

Barbara Degen

## Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) – Tanzschritte auf dem Weg zur Gerechtigkeit

Kaum ein Gesetz der letzten Jahren hat sofort eine derartige Aufmerksamkeit erregt, wie das am 18. August 2006 in Kraft getretene AGG. Es setzt vier EG-Richtlinien um<sup>1</sup>, darunter die beiden zentralen Richtlinien zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen. Unter „Gleichbehandlung“ versteht das Gesetz die Kombination von positiven Fördermaßnahmen (§ 5, § 2 Abs. 3 AGG), Präventionsmaßnahmen, vor allem der Arbeitgeber (§ 12 Abs. 1), und von umfassenden Diskriminierungsverboten aus Gründen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion, der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität (§ 1). „Allgemein“ ist das Gesetz u.a. auch deshalb, weil es nicht nur für Arbeitsverhältnisse und Dienstverhältnisse gilt, sondern auch für die Mitgliedschaft in Berufsgruppen, den Sozialschutz, die sozialen Vergünstigungen, die Bildung und den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, *die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum* (§ 2 Abs. 1 Ziff. 1-8). Schwerpunkt der Regelungen sind allerdings die Dienst- und Arbeitsverhältnisse. Das Gesetz will eine demokratische Gesellschaftsstruktur schaffen und betont dabei die gleichstellungspolitische Bedeutung: *Es muss davon ausgegangen werden, dass Frauen bei allen Diskriminierungsmerkmalen in besonderem Maße von unmittelbaren und insbesondere aber von mittelbaren Benachteiligungen betroffen sind.*<sup>2</sup> Es ist deshalb auch eine Umsetzung und Konkretisierung von Art. 3 Abs. 2, Abs. 1 und 3, i.V. mit Art. 1, 2, 4, 5, 12 und 6, insbesondere mit Abs. 4 GG. Außerdem hat sich der Gesetzgeber – auch für die Zukunft – bei allen Gesetzgebungsverfahren aus dem Geltungsbereich des AGG gebunden (Genderansatz). Da das Gesetz die Erfahrungen mit den Gleichstellungsregelungen, mit dem Beschäftigtenschutzgesetz – das Beschäftigtenschutzgesetz und die §§ 611a,b und 612 Abs. 3 BGB werden konsequenterweise aufgehoben - und mit Mobbing bündelt und zur Grundlage hat, wird die Aufregung verständlich. *Ergreifen nun sämtliche Minderheiten, allen voran die Frauen die Macht?*, so lautet die unausgesprochene patriarchale Frage. Im Hinterkopf haben viele, dass die diskriminierten Gruppen rein statistisch die Mehrheit der Bevölkerung bilden. Da die Gegenmaßnahmen, um Alles beim Alten lassen zu lassen, auf dem Fuß folgen, sehen sich Frauen mit einer verwirrenden Vielzahl unterschiedlicher Interpretationen konfrontiert, die wenig mit dem Gesetz, aber viel mit den dahinter liegenden Ängsten zu tun haben. Uns Feministinnen zwingt das Gesetz, die immer wieder gestellte Frage nach den Möglichkeiten, durch Recht die Welt zu verändern, die Verhältnisse zum Tanzen zu bringen, neu zu beantworten.

### Was ist neu geregelt worden ?

**Das AGG definiert** in § 3 die unmittelbare (Abs. 1) und die mittelbare (Abs. 2) Benachteiligung und führt zusätzlich den Begriff der „Belästigung“ (Abs. 3 und 4) ein. Vier Diskriminierungsarten sind verboten (§ 3). Bei der *unmittelbaren Benachteiligung* ergibt der Vergleich mit einer anderen Person *in einer vergleichbaren Situation* die Benachteiligung,

<sup>1</sup> 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 (Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse und der ethnischen Herkunft); 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 (Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf); 2002/73/EG des Rates vom 23. September 2002 (Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Beruf); 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 (Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen).

Zum Gesetzgebungsverfahren vgl. im Einzelnen Doris Liebscher, Antidiskriminierungskultur? In Deutschland unerwünscht! Zum Scheitern eines deutschen Antidiskriminierungsgesetzes, STREIT 2005, S. 100 ff.

<sup>2</sup> Gesetzesbegründung im Entwurf vom 6.5.2004

wenn sie *eine weniger günstige Behandlung erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.* (§ 3 Abs. 1). *Mittelbare Benachteiligung* (§ 3 Abs. 2) bezieht sich auf *dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren.* Hierbei ist die Vergleichsgruppe *andere Personen.* Belästigung (§ 3 Abs. 3) ist dann eine Benachteiligung, wenn *unerwünschte Verhaltensweisen bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird.* § 3 Abs. 4 definiert die sexuelle Belästigung als eine Benachteiligung, wenn *unerwünschtes, sexuelle bestimmtes Verhalten.....bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betroffenen Person verletzt wird.* Durch das Wort *insbesondere* wird hier die Situation herausgehoben, dass sich die sexuelle Belästigung auf das soziale Umfeld negativ auswirkt. Das ist jedoch nicht Tatbestandsvoraussetzung. Die Diskriminierungen bündeln sich oft. Wird z.B. eine Ausländerin wegen ihrer Hautfarbe verbal angegriffen, so liegt eine Benachteiligung nach § 3 Abs. 1 (die Weißen als Vergleichsgruppe erfahren ein solches Verhalten nicht), nach § 3 Abs. 3 und eventuell nach Abs. 4 vor. Rassistisches Verhalten vergiftet das Betriebsklima. Bei Mehrfachdiskriminierungen müssen sich die Rechtfertigungsgründe nach § 4 auf alle Gründe beziehen.

