

# Sibylle Raasch

## Vom Verbot der Geschlechtsdiskriminierung zum Schutz von Diversity

### Umsetzung der neuen EU-Antidiskriminierungsrichtlinien in Deutschland<sup>1</sup>

*Die EU hat seit 1975 neun Richtlinien zur Verwirklichung der Gleichbehandlung von Männern und Frauen erlassen, wobei die jüngste Richtlinie 2002/73/EG (Änderung der Richtlinie 76/207/EWG) erst bis zum 5. Oktober 2005 in nationales Recht umzusetzen ist. Orientiert an der Richtlinie 76/207/EWG (Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung) hat die EU im Jahr 2000 darüber hinaus mit den Richtlinien 2000/43/EG (Antirassismusrichtlinie) und 2000/78/EG (Rahmenrichtlinie Beschäftigung und Beruf) ihren Diskriminierungsschutz auf die Merkmale zugeschriebene Rasse<sup>2</sup> und ethnische Herkunft, Religion oder Weltanschauung, Behinderung und sexuelle Ausrichtung ausgedehnt. Diese beiden Richtlinien hätten bereits bis zum 19. Juli bzw. 2. Dezember 2003 in Deutschland umgesetzt sein müssen. Die Kommission hat deshalb im Juli 2004 ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland ebenso wie auch gegen Belgien, Finnland, Griechenland, Luxemburg und Österreich eingeleitet.<sup>3</sup>*

Intern arbeitet die deutsche Regierung unter maßgeblicher Beteiligung gleich dreier Ministerien an einem Gesetzesentwurf zur Umsetzung aller drei Richtlinien: Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit (BMWA) ist federführend für den arbeitsrechtlichen Teil, das Bundesministerium für Justiz (BMJ) für den zivilrechtlichen Teil. Das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) ist federführend für den institutionellen Teil und koordiniert den Prozess. Inoffiziell kursiert seit Sommer 2004 der »Entwurf eines Gesetzes zum Schutz vor Diskriminierungen« (Entwurf Antidiskriminierungsgesetz – ADG-E) des BMFSFJ/Projektgruppe EuRi vom 6. 5. 2004 unbeschadet des Versuchs, ihn zum Geheimpapier zu erklären. Differenzen bestehen vor allem noch zwischen dem BMFSFJ und dem BMJ, wobei letzteres die Richtlinien angeblich noch restriktiver umsetzen möchte. Immerhin ist diesem Entwurf zu entnehmen, wohin das deutsche Antidiskriminierungsrecht sich tendenziell entwickeln soll.

<sup>1</sup> Für ihre Literaturrecherchen ist Martina Fieker zu danken.

<sup>2</sup> Die Existenz von Rassen ist wissenschaftlich nicht belegbar. Es handelt sich vielmehr um eine Zuschreibung, der durch eine vorbehaltlose Verwendung des Begriffs Rasse nicht erneut ein Anschein von Existenz verliehen werden sollte. Dem entsprechend geht es in dieser Richtlinie in Wahrheit auch nicht um Rassen, sondern um Rassismus. Leider verwenden die EU-Richtlinien den Begriff Rasse dennoch unrelativiert. Der deutsche Umsetzungsversuch mit der Formulierung »aus Gründen der Rasse« löst das Problem ebenfalls nicht. Schiek hält aus denselben Gründen auch die uneingeschränkte Verwendung des Begriffs Ethnie für bedenklich, vgl. Schiek, Dagmar: Diskriminierung wegen »Rasse« oder »ethnischer Herkunft« – Probleme der Umsetzung der RL 2000/43/EG im Arbeitsrecht, in: AuR 2003 S. 44 ff., S. 45.

<sup>3</sup> Vgl. Pressemitteilung der Kommission vom 19. Juli 2004 IP/04/947. Belgien hat lediglich die Rahmenrichtlinie nicht vollständig umgesetzt.

Im Folgenden soll vor dem Hintergrund des in Deutschland vorhandenen Diskriminierungsschutzes (1.) untersucht werden, was die EU-Vorgaben fordern (2.), welche Entwicklungschancen für einen Ausbau des Diskriminierungsschutzes in Richtung eines Schutzes von Diversity sich dadurch eröffnen (3.) und wie die deutsche Umsetzung diese Chancen aufnimmt (4. und 5.).

### *1. Das bisherige Antidiskriminierungsrecht in Deutschland: lückenhaft, zersplittert, durchsetzungsschwach*

Die nach den EU-Antidiskriminierungsrichtlinien zu regelnden Anknüpfungsmerkmale für Diskriminierung werden im deutschen Recht bisher unterschiedlich behandelt. Das Grundgesetz verbietet in Art. 3 Abs. 3 bereits seit 1949 neben der Diskriminierung wegen des Geschlechts auch Diskriminierungen wegen der Abstammung, der »Rasse«, der Sprache, der Heimat und Herkunft, des Glaubens sowie der religiösen oder politischen Anschauungen. 1994 wurde in einem neuen Satz ein Benachteiligungsverbot wegen der Behinderung angefügt. Die Homosexuellen hingegen scheiterten 1994 mit ihrem Anliegen, auch die sexuelle Orientierung unter den Schutz der Verfassung zu stellen.

Über diesen Diskriminierungsschutz hinaus wurde die Gleichberechtigung von Männern und Frauen in Art. 3 Abs. 2 GG nach heftigen Auseinandersetzungen im Parlamentarischen Rat 1949 auch noch speziell geregelt<sup>4</sup> und 1994 mit einem an den Staat gerichteten, expliziten Gleichstellungsauftrag verstärkt.<sup>5</sup> Die Gleichstellung der Geschlechter ist damit verfassungsrechtlich besonders hervorgehoben aus dem Kreis aller im Grundgesetz behandelten Diskriminierungen, die an unveränderliche Gruppenmerkmale und -zuschreibungen anknüpfen. Zu ihrer Verwirklichung wird der Staat durch das Grundgesetz ausdrücklich verpflichtet. Tatsächlich ist im deutschen Recht jedoch bisher nicht die Gleichberechtigung von Mann und Frau, sondern der Schutz behinderter Menschen, vor allem schwerbehinderter, am durchschlagskräftigsten ausgestaltet. Es ist eben leichter, eine Minderheit als eine Mehrheit gegen Diskriminierung zu schützen.

Schwerbehinderte haben z. B. nach dem Sozialgesetzbuch (SGB) IX in den Betrieben neben speziellen Beauftragten der Arbeitgeber eigene Vertretungen. Es gibt Arbeitsplatzquoten, die allerdings durch Ausgleichsabgaben abgelöst werden können und zumeist leider auch werden, einen besonderen Kündigungsschutz sowie Ansprüche auf Förderung. Behindertenverbände haben eine Prozessstandschaft (§ 63 SGB IX), dürfen also an Stelle von Behinderten klagen, wenn deren Rechte aus dem SGB IX verletzt werden und die Behinderten mit der Prozessstandschaft einverstanden sind. Die neuen Behindertengleichstellungsgesetze des Bundes (BBG) und der Länder geben zur Durchsetzung dortiger Ansprüche (Stichwort: Barrierefreiheit, aber auch gleichwertige Lebensbedingungen allgemein) den Behindertenverbänden sogar eigene Klagerechte (z. B. § 13 BGG) im Sinne einer echten Verbandsklage.<sup>6</sup> Außerdem gibt es nach §§ 14, 15 BBG eine Beauftragte bzw. einen Beauftragten der Bundesregierung für die Belange behinderter Menschen, zusätzlich zu den Integrationsämtern

<sup>4</sup> Vgl. Böttger, Barbara: Das Recht auf Gleichheit und Differenz, Münster 1990, S. 160 ff.

<sup>5</sup> Vgl. zu Genese und Intentionen Limbach, Jutta/Eckertz-Höfer, Marion (Hrsg.): Frauenrechte im Grundgesetz des geeinten Deutschland, Baden-Baden 1993.

<sup>6</sup> Zu den Unterschieden zwischen Prozessvertretung, Prozessstandschaft und Verbandsklage siehe Kocher, Eva: Antidiskriminierungsrecht vor den Arbeitsgerichten – Perspektiven des kollektiven Rechtsschutzes, in: STREIT 2003, S. 139 ff.

(§§ 101 ff. SGB IX) und dem Beratenden Ausschuss für behinderte Menschen bei der Bundesanstalt für Arbeit (§ 105 SGB IX). Im Zivilrecht allerdings gibt es bisher selbst zugunsten Behinderter keinen ausdrücklichen Diskriminierungsschutz. Sie bleiben, wie alle anderen diskriminierten Gruppen, darauf verwiesen, im Einzelfall eine Ausstrahlung ihrer Grundrechte über die allgemeinen zivilrechtlichen Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB begründen zu müssen – mit unsicherem Ausgang, wie die Rechtsprechung z. B. zum Nachbarschaftsrecht, Reiserecht oder zur Nutzung von Freizeiteinrichtungen<sup>7</sup> zeigt.

Den Gegenpol bildet der Schutz vor Diskriminierung wegen der Ethnie, der zugeschriebenen Rasse, der Religion, der Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung. Alter und sexuelle Orientierung sind bisher gar nicht explizit durch das Grundgesetz gegen Diskriminierung geschützt, weil sie nicht im Katalog des Art. 3 Abs. 3 GG aufgeführt werden. Diskriminierte könnten sich insoweit nur auf den Schutz ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG berufen oder in gravierenden Fällen auch auf den Schutz ihrer Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG. Nach §§ 75 Abs. 1 BetrVG bestehen inzwischen für alle Merkmale bis auf das Merkmal Alter betriebliche Diskriminierungsverbote. Die Integration ausländischer Arbeitnehmer in den Betrieb sowie Vorschläge zur Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit im Betrieb sind nach § 80 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG Betriebsratsaufgaben. Institutionell gibt es seit 1978 das Amt der »Beauftragten der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration« (§§ 91 a f. AuslG), die sich um die Integration der ausländischen Wohnbevölkerung kümmern soll.

