

Prof. Dr. Ulrike Wendeling-Schröder

**Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Bundestag
am 7.3.2005 zum ADG-E**

I. Die Anti-Diskriminierungsrichtlinien und ihre Intentionen

Mit den EG-Richtlinien zum Verbot der Diskriminierung wegen der **Rasse oder der ethnischen Herkunft**“ (RL 2000/43), wegen **Religion und Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexueller Ausrichtung** (RL 2000/78) und zur Gleichbehandlung von **Männern und Frauen** im Arbeitsleben (RL 2002/73) sowie beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (RL 2004/113/EG) wird das Anti-Diskriminierungsrecht der EG aktualisiert, ergänzt und vereinheitlicht.

Das Gemeinsame der Richtlinien sind Vorgaben bezüglich der Ausgestaltung des nationalen Anti-Diskriminierungsrechts vor allem im Arbeitsrecht, aber auch in Bezug auf die Versorgung mit allgemein angebotenen Gütern und Dienstleistungen. Dabei enthalten die Regelungen zwei Dimensionen: **zum einen sollen die Einzelnen vor diskriminierenden Handlungen geschützt werden, zum anderen soll ein Umdenken in der Gesellschaft bewirkt werden, das Diskriminierungen von vornherein verhindert.** In ihrem Kern sind diese Diskriminierungsverbote **Willkürverbote und Gebote der Chancengleichheit.** Ergebnisorientierte Gleichstellungsgebote („positive Maßnahmen“) sind nach den Richtlinien möglich, aber nicht zwingend und nach deutschem Recht nur begrenzt zulässig (dazu sogleich unter III2 und IV 2.1).

II. Die Sicherung des Marktzugangs durch Diskriminierungsverbote

Der wichtigste gemeinsame Fokus der Richtlinien ist ausweislich der Materialien die Schaffung von Märkten, die die soziale Eingliederung fördern. Besonders ausformuliert ist dieses Konzept für den Arbeitsmarkt.¹ Die soziale Eingliederung soll im Endeffekt dem Wirtschaftswachstum zugute kommen und zu einer Reduzierung der Sozialausgaben, einer Erhöhung der Kaufkraft der Haushalte und einer Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen, die so alle auf dem Arbeitsmarkt verfügbaren Ressourcen optimal nutzen können, beitragen. **Die Belastungen durch einen erhöhten Begründungsaufwand für Entscheidungen der Unternehmen werden demgegenüber als nachrangig bezeichnet.² Die in der öffentlichen Diskussion z.T. beklagten organisatorischen Belastungen sind damit in den Richtlinien angelegt.**

1. Die gemeinsame europäische Beschäftigungsstrategie

Das Konzept wird nur verständlich, wenn man sich vergegenwärtigt, dass seit der Aufnahme des Beschäftigungskapitels in den Amsterdamer Vertrag und seiner Konkretisierung auf dem Luxemburger Beschäftigungsgipfel im Jahre 1997 eine gemeinsame europäische Beschäftigungsstrategie entwickelt wird (die Vertragsänderungen in Art. 13, 136 und 137 durch den Vertrag von Amsterdam machen dies auch auf der rechtlichen Ebene deutlich).

Die europäische Beschäftigungsstrategie basiert auf beschäftigungspolitischen Leitlinien. Grundsätzlich zeichnet sich die dabei verwendete Methode durch eine Abkehr von rechtlich verbindlichen Vorgaben und eine Orientierung an soft law, benchmarking, naming and shaming etc aus (sog. Offene Methode der Koordinierung). Einzig in einem Punkt wird davon ausgegangen, dass rechtlich unverbindliche Vorgaben nicht ausreichen, sondern dass zusätzlich rechtlich verbindliche Vorgaben bestehen müssen: bei der sozialen Eingliederung (social inclusion).

¹ Erwägungsgrund 8 der RL 2000/43, Ergänzungsgrund 8 der RL 2000/78. Im Ergänzungsgrund 14 der RL 2002/73 heißt es, es werde eine „Verbesserung der Lage der Frauen im Arbeitsleben“ angestrebt.

2. Soziale Eingliederung und Hartz IV

Mit dem Konzept der sozialen Eingliederung wird allen politischen Absichten eine Absage erteilt, die die Arbeitslosigkeit durch eine niedrige Erwerbsbeteiligung bestimmter Gruppen (Frauen, Ältere etc) senken wollen. Statt dessen wird eine Verwirklichung der Chancengleichheit auf dem Arbeitsmarkt angestrebt. Dies ist in sich konsequent, denn in der Arbeitsmarktpolitik hat ein Wechsel von der versorgenden auf die aktivierende Sozialleistung stattgefunden (Hartz IV); von jedem Einzelnen wird verlangt, seine Beschäftigungsfähigkeit (employability) zu erhalten bzw. zu entwickeln. **Mit einem solchen Konzept sind Benachteiligungen beim Zugang zum Arbeitsmarkt in der Tat unvereinbar.** Auch gesamtgesellschaftlich wäre der Verzicht auf die entsprechenden Potenziale vor allem in einer längerfristigen Perspektive nicht zuträglich. Dagegen ist eine Bevorzugung von Minderheiten nicht vorgeschrieben. Sie wäre auch mit dem Grundgesetz nicht vereinbar (dazu sogleich III 2, IV 2.1.).

Neue Impulse hat das Konzept der sozialen Eingliederung durch die hervorgehobene Rolle der Beschäftigungspolitik im Verfassungsvertrag vom 18. Juli 2003³ erfahren. Dies zeigt sich vor allem an Art. 3 (Ziele der Union), aber auch an der Bezugnahme auf die Europäische Grundrechte-Charta⁴, die ein umfassendes Nicht-Diskriminierungskonzept in den Art. 21 ff enthält.

