnissen interkultureller Kompetenz verhältnismäßiger wäre.⁷⁵

Eine gerechtfertigte Ungleichbehandlung wegen der Religionszugehörigkeit kommt nach § 9 Abs. 1 AGG⁷⁶ in Betracht:

⁷² Zur rechtsdogmatischen Herleitung der Anforderung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen des § 8 AGG vgl. Husmann 2007a, 58, 58f.

⁷³ Vgl. Rixen in: Eicher/Schlegel, § 36 SGB III, Rn. 67 a.

⁷⁴ Arbeitsgericht Köln, Urteil vom 6.8.2008 – 9 Ca 7687/07.

⁷⁵ So im Ergebnis auch Rixen, in: Eicher/Schlegel, § 36 SGB III, Rn. 67a m.w.N.

⁷⁶ § 9 Abs. 2 AGG ergänzt Absatz 1 hinsichtlich der Frage, welche Verhaltensanforderungen eine Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft an ihre Mitarbeiter stellen darf. Danach können die Organisationen ein loyales und auf-

- 1.) bei der Entscheidung der Arbeitsverwaltung darüber, ob Einschränkungen in Arbeitsgesuchen oder Ausbildungsangeboten von ArbeitgeberInnen nicht berücksichtigt werden dürfen, weil sie gegen das AGG verstoßen
- 2.) nur bei Arbeits- oder Ausbildungsangeboten in „religiösen Tendenzbetrieben“, wenn also der/die ArbeitgeberIn eine Religionsgemeinschaft oder eine ihr untergeordnete Einrichtung ist, die sich die gemeinschaftliche Pflege einer Religion oder Weltanschauung zur Aufgabe macht (z.B. Caritas oder Diakonie).

Um das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes nach § 9 AGG festzustellen, muss

- 1.) geprüft werden, ob die Arbeitgeberseite eine Religionsgemeinschaft oder ihr untergeordnete Einrichtung ist⁷⁷
- 2.) ob das Vorliegen einer bestimmten Religion oder Weltanschauung im Hinblick auf das Selbstverständnis der Religionsgemeinschaft eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt (dazu können z.B. die Loyalitätsrichtlinien der Kirchen herangezogen werden)
- 3.) und ob das Vorliegen einer bestimmten Religion oder Weltanschauung im Bezug auf die konkrete Tätigkeit eine gerechtfertigte Anforderung darstellt.⁷⁸

Eine Tätigkeit, die mit der Verkündung, rituellen Pflege oder Repräsentation der Religion zu tun hat, erfüllt diese Anforderungen zum Beispiel. Die Beratungstätigkeit in einer Migrationsberatungsstelle, die von einem kirchlichen Träger betrieben wird, darf dagegen nicht daran gebunden werden, dass die Beschäftigte dem christlichen Glauben angehört.⁷⁹

7.2. Rechtfertigungsgründe im SGB

7.2.1. § 36 Abs. 2 SGB III

§ 36 SGB III regelt die Grundsätze der Vermittlung und adressiert an die Agentur für Arbeit mit Ab-

richtiges Verhalten von den für sie arbeitenden Personen verlangen. Das ist insbesondere im Umgang mit lesbischen und schwulen Lebensweisen von praktischem Belang, aber nicht Gegenstand des Gutachtens. Benachteiligungen aufgrund der ethnischen Herkunft oder rassifizierender Zuschreibungen fallen nicht unter § 9 Abs. 2 AGG, da dafür ausschließlich § 8 AGG gilt.

⁷⁷ Detailliert dazu die Gesetzesbegründung zu § 9 Abs. 2 AGG, BT-Drs. 16/1780, S. 35.

⁷⁸ Die letzte Anforderung ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 6 Rahmen-RL und § 9 Abs. 1 AGG.

⁷⁹ So z.B. ArbG HH (20 Ca 105/07), Urteil vom 4.12.2007, noch nicht rechtskräftig.

satz 2 ein relatives Vermittlungsverbot.⁸⁰ Die Arbeitsagentur darf diskriminierende Einschränkungen von Stellenangeboten grundsätzlich nicht berücksichtigen. Arbeitsangebote müssen deshalb nicht zurückgewiesen bzw. die Vermittlung nicht abgelehnt werden, sondern bei ihnen sind die diskriminierenden Einschränkungen außer Acht zu lassen.

Gem. § 36 Abs. 2 Satz 1 SGB III darf die Agentur für Arbeit Einschränkungen, die der Arbeitgeber für eine Vermittlung hinsichtlich Geschlecht, Alter, Gesundheitszustand, Staatsangehörigkeit oder ähnlicher Merkmale des Ausbildungssuchenden und Arbeitssuchenden vornimmt, die regelmäßig nicht die berufliche Qualifikation betreffen, nur berücksichtigen, wenn diese Einschränkungen nach Art der auszuübenden Tätigkeit unerlässlich sind.⁸¹ Die Unerlässlichkeit einer bestimmten Staatsangehörigkeit wird nur in seltenen Fällen vorliegen. Meist wird es sich um Fälle handeln, in denen der Staat als Arbeitgeber durch gesetzliche Vorschriften auf die Einstellung seiner Staatsbürger verpflichtet ist, z.B. bei RichterInnen, PolizeibeamtInnen und anderen StaatsdienerInnen. Gründe wie „Im Team gab es schon mehrfach Probleme mit Ausländern“ oder „Unser Kundenstamm wünscht eine Bedienung durch Deutsche“ fallen nicht unter diesen Ausnahmetatbestand. Zum einen stellen sie reine Zweckmäßigkeitserwägungen dar, die als Rechtfertigung nicht in Frage kommen. Zum anderen knüpfen sie nicht an der Staatsbürgerschaft, sondern an der Herkunft bzw. äußeren Erscheinungsmerkmalen der Betroffenen an und fallen als rassistisch diskriminierende Beschränkung unter § 36 Abs. 2 Satz 2 SGB III.

§ 36 Abs. 2 Satz 2 SGB III nimmt ausdrücklich auf das AGG Bezug. Die Agentur für Arbeit darf danach Einschränkungen, die der Arbeitgeber für eine Vermittlung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung oder der sexuellen Identität des Ausbildungssuchenden und Arbeitssuchenden vornimmt, nur berücksichtigen, soweit sie nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz zulässig sind. Fraglich ist, ob der Verweis sich auf die Rechtfertigungsgründe im Abschnitt 1, dem allgemeinen Teil, beschränkt oder ob der Verweis auch auf die in Abschnitt 2 für das Arbeitsrecht geregelten Rechtfertigungsgründe zielt.

Die Mehrheit der Rechtsliteratur zu § 36 Abs. 2 Satz 2 SGB III geht von der direkten Anwendung der Rechtfertigungsgründe des 2. Abschnitts des AGG aus, ohne dies zu problematisieren⁸², oder

⁸⁰ Mutschler, in: Mutschler/Bartz/Schmidt-De Caluwe 2008, § 36 Rn. 5; siehe auch Brand, in: Niesel 2007, § 36 Rn. 8ff; Kruse, in: LPK-SGB III, 2008, § 36 Rn. 1ff.

⁸¹ Bei den in § 36 Abs. 2 Satz 1 SGB III aufgezählten Merkmalen handelt es sich nur um beispielhafte Nennungen. Ähnliche Merkmale sind „Rasse“, Sprache oder Herkunft oder auch religiöse oder politische Anschauung, vgl. Mutschler, a.a.O., § 36, Rn. 33.

⁸² Vgl. z.B. Mutschler, a.a.O., § 36 Rn. 7; Rixen in: Eicher / Schlegel 2009, § 36 SGB III, Rn. 67.

mit Verweis auf § 6 Absatz 3 AGG, wonach das Gesetz auch für BewerberInnen gilt.⁸³ Nach einer anderen Auffassung gelten die Rechtfertigungsgründe im 2. Abschnitt nur für Beschäftigte im Arbeitsverhältnis⁸⁴. Tatsächlich wird hier die Inkonsistenz im Aufbau des Gesetzes deutlich. § 2 AGG wendet sich zunächst pauschal gegen Benachteiligungen in bestimmten sachlichen Bereichen und generalisiert damit den Benachteiligungsschutz auch über den engeren persönlichen Anwendungsbereich des AGG hinaus. Insbesondere die Einbeziehung der Berufsberatung (§ 2 Abs. 1 Nr. 3), des Sozialschutzes (§ 2 Abs. 1 Nr. 5) und der Bildung (§ 2 Abs. 1 Nr. 7) betrifft vom Wortlaut her nicht den Arbeitgeber i. S. d. § 6 Abs. 2 AGG, sondern bietet Diskriminierungsschutz im gesamten gesellschaftlichen und öffentlichen Bereich.

Die Institutionen, die allerdings solchen Schutz zu gewähren haben, wie beispielsweise die Arbeitsagenturen und ARGEN, sind weder Arbeitgeber i.S.d. 2. Abschnitts noch Vertragspartner im Sinne des 3. Abschnitts. Und ihre KlientInnen stehen ihnen gegenüber in keinerlei Vertragsverhältnis als ArbeitnehmerInnen oder privatrechtliche VertragspartnerInnen. § 6 Abs. III AGG zieht zwar BewerberInnen ausdrücklich in den persönlichen Anwendungsbereich des AGG ein, eine Gesamtschau der im Abschnitt 2 enthaltenen Vorschriften über die Rechte und Pflichten der Beteiligten sowie - über die Rechtsfolgen im Fall eines Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot lässt jedoch die Auffassung, dass der Gesetzgeber in Abschnitt 2 ausschließlich die Vorgaben der Richtlinien für das Arbeitsverhältnis umsetzen wollte, durchaus schlüssig erscheinen. Husmann schlägt daher vor, die Rechtfertigungsgründe des arbeitsrechtlichen Teils des AGG analog für das Sozialrecht anzuwenden.⁸⁵

7.2.3. Andere Rechtfertigungskonstellationen

Außer bei der Entscheidung über den diskriminierenden Gehalt von Vermittlungsangeboten von ArbeitgeberInnen sind weitere Konstellationen möglich, die einer Berufung auf Rechtfertigungsgründe bedürfen. Das ist der Fall, wenn MitarbeiterInnen der Arbeitsagenturen selbst über die bevorteilende oder benachteiligende Ungleichbehandlung von MigrantInnen entscheiden müssen: Beispielsweise, wenn eigenes Ermessen über die Vermittlungschancen bei Entscheidungen über die Unterbreitung von Stellenangeboten, über Weiterbildungen oder andere Fördermaßnahmen ausgeübt wird. Dabei gilt das Diskriminierungsverbot des § 33c SGB I, nicht jedoch § 36 SGB III. Weder das SGB I noch die SGB II oder III enthalten für die Konstellationen Rechtfertigungsgründe.

⁸³ Peters-Lange in: Gagel 2008, § 36 SGB III, Rn. 14.

⁸⁴ Vgl. Husmann 2007, 13, 19.

⁸⁵ Vgl. Husmann 2007a, 58, 58f.

Nach der hier vertretenen Auffassung können alle Rechtfertigungsgründe des allgemeinen Teils des AGG konkretisierend und des arbeitsrechtlichen Teils des AGG zumindest analog herangezogen werden. Die herrschende Meinung müsste sich auf die Rechtfertigungsgründe, die durch das Bundesverfassungsgericht entwickelt wurden, beschränken. Dies ist bislang vor allem für das Merkmal Geschlecht geschehen. Die Nichtanstellung einer muslimischen Verkäuferin aufgrund des Tragens eines Kopftuchs in einem Kaufhaus hat das Bundesverfassungsgericht als nicht gerechtfertigte Diskriminierung aufgrund der Religion bewertet. Die Befürchtung des Arbeitgebers, KundInnen zu verlieren, reiche zur Rechtfertigung nicht aus, so das Gericht. Zur Diskriminierung wegen rassistischer Zuschreibungen oder ethnischer Herkunft liegt keine Rechtsprechung vor.⁸⁶

In der Praxis sorgt diese insgesamt unklare Rechtslage nicht für die Rechtssicherheit, die für die in der Arbeitsvermittlung Beschäftigten und deren KundInnen bei dem sensiblen Thema Diskriminierung nötig und wünschenswert wäre.

Fazit

Eine ungleiche Behandlung von MigrantInnen im Rahmen der Arbeitsverwaltung kann gerechtfertigt sein:

- 1.) bei der Entscheidung der Arbeitsverwaltung darüber, ob Einschränkungen in Arbeitsgesuchen oder Ausbildungsangeboten von ArbeitgeberInnen nicht berücksichtigt werden, weil sie gegen das AGG verstoßen, § 36 Abs. 2 Satz 2 SGB III
- 2.) bei eigenen Ermessensentscheidungen über die Geeignetheit von KlientInnen im Hinblick auf Leistungen der Arbeitsförderung
- 3.) niemals bei Belästigung oder sexueller Belästigung.

Rechtfertigungen sind ausschließlich in folgenden Fällen mit Migrationsbezug möglich:

- 1.) bei mittelbaren Diskriminierungen, § 3 Abs. 2 AGG
- 2.) bei positiven Maßnahmen, § 5 AGG
- 3.) wegen wesentlicher und entscheidender beruflicher Anforderungen einer Tätigkeit, § 8 Abs. 1 AGG
- 4.) wegen der Religionszugehörigkeit bei Arbeits- und Ausbildungsangeboten von Religions-

⁸⁶ BVerG Beschluss vom 30.7.2003 - Az. 1 BvR 792/03.

gemeinschaften und ihnen zugeordneten Einrichtungen, § 9 Abs. 1 AGG.