Eine Zwischenstellung nimmt die Geschlechterfrage ein. Arbeitsrechtlichen Diskriminierungsschutz sollen einige, in dem Abschnitt Dienstvertrag des BGB eher versteckt positionierte, Normen bieten: § 611 a BGB soll vor Geschlechtsdiskriminierung bei Einstellung und im Arbeitsverhältnis schützen, gibt aber nur einen Entschädigungsanspruch, wenn es um Einstellung oder Aufstieg geht, dann aber unabhängig vom Verschulden des Arbeitgebers. § 611 b BGB verbietet geschlechtsspezifisch formulierte Stellenausschreibungen, ohne sie zu sanktionieren. § 612 BGB verbietet Lohndiskriminierung, wobei die Rechtsprechung im Einzelfall einen Anspruch auf die Lohndifferenz gibt, aber ein diskriminierendes Entlohnungssystem auf Grund einer Einzelklage nicht insgesamt abändern kann. § 612 a BGB schließlich enthält ein Maßregelungsverbot zugunsten derjenigen, die sich gegen ihre Diskriminierung gewehrt haben. 1994 ist das Beschäftigtenschutzgesetz hinzugekommen, das Arbeitgeber oder Dienstvorgesetzte veranlassen soll, im Betrieb gegen sog. sexuelle Belästigung vorzugehen. Die Ansprüche der Belästigten gegen den Täter richten sich hingegen weiterhin nur nach allgemeinem Zivilrecht, insbesondere §§ 823 ff., 253 Abs. 2 BGB.

Tatsächlich ist die Zahl der Diskriminierungsklagen bisher gering geblieben. Viele Klagen wurden zudem von Männern gegen die wenigen Versuche zu gezielter Frauenförderung eingereicht. Das liegt nicht daran, dass es in Deutschland keine Geschlechtsdiskriminierung mehr gäbe. So ist der Arbeitsmarkt weiterhin nach Geschlechtern segregiert, verdienen Frauen in Westdeutschland durchschnittlich etwa 25% Prozent weniger als Männer, gelangen Frauen nur selten in die Führungspositionen von Wirtschaft und Politik und sind Frauen länger, im Osten auch stärker, von Arbeitslosigkeit betroffen als Männer.<sup>8</sup>

7 Vgl. z. B. die Entscheidungsübersicht bei Schiek, Dagmar: Differenzierte Gerechtigkeit, Baden-Baden 2000 S. 273 ff., zu Behinderung insbes. S. 278 ff.

8 Vgl. BMFSFJ (Hrsg.): Frauen in Deutschland, Jan. 2003, S. 38 ff.; ausführlicher BMFSFJ (Hrsg.): Bericht zur Berufs- und Einkommenssituation von Frauen und Männern. Materialien zur Gleichstellungspolitik Nr. 85/2001, Juli 2001.

Doch die meisten Diskriminierten dürften ihre Rechte gar nicht kennen.<sup>9</sup> Auch lassen sich trotz vorhandener Beweiserleichterung gerade Einstellungs- und Aufstiegsdiskriminierungen durch die Betroffenen kaum beweisen, weil potentiell Diskriminierte zumeist keinen Einblick in die Personalauswahl des Arbeitgebers haben. Bei sog. sexueller Belästigung verlangt das Beschäftigtenschutzgesetz zudem Vorsatz beim Täter und erkennbare Ablehnung beim Opfer, schwer einzulösende Anforderungen. Lohndiskriminierungen werden angesichts der Geschlechtersegregation am Arbeitsmarkt oft nur erkennbar, wenn man das gesamte Entlohnungssystem eines Betriebes oder eines Tarifvertrages durchschaut oder gar die Grenzen zwischen Tarifverträgen überschreitet. Zudem verlagert sich das Gewicht der Diskriminierungen erkennbar von direkten zu mittelbaren, wo vordergründig das Geschlecht als Unterscheidungsmerkmal gar keine Rolle spielt, aber faktisch durch die geschlechtsneutrale Unterscheidung ein Geschlecht deutlich benachteiligt wird. Eine erfolgreiche Klage gegen mittelbare Diskriminierung setzt daher zumeist eine detaillierte Kenntnis der Strukturen, in denen die neutrale Regelung angewandt wird, voraus, die bei den Benachteiligten selten vorhanden ist. Diskriminierungen sind zudem, für sich betrachtet, oft so klein, dass sich eine Individualklage aus Sicht der Betroffenen gar nicht lohnt, können aber in der Summe dennoch eine äußerst wirkungsvolle Diskriminierungsstruktur aufbauen. Letztlich kann über Einzelklagen daher immer nur die Spitze des Eisberges bekämpft werden, aber nicht die Diskriminierungsstruktur. Dafür braucht man Instrumente, die über den Einzelfall hinaus greifen, Entwicklung steuern und gesellschaftlich mächtige Akteure zugunsten diskriminierter Gruppen systematisch in die Auseinandersetzung einbeziehen. Eine wirklich in der Gesellschaft verankerte »Kultur der Antidiskriminierung« kann nicht bloß individuell von den Diskriminierten eingeklagt werden. Strukturveränderndes Potential haben allerdings die Frauenförder- oder Gleichstellungsgesetze für den öffentlichen Dienst, welche i. d. R. Frauenquoten, Gleichstellungspläne und Gleichstellungsbeauftragte vorsehen, aber nur über ein schwaches Sanktionspotential verfügen. Hinzu kommen in den Arbeitsämtern 191 »Beauftragte für Chancengleichheit am Arbeitsmarkt« sowie ca. 1900 kommunale Gleichstellungsbüros, Frauenbeauftragte o. ä.<sup>10</sup> Immerhin gibt es im öffentlichen Bereich also eine Gleichstellungsinfrastruktur, die auch untereinander recht gut vernetzt ist, aber angesichts leerer öffentlicher Kassen derzeit eher ab- als ausgebaut wird und über wenig konkrete Rechte verfügt. Ein vergleichbares Gleichstellungsgesetz für die Privatwirtschaft hingegen fehlt bisher. Diskriminierungsschutz und Gleichstellung wurden mit der Novellierung des Betriebsverfassungsgesetzes 2001 stattdessen als Aufgabe an die Betriebsräte weitergereicht – zusätzlich zu den vielen anderen Aufgaben, die Betriebsräte schon haben. Ansonsten setzt die Bundesregierung bisher auf Freiwilligkeit. Ihre »Vereinbarung mit den Spitzenverbänden der deutschen Wirtschaft zur Förderung der Chancengleichheit von Frauen und Männern in der Privatwirtschaft« 2001<sup>11</sup> hat bisher allerdings keinen erkennbaren Wandel einleiten können, wie die Ergebnisse des IAB-Betriebspanels<sup>12</sup> und einer Unternehmensbefragung der Hans-Böckler-Stif-

9 Eine Befragung der EU ergab, dass in Deutschland nur ein knappes Drittel der Befragten seine Rechte gegen Diskriminierung oder Belästigung zu kennen glaubt; Eurobarometer der EU-Kommission, Mai 2003, zitiert nach: DGB fordert Kultur der Antidiskriminierung, einblick 4/04, S. 5.

10 Vgl. Weg, Marianne: Macht Macht Frauen stark? Vom Frauenreferat der 1970er Jahre zu den »unabhängigen Stellen« der Richtlinien, in: König, Doris u. a. (Hrsg.): Gleiches Recht – gleiche Realität?, Loccum Protokolle 71/03, Rehburg-Loccum 2004, S. 221 ff., S. 224.

11 Zur juristischen Bewertung vgl. Laskowski, Silke Ruth: Kein Gleichstellungsgesetz für die Privatwirtschaft?, in: ZRP 2001, S. 504 ff., S. 507 f.

12 Vgl. Möller, Doris/Allmendinger, Jutta: Betriebe könnten noch mehr für die Chancengleichheit tun, IAB-Kurzbericht Nr. 12, 6. 8. 2003.

tung<sup>13</sup> zeigen. Die Vertragspartner selbst sehen das in ihrer Bilanz 2003<sup>14</sup> unter Hinweis auf verschiedene Einzelinitiativen und -erfolge allerdings anders. Damit gilt aus Sicht der Bundesregierung auch ihre Zusicherung aus Abschnitt V. der Vereinbarung weiter, keine Initiativen zu ergreifen, um die Chancengleichheit von Frauen und Männern in der Privatwirtschaft auf gesetzlichem Wege zu erreichen. Einzige Ausnahme zu dieser »Stillhaltevereinbarung« soll die Umsetzung von zwingendem EU-Recht sein. Deshalb ist die Umsetzung der drei neuen EU-Antidiskriminierungsrichtlinien die vermutlich auf absehbare Zeit die einzige Chance, in Deutschland Diskriminierungsschutz und Gleichstellungspolitik dennoch einen Schritt weiter zu bringen.

## 2. Handlungsdruck durch neue EU-Richtlinien

Derzeit geht es also um die Umsetzung von drei neuen EU-Antidiskriminierungsrichtlinien<sup>15</sup> sowie eventuell noch einer vierten, die dem Rat erst als Kommissionsvorschlag vorliegt.

### 2.1. Antirassismus-Richtlinie 2000/43/EG

Die Richtlinie 2000/43/EG vom 29. Juni 2000, umzusetzen bis zum 19. Juli 2003, zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder ethnischen Herkunft (Antirassismusrichtlinie) will den Diskriminierungsschutz aus dem Bereich Geschlecht auf Ethnie und zugeschriebene Rasse ausdehnen. Dafür nimmt sie den quasi bewährten Ansatz der Richtlinie 76/207/EWG aus dem Jahr 1976 zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen (Gleichbehandlungsrichtlinie) auf, die in Deutschland über die §§ 611 a ff. BGB umgesetzt worden ist, entwickelt ihn aber weiter.

Der Begriff der Diskriminierung wird weiter gefasst. Nach Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie genügt es bereits, wenn ein Sachverhalt die Möglichkeit oder Gefahr einer ungerichtfertigten Benachteiligung enthält, also diskriminieren kann.<sup>16</sup> Damit wurde die Rechtsprechung des EuGH zur mittelbaren Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit übernommen, die der EuGH selber bisher nicht auf Fragen

13 Vgl. Krell, Gertraude/Ortlieb, Renate: Umsetzung der »Vereinbarung zwischen der Bundesregierung und den Spitzenverbänden der deutschen Wirtschaft zur Förderung der Chancengleichheit von Frauen und Männern in der Privatwirtschaft« vom 2. 7. 2001. Ergebnisse einer Unternehmensbefragung, Berlin, Dez. 2003.

