

Gleichbehandlungsrecht und Chancengleichheit – das AGG in der rechtspolitischen Diskussion

Michael Wrase

1. Chancengleichheit als ein übergreifendes Ziel europäischer Politik

2007 ist von der EU-Kommission zum „Europäischen Jahr der Chancengleichheit für alle“ ausgerufen worden. Vielleicht wird deshalb heute vermehrt über dieses Thema gesprochen. Doch Nicht-Diskriminierung und Chancengleichheit haben in der Europäischen Gemeinschaft eine lange Tradition. Sie gehören zu den Grundpfeilern europäischer Politik und nicht zuletzt zum *Rechtsacquis* der Gemeinschaft. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat die Grundfreiheiten des EG-Vertrages schon früh als Diskriminierungsverbote wegen der Staatsangehörigkeit interpretiert und für unmittelbar anwendbar erklärt, später sogar ein allgemeines Diskriminierungsverbot als ungeschriebenen Rechtsgrundsatz entwickelt (jetzt Art. 12 EGV).¹ Art. 141 (Art. 119 a.F.) statuiert den Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen seit 1962 verbindlich, auch wenn faktische Lohndiskriminierungen in den Mitgliedstaaten, insbesondere in Deutschland, bis heute fortbestehen.² Die Richtlinie 76/207/EWG fordert seit 1976, dass beim Zugang zur Beschäftigung und Berufsbildung und bei der Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts verboten sind.

Die vier neuen Antidiskriminierungsrichtlinien, die der Rat seit 2000 auf der Grundlage des im Amsterdamer Vertrag 1997 geschaffenen Art. 13 EGV erlassen hat,³ sind daher mehr als eine Umsetzung eines neuen, partikularen Politikziels der Gemeinschaft. Vielmehr müssen sie als eine konsequente Fortwicklung bereits vorhandener Politikziele verstanden werden. Die Kommission bezeichnet die Grundsätze der Gleichbehandlung und des Diskriminierungsverbots als „Kernstück des europäischen Sozialmodells“. „Sie sind ein

¹ Dazu von Bogdandy, in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 12 EGV (Juli 2005), Rn. 2 ff.

² Deutschland liegt unter 25 EU-Mitgliedstaaten mit einem Verdienstunterschied zwischen Männern und Frauen von 22% auf dem viertletzten Platz. Noch breiter ist die Lohn- und Gehaltskluft allein in Zypern, Estland und der Slowakei; ausf. Beese, Frauenverdienste – Männerverdienste: wie weit liegen sie auseinander?, STREIT 2007, 99 ff. Der Artikel ist abrufbar unter <http://www.streit-fem.de/aktuell.html>.

³ RL 2000/43/EG vom 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder ethnischen Herkunft (Antirassismusrichtlinie); RL 2000/78/EG vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf; RL 2002/73/EG vom 23.9.2002 zur Änderung der RL 76/207/EWG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen (Gleichstellungsrichtlinie); RL 2004/113/EG vom 21.12.2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen.

Fundament der Grundrechte und grundlegende Werte, auf denen die heutige Europäische Union beruht“.⁴ Auch die prominente Stellung des Art. 13 EGV im EU-Vertrag spricht dafür, dass die Mitgliedstaaten hier ein grundlegendes Prinzip ihrer gemeinsamen Politik festgeschrieben haben: das Prinzip der Nicht-Diskriminierung und – positiv übersetzt – der Chancengleichheit im EU-Binnenraum.

Das Antidiskriminierungsrecht der Richtlinien greift über das primärrechtliche Verbot der Diskriminierung von Bürgerinnen und Bürgern der EU-Mitgliedstaaten hinaus. Die Richtlinien bieten einen Schutz für alle Menschen im Rechtsraum der EU, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit. Jeder, der sich im Binnenmarkt befindet, soll das Recht auf gleichen Zugang zum Markt und den dort angebotenen Gütern, Arbeit und Dienstleistungen haben, ohne aufgrund von unveräußerlichen bzw. für die Persönlichkeit konstitutiven Merkmalen wie Geschlecht, Hautfarbe, ethnischer Herkunft, einer Behinderung, sexueller Orientierung, dem (Lebens-)Alter oder der Religion bzw. Weltanschauung benachteiligt zu werden. Das gilt umfassend für den Bereich der Beschäftigung. Bei den Gütern und Dienstleistungen wurden bislang Richtlinien nur für die Merkmale „Rasse“ und ethnische Herkunft und Geschlecht erlassen.⁵

Diskriminierung ist kein Einzel(fall)phänomen. Sie betrifft nicht lediglich Minderheiten oder Randgruppen, die besonderen Schutz benötigen, wie mitunter suggeriert wird.⁶ Nehmen wir die im EG-Vertrag aufgeführten Merkmale, dann sehen wir, dass hier ein großer Teil, ja (quantitativ gesehen) die deutliche Mehrheit unserer Gesellschaft angesprochen ist. Jeder Mensch hat ein Geschlecht, ein Alter, eine Weltanschauung oder Religion und eine sexuelle Orientierung, auch dann – dies ist vom rechtlichen Schutz mit umfasst –, wenn Einzelne solche Festlegungen, beispielsweise auf eine bestimmte Weltanschauung oder sexuelle Identität, gerade ablehnen. Antidiskriminierungsrecht ist damit also kein Schutzrecht partikularer Gruppen, sondern adressiert gesellschaftliche Benachteiligungen, die oft auf gewachsenen Machtstrukturen und Hierarchien beruhen. Sie behindern Menschen in ihrem persönlichen, beruflichen und wirtschaftlichen Fortkommen und legen sie auf gesellschaftliche Rollen fest, die sie nicht selbst beeinflussen können.

⁴ Grünbuch der Europäischen Kommission: Gleichstellung sowie Bekämpfung von Diskriminierungen in einer erweiterten Europäischen Union 3, KOM (2004) 379; zit. nach Schreier, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz – wirklich ein Eingriff in die Vertragsfreiheit?, Kritische Justiz 2007, 278.

⁵ S. RL 2000/43/EG (Antirassismus) und RL 2004/113/EG (Gender).

⁶ Die Strategie des „Schutzes der Rechte der Angehörigen von Minderheiten“ flankiert den allgemeinen Menschenrechtsschutz der EU, dazu von Bogdandy, Die Minderheitenpolitik der Europäischen Union, Kritische Justiz 2007, 224 ff.

Das rechtliche Verbot von Diskriminierung kann gewiss nur ein Teil einer umfassenden politischen Strategie sein, um solche Strukturen zu überwinden. Sie hat aber mehr als einen nur symbolischen Wert. Sie ist ein unverzichtbarer Grundstein für eine Kultur der Chancengleichheit und Partizipation.

Vor diesem Hintergrund nimmt es eigentlich nicht Wunder, dass sowohl Art. 13 EGV als auch die auf seiner Grundlage im Jahr 2000 einstimmig verabschiedeten Richtlinien (die so genannte Antirassismus- und die Rahmenrichtlinie sowie die Änderung der Gleichstellungsrichtlinie im Arbeitsleben) im Zeitpunkt ihres Erlasses zwischen den Mitgliedstaaten sowohl im Regelungsziel als auch in den Einzelpunkten wenig umstritten waren.⁷ Schließlich sollte vor dem konkreten Hintergrund wachsender Xenophobie und dem Erstarken rechtsextremer politischer Kräfte in den Mitgliedstaaten auch ein deutliches Zeichen gegen Ausgrenzung und für die Achtung aller Menschen gesetzt werden.

2. Die Kritik am Gleichbehandlungsrecht in Deutschland: Von Angriffen auf die Privatautonomie und „AGG-Hoppern“

Umso mehr mussten die negativen Reaktionen in Teilen der deutschen Öffentlichkeit überraschen, als es zur Umsetzung der genannten Richtlinien kam.⁸ Erstaunlich ist gleichfalls, dass diese Kritik bis heute fortbesteht, auch wenn mittlerweile eine gewisse Beruhigung zu verzeichnen ist. Es ist anscheinend alles nicht so „schlimm“ gekommen, wie mancher wohl befürchtet hatte.⁹ Dennoch: Die in der Öffentlichkeit genannten Kritikpunkte müssen ernst genommen werden.

Vertreter hauptsächlich der mittelständischen Wirtschaft machen im Gleichklang mit einem Teil der Politik geltend, das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG), das die EU-Richtlinien umsetzt, könne seine Ziele gar nicht erreichen. Vielmehr würde unnötige Bürokratie erzeugt, die erhebliche Kosten verursache. Um diese Mehrkosten zu belegen, wurde zunächst vor allem auf die (angeblichen) Dokumentationspflichten bei Stellenbewerbungen rekuriert. Nachdem hier offenbar die Belastungen nicht so gewaltig

⁷ Politisch umstritten – insbesondere wegen ihrer Auswirkungen auf das Versicherungswesen – war dann allerdings die Gender-RL 2004/113/EG; dazu Wrase/ Baer, Unterschiedliche Tarife für Männer und Frauen in der privaten Krankenversicherung – ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Grundgesetzes?, NJW 2004, 1623.

⁸ Dazu Baer, „Ende der Privatautonomie“ oder grundrechtlich fundierte Rechtsetzung?, Zeitschrift für Rechtspolitik 2002, 290 ff.

⁹ So titelte die Financial Times Deutschland am 11.8.2007 in ihrem Wirtschaftsteil: „Keine Klagewelle durch Gleichbehandlungsgesetz“ und der Tagesspiegel meinte „Viel Lärm um Nichts – Die Angst der Wirtschaft vor dem Gleichbehandlungsgesetz hat sich als grundlos erwiesen“.

waren, wie gedacht, stehen nunmehr die Pflicht zur Schulung der Mitarbeitenden sowie Kosten für strategische Maßnahmen (was immer dies sein mag) im Mittelpunkt.¹⁰ Die finanziellen Vorteile, die durch ein besseres Arbeitsklima durch Unternehmenspolitiken wie Nicht-Diskriminierung und *Diversity* erzielt werden können, bleiben allerdings von vornherein unberücksichtigt. Ich werde darauf zurückkommen.

