

Herausgegeben von Olaf Deinert und Rüdiger Krause

Sara Günther

**Arbeitsrechtlicher  
Antidiskriminierungsschutz  
und Diversity Management**

AGG - Pflicht und Chance zugleich

# § 1 Einleitung

## A. Anlass und Ziel der Untersuchung

Am 18. August 2006 ist das „Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung“ in Kraft getreten. Das Kernstück dieses Gesetzes ist das „Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz – AGG“. Dieses Gesetz schützt nach Maßgabe der umgesetzten Richtlinien vor Benachteiligungen aufgrund der Merkmale Rasse, ethnische Herkunft, Geschlecht, Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Identität.

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz<sup>1</sup> war und ist heftig umstritten.<sup>2</sup> Für die Kritiker ist das AGG ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Privatautonomie und Vertragsfreiheit des Bürgers. Vor allem das Recht des Einzelnen, frei darüber zu entscheiden, mit wem er einen Vertrag schließt, werde unverhältnismäßig eingeschränkt.<sup>3</sup> Dem ist entgegen zu halten, dass zwar auch vor Inkrafttreten des AGG mit den §§ 138, 242, 611a, 611b, 612 III BGB Instrumentarien zum Schutz vor Diskriminierungen existierten, dieser Schutz jedoch nicht als lückenlos bezeichnet werden kann.<sup>4</sup>

Betrachtet man die Vereinigten Staaten von Amerika, das „Mutterland“ der Antidiskriminierung<sup>5</sup>, sticht ins Auge, dass trotz des ausgeprägten amerikanischen Diskriminierungsschutzes inzwischen eine zumindest nicht mehr so massive Kritik<sup>6</sup> wie die am AGG geübte besteht. Antidiskriminierungsrecht in den USA spielt eine weitaus flächendeckendere Rolle als im deutschen Rechtssystem. Das Anti-

---

1 Im Folgenden „AGG“.

2 Dazu Willemsen/Schweibert, NJW 2006, 2583; Däubler/Bertzbach, AGG, Einl. Rn. 68ff., 73; Für viele Picker, ZfA 2005, 167 (183f.); Reichold, JZ 2004, 384.

3 Picker, ZfA 2005, 167 (183f.); ders., Karlsruher Forum 2004, 7 (100f.); Adomeit, NJW 2002, 1622; Reichold, JZ 2004, 384; Säcker, ZRP 2002, 286.

4 Reichold/Hahn/Heinrich NZA 2005, 1270, (1271); MüKoBGB/Thüsing, Einl. AGG Rn. 23; a.A.: Picker JZ 2003, 540 (544); ders. ZfA 2005, 167; im Grundsatz auch v. Koppenfels WM 2002, 1489 (1495); vgl. ferner Klumpp NZA 2005, 848 (849).

5 Krause, Festschrift Adomeit, S. 377 (378): „Die kaum zu überschätzende Relevanz dieses Bereichs für das U.S.-amerikanische Recht wird durch eine Vielzahl von law journals belegt, die sich (nahezu) ausschließlich mit dem Antidiskriminierungsrecht beschäftigen.“

6 Zu dem Streitstand um das amerikanische Antidiskriminierungsrecht: Epstein, *Forbidden Grounds*.

diskriminierungsrecht ist einer der tragenden Pfeiler des amerikanischen Rechtsystems. Dieser Unterschied lässt sich nicht auf den ersten Blick erklären, da Deutschland, ebenso wie die USA, zumindest seit den 1950er Jahren ein Einwandererland ist.<sup>7</sup> Die Ausgestaltungen des Antidiskriminierungsrechts in den USA und in Deutschland entsprechen sich demgegenüber weitgehend. Was die Grundgedanken der beiden – wie noch zu zeigen sein wird, sehr ähnlichen – Antidiskriminierungskonzepte sind und worin die Diskrepanz besteht, die das Verständnis von Antidiskriminierung in den USA und in Deutschland derart divergieren lassen, soll unter anderem Gegenstand dieser Untersuchung sein.

Trotz aller am AGG geübter Kritik müssen sich die Praxis und vor allem die Arbeitgeber mit dem Gesetz auseinandersetzen und sich an die neuen Vorgaben halten. Dabei wurde bislang der wirtschaftliche Nutzen, der unter Umständen hinter einem derartigen Gesetz stehen kann, weitgehend ausgeblendet. Es stellt sich die Frage, worauf es zurückzuführen ist, dass das AGG nach wie vor derart scharfer Kritik ausgesetzt ist und der potentielle wirtschaftlichen Nutzen, der mit einem solchen Gesetz verbunden sein kann, kaum Beachtung findet. Das Konzept des Diversity Managements – als Personalstrategie zum Umgang mit personeller Unterschiedlichkeit im Unternehmen – nimmt eben diesen mit Vielfalt verbundenen wirtschaftlichen Nutzen in den Blick. Diversity Management<sup>8</sup> und Antidiskriminierungsrecht<sup>9</sup>, sind zwei in der Gesellschaft viel themisierte Problemkreise. So wurde z.B. der Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK)<sup>10</sup> aufgrund einer Empfehlung der Europäischen Kommission aus dem Jahre 2004 dahingehend geändert, dass sowohl bei der Besetzung von Führungsfunktionen<sup>11</sup> im Unternehmen, als auch bei der Zusammensetzung des Aufsichtsrates<sup>12</sup> auf Vielfalt (Diversity) zu achten und dabei insbesondere eine angemessene Berücksichtigung von Frauen angestrebt werden soll.

---

- 7 Deutschland hat zwar keine den USA vergleichbare Geschichte der Einwanderung, es besteht in Deutschland dennoch ebenfalls eine multikulturelle Gesellschaft, ausführlicher dazu unter § IV.
- 8 Dies zeigt z.B. die Initiative der Bundesregierung: Charta der Vielfalt, <http://www.vielfalt-als-chance.de/index.php?id=10>, sowie verschiedene Initiativen wie die Internationale Gesellschaft für Diversity Management, <http://www.idm-diversity.org/deu/index.html> oder die Deutsche Gesellschaft für Diversity Management, <http://www.diversity-gesellschaft.de/>; verschiedene Studien zum Diversity Management belegen dies ebenfalls: <http://www.work-life.at/dive.htm>.
- 9 Dies zeigen z.B. die Herausgabe einer Zeitschrift zum Antidiskriminierungsrecht – ZAD, die Kommission Arbeits-, Gleichstellungs- und Wirtschaftsrecht des djb oder der AGG Online Blog, <http://www.agg-online.com/wordpress/2009/09/antidiskriminierungsrechtrechts-modellierung/>.
- 10 In der aktuell geltenden Fassung vom 12. Mai 2012, abrufbar unter <http://www.corporate-governance-code.de/ger/kodex/1.html>.
- 11 Ziff. 4.1.5. der DCGK.
- 12 Ziff. 5.1.2. und 5.4.1. DCGK.

Die zunehmende Relevanz der Themen Diversity und Antidiskriminierung ist durch vielfältige, zum Teil miteinander verwobene Entwicklungen bedingt: Globalisierung, Migration, demographischer Wandel, Wertewandel und nicht zuletzt auch soziale Bewegungen bzw. Emanzipationsbewegungen bewirkten und bewirken eine zunehmende Diversität an Identitäten, Lebensformen und Lebenslagen. Sowohl das AGG als auch Diversity Management haben sich zum Ziel gesetzt, sich mit dieser immer größer werdenden Vielfalt auseinanderzusetzen. Diversity Management, welches seinen Ursprung in den USA hat, beschäftigt sich mit dem (auch wirtschaftlichen) Nutzen von Vielfalt in Unternehmen.<sup>13</sup> Es ist Ausdruck der ausgeprägten Auseinandersetzung mit Unterschieden zwischen Individuen und deren Folgen, die sich über Jahrzehnte in den USA entwickelt und vor allem weiterentwickelt hat. Diversity Management gilt in den USA als Wirtschaftsfaktor. Ein Ziel der Untersuchung ist herauszufinden, ob dies auch für Deutschland gelten kann und ob ein Diversity Management-Konzept mit dem System des deutschen Antidiskriminierungsrechts verträglich ist. Dies ist vor allem vor dem Hintergrund zu betrachten, dass das Antidiskriminierungsrecht zwar in den USA und in Deutschland vergleichbare Ausformungen hat, die jeweils dahinter stehende Grundidee und gesellschaftliche Einstellung zum Antidiskriminierungsrecht jedoch gegensätzlich ist. Die folgende Untersuchung soll des Weiteren die Wechselwirkungen von Diversity Management und Antidiskriminierungsrecht untersuchen. Es gilt zu klären, ob ein Diversity Management-Konzept das Verständnis von Antidiskriminierungsrecht in Deutschland und im deutschen Rechtssystem u.U. derart verändert, dass der wirtschaftliche Nutzen von Antidiskriminierung, der bislang im deutschen Recht und der deutschen Gesellschaft weitgehend ausgeblendet wird, in den Fokus rückt.

