Stellungnahme
des
Bundesverbandes der Freien Berufe (BFB)
zum
Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien (BT-Drs. 15/4538)
anlässlich der Öffentlichen Anhörung des Bundestagsausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend am 7. März 2005

Berlin, 25. Februar 2005

Der BFB als Spitzenorganisation der freiberuflichen Kammern und Verbände vertritt rund 817 Tausend selbstständige Freiberufler. Diese beschäftigen über 2,8 Millionen Mitarbeiter – darunter ca. 157 Tausend Auszubildende – und erwirtschaften rund neun Prozent des Bruttoinlandsproduktes.

Vorbemerkungen

In ihrer Funktion als Arbeitgeber von fast drei Millionen Beschäftigten sind die Freien Berufe maßgeblich von dem Gesetzentwurf der Bundesregierung betroffen. Die Benachteiligung einzelner Personengruppen aufgrund ihrer Rasse, ihrer ethnischen Herkunft, ihrer Religion und Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters, ihrer sexuellen Identität oder ihres Geschlechts widerspricht den Grundwerten demokratischen Miteinanders. Von daher begrüßt der BFB grundsätzlich die Absicht der EU und der Bundesregierung, rechtliche Grundlagen zur Vermeidung von Diskriminierung zu schaffen.

Hinter dem Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien (ADG-E) steht die Absicht der Bundesregierung, die **EU-Richtlinien 2000/43/EG, 2000/78/EG sowie 2002/73/EG umzusetzen**. Mit der Umsetzung dieser Richtlinien befindet sich die Bundesregierung deutlich in Verzug. Insoweit ist zu begrüßen, dass sich die Bundesregierung der Umsetzung nunmehr angenommen hat, um weitere Rechtsunsicherheiten sowie Sanktionen der EU zu vermeiden. Allerdings geht die Bundesregierung mit ihrem Gesetzentwurf zum ADG weit über das hinaus, was in den o. g. Richtlinien gefordert wird. Sollte es der Fall sein, dass die EU-Kommission derweil an zwei Richtlinien arbeitet, in denen nach Aussage der Bundesregierung genau die Punkte geregelt werden, die unseren Vorwurf einer zu weit gehenden Umsetzung der bestehenden Richtlinien begründet haben, muss dies zumindest in der Gesetzesbegründung ausdrücklich erwähnt werden.

Zum Gesetzentwurf

Der BFB lehnt den vorliegenden Gesetzentwurf ab, da dieser die Vertrags- und Berufsausübungsfreiheit in verfassungsrechtlich bedenklichem Ausmaß einschränkt, die Bürokratie fördert und zu einer Kostenmehrbelastung insbesondere für Kleinstbetriebe und Freie Berufe führen wird.

Vor dem Hintergrund, dass nach allgemeiner Auffassung eine Deregulierung des Arbeitsmarktes erforderlich ist, ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Bundesregierung mit ihrem Gesetzentwurf in die entgegengesetzte Richtung tendiert.

Verfassungsrechtlich bedenkliche Einschränkung der Vertragsfreiheit

Nach Auffassung des BFB ist der vorhandene Gesetzesrahmen ausreichend, um das gesellschaftliche Zusammenleben diskriminierungsfrei zu gestalten. Gerade in den Praxen, Kanzleien, Apotheken und Büros der Freien Berufe sind Personal- und Geschäftsentscheidungen in hohem Maße auf das Garantieren eines har-

monischen innerbetrieblichen Ablaufs ausgerichtet, ohne dass dahinter eine Diskriminierung versteckt sein muss. Der Freiberufler wird nach Vorgabe dieses Gesetzentwurfes noch weniger frei einstellen oder entlassen können als das heute bereits der Fall ist. Gelingt es dem Arbeitgeber im Zuge der mit dem Gesetz eingeführten faktischen Beweislastumkehr (s. u.) nicht, den Gegenbeweis zu erbringen, kann es im äußersten Fall zu einem **Kontrahierungszwang** mit absurden Folgen kommen: Der Arbeitgeber muss dann mit dem Nichteingestellten den Arbeitsvertrag abschließen.

Insoweit schränkt die Bundesregierung mit ihrem Gesetzentwurf die bürgerliche Freiheit in Form der grundgesetzlich garantierten **Vertragsfreiheit** massiv ein. Der Eingriff des Staates in die Privatautonomie zugunsten bestimmter Gruppen ist unseres Erachtens nicht mehr von Artikel 3 GG gedeckt.

Der Gesetzgeber schränkt mit dem ADG-Gesetzentwurf nicht nur die persönliche Freiheit ein, sondern schafft zusätzlich ein **Klima des Misstrauens** und argwöhnischer gegenseitiger Kontrolle.