III. Die menschenrechtliche Dimension der Diskriminierungsverbote

In den einführenden Begründungserwägungen wird in allen Richtlinien deutlich gemacht, dass das Recht auf Nichtdiskriminierung ein Menschenrecht ist, das in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, im Übereinkommen der Vereinten Nationen (VN) zur Beseitigung aller Formen der Diskriminierung von

² Begründung in den Kommissionsentwürfen KOM (1999) 565 und 566 endg.

³ CONV 850/03.

⁴ Der arbeits- und sozialrechtliche Teil der Charta ist abgedruckt in AuR 2001, S. 379/380.

Frauen,⁵ im Internationalen Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung,⁶ im Internationalen Pakt der VN über bürgerliche und politische Rechte, im Internationalen Pakt der VN über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte sowie in der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten anerkannt wurde. Auch auf das Übereinkommen 111 der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) zum Verbot von Diskriminierungen in Beschäftigung und Beruf wird verwiesen. In der RL 2002/73, wird schließlich bereits auf die Grundsätze der Charta der Grundrechte der Europäischen Union Bezug genommen.

Zu bedenken ist in diesem Kontext allerdings, dass die genannten Menschenrechte sich im Kern auf das Verhältnis Staat – Bürger beziehen. Zudem ist ihre Wirkung z.B. im Falle einer Regelungskonkurrenz nicht unumstritten. Für eine rechtssichere Verankerung von Diskriminierungsverboten im Verhältnis der Bürger untereinander sind jedenfalls Regelungen nötig, die explizit das Privatrecht betreffen. Solche Regelungen verlangen die genannten Richtlinien, deren Umsetzung in nationales Recht mit dem Fraktionsentwurf vom 16.12.2004 gerade in die Wege geleitet wurde. Diese Regelungen ergänzen und konkretisieren das bestehende Anti-Diskriminierungsrecht in Deutschland.

1. Bestehende Diskriminierungsverbote und ihre Grenzen

Die bestehenden Diskriminierungsverbote im deutschen Recht reichen zur Erfüllung der Umsetzungsverpflichtung nicht aus. Dies gilt auch unter Einbeziehung der dazu ergangenen Rechtsprechung. Diese kann nach der Rechtsprechung des EuGH und nach der h.M. ohnehin wegen der fehlenden Publizität für eine Richtlinienumsetzung nicht hinreichen.⁷

Die grundgesetzlichen Diskriminierungsverbote im deutschen Recht betreffen in erster Linie – wie die menschenrechtlichen Regelungen im internationalen Recht

⁵ CEDAW v. 18.12.1979, BGBl. 1985 II, 648.

⁶ CERD v. 7.3.1966, BGBl. 1969 II, 961.

- das Verhältnis des Staates zum Bürger, also das öffentliche Recht. Eine direkte Anwendung dieser Regelungen auf das Privatrecht, ist nicht möglich, aber die Ausstrahlung auf das Privatrecht ist sowohl unter dem Gesichtspunkt der mittelbaren Drittwirkung als auch des Schutzpflichtenkonzeptes groß. Zudem enthält das Betriebsverfassungsrecht, das die Verhaltensweisen von Betriebsrat und Arbeitgeber in den Unternehmen der Privatwirtschaft bestimmt, ebenfalls Diskriminierungsverbote. Für die Geschlechtsdiskriminierung gibt es in §§ 611a BGB ff, im BeschäftigtenschutzG und im BundesgleichstellungsgG und für die Diskriminierung von Schwerbehinderten in § 81 SGB IX einen Sonderschutz .

2. Grundgesetz

In Art.3 I ist der allgemeine Gleichheitssatz formuliert „Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich“.

In Art. 3 Abs. 2 heißt es „Männer und Frauen sind gleichberechtigt“ und im Satz 2 „Der Staat fördert die tatsächliche Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin“. Mit dieser neu eingefügten Gleichstellungsregel verbunden ist die Möglichkeit für – begrenzte – Privilegierungen. Im Arbeitsrecht dient § 611a BGB der Verwirklichung dieses Gleichstellungsgebotes.⁸ Erst recht gehören in diesen Kontext die Möglichkeiten der aktiven Frauenförderung.⁹

Art. 3 Abs. 3 GG lautet „Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden.“

Seit 1994 heißt es in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG weiter „Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden“.

⁷ Streinz, EUV/EGV, 2003, Rn. 20 zu Art. 20 EGV

⁸ BVerfG v. 16.11.1993 AP Nr. 9 zu § 611a BGB.

⁹ Für den Bund vgl. das Bundesgleichstellungsgesetz (BGleGG) v. 30.11.2001 (BGBl. I, 3235), für die Privatwirtschaft die Vereinbarung zwischen der Bundesregierung und den Spitzenverbänden der deutschen Wirtschaft (edition der Hans-Böckler-Stiftung Nr. 57, 145). Vgl. im übrigen Pfarr, AR Blattei SD 800.2.

Die sonstigen Diskriminierungstatbestände in Art. 3 Abs. 3 GG enthalten demgegenüber die Formel „benachteiligt oder bevorzugt“. Damit ist eine Privilegierungsmöglichkeit nur für Behinderte gegeben.