Eine Ungleichbehandlung wegen mehrerer Diskriminierungsmerkmale muss in Bezug auf jedes Merkmal einzeln auf ihre Rechtfertigung hin überprüft werden. Wenn beispielsweise ein Arbeitgeber eine Stelle für einen Sozialpädagogen ausschreibt und dabei betont, es werde wegen des pädagogischen Konzepts der Einrichtung für speziell diese Stelle ein Mann gesucht und wegen des Strebens der Einrichtung nach gleichen Arbeitsmarktchancen für Angehörige ethnischer Minderheiten werde ein Mann einer ethnischen Minderheit bevorzugt, so muss gegenüber einer abgewiesenen weißen deutschen Bewerberin ohne Migrationshintergrund der Vorrang für ethnische Minderheiten als positive Maßnahme (§ 5) gerechtfertigt werden. Gleichzeitig muss aber auch die Beschränkung auf Männer gerechtfertigt werden. Es könnte sich um eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung i.S.d. § 8 AGG handeln, wenn es z.B. um eine Tätigkeit im Bereich der Jungenarbeit geht.

8. Rechtsfolgen beim Verstoß gegen Diskriminierungsverbote

Welche Rechtsfolgen zieht ein Verstoß gegen das sozialrechtliche Diskriminierungsverbot nach sich? Dabei ist zu unterscheiden zwischen

- 1.) einem Verstoß im Rahmen der Rechtsanwendung durch diskriminierenden Umgang (Belästigung und sexuelle Belästigung) oder diskriminierende Entscheidungen insbesondere durch diskriminierende Ermessensausübung
- 2.) einem Verstoß durch gesetzliche Regelungen, Verwaltungsvorschriften und Durchführungshinweise.

8.1. Ansprüche bei Verstoß im Rahmen der Rechtsanwendung

Die EU-Richtlinien enthalten keine Vorschriften über Maßnahmen oder Ansprüche, die unmittelbar angewendet werden können. Auch die SGB enthalten diesbezüglich keine Regelungen. Die Rechtsfolgenregelungen in Abschnitt 2 des AGG beziehen sich ausschließlich auf vertragliche Arbeitsverhältnisse, für Beratung und Leistungsgewährung der Arbeitsverwaltung gelten sie nicht (siehe dazu die Ausführungen im vorigen Abschnitt).

Auch eine analoge Anwendung des § 15 AGG, der Entschädigungs- und Schadensersatzansprüche im Diskriminierungsfall vorsieht, auf das Sozialrecht kommt nicht in Frage. Bei der Umsetzung des

Sanktionsgebotes der Richtlinien hat sich der Gesetzgeber bewusst auf Pflichtverletzungen im Rahmen von vertraglichen Rechtsbeziehungen beschränkt. Die Anordnung von Sanktionen im Bereich des Sozialrechtes hätte bedeutet, Haftungsregelungen und Ersatzansprüche wegen Amtspflichtverletzung gegen den Leistungsträger oder als Schadensersatzansprüche wegen öffentlich-rechtlicher Pflichtverletzung zu regeln. Dabei handelt es sich um eine sensible und im Einzelnen rechtlich umstrittene Problematik. Die Anwendung zivilrechtlicher Schadensersatzansprüche im Sozialrecht wurde vor Inkrafttreten des AGG bezüglich der Vorschriften über die Leistungsstörung (Verletzung der Betreuungspflicht als positive Forderungsverletzung bzw. Verzögerung der Leistung als Verzug, §§ 280, 286 BGB) in der Rechtsliteratur nur vereinzelt befürwortet.⁸⁷ Auch das Bundessozialgericht hat sich noch nicht abschließend zu dieser Problematik geäußert.⁸⁸ Es ist daher davon auszugehen, dass der Gesetzgeber diese Problematik im Antidiskriminierungsrecht bewusst nicht aufgreifen wollte, sondern es bei den bestehenden Regelungen belassen wollte. Dazu zählen zum einen die sozialrechtlichen Regelungen zur Überprüfung (§§ 77ff. SGG) und Korrektur von Verwaltungsakten (§§ 44ff SGB X, 330 Abs. SGB III). In deren Zusammenhang kann dem Diskriminierungsverbot eine anspruchssichernde Wirkung zukommen.

Weiter besteht die Möglichkeit, einen sogenannten Amtshaftungsanspruch gemäß § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG⁸⁹ geltend zu machen.⁹⁰ Verletzt ein/e Bedienstete/r eines sozialrechtlichen Leistungsträgers das Diskriminierungsverbot und damit eine gegenüber dem/r BürgerIn bestehende Amtspflicht, so hat der Leistungsträger der betroffenen Person den entstehenden Schaden zu ersetzen, wenn der/die Bedienstete die Pflicht schuldhaft (vorsätzlich oder fahrlässig) verletzt hat. Ob die Pflichtverletzung des/der Bediensteten einen Amtshaftungsanspruch auslöst, muss vor den ordentlichen Gerichten, nicht vor den Gerichten der Sozial- oder Verwaltungsgerichtsbarkeit geklärt werden und ist im Einzelfall oft schwer zu beurteilen. Im Streitfall trifft den/die BürgerIn die Beweislast für das Verschulden und ein erhebliches Prozessrisiko. Der Amtshaftungsanspruch hat sich deshalb im Sozialrecht nicht als effektives Instrument zur Sanktionierung bzw. Korrektur von Pflichtverletzungen der Leistungsträger bewährt.⁹¹ Zudem steht das Verschuldenserfordernis im Widerspruch zum Diskriminierungsverbot der Richtlinien und des AGG, wonach eine Diskriminierung auch unabhängig

⁸⁷ Vgl. Bley/Kreikebohm 2006, Rn. 74.

⁸⁸ Vgl. Ost/Mohr/Estelmann 1998, 54 m.w.N.

⁸⁹ So auch Husmann 2007a, 58, 61.

⁹⁰ Daneben besteht das Rechtsinstitut des sozialrechtlichen Herstellungsanspruches, detailliert Ost/Mohr/Estelmann, a.a.O., 55.

⁹¹ Ost/Mohr/Estelmann, a.a.O., 54.

von vorsätzlichem Handeln vorliegen kann.

Gemessen an Art. 15 Antirassismus-RL und Art. 17 Rahmen-RL, wonach die Mitgliedstaaten wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen festlegen müssen, die sich aus einem Verstoß gegen die nationalen Vorschriften zur Anwendung der Richtlinien (also gegen das AGG oder Antidiskriminierungsvorschriften in den Sozialgesetzbüchern) ergeben, reichen die bestehenden Ansprüche zur effektiven Sanktionierung und Rechtsdurchsetzung im Diskriminierungsfall nicht aus. Auch das bestehende Beschwerdemanagement der Bundesagentur für Arbeit (Kundenreaktionsmanagement⁹²) hat sich in der Praxis nicht als ausreichendes Instrumentarium bewiesen, um wirksamen rechtlichen Schutz und Sanktionen im Diskriminierungsfall zu gewähren. Hier besteht ein antidiskriminierungsrechtliches Umsetzungsdefizit.

8.2. Rechtsfolgen legislativen Unrechts

Für Fälle legislativen Unrechts (Diskriminierung durch Gesetze) enthält das AGG keine Rechtsfolgenanordnung. § 33c SGB I beschränkt das Diskriminierungsverbot ausdrücklich auf die Rechtsanwendung. Doch auch legislative Verstöße gegen das Antidiskriminierungsverbot im Sozialrecht, wo Rechte und Pflichten grundsätzlich durch Gesetz und nicht durch Vertrag begründet werden, dürfen nicht sanktionslos bleiben.⁹³ Auch insofern besteht ein Umsetzungsdefizit.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage nach der Nichtanwendung diskriminierenden Rechts. Verstößt ein bundesdeutsches Gesetz gegen die durch die EU-Richtlinien begründeten subjektiven Rechte von Betroffenen auf Nichtdiskriminierung, gebietet es der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts, es nicht anzuwenden. Bei der Norminterpretation und Anwendung ist die Verwaltung an die geltenden Gesetze und die Verfassung gebunden. Die Einschätzung, ob die Rechtsgrundlage selbst, also z.B. eine SGB-II-Vorschrift, europarechts- oder verfassungswidrig ist⁹⁴, obliegt jedoch den Gerichten und dem Gesetzgeber, nicht der Verwaltung. Lediglich Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts über die Europarechtswidrigkeit oder Grundgesetzwidrigkeit einer

⁹² Vgl. BT-Drs. 16/2198, S. 2f.

⁹³ Auf der Ebene von Ersatzansprüchen wegen Diskriminierung durch gesetzliche Regelungen kommt nur ein gemeinschaftsrechtlicher Ersatzanspruch gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen unterlassener Umsetzung der Richtlinien durch Nichtregelung der Sanktionsmöglichkeiten im Fall legislativen Unrechts in Betracht, vgl. zu den einzelnen Voraussetzungen dieses Anspruchs Husmann 2007a, 58, 64ff.

⁹⁴ Vgl. Wehr 1998, 74ff.

Norm des deutschen Rechts binden die Verwaltung.⁹⁵

Unabhängig davon besteht die Möglichkeit wie auch die Verpflichtung jedes/r NormanwenderIn – also der in der Arbeitsverwaltung Tätigen und Angestellten –, vorhandene Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit einer Norm der übergeordneten Hierarchieebene anzuzeigen.⁹⁶

Fazit

Die Rechtsfolgen und Ersatzansprüche des AGG sind nicht auf sozialrechtliche Materien übertragbar. Fälle diskriminierender Rechtsanwendung können im Rahmen des sozialrechtlichen Widerspruchs- und Klageverfahrens angefochten werden. Schadensersatzansprüche können als Amtshaftungsansprüche auf dem ordentlichen Rechtsweg eingeklagt werden. Für Fälle legislativen Unrechts findet sich keine Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien im deutschen Recht. Die Arbeitsverwaltung ist unabhängig davon angehalten, interne Vorschriften und Hinweise im Einklang mit europäischem Recht und dem AGG zu erlassen.

⁹⁵ BVerfG v. 21.5.1974, NJW 1974, 1609ff. Entscheidungen des europäischen Gerichtshofs besitzen diese Wirkung nur dann, wenn sie in Vertragsverletzungsverfahren ergehen. Dagegen lassen Vorabentscheidungen des EuGH auf Vorlage eines nationalen Gerichts die Anwendung einer Norm für die Verwaltung unberührt, hier muss erst der Gesetzgeber tätig werden und die Norm aufheben. Vgl. Wehr, a.a.O., 204f.

⁹⁶ Vgl. Wehr, a.a.O., 85, 96.

II. Positive Fördermaßnahmen zum Nachteilsausgleich

1. Problemaufriss

Die Erfahrung⁹⁷ zeigt, dass einzelne Klagen und Prozesse nicht ausreichen, um in der Praxis volle Gleichstellung herbeizuführen. Darüber hinaus gibt es Konstellationen, in denen eine Gleichbehandlung zwar zu „formaler Gleichstellung“ führt, diese unter Umständen jedoch nicht ausreicht, um die Gleichstellung auch in die Praxis umzusetzen.⁹⁸ Die Gründe für die faktische Benachteiligung bestimmter Gruppen sind oft vielfältig und schwer fassbar. Sie können sowohl auf objektiven, insbesondere strukturellen Begebenheiten beruhen als auch Ausdruck von subjektiv geleitetem Handeln sein.⁹⁹

So begegnen in Deutschland Menschen mit Migrationshintergrund tiefsitzenden Vorurteilen und Ressentiments, was sich letztlich in der geringen Beschäftigungsquote widerspiegelt. Barrieren struktureller Art leisten einen weiteren Beitrag zur Unterrepräsentation von Menschen mit Migrationshintergrund auf dem Arbeitsmarkt.¹⁰⁰

Positive Maßnahmen sind in Konstellationen gruppenbezogener Benachteiligung, die sich in der Unterrepräsentation der Angehörigen der jeweiligen Gruppe in bestimmten sozialen Situationen widerspiegelt, oft das einzige Mittel, eine tatsächliche Gleichstellung schrittweise herbeizuführen und damit soziale Ungleichheitslagen zu kompensieren.¹⁰¹

Der Begriff „positive Maßnahmen“ geht auf den in den USA verwendeten Begriff der *affirmative action* zurück. Er bezeichnet Maßnahmen, die Menschen, die wegen bestimmter Merkmale typischerweise benachteiligt werden, gegenüber der dominierenden, nicht notwendigerweise mehrheitlichen Gruppe gewisse Vorteile beim Zugang zu Positionen, Gütern und Dienstleistungen einräumen, um der Benachteiligung entgegenzuwirken.¹⁰² Es handelt sich dabei um Maßnahmen, die

⁹⁷ Tobler 2007, 3; siehe auch Stellungnahmen des Antidiskriminierungsverbandes Deutschland zu zwei Jahren AGG (www.antidiskriminierung.org).

⁹⁸ Siehe amtliche Begründung BT-Drs. 16/1780, 23 ff.; Schiek in: Schiek 2007, a.a.O., § 5 Rz. 1; Laskowski/Welti 2003, 217.

⁹⁹ Sacksofsky 2004, 212.

¹⁰⁰ Vgl. dazu Einleitung: 1.1.; Konsortium „SGB II und Migrationshintergrund“, 2008

¹⁰¹ Dern, in: Degener u.a. 2008, 215.

