

Annegret Döse

Der neue britische Equality Act – Impulse für eine effektivere Bekämpfung der Diskriminierung wegen des Geschlechts in Deutschland?

Eine vergleichende Betrachtung aus Anlass des Urteils des BAG vom 22.7.2010¹.

1. Einführung

In der deutschen Rechtswirklichkeit sind unverändert gravierende Defizite in Bezug auf die Gleichstellung von Frauen und Männern im Erwerbsleben zu beobachten. Insbesondere folgende Einzelaspekte werden in letzter Zeit thematisiert:

- der nach wie vor bestehende – im europäischen Vergleich auffällige und vom UN-Ausschuss CEDAW gerügte – Gender Pay Gap in Höhe von zur Zeit 23,2 %, mit dem Deutschland unter den 27 EU-Mitgliedstaaten auf Platz 24 liegt.²
- die geringe Repräsentanz von Frauen in den Chefetagen, insbesondere Vorständen und Aufsichtsräten, die in engem Zusammenhang mit dem geschlechtsspezifischen Lohngefälle zu sehen ist – hier nimmt Deutschland im Rahmen von 27 untersuchten Ländern den siebtletzten Platz ein.³

Über Formen und Ursachen dieser gegen deutsches Verfassungsrecht und Europarecht⁴ verstoßenden Ungleichheit ist nahezu alles gesagt worden.⁵ So ist z.B. nach Einschätzung des Deutschen Juristinnenbundes⁶ der Gender Pay Gap „ein Ergebnis des Zusammenwirkens verschiedener Faktoren im Sinne einer strukturellen Frauenbenachteiligung in der deutschen Gesellschaft“, wozu u.a. die fortbestehende Abwertung von Tätigkeiten, die mit Frauen und Weiblichkeit identifiziert werden, die geringe Vereinbarkeit von Beruf und Familie, die Diskriminierung von Teilzeitarbeit sowie die Diskriminierung von Frauen bei der Einstellung und beim beruflichen Aufstieg und die extreme Unterrepräsentanz von Frauen in Führungspositionen ge-

hört. Entgelt- und sonstige Diskriminierungen kommen überwiegend in mittelbarer oder verdeckter Form vor. So werden oft Qualifikationen, die für frauendominierte Tätigkeiten wie z.B. im Pflegebereich benötigt werden, in Arbeitsbewertungen oder Tarifverträgen unterbewertet – mit der Folge der schlechteren Bezahlung. Aber auch bei gleicher Ausbildung und bei gleichem Beruf und Lebensalter verdienen Frauen oft im gleichen Betrieb weniger als ihre männlichen Kollegen und steigen seltener in höhere Positionen auf.

Das nunmehr seit fast fünf Jahren in Kraft befindliche Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG), das nach seiner in § 1 formulierten Zielsetzung Benachteiligungen u.a. aus Gründen des Geschlechts verhindern oder beseitigen will, scheint sich als wenig geeignet zu erweisen, um Abhilfe zu schaffen. Grundsätzlich sollte zwar die Anwendung eines Gesetzes in der Rechtspraxis über einen längeren Zeitraum beobachtet werden, um ein fundiertes Urteil über seine Wirkungsweise abzugeben. Auffällig ist jedoch, dass in der juristischen Literatur bereits kurz nach Inkrafttreten des AGG, allerdings nicht nur bezogen auf geschlechtsspezifische Ungleichheiten, deutliche Kritik an der Konstruktion des Gesetzes, seiner Auslegung und seiner beschränkten Effizienz geübt wurde.⁷ Im Hinblick auf fortbestehende Lohngleichheits- und andere geschlechtsbezogene Defizite fordern Verbände und Gewerkschaften nunmehr nicht nur eine andere Auslegung des Gesetzes, sondern ein Tätigwerden des Gesetzgebers.⁸

1 8 AZR 1012/08; ungekürzte Fassung in: NZA 2011, 93 ff.; gekürzte Fassung in: DB 2011, 177 ff.

2 Europ. Kommission (2010), 3. Bilanz der Vereinbarkeit zwischen der Bundesregierung und den Spitzenverbänden der deutschen Wirtschaft zur Förderung der Chancengleichheit von Frauen und Männern in der Privatwirtschaft, BT-Drucksache 16/10500, S. 15. Im Jahre 2008 betrug der geschlechtsbezogene Einkommensunterschied in Europa 18%; s. hierzu Wagner, Jutta, in: *djbZ* (Zeitschrift des Deutschen Juristinnenbundes) 1/2011, II.; Schmidt, Marlene, Statement zum Thema Entgeltungleichheit, *djbZ* 1/2011, 4 ff.

3 Hierzu s. die verschiedenen Beiträge in *djbZ* 1/2010, 15 ff.

4 Art. 3 Abs. 2 GG, Art. 157 AEUV (vormals Art. 144 EGV bzw. Art. 119 EWGV) sowie Art. 23 Europäische Grundrechtscharta.

5 Wiederholt in Studien und Stellungnahmen des DJB, s. z.B. die Stellungnahme „Entgeltgleichheit zwischen Frauen und Männern“ zur öffentlichen Anhörung im Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend des Deutschen Bundestages am 28.1.2009 (Sibylle Raasch); ferner die einzelnen Beiträge in Hohmann-Dennhardt/ Körner/Zimmer (Hrsg.), *Geschlechterge-*

rechtigkeit, Festschrift für Heide Pfarr, 2010; Botsch, Elisabeth/Maier, Friederike, *Gender Mainstreaming in Employment Policies in Germany*, Discussion Paper 08, 12/2009 des Harriet Taylor Mill-Instituts für Ökonomie und Geschlechterforschung, hrsgg. v. Beblo u.a. .

6 S. Fn. 5

7 Für Zwischenbilanzen nach zwei bzw. drei Jahren s. Schiefer, Bernd, *Zwei Jahre Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, ZfA* 2008, 493 (525); Nickel, Rainer, *Drei Jahre Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG): eine Zwischenbilanz, Stellungnahme vor dem zuständigen Ausschuss des Bundestages zu dem AGG-Gesetzentwurf*, Internet-Quelle: http://www.migration-boell.de/web/diversity/48_2306.asp; ders., *Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz in der Rechtspraxis, Sozialrecht+Praxis* 2010, 479ff.