Wird ein Mann, der freundlich und diskriminierungsfrei auftritt, als schwul bezeichnet, obwohl er in Wirklichkeit heterosexuell ist, und verletzt ihn das, so ist er nach § 7 Abs. 1 geschützt. Untergebene, die auf Anweisung handeln, sind dagegen nicht geschützt, außerdem ist der Vorgesetzte dann ausdrücklich verantwortlich. (§ 3 Abs. 5). Sexuelle Belästigung und Lohndiskriminierung (§ 2 Abs. 1 Ziff. 2 und 8 Abs. 2) werden als Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes definiert. Dass Lohndiskriminierung auch in Tarifverträgen verboten ist, wird in § 2 Abs. 1 Nr. 2 klargestellt. Rechtlich problematisch und m.E. grundgesetz- und europarechtswidrig ist § 2 Abs. 4, wonach Kündigungen *ausschließlich* dem Kündigungsschutzgesetz unterfallen sollen. Da gleichzeitig § 75 BetrVG neu und besser formuliert wurde und da sich alle Zivilgesetze wegen des Verbots der mittelbaren Benachteiligung an den Grundsätzen des AGG messen lassen müssen, ist diese Vorschrift für sämtliche betriebliche Beteiligte verwirrend und bringt erhebliche Rechtsunsicherheiten mit sich. Das AGG will von seiner Grundsubstanz her ein Abkehr von der unseligen Theorie der *Besonderen Gewaltverhältnisse* und enthält zusätzlich konsequenterweise auch ein Gesetz zum Schutz von SoldatInnen (Unterabschnitt 3). § 2 Abs. 4 ist ein Relikt einer undemokratischen Mentalität, die das Gesetz gerade verändern will. Es ist zu hoffen, dass diese Vorschrift bald vor dem Europäischen Gerichtshof angegriffen wird. Die Benachteiligung von Frauen wegen Schwangerschaft und Mutterschaft wird unmissverständlich verboten (§ 3 Abs. 1). Das gilt auch für entsprechende Einstellungsdiskriminierungen. Natürlich fällt auch die Benachteiligung von Männern, die Vateraufgaben wahrnehmen, unter den Geltungsbereich des Gesetzes.

Der weite Geltungsbereich des Gesetzes und die umfassenden Definitionen werden flankiert von den Definitionen über die **Rechtfertigung von Benachteiligungen** (§§ 8, 9 und 10). Auch hierbei wird der Versuch spürbar, vor allem die Arbeitgeber vor allzu großen Aufregungen zu schützen. Der umfangreichste Paragraph des Gesetzes beschäftigt sich deshalb auch mit den Rechtfertigungsgründen wegen des Alters (§ 10). Sie müssen *objektiv, angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt sein* (§ 10 Abs. 1) und werden im Einzelnen aufgezählt. Bei der unterschiedlichen Behandlung wegen beruflicher Anforderungen (§ 8) muss die Differenzierungen *eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung* zur Grundlage haben, sofern der *Zweck rechtmäßig und die Anforderungen angemessen* sind. Bei der religiösen und weltanschaulichen unterschiedlichen Behandlung (§ 9) wird vor allem auf die Arbeitgeberfunktion der Religionsgemeinschaften abgestellt. Was ist mit dem Kopftuchgebot oder – verbot? Wenn Frauen ein Kopftuch im

Betrieb tragen, sind sie nach dem AGG geschützt. Etwas Anderes könnte allenfalls dann gelten, wenn sich eine solche Frau um die OrganistInnenstelle bei der katholischen Kirche oder eine Katholikin ohne Kopftuch in einer muslimischen Organisation bewerben würde. Juristisch wären dann die Ablehnungsgründe nach §§ 8 und 9 zu prüfen. Die utopische Hoffnung, die sog. Tendenzbetriebe könnten derartige Konflikte ohne Rückgriff auf die Rechtfertigungsgründe des AGG klären, ist zur Zeit wohl nicht realistisch. Aber dürfen MitarbeiterInnen auch aktiv ihr Umfeld verändern, z.B. ein Kreuz in einem Arbeitszimmer aufhängen? Was bedeutet das Recht auf ein würdiges betriebliches Umfeld (§ 3 Abs. 2 und 3)? Juristisch ist zu prüfen, ob eine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung oder eine Belästigung nach § 3 Abs. 1, 2 und 3 vorliegt. Wenn also der Chef selbst ein Kreuz oder ein anderes religiöses oder politisches Symbol im Büro hat, wird er das seinen MitarbeiterInnen nicht verbieten können. Wird dagegen das Kreuz demonstrativ gegen eine das Kopftuch tragende Frau aufgehängt, erfolgt die Prüfung auch nach § 3 Abs. 3 AGG. Es ist vor auszusehen, dass das Gesetz bei vielen Konstellationen an eine schmerzhaft Grenze zwischen formaler und materieller Gleichbehandlung geraten wird. Wir kennen die Problematik, dass sich Männer benachteiligt fühlen, wenn Frauen gefördert werden. Die eigenen Balancevorstellungen im Zentrum unseres Gerechtigkeitsdenkens, sind je nach Geschlecht, nach Rasse, nach Alter usw. unterschiedlich und müssen in einem respektvollen und sorgfältigen Dialogprozess ausgehandelt werden, damit das Recht nicht zum Recht der Stärkeren wird und damit die starren Denk- und Handlungs dualismus zwischen „stark und schwach“, „Täter und Opfer“, „gerecht und ungerecht“ noch verschärft. Das AGG bietet einige Ansätze für diese Gratwanderung, vor allem durch die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Prävention (§ 12 Abs. 1) mit der Möglichkeiten zu ergänzenden (Förder-)Regelungen, Selbstverpflichtungen oder Dienst- und Betriebsvereinbarungen und durch die Arbeit der Bundesantidiskriminierungsstelle (§§ 25 – 28). Auch auf die grundgesetzliche Förderpflicht des Staates in Art. 3 Abs. 2 GG soll noch einmal ausdrücklich hingewiesen werden. Die Rechtfertigungsgründe im Zivilrechtsverkehr sind in § 20 AGG besonders behandelt.