Beweislastumkehr mit unberechenbaren Folgen

Für Freiberufler besonders kritisch ist das vorgesehene Verfahren der „Beweiserleichterung“, bei dem es sich faktisch um eine **Beweislastumkehr** mit unkalkulierbaren rechtlichen Folgen handelt (§ 23 ADG-E). In diesem Punkt geht die Bundesregierung weit über das hinaus, was die EU-Richtlinien fordern: Die Richtlinie 2000/43/EG sieht eine Beweislastumkehr lediglich für die Fälle vor, in denen Personen eine Diskriminierung hinsichtlich Rasse und ethnischer Herkunft glaubhaft machen können. Der Gesetzentwurf weitet diese Beweislastumkehr auf alle unter § 1 ADG-E genannten Diskriminierungsmerkmale aus.

Laut Gesetzentwurf handelt es sich demnach bereits um eine Diskriminierung, wenn ein Beschäftigter eine Diskriminierung zunächst nur plausibel darlegt, um den Arbeitgeber im Prozess veranlassen zu können, die Ursachen für die Ungleichbehandlung offen legen zu müssen. Das heißt, der Arbeitgeber soll die Beweislast dafür tragen, dass andere als in § 1 ADG-E genannte sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen. Um in potentiell drohenden Verfahren beweisen zu können, dass eine sachlich begründete Entscheidung und kein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot vorliegt, sind Freiberufler, die eine arbeits- oder zivilrechtliche Entscheidung getroffen haben, gezwungen, umfangreiche Dokumentationspflichten zu erfüllen, Unterlagen aufzubewahren usw. Der damit verbundene bürokratische und damit auch finanzielle Aufwand ist für die in Kleinststrukturen tätigen Freiberufler unzumutbar (s. u.). Auch können sich Freiberufler außerhalb des rechtsberatenden Bereichs nur in den seltensten Fällen Rechtsberatung oder gar eigene Rechtsabteilungen leisten, so dass sie sich selbst gegen unbegründete Klagen schwer zur Wehr setzen können.

Rechtsunsicherheit durch unbestimmte Rechtsbegriffe

In der Praxis kaum umsetzbar wird der Gesetzentwurf, weil dieser mit **unbestimmten Rechtsbegriffen** nur so gespickt ist. Bereits der Begriff „Diskriminierung“ ist unbestimmt, denn in Freiberuflerpraxen und –kanzleien werden Personalentscheidungen nicht in standardisierten Auswahlverfahren getroffen, wie dies in Großunternehmen üblich ist. In der Regel erfolgen Einstellungen von ArbeitnehmerInnen und Auszubildenden oder Bewilligungen von Fortbildungsmaßnahmen nicht nur aufgrund der fachlichen Qualifikation bzw. Motivation, sondern „aus dem Bauch heraus“. Diese Vorgehensweise hat sich bewährt und ist realistisch gesehen auch die einzig sinnvolle, denn nur der Freiberufler selbst kennt die Situation in seiner Praxis, die personellen Gegeben- und Besonderheiten. Außenstehenden und somit auch abgelehnten Bewerbern entzieht sich diese

Kenntnis. In diesem Zusammenhang ist auf § 20 Abs. 5 zu verweisen, der eine Ausnahme bei einer besonderen Nähe vorsieht. Diese besondere Nähe ist bei Freiberuflern in aller Regel gegeben. Aus diesem Grund fordert der BFB, dass Unternehmen mit weniger als 20 Beschäftigten von dem Gesetz ausgenommen werden müssen.

Der Gesetzgeber versäumt es, eine logische, präzise und scharfe **Definition** dessen, was Diskriminierung i. S. d. ADG-E bedeutet, vorzunehmen. In § 3 ADG-E handelt es sich bei den Worten"...eine weniger günstige Behandlung" um eine schwammige und weit gefasste Formulierung. Das Gebot der gleichen Behandlung wie es z. B. in Artikel 40 EGV (Waren- und Dienstleistungsverkehr) für den europäischen Binnenmarkt gilt, kann nicht im gleichen Maße für Private gelten. Privatpersonen haben ein Grundrecht auf Wahlfreiheit, Vorlieben, Geschmäcker usw. Dies ist Ausdruck von subjektiven Präferenzbildungen und hat nichts mit Diskriminierung zu tun. So handelt es sich nicht um Diskriminierung, wenn in Arzt- und Zahnarztpraxen vorwiegend weibliche Mitarbeiter beschäftigt sind, weil die Patienten sich der freundlichen Weiblichkeit besser „unterordnen" als das vielleicht bei Männern der Fall wäre.

Die unbestimmten Rechtsbegriffe wie „sexuelle Belästigung" oder gar nur „Belästigung" in § 3 Abs. 3 und 4 ADG-E, wie „Angemessenheit" in § 8 Abs. 1, Ziffer 2 ADG-E oder „Angemessenheit und Erforderlichkeit" in § 10 ADG-E, wie „vorbeugende Maßnahmen" in Zusammenhang mit den Pflichten des Arbeitgebers in § 12 ADG-E oder wie die zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffe in § 21 ADG-E zur Zulässigkeit unterschiedlicher Behandlung bieten einen breiten Nährboden für Rechtsstreitigkeiten. Verträge werde zwangsläufig mit dem Makel der **Rechtsunsicherheit** behaftet sein, was ein zusätzliches Anstellungshindernis bedeutet.

Uferlose Haftungs- und Schadensersatzregelungen
Besonders kritisch sind auch die § 12, 15 und 16 ADG-E zu sehen.

Zu § 12 ADG-E Pflichten des Arbeitgebers: Soweit nach § 12 Abs. 3 ADG-E des Entwurfs der Arbeitgeber auch Maßnahmen gegen die Benachteiligung durch Dritte treffen soll, muss die Haftung eingeschränkt werden. Dritte sind schließlich nicht dem Verantwortungsbereich des Arbeitgebers unterworfen, so dass der Arbeitgeber nur unter sehr eng definierten Voraussetzungen, z. B. bei Vorsatz, haftbar gemacht werden darf.

Zu § 16 ADG-E Entschädigung bei Benachteiligung durch Dritte: Dem deutschen Haftungsrecht völlig fremd ist die vorgesehene Haftung für Dritte in § 16 ADG-E in Verbindung mit § 15 ADG-E: Danach sollen Arbeitgeber auch dafür haften, wenn Mandanten oder Patienten oder Mitarbeiter ihre Arbeitskollegen „diskriminieren". Für den Arbeitgeber, der zur Zahlung einer Entschädigung verpflichtet ist, ist das Risiko hierauf begründeter Schadensersatzanforderungen unkalkulierbar hoch. Diese Haftung für Dritte, die ihrerseits geschäftsfähig, strafmündig usw. sind, kommt daher einer nicht zu rechtfertigenden Haftungserweiterung gleich. Nur § 16 Nr. 2 ADG-E enthält den Zusatz, die Haftung setze außerdem voraus, dass der Arbeitgeber seine Organisationspflichten aus § 12 ADG-E schuldhaft verletzt hat. Diese Einschränkung sollte auch bei § 16 Nr. 1 ADG-E gelten. Zwar sieht § 278 BGB ebenfalls eine Haftung des Unternehmers für seine Erfüllungsgehilfen vor. Dabei geht es aber immer um ein schuldhaftes Verhalten des Erfüllungsgehilfen. Eine entsprechend weitreichende Haftung des Arbeitgebers, der seine Pflichten nach § 12 ADG-E erfüllt hat, auch für fahrlässig begangene Benachteiligungen durch weisungsbefugtes Personal, erscheint dagegen nicht angemessen.

Entschieden zu weit geht es, den Regelungsbereich der Vorschrift auf Gewerbetreibende und Freiberufler zu erstrecken, mit denen der Unternehmer lediglich über einen Werk- bzw. Dienstvertrag – wie es im Architektur- und Ingenieurbereich üblich ist – verbunden ist. Mit der Normierung einer Entschädigungspflicht bei diskriminierendem Verhalten durch vom Arbeitgeber in keiner Weise mehr zu kontrollierende Dritte wird die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers völlig überspannt.

Völlig überzogen sind zudem die vorgesehenen **Sanktionen**, die mit einem Diskriminierungstatbestand einhergehen können (vgl. § 15 ADG-E). § 15 Abs. 1 sieht für Nichtvermögensschäden eine „angemessene Entschädigung“ vor. Hier sollte aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit ein objektiver Maßstab (z. B. Gehalt) eingeführt werden.

Bürokratie durch Dokumentationspflichten
Der vorliegende Gesetzentwurf beschränkt sich zu einem großen Teil darauf, die EU-Richtlinien unreflektiert „abzuschreiben“, ohne dabei eine Abstimmung mit den bereits bestehenden Regelungen, z. B. im Kündigungsschutzgesetz zum Merkmal „Alter“, das eine im Verhältnis günstigere Behandlung von älteren Arbeitnehmern gegenüber jüngeren Arbeitnehmern regelt, vorzunehmen. Völlig ungeklärt ist zudem die Frage, wie das ADG mit den **Verschwiegenheitspflichten** des Freiberuflers vereinbar ist. Von den derzeit rund drei Millionen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die von Freiberuflern beschäftigt werden, müssten demnach Tausende von Bewerbungsunterlagen, aber auch Entscheidungen gegen die Übernahme bestimmter Mandate und Patienten gerichtssicher von den Freiberuflern dokumentiert werden, um später nachweisen zu können, dass abgewiesene Bewerber bzw. Mandanten nicht diskriminiert wurden. Dies widerspricht den Bürokratieabbaubemühungen der Bundesregierung diametral. Dem ist hinzuzufügen, dass Dokumentationskosten für kleine Betriebe immer im Verhältnis höher ausfallen. Die in Sonntagsreden gerne so hochgelobte Förderung des Mittelstands wird somit ad absurdum geführt.