14 Vgl. BMFSFJ: Bilanz 2003 der Vereinbarung zwischen der Bundesregierung und den Spitzenverbänden der deutschen Wirtschaft zur Förderung der Chancengleichheit von Frauen und Männern in der Privatwirtschaft, Dez. 2003.

15 Ausführlichere Überblicke hierzu bei Baer, Susanne: Recht gegen Fremdenfeindlichkeit und andere Ausgrenzungen, in: ZRP 2002, S. 500 ff.; Henning, Wiebke/Baer, Susanne: Europarecht als Chance, in: STREIT 2002, S. 169 ff.; Gröner, Lizzy: Die neue EU-Gleichbehandlungsrichtlinie – ein Meilenstein für die Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern am Arbeitsplatz, in: STREIT 2002 S. 14 ff.; Schiek (Fn. 2), S. 44 ff.; Roetteken, Torsten von: Gleichberechtigung und Europarecht – alte und neue Aufgaben, in: Der Personalrat 2002, S. 12 ff.; Rust, Ursula: Neue Vielfalt der AkteurInnen, in: FrauenRat 4/02, S. 28 ff.; Thüsing, Gregor: Handlungsbedarf im Diskriminierungsrecht, in: NZA 2001, S. 1061 ff.; ders.: Religion und Kirche im neuen Antidiskriminierungsrecht, in: JZ 2004, S. 172 ff.; Weber, Claus: Das Verbot altersbedingter Diskriminierung nach der Richtlinie 2000/79/EG – eine neue arbeitsrechtliche Dimension, in: AuR 2002, S. 401 ff.; Zimmer, Reingard: Umsetzung der EU-Antidiskriminierungsrichtlinien, in: AiB 2004, S. 142 ff.

16 Vgl. Zimmer (Fn. 15), S. 145.

der Geschlechtsdiskriminierung angewandt hatte.<sup>17</sup> Auch die Richtlinie 97/80/EG über den Grundsatz der Beweislast bei der Diskriminierung wegen des Geschlechts war bisher enger gefasst. In Zukunft kann damit eine mittelbare Diskriminierung auch ohne Statistiken festgestellt werden,<sup>18</sup> wenn sich eine Benachteiligung zur Überzeugung des Gerichts aus anderen Gründen hinreichend sicher vermuten lässt. Auch Belästigungen und Anweisungen zur Diskriminierung sind nach Art. 2 Abs. 3 bzw. 4 der Richtlinie als Diskriminierung anzusehen. Positive Maßnahmen sind andererseits nunmehr ausdrücklich nach Art. 5 »zur Gewährleistung der vollen Gleichstellung in der Praxis« vom Diskriminierungsverbot ausgenommen worden.

Zudem ist der Anwendungsbereich der Antirassismusrichtlinie weiter als derjenige der alten Gleichbehandlungsrichtlinie. Selbstständige Tätigkeiten, die Mitgliedschaft in Arbeitnehmer- und Arbeitgeberorganisationen sowie Berufsverbänden, Sozialschutz und soziale Vergünstigungen sowie Bildung sind ausdrücklich eingeschlossen. Vor allem aber wird das Diskriminierungsverbot in Art. 3 Abs. 1 h erstreckt auf »den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum«. Diese Ausweitung darf aus der Sicht des deutschen Antidiskriminierungsrechts getrost als Sensation bezeichnet werden. Denn für das Zivilrecht stand man in Deutschland bisher auf dem Standpunkt, dass die grundgesetzlichen Diskriminierungsverbote nicht direkt gelten, sondern in das Zivilrecht lediglich über zivilrechtliche Generalklauseln wie Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) oder Treu und Glauben (§ 242 BGB) einstrahlen könnten (mittelbare Drittwirkung von Grundrechten). Damit ist ein Diskriminierungsschutz im deutschen Zivilrecht bisher über die seltenen ausdrücklichen Diskriminierungsverbote<sup>19</sup> und den Kontrahierungszwang bei Monopolanbietern hinaus nur in Ausnahmefällen gegeben und insbesondere der diskriminierend verweigerte Vertragschluss nicht erfasst.<sup>20</sup>

Schließlich wurden neue Umsetzungsinstrumente geschaffen: eine Verbandsbeteiligung an Gerichts- und Verwaltungsverfahren wegen Diskriminierung (Art. 7 Abs. 2), der soziale Dialog zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmer bis hin zum Abschluss eigener Antidiskriminierungsvereinbarungen (Art. 11), der Dialog mit Nichtregierungsorganisationen (Art. 12) sowie die Errichtung einer oder mehrerer unabhängiger Stellen zur Verwirklichung der Gleichbehandlung (Art. 13). Auf diesem Weg könnte der Kampf gegen Diskriminierung aus seiner bisherigen strikten Bindung an Einzelfälle gelöst und auf eine institutionelle, teilweise auch kollektive Ebene verlagert werden. Gruppenrechte allerdings, das darf nicht übersehen werden, normieren die EU-Richtlinien damit nicht. Es geht unverändert um individuellen Rechtsschutz gegen gruppenbezogene Benachteiligung.<sup>21</sup>

In Erinnerung an die zähen Auseinandersetzungen zwischen dem EuGH und dem deutschen Gesetzgeber um die anfangs sehr schwachen Sanktionen in § 611 a BGB wird schließlich in Art. 15 ausdrücklich vorgeschrieben: »Die Sanktionen, die auch Schadensersatzleistungen an die Opfer umfassen können, müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein.«

17 Vgl. von Roetteken (Fn. 15), S. 15.

18 Vgl. Schiek (Fn. 2), S. 47, die hierin auch Nachteile erkennen will.

19 Selbst § 81 e VAG, der sich gegen unmittelbare Preis- und Prämienendifferenzierungen wegen der Staatsangehörigkeit oder der ethnischen Zugehörigkeit wendet, richtet sich nur an die Aufsicht der Versicherungswirtschaft und kann nur über die allgemeine AGB-Kontrolle auch gegen die Versicherungsverträge selber eingewandt werden; vgl. Schiek (Fn. 7), S. 361.

20 Vgl. die ausführliche Kasuistik bei Schiek (Fn. 7).

21 Vgl. Henning/Baer (Fn. 15), S. 171.

Die Richtlinie 2000/78/EG vom 27. November 2000, umzusetzen bis 2. Dezember 2003, zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (Rahmenrichtlinie Beschäftigung und Beruf) hat die alte Gleichbehandlungsrichtlinie aus dem Jahr 1976, aber einschließlich der Verbesserungen durch die neue Antirassismusrichtlinie zum Vorbild genommen und erstreckt deren Diskriminierungsschutz jetzt auch auf die Merkmale Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Ausrichtung. Ihr Anwendungsbereich ist allerdings mit »Beschäftigung und Beruf« (Art. 1) deutlich enger als der der Antirassismusrichtlinie: Der Bereich der sozialen Sicherheit wird ausdrücklich ausgeschlossen (Art. 3 Abs. 3), Güter und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, sind nicht einbezogen.

Kirchen bekommen für ihre beruflichen Anforderungen in Art. 4 Ausnahmen zugebilligt, die aber nicht unbedingt die arbeitsrechtliche Sonderstellung widerspiegeln müssen, die für Kirchen bisher im deutschen Recht als Tendenzschutz durch die Rechtsprechung anerkannt sind. Insbesondere die Vorbehalte vieler Religionsgemeinschaften gegenüber Homosexuellen werden sich künftig EU-rechtlich einer kritischen Überprüfung unterziehen lassen.<sup>22</sup>

Zugunsten Behinderter formuliert Art. 5 über Gleichbehandlung hinaus sogar gegenüber den Arbeitgebern einen Gleichstellungsanspruch, »es sei denn, diese Maßnahmen würden den Arbeitgeber unverhältnismäßig belasten«. Das ist mehr, als das heutige SGB IX verlangt, weil dessen Gleichstellungsverpflichtungen für Arbeitgeber bisher auf die vorgegebene Beschäftigungsquote begrenzt bleiben.<sup>23</sup>

Alter wird derzeit in Deutschland überhaupt noch nicht ernsthaft als Anknüpfungspunkt von Diskriminierung wahrgenommen. Die unzähligen Altersgrenzen gerade im öffentlichen Dienst sind bisher höchstens unter dem Gesichtspunkt der Diskriminierung von Frauen nach der Kinderphase problematisiert worden. Das Senioritätsprinzip ist bislang im deutschen Arbeitsrecht fest verankert, obwohl es Jüngere und oft auch Frauen benachteiligt. Die Lockerungen bei der Befristung durch § 14 Abs. 3 TzBfG sowie Verschlechterungen beim Kündigungsschutz Älterer wurden von der Politik bisher schlicht als Förderung klassifiziert. Die Rahmenrichtlinie sieht jetzt einerseits in Art. 4 Abs. 1 allgemeine Ausnahmen für alle ihre Merkmalsgruppen vor, »wenn das betreffende Merkmal aufgrund der Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt«. Art. 6 formuliert darüber hinaus für das Merkmal Alter weitere Ausnahmen bei beruflicher Eingliederung, Förderung bzw. Schutz, Mindestalter oder Höchstalter sowie Altersgrenzen in Systemen sozialer Sicherheit, auf welche hier nicht im Detail eingegangen werden kann.

Die Richtlinie könnte eine Diskussion darüber eröffnen, ob eine Privilegierung von Seniorität, das Einfordern von Jugendlichkeit oder eine angebliche Beschäftigungsförderung durch Schutzabbau wegen des Alters diskriminieren. Sachlich gerechtfertigter Schutz bestimmter Altersgruppen, notwendige Berufserfahrung oder die Honorierung von Unternehmenstreue werden als Argumente künftig jedenfalls deutlicher in den Vordergrund treten müssen<sup>24</sup> und heutige Altersdifferenzierungen auf ihre rationalen Grundlagen zurückführen.

<sup>22</sup> Vgl. Baer (Fn. 15), S. 503; a. A. Thüsing 2004 (Fn. 15), S. 179.

<sup>23</sup> Vgl. Thüsing 2001 (Fn. 15), S. 1063.

<sup>24</sup> Vgl. dazu Weber (Fn. 15), S. 403 ff.

Wie schon in der Antirassismusrichtlinie soll es auch hier eine Verbandsbeteiligung bei Klagen (Art. 9 Abs. 2), den sozialen Dialog (Art. 13) und den Dialog mit Nichtregierungsorganisationen (Art. 14) geben. Die Einrichtung einer unabhängigen Stelle ist jedoch nicht vorgesehen.

### 2.3. Antidiskriminierungsrichtlinie Geschlecht 2002/73/EG

Geschlecht war damit plötzlich von allen Gruppenmerkmalen EU-rechtlich am schwächsten vor Diskriminierung geschützt. Deshalb wurde die Richtlinie 2002/73/EG vom 23. September 2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG (Antidiskriminierungsrichtlinie Geschlecht), umzusetzen bis 5. Oktober 2005, nachgeschoben. Damit sollen die neuen, erweiterten Definitionen von Diskriminierung künftig auch für das Merkmal Geschlecht Anwendung finden (Art. 2 Abs. 2). Die neuen Durchsetzungsinstrumente Verbandsbeteiligung bei Klagen (Art. 6 Abs. 3), unabhängige Stelle (Art. 8 a), sozialer Dialog (Art. 8 b) und Dialog mit Nichtregierungsorganisationen (Art. 8 c) werden ebenfalls für das Merkmal Geschlecht übernommen.

Neben unerwünschten merkmalsbezogenen Verhaltensweisen im Sinne von Mobbing, wie sie schon Antirassismus- und Rahmenrichtlinie als Diskriminierung einstuften, wird auch die sexuelle Belästigung als Geschlechtsdiskriminierung eingestuft. Nach Art. 2 Abs. 2 soll es dabei um »unerwünschtes Verhalten sexueller Natur« gehen, »das sich in unerwünschter verbaler, nicht-verbaler oder physischer Form äußert und das bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird«. Die Zurückweisung oder Duldung solcher Verhaltensweisen durch die betreffende Person darf nach Art. 2 Abs. 3 nicht als Grundlage für eine Entscheidung herangezogen werden, die diese Person berührt. Vorsatz des Täters und erkennbare Ablehnung durch das Opfer dürfen anders als bisher im deutschen Beschäftigungsschutzgesetz somit europarechtlich künftig nicht mehr gefordert werden. Die Grenze zwischen Mobbing und sexueller Belästigung wird fließend.

Eine Benachteiligung wegen Schwangerschaft oder Mutterschaftsurlaub gilt nunmehr ausdrücklich auch als Geschlechtsdiskriminierung (Art. 2 Abs. 7). Damit müsste der langjährige Streit zwischen EuGH und BAG über die Einstellung Schwangerer europarechtlich nunmehr endgültig zugunsten des EuGH und seines umfassenderen Schutzes Schwangerer entschieden sein. Ein besonderer Vaterschaftsurlaub wird ausdrücklich für zulässig erklärt.

Über Antirassismus- und Rahmenrichtlinie hinaus gehend wird das Viktimisierungsverbot (Maßregelungsverbot) in Art. 7 erstreckt auf Arbeitnehmervertreter, die sich zugunsten der diskriminierten Person eingesetzt haben.

### 2.4. Richtlinienvorschlag Gleichbehandlung von Frauen und Männern bei Gütern und Dienstleistungen KOM (2003) 657

Der Richtlinienvorschlag »zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Frauen und Männern beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen« KOM (2003) 657 vom 5. November 2003 der Kommission an den Rat möchte das Verbot von Geschlechtsdiskriminierung nach dem Vorbild der Antirassismusrichtlinie auch auf öffentlich angebotene Güter und Dienstleistungen, also allgemeines Privatrecht, erstrecken. Diese Richtlinie wurde allerdings vom alten

EU-Rat nicht mehr verabschiedet. Im Herbst 2004 ist nun die Amtszeit der alten Kommission ausgelaufen und fraglich, wie die neue Kommission diesen Vorschlag weiter verfolgen wird. Angesichts der erweiterungsbedingten Vergrößerung der EU-Organen dürften die Chancen zur unveränderten Verabschiedung dieser letzten, vierten Antidiskriminierungsrichtlinie künftig nicht gerade steigen, zudem nach Art. 13 EGV im Rat Einstimmigkeit erforderlich ist. Gegen ihre Verabschiedung steht, gerade auf deutscher Seite, der massive Widerstand der Versicherungswirtschaft gegen Unisex-Tarife.

### 3. Vom Gender- zum Diversity-Ansatz

Durch die neuen EU-Antidiskriminierungsrichtlinien wird der EU-Diskriminierungsschutz vom Ein-Merkmal-Ansatz (Geschlecht) zu einem Diversity-Konzept weiter entwickelt. Neben Geschlecht sind jetzt auch die Merkmale Ethnie, (angebliche) Rasse, Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Ausrichtung EU-rechtlich unzulässige Anknüpfungspunkte für eine unterschiedliche Behandlung. Einerseits verlieren das Merkmal Geschlecht und die Frauen dadurch ihre bisherige privilegierte Stellung im EU-Antidiskriminierungsrecht. Andererseits wurde dem bisherigen Verbot von Geschlechtsdiskriminierung häufig vorgehalten, dass es vor allem die weiße, »normale« Mittelstandsfrau zum Maßstab nehme und für andere Formen gesellschaftlicher Benachteiligung, selbst in Gestalt von Frauendiskriminierung, blind bleibe. Der Vorwurf von der »Karrierefrau«, welche quasi auf Kosten von Müttern, Migrantinnen und Behinderten zu unrecht durch Quoten gepuscht würde, markiert hier auf etwas schiefe Art schon seit langem einen ethisch-politischen Dissens – selbst unter Frauen.

Der neue Diversity-Ansatz auf EU-Ebene entzieht solchen Befürchtungen und Konkurrenzen im Diskriminierungsbereich jetzt den juristischen Boden, indem er alle derzeit gesellschaftlich relevanten Diskriminierungen einbezieht. Zwar genießt das Verbot der Geschlechtsdiskriminierung nicht nur im Grundgesetz, sondern auch in den EU-Verträgen eine Sonderstellung, zumindest bei Arbeit und Beruf: Nach Art. 13 EGV »kann« der Rat einstimmig gegen Diskriminierungen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung vorgehen. Nach Art. 141 Abs. 3 EGV, der Nachfolgerin der historisch ersten Antidiskriminierungsnorm des Art. 119 EWGV, »beschließt« der Rat jedoch in Arbeits- und Beschäftigungsfragen mit Mehrheit Maßnahmen zur Gewährleistung von Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen. Insofern räumt das EU-Recht, historisch und systematisch betrachtet, dem Schutz vor Geschlechtsdiskriminierung einen gewissen Vorrang vor anderen Arten des Diskriminierungsschutzes ein.

Tatsächlich wurden allerdings durch die Antirassismusrichtlinie im Jahr 2000 im Zivilrecht die Merkmale zugeschriebene Rasse und Ethnie im Diskriminierungsschutz sogar besser gestellt als Geschlecht, obwohl sie in Art. 13 gemeinsam mit Geschlecht aufgeführt werden. 2003 ist die Kommission dann mit ihrem Richtlinien-vorschlag Gleichbehandlung bei Gütern und Dienstleistungen bei Geschlecht wieder angleichend nach oben tätig geworden. Hier zeigt sich, dass der Kampf gegen Geschlechtsdiskriminierung durch die Ausdehnung auf andere Diskriminierungsmerkmale keineswegs geschwächt wird: Geschlechtsdiskriminierung ist trotz ihres nahezu unveränderten Fortbestehens in der aktuellen politischen Diskussion leider kein Problem, das Mehrheiten wirklich elektrisiert. Das Anwachsen von Rassismus

und Ausländerfeindlichkeit in der EU hingegen wurde angesichts der anstehenden EU-Erweiterung, aber auch im Dialog mit Drittstaaten wie Israel als politisch so brisant eingestuft, dass mit einem neuem, erweiterten Diskriminierungsschutz schnell reagiert werden sollte. Solche Verbesserungen dynamisieren dann anschließend, wie man sehen kann, auch die juristische Diskussion um Geschlechtsdiskriminierung wieder. Insofern kann das Merkmal Geschlecht und können Frauen von dem neuen Diversity-Ansatz der EU ganz unverkennbar profitieren.

Nach dem Geschlecht aufgeschlüsselte Untersuchungen zur Situation anderer gesellschaftlich benachteiligter Gruppen wie Behinderte oder Migranten zeigen, dass auch innerhalb dieser Gruppen nochmals nach Geschlecht benachteiligt wird. Und innerhalb der Gruppe der Frauen unterliegen z. B. Behinderte oder Migrantinnen stärkeren oder zusätzlichen gesellschaftlichen Benachteiligungen. Ein Diversity-Ansatz im Antidiskriminierungsrecht bietet gute Möglichkeiten, Probleme von Mehrfachdiskriminierung besser zu erfassen als bisher. Die EU-Richtlinien selber nehmen zum Fall der Mehrfachdiskriminierung allerdings nicht explizit Stellung. Zu denken wäre bei Mehrfachdiskriminierung an eine Verschärfung der Sanktionen durch den nationalen Gesetzgeber. Auch eine Diskriminierungsverlagerung, wenn z. B. zur Rechtfertigung einer Benachteiligung auf Anforderungen des Islams als Religion verwiesen wird, in Wahrheit aber die Hautfarbe oder die Herkunft aus einem islamischen Land ausschlaggebend ist, kann über den Diversity-Ansatz besser aufgefangen werden als bisher.

#### 4. *Abgestufte Schutzniveaus in der Umsetzung*

Voraussetzung für die Implementation eines solchen Diversity-Ansatzes mit positiven Wechselwirkungen und Ergänzungen ist allerdings, dass der Diskriminierungsschutz in der nationalstaatlichen Umsetzung möglichst aus einem Guss und auf demselben Niveau für alle Merkmale betrieben wird. Die Divergenzen im Schutzniveau der EU-Vorgaben müssten dabei ausgeglichen werden. Auch sollten die anfangs aufgelisteten Kardinalmängel des bisherigen Diskriminierungsschutzes bei Beweislast und Sanktionen nicht einfach im ausgeweiteten Diskriminierungsschutz fortgeschrieben werden. Gerade Letzteres ist jedoch im jetzt vorliegenden Entwurf eines Antidiskriminierungsgesetzes der Fall.

