

SCHRIFTEN ZUM DEUTSCHEN UND
EUROPÄISCHEN ARBEITSRECHT

Julian Schmidt

Quotenorientierte
Einstellungs-
und Beförderungs-
entscheidungen
nach § 5 AGG

Band 9

Herausgegeben von
Frank Bayreuther



PETER LANG
Internationaler Verlag der Wissenschaften

A. Einleitung und Einführung

Mit Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG)¹ als einem für das deutsche Zivil- und Arbeitsrecht geltenden Antidiskriminierungsgesetz, sollte in Deutschland zum ersten Mal für eine Vielzahl unterschiedlicher Diskriminierungsmerkmale ein umfassendes System von Benachteiligungsverboten gesetzlich festgeschrieben werden. Während in der Vergangenheit durch Art. 3 GG das Antidiskriminierungsrecht vor allem auf die Vermeidung staatlicher Willkür gerichtet war und in privaten Rechtsverhältnissen und somit auch auf dem privaten Arbeitsmarkt mit § 611a BGB aF sowie § 81 Abs. 2 SGB IX einzig die Benachteiligung aufgrund des Geschlechts oder wegen einer Schwerbehinderung verboten war, zielt das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz inhaltlich weit darüber hinaus. Werden mit ihm doch nunmehr Benachteiligungen (Diesen Begriff verwendet das AGG anstelle des Begriffs der Diskriminierung²) einerseits aufgrund einer Vielzahl weiterer, in § 1 des AGG aufgezählter Diskriminierungsmerkmale verboten und andererseits Diskriminierungen nicht mehr allein im Arbeitsrecht, sondern auch im Bereich sonstiger zivilrechtlicher Verträge entgegengetreten.

Von besonderer Bedeutung ist jedoch nicht allein diese Ausweitung auf weitere Bereiche und Merkmale, an die zuvor bei Entscheidungen problemlos angeknüpft werden durfte. Darüber hinaus stellen die mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz verfolgten Ziele eine echte Neuerung gegenüber den vormaligen vereinzelten Diskriminierungsverboten dar. Soll es doch im Geltungsbereich des AGG nicht mehr allein darum gehen, lediglich Ungleichbehandlungen wegen eines der in § 1 AGG aufgezählten „verpönten“ Merkmale bei Arbeitgeberentscheidungen zu verhindern, mithin allein die Anknüpfung an ein solches Merkmal zu verbieten. Seiner Grundkonzeption nach folgt das Gesetz zwar durchaus einem solchen auf formeller Gleichbehandlung basierenden Antidiskriminierungsrecht und ist zumindest in erster Linie darauf ausgerichtet, unmittelbare Diskriminierungen in der Zukunft zu unterbinden. Darüber hinaus, und das lässt sich sowohl den Erwägungsgründen zu den europäischen Gleichbehandlungs- und Antidiskriminierungsrichtlinien, die dem AGG als Grundlage dienten, als auch dem einleitenden und den Diskriminierungsverboten voranstehenden § 1 des AGG entnehmen, bleibt das „neue“ Antidiskriminierungsrecht nicht auf diese reaktive Bekämpfung von Diskriminierungen beschränkt. Vielmehr wird in § 1 der Wille des Gesetzgebers und der übergeordnete Zweck des Gesetzes ausdrücklich dargestellt: Benachteiligende Maßnahmen aufgrund der in der Vorschrift aufgezählten „verpönten“ Merkmale sollen demnach nicht bloß verboten werden, um künftig diskriminierungsfreie Entscheidungen gewährleis-

1 BGBI. I S. 1897.

2 Vgl. Bt-Drs. 16/1780, S. 30.

ten zu können, sondern darüber hinaus sollen bestehende Ungleichheiten und Benachteiligungen bestimmter Personengruppen beseitigt werden.³ Dies ist es, was im Hinblick auf die zukünftige Bekämpfung von Diskriminierungen wohl eine der wirklichen Neuerungen und Innovationen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes darstellt und somit in dieser Bearbeitung eines ausführlichen Blickes gewürdigt werden soll. Folgt doch das Gesetz damit einem über dem bloß formellen Anknüpfungsverbot hinausgehenden auch materiell-rechtlichen Ansatz, der bereits im Verbot der mittelbaren Diskriminierung (siehe § 3 Abs. 2 AGG) seinen Niederschlag findet und dessen Ziel es ist, die substanzelle Gleichbehandlung und Gleichstellung der durch das Gesetz geschützten Merkmalsgruppen auch in der tatsächlichen Wirklichkeit zu erreichen.

Diese Neukonzeptionierung im Antidiskriminierungsrecht ist zweifelsohne wünschenswert, richtet man den Blick auf die gegenwärtig bestehenden Disparitäten und Ungleichheiten zwischen den verschiedenen Merkmalsgruppen und die Mängel allein formell ausgestalteter Benachteiligungsverbote. Können doch Anknüpfungsverbote zwar die Berücksichtigung eines Merkmals oder eben der bestimmten Ausprägung eines solchen Merkmals verbieten. In der Praxis ist es für sie gleichwohl immer nur möglich, diejenigen Benachteiligungen zu bestrafen, die einerseits offen zutage treten, also als eine solche Benachteiligung auch erkennbar sind und die sich darüber hinaus auch von Seiten des Diskriminierten beweisen lassen. Ihrer praktischen Wirksamkeit und ihrer Reichweite sind daher Grenzen gesetzt, die eine umfassende Bekämpfung von Benachteiligungen – entsprechend der gesetzlichen Ziele, allen Merkmalsgruppen auch gleiche Chancen auf dem Arbeitsmarkt und im Arbeitsleben zu ermöglichen und eine gleichberechtigte Teilhabe aller Gruppen und Individuen auch in der Praxis gewährleisten zu können⁴ – nur sehr bedingt erreichen lassen. Denn gerade aufgrund struktureller, auf Vorurteilen und Ressentiments beruhender Nachteile, die zu geringeren Chancen im Konkurrenzkampf um Arbeitsplätze und bestimmte Positionen führen, aber auch aufgrund merkmalsbezogener biologischer Besonderheiten, zeichnet sich der Arbeitsmarkt dadurch aus, dass bestimmte Gruppen in ihrer Repräsentanz auf dem Gesamtarbeitsmarkt, in bestimmten Branchen und Berufsgruppen oder auch ab einer bestimmten Hierarchiestufe weit hinter dem Anteil liegen, den sie an der Gesamtbevölkerung ausmachen. Und auch über die Evaluierung der Merkmalsverteilung hinausgehende Studien und Untersuchungen belegen dieses Problem und zeigen diskriminierende Tendenzen und Struk-

3 § 1 AGG: „Ziel des Gesetzes ist, Benachteiligungen (...) zu verhindern oder zu beseitigen.“

4 Siehe insoweit beispielsweise Erwägungsgrund Nr. 12 der Richtlinie 2000/43/EG zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. L 180/22.

turen auf, denen manche Minderheiten⁵ beim Zugang zur Arbeit und beim beruflichen Aufstieg ausgesetzt sind.

Diese für bestimmte Merkmalsgruppen insbesondere auf dem Arbeitsmarkt, aber auch im Bildungsbereich, der Ausbildung, der Verteilung sonstiger Güter oder ganz allgemein im gesellschaftlichen Leben bestehenden faktischen Nachteile lässt ein an bloßen Benachteiligungsverboten ausgerichtetes Antidiskriminierungsgesetz, selbst wenn durch ein solches wie im Rahmen des AGG geschehen über die unmittelbare Benachteiligung hinaus auch die mittelbare Benachteiligung verboten wird, weitestgehend unbeachtet. Daher können es diese „Ungleichheiten“ notwendig machen – unter Durchbrechung des Anknüpfungsverbots – die Implementierung von Maßnahmen zur Förderung bestimmter Merkmalsgruppen zu ermöglichen und so deren Teilhabe auf dem Arbeitsmarkt, bzw. in bestimmten Bereichen des Arbeitsmarktes, gezielt zu erhöhen.

Bisher gab es derartige, eine Ausnahme vom Verbot der Diskriminierung darstellende Regelungen zugunsten benachteiligter Minderheiten in Deutschland übereinstimmend mit den bestehenden gesetzlichen Diskriminierungsverboten, einzig hinsichtlich der Gruppe der Schwerbehinderten sowie, im Rahmen der für den öffentlichen Dienst geltenden Gleichstellungsgesetze des Bundes und der Länder, zugunsten von Frauen. Nach Inkrafttreten des AGG wird insoweit vergleichbar auch zugunsten weiterer benachteiligter Gruppen eine systematische Förderung ermöglicht werden können und eine Bevorzugung der Angehörigen dieser Gruppen im Einzelfall, mithin auch durch quotenorientierte Bevorzugungen im Rahmen von Einstellungen und Beförderungen, ein Mittel des Ausgleichs bestehender Nachteile darstellen können. Sieht das AGG doch in seinem § 5 den europäischen Vorgaben entsprechend den Erlass so genannter positiver Maßnahmen zugunsten aller durch das AGG vor Diskriminierung geschützten Gruppen, mithin aufgrund aller in § 1 aufgezählten Merkmale, ausdrücklich vor.⁶

Zur Beantwortung der Frage, welche Stellung derartige positive Maßnahmen im Gleichbehandlungsrecht einnehmen sollten und wie groß die Reichweite einer merkmalsbedingten Bevorzugung insbesondere durch im Rahmen von Einstellungs- und Beförderungentscheidungen ansetzende Maßnahmen sein darf, könnte der Blick auf das amerikanische Diskriminierungsrecht hilfreich sein. Zeigt sich doch im US-amerikanischen Rechtsraum durch die Jahrzehntelange

5 Der Begriff der „Minderheit“ ist dabei im Übrigen in seiner diskriminierungsrechtlichen Verwendung und im Rahmen seines Vorkommens in dieser Arbeit keinesfalls numerisch zu verstehen. Vielmehr wird die Trennlinie zwischen Minderheit und Mehrheit durch soziale, wirtschaftliche und politische Macht definiert. Frauen sind, wird der Begriff der Minderheit im Laufe der Bearbeitung ohne zusätzliche ausdrückliche Nennung der Gruppe der Frauen verwendet, auch als eine solche „Minderheit“ anzusehen.

6 Vgl. Bt-Drs. 16/1780, S. 33.

Erfahrung mit einem umfassenden Schutz vor Diskriminierungen und der aus diesem abgeleiteten Möglichkeit, auch Affirmative Action, wie derartige Maßnahmen zugunsten benachteiligter Gruppen im amerikanischen Recht genannt werden, zuzulassen, die diskriminierungsrechtlichen Schwierigkeiten im Umgang mit einer solchen Minderheitenförderung. Dass sich ein rechtsvergleichender Blick auf die in den USA gemachten Erfahrungen lohnt, beweist die Vorreiterrolle, die den Vereinigten Staaten in der Vergangenheit im Rahmen der Entwicklung des europäischen Diskriminierungsrechts zukam. Stellten sich doch in nahezu allen Bereichen dieses in Europa noch sehr jungen Rechtsgebiets die nun im AGG aufkommenden Probleme in den USA bereits in den Anfangsjahren des dortigen Diskriminierungsrechts in den 60er und 70er Jahren. Dabei zeigt sich, dass der Übernahme einer Rechtsfigur vom amerikanischen Rechtskreis in das europäische Recht keine besonders engen Grenzen gesetzt sind.⁷ So wurde beispielsweise auch die vom EuGH entwickelte Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung⁸, der heute eine der Schlüsselfunktionen im Rahmen der Bekämpfung von Ungleichbehandlungen zukommt, ganz wesentlich an der inhaltlich übereinstimmenden Rechtsfigur des amerikanischen „disparate impact“⁹ ausgerichtet.¹⁰ Und auch in den bisherigen Entscheidungen des EuGH zur Rechtmäßigkeit von Frauenquoten verwiesen die Generalanwälte ausdrücklich auf das Rechtsinstitut der Affirmative Action und die Rolle und Reichweite dieser im amerikanischen Diskriminierungsrecht.¹¹ Einen Aufschluss, in welchem Rahmen und unter welchen Voraussetzungen die Förderung benachteiligter Merkmalsgruppen ermöglicht werden kann und welche diskriminierungsrechtlichen Gefahren und Schranken in dieser Hinsicht zu berücksichtigen sind, kann der Blick auf das amerikanische Diskriminierungsrecht daher auch für den nunmehr durch das AGG und die europäischen Richtlinien eröffneten Bereich der positiven Maßnahmen geben.¹²

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich daher mit der Frage, inwieweit die durch das europäische Recht und das auf diesem beruhende Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz festgeschriebene Möglichkeit zum Erlass positiver Maßnahmen und die den Zielen der Gesetze entnommenen Pflichten zur Erreichung einer sub-

7 Thüsing, ZfA 2006, S. 243.

8 EuGH v. 31.3.1981 – Rs. 96/80, Slg. 1981 I, 911 (*Jenkins v. Kingsgate*); vgl. auch Thüsing, Diskriminierungsschutz, Rn. 9.

9 Zur Entwicklung des „disparate impact“ siehe *Griggs v. Duke Power Co.* 401 U.S. 424 (1971).

10 Schlussanträge des Generalanwalts *Warner* vom 28. Januar 1981 in Rs. 96/80 (*Jenkins v. Kingsgate*) Rn. 76.

11 Schlussanträge des Generalanwalts *Tesauto* vom 6. April 1995 in Rs. 405/93 (*Kalanke*) Rn. 9, insb. Fn. 10.

12 So stimmen beispielsweise auch die englischen Übersetzungen der in dieser Arbeit behandelten europäischen Gleichbehandlungsrichtlinien teilweise wörtlich mit ihren amerikanischen Vorgängern überein.

stanziellen Gleichheit aller Gruppen, die quotenorientierte Förderung benachteiligter Minderheiten ermöglichen. Dabei soll eine Antwort darauf gefunden werden, wie die gleichheitsrechtlichen Spannungen, also das Aufeinandertreffen des sich aus den formellen Benachteiligungsverboten ergebenden individuellen Rechts auf Gleichbehandlung und die Notwendigkeit der Förderung und Bevorzugung benachteiligter Merkmalsgruppen mit einander in Einklang zu bringen sind. Hierbei soll unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung des EuGH zur Rechtmäßigkeit von Frauenquoten und der für diesen Bereich aufgestellten Grundsätze sowie mit Blick auf die umfangreichen Erfahrungen mit der Bevorzugung benachteiligter Minderheiten im Diskriminierungsrecht der USA, der verhältnismäßige Einsatz positiver Maßnahmen beurteilt werden und beschrieben werden, mit welchen Mitteln sich eine Minderheitenförderung auch in der Praxis wirkungsvoll erreichen lässt.

Mit dem Ziel Antworten auf die gestellten Fragen zu bekommen, wird daher zu Beginn der Arbeit der Begriff der positiven Maßnahmen und der zumindest überwiegend analog dazu im amerikanischen Recht verwendete Begriff der Affirmative Action näher erklärt. Außerdem wird ein Überblick über die Vielzahl möglicher Maßnahmenformen gegeben und in deren funktionalem Zusammenhang insbesondere die Position von Einstellungs- und Beförderungsquoten als am weitest reichende und daher gleichbehandlungsrechtlich fragwürdigste Maßnahmen dargelegt. Daran anknüpfend wird auch die bereits einleitend kurz erwähnte theoretische Grundkonzeption dieser Rechtsinstitute erläutert und die Rolle positiver Maßnahmen und insbesondere quotenorientierter Fördermaßnahmen im Kontext formeller Diskriminierungsverbote näher betrachtet.

Im Anschluss daran wird im ersten Teil der Bearbeitung auf den US-amerikanischen Rechtsraum und die dortige Entwicklung der Rechtsfigur der Affirmative Action ausführlich eingegangen. Hierbei wird mit Blick auf die seit Einführung von Affirmative Action ergangenen Entscheidungen des Supreme Court, der Umgang mit Fördermaßnahmen in den USA und deren Implementierung im Rahmen von Einstellungen und Beförderungen dargestellt sowie die vom Gericht und den Gesetzen vorgegebenen notwendigen Voraussetzungen für eine verhältnismäßige Anwendung des Mittels der Affirmative Action erläutert. Darüber hinaus werden im Rahmen dieses Rechtsvergleiches jedoch auch die Unterschiede und die historische Begründung und Entwicklung von Affirmative Action in den USA Berücksichtigung erfahren und die Eigenheiten der verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Vorschriften und diesbezüglichen Traditionen in den USA beachtet. Wird doch in diesen einerseits das Hauptargument für die selbst heute noch notwendige Förderung bestimmter Minderheiten gesehen, andererseits von Gegnern der Affirmative Action auf gleicher Basis aber mit entgegengesetzter Argumentationsrichtung die Unzulässigkeit aller Affirmative Action begründet.

Anschließend erfolgt im zweiten Teil ein Blick auf den Beginn der Minderheitenförderung in Europa, die bis zum Erlass der dem AGG zugrunde liegenden

Gleichbehandlungsrichtlinien in erster Linie dem Schutz der Frauen diente. Hierbei werden die in dieser Zeit bestehenden nationalen und europäischen Vorschriften zur Förderung von Frauen beschrieben sowie die primär- und sekundärrechtliche Fortentwicklung des europäischen Rechts hin zu einem umfassenden Schutz vor Diskriminierungen dargestellt. Im Anschluss daran werden die bereits bisher durch den EuGH entschiedenen Streitigkeiten zur Rechtmäßigkeit von Frauenquoten und sonstigen frauenfördernden Maßnahmen einer kritischen Betrachtung unterzogen und die in diesem Zusammenhang vom EuGH aufgestellten Grundsätze zum Unfang zulässiger Quotenregelungen zu gunsten des weiblichen Geschlechts herausgestellt.

Im dritten und abschließenden Teil der Bearbeitung wird mit Blick auf das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz und die Vielzahl an Merkmalen und Merkmalsausprägungen, aufgrund derer eine Benachteiligung verboten und zugunsten derer der Erlass positiver Maßnahmen nunmehr gleichsam möglich ist, die sich zwangsläufig stellenden Probleme aufgezeigt, die mit einer derart umfassenden, abstrakten Fördermöglichkeit zusammenfallen. Auch aufgrund der mit § 5 AGG für den einzelnen Arbeitgeber eröffneten Möglichkeit, selbständig positive Maßnahmen zu erlassen, wird sich die Frage stellen müssen, in welchem Umfang die Vorschrift des § 5 AGG eine Förderung durch unmittelbar bei der Einstellungs- oder Beförderungentscheidung ansetzende quotenorientierte Maßnahmen ermöglichen kann. In diesem Zusammenhang ist dann auch der Frage nachzugehen, wie sich die vom EuGH für den Bereich der Frauenförderung aufgestellten Grundsätze auch auf andere benachteiligte Gruppen übertragen lassen und wie die beim Blick auf das Recht der Affirmative Action aufgezeigten Schwierigkeiten und notwendigen Rahmenbedingungen, die mit einer Minderheitenförderung einhergehen und derer es bisher bei der Implementierung von Frauenquoten so nicht bedürfte, berücksichtigt werden können. Daran anschließend wird sich der Frage gewidmet, in welchem Rahmen und in welchem Umfang, sowie unter Beachtung welcher zusätzlichen Voraussetzungen, eine quotenorientierte Förderung bestimmter Gruppen unter den Bedingungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes ermöglicht werden kann, wo unter Beachtung der gegenläufigen Rechte und Interessen der von den positiven Maßnahmen nicht Berücksichtigten, deren Grenze zu liegen hat und wie sich die Durchsetzung der gleichheitsrechtlichen Ziele durch den Einsatz verhältnismäßiger Maßnahmen auch in der Praxis wirkungsvoll erreichen lässt.