Antidiskriminierung, so wird weiterhin geltend gemacht, sei in einer freien Gesellschaft nicht zu verordnen, sondern ließe sich nur durch eine freiwillige Veränderung der Wertüberzeugungen erreichen. Allerdings – soviel soll schon hier angemerkt sein – haben sich freiwillige Selbstverpflichtungen der Wirtschaft im Bereich der Gleichstellung als weitgehend wirkungslos erwiesen.¹¹ Dies lässt sich damit erklären, dass benachteiligende Strukturen nun einmal nicht allein durch Appelle, sondern nur durch konkrete Maßnahmen aufgebrochen und verändert werden können. Gilt es, Widerstände und Hindernisse zu überwinden, stoßen reine Absichtserklärungen und *Goodwill* schnell an ihre Grenzen.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, warum rechtliche Maßnahmen bei einer so elementaren Gerechtigkeitsfrage wie die der (Chancen-)Gleichheit im Arbeitsleben bzw. beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen fehl am Platz sein sollen. Hier wird von den Kritikern oftmals sehr grundsätzlich argumentiert, und zwar mit dem Gut der Privatautonomie, der bürgerlichen Freiheit, Geschäfte zu machen und Verträge zu schließen (oder auch nicht), mit wem und wie man will. Diese Privatautonomie werde über Gebühr eingeschränkt, zumal von Arbeitgebenden und Leistungsanbietern nunmehr ein besonders moralisches Verhalten gefordert werde. „Moral“ hätte aber im System eines freien Wirtschaftsmarktes und gar im Recht des Wirtschaftsverkehrs nicht zu suchen.¹²

Hier handelt es sich jedoch um einen Irrtum. Eine moralische Gesinnung wird von den neuen Antidiskriminierungsregeln nicht gefordert. So kommt es auch auf den Nachweis eines Verschuldens, wie die Richtlinien klar erkennen lassen und dies der EuGH ausdrücklich festgestellt hat, nicht an.¹³ Es soll und darf grundsätzlich nicht nach der Gesinnung der Diskriminierenden geforscht werden. Vielmehr werden bestimmte Verhaltensanforderungen

¹⁰ S. Hoffjan/Bramann, Ergebnisbericht des Lehrstuhlprojekts zum Thema „Empirische Erhebung der Gesetzesfolgekosten aus dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2007; erhältlich über den Lehrstuhl Prof. Hoffjan, Universität Dortmund.

¹¹ Die freiwillige Selbstverpflichtung der Privatwirtschaft zur Förderung der Gleichstellung von 2001 hat keine nachhaltige Veränderung der Geschlechterdiskriminierung bewirkt, s. die Beiträge unter http://www.genderkompetenz.info/aktuelles/fachtagungen/gleichstellung_quo_vadis/ sowie die Daten in: Bothfeld/Klammer/Klenner/Leiber/Thiel/Ziegler, WSI-FrauenDatenReport 2005.

¹² S. etwa Säcker, „Vernunft statt Freiheit!“ – Die Tugendrepublik der neuen Jakobiner, Zeitschrift für Rechtspolitik 2002, 286 ff.

¹³ Vgl. EuGH, Rs. C-180/95 – Draehmpaehl, NJW 1997, 1839.

gestellt, die an äußere Sachverhalte, wie sie in den Benachteiligungstatbeständen aufgeführt sind, anknüpfen (unmittelbare/ mittelbare Benachteiligung, Belästigung). So wird in § 3 III AGG ausdrücklich davon gesprochen, dass die dort beschriebenen Folgen einer Belästigung lediglich *bewirkt* sein müssen. Es geht also nicht zuletzt um Wirkungen, die durch diskriminierende Verhaltensweisen hervorgerufen werden. Auch der Hinweis von Diskriminierenden, man habe es nicht besser gewusst bzw. gar nicht so gemeint, ist daher unbeachtlich.

Doch was ist mit der Privatautonomie im Sinn der bürgerlichen Freiheit? Fakt ist, dass die Vertragsfreiheit heute in jenem formal unbegrenzten Sinne, wie es die Kritiker des AGG gern ausmalen, gar nicht existiert – schlechterdings nicht existieren kann, will man sie nicht zu einer bloßen Wahrerin wirtschaftsliberaler Partikularinteressen herabstufen. Sie ist notwendigerweise Bedingungen unterworfen, welche die Spielregeln des Marktgeschehens festlegen. Die Freiheit des Marktes, das ist eine Binsenwahrheit, führt nicht automatisch zu einem funktionierenden Wettbewerb, einem Mindestmaß an Chancengleichheit für alle Marktteilnehmenden und einen möglichst großen Wohlstand für möglichst große Teile der Bevölkerung. Doch dahin soll sie führen. Hier müssen Rahmenbedingungen geschaffen werden, die das Funktionieren des Güterausstauschs gewährleisten und dabei zugleich einen einigermaßen fairen Zugang aller Menschen zum Arbeits-, Güter- und Dienstleistungsmarkt sicherstellen. Wie das Bundesverfassungsgericht in mehreren Entscheidungen festgestellt hat, ist die Privatautonomie in einem materiellen Sinn zu verstehen als „Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben“, das bedeutet: grundsätzlich jedes Einzelnen.¹⁴ Sie bedarf der Ausgestaltung durch Regeln, wobei Gesetzgeber und Rechtsprechung dafür zu sorgen haben, dass Vertragssituationen, die ein strukturelles Ungleichgewicht der Vertragspartner offenbaren, die rechtliche Anerkennung versagt bleibt. Es geht somit um Mindestbedingungen realer Selbstbestimmung im Rahmen der Ausgestaltung der Privatrechtsordnung. Diesem Ziel dient nicht zuletzt das Recht gegen gesellschaftliche Diskriminierungen.¹⁵