Entworfen hat die Projektgruppe EuRi im BMFSFJ zudem ein Artikelgesetz, das in vier Teile zerfällt: Art. 1 Gesetz über die Stelle des Bundes zum Schutz vor Diskriminierungen (Antidiskriminierungsstellengesetz – ADStG), Art. 2 Gesetz zum Schutz vor Diskriminierungen in Beschäftigung und Beruf (Arbeitsrechtliches Antidiskriminierungsgesetz – AADG), Art. 3 Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuches (Regelungen zum Schutz vor Diskriminierungen im Zivilrecht) und Art. 4 Folgeänderungen. Damit soll es für den arbeitsrechtlichen und den zivilrechtlichen Bereich getrennte gesetzliche Regelungen geben und nur für das Arbeitsrecht ein eigenständiges Antidiskriminierungsgesetz geschaffen werden. Das zivilrechtliche Diskriminierungsverbot bei Gütern und Dienstleistungen soll in das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) hinter § 319 BGB als neuer Untertitel 5 »Unzulässige Benachteiligungen« integriert werden. Es dürfte für Rechtsunkundige dann ähnlich unsichtbar und unbekannt bleiben wie das bisherige sog. arbeitsrechtliche EG-Anpassungsgesetz mit seinen §§ 611 a ff. BGB.

Hinzu kommt, dass im derzeitigen Entwurf eines Antidiskriminierungsgesetzes unterschiedliche Schutzniveaus für die einzelnen Merkmale bestehen bleiben. Das

gilt für den zivilrechtlichen Teil im Vergleich zum arbeitsrechtlichen Teil, stellenweise aber auch innerhalb beider Bereiche. Der Gesetzgeber hat die Differenzen zwischen den EU-Richtlinien im Entwurf nur zum Teil nach oben angeglichen. Die Chance zur Implementierung eines deutlich sichtbaren, umfassenden und durch seine Einheitlichkeit schlagkräftigen Diversity-Ansatzes wird im Entwurf nicht beherzt ergriffen, wie im Folgenden genauer gezeigt werden soll.

#### 4.1. Neues zivilrechtliches Antidiskriminierungsrecht – geschlechtsdiskriminierend?

Einerseits sollen im Entwurf nur die drei bereits im Rat beschlossenen Antidiskriminierungsrichtlinien umgesetzt werden, nicht aber der Kommissionsvorschlag zur Gleichbehandlung von Frauen und Männern bei Gütern und Dienstleistungen KOM(2003) 657. Im Ergebnis wird damit Geschlecht ebenso wie Religion, Weltanschauung, Alter und sexuelle Ausrichtung auch künftig im allgemeinen Zivilrecht nicht ausdrücklich gegen Diskriminierung geschützt werden. Andererseits wird Behinderung auch ohne Richtlinien-Vorgabe der EU in den neuen zivilrechtlichen Diskriminierungsschutz einbezogen. Dadurch wird deutlich, dass es in dem Entwurf nicht um eine bloße Umsetzung der Richtlinien eins zu eins geht. Die Ministerien haben vielmehr auf Grund eigener Wertungen Abstufungen im Diskriminierungsschutz bei den verschiedenen Merkmalen aus den EU-Richtlinien vorgenommen, wobei zugeschriebene Rasse/Ethnie und Behinderung im Zivilrecht ausdrücklich gegen Diskriminierung geschützt werden sollen, Geschlecht aber nicht. Der umfassende Ansatz aus dem zivilrechtlichen Diskussionsentwurf 2001,<sup>25</sup> der noch alle durch die Antidiskriminierungsrichtlinien erfassten Merkmale einbeziehen wollte, wird also vom derzeitigen Entwurf nicht wieder aufgenommen.

Doch entspricht eine solche Schutzdifferenz zu Lasten des Merkmals Geschlecht den Vorgaben des Grundgesetzes? Denn das Grundgesetz privilegiert, wie eingangs dargestellt, durch Art. 3 Abs. 2 gerade das Geschlecht vor allen anderen Anknüpfungspunkten für Diskriminierung und bindet damit den nationalen Gesetzgeber. Dagegen kann nicht eingewandt werden, dass das prinzipiell höherrangige EU-Recht mit der Richtlinie 2000/43/EG eben nur zugeschriebene Rasse und Ethnie im Zivilrecht geschützt sehen wolle, während die übrigen Richtlinien zu diesem Punkt schwiegen. Denn alle drei Richtlinien formulieren ausdrücklich nur Mindestanforderungen, die der nationale Gesetzgeber jederzeit zugunsten eines besseren Diskriminierungsschutzes überschreiten darf und im Fall der Behinderten im Zivilrecht ja auch überschritten hat.

Die Begründung des Entwurfs liefert keine Erklärung. Im Gegenteil wird einleitend sogar festgestellt, dass »ganz offensichtlich« alle Diskriminierungsmerkmale geschlechtsspezifisch wirkten. Auffällig ist in der Begründung, dass die besonderen Schutznormen zugunsten des Merkmals Geschlecht, Art. 3 Abs. 2 GG sowie Art. 141 EGV, gar nicht erwähnt werden. Bezogen wird sich allein auf Art. 3 Abs. 3 GG und Art. 13 EGV, also Normen, die Geschlechtsdiskriminierung nur auf gleicher Ebene neben anderen Diskriminierungen aufzuführen. Hat der Gesetzgeber im Entwurf die Privilegierung des Merkmals Geschlecht in EGV und Grundgesetz aus dem Auge verloren? Doch selbst angesichts der bloßen Gleichbehandlung in den vom Entwurf

<sup>25</sup> Vgl. BMJ: Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Verhinderung von Diskriminierungen im Zivilrecht, 10. 12. 2001, auszugsweise abgedruckt, in: DB 2002, S. 470 f.

genannten Normen müsste besonders begründet werden, warum künftig im Zivilrecht nur Ethnie, angebliche Rasse und Behinderung vor Diskriminierung geschützt werden sollen, Geschlecht aber nicht.

Inhaltlich kaum überzeugend ist hierzu eine Erklärung der Bundesjustizministerin Zypries:<sup>26</sup> Es habe am Entwurf der letzten Legislaturperiode »massive Kritik« gegeben (zutreffend). Die Merkmale »Rasse«/Ethnie und Geschlecht seien nicht vergleichbar und deshalb nicht gleich zu regeln. Während bei Ethnie und »Rasse« praktisch jede Unterscheidung diskriminierend und damit auch sozial verwerflich sei, sehe dies beim Merkmal Geschlecht ganz anders aus. Unterscheidungen nach dem Geschlecht seien bei bestimmten Dienstleistungen, die sich nur an Frauen richteten, wie Fitnessstudios, Finanzberatungen, Frauenhotels oder Damenfrisöre, sozial höchst wünschenswert, ließen sich aber in einem Antidiskriminierungsgesetz nur durch generalklauselartige oder sehr detaillierte Ausnahmebestimmungen erfassen, was beides unpraktikabel sei (in Staaten mit entsprechendem Diskriminierungsschutz<sup>27</sup> aber offenbar geregelt werden kann). Ein umfassendes Antidiskriminierungsgesetz beschränke die liberale bürgerliche Freiheit, ungleich behandeln zu dürfen, (zutreffend) und würde zudem lediglich zur political correctness bloß vorgeschobener Begründungen führen (ein Problem jeden Diskriminierungsschutzes). Zudem sehe sie im Privatrecht kaum Handlungsbedarf, weil es keine Fälle gäbe (ohne Verbot und Klagemöglichkeit auch keine Fälle) und die vorhandenen meist schon nach geltendem Recht verboten seien (nur dass dieses geltende Recht oft unbekannt und zumeist nur Richterrecht auf der Basis von Generalklauseln ist).

Tatsächlich gibt es auch im Privatrecht genug Fälle von Geschlechtsdiskriminierung, wenn Frauen schwieriger und zu schlechteren Bedingungen Kredite bekommen als Männer, wenn Wohnungen nicht an allein erziehende Frauen oder junge Männer vermietet werden, wenn die Damenfrisur bei vergleichbarem Schnitt mehr kostet als die Herrenfrisur und die Reinigung einer Damenbluse mehr als die eines Herrenhemdes, wenn insbesondere Frauen höhere Beiträge für ihre private Kranken- oder Rentenversicherung zahlen müssen als Männer. Geschlecht ist ein mit negativen Zuschreibungen verbundenes Merkmal, das genauso wenig der persönlichen Disposition unterliegt wie »Rasse«, Ethnie oder Behinderung und daher von Verfassungswegen nicht schlechter geschützt werden darf als diese Merkmale, auch wenn Letztere derzeit politisch stärker im Brennpunkt der öffentlichen Aufmerksamkeit stehen.

Letztlich geht es darum, ob und wie weit das Zivilrecht, insbesondere Privatautonomie und Vertragsfreiheit, auch außerhalb des Arbeitsrechts einer stärkeren Diskriminierungskontrolle unterzogen werden soll und darf. Die Diskussion um einen verbesserten zivilrechtlichen Antidiskriminierungsschutz lässt sich auf die Frage nach dem Verhältnis zwischen Freiheit und Gleichheit<sup>28</sup> bzw. individueller Selbstbestimmung und sozialstaatlichem Paternalismus<sup>29</sup> zuspitzen. Kritiker der Antidiskriminierungsgesetzgebung sehen in ihr die »staatlich oktroyierte Moral einer egalitaristischen Rechts- und Güterverteilung«, die »Freiheit durch Zwang« ersetze und »mit der

26 Vgl. Zypries, Brigitte: Diskriminierungsschutz mit Augenmaß, Rede anlässlich der Veranstaltung »Reform des Diskriminierungsschutzes in Europa – Wo steht Deutschland?«, der FU Berlin und der Vertretung der Europäischen Kommission in Deutschland, 24. 6. 2004, [www.lglf.de/antidiskriminierung/information/zypiresrede.htm](http://www.lglf.de/antidiskriminierung/information/zypiresrede.htm) (8. 7. 2004).

27 Ein privatrechtlicher Diskriminierungsschutz ist in den USA, aber auch zahlreichen Mitgliedstaaten der EU längst etabliert, vgl. Neuner, Jörg: Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, in: JZ 2003, S. 57 ff., S. 57 m. w. N. Ausführlich zu Großbritannien und den Niederlanden Schiek (Fn. 7), S. 93 ff.

28 Vgl. Ansatz bei Baer, Susanne: »Ende der Privatautonomie« oder grundrechtlich fundierte Rechtsetzung?, in: ZRP 2002, S. 290 ff.

