

Dagmar Schiek

## Zwischenruf: Den Pudding an die Wand nageln?

### Überlegungen zu einer progressiven Agenda für das EU-Anti-Diskriminierungsrecht

EU-Anti-Diskriminierungsrecht führt eine widersprüchliche Existenz in der progressiven Debatte zur Europäischen Integration. Während einige Protagonistinnen des EU-Anti-Diskriminierungsrechts es als das Feld rühmen, in dem die Sozialpolitik der EU die beeindruckendsten Erfolge verzeichnet, nehmen andere den Diskriminierungsschutz als Symbol für die neoliberale Beschränkung der Europäischen Integration ins Visier. Beide Positionen verdienen Kritik, denn sie stehen einer progressiven Agenda für das EU-Anti-Diskriminierungsrecht im Wege. Als Alternative wird hier vorgeschlagen, das Anti-Diskriminierungsrecht nicht als eine Unterabteilung der Sozialpolitik zu verstehen, sondern als eigenständiges rechtspolitisches Feld. Dessen Parameter können – und müssen – auch als Maßstab sozialpolitisch motivierten Rechts herangezogen werden. Wie jedes rechtspolitische Feld kann auch das EU-Anti-Diskriminierungsrecht inhärent kritisiert werden. Für eine progressive Agenda bietet sich eine Argumentation an, die formalen Rechten deren materialen Gehalt und transformatives Potential gegenüberstellt. Wie die seit den 1980er Jahren elaborierte akademische Debatte von EU-Anti-Diskriminierungsrecht und Politik zeigt, kann so eine überzeugende Argumentation gegen eine neoliberale Funktionalisierung dieses Aspekts der EU-Integration entwickelt werden, ohne die Ziele der Anti-Diskriminierungsrechtspolitik den Zielen der Sozialpolitik unterzuordnen.

Um dieses Argument zu entwickeln, sollen im Folgenden zunächst die beiden gegensätzlichen Positionen kritisch skizziert werden. Anschließend wird der ideale normative Kern des EU-Anti-Diskriminierungsrechts bestimmt. Der Beitrag befasst sich nicht mit der konservativen Kritik am EU-Anti-Diskriminierungsrecht, derzufolge es sowohl mit der Vertragsfreiheit als auch mit der Autonomie nationaler Sozialpolitik in unauflöslicher Weise kollidiert. Auch die Analyse der Frage, warum sowohl die progressive als auch die konservative Kritik auf der Beschränkung der Sozialpolitik in der EU auf die nationale Ebene besteht, ist nicht Thema dieses Beitrags.

#### *I. Progressive Kritik des EU-Anti-Diskriminierungsrechts – zwei Perspektiven*

##### *1. EU-Anti-Diskriminierungsrecht als verfehlte EU-Sozialpolitik*

In einem etwa 150seitigem Essay zum EU-Anti-Diskriminierungsrecht<sup>1</sup> hat Alexander Somek eine lange Tradition progressiver Kritik am EU-Anti-Diskriminierungsrecht nochmals öffentlichkeitswirksam auf den Punkt gebracht. An-

<sup>1</sup> Alexander Somek, *Engineering Equality An Essay on European Anti-Discrimination Law*, Oxford (Oxford University Press), 2011.

knüpfend an Streeck's Kritik aus den 1990er Jahren<sup>2</sup> konstatiert er, dass die EU keine wirkliche Sozialpolitik betreibt. Im Wesentlichen beschränke sich die Sozialpolitik der EU auf das Gebiet des Anti-Diskriminierungsrechts. Dieses Rechtsgebiet sei aber nicht auf Dekommodifizierung der Arbeitskraft gerichtet und könne daher keine marktkritische Sozialpolitik generieren.