8 Vgl. die Stellungnahme des DJB im Rahmen der Podiumsdiskussion „Juristinnen fragen - Politikerinnen antworten, Entgelt(un)gleichheit: Der deutsche Gender Pay Gap von 23,2 Prozent“ am 25.11.2010 in der Vertretung des Freistaats Thüringen beim Bund, Berlin, Quelle für die Pressemitteilung:

Die Vorschläge reichen von der Schaffung von Informations- und Auskunftsrechten der Beschäftigten und ihrer Vertretungen über ein Verbandsklagerecht bis hin zu einem Verfahrensgesetz, mit dem Entgeltsysteme in Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen unabhängig von Einzelklagen auf Diskriminierung überprüft werden könnten. In Bezug auf die fehlende Repräsentanz von Frauen in den Chefetagen wird in letzter Zeit nicht nur in der juristischen Literatur,⁹ sondern auch auf Regierungsebene verstärkt die Frage diskutiert, ob für die Besetzung von Aufsichtsrats- und Vorstandsposten eine gesetzliche Frauenquote einzuführen ist.¹⁰

Das jüngste Urteil des BAG vom 22.7.2010, von dem – vergeblich – eine Wende in der Rechtsprechung zur Beweislastverteilung erhofft wurde,¹¹ lässt besonders dringlich die Frage nach den Maßstäben für den prozessualen Nachweis von geschlechtsspezifischen Diskriminierungen aufkommen, insbesondere danach, ob nach gegenwärtiger Rechtslage statistisch belegbare Unterschiede zwischen den Geschlechtern im Prozess ein Indiz für eine geschlechtsspezifische Benachteiligung sein können. Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, sind nach diesem Urteil starke Zweifel daran angebracht, ob es Frauen ohne Tätigwerden des Gesetzgebers überhaupt noch möglich sein wird, anhand von statistischer Beweisführung eine bestimmte Beförderungs- oder Lohnpolitik auf dem Klagewege anzugreifen.

Um für die deutsche Gesetzgebung und Rechtspraxis neue Perspektiven zu eröffnen, liegt es nahe, den Blick auf andere europäische Rechtsordnungen zu richten. Ausländische Gesetzgebungen können manchmal bereits zum Erliegen gekommene Diskussionen neu entfachen. Als Vergleichsland bietet sich nicht zuletzt Großbritannien an. In der Vergangenheit war regelmäßig zu beobachten, dass sich Trends zur Gesetzgebung, ausgehend von den USA über Großbritannien, auf dem europäischen Kontinent verbreiteten. Im Hinblick auf eine mögliche Vorbildwirkung kann deshalb der am 01.10.2010 in Kraft getretene Equality Act,¹² der die zuvor in verschiede-

nen Rechtsvorschriften enthaltenen Regeln durch ein integriertes Gleichstellungs- und Antidiskriminierungsgesetz ersetzt hat, von Interesse sein. Auch wenn die Hoffnungen, die sich an den ursprünglichen Gesetzentwurf vom Mai 2010 geknüpft hatten, nach dem Regierungswechsel zum Teil enttäuscht worden sind, bleibt Großbritannien – als Land mit einer ausgeprägten Antidiskriminierungspolitik – ein interessantes Untersuchungsobjekt für Antidiskriminierungsrecht.

2. Die verdeckte Diskriminierung von Frauen in Deutschland in der neueren Rechtsprechung

Deutliche Kritik an der „verdeckten Diskriminierung“ von Frauen insbesondere in der Privatwirtschaft, die sich u.a. in ihrem geringen Anteil an Führungs- und Aufsichtsratspositionen zeige, wurde in einem aufsehenerregenden Urteil der 15. Kammer des LAG Berlin-Brandenburg vom 26.11.2008¹³ (der Vorinstanz der BAG-Entscheidung vom 22.07.2010) geäußert. Der Entscheidung, die zunächst viele Hoffnungen im Hinblick auf Beweiserleichterungen für Klägerinnen weckte, liegt ein Fall zugrunde, in dem es um die Besetzung einer vakanten leitenden Position bei der GEMA, der größten deutschen Verwertungsgesellschaft ging. Die Klägerin, eine Abteilungsleiterin der Personalabteilung Berlin, die 17 Jahre lang für das Unternehmen tätig war, hatte sich bei der Besetzung der Stelle des für das gesamte Bundesgebiet zuständigen „Personaldirektors“ übergangen gefühlt, eine Ausschreibung hatte es nicht gegeben.

Das LAG hatte der Klägerin, die nach den Feststellungen des Gerichts nicht nur beim beruflichen Aufstieg benachteiligt, sondern auch massiv eingeschüchtert wurde, sowohl einen Schadensersatzanspruch für die Vergangenheit zugesprochen als auch festgestellt, dass der Arbeitgeber ihr unbegrenzt monatlich für die Zukunft ein hohes Gehalt zahlen müsse.¹⁴ Dabei ließ das Gericht aufgrund der konkreten Umstände des Falles eine Statistik über die Verteilung der Geschlechter auf den einzelnen Hierarchieeb-

<http://www.djb.de/Kom/K1/pm10-30/>. Für ausführlichere Stellungnahmen s. Klug/Kocher/Raasch, Die Gleichstellung von Frau und Mann im Erwerbsleben braucht mehr als bloße Wahlfreiheit – Bedingungen für Wahlfreiheit müssen erst geschaffen werden, djbZ 2/2010, 47 ff.; Schmidt, Marlene, Statement zum Thema Entgeltgleichheit, djbZ 1/2011, 4 ff.

9 Z.B. Körner, Marita, Frauen in die Aufsichtsräte – die skandinavischen Regelungen verbindlicher Teilhabe als Modell für Deutschland, in: Hohmann-Dennhardt/Körner/Zimmer (Hrsg.), 218 (231); Wieland, Joachim, Ist eine Quotenregelung zur Erhöhung des Anteils der Frauen in Aufsichtsräten mit dem Grundgesetz und Europarecht vereinbar?, NJW 2010, 2408 ff.
10 S. hierzu Beyer, Susanne/Voigt, Claudia, Die Machtfrage, Der Spiegel 5/2011, S. 58 ff. Die zuständige EU-Kommissarin hat für

den Fall, dass sich in naher Zukunft keine Fortschritte ergeben, eine Gesetzesinitiative der Europäischen Kommission zur Einführung einer Frauenquote angekündigt.