Im Vergleich zu den Diskriminierungsverboten in den Richtlinien ist damit der Kreis der Diskriminierungsverbote im Grundgesetz etwas anders formuliert, aber im Kern identisch. Lediglich in zwei Bereichen, nämlich bei der Geschlechtsdiskriminierung und bei der Diskriminierung von Behinderten werden Privilegierungen im Sinne einer faktischen Gleichstellung (z.B. durch Quoten) ermöglicht.¹⁰

3. Betriebsverfassungsgesetz

Im Betriebsverfassungsrecht findet sich mit § 75 eine Norm, die – mit etwas anderer Akzentsetzung als Art. 3 GG – Diskriminierungsverbote für das Privatrecht enthält. Sie betrifft aber nur die Verhaltensweisen der Betriebsparteien, d.h. des Arbeitgebers und des Betriebsrates. Es heißt: „Arbeitgeber und Betriebsrat haben darüber zu wachen, dass alle im Betrieb tätigen Personen nach den Grundsätzen von Recht und Billigkeit behandelt werden, insbesondere, dass jede unterschiedliche Behandlung von Personen wegen ihrer Abstammung, Religion, Nationalität, Herkunft, politischen oder gewerkschaftlichen Betätigung oder Einstellung oder wegen ihres Geschlechts oder ihrer sexuellen Identität unterbleibt. Sie haben darauf zu achten, dass Arbeitnehmer nicht wegen Überschreitung bestimmter Altersstufen benachteiligt werden“.

Zu beachten ist, dass sich § 75 BetrVG seinem Wortlaut nach nur auf Betriebsangehörige bezieht. Die ganz h.M. bezieht jedoch Arbeitsplatzbewerber wie Pensionäre ein, jedenfalls soweit der Betriebsrat hier Rechte ausüben kann, wie z.B. bei Personalauswahlrichtlinien.¹¹ Höchst umstritten und fragwürdig ist

¹⁰ Ausführlich hierzu *Wendeling-Schröder*, Diskriminierung und Privilegierung, FS Schwerdtner, 2003, 269ff. Gegen eine solche Differenzierung *Baer* ZRP 2002, 290 ff.

¹¹ *Fitting* u.a., 22. Aufl., Rn. 13 zu § 75 m.w.N.

jedoch, ob § 75 BetrVG als individualrechtliche Anspruchsgrundlage geeignet ist und ob er im betriebsratslosen Betrieb gilt.¹²

Die Diskriminierungsverbote des § 75 werden ergänzt um bestimmte Förderpflichten der Betriebsvertretungen¹³; Von diesen Möglichkeiten ist in der Praxis jedenfalls in größeren Betrieben durchaus schon Gebrauch gemacht worden.¹⁴

Entsprechende Individualrechte der Arbeitnehmer sind derzeit nicht festgeschrieben.

4. spezielle Diskriminierungsverbote

- In Bezug auf die Geschlechtsdiskriminierung gibt es ein generelles Diskriminierungsverbot in § 611 a BGB. Dieses wird ergänzt durch die Regelung zur geschlechtsneutralen Stellenausschreibung in § 611 b BGB und zum Verbot der Geschlechtsdiskriminierung bei der Vergütung in § 612 BGB.
- Eine Frauenförderung wäre nach dem Grundgesetz auch im Privatrecht möglich, sie ist aber nicht vorgeschrieben. Für den Bund gilt das Bundesgleichstellungsgesetz.
- In Bezug auf das Recht der Schwerbehinderten ist § 81 SGB IX einschlägig. In dieser Norm findet sich sowohl ein umfassendes Diskriminierungsverbot als auch Förderregelungen. Dies ist – wie oben dargelegt –

¹² Schiek, NZA 2004, 873 (878) m.w.N.

¹³ so hat der Betriebsrat nach § 80 Abs. 1 Nr. 2a und 2b die Durchsetzung der tatsächlichen Gleichstellung von Frauen und Männern ebenso zu fördern wie die Vereinbarkeit von Familie und Erwerbstätigkeit, nach Nr. 4 hat er die Eingliederung Schwerbehinderter und sonstiger besonders schutzbedürftiger Personen zu fördern, nach Nr. 6 obliegt es ihm, die Beschäftigung älterer Arbeitnehmer im Betrieb zu fördern und nach Nr. 7 hat er die Integration ausländischer Arbeitnehmer im Betrieb und das Verständnis zwischen ihnen und den deutschen Arbeitnehmern zu fördern sowie Maßnahmen zur Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit im Betrieb zu beantragen. Solche Maßnahmen können nach § 88 Nr. 4 Gegenstand von freiwilligen Betriebsvereinbarungen sein. Frauenförderpläne können nach § 92 Abs. 3 vorgeschlagen werden; auch bei der betrieblichen Berufsbildung gibt es Rechte nach §§ 96 ff. Zur Abwehr rassistischer und fremdenfeindlicher Aktivitäten im Betrieb sind weiter die Möglichkeiten der Mitbestimmung bei personellen Einzelmaßnahmen nach § 99 Abs. 2 Nr.6 und der Entfernung betriebsstörender Arbeitnehmer nach § 104 BetrVG zu nennen. Schließlich ist in Betriebsräten, Betriebs- und Abteilungsversammlungen nach §§ 53, 43 und 45 über den Stand der Gleichstellung von Frauen und Männern und über die Integration der im Betrieb beschäftigten ausländischen Arbeitnehmer zu berichten (vgl. *Wendeling-Schröder*, NZA Sonderheft 2001, S. 49 ff).

¹⁴ Vgl. nur die Vereinbarung „Partnerschaftliches Verhalten am Arbeitsplatz“ der VW-AG von 1997.

verfassungsrechtlich zulässig. Dass es „Konkurrenzen“ von Bevorzugungsgeboten geben kann, hat der deutsche Gesetzgeber durchaus gesehen und im Falle der behinderten Menschen in § 122 SGB IX so gelöst, dass die Beschäftigung schwerbehinderter Menschen den Vorrang vor allen anderen Pflichten haben soll. Solche Vorrangregeln lassen sich nicht beliebig erweitern.

- Die sexuelle Belästigung von Beschäftigten in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst wird durch das Beschäftigtenschutzgesetz untersagt.

IV. Die Grundrechtsproblematik und die Bestimmung eines Prüfmaßstabs

Bei der Frage der grundrechtlichen Anforderungen und Grenzziehungen bei der Umsetzung der Richtlinien ist zu unterscheiden zwischen der Verfassungsmäßigkeit der Richtlinien auf der einen Seite und den verfassungsrechtlichen Anforderungen an ein Umsetzungsgesetz auf der anderen Seite. Diese Unterscheidungen werden von einigen Kritikern des Umsetzungsgesetzes nicht vorgenommen.