Rechtsfolge von Benachteiligungen sind **Schadensersatzansprüche**. Das Gesetz differenziert zwischen der Betriebssituation – es gilt für sämtlich Betriebe – (§ 15) und allgemeinen Schadensersatzansprüchen (§ 21). Auch hier ist wieder die Tendenz zur Schonung der Arbeitgeberseite spürbar. Andererseits enthält das Gesetz klug durchdachte und erprobte Regelungsmechanismen, die aus den rechtlichen Auseinandersetzungen mit Sexueller Belästigung und Mobbing stammen. Grundsätzlich ist der Arbeitgeber dafür verantwortlich, dass in seinem Betrieb keine Diskriminierungen stattfinden und hat die erforderlichen, auch präventiven Maßnahmen zu ergreifen (im Einzelnen § 12). Er hat Hinweis- und Schulungsverpflichtungen und muss im Einzelfall reagieren und die erforderlichen Maßnahmen wie Abmahnung, Umsetzung, Versetzung oder Kündigung ergreifen. Das gilt auch für Diskriminierungen durch Dritte (KundInnen, LieferantInnen etc.). Außerdem ist das Gesetz im Betrieb bekannt zu machen. Da der Arbeitgeber gem. § 278 BGB für das Handeln seiner Erfüllungsgehilfen verantwortlich ist, sind die Beschäftigten auch dann geschützt, wenn Vorgesetzte diskriminieren.

Nur wenn der Arbeitgeber die Diskriminierungen *nicht zu vertreten hat*, indem er seine Präventionspflichten erfüllt und Einzelfallentscheidungen sorgfältig und nicht diskriminierend vornimmt, entfällt die Schadensersatzpflicht. Bei diskriminierenden Tarifvertragsklauseln muss er hingegen *vorsätzlich oder grob fahrlässig handeln*, um Schadensersatzansprüche auszulösen (§ 15 Abs. 1 und 3). Das bedeutet im Umkehrschluss ein weites Handlungsfeld für die betriebliche Frauenarbeit. Ein Arbeitgeber wird sich nicht darauf berufen können, er habe nur fahrlässig gehandelt, wenn er zum Beispiel im Rahmen betrieblicher Aufklärungsaktionen über tarifliche Lohndiskriminierungen informiert ist.

Das Gesetz regelt in den §§ 15 und 21 den **Umfang** der Schadensersatzpflichten. Darunter fallen Unterlassungsansprüche und der Ersatz von materiellem und immateriellem Schaden in nicht bezifferter Höhe. Zwei Beschränkungen enthält das Gesetz im Rahmen von Arbeitsverhältnissen: Bei Einstellungsdiskriminierungen gibt es eine Höchstgrenze von drei Monatsgehältern, aber nur dann wenn die Bewerberin *nicht* eingestellt worden wäre. (§ 15 Abs. 2). Außerdem werden Ansprüche auf Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses ausdrücklich ausgeschlossen. (§ 15 Abs. 6).

Sehr problematisch sind die sehr kurzen **Fristen** bei arbeitsrechtlichen Schadensersatzansprüchen. Sowohl materielle, als auch bei immaterielle Schadensersatzansprüche müssen innerhalb einer Frist von zwei Monaten schriftlich geltend gemacht werden (§ 15 Abs. 4). Innerhalb weiterer drei Monate ist dann Klageerhebung erforderlich (Artikel 3, § 61 b Abs. 1 ArbGG). Das mag zwar zu einer Beschleunigung der Untersuchung durch den Arbeitgeber führen, bringt aber Betroffene in große Konfliktlagen. Unklar ist nach dem Gesetz, welche Anforderungen an den Beginn dieser Fristen gestellt werden. Wie sollen Beschäftigte (und ihre oft mit der Rechtsprechung nicht vertrauten AnwältInnen und BeraterInnen) bei einer Ablehnung von Einstellungen und Beförderungen wissen, ob überhaupt eine Diskriminierung vorliegt und ob sie Rechtschancen auf Durchsetzung des Schadensersatzes haben? Was ist in den sonstigen Fällen „Kenntnis einer Benachteiligung“ (§ 15 Abs. 4)? M.E. sind die Fristen im gegenseitigen Einverständnis abdingbar, z.B. wenn ein Mediationsverfahren durchgeführt wird. Diese Fragen werden letztlich der Rechtsprechung überlassen. Die vorsorgliche Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen, die aus juristischen Sicherheitsgründen erforderlich sein wird, verteuert außerdem das Verfahren. Auch die Arbeitgeber verfügen selten über ein qualifiziertes Fachwissen im Antidiskriminierungsrecht. Bei größeren Unternehmen und Dienststellen wird für die Betroffenen außerdem die, oft sehr sicher auftretende (scheinbare) Fachkompetenz von Personalabteilungen, HausjuristInnen und AnwältInnen zum Problem. Ein faire Lösung wäre es, wenn allen Betroffenen, z.B. im Rahmen einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung, eine eigene fachjuristische Kompetenz ihrer Wahl zur Verfügung stünde, z.B. über eine kollektive Rechtsschutzversicherung des Arbeitgebers.