Diese Argumentation war 2011, zum Zeitpunkt ihrer Veröffentlichung auf Englisch,<sup>3</sup> nicht wirklich neu. Der Gedanke, dass das Anti-Diskriminierungsrecht in einer Rechtsordnung mit gut entwickeltem Sozialschutz, z.B. in der Form von Kündigungsschutz, überflüssig sei, wurde in der deutschen Diskussion zur Umsetzung der EU-Anti-Diskriminierungsrichtlinien aus dem Jahre 2000 von Arbeitsrechtlern jeder Couleur geäußert. Renate Hornung Draus<sup>4</sup> war sich mit Kittner und Kohler<sup>5</sup> darüber einig, dass der Gesetzgeber die Unternehmen mit einer doppelten regulatorischen Bürde belastete, da das Kündigungsschutzgesetz nicht zugleich gelockert wurde. Weitergehend warnten Blanke und Graue, dass zwischen (kontinental)europäischen Sozialstaatsprinzipien und dem EU geforderten Anti-Diskriminierungsrecht gewissen Friktionen bestehen.<sup>6</sup> Somek kommt das Verdienst zu, diese Gegensätze deutlicher benannt zu haben. Er sieht das EU-Anti-Diskriminierungsrecht in einer Marktmentalität verankert. Demzufolge kann eine vom Anti-Diskriminierungsrecht angeführte Sozialpolitik nur der vorrangigen Marktlogik untergeordnet sein, was auch bedeutet, dass sie weder zur Dekommodifizierung der Arbeitskraft noch zu nennenswerter Umverteilung von Einkommen beiträgt. Und mit dieser Argumentation mündet Someks Kritik, angeblich dem Antidiskriminierungsrecht (und der Antidiskriminierungspolitik) gewidmet, in den immer breiter werdenden Strom derjenigen, die nun auch vom politisch progressiven Spektrum die Abkehr von der Europäischen Integration fordern. Diesem Spektrum der progressiven EU-Kritik zufolge kann die EU keine soziale Marktwirtschaft (mehr) werden.<sup>7</sup> Folglich konstatieren ihre Vertreter, dass jede Hoffnung auf die Re-Integration aktiver Sozialpolitik und Sozialregulierung in das Integrationsprojekt der EU aufzugeben ist. Teilweise geschieht dies mit Bedauern,<sup>8</sup> zum Teil wird der Rückzug der EU aus der Sozialpolitik und Regulierung unter Hinweis darauf verteidigt, dass Sozialpolitik jenseits des Nationalstaats mangels gewachsener Solidarität ohnehin nicht legitimiert werden kann.<sup>9</sup> Someks expansive Kritik am EU-Antidiskriminierungsrecht ist also zum Teil nicht gegen das Antidiskriminierungsrecht, sondern gegen einen strukturellen Mangel der EU-Sozialpolitik gerichtet. Dennoch werden sei-

2 Wolfgang Streeck, *From Market Making to State Building? Reflections on the Political Economy of European Social Policy*, in: Stephan Leibfried/Paul Pierson (Hrsg.), *European Social Policy Between Fragmentation and Integration*, Washington (Brookings Institution), 1995, 389-431.

3 Eine frühe deutsche Version erschien 2008 unter dem Titel „Das Europäische Sozialmodell. Diskriminierungsschutz und Wettbewerb“ in der Zeitschrift „Juridikum“ 2008. Dazu Suzan Topel-Gökceli/Clemens Kaupa, *Funktioniert Antidiskriminierungsrecht?*, in: Barbara Blaha/Josef Weidenholzer (Hrsg.), *Gerechtigkeit. Beiträge zur Sozial-, Bildungs- und Wirtschaftspolitik*, Wien 2009, 29-42.

4 *Der Arbeitgeber* 2003, 14.

5 *Betriebsberater Beilage* 12/2000.

6 Thomas Blanke/Bettina Graue, *Einleitung IV: Das Gleichheitskonzept der EU-Antidiskriminierungs-Richtlinien*, in: Wolfgang Däubler/Martin Bertzbach (Hrsg.), *AGG Kommentar*, Baden-Baden: Nomos, 3. Aufl 20013, Rn 238 (ebenso schon die 1. Aufl 2007), allerdings ohne diesen Gegensatz zum Anlass zu nehmen, das EU-Antidiskriminierungsrecht generell abzulehnen.

7 Friedrich Scharpf, *The Asymmetry of European Integration, or Why the EU Cannot Be a "Social Market Economy"*, *Socio-Economic Review* 8 (2010), 211-250.

8 Wolfgang Streeck, *Gekaufte Zeit. Die vertagte Krise des demokratischen Kapitalismus*, Berlin (Suhrkamp) 2013.

9 Florian Rödl, *Zu Begriff und Perspektiven demokratischer und sozialer Union*, *Europarecht*, Beiheft 1/2013, 179-205.

ne Argumente ernstgenommen,<sup>10</sup> und sie sind auch insoweit ernstzunehmen, als sie an Argumentationen derjenigen anknüpfen, denen es um das EU-Antidiskriminierungsrecht geht.

Von politikwissenschaftlicher Seite hat Sapir die Hypothese, dass es einen „trade off“ zwischen Antidiskriminierung und Kündigungsschutz gebe, im Zusammenhang der Diskussion eines europäischen Sozialmodells im Auftrag der britischen Präsidentschaft des EU-Ministerrats, noch unter der Labour Regierung von Gordon Brown, aufgestellt.<sup>11</sup> Er besteht darauf, dass nur das angelsächsische Sozialmodell ein hohes Maß an Gleichstellung und hohe Beschäftigungsraten erzielt. Damit knüpft er an die vergleichende Sozialstaatsforschung an, die aus institutionalistischer Perspektive, der auch Sapir anhängt, die Pfadabhängigkeit der Sozialstaatlichkeit betont: Danach ist „mutual learning“ zwischen Sozialstaatsarrangements schwer möglich, weil institutionelle Entscheidungen die Verfestigung der eingeschlagenen Pfade mit sich bringen. Die Erkenntnis, dass die Sozialstaatskompromisse der nordischen Staaten am ehesten mit Geschlechtergleichstellung und dem damit assoziierten Teil des Antidiskriminierungsrecht kompatibel sind, während das sogenannte angelsächsische Modell<sup>12</sup> zwar Diskriminierungsschutz mit einem relativ gering ausgeprägtem Kündigungsschutz kombiniert, aber in der Verwirklichung sozialer Gleichheit zwischen den sogenannten geschützten Gruppen und der Mehrheitsgesellschaft weniger Erfolge aufzuweisen hat,<sup>13</sup> hat nach dieser Auffassung geringe Relevanz für die Politikgestaltung. Lediglich der Schluss ist erlaubt, dass die nordischen Staaten nicht durch EU-Intervention daran gehindert werden sollten, den eingeschlagenen Weg weiter zu verfolgen.