Ernsthaft lässt sich eigentlich nur darüber streiten, ob durch die bestehenden Regelungen des AGG das Interesse von Arbeitgebenden oder Leistungsanbietern an einer möglichst ungehinderten wirtschaftlichen Betätigung im Verhältnis zum Interesse der Betroffenen an einem diskriminierungsfreien Marktzugang angemessen zum Ausgleich gebracht wird.

¹⁴ BVerfGE 81, 242, 254f.; 89, 214, 232 ff.

¹⁵ S. ausf. Wrase, Tugend statt Freiheit?, Humboldt-Forum Recht, <http://www.humboldt-forum-recht.de/deutsch/5-2005/index.html>.

Bei der Lösung dieser Frage der Güterabwägung ist nicht zuletzt das faktische Machtungleichgewicht zu berücksichtigen. Während der wirtschaftlich stärkere Leistungsanbieter in der Regel die Möglichkeiten und Konditionen des Vertragsabschlusses einseitig bestimmt, befindet sich die andere Seite regelmäßig in der Rolle, die erlittene Benachteiligung zu dulden, ohne ihrerseits wirtschaftlichen Druck ausüben zu können und auf diesem Weg ihre Interessen zur Geltung zu bringen. Es geht um ein strukturelles Ungleichgewicht, dem das Recht begegnen muss.¹⁶

Dies ist im Arbeitsrecht überhaupt nichts Neues, aber *auch nicht* im allgemeinen Zivilrecht, welches eine Vielzahl von Verbraucherschutzrechten kennt. Soweit nun von Teilen der Wirtschaft vorgebracht wird, dass die neuen Antidiskriminierungsregelungen eine Reihe von wirtschaftlich sinnvollen und notwendigen Differenzierungen verbieten, so sei an dieser Stelle auf die sorgfältig austarierten Rechtfertigungsmöglichkeiten in den Richtlinien hingewiesen.

So hat beispielsweise die Versicherungswirtschaft geltend gemacht, dass die nach Geschlecht gestaffelte Tarife in der privaten Krankenversicherung auf einer angemessenen Berechnung des Versicherungsrisikos beruhen und daher wirtschaftlich notwendig seien. Allerdings bestehen an dieser Argumentation erhebliche Zweifel.¹⁷ Das europäische Recht sieht – ebenso wie das AGG – nun vor, dass ausreichendes Datenmaterial vorgelegt werden muss, um die genannte Risikoadäquanz zu belegen (vgl. § 20 AGG). Die Praxis einer pauschalen Ablehnungen von (angeblichen) Risikogruppen wie behinderten oder schwulen Menschen ist in Zukunft ebenso wenig mehr zulässig wie die Pauschaleinstufung von Verbrauchern nach den Prinzipien des *credit scoring*, jedenfalls soweit hierbei diskriminierungsrelevante Merkmale betroffen sind.¹⁸

Dass Diskriminierungen und Benachteiligungen etwas Unerwünschtes sind und überwunden werden müssen, wird auch von den Kritikern des Gesetzes kaum bestritten. Angst hat man allerdings vor unberechtigten Klagen und hohen Entschädigungssummen. Eine große Anwaltskanzlei hat sogar eine Internetseite eingerichtet, um so genannten „AGG-Hoppfern“ auf die Schliche zu kommen. Das sind Menschen, die sich beispielsweise auf eine geschlechtsspezifische Stellenausschreibung bewerben („Sekretärin gesucht“) allein mit dem Ziel, anschließend eine Diskriminierung geltend zu machen und eine satte Entschädigungsforderung einzustreichen. Allerdings hat die Rechtsprechung schon zum § 611a BGB a.F. den Grundsatz entwickelt, dass in Fällen, in denen der/ die Bewerber/in für die

¹⁶ Vgl. Schreier, Kritische Justiz 2007 (Fußn. 4), 278, 283.

¹⁷ S. Baer/ Wrase, NJW 2004 (Fußn. 7), 1623, 1624 ff.

angebotene Stelle offensichtlich ungeeignet ist, eine Entschädigungsklage rechtsmissbräuchlich erfolgt und daher abzuweisen ist. Daran haben sich die Gerichte bislang auch gehalten.¹⁹ Spektakuläre Fälle, in denen die genannte „Masche“ nachweislich in größerem Umfang erfolgreich war, sind bislang nicht bekannt geworden – es dürfte sich um wirkliche Ausnahmefälle handeln. Zumal die Praxis der deutschen Gerichte eher (zu) geringe Entschädigungssummen erwarten lässt und umgekehrt das Problem besteht, dass der EuGH und die Richtlinien eine „abschreckende“ Wirkung der zugesprochenen Entschädigung verlangen.²⁰

3. Also: Was bleibt von der Kritik?

Betrachten wir die Kritik am Antidiskriminierungsrecht also etwas genauer, so können eine ganze Reihe von Einwänden entkräftet werden. Es bleiben im Wesentlichen zwei Punkte. Der eine betrifft die mit der Umsetzung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes verbundene finanzielle (Mehr-)Belastung der Unternehmen. Der andere betrifft die angeblich durch unbestimmte Rechtsbegriff und Regelungen verursachte Handlungsunsicherheit. Ich möchte auf diese beiden zentralen Kritikpunkte im Folgenden kurz eingehen und dabei mit dem letzteren beginnen.

Grundsätzlich ist es nichts Ungewöhnliches, das Gesetze mit ausfüllungsbedürftigen Begriffen arbeiten und erst durch eine langjährige Praxis der Rechtsprechung konkretisiert werden. Insofern bietet auch das AGG erstmal nicht mehr Handlungsunsicherheit als andere Gesetze. Im Gegenteil, schaut man in den allgemeinen und in den arbeitsrechtlichen Teil des AGG, so findet sich dort eine durchaus sinnvolle Systematik, die zwischen Anwendungsbereich, geschützten Merkmalen, dem Benachteiligungsbegriff und den gesetzlichen Rechtfertigungsgründen unterscheidet. Schon durch eine recht einfache, viergliedrige Prüfung lässt sich erkennen, ob ein *potentiell* diskriminierungsrelevanter Sachverhalt vorliegt:

- (1.) Der Anwendungsbereich des Gesetzes muss eröffnet sein. Dies betrifft insbesondere die zwei Bereiche Beschäftigung (§§ 6 ff. AGG) und Güter und Dienstleistungen (§§ 19 ff. AGG).

¹⁸ Zur Praxis des „scoring“ s. Weichert, Scoring – Die statistische Verbraucherdiskriminierung, 2006, https://www.datenschutzzentrum.de/scoring/weichert_diskriminierung.htm.

¹⁹ S. die Zusammenstellung der Gerichtsentscheidungen auf der von *Gleiss Lutz und Partner* eingerichteten Webseite: <http://www.agg-hopping.de/urteile.html>.

²⁰ Grdl. EuGH, 10. 4.1984, Rs. 14/83 – von Colson und Kamann, NJW 1984, S. 2021; EuGH, 22. 4.1997, Rs. C-180/95 – Drahtpaehl, NJW 1997, 1839.

- (2.) Es muss eines der in § 1 AGG genannten Merkmale („Rasse“, ethnische Herkunft, Geschlecht, Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter oder sexuelle Identität) zumindest mittelbar (d.h. faktisch) betroffen sein.
- (3.) Ein Benachteiligungstatbestand iSd § 3 AGG muss erfüllt sein.
- (4.) Bei unmittelbaren Diskriminierungen sind die im Gesetz aufgeführten, grundsätzlich eng umgrenzten Rechtfertigungsgründe (insb. § 8, 9 AGG)²¹ abzu prüfen. Bei mittelbaren Diskriminierungen ist nach einem möglichen sachlichen Grund für die in Rede stehende Maßnahme zu suchen und eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen (§ 3 II AGG). Belästigungen können prinzipiell nicht gerechtfertigt werden.

Im Einzelnen ist – wie bei allen neuen Gesetzen – natürlich einiges umstritten; hier wird erst die Rechtsprechung Klarheit schaffen. Das wird sie gewiss auch tun. Wichtig aber ist, dass die von den gesetzlichen Regelungen betroffenen Unternehmen schon heute erkennen können, welche Verhaltensweisen diskriminierungsrelevant sind und welche nicht – genau diese Handlungssicherheit kann ihnen das Gesetz sehr wohl bieten.

Eine große Mitschuld an der (noch) vorhandenen Inkonsistenzen und der Unbestimmtheit einzelner Regelungen des AGG tragen indes ausgerechnet diejenigen, die diesen Misstand nun so vehement beklagen. Die meisten der wirklich problematischen Bestimmungen sind erst aufgrund des heftigen politischen Widerstandes in das Gesetz eingefügt worden. Dort, wo die Richtlinien detaillierte Vorgaben machen, verstößt das AGG in einer Reihe von Einzelpunkten gegen das europäische Recht. Genannt seien hier nur die folgenden:

- Die europarechtswidrige Ausklammerung des Kündigungsschutzes in § 2 IV AGG.²²
- Die kurzen zweimonatige Frist zur Geltendmachung von Ansprüchen nach § 15 IV AGG, der eine – verbotene – Schlechterstellung gegenüber § 611a BGB a.F. beinhaltet.
- Die Einschränkungen der § 19 III und V 1 AGG (Bewohnerstrukturen und besonderes Näheverhältnis), die in Bezug auf die Merkmale „Rasse“ und ethnische Herkunft keine Entsprechung in der Antirassismusrichtlinie finden.

