

Doris Liebscher

Antidiskriminierungskultur? In Deutschland unerwünscht!

Zum Scheitern eines deutschen Antidiskriminierungsgesetzes

Groß war die Aufregung der vergangenen Monate. Dabei ging es um ein kleines Gesetz: den Entwurf zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien (ADGE). Eigentlich ein längst überfälliger Schritt, zivilisatorische Mindeststandards in einer Gesellschaft zu fixieren, die tagtäglich Ausschlüsse anhand von Kategorien wie Geschlecht, ethnische Herkunft oder Behinderung produziert. Die breite Front der GegnerInnen eines Antidiskriminierungsgesetzes sieht das freilich ganz anders. Von der privaten Willensfreiheit, der grundgesetzlich verbürgten Eigentumsordnung, bis hin zur – wie auch immer garteten – kontinentaleuropäischen Werteordnung¹ sei so ziemlich alles in Gefahr, was dem deutschen Michel lieb und teuer und deshalb gegen Schwule, Schwarze² und sonstige „Minderheiten“ zu verteidigen ist. Nun ist der Gesetzesentwurf vom Tisch. Grund genug für einen kritischen Rück- und Ausblick.

I. Begrenzt horizontal: Der Gesetzesentwurf vom 16.12.2004

Die Kodifizierung privatrechtlichen Diskriminierungsschutzes hat es endlich auch in Deutschland, um dessen nationalsozialistischer Vergangenheit willen die beiden völkerrechtlichen Antidiskriminie-

rungspakte³ geschaffen wurden, in die breite Öffentlichkeit geschafft. Zwar ist die Forderung nach einem Antidiskriminierungsgesetz auch in der Bundesrepublik keine neue: Bereits 1978 forderte die Humanistische Union ein „Antidiskriminierungsgesetz für die Bundesrepublik“, erste Gesetzesentwürfe der Parteien erfolgten 1986 (DIE GRÜNEN) und 1996 (PDS).⁴ Während entsprechende Ge- und Verbote aber in Nordamerika, Australien und auch in den EU-Mitgliedstaaten längst etabliert sind,⁵ hat es hierzulande ungleich länger gedauert, bis es ein Gesetzesentwurf zum Diskriminierungsschutz bis in den Bundestag schaffte. Nun hat der Bundesrat, wie angekündigt, Einspruch erhoben. Dessen Zurückweisung durch den Bundestag noch in dieser Legislaturperiode wird aber bei vorgezogenen Neuwahlen unmöglich.

Am 16. Dezember 2004 hatte die rot-grüne Regierungsfraktion ihren Gesetzesentwurf (ADGE) in den Bundestag eingebracht.⁶ Das Vorhaben fußte auf der Verpflichtung zur Umsetzung der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien: der Antirassismusrichtlinie zum Verbot der Diskriminierung wegen der „Rasse“⁷ oder der ethnischen Herkunft,⁸ der Rahmenrichtlinie Beschäftigung⁹ und der Gleichstellungsrichtlinie.¹⁰ Die Umsetzungsfristen der Richtlinien sind allesamt verstrichen, nur in bezug auf das

1 Vgl. u.a. Schliemann, Diskreditierung der Freiheit durch Antidiskriminierung, NJW-Editorial 12/2005; Säcker, „Vernunft statt Freiheit“ – Die Tugendrepublik der Jakobiner, ZRP 2002, S.286ff.; Picker, Antidiskriminierung als Zivilrechtsprogramm?, JZ 11/2003, S. 540ff.

2 Die Begriffe werden an dieser Stelle im polemischen Sinne verwendet, entsprechen im Übrigen aber auch der gängigen selbstbewussten Selbstbezeichnung von Männern, die Männern lieben, und Menschen mit dunkler Hautfarbe (zum Beispiel „schwarze Deutsche“).

3 Völkerrechtliche Diskriminierungsverbote statuieren u.a.: Art.1 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen (1948); Präambel, Art.1 Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung – ICERD (1965), BGBl. 1969 II S. 961; Art. 2, 3, 20, 26 f. Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte – ICCPR (1966), BGBl. 1973 II, 1534; Art. 2, 3, 7 Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Menschenrechte – ICESCR (1966), BGBl. 1973 II, 1570; Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau – CEDAW (1979), BGBl. 1985 II, 648.

4 Einen Überblick gibt zum Beispiel das Frauenarchiv des Instituts für Politische Wissenschaft Hannover, Systemstelle 60.2., S.5.

5 Vgl. zum aktuellen Stand der EU-Mitgliedstaaten: www.stop-discrimination.info; zu USA, Kanada und Australien s. „Vergleichende Studie über die Sammlung von Daten mit dem Ziel der Bemessung des Ausmaßes und der Auswirkung von Diskriminie-

rung in den USA, Kanada, Australien, GB und den NL“ Europäische Kommission 2004.

6 BT-Drs. 15/4538.

7 Die eins zu eins Übersetzung des Begriffs *race* ins Deutsche manifestiert rassistischen Sprachgebrauch und Konstruktionen, im folgenden wird daher von rassistischen Zuschreibungen gesprochen, vgl. zur Kritik an der Begrifflichkeit: Stellungnahme des djb zum ADGE, www.djb.de/content.php/#fn007f, Seite 3; Stellungnahme des Interkulturellen Rats unter www.interkultureller-rat.de.

8 RL 2000/43/EG vom 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschiede der „Rasse“ oder der ethnischen Herkunft, abgedruckt in der Beilage zu STREIT 4/2002.

9 RL 2000/78/EG vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens zur Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, abgedruckt in der Beilage zu STREIT 4/2002.

10 RL 2002/73 EG vom 23.9.2002 zur Änderung der RL 76/207/EWG zur Verwirklichung des Zugangs zur Beschäftigung, Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg, abgedruckt in der Beilage zu STREIT 3/2002. Diese Richtlinie soll durch eine derzeit diskutierte neue Richtlinie zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen ersetzt werden.

Lebensalter hat sich die Bundesrepublik eine Fristverlängerung bis 2006 ausbedungen. Hinzu kommt die (in dem Gesetzesentwurf bereits berücksichtigte) Gleichbehandlungsrichtlinie wegen des Geschlechts außerhalb der Arbeitswelt¹¹ die bis Dezember 2007 umgesetzt werden muss und geschlechtsspezifische Diskriminierung bei öffentlich angebotenen Gütern und Dienstleistungen, insbesondere auch bei privaten Versicherungsverträgen, untersagt.

Zur Umsetzung der Richtlinien sollte ein einheitliches Gesetz für *alle* Diskriminierungsmerkmale geschaffen werden, bestehend aus einem allgemeinen Teil, der die Anwendungsbereiche des Gesetzes regelt und die Diskriminierungsdefinitionen der Richtlinien übernimmt, einem arbeitsrechtlichen und einem zivilrechtlichen Teil. Der Entwurf geht im zivilrechtlichen Teil über die Anforderungen der Richtlinien hinaus. Der Schutz der EU-Richtlinien erstreckt sich nur in den Bereichen Beschäftigung und Beruf auf alle Merkmale (rassistische Zuschreibungen, Geschlecht, sexuelle Identität/Orientierung, Lebensalter, Behinderung, Religion und Weltanschauung). Ein Diskriminierungsverbot im Zivilrecht sehen nur die Gleichbehandlungsrichtlinie wegen des Geschlechts außerhalb der Arbeitswelt, sowie die Antirassismusrichtlinie vor. Letztere ächtet darüber hinaus rassistische Diskriminierungen im Sozialrecht und im Bildungssektor. Der ADGE bezieht bei zivilrechtlichen Schuldverhältnissen über die zwingenden Vorgaben zu rassistischen Zuschreibungen und Geschlecht hinaus auch alle anderen Diskriminierungsmerkmale in den Schutzbereich mit ein, soweit es sich um sogenannte Massengeschäfte oder privatrechtliche Versicherungen handelt. Es folgen Regelungen zur Rechtsdurchsetzung und zur Antidiskriminierungsstelle auf Bundesebene. Die Ausgestaltung der Beweislastverteilung entspricht der seit 25 Jahren bestehenden Regelung zur geschlechtsspezifischen Diskriminierung im Arbeitsrecht (§§ 611 a ff. BGB), auf ein Verbandsklagerecht drängen Gewerkschaften und andere Interessenverbände vergebens.