1. Die Richtlinien

Prüfungsmaßstab für die Richtlinien selbst sind ausschließlich die Grundrechte der Gemeinschaft und das gemeinschaftsrechtliche Primärrecht. Eine Prüfung am Maßstab des deutschen Grundgesetzes verbietet sich regelmäßig. Dies entspricht auch der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes, das sich nur im Extremfall eine eigenständige grundgesetzbezogene Prüfung vorbehält.¹⁵

In Anbetracht der bereits genannten Diskriminierungsverbote in der Grundrechte-Charta und in Anbetracht der bisherigen Rechtsprechung des EuGH zur Geschlechtsdiskriminierung¹⁶ sind Bedenken des Gerichtes

¹⁵ BVerfGE 73, 339 (387) (Solange II) = NJW 1987, 577ff; BVerfGE 102, 147 (162ff) (Bananenmarkt) = NJW 200, 3124ff; BVerfG, NJW 2001, 1267f (Vorlagepflicht); zwischenzeitlich strenger BVerfGE 89, 155 (174f) (Maastricht) = NJW 1993, 3047ff.

¹⁶ vgl. die Nachweise bei Palandt-Putzo, Rn 16 zu § 611a BGB.

gegenüber den Richtlinien nicht zu erwarten. Auch der EG-Vertrag selbst hat sich – wie gezeigt – im Laufe der Zeit immer stärker an der Sicherung diskriminierungsfreier Märkte einschließlich des Arbeitsmarktes orientiert.

2. Das Umsetzungsgesetz

Der Prüfungsmaßstab für Umsetzungsgesetze ist nicht ganz unstrittig. Z.T. wird auch für das Umsetzungsgesetz die Anwendung von nationalen Grundrechten ausgeschlossen, weil das Gesetz durch Gemeinschaftsrecht veranlasst wurde.¹⁷ Dies ist im Ansatz nicht falsch, unterschlägt allerdings die Tatsache, dass Richtlinien in der Umsetzung typischerweise Spielräume enthalten, um die vorgegebenen gemeinschaftsrechtlichen Ziele so passgenau wie möglich in die unterschiedlichen nationalen Rechtsstrukturen einzupassen. Betrachtet man diese Autonomie in der Art und Weise der Umsetzung des nationalen Gesetzgebers, erscheint es eher sachgerecht, insoweit auch als Prüfungsmaßstab die nationalen Grundrechte anzuerkennen.¹⁸

2.1. Das Gleichheitskonzept des Grundgesetzes

Grundgesetzlicher Maßstab für privatrechtliche Diskriminierungsverbote im deutschen Recht ist zunächst Art. 3 GG. Er ist von besondere Bedeutung für das Verhältnis von **Benachteiligungsverboten** und den – im social inclusion-Ansatz grundsätzlich enthaltenen - **Bevorzugungsmöglichkeiten für bisher Benachteiligte**. Die Benachteiligungsverbote in Art. 3 sind umfassend, sie enthalten alle in den Richtlinien genannten Merkmale. Art. 3 GG kennt aber – wie gezeigt - nur in zwei Bereichen **Bevorzugungsmöglichkeiten**: bei der Geschlechtsdiskriminierung und im Falle von Schwerbehinderten. Für beide Gruppen gibt es im einfachen Recht bereits gesetzliche Benachteiligungsverbote und Förderungsmöglichkeiten.

¹⁷ Kühling in v. Bogdandy (Hrsg), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, 583 (608f).

¹⁸ Schöbener/Stork, ZeuS 2004, 43 (49f) m.w.N.

Der Fraktionsentwurf vom 16.12.2004 muß vor diesem Hintergrund bei der Schaffung von Möglichkeiten zu sog. Positiven Maßnahmen, die den Ausgleich bestehender Nachteile vorsehen (§ 5) in diesem Sinne klarstellend relativiert werden.¹⁹

2.2. Privatautonomie und Berufsfreiheit

Weitere wichtige Eckpfeiler einer verfassungsrechtlichen Überprüfung sind der Schutz der Vertragsautonomie (Art. 2 I GG) und der Schutz der Berufsfreiheit (Art. 12 GG). Für den Fall der Diskriminierungsverbote heißt das in erster Linie, dass bei Vertragschlüssen auch die Privatautonomie des Vertragspartners zu berücksichtigen ist. Insofern sind die vielfältigen Ausnahmeregelungen in den Richtlinien von hoher Bedeutung. Sie sind im genannten Gesetzentwurf sämtlich aufgegriffen worden. So sind z.B. für den Bereich der Bundeswehr die Diskriminierungsmerkmale Alter und Behinderung nicht einbezogen worden.

Allerdings wäre es eine unzutreffende Vereinfachung, wenn man – wie das in der Literatur oft geschieht – das Recht der Diskriminierungsverbote nur unter dem Gesichtspunkt der Abgrenzung zwischen Gleichheit (Nicht-Diskriminierung) und Freiheit (Privatautonomie) diskutierte. Auch das „Diskriminierungsopfer“ kann sich nämlich auf die Privatautonomie und damit die Freiheit berufen²⁰. Spätestens seit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zur Gewährleistung der beiderseitigen Vertragsfreiheit in Art. 2 I GG²¹ ist klar, dass der Schutz der Privatautonomie sich auf die reale Möglichkeit des Vertragsschlusses, nicht bloß auf die formale Möglichkeit bezieht. Die Spielräume für den Gesetzgeber in diesem Bereich sind auf dieser Basis groß.

¹⁹ Das eine faktische Gleichstellung nicht beabsichtigt ist, ergibt sich auch aus der Gesetzesbegründung im Überblick, S.22.