²¹ Eine Ausnahme ist die Regelung zum Merkmal „Alter“ in § 10 AGG, die in der Tat mehr Fragen aufwirft als beantwortet, s. dazu die Kommentierung von Brors, in Däubler/Bertzbach, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2007, § 10.

²² Statt vieler Däubler, in Däubler/Bertzbach, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2007, § 2 Rn. 262 f.; vgl. auch EuGH, 11. 6. 1984, Rs. C-13/05 – Chacón Navas, Rn. 36: „Die Richtlinie gilt ... u.a. in Bezug auf die Entlassungsbedingungen“.

- Die Begrenzung des Diskriminierungsverbots auf so genannte Massengeschäften iSv § 19 I Nr. 1 GG und die weite Rechtfertigungsmöglichkeit des § 20 I AGG, die jeden sachlichen Grund ausreichen lässt. Diese Regelungen entsprechen nicht den Anforderungen der Gender-Richtlinie 2004/113/EG, die bis Ende dieses Jahres umzusetzen ist.

Die Liste müsste noch um eine Reihe von Punkten ergänzt werden.²³ Es wird darauf ankommen, die europarechtswidrigen Bestimmungen möglichst schnell mit den Vorgaben der Richtlinien in Übereinstimmung zu bringen; dann wäre bereits eine Vielzahl von (selbst geschaffenen) Problemen aus dem Weg geräumt.

Besonders spürbar wird der Kompromisscharakter des AGG jedoch im zivilrechtlichen Teil, wo die Regelungen bezüglich der Diskriminierungsmerkmale Behinderung, Religion (Weltanschauung ist nicht mehr enthalten), Alter und sexuelle Identität über die Vorgaben der Richtlinien hinausgehen. Problematisch ist vor allem die Beschränkung auf so genannte „Massengeschäfte“ bzw. Schuldverhältnisse, bei denen „das Ansehen der Person eine nachrangige Bedeutung hat und die zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen“ (§ 19 I Nr. 1 AGG).

Die Beschränkung auf Massengeschäfte ist von der Zielsetzung des AGG eigentlich sinnwidrig. Schließlich treten Diskriminierungen in der Lebenswirklichkeit vor allem dann auf, wenn Geschäfte nicht – sozusagen standardisiert – in allen Fällen zu vergleichbaren Bedingungen zustande kommen, sondern wenn der Leistungsanbieter sich den oder die Vertragspartner/in individuell aussucht. Gerade in solchen Fällen müsste der Diskriminierungsschutz am stärksten sein.

Zum anderen wirft die gesetzliche Definition eine Reihe von höchst komplizierten Abgrenzungs- und Einordnungsfragen auf.²⁴ Was z.B. ist mit Verbraucherkrediten, die regelmäßig zu vergleichbaren Konditionen einer Vielzahl von Kunden und Kundinnen angeboten werden? Hier wird argumentiert, ein Kreditinstitut schaue sich die Kreditnehmenden selbstverständlich genauer an, bevor es den Darlehensvertrag abschließe. Letztlich kann es dabei jedoch nur um die Frage der Kreditwürdigkeit gehen, nicht aber um

²³ S. den Offenen Brief des Deutschen Juristinnenbundes (djb) an den zuständigen EU-Kommissar zur „unzureichenden Umsetzung der EG-Antidiskriminierungsrichtlinien in Deutschland“, <http://www.djb.de/Kommissionen/kommission-arbeits-gleichstellungs-und-wirtschaftsrecht/St07-11-Umsetzung-Antidiskriminierungsrichtlinien/>.

²⁴ Ausf. Wrase, Verfassungsrechtliche Ansatzpunkte für einen Diskriminierungsschutz beim öffentlichen Angebot von Gütern und Dienstleistungen, in: Rust, U., König, D., Lange, J., Sieveking, K. (Hg.): Die Umsetzung der EU-Gleichbehandlungsrichtlinien in Deutschland, Loccumer Protokolle 79/04, S. 195, 197 ff; s. auch Zeitschrift für Europäisches Sozial- und Arbeitsrecht (ZESAR), 2005, S. 229, 230 ff.

das Geschlecht, die sexuelle Orientierung oder das Alter des/ der Kreditnehmenden. Handelt es sich nun also um ein „Massengeschäft“ – oder doch nicht? Kommt es hierbei auf den einzelnen Anbieter an oder auf die Art des Geschäfts?

Es wäre nicht zuletzt im Sinne einer besseren Anwendbarkeit des Gesetzes und der notwendigen Anpassung an die Richtlinie 2004/113/EG dringend geboten, die höchst problematische Beschränkung auf „Massengeschäfte“ aufzugeben und den Rechtfertigungstatbestand in § 20 um die erforderliche (strengere) Verhältnismäßigkeitsprüfung zu ergänzen.