Einen völlig neuen Weg geht das AGG durch die Einführung von **Antidiskriminierungsverbänden** (§ 23) und der Bundesantidiskriminierungsstelle (§§ 25-30). Die rechtliche Ausgestaltung der Antidiskriminierungsverbände bleibt hinter den Möglichkeiten der EG-Richtlinien zurück. Frauen hatten immer wieder gefordert, dass diese Verbände ein eigenes Klagerecht haben müssten. Stattdessen können die Verbände nach § 23 Abs. 2 lediglich als *Beistände Benachteiligter in der Verhandlung auftreten*. Damit ist ihr Einfluss auf die Gerichtsverfahren nach den ZPO-Vorschriften beschränkt. Trotzdem muss diese Rechtslage nicht den tatsächlichen Einfluss auf die Verfahren widerspiegeln. Für die Unterstützung der Betroffenen haben diese Verbände eine stärkende Wirkung. Außerdem können sie in einem hochmoralisch besetzten Feld Öffentlichkeitsarbeit machen. Es ist zu hoffen, dass Frauenorganisationen sich dazu entschließen, einen entsprechenden Verband mit mindestens 75 Mitgliedern zu gründen oder dass bestehende Verbände eine entsprechende Tätigkeit in ihre Satzung aufnehmen (§ 23 Abs. 1).

Die **Bundesantidiskriminierungsstelle** kann nach ihrer rechtlichen Ausgestaltung eine wichtige Aufgabe übernehmen. Sie ist beim Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend angesiedelt. Ihre Leiterin oder ihr Leiter wird von der Ministerin auf Vorschlag der Bundesregierung ernannt (§§ 25,26). Nach § 27 zählt zu ihren Aufgaben die Beratung von Betroffenen, das *Anstreben einer gütlichen Beilegung zwischen den Beteiligten*, Öffentlichkeitsarbeit, die Durchführung wissenschaftlicher Untersuchungen und alle *Maßnahmen zur Verhinderung von Benachteiligungen*. Diese weite Aufgabenstellung ermöglicht es der Antidiskriminierungsstelle zu einer wichtigen politischen Schaltstelle zu

werden. Sie soll mit Nichtregierungsorganisationen zusammenarbeiten und erhält einen Beirat (§§ 29,30). Betroffene können die Antidiskriminierungsstelle vor, parallel, nach oder unabhängig von den innerbetrieblichen Verfahren anrufen. Fristen und andere formale Beschränkungen gibt es hierbei nicht. Eine parallele Anrufung empfiehlt sich.

Die **Rechte der Frauen- und Gleichstellungsbeauftragten** werden im Gesetz ausdrücklich nur für das Soldatinnen- und Soldatengleichstellungsgesetz erwähnt (Artikel 3). Ansonsten bleiben die Rechte unberührt bzw. werden indirekt gestärkt. Die Einrichtung von Frauenbüros, Gleichstellungsstellen etc. ist ein *Gebot der Gleichbehandlung* (§ 2 Abs. 3) und Ausfluss der staatlichen Förderpflicht nach Art. 3 Abs. 2 GG. Fördermaßnahmen für benachteiligte Gruppen sind eine der zentralen Strategien, um Diskriminierungen zu bekämpfen (§§ 2 Abs. 3, 5). Bekanntlich ist seit 1976, dem Zeitpunkt der ersten EG-Gleichbehandlungsrichtlinie, behauptet worden, Frauenförderung sei Diskriminierung von Männern und damit die entsprechenden EU-Regelungen angegriffen worden. Das Gesetz lässt an diesem Punkt an Deutlichkeit nichts zu wünschen übrig. Ob allerdings die patriarchale Grundrechtfertigung für Ungerechtigkeit, formale Gleichheit sei auch materielle Gleichheit, dadurch verschwindet, bleibt abzuwarten. Zur Zeit lebt sie in dem Gedanken weiter, Frauen hätten Förder- und Schutzmaßnahmen gar nicht mehr nötig. Aus der Logik des Gesetzes würde folgen, nunmehr endlich in der Privatwirtschaft die Institution von Frauen- oder Gleichstellungsbeauftragten zu schaffen. Viele Arbeitgeber betrachten Auseinandersetzungen über Diskriminierungen als eine Art Störung des Betriebsfriedens. Es ist ihnen nicht bewusst, dass ein diskriminierungsarmes Betriebsklima, das von Respekt und vom Verständnis der Beschäftigten untereinander getragen ist, letztendlich sehr viel kostengünstiger ist. Die Frauen- und Gleichstellungsbeauftragten im öffentlichen Dienst haben bereits in der Vergangenheit die Aufgabe übernommen, diese demokratischen Selbstverständlichkeiten zu vermitteln und zu lehren. Eine verbindliche Ausdehnung auf die Privatwirtschaft wäre – bei allen Grenzen, die sichtbar sind – ein notwendiger Schritt.

Weil dieser wichtige Schritt bisher noch nicht getan worden ist, ist auf die **§§ 84, 85 i.V. mit § 75 BetrVG** hinzuweisen. Im Gegensatz zum Verbandsklagerecht kann der Betriebsrat selbstständig Diskriminierungsfälle übernehmen und beim Arbeitgeber auf Abhilfe drängen. Kommt der Arbeitgeber diesen Forderungen nicht nach, so entscheidet eine Einigungsstelle, die nach §§ 76, 76a BetrVG auch mit außerbetrieblichen Personen besetzt wird. Sie kostet den Arbeitgeber mehr Geld als ein gerichtliches Verfahren, die Betroffenen sind ZeugInnen und nicht Partei.