11 Vgl. Fuchs/Konstatzky/Liebscher/Berghahn, Rechtsmobilisierung für Lohngleichheit, KJ 2009, 253 (259).

12 Internetquelle: www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/ukpga_20100015_en.pdf.

13 Az. 15 Sa 517/08, STREIT 2009/1, 22 ff.; zu Einzelheiten des Sachverhalts s. auch Der Spiegel vom 5.1.2009, S. 32 ff., sowie die Presseerklärung des Prozessvertreters der Klägerin zum Urteil des BAG, Rechtsanwalt Hans-Georg Kluge vom 10.1.2011.

14 Für die Vergangenheit gewährte das LAG als Schadensersatz die Vergütungsdifferenz zu derjenigen Position, auf die die Klägerin nicht befördert worden war (ca. 28.000 Euro).

nen des Unternehmens als ausreichendes Indiz für eine geschlechtsbezogene Diskriminierung bei der Beförderung auf eine Führungsposition gelten. Bei einer Verteilung von 2/3 Frauen und 1/3 Männer in der Belegschaft waren sämtliche 27 Führungspositionen nur von Männern besetzt. In den höchsten zwei Gehaltsstufen waren 2/3 aller Männer und 1/3 aller Frauen eingruppiert. Der Aufsichtsrat bestand aus 19 Männern und 2 Frauen. Zusätzlich zu den genannten Daten hatte sich die Klägerin auf die statistische Wahrscheinlichkeitsanalyse eines Mathematikers berufen, der eine Wahrscheinlichkeit zwischen 95 und 99,9% dafür angab, dass die ausschließliche Besetzung der Direktorebene mit Männern kein Zufall sein könne.¹⁵ Das LAG befand, dass von einem Indiz für eine Benachteiligung des weiblichen Geschlechts auszugehen sei, wenn – wie hier – der betroffene Arbeitgeber mit der Zusammensetzung seiner leitenden Führungsebene noch deutlich unter dem ohnehin schon schlechten Durchschnitt bundesdeutscher Arbeitgeber bei der Besetzung seiner Leitungspositionen liege, und dass der Arbeitgeber die Diskriminierungsvermutung des § 22 AGG nicht widerlegt habe.

Das BAG hat mit seiner Entscheidung vom 22.07.2010 dieses Urteil aufgehoben. Kernpunkt der rechtlichen Auseinandersetzung mit der Vorinstanz ist die Auslegung der Beweislastregelung des § 22 AGG. Danach muss in einem abgestuften Prozess zunächst die klagende Partei Indizien, die eine Benachteiligung wegen des Geschlechts vermuten lassen, beweisen (Abs. 1), erst dann geht die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligungen vorgelegen hat, auf die andere Partei über (Abs. 2). Zwar lehnt das BAG einen Indizienbeweis für die Benachteiligung beim beruflichen Aufstieg durch Statistiken nicht generell ab – wegen des expliziten Hinweises in den Gesetzesmaterialien zu § 22 AGG¹⁶ dürfte dies auch kaum möglich sein –, sieht aber die konkret vorgelegten Statistiken nicht als ausreichend an. Für eine Indizwirkung i.S.d. § 22 AGG bei Beförderungsentscheidungen genüge es nicht, wenn lediglich auffällige Ungleichgewichte beim Frauenanteil in verschiedenen Hierarchieebenen eines Unternehmens bewiesen würden. Auch die Tatsache, dass in derselben Branche des Unternehmens in den vergleichbaren Hierarchieebenen der Frauenanteil höher sei als beim betroffenen Arbeitgeber, könne nicht als Indiz für eine geschlechts-

bezogene Diskriminierung gewertet werden. Hierfür bedürfe es weiterer Anhaltspunkte; insbesondere müsse festgestellt werden, wie viele Frauen überhaupt unterhalb einer angenommenen „gläsernen Decke“ angekommen seien, um zu beurteilen, ob deutlich weniger Frauen als Männer die Hierarchiestufe oberhalb dieser Decke erreichten. Mit dieser restriktiven Bewertung der Indizwirkung von Statistiken steht das BAG nicht allein, sondern befindet sich im Einklang mit anderen Entscheidungen von Landesarbeitsgerichten,¹⁷ mit denen die Klagen von Frauen, die bei Beförderungsentscheidungen übergangen worden waren, abgewiesen worden waren.¹⁸

Nun ist sicherlich nicht zu verkennen, dass die Gesetzesfassung des § 22 AGG, wonach zunächst Indizien für eine Benachteiligung wegen des Geschlechts von der Klägerseite bewiesen werden müssen, eine gewisse Hürde in Diskriminierungsfällen darstellt. Der Wortlaut der Vorschrift hebt sich von

¹⁵ Der Spiegel v. 5.1.2009, ebd.

¹⁶ BT-Drucksache 16/1780, S. 47.

¹⁷ Vgl. die Urteile des LAG Köln v. 13.6.2006 (Az. 9 Sa 150/09), AuR 2006, 411; LAG München v. 7.8.2008, (Az. 3 Sa 1112/07), und LAG Berlin-Brandenburg (2. Kammer) v. 12.2.2009 (Az. 2 Sa 2070/08), BB 2009, 437; zustimmend Heyn, Judith/Meinel,

Gernod, Rückenwind für Diskriminierungsklagen, NZA 2009, 20 ff.