Diese Handlungsmaßgabe ist natürlich richtig,<sup>14</sup> aber keineswegs ausreichend, um eine produktive Verbindung von Sozialpolitik und Antidiskriminierungspolitik auf der EU-Ebene zu entwickeln. Im Gegensatz zum Institutionalismus erlaubt der Ansatz der experimentellen Governance<sup>15</sup> eine etwas optimistischere Perspektive auf die Möglichkeiten des lernenden Aufnehmens von rechtspolitischen Ansätzen aus anderen Ländern im Zuge der EU-gesteuerten Rechtsharmonisierung. Sofern das Antidiskriminierungsrecht sich nicht allein auf die Durchsetzung im Wege individueller Klagen verlässt, ist es durchaus geeignet, durch innovative Governancearrangements gesellschaftlichen Wandel herbeizuführen.<sup>16</sup> Die Forderung nach EU-Gleichstellungsrecht (Equality Law) anstelle von Antidiskriminierungsrecht wurde in der britischen Literatur mit dem Anspruch verbunden, der individuellen Rechtsdurchsetzung proaktive Verpflich-

10 Etwa von Colm O'Conneide, *Completing the Picture: the Complex Relationship Between EU Anti-Discrimination Law and Social Europe*, in: Nikos Countouris/Mark Freedland (Hrsg.), *Resocialising Europe in a Time of Crisis*, Oxford (Oxford University Press) 2013, 118-137.

11 Andre Sapir, *Globalization and the Reform of the European Social Models*, *Journal of Common Market Studies* 44 (2006), 369-390.

12 Zu gut begründeten Zweifeln, ob ein solches Modell wirklich glaubhaft konstruiert werden kann, vor allem wegen der bemerkenswert starken staatlichen Komponente des Gesundheitswesens in Großbritannien und der Kombination aus korporatistischem Sozialkompromiss mit elaboriertem Antidiskriminierungsrecht in Australien vgl. Francis G. Castles, *The English-Speaking Countries*, in: ders. et al (Hrsg.), *The Oxford Handbook of the Welfare State*, Oxford (Oxford University Press) 2010, 630-642.

13 Sapir (Fn. 11).

14 Näher Dagmar Schiek, *The European Social Model and the Services Directive*, in: Ulla Neergaard/Ruth Nielsen/Lynn Roseberry (Hrsg.), *The Services Directive - Consequences for the Welfare State and the European Social Model*, Copenhagen (DJØF Publishing) 2008, 25-63.

15 Charles Sabel/Jonathan Zeitlin (Hrsg.), *Experimentalist Governance in the European Union*, Oxford (Oxford University Press), 2010.

16 Gráinne de Búrca, *Stumbling into Experimentalism: The EU-Anti-Discrimination Regime*, in: Sabel/Zeitlin (Fn. 15), 215-236; dies., *EU Race Discrimination Law: A hybrid model?*, in: de Búrca/Joanne Scott (Hrsg.), *Law and New Governance in the EU and the US*, Oxford/Portland (Oregon) (Hart) 2006, 97-119.

tungen zur Seite zu stellen.<sup>17</sup> Diese Position hat deutliche Parellelen zur Forderung nach sozialstaatskonformer Auslegung der Diskriminierungsverbote, wie in der Weiterentwicklung zu einer generellen Grundrechtslehre deutlich wird.<sup>18</sup> Noch früher haben feministische Stimmen das Konzept des gender mainstreaming entwickelt.<sup>19</sup> Beide Konzepte stellen spezifische Ausformungen der „new governance“ dar, also der Steuerung durch Politikformung jenseits judizieller Arenen.<sup>20</sup>

Die Ergänzung der Diskriminierungsverbote durch systematische Gleichstellungspolitik, begleitet durch spezielle Gleichstellungsagenturen (Equality Bodies) ist selbstverständlich unverzichtbar, um dem Anliegen des EU-Antidiskriminierungsrechts zur praktischen Durchsetzung zu verhelfen. Trotz aller experimenteller Governance der EU-Kommission in diesem Bereich sind die rechtlichen Instrumente des EU-Antidiskriminierungsrechts zu Recht für den Verzicht auf verbindliche Verpflichtungen der Mitgliedsstaaten zu positiven Maßnahmen und proaktiver Gleichstellungspolitik kritisiert worden.<sup>21</sup>

Diejenigen Akademikerinnen und Praktiker, die sich im Feld Antidiskriminierungsrecht schon lange engagieren, haben also die Debatten über moderne Regierungsformen, die sich nicht allein auf hierarchisches Regieren und die Durchsetzung sozialer Rechte vor Gericht verlassen, durchaus auf das EU-Antidiskriminierungsrecht angewandt. Die Kritik an reduktionistischer Verrechtlichung im Namen sozialen Ingenieurstums ist allerdings keineswegs spezifisch für das Antidiskriminierungsrecht. Vergleichbare Kritik kann der Formalisierung von individuellen Rechten als Reaktion auf soziale Risiken entgegengebracht werden, die mehr verlangen als Zahlung etwa von Arbeitslosenunterstützung nach dem Scheitern marktlicher Integration oder Unterhalt nach Zusammenbruch vormarktlicher Versorgungsinstanzen.

Insofern, als die progressive Kritik des EU-Anti-Diskriminierungsrechts auf dessen Justizlastigkeit fokussiert,<sup>22</sup> korrespondiert dies nicht nur der kritischen Diskussion von verrechtlichtem Regieren, sondern auch anderen grundsätzlichen Diskussionen, insbesondere unter Arbeitsrechtlern. Diese drehen sich um

- 17 Anstelle aller siehe nur Christopher McCrudden, *Rethinking Positive Action*, *Industrial Law Journal* 19 (1986), 219-243; Bob Hepple/Mary Coussey/Tufyal Choudhury, *Equality: A New Framework. Report of the Independent Review of the Enforcement of UK Anti-Discrimination Legislation*, Oxford/Portland (Oregon) (Hart) 2000.
- 18 Sandra Fredman, *Human Rights Transformed*, Oxford (Oxford University Press) 2008.
- 19 Es ist unmöglich, der uferlosen Literatur in einer Fußnote gerecht zu werden. Einen Überblick bietet Fiona Beveridge, *Implementing Gender Equality and Mainstreaming in an Enlarged European Union: Prospects and Challenges*, in: *Gender Equality and the Open Method of Coordination. Perspectives on Law, Governance and the European Union*, ed. by Fiona Beveridge/Samantha Velluti, Farnham (Ashgate) 2008, 26-52.
- 20 Auch hier ist es nicht möglich, Nachweise der umfassenden Literatur anzubieten. Aus politikwissenschaftlicher Perspektive vgl. etwa die Beiträge in: Udo Diedrichs/Wulf Reiners/Wolfgang Wessels (Hrsg.), *The Dynamics of Change in EU-Governance*, Cheltenham (Edward Elgar) 2011, sowie David Levi-Faur (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Governance*, Oxford (Oxford University Press) 2012. Zu rechtswissenschaftlichen Perspektiven auf „new governance“ in der EU-Sozialpolitik vgl. etwa Kenneth A. Armstrong, *Governing Social Inclusion. Europeanization through Policy Coordination*, Oxford (Oxford University Press) 2010; Mark Dawson, *New Governance and the Transformation of European Law: Coordinating EU Social Law and Policy*, Cambridge (Cambridge University Press) 2011, in sehr knapper Zusammenfassung zum Zusammenhang der allgemeinen Erwägungen und der Kritik des Antidiskriminierungsrechts Dagmar Schiek, *Broadening the Scope and the Norms of EU Gender Equality Law: Towards a Multi-dimensional Conception of Equality Law*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 12 (2005), 427-466 (441 f.).
- 21 Bob Hepple, *Race and Law in Fortress Europe*, *Modern Law Review* 67 (2004), 1-15 (3, 12-13).
- 22 Hierzu insbesondere Deborah Mabbet, *Age Discrimination in Law and Policy: How the Equal Treatment Directive Affects National Welfare States*, in: Malcolm Ross/Yuri Borgmann-Prebil (Hrsg.), *Promoting Solidarity in the European Union*, Oxford (Oxford University Press), 2010, 198-215; dies, *The Development of Rights-based Social Policy in the European Union: The Example of Disability Rights*, *Journal of Common Market Studies* 43 (2005), 97-120.

die Frage, ob individuelle und judizielle Rechte mit der kollektiven Dimension des Arbeitsrechts zusammenpassen. Diese Frage wird keineswegs nur in denjenigen Rechtskulturen geführt, die, wie die bereits beschworene anglo-amerikanische Welt,<sup>23</sup> auf einem pluralistischen Konzept von industriellen Beziehungen basieren. Vielmehr empfinden auch Kontinentaleuropäer ein gewisses Spannungsverhältnis zwischen kollektiv verhandelten und erkämpften Rechten am Arbeitsplatz und im Unternehmen auf der einen Seite und individuellen Rechten wie denen auf Datenschutz und eben Diskriminierungsschutz auf der anderen.<sup>24</sup> Das EU-Antidiskriminierungsrecht wird als besondere Herausforderung begriffen, weil es einen eventuell herausgebildete nationalen Konsensus zur Akzeptanz kollektiv vereinbarter Regime durchbricht: Supranationales Recht setzt sich fast immer gegenüber dem Tarifvertrag oder der Betriebsvereinbarung durch.<sup>25</sup>

Die Frage ist, ob dies immer kritikwürdig ist. Auch im nationalen Recht kollidiert Antidiskriminierungsrecht mit kollektiven Regelungen. Dem liegt ein grundsätzliches Dilemma zugrunde, das das Antidiskriminierungsrecht als eigenständiges Paradigma legitimiert: Es schützt vor Rechtsverletzungen, deren Schutz im Kollektiv der Arbeitnehmer- oder auch der Arbeitgeberkoalition eben nicht aufgehoben ist.<sup>26</sup> Man muss das Antidiskriminierungsrecht nicht gleich als Liebling der Neoliberalen verunglimpfen,<sup>27</sup> um dies anzuerkennen. Spannungen zwischen kollektivvertraglich gesicherten Ansprüchen und Antidiskriminierungsrecht entstehen aus der Notwendigkeit der Interessenbündelung, um eine Forderung zu entwickeln, die auch kampfwise durchgesetzt werden kann. Zuweilen werden auch Antidiskriminierungsforderungen Gegenstand von Arbeitskämpfen und Kollektivverhandlungen; die tarifliche Vereinbarung des Equal Pay Principles in England ist da nur ein Beispiel.<sup>28</sup> Dennoch besteht stets die Gefahr, dass die Interessen von Fraktionen des Kollektivs vernachlässigt werden, oder dass sich tief verwurzelte Diskriminierungsstrukturen in Kollektivverträgen durchsetzen. Deshalb kann nicht davon ausgegangen werden, dass die kollektiven Instrumente der Regulierung von Arbeitsverhältnissen dem Diskriminierungsschutz stets und immer gerecht werden – ihre inhaltliche Kontrolle an den Maßstäben des Antidiskriminierungsrechts ist daher legitim.<sup>29</sup>

Die progressive Kritik am EU-Antidiskriminierungsrecht weist zum Teil richtigerweise auf Friktionen mit redistributiver Sozialpolitik (ob auf EU- oder nationaler Ebene) sowie Paradigmen des Arbeitsrechts hin. Damit ist aber noch nichts zur Legitimität des Antidiskriminierungsrechts gesagt. Die Kritik wird

23 Zu einem Überblick der Diskussion aus US- und lateinamerikanischer Perspektive vgl. Alvaros Santos, *Three Transnational Discourses on Labour Law in Domestic Reforms*, University of Pennsylvania Journal of International Law 32 (2010), 123-202.; s.a. Pascal McDougall, *Shifting Vernaculars and Clashing Discourses: A Study of "Core Labour Rights" and the Incorporation of Social Justice into Global Governance*, Social Justice Conference, 54 (2014), 1-37.

24 Vgl. Blanke/Graue (Fn. 6) sowie Daniel Cuyppers, *The Challenges of EU Discrimination Law for Old Labour Law*, CELLS On-Line Papers 2 (2013) <[http://www.law.leeds.ac.uk/assets/files/events/Cuyppers-\(2013\)-The-Challenges-of-EU-Discrimination-Law-for-Old-Labour-Law.pdf](http://www.law.leeds.ac.uk/assets/files/events/Cuyppers-(2013)-The-Challenges-of-EU-Discrimination-Law-for-Old-Labour-Law.pdf)> [accessed 19 September 2014].

25 Dies kritisiert auch Colm O'Cinneide (Fn 10).

26 Guy Mundlak, *The Third Function of Labour Law: Distributing Labour Market Opportunities among Workers*, in: Guy Davidov/Brian Langille, *The Idea of Labour Law*, Oxford (Oxford University Press) 2011, pp. 315-328 (325-327).

27 So Somek (Fn. 1), 157 f.

28 Vgl. im Einzelnen Dagmar Schiek, *Enforcing Employment Discrimination Law – Potential Transplants from Italy to Britain and Vice Versa?*, International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 28 (2012), 489-512.

29 Dagmar Schiek, *Tarifvertrag und anders legitimes Recht (Collective agreements and law from other sources)*, in: Wolfgang Däubler (Hrsg.), *Tarifvertragsgesetz*, 3. Aufl., Baden-Baden (Nomos) 2012, Rn. 218-234.

erst dann zu einer Legitimitätskritik, wenn man der Einfachheit halber behauptet, das Antidiskriminierungsrecht ziele auf nichts anderes als Umverteilung von Ressourcen, sei dazu aber strukturell nicht geeignet.<sup>30</sup> Dies trifft nicht zu, denn das Ziel des Antidiskriminierungsrechts ist nicht die Umverteilung. Allerdings kann Umverteilung ein Effekt des wirksam umgesetzten Antidiskriminierungsrechts sein. Wenn das der Fall ist, können Friktionen mit sozialpolitischer Regulierung entstehen. Kritik daran kann zum Teil berechtigt sein. Ihr kann jedoch durch die Ergänzung eines rein individuellen Antidiskriminierungsrechts durch positive Handlungspflichten und eine sorgfältige Feinabstimmung von kollektivem Arbeitsrecht und abwehrendem Antidiskriminierungsrecht begegnet werden.

## 2. EU-Antidiskriminierungsrecht als zu wenig ambitioniertes Projekt

Auch und gerade von denjenigen, die sich mit den EU-Antidiskriminierungsrecht intensiv beschäftigen, wird das Projekt häufig als zu wenig ambitioniert kritisiert. Dabei sind zwei Stränge der Kritik zu unterscheiden.

Gerade im englischen Diskurs wird unter Bezug auf Nancy Fraser gefordert, dass Antidiskriminierungsrecht sich auch des Klassenwiderspruchs annehmen muss und dementsprechend redistributiv auszugestalten ist.<sup>31</sup> Damit wird also die Kritik, dass das Antidiskriminierungsrecht keine redistributive Sozialpolitik darstellt, aus diskriminierungstheoretischer Sicht wiederholt. Die wesentliche Forderung an Gleichstellungsrecht ist aus dieser Perspektive, dass es einen transformativen<sup>32</sup> Charakter annimmt und so zur Transformation der Geschlechterverhältnisse, der Integration von Minderheiten und auch der Transformation des Arbeitslebens beiträgt. Das ist nur durch positive Maßnahmen und eine partizipatorische Ausgestaltung von Gleichstellungsrechten zu erreichen, wobei sicherzustellen ist, dass Arbeitgeber oder Unternehmer im allgemeinen ebenso wie staatliche Stellen die Kosten dieser Politik tragen. Insbesondere um Transformation im Geschlechterverhältnis zu erreichen, sind auch aktive sozialpolitische Maßnahmen zu fordern, wobei nicht immer die Beteiligung der Männerwelt an der eigenen Reproduktion im Vordergrund steht – statt dessen geht es auch um die sozialpolitische Absicherung von Teilzeitarbeit und zusätzliche Rentenzahlungen für Mütter, die sich Auszeiten im Arbeitsleben leisten konnten.<sup>33</sup> EU-Antidiskriminierungsrecht wird diesen Ansprüchen nicht gerecht, da es nicht in eine redistributive Sozialpolitik auf EU-Ebene eingebettet ist. Ob es diesen Ansprüchen als ein Element im Rahmen eines multidimensionalen Antidiskriminierungsrechts gerecht werden kann, ist ebenfalls zweifelhaft.

Eine weniger weitgehende Kritik nimmt die faktische Wirkungslosigkeit und konzeptionelle Anspruchslosigkeit eines rein liberalen Antidiskriminierungsrecht in den Blick, das sich nur auf die Entschädigung und ggf. Korrektur indi-

30 So Somek (Fn. 1), deutlicher in dem 2005 erschienenen working paper, Antidiscrimination and Decommodification (January 2005). University of Iowa College of Law Legal Studies Research Paper Series, Forthcoming. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=651441> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.651441>.

31 Vgl. etwa Becci Burton, Neoliberalism and the Equality Act 2010: A Missed Opportunity for Gender Justice?, *Industrial Law Journal* 43 (2014), 122-148.

32 Vgl. dazu Sandra Fredman, *Discrimination Law*, 2nd Edition, Oxford (Oxford University Press) 2011, 30 ff.; Bob Hepple, Equality - The New Framework, Oxford/Portland (Oregon) (Hart), 2011, 22-24.

33 Julie Suk, Work-Family Balance and Gender Equality: Pension Reform and Anti-Discrimination Law, in: Katherine V.W. Stone/Harry Arthurs (Hrsg.), *Rethinking Workplace Regulation. Beyond the Standard Contract of Employment*, New York (Russel Sage Foundation) 2013, 314-332.

viduell erlittenen Unrechts konzentriert.<sup>34</sup> Dieses liberale Antidiskriminierungsrecht stellt das Verbot der unmittelbaren Diskriminierung in den Vordergrund und erkennt die Notwendigkeit des Verbots der mittelbaren Diskriminierung allenfalls an, soweit dies erforderlich ist, um die Umgehung des erstgenannten zu vermeiden. Vorrangig auf den Schutz von Anerkennung der Individualität und abwehrrechtlich orientiert, verfehlt liberales Antidiskriminierungsrecht das Ziel, materielle Gleichheit der bisher diskriminierten Gruppen wenn nicht durchzusetzen, so doch zu fördern. Die tatsächliche Überwindung der Nachteile, die aus struktureller Diskriminierung erwachsen, so die Forderung dieser Kritik, muss das Antidiskriminierungsrecht jedenfalls anstreben. Soziales Ingenieurstum ist also gefragt, und selbst wenn die Grenzen der Gestaltung der Gesellschaft durch Recht durchaus realistisch eingeschätzt werden, so wird eine solche Interpretation und ggf. Ergänzung der Antidiskriminierungsnormen gefordert, die diese Veränderung der Realität zumindest unterstützt. Die substantielle bzw. materielle Gleichheit kann durch eine asymmetrische Auslegung der Antidiskriminierungsnormen, durch die Zulassung von positiven Maßnahmen sowie durch die konsequente Anwendung des Verbots der mittelbaren Diskriminierung gefördert werden. Zudem sind öffentlich finanzierte Institutionen zur Durchsetzung weitergehender Gleichstellungsansprüche erforderlich, ebenso wie Unterstützung individueller Rechtsdurchsetzung.

Ob das EU-Antidiskriminierungsrecht in seiner gegenwärtigen Verfassung dazu geeignet ist, die Verhältnisse in dieser bescheideneren Hinsicht zu transformieren, wird von denjenigen, die sich mit der Materie schon länger befassen, durchaus mit ernstzunehmenden Argumenten bezweifelt. Die Kritik, dass eine proaktive Ausgestaltung sträflich vernachlässigt wurde, dass die Dogmatik der mittelbaren Diskriminierung nach einer gewissen Hochphase bis in die frühen 2000er Jahre hinein nicht weiterentwickelt wurde und dass der relativ schwache Schutz vor Altersdiskriminierung Gefahr läuft, die Effektivität der übrigen Diskriminierungsverbote zu beeinträchtigen, ist von verschiedenen Stimmen in kompetenter Weise vorgebracht worden. Das EU-Antidiskriminierungsrecht bedarf also selbst der Transformation.

## II. Perspektiven

Die Aufgabe dieses Beitrags ist es nicht, die notwendigen rechtspolitischen Forderungen im Einzelnen zu entwickeln. Es geht vielmehr um die Frage, auf welcher konzeptionellen Basis das EU-Antidiskriminierungsrecht zu transformieren ist. Dazu ist es erforderlich, die Ziele dieses Rechtsgebietes einzugrenzen. Wie bereits deutlich geworden ist, stehe ich der Einordnung von Antidiskriminierungsrecht und -politik in das weite Feld der Sozialpolitik kritisch gegenüber. Gerade die linke Kritik am Antidiskriminierungsrecht beruht auf der Vereinnahmung dieses Rechtsgebietes als eine andere Unterabteilung der Sozialpolitik. Darauf basiert dann die Forderung, dass Antidiskriminierungsrecht und -politik nichts anderes wollen darf als die jeweilige Sektion der Sozialpolitik, der der jeweilige Autor besonders nahesteht. Diese Kritik verfehlt nach meiner Auffassung das Ziel schon deswegen, weil das Recht auf Gleichheit und Nichtdiskriminierung nicht mit Sozialpolitik kongruent ist. Durch die Gleichsetzung wird Anti-

34 Dazu etwa Dagmar Schiek, *Elements of a New Framework for the Principle of Equal Treatment of Persons in EC Law: Directives 2000/43/EC, 2000/78/EC and 2002/73/EC changing Directive 76/207/EEC in context*, *European Law Journal* 8 (2002), 137-157; Sandra Fredman, *Discrimination Law*, 2nd Edition, Oxford (Oxford University Press) 2011, 8-14, 279-295

diskriminierungspolitik in ihrer grundsätzlich anderen Mission verkannt. Damit wird ihr auch die Spitze genommen.

Zwar ist der Zweck des EU-Antidiskriminierungsrechts im weitesten Sinne das Bestreben, gesellschaftlich strukturierende Benachteiligung zu adressieren. Dennoch hat es eine grundsätzlich andere Mission als die allgemeine Sozialpolitik. Sozialpolitik zielt auf Eliminierung von Ungleichheiten ganz allgemein und verfolgt die Mission der Einschließung durch partielle Egalisierung. Einkommensdifferenzen sollen eingebnet werden, Unterschiede im Zugang zu Bildung oder Erwerbsleben relativiert werden. Diese egalisierende Tendenz erstreckt sich auf jede gesellschaftliche Ungleichheit und ist auf deren Eliminierung gerichtet.

Die Zielsetzung von Antidiskriminierungsrecht und -politik unterscheidet sich davon fundamental. Es adressiert sehr spezifische Ungleichheiten, ist also in seiner Zieldimension einzugrenzen. Hierzu ist es sinnvoll, an Iris Marion Youngs Konzeption der positionalen Differenz<sup>35</sup> anzuknüpfen, ohne jedoch dabei stehen zu bleiben. Nach Youngs Ansatz schützt Antidiskriminierungsrecht vor Benachteiligungen, die auf Prozessen gesellschaftlicher Ausgrenzung, sozialer Segregation und Friktionen hegemonialer Normen mit realer Körperlichkeit basieren. Über Youngs Ansatz hinausgehend wird hier vorgeschlagen, das EU-Anti-Diskriminierungsrecht stärker zu fokussieren: Es zielt auf Überwindung derjenigen sozialen Benachteiligung ab, die auf zugeschriebener Differenz beruhen. Der völkerrechtliche Diskriminierungsschutz, der sich an Staaten richtet, sowie nationale Verfassungen, die ebenfalls öffentliche Akteure binden, geht weit über askriptive Merkmale hinaus. Dies ist gerechtfertigt, denn formale Herrschaft darf in einer Demokratie nicht nach Einkommen oder Herkunft (den zentralen Klassenmerkmalen) differenzieren. Auf Märkten ist es aber geradezu geboten, nach Einkommen zu differenzieren – soziale Preisgestaltung, zum Beispiel, ist nur bei spezifischer gesetzlicher Grundlage geboten. Während staatliche, europäische und internationale Regierungen dementsprechend an einen großen Strauß von Diskriminierungsverboten gebunden sein müssen, ist der Diskriminierungsschutz für den nichtöffentlichen Bereich enger zu fassen. Damit wird die Kategorie der Klasse aus dem marktgerichteten Diskriminierungsschutz ausgeschlossen.<sup>36</sup> Der marktgerichtete Diskriminierungsschutz sollte auf die positionale Differenz der Zuschreibung von askriptiver Differenz begrenzt bleiben, während die Überwindung der allgemeinen sozialen Ungleichheit, die für kapitalistische Gesellschaften kennzeichnend ist, das Ziel der sonstigen Sozialpolitik ist. Diese richtet sich – ob im Arbeits- oder Verbraucherrecht<sup>37</sup> – auch auf den Markt. Im Unterschied zum Diskriminierungsschutz ist die generelle Sozialpolitik jedoch auf den Ausgleich der sozialen Ungleichheiten gerichtet, also die Überwindung der zugrunde liegenden Kategorien. Anti-Diskriminierungsrecht zielt jedoch nicht auf die Assimilierung der Personen verschiedenen Geschlechts oder verschiedener körperlicher Konstitution und Belastung mit Beeinträchtigungen.<sup>38</sup> Seine beiden Grundprinzipien sind vielmehr die Förderung von Individuation sowie die Vermeidung von Assimilierungszwang, auch durch die Ak-

35 Iris Marion Young, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton (Princeton University Press) 1990; see also for an “update” the posthumous published chapter “Structural Injustice and the Politics of Difference”, in: *Intersectionality and Beyond*, Oxon (Routledge-Cavendish) 2009, pp. 273–298.

36 Kritisch hierzu Susanne Baer, Book Review: *European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality: Investigating the Triangle of Racial, Gender and Disability Discrimination*, edited by Dagmar Schiek/Anna Lawson, Ashgate (Aldershot), 2011; *Common Market Law Review* Vol. 4 (2012), p. 1495–1497.

37 Study group on Social justice in European private law: *Social Justice in European Contract Law: A Manifesto*, *European Law Journal* 2004 (10/3), 653–674.

38 Mieke Verloo, *Multiple Inequalities, Intersectionality and the European Union*, *European Journal of Women’s Studies* 3 (2006), 216–218.

kommodierung von Differenz.<sup>39</sup> Diskriminierungsverbote sichern Individuation insoweit, als sie Frauen erlauben, sich außerhalb der erwarteten Geschlechterstereotype zu bewegen, Personen, die als Angehörige einer »rassischen« oder ethnischen Minderheit kategorisiert werden, die gleichberechtigte Partizipation in allen gesellschaftlichen Bereichen zugestehen und die Zumutung geringerer Erwartungen von denen fernhalten, die als behindert wahrgenommen werden. Es kann also die Mutter des hochqualifizierten Beruf wieder aufnehmen, wenn das Kind acht Wochen alt ist, oder der als arabisch-stämmig angesehene Mann eine Tätigkeit in sogenannten sicherheitssensiblen Bereichen ausüben.<sup>40</sup> Die Assimilierung – etwa durch Geschlechtsumwandlung oder andere Veränderungen der Körperlichkeit, Verbergen von äußerlichen Merkmalen, die zur Askription ethnischer Gruppenzugehörigkeit führen, oder Anpassung an Verhaltensmerkmale der religiösen Mehrheit – wird dafür nicht zur Voraussetzung gemacht. Vielmehr wird sogar die Akkommodierung von Differenz (durch »angemessene Vorkehrungen«) zur Pflicht – im positiven EU-Anti-Diskriminierungsrecht allerdings nur, soweit Behinderung betroffen ist. Das ist natürlich zu kritisieren.

EU-Antidiskriminierungsrecht und -politik verfolgt damit spezifische Ziele, die weder durch die Garantie von Freiheitsrechten noch die allgemeine Sozialpolitik abgedeckt sind. Damit bleibt viel Raum für Kritik, selbst wenn eine Ergänzung des EU-Antidiskriminierungsrechts im Mehrebenensystem durch Sozial- und Wirtschaftspolitik notwendig bleibt. Allerdings muss das EU-Antidiskriminierungsrecht nicht sämtliche Fehler und Mängel der nichtvorhandenen Sozialunion verantworten. Vielmehr kommt ihm die Rolle eines Korrektivs zu, das sowohl die stratifizierenden Effekte der Sozialpolitik der Mitgliedstaaten als auch der Sozial- und wirtschaftspolitischen Koordinierung der EU ergreift. Damit ist viel gewonnen – wenn auch nicht alles, was die EU im Feld der Sozial- und Wirtschaftspolitik erreichen muss.

39 Dagmar Schiek, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 12 (2005), 427-466 (pp. 443-448).

40 Vgl dazu EuGH C-54/07 (*Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV*), Slg. 2008, I-5187.