Dies ließe sich aber im Weg der – ohnehin notwendigen – gesetzgeberischen Revision des AGG problemlos bewerkstelligen. Gleichzeitig werden Normen kürzer und übersichtlicher. Es sollte im Interesse aller liegen, die genannten Problemstellen des Gesetzes zu beseitigen. Wer sich für klare Regelungen einsetzt, sollte diese nicht gleichzeitig verhindern; oder durch unsinnige Interpretationen – z.B. die Konstruktion eines Verschuldenserfordernisses²⁵ – unproblematische Regelungen gegen ihren eindeutigen Sinn auslegen und unnötig verkomplizieren.

Bleibt also eigentlich nur die Kostenfrage, um die öffentlich so heftig gestritten wurde. Eine neue Studie des Lehrstuhls für Unternehmensrechnung und Controlling der Universität Dortmund (Prof. Hoffjan), die im Auftrag der „Initiative Neue Soziale Marktwirtschaft“ erstellt wurde, kommt zu dem Ergebnis, dass mit dem AGG Mehrkosten für die Unternehmen in Höhe von insgesamt 1,7 Mrd. Euro verbunden seien. Diese Schätzung erscheint schon auf den ersten Blick äußerst hoch. Schaut man sich die Studie dann ein wenig genauer an, so ergeben sich auch methodisch durchgreifende Bedenken. Es handelt sich um eine rein quantitative Erhebung mittels standardisierter Fragebögen. Insgesamt wurde 2.500 Unternehmen angeschrieben, die aus einem (nicht näher definierten) „Bestand“ (?) von 4.000 Unternehmen „zufällig“ ausgesucht wurden. Der Rücklauf betrug 501, lag also bei etwa 20%. Schon hier hätte man die Frage stellen müssen, worauf dieser äußerst geringe Rücklauf möglicherweise zurückzuführen ist. Vielleicht darauf, dass die anderen 80% der Unternehmen noch keine Erfahrungen mit dem AGG gemacht haben und sich deshalb zu diesem Fragenkomplex nicht äußern wollten/ konnten? Diese Erklärung drängt sich zumindest auf und wäre zu überprüfen. Stattdessen werden die von den eingegangenen 500 Antworten vorgenommenen Einschätzungen im Sample (beispielsweise: „Welchen Zeitaufwand beanspruchen Kontroll- und Dokumentationspflichten?“; gefragt waren Einschätzungen in

²⁵ So Adomeit/Mohr, Verantwortung von Unternehmen für diskriminierende Stellanzeigen durch Dritte, NJW 2007, 2522 ff.

„Minuten pro Mitarbeiter“²⁶) einfach standardisiert mit bestimmten Pauschalkosten in Ansatz gebracht und – sic! – mit der Anzahl der Unternehmen in Deutschland multipliziert.²⁷ So lassen sich 1,7 Mrd. schnell hochrechnen. Es muss nicht erklärt werden, dass diese Vorgehensweise nach den Standards der quantitativ-empirischen Sozialforschung ebenso fragwürdig ist wie das Stellen so genannter Suggestivfragen.²⁸ Wer würde nicht auf einen Satz wie „Das AGG bietet KEIN Missbrauchspotential“ (Hervorhebung vom Verf.) ablehnend reagieren? Von welchem Gesetz ließe sich schon ernsthaft behaupten, es biete KEIN Missbrauchspotential?

4. Nicht-Diskriminierung als Grundlage realer Freiheit und gesellschaftlichen Fortschritts

Nicht zuletzt sollten die positiven Effekte bedacht werden, die durch eine Strategie der Diversität und Chancengleichheit erzielt werden können. Nicht-Diskriminierung ist die Basis der Chancengleichheit. Sie soll Menschen ermöglichen, entsprechend ihrer Fähigkeiten selbst zu entscheiden, was sie tun wollen, welche Rolle sie in der Gesellschaft einnehmen möchten, ohne durch ihr Geschlecht, ihre ethnische Herkunft, ihre sexuelle Orientierung, ihre Religion oder das Lebensalter von vornherein auf bestimmte Rollenmuster und Positionen festgelegt zu sein. Das Aufbrechen von starren Rollen- und Machtgefügen (Frauen wollen nicht „Hausfrau“ oder Teilzeitberufstätige sein, sondern fordern gleichen Zugang zu allen Berufswegen und Aufstiegsmöglichkeiten entsprechend ihren Fähigkeiten) führt zu einer Neuorientierung innerhalb der Gesellschaft, die letztlich allen zugute kommt.

Dies betont auch der Ansatz des *Diversity Managements*, der eine Reihe dieser positiven Effekte sichtbar macht: Chancengleichheit erhöht den Wettbewerb – es werden die besten Köpfe gesucht – und führt damit zu einer allgemeinen Steigerung der Leistungsfähigkeit und des Wohlstands innerhalb einer Gesellschaft. Das ist ganz offenkundig, wenn etwa Frauen in die Führungspositionen der Wissenschaft drängen oder Menschen mit Migrationshintergrund vermehrt im Polizei- und Verwaltungsdienst Verantwortung übernehmen (können).