¹⁸ Zum ganzen siehe Wendeling-Schröder, Ulrike, Zugang zur „Hälfte des Himmels“ – Personalstatistiken als Indiz für eine Geschlechtsdiskriminierung bei Beförderungsentscheidungen?, in: Hohmann-Dennhardt/Körner/ Zimmer (Hrsg.), 159 (160) ff.

der Vorläuferregelung des § 611a Abs. 1 S. 3 BGB, wonach ein „Glaubhaftmachen“ ausreichte, deutlich ab, so dass § 22 AGG nicht ohne weiteres im Sinne von § 611a BGB ausgelegt werden kann.¹⁹ In der juristischen Literatur werden verschiedene Versuche unternommen, die strengen Anforderungen des § 22 AGG zu mildern.²⁰ So wird z. B. nach einer Auffassung unter Berufung auf die maßgeblichen EU-Richtlinien eine europarechtskonforme Auslegung des § 22 AGG im Sinne von Glaubhaftmachung gefordert, nach anderen Autoren lässt sich § 22 AGG als kodifizierter Anscheinsbeweis verstehen, an den auf den ersten Blick geringere Anforderungen zu stellen sind als an den kodifizierten Indizienbeweis. Bei ersterem könnte bei Vorliegen typischer Geschehensabläufe – wozu zunächst einmal statistisch belegbare geschlechtsbezogene Unterschiede beim Entgelt oder der Präsenz auf höheren Hierarchiestufen zu zählen wären – aufgrund von allgemeinen Erfahrungssätzen auf das Vorhandensein eines bestimmten Tatbestandsmerkmals – Benachteiligung wegen des Geschlechts – geschlossen werden. Hingegen fordert der Indizienbeweis, von dem das BAG auszugehen scheint, keinen typischen, sich regelmäßig wiederholenden Geschehensablauf, sondern den echten Beweis konkreter Einzeltatsachen. Ob bei Anwendung der überlieferten prozessualen Grundsätze zum Anscheinsbeweis dieser aber wirklich brauchbar wäre, eine Beweiserleichterung für die Kläger/innenseite in Diskriminierungsfällen herbeizuführen, ist äußerst fraglich.²¹

Auch wenn nicht zu bestreiten ist, dass der Wortlaut des § 22 AGG im Vergleich zur Vorläuferregelung des § 611a BGB ein Problem darstellt, überraschen bestimmte Argumentationslinien in der BAG-Entscheidung. Das Gericht zieht die berühmte „allgemeine Lebenserfahrung“ heran, um zu konstatieren, dass ein beruflicher Aufstieg häufig eine nicht unerhebliche Flexibilität wie z.B. Bereitschaft zur Leistung von Überstunden, Teilnahme an Fortbildungsmaßnahmen und Tagungen, Durchführung von Dienstreisen und Versetzungsbereitschaft an andere Standorte voraussetze, „welche sich mit der häufig von Frauen ausschließlich oder überwiegend wahrgenommenen Kindererziehung nicht oder nur schlecht vereinbaren lässt, und die auf niedrigen Hierarchiestufen nicht in gleichem Maße gefordert wird“. Deshalb könne allein die Tatsache, dass bei einem Arbeitgeber zahlreiche Männer mit sehr langen

Betriebszugehörigkeiten in Führungspositionen arbeiteten, nicht die Vermutung einer früheren diskriminierenden Haltung des Arbeitgebers gegenüber Frauen begründen.²²

Mit dieser Argumentation werden stereotype Rollenbilder der Geschlechter gleich in doppelter Weise bedient. Zum einen wird es als selbstverständlich angesehen, dass Kinderbetreuung Sache der Frauen ist, obwohl neuere Tendenzen in der Gesetzgebung²³ andere Akzente setzen und sich auch in der Praxis, wenn auch zaghaf, ein Mentalitätswechsel bei erwerbstätigen Vätern abzeichnet. Zum anderen wird unterstellt, dass sich Führungspositionen und Kinderbetreuung nicht vereinbaren lassen. Auch wenn diese Aussage auf realen Beobachtungen der Arbeitswelt basiert, kann sie Gültigkeit nur unter der Prämisse beanspruchen, dass die bisher überwiegend von männlichen Werten dominierte Organisation der Arbeitswelt, wonach weibliche mit Familie und Pflege in Zusammenhang gebrachte Fähigkeiten nicht zum Aufstieg passen, strukturell unabänderlich ist – das wiederum wäre ebenfalls eine stereotype Betrachtungsweise, die eine jahrelange Diskussion sowohl in der EU als auch in Deutschland auf der Ebene von Politik, Wissenschaft und Recht außer Acht lässt. So stellt die Europäische Kommission z.B. in ihrem Bericht zur Gleichstellung der Geschlechter aus dem Jahre 2009 erneut heraus, dass (u.a.) die Bekämpfung von Stereotypen Herausforderung und Orientierung für die künftige Politik sein müsse.²⁴

Die eingangs gestellte Frage, ob es Frauen nach diesem Urteil überhaupt noch möglich sein wird, eine „verdeckte“ diskriminierende Beförderungs- oder Lohnpraxis mit statistischem Datenmaterial zu beweisen, wird also eher zu verneinen sein, zumal es den meisten Frauen gar nicht möglich ist, wie im vorliegenden Fall der Klägerin aufgrund ihrer Stellung und langjährigen Betriebszugehörigkeit, im Prozess entsprechendes statistisches Material zu präsentieren.

Somit verstärken sich die Zweifel an der Europarechtskonformität des gegenwärtigen Rechtszustandes. Müssen doch sowohl nach europäischen Richtlinienvorgaben als auch nach mehreren Entscheidungen des EuGH die Rechtsfolgen im Fall einer Diskriminierung wirksam sein und eine abschreckende Wirkung haben. Dass in Fällen mittelbarer Lohndiskriminierung eine besondere Beweiserleichterung

19 Eine Gleichsetzung der beiden Vorschriften wird deshalb abgelehnt von Wörl, Christian, Die Beweislast nach dem AGG, Eine Untersuchung des § 22 AGG, 2009, 54.

20 Nachweise bei Wörl, a.a.O., 57 ff.

21 Verneinend Wörl, 71 ff.

22 Entsprechende Aufstiegsvoraussetzungen könnten i.S.v. § 3 Abs. 2 AGG sachlich gerechtfertigt oder sogar nach § 8 AGG zulässig sein.

23 Das Bundeselternteil- und Erziehungsgeldgesetz will Vätern z.B. durch die Partnermonate, aber auch durch ein höheres Elterngeld Anreize geben, um sich jedenfalls in den ersten Lebensjahren des Kindes um diese zu kümmern.

24 Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Brüssel 27.2.2009, KOM (2009), 77 endgültig.

zum Schutz von Benachteiligungen erforderlich ist, hat der EuGH in den Fällen Danfoss²⁵ und Enderby²⁶ entschieden.