### **Das arbeitsrechtliche Verfahren bei Diskriminierungen**

Wenn eine Frau mit ihrer eigenen Stimme spricht, dann verändert sie die Welt. Mit diesem Satz versuche ich mir zu erklären, welche Wirkung es hat, wenn Frauen über erlebte Diskriminierungen öffentlich reden. Es ist, als werde ein Vorhang weggezogen. Damit wird etwas jenseits von Vorurteilen, Negativphantasien und bequemen Projektionen sichtbar, das bisher verborgen geblieben ist. Das Sprechen greift ein Normbild an, das die Gesellschaft an der Oberfläche auf Kosten der Frauen und anderer benachteiligter Gruppen zusammenhält. Die Welt kann sich dabei auch negativ, das falsche Normbild stärkend, verändern. Das gilt vor allem für den Bereich der sexuellen Belästigung. Hier zielt das Sprechen und der mit einer Beschwerde verbundene Wunsch nach Gerechtigkeit ins Zentrum des Geschlechterverhältnisses und trägt vordergründig oft zu einer Polarisierung und Verhärtung der Situation bei. Erfolgreich ausgetragene Konflikte zu Diskriminierungen zeigen jedoch die positiven Seiten, das Gefühl von Wiedergutmachung bei den Betroffenen, eine größere Aufmerksamkeit im Betrieb, eine Ahnung aller Beteiligten, dass es sinnvoll sein kann, die Lebens- und Arbeitssituation von Frauen ernster zu nehmen und ihre Erfahrungen mit in die

Betriebspolitik einzubeziehen. Sie zeigt auch die Stärke von Frauennetzwerken. Zu Recht steht deshalb das Beschwerdeverfahren des AGG im Zentrum der Frauendiskussion. § 13 regelt **das Beschwerderecht**. Danach können sich diskriminierte Personen bei den *zuständigen Stellen des Betriebs, des Unternehmens oder der Dienststelle* beschweren, wenn sie sich benachteiligt *fühlen*. § 13 ist aus dem Beschäftigtenschutzgesetz übernommen. Das Wort *fühlen* spielt eine große Rolle, weil Betroffene durch die Benachteiligungen ohnehin bereits unsicher sind und zu Recht Zweifel haben, ob ihre Sicht der Dinge von ihrem Umfeld geteilt wird. Ergänzt wird die Definition durch § 16, das Maßregelungsverbot, das nunmehr auch für Zeuginnen und Zeugen gilt. Da eine Beschwerde auch dann rechtlich zulässig ist, wenn die Betroffenen sich subjektiv irren, sind sie auch in den Fällen geschützt, in denen die betrieblichen Untersuchungen und/oder die Gerichtsverfahren nicht zu ihren Gunsten ausgehen. Auch die unmittelbare Reaktion auf die Diskriminierung, z.B. die berühmte Ohrfeige gegenüber dem Belästiger oder umgekehrt die lange Duldung dürfen nach § 16 Abs. 2 nicht zu Maßregelungen führen. Die Gesetzesbegründung macht deutlich, dass die **zuständige Stelle** umfassend zu verstehen ist, es kann sich um mehrere Stellen wie Frauen- oder Gleichstellungsbeauftragte, Vorgesetzte, Arbeitgeber, Betriebs- oder Personalräte oder um eine eigene betriebliche Beschwerdestelle handeln. Auch Ad-hoc-Beschwerdestellen sind zulässig. Wird z.B. eine behinderte Frau belästigt, so könnte eine Beschwerdestelle eingerichtet werden, an der die Frauenbeauftragte, eine Mitarbeiterin der Personalabteilung, und der Vertrauensmann/die Vertrauensfrau der Schwerbehinderten und der Abteilungsleiter/die -leiterin beteiligt sind. Die kommunalen Frauenbeauftragten haben sich auf ihrer Bundeskonferenz Anfang November 2006 für den Weg einer betrieblichen Beschwerdestelle entschieden. Allerdings ist die Meinung dazu nicht einheitlich. Es gibt viele Frauen-/Gleichstellungsbeauftragte, die auch offiziell *zuständige Stelle* für alle Diskriminierungsfälle sein wollen, sei es, weil es ihre betriebliche Position stärkt, sei es weil sie in einem Machtgefüge arbeiten, in dem ihre eigene Definitions- und Handlungsmacht beschränkt ist. Außerdem ist es möglicherweise historisch an der Zeit, die Erfahrungen mit Frauendiskriminierungen so zu verallgemeinern, dass sie allen anderen gesellschaftlichen Gruppen zugute kommen.

Wichtig ist die Unterscheidung zwischen Beratung und Beschwerde und zwischen Prüfung (Untersuchung) und Reaktion des Arbeitgebers. Wird eine offizielle Beschwerde nach § 13 erhoben, so entsteht eine **Prüfungsverpflichtung**, der eine Handlungsverpflichtung des Arbeitgebers nach § 12 folgt. In der Regel haben Betroffene jedoch den Wunsch, eine vertrauliche Beratung vorzuschalten, um ihre Durchsetzungschancen zu klären. Der Arbeitgeber muss – allein wegen der Rechtsfolgen einer offiziellen Beschwerde - die *zuständige Stelle* festlegen, darf jedoch gleichzeitig die Beratungsmöglichkeiten anderer betrieblicher Instanzen nicht beschneiden. In der Praxis übernimmt die *zuständige Stelle* in der Regel die Untersuchung und spricht eine Empfehlung gegenüber dem Arbeitgeber aus. Die Rechte der Gleichstellungsbeauftragten, der Betriebs- und Personalräte etc. bleiben unberührt, d.h., die Frauen- und Gleichstellungsbeauftragten handeln weiterhin unabhängig so, wie sie dies im Rahmen ihrer Aufgabenerfüllung für sinnvoll halten. Dabei kann es eventuell zu Konflikten mit anderen betrieblichen Stellen und/oder der offiziellen Beschwerdestelle kommen.