Mit Blick auf geschlechtsspezifische Diskriminierungen orientiert sich der ADGE an den Regelungen zu § 611 a BGB ff. Verbesserungen bringen die explizite Aufnahme einer Definition der mittelbaren Diskriminierung in § 3 Abs. 2 ADGE und der Belästigung in § 3 Abs. 3 ADGE mit sich. In Fällen sexuellen Belästigung, § 3 Abs. 4 ADGE (das bisherige BeschSchG geht im ADGE auf), wird nicht länger auf erkennbare Ablehnung der belästigten Person und den Vorsatz des Belästigers abgestellt. Die Unerwünschtheit der Verhaltensweise muss nicht bereits

vorher ausdrücklich gegenüber den Belästigten zum Ausdruck gebracht worden sein. Vielmehr ist es ausreichend, dass die Handelnden aus der Sicht eines objektiven Beobachters davon ausgehen können, dass ihr Verhalten unter den gegebenen Umständen von den Betroffenen nicht erwünscht ist oder auch nicht akzeptiert wird. Weiterhin weist der ADGE in § 4 auf Mehrfachdiskriminierung hin. Die Vorschrift stellt klar, dass jede Ungleichbehandlung für sich auf ihre Rechtfertigung hin zu prüfen ist. Sie berücksichtigt den Umstand, dass Frauen, bei denen mindestens zwei Risikofaktoren kulminieren, typischerweise einer größeren Gefahr der Benachteiligung ausgesetzt sind.¹²

Die erste Lesung und Anhörung des ADGE im Bundestag wurde von einer Welle polemischer Entrüstung begleitet. Der Bundesrat forderte, sich bei der Umsetzung der Richtlinien auf das europarechtlich Geforderte zu beschränken und jede darüber hinausgehende Regelung zu unterlassen, „die zu einer weitergehenden Einschränkung der Vertragsfreiheit und zusätzlichen Kosten oder unangemessenen Benachteiligungen für die deutsche Wirtschaft im internationalen Rahmen“ führe.¹³ Als koalitionsinternes und politisches Zugeständnis wurden zuletzt

11 Richtlinie 2004/113/EG vom 13.12.2004 zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen bei Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, Abl. EU 2004 Nr. L 373, S. 37 ff.

12 Zum Beispiel Frauen mit Behinderung, siehe dazu Zinsmeister, Der lange Weg zur Gleichstellung: behinderte Frauen und das neue SGB IX in STREIT 1/2002, 3.

zahlreiche Änderungen eingefügt,¹⁴ die sich aus Sicht potentiell Diskriminierter fast durchweg als Verschlechterungen darstellten. Beispielhaft genannt seien einige Regelungen, die allesamt keinen Bestand vor dem EuGH haben dürften:

Der Ausschluss der betrieblichen Altersvorsorge vom Diskriminierungsschutz in Bezug auf das Merkmal Geschlecht verstößt gegen den Grundsatz der Entgeltgleichheit, Art. 141 Abs. 2, 1 EGV, da die betriebliche Altersvorsorge letztlich eine Entgeltumwandlung darstellt.

Die Arbeitgeberhaftung beim Vollzug von Tarifverträgen wurde in § 15 3 ADGE auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt. Leicht fahrlässige Diskriminierungen bleiben folgenlos. Wenn eine grobe Fahrlässigkeit erst dann vorliegen soll, „wenn die diskriminierende Wirkung einer kollektivrechtlichen Regelung durch Rechtsprechung oder herrschende Literaturauffassung dem verständigen Arbeitgeber nicht verborgen bleiben kann“,¹⁵ führt diese Regelung in einer Vielzahl von Fällen zur Umgehung wirksamen Schutzes vor Diskriminierung.

In der überarbeiteten,¹⁶ letztlich durch den Bundestag verabschiedeten Gesetzesfassung, wurde das Verschuldenserfordernis auch noch ausgeweitet: ArbeitgeberInnen sind zum Schadensersatz bzw. Entschädigung nur verpflichtet, wenn sie die Pflichtverletzung zu vertreten haben (§ 15 Abs. 1 S. 2 ADGE). Das ist eindeutig europarechtswidrig: Mit der Entscheidung Draempfehl hat der EuGH – mit Bindungswirkung für deutsche Gerichte – klar gestellt, dass aller Schaden bei Diskriminierung auch bei fehlendem Verschulden ersetzt werden muss.¹⁷

Problematisch ist auch die Ausnahme sogenannter Altersgrenzenregelungen (§ 10 Nr. 5 ADGE), die für bestimmte Berufe die Zwangspensionierung unabhängig von der Prüfung individueller Leistungsfähigkeit mit sich bringt, indem sie ein Höchstalter für die aktive Tätigkeit vorsieht. Gleiches gilt für Aushebelung des Kündigungsschutzes für Menschen mit Anspruch auf eine Altersrente. Beide Ausnahmeregelungen sind im Hinblick auf die Rahmenrichtlinie Beschäftigung unzulässig.¹⁸ Eine Entscheidung des EuGH diesbezüglich steht in Kürze an. Der Generalanwalt des Europäischen Gerichtshofs hat bereits empfohlen, die 2003 durch das erste Hartz-Gesetz

eingeführte Einschränkung des Kündigungsschutzes in § 14 TzBfG für über 52-Jährige als unvereinbar mit der Rahmenrichtlinie Beschäftigung zu erklären.¹⁹

Zuletzt sei noch auf eine Klausel hingewiesen, die die Zurückweisung von MieterInnen aufgrund deren ethnischer Herkunft, „zur Schaffung ausgewogener Siedlungsstrukturen sowie ausgeglichener wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Verhältnisse“ rechtfertigt (§ 19 Abs. 3 ADGE). Eine Definition oder Anhaltspunkte, wie die ausgeglichenen Verhältnisse auszusehen haben (und aus wessen Perspektive diese Bestimmung vorzunehmen ist) fehlt aber. Damit wird VermieterInnen ein weiter Ermessensspielraum und der rassistisch motivierten Ablehnungen von MieterInnen Tür und Tor geöffnet. Der Intention der Richtlinien, umfassenden Antidiskriminierungsschutz auch im Zivilrecht zu gewährleisten, widerspricht eine so weite Ausnahmeregelung.²⁰

II. Zukünftige Modelle im Blick

Der schon im gesamten Umsetzungsprozess durchscheinende mangelnde politische Wille verzögerte die längst überfällige Verankerung privatrechtlichen Diskriminierungsschutzes und schiebt sie nun ein weiteres mal in weite Ferne. Trotz allem: Die Antidiskriminierungsrichtlinien der EU müssen umgesetzt werden. Eine Verurteilung der Bundesrepublik durch den EuGH wegen Nichtumsetzung der Antirassismusrichtlinie erging am 28.04.2005.²¹ Ein weiteres Vertragsverletzungsverfahren wegen Nichtumsetzung der Rahmenrichtlinie ist anhängig,²² zwei weitere stehen zu erwarten. Wird trotz der Verurteilung weiter nicht umgesetzt, würde im Folgeverfahren die Nichtbeachtung des EuGH-Urteils zum Verfahrensgegenstand. Die Kommission würde der Bundesrepublik dann für jeden Tag des Verzugs ein Zwangsgeld auferlegen. Auch wenn eine Vollstreckung des Strafgeldes nicht möglich ist, geht damit zumindest ein europaweiter Prestigeverlust einher. Und: jeder Tag der Nichtumsetzung führt die Rede von einer aufgeklärten Gesellschaft freier und gleicher Citoyen ad absurdum.

Stehen wir nun an gleicher Stelle wie vor 5 Jahren? Mitnichten. Die Diskussion um die – mit Blick auf

13 BR-Drs. 103/05.

14 BT-Drs. 15/4538 i.d.F. vom 18.3.2005 vgl. Synopse der Änderungen http://www.spdfraktion.de/rs_rubrik/0,,3076,00.htm.

15 So z.B. Steinau-Steinrück/Schneider/Wagner, NZA 2005, S. 28, 31.

16 Siehe Fn 13.

17 EuGH, Urteil v. 22.5.1997 Rs.C-180/95 Draempfehl, dokumentiert und kommentiert in STREIT 4/1997, 171ff.

18 So auch Thüsing in Bauer/Thüsing/Schunder, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien, NZA 2005, 32, 34.

19 EuGH Rs. C-144/04, ABl. C. 146 vom 29.05.2004, S. 1, Schlussantrag vom 30.06.2005, <http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/>.

20 Ohnehin sollte das ADGE nicht für Wohnen auf einem gemeinsamen Grundstück gelten. Eine VermieterIn, die in einem Mehrfamilienhaus nicht an Türken, Schwarze oder Homosexuelle vermieten will, hat dazu das Recht, wenn er oder seine Familie selbst im Haus oder auf dem selben Grundstück wohnt.

21 Rs. C 329/04, Abl. 2005 Nr. C 143 S. 13.

22 RS. C 43/05, Abl. 2005 Nr. C 82 S. 14.

die Bedürfnisse der von Diskriminierung Betroffenen und auf die Anforderungen von Art. 3 Grundgesetz – adäquate Umsetzung der Richtlinien hat im akademischen, politischen und rechtspraktischen Diskurs im Antidiskriminierungsentwicklungsland BRD einiges bewirkt. Leider ist es jedoch auch in den vergangenen Jahren nicht gelungen, über den Kreis der üblichen, an emanzipatorischer Theoriebildung und/oder Politik interessierten Verdächtigen hinaus – die öffentliche Debatte spürbar zu beeinflussen.

Argumente, ob und welches Antidiskriminierungsrecht wir brauchen, sind im Hinblick auf die nächste Runde in der Auseinandersetzung um rechtliche Mindeststandards für Gleichheit und Teilhabegerechtigkeit aktueller denn je. Exemplarisch herausgegriffen seien an dieser Stelle die Diskussion um das Verhältnis von Privatautonomie und Teilhabegerechtigkeit, um die Hierarchisierung von Diskriminierungsmerkmalen und um prozessuale und institutionelle Basics für effektive Rechtswahrnehmung und -durchsetzung.

1. Freiheit in Gleichheit versus Freiheit ohne Grenzen

Große Teile der Lehre und Rechtspraxis sehen im Antidiskriminierungsrecht einen dogmatisch zumindest fragwürdigen Eingriff in die Privatautonomie und damit in die grundgesetzlich verbürgte „Freiheit des Einzelnen, seinen Lebensbereich nach seinem persönlichen, rein subjektiv bestimmten Interessen und Präferenzen zu regeln“. ²³ Solcherart Gegenüberstellung von Gleichheit und Freiheit ist verkürzt. Einer an Wert und Ware orientierten Wirtschafts- bzw. Gesellschaftsordnung sind Diskriminierungen (nicht nur kapitalschwächerer Bevölkerungsschichten) durch Staat, Recht und Arbeitsmarkt zwar immanent. Eine generelle Beseitigung (privatrechtlicher) Diskriminierungen, einschließlich ihrer Voraussetzungen wäre in ihrer Konsequenz systemsprengend und stünde insofern tatsächlich im Widerspruch zu geltendem (Verfassungs)recht. ²⁴ Doch soweit will der europarechtliche Diskriminierungsschutz ja gar nicht gehen. Nicht umsonst fragt Antidiskriminierungsrecht nicht nach sozialem Status bzw. ökonomischen Lebensumständen. Die Kapitalausstattung eines Menschen ist kein Merkmal im Sinne der Richtlinien. Ebenso wenig werden die zahlreichen Diskriminierungen, die z.B. Flüchtlinge

durch das Zuwanderungsgesetz erfahren, vom europarechtlichen Antidiskriminierungsschutz umfasst. Hierzu gehören die Pflicht für Asylsuchende und Geduldete, einen bestimmten Wohnbezirk nicht zu verlassen (die sogenannte Residenzpflicht), sozialrechtliche Benachteiligungen für AsylbewerberInnen und Geduldete durch das Asylbewerberleistungsgesetz, die zu einem Leben unterhalb des Existenzminimums führen, genauso wie das (faktische) Arbeitsverbot für Asylsuchende und Geduldete. ²⁵

Unbestritten bleibt, dass Antidiskriminierungsrecht regulierend in den freien Markt eingreift. Das muss auch so sein. Denn der „Tod der Privatautonomie“ droht nicht nur der/m diskriminierenden VertragspartnerIn: Art. 2 Abs. 1 GG schützt die beiderseitige Vertragsfreiheit. ²⁶ Auch die von Diskriminierung betroffene Person kann sich ihrerseits auf die Privatautonomie und damit auf die Freiheit berufen, am Markt teilzunehmen und nicht willkürlich Ausschluss zu erfahren. Diskriminierung ist also nicht nur der Eingriff in eine vorher bestehende Freiheit oder Autonomie, sondern oft schon die Vorenthaltung jeder Möglichkeit von Freiheit oder Selbstbestimmung. ²⁷ Auf der anderen Seite werden Vertrags- und allgemeine Handlungsfreiheit nicht schrankenlos gewährt. Namentlich erfährt die Freiheit Einschränkung durch die „Rechte anderer“, die nicht unverhältnismäßig beschränkt werden dürfen. Das Bundesverfassungsgericht stellte zuletzt in seinen Entscheidungen zum Bürgschaftsvertrag ²⁸ und zum Ehegattenvertrag ²⁹ klar, dass der Schutz der Privatautonomie sich nicht bloß auf die formale, sondern auf die reale Möglichkeit des Vertragsschlusses bezieht. Entsprechend groß sind die Spielräume des Gesetzgebers, durch Vorschriften zum Schutz der schwächeren Vertragspartei die Voraussetzungen dafür zu schaffen. Gebrauch gemacht wurde davon unter anderem im Miet- und im Verbraucherschutzrecht.

Das Recht auf Selbstbestimmung unterliegt der Einschränkung und Sinnggebung durch gegenläufige Grundsätze. Art. 2 Abs. 1 GG steht weder über Art. 3 Abs. 1 GG, noch darf die Dachfunktion des Menschenwürdeschutzes Art. 1 Abs. 1 GG außer Betracht bleiben. ³⁰ Da der grundgesetzliche Gleichbehandlungsgrundsatz unmittelbare Wirkung nur im Verhältnis BürgerIn – Staat entfaltet, bedarf es also einfachgesetzlicher Regelungen, die einerseits der Frei-

23 Picker, Antidiskriminierung als Zivilrechtsprogramm?, JZ 2003, S. 540, 543 m.w.N. in Fn 2; kritisch zum ADG-E z.B. Steinau-Steinrück/Schneider/Wagner, NZA 2005, 28 ff.

24 Vgl. insofern auch Neuner, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, JZ 2003, 58, 59.

25 Vgl. Förderverein PRO ASYL und Interkultureller Rat in Deutschland, Schutz vor Diskriminierung.

26 BVerfGE 81, 242 (254f.); BVerfGE 89, 214 (233) (Bürgschaftsvertrag); BVerfG NJW 2001, 957/8 (Ehevertrag); vgl. auch Mahlmann, ZeuS 2002, 407, 421.

27 Baer, Würde oder Gleichheit? Nomos 1995, S. 329.

28 BVerfGE 89, 214, 233, dazu Susan Emmenegger: Die Frau als Bürgerin – zum Problem der weiblichen Schuldenfalle, in: STREIT 2/2004, 51 – 63.

29 BVerfG NJW 2001, 957, Urteil des BGH mit Anm. v. Ulrike Breil in: STREIT 2/2004, S. 69ff.

heit der/des Einzelnen zur Wirksamkeit verhelfen und damit andererseits der Freiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG Schranken setzen.

Die bestehenden Diskriminierungsverbote im deutschen Recht reichen dazu weder hinsichtlich der Umsetzungsverpflichtung, noch aus Betroffenen-sicht aus.³¹ Für geschlechtsspezifische Diskriminierung gelten §§ 611a BGB ff, das Beschäftigten-schutzG, sowie das BundesgleichstellungsgG und entsprechende Vorschriften auf Länderebene. Für die Diskriminierung von (schwer)behinderten Menschen kann auf § 81 SGB IX und für öffentliche Dienstverhältnisse auf das Bundesbehinderten-gleichstellungsgG zurückgegriffen werden. Explizite Diskriminierungsverbote enthält auch das Betriebs-verfassungsgG §§ 75, 80 für das Arbeitsleben.

Der Verweis der GegnerInnen eines Antidiskriminierungsgesetzes auf die allgemeinen Vorschriften im Zivilrecht befriedigt nicht. Aus den Generalklauseln wie §§ 138, 242, 826 BGB lässt sich zum Beispiel weder ein Anspruch auf Abschluss eines aufgrund des Geschlechts oder der sexuellen Orientierung verweigerten Vertrages noch auf eine günstigere Versicherungsprämie herleiten.³² An eine Entschädigung

bzw. Schadensersatz bei leicht fahrlässigem Handeln ist im Zivilrecht nicht zu denken. Und selbst bei einer unzulässigen vorsätzlichen Diskriminierung wird den Betroffenen nach geltender Rechtsprechung höchstens ein symbolischer Schadensersatz zugesprochen. Auch Fälle mittelbarer Diskriminierung durch Vertragsverweigerung werden (außerhalb der arbeitsrechtlichen Vorschriften) von der Auslegung der Generalklauseln, selbst unter Einbeziehung von Art. 3 Abs. 2 GG nicht erfasst. Im allgemeinen Zivilrecht ist gegenwärtig nur deliktischer Schutz begründbar, der wiederum Verschulden voraussetzt. Außerdem ist bei §§ 138, 826 BGB nicht jede Diskriminierung, sondern nur eine in sittenwidriger Benachteiligungsabsicht erfasst.³³ Dass sich dies für die Betroffenen wahrnehmbar und mit Einfluss auf die Rechtswirklichkeit ändert, darf nicht richterlicher Rechtsfortbildung überlassen werden. Politische, also gesetzgeberische Maßnahmen sind unabdingbar.

Das gilt besonders in einer Zeit, in der zahlreiche öffentliche Aufgaben privatisiert werden. Bedienstete des öffentlichen Lebens genießen Diskriminierungsschutz nach Art. 3 GG, Bundesgleichstellungsgesetz oder Behindertengleichstellungsgesetz. Die Gleichstellungsgesetze des Bundes und der Länder sehen die Einsetzung von Gleichstellungsbeauftragten, wie auch Frauenförderpläne im öffentlichen Dienst vor. Durch das Outsourcing werden bestehende Regelungen, die zu Gleichstellung verpflichten, aber wirkungslos. Das gilt für kommunale Dienstleistungsbetriebe wie für Universitäten: Ehemals geschützte Lebensbereiche werden zu privatrechtlichen Vertragsverhältnissen, für die weder äquivalenter Schutz vor Diskriminierung noch verbindliche Gleichstellungsregelungen existieren. Gleiches gilt für die zunehmende Privatisierung sozialer Sicherungssysteme, wenn diese nicht von Diskriminierungsverboten flankiert werden. So müssen Frauen, statt einer Berücksichtigung von Kindererziehungsarbeit, bei den privaten Rentenkassen immer noch mehr bezahlen, um die selbe monatliche Rentenzahlung zu erlangen.³⁴

Doch alle Argumente, ob rechtsdogmatische oder an der Praxis orientiert, verhallen ungehört. Da hilft es auch nicht, auf die positiven Erfahrungen anderer Staaten mit Antidiskriminierungsgesetzgebung zu verweisen. Zu tief sitzen die tradierten Ressentiments, die sich in allen Klassen und Gruppen der Gesellschaft, bei den Subalternen genauso wie bei den Eliten finden. Selbst Argumentationen, die nicht auf die universelle Geltung der Menschenrechte, sondern auf soziale und wirtschaftliche Vorteile von Diversity als

30 Abwegig insofern Schliemann, a.a.O., der aus der Stellung des Art. 2 Abs. 1 GG vor Art. 3 GG eine Hierarchie der Freiheits- und Gleichheitsrechte herleiten möchte.

31 Vgl. auch Wiebke, Baer, Europarecht als Chance, STREIT 4/2002, 169 ff.

32 Zur rechtsdogmatischen Herleitung Neuner, a.a.O., S. 58, 61.

33 Vgl. zum ganzen Schiek, a.a.O., S. 8, 10.

34 Vgl. Raasch, Familienschutz und Gleichberechtigung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in STREIT 3/2002, 51, 59, 60.

Unternehmens- und Vergesellschaftungskonzept abstellen, haben es hierzulande ungleich schwerer als in anderen Staaten. Dazu kommt das ganz rationale Interesse am Fortbestehen individueller und struktureller Benachteiligung. Denn auch liebgewonnene und ökonomisch gewichtige Privilegien, die nur über den diskriminierenden Ausschluss anderer Menschen zu erhalten sind, stehen auf dem Spiel.

2. Horizontaler Ansatz vs.

Hierarchisierung von Opfern

Die Forderung nach einer „Eins zu Eins – Umsetzung“ der Richtlinien wird die zukünftige Diskussion um ein deutsches ADG beherrschen. Sie zielt auf die Beschränkung des zivilrechtlichen Diskriminierungsschutzes auf Fälle von rassistischer Diskriminierung, einen Schutzzumfang, den allein die Antirassismusrichtlinie vorsieht.³⁵ Ende 2007 müsste dieser bezüglich geschlechtsspezifischer Diskriminierung sowieso ausgeweitet werden. Bis dahin müssen die Mitgliedstaaten die Gleichbehandlungsrichtlinie 2004/113 wegen des Geschlechts außerhalb der Arbeitswelt in nationales Recht umsetzen.³⁶

Die angestrebte (und zum Beispiel in Österreich praktizierte) Hierarchie der Diskriminierungsgründe im Zivilrecht, die auch den gerade gescheiterten ADGE kennzeichnete (Beschränkung auf Massengeschäfte, s.o.) stößt aber bereits jetzt auf verfassungsrechtliche Bedenken. In bezug auf die Geschlechterdiskriminierung enthält Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG schon seit 1949 eine eigenständige Regelung und Artikel 3 Abs. 2 Satz 2 GG seit 1994 den expliziten Auftrag, die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern zu fördern und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinzuwirken.

Artikel 3 Abs. 3 Satz 2 GG postuliert zugunsten Behinderter ein einseitiges Diskriminierungsverbot, womit zwar kein ausdrücklicher Gleichstellungsauftrag verbunden wird, aber eine spezifische Handlungspflicht zugunsten von Menschen mit Behinderung intendiert ist. Hinsichtlich aller übrigen Merkmale, zu denen auch rassistische Zuschreibung und ethnische Herkunft gehören, enthält Absatz Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG zwar ein Benachteiligungsverbot, aber keine ausdrücklichen Bevorzugungsmöglichkeiten. Daraus wird geschlussfolgert, dass das Grundgesetz die Diskriminierungsmerkmale Geschlecht und Behinderung höher einstuft als die übrigen Merkmale.³⁷ Auch wenn diese grundgesetzliche Hierarchie ihrerseits kritikwürdig scheint, eine „Hierarchie der Diskriminierungsgründe“ durch Privilegierung des

Merkmals rassistische Zuschreibung ist mit dem grundgesetzlichen Auftrag jedenfalls nicht in Einklang zu bringen.

Daran ändern auch die europarechtlichen Vorgaben nichts. Zwar genießt das EU-Recht Anwendungsvorrang vor nationalem Recht. Es zwingt den Mitgliedsstaat BRD insofern, Schutz vor rassistischer Diskriminierung auch beim Zugang zu Gütern und Dienstleistung zu gewährleisten. Angesichts des europaweit grassierenden Antisemitismus und Rassismus mag es auch nachvollziehbar sein, dass die europäische Richtlinie zu rassistischer Diskriminierung als erste und umfassendste erging. Und es ist skandalös genug, dass es in Deutschland, trotz geschichtlich überlieferten „Kauft nicht bei Juden“ Aufrufen und aktuell einholbaren „Wir vermieten nicht an Neger“ Statements, rechtlichen Schutz vor rassistischer Diskriminierung immer noch nicht gibt. Europäisches Recht gebietet aber nicht, von einem vertragsrechtlichen Diskriminierungsschutz zugunsten von Frauen abzusehen. Auf den Anwendungsvorrang des EU-Rechts kann man sich für die Differenzierung zwischen verschiedenen Diskriminierungsgründen also nicht berufen.³⁸

Auch unabhängig von grundrechtsdogmatischen Erwägungen ist gegenüber einer Hierarchisierung der Diskriminierungsmerkmale Skepsis angesagt. Natürlich gibt es Unterschiede: Geschlecht, Ethnie und Behinderung sind für die TrägerInnen nicht disponibel. Auch wer Kategorien wie Rasse oder Geschlecht als soziale Konstrukte dechiffriert, kann sich diesbezüglichen stereotypisierenden Zuschreibungen und den damit verbundenen Nachteilszufügungen nicht einfach entziehen. Die Preisgabe sexueller Orientierungen und/oder Identitäten, religiöser oder weltanschaulicher Ansichten scheint dagegen im Ermessen des/r Einzelnen zu stehen.

Stellt man auf die Sicht der diskriminierten Person ab, ergibt sich dagegen ein vielschichtigeres Bild. Oft stehen dann auch jene „selbstbestimmten“ Merkmale nicht zur Disposition. Die sexuelle Orientierung ist ebenso vom modernen Subjektstatus untrennbar, wie für viele Menschen das religiöse Bekenntnis Teil ureigenster Identität ist. Bestimmte damit unweigerlich verbundene Verhaltensweisen (das Leben der gewählten Partnerschaft in der Öffentlichkeit) oder Kleidungsstücke (der Schleier einer Muslima) dokumentieren die Selbstverortung nicht nur nach außen, sie führen auch zu einer Identifizierung durch andere und damit potentiell zu Diskriminierung.

35 Zum unterschiedlichen Schutzzumfang s. oben I.

36 Die Umsetzungsfrist läuft am 21. Dezember 2007 ab, Art. 17 der RL 113/2004 a.a.O.

37 Vgl. Wendeling-Schröder, Stellungnahme zur SV-Anhörung im BT am 7.3.2005 zum ADGE, Ausschuss für FSFJ, A.-Drs.

15(12)440-G; Stellungnahme des djb zum ADGE vom 16.12.2004, www.djb.de/content.php/#fn007f.

38 Schiek, a.a.O., S. 8, 12.

rung. Aus Angst vor Benachteiligungen darauf zu verzichten, bedeutet Bedürfnisverzicht und Selbstverleugnung. Dem kann nur ein gleichermaßen hohes Schutzniveau im Hinblick auf Diskriminierungen gerecht werden.

Eine strenge Kategorisierung und rechtliche Klassifizierung verbietet sich auch im Hinblick auf die Mehrdimensionalität von Diskriminierung. Es wird kaum einen Fall geben, bei dem nicht mehrere der aufgeführten Merkmale Anlass für eine Bevorzugung oder Benachteiligung waren.³⁹ Der horizontale Ansatz, alle in den Richtlinien genannten Diskriminierungsmerkmale gemeinsam zu regeln, verweist auf die Vielfalt von Diskriminierungserfahrungen: Niemand ist nur Frau, niemand nur schwul, niemand nur Christ.⁴⁰ Der horizontale Ansatz orientiert sich an der gleichrangigen Aufzählung der Diskriminierungsmerkmale in Art. 3 Abs. 3 GG⁴¹ und ermöglicht erst eine konsistente Rechtsanwendung in Bezug auf alle Merkmale. Die Richtlinien verweisen ihrerseits allesamt auf Mehrfachdiskriminierungen, von denen besonders Frauen, ob als Mitglied der Mehrheitsgesellschaft (Frauen/Lesben mit deutschem Pass und christlichem Glaubensbekenntnis) oder in Minderheitenposition (MigrantInnen oder Frauen mit Behinderung) in ganz unterschiedlichen Konstellationen betroffen sind. Der horizontale Ansatz kann insoweit den klassischen Blickwinkel auf Diskriminierung als Problem bestimmter fester Gruppen verändern.

3. Strukturdebatte vs.

Individualisierte Rechtsdurchsetzung

3.1. Individuelle oder Gruppeninteressen?

Antidiskriminierungsrecht stellt sich nach dem Ansatz bisher vorgelegter Gesetzesentwürfe als Individualrecht dar. Danach wird Diskriminierung zuallererst als Folge individuellen Handelns bestimmt, das an vermeintlich neutrale Unterschiede zwischen Personen (Geschlecht, ethnische Herkunft) anknüpft.

Mit Blick auf die diskriminierte Person stellt Antidiskriminierungsrecht die Einteilung von Individuen in feste Gruppen, mit zugeschriebenen Eigenschaften in Frage. Genau wie „Rasse“ oder „ethnische Herkunft“ bezeichnet die Kategorie „Frau“ den Anlass zur Diskriminierung, nicht eine Tatsache. Die Verwendung des Begriffs „Rasse“ soll deutlich ma-

chen, dass nicht das Gesetz das Vorhandensein verschiedener menschlicher „Rassen“ voraussetzt, sondern dass derjenige, der sich rassistisch verhält, eben dies annimmt.⁴² Nichts anderes kann für das „Geschlecht“ gelten, das ebenfalls nicht immer so eindeutig erkennbar oder zuordnenbar ist. Antidiskriminierungsrecht kann also dazu beitragen, dass die diskriminierte Person als Mensch und Individuum beurteilt wird und nicht nach der – individuell oft nicht beeinflussbaren – Zugehörigkeit zu einer Gruppe.

Insofern geht es tatsächlich darum, „dass eine Frau in ihrer Individualität als Mensch betrachtet wird und nicht als statistisches Durchschnittsaggregat aller Personen, die als weiblich klassifiziert werden“.⁴³ Einen wichtigen Schritt in diese Richtung geht die Richtlinie zur Geschlechtergleichbehandlung außerhalb der Arbeitswelt 113/2004.⁴⁴ Gem. Art. 5 der RL 113/2004 darf spätestens bei nach dem 21.12.2007 neu abgeschlossenen Verträgen die Berücksichtigung des Faktors Geschlecht bei der Berechnung von Prämien und Leistungen im Bereich des Versicherungswesens und verwandter Finanzdienstleistungen nicht zu unterschiedlichen Prämien und Leistungen führen. Bis dahin muss zumindest nachgewiesen werden, dass die Berücksichtigung des Geschlechts bei einer auf relevanten und genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruhenden Risikobewertung ein bestimmender Faktor ist. Und Kosten im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Mutterschaft dürfen auf keinen Fall zu unterschiedlichen Prämien und Leistungen führen. Die Risikoabwägung anhand des Faktors Geschlecht (bzw. Lebensalter) vorzunehmen und andere Größen außen vor zu lassen, wird dann nicht mehr haltbar sein.⁴⁵

Auf der anderen Seite werden Menschen durch die Zuordnung zu Gruppen auch habituell diskriminiert. So bewegen sich die Benachteiligungsverbote im Individualarbeitsrecht innerhalb eines arbeits-, sozial-, familien- und steuerrechtlichen Rahmens, der immer noch am Leitbild der klassischen Hausfrauen- und Versorgerehe orientiert ist. Diese Strukturen konservieren quasi mittelbar traditionelle geschlechtsspezifische Arbeitsteilung. Für Migrantinnen⁴⁶ oder behinderte Frauen⁴⁷, kommen unter-

39 Vgl. Baer, a.a.O., 294.

40 Baer, ZRP, a.a.O. 294.

41 Wobei das Merkmal der sexuellen Identität (Lesben, schwule, Trans- und Intersexuelle umfassend) im Sinne dekonstruktivistischer Theoriebildung ebenfalls an das Merkmal Geschlecht anknüpft, und als solches vom Schutzbereich des Art. 3 Abs. 3 GG erfasst ist.

42 Gesetzesbegründung zum ADGE BT-Drs. 15/4538, S. 70.

43 Schick, a.a.O., S.8, 12.

44 Siehe Fn 10.

45 Ausführlich zur geschlechtsspezifischen Differenzierung bei Krankenversicherungstarifen: Schmidt, Die Frauenprämie in der

privaten Krankenversicherung im Lichte des Gleichberechtigungsgrundsatzes, 1989, *Urteil des LG Koblenz mit Anmerkung Beitragsunterschiede in der privaten Krankenversicherung* in STREIT 1/1991, 44ff.; Wrase, Baer, Unterschiedliche Tarife für Männer und Frauen in der privaten Krankenversicherung – ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Grundgesetzes, NJW 2004, 1623ff.

46 Siehe z.B. Erel, Migrantinnen zwischen Anerkennung und Abqualifikation, in Steyerl/Rodriguez, Spricht die Subalterne deutsch? 2003;

47 Siehe z.B. Zinsmeister, a.a.O.

schiedliche Barrieren und institutionalisierte Ausschlüsse zum Beispiel im Bildungssystem und auf dem Arbeitsmarkt verstärkend hinzu. Wer hier bloß strikt auf Individualität pocht, lenkt den Blick ab von den strukturellen Ursachen und von Diskriminierung als konkreter Alltagserfahrung: als Erfahrung sozialer Ausgrenzung, Erfahrung behinderten Zugangs, Erfahrung der Verweigerung von materiellen Ressourcen und von kultureller Teilhabe. Die sozialen Hierarchien und hegemonialen Diskurse, die sowohl Praxen systematischer Ausgrenzung als auch individuelle Benachteiligungshandlungen produzieren und legitimieren, laufen dann Gefahr, vernachlässigt zu werden. Formale Chancengleichheit im Sinne der Abwesenheit rechtlicher Diskriminierung reicht offensichtlich nicht aus, um alle Mitglieder der Gesellschaft vor informellen strukturellen Diskriminierungen zu schützen. Individuelles Antidiskriminierungsrecht muss daher von Gleichstellungsmaßnahmen flankiert werden. Die Tatsache, dass Frauen in einer sozial anderen Situation sind als Männer, kann dann Grund für individuelle Ungleichbehandlung sein, wenn sie dazu dient, Benachteiligung zu überwinden. Im öffentlichen Dienst gibt es diese Instrumente im Bereich der Frauenförderung seit längerem. Neu ist, dass Instrumente im Bereich der Frauenförderung auch für die Förderung von MigrantInnen genutzt werden.⁴⁸ Höchstaktuell ist aber auch die bereits angesprochene Gefährdung von erkämpften Schutz- und Förderrechten durch Outsourcing. In diesem Zusammenhang wird seit langem ein Gleichstellungsgesetz mit verbindlichen Regelungen (z.B. Frauenförderplänen) auch für die Privatwirtschaft gefordert.⁴⁹ Das Vorhaben mündete nach heftigen Protesten der Wirtschaft im Juli 2001 in einer freiwilligen und rechtlich völlig unverbindlichen Vereinbarung zur Förderung der Chancengleichheit von

Männern und Frauen in der Privatwirtschaft.⁵⁰ Ein geplantes Gleichstellungsgesetz wurde im Gegenzug gestoppt. Geändert hat sich durch die freiwillige Absichtserklärung in puncto Gleichstellung bis dato nichts. Die Unterschiede zwischen Frauen- und Männerlöhnen sind im letzten Jahrzehnt fast gleich geblieben, eine signifikante Erhöhung des Frauenanteils in höheren Positionen oder in technischen Berufen fand nicht statt.⁵¹ Die Forderung bleibt aktuell.

3.2. *Instrumente effektiver Rechtsdurchsetzung*

Damit Antidiskriminierungsrecht nicht bloße Makulatur bleibt, müssen den Betroffenen wirksame Instrumente zur Rechtsdurchsetzung in die Hand gegeben werden. Zu den wichtigsten zählen Regelungen zum Verbandsklagerecht, zur Beweislast, zu Sanktionen und unterstützenden Institutionen.⁵²

In Kompensation der individualisierten Ausrichtung von Antidiskriminierungsrecht bedarf es Instrumente kollektiver Rechtsdurchsetzung. Die Zahl der Individualklagen auf Grundlage von § 611 a ff. BGB oder Beschäftigtenschutzgesetz sind verschwindend gering.⁵³ In der Datenbank juris wurden seit dem Inkrafttreten des Gesetzes 112 Prozesse zu § 611 a BGB veröffentlicht. Davon waren 54 erfolgreich, 43 davon von Frauen. Darunter sind auch die von Männern gegen die wenigen Versuche von Bevorzugungsregelungen zur gezielten Frauenförderung.⁵⁴ Frauen haben vor allem in den ersten Jahren nach Einführung des § 611 a BGB versucht, vor Gericht ihre Position zu verbessern. Männer dagegen klagten nach 1995 häufiger, als vom EuGH die Bremer Frauen-Quote gekippt wurde.⁵⁵ Zum Vergleich: Insgesamt sind in diesem Zeitraum mehr als 50.000 Arbeitsrechtsfälle registriert.⁵⁶

Die geringe Verfahrenszahl hat auch prozessuale Gründe:⁵⁷ Die Vereinzelung, die Diskriminierung

48 Siehe zum Beispiel LZZ NRW, Förderung der Chancengleichheit ethnischer Minderheiten im öffentlichen Dienst, 2002, Die Studie zu den rechtlichen Grundlagen von Fördermaßnahmen und zur Übertragbarkeit von frauenfördernden Instrumentarien auf ethnische Minderheiten gibt Auskunft über rechtliche Instrumentarien zum Schutz und zur Förderung ethnischer Minderheiten und stellt Maßnahmen vor, die perspektivisch die Chancengleichheit für MigrantInnen und Angehörige ethnischer Minderheiten im öffentlichen Dienst fördern könnten.

49 Raasch, Familienschutz und Gleichberechtigung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in STREIT 2/2002, S. 51, 60; Offener Brief, abgedruckt in STREIT 3/2001, 103f.; Lasowski, Kein Gleichstellungsgesetz für die Privatwirtschaft?, ZRP 2001, 504.

50 „Vereinbarung zwischen der Bundesregierung und den Spitzenverbänden der Deutschen Wirtschaft zur Förderung der Chancengleichheit von Frauen und Männern in der Privatwirtschaft“ vom 03.07.2001, in: Pfarr (Hg.), Ein Gesetz zur Gleichstellung der Geschlechter in der Privatwirtschaft, 2001

51 Eine vorhersehbare Stagnation: auch das Behindertengleichstellungsgesetz aus dem Jahre 2002 sieht für den privatwirtschaftlichen Bereich die Möglichkeit vor, freiwillige Zielvereinbarungen abzuschließen: die erste und einzige ihrer Art wurde am

12.3.2005 mit dem Tourismus- und Hotelverband zum Thema Barrierefreiheit geschlossen.

52 Daneben gibt es zahlreiche wichtige Anregungen aus der langjährigen Praxis zu geschlechtsbezogener Diskriminierung. So wird zum Beispiel die Benennung zuständiger RichterInnen für Gleichbehandlungsfragen angeregt.

53 Siehe Kocher, Antidiskriminierungsrecht vor den Arbeitsgerichten in STREIT 4/2003, 139, Fn 2, 3.

54 EuGH Rs. C-158/97 Badeck, NJW 2000, 1549; EuGH Rs. C-409/95 Marschall, NZA 1997, 1337; EuGH Rs. C-450/93 Kalanke, STREIT 4/1995, 159 ff. mit Anmerkungen von Colneric.

55 EuGH Rs. C-450/93 Kalanke a.a.O.

56 Recherche des Wirtschafts- und sozialwissenschaftlichen Instituts (WSI) in der Hans-Böckler-Stiftung mit Hilfe der Datenbank „Juris“, Pressemitteilung vom 11.02.2005, Download der Statistik unter http://www.boeckler.de/cps/rde/xchg/SID-3D0AB75D-BAB5C067/hbs/hs.xsl/320_32100.html

57 Dazu und zu weiteren Gründen siehe u.a. Pfarr/Bertelsmann, Diskriminierungen im Erwerbsleben, 1989, 449ff.; Bode, Arbeitsgericht – ein Ort für Frauen? STREIT, 3/1991, 107 ff.; Kocher, Antidiskriminierungsrecht vor den Arbeitsgerichten, a.a.O. 139, 142.

rungsoffer bereits durch diskriminierendes Verhalten erfahren haben, setzt sich bei der Suche nach rechtlichem Schutz bzw. nach Kompensation der erlittenen Nachteile fort. Der Betroffenen wird nicht nur das Prozessrisiko auferlegt, sie steht auch allein in einem Verfahren, dass viel Zeit in Anspruch nimmt, oft hohe Konfliktfähigkeit abverlangt und nicht selten von verständnisloser kühler Atmosphäre geprägt ist.⁵⁸ Viele befürchten zudem Nachteile, wenn sie gegen den Arbeitgeber gerichtlich vorgehen. Abhängigkeiten im Arbeitsverhältnis in Verbindung mit den Mühen und Risiken einer Individualklage schrecken viele davon ab, die ihnen zustehenden Rechte geltend zu machen. Zudem können über Einzelklagen weder eine häufig verbreitete Diskriminierungspraxis in der Gesamtheit vieler Fälle, noch mittelbare Diskriminierungen durch eine diskriminierende Struktur z.B. in Tarifverträgen, Einstellungsrichtlinien oder Beförderungssystemen bekämpft werden. Durch die Bindung an Einzelfälle werden die sowieso schon schwächeren Gesellschaftsmitglieder auch mit der Aufgabe allein gelassen, einen gesellschaftlichen Bewusstseinswandel einzuleiten und durchzusetzen.

Gefordert wird daher seit langem eine eigene Klagbefugnis der Verbände.⁵⁹ § 24 Abs. 2 Satz 1 ADGE enthält dagegen lediglich eine Prozessvertretung und zwar nur in gerichtlichen Verfahren, in denen eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist. Antidiskriminierungsverbände können damit nicht unabhängig von den Betroffenen vor Gericht agieren. Über § 17 Abs. 2 ADGE, § 23 BetrVG besteht darüber hinaus die Möglichkeit, durch Einschaltung von Betriebsrat oder einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft im Wege der Unterlassungs- bzw. Verpflichtungsklage gerichtlich gegen Diskriminierungen des/r ArbeitgeberIn vorzugehen. Nach § 24 Abs. 4 ADGE können geldwerte Ansprüche, nicht aber Unterlassungsansprüche an die Antidiskriminierungsverbände abgetreten werden. Damit bewegt sich der ADGE zwar noch im Rahmen der europäischen Vorgaben.⁶⁰ Um wirksam und systematischer als bisher auf dem Rechtsweg gegen diskriminierende Strukturen vorgehen zu können, brauchen die Antidiskriminierungsverbände aber eigenständige Verbandsklagbefugnisse im öffentlichen Interesse, für welche § 13 Unterlassungsklagengesetz oder § 13 Behindertengleichstellungsgesetz Vorbild sein könnte. Im Hinblick auf die notwendige psychische und finanzielle Unterstützung muss mindestens die gesetzliche Prozessstandschaft vorgesehen werden.⁶¹

Europarechtlich normiert ist die Beweislastverschiebung in Diskriminierungsfällen bereits durch die Beweislastrichtlinie⁶² sowie in Art. 8 der Antirassismusrichtlinie⁶³ und Art. 10 der Rahmenrichtlinie.⁶⁴ Wenn Betroffene Tatsachen glaubhaft machen, die im Sinne objektiver Indizien einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot vermuten lassen, ist es angemessen, dem anderen Teil die Beweislast dafür aufzuerlegen, dass keine Diskriminierung gegeben ist. Gleichzeitig schafft die Nachweispflicht für potentiell Diskriminierende Anreize, die eigenen Verhaltensweisen auf Diskriminierungen hin zu reflektieren und gegebenenfalls präventiv im Hinblick auf eine Exkulpation tätig zu werden. Der damit einhergehende Dokumentationsaufwand besteht im Arbeitsrecht hinsichtlich § 611a BGB und 84 SGB IX seit langem. Er ist, gemessen an dem europarechtlich geforderten effektiven Diskriminierungsschutz auch hinzunehmen, solange Diskriminierungen nicht gesellschaftliche Ausnahme, sondern alltägliche Regel sind.

58 Vgl. Bode, Frauen und Arbeitsrechtstreitigkeiten, in Frauen und Recht 2003, 213, 220.

59 Kocher, Antidiskriminierungsrecht vor den Arbeitsgerichten, a.a.O. S. 139, 142 f. m.w.N.; Weber/Raasch, Das neue Antidiskriminierungsrecht für die Bereiche Beschäftigung und Beruf – eine unendliche Geschichte?, ai, 3/2004, 12, 13; Stellungnahme des djb zum ADGE a.a.O. S. 13 ff.; Öffentliche Anhörung des AFStJ Protokoll Nr. 15/51 vom 07.03.2005, Teil II, Stellungnahme der Verbände S. 357 ff.