¹⁰² Sacksofsky, a.a.O., 208ff.

dem Anschein nach diskriminierend sind, tatsächlich aber in der sozialen bzw. gesellschaftlichen Wirklichkeit bestehende faktische Ungleichheiten beseitigen oder zumindest verringern sollen.¹⁰³

Bekannt sind sogenannte positive Maßnahmen in Deutschland vorrangig unter dem Aspekt der Frauenförderung. So sehen Gleichstellungsgesetze der einzelnen Länder¹⁰⁴ die besondere Förderung von Frauen in Positionen vor, in denen sie unterrepräsentiert sind. Frauen werden dann bei gleicher Eignung bevorzugt eingestellt. Etabliert sind auch arbeitsmarktpolitische Instrumente wie die Jobinitiative 50 plus.¹⁰⁵ Aber auch Maßnahmen, die Menschen mit Behinderungen dabei unterstützen sollen, eine Beschäftigung im ersten Arbeitsmarkt zu erlangen, wie die Initiative der Bundesregierung „JoB – Jobs ohne Barrieren“¹⁰⁶ zählen dazu. Zu nennen ist hier weiterhin § 77 Abs. 1 Satz 1 SGB IX, der bei Nichterreichen einer bestimmten Beschäftigungsquote Unternehmen zu einer Ausgleichsabgabe verpflichtet und damit einen Anreiz schaffen will, Menschen mit Behinderungen einzustellen.

Dabei deckt der Begriff der „positiven Maßnahmen“ eine große Bandbreite an Maßnahmen ab, die zum Ausgleich gegenwärtig existierender wie in der Vergangenheit erlittener Nachteile aufgrund von Diskriminierung ergriffen werden können.¹⁰⁷ Hintergrund und Ziel ist es, tatsächlich die „volle Gleichstellung“ in der Praxis zu erreichen.

2. Kanon der positiven Maßnahmen

Das Ziel, die Repräsentation einer Gruppe in einem spezifischen Umfeld zu ändern, kann sowohl durch gruppenbezogene Bevorzugungen als auch durch neutrale Präventivmaßnahmen erreicht werden. Damit ist ihr Anwendungsbereich nicht auf die sogenannte umgekehrte Diskriminierung¹⁰⁸ beschränkt. Er umfasst auch präventive Maßnahmen wie die Umgestaltung von Prozessen und Verfahren mit dem Ziel, unmittelbare und mittelbare Diskriminierung zu vermeiden. Erfasst sind auch formal neutrale Maßnahmen, die zugunsten von benachteiligten Personen wirken und so ihren Anteil z.B. an Beschäftigten erhöhen sollen. Weiterhin zählen dazu Programme, mit deren Hilfe z.B. Bewerber und Bewerberinnen, die einer ethnischen Minderheit angehören und daher in bestimmten

¹⁰³ EuGH, Rs. C-409/95 (Marschall), NJW 12997, 3429.

¹⁰⁴ Siehe z.B. § 8 des Sächsischen Frauenförderungsgesetzes.

¹⁰⁵ Siehe www.bmas.de.

¹⁰⁶ Siehe www.bmas.de/.../22160/uebersichtsseite__JOB.html.

¹⁰⁷ Bell 2007, 5.

¹⁰⁸ Fredman 2002, 125-136; für einen engen Begriff Epiney/Freiermuth Abt 2003, 195.

Positionen unterrepräsentiert sind, spezifisch angesprochen werden. In Frage kommen zudem Maßnahmen, die speziell die Fähigkeiten bislang unterrepräsentierter Menschen durch Qualifizierung verbessern und schließlich auch Bevorzugungsregeln, die auf vergangene oder gegenwärtige Diskriminierungen reagieren.¹⁰⁹

Nach der Klassifizierung von McCrudden¹¹⁰ lassen sich mehrere Kategorien positiver Maßnahmen bestimmen.

Dazu gehören:

- das bewusste Untersuchen, Aufzeigen und Beseitigen jeglicher diskriminierender oder verzerrender Praktiken, was auch als *positive fairness* bezeichnet wird und zum systematischen Mainstreaming führen kann
- eine dem Anschein nach neutrale Zielgruppenpolitik, die versucht, den Anteil der Mitglieder der unterrepräsentierten Gruppe zu erhöhen, etwa durch die Verwendung von Kriterien, die nicht offenkundig diskriminieren, z.B. mit Schwerpunkt auf einem geografischen Gebiet oder auf dem Merkmal Arbeitslosigkeit
- Beratungsangebote, die die Mitgliedschaft in einer Gruppe nutzen und versuchen, die Eingliederung der unterrepräsentierten Gruppe durch gezielte Unterstützung (Information, Bildung und Ausbildung, Gründung von Lobbygruppen usw.) oder durch gezielte Sensibilisierung zu beschleunigen. Eine Bezeichnung dafür könnte auch „positive Mobilisierung“ sein
- eine dem Anschein nach neutrale Zielgruppenpolitik, die versucht, den Anteil der Mitglieder der unterrepräsentierten Gruppe zu erhöhen, etwa durch weiche Ziele, die nicht auf eine tatsächlich bevorzugte Behandlung zurückgreifen
- Programme für angemessene Vorkehrungen zum Abbau von Schranken durch ein Angebot von persönlichen Vorkehrungsmaßnahmen für Mitglieder bestimmter Gruppen
- tatsächlich bevorzugte Behandlung durch umgekehrte Diskriminierung, die die Mitglieder der unterrepräsentierten Gruppe gegenüber Mitgliedern der vorherrschenden Gruppe begünstigt.
- Neudefinition von „Leistung“, wenn die Zugehörigkeit zu einer Gruppe zu einer entscheidenden Qualifikation für einen Arbeitsplatz gemacht wird, ohne dass es sich dabei um eine

¹⁰⁹ Schiek, in: Schiek 2007, § 5 Rz. 2.

¹¹⁰ McCrudden 1986, 223ff.; de Schutter 2007.

wesentliche berufliche Anforderung handelt.

Diese Maßnahmen können von verschiedenen Akteuren ausgehen und gesteuert werden: von Bundes- oder Landesministerien, Bundes- oder Landesbehörden oder von öffentlichen oder privaten Arbeitgebern.

Beispiele sind neben Förderprogrammen für Migranten und Migrantinnen zur Erlangung oder Verbesserung ihrer Deutschkenntnisse Stellenangebote von Unternehmen oder dem öffentlichen Dienst mit der Angabe, dass Bewerbungen von Personen einer unterrepräsentierten Gruppe, z.B. Menschen mit Migrationshintergrund, besonders willkommen sind. Hierzu zählen auch Maßnahmen, die Vorrechte für unterrepräsentierte Gruppen, wie z.B. ein ausschließlich für Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen mit Migrationshintergrund zugängliches Qualifizierungssystem oder aber eine Quotenregelung, die die Vergabe von Bildungsgutscheinen zur Förderung von Menschen mit Migrationshintergrund steuert, einräumen.

Auch das Ziel, den Anteil von Fachkräften mit Migrationshintergrund unter Mitarbeitenden der Agenturen und Grundsicherungsstellen im Rahmen einer Diversity-Strategie zu erhöhen, stellt eine positive Maßnahme dar. Die SGB II-Wirkungsforschung zeigt allerdings¹¹¹, dass die Fachkräfte der Agenturen und Grundsicherungsstellen wenig Vorstellung über die rechtskonformen Verfahrensweisen haben, wie ein solches personalpolitisches Ziel erreicht werden kann. Es bedarf in diesen Institutionen daher einer intensiveren Aufklärung und Auseinandersetzung zum Rechtsinstrument „positive Maßnahmen“, weil dieses eine solche Verfahrensweise darstellt.

3. Entwicklung

Die erste EU-rechtliche Bestimmung zu positiven Maßnahmen findet sich im Bereich genderorientierter Maßnahmen in Art. 2 Abs. 4 der Gender-RL 1, die schließlich durch das Abkommen von Maastricht über Sozialpolitik und anschließend durch den überarbeiteten Vertrag von Amsterdam in Art. 141 Abs. IV des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft aufgenommen wurde. Auch die Antirassismus-RL und die Rahmen-RL griffen das Instrument der positiven Maßnahmen, das zwischenzeitlich durch Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes Präzisierung und Klarstellung erfahren hat, auf. Gemäß den EG-Vorschriften bilden positive Maßnahmen, die faktisch zu einer Diskriminierung der Gruppe führen, die nicht in deren Genuss kommt, eine Aus-

¹¹¹ Konsortium „SGB II und Migrationshintergrund“, 2008, 12

nahme vom Grundsatz der formalen Gleichstellung.¹¹²

Dabei sind „positive Maßnahmen“ bei weitem kein unumstrittenes Förderinstrument. Gerade im Gender-Bereich haben solche Fördermaßnahmen Befürworter und Gegner stets stark gespalten. Auch die Rechtsprechung des EuGH zur sogenannten Quotenregelung¹¹³ als einer Vorzugsbehandlung, die zu umgekehrter Diskriminierung führt, wie sie in den Gleichstellungsgesetzen des Bundes und der Länder zu finden ist, war bisweilen unbeständig.

So hatte der EuGH in seiner Entscheidung *Kalanke* im Jahr 1995 in einem Fall zum Bremer Gleichstellungsgesetz entschieden, dass eine Entscheidungsquote, die Frauen bei der Ernennung oder Beförderung „absolut und unbedingt den Vorrang einräumt“, über eine Förderung der Chancengleichheit hinausgehe und somit mit EG-Recht unvereinbar sei.¹¹⁴ Doch bereits zwei Jahre später stellte der Gerichtshof in der *Marschall*-Entscheidung¹¹⁵ explizit fest, dass selbst bei gleicher Qualifikation die Tendenz besteht, männliche Bewerber vor Bewerberinnen zu befördern.¹¹⁶ Daher könne eine Bevorzugungsregel wie die des Nordrhein-Westfälischen Gleichstellungsgesetzes ein Gegengewicht zur realen Chancenungleichheit der Geschlechter schaffen und damit in der sozialen Wirklichkeit bestehende faktische Ungleichheiten verringern. Die Regelung sei allerdings nur dann zulässig, wenn sie eine „Öffnungsklausel“ enthalte, die sicherstellt, dass der der Bewerberin eingeräumte Vorrang entfällt, wenn besondere Kriterien zugunsten des männlichen Bewerbers überwiegen. Dabei seien Kriterien wie Dienstalter, Zahl der unterhaltsberechtigten Angehörigen, geleis-

¹¹² Schlachter, in: ErfK, Art. 141, Rn. 28; Calliess/Ruffert, Art. 141 EG-Vertrag, Rn. 82; anders: Schiek, NZA 2004, 877 und Laskowski/Welti 2003, 217, die darin eine Präzisierung des Gleichbehandlungsgebots sehen; dagegen: Wank, in: FS Wißmann, 613 und amtliche Begründung BT-Drs 16/1780, 33, die in den positiven Maßnahmen einen speziellen Rechtfertigungsgrund für Ungleichbehandlung erblicken. Letztlich kommt es auf die dogmatische Einordnung hier nicht an, denn die positiven Maßnahmen stellen, jedenfalls wenn die Voraussetzungen des § 5 AGG erfüllt sind, keine unzulässige Benachteiligung der jeweils anderen nicht begünstigten Gruppe dar.

¹¹³ Bei den meisten in den Gleichstellungsgesetzen des Bundes und der Länder enthaltenen Bevorzugungsregeln handelt es sich nicht um Quoten im eigentlichen Sinn, die einer Reservierung eines bestimmten Anteils von Stellen oder Beförderungsmöglichkeiten für Frauen entsprechen, sondern um Entscheidungsregeln für den Einzelfall, sogenannte Entscheidungsquoten. Siehe auch: Schiek, in: Schiek 2002, Rn. 252; Wrase 2006, 91ff.

¹¹⁴ EuGH, Rs. C-450/93 (*Kalanke*), Slg. 1995 I-3051.

¹¹⁵ EuGH, Rs. C-409/95 (*Marschall*), NJW 12997, 3429.

¹¹⁶ Siehe EuGH, NJW 1997, 3429 (3430): „Dies hängt vor allem mit einer Reihe von Vorurteilen und stereotypen Vorstellungen über die Rolle und Fähigkeiten der Frau im Erwerbsleben und z.B. mit der Befürchtung zusammen, dass Frauen ihre Laufbahn häufiger unterbrechen, dass sie ihre Arbeitszeit aufgrund häuslicher und familiärer Aufgaben weniger flexibel gestalten oder dass sie durch Schwangerschaften, Geburten und Stillzeiten häufiger ausfallen.“

teter Wehrdienst etc. ihrerseits diskriminierend und daher nicht zu berücksichtigen.¹¹⁷ Im Jahr 2000 hat der EuGH im Fall *Badeck*¹¹⁸ die Leitlinien zur Zulässigkeit der Entscheidungsquote bestätigt, die schließlich durch die *Abrahamsson*-Entscheidung¹¹⁹ derart präzisiert wurde, dass eine Bevorzugung von Bewerberinnen nur bei Vorliegen gleicher Qualifikation zulässig ist.