Und: Chancengleichheit verhindert Ausgrenzung. Gesellschaftliche Exklusion verursacht erhebliche Kosten, im schlimmsten Fall auch Konflikte, und ist insofern eine dauerhafte soziale Belastung. Potentiale gehen verloren, Menschen werden an den Rand und in die

²⁶ Hoffjan/Bramann, Empirische Erhebung der Gesetzesfolgekosten aus dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (Fußn. 10), S. 182.

²⁷ Die Größe der Unternehmen wurde dabei äußerst grob gestaffelt nach der Mitarbeiterzahl, s. Hoffjan/Bramann aaO, S. 119.

Abhängigkeit anderer gedrängt. Als Beispiele sei nur auf die weitgehende Ausgrenzung behinderter oder auch älterer Menschen vom Arbeitsmarkt hingewiesen. Arbeitssuchende, die auf dem Jobmarkt – trotz durchaus vorhandener Nachfrage²⁹ – sprichwörtlich „keine Chance“ mehr haben, sind gezwungenermaßen von staatlicher Fürsorge abhängig. Ein Gutteil dieser Ausgrenzung beruht aber auf jenen Vorurteilen, gegen die Prinzipien wie Chancengleichheit und Nicht-Diskriminierung mit Recht ankämpfen.

So scheint es heute in der Politik – auch unter den Parteien – weitgehend unstrittig, dass Menschen mit Migrationshintergrund besser in den Arbeitsmarkt integriert werden müssen. Doch wird dabei übersehen, dass dieses Ziel nur erreicht werden kann, wenn auch innerhalb der Mehrheitsgesellschaft ein Klima der Toleranz und Wertschätzung geschaffen wird. Das bedeutet unter anderem, nicht sofort und in jeder Hinsicht Assimilation an die strukturelle Mehrheitsgesellschaft zu fordern, sondern kulturelle Vielfalt unter Wahrung gemeinsamer demokratischer Werte zu ermöglichen. Oder einfacher ausgedrückt: aufeinander zuzugehen anstatt nur einseitig Bedingungen zu formulieren. So wird von der Politik zunehmend der Bedarf erkannt, mehr Lehrer und Lehrerinnen mit Migrationshintergrund an öffentlichen Schulen einzustellen. Gleichzeitig wurden aber in vielen Bundesländern Gesetze erlassen, die muslimischen Lehrerinnen, die ein Kopftuch tragen, *per se* von diesem wichtigen Berufsfeld ausschließen. Dies geschieht ganz unabhängig davon, ob die Lehrerin tatsächlich – wie oft pauschal behauptet wird – gleichstellungsfeindliche und extremistische Positionen vertritt. Das ist aber, wie empirische Untersuchungen zeigen, keinesfalls die Regel. Der richtige Weg wäre hier eine Einzelfallprüfung statt einer generellen Ausgrenzung.³⁰

Ein positives Beispiel, wie Vielfalt zum Nutzen aller gefördert werden kann, bietet die Stadtverwaltung von London. Der dortige Bürgermeister hat ein Programm für Gleichheit (*equality programme*) aufgestellt, das unter anderem konkrete Zielvorgaben für Bereiche wie Beschäftigung oder öffentliche Einrichtungen formuliert. Die vorhandenen Defizite und die erzielten Fortschritte werden in einem jährlichen Bericht festgehalten. Schon die kritische Selbsteinschätzung dürfte für manch deutsche Ohren ungewöhnlich klingen:

„... London is still far from being a place where equality of opportunity is a reality for each and every Londoner regardless of their age, disability, gender, faith, race and

²⁸ Vgl. Dieckmann, Empirische Sozialforschung, 12. Aufl. 2004, S. 391 ff.

²⁹ Im Mai dieses Jahres gab es in Deutschland 1,4 Mio. offene Stellen, s. den Bericht unter http://www.welt.de/wirtschaft/article892057/14_Millionen_offene_Stellen_in_Deutschland.html.

³⁰ Dazu Baer/Wrase, Zwischen Integration und „westlicher“ Emanzipation: Verfassungsrechtliche Perspektiven zum Kopftuch(-verbot) und der Gleichberechtigung, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV), Heft 04/2006, S. 375 ff; sehr lesenswert zum Kopftuch-Streit: Oestreich, Der Kopftuch-Streit, 2004.

sexual orientation. In key areas of life, the levels of inequality and disadvantage experienced by many Londoners undermine the ability of us all to make the best of what this city has to offer. ... the Mayor will continue to work towards reducing inequality so all Londoners can benefit from and participate fully in the city's economic success.”³¹

Für ähnliche Einsichten und Programme ist es in Deutschland scheinbar noch ein längerer Weg. Die Umsetzung des europäischen Antidiskriminierungsrechts allerdings ist – trotz aller Unzulänglichkeiten im politischen Prozess – ein erster und wichtiger Schritt in die richtige Richtung.

³¹ Mayor of London, „The Language of Equality“ – The Mayor's Annual Equalities Report 2006/07, Pax Nidi 2007, S. 6.