²⁰ *Mahlmann*, ZEuS 2002, 407 (421); *Schöbener/Stork*, ZeuS 2004, 43 (61f.).

²¹ BVerfGE 81, 242 (254f.) (Handelsvertreter); BVerfGE 89, 214 (233) (Bürgschaftsvertrag); BVerfG NJW 2001, 957/8 (Ehevertrag).

Schließlich ist in diesem Kontext zu bedenken, dass die Richtlinien nicht den gesamten Bereich des Privatrechts betreffen, sondern nur das Arbeitsrecht, das – wie gezeigt – schon seit langem Diskriminierungsverbote kennt und die Massengeschäfte/Versicherungen. Sonstige Schuldverhältnisse werden nur in Bezug auf die Diskriminierung wegen der Rasse und ethnischen Herkunft erfaßt. Generell ausgeschlossen sind familien – und erbrechtliche Schuldverhältnisse und Näheverhältnisse (wie z.B. Mietwohnung im selbstbewohnten Haus).

V. Die Verzahnung von traditionell juristischen Instrumenten mit neuen Ansätzen

Die Verzahnung von traditionellen und neuen Instrumenten in den Richtlinien bewirkt nicht nur ein rechtliches „Muss“ für das Umsetzungsgesetz, sie bietet auch die Chance, **Akzeptanz für das Anti-Diskriminierungsrecht zu schaffen und so auch die Innovationspotenziale, die in diesen Konzepten liegen, zu erschließen.**

Es ist nicht zu akzeptieren, wenn Menschen z.B. wegen einer Behinderung von Ausbildung oder Beruf ausgeschlossen werden, wie dies etwa bei dem (inzwischen weltberühmten) Bariton Thomas Quasthoff geschehen ist, der nicht zum Gesangsstudium zugelassen wurde, weil er wegen seiner Contergan-Behinderung nicht Klavier spielen kann.

Für die Unternehmen ist es sinnvoll, alle personalpolitischen Ressourcen auszuschöpfen, die Produktivität der Unterschiedlichkeit der einzelnen Belegschaftsmitglieder zu erfahren und ein „diversity - management“ zu betreiben.

Für die Gesellschaft werden bei erfolgreichen Anti-Diskriminierungskonzepten die finanziellen und sozialen Kosten der Ausgrenzung minimiert und ein gesellschaftlicher Zusammenhalt auf einer anderen Ebene ermöglicht.

Schließlich und nicht zuletzt können die soft-law-Elemente die ausschließlich anspruchsbezogenen Regelungsbereiche entlasten: durch die Schaffung von

Vorbildern einer diskriminierungsfreien Personalpolitik oder durch Anreize in diesem Kontext dürfte sich ein gesellschaftlicher Wandel oft einfacher bewirken lassen als durch Klagen.

VI. Der Fraktionsentwurf vom 16.12.2004

Bei der Umsetzung der Richtlinien müssen nach alledem die präventiven und soft-law-Elemente in gleicher Weise berücksichtigt werden, wie die repressiven Elemente. Dies spricht eher für eine Umsetzung in einem eigenständigen Antidiskriminierungsgesetz als für eine „Aufbesserung“ der bestehenden Ansätze in §§ 611 a ff BGB und in anderen Regelungen. Dieser Weg ist auch im Entwurf der Koalitionsfraktion vom 16.12. 2004 gewählt worden.

1. Inhaltsübersicht und Bezug zu den Richtlinien bzw. zum deutschen Recht

Das Antidiskriminierungsgesetz (ADG-E) ist Artikel 1 des Entwurfes eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsvorschriften. Artikel 2 des Umsetzungsgesetzes beinhaltet das Gesetz zum Schutz der Soldatinnen und Soldaten vor Diskriminierungen (SADG-E), Artikel 3 des Umsetzungsgesetzes betrifft Änderungen in anderen Gesetzen (z.B. BetrVG, § 611a BGB), Artikel 4 schließlich hat das Inkrafttreten des Umsetzungsgesetzes und das Außerkrafttreten des Beschäftigtenschutzgesetzes zum Gegenstand.

Das ADG-E selbst ist in Abschnitte und Unterabschnitte gegliedert und umfaßt einen arbeitsrechtlichen wie einen zivilrechtlichen Teil.

Im allgemeinen Teil (Abschnitt 1) werden in § 1 die Diskriminierungsbereiche aus den Richtlinien aufgeführt, mit dem einzigen Unterschied, dass der Begriff der sexuellen Ausrichtung durch den etwas weiter gefaßten Begriff der sexuellen Identität ersetzt wird. Dadurch sollen auch Transsexuelle und

zwischen geschlechtliche Personen erfasst werden. Im Zivilrecht sind nach den Richtlinien nur Diskriminierungsverbote wegen der Rasse/ethnischen Herkunft und wegen des Geschlechts zwingend. Der ADG-E geht darüber hinaus, auch die Diskriminierung wegen Religion/Weltanschauung, sexueller Ausrichtung, Behinderung und Alter wird einbezogen. . Dies bringt die Gleichwertigkeit der verpönten Merkmale, wie sie auch im Grundgesetz besteht, zum Ausdruck und ist damit ein Element der Anknüpfung an das deutsche Recht. § 2 bestimmt den Anwendungsbereich gemäß den Richtlinien; § 3 enthält Begriffsbestimmungen, die die Richtlinien widerspiegeln. Allerdings ist die Formulierung bei der unmittelbaren Benachteiligung (Abs.1) verbesserungswürdig: hier wird der Wortlaut der RL 2000/43 wiederholt, während der Wortlaut der RL 2000/78 hier eine klarere Formulierung hat, die auch in der Begründung zum ADG-E S. 29 verwendet wird (anders aber S. 30). Auch die neue RL 2004/113/EG verwendet die griffige Formulierung aus der RL 2000/78. **Hier sollte eine redaktionelle Überarbeitung erfolgen (Einfügung des Wortes „erfährt“ nach dem Wort „Behandlung“).**

§ 4 regelt die unterschiedliche Behandlung wegen mehrerer Gründe und § 5 die sog. Positiven Maßnahmen, **die zwar – wie gezeigt – richtlinienkonform sind aber wegen der grundgesetzlichen Regelungen auf das Geschlecht und die Behinderung konzentriert werden müssen.** Alle Beispiele in der Begründung entstammen auch diesen Bereichen.

Abschnitt 2 befasst sich mit dem Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligungen. Maßgeblich sind hier die Regeln zum persönlichen Anwendungsbereich in § 6 sowie das Benachteiligungsverbot in § 7. Beide Regelungen sind mit den Richtlinien deckungsgleich. §§ 8 bis 10 enthalten unterschiedliche Regelungen zur Differenzierung wegen beruflicher Anforderungen, wegen der Religion/Weltanschauung und wegen des Alters. Die vorgenommenen Differenzierungen entsprechen den Richtlinien. Die

„unverzichtbare Voraussetzung“ in § 8 I Nr.1 greift die Formulierung des bisherigen § 611 I 2 BGB auf und folgt insoweit dem Verschlechterungsverbot der RL (Art. 8 II RL 2000/78, Art. 8 e II GleichbehandlungsRL, geändert durch RL 2002/73).

Dann werden Organisationspflichten des Arbeitgebers benannt, die aus §§ 611a ff BGB und dem Beschäftigtenschutzgesetz bekannt sind. Positiv hervorzuheben sind hier die präventiven Elemente und die abgewogene Einbeziehung des Schutzes vor Diskriminierung durch Dritte. Auch die dann folgenden Rechte der Beschäftigten, das Beschwerderecht aus § 13, das Leistungsverweigerungsrecht aus § 14 und das Maßregelungsverbot aus § 17 sind dem Arbeitsrecht nicht fremd. Bei der Frage der Entschädigung und des Schadensersatzes (§§ 15 und 16) gibt es Neuerungen, auf die sogleich ausführlicher eingegangen werden soll. Im Unterabschnitt 4 „Ergänzende Vorschriften“ ist unter § 18 II eine Sicherungsmöglichkeit von Diskriminierungsverboten durch Betriebsrat und Gewerkschaften angesprochen. Auch dazu wird auf den nächsten Abschnitt verwiesen.

Abschnitt 3 betrifft das Zivilrecht und soll hier nicht dargestellt werden.

Abschnitt 4 befaßt sich mit dem Rechtsschutz. In der Frage der Beweiserleichterung, die die Richtlinien fordern, wird die durch die Rechtsprechung gefestigte Regelung des § 611 a BGB zum Vorbild genommen. Diese Beweiserleichterung soll sich nun auf alle verpönten Merkmale erstrecken (§ 23). In § 24 folgen Regularien für die Anerkennung von Anti-Diskriminierungsverbänden. Für die Kompetenzen dieser Verbände zur Unterstützung Betroffener in Rechtsstreitigkeiten, die in den RL vorgesehen werden, ist die Möglichkeit der Abtretung von Geldforderungen betont worden. Abschnitt 5 enthält Sonderregeln für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse und Abschnitt 6 die Regeln zur Antidiskriminierungsstelle, die hier ebenfalls

nicht im einzelnen dargestellt werden sollen. Hervorzuheben ist jedoch, dass gerade der Anti-Diskriminierungsstelle im Rahmen der Prävention eine herausragende Bedeutung zukommt, die alle Unterstützung verdient.

Abschnitt 7 beinhaltet die Schlußvorschriften.

Wichtig für die Praxis sind schließlich die Änderungen in anderen Gesetzen in Artikel 3 des Umsetzungsgesetzes. Danach ist eine Änderung von § 11 I ArbGG mit dem Inhalt, dass vor dem Arbeitsgericht auch eine Vertretung durch Antidiskriminierungsverbände möglich ist, vorgesehen. Nach § 61 b n.F. ArbGG ist eine Entschädigungsklage innerhalb von 3 Monate nach der Geltendmachung des Anspruchs zu erheben. Die Geltendmachung selbst muß nach § 15 III ADG-E innerhalb von 6 Monaten nach Ablehnung/Kennntnis erfolgen. **Diese Zeiträume erscheinen praktikabel. Eine Vereinheitlichung mit der Frist zur Geltendmachung nach § 81 SGB IX (derzeit 2 Monate) läge allerdings nahe.**

2. Zu den wesentlichen Streitfragen

Die wesentliche Konfliktpunkte im Vorfeld des jetzt vorgelegten Gesetzentwurfes waren im arbeitsrechtlichen Bereich die Frage der Sanktionen und die Frage der Verbandsklage. Zu beiden Bereichen liegen vernünftige Lösungen vor.

2.1. Sanktionen

Die Richtlinien schreiben Sanktionen bei Verstößen gegen das Diskriminierungsverbot vor, die wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein sollen und auch in Schadensersatzansprüchen bestehen können. Sie dürfen dann nach der Rechtsprechung des EuGH nicht vom Verschulden abhängen. Das bedeutet allerdings nicht, dass ein Strafschadensersatz nach US-Vorbild zwingend wäre.

Der Gesetzentwurf differenziert hier: es gibt einen **verschuldensunabhängigen Entschädigungsanspruch** für immaterielle Schäden und einen **verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch** für materielle Schäden. Angaben zur Höhe des Schadensersatzes werden nicht gemacht. Da diese Neuregelung für alle Diskriminierungsmerkmale gilt, werden die bisherigen Rechte aus dem Verbot der Geschlechtsdiskriminierung verändert, die hier 1. am Monatsentgelt orientierte gesetzliche Vorgaben hatten, 2. generell verschuldensunabhängig waren und 3. zwischen den Bestqualifizierten und den „anderen“ differenzierten. Neu ist, dass eine Entschädigung auch zu zahlen sein kann, wenn die Benachteiligung durch Dritte erfolgte und der Arbeitgeber seine Organisations- und Schutzpflichten schuldhaft verletzt hat. Schließlich ist in diesem Kontext zu betonen, dass der Arbeitgeber, der lediglich Kollektivvereinbarungen vollzieht, nach § 15 II nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit haftet. In Bezug auf den Entschädigungsanspruch gilt – wie erwähnt - eine Frist von 6 Monaten zur Geltendmachung, welche schriftlich erfolgen muss. Eine Veränderung dieser Frist ist wegen der strikten Unabdingbarkeit nach § 32 nicht möglich, auch nicht durch Tarifvertrag. Eine eventuelle Klage auf Entschädigung muss dann – wie gezeigt – innerhalb von 3 Monaten erhoben werden. Dass mit diesen Regelungen unvertretbar scharfe Sanktionen vorgesehen würden, wie das in einer ersten Stellungnahme von Bauer behauptet wird²², ist nicht nachvollziehbar. Auch die Kritik des Bundesrates an der Haftung des Arbeitgebers für Dritte²³ überzeugt nicht. Hier wird verkannt, dass eine solche Haftung nur in Betracht kommt, wenn der Arbeitgeber seine Schutzpflichten gegenüber dem Arbeitnehmer schuldhaft verletzt hat. Zweifelhaft ist allerdings auch, ob die Gegenposition von Thüsing²⁴, der für alle Schadensregelungen eine verschuldensunabhängige Lösung fordert, überzeugen kann. Aus meiner Sicht ist dies auch von der Rechtsprechung des EuGH nicht gefordert und nicht sachgerecht.

²² Bauer/Thüsing/Schunder, NZA 2005, 32.

²³ BR-Drucks. 103/05

2.2. Kollektive Elemente

Auf ein Verbandsklagerecht wird verzichtet. Für die Handlungsmöglichkeiten von Betriebsräten und Gewerkschaften ist § 23 III BetrVG in Bezug genommen und die entsprechenden Handlungsmöglichkeiten sind um den Diskriminierungsaspekt erweitert worden; für die Möglichkeiten von Anti-Diskriminierungsverbänden wird die Möglichkeit der Abtretung von Forderungen betont. Dieser Ansatz bleibt hinter den Forderungen der Verbände zurück, **erscheint aber durchaus als eine gangbare Lösung**. Er macht deutlich, dass Diskriminierung nicht nur eine individuelle Persönlichkeitsrechtsverletzung ist, sondern auch betriebliche Bedeutung hat. Die Orientierung auf Betriebsrat und Gewerkschaft entspricht den Anforderungen an den sozialen Dialog in den Richtlinien.

3. Gesamteinschätzung

Inhaltlich ist der Entwurf im Ganzen gelungen.

1. Er ist gekennzeichnet durch eine Umsetzung der Richtlinien **ohne Ausweitung** ihrer Regelungsintensität bei gleichzeitiger Anknüpfung an bewährte Strukturen des deutschen Rechts. Es wird nicht der Fehler begangen, „mehr“ für „besser“ zu halten. Nur an einer Stellen geht der Entwurf über die Umsetzungsnotwendigkeiten aus den Richtlinien hinaus: im zivilrechtlichen Teil wird nicht nur – wie vorgeschrieben - die Diskriminierung wegen Rasse/Ethnie und Geschlecht verboten, sondern auch die Diskriminierung wegen Religion/Weltanschauung, sexueller Ausrichtung, Behinderung und Alter. Dies bringt die Gleichwertigkeit der verpönten Merkmale, wie sie auch im Grundgesetz deutlich wird, zum Ausdruck und ist damit ein Element der Anknüpfung an das deutsche Recht.

²⁴ Bauer/Thüsing/Schunder, NZA 2005, 32 (35).

2. Entsprechendes gilt für das Leistungsverweigerungsrecht, das an das Beschäftigtenschutzgesetz anknüpft, für die Einbeziehung der arbeitnehmerähnlichen Personen etc. Mit diesen Anknüpfungen wird gleichzeitig den Verschlechterungsverboten in den RL (Z.B. Art. 8 II RL 2000/78) entsprochen.
3. Die Diskriminierungsverbote gelten nicht strikt, sondern lassen Ausnahmen zu. So gibt es bei Versicherungen keinen Zwang zu „Unisex-Tarifen“, wenn die Kalkulationen diese nicht tragen. Eine Ausnahme gilt für die Schwangerschaftskosten, hierzu enthält die RL 2004/113/EG in Art. 5 III aber zwingende Vorschriften. Auch die vieldiskutierten Höchstaltersgrenzen im Arbeitsrecht sind möglich, wenn es um die Sicherung einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand geht etc. Insgesamt hat der Entwurf die gemeinschaftsrechtlichen Spielräume genutzt. Die gegen diese Regelungen vorgebrachten Einwände der Unbestimmtheit der Rechtsbegriffe²⁵ sind nicht begründet; die Begriffe sind unproblematisch nach den traditionellen Auslegungskriterien, insbesondere orientiert am Zweck des Gesetzes, bestimmbar.
4. Positiv ist besonders, dass der Entwurf Kollektivvereinbarungen zum partnerschaftlichen Verhalten im Betrieb, wie es sie etwa bei VW seit Jahren gibt, unmittelbar durch § 18 I ADG-E anregt und mittelbar dadurch fördert, dass beim Vorliegen solcher Vereinbarungen Sanktionen nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit möglich sind. Dies ist ein wichtiges Element der Prävention.
5. Kritik hat der weite Begriff der Belästigung hervorgerufen. Insbesondere ist behauptet worden, eine einmalige Verfehlung reiche für die Tatbestandsverwirklichung aus.²⁶ Dies ist nur bei ganz schweren Verfehlungen anzunehmen. Ansonsten ist zu betonen, dass eine

²⁵ BR-Drucks. 103/05.

²⁶ Bauer/Thüsing/Schunder, NZA 2005, 32/33; v. Steinau-Steinrück/Schneider/Wagner, NZA 2005, 28(30).

Würdeverletzung objektiv festzustellen ist und dass eine Belästigung nach Sinn und Wortlaut des Gesetzes nur vorliegt, wenn ein durch Erniedrigungen etc „gekennzeichnetes Umfeld“ geschaffen wird. Eine solche „Kennzeichnung“ wird allgemein nicht nur einen Vorgang entstehen können.

6. Zurecht wird aber kritisiert, dass die Anti-Diskriminierungsstelle Beschwerden weitergeben kann, ohne dass explizit garantiert ist, dass dies nur im Einvernehmen mit dem Betroffenen geschieht. Auch wenn viel dafür spricht, dass ein Einvernehmen nach allgemeinen Regeln zu fordern ist, wäre eine ausdrückliche Regelung wünschenswert.
7. Nicht überzeugen können demgegenüber die Vorwürfe, dass ADG werde zu einer Prozessflut führen. Schon bei der gesetzlichen Regelung der Geschlechtsdiskriminierung in §§ 611a ff BGB gab es keine Prozessflut. Eine nicht unerhebliche Anzahl der Prozesse zur Geschlechtsdiskriminierung beruhte zudem auf der zögerlichen und unzulänglichen Umsetzung. Dies sei zur Erinnerung zusammenfassend nachgezeichnet:

Das erste Beispiel in diesem Zusammenhang betrifft den Schadensersatz im Falle einer geschlechtsbezogenen Diskriminierung beim Zugang zur Beschäftigung. Das entsprechende Gesetz von 1980, sah hier lediglich den Ersatz des „negativen Interesses“ vor, was faktisch bedeutete, dass nur der Ersatz der Bewerbungskosten möglich war (sog. Porto-Paragraf)²⁷. Der EuGH hielt dies europarechtlich für unzulänglich²⁸. Auch der Versuch des BAG, einen Schadensersatzanspruch aus Persönlichkeitsrechtsverletzung darüber hinaus zuzusprechen²⁹, wurde vom EuGH als nicht ausreichend zurückgewiesen, weil ein solcher Anspruch ein schuldhaftes Handeln des Arbeitgebers voraussetzt³⁰. Die Gesetzesänderung von 1994 wurde ebenfalls vom EuGH zurückgewiesen, weil richtlinienwidrig wiederum Verschuldensanforderungen und nunmehr auch Höchstgrenzen für Schadensersatzansprüche vorgegeben wurden³¹. Erst die erneute Gesetzesänderung von 1998, die auf beide Einschränkungen verzichtet, wurde als europarechtskonform akzeptiert.

Das zweite Beispiel betrifft die Zulässigkeit der Frage nach der Schwangerschaft im Bewerbungsverfahren. Hier ging das deutsche Recht ursprünglich davon aus, dass eine solche Frage zulässig ist, weil der Arbeitgeber im Falle der Schwangerschaft der

²⁷ Wendeling-Schröder, DB 1999, 1012.

²⁸ EuGH AP Nr. 1 und 2 zu § 611a BGB.

²⁹ BAG AP Nr. 5 und 6 zu § 611a BGB.

³⁰ EuGH AP Nr. 24 zu Art. 119 EWG-Vertrag.

³¹ EuGH AP Nr. 13 zu § 611a BGB.

Arbeitnehmerin eine Vielzahl von Rechtspflichten hat. Nachdem in einer solchen Frage, die naturgemäß nur an Frauen gerichtet wird, eine Geschlechtsdiskriminierung gesehen wurde, änderte das BAG seine Rechtsprechung und befürwortete eine Zulässigkeit der Frage nur dann, wenn sich auf den Arbeitsplatz ausschließlich Frauen beworben hatten³². Auch dieser Ansatz traf jedoch auf die Kritik des EuGH³³. Eine erneute Rechtsprechungsänderung des BAG lief dann darauf hinaus, dass die Frage nach der Schwangerschaft dann zulässig sein kann, wenn sie objektiv dem gesundheitlichen Schutz der Bewerberin und dem des ungeborenen Kindes dient³⁴. Auch hier hat der EuGH aber einen Diskriminierungsfall gesehen³⁵. Mit einem Urteil aus dem Jahr 2003 hat das BAG seine Rechtsprechung wiederum geändert und geht nunmehr davon aus, dass eine Frage nach der Schwangerschaft selbst dann unzulässig ist, wenn eine Frau die vereinbarte Tätigkeit wegen mutterschutzrechtlicher Beschäftigungsverbote zunächst nicht aufnehmen kann. Allerdings gilt dies nach der bisherigen Rechtsprechung nur für den Fall eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses³⁶, eine Rechtsposition, die der EuGH wiederum nicht teilt³⁷.

Dies spricht deutlich dafür, die Richtlinienumsetzung von vornherein in enger Orientierung an den Richtlinien vorzunehmen, wie es im ADG-E geschehen ist.

³² BAG AP Nr. 31 zu § 123 BGB.

³³ EuGH EuZW 1991, 91.

³⁴ BAG DB 1994, 939.

³⁵ EuGH NZA 2000, 255.

³⁶ BAG AP Nr. 21 zu § 611a BGB.

³⁷ EuGH NJW 2002, 123f. Zum Recht der Arbeitnehmerin, eine Schwangerschaft auch bei vorzeitiger Rückkehr aus dem Erziehungsurlaub zu verschweigen vgl. EuGH NZA 2003, 373ff.