Gemäß der Rechtsprechung des EuGH zu geschlechtsbezogenen positiven Maßnahmen sollte eine nationale Maßnahme darauf abzielen, „eine bestehende Situation des Ungleichgewichts zwischen Männern und Frauen in einem bestimmten Sektor oder einem bestimmten Karrierestadium zu korrigieren“¹²⁰. Zudem sind nur solche Maßnahmen zulässig, die zur Beseitigung der existierenden konkreten Situation des Ungleichgewichts angemessen sind.¹²¹ Schließlich muss eine positive Maßnahme verhältnismäßig sein¹²², sie soll notwendig und geeignet sein und nicht über die zur Verwirklichung des Zieles erforderlichen Schritte hinausgehen. Deshalb sind weder automatische noch absolute Präferenzen zulässig.¹²³

Mit der Entscheidungsquote wurde ein Instrument geschaffen, das zwar nicht den Frauenanteil in Führungspositionen eklatant ansteigen ließ, das aber dennoch geeignet war, den Diskurs anzuregen sowie klarstellende Rechtsprechung zu den Anforderungen an positive Maßnahmen hervorzu- bringen. Die gewonnenen Erkenntnisse schaffen zum einen Rechtssicherheit. Und ihre Maßstäbe und Zielsetzungen sind auf Maßnahmen zugunsten anderer auf dem Arbeitsmarkt benachteiligter Gruppen, wie Menschen mit Migrationshintergrund, übertragbar und als Leitlinien der Auslegung von Art. 5 der Antirassismus-RL heranzuziehen.

4. Positive Maßnahmen in der Antirassismus-RL

Art. 5 der RL 2000/43/EG und Art. 7 RL 2000/78/EG greifen die Bestimmung aus dem Bereich gender-orientierter positiver Maßnahmen wie folgt auf: „Der Gleichbehandlungsgrundsatz hindert die Mitgliedstaaten nicht daran, zur Gewährleistung der vollen Gleichstellung in der Praxis spezi-

¹¹⁷ Siehe EuGH, NJW 1997, 3429 (3430).

¹¹⁸ EuGH, Rs. C-158/97 (*Badeck* u.a.), Slg. 2000, I-1875.

¹¹⁹ EuGH, Rs. C-407/98 (*Abrahamsson*, *Anderson/Fogelqvist*), Slg. 2000, I-5539.

¹²⁰ EuGH, Rs. C-476/99 (*Lommers*), Slg. 2002, I-2891.

¹²¹ EuGH, Rs. C-366/99 (*Griesmar*), Slg. 2001, I-9383.

¹²² EuGH, Rs. C-407/98 (*Abrahamsson*, *Anderson*), Slg. 2000, I-5539; Rs. C-79/99 (*Schnorbus*), Slg. 2000, I-10997; EuGH, Rs. C-476/99 (*Lommers*), Slg. 2002, I-2891.

¹²³ EuGH, Rs. C-407/98 (*Abrahamsson*, *Anderson*), Slg. 2000, I-5539.

fische Maßnahmen, mit denen Benachteiligungen aufgrund der Rasse oder ethnischen Herkunft verhindert oder ausgeglichen werden, beizubehalten oder zu beschließen.“ Der Bezugsrahmen „in der Praxis“ wird durch den in Art. 3 der Richtlinie beschriebenen Geltungsbereich bestimmt. Positive Maßnahmen sind demnach in allen dort genannten Lebensbereichen, wie z.B. beim Zugang zu selbständiger und unselbständiger Arbeit, zu allen Ebenen der Berufsausbildung, zur beruflichen Weiterbildung, aber auch beim Sozialschutz einschließlich der sozialen Sicherheit und der Gesundheitsdienste, bei den sozialen Vergünstigungen und der Bildung zulässig.

Da auch die Zulässigkeit von positiven Maßnahmen auf Grundlage der Antirassismus-RL an der Verhältnismäßigkeit der jeweiligen Maßnahme zu messen ist, muss sie einem rechtmäßigen Ziel dienen und darf nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des verfolgten Ziels angemessen und erforderlich ist, wobei der Grundsatz der Gleichbehandlung so weit wie möglich mit den Erfordernissen des auf diese Weise angestrebten Ziels in Einklang gebracht werden muss.

5. Positive Maßnahmen gemäß § 5 AGG

Zur Umsetzung der Richtlinienvorgaben hat sich der deutsche Gesetzgeber mit § 5 AGG für eine Öffnungsklausel entschieden. § 5 AGG bestimmt, dass eine unterschiedliche Behandlung ungeachtet der in §§ 8 bis 10 sowie in § 20 benannten Gründe dann zulässig ist, wenn durch geeignete und angemessene Maßnahmen bestehende Nachteile wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes (ethnische Herkunft, rassistische Zuschreibung, Lebensalter, Behinderung, Religion, Weltanschauung, Geschlecht, sexuelle Identität) verhindert oder ausgeglichen werden sollen.

5.1. Anwendungsbereich

Aus der systematischen Einordnung von § 5 im ersten Abschnitt des AGG ergibt sich, dass das Institut der positiven Maßnahmen entsprechend der Richtlinien sowohl im Bereich selbständiger und unselbständiger Erwerbsarbeit und der damit zusammenhängenden Bereiche wie Berufsberatung, Berufsbildung, einschließlich Praktika und Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft, einem Arbeitgeberverband oder einem Berufsverband (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 AGG), als auch im Anwendungsbereich Sozialschutz und soziale Vergünstigungen (§ 2 Abs. 1 Nr. 5 und 6 AGG), im Bildungsbereich sowie im gesamten Zivilrechtsverkehr (§ 2 Abs. 1 Nr. 8)¹²⁴ anwendbar ist.

¹²⁴ Husmann 2007, 18; Hinrichs, in: HK-AGG, § 5 Rn. 14.

Das Ergreifen positiver Maßnahmen ist dabei nicht allein dem Gesetzgeber vorbehalten, sondern ermächtigt daneben ArbeitgeberInnen, Tarifvertragsparteien, Betriebspartner und die Parteien eines zivilrechtlichen Vertrages.¹²⁵ Der Gesetzgeber hat mit § 5 AGG deutlich gemacht, dass der Kreis der Akteure und Akteurinnen grundsätzlich nicht beschränkt ist, sondern alle im sachlichen Anwendungsbereich des AGG Handelnden im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten und rechtlichen Handlungsmöglichkeiten berechtigt sind, positive Maßnahmen zu ergreifen. Deshalb ist auch die Arbeitsverwaltung legitimiert, entsprechend ihres gesetzlichen Auftrags des Förderns und Forderns mit Hilfe positiver Maßnahmen gestaltend auf die Arbeitsförderung von Migranten und Migrantinnen einzuwirken.

Für die konkrete Ausgestaltung stehen verschiedene Rahmen zur Verfügung. Sie kann sowohl durch Bundesgesetze, Landesgesetze, Gemeindec Satzungen, Verwaltungsvorschriften, Richtlinien, Tarifverträge, Betriebs- oder Dienstvereinbarungen, betriebliche Einheitsregelungen, allgemeine Geschäftsbedingungen und Einzelverträge erfolgen. Positive Maßnahmen können daher auch mit Hilfe von Instrumenten der Arbeitsverwaltung zur zielgerichteten Förderung von Migranten und Migrantinnen zum Einsatz kommen.

Gemeinschafts-¹²⁶ und verfassungsrechtlich¹²⁷ ist es unschädlich, dass der deutsche Gesetzgeber die nähere Ausgestaltung solcher positiver Maßnahmen den Personen und Institutionen überlässt, die in ihrem Alltag mit der Umsetzung des Gleichbehandlungsgebots befasst sind, da es für den Gesetzgeber nicht möglich ist, allgemein und für alle Bereiche sämtliche Gleichbehandlungsdefizite zu erfassen und einer angemessenen Lösung zuzuführen.¹²⁸

Ein Anspruch auf positive Maßnahmen lässt sich aus § 5 AGG nicht herleiten.

¹²⁵ BT-Drs. 16/1780, 34.

¹²⁶ Laskowski/Welti 2003, 221; Wiedemann/Thüsing, NZA 2002, 1241; Schlachter, in: Dietrich/Müller-Glöße 2006, Art. 141 EGV, Rn. 28; Krebber, in: Calliess/Ruffert 2002, Art. 141 EG-Vertrag, Rn. 85.

¹²⁷ BVerfG 24.05.2006 – 2 BvR 669/04 – NVwZ 2006, 807.

¹²⁸ Siehe dazu auch BVerwG 18.7.2002 – 3 C 54/01 – NVwZ 2003, 92.

5.2. Voraussetzungen

Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit positiver Maßnahmen gem. § 5 AGG ist, dass sie geeignet und angemessen sind, bestehende Nachteile wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes zu verhindern bzw. auszugleichen.

Nachteile i.S.d. § 5 AGG sind solche Umstände, die dazu führen, dass Menschen aufgrund eines der in § 1 AGG genannten Merkmale im Arbeitsleben, beim Abschluss zivilrechtlicher Verträge oder beim Sozialschutz schlechtere Chancen als andere Personen haben, bestimmte Positionen, Güter oder Leistungen zu erlangen. Ein wesentliches Indiz für solche Nachteile besteht, wenn die betreffende Personengruppe im Verhältnis zu ihrer sonstigen Größe in bestimmten Bereichen erheblich unterrepräsentiert ist. Im Hinblick auf die Entwicklung des Zugangs von Jugendlichen mit Migrationshintergrund zu Ausbildung und Beruf zeichnet sich ein bedenklicher Abwärtstrend ab, der sich schließlich auch in der Beschäftigungsquote widerspiegelt.¹²⁹ So konnten nur 25 Prozent der 18- bis 21-jährigen Ausländer und Ausländerinnen im Gegensatz zu 59 Prozent der deutschen Jugendlichen eine Berufsausbildung absolvieren. Vor zehn Jahren waren es demgegenüber noch 34 Prozent. Auch die hohe Arbeitslosenquote von Ausländerinnen und Ausländern, die mit einem Anteil von immerhin 20 Prozent¹³⁰ doppelt so hoch ist wie bei Deutschen, bei Spätaussiedlern sogar 30 Prozent¹³¹ ausmacht, ist auf eine strukturelle Benachteiligung¹³² zurückzuführen.

Die Nachteile müssen zudem tatsächlich noch bestehen. Daneben sind gemäß der Gesetzesbegründung auch präventive Maßnahmen zur Vermeidung zukünftiger Nachteile möglich.¹³³

Maßnahmen, die dem Ausgleich oder der Verhinderung derartiger Nachteile dienen, müssen zielgerichtet und unmittelbar eingesetzt werden, um der in der sozialen Wirklichkeit praktizierten faktischen Ungleichbehandlung zur begegnen.¹³⁴ Eine bevorzugte Behandlung bei Gelegenheit ist für die Bewertung als positive Maßnahme nicht ausreichend.

Mit dem Erfordernis der Geeignetheit und Angemessenheit der Maßnahme trägt § 5 AGG gemeinschaftsrechtlichen und verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit Rech-

¹²⁹ Berufsbildungsbericht der Bundesregierung 2006, 118.

¹³⁰ IAB-Kurzbericht Nr. 8 vom 2.4.2007.

¹³¹ IAB-Kurzbericht Nr. 8 vom 2.4.2007.

¹³² Frings, a.a.O., 130.

¹³³ BT-Drs 16/1780, 34.

¹³⁴ Schlachter, a.a.O., Art. 141 EGV, Rn. 29; Calliess/Ruffert, a.a.O., Art. 141, EG-Vertrag, Rn. 90.

nung.¹³⁵ Verhältnismäßig sind solche positiven Maßnahmen, die objektiv geeignet, erforderlich und insgesamt angemessen sind, das mit ihnen verfolgte Ziel zu erreichen. Dabei darf der begünstigten Gruppe kein absoluter, unbedingter Vorrang eingeräumt werden. Vielmehr hat stets eine abschließende Einzelfallabwägung zu erfolgen¹³⁶, die ihrerseits sicherstellt, dass Angehörige der nicht begünstigten Gruppe, die sich im konkreten Einzelfall in einer vergleichbaren Situation befinden oder die die Nichtberücksichtigung besonders hart treffen würde, nicht ausgeschlossen werden.¹³⁷

5.3. Beispiele

Menschen, die aufgrund ihrer ethnischen Herkunft im Erwerbsleben Benachteiligung erfahren, dürfen unter gleichen Voraussetzungen wie Frauen begünstigt werden.¹³⁸ Deshalb kommen Maßnahmen in Betracht, die Menschen mit Migrationshintergrund begünstigen, ohne dass sie der anderen Gruppe, die nicht in deren Genuss kommt, einen Vorteil böten, z.B. Förderprogramme für Migranten und Migrantinnen zur Erlangung oder Verbesserung ihrer Deutschkenntnisse, aber auch Maßnahmen, die die andere Gruppe schlechter als die begünstigte stellen, weil auch sie einen tatsächlichen Nutzen aus der in Frage stehenden Maßnahme ziehen würde. Sei es, dass die Maßnahmen Vorteile vorsehen, die die andere Gruppe ebenfalls gern für sich in Anspruch nehmen würde, wie z.B. besondere Berücksichtigung von Migranten und Migrantinnen bei der Urlaubsplanung, um eine Reise in das Herkunftsland zu ermöglichen, oder aber auch Maßnahmen, die auf die Vergabe bestimmter Positionen oder Leistungen Einfluss nehmen, bei der die Angehörigen verschiedener Gruppen, wie z.B. ältere Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen sowie Migranten und Migrantinnen in einem unmittelbaren Konkurrenzverhältnis stehen.

Zu nennen sind hier z.B. die bevorzugte Vergabe von Ausbildungsplätzen oder Qualifizierungsstellen, die erst die Voraussetzungen für einen benachteiligungsfreien Zugang zum Arbeitsmarkt schaffen¹³⁹, aber auch leistungsabhängige, flexible Entscheidungsquoten¹⁴⁰, die die Einstellung von Men-

¹³⁵ EuGH, Rs. C-476/99 (Lommers), Slg. 2002, I-2891; Bundesarbeitsgericht (BAG) 22.6.1993 – 1 AZR 590/92 – NZA 1994, 77; Bundesverfassungsgericht (BVerfG) vom 18.11.2003 – 1 BVR 302/96 – NZA 2004, 33.