29 Vgl. Ansatz von Picker, Eduard: Antidiskriminierungsgesetz – Der Anfang vom Ende der Privatautonomie?, in: JZ 2002, S. 880 ff.

Privatautonomie den entscheidenden Motor des Fortschritts« behindere und dadurch den materiellen Wohlstand als die Realbedingung jeder Freiheit gefährde.<sup>30</sup> Eine derartige Polarität von Freiheit und Gleichheit lässt sich heute jedoch schon vom Ansatz her nicht mehr aufrechterhalten. So betonen Wiedemann und Thüsing zu Recht unter Verweis auf die Bürgschaftsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass Art. 2 GG die beiderseitige Vertragsfreiheit gewährleiste, also auch die Vertragsfreiheit der Seite, die durch Diskriminierung daran gehindert sei, ihr formal bestehendes Recht auszuüben.<sup>31</sup> Der Tod der Privatautonomie droht daher nach Neuner »nicht nur durch übermäßige Intervention in die Freiheitsrechte, sondern auch durch unzureichende Berücksichtigung jener materialen Freiheitsbedingungen, zu denen ... der Schutz vor Diskriminierung essentiell gehört.«<sup>32</sup> Ähnlich argumentiert Schiek, wenn sie die Vertragsfreiheit als eine »präformierte Freiheit« bezeichnet, deren Inhalt immer erst durch Recht zu bestimmen sei, und als »kontextuelle Freiheit«, die immer auch einen Vertragspartner brauche und insofern die Anerkennung sozialer Bindungen nahe lege.<sup>33</sup>

Dies gilt umso mehr, wenn man einbezieht, dass der Staat derzeit seine Leistungsangebote immer weiter privatisiert und damit aus den Bindungen des öffentlichen Rechts löst und in den Bereich der Privatautonomie verschiebt. Die Pflicht zur privaten Pflegeversicherung und die Senkung künftiger Ansprüche an die öffentlichen Rentenkassen, flankiert nur durch die freiwillige private Riesterreente, markieren eine neue Qualität der Privatisierung. Inzwischen werden nicht mehr Rand-, sondern Kernbereiche des Sozialstaates in das private Recht entlassen. Wenn aber der Staat Kernbereiche seiner ihm verfassungsmäßig aufgegebenen Sozialstaatlichkeit auf den privaten Markt der Güter und Dienstleistungen verlagert, muss er dort zugleich auch regulierend und kontrollierend eingreifen, wo es notwendig ist, um seinen sozialstaatlichen Verpflichtungen weiterhin gerecht zu werden.<sup>34</sup> § 110 I Nr. 1 lit. d SGB XI, der eine geschlechtsbezogene Staffelung der Beiträge zur Pflegeversicherung verbietet, ist bereits Ergebnis einer solchen sozialstaatlichen Interventionspflicht. Nach harter öffentlicher Kritik an Geschlechtsdiskriminierung in der staatlich geförderten Riesterreente wird über Art. 7 des neuen Alterseinkünftegesetzes zumindest ab 2006 auch in der Riesterreente eine Differenzierung nach dem Geschlecht untersagt. Ein vergleichbares ausdrückliches Diskriminierungsverbot gehört unter dem Gesichtspunkt eines Erhalts sozialstaatlicher Bindungen in Kernbereichen von Sozialstaatlichkeit inzwischen auch in gesetzliche Vorgaben für die privaten Kranken-, Lebens- und Rentenversicherungen. Das wäre auch dann als gesetzgeberische Klarstellung wichtig, wenn deren nach Geschlechtern differenzierende Tarife schon heute nach §§ 138, 242 BGB rechtswidrig sein sollten.<sup>35</sup>

Aber selbst, wenn man die alte, liberale Polarität von Freiheit und Gleichheit beibehalten wollte, gilt die Privatautonomie als Recht, Privatrechtsverhältnisse zu begründen und nach eigenem Willen zu gestalten, nicht schrankenlos. Das macht ihre verfassungsrechtliche Grundlage in Art. 2 Abs. 1 GG mit dem Hinweis auf die Rechte

<sup>30</sup> Vgl. Picker (Fn. 29), S. 882.

<sup>31</sup> Vgl. Wiedemann, Herbert/Thüsing, Gregor: Fragen zum Entwurf eines zivilrechtlichen Anti-Diskriminierungsgesetzes, in: DB 2002, S. 463 ff., S. 463.

<sup>32</sup> Neuner (Fn. 27), S. 59.

<sup>33</sup> Vgl. Schiek, Dagmar: Antidiskriminierungsrecht im Spannungsfeld zwischen Privatautonomie und gesellschaftlicher Verantwortung, Beitrag zu einem öffentlichen Fachgespräch am 27. Mai 2003, unveröffentlichtes Papier, S. 3 unter Hinweis auf ihre sehr viel differenzierteren Ausführungen in Schiek (Fn. 7), S. 289 ff.

<sup>34</sup> So zumindest für das Existenzminimum auch Neuner (Fn. 27), S. 60.

<sup>35</sup> Zur Begründung siehe Wrase, Michael/Baer, Susanne: Unterschiedliche Tarife für Männer und Frauen in der privaten Krankenversicherung – ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Grundgesetzes, in: NJW 2004, S. 1623 ff.

anderer und die verfassungsmäßige Ordnung deutlich. Die internationalen Abkommen zum Schutz der Menschenrechte und zum Schutz vor Diskriminierung, denen Deutschland beigetreten ist, markieren neben den deutschen Grundrechten und auch über diese hinaus solche Rechte anderer. Die Einführung eines expliziten Diskriminierungsschutzes auch in das Zivilrecht ist insofern kein Konzeptionsbruch, sondern die Fortschreibung einer Entwicklung, die bereits durch die internationalen, EU-rechtlichen und grundgesetzlichen Bindungen des deutschen Rechts angelegt ist.<sup>36</sup> Dem deutschen Gesetzgeber bleibt angesichts solcher Bindungen heute nur noch ein schmaler Gestaltungsspielraum. Zu diesem gehört es wegen der Gleichbehandlung der Merkmale Ethnie und Geschlecht in Art. 13 EGV und Art. 3 Abs. 3 GG sowie des besonderen Gleichstellungsauftrages aus Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG<sup>37</sup> nicht, Geschlecht beim Diskriminierungsschutz schlechter als Ethnie und Behinderung zu stellen.

#### 4.2. Abgestufter Schutz innerhalb des Arbeits- bzw. Zivilrechts

Zumindest im arbeitsrechtlichen Teil des Entwurfs (Art. 2) soll es künftig mit dem Entwurf eines Arbeitsrechtlichen Antidiskriminierungsgesetzes (AADG-E) ein eigenes Antidiskriminierungsgesetz geben, welches ganz im Sinne eines Diversity-Ansatzes neben Geschlecht die Merkmale zugeschriebene Rasse, ethnische Herkunft, Geschlecht, Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Identität einbezieht. Warum der AADG-E dabei durchgängig von »Benachteiligung« und nicht wie die EU-Richtlinien von »Diskriminierung« spricht, bleibt allerdings sein Geheimnis. Der Begriff Diskriminierung kommt im AADG-E nur in der Namensgebung und in der zivilrechtlichen Novelle gar nicht vor. Das erstaunt und verwirrt. Das bisherige Beschäftigtenschutzgesetz wurde in den Entwurf integriert, weil die Antidiskriminierungsrichtlinie Geschlecht sexuelle Belästigung in Art. 2 Abs. 3 als Geschlechtsdiskriminierung definiert. Bisher galt sexuelle Belästigung nach dem Beschäftigtenschutzgesetz (BeschSchG) nur als Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten oder Dienstvergehen (§ 2 Abs. 3 BeschSchG). Die bisherigen Arbeitgeberpflichten aus dem BeschSchG samt neu einzuführender Entschädigungsansprüche sollen künftig bei allen Diskriminierungsarten gelten, also auch, wo Mobbing bisher ungeregelt war oder Diskriminierung nicht entschädigungspflichtig, eine Verbesserung für alle Diskriminierungsopfer. Schutz vor sonstigem merkmalsbezogenen Mobbing und vor sexueller Belästigung dürften nach dem Entwurf künftig nicht mehr genau trennbar sein, wie schon in den EU-Richtlinien angelegt. Das entspricht den praktischen Erfahrungen, wo die Grenzziehung schon immer fließend war. Hier wird mit dem Diversity-Schutz also Ernst gemacht. Alle Diskriminierten können künftig davon profitieren, dass die Frauenbewegung in der Vergangenheit immer wieder öffentlich gemacht hat, dass sexuelle Belästigung trotz ihrer verharmlosenden Bezeichnung kein Kavaliersdelikt ist, sondern ihre Opfer in elementaren Rechten verletzt und ihnen schwersten Schaden zufügen kann.<sup>38</sup> Bei den Ausnahmen vom Verbot unterschiedlicher Behandlung bezogen auf die beruflichen Anforderungen differenziert der Entwurf in § 5 AADG-E allerdings beim Schutzniveau erneut nach Merkmalen: Bei Geschlecht wird weiterhin wie in

<sup>36</sup> Im Ergebnis ebenso Baer (Fn. 28), Neuner (Fn. 27), Wiedemann/Thüsing (Fn. 31).

<sup>37</sup> Zur Interpretation vgl. Kokott, Juliane: Zur Gleichstellung von Mann und Frau – Deutsches Verfassungsrecht und europäisches Gemeinschaftsrecht, in: NJW 1995, S. 1049 ff.; König, Doris: Die Grundgesetzänderung in Art. 3 Abs. 2 GG, in: DÖV 1995, S. 837 ff.

<sup>38</sup> Grundlegend insbesondere Baer, Susanne: Würde oder Gleichheit?, Baden-Baden 1995.

§ 611 a Abs. 1 Satz 2 BGB gefordert, dass ein bestimmtes Geschlecht »unverzichtbare Voraussetzung« für die Tätigkeit sein müsse, um eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen zu können. Bei allen anderen Merkmalen wird nur eine »wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung« verlangt und damit die Formulierung aus den EU-Richtlinien übernommen. Es wäre jedoch angebracht, zumindest die Merkmale angebliche Rasse und Ethnie von dem in Deutschland bereits bestehenden, etwas höheren Schutzniveau bei Geschlecht profitieren zu lassen, weil diese Differenzierungsmerkmale von vergleichbarer gesellschaftspolitischer Brisanz sind.