3. Die Rechtssituation im Bereich der Geschlechtergleichbehandlung in Großbritannien

3.1 Gesellschaftliche und rechtskulturelle Einflussfaktoren für die Effizienz von Gleichheitsgesetzgebung

Warum lohnt sich ein Blick auf die neue britische Gleichheitsgesetzgebung? Sicherlich ist Großbritannien, wo die geschlechtsspezifischen Lohnunterschiede immerhin 17 % betragen und sich damit etwa im europäischen Durchschnitt bewegen, kein Paradies der Entgeltgleichheit. Auch wurde die britische Regierung sowohl vom Gemeinsamen Menschenrechtsausschuss als auch vom CEDAW-Ausschuss dafür kritisiert, dass der Equality Act 2010 an den früher geltenden Vorschriften zur Entgeltgleichheit keine wesentlichen Änderungen vorgenommen und insbesondere dem Arbeitgeber keine positiven Pflichten auferlegt hat, um z.B. Systeme von Entgeltungleichheiten zu beobachten und auf diese zu reagieren.²⁷

Dennoch lassen sich aus dem neuen Gesetz einige Anregungen entnehmen, die gewinnbringend für eine Verbesserung der Situation in Deutschland diskutiert werden könnten. Dabei ist der Blick auch auf das gesellschaftliche Umfeld der Gesetzgebung und sonstige rechtskulturelle Besonderheiten zu richten. Ob eine Gesetzgebung, die auf die Herstellung von Gleichheit im Geschlechterverhältnis abzielt, effizient ist, hängt von vielerlei Faktoren und Rahmenbedingungen gesellschaftlicher und rechtskultureller Art ab.²⁸ Anders als in Deutschland hat Antidiskriminierungspolitik und -gesetzgebung in Großbritannien eine lange Tradition. Ihr liegt ein gesellschaftliches Verständnis zugrunde, wonach die umfassende Bekämpfung von Diskriminierungen selbstverständlich ist. Entsprechend werden Gesetzgebungsprozesse stets durch moderne Governance-Maßnahmen wie etwa die Durchführung von Implementationsforschung oder eine Befragung betroffener Kreise über mögliche Anwendungsprobleme begleitet.²⁹

In Deutschland dagegen steckt eine solche „Anhörungskultur“ im Gesetzgebungsprozess noch in den Anfängen. Die im Jahre 2009 im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes erstellte Studie „Diskriminierung im Alltag – Wahrnehmung von Diskriminierung und Antidiskriminierungspolitik in unserer Gesellschaft“³⁰ ist recht allgemein gehalten und geht nicht auf Forderungen bestimmter Interessengruppen ein. Immer noch spielt in Deutschland die Vereinbarkeit von Beruf und Familie eine zentrale oder sogar die Hauptrolle im Diskurs,³¹ während sich in Großbritannien die Diskussionszusammenhänge weiter in Richtung „equality“ bzw. „diversity“ entwickelt haben. Als Besonderheit der britischen Arbeitsrechtskultur ist auch auf die bereits im Equality Act 2006 vorgesehene Möglichkeit zum Erlass von sog. „codes of practice“ durch die Beratungs- und Schlichtungsinstitution ACAS³² hinzuweisen. Hierbei handelt es sich um Richtlinien mit Empfehlungscharakter, die Arbeitgebern eine Hilfestellung für eine diskriminierungsfreie Unternehmenspolitik liefern sollen. Sie sollen in Diskriminierungsprozessen von den Gerichten herangezogen werden und sind vor Gericht als Beweismittel zulässig.³³

3.2 Der Equality Act vom 01.10.2010

3.2.1 Allgemeines

Am 01.10.2010 trat in Großbritannien der Equality Act in Kraft.

Ein großer Teil des Equality Act baut auf den Strukturen des Equal Pay Act auf, der Entgeltfragen sowie ungleiche Behandlung in Vertragsbedingungen regelte.

Der Equality Act tritt nur schrittweise in Kraft, um – so die Regierungsbegründung³⁴ – allen Beteiligten ausreichend Vorbereitung für die Berücksichtigung der Neuerungen zu ermöglichen. Nachdem zunächst im Oktober 2010 ca. 90% der im Gesetzentwurf enthaltenen Regelungen in Kraft getreten waren,³⁵ wurden am 5. und 6. April 2011 zwei weitere Neuerungen wirksam. Hierbei handelt es sich zum einen um eine „public sector equality duty“ (sect. 1) für öffentliche Einrichtungen sowie um die Möglichkeit der „positive action“, die es Arbeitgebern erlaubt, unter bestimmten Voraussetzungen Bewerber/innen und Beschäftigte günstiger zu behandeln als andere Personen (s.u. 3.2.3.7).

25 Urteil v. 17.10.1989, Slg. 1989, 3199.

26 Urteil v. 27.10.1993, Slg. 1993 I-05535.

27 S. McColgan, Aileen, Länderbericht Großbritannien, in: Europäische Kommission (Hrsg.), Europäische Zeitschrift für Geschlechtergleichstellungsrecht 1/2010, 152 (Internetquelle: <http://ec.europa.eu/sozial/main.jsp?catId=641&lang=d=de>).

28 Fuchs/Konstatzky/Liebscher/Berghahn, 258

29 Nickel, ebd.

30 Internetquelle: http://www.bmfsfj.de/RedaktionBMFSFJ/RedaktionADS/PDF_Anlage/2009-04-02-Schriftenreihe-band4.

31 Fuchs/Konstatzky/Liebscher/Berghahn, 256.

32 Advisory, Conciliation and Arbitration Services.

33 Wenckebach, Johanna, Was leistet die Antidiskriminierungsstelle des Bundes, AuR 2008, 340 (341).

34 Zur Gesetzesbegründung s. ausführlich Equality Act 2010, Explanatory Notes, Internetquelle: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/pdfs/ukpgaen_20100015_en.pdf.