¹³⁶ Siehe amtliche Begründung BT-Drs 16/1780, 34; EuGH, Rs. C-476/99 (Lommers), Slg. 2002, I-2891, zum Anspruch eines alleinerziehenden Vaters auf einen Platz in einer Betriebskindertagesstätte.

¹³⁷ EuGH, Rs. C-450/93 (Kalanke), Slg. 1995 I-3051; EuGH, Rs. C-407/98 (Abrahamsson, Anderson), Slg. 2000, I-5539.

¹³⁸ Siehe auch Hailbronner 2001, 254ff, 258; Schiek, NZA 2004, 873ff, 877.

¹³⁹ Waddington/Bell 2001, 587ff.

¹⁴⁰ Zusammenfassend EuGH, Rs. C-407/98 (Abrahamsson, Anderson), Slg. 2000, I-5539.

schen mit Migrationshintergrund befördern sollen. In Betracht kommen daneben eine bevorzugte Behandlung bei der Einladung zu Vorstellungsgesprächen durch ArbeitgeberInnen, die die Chancen des Zugangs zu Beschäftigung erhöhen sollen, sowie eine Quotierung zugunsten von Menschen mit Migrationshintergrund im Bereich Fort- und Weiterbildung. Aber auch spezielle Aus- und Weiterbildungsangebote für Migranten und Migrantinnen sind dann zulässig, wenn sie dazu dienen, unter eigens auf sie ausgerichteten Bedingungen den Erwerb bestimmter beruflicher Fähigkeiten und Kenntnisse zu erleichtern.

Zu denken ist daneben an vergaberechtliche Kriterien, die bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen neben wirtschaftlichen Gesichtspunkten auch Gleichstellungsaspekte wie die Einhaltung bestimmter Mindeststandards zur Förderung von Migranten und Migrantinnen zu berücksichtigen sind.

Fazit

Der Arbeitsverwaltung, namentlich der Bundesagentur für Arbeit, den ARGEN, Jobcentern und Optionskommunen kommt bei der Förderung von Menschen mit Migrationshintergrund zur Erlangung eines Ausbildungs- und Arbeitsplatzes eine Schlüsselfunktion zu, da ihnen Erfassungs-, Analyse- und Förderinstrumente zur Verfügung stehen, die ein zielgerichtetes und auf die Bedürfnisse angepasstes Fordern und Fördern erlauben. Mit der Etablierung positiver Maßnahmen als Förderinstrument, das Menschen mit Migrationshintergrund dabei unterstützt, faktischer Benachteiligung zu entgehen, kann die Arbeitsverwaltung einen maßgeblichen Beitrag dazu leisten, Migranten und Migrantinnen in eine auf Dauer angelegte Erwerbstätigkeit zu vermitteln.

III. Exemplarische Handlungsspielräume von Legislative und Exekutive

Diskriminierungspotenziale von sozialrechtlichen Regeln und Praktiken sowie Handlungsspielräume und -grenzen der Ermessensausübung werden im Folgenden ergänzend zu den Beispielen in Teil 1 und 2 exemplarisch dargestellt. Den jeweiligen Behörden obliegt die verantwortungsvolle Aufgabe, zu prüfen, inwieweit ihre bisherige Praxis den Zielen des Gesetzes, Benachteiligung aus den genannten Gründen zu verhindern oder zu beseitigen, gerecht wird, optimiert werden kann oder noch zuwiderläuft.

1. Zugang zu den Leistungen der Arbeitsförderung

1.1. Staatsbürgerschaft und Aufenthaltstitel als Ausschlussgründe

Bereits die Verweigerung der Registrierung als arbeitssuchend und der daraus resultierende Ausschluss von Beratung und Leistungen der Arbeitsförderung¹⁴¹ können eine nicht gerechtfertigte mittelbare Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft darstellen, wenn diese Weigerung an den Aufenthaltsstatus der Betroffenen anknüpft, ohne dass der Ausschluss gerechtfertigt ist.

Vom Zugang zu den Leistungen des SGB II von vornherein ausgeschlossen sind gemäß § 8 Abs. 2 SGB II alle AusländerInnen, die als nicht erwerbsfähig gelten, soweit ihnen die Aufnahme einer Beschäftigung nicht „erlaubt ist oder erlaubt werden könnte“. AusländerInnen, die nur nach Lage und Entwicklung des Arbeitsmarkts eine Arbeitserlaubnis erhalten („nachrangiger Arbeitsmarktzugang“, z.B. neu einreisende neue Unionsbürger), haben danach Anspruch auf Alg II, weil ihnen eine Beschäftigung „erlaubt werden könnte“. Dies gilt unabhängig davon, ob sie aktuell aufgrund der konkreten Arbeitsmarktlage eine realistische Chance auf eine Arbeitserlaubnis haben. Der Ausschluss betrifft daher im Ergebnis nur Ausländer, die auch kein Recht auf einen „nachrangigen Arbeitsmarktzugang“ haben, z.B. Touristen und alle Ausländer, die in den Anwendungsbereich des Asylbewerberleistungsgesetzes fallen.

Sowohl das BMAS¹⁴² als auch die Bundesagentur für Arbeit¹⁴³ weisen deshalb unter Hinweis auf

¹⁴¹ Vgl. Classen 2008, 8, zur systematischen Weigerung von Arbeitsagenturen, persönlich und schriftlich gestellte Anträge von geduldeten Kriegsflüchtlingen überhaupt zur Akte zu nehmen und zu bearbeiten.

¹⁴² Die Bundesregierung hat dies in einer Antwort auf eine parlamentarische Anfrage zur „Umsetzung der ESF-Bundesprogramme zur Arbeitsmarktintegration und zur berufsbezogenen Sprachförderung von Bleibeberechtigten und Flüchtlingen“ noch einmal ausdrücklich klargestellt. Vgl. BT-Drs. 16/11361 v. 15.12.2008, 5ff, Frage 3) zu § 8

die Gesetzesbegründung zu § 8 Abs. 2 SGB II¹⁴⁴ ausdrücklich darauf hin, dass ein Anspruch auf SGB-II-Leistungen auch bei nachrangigem Arbeitsmarktzugang, unabhängig von den konkreten Aussichten auf eine Arbeitserlaubnis besteht.

Entgegen der rechtlichen Lage lehnen nach einer verbreiteten Verwaltungspraxis und Rechtsauffassung Behörden¹⁴⁵ und Gerichte¹⁴⁶ bei fehlender Arbeitserlaubnis den Anspruch auf SGB II Leistungen ab, wenn es angesichts der Arbeitsmarktlage aussichtslos ist, eine Arbeitserlaubnis zu erhalten.

Die hier in Frage stehende Auslegungspraxis des § 8 Abs. 2 SGB II ist auch nicht durch sozial- und beschäftigungspolitische Ziele gerechtfertigt. Sie ist nicht geeignet, das sozialpolitische Ziel der effektiven Arbeitsmarktintegration zu verwirklichen. Im Ergebnis des Ausschlusses der betroffenen MigrantInnen wird trotz absehbaren Daueraufenthalts die Integration in den Arbeitsmarkt verhindert und an Stelle des Alg II kann Sozialhilfe nach dem 3. Kapitel SGB XII in gleicher Höhe beantragt werden.¹⁴⁷ Eine Gesetzesauslegung, die bei nachrangigem Arbeitsmarktzugang einen Anspruch auf Leistungen nach SGB II davon abhängig macht, ob eine realistische Chance besteht, nach Arbeitsmarktprüfung eine Arbeitserlaubnis zu erhalten, steht also im Widerspruch zur Intention des Gesetzgebers und kann sich weder auf eine Nichtgeltung des Diskriminierungsverbotes im Bereich von Ausschlüssen aufgrund der Staatsbürgerschaft berufen noch auf eine Rechtfertigung durch sozial- und arbeitsmarktpolitische Ziele.

In Anbetracht der geschilderten Auslegung in der Praxis ist daher eine Klarstellung in § 8 Abs. 2 SGB II zu empfehlen.

Abs. 2 SGB II.1.

¹⁴³ Durchführungsanweisung der BA zu § 8 SGB II Rn. 8.15.

¹⁴⁴ Vgl. BT-Drs. 15/1749 vom 16.10.03, 319. „Zur Vermeidung von Missverständnissen soll geregelt werden, dass Ausländer, die die sonstigen Voraussetzungen nach den §§ 7 und 8 erfüllen, sowohl mit unbeschränktem als auch mit nachrangigem Arbeitsmarktzugang erfasst werden.“ Zum Ganzen Classen/Rothkegel 2006, 6ff.

¹⁴⁵ Vgl. Classen 2009, 5.

¹⁴⁶ Z.B. LSG Bln-Brandenburg L 25 B 1281/05 AS ER, andere Ansicht dagegen SG Dessau, Beschluss vom 21.7.2005 – S 9 AS 386/05 ER mit Verweis auf die Entstehungsgeschichte und die Gesetzesbegründung zu § 8 Abs. 2 SGB II.

¹⁴⁷ Vgl. Classen 2009, 5.

1.2. Benachteiligung beim Zugang zu Leistungen der Arbeitsförderung in der Zusammenarbeit zwischen Ausländerbehörden und Arbeitsverwaltung

Mit § 104 a, b AufenthG¹⁴⁸ wurde eine Norm erlassen, die langjährig Geduldeten eine Aufenthaltsperspektive ermöglichen soll. Voraussetzung dafür ist, dass die betroffenen Personen ihren Lebensunterhalt eigenständig sichern können. Erwerbsfähige Hilfebedürftige sollen daher bei der Integration in das Arbeitsleben möglichst frühzeitig von den ARGEN und Optionskommunen erfasst und unterstützt werden. Damit § 104 a, b AufenthG nicht leerläuft, sollen deshalb noch während des aufenthaltsrechtlichen Verfahrens die Träger der Grundsicherung für Arbeitssuchende mit ersten Schritten zur Arbeitsmarktintegration beginnen. Abstimmungen mit den örtlichen Ausländerbehörden sollen helfen, den betroffenen Personenkreis zu identifizieren.¹⁴⁹

Die Praxis kommt diesen Anforderungen allerdings nur zögerlich nach. Das zeigt sich vor allem darin, dass zwar zahlreiche Anträge nach § 104 a, b AufenthG gestellt werden, dieser Personenkreis allerdings bei einigen ARGEN unterproportional erfasst und gefördert wird, was zur Folge hat, dass die Vermittlungsleistungen der ARGEN gar nicht in Anspruch genommen werden können und daher eine Integration in den Arbeitsmarkt ausbleibt.¹⁵⁰ Diesem KundInnenkreis stehen damit nicht die gleichen Dienstleistungen der Arbeitsverwaltung in gleichem Umfang offen wie anderen KundInnen ohne Migrationshintergrund. Auch dabei handelt es sich nach der hier vertretenen Rechtsauffassung um eine mittelbare Benachteiligung aufgrund der ethnischen Herkunft.

Damit die betroffenen KundInnen unverzüglich in die Vermittlungsbemühungen gemäß den geltenden Prozessstandards einbezogen werden können, muss die Kommunikation mit den örtlichen Ausländerbehörden sichergestellt werden. In den ARGEN und Jobcentern selbst ist zu berücksichtigen, dass den Bleibeberechtigten gem. § 104a AufenthG nur eine begrenzte Zeit zur Erfüllung der Voraussetzungen der eigenständigen Lebensunterhaltssicherung zur Verfügung steht. Bereits in der Zeit des aufenthaltsrechtlichen Verfahrens müssen Beratungsgespräche, Profiling und Eingliederungsmaßnahmen in Form von Sofortangeboten gem. § 15a SGB II erfolgen.

¹⁴⁸ In der Fassung der Bekanntmachung vom 25.2.2008 (BGBl. I S. 162), zuletzt geändert durch Artikel 1a des Gesetzes vom 22.12.2008 (BGBl. I S. 2965).

¹⁴⁹ Verfahrensinfo SGB II vom 25.5.2007, E-Mail-INFO, 25.6.2007, www.arbeitsagentur.de.

¹⁵⁰ Classen 2008, 7: Zum Zeitpunkt Juni 2008 wurden bei der Berliner Ausländerbehörde 648 Anträge nach § 104a, b AufenthG gestellt, keiner der Antragsteller war bei jedoch bei den Jobcentern registriert.

2. Umgang mit Qualifikationen im Rahmen des Profiling

Im Rahmen des Profiling werden der schulische und berufliche Bildungsstand, berufliche Qualifikationen und Erfahrungen, vorhandene ausländische und deutsche Sprachkenntnisse sowie verschiedene soziale Kompetenzen erhoben. Um die passenden Vermittlungsangebote und Maßnahmen zur (Re-)Integration in den Arbeitsmarkt zu gewährleisten, werden die KlientInnen zum Teil gruppiert, z.B. in Integrationsstufen. Für die verschiedenen Problemtypen existieren dann spezifische mehr oder weniger ausformulierte Wiedereingliederungsstrategien. Hier liegt Diskriminierungs-, aber auch Förderpotenzial. Dabei ist § 33c SGB I i.V.m. §§ 1, 3 AGG als Auslegungsregel heranzuziehen. Wenn zum Beispiel eine Kundendifferenzierung nach Markt-, Beratungs- und Betreuungskunden erfolgt, ist darauf zu achten, dass nicht pauschal das Merkmal „Ausländer“ oder „Migrationshintergrund“, sondern etwa die „Vermittelbarkeit auf dem Arbeitsmarkt“ zur Differenzierung herangezogen wird. Auch wenn der Migrationshintergrund explizite Rolle bei der Typenbildung spielt, kann er sich mittelbar zum Beispiel bei der Einschätzung der sprachlichen Kompetenzen der KlientInnen auswirken.

2.1 Staatsbürgerschaft als Determinante für die Anerkennung von Qualifikationen

Engelmann und Müller verweisen in der Studie *Brain Waste* darauf, dass MigrantInnen, die sich arbeitssuchend melden, ihre Qualifikation nur dann geltend machen können, wenn sie bereits über eine Anerkennung ihres Abschlusses verfügen, die dessen Wert bestätigt. Die BA bzw. deren ArbeitsvermittlerInnen in Agenturen und ARGEn nahmen nur deutsche abgeschlossene Berufsausbildungen in ihre Daten auf. Das 2005 eingeführte Softwaresystem VerBIS sehe keine Kategorisierung für ausländische Abschlüsse vor – einzige Ausnahme ist die Anerkennung und damit Gleichstellung des Abschlusses in Deutschland. „Wer sich als im Herkunftsland qualifizierte/r AusländerIn arbeitslos meldet, wird in die Kategorie ‚Ungelernter‘ aufgenommen, auch wenn akademische Abschlüsse vorliegen. Wer noch keine Anerkennung beantragt hat, abgelehnt wurde oder keine Diplome vorweisen kann – wie es bei Flüchtlingen häufig der Fall ist –, wird als ‚Ungelernter‘ kategorisiert und damit dequalifiziert. Sogar wenn eine Nachqualifizierungsmaßnahme zur Verfügung steht, die Kund/innen eine Brücke im erlernten Beruf in den deutschen Arbeitsmarkt schaffen würde, kann dieser erlernte Beruf nicht über VerBIS abgerufen werden. Dies hat zur Folge, dass Maßnahmen nur im niedrig qualifizierten Bereich – eben für ‚Ungelernte‘ – angeboten werden können.“¹⁵¹ Diese Praxis verstößt gegen das Diskriminierungsverbot wegen der ethnischen Herkunft, § 33c SGB I,

¹⁵¹ Engelmann/Müller, a.a.O., 204.

§§ 1, 3 Abs.2 AGG. Da formalen Bildungsnachweisen am deutschen Arbeitsmarkt eine essenzielle Bedeutung zugemessen wird, werden Zuwanderinnen und Zuwanderer mit einer hohen Qualifikation benachteiligt, wenn diese im Ausland erworben wurde. Die im Auftrag des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales erstellte Studie zu Wirkungen des SGB II auf Personen mit Migrationshintergrund stellt diese Praxis auch in den Kontext institutioneller Diskriminierung, „[...] die nicht primär von den Grundsicherungsstellen ausgeht, der von diesen aber auch nicht entgegengearbeitet wird“¹⁵².

Engelmann/Müller empfehlen, die Profiling-Instrumente der BA für ausländische Qualifikationen zu öffnen und in VerBIS eine eigene und abrufbare Kategorie für ausländische Abschlüsse zu schaffen. Außerdem sollten BeraterInnen in der Arbeitsvermittlung anerkennungsspezifisch geschult werden. Und schließlich sollte die Arbeitsverwaltung „im Rahmen eines Integrationsprogramms individuelle, passgenaue Angebote für Arbeit suchende Migrant/innen entwickeln, die von der ausländischen Qualifikation ausgehen und auf dem jeweiligen Niveau in entsprechende Weiterbildungsmaßnahmen vermitteln“¹⁵³.

Die AutorInnen verweisen auf das Modell der Berliner Senatsverwaltung, die zur Einschätzung der Qualifikation auf Anforderung von Arbeitsagenturen und ARGEen einen behördeninternen Anerkennungsservice anbietet. Behörden können bei der zuständigen Senatsverwaltung für Integration, Arbeit und Soziales Gutachten über Berufsabschlüsse aus allen Ländern der Welt erhalten. Diese Gutachten sind auch die Grundlage für die Vermittlung in Nachqualifizierungen.¹⁵⁴

Unabhängig davon können insbesondere in Zusammenarbeit mit den örtlichen Kammern alternative Abschlussbewertungen und Kompetenzerfassungsinstrumente fruchtbar gemacht werden. Und schließlich kann der Ermessensspielraum bei der Kompetenzerfassung dahingehend zugunsten von MigrantInnen genutzt werden, dass im Ausland erworbene Qualifikationen als zusätzliche Qualifizierungen mit erfasst werden.

Gleichzeitig kann Hilfe bei der Erfassung, Übersetzung und bei Anträgen auf Anerkennung ausländischer Zeugnisse gewährleistet werden, § 16 SGB II, § 45ff SGB III. Die Kosten der Übersetzung fremdsprachiger Zeugnisse und die Kosten der Anerkennung ausländischer Bildungsabschlüsse können als Bewerbungskosten bzw. Eingliederungsleistungen nach SGB II von der ARGE bzw.

¹⁵² Konsortium „SGB II und Migrationshintergrund“, 2008, 14

¹⁵³ Engelmann/Müller, a.a.O., 204.

¹⁵⁴ Engelmann/Müller, a.a.O., 81 m.w.N.

nach SGB III von der Arbeitsagentur übernommen werden.¹⁵⁵ Die Kosten von Übersetzungen von Schriftsätzen sowie von Dolmetscherdiensten für EU-Staatsangehörige, Staatsangehörige aus Island, Liechtenstein und Norwegen sowie aus Staaten, mit denen zwischenstaatliche Vereinbarungen bestehen, müssen von Amts wegen übernommen werden.¹⁵⁶

2.2. Mehrsprachigkeit und interkulturelle Kompetenzen

Sprachliche Defizite erschweren die (Re-)Integration in den Arbeitsmarkt massiv. Allerdings können sprachliche Defizite nicht nur auf Sprache allein reduziert werden, sondern müssen auch als transkulturelle Probleme interpretiert werden. Sprachlich-kulturelle Verständigungsprobleme und vorurteilsgeprägte gegenseitige Erwartungshaltungen können sich in mehrerer Hinsicht zum Nachteil von MigrantInnen auswirken. Bei der Einschätzung von Sprachkenntnissen müssen die FallmanagerInnen zum einen die spezifische Beratungssituation und die sich aus dem spezifischen Fachvokabular der Arbeitsverwaltung ergebenden Schwierigkeiten und Unsicherheiten in ihre Beurteilung einbeziehen.

Entscheidend ist aber auch, wie Mehrsprachigkeit, Migrationserfahrung und interkulturelle Kompetenz im Rahmen der Potenzialanalyse erfasst werden. Wenn sich herausstellt, dass die eingeschränkte Beherrschung der deutschen Sprache bei MigrantInnen durchweg als Umstand i.S.d. § 37 Abs. 1 Satz 2 gewertet wird, der die berufliche Eingliederung erschwert, demgegenüber Mehrsprachigkeit und interkulturelle Kompetenz bei der Kompetenzerfassung gar nicht als Kategorien (Sprachkenntnisse und soziale Kompetenzen) auftauchen oder im Einzelfall nicht auch positiv berücksichtigt werden, können den Betroffenen daraus Nachteile bei der Arbeitssuche, Vermittlung und Förderung entstehen. Es handelt sich um einen Fall mittelbarer Diskriminierung aufgrund rassistischer Zuschreibungen und ethnischer Herkunft, weil die benachteiligende Behandlung nicht ausdrücklich an der Sprache oder Herkunft anknüpft, faktisch aber MigrantInnen gegenüber Menschen ohne Migrationshintergrund benachteiligt werden. Die Kategorisierungs- und Erfassungspraxis würde dann einen Verstoß gegen § 33c SGB I, §§ 1, 3 Abs. 2 AGG darstellen.

¹⁵⁵ Vgl. Antwort des BMAS, BT-Drs. 16/11361, 7.

¹⁵⁶ Art. 81 VO/EWG, Nr. 1048/71 des Rates über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familienangehörige, siehe dazu auch HEGA 10/2008 – 15 der BA, Inanspruchnahme von Dolmetscher- und Übersetzerdiensten.

4. Eingliederungsvereinbarung

Der Abschluss von Eingliederungsvereinbarungen ist in zweierlei Hinsicht diskriminierungsanfällig: in Bezug auf die Aufklärung über deren Verbindlichkeit und die damit verbundenen Pflichten und Sanktionen und in Bezug auf § 3 Abs. 2 lit. 2b SGB II i.V.m. § 43 Aufenthaltsgesetz, die „Verpflichtung zur Teilnahme“ an einem Integrationskurs.

4.1. Beratung und Aufklärung

Der Abschluss einer Eingliederungsvereinbarung kann sich für MigrantInnen verglichen mit Menschen ohne Migrationshintergrund (Diskriminierungsmerkmal hier ethnische Herkunft) nachteilig auswirken, wenn aufgrund von Verständnisproblemen MigrantInnen überproportional häufig Eingliederungsvereinbarungen zustimmen, ohne a) deren konkreten Inhalt (Rechte und Pflichten im Rahmen konkreter Zeiträume, b) deren Verbindlichkeit und c) die Sanktionierungsfolgen zu erfassen. Diese Verständnisprobleme können sich zum einen aus Sprachdefiziten ergeben, die in Anbetracht der verwaltungsjuristischen Fachsprache auch Muttersprachlern nicht fremd sind. Zum anderen kann die Unkenntnis des Systems der Arbeitsförderung hinzukommen (auch das ein Problem, das nicht nur, aber besonders Menschen mit Migrationsgeschichte betreffen kann). Auch für diesen Problembereich gilt, dass zunächst eine Analyse durchzuführen wäre, inwieweit sich der Migrationshintergrund tatsächlich nachteilig auswirkt. Alsdann gilt es, adäquate Instrumente zu entwickeln, um einer Benachteiligung durch die Anfertigung von mehrsprachigem, leicht verständlichem Informationsmaterial oder größeren Zeitfenstern für die individuelle Beratung entgegenzuwirken.

4.2. Verpflichtung zur Integrationskursteilnahme

Gemäß § 3 Abs. 2b SGB II haben die ArbeitsvermittlerInnen „darauf hinzuwirken, dass erwerbsfähige Hilfebedürftige, die nicht über deutsche Sprachkenntnisse entsprechend dem Niveau B1 des Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmens für Sprachen verfügen und die 1. zur Teilnahme an einem Integrationskurs nach § 44 des Aufenthaltsgesetzes berechtigt sind, 2. nach § 44a des Aufenthaltsgesetzes verpflichtet werden können oder 3. einen Anspruch nach § 9 Abs. 1 Satz 1 des Bundesvertriebenengesetzes haben, an einem Integrationskurs nach § 43 des Aufenthaltsgesetzes teilnehmen, sofern sie nicht unmittelbar in eine Ausbildung oder Arbeit vermittelt werden können und ihnen eine Teilnahme an einem Integrationskurs daneben nicht zumutbar ist. Eine Verpflichtung zur Teilnahme ist in die Eingliederungsvereinbarung als vorrangige Maßnahme aufzunehmen.“

Die begrüßenswerte Möglichkeit der Teilnahme an einem geförderten Sprachkurs kann im Einzelfall auch eine Benachteiligung von MigrantInnen bedeuten. Wurde die Teilnahme in die Eingliederungsvereinbarung aufgenommen und kommt der/die KlientIn innerhalb der dort aufgeführten Frist der Vereinbarung nicht nach, haben die Arbeitsagenturen die Möglichkeit, Leistungen zu kürzen und Zuschläge zu streichen, § 31 Abs. 1 Satz 1, Nr. 1 lit. b SGB II. Diese Rechtsfolge kann allein nicht staatsangehörige MigrantInnen treffen und ist daher diskriminierungsanfällig als mittelbare Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft.¹⁵⁷ Eine statistische Erfassung der Gesamtpraxis ist für einen Nachweis der mittelbaren Diskriminierung in diesem Fall nicht notwendig. Eine Diskriminierung liegt immer dann vor, wenn eine Person, die über Sprachkenntnisse nach B1-Niveau besitzt, mittels Eingliederungsvereinbarung zur Teilnahme verpflichtet wird und entweder in Ansehung der drohenden Sanktionierung unfreiwillig an der Maßnahme teilnimmt oder nicht teilnimmt und eine Leistungskürzung oder anderweitige Nachteile (z.B. Nichtgewährung einer alternativ begehrten Maßnahme) erfährt.

§ 3 Abs. 2b SGB II eröffnet den VermittlerInnen ausdrücklich einen Ermessensspielraum. Nur wenn deutsche Sprachkenntnisse nicht dem Niveau B1 entsprechen, ist auf eine Integrationskursteilnahme hinzuwirken. Nur wenn die Einschätzung der Sprachkenntnisse ergibt, dass ein solcher Sprachkurs für die Arbeitsmarktintegration sinnvoll ist, führt die Ermessensausübung zu einer verpflichtenden Teilnahme i.S.d. Satz 2. In der Praxis scheint dies nicht immer bekannt.¹⁵⁸ Ob die Sprachkenntnisse im Einzelfall B1-Niveau erreichen, kann 1.) durch Vorlage eines entsprechenden Zeugnisses oder Zertifikats nachgewiesen werden, 2.) seitens des/der VermittlerIn eingeschätzt werden oder 3.) durch einen Sprachtest bei einer internen oder externen Stelle erhoben werden.

Diskriminierungsanfällig, aber in der Praxis nicht unüblich ist die zweite Möglichkeit. Der/die entsprechende VermittlerIn muss zunächst qualifiziert sein, diese fachliche Einschätzung vornehmen zu können. Zum anderen muss er/sie die spezifische und möglicherweise sprachhemmende Vorgesprachessituation in einer Behörde in die Bewertung einbeziehen. Eine Einschätzung der Sprachkenntnisse nach Durchführung eines regulären Termingesprächs, in dessen Rahmen das spezifische Fachvokabular der Arbeitsverwaltung prägend ist, wird für die adäquate Feststellung der Sprachkenntnisse nicht immer angemessen sein. Insofern bietet die Möglichkeit 3 ein angemesseneres Instrument, auf das zumindest in den Fällen zurückgegriffen werden sollte, in denen der/die KlientIn

¹⁵⁷ So auch Forum Menschenrechte 2008, Rassistische Diskriminierung in Deutschland unterbinden. Parallelbericht an den UN-Antirassismusausschuss zum 16.–18. Bericht der Bundesrepublik Deutschland.

¹⁵⁸ Praxiserhebung von Basis und Woge e.V. im Rahmen des IQ-Projektes „Diskriminierung erkennen und Handeln“.

Einwände gegen die Erforderlichkeit eines Integrationskurses erhebt. Diskriminierungsrelevant kann auch diese Praxis werden. Wenn z.B. ein Migrant zum Psychologischen Dienst der Arbeitsagentur mit dem Hinweis geschickt wird, dort würden nur seine Deutschkenntnisse festgestellt, er dort angekommen jedoch feststellen muss, dass eine Anordnung vorliegt, den gesamten Test durchzuführen.

5. Vermittlung von Arbeitsangeboten

Die VermittlerInnen müssen die Diskriminierungsverbote der §§ 33c SGB I, 35ff SGB III, 1, 3 AGG kennen, um entscheiden zu können, welche Einschränkungen in Arbeitsangeboten und Ausbildungsplatzangeboten sie weitergeben dürfen und welche nicht. Hierzu ist insbesondere die Kenntnis der Rechtfertigungsgründe des AGG von praktischer Relevanz (siehe dazu oben Teil 1: 7.2.).

Bei der Arbeitsvermittlung besteht die Gefahr, dass diskriminierende Einstellungen von ArbeitgeberInnen gegenüber MigrantInnen antizipiert werden, z.B. wenn VermittlerInnen davon ausgehen, die Vermittlung einer KlientIn mit Kopftuch sei zwecklos, da es Vorbehalte gegen diese Zielgruppe gäbe. Von solchen, oft gut gemeinten Vorannahmen darf sich die Vermittlung indessen nicht leiten lassen. Sie würde dann gerade die Intention des Gesetzgebers konterkarieren, Diskriminierung auf dem Arbeitsmarkt zu beseitigen und zu verhindern. Diskriminierende Einstellungen und Strukturen auf dem Arbeitsmarkt dürfen bei der Vermittlung gerade nicht in die Ermessensausübung einfließen und so reproduziert werden. Sonst würde die Regelung des § 36 Abs. 2 SGB III gleichsam leerlaufen.

Das gilt seit Inkrafttreten des AGG auch für die Vergabe von Tätigkeiten bei konfessionellen Einrichtungen. Das kann auch die Einschränkung des Fragerechts in § 42 SGB III beeinflussen, wenn nämlich die Religionszugehörigkeit bei der Vermittlung tatsächlich eine Rolle spielt. Doch auch bei Religionsgemeinschaften gilt: die Rechtmäßigkeit der Einschränkung wird auch von der konkreten Tätigkeit abhängen (siehe dazu oben Teil 1: 7.1.). In Anbetracht der arbeitsmarktdominanten Stellung kirchlicher Träger im Bereich der sozialen Arbeit und der Relevanz des Diskriminierungsmerkmals Religion im Zusammenhang mit der Vermittlung von MigrantInnen muslimischer Religionszugehörigkeit empfiehlt sich hier, die zurzeit im Umbruch befindliche Rechtsprechung zu verfolgen.

Auch bei der Entscheidung über die Zumutbarkeit von Angeboten gilt das Diskriminierungsverbot.

Es ergibt sich aus Art. 4 Grundgesetz, der die Religionsfreiheit garantiert und durch das AGG konkretisiert wird. Religiöse Vorschriften sind i.S.d. § 10 Absatz 1 Nr. 5 SGB II zu berücksichtigen. So ist z.B. die religiöse Vorschrift, nicht mit Fleisch oder Fisch in Berührung zu kommen, bei der Beurteilung der Zumutbarkeit einer Arbeit höher einzustufen als die Pflichtverletzung einer abgewiesenen Stelle in einem Restaurant, sodass hieraus keine Sanktion abgeleitet werden kann.

6. Vermittlung und Förderung ausbildender Maßnahmen, Maßnahmen zur beruflichen Eingliederung und Weiterbildung

Diskriminierungsrelevante Fälle wurden aus der Beratungspraxis vorgetragen im Zusammenhang mit der Förderung der beruflichen Weiterbildung bei der Entscheidung über die Vergabe von Bildungsgutscheinen, §§ 77ff SGB III, und im Rahmen der Entscheidung über die Berufswahl bzw. Berufseignung, wenn die BerufsberaterInnen Jugendlichen die Teilnahme an dem vom Psychologischen Dienst entwickelten Berufswahltest (BWT) empfehlen, § 32 SGB III.

Bei der Vergabe von Bildungsgutscheinen dürfen sich die VermittlerInnen ebenso wenig wie bei der Vermittlung von Arbeitsangeboten von „schlechten Erfahrungen“ aufgrund von Vorurteilen der Arbeitgeberseite leiten lassen. Die Verweigerung eines Bildungsgutscheins für eine Ausbildung im Kosmetikbereich mit der Begründung, dass Frauen, die ein Kopftuch tragen, nach einer kosmetischen Ausbildung nur schwer in den Arbeitsmarkt zu integrieren seien, weil es Vorbehalte gegen diese Zielgruppe gebe, stellt einen Verstoß gegen das Verbot der unmittelbaren Diskriminierung aufgrund der Religion und rassistischer Zuschreibungen dar. Für einen Beruf im Kosmetikbereich ist das Nichttragen eines Kopftuchs keine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung. Es sind sogar Konstellationen denkbar, bei denen damit spezifische KundInnenbedürfnisse befriedigt werden, also sogar Vorteile mit der Einstellung einer kopftuchtragenden Frau verbunden sein können. Unabhängig davon dürfen diskriminierende KundInnenerwartungen auf Arbeitgeberseite bei der Einstellungsentscheidung keine Rolle spielen.¹⁵⁹ Nichts anderes gilt für die Arbeitsverwaltung.

Die Praxis der psychologischen Begutachtung zur Feststellung der erforderlichen Fähigkeiten, Kenntnisse und Fertigkeiten, der beruflichen Eignung ausgehend von Interessen, Zielen und Lebensorientierungen oder zur Berufswahlreife oder Berufsreife von Jugendlichen ist in zweifacher

¹⁵⁹ Vgl. BAG, Urteil vom 10.10.2002, Az. 2 AZR 472/01, in: NZA 2003, 483; BVerfG, Beschluss vom 3.7.2003, Az.:1 BvR 792/03.

Hinsicht diskriminierungsanfällig. Zum einen kann eine mittelbare Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft vorliegen, wenn das Ermessen („soweit dies für die Feststellung der Berufseignung oder Vermittlungsfähigkeit erforderlich ist“, § 32 SGB III) dahingehend ausgeübt wird, dass überwiegend MigrantInnen sich einer solchen Untersuchung unterziehen müssen und kein sachlicher Grund für diese Ungleichbehandlung vorgebracht werden kann. Zum anderen kann die Untersuchung selbst MigrantInnen mittelbar benachteiligen, wenn zum Beispiel der vom Psychologischen Dienst entwickelte Berufswahltest (BWT) sehr gute Deutschkenntnisse voraussetzt. Um diese Benachteiligung von MigrantInnen auszugleichen, muss ihnen mehr Zeit für den Test eingeräumt werden. Diese Praxis stellt zwar eine Benachteiligung von Menschen ohne Migrationshintergrund dar, ist aber im Sinne einer positiven Maßnahme nach § 5 AGG zum Ausgleich struktureller Nachteile gerechtfertigt.

IV. Handlungsempfehlungen

Diskriminierung im Rahmen der Arbeitsverwaltung kann verschiedene Dimensionen haben:

- 1.) Anwendung diskriminierender Normen (Gesetze, Verordnungen, Verwaltungsrichtlinien, Dienstanweisungen), die zu mittelbarer wie unmittelbarer Diskriminierung führen können
- 2.) Ermessensnichtgebrauch oder -fehlgebrauch
- 3.) abwertender und geringschätzender Umgang.

Maßnahmen für eine diskriminierungsfreie Arbeitsverwaltung können dementsprechend von unterschiedlichen Handlungsperspektiven ausgehen und müssen auf verschiedenen Handlungsebenen ansetzen. Als Handlungsperspektiven sind vier Ansätze zu unterscheiden:

- 1.) Schaffung eines Problembewusstseins in Bezug auf Diskriminierung
- 2.) Beseitigung von diskriminierenden Schranken
- 3.) Sanktionierung von diskriminierenden Handlungen
- 4.) aktive Förderung von strukturell benachteiligten Gruppen.

Bezüglich der Handlungsebenen ist zwischen gesetzgeberischen Maßnahmen, Maßnahmen im institutionellen Gefüge der Arbeitsverwaltung und Maßnahmen zur Unterstützung von Schlüsselpersonen, im Fall der Arbeitsverwaltung der Beauftragten für Migration/Integration und der VermittlerInnen, zu unterscheiden. Struktureller Benachteiligung von MigrantInnen kann nur eingeschränkt auf dem Individualweg begegnet werden. Vielmehr bedürfen Ausschlüsse provozierende Strukturen einer Veränderung durch die Exekutive und die Legislative selbst, um nachhaltig positiv auf die Ausbildungs- und Beschäftigungssituation von MigrantInnen einzuwirken. Aus dem breiten Spektrum der Handlungsmöglichkeiten und Instrumente werden im Folgenden Empfehlungen erstens für die politische Ebene (Gesetzgeber) und zweitens für die Ebene der Arbeitsverwaltung (Rechtsanwendung) formuliert.

1. Gesetzgeber

Der Gesetzgeber ist gehalten, die europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien vollständig umzusetzen. Das bedeutet, Defizite bei der Umsetzung zu beseitigen und bestehende Normen auf ihren Diskriminierungsgehalt hin zu analysieren, gegebenenfalls zu ändern bzw. außer Kraft zu setzen.

Damit wird Rechtssicherheit bei der Verwaltung wie bei den BürgerInnen geschaffen.

Aus den bisherigen Erfahrungen lassen sich folgende Empfehlungen ableiten:

- Vereinheitlichung des Systems der Antidiskriminierungsvorschriften in den SGB, insbesondere Verhältnis von § 33c SGB I und § 19a SGB IV in Bezug auf die Merkmale rassifizierende Zuschreibung und ethnische Herkunft
- Klarstellung der Anwendbarkeit der Vorschriften des Allgemeinen Teils des AGG und der Rechtfertigungsgründe im 2. Teil des AGG für die SGB
- Regelung der Sanktionen im Fall von Diskriminierung bei der Anwendung von Sozialrecht
 - Regelung für den Fall würdeverletzender diskriminierender Behandlung
 - Regelung für den Fall benachteiligender Verwaltungsentscheidungen
- Regelung für Diskriminierungsverbote und Diskriminierungsschutz bei Fällen legislativen Unrechts
- Analyse und Rechtsbereinigung diskriminierender Vorschriften in den SGB
- Ergänzung von § 1 SGB II, § 1 SGB III um „herkunftsspezifische Nachteile“
- Klarstellende Regelung in § 8 Abs. 2 SGB II bezüglich Zugang zu Leistungen trotz nachrangigen Arbeitsmarktzugangs
- Verabschiedung spezifischer Förderprogramme zum Nachteilsausgleich zugunsten von Migrantinnen und Migranten verschiedener Lebenslagen und Altersgruppen.

2. Arbeitsverwaltung

Ein erster Schritt zum Abbau von Diskriminierung in der Arbeitsverwaltung ist die Entwicklung eines spezifischen Problembewusstseins in Bezug auf Benachteiligung durch die Arbeitsverwaltung. Die Arbeitsagenturen, ARGEN und Optionskommunen sind als Teil der Gesellschaft nicht frei von benachteiligenden Strukturen, Denkweisen und Handlungen. Sich diesem Phänomen zu stellen und ihm konstruktiv zu begegnen ist ein wesentliches Element für die Etablierung einer Antidiskriminierungskultur. Daneben ist eine umfassende Analyse und Evaluation der Registrierungs-, Vermittlungs- und Förderpraxen notwendig, um benachteiligende Tendenzen zu erkennen und zielgerichtet abzubauen. Diskriminierungsverbote können zwar Abhilfe bei diskriminierenden Einstellungsverfahren und Ausschreibungen von ArbeitgeberInnen treffen, sie reichen jedoch nicht aus, um

das Einstellungsverhalten nachhaltig zu ändern. Hier könnte dem öffentlichen Dienst auch eine Vorbildfunktion zukommen. Weiterhin hilft die Etablierung positiver Maßnahmen der tatsächlichen Überwindung von faktischer Ungleichheit.