Der Anwendungsbereich des geplanten zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots ist nicht nur auf die Merkmale »Rasse«, ethnische Herkunft und Behinderung beschränkt. Der Entwurf differenziert danach beim Schutzniveau noch weiter. Bei »Rasse« und Ethnie sind nach § 319 c BGB-E erfasst: der Zugang zu und die Versorgung mit Waren, Grundstücken, Wohnraum und anderen Leistungen, die öffentlich zum Vertragsschluss angeboten werden; gesundheits- und bildungsbezogene Leistungen; Mitgliedschaft und Mitwirkung in privatrechtlichen Vereinigungen, deren Mitglieder einer bestimmten Berufsgruppe angehören. Das entspricht den Vorgaben der Antirassismusrichtlinie.

Bei Behinderung sollen viel enger in § 319 d BGB-E nur Verbrauchergeschäfte erfasst werden, »die regelmäßig in einer Vielzahl von Fällen zu gleichen Bedingungen zustande kommen«. Gemeint sind laut Begründung Massengeschäfte des täglichen Lebens, wie sie der Handel, Hotels, Gaststätten und andere Dienstleister anbieten. Da hier die Leistung üblicher Weise ohne Ansehen der Person erbracht werde, sei hier eine Zurückweisung besonders verletzend, begründet der Entwurf die Aufnahme dieses Bereichs. Damit droht jedoch umgekehrt der Eindruck, als seien sonstige Zurückweisungen Behinderter z. B. bei der Wohnungsvergabe oder bei Versicherungen legitim. Auch in dieser Hinsicht wird der Diversity-Ansatz bisher nicht konsequent genug angewandt.

### 5. Eine oder viele Antidiskriminierungsstellen?

Die Antirassismusrichtlinie und die Antidiskriminierungsrichtlinie Geschlecht verlangen eine oder mehrere nationale Stellen, zu deren Aufgaben es gehören soll, auf unabhängige Weise die Beschwerden von Diskriminierungsopfern zu unterstützen, unabhängige Untersuchungen zum Thema Diskriminierung durchzuführen sowie unabhängige Berichte zu veröffentlichen und Empfehlungen abzugeben. Im Entwurf eines Antidiskriminierungsstellengesetzes (ADSG-E) ist nur eine zentrale Antidiskriminierungsstelle des Bundes vorgesehen, die beim BMFSFJ angesiedelt werden soll. Bei ihrer Zuständigkeit will der Entwurf über die EU-Richtlinien hinausgehen und alle Diskriminierungsmerkmale der Richtlinien erfassen lassen, nicht nur »Rasse«, Ethnie und Geschlecht. Hier werden die Richtlinien also bei der Umsetzung optimiert.

Auch wird die Inanspruchnahme der Stelle nach § 2 Abs. 1 ADSG-E nicht davon abhängig gemacht, dass die behauptete Diskriminierung bereits gesetzlich verboten ist. Insofern kann die Stelle auch mit zivilrechtlichen Diskriminierungen befasst werden, die in Art. 3 ADG-E zurzeit keinen Eingang gefunden haben. Das kann fehlende zivilrechtliche Diskriminierungsverbote z. B. bei Geschlecht zwar nicht kompensieren. Zumindest wird dadurch jedoch ein Ort geschaffen, an welchem Argumente für eine Ausweitung des zivilrechtlichen Diskriminierungsschutzes künftig gesammelt und gebündelt vorgetragen werden können.

Die Antidiskriminierungsstelle des Bundes soll nach § 2 Abs. 2 ADStG-E Diskriminierte rechtlich beraten und eine gütliche Einigung zwischen den Beteiligten anstreben. Eine irgendwie geartete Beteiligung an eventuell anschließenden Klagen ist nicht vorgesehen. Hierzu sollen nach dem ADStG-E allein die entsprechenden Verbände ermächtigt werden. Die künftige Prozessstandschaft der Verbände soll dabei nach § 18 AADStG-E bzw. § 319 g BGB-E allerdings auf die neu geschaffenen Rechte beschränkt bleiben. Frauenverbände werden also auch künftig nicht für Klagen gegen zivilrechtliche Diskriminierungen klagen können, selbst wenn diese nach bereits bestehenden allgemeinen Rechtsvorgaben unzulässig sein sollten. Insofern ist der neue Diversity-Ansatz institutionell noch nicht konsequent umgesetzt.

Es besteht zudem die Gefahr, dass die neue Antidiskriminierungsstelle des Bundes eine bloße Durchreiche wird. Soweit es nämlich bereits andere zuständige Stellen gibt, soll die Bundesstelle die Fälle unverzüglich an diese Stellen weiterleiten. Gedacht ist laut Begründung an die Beauftragte der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration, den Beauftragten der Bundesregierung für Aussiedlerfragen und nationale Minderheiten sowie den Beauftragten der Bundesregierung für die Belange behinderter Menschen. In Betracht kommen auch entsprechende Stellen der Länder und Kommunen, insbesondere Gleichstellungsministerien, kommunale Gleichstellungsstellen, Ausländer- und Bürgerbeauftragte. Die Weitergabe verhindert einerseits Kollisionen mit den bestehenden und in gewisser Weise ja schon erfahreneren und bewährten Einrichtungen und stellt deren Weiterexistenz nicht in Frage. Andererseits besteht jedoch die Gefahr, dass die Stelle des Bundes dadurch selber mangels Kontakt zu Diskriminierten und Fallbetreuung gar kein besonderes Profil bekommt. Auch neue Konzepte gegen Mehrfachdiskriminierung lassen sich kaum entwickeln, wenn die neue Bundesstelle ihre Fälle gleich wieder nach singulären Zuständigkeiten weiter verteilt. Insofern ist die Konstruktion der unabhängigen Stelle zwiespältig zu beurteilen.

Hinzu kommt, dass ihre Befugnisse zur Fallaufklärung nach § 3 ADStG-E unvollkommen sind: Ein Anspruch auf Unterstützung und insbesondere Auskunft besteht nur gegenüber öffentlichen Stellen, private Akteure kann die Bundesstelle nur »um Stellungnahmen ersuchen«. Damit steht die neue Antidiskriminierungsstelle des Bundes bei der Sachverhaltsermittlung kaum besser da als die Diskriminierten selbst. Sie wird sich den Diversity-Blickwinkel sowie Respekt und Ansehen zur Konfliktlösung bei allen Beteiligten also vor allem durch geschicktes informelles Taktieren und gute Kooperation mit den schon bestehenden Einrichtungen erwerben müssen, ein langwieriger und schwerer Weg.

## 6. EU-Antidiskriminierungsrecht: eine Erfolgsgeschichte?

Die Umsetzung der EU-Richtlinien erfolgt also unter dem Diversity-Gesichtspunkt noch nicht optimal. Der vorliegende Entwurf eines ADStG erweitert den Diskriminierungsschutz, nimmt aber den Diversity-Ansatz und seine Potentiale nicht ernst genug und ist zum Teil selber geschlechtsdiskriminierend. Insbesondere beim Zivilrecht, aber auch bei den Ausnahmen, bei der unabhängigen Stelle und bei der Verbandsbeteiligung wäre noch nachzubessern.

Die Umsetzung der Richtlinien ist zwingend geboten, an Fristen gebunden und mit Berichtspflichten versehen. Tatsächlich war Deutschland allerdings schon öfters mit der Umsetzung von Antidiskriminierungsrichtlinien der EU im Rückstand und hat

Antidiskriminierungsrichtlinien dann häufig im ersten Anlauf nur unzulänglich umgesetzt. So dauerte es 18 Jahre, bis die deutsche Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinie 76/207/EWG den EU-rechtlichen Anforderungen voll entsprach.<sup>39</sup> Bis heute ist die deutsche Gesellschaft im europäischen Vergleich, was den Abbau von Diskriminierung und die Gleichstellung der Geschlechter angeht, eher Mittelfeld als Spitze.<sup>40</sup> Ohne entsprechende EU-Richtlinien wäre jedoch vermutlich gar nichts geschehen. Da liegt die Frage nahe, wieso gerade die EU-Ebene im Bereich der Diskriminierungsverbote eine solche Dynamik entfalten konnte?

Gewiss kann die europäische Entwicklung nicht umstandslos mit Diskriminierungsabbau oder gar der Beseitigung patriarchaler Strukturen gleichgesetzt werden. Die Integration über den Markt gefährdet einerseits sozialstaatliche Errungenschaften auf nationaler Ebene, die gesellschaftlich schwächere Gruppen bisher schützten, und droht über ihr Wettbewerbsmodell soziale Ungleichheiten sogar zu verschärfen. Das europäische Demokratiedefizit schwächt sich nur langsam ab, und neue patriarchale Strukturen gibt es auch auf EU-Ebene. Der Gleichstellungsansatz der EU greift, wie am Beispiel der Frauen gezeigt werden kann, konzeptionell immer noch zu kurz, ist ein Defizit-Ansatz, der Frauen und andere Gruppen zu »normalen Marktbürgern« machen möchte.<sup>41</sup> Andererseits hat die EU inzwischen auch ihre soziale Dimension bis hin zu sozialen Grundrechten weiter entwickelt, sodass z. B. Bieback sie inzwischen durchaus als Sozialstaat bezeichnen möchte.<sup>42</sup>

Die bisherigen Antidiskriminierungsrichtlinien der EU haben Deutschland zwar gezwungen, das Niveau des gesetzlichen Diskriminierungsschutzes deutlich anzuheben, sind zumeist aber nur sehr zögerlich und widerstrebend umgesetzt worden. Ebenfalls nur langsam verändert sich oftmals Rechtsprechung der obersten Bundesgerichte, die immer wieder zugunsten Diskriminierter durch den EuGH korrigiert werden muss, wie das Beispiel der Diskriminierung Schwangerer im Dialog zwischen EuGH und BAG<sup>43</sup> besonders aktuell belegt. Angesichts solcher Beobachtungen liegt es nahe zu fragen, woher denn eigentlich das Antidiskriminierungsrecht der EU seine im nationalen Vergleich durchaus beeindruckende Entwicklungsdynamik bezieht.

