

Berlin, 25. Februar 2005

Deutscher Industrie- und Handelskammertag

Zum Thema:

Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien

(BT-Dr 15/4538)

anlässlich der Anhörung am 07.03.2005

Vorbemerkung:

Aufgrund europäischer Richtlinien sind die EU-Mitgliedstaaten verpflichtet, im Bereich Beschäftigung und Beruf hinsichtlich der Merkmale „Rasse“, „ethnische Herkunft“, „Religion und Weltanschauung“, „Behinderung“, „Alter“, „sexuelle Identität“ und „Geschlecht“ einfachgesetzlich einen Diskriminierungsschutz zu normieren. Bezüglich der Merkmale „Rasse“, „ethnische Herkunft“ und „Geschlecht“ ist dies auch im zivilrechtlichen Bereich erforderlich.

Bereits bei diesen Richtlinien drängt sich einerseits die Frage auf, ob wirklich das Ziel die Beseitigung von Diskriminierung ist oder bereits der Schritt zur Bevorzugung von Bevölkerungsgruppen mit bestimmten Merkmalen und damit zur Benachteiligung der Normalität vollzogen wird. Den Schutz der Familie, die unverändert auch heute noch die Basis unserer Gesellschaft und der Finanzierung unserer verschiedenen Sozialversicherungssysteme bildet, sucht man bei den geschützten Gruppen vergeblich. Und haben nicht auch "ganz normale" gemischt-geschlechtliche Paare ohne politische oder weltanschauliche Extrempositionen den Schutz unserer Gesellschaft verdient?

Außerdem muss man sich auch fragen, ob überzogene Schutzregelungen dem Kreis der „Begünstigten“ nicht mehr schaden als sie ihm nutzen. So ist ein Arbeitgeber künftig sicher gut beraten, bereits bei der Einstellung von Mitarbeitern sehr sorgfältig zu prüfen, inwieweit Angehörige von benachteiligten Bevölkerungsgruppen als Arbeitnehmer für ihn – beispielsweise wegen seiner Schutzpflichten nach § 12 und eingedenk der Beweiserleichterungen für denjenigen, der eine Diskriminierung geltend macht - zu einem unkalkulierbaren rechtlichen und auch finanziellen Risiko werden können. Das könnte dazu führen, dass er eine Bewerbung besser frühzeitig ablehnt als sich der Gefahr eines arbeits- und diskriminierungsrechtlichen Dauerstress auszusetzen.

Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.

Berlin, 25. Februar 2005

Bei der Umsetzung der EU-Richtlinie in das deutsche Recht muss deshalb darauf geachtet werden, dass sich der deutsche Gesetzgeber wirklich auf den Abbau und die Verhinderung von Benachteiligung besonders schutzbedürftiger Bevölkerungsgruppen beschränkt – Ziele, die im Übrigen von der Wirtschaft auch nicht in Frage gestellt werden - und nicht mit fast schon gewohntem Übereifer über das Ziel hinausschießt. Ein Gesetz zur Benachteiligung des Normalbürgers, der allein oder in einer gemischt-geschlechtlichen Partnerschaft lebt, verheiratet ist oder gar Kinder hat, der einer der großen christlichen Konfessionen in Deutschland angehört und weder politisch noch weltanschaulich Extrempositionen vertritt, wird abgelehnt. Dabei muss hervorgehoben werden, dass gerade der Schutz von Behinderten, Müttern und Frauen in Deutschland bereits ein hohes Niveau besitzt. **Art. 3 Abs. 3 GG** verbietet eine Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts, der Abstammung, der Rasse, der Sprache, der Heimat und Herkunft, des Glaubens, der religiösen oder politischen Anschauungen sowie einer Behinderung. Als Verfassungsnorm wirkt diese Vorschrift zwar vorrangig als Abwehrrecht gegenüber dem Staat. Über Generalklauseln und auslegungsbedürftige Rechtsbegriffe entfaltet sie aber auch eine mittelbare Drittwirkung für den Privatrechtsverkehr. Im Arbeitsrecht kommt der Vorschrift des **§ 611a BGB** besondere Bedeutung zu. Danach ist eine geschlechtsbezogene Benachteiligung von Arbeitnehmern bereits heute verboten. Bei Verstößen trifft den Arbeitgeber eine Entschädigungspflicht.

Ärgerlich ist, dass in der Zwischenzeit fast in jeder Richtlinie als Annex die Pflicht verankert wird, eine neue nationale Behörde zu gründen. Dieses Mal ist es eine "Antidiskriminierungsstelle des Bundes zum Schutz vor Benachteiligungen", die beim Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend angesiedelt wird. Kürzlich wurde in einer EU-Verordnung zur Kooperation von Verbraucherschutzbehörden eine Verbindungsstelle im Europäischen Netz der Verbraucherschutzbehörden vorgeschrieben. Eine Erhebung wäre interessant, wie viele neue Koordinierungs-, Anlauf-, Beschwerde-, Schutzstellen, Obmänner (Obfrauen), Beauftragte usw. in den letzten Jahren zu Lasten des Staatshaushalts und vielfach auch zu Lasten der Unternehmen über den Umweg der EU in Deutschland eingeführt worden sind bzw. eingeführt werden müssten. Außerdem: Wenn eine solche Behörde schon eingerichtet werden muss, dann sollte sie wenigstens mit sinnvollen Aufgaben betraut werden. Eine solche Aufgabe wäre etwa die Schlichtung von Streitigkeiten, die sich aus dem ADG ergeben (s. u.).

Es sollte geprüft werden, ob und inwieweit die EU-Kommission überhaupt das Recht zur Festlegung solcher innerorganisatorischen Maßnahmen bei den einzelnen Staaten besitzt, da schließlich eine wirksame Verfolgung der Ziele von Richtlinien auch ohne eine ständige Generierung neuer Behörden und Bürokratie möglich ist. Wir können der Politik nur dringend empfehlen, dieser Bürokratisierung über die EU entgegenzuwirken und zu hinterfragen, wie solche Ideen in die Richtlinien gelangen. Auch sollten die Vertreter des Bundes in den einschlägigen Arbeitsgruppen auf EU-Ebene angewiesen werden, sich diesen Entwicklungen entgegenzustellen.

Stellungnahme im Einzelnen:

Abschnitt 1: Allgemeiner Teil

§ 1 ADG-E: Ziel des Gesetzes

Allgemein ist festzustellen, dass im deutschen Antidiskriminierungsgesetz (ADG) ausschließlich die europäischen Vorgaben erfüllt werden sollten. Es besteht kein Anlass, die deutsche Wirtschaft durch darüber hinausgehende Regelungen stärker zu belasten. Leider ist diese Tendenz, bei der Umsetzung europäischer Richtlinien in Deutschland regelmäßig über das Ziel hinauszuschießen und deutsche Unternehmen dadurch übermäßig zu belasten, immer wieder festzustellen. Wieder einmal geht der Gesetzgeber an zahlreichen Stellen zu Lasten der Wirtschaft über den Inhalt der EG-Richtlinie hinaus. Offenbar glaubt man, dass von der Wirtschaft immer noch ein paar zusätzliche Kostenfaktoren, Erschwernisse, Behinderungen verkräftet werden können. Wann setzt sich endlich die Erkenntnis in den Ministerien und in der Politik durch, dass die Belastbarkeitsgrenze für die deutsche Wirtschaft längst überschritten ist und wir Bürokratieabbau benötigen, nicht weitere Belastungen? Jedes Ressort nimmt für sich in Anspruch, ein besonders edles Motiv zu haben, um noch einmal etwas draufpacken zu können, der Finanzminister zur „Förderung der Steuerehrlichkeit“, das Verbraucherministerium im Interesse des Verbraucherschutzes, das Verkehrsministerium im Interesse weiterer Einnahmen, das Gesundheitsministerium im Interesse der Gesundheitskosten, das Umweltministerium im Interesse des Umweltschutzes usw., usw., usw.. Jetzt besteht offenbar die Auffassung, dass die Belastungen für die Wirtschaft über das EU-Niveau hinaus im Interesse der Anti-Diskriminierung erhöht werden sollten.

Es ist geradezu erschreckend, wenn es bei „sonstige Kosten“ lapidar heißt: „Für Unternehmen, insbesondere kleine und mittlere Unternehmen, können aus der Anwendung der Vorschriften zusätzliche Kosten nur entstehen, wenn sie im Geschäftsverkehr unzulässige Unterscheidungen wegen der vom Gesetz genannten Merkmale vornehmen“. Der Gesetzgeber sollte doch davon ausgehen, dass die Gesetzesadressaten sich bemühen, die Gesetze zu befolgen. Die Kosten der Unternehmen liegen daher zunächst einmal in dem Aufwand, den sie treiben müssen, um einen Verstoß gegen das Gesetz zu vermeiden! Und die sind – angesichts der verzweigten Regel-Ausnahme-Verhältnisse, der durchgängigen Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen, der Beweiserleichterungen für diejenigen, die sich diskriminiert fühlen, und der auf Prozesse lauenden Verbände und ihrer Anwälte - nicht gering einzuschätzen. Ein mittelständischer Einzelhändler für Damenunterwäsche muss doch künftig schon bei der Stellenanzeige einen Rechtsanwalt einschalten, um sicher zu sein, dass er bei der Suche nach der „jungen dynamischen Verkäuferin mit guten Deutschkenntnissen“ sich nicht gleich dreifach der Verfolgung durch graue Panther, Männerschutzverbände und durch die Vertreter ethnischer Minderheiten aussetzt (siehe Beispiele).

Berlin, 25. Februar 2005

Hier zeigt sich auch das Hauptproblem des Gesetzentwurfs: In seinem Bemühen, einerseits den definierten Benachteiligtengruppen einen richtlinienkonformen umfassenden Schutz zu gewähren, andererseits aber genügend Ausnahmen zuzulassen, um nicht zu grotesken Ergebnissen zu gelangen, baut der Gesetzgeber ein ausgeprägtes Regel-Ausnahme-Labyrinth mit Wänden aus unbestimmten Rechtsbegriffen auf. Es wird wahrscheinlich erst nach Jahren durch die Rechtsprechung einigermaßen klar umrissen sein, was genau verboten und was noch zulässig ist. Die Autoren des Entwurfs sehen dieses Problem selbst, wenn sie von einem „lernenden Gesetz“ sprechen. Und selbst dann – bzw. gerade dann - wird es für den Gesetzesadressaten nicht ohne anwaltliche Hilfe möglich sein, den richtigen Weg zu finden. Wenn man bedenkt, dass dieses Gesetz auf typische Alltagssituationen, die massenhaft und oft unverhofft auftreten, anwendbar ist, dann kann man vielleicht ermessen, welch ein juristisches Minenfeld hier angelegt wird.

Im Übrigen zeigt sich an fast allen Stellen, bei denen der deutsche Gesetzgeber über die EU-Richtlinie hinausgehen möchte, dass man zwar konkrete Fälle im Auge hatte, die man gesondert aufgreifen und bekämpfen möchte, dass man dabei aber regelmäßig die Auswirkungen auf andere Sachverhalte übersieht und so zu unbefriedigenden bis hin zu absurden Ergebnissen kommt, die letztlich die Verfassungskonformität des Gesetzentwurfs in Frage stellen.

Im Zusammenhang mit dem ADG sollte daher deutlich zwischen den für den arbeitsrechtlichen bzw. den zivilrechtlichen Teil zu berücksichtigenden Merkmalen unterschieden werden. Die Übernahme aller für den arbeitsrechtlichen Teil vorgeschriebenen Merkmale in den für alle Bereiche geltenden **§ 1 ADG-E** lehnen wir daher nachdrücklich ab.

FORMULIERUNGSVORSCHLAG DES DIHK ZU § 1 ADG-E:

„Ziel des Gesetzes ist, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft **oder** des Geschlechts **sowie im Rahmen von Beschäftigungsverhältnissen** darüber hinaus aus Gründen der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung ...“

§ 3: Begriffsbestimmungen

§ 3 Abs. 1 S. 1: Benachteiligung

Um die Erfüllung des Tatbestandes der Benachteiligung nicht von subjektiven Empfindlichkeiten abhängig zu machen und um Missbrauch vorzubeugen, muss in § 3 Abs. 1 eine Erheblichkeitschwelle eingezogen werden. Sie bewegt sich im Rahmen der Vorgaben der Richtlinien, die nicht von Benachteiligung, sondern durchgängig von „Diskriminierung“ sprechen, was nach allgemeinem Sprachempfinden einen deutlich stärkeren Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen voraussetzt als eine schlichte Benachteiligung. Solche Erheblichkeitschwellen existieren z. B. auch in den Antidiskriminierungsgesetzen der USA und von Frankreich.

Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.

Berlin, 25. Februar 2005

Die Fassung des Gesetzentwurfs in **§ 3 Abs. 1** bezüglich „**oder erfahren würde**“ beruht auf einem Übersetzungsfehler in der Richtlinie 2000/43/EG vom 29.06.2000. Nach dieser bisherigen Entwurfsfassung, bei der sich die Zukunftsprognose, also die hypothetische Benachteiligung, auf den „Diskriminierten“ bezieht, besteht die berechtigte Sorge, dass sich ein beliebig großer, tatsächlich nicht benachteiligter Kreis Dritter auf Zurücksetzungen anderer berufen und eigene Ansprüche geltend machen kann. Die Fassung des Gesetzentwurfs beruht diesbezüglich auf einem Übersetzungsfehler in der Richtlinie 2000/43/EG vom 29.06.2000. In der Richtlinie 2000/78/EG vom 27.11.2000 ist dieser Übersetzungsfehler korrigiert. Letztere Fassung entspricht dem DIHK-Änderungsvorschlag. Der Unterschied zwischen den beiden Übersetzungen besteht darin, auf wen sich der hypothetische Fall „erfahren würde“ bezieht. Dies muss richtigerweise auf die Vergleichsperson und nicht auf den „Diskriminierten“ bezogen sein. Übersetzungsfehler dürfen jedenfalls nicht zur Ausweitung zu Lasten von Unternehmen führen.

Durch die Bezugnahme in **§ 3 Abs. 1 Satz 2** auf Merkmale, die bloß „im Zusammenhang“ mit einem in § 1 genannten Diskriminierungsgrund stehen, wird der Verbotsumfang gefährlich ungenau. Steht das Kopftuch einer Muslimin zwingend im Zusammenhang mit der Religion oder setzt sie es auf, weil sie dazu von Mann oder Vater gezwungen wird oder weil sie es einfach nur interessant findet? Wie ist der Genuss von Marihuana oder der Haarschopf bei einem Rastafarier zu werten? Der Halbsatz „das mit einem in § 1 genannten Grund in Zusammenhang steht“ muss daher gestrichen werden.

Nach der bisherigen Entwurfsfassung besteht die berechtigte Sorge, dass sich ein beliebig großer, tatsächlich nicht benachteiligter Kreis Dritter auf Zurücksetzungen anderer berufen und eigene Ansprüche geltend machen kann.

§ 3 Abs. 1 S. 2: Mutter- und Schwangerschaft

Bemerkenswert ist, dass trotz des bereits hohen Schutzniveaus in § 3 Abs. 1 S. 2 versucht wird, noch einmal die besondere Diskriminierungssituation bei Mutter- und Schwangerschaft zu erfassen, obwohl diese über das Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts auch von diesem Gesetz zusätzlich erfasst wird. Offenbar sollen dadurch Fälle erfasst werden, in denen bspw. eine Mutter wegen ihrer Kinder nicht die gleiche zeitliche Flexibilität und Zuverlässigkeit bei der Wahrnehmung ihrer arbeitsvertraglichen Pflichten erbringen kann wie Arbeitnehmer ohne Kinder. Dass die gleiche Problemlage auch (allein erziehende) Väter treffen kann, wird dabei offenbar übersehen. Dies ist im Hinblick auf **Art. 3 des Grundgesetzes** nicht unproblematisch.

FORMULIERUNGSVORSCHLAG DES DIHK ZU § 3 ABS. 1 ADG-E:

Berlin, 25. Februar 2005

„Eine unmittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn eine Person wegen eines im § 1 genannten Grundes **in erheblicher Weise oder wiederholt** eine weniger günstige Behandlung **erfährt**, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.“

§ 3 Abs. 1 Satz 2 ADG-E ist zu streichen.

§ 3 Abs. 3: Belästigung

Die Verknüpfung der Begriffe „Belästigung“ und „Benachteiligung“ ist rätselhaft. Liegt die Benachteiligung darin, dass nur bestimmte Personen belästigt werden und andere nicht? Scheidet eine Belästigung aus, wenn sie gegenüber jedermann erfolgt? Der in dem § 3 Abs. 3 und 4 ADG-E gewählte Begriff der „Belästigung“ entspricht jedenfalls nicht dem natürlichen Sprachgebrauch. An diesem Problem zeigt sich im Übrigen auch wieder, dass offenbar die Übertragung des Begriffs „Diskriminierung“ aus der Richtlinie in „Benachteiligung“ im ADG-E nicht korrekt ist.

Der Begriff der „Belästigung“ ist zudem gegenüber der Richtlinie ausgeweitet worden und geht insgesamt zu weit. Die in diesem Zusammenhang verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe führen zu Rechtsunsicherheit und fordern geradezu zu missbräuchlichen Anschuldigungen hinaus. Insofern ist die Definition präziser zu formulieren. Die Richtlinien verlangen etwa für eine „Belästigung“ eine Verletzung der Würde der betreffenden Person **und** die Schaffung eines von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichneten Umfelds. Neben dem individualbezogenen Element ist also ein allgemeinheitensbezogenes Element erforderlich. Im Text des ADG-E ist aus dem „Und“ ein „Insbesondere“ geworden, wodurch nicht mehr das Vorliegen beider Elemente nebeneinander verlangt wird und damit erheblich niedrigere Anforderungen an die Qualität der Belästigung gestellt werden. Nur durch eine Rückführung der Entwurfsfassung auf den Richtlinien text ist auch gewährleistet, dass geringfügige oder einmalige Eingriffe unberücksichtigt bleiben und nicht in den Anwendungsbereich des ADG fallen. Die bloße Erwähnung in der Gesetzesbegründung reicht nicht aus, um dies sicherzustellen.

Soweit also der Gesetzgeber bereits dann eine Belästigung annimmt, wenn unerwünschte Verhaltensweisen eine Benachteiligung bezwecken oder bewirken, sollte der Begriff „unerwünschte Verhaltensweisen“ durch objektive Kriterien präzisiert werden. Anderenfalls besteht die Gefahr, dass eine Benachteiligung vom subjektiven Empfängerhorizont abhängig ist. Es sollte deshalb im Gesetztext – und nicht nur in der Begründung - klargestellt werden, dass der Handelnde aus der Sicht eines objektiven Betrachters davon ausgehen muss, dass sein Verhalten unter den gegebenen Umständen vom Betroffenen nicht akzeptiert wird. Die Richtlinie 2000/43/EG sieht ausdrücklich die Möglichkeit zu einer solchen Definition des Begriffs „Belästigung“ im Einklang mit den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten vor.

Berlin, 25. Februar 2005

FORMULIERUNGSVORSCHLAG DES DIHK ZU § 3 ABS. 3 ADG-E:

„Belästigungen sind unerwünschte Verhaltensweisen, die mit einem der Gründe nach § 1 in Zusammenhang stehen **und** bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt **und (streichen: insbesondere wenn)** ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird; **sie gelten als Benachteiligungen im Sinne der Absätze 1 und 2. Un- erwünscht ist eine Verhaltensweise, wenn die betreffende Person dies dem Handelnden gegenüber zum Ausdruck gebracht hat oder der Handelnde aus der Sicht eines objektiven Betrachters davon ausgehen muss, dass sein Verhalten unter den gegebenen Umständen von der betreffenden Person nicht akzeptiert wird.**“

§ 3 Abs. 4: Sexuelle Belästigung

Obwohl dies im Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts bereits enthalten ist, versucht sich der deutsche Gesetzgeber an einer Definition der sexuellen Belästigung und damit einem Sonderfall der Diskriminierung. Wie heikel dies ist, wird deutlich, wenn man diese Definition des **§ 3 Abs. 4** in Verbindung mit dem sehr weiten Anwendungsbereich des Gesetzes sieht (vgl. dazu die Beispielfälle am Ende).

VORSCHLAG DES DIHK ZU § 3 ABS. 4:

Vorschrift streichen

§§ 4, 5 ADG-E: Besondere Rechtfertigungsgründe

Die Aufnahme von besonderen Rechtfertigungsgründen ist wichtig, reicht aber noch nicht aus. So sollte insbesondere als Rechtfertigungsgrund die **rechtmäßige und mit den europarechtlichen Vorgaben vereinbare unternehmerische Zweckbestimmung** aufgenommen werden. Nur so kann sichergestellt werden, dass insbesondere im Dienstleistungsbereich für spezielle Nachfragegruppen Angebote unternehmerisch abgedeckt werden können, indem die dafür erforderlichen subjektiven personellen Voraussetzungen an die Beschäftigten als Auswahlkriterium zulässig bleiben (Frauenfitness, Frauenfahrschulen etc.). Die bloße Erwähnung durch die Bundesjustizministerin in der Presseerklärung vom 15.12.2004, dass diese speziellen Angebote selbstverständlich weiterhin zulässig seien, reicht hierfür nicht aus. Auch muss sichergestellt sein, dass z. B. arbeits- oder tarifvertragliche Klauseln weiterhin zulässig sind, wonach mit Erreichen des Renteneintrittsalters das Arbeitsverhältnis automatisch endet. Es muss auch zulässig sein, zur Sicherung einer ausgewogenen Altersstruktur im Unternehmen nach dem Alter zu differenzieren. Dies ist ein legitimes Ziel, das

Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.

Berlin, 25. Februar 2005

auch von arbeitsmarktpolitischer Bedeutung ist und letztlich zur Sicherung der Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen und damit zum Erhalt von Arbeitsplätzen dient.

Abschnitt 2: Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung

Unterabschnitt 1: Verbot der Benachteiligung

§ 6 ADG-E: Persönlicher Anwendungsbereich

In **§ 6 Abs. 1 Ziff. 3** wird der volle Anwendungsbereich des Schutzes von Beschäftigten auch auf Gewerbetreibende und Selbständige erstreckt, die in einem wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis stehen. Dies geht weit über die EG-Richtlinie hinaus, die einen zusätzlichen Schutz nur für den Berufszugang dieses Personenkreises vorsieht. Dies führt zu absurden und wegen der fehlenden Beeinflussbarkeit durch den Vertragspartner unseres Erachtens verfassungswidrigen Ergebnissen (vgl. Beispiele). Darüber hinaus werden Prozesse geradezu provoziert, bei denen über das Merkmal der "wirtschaftlichen Unselbständigkeit" der Geltungsbereich dieses Gesetzes ermittelt werden muss.

Der Gesetzesbegründung kann entnommen werden, dass bei dieser Erweiterung des Schutzbereichs an Werkstätten für Behinderte und Rehabilitanden gedacht worden ist. Dies sieht man dem Gesetzestext selbst aber nicht unbedingt an. Es besteht die Gefahr, dass der Gesetzestext so interpretiert wird, dass er auch Versicherungsvermittler, Handelsvertreter, Tankstellenpächter usw. umfasst. Diese Gefahr liegt in der Verwendung des Begriffs „arbeitnehmerähnliche Person“. Die Verwechslungsgefahr mit dem „arbeitnehmerähnlichen Selbständigen“ aus der Scheinselbständigkeitsgesetzgebung ist erheblich, auch wenn dieser Begriff dort inzwischen abgeschafft wurde. In den Köpfen existiert er aber noch, und allein die Angst vor Fehlern kann verheerende Auswirkungen haben, wie man im Zusammenhang mit der Scheinselbständigkeitsgesetzgebung leidvoll erfahren musste. Die Zahl der Fälle, bei denen wegen enger vertraglicher Bindungen zu einem Vertragspartner faktisch eine wirtschaftliche Abhängigkeit besteht, ist hoch und hat schon beim Gesetz zur Scheinselbständigkeit ein erhebliches Problem dargestellt. Der Gesetzgeber sollte die Entscheidung seiner Bürger respektieren, die ein Gewerbe betreiben und einem freien Beruf nachgehen und gerade nicht Arbeitnehmer sein wollen. Ein „Umwidmen“ mal im Interesse der Sozialversicherungskassen, mal im Sinne des Verbraucherschutzes, mal des Arbeitnehmerschutzes beinhaltet neben der Missachtung dieser Entscheidung des Unternehmers immer zugleich auch eine Entmündigung. Der Schutz der Beschäftigten vor Diskriminierung sollte sich, soweit es die EU-Richtlinie zulässt, auf Arbeitsverhältnisse beschränken.

Bei der Regelung in **§ 6 Abs. 1 Satz 2** wollten die Verfasser des Gesetzes wohl den Arbeitnehmer vor Diskriminierungen unmittelbar nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses schützen. Dies mag

Berlin, 25. Februar 2005

im unmittelbaren Anschluss an eine Vertragsbeendigung Sinn machen. In der Konsequenz bedeutet die gewählte Gesetzesformulierung aber einen ewigen Anspruch auf Schutz vor Diskriminierung gegenüber ehemaligen Arbeitgebern. Da das Diskriminierungsverbot bis hin zu Teilnahmerechten an Beschäftigtenvereinigungen mit dem Anspruch auf Nutzung von deren Leistungen (**§ 2 Abs. 1 Ziff. 4**) geht und den Anspruch auf Schutz vor Diskriminierungen Dritter beinhaltet, wird deutlich, dass dieser umfassende Anspruch des Nicht-Arbeitnehmers gegenüber dem Nicht-Arbeitgeber nicht passen kann.

FORMULIERUNGSVORSCHLAG DES DIHK ZU § 6 ABS. 1 ADG-E:

„ (1) Beschäftigte im Sinne dieses Gesetzes sind

1.
2.
3. (**Streichen:** „Personen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzunehmen sind, zu diesen gehören auch“) die in Heimarbeit Beschäftigten und die ihnen Gleichgestellten.

Als Beschäftigte ... Beschäftigungsverhältnis (**streichen:** „sowie die Personen, deren Beschäftigungsverhältnis beendet ist“).

Als Beschäftigte gelten auch die Bewerberinnen und Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis.“

§ 7 ADG-E: Benachteiligungsverbot

§ 7 Abs. 1 ist unverständlich formuliert. Die Zielrichtung ist nur erkennbar, wenn man die Gesetzesbegründung liest, was man den von einem solchen Gesetz betroffenen Bürgern und Unternehmen wirklich nicht zumuten kann. Erfasst werden soll offenbar ein besonderer Fall des „untauglichen Versuchs“ einer Diskriminierung. Der Gesetzeswortlaut beinhaltet aber eine generelle Erweiterung des vollen Gesetzesinhalts einschließlich Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche, Beweiserleichterung usw. auf den Versuch eines Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot. Mit anderen Worten, ein Arbeitnehmer soll auch dann Schadensersatzansprüche geltend machen können, wenn die Merkmale, wegen derer er angeblich diskriminiert worden ist, bei ihm gar nicht vorliegen, aber der Arbeitgeber wegen der Beweislastumkehr nicht nachweisen kann, dass er keinen Versuch zur Diskriminierung unternommen hat. Es mag sein, dass eine jugendlich ergraute oder kahl gewordene Person gelegentlich als älter angesehen wird als sie in Wirklichkeit ist und dass dies bei Bewerbungen sich auch einmal nachteilig auswirken kann. Aber es geht weit über die Aufgabe des Gesetzgebers hinaus, solche Kuriositäten gesetzlich zu regeln und vor allem mit empfindlichen Sanktionen zu versehen.

Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.

Berlin, 25. Februar 2005

Wir können daher nur dringend an den Gesetzgeber appellieren, nicht jeden denkbaren Sonderfall abweichend von der EG-Richtlinie mit eigenen Normen abarbeiten zu wollen.

FORMULIERUNGSVORSCHLAG DES DIHK ZU § 7 ABS. 1 ADG-E:

§ 7 Abs. 1, 2. Halbsatz streichen

In **§ 7 Abs. 3** wird jede Benachteiligung kraft Gesetzes als Verletzung vertraglicher Pflichten definiert. Abgesehen, dass dies rechtssystematisch eine eigenartige Vorgehensweise ist, könnte diese Fiktion ihre Aufgabe erfüllen, wenn sich die Verfasser des Entwurfs an den Regelungsumfang der EU-Richtlinie gehalten hätten. Durch die Erweiterung des Schutzzumfangs sollen die Rechte aber auch außerhalb von Arbeitsverträgen gelten. So kann es im Falle des **§ 6 Abs. 2** gar keinen Vertrag geben, da der ehemalige Mitarbeiter geschützt werden soll.

Im Falle von „abhängigen“ Handelsvertretern, Vertragshändlern, Alleinvertriebshändlern, Pächtern, Vermittlern, die ja alle nach dem Willen des Gesetzgebers einen Schutz wie Arbeitnehmer genießen sollen, gibt es zwar Verträge; auf diese passt aber die Fiktion des **§ 7 Abs. 3** beim besten Willen nicht. Vielfach werden bspw. in solchen Verträgen Sanktionen bei (mehrfachen oder schwerwiegenden) Vertragsverletzungen ausgesprochen, z. B. außerordentliche Kündigungsrechte. Die denkbaren Konsequenzen haben wir an einem Beispielsfall unten erläutert.

FORMULIERUNGSVORSCHLAG DES DIHK ZU § 7 ABS. 3 ADG-E:

Vorschrift streichen

§ 8 ADG-E: Zulässige unterschiedliche Behandlung wegen beruflicher Anforderungen

Auch bei **§ 8** geht der Entwurf über den Wortlaut der Richtlinie hinaus und sorgt so unnötig für Probleme. Warum ist eine Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts nur zulässig, wenn die Ungleichbehandlung "unverzichtbare Voraussetzung" für die Tätigkeit ist, während man bei allen anderen Kriterien bezüglich der beruflichen Anforderungen den Text der EG-Richtlinie genügen lässt, wonach eine Einschränkung möglich ist, wenn der Grund eine "wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung" darstellt?

Das Kriterium der "unverzichtbaren Voraussetzung" dürfte so gut wie nie erfüllt sein. Wahrscheinlich dürfte auch den übrigen vom Gesetz geschützten Bevölkerungsgruppen nur schwer vermittelbar sein, warum Frauen oder Männer selbst innerhalb eines solchen Gesetzes noch stärker geschützt werden sollen als bspw. Behinderte. Wir sind deshalb der Meinung, dass auch für Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts der Ausnahmekatalog gelten sollte, den die EU-Richtlinie vorsieht.

Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.

Berlin, 25. Februar 2005

Das in der Gesetzesbegründung genannte Beispiel des Mannequins lässt sich bspw. über das Kriterium „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ genauso gut regeln wie über das Kriterium „unverzichtbare Voraussetzung“.

Es kann nur darauf ankommen, ob ein Kriterium für die auszuübende Tätigkeit „wesentlich“ ist. Welche Bedeutung daneben noch die Kriterien „entscheidend“ und „angemessen“ haben sollen, ist nicht nachvollziehbar. Selbst wenn es als „unangemessen“ angesehen würde, für die Besetzung der Rolle des Othello einen Mann zu verlangen, so wäre es jedenfalls so wesentlich, dass man es wohl kaum dem Regisseur verübeln könnte, wenn er darauf besteht. Und wie wäre es nun, wenn der Regisseur – dem Stück angemessen und der Freiheit der Kunst entsprechend - einen Darsteller mit wirklich dunkler Hautfarbe verlangte? Dass im Übrigen nur rechtmäßige Zwecke zählen, sollte eigentlich selbstverständlich sein.

Wenn das Vorliegen eines „Diskriminierungsgrundes“ für die Tätigkeit wirklich wesentlich ist, dann fehlt auch die einer Diskriminierung innewohnende verletzende Tendenz.

FORMULIERUNGSVORSCHLAG DES DIHK ZU § 8 ABS.1 ADG-E:

„Eine unterschiedliche Behandlung wegen

(streichen: Nr. 1. des Geschlechts, wenn das Geschlecht wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen der Ausübung eine unverzichtbare Voraussetzung für die Tätigkeit ist;

Nr. 2.) eines **(streichen: sonstigen)** in § 1 genannten Grundes ist zulässig, wenn dieser Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche **(streichen: und entscheidende)** berufliche Anforderung darstellt **(streichen: , sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist.)**.“

Es erschließt sich auch nicht, wann im Sinne des **§ 8 Abs. 3** ein Merkmal „im Zusammenhang mit einem in § 1 genannten Grund“ (graue Haare, gute oder schlechte Deutschkenntnisse, geschminktes Gesicht, Ohrringe) steht (s. o).

VORSCHLAG DES DIHK ZU § 8 ABS. 3 ADG-E:

Vorschrift streichen

§ 9 ADG-E: Religion oder Weltanschauung

Zu **§ 9** sei vermerkt, dass sich auch Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften intensiv am Wirtschaftsleben beteiligen. Nicht zuletzt deshalb erstaunt es, dass der immer stärker werdende

Berlin, 25. Februar 2005

Trend zum gezielten Diskriminierungsschutz insbesondere von Frauen dieses keineswegs unbedeutende Feld von Arbeitsverhältnissen nahezu völlig ausklammert. Wir möchten zu bedenken geben, dass den Schutz des § 9 keineswegs nur die evangelische und katholische Kirche, sondern auch extreme islamische Glaubensrichtungen oder auch die Scientology-Organisation genießen. Außerdem: Was ist der Unterschied zwischen einer „rechtmäßigen beruflichen Anforderung“ und einer „gerechtfertigten beruflichen Anforderung“? Dient diese Ausnahme nicht überhaupt dazu, eine Diskriminierung wegen einer „wesentlichen beruflichen Anforderung“ zu rechtfertigen und damit rechtmäßig zu machen?

§ 10 ADG-E ist ein Musterbeispiel für eine undurchdachte Formulierung. Zunächst stellt sich die Frage des Verhältnisses zu **§ 8**: Handelt es sich hier um einen Spezialfall von **§ 8 Abs. 1 Nr. 2** oder um eine Ausnahme von **§ 8 Abs. 2**? Außerdem: Warum soll eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters gerade zulässig sein, wenn sie „objektiv“ ist? Die Zulässigkeit einer unterschiedlichen Behandlung, weil sie „durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist“, beinhaltet eine bloße Tautologie. Wenn bereits die unterschiedliche Behandlung gemäß Satz 1 per se „angemessen“ sein muss, braucht man nicht zusätzlich auch noch nach Satz 2 die Angemessenheit und Erforderlichkeit der Mittel zu verlangen. Handelt es sich bei Satz 3 Nr. 1 bis 4 um Regelbeispiele für nach den Sätzen 1 und 2 gerechtfertigte Diskriminierungen? Muss man dennoch die „Objektivität“, „Angemessenheit“ und „Erforderlichkeit“ prüfen? Gesetzestext („können insbesondere einschließen“) und Begründung („erlauben“, „lässt zu“) sind hier nicht kongruent.

FORMULIERUNGSVORSCHLAG DES DIHK ZU § 10 ADG-E:

„Eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters ist zulässig, wenn sie auf einem sachlichen Grund beruht. Ein sachlicher Grund liegt insbesondere dann vor, wenn die unterschiedliche Behandlung Folgendes einschließt:

1. die Festlegung
2. ...
3. ...
4. **die Festlegung einer Altersgrenze für das Fortbestehen des Beschäftigungsverhältnisses, wenn diese nicht von dem gesetzlichen Alter des Rentenbeginns abweicht oder wenn sie durch die besonderen Anforderungen des Berufs geboten ist.“**

Unterabschnitt 2: Organisationspflichten des Arbeitgebers

§ 12: Pflichten des Arbeitgebers

Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.

Berlin, 25. Februar 2005

In **§ 12 ADG-E** werden die Pflichten des Arbeitgebers gegenüber den bisherigen **§§ 2 und 4 des Beschäftigtenschutzgesetzes** in ihrem Anwendungsbereich ausgeweitet. Diese Ausweitung geht über die Anforderungen der Richtlinien hinaus.

Zumindest sollte eine **Exkulpationsmöglichkeit** vorgesehen werden für Arbeitgeber, die Schulungsmaßnahmen gegen Benachteiligungen durchgeführt haben. Wenn der Arbeitgeber seine Beschäftigten zum Zwecke der Verhinderung von Benachteiligungen geschult hat, hat er zunächst alles ihm Mögliche und Erforderliche getan. Sofern ihm keine zusätzlichen konkreten und vom Benachteiligten zu beweisenden Vorwürfe gemacht werden können, dürfen ihm dann die Nachteile der Beweiserleichterung nicht zugerechnet werden können. Eine solche Einschränkung entspricht etwa auch der Rechtsprechung zur Anti-Diskriminierung in Großbritannien, aus der die Richtlinien weitgehend entwickelt worden sind.

FORMULIERUNGSVORSCHLAG DES DIHK FÜR EINEN NEUEN § 12 ABS. 5 ADG-E:

„Kann der Arbeitgeber nachweisen, dass er seine Beschäftigten zum Zwecke der Verhinderung von Benachteiligungen geschult hat, gilt dies als Erfüllung seiner Pflicht zur Ergreifung von Schutzmaßnahmen, es sei denn, dass er ihm zumutbare und erforderliche weitere Maßnahmen schuldhaft unterlassen hat.“

Für weniger schwere Verstöße sollte außerdem als mögliche Reaktion des Arbeitgebers die Ermahnung in die exemplarische Aufzählung in **§ 12 Abs. 2 ADG-E** aufgenommen werden.

Soweit nach **§ 12 Abs. 3 ADG-E** 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. nur bei Vorsatz, haftbar gemacht werden darf. Gerade die Haftung für das Verhalten Dritter ist durch die Richtlinien nicht vorgeschrieben und bedeutet eine enorme und unzumutbare Ausweitung.

Unterabschnitt 3: Rechte der Beschäftigten

Bei den Rechten der Beschäftigten (**§§ 13 ff.**) wird besonders augenfällig, dass diese Regelungen auf selbständige Freiberufler und Gewerbetreibende nicht passen, die nach dem Gesetz in großer Zahl in den Schutzbereich einbezogen werden würden. Entsprechendes gilt für frühere Arbeitnehmer (vgl. Beispielsfälle).

§ 13 ADG-E: Beschwerderecht

Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.

Berlin, 25. Februar 2005

Unklar bleibt in der Regelung des Gesetzesentwurfs, inwieweit jeder Betrieb eine „zuständige Stelle“ einrichten muss. Aus dem Text scheint sich zu ergeben, dass dies jedenfalls nicht der Arbeitgeber oder ein unmittelbarer Vorgesetzter sein soll, ohne konkrete Anforderungen, welche z. B. auch unterschiedliche Betriebsgrößen berücksichtigen könnten, zu formulieren. In der Gesetzesbegründung wird hingegen eine andere Intention deutlich. Gleichzeitig gibt es wohl auch anderweitig keine gesetzliche Verpflichtung, eine solche „Stelle“ überhaupt förmlich einzurichten, so dass eine Klarstellung sinnvoll sein könnte, dass dies im Zweifel doch der Arbeitgeber sein soll. Es ist ohnehin schon merkwürdig, dass man für das Recht, sich bei jemandem zu beschweren, überhaupt eine gesetzliche Regelung benötigt, da dies doch ohnehin selbstverständlich ist, dass man sich – bei wem auch immer – beschweren kann. Dass die Rechte der Arbeitnehmervertretungen hierdurch unberührt bleiben, versteht sich in diesem Zusammenhang von selbst.

VORSCHLAG DES DIHK ZU § 13 ABS. 1 und 2 ADG-E:

Vorschrift streichen

§ 14 ADG-E: Leistungsverweigerungsrecht

§ 14 ADG-E billigt dem Beschäftigten, der sich einer Benachteiligung ausgesetzt sieht, ein Leistungsverweigerungsrecht zu, wenn der Arbeitgeber keine oder offensichtlich ungeeignete Maßnahmen zu deren Beseitigung ergreift. Damit ist für alle Beteiligten eine erhebliche Rechtsunsicherheit verbunden. In der Praxis wird es nämlich jeweils von sehr unterschiedlichen Faktoren abhängig sein, wann und ob eine zur Leistungsverweigerung berechtigende „offensichtlich ungeeignete Maßnahme zur Unterbindung einer Benachteiligung“ tatsächlich vorliegt. Im Streitfall müsste dies jeweils für den konkreten Einzelfall im Nachhinein durch die Rechtsprechung (mit den sich daraus ergebenden Rückabwicklungsproblemen) entschieden werden. Ein Leistungsverweigerungsrecht erscheint zur Rechtswahrnehmung aber auch gar nicht notwendig, da der Beschäftigte, wenn er tatsächlich benachteiligt wird, sofort die Beseitigung der Diskriminierung sowie Ersatz des materiellen und immateriellen Schadens verlangen kann. Diese Wahrnehmung seiner weit reichenden Schutzrechte kann ihm ohne weiteres zugemutet werden, so dass er nicht darauf angewiesen ist, sich anderweitig „in Sicherheit“ zu bringen.

Wenn das Zurückbehaltungsrecht nach § 14 nicht ersatzlos gestrichen wird, wofür gute Gründe sprächen, muss zumindest sichergestellt sein, dass der Arbeitgeber die Möglichkeit hat, die Benachteiligungen zu unterbinden. Dies setzt voraus, dass er Kenntnis von den Benachteiligungen hat - die durch den Beschäftigten selbst problemlos hergestellt werden kann - und die zu ergreifenden Maßnahmen nicht unverhältnismäßig und rechtlich möglich, also zumutbar, sind.

FORMULIERUNGSVORSCHLAG DES DIHK ZU § 14 ADG-E:

Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.

Berlin, 25. Februar 2005

Vorschrift streichen.

Hilfsweise:

„Ergreift der Arbeitgeber **in Kenntnis der Benachteiligung** keine **ihm zumutbaren** Maßnahmen zur ...“

§ 15 ADG-E: Entschädigung und Schadensersatz

Zu begrüßen ist, dass der Gesetzgeber nach wie vor ausdrücklich keinen Kontrahierungszwang oder Beförderungszwang vorsieht (**§ 15 Abs. 5 ADG-E**). Auch ist die Regelung in dem jetzigen Entwurf schon erheblich besser als in vorhergehenden Entwürfen, in denen noch der Abschreckungscharakter eine Rolle spielte und an die finanzielle Potenz des Arbeitgebers angeknüpft wurde. Dennoch erscheinen die in **§ 15** vorgesehenen Sanktionen immer noch überzogen.

Laut Richtlinien müssen die Sanktionen nur sicherstellen, dass der entstandene Schaden tatsächlich und wirksam ausgeglichen oder ersetzt wird, wobei dies auf eine abschreckende und dem erlittenen Schaden angemessene Art und Weise geschehen muss. Es besteht deshalb für den deutschen Gesetzgeber kein Anlass, mit dem zivilrechtlichen Haftungssystem zu brechen und über **§ 15** eine verschuldensunabhängige Entschädigung in das Arbeitsrecht einzuführen.

Im Übrigen kann schon nach bisherigem Zivil- und Arbeitsrecht Entschädigung auch für immateriellen Schaden verlangt werden (z. B. über **§ 823 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG** und **§ 611a Abs. 2 und 3 BGB**). Hilfsweise sollte jedenfalls eine Entschädigungshöchstgrenze vorgesehen werden.

Auch beim Schadenersatz in **§ 15 Abs. 4** muss eine Höchstgrenze eingefügt werden, da andernfalls eine Verpflichtung zum Ersatz entgangenen Lohns bis zum Eintritt des Ruhestands drohen könnte.

FORMULIERUNGSVORSCHLAG DES DIHK ZU § 15 ABS 1 ADG-E:

Vorschrift streichen

FORMULIERUNGSVORSCHLAG DES DIHK ZU § 15 Abs. 4 ADG-E:

„Verstößt der Arbeitgeber.....Schaden **in Höhe von höchstens drei Monatverdiensten** zu ersetzen.“

Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.

Berlin, 25. Februar 2005

§ 16 ADG-E: Entschädigung bei Benachteiligung durch Dritte

Danach haftet der Arbeitgeber auch für Benachteiligungen, die durch Beschäftigte, die im Namen des Arbeitgebers gegenüber anderen Beschäftigten Weisungen erteilen dürfen, in Ausübung dieser Befugnisse erfolgen (**§ 16 Nr. 1 ADG-E**). Nur **§ 16 Nr. 2 ADG-E** enthält den Zusatz, die Haftung setze zusätzlich voraus, dass der Arbeitgeber seine Organisationspflichten aus **§ 12 ADG-E** schuldhaft verletzt hat.

Diese Einschränkung sollte aber auch bei **§ 16 Nr. 1 ADG-E** gelten. Zwar sieht auch **§ 278 BGB** eine Haftung des Unternehmers für seine Erfüllungsgehilfen vor. Dabei geht es aber immer um ein schuldhaftes Verhalten des Erfüllungsgehilfen. Eine entsprechend weit reichende Haftung des Arbeitgebers, der seine Pflichten nach **§ 12** erfüllt hat, auch für weder vorsätzlich noch fahrlässig begangene Benachteiligungen durch weisungsbefugtes Personal erscheint dagegen nicht angemessen. Insbesondere spricht dafür, dass in einer Vielzahl der Fälle – anders als bei einer Haftung nach **§ 278 BGB** - mangels Verschuldens zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein Innenausgleich überhaupt nicht stattfinden können.

Mit der Einräumung eines Schadensersatzanspruches gem. **§ 16** wegen diskriminierenden Verhaltens Dritter berührt der Gesetzentwurf bereits rechtsstaatliche Grundsätze. Es ist eine Sache, einen Arbeitgeber in die Pflicht zu nehmen, innerhalb seiner Belegschaft Diskriminierungen zu vermeiden bzw. abzustellen. Allerdings halten wir die Regelung des **§ 16 Nr. 1** auch in diesem Fall für in hohem Maße unbefriedigend, da der Arbeitgeber Entschädigungsansprüchen schon bei erstmaligen Verfehlungen seiner Arbeitnehmer ausgesetzt sein soll, ohne dass er die Chance hat, entsprechende Maßnahmen zur Korrektur einzuleiten. Dies ist umso unbefriedigender, da er mit demselben Gesetz in den Auswahlkriterien für die Einstellung seiner Arbeitnehmer eingeschränkt wird. Realisiert sich dann ein Risiko, zu dem ihn der Gesetzgeber zuvor gezwungen hat, soll er Schadensersatz zahlen.

Es ist jedoch eine andere Sache, wenn man den Sachverhalt auf Gewerbetreibende und Selbständige erstreckt, mit denen der Unternehmer lediglich über einen Werk- bzw. Dienstvertrag verbunden ist (vgl. Beispiel). Wenn man überlegt, welche Anforderungen der Arbeitgeber umgekehrt erfüllen muss, um bei Verfehlungen seines Arbeitnehmers reagieren zu können, muss dies bei Unternehmern unnötig für Verbitterung sorgen. Mit der Normierung einer Entschädigungspflicht bei diskriminierendem Verhalten durch einen vom Arbeitgeber in keiner Weise mehr zu kontrollierenden Dritten wird schließlich die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers unendlich überspannt.

FORMULIERUNGSVORSCHLAG DES DIHK ZU § 16 ADG-E:

„Der Arbeitgeber ist.....genannten **Grundes durch Beschäftigte erfolgt und der Arbeitgeber seine Verpflichtung aus § 12 Abs. 1 bis 3 schuldhaft verletzt hat.**“

§ 17 ADG-E: Maßregelungsverbot

Die Überschrift von § 17 ist zumindest unglücklich gewählt. Der Begriff der Maßregeln entstammt dem Strafrecht und ist für § 17 nicht geeignet, auch wenn sich das Gesetz mehrfach strafrechtlicher Termini bedient.

Beispiele zur arbeitsrechtlichen Problematik des Gesetzes:

- Ein kleiner Handwerksbetrieb beschäftigt mehrere Griechen. Als eine Stelle frei wird, bewirbt sich ein türkischer Staatsbürger islamischen Glaubens, der einer stark konservativen Glaubensrichtung folgt. Der Arbeitgeber sagt dem Bewerber ab mit der Begründung, dass es wegen der bekannten Spannungen zwischen Griechen und Türken zu Unfrieden in seinem Betrieb kommen könnte. Der Bewerber lässt durch seinen Anwalt mitteilen, dass er den Arbeitgeber unter Berufung auf das Antidiskriminierungsgesetz zur Einstellung andernfalls zum Schadensersatz auffordert. Der Schutz umfasse bereits die Bewerbung und es könne dahinstehen, ob es sich um eine Zurückweisung wegen der ethnischen Zugehörigkeit oder der Religion handele, in jedem Fall sei sie diskriminierend. Der Arbeitgeber habe nun die Beweislast und im Übrigen reiche gem. § 7 Abs. 1 schon der Versuch einer Diskriminierung.
Zur Vermeidung eines Rechtsstreits und des drohenden Schadensersatzes stellt der Unternehmer den Arbeitnehmer ein. Es kommt wie es kommen musste: Der türkische Staatsbürger wird von den griechischen Arbeitnehmern provoziert. Erneut meldet sich der Anwalt des Arbeitnehmers, diesmal mit einer Schadensersatzforderung, weil es dem Arbeitgeber nicht gelingt, die Diskriminierungen zu beseitigen, die langsam auf eine Eskalation zusteuern. Außerdem macht der Arbeitnehmer von seinem Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch und verlangt die Fortzahlung seines Gehalts (§ 14). Vorsorglich macht der Anwalt schon darauf aufmerksam, dass eine Kündigung selbstverständlich nach dem Antidiskriminierungsgesetz ausscheide.
- Eine angestellte Sportreporterin einer Rundfunkanstalt führt unter anderem auch Interviews mit Vertretern von typischen Herrensportarten (Rugby, American Football, Eishockey) durch. Sie fühlt sich unter anderem durch das unverhohlene Interesse der jungen Männer an ihrer Person belästigt. Auch stellt sie fest, dass an den Spinden einzelner Sportler Nacktphotos von Damen zu sehen sind. Sie verlangt von ihrem Auftraggeber Vorsorge zur Vermeidung künftiger Diskriminierungsfälle. Der Arbeitgeber fragt sich, wie er angemessen Vorsorge treffen soll, um seine Reporterin vor dem Umfeld der Interviewpartner entsprechend dem Willen des Gesetzgebers zu schützen. Er befürchtet, dass die Sportler künftig

Berlin, 25. Februar 2005

keine Interviews mehr mit der Rundfunkanstalt durchführen, wenn sie zuvor jedes Mal erst Verhaltensmaßregeln über sich ergehen lassen müssen.

- Eine farbige und gut aussehende Handelsvertreterin für Industriemaschinen, die sich ihre Reiseroute und die zu besuchenden Unternehmen selbst aussucht, fühlt sich immer wieder mit anzüglichen Bemerkungen bei den Kundenbesuchen konfrontiert. Insbesondere ihr individueller Kleidungsstil und ihr exotisches Aussehen finden unter den jeweiligen Fabrikarbeitern regelmäßig hörbaren Anklang. So würden bspw. bereits die Parkwächter der Kundenunternehmen regelmäßig hinter ihr herpfeifen. Darf die Handelsvertreterin unter Hinweis auf § 14 ihre Leistungen einstellen und gleichwohl eine Vergütung verlangen, wenn es dem Hersteller nicht gelingt, was stark zu vermuten ist, das Interesse der männlichen Belegschaft sämtlicher Kunden zu zähmen? Zu erwähnen ist, dass der Unternehmer nicht einmal einen Anspruch darauf hat, von der Handelsvertreterin über ihre Reiseroute und die von ihr vorgesehenen Kundenbesuche informiert zu werden. Würde eine solche Pflicht in den Handelsvertretervertrag aufgenommen werden, hätte der Unternehmer das Risiko, dass ein Gericht darin eine zu starke Einschränkung der unternehmerischen Freiheit sehen würde. Dies hätte zur Konsequenz, dass nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht von einem Handelsvertretervertrag auszugehen wäre, sondern faktisch ein Arbeitsverhältnis mit einer reisenden Arbeitnehmerin vorliegen würde.
- Eine Arbeitnehmerin verlangt Schadensersatz von ihrem Arbeitgeber, weil ihr Chef, dem sie ein sexuelles Interesse unterstellt, ihr regelmäßig am Morgen geschmeidig die Hand gibt und ihr dies einen Tick zu lang erscheint. Zwar fühlt sie sich nicht sexuell belästigt, sie argumentiert aber, dass es darauf nach § 7 Abs. 1 auch nicht ankomme. Sie vermutet, dass ihr Chef ihr die Hand auch aus sexuellen Motiven gebe und schon der Versuch einer sexuellen Belästigung gebe ihr über § 7 Abs. 1 und § 15 einen Schadensersatzanspruch. Sie hält ihre Argumentation auch vor dem Hintergrund anderer Verhaltensweisen ihres Chefs, z. B. seiner begehrlischen Blicke, für plausibel und meint, dass damit ihren Chef die Beweislast für die lautere Gesinnung beim Handschlag treffe. Dieser Gegenbeweis dürfe ihm aber wohl kaum gelingen.
- Eine UPS-Fahrerin und eine Fahrerin des Post-Paketdienstes machen geltend, gelegentlich von den Empfängern der Sendungen "angemacht" zu werden. Konkret gehe es um sexuelle „Anmache“ bzw. – bei einer Fahrerin – um die Kleidung und das Kopftuch, die sie als streng gläubige Muslimin ausweise. Wie sollen die geeigneten Maßnahmen zur Beseitigung dieser Diskriminierung aussehen, damit die Fahrerinnen nicht bei Erhalt ihrer Gehaltsansprüche die Leistung verweigern können?

Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.

Berlin, 25. Februar 2005

- Eine Stellenanzeige mit dem Text: „Junge dynamische Führungskraft gesucht“ dürfte zukünftig bei Verabschiedung des Antidiskriminierungsgesetzes wie in der Entwurfsform wohl unzulässig sein, weil hierin eine Diskriminierung älterer Menschen zu sehen wäre. Spiegelbildlich natürlich dann auch die Stellenanzeige „Erfahrener „alter Hase“ für das Verkaufsgeschäft gesucht“.
- Auch Stellenanzeigen mit der Angabe eines gewünschten Alters eines Bewerbers / einer Bewerberin etwa in der Art: „Unser Wunschkandidat sollte zwischen 30 und 40 Jahren alt sein“ wären wohl potenzielle Streitfälle für die Zukunft.
- Und darf man in einer Stellenanzeige für einen Nachrichtensprecher noch schreiben, dass ein Muttersprachler gesucht wird? Kann man wenigstens noch akzentfreies Deutsch fordern? Oder wo liegen die Grenzen?

Wir vermissen eine Regelung bezüglich des **territorialen Geltungsbereichs** des Gesetzes. Folgt man dem Wortlaut des Gesetzes, könnte der farbige Handelsreisende eines deutschen Industrieunternehmens in Südafrika auf der Basis dieses Gesetzes Ansprüche wegen Diskriminierung gegen den deutschen Hersteller geltend machen, weil er dort immer noch nicht von allen weißen Gesprächspartnern akzeptiert wird. Das kann nicht Ziel des Gesetzes sein. Auch kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Vertreterin eines deutschen Unternehmens im arabischen Raum Vorbehalten begegnen wird, die sie als diskriminierend empfindet. Es dürfte wohl außer Frage stehen, dass es dem deutschen Unternehmer nicht gelingen kann, angemessene Maßnahmen zu ergreifen, damit diese Diskriminierung künftig unterbleibt.

Das Gesetz berührt in erheblichem Maße den **Betriebsfrieden** des Arbeitgebers und zwar keinesfalls nur im positiven Sinne. Bisher gehörte es zu den vornehmsten Aufgaben der Personalleiter eines Unternehmens, bei der Einstellung von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern darauf zu achten, dass sie in den Betrieb und auch an den konkreten Arbeitsplatz passen und nicht Spannungen im Betrieb auslösen. Dies wird nunmehr fast unmöglich gemacht. Ist es wirklich so anrühlich darauf zu achten, dass man nicht in einen Betrieb mit vorwiegend griechischen Arbeitnehmern ausgerechnet einen türkischen Mitarbeiter einstellt, möglichst arabische und israelische Staatsbürger auseinander hält, in einer Abteilung ein möglichst ausgewogenes Verhältnis von Männern und Frauen sucht, in ein Team mit vorwiegend älteren, konservativen Mitarbeitern nicht ausgerechnet einen jungen Arbeitnehmer aufnimmt, der erkennbar aus der Punk-Szene kommt und zur Betreuung von Übergangwohnheimen die Beschäftigung eines bekennenden Neonazis ablehnt? Wer nicht so handelt, verhält sich nach unseren bisherigen Wertemaßstäben verantwortungslos und müsste sich zu Recht der Kritik in der Öffentlichkeit stellen, wenn es bspw. wegen eines solch instinktlosen Verhaltens zu Eskalationen kommt. Mit dem neuen Gesetz wäre das alles kaum noch vermeidbar. Der Ausnahmekatalog der **§§ 8 ff.** reicht insoweit unseres Erachtens nicht aus. Wir haben Zweifel, ob

Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.

Berlin, 25. Februar 2005

mit einem so überzogenen Ansatz des Gesetzgebers wirklich der soziale Friede gefördert wird, wie es das Gesetz bezweckt, oder nicht eher der soziale Friede gefährdet wird.

Abschnitt 3: Schutz vor Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr (§ 20 ff ADG-E.)

Auch soweit der Entwurf die Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr regelt, schießt er über das Ziel hinaus und schafft keinen akzeptablen Interessenausgleich zwischen den berechtigten Interessen der Betroffenen einerseits und der ebenfalls verfassungsrechtlich geschützten Vertragsfreiheit andererseits und wirft so auch erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken auf.

§ 20 ADG-E: Ausweitung des Anwendungsbereichs um weitere Merkmale gegenüber der Richtlinie

Abs. 1 Ziff 1. Massengeschäfte, Ansehen der Person nachrangige Bedeutung

Die Ausweitung des sachlichen Anwendungsbereichs der Richtlinie 2000/43/EG um die Merkmale des Geschlechts, der Religion, der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität geht weit über die Anforderungen der Richtlinie hinaus. Zwar sind in den **§§ 20, 21** Ausnahmetatbestände formuliert, die den Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots begrenzen sollen. Soweit hierin ein Fortschritt gegenüber dem Gesetzentwurf aus dem Jahr 2001 gesehen werden könnte, wird dieser durch die Unbestimmtheit der Formulierungen leider wieder zunichte gemacht. Die gewählten Begriffe sind derart unklar, dass eine Abgrenzung zwischen „zulässiger“ und „unzulässiger“ Benachteiligung, wenn überhaupt, nur unter großer Rechtsunsicherheit möglich ist. Rechtstreitigkeiten in einer Vielzahl von Fällen sind zwangsläufig vorprogrammiert.

Was die „Massengeschäfte“ im Sinne des **§ 20 Abs. 1 Ziff. 1 ADG-E** des Entwurfs anbelangt, erscheint zweifelhaft, ob hierunter tatsächlich nur Geschäfte bei Aldi, Lidl etc., in der Gastronomie oder im Verkehrswesen erfasst sind. In diesem Fall dürfte das über die Richtlinie hinausgehende Diskriminierungsverbot überflüssig sein, weil es im echten Massenverkehr, insbesondere im Einzelhandel, kaum Fälle geben wird, in denen einer Person eine Leistung gerade aus diskriminierenden Gründen verwehrt werden soll. Sollte dies dennoch der Fall sein, so stünden dem Benachteiligten im Übrigen schon heute Ansprüche über die BGB-Generalklauseln (**§§ 138, 826 BGB**) zu.

Gänzlich wertlos wird das Kriterium „Massengeschäfte“ spätestens aber mit der **2. Alternative von Art. 20 Abs. 1 Ziff. 1 ADG-E**, wonach vom Diskriminierungsverbot auch solche Rechtsgeschäfte erfasst werden, bei denen das Ansehen der Person eine Rolle spielt, diese Voraussetzung jedoch eine nachrangige Bedeutung haben soll. Bemerkenswerterweise schweigt sich die Entwurfsbegründung bis auf den beispielhaften Hinweis auf einen großen Wohnungsanbieter aus, welche Rechtsgeschäfte hierunter im Einzelnen zu verstehen sind. Hier stellen sich die Fragen, ab welcher Schwelle das Ansehen der Person nachrangig ist oder noch nicht nachrangig ist, was überhaupt

Berlin, 25. Februar 2005

nachrangig bedeutet und ob Nachrangigkeit nach einem objektivierten Maßstab oder aus Sicht des vermeintlich diskriminierenden Unternehmers zu beurteilen ist. Es steht zu befürchten, dass über diese Alternative letztlich fast jedes Rechtsgeschäft, das nicht schon ohnehin ein Massengeschäft im Sinne der ersten Alternative ist, in den Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots einbezogen werden kann.

Verstärkt wird diese Befürchtung durch den Ausnahmetatbestand der **§ 20 Abs. 5 ADG-E**. Wenn dort Ausnahmen für besondere Nähe- und Vertrauensverhältnisse vorgesehen sind, stellt sich nicht nur wieder die Frage nach der Bestimmtheit. Im Umkehrschluss spricht dies auch dafür, dass sonstige Rechtsgeschäfte, bei denen zwar kein „besonderes“, sondern schlicht ein „normales“ Nähe- und Vertrauensverhältnis gegeben ist, unter **§ 20 Abs. 1 Ziff. 1 ADG-E** subsumiert werden können, der Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots also extrem weit zu interpretieren ist. Hierdurch wird zugleich ein Widerspruch offen gelegt: Wenn das Ansehen der Person einerseits eine nachrangige Bedeutung hat, kann eigentlich nicht gleichzeitig ein Nähe- oder Vertrauensverhältnis gegeben sein.

FORMULIERUNGSVORSCHLAG DES DIHK ZU § 20 ABS. 1 NR. 1 ADG-E:

Zweiten Halbsatz von § 20 Abs. 1 Nr. 1 streichen

Mietverhältnisse

Unklar ist der Anwendungsbereich des Gesetzes insbesondere auch für die besonders brisanten Mietverhältnisse. Sind die Mietverhältnisse generell erfasst, weil sie in **§ 3 ADG-E** ausdrücklich genannt sind, oder nicht, weil es sich zumindest bei privaten Vermietern nicht um Massengeschäfte handelt und es besonders auf das Ansehen der Person ankommt? Für eine Einbeziehung spricht dagegen wieder **§ 20 Abs. 5 ADG-E**, der eine Ausnahme besonders für den Fall vorsieht, dass der Vermieter auf demselben Grundstück wohnt.

Sollten Mietverhältnisse bei aller Verklausulierung doch erfasst sein, möchten wir unsere bereits früher geäußerte Position wiederholen. Wir halten es im Hinblick auf die jetzt schon hohe Zahl an Miet- und Nachbarrechtsstreitigkeiten für unabdingbar, dass der Vermieter sich seinen Mieter nach seinen Vorstellungen aussucht. Hinzu kommt, dass der ausgeprägte Mieterschutz faktisch dazu führt, dass man den einmal gewonnenen Mieter kaum noch wirksam kündigen kann. Deshalb muss der Vermieter die Möglichkeit zur Überlegung erhalten, ob der künftige Mieter zu den übrigen Hausbewohnern passt, ob er - auch nach persönlicher Sympathie - sich vorstellen kann, mit seinem künftigen Mieter gut auskommen zu können oder nicht. Dass er möglicherweise indirekt gezwungen wird, den Vertreter einer der vom Gesetzgeber besonders bedachten Gruppen als Mieter aufzunehmen, um unwägbareren Rechtsstreitigkeiten oder gar Schadensersatzansprüchen aus dem Weg zu gehen, während er eine Familie mit Kindern oder das verschieden geschlechtliche Paar gefahr-

Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.

Berlin, 25. Februar 2005

los wieder wegschicken kann oder möglicherweise sogar muss, ist für uns nicht nachvollziehbar. Befremdlich ist für uns, dass dieser Aspekt mit dazu geführt hat, dass ein früher vorgelegter Gesetzentwurf zu dieser Materie zurückgezogen worden ist, jetzt aber erneut ein Gesetzentwurf mit dieser Konsequenz vorgelegt wird.

Wir können nur dringend empfehlen, dass sich der Gesetzgeber und das Parlament vor der Verabschiedung des Gesetzes bei den Polizeibehörden darüber informiert, wie häufig Streitigkeiten unter Mietern Ausgangspunkt für Gewalttaten sind. Deshalb sