

Das AGG als rechtliches Instrument proaktiver Gleichstellungspolitik

Chancen und Grenzen des Antidiskriminierungsrechts
zur Herstellung von Geschlechtergerechtigkeit
am Beispiel von Deutschland

Seminar: Gender und Chancengleichheit - Diskriminierungsschutz aus der
Menschenrechtsperspektive unter besonderer Berücksichtigung der UN-Frauenkonvention
Dozentin: Dr. Nina Althoff, Deutsches Institut für Menschenrechte

Inhalt

| | |
|--|----|
| 1. Einleitung..... | 3 |
| 2. Die Kategorie Gender im Menschen- und Antidiskriminierungsrecht..... | 6 |
| 3. Vom Menschenrecht zur politischen Verantwortung - Instrumente zur Gleichstellung in Deutschland..... | 9 |
| 3.1 Frauenförderung..... | 9 |
| 3.2 Gender Mainstreaming (GM)..... | 10 |
| 3.3 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)..... | 11 |
| 3.3.1 gleichstellungsrelevante Komponenten im AGG | 11 |
| 3.3.2 Kritik am AGG | 12 |
| 3.4 Grenzen des Antidiskriminierungsrechts als Gleichstellungsinstrument..... | 16 |
| 4. Schlusswort..... | 21 |
| Quellenverzeichnis..... | 22 |

1. Einleitung

Nach mehr als 60 Jahren des Bestehens der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der UN und 30 Jahre nach Verabschiedung der UN-Frauenrechtskonvention CEDAW, vier Weltfrauenkonferenzen, umfassender Gleichstellungsgesetzgebung auf europäischer Ebene und in der Bundesrepublik Deutschland ist die Chancengleichheit und Gleichberechtigung zwischen Männern und Frauen noch immer nicht erreicht. Mehr noch steht die Geschlechterfrage exemplarisch für einen langen Gleichstellungsprozess, der erheblichen Widerständen ausgesetzt war und ist.

Die allgemeine Lohndifferenz beträgt 23 Prozent (Deutschland ist damit im EU-weiten Vergleich auf dem viertletzten Platz), der Arbeitsmarkt ist horizontal und vertikal segregiert zum Nachteil vieler Frauen, Männer sind weiterhin die Hüter der „gläsernen Decke“, die Vereinbarkeit von Familie und Beruf bleibt im Hinblick auf zu wenige Kita-Plätze und unflexible Arbeitsmodelle oft Wunschdenken. Neben dieser strukturellen Benachteiligung von Frauen, existieren nach wie vor traditionelle und stereotype Rollenbilder beider Geschlechter nicht nur um Berufsleben. Anstrengungen zur Gleichstellung von Männern und Frauen des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend entfalten nur selten nachhaltige Wirkung. Gleichstellungskonzepte werden nicht oder einspurig umgesetzt, entsprechende Gelder gestrichen. Viele Handlungsstrategien zur Förderung von Chancengleichheit von Männern und Frauen bleiben uneingelöste Versprechen.

Als im Sommer 2006 das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) in Kraft trat war die Hoffnung groß, dass dieses Gesetz gegen Diskriminierung nachhaltig strukturelle Veränderungen zugunsten beider Geschlechter herbeiführen würde. Fast vier Jahre später fällt die Bilanz nüchtern aus: Etwa 400 Fälle haben deutsche Gerichte bisher auf der Grundlage des AGG verhandelt, lediglich ein Viertel davon bezogen sich explizit auf das

Diskriminierungsmerkmal Geschlecht, nicht einmal die Mehrheit der hiesigen Bevölkerung hat überhaupt Kenntnis vom AGG und damit Kenntnis von eigenen Rechten zum Schutz vor Benachteiligung.

Die vorliegende Arbeit geht der Frage nach, wie eine Antidiskriminierungs-gesetzgebung bereits bestehende Konzepte zur Gleichstellung von Männern und Frauen proaktiv unterstützen kann.

In diesem Kontext werden in Bezug auf Erwerbsarbeit die Umsetzung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes näher beleuchtet, aktuelle Problemfelder des Gesetzes und mögliche Handlungsspielräume skizziert.

Wo liegen die Grenzen von Gleichbehandlungsrecht im Rahmen von Gleichstellung und braucht es gar einen Blick über Kategorie Gender hinaus um Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen zu verwirklichen? Welche Rolle spielen die Konzepte Intersektionalität und Diversity bei dieser Frage?

2. Die Kategorie Gender im Menschen- und Antidiskriminierungsrecht

Der Begriff Gender bezeichnet das soziale Geschlecht: an das biologische Geschlecht (sex) werden verschiedene Rollenerwartungen und Stereotype geknüpft (gender)¹. Männer und Frauen werden unterschiedlich gedacht und wahrgenommen, sie präsentieren sich unterschiedlich als weiblich oder männlich und ihnen werden bestimmte Eigenschaften zugeschrieben², denen ein naturalisierendes und essenzialisierendes Verständnis von Geschlecht zu Grunde liegt. Zum anderen wird Gender als perpetuierende Konstruktion und Performanz von Geschlecht und den damit verbundenen Rollenerwartungen als „doing gender“³ konzeptionalisiert. Gender kann auch als differenzerzeugende Kategorie verstanden werden und beschreibt im Kontext der gesellschaftlichen Stellung von Männern und Frauen deren historische, kulturelle, politische und soziale Unterschiede.

Unter Vernachlässigung der diskursiven Dekonstruktionstheorien, in denen sex und gender wieder entdifferenziert und Geschlechtsidentitäten negiert werden⁴, ist den drei vorgestellten Definitionen von Gender gleich, dass Geschlechterverhältnisse, -identitäten, Stereotypen und geschlechtsdifferenziertes Verhalten kein biologisches Schicksal haben.⁵

Aus dieser zentralen Annahme heraus ergibt sich eine soziale Wirklichkeit, die nach Gender-Stereotypen zu untersuchen ist und deshalb eine Notwendigkeit besteht, in der Rechtspolitik eine Gender-Perspektive

¹ Simone de Beauvoir äußerte 1949 in „Le Deuxième Sexe“ den bekannten Satz: „Man wird nicht als Frau geboren, man wird es“ und erklärte erstmals Geschlecht als soziale Kategorie.

² Knapp 2000: 73

³ vgl. hierzu West/Zimmerman 1987

⁴ vgl. hierzu Butler 1991

⁵ Degele 2008: 101

einzunehmen⁶. Es geht darum herauszufinden, in welcher Weise sich eine bereits bestehende oder geplante Rechtsnorm auf die Lebenswirklichkeit von Männern und Frauen niederschlägt.

„Anders als soziale Normen, die vorgeben, was ‚man‘ tut, ist staatliches Recht auch ein regelmäßig schriftlich fixiertes, in bestimmten Verfahren entstehendes, [...] einigermaßen öffentlich diskutiertes und in regelmäßig öffentlich zugänglichen Institutionen umgesetztes Mittel zur Konstruktion von Wirklichkeit. In dieser Eigenschaft und in dem guten Ruf, den Rechtsstaatlichkeit heute international genießt, liegt denn auch die Chance, die dem Recht für die Steuerung von Geschlechterverhältnissen zukommt.“⁷

Obwohl in deutschen Rechtsnormen der Begriff Gender nicht vorkommt, sondern einheitlich der Begriff Geschlecht verwendet wird, lässt er sich trotzdem im Sinne von Gender verstehen und hat wie Susanne Baer im genannten Zitat bereits beschreibt, die Steuerung von Geschlechterverhältnissen zum Ziel: Im Jahr 1992 entschied das Bundesverfassungsgericht, dass eine Ungleichbehandlung von Männern und Frauen aufgrund „funktionaler“ Unterschiede eine stereotype Rollenauffassung von Geschlecht forschreibt und deshalb nicht zulässig ist⁸.

Das im Grundgesetz verankerte Gleichstellungsgebot zwischen Männern und Frauen (Art. 3 Abs.2), ist ein weiterer Indikator dafür, dass Gender als Konzept Einzug in nationale Gesetzgebung gefunden hat. Denn ein Ziel von Gleichstellung besteht darin, bestehende Rollenmuster aufzuspüren und auf ihren Wandel hinzuwirken.

Ebenso finden sich auf der Europarechtsebene im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), in Verordnungen und Richtlinien solche Gleichstellungsvorgaben, die, ohne den Begriff Gender explizit zu benennen, das Konzept von Gender umsetzen⁹.

⁶ Rudolf 2009: 156

⁷ Baer 2004: 73

⁸ Rudolf 2009: 161

⁹ vgl. hierzu Baer / Lepperhoff 2006: 23; Rudolf / Mahlmann 2007: 106ff.

Die europäische Kommission hingegen verwendet explizit den Begriff Gender Equality, wenn sie von Gleichstellung zwischen Geschlechtern spricht¹⁰.

Im internationalen Kontext gehört das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zum Bestandteil des Völkerrechts und ist Gegenstand in fast allen universellen Menschenrechtsverträgen sowie der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)¹¹, so auch in CEDAW, das wichtigste internationale Menschenrechtsinstrument für Frauen¹². Die UN-Konvention zur Beiseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau spricht zwar von „discrimination upon sex“¹³, dennoch wird Gender als Begriff in Artikel 5 deutlich: Vertragsstaaten müssen Maßnahmen ergreifen „um einen Wandel in den sozialen und kulturellen Verhaltensmustern von Mann und Frau zu bewirken [...]\“. Da ein Verbot von Diskriminierung Ungleichbehandlung bekämpfen und verhindern soll, ist damit auch ein Gleichheits- und Gleichstellungsgebot verbunden¹⁴. CEDAW macht also auch Vorgaben zur Gleichstellung in bestimmten Lebensbereichen¹⁵.

Im Menschenrechtskontext ist Gender auch über CEDAW hinaus zu finden, beispielsweise in der Erklärung nach der Pekinger Weltfrauenkonferenz 1995, die das Konzept des Gender Mainstreaming propagierte, welches im folgenden Kapitel kurz vorgestellt wird.

¹⁰ <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=418&langId=en>, Zugriff am 15.03.2010

¹¹ Rudolf/Mahlmann 2007: 76

¹² Schöpp-Schilling 2009: 8

¹³ <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/econvention.htm>, Zugriff am 12.03.2010

¹⁴ Baer 2004: 76

¹⁵ In Artikel 4 CEDAW wird von „temporary special measures“, also zeitweiligen Sondermaßnahmen zur beschleunigten Herbeiführung der Defacto-Gleichstellung, gesprochen. Artikel 11 der Konvention umfasst unter anderem den Bereich des Berufslebens, in dem unter anderem Lohngleichheit geboten ist.

3. Vom Menschenrecht zur politischen Verantwortung - Instrumente zur Gleichstellung in Deutschland

3.1 Frauenförderung

Im Rahmen von Frauenförderung sollen Frauen und Männer innerhalb der Organisation oder innerhalb eines Bereiches gleichgestellt werden. Normative und reale Parameter bleiben dabei zunächst unverändert. In der Regel bedient sich Frauenförderung einer direkten "Bevorzugung" von Frauen, die aber genau betrachtet nur ein "Nachholen" vorenthalter Chancen gegenüber Männern ist¹⁶. Zu den korrigierenden und kompensatorischen Programmen von Frauenförderung gehören unter anderem Quotierungsregelungen, Frauenförderpläne, Verbesserung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf, Arbeitszeitflexibilisierung.

Die Situation von Männern bei der Gleichstellung wird im Rahmen von Frauenförderung nicht berücksichtigt. Sie gelten als Ursache oder Nutznießer der Benachteiligung von Frauen¹⁷, Männer und Frauen werden in der Motivation dieses Gleichstellungsinstruments als zwei bipolare, nach außen geschlossene und homogene Gruppen konzeptionalisiert, die zueinander hierarchisch angeordnet sind. Frauenförderung erreicht damit im Rahmen ihrer Zielsetzung lediglich eine Angleichung an die Privilegien und Chancen von Männern, perpetuiert damit Geschlechterrollen und hat keine strukturelle Veränderung im Blick.

¹⁶ Stiegler 2005: 12

¹⁷ Schenk 2008: 153

3.2 Gender Mainstreaming (GM)

Gender Mainstreaming (GM) als Begriff hat seinen Ursprung in den internationalen Frauenbewegungen und Institutionen der Entwicklungspolitik. Auf der Vierten Weltfrauenkonferenz 1995 in Peking wurde GM von vielen Nichtregierungsorganisationen propagiert. Da in den völkerrechtlichen Verträgen neben dem Verbot der Diskriminierung auch eine Förderung von Gleichheit festgeschrieben ist, verpflichten diese Verträge wie beispielsweise CEDAW die Vertragsstaaten zum GM¹⁸. In der EU und in Deutschland ist GM seit 1999 etabliert¹⁹.

GM betrachtet die Gleichberechtigung der Geschlechter als gesellschaftliche Querschnittsaufgabe und integriert Frauen und Männer gleichermaßen in die Gleichstellungsarbeit. Zur Verwirklichung der Gleichberechtigung sind sämtliche allgemeine politische Konzepte und Maßnahmen einsetzbar, in denen bereits in der Planungsphase eine Gender-Perspektive aktiv und erkennbar integriert wird²⁰. Dafür werden im Rahmen von GM Instrumente entwickelt, die in allen Handlungsfeldern der öffentlichen Verwaltung - von der internen über die externe Steuerung bis zur Aktivierung Dritter - eingesetzt werden können²¹.

Für das Gleichstellungsrecht bedeutet GM die Optimierung rechtlicher Grundlagen, wenn diese noch keine Gleichstellungsorientierung beinhalten. Die Instrumente von GM erlauben juristischen Akteuren ein Bewusstsein für Gleichstellungsrecht zu entwickeln und zu erzeugen²².

¹⁸ Rudolf / Mahlmann 2007: 68

¹⁹ vgl. Frey / Kuhl 2003

²⁰ ebd.

²¹ Stiegler 2005: 12f.

²² vgl. Baer 2004

3.3 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)

3.3.1 gleichstellungsrelevante Komponenten im AGG

Wie bereits in Abschnitt 2 erwähnt, liegt dem Recht auf Gleichbehandlung neben dem Benachteiligungsverbot ein Gleichstellungsgebot zu Grunde, das sich für das Merkmal Geschlecht zunächst aus dem Völkerrechtsprinzip ableitet. Entsprechend ist das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) selbstverständlich ein Gleichstellungsgesetz, das zum Ziel hat, Diskriminierung unter anderem aufgrund des Geschlechts und den damit verbundenen Rollenerwartungen (im Sinne von Gender) zu bekämpfen und Gleichstellung zwischen Männern und Frauen herzustellen, um letztlich den mit dem AGG verbundenen rechtlichen Verpflichtungen, die sich aus CEDAW, dem europäischen Recht²³ und dem Grundgesetz (insbesondere Artikel 3) ergeben, „gerecht“ zu werden.

Während §1 das Gleichstellungsziel des Gesetzes und die geschützten Merkmale feststellt, regelt § 2 Abs. 1 Ziff. 1-3 den Bereich der Erwerbsarbeit, im speziellen den Zugang zu Erwerbstätigkeit einschließlich Auswahlkriterien und Einstellbedingungen sowie den beruflichen Aufstieg und außerdem die berufliche Aus- und Weiterbildung.

Für das Benachteiligungsverbot gelten allerdings bestimmte Ausnahmeregelungen: Männer und Frauen dürfen ungleich behandelt werden, wenn die „Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist“ (§8).

In § 3 AGG werden die Diskriminierungsformen erklärt. Zusätzlich ist im Bereich der mittelbaren Diskriminierung unter Absatz 1 erwähnt, dass eine

²³ Artikel 8, 19, 157 AEUV, die EMRK, EU-Grundrechtecharta, sowie die vier EU-Richtlinien, die im AGG umgesetzt sind: 2000/43/EG, 2000/78/EG, 2002/73/EG, 2004/113/EG

„ungünstigere Behandlung einer Frau wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft“ innerhalb von § 2 Abs. 1 Ziff. 1-4 ebenfalls unzulässig ist.

In Paragraph 5 (Positive Maßnahmen) geht das AGG über die vier EU-Richtlinien, die dem Gesetz zu Grunde liegen hinaus, da so genannte positive Maßnahmen in diesen nicht explizit erwähnt sind. Positive Maßnahmen stellen eine zulässige Ungleichbehandlung dar, da mit „geeigneten und angemessenen Maßnahmen bestehende Nachteile bestimmter Personen oder Personengruppen ausgeglichen oder verhindert werden sollen.“ Bei positiven Maßnahmen handelt es sich um temporäre Fördermaßnahmen, die obsolet werden, sobald eine Defacto-Gleichstellung erreicht ist.

3.3.2 Kritik am AGG

Diskriminierungskultur statt Gleichbehandlung

Seit Beginn der Umsetzungsphase der EU-Richtlinien ist das AGG in Deutschland Gegenstand von Kontroversen in Politik, Justiz, Wirtschaft, Gesellschaft und Medien. Die an vielen Stellen negative Haltung gegenüber dem Gesetz kann als Indikator verstanden werden, dass hierzulande keine Antidiskriminierungskultur vorherrscht. Im Hinblick auf Gleichstellung und CEDAW kann deshalb davon ausgegangen werden, dass nach Artikel 2 (a) der Konvention bisher zu wenig für eine tatsächliche Gleichbehandlung getan wurde um ein Umdenken zu erzeugen²⁴. Der Gesetzgeber ist nach CEDAW und den EU-Richtlinien allerdings in der Pflicht, für eine ausreichende Sensibilisierung im Themenfeld Diskriminierung und Bekanntmachung des Gesetzes zu sorgen.

²⁴ vgl. hierzu die Studie der Antidiskriminierungsstelle des Bundes im Auftrag von Sinus Sociovision „Diskriminierung im Alltag - Wahrnehmung von Diskriminierung und Antidiskriminierungspolitik in unserer Gesellschaft“, <http://www.antidiskriminierungsstelle.de/ADS/Service/downloads,did=121488.html>, Zugriff am 21.03.2010

Unzureichende rechtliche Tragweite

Das AGG berücksichtigt keine Aspekte der häuslichen und Privatsphäre. Es schützt damit Männer und Frauen nicht vor Diskriminierung im privat-rechtlichen Sinne²⁵. Das Gewaltschutzgesetz, das zur Verbesserung des zivilgerichtlichen Schutzes bei Gewalttaten und Nachstellungen sowie zur Erleichterung der Überlassung der Ehewohnung bei Trennung 2002 in Kraft trat ist an dieser Stelle nicht ausreichend, weil der Begriff Diskriminierung nicht nur die Androhung und Anwendung von physischer Gewalt umfasst.

Keine richtlinien-konforme Umsetzung

Gleich mehrere Vorschriften des AGG sind im Rahmen der vier EU-Richtlinien, die dem Gesetz zu Grunde liegen, nicht richtlinien-konform umgesetzt²⁶. Nachstehend folgen einige Beispiele hauptsächlich in Bezug auf Geschlecht und Erwerbsarbeit:

Entlassungsbedingungen fallen in den Rechtsbereich der entsprechenden Richtlinien, doch § 2 Absatz 4 AGG klammert Kündigungen explizit aus und verweist auf die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz. Hier wird seitens juristischer Verbände bemängelt, dass sich in der deutschen Gesetzgebung zum Kündigungsschutz keine Diskriminierungsverbote finden.

Im zuvor geltenden Recht, § 611a Abs. 1 Satz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB), war eine unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts nur zulässig, soweit Geschlecht für die auszuübenden Tätigkeit „unverzichtbare Voraussetzung“ war. Die in § 8 Abs. 1 AGG gewählte Formulierung bietet mehr Raum für Ausnahmen vom Diskriminierungsverbot

²⁵ Ziffer 17 der Abschließenden Bemerkungen des CEDAW-Ausschusses vom 10.2.2009 zum 6. Staatenbericht von Deutschland von 2007

²⁶ vgl. Deutscher Juristinnenbund: Offener Brief an die EU-Kommission vom 19.06.2007; Rudolf / Mahlmann 2007: 186ff., 257ff., 327ff.

aufgrund des Geschlechts und stellt damit eine Absenkung des bisherigen Schutzniveaus dar²⁷.

In Bezug auf Entgeltgleichheit sind die Bestimmungen der Richtlinie 2006/54/EG zum Grundsatz des gleichen Entgelts bei gleicher Arbeit oder bei einer Arbeit, die als gleichwertig anerkannt wird, im AGG nicht umgesetzt. Es findet sich lediglich ein Benachteiligungsverbot für Entgeltungleichheit bei Schutzzvorschriften²⁸. Dies steht auch im Widerspruch zu Artikel 157 AEUV, der gleiches Entgelt für gleiche oder gleichwertige Arbeit vorsieht. Es fehlen außerdem Präzisierungen, dass sich das Diskriminierungsverbot auf sämtliche Entgeltbestandteile und -bedingungen beziehen muss. Darüber hinaus müssen Systeme der beruflichen Einstufung zur Festlegung des Entgelts auf für männliche und weibliche Arbeitnehmer gemeinsamen Kriterien beruhen und so beschaffen sein, dass Diskriminierungen auf Grund des Geschlechts ausgeschlossen werden²⁹.

Auch die unzureichende Sanktionierung von Diskriminierung ist nicht mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar: Sie muss abschreckende Wirkung haben und darf nicht nur „angemessen“ sein³⁰.

Antidiskriminierungsverbände sind nach § 23 Abs. 2 AGG befugt, in gerichtlichen Verfahren, in denen eine Vertretung durch Anwälte und Anwältinnen nicht gesetzlich vorgeschrieben ist, als Beistände Benachteiligter in der Verhandlung aufzutreten. Die Einschränkung der Beteiligung der Verbände bedeutet, dass sie nur in erstinstanzlichen Verfahren und auch dort nur in Verfahren mit einem Streitwert bis zu 5000 Euro als Beteiligte auftreten können. Die in Richtlinie 2002/73/EG

²⁷ vgl. Artikel 8e Abs. 2 in 2002/73/EG

²⁸ § 8 Abs. 2 AGG

²⁹ vgl. 2006/54/EG

³⁰ vgl. hierzu § 15 Abs. 2 AGG, Artikel 15 2000/43EG und Artikel 17 2000/78/EG

vorgesehene Unterstützung in Gerichtsverfahren sieht keine Beschränkung der Unterstützung auf Verfahren ohne Anwaltszwang vor.

Fehlendes Verbandsklagerecht

In Artikel 5 CEDAW werden die Vertragsstaaten aufgefordert, „einen Wandel in den sozialen und kulturellen Verhaltensmustern von Mann und Frau zu bewirken [...].“ Dem AGG fehlt es allerdings an Nachhaltigkeit, da es nur rechtlichen Einzelschutz bietet³¹ und eine gerichtliche Unterstützung durch Verbände nur eingeschränkt möglich ist. Das AGG kann somit nicht ausreichend auf eine Veränderung tradierter Rollenmuster hinwirken.

Fehlende Beiweislastumkehr und die problematische Ausschlussfrist

Der/die KlägerIn muss nach innerhalb von 2 Monaten Indizien sammeln, die eine Diskriminierung glaubhaft machen³². Der/die Beklagte muss daraufhin beweisen, dass er/sie nicht diskriminiert hat. Dies stellt keine volle Beweislastumkehr zugunsten der Opfer von Diskriminierung dar³³. Zudem reichen zwei Monate oft nicht aus, um schlagkräftige Indizien zu sammeln. Darüber hinaus ist die Ausschlussfrist in ihrer jetzigen Form nicht konform mit den EU-Richtlinien³⁴.

Obwohl § 2 Abs. 1 Ziff. 2 AGG auch den beruflichen Aufstieg vor Benachteiligung aufgrund des Geschlechts schützt, gibt es hierzu nur sehr wenige Klagefälle³⁵, da eine Indizienammlung gerade für stereotypes Verhalten sich schwierig gestaltet, solange Gerichte Studien und Statistiken in solchen

³¹ vgl. Nickel 2009: 21

³² vgl. §§ 15 Abs. 4; 21 Abs. 5; 22 AGG

³³ Ziffer 17 der Abschließenden Bemerkungen des CEDAW-Ausschusses vom 10.2.2009 zum 6. Staatenbericht von Deutschland von 2007

³⁴ vgl. hierzu Art. 8a Abs. 1 2002/73/EG; Art. 8 Abs. 2 2000/78/EG

³⁵ vgl. Nickel 2009: 3

Fällen nur begrenzt als Beweismittel anerkennen³⁶, denn potentielle Klägerinnen haben zumeist keinen Zugriff auf Einstellungs- oder Beförderungsverfahren im speziellen Fall oder wie sich die Personalentwicklung im Unternehmen gestaltet. Es bestehen überdies nach dem AGG keine Auskunftsansprüche an die Unternehmen seitens der KlägerInnen oder Antidiskriminierungsverbänden³⁷.

3.4 Grenzen des Antidiskriminierungsrechts als Gleichstellungsinstrument

Die Kritik am AGG macht unter anderem deutlich, dass sein gleichstellungs-politischer Charakter zur Herstellung von Chancengleichheit und Gleichberechtigung der Geschlechter in der Umsetzung des Gesetzes noch nicht ausreichend nachhaltige und proaktive Bedeutung erlangt hat.

Es bleibt zu hoffen, dass die von Politik und Verbänden geforderten Nachbesserungen des Gesetzes mittelfristig umgesetzt werden, um im Kampf gegen Diskriminierung und für die Gleichbehandlung der Geschlechter besser aufgestellt zu sein.

Davon unberührt bleiben allerdings grundlegende Probleme, die mit dem Antidiskriminierungsrecht und seinem Anliegen verbunden sind: Es dient in erster Linie dazu, eine individuelle Ungleichbehandlung oder Benachteiligung zu verbieten oder auszugleichen. Menschen, die Träger von bestimmten Diskriminierungsmerkmalen sind oder diese ihnen zugeschrieben werden, sollen rechtlich vor Diskriminierung geschützt werden³⁸.

³⁶ LAG Berlin-Brandenburg, Urteile vom 12.2.2009 und 26.11.2008

³⁷ vgl. Alternativbericht der Allianz von Frauenorganisationen Deutschlands zum 6. Staatenbericht zu CEDAW: 8

³⁸ vgl. Stiegler 2005: 9

Gleichstellungsrecht gebietet demnach Gleichbehandlung aller Individuen und schreibt formale Gleichheit und Gleichstellung aller Menschen fest.

Allerdings reichen der Schutz vor Diskriminierung und eine formale Gleichstellung nicht aus, um strukturelle Benachteiligung auszugleichen³⁹. Diskriminierungsmerkmale sind Indikatoren für Macht- und Herrschaftsverhältnisse, deuten auf ungleiche Verteilung von Ressourcen hin und bestimmen Ex- sowie Inklusion in gesellschaftliche Räume und Prozesse. All das kann Antidiskriminierungsrecht nur unzureichend berücksichtigen, da es Ausschlussmechanismen und Diskriminierungspraxen wie beispielsweise Sexismus bei der Herstellung und Wahrung individueller Gerechtigkeit nicht in den Vordergrund stellt⁴⁰.

Einwenden dazu lässt sich jedoch, dass es nie erklärtes Ziel von Gleichbehandlungsrecht war und ist, strukturelle Ungleichverteilungen und auszugleichen oder gar abzuschaffen. Es wird sogar davor gewarnt, die Herstellung individueller Gerechtigkeit deshalb gering zu schätzen. Vielmehr sollte Antidiskriminierungsrecht als ein Instrument zur Gleichstellung betrachtet werden, dass durch andere sozialpolitische Maßnahmen ergänzend wirkt bzw. sollte Antidiskriminierungsrecht als flankierende Maßnahme anderer gleichstellungspolitischer Praxen eingesetzt werden⁴¹.

Obwohl das AGG im Speziellen mit § 5 ein strukturelles Element, nämlich das der positiven Maßnahmen verwendet, fordern Verbände und einige politische Parteien ein Gleichstellungsgesetz für die Privatwirtschaft⁴², das unter anderem den Gender Pay Gap nachhaltig bekämpfen und für eine

³⁹ Merx: http://www.migration-boell.de/web/diversity/48_1201.asp, Zugriff am 23.03.2010

⁴⁰ vgl. Stiegler 2005: 15

⁴¹ Rudolf / Mahlmann 2007: 51

⁴² vgl. hierzu: Ziffer 40 der Abschließenden Bemerkungen des CEDAW-Ausschusses vom 10.2.2009 zum 6. Staatenbericht von Deutschland von 2007 und Gleichstellungsdebatte im Bundestag vom 04.03.2010: http://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2010/28822239_kw09_sp_gleichstellung/index.html, Zugriff am 23.03.2010

Lohngleichheit zwischen den Geschlechtern sorgen soll. Also dort, wo das deutsche Antidiskriminierungsrecht keine volle Defacto-Gleichstellung zu leisten im Stande ist und eine „Gleichstellungslücke“ hinterlässt, können ergänzende und weitergehende Maßnahmen diese Lücke füllen⁴³.

Antidiskriminierungsrecht sollte also nicht als defizitäres Gleichstellungs-instrument betrachtet und damit in seiner individualrechtlichen Wirkung unterschätzt werden. Vielmehr sollte es selbstverständlich in proaktive Gleichstellungspolitik integriert sein und an notwendigen Stellen nachgebessert und im Sinne von Chancengleichheit und Gleichbehandlung geformt werden, um Geschlechtergerechtigkeit herzustellen.

Andere Konzepte in den Blick nehmen

Während das AGG in Bezug auf das Merkmal Geschlecht bereits mit den Konzepten von Frauenförderung und Gender Mainstreaming bei der Gleichstellungsarbeit ineinander greift, kann hinterfragt werden, ob eine alleinige Betrachtung der Kategorie Gender überhaupt ausreichend sein kann, um die geschlechterspezifische Benachteiligung hinreichend zu bekämpfen. Da ein Mensch nie Träger von nur einem Identitätsmerkmal ist oder auf ihn mehrere identitätsbildene Kategorien projiziert werden, wirkt das Zusammenspiel unterschiedlicher Merkmale in bestimmten Kontexten sogar diskriminierungsfördernd. Ausschlussprozesse und Ungleichbehandlungen finden nämlich meist in der Interdependenz oder Überlagerung von mehreren Merkmalen statt, die selten losgelöst voneinander gesehen werden können. Eines der wichtigsten Erklärungsmodelle dafür bildet das Konzept von Intersektionalität. Es bezeichnet im Allgemeinen die „Wechselwirkungen zwischen ungleichheitsgenerierenden Kategorien“⁴⁴, statt wie bisher eine Addition dieser Kategorien vorzunehmen oder nur eine Kategorie zu betrachten.

⁴³ vgl. Baer / Lepperhoff 2006

⁴⁴ vgl. hierzu Degele / Winker 2009; Klinger / Knapp 2005; Knapp 2005

Der Begriff als solcher stammt von der afroamerikanischen Juristin Kimberlé Crenshaw, die damit die Kreuzung der Differenzlinien Frau (Gender) und Schwarz (Race) und ihre Auswirkung auf den Zugang zu Erwerbsarbeit verdeutlichte⁴⁵.

Zwar nimmt das AGG zu Mehrfachdiskriminierung in § 4 Stellung⁴⁶, nennt jedoch keine Konsequenzen, die sich aus einer Mehrfachdiskriminierung ergeben. In der Statistik werden solche Fälle zudem wieder nur unter einem der Merkmale geführt und auch die Gerichte beziehen sich in ihrer Urteilsfindung nicht immer auf alle Merkmale, derentwegen eine Ungleichbehandlung stattgefunden hat.

Zudem spiegelt der Begriff die Definition von Intersektionalität nicht ausreichend wider, da oftmals nur eine Diskriminierungssituation gemeint ist, in der sich mehrere Diskriminierungsmerkmale addieren oder hintereinander wirken. So kann im Sinne von Mehrfachzugehörigkeit in unterschiedlichen Kontexten eine Diskriminierung sogar nur aufgrund des einen oder des/der anderen Merkmals/e erfolgen, in anderen Kontexten spielen wiederum mehrere Merkmale eine Rolle. Intersektionalität jedoch fokussiert eine systematische Verwobenheit, Überlagerung und Interaktion von Differenzlinien⁴⁷, die zu Auschlüssen und Diskriminierung führen.

Der Begriff Diversity wird im positiv konnotierten Sinne mit Vielfalt übersetzt hat seinen Ursprung wie Intersektionalität ebenfalls in den USA, allerdings kommt der Begriff vor allem aus dem Managementbereich von Organisationen und Unternehmen⁴⁸.

⁴⁵ vgl. Crenshaw (1989)

⁴⁶ Erfolgt eine Ungleichbehandlung aufgrund mehrerer Merkmale, kann der/die Beklagte diese nur rechtfertigen, wenn sich die Rechtfertigung nach §§ 8 bis 10 und 20 auf alle Merkmale bezieht, derentwegen eine Ungleichbehandlung erfolgt ist

⁴⁷ Merkmale werden als Differenzlinien oder Differenzachsen begriffen, vgl. hierzu Hardmeier / Vinz 2007: 24

⁴⁸ Rudolf 2009: 162, Hardmeier / Vinz 2007: 27f.

Das Konzept von Diversity zielt auf die Anerkennung und Wertschätzung von Unterschieden und Gemeinsamkeiten von Individuen⁴⁹. Dabei liegt Diversity ein horizontaler Ansatz zu Grunde, der alle für das Individuum relevanten Merkmale zur Identitätsbildung erfassen möchte und keine Hierarchisierung hingehend dieser Merkmale vornimmt. Somit ist Gender hier eine Dimension von Diversity, auf gleicher Ebene mit anderen Merkmalen wie Ethnie.

Im Gleichstellungsrecht findet sich das Konzept von Diversity bereits in vielen Gesetzen und Verordnungen als „Recht auf Vielfalt“⁵⁰. Die Durchsetzung von Antidiskriminierung hat zur Folge, dass Vielfalt garantiert und gefördert wird. Damit könnte Diversity den zentralen Begriff von Gleichheit, in Bezug auf Gleichstellung im Sinne von Chancengleichheit, ablösen⁵¹. Hinweise dafür finden sich zum Beispiel in der Gesetzesbegründung zum AGG: Dort ist als ausdrückliches Ziel die Beförderung einer „Kultur der Vielfalt“ die Rede⁵².

⁴⁹ vgl. Baer / Lepperhoff 2006: 29f.

⁵⁰ vgl. Baer 2003

⁵¹ ebd.

⁵² Rudolf 2009: 165

4. Schlusswort

Die Gleichbehandlung und Chancengleichheit von Männern und Frauen gehört zu den Menschenrechtsverpflichtungen Deutschlands. Doch allein eine formale Gleichstellung *de jure*, also Gesetze, die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts verbieten und Gleichstellung gebieten, können kaum eine *Defacto*-Gleichstellung herstellen und benötigen deshalb ausreichende Mittel der Rechtsdurchsetzung zum einen und flankierende Maßnahmen im Bereich der Gleichstellungspolitik zum anderen. Das AGG leistet in seiner jetzigen Form einen Teil zur faktischen Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich des Arbeits- und Zivilrecht. In der näheren Betrachtung wurde jedoch deutlich, dass das Konzept des AGG viele Lücken und Schwächen aufweist, die eine nachhaltige und proaktive Gleichstellung bremsen oder gar verhindern und damit im Widerspruch zum geltenden EU- und Völkerrecht steht. Gesetzgeber und Politik müssen sich hier in der Pflicht sehen, das AGG nachzubessern, sowie eine Antidiskriminierungs- und Gleichstellungskultur zu fördern, um damit ihren rechtlichen Verpflichtungen gegenüber der EU und der UN vollends nachzukommen.

Die Ansätze von Intersektionalität und Diversity zeigen, dass die alleinige Betrachtung der Kategorie Gender/Geschlecht im Antidiskriminierungsrecht Benachteiligungen von Frauen gegenüber Männern nicht hinreichend darstellen können. In bestimmten Kontexten kommt es damit zu einer weiteren Verfestigung von Geschlechterrollen und Stereotypen und zu einer Unsichtbarmachung von relevanten Identitäten von Frauen und Männern. Spannend bleibt letztlich, wie sich Akteure im Feld von Gleichstellung und Antidiskriminierung zu theoretischen Erkenntnissen positionieren und diese in zukünftiges oder bestehendes Recht integrieren, um die Lebenswirklichkeit aller Menschen im Hinblick auf Gleichstellung zu verbessern und die Chancengleichheit von Männern und Frauen zu fördern.

Quellenverzeichnis

Antidiskriminierungsstelle des Bundes (Hrsg): Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)

vom 14. August 2006, Berlin 2009, siehe <http://www.antidiskriminierungsstelle.de/>

Antidiskriminierungsstelle des Bundes (Hrsg): „Diskriminierung im Alltag - Wahrnehmung von

Diskriminierung und Antidiskriminierungspolitik in unserer Gesellschaft“, siehe

<http://www.antidiskriminierungsstelle.de/ADS/Service/downloads,did=121488.html>,

Zugriff am 21.03.2010

Allianz der Frauenorganisationen Deutschlands (Hrsg): Alternativbericht zum 6. Bericht der

Bundesregierung Deutschland zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur

Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau (CEDAW), siehe [www.djb.de/](http://www.djb.de/static/common/download.php/save/638/CEDAW_Gesamtbericht_081215.pdf)

[static/common/download.php/save/638/CEDAW_Gesamtbericht_081215.pdf](http://www.djb.de/static/common/download.php/save/638/CEDAW_Gesamtbericht_081215.pdf),

Baer, Susanne (2003): Recht auf Vielfalt. Zu den rechtlichen Rahmenbedingungen des

Managing Diversity, in: Belinszki, Eszter/Katrin Hansen/Ursula Müller (Hrsg.):

Diversity Management. Best Practices im internationalen Feld, Münster: 104-120.