60 Zu den Anforderungen siehe Hennig/Baer Europarecht als Chance, a.a.O., S. 169, 175.

61 Siehe zum Ganzen Kocher, Antidiskriminierungsrecht vor den Arbeitsgerichten, a.a.O. S. 139, 140.

62 RL 97/80 EG vom 15.12.1997, ABl. EG 1998 Nr. L 14 S. 6f.

63 Fn 8.

64 Fn 9.

Viele Klagen wegen Geschlechtsdiskriminierung werden aber trotz Beweislastverschiebung deshalb nicht zustande kommen, weil die diskriminierte Person keine Tatsachen glaubhaft machen kann, welche eine Benachteiligung wegen des Geschlechts vermuten lassen. Denn die abgelehnte BewerberIn erfährt in der Regel nicht, welche Gründe für die Ablehnung maßgeblich waren, bzw. ob es sich dabei um die wahren Gründe handelt. Einen Auskunftsanspruch über die qualifikatorischen Merkmale der anderen BewerberInnen und über die Gründe der Auswahl hat sie im allgemeinen Arbeitsrecht der Privatwirtschaft nicht. Nur im öffentlichen Dienst kann eine abgelehnte Bewerberin in der Regel Auskunft erlangen, weil hier der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gilt und die Behörde im Streitfall darlegen muss, dass sie nach den von Art. 33 Abs. 2 GG vorgegebenen Kriterien der „Bestenauslese“ vorgegangen ist.⁶⁵ Keinerlei Auskunftsansprüche bestehen bei abgelehnten schuldrechtlichen Verträgen. Angesichts der starken Machtungleichgewichte auf dem Arbeits- bzw. Wohnungsmarkt ist es für BewerberInnen ein elementares soziales Problem, bei der Vergabe dieser knappen Ressourcen zusätzlich wegen eines Diskriminierungsmerkmals benachteiligt zu werden. Um den Diskriminierungsverboten zu effektiver Durchsetzung zu verhelfen, wäre hier sogar eine Umkehr der Beweislast angebracht.⁶⁶

Die Richtlinien schreiben weiter Sanktionen bei Verstößen gegen das Diskriminierungsverbot vor, die wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein sollen.⁶⁷ Diese Anforderungen beruhen auf der Rechtsprechung des EuGH, wonach eine Entschädigung im angemessenen Verhältnis zum erlittenen Schaden stehen und über einen symbolischen Schadensersatz hinausgehen muss.⁶⁸ Dass damit unvertretbar scharfe Sanktionen vorgesehen würden, wie von den GegnerInnen des Antidiskriminierungsschutzes behauptet,⁶⁹ ist nicht nachvollziehbar. Bei der Einstellungsdiskriminierung wurden bis auf die generelle Verschuldensunabhängigkeit⁷⁰ die Regelungen aus § 611 a BGB übernommen. Die gerichtliche Ermessensausübung hat bisher nicht zu exorbitanten Entschädigungszahlungen geführt.⁷¹ Eine Schadensersatzmindesthöhe sieht der aktuelle

ADGE nicht vor, ebenso wenig wie einen Anspruch auf Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses. Auch diesbezüglich ist das ADGE eher fauler Kompromiss als konsequente Umsetzung der Richtlinien. Denn die Entschädigung muss abschreckend sein, also geeignet den Arbeitgeber von künftigen Diskriminierungen abzuhalten. Diese Anforderung zielt nicht nur auf Prävention. Ungenügende Rechtsfolgen machen nicht nur die Rechtsverletzung attraktiv, sie schrecken auch von der Rechtsverfolgung ab. Das Beschreiten des Rechtsweges wird dagegen attraktiver, wenn die Rechtsfolgen von Diskriminierung nicht von vornherein auf Schadensersatz beschränkt sind, sondern auch der Abschluss eines verweigerten Vertrages oder der Abschluss eines Vertrages zu nicht-diskriminierenden Bedingungen erstritten werden kann.⁷² Ein Wahlrecht zwischen materieller Entschädigung und einem Individualanspruch auf Einstellung bzw. auf Verbleib im Arbeitsverhältnis / Vertragsabschluss würde den Interessen der Betroffenen noch mehr gerecht werden. Zugleich könnte sie den Druck auf die ArbeitgeberInnen, sich geschlechtsneutral zu verhalten, verstärken.⁷³

Der vorgelegte Gesetzesentwurf, so wichtig er auf politisch-symbolischer Ebene auch ist, greift im Hinblick auf die Regelungen zur konkreten Rechtsdurchsetzung zu kurz. Er setzt auf eine Verstärkung des individuellen Rechtsschutzes, in dem er die Beweiserleichterung des § 611 a BGB auf andere Bereiche und Diskriminierungsmerkmale überträgt. Die dem individuellen Rechtsschutz immanenten Mängel kompensiert er dagegen nicht durch entsprechende kollektive Verfahren und wirksame Rechtsfolgen.

3.3. Anlaufstellen für Antidiskriminierungsschutz

Der ADGE sieht in § 27 eine Antidiskriminierungsstelle auf Bundesebene vor, der zwar ein breites Spektrum an Aufgaben (Einzelfallberatung, Konflikt-schlichtung, Öffentlichkeitsarbeit, Prävention und Forschung), aber kaum Kompetenzen zugedacht waren. Positiv hervorzuheben ist der horizontale Ansatz der Stelle, da sie für alle Diskriminierungsmerkmale zuständig sein sollte. (Nur die Antirassimus- und die Richtlinien zur Geschlechtergleichbehandlung sehen die Einrichtung von Antidiskriminierungsstellen

65 Vgl. BGH, NJW 1995, 2344; zum Ganzen auch Berghahn, Frauen im Recht der Erwerbstätigkeit, in Frauen und Recht 2003, 151, 175.

66 Vgl. die Forderungen des djb, a.a.O. 13.

67 Art. 6 (2) und 8 d der Richtlinie 2002/73/EG, Art. 15 der Richtlinie 2000/43 und Art. 17 der Richtlinie 2000/78/EG.

68 Z.B. EuGH Rs. 14/83 vom 10. April 1984 – v. Colson u. Kamann, Slg. 1984, I-1891 ff.

69 Bauer/Thüsing/Schunder, NZA 2005, 32.

70 Siehe dazu oben Fn 17.

71 Vgl. Prof. Dr. Ulrike Wendeling-Schröder, Öffentliche Anhörung des AFSFJ Protokoll Nr. 15/51 vom 07.03.2005, Teil I, S. 48; Weber/Raasch, Das neue Antidiskriminierungsrecht für die Bereiche Beschäftigung und Beruf – eine unendliche Geschichte?, ai, 3/2004, 12, 13.

72 Vgl. Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit?, S. 131f., 155ff., 407f., 411ff.

73 Die Vielzahl der Gründe, warum diskriminierte Menschen sich nicht gerichtlich zur Wehr setzen, geht über die hier zur Rechtsdurchsetzung angeführten weit hinaus. Vgl. dazu die Studie von Pflüger/Bar, Das Beschäftigtenschutzgesetz in der Praxis, 2002.

vor.) Denn *eine* Stelle für alle Anknüpfungspunkte von Diskriminierung setzt ein Signal, dass Diskriminierung als solche wahr- und ernstgenommen wird und nicht nur ein Problem gesellschaftlicher Minderheiten ist.

Eine Interventionsstelle ohne Befugnisse im Einzelfall ist jedoch dazu verdammt, helfen zu wollen ohne zu können. Die Antidiskriminierungsstelle des Bundes soll lediglich ein Auskunft- und Akteneinsichtsrecht bei anderen Bundesstellen erhalten. Ansonsten kann sie Beteiligte nur um Stellungnahmen ersuchen. Wenn die diskriminierende Person oder Institution schlicht nicht willens ist, an diskriminierendem Verhalten bzw. Verfahren etwas zu ändern, helfen solcherart Ersuchen bekanntlich wenig. Es bedarf daher eines Auskunftsanspruch z.B. gegenüber ArbeitgeberInnen oder VermieterInnen.