Die erste Antidiskriminierungsnorm wurde mit dem Verbot der Lohndiskriminierung aus Art. 119 EWGV auf Betreiben Frankreichs bereits bei der Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft geschaffen, um Sozialdumping zu verhindern. Ausgangspunkt war, dem Wettbewerb zwischen den verschiedenen nationalen Sozial- und Wirtschaftssystemen schrittweise einen sozialen Mindestschutz zu unterlegen.<sup>44</sup> Die Entwicklung differenzierter Diskriminierungsverbote hat dieses Ziel jedoch inzwischen weit überschritten. Dahinter steht der Gedanke, dass sich ein gemeinsamer Markt nur entwickeln kann, wenn die Freiheit und Gleichheit des Marktverkehrs für alle Marktbürger gilt und alle Marktbürger insbesondere unabhängig von

39 Vgl. Berghahn, Sabine: Supranationaler Reformimpuls versus mitgliedstaatliche Beharrlichkeit – Der Einfluss der europäischen Rechtsentwicklung auf das Arbeits- und Gleichstellungsrecht mit Mitgliedstaaten, in: *djb*, aktuelle Informationen 3/2002, S. 5 ff., S. 7.

40 Siehe hierzu die Übersichten im Anhang von Kommission der Europäischen Gemeinschaften: Bericht der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Wirtschafts- und Sozialausschuss sowie den Ausschuss der Regionen. Bericht zur Gleichstellung von Frau und Mann, 2004, Brüssel, 19.2.2004 KOM(2004) 115.

41 Zu dieser Kritik siehe ausführlicher den Sammelband von Schunter-Kleemann, Susanne (Hrsg.): *Herrenhaus Europa – Geschlechterverhältnisse im Wohlfahrtsstaat*, Berlin 1992.

42 Vgl. Bieback, Karl-Jürgen: Die Bedeutung der sozialen Grundrechte für die Entwicklung der EU, in: *ZFSH/SGB* 2003, S. 579 ff., S. 579.

43 Vorläufige Endpunkte: EuGH, Urt. v. 27.2.2003, DVBl. 2003, S. 791 ff.; BAG, Urt. v. 6.2.2003, DB 2003, S. 1795. Zum »Dialog« der Gerichte Feldhoff, Karin: Die Frage nach der Schwangerschaft, in: *ZTR* 2004, S. 58 ff.

44 Vgl. Bieback (Fn. 42), S. 580.

ihrer Nationalität gleich behandelt werden.<sup>45</sup> Deshalb wurde auf EU-Ebene durch den EuGH vor allem die Sensibilität für mittelbare Diskriminierungen wegen der Staatsbürgerschaft geschärft; eine Rechtskonstruktion, die anschließend auch auf die Geschlechtsdiskriminierung übertragen wurde.<sup>46</sup>

Inzwischen hat der Diskriminierungsschutz außerhalb der Staatsbürgerschaft aber eine völlig eigene Dynamik entwickelt, wie gerade die hier besprochenen Antidiskriminierungsrichtlinien zeigen. Hinzu getreten sein dürfte das Motiv, man könnte die Menschen nur dann für die Verwirklichung des gemeinsamen Binnenmarktes gewinnen, wenn man ihnen die Angst vor Diskriminierung nehme.<sup>47</sup> Andererseits gibt es auch neue ökonomische Argumente. Denn ein wettbewerbsfähiger und dynamischer europäischer Wirtschaftsraum verlangt, dass auch seine personellen Ressourcen optimal genutzt und nicht verschwendet werden. Das aber erreicht man nur, wenn man Gleichstellung optimiert<sup>48</sup> – bis hin zur aktiven Gleichstellungspolitik, für welche die Kommission ja auch zunehmend offensiver eintritt. Auch trägt Gleichstellungspolitik, insbesondere über eine Erhöhung der Erwerbsquoten von Frauen, dazu bei, die Nachfrage nach Sozialleistungen zu senken, und verbessert dadurch die Finanzierungsgrundlagen der sozialen Sicherungssysteme. Insofern ist Gleichstellungspolitik aus Sicht der EU inzwischen auch ein substantieller Beitrag zu einem künftig noch finanzierbaren System sozialer Sicherheit.<sup>49</sup> Vor allem diesem Motiv dürfte es zu danken sein, dass Rat und Kommission sich inzwischen sogar mit Familienpolitik befassen.<sup>50</sup>

Ergänzt wurden diese EU-internen Triebkräfte durch einige sehr engagierte Klägerinnen und Kläger wie z. B. Frau Defrenne, sodass man trotz der Vorlageverfahren durchaus von einem Rechtserstreitungsprozess von unten sprechen kann.<sup>51</sup> Solche Klägerinnen und Kläger treffen für ihre Klage jedoch auch auf institutionell besonders förderliche Voraussetzungen, obwohl sie ihren Fall nur via Vorlage eines nationalen Gerichts zum EuGH bringen können. An Richterinnen im EuGH kann ihr Erfolg allerdings nicht gelegen haben, da es dort bis 1999 solche Frauen gar nicht gab.<sup>52</sup> Hinzu kommt jedoch das Engagement von Richtern und Richterinnen der unteren nationalen Gerichtsinstanzen. Diesen bietet die Vorlagemöglichkeit zum EuGH ohne vorherige Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges offenbar eine attraktive Möglichkeit zur rechtlichen Profilierung gegenüber den eigenen Obergerichten. Zudem entscheidet der EuGH solche Vorlagen im Vergleich z. B. zum Bundesverfassungsgericht sehr zügig. Während z. B. der EuGH mehrere Entscheidungen zur Frauenquote absetzte, erreichten ähnliche Klagen auch das Bundesverfassungsgericht. Dort jedoch blieben die Fälle solange liegen, bis sie sich faktisch erledigt hatten – in der Regel durch anderweitige Beförderung der klagenden Männer.

Schließlich gibt es auch Faktoren, die es dem EuGH leichter als nationalen Gerichten machen, dem Diskriminierungsschutz neue Impulse zu geben. So entscheidet der EuGH frei von den Zwängen, Hemmnissen und Verschlingungen nationalstaatlicher

45 Vgl. Bieback (Fn. 42), S. 580.

46 Vgl. von Roetteken (Fn. 15), S. 15.

47 Vgl. Dieball, Heike: Gleichstellung der Geschlechter im Erwerbsleben – neue Vorgaben des EG-Vertrages, in: EuR 2000, S. 274 ff., S. 278 f. unter Verweis auf das Weißbuch der Kommission zur Sozialpolitik 1994.

48 Vgl. Kretz, Jürgen: Neue Entwicklungen in der Europäischen Union zur Gleichbehandlung von Frauen und Männern, in: Jahrbuch des Arbeitsrechts Bd. 38 2001, S. 29 ff., S. 31 unter Verweis auf verschiedene EU-Dokumente.

49 Vgl. Kretz (Fn. 48), S. 32 unter Verweis auf EU-Dokumente.

50 Siehe z. B. Entschließung des Rates und der im Rat vereinigten Minister für Beschäftigung und Sozialpolitik über eine ausgewogene Teilhabe von Frauen und Männern am Berufs- und Familienleben, ABl. Nr. C 218 v. 31. 7. 2000 S. 2.

51 Vgl. Berghahn (Fn. 39), S. 6.

52 Vgl. Berghahn (Fn. 39), S. 6.

Rechtsdogmatik. Ja er muss sich von derartigen Überlegungen geradezu frei halten, weil übernational mit Auswirkungen für alle Mitgliedstaaten und ihre ganz unterschiedlichen Rechtsordnungen über die Anwendung von EU-Recht entschieden wird. Insofern sind die Begründungen des EuGH im Vergleich zu nationalen Gerichten oft erstaunlich kurz. Der »effet utile«, die nützliche Wirkung der Norm, ist eine wichtige Orientierung des EuGH bei seiner Rechtsinterpretation, welche die Entwicklung des Gemeinschaftsrechts besonders dynamisiert, so auch im Antidiskriminierungsrecht.<sup>53</sup> Schließlich steht der EuGH auch unter einem gewissen Entscheidungsdruck oder auch Konkurrenzdruck, was Fälle zu Grundrechtsfragen anbelangt, und Diskriminierungsfragen sind immer auch Grundrechtsfragen. Denn der EU fehlt bisher ein eigener Grundrechtskatalog, und das Bundesverfassungsgericht hat in seiner »Solange-Rechtsprechung«<sup>54</sup> deutlich gemacht, das es die Zuständigkeit des EuGH für Europarecht in Überschneidung mit Verfassungsrecht nur solange zu respektieren gewillt ist, wie der EuGH seinerseits in seiner Rechtsprechung erkennen lässt, dass er Grundrechte vergleichbar zur Anwendung bringt. Hinter der Weiterentwicklung des europäischen und deutschen Antidiskriminierungsrechts durch die EU steht also ein ganzes Bündel von Gründen und besonderen Strukturen. In ihrer Gesamtheit lassen diese Faktoren erwarten, dass sich diese positive Tendenz im Antidiskriminierungsbereich auch nach der Erweiterung der EU fortsetzen wird, selbst wenn es schwieriger werden dürfte, die notwendigen Mehrheiten für neue Antidiskriminierungsrichtlinien zu bekommen.<sup>55</sup> Durch die drei jüngsten Richtlinien ist vorerst noch ein deutlicher Schritt nach vorn vorgezeichnet, dessen Umsetzung Gesetzgeber und Rechtsprechung in Deutschland noch länger beschäftigen wird. Schade nur, dass der letzte Richtlinienentwurf Gleichbehandlung von Frauen und Männern bei Gütern und Dienstleistungen den alten Rat nicht mehr passieren konnte. Der deutsche Entwurf für ein Antidiskriminierungsgesetz zeigt, dass hier ein wichtiges Steinchen zum großen Gesamtmosaik fehlt, welches der nationale Gesetzgeber bisher ohne Druck von außen weiterhin verweigert.

<sup>53</sup> Vgl. Dieball (Fn. 47), S. 277.

<sup>54</sup> Insbesondere BVerfGE 37, 271 und 73, 330; allgemein dazu Limbach, Jutta: Das Bundesverfassungsgericht und der Grundrechtsschutz in Europa, in: NJW 2001, S. 2913 ff., S. 2916 ff.

<sup>55</sup> Mit dem ehemaligen tschechischen Ministerpräsidenten Vladimír Špidla soll künftig sogar ein Mann die Gleichstellungspolitik in der EU-Kommission verantworten, der zudem eine gewisse Prominenz, aber keine besonderen Kompetenzen für diesen Sachbereich aufweisen kann.