Neben der verfassungsrechtlich bedenklichen Einschränkung der Vertragsfreiheit begegnet der vorgelegte Gesetzentwurf erhebliche Bedenken insbesondere hinsichtlich seiner **praktischen Umsetzbarkeit**. Freiberufler üben ihre Tätigkeit in der Regel in Kleinsteinheiten mit wenigen Beschäftigten aus. Die vorgesehenen Regulierungen und Belastungen insbesondere bezüglich der umfangreichen Dokumentations- und Aufbewahrungspflichten schaffen ein **Bürokratiemonstrum** mit hochproblematischen Folgen.

Erschwerend hinzu kommt mit der vorgesehenen **Antidiskriminierungsstelle** des Bundes mit seinem Aufsichtspersonal, den wissenschaftlichen Untersuchungen, Berichtspflichten, Präventionsintentionen und dem wissenschaftlichen Beirat eine ausgedehnte weitere staatliche Kontrollbürokratie. Als wäre das nicht genug, sollen **Antidiskriminierungsverbände** errichtet werden, die ihr weiteres tun werden, um eine von der Bundesregierung gewünschte „Kultur der Antidiskriminierung“ zu schaffen.

Die Formulierung in Abschnitt 6 ADG-E zur Antidiskriminierungsstelle suggeriert zudem, dass sich nur Beschäftigte oder Benachteiligte an die Antidiskriminierungsstelle wenden können, nicht aber die Arbeitgeber. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb sich nicht auch Arbeitgeber an eine solche Stelle wenden dürfen, wenn sich diese mit unberechtigten Vorwürfen konfrontiert sehen.

Zusätzliche Kosten für Freiberufler
Es ist absurd, wenn der Gesetzgeber unter dem Abschnitt „Sonstige Kosten“ behauptet: „Für Unternehmen, insbesondere kleine und mittlere Unternehmen, können aus der Verwendung der Vorschriften zusätzliche Kosten nur entstehen, wenn sie im Geschäftsverkehr unzulässige Unterscheidungen wegen der vom Gesetz genannten Merkmale vornehmen“. Es entstehen bereits dann zusätzliche Kosten, wenn gegen einen Freiberufler der Vorwurf der Diskriminierung erhoben wird, auch wenn dieser unbegründet ist. Neben den Kosten, die durch die Beweislastumkehr entstehen, erfährt der Freiberufler einen **Imageschaden**. Da es sich bei freiberuflichen Dienstleistungen um hochsensible Bereiche handelt, die in aller Regel in einem besonderen persönlichen Vertrauensverhältnis zustande kommen, kann ein solcher Imageschaden zu einer Existenzbedrohung führen.

Zusätzliche Kosten entstehen Freiberuflern zudem dadurch, dass sie zukünftig höhere Abfindungen bei Kündigungsschutzverfahren zahlen müssen – und das unabhängig davon, ob Diskriminierungen vorliegen oder nicht, weil sich die Möglichkeit einer Klage nach dem Antidiskriminierungsgesetz auf die Verhandlungsmasse zu Gunsten der Arbeitnehmer auswirkt.

Fazit
Der vorgelegte Gesetzentwurf schadet dem Standort Deutschland, indem dieser insbesondere den Kleinstbetrieben, wie sie in den Freien Berufen üblich sind, zusätzlich Bürokratie aufbürdet. Neben den verfassungsrechtlich bedenklichen Einschränkungen der Vertragsfreiheit und der freien Berufsausübung wird das Gesetz zu einer Klage- und Prozessflut und den damit verbundenen Problemen führen.

Letztlich wird das Ziel, Antidiskriminierung zu vermeiden, konterkariert: Die vorgesehenen Regelungen führen eher dazu, dass eine Kultur des Misstrauens entsteht und das Betriebsklima nachhaltig gestört wird. Der Gesetzentwurf stellt ein weiteres Einstellungshindernis dar, da es einen freien Arbeitsmarkt ausschließt und gleiche Bewerberchancen für alle ad absurdum führt.

Bei der Umsetzung der EU-Richtlinien sollte sich die Bundesregierung auf das Wesentliche und Notwendige konzentrieren und gegenüber der EU-Kommission die Bedenken, die bereits bezüglich deren Vorgaben bestehen, deutlich machen.