35 Nach Regierungsinformationen: http://www.equalities.gov.uk/equality_act_2010.aspx.

3.2.2 Nicht bzw. noch nicht in Kraft getretene Regelungen

Inhaltlich sind nach Einschätzungen in der Literatur die Regelungen des Gesetzes, die überhaupt nicht in Kraft treten werden oder deren Inkrafttreten noch unsicher ist, von größerem Interesse als die bereits in Kraft getretenen.³⁶ Zu ersteren gehört, neben einer Regelung über die Verpflichtung öffentlicher Einrichtungen zur Einbeziehung sozioökonomischer Gesichtspunkte bei der Gleichstellung, die sog. „Gender-Pay-Gap-Information“ in sect. 78. Danach sollte die Regierung die Befugnis erhalten, Unternehmen mit mehr als 250 Beschäftigten zu verpflichten, Informationen über die an Männer und Frauen gezahlten Löhne zu veröffentlichen, um größere Transparenz im Lohnbereich zu erreichen. Diese Regelung hätte sich eingefügt in eine in Großbritannien bereits bestehende Tradition der Führung von freiwilligen anonymisierten Statistiken über Bewerber/innen und Mitarbeiter/innen im öffentlichen Dienst und in Großunternehmen.³⁷ Geplant war ursprünglich, einen Zeitraum von drei Jahren abzuwarten, um zu prüfen, ob dieses Ziel auf freiwilliger Basis erreicht werden würde. Für den Fall, dass keine nennenswerten Fortschritte erzielt würden, war der Erlass gesetzlicher Vorschriften vorgesehen. Nach den jüngsten Verlautbarungen der konservativen Regierung³⁸ wird diese Möglichkeit nun definitiv nicht wahrgenommen werden. Das ist bedauernd, können doch solche statistischen Daten eine Doppelfunktion haben.³⁹ Einerseits können sie eine unternehmensinterne Kontrolle erlauben, ob eine etwaige Gleichstellungspolitik zu Erfolgen führt, andererseits wären sie ggfs. als Beweis im Prozess geeignet, um – aus Arbeitnehmerseite – einen Vorwurf der Diskriminierung zu begründen, oder um – aus Arbeitgeberseite – diesen Vorwurf zu widerlegen.

Zu den Regelungen, deren Inkraftsetzung die Regierung noch erwägt, gehören u.a. Regelungen über die „doppelte“ Diskriminierung“ (combined discrimination) in sect. 14 sowie die Verpflichtung für politische Parteien, sog. „diversity reports“ zu erstellen.

3.2.3 Die wichtigsten Änderungen des Equality Act in Bezug auf „gender equality“

3.2.3.1 Neudefinitionen von Diskriminierung

Der Equality Act 2010 umfasst vier Formen von Diskriminierung: die unmittelbare (direct discrimination) und die mittelbare (indirect discrimination), die Belästigung (harassment) und die Viktimisierung.

Im Vergleich zum früheren Recht wurden die unmittelbare und die mittelbare Diskriminierung neu gefasst; die Orientierung an den europarechtlichen Vorgaben wird deutlich. Das Merkmal „Geschlecht“ bezieht sich nach sect. 11 auf Männer, Frauen und auch auf Transsexuelle. Durch die Neudefinition für Transsexuelle wird gleichzeitig der Schutz dieser Personengruppe vor Diskriminierung erweitert: Erforderlich ist nicht mehr, wie nach früherem Recht, dass eine Person, die ihr Geschlecht ändern will oder geändert hat, dies unter medizinischer Aufsicht tut.

Eine Sonderform der unmittelbaren Diskriminierung ist die sog. „discrimination by perception“, die vorliegt, wenn andere Personen glauben, dass eine Person über ein geschütztes Merkmal verfügt, dies in Wirklichkeit aber nicht der Fall ist. Beispiel:⁴⁰ Ein heterosexueller Mitarbeiter wird von einer Gruppe von Kollegen laufend als schwul tituliert, mit entsprechenden Schimpfnamen bedacht und sogar physisch angegriffen. Es liegt eine direkte Diskriminierung in Form der Belästigung nach sect. 26 Abs. 4 des Equality Act vor. Die „perception discrimination“ galt bisher schon für bestimmte geschützte Merkmale und wurde nunmehr ausgedehnt auf die Merkmale Geschlecht, Transsexualität und Behinderung.

3.2.3.2 Diskriminierung wegen Verbindung zu Personen mit einem geschützten Merkmal

Bei dieser in sect. 15 vorgesehenen Diskriminierungsvariante der „discrimination by association“ handelt es sich um die Erweiterung des Schutzes von Menschen, die nicht wegen eigener geschützter Merkmale diskriminiert werden, sondern weil sie mit Menschen, denen eines der geschützten Merkmale wie z.B. Alter oder Behinderung eigen ist, zusammenleben bzw. verbunden sind. Beispiel: Eine Mitarbeiterin, die zur Beförderung ansteht, erzählt ihrem Vorgesetzten, dass ihre Mutter, mit der sie zusammenlebt, einen Schlaganfall erlitten hat. Die geplante Beförderung wird daraufhin zurückgezogen.⁴¹ Es handelt sich um einen Fall unmittelbarer Diskriminierung. Die „discrimination by association“ wurde durch den Equality Act ausgedehnt auf die Merkmale Geschlecht, Geschlechtsumwandlung und Behinderung.

3.2.3.3 Mehr Transparenz bei der Entlohnung

Einen – wenn auch nur graduell bedeutsamen – Ansatz zur Erzielung von mehr Transparenz im Lohnbereich enthält sect. 77 Abs. 1, wonach arbeitsvertragliche Klauseln, die es verbieten, mit anderen Personen

36 Smith, Ian, Back to the Future, New Law Journal 15.10.2010, 1400.

37 Skidmore, Paul, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, Diskriminierungsschutz im englischen Arbeitsrecht, 2005, Internetquelle: www.migration-boell.de/web/diversity/48_392.asp.

38 Internetquelle:

http://www.equalities.gov.uk/equalit_act_2010.aspx.

39 Vgl. Skidmore, ebd.

40 Beispiel nach der ACAS-Broschüre „The Equality Act – What’s new for employers?, Annex 1, Internetquelle: www.acas.org.uk

41 Beispiel bei ACAS, ebd., Annex 1.

über die Höhe des eigenen Gehalts zu sprechen, für unwirksam erklärt werden. Ein Viktimisierungsverbot mit Umkehr der Beweislast in Abs. 4 ergänzt diesen Ansatz. Ein ausdrückliches Verbot solcher Verschwiegenheitsklauseln gibt es im deutschen Recht nicht, so dass Arbeitnehmer/innen, die dagegen verstoßen, sich grundsätzlich dem Risiko aussetzen, Sanktionen des Arbeitgebers zu erleiden. Zwar hat kürzlich das LAG Mecklenburg in zwei Urteilen vom 21.10.2009⁴² entsprechende Klauseln im Arbeitsvertrag wegen Verstoßes gegen § 307 BGB für unwirksam erklärt, weil sie Beschäftigte daran hindern, Verstöße gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz zu erkennen und geltend zu machen, absolute Sicherheit für Arbeitnehmer/innen bringen diese noch vereinzelt Urteile aber nicht.

3.2.3.4 Viktimisierungsschutz

Eine generelle Neuregelung des Viktimisierungsschutzes erfolgt in sect. 27 und 77 Abs. 4. Während die erstgenannte Vorschrift eine generelle Definition der Viktimisierung enthält, stellt die zweitgenannte speziell in Bezug auf Lohndiskussionen klar, dass es unzulässig ist, eine/n Arbeitnehmer/in zu beachteiligen, weil er/sie Diskussionen über das Arbeitsentgelt oder geschützte Merkmale wie Geschlecht, Rasse etc. geführt hat.

3.2.3.5 Schwangerschafts- und Mutterschutzregelungen

Erstmalig ausdrücklich definiert wird die Diskriminierung wegen Schwangerschaft und Mutterschaft allgemein, d.h. bezogen auf Situationen außerhalb des Erwerbslebens (sect. 17), und wegen Schwangerschaft und Mutterschaft im Arbeitsleben (sect. 18). Sect. 72-76 enthalten Grundsätze zur Gleichbehandlung von Schwangeren und Müttern. So würde z.B. eine Abmahnung wegen zu häufiger Toilettenbesuche während einer bestehenden Schwangerschaft als Diskriminierung wegen Schwangerschaft angesehen werden.⁴³ Insbesondere wird in den sect. 72-76 die Rechtsprechung im Bereich des Mutterschaftsgeldes in Gesetzesform gebracht (s. 74) und ein deutlicherer Schutz für stillende Mütter vorgesehen.

3.2.3.6 Stärkung der Rechtsdurchsetzung

Grundsätzlich wird die Rechtsdurchsetzung gestärkt, indem die Arbeitsgerichte in Diskriminierungsfällen umfassendere, nicht auf den konkreten Fall beschränkte angemessene Empfehlungen aussprechen können (sect. 124 Abs. 2). Der positive Effekt des Abbaus von Diskriminierung soll also nicht nur auf

die jeweils klagende individuelle Person beschränkt bleiben;⁴⁴ die Bedeutung von sect. 124 wird allerdings dadurch reduziert, dass die Vorschrift keine Anwendung auf Equal-Pay-Fälle findet. Eine Empfehlung wird in sect. 124 Abs. 3 definiert als solche, „die darauf abzielt, dass die beklagte Partei innerhalb eines festgelegten Zeitraums bestimmte Maßnah-

⁴² 2 Sa 183/09 und 237/09, s. hierzu Schmidt (Fn. 8), 7.

⁴³ Beispiel bei ACAS, Annex 1.

⁴⁴ Regierungsbegründung zum Gesetzentwurf, Internetquelle: <http://www.genderkompetenz.info/aktuelles/Archiv/equalitybill>.

men ergreift, um die negativen Auswirkungen der Angelegenheit, um die es in dem Verfahren geht, (a) auf die beschwerdeführende Partei und (b) auf alle anderen Personen zu verhindern oder so gering wie möglich zu halten“. Beispiel:⁴⁵ Ein Arbeitnehmer wird am Arbeitsplatz belästigt, weil er sich einer Geschlechtsumwandlung unterzieht. Ein betriebsinternes Schlichtungsverfahren bringt keinen Erfolg. Eine Klage des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber vor einem Arbeitsgericht hat Erfolg. Das Arbeitsgericht kann neben dem individuell auf den Arbeitnehmer zugeschnittenen Urteil auch eine Empfehlung dahingehend aussprechen, dass das Unternehmen offizielle Regeln zur Vermeidung von Belästigungen am Arbeitsplatz aufstellt und die Arbeitnehmer entsprechend schult, selbst wenn der Arbeitnehmer inzwischen den Betrieb verlassen hat.

Wird einer Empfehlung nicht nachgekommen, so kann dies wie bisher dazu führen, dass eine Entschädigung zugesprochen wird (sect. 124 Abs. 7); die Empfehlung selbst ist nicht vollstreckbar.

3.2.3.7 Weitere Neuerungen

Unter die nachträglich im April 2011 in Kraft getretene Neuerungen fällt die Einführung einer integrierten Gleichbehandlungspflicht für öffentliche Einrichtungen (public sector equality duty), durch die die bisherigen drei Pflichten zur Gleichstellung aufgrund der Rasse, des Geschlechts und einer Behinderung zusammengebracht und auf die Gründe der Geschlechtsumwandlung, des Alters, der Ehe/zivilen Partnerschaft, Schwangerschaft/Mutterschaft, der sexuellen Ausrichtung und der Religion/Weltanschauung erweitert werden. Diese in sect. 149 näher konkretisierte Gleichbehandlungspflicht soll die öffentlichen Institutionen dazu bringen, im öffentlichen Raum bestehende Hindernisse für die Gleichbehandlung bestimmter Gruppen zu erkennen und ggfs. flexibel zu reagieren.⁴⁶

Weiterhin tritt die in sect. 159 vorgesehene und durch einen speziellen Regierungserlass⁴⁷ konkretisierte Möglichkeit der „positive action“ in Kraft, die es Arbeitgebern erlaubt, Personen mit einem geschützten Merkmal bei Einstellung oder Beförderung günstiger zu behandeln als andere Bewerber/innen, sofern gleiche Qualifikation vorhanden ist und die günstigere Behandlung dazu dienen soll, eine Unterrepräsentation entsprechend benachteiligter Personen in der Belegschaft auszugleichen.

4. Die Beweislastproblematik im europarechtlichen Kontext

Das europäische Recht ist inzwischen recht weitgehend und komplex, was den effektiven Rechtsschutz vor bestimmten Diskriminierungen angeht. Die auf die Gleichbehandlung von Männern und Frauen bezogene Gleichbehandlungsrichtlinie 2002/73/EG geht in ihrer Definition der mittelbaren Diskriminierung über die inzwischen aufgehobene Beweislastrichtlinie aus dem Jahre 1997 hinaus. Nach ihrem Art. 2 Abs. 2 liegt eine solche vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren, Personen des einen Geschlechts in besonderer Weise gegenüber Personen des anderen Geschlechts benachteiligen können, es genügt also der Nachweis einer potenziellen Benachteiligung, damit die Beweislast auf die Gegenseite übergehen kann.⁴⁸ Auch die Bestimmungen der EU-Richtlinien 2004/113/EG und 2006/54/EG (jeweils Art. 2 I b) verlangen statt eines statistischen Nachweises nur, dass die abstrakte Möglichkeit einer Diskriminierung dargelegt wird, so dass es der Sache nach zu einer echten Verschiebung der Beweislast kommt – diese ist auch wirklich geboten, damit das Verbot der mittelbaren Diskriminierung nicht zu einem „stumpfen Schwert“ in den Händen der Betroffenen wird.⁴⁹

Der EuGH hat in mehreren Fällen mittelbarer Diskriminierung, jedenfalls im Entgeltbereich, den Nachweis einer überproportionalen Ungleichbehandlung anhand statistischer Daten ausreichen lassen, um eine starke Vermutung für das Vorliegen einer Benachteiligung zu begründen, anstatt einen Beweis im Einzelfall zu fordern. In Bezug auf die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung im Entgeltbereich hatte er im Fall *Cadman*⁵⁰ entschieden, dass Differenzierungsgründe wie Berufsausbildung, Flexibilität, Anciennität Entgeltunterschiede nur dann rechtfertigen, wenn diese Faktoren für die ausübende Tätigkeit von Bedeutung sind.

5. Fazit

Abschließend sei die Frage gestellt, ob der britische Equality Act 2010 Impulse für eine effektivere Bekämpfung von Diskriminierung wegen des Geschlechts in Deutschland liefern kann. Mit einiger Vorsicht lässt sich die Frage bejahen. Auch wenn das Gesetz hinter den ursprünglichen Erwartungen zurück geblieben ist, so beruht es in seiner Gesamt-

45 Beispiel bei ACAS, Annex 2.

46 http://www.equalities.gov.uk/equality_act_2010/public_sector_equality_duty.aspx.

47 Durch Commencement Order No. 5, Order 2011, www.legislation.gov.uk/uksi/2011/96/pdf/uksi_20110096_en.pdf.

48 Colneric, Ninon, Antidiskriminierung – quao vadis?, NZA, Beilage 2/2008, 66 ff.

49 Koch, Katharina/Nguyen, Alexander, Schutz vor mittelbarer Diskriminierung – Gleiches Recht für alle?, Das Verbot der höchstrichterlichen Diskriminierung in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, EuR 2010, 364 (375).

50 Hierzu ausführlich Colneric, a.a.O., 68 ff.

struktur doch auf einem breiteren Verständnis von Diskriminierungsschutz als das deutsche AGG. Dies wird deutlich an bestimmten Varianten verbotener Diskriminierung (discrimination by perception, discrimination by association), die insgesamt darauf abzielen, im Unternehmen ein diskriminierungsfreies Klima zu schaffen, also auf Änderung der Organisationsstruktur zielen und nicht nur bestimmte benachteiligte Gruppen vor Benachteiligung schützen wollen. Darüber hinaus enthält das Gesetz einige wenige Regelungen, die graduell einen höheren Schutz vor geschlechtsbezogenen Diskriminierungen gewähren als das deutsche AGG. Hierzu gehören die oben geschilderten Regelungen, die auf mehr Transparenz bei der Entlohnung, einen deutlicheren Viktimisierungsschutz und auf Stärkung der Rechtsdurchsetzung, die über den Einzelfall hinausgeht, abzielen.

Bei unveränderter Rechtssituation in Deutschland bestehen starke Zweifel daran, ob der Kreislauf von gesellschaftlichen Strukturen und fehlender Repräsentanz von Frauen in den Chefetagen auf dem Klageweg jemals durchbrochen werden kann. Diese Zweifel wurden eindrucksvoll bestätigt durch das Urteil des BAG vom 22.7.2010. Es kann offenbleiben, ob die konkrete Anwendung des § 22 AGG angesichts des Wortlauts zwingend war, oder ob eine europarechtskonforme Auslegung möglich gewesen wäre. Selbst wenn die erste Variante zutrifft, hätte es nahegelegen, im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV⁵¹ den Gerichtshof in Luxemburg mit der Frage zu befassen, wie strikt die Anforderungen, die das nationale Recht an die Indizwirkung von geschlechtsbezogenen Statistiken stellt, angesichts der Vorgaben des Unionsrechts sein dürfen, und ob die Fassung des § 22 AGG diesen europarechtlichen Anforderungen genügt. Zu den europarechtlichen Anforderungen gehören auch die vom EuGH in der Vergangenheit zu diesem Punkt entwickelten allgemeinen Rechtsgrundsätze.⁵²

Da das BAG die Vorlage an den Gerichtshof offensichtlich nicht für erforderlich gehalten hat, bleibt nur noch der Ruf nach dem Gesetzgeber, die europarechtlich und verfassungsrechtlich gebotene Gleichstellung von Frauen im Erwerbsleben endlich voranzutreiben und im Rahmen verschiedener Maßnahmen⁵³ auch die Beweislastverteilung den europarechtlichen Vorgaben so anzupassen, dass das Konstrukt der mittelbaren bzw. indirekten Diskriminierung nicht leerläuft.

51 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (ex-Artikel 234 EGV)

52 Vgl. hierzu Geiger/Khan/Kotzur, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Kommentar, 2010, Rn. 6 zu Art. 267 AEUV.

53 Zu konkreten Vorschlägen für ein Tätigwerden des Gesetzgebers s. auch Hohmann-Dennhardt, Christine, Die berufliche Gleichstellung der Frauen braucht rechtliche Regulierung, WSI-Mitteilungen 2010, 214 ff.