Baer, Susanne (2004): Geschlecht und Recht - zur rechtspolitischen Steuerung der

Geschlechterverhältnisse, in: Meuser, Michael/Claudia Neusüß (Hrsg.): Gender

Mainstreaming. Konzepte - Handlungsfelder - Instrumente, Bonn: 71-83

Baer, Susanne/Lepperhoff, Julia (2006): Instrumente zur Förderung von Chancengleichheit,

in: Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit. Schwerpunktheft:

Chancengleichheit in Deutschland 37 (4): 20-32.

Butler, Judith (1991): Das Unbehagen der Geschlechter. Frankfurt/M.: Suhrkamp

Crenshaw, Kimberlé (1989): Demarginalizing the Intersection auf Race and Sex: A Black

Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist

Politics, University of Chicago Legal Forum, S. 139-167

Degele Nina (2008): Einführung Gender/Queer Studies. München: Fink (UTB).

Degele, Nina / Winker, Gabriele (2009): Intersektionalität. Zur Analyse sozialer

Ungleichheiten. Transcript Bielefeldt

Deutscher Juristinnenbund (2007): Unzureichende Umsetzung der

EG-Antidiskriminierungsrichtlinien in Deutschland, Offener Brief an die EU-

Kommission, siehe

www.djb.de/Kommissionen/K1/St07-11-Umsetzung-Antidiskriminierungsrichtlinien/,

Zugriff am 16.03.2010

EU-Richtlinien gegen Diskriminierung

2000/43/EG vom 29. Juni 2000: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0043:DE:HTML>

2000/78/EG vom 27. November 2000: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0078:de:HTML>

2002/73/EG vom 23. September 2002: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002L0073:DE:HTML>

2004/113/EG vom 13. Dezember 2004: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004L0113:DE:HTML>

- Frey, Regina / Kuhl, Marah (2003): Wohin mit Gender Mainstreaming? Zum Für und Wider einer geschlechterpolitischen Strategie, in: Gender Politik Online, siehe http://web.fu-berlin.de/gpo/pdf/frey_kuhl/freykuhl.pdf
- Hardmeier, Sibylle / Vinz, Dagmar (2007): Diversity und Intersektionalität - Eine kritische Würdigung der Originalität und Leistungsfähigkeit der zwei Ansätze für die Politikwissenschaft, in: Femina Politica Heft 1/2007 (16. Jg.): 23-33
- Klinger, Cornelia / Knapp, Gudrun-Axeli (2005): Achsen der Ungleichheit - Achsen der Differenz. Verhältnisbestimmungen von Klasse, Geschlecht und Ethnizität. Transit - Europäische Revue. Heft 29
- Knapp, Gudrun-Axeli (2000): Konstruktion und Dekonstruktion von Geschlecht, in: Knapp, Gudrun-Axeli/Regina Becker-Schmidt (Hrsg.): Feministische Theorie zur Einführung, Hamburg: 63-102.
- Knapp, Gudrun-Axeli (2005): „Intersectionality“ - ein neues Paradigma feministischer Theorie? Zur transatlantischen Reise von „Race, Class, Gender“. Feministische Studien 23, S. 68-81
- Merx, Andreas (2007): Positive Maßnahmen in der Antidiskriminierungspraxis, siehe http://www.migration-boell.de/web/diversity/48_1201.asp, Zugriff am 23.03.2010
- Nickel, Rainer (2009): Drei Jahre Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Eine Zwischenbilanz, siehe http://www.migration-boell.de/web/diversity/48_2303.asp, Zugriff am 19.3.2010
- Rudolf, Beate (2009): Gender und Diversity als rechtliche Kategorien: Verbindungslien, Konfliktfelder und Perspektiven, in: Andresen, Sünne/Mechthild Koreuber/Dorothea Lüdke (Hrsg.): Gender und Diversity: Albtraum oder Traumpaar?, Wiesbaden: 155-174.
- Rudolf, Beate / Mahlmann, Matthias (2007): Gleichbehandlungsrecht. Baden-Baden
- Schenk, Christian (2008): Frauenförderung, Gender Mainstreaming und Diversity Management. Gleichstellungspolitische Praxen im Lichte der Geschlechterförderung, in: Degele, Nina (Hg.), Einführung Gender/Queer Studies, München: 149-165
- Schöpp-Schilling, Hanna Beate (2009): Was ist CEDAW? in Bundeskanzleramt Österreich, Menschenrechte von Frauen und was sie bedeuten, Wien: 7-12
- Stiegler, Barbara (2005): Gender Mainstreaming, Frauenförderung, Diversity oder Antidiskriminierungspolitik - was führt zu Chancengleichheit?, in: Zeitschrift für Frauen- und Geschlechterstudien 23 (3): 9-21
- United Nations, Division for the Advancement of Women (Hrsg): Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women vom 18. Dezember 1979, siehe: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/econvention.htm>,
- United Nations, Committee on the Elimination of Discrimination against Women (Hrsg): Abschließende Bemerkungen des Ausschusses zum 6. Staatenbericht zu CEDAW, 10.02.2009, siehe <http://www.auswaertiges-amt.de/diplo/de/Aussenpolitik/Themen/Menschenrechte/Download/ConcludingCommentsFrauen.pdf>
- West, Candace / Zimmerman, Don H. (1987): Doing Gender, in: Gender & Society. 1: S.125-151.