2.1. Umgang mit Vielfalt – Interkulturelle Öffnung der Verwaltung

Der tägliche Umgang mit Menschen unterschiedlicher Herkunft, Bildung und Lebenserfahrung stellt eine Herausforderung dar. Gerade die Begegnung mit Menschen mit Migrationshintergrund ist nicht allorts selbstverständlich und erfordert spezifische Kompetenzen. Zudem haben bislang nur wenige Behörden die interkulturelle Öffnung der eigenen Organisation auf ihre Agenda gesetzt. Einen aktiven Beitrag zur Bewusstseinsveränderung auch von potenziellen ArbeitgeberInnen und Ausbildungsstätten können die Behörden selbst leisten, indem sie eine Vorreiterrolle durch die eigene interkulturelle Öffnung einnehmen. Dadurch werden besondere Kompetenzen von Auszubildenden und ArbeitnehmerInnen mit Migrationshintergrund gewürdigt und genutzt. Besondere Sprachkenntnisse und Wissen über kulturelle Hintergründe ermöglichen das Eingehen auf die Bedarfe von KundInnen aus vergleichbaren Kulturen. Weitere Elemente zum Abbau von Benachteiligungen sind interkulturelle Schulungen und Trainings sowie Weiterbildungen zur Relevanz des Antidiskriminierungsrechts für die Sozialleistungsträger. Zum Adressatenkreis gehören hier Führungskräfte und Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen mit KundInnenkontakt.

2.2. Regelungen und Praktiken mit Diskriminierungsrelevanz erkennen

- Überprüfung von fachlichen Hinweisen, Handlungsempfehlungen, Geschäftsanweisungen und sonstigen Weisungen in Bezug auf mögliche diskriminierende Inhalte
- Evaluierung des Gebrauchs von Beurteilungs- und Ermessensspielräumen besonders in Bezug auf MigrantInnen
- Evaluierung zum Umgang mit Migrantinnen durch Befragungen von VermittlerInnen, KundInnen sowie externer ExpertInnen.

2.3. Regelungen und Praktiken ändern

- Erlass einer Geschäftsanweisung zur Umsetzung von § 33c SGB I
- Erlass einer Geschäftsanweisung zur Umsetzung von § 36 Abs. 2 SGB III

- Rechtsbereinigung von Weisungen und Empfehlungen mit diskriminierenden Inhalten
- Zur-Verfügung-Stellen mehrsprachigen Informationsmaterials/ Verbesserung der Zugänglichkeit der bereits vorhandenen Materialien sowohl im Hinblick auf die KundInnen als auch auf die Integrationsfachkräfte der Agenturen und der Grundsicherungsstellen¹⁶⁰
- Einsatz von Sprach- und KulturmittlerInnen
- Regelübernahme von Übersetzungskosten
- Schulung AGG für KundInnenberatung: Rechtssicherheit und Handlungssicherheit für BeraterInnen/VermittlerInnen
- Ausbau eines transparenten und leicht zugänglichen Beschwerdemanagements zum professionellen und sachgerechten Umgang mit Beschwerden
- Prüfen dienstrechtlicher Maßnahmen im Diskriminierungsfall
- Etablierung positiver Maßnahmen.

¹⁶⁰ Vgl. dazu Konsortium „SGB II und Personen mit Migrationshintergrund“, 2008, 112

Literaturverzeichnis

- Anti-Diskriminierungsbüro Köln (Hg.): Dokumentation 2002/2004, 2004
- Bauer, Jobst-Hubertus / Göpfert, Burkard / Krieger, Steffen: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Kommentar, München 2007
- Bauschke, Hans-Joachim: Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) und seine Auswirkungen auf den öffentlichen Dienst. 1. Teil, Recht im Amt 06/06, 241–245
- ders.: Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) und seine Auswirkungen auf den öffentlichen Dienst. 2. Teil, Recht im Amt 01/07, 1–9
- Bell, Mark: Chancengleichheit verwirklichen: Welche Rolle soll positiven Maßnahmen zukommen?, Schriftenreihe der Europäischen Kommission, 2007
- Bieback, Klaus: Beziehen sich die Antidiskriminierungsverbote der Rahmenrichtlinie 2000/78/EG auch auf das deutsche Sozialrecht?, in: ZESAR 2006, 143–149
- Bley, Helmar / Kreikebohm, Ralf / Marschner, Andreas: Sozialrecht, 9. Auflage, Köln 2006
- Calliess, Christian / Ruffert, Matthias (Hg.): Kommentar zum EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Auflage, München 2002
- Classen, Georg: Die Integration von Flüchtlingen in Arbeit, Ausbildung und Beruf – Arbeitsagenturen, ARGEN und der ESF, Paper Flüchtlingsrat Berlin, Stand 18.7.2008
- ders.: Leistungen für Ausländer nach SGB II, SGB XII und AsylbLG, Flüchtlingsrat Berlin 2009
- Classen, Georg / Rothkegel, Ralf: Die Existenzsicherung für Ausländer nach der Sozialhilfereform, in: Barwig, Klaus (Hg.): Tagungsdokumentation der Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 2005/2006, Baden-Baden 2006
- Däubler, Wolfgang / Bertzbach, Martin: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Handkommentar, Baden-Baden 2007
- Degener, Theresia / Dern, Susanne / Dieball, Heike / Frings, Dorothee / Oberlies, Dagmar / Zinsmeister, Julia (Hg.): Antidiskriminierungsrecht. Handbuch für Lehre und Beratungspraxis, Frankfurt am Main 2008
- De Schutter, Olivier: Positive Action, in: Dagmar Schiek, Lisa Waddington, Mark Bell: Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law, 2007,

85–92

- Dietrich, Thomas / Müller-Glöge, Rudi / Preis, Ulrich / Schaub, Günter (Hg.): Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 6. Aufl., München 2006
- Eichenhofer, Eberhard: Kommentierung zu § 2 AGG, in: Däubler, Wolfgang / Bertzbach, Martin: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Handkommentar, Baden-Baden 2007
- Engelmann, Bettina / Müller, Martina: Brain Waste. Die Anerkennung von ausländischen Qualifikationen in Deutschland, hg. v. Tür an Tür – Integrationsprojekte gGmbH, Augsburg 2007
- Epiney, Astrid / Freiermuth Abt, Marianne: Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, Baden-Baden 2003
- Fredman, Sandra: Equality. A New Generation?, *Industrial Law Journal* 2002, 125–136
- Frings, Dorothee: Diskriminierung durch Behörden und im Bereich des öffentlichen Rechts, in: Degener; Theresia u.a. (Hg.): Antidiskriminierungsrecht. Handbuch für Lehre und Beratungspraxis, Frankfurt am Main 2008, 324–360
- dies.: Diskriminierung wegen Rasse oder ethnischer Herkunft, Religion und Weltanschauung, in: Degener; Theresia u.a. (Hg.): Antidiskriminierungsrecht. Handbuch für Lehre und Beratungspraxis, Frankfurt am Main 2008, 115–151
- Gomolla, Mechthild / Radtke, Frank-Olaf: Institutionelle Diskriminierung, 2. Auflage, Bielefeld 2007
- Hailbronner, Kay: Die Antidiskriminierungsrichtlinien der EU, *ZAR* 2001, 254–259
- Husmann, Manfred: Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) und seine Auswirkung auf das Sozialrecht. Teil I, in: *ZESAR* 2007, 13–20
- dies.: Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) und seine Auswirkung auf das Sozialrecht, Teil II, in: *ZESAR* 2007, 58–66, zitiert: Husmann 2007a
- Kothe, Wolfhard / Dörner, Hans-Jürgen / Anzinger, Rudolf (Hg.): Arbeitsrecht im sozialen Dialog, Festschrift für Wissmann, München 2005
- Kramer, Utz (Hg.): LPK – SGB I, 2. Auflage, 2007
- Laskowski, Silke Ruth / Welti, Felix: Die Integrationsvereinbarung nach § 83 SGB IX: Modell für die Umsetzung „positiver Maßnahmen“ nach Maßgabe der Europäischen Gleichbehandlungsrichtlinien?, in: *ZESAR* 2003, 215–222

- McCrudden, Christopher: Rethinking Positive action, in: *Industrial Law Journal*, Heft 15, 1986, 223–231
- Meinel, Gernod / Heyn, Judith / Herms, Sascha: *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: AGG. Kommentar*, München 2007
- Mutschler, Bernd / Bartz, Ralf / Schmidt-De Caluwe, Reimund (Hg.): *NK-SGB III*, 3. Aufl., Baden-Baden 2008
- Niesel, Klaus (Hg.): *SGB III*, 4. Auflage, München 2007
- Oppermann, Dagmar: Kommentierung zu § 2, in: Rust, Ursula / Falke, Josef: *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz mit weiterführenden Vorschriften*, Kommentar, Berlin 2007
- Ost, Wolfgang / Mohr, Gerhard / Estelmann, Martin: *Grundzüge des Sozialrechts*, München 1998
- Peters-Lange, Susanne: Kommentierung zu § 36 SGB III, in: Gagel, Alexander u.a. (Hg.): *SGB II / SGB III. Grundsicherung und Arbeitsförderung*, Loseblatt-Kommentar, 39. Aufl. 2009
- Rixen, Stephan: Kommentierung zu § 36 SGB III, in: Eicher, Wolfgang/ Schlegel, Rainer: *Kommentar zum SGB III*, Loseblatt, Stand: September 2009
- Rust, Ursula / Falke, Josef (Hg.): *AGG. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz mit weiterführenden Vorschriften*. Kommentar, Berlin 2007
- Sacksofsky, Ute: Positive Maßnahmen und Verfassungsrecht, in: *ZESAR* 2004, 208–213
- Sauer, Martina: *Perspektiven des Zusammenlebens: Die Integration türkischsprachiger Migrantinnen und Migranten in NRW*, 2007
- Schiek, Dagmar (Hg.): *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Ein Kommentar aus europäischer Perspektive*, Sellier 2007
- dies.: Gleichbehandlungsrichtlinien der EU – Umsetzung im deutschen Arbeitsrecht, *NZA* 2004, 873–884
- Schiek, Dagmar u.a. (Hg.): *Frauengleichstellungsgesetze des Bundes und der Länder*, 2. Auflage, Frankfurt a.M. 2002
- Tobler, Christa: Vorwort zur Broschüre „Chancengleichheit verwirklichen. Welche Rolle soll positiven Maßnahmen zukommen?“, Europäische Kommission, Generaldirektion Beschäftigung, soziale Angelegenheiten und Chancengleichheit 2007, 3
- Waddington, Lisa / Bell, Mark: *More equal than Others: Distinguishing European Union Equality*

Directives, CMLR 38 (2001), 597–611

Wehr, Matthias: Inzidente Normverwerfung durch die Exekutive. Zum kompetentiellen Verhältnis von Normsetzung und Normanwendung, Berlin 1998

Welti, Felix: § 19a (Benachteiligungsverbot) SGB IV, in: Dagmar Schiek (Hg.): Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Kommentar 2007, 36–437

Welti, Felix: § 33c (Benachteiligungsverbot) SGB I, in: Dagmar Schiek (Hg.): Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Kommentar 2007, 434–436

Welti, Felix: § 36 (Grundsätze der Vermittlung) SGB III, in: Dagmar Schiek (Hg.): Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Kommentar 2007, 437–438

Wendeling-Schröder, Ulrike / Stein, Axel: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Kommentar, München 2008.

Wiedemann, Herbert / Thüsing, Gregor: Der Schutz älterer Arbeitnehmer und die Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG, in: NZA 2002, 1234–1242

Wrase, Michael: Gleichheit unter dem Grundgesetz und Antidiskriminierungsrecht, in: Foljanty, Lena; Lembke, Ulrike (Hg.): Feministische Rechtswissenschaft. Ein Studienbuch, Baden-Baden 2006

Studien:

Beauftragte der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration: Erster Integrations-Indikatorenbericht, 2009

dies.: Flüchtlinge und Integration, 6. Bericht über die Lage der Ausländerinnen und Ausländer in Deutschland, 2005

Berlin-Institut: Bevölkerung und Entwicklung, 2009

Bundesministerium für Arbeit und Soziales: Vertiefte Bilanzierung des Nationalen Integrationsplans des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, 2008

Bundesministerium für Bildung und Forschung: Berufsbildungsbericht, 2009

Forum Menschenrechte: Rassistische Diskriminierung in Deutschland unterbinden. Parallelbericht an den UN-Antirassismusausschuss zum 16.–18. Bericht der Bundesrepublik Deutschland, 2008

Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung: Arbeitsmarkteinstieg nach dualer Berufsausbildung
– Migranten und Deutsche im Vergleich, 2006

Konsortium „SGB II und Migrationshintergrund“ im Auftrag des Bundesministeriums für Arbeit
und Soziales: Wirkungen des SGB II auf Personen mit Migrationshintergrund. Jahresbericht
2008, erschienen als Anhang A zum Hauptband 2009

OECD: Die Arbeitsmarktintegration von Zuwanderern in Deutschland, 2005

Statistisches Bundesamt Deutschland: Bevölkerung und Erwerbstätigkeit. Bevölkerung mit
Migrationshintergrund – Ergebnisse des Mikrozensus 2006, erschienen am 11.3.2008

Wenn Sie Interesse an weiteren Exemplaren
oder Fragen zu unserer Arbeit haben,
melden Sie sich bei:

basis & woge e.V.
**migration.works – Diskriminierung
erkennen und handeln!**

Inga Schwarz
Steindamm 11, 20099 Hamburg
Telefon: 040-39842614
inga.schwarz@basisundwoge.de