Das **Verfahren** vor der Beschwerdestelle ist nicht geregelt, muss nach der Rechtsprechung zur Sexuellen Belästigung jedoch so erfolgen, dass neue Diskriminierungen verhindert werden und dass auch dann geprüft und entschieden wird, wenn Diskriminierungen unter vier Augen stattfinden. Wenn die Betroffene *Indizien beweist, die eine Benachteiligung vermuten lassen*, kehrt sich die **Beweislast** um (§ 22). M.E. ändert sich damit die bisherige

Beweislastregel des § 611 a BGB nicht.<sup>3</sup> Da Parteivernehmung im Gerichtsprozess nach § 448 ZPO ein gesetzliches Beweismittel ist, muss diese Regel analog auch für die Betriebe gelten, d.h. glaubwürdige Aussagen der Betroffenen reichen aus, wenn keinerlei sonstige Beweismittel vorhanden sind. Wenn die Beschwerde überprüft ist, haben die Betroffenen einen Rechtsanspruch, das Ergebnis zu erfahren. (§ 13 Abs. 1).

Da die offizielle Beschwerde das Machtgleichgewicht im Betrieb verändert, entstehen nach einer Beschwerde neue Fürsorgepflichten des Arbeitgebers. Er muss dafür sorgen, dass keine neuen Diskriminierungen z.B. durch Gerüchte oder schädigendes Abwehrverhalten der Belästiger entstehen. So wird es oft notwendig sein, den/die Belästiger auf die Schweigepflicht und die eigenen Handlungsverpflichtungen aus dem Arbeitsvertrag und dem AGG trotz der Beschwerde hinzuweisen. Außerdem ist es für Betroffene oft unerträglich, mit Belästigern weiterhin zusammenzuarbeiten, wenn sie sich beschwert haben. Der Arbeitgeber muss also für einen einstweiligen Rechtsschutz sorgen. Wegen des Maßregelungsverbot des § 16 trifft die vorläufige Maßnahme erst einmal den /die Belästiger. Notfalls haben die Betroffenen ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 14, eine nicht unproblematisches Recht, da ungerechtfertigte Leistungsverweigerung Kündigungsgrund sein kann. Für die Betroffenen ist es besonders wichtig, dass ihnen aufmerksam zugehört, ihre Erfahrungen ernst genommen und daraus Konsequenzen gezogen werden. Diskriminieren Beschwerdeverfahren und Untersuchungsverfahren selbst, so entstehen neue Schadensersatzansprüche.

*Verstoßen Beschäftigte gegen das Benachteiligungsverbot so hat der Arbeitgeber die im Einzelfall geeigneten, erforderlichen und angemessenen Maßnahmen zur Unterbindung der Benachteiligung wie Abmahnung, Umsetzung, Versetzung oder Kündigung zu ergreifen, so formuliert § 12 Abs. 3 die **Rechtsfolge bei individuellen Benachteiligungen**. Grundsätzlich wird es nach § 12 Abs. 3 nicht ausreichen, wenn der Arbeitgeber unterhalb der Schwelle der Abmahnungen tätig wird. Die beliebte Versetzung von Belästigern und Betroffenen verbietet sich wegen des Maßregelungsverbotes. Es gibt sowohl zu Sexueller Belästigung, als auch zu Mobbing und den Geschlechtsdiskriminierungen eine umfangreiche Rechtsprechung, die heranzuziehen ist. So ist beispielsweise bei einem schwerwiegenden sexuellen Übergriff eine fristlose Kündigung ohne Abmahnung möglich, auch die Verdachtskündigung ist zulässig.<sup>4</sup> Handelt der Arbeitgeber nicht angemessen und gesetzestreu, so sind Klagen z.B. auf Entlassung der Belästiger möglich. In der Praxis werden allerdings Abwehrklagen, z.B. Kündigungsschutzklagen oder Klagen gegen Abmahnungen der diskriminierenden Personen überwiegen. BeraterInnen und Betroffene sollten sich auch darauf einstellen, dass diejenigen, gegen die sich Beschwerden richten, oft blitzschnell versuchen, den Spieß umzudrehen und selbst einstweilige Verfügungen gegen die Beschwerdeführerinnen auf Unterlassung beantragen. Damit geraten die Betroffene in einen Rechtfertigungszwang, bei dem das eigentliche Ziel, nämlich zu dem eigenen Recht zu kommen, oft genug aus dem Auge gerät. Sie sind dann froh, halbwegs mit heiler Haut davongekommen zu sein und wieder aus der Angst- und Unsicherheitszone herauszugeraten. Um diese betroffenenfeindlichen Mechanismen zu verhindern, wurde viel über die Möglichkeit nachgedacht, die Anonymität der Betroffenen zu wahren. Das Bundesverfassungsgericht hat 1996 entschieden, dass ich als*

<sup>3</sup> so auch Andrea Nicolai, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz – AGG in der anwaltlichen Praxis, Deutscher Anwaltsverlag Bonn, 2006, S.35

<sup>4</sup> vgl. Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz, Band 260 der Schriftenreihe des Bundesministers für Jugend, Familie, Frauen und Gesundheit, Stuttgart, Berlin, Köln 1990; Sibylle Plogstedt/Barbara Degen, DGB-Ratgeber gegen sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz, München 1992; Schiek/Buhr/Dieball/Fritsche/Klein-Schonnefeld/Malzahn/Wankel, Frauengleichstellungsgesetze des Bundes und der Länder, Kommentar für die Praxis, 1. Aufl. Köln 1996; meine eigene umfangreiche Rechtsprechungssammlung zu diesen Fragen mit zum Teil unveröffentlichten Urteilen verwaltet das Archiv der Friedrich-Ebert-Stiftung in Bonn; zum Beschäftigten schutzG vgl. auch Ute Wellner, Beschäftigtenschutzgesetz in der Praxis, Forschungsbericht des BMFSFJ, STREIT 2006, S. 78 ff.