## B. Gang der Untersuchung

Der Gang der Untersuchung richtet sich nach dem folgenden gedanklichen Leitfaden.

Zunächst erfolgt eine ausführliche Auseinandersetzung mit dem Modell des Diversity Managements. Es werden der Begriff, die verschiedenen Ansätze, die Herkunft, praktische Umsetzungen, bisherige Erfolge und Konsequenzen für die Praxis dargestellt und erläutert. Es soll zudem geprüft werden, welchen Stellenwert Diversity Management in der Bundesrepublik derzeit hat.

---

13 Aretz, Strukturwandel in der Weltgesellschaft und Diversity Management in Unternehmen, S. 52.

Danach sollen die Grundlagen des Antidiskriminierungsrechts hinterfragt werden. Es soll geklärt werden, was überhaupt unter Diskriminierung zu verstehen ist und welche Rolle die Frage nach Gerechtigkeit für das Antidiskriminierungsrecht spielt. Dazu ist es erforderlich, die verschiedenen Arten von denkbaren Diskriminierungen zu untersuchen und den Begriff der Diskriminierung von den Begriffen der Benachteiligung und der Gleichbehandlung, die uneinheitlich verwendet werden, abzugrenzen.

Unter Zugrundelegung dieser Erkenntnisse soll geprüft werden, welche Entwicklungen und Ereignisse zu dem Antidiskriminierungsrecht in seiner heutigen Form geführt haben. Der Blick soll dabei zunächst auf die USA – als die Wiege des Antidiskriminierungsgedankens – gelegt werden. Die Vereinigten Staaten haben als Einwandererland eine multikulturelle Gesellschaft und durch die Sklaverei eine lange Geschichte von Benachteiligungen gegenüber Minderheiten. Welche historischen Ereignisse oder gesellschaftlichen Strömungen zu der Entwicklung des Antidiskriminierungsrechts beigetragen haben und was sich daraus für den in den USA herrschenden Grundgedanken der Antidiskriminierung ergibt, soll herausgearbeitet werden.

Im Anschluss ist es erforderlich, ebenso die Geschichte und Entwicklung des Antidiskriminierungsrechts in Deutschland zu analysieren. Im Rahmen dessen sind Erwägungen darüber anzustellen, welche Zielvorstellung – vor allem durch den maßgeblichen europäischen Einfluss – hinter dem Antidiskriminierungsrecht in der Bundesrepublik steht und welche Grundgedanken das deutsche Antidiskriminierungsrecht beherrschen. Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund der Einführung des AGG im Jahre 2006 zu beleuchten.

Sodann sind die Grundgedanken des Antidiskriminierungsrechts in Deutschland und den USA miteinander zu vergleichen. Dazu ist es erforderlich, die Entwicklung des Antidiskriminierungsrechts in beiden Staaten in einen gesamtgesellschaftlichen Kontext zu setzen und Gemeinsamkeiten und Unterschiede herauszuarbeiten. Es ist zu hinterfragen, was dazu führt, dass Antidiskriminierungsrecht in den USA eine derart grundlegendere Rolle spielt als in der Bundesrepublik.

Nachdem diese Unterschiede und Gemeinsamkeiten herausgearbeitet wurden, ist das Konzept des Diversity Management in Relation zu den antidiskriminierungsrechtlichen Grundgedanken zu setzen. Es soll geprüft werden, in welchem Umfang die Grundidee des Diversity Management-Konzeptes denen des Antidiskriminierungsrechts in den Vereinigten Staaten und in Deutschland entspricht. Es ist zu hinterfragen, inwieweit sich das Konzept des Diversity Management parallel zu dem Antidiskriminierungsrecht entwickelt hat und in welchem Rahmen es Ausdruck des Antidiskriminierungsrechts ist. Aufgrund der divergierenden Grundideen der Antidiskriminierung in Deutschland und den USA ist dabei für die

Vereinigten Staaten und die Bundesrepublik eine getrennte Betrachtung vorzunehmen. Abschließend soll festgestellt werden, welche gemeinsamen Grundgedanken Antidiskriminierungsrecht in Deutschland, in den USA und dem Konzept eines Diversity Managements zugrunde liegen und in welcher Form diese aufeinander Einfluss nehmen können.