Wie es gehen kann, zeigt das Beispiel Österreich. Nach § 57 des österreichischen Gleichbehandlungsgesetzes (GIBG) sind ArbeitgeberInnen, BetriebsrätInnen und Beschäftigte verpflichtet, der Gleichbehandlungskommission (GB) die zur Prüfung eines Diskriminierungsvorwurfes erforderlichen Auskünfte zu erteilen. Die GB kann gem. § 54 GIBG eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes feststellen und den/die ArbeitgeberIn zur Beendigung auffordern. Ersatzansprüche und Anfechtungsbefugnisse auf Basis des Gleichbehandlungsgesetzes müssen zwar – unabhängig vom Verfahren vor der Gleichbehandlungskommission – beim zuständigen Arbeits- und Sozialgericht geltend gemacht werden. Die Einbringung eines Antrages auf Prüfung der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes bei der Kommission bewirkt aber die Hemmung der Fristen zur gerichtlichen Geltendmachung. Zwar ist das Gericht nicht an eine Entscheidung der Kommission gebunden, kann sich aber auch nicht ohne Begründung darüber hinwegsetzen.⁷⁴ Gemäß § 55 GIBG wird die diskriminierte Person im Verfahren von einer GleichbehandlungsanwältIn (insgesamt gibt es eine Bundes- und vier regionale GleichbehandlungsanwältInnen) beraten und gegebenenfalls vertreten.

Unabdingbar für die effektive Unterstützung diskriminierter Menschen sind darüber hinaus unabhängige regionale Anlaufstellen mit eigenen Kompetenzen und Mitteln. Das gilt sowohl hinsichtlich der zu erwartenden Quantität des Beratungsbedarfs als auch mit Blick auf niedrige Zugangsschwellen. Letzteres meint insbesondere zeit- und ortsnahe Erstberatung, Intervention und Konfliktlösung, beinhaltet

aber auch das Wissen um regionale Besonderheiten und Kontakte. Eine einzige zentrale Entität kann das nicht leisten. Angesichts der mit konkreten Diskriminierungserfahrungen einhergehenden psychischen Belastung stellt sich die Frage, welche Frau aus Thüringen das persönliche (Telefon)Gespräch mit einer Stelle in Berlin suchen wird. Zumal, wenn diese Stelle über kaum mehr Kompetenzen verfügt als lokale, mit Vertrauensvorschuss ausgestattete Beratungsstellen oder RechtsanwältInnen. Einen Unterbau auf Länderebene sieht der nichtzustimmungspflichtige ADGE aber gerade nicht vor. Angedacht ist zwar eine Zusammenarbeit der zentralen Bundesstelle mit regionalen Behörden, Beauftragten und NGO's.⁷⁵ Völlig unklar bleibt jedoch, wie sich diese gestalten sollte und welche Qualitätsstandards (in Anbetracht kontinuierlich sinkender Förderung) an die Beratungspraxis vor Ort anzulegen seien. Eine mögliche Funktion der Bundesstelle bliebe, die für Gerichtsverfahren notwendige statistische Datenbasis zur Verfügung zu stellen.

Die Lektüre der Gesetzesbegründung weist auch auf die Angst hin, bestehende Strukturen zu hinterfragen oder gar anzutasten. So sollen Fälle gegebenenfalls an die anderen Beauftragten auf Bundesebene bzw. auf Länder- und Kommunalebene verwiesen werden, um „gewachsene Strukturen zu erhalten“ und „Mehrfachbearbeitungen zu vermeiden“.⁷⁶ Hier sehe ich die Gefahr, dass aus Angst, bestehende Kompetenzen anzurühren, Einzelfälle zwischen zentralen und lokalen Stelle oder Beauftragten hin- und rückverwiesen werden. Der Klärungs- und Rechtsfindungsprozess wird damit eher verzögert und der/dem Schutzsuchenden kann leicht das Gefühl vermittelt werden, Spielball bürokratischer Abläufe zu sein, statt kompetent beraten und individuell unterstützt zu werden. Hinzu kommt, dass es auf Grundlage des horizontalen Ansatzes arbeitende Anlaufstellen in Deutschland derzeit fast nicht gibt. Die pauschale Begründung, dezentrale Anlaufstellen mit horizontalem Ansatz schufen Parallelstrukturen und hohe Kosten, überzeugt, gemessen an den Schutzinteressen der Betroffenen und an der Effektivität und Qualität der Antidiskriminierungsarbeit, nicht. Auch in dieser Hinsicht lohnt ein Blick auf die Erfahrungen anderer außer/europäischer Staaten. So widmen sich die ebenfalls regional verankerten Antidiscrimination – Boards in Australien seit den 70er Jahren den Diskriminierungsmerkmalen Geschlecht, Ethnische Herkunft, Verheiratetenstatus, Homosexualität, Behinderung, einschließlich HIV/Aids, Alter, Transgender,

74 Vgl. zu Kompetenzen und institutioneller Verfasstheit der Anlaufstellen in Österreich: www.bmgf.gv.at.

75 Gesetzesbegründung zum ADGE BT-Drs. 15/4538, S. 117.

76 Beauftragte der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration, Beauftragter der Bundesregierung für Aussiedlerfra-

gen und nationale Minderheiten; Beauftragter der Bundesregierung für die Belange behinderter Menschen; s. Gesetzesbegründung zum ADGE BT-Drs. 15/4538, S. 120f.

Carers' responsibilities im Arbeits – und Wohnungsmarkt, Bildungs – und Dienstleistungssektor.⁷⁷ Aber auch in der EU, z.B. durch die Equality Authority in Irland, bzw. im Belgischen Zentrum für Chancengleichheit und in der niederländischen Commissie Gelijke Behandeling (allerdings mit einer eigenen Kommission für Geschlechtergleichstellung ausgestattet) wird der horizontale Ansatz praktiziert.⁷⁸ Die Erfahrungen sind durchweg positiv. Eine Anlaufstelle gewährleistet nicht nur eine kohärente Entwicklung des Diskriminierungs(rechts)schutzes. Sie wird auch dem Problem der Mehrfachdiskriminierung gerecht. Eine Struktur, die zwar spezifische Beratung für spezifische Diskriminierungsgründe vorsieht, gleichzeitig aber ein einheitliches Verfahren anbietet, fördert darüber hinaus die gemeinsame Nutzung und Übertragung von Wissen nach Innen. Nach Außen steigt ihr Bekanntheitsgrad und ihr politischer Einfluss.⁷⁹

Die irische Gleichstellungsbehörde erteilt Rechtsberatung und vertritt in Diskriminierungsfällen aus neun Gründen, wobei die Wirkung der Urteile über den/die einzeln/e Klägerin hinausgeht. Ebenso wurde eine quasigerichtliche Stelle, vergleichbar der österreichischen Gleichbehandlungskommission, aber mit mehr Rechten ausgestattet, eingerichtet, die Klagen prüft, schlichtet bzw. entscheidet.⁸⁰ Eine derartige Institution mit vorgeschalteten mediativen Konfliktlösungsmechanismen und speziellen GleichbehandlungsrichterInnen könnte die Hemmschwelle für die Inanspruchnahme von Antidiskriminierungsrechtsschutz auch in Deutschland senken.

III. Fazit

Ob unter rot/grün oder schwarz/gelb: ein Antidiskriminierungsgesetz wird es geben (müssen). Wann und ob in 1:1 Umsetzung der Richtlinien oder orientiert an Art. 3 Abs. 3 GG wird von politischen Mehrheiten, von der Lobbyarbeit der Betroffenen/Interessenverbände, aber auch von der Anrufung der deutschen und europäischen Gerichtsbarkeit abhängen. Eins scheint jedoch klar: die justizielle Wirkung eines ADG ohne Verbandsklagebefugnis und wirksame Rechtsfolgen wird sich in Grenzen halten. Schwerer werden die symbolischen und gesellschaftspolitisch-kulturellen Wirkungen eines solchen Gesetzes wiegen. Zumal in einem Land, indem Antidiskriminierungskultur immer noch ein Fremdwort ist. Um so wichtiger erscheint die Einmischung in die aktuelle Debatte, in der *Arbeit* als Kern menschlichen Seins

ausgemacht wird, ohne über Zugangs-, Arbeits- und Reproduktionsbedingungen sprechen zu wollen.

Zur feministischen Auseinandersetzung um effektiven Antidiskriminierungsschutz gehört nach wie vor auch die Diskussion um die Vor-, Nachteile und Grenzen der Weitung des Blickwinkels über geschlechtsspezifische Antidiskriminierungs- bzw. Gleichstellungspolitik hinaus. Praktische Relevanz hat das bei der Suche nach BündnispartnerInnen für ein umfangreiches Antidiskriminierungsgesetz mit horizontalem Ansatz auch im Zivilrecht, ebenso wie bei der Diskussion um effektive Anlaufstellen.

77 Z.B. das ADB für NewSouthWales http://www.lawlink.nsw.gov.au/lawlink/adb/ll_adb.nsf/pages/adb_index.

78 Gleiche Rechte in der Praxis, Europäische Kommission, März 2005 mit weiteren Beispielen aus EU-Mitgliedstaaten.

79 Vgl. zum Vorteil des horizontalen Ansatzes: Specialised bodies to promote equality and/or combat discrimination, Final Report,

Mai 2002, die Studie von PLS Ramboll Management im Auftrag der Europäischen Kommission analysiert Aufgaben und Arbeitsweise von 21 verschiedenen Stellen in den Mitgliedstaaten, die für die Förderung der Gleichstellung zuständig sind.

80 www.equality.de