Anwältin ein Recht habe, in der Auseinandersetzung mit dem Arbeitgeber die Anonymität meiner Mandantinnen zu schützen.<sup>5</sup>

Die hier skizzierten Regelungen gelten nur für das arbeitsrechtliche Verfahren. Ist der Belästiger ein Beamter, wird ein Disziplinarverfahren vorgeschaltet, das sich allerdings nach den Grundsätzen des AGG richten muss.

**Die Rechtsfolgen bei mittelbaren Diskriminierungen** wegen *dem Anschein nach neutralen Vorschriften, Kriterien oder Verfahren* (§ 3 Abs. 2) beruhen auf der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs<sup>6</sup>. Danach darf eine diskriminierende Regelung nicht dadurch beseitigt werden, dass nun alle weniger bekommen, ein klassischer Versuch z.B. bei Lohndiskriminierungen. Adressat der Forderung nach diskriminierungsfreien Vorschriften und Verfahren ist immer der Arbeitgeber, auch wenn er nur den Tarifvertrag anwendet. Es wäre schön, wenn Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände ihre bisherige Politik aufgeben würden, nach der sie erst dann ihre Tarifverträge ändern, wenn ein entsprechendes EuGH-Urteil vorliegt. Das Gesetz fordert sie dazu nachdrücklich auf. Auch für betriebliche Regelungen besteht die Gefahr, dass individuell Betroffene auch noch die Last auf sich nehmen müssen, die kollektiven Regelungen diskriminierungsfrei zu machen.

Anwältinnen, Beraterinnen und Frauen-/Gleichstellungsbeauftragte haben die Erfahrung gemacht, dass die Kombination von rechtlichem Druck und Überzeugungsarbeit verhärtete Fronten am ehesten in Bewegung bringt. Diese „Angst - vor - dem - Recht- Politik“ ist nicht besonders befriedigend. Es wird also wieder neu über Schlichtungsverfahren außerhalb des Rechtsweges nachgedacht werden.<sup>7</sup> Die Bundesantidiskriminierungsstelle hat hier eine wichtige Vorreiterfunktion. Alle bisherigen Erfahrungen auf diesem Gebiet zeigen, wie leicht es ist, Frauen unter dem Versprechen einer schnelleren, friedlicheren oder kostengünstigeren Einigung über den Tisch zu ziehen. Deshalb ist auch bei Mediations- und Schlichtungsverfahren eine genaue Aufklärung über die eigenen Rechte und ihre Durchsetzungschancen unerlässlich. Erst dann können die Handlungsalternativen selbstbestimmt wahrgenommen werden.

Rechtliche Auseinandersetzungen sind nur ein kleiner Ausschnitt gesellschaftlicher Kommunikation. Im Bewusstsein der Betroffenen blähen sie sich oft über Gebühr aus. Um die eigene Stabilität zu wahren oder wiederzugewinnen, benötigen Betroffene zusätzliche Unterstützungsmaßnahmen, wie Coaching, psychologische Betreuung, Selbsthilfegruppen, häufige Beratungsgespräche etc. In einigen Betrieben hat sich dieses Bewusstsein schon ansatzweise entwickelt. Es gibt Arbeitgeber, die entsprechende Kosten übernehmen und gute Erfahrungen mit dieser Art der Konfliktbegleitung gemacht haben. Möglicherweise eröffnet hier das AGG neue Möglichkeiten.

## **Die Verbindung von Recht und Gerechtigkeit**

Einige Gesetzesumsetzungen könnten uns lehren, was mit dem AGG auf uns zukommt. Ich gehe dabei davon aus, dass sich bei allen Menschen die Wünsche nach Gerechtigkeit mit der

<sup>5</sup> Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 27.6.1996 – 1 BvR 1398/94 -, STREIT 1996, S. 173/174

<sup>6</sup> vgl. Gesetzesbegründung zum Entwurf vom 6.5.2004 und Schiek u.a., Frauengleichstellungsgesetze, s. Anm. 4

<sup>7</sup> Über die Mediation bei Scheidungen zuletzt Susanne Pötz-Neuburger, Mediation bei Scheidung – ein Erfahrungsbericht, STREIT 2006, S. 181 ff., arbeitsrechtliche Mediationen gibt es bisher eher vereinzelt; Bei Diskriminierungskonflikten unter Frauen empfiehlt es sich, noch einmal über die Ideen zur Schiedsstelle nachzudenken, die die Arbeitsgruppe „Feministische Rechtstheorie“ 1993 entwickelt hat (vgl. Readerin des Feministischen Rechtsinstituts e.V., Bonn Nr.1/1996, Lose Gedanken-ungebunden, Zu feministischen Rechtsideen und aus der Rechtspraxis, S. 61 ff. und Malin Bode, Frauen-Schlichtungs- und Schiedsstellen, STREIT 1998, S. 51 ff; Anna Hochreuter, Die Schiedsstelle, Was kann sie, was darf sie ? STREIT 1998, S. 58 ff.



Rechtsdurchsetzung verknüpfen, dass also von einer Trennung zwischen Recht und Gerechtigkeit im Bewusstsein von Frauen und Männern keine Rede sein kann. Sonst könnten Normsysteme überhaupt nicht existieren und weiterentwickelt werden. Allerdings fehlt oft die Bereitschaft, die *fremden* Erfahrungen ernsthaft wahrzunehmen und häufig setzen sich auch egoistische Interessen durch. Eigene und fremde Wünsche nach Gerechtigkeit sind dann nicht sozial verankert, sondern in die polarisiert-dualistische Kategorie von Sieg- und Niederlage eingeordnet. Das ist vor allem bei machtorientierten Männern zu beobachten, aber Frauen können diese Spielregeln schnell lernen. Ich erkläre mir die Verbindung von Recht und Gerechtigkeit im Kontext der Geschlechterverhältnisse durch den Begriff der *Zweisprachigkeit der Normen*<sup>8</sup>, wobei mir die Verzahnung der Normsysteme die wissenschaftlich spannendste Frage zu sein scheint.

Die Erfahrungen mit dem MutterschutzG ist deshalb besonders interessant, weil hier die Adressatinnen des Schutzes ausschließlich Frauen, die Rechtsanwender in der Regel Männer sind. Ich habe mehrere Mandantinnen erlebt, die kurz vor der Geburt des Kindes nur noch tobten und schrieten, weil sie den Widerspruch zwischen dem ihnen versprochenen Schutz und der Fürsorge durch Gesellschaft und Recht und ihren realen Erfahrungen mit der Umsetzung nicht mehr ertragen konnten. Für den Bereich der Sexuellen Belästigung ziehen Frigga Haug und Silke Wittich-Neven das negative Resümee: *Der heutige Versuch, die eigene Integrität zu gewinnen und zu bewahren, indem Frauen ihre Körper bei der Arbeit vor begehrliehen Zugriffen durch Verbote, durch Anrufung des Rechts zu schützen suchen, scheint hingegen auf mehrfache Weise aussichtslos.*<sup>9</sup> Meiner Erfahrung entspricht es eher, dass Frauen durch Gesetze, ihre Symbolkraft und deren tatsächliche Macht dann gestärkt werden, wenn der Prozess der Rechtsauseinandersetzung sensibel und klug geschieht, solidarisch von Frauen begleitet wird und wenn die Sanktionen gegenüber den Rechtsverletzern klar und überzeugend ausfallen. Welche geschlagene Frau würde bestreiten, dass Frauenhäuser und das Gewaltschutzgesetz gut sind, wenn sie erlebt, dass ihr Ehemann erstmalig aus der Wohnung gewiesen und gezwungen wird, den Schlüssel abzugeben? Das gilt auch dann, wenn das Gesetz Rachefeldzüge des Ehemanns nicht immer verhindern kann.

Auf wissenschaftlicher Ebene gibt es ebenfalls einen Trend zu einer Art pessimistisch-anarchistischem Denken über Recht, dem Susanne Baer den einfachen Rat entgegensetzt, dem Recht doch eine Chance zu geben.<sup>10</sup> Betroffene, Beraterinnen und Anwältinnen können ohnehin nicht anders.

Das AGG ist vor dem Hintergrund des gesellschaftlichen Geschlechter- und Gerechtigkeitsdiskurses ein gutes Gesetz und ein Erfolg der Frauenbewegung. Allerdings hat es das Grundproblem der politischen Festlegung gegen starke Gegeninteressen. Ob der richtige Grad zwischen Flexibilität und notwendiger Stringenz gefunden werden kann, wird die Praxis zeigen. In dem Buch *Auf eigenen Wegen* der russischen Dichterin und Schriftstellerin Marina Zwetajewa (1892 – 1941) heißt es<sup>11</sup>: *Ich denke nicht, ich höre zu. Dann suche ich nach der genauen Verkörperung im Wort, das Ergebnis ist der eisige Panzer einer Formel, darunter – nichts als Herz.* Die Dolmetscharbeit zwischen juristischen Formeln und Gefühlen ist schwierig, genauso schwierig ist sie zwischen der utopischen Hoffnung auf Gleichheit, dem Wunsch nach einem sozial stimmigen und selbstbestimmten Leben und der Realität.

<sup>8</sup> Barbara Degen, Die Zweisprachigkeit der Normen – Feministische Erfahrungen, in: Recht Richtung Frauen, Beiträge zur feministischen Rechtswissenschaft, Lachen/St. Gallen 2001

<sup>9</sup> Frigga Haug/Silke Wittich-Neven (Hg.), Lustmolche und Köderfrauen, Politik um sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz, Hamburg 1997, S. 108

<sup>10</sup> zuletzt auf dem internationalen Kongress RECHT UND GENDER, Zürich, September 2006; zu den verschiedenen Strömungen der feministischen Rechtswissenschaft vgl. Lena Foljanty/Ulrike Lembke (Hrsg.), Feministische Rechtswissenschaft, Baden-Baden 2006

<sup>11</sup> Marina Zwetajewa, Auf eigenen Wegen, Frankfurt 1987, S. 257

In der Gesetzesbegründung heißt es: *In Deutschland gibt es bisher keine Kultur der Antidiskriminierung, wie sie z.B. für Menschen in angelsächsischen Ländern zum Alltag gehört*<sup>12</sup>. Das AGG wird ein Gradmesser sein für die Entwicklungschance einer demokratischeren Beziehungskultur. In ihrem Zentrum steht die Geschlechterdemokratie. Jedes neue Gleichheitsgesetz ist eine visionäre Hoffnung für die Jelena Guro (1877-1913) poetische Worte gefunden hat:

#### *VERSPRECHT*

*Schwört, die ihr fern oder nah seid, die ihr auf Papier mit Tinte malt, auf den Wolken mit eurem Blick, und auf der Leinwand mit Farbe, schwört, das einmal geschaffene – herrliche – Gesicht eures Traums niemals zu betrügen oder zu verleumden, sei es die Freundschaft, sei es der Glaube an die Menschen oder an eure Lieder. Ein Traum! – ihr habt ihn leben lassen, - der Traum lebt, - das Geschaffene gehört schon nicht mehr uns, wie wir selbst nicht mehr uns gehören! Schwört vor allem ihr, die ihr mit eurem Blick auf Wolken malt – die Wolken ändern ihre Form-, und es ist so leicht, ihr gestriges Antlitz durch Unglauben verächtlich zu machen. Versprecht es bitte! Versprecht dies dem Leben, versprecht es mir! Versprecht!*

---

<sup>12</sup> Gesetzesbegründung im Entwurf vom 6.5.2004, S. 21