Nachdem die Grundgedanken des Antidiskriminierungsrechts und ihr Bezug zu einem Diversity Management-Konzept herausgearbeitet wurden, sollen die konkreten Ausgestaltungen von Antidiskriminierungsrecht in den USA und in Deutschland in den Blickpunkt des Interesses gerückt werden. Es ist zu prüfen, welche gesetzlichen Grundlagen zum Schutz vor Diskriminierungen im Arbeitsleben existieren und in welchem Verhältnis diese zueinander stehen. Es sollen die einzelnen Rechtsgrundlagen, ihre Tatbestandsvoraussetzungen und ihre Rechtsfolgen dargestellt und erläutert werden.

Im Anschluss an die Darstellung der gesetzlichen Grundlagen in den beiden Staaten sind die jeweiligen konkreten Ausgestaltungen des Antidiskriminierungsrechts miteinander zu vergleichen. Dieser Blickwinkel ist vor allem vor dem Hintergrund interessant, dass die hinter den Gesetzen stehende Grundidee auf unterschiedlichen Entwicklungen und gesellschaftlichen Pfeilern beruht, sich dies jedoch nicht zwingend auf die konkrete Ausgestaltung im jeweiligen Rechtssystem auswirkt. Es ist zu vergleichen, welche Arten von Diskriminierungen in welchen Situationen geschützt werden und ob und wie weit maßgebliche Unterschiede oder gerade gewichtige Gemeinsamkeiten im deutschen und amerikanischen Recht bestehen.

Schließlich soll geprüft werden, in welchem Verhältnis die konkreten Antidiskriminierungsvorschriften – vornehmlich die des AGG – und die Durchführung eines Diversity Managements zueinander stehen. Es soll erläutert werden, ob und inwieweit sich das deutsche Antidiskriminierungsrecht und ein Diversity Management-Konzept gegenseitig beeinflussen können. So ist zu analysieren, ob die Vorschriften des AGG in der Lage sind, die Durchführung eines Diversity Managements zu fördern und ob die Umsetzung eines Diversity Managements dem Arbeitgeber unter Umständen dabei hilft, die ihm durch das AGG auferlegten gesetzlichen Pflichten zu erfüllen oder ob die Erfüllung der Pflichten aus dem AGG und die Durchführung eines Diversity Managements gänzlich unabhängig voneinander sind.

Abschließend wird untersucht, welche arbeitsrechtlichen Gestaltungsmittel im Tarifvertragsrecht, Betriebsverfassungsrecht und auf individualvertraglicher Ebene zur Verfügung stehen, um das Konzept des Diversity Managements auf Betriebs- oder Unternehmensebene umzusetzen. Es soll bewertet werden, welche Umsetzungsmöglichkeiten effektiv erscheinen, welche auszuschließen oder un-

zulässig sind und welche Umsetzungsmöglichkeit den Interessen aller Parteien – dies sind Arbeitgeber, Betriebsrat und Belegschaft – am ehesten gerecht wird.

Am Ende der Untersuchung steht eine Analyse der gefundenen Ergebnisse. Es wird festgestellt, inwieweit das amerikanische Verhältnis zum Antidiskriminierungsrecht zum Vorbild für das deutsche Rechtssystem genommen werden kann. Je mehr Antidiskriminierungsrecht ernst genommen wird, desto größer kann die Rolle eines Diversity Managements werden. Zudem wird ein Ausblick gegeben, inwieweit die Ein- und Durchführung eines Diversity Managements hierzulande förderlich ist und inwieweit dem Arbeitgeber auch aus antidiskriminierungsrechtlicher Sicht zu empfehlen ist, einen neuen Umgang mit Vielfalt – in Form eines Diversity Managements – in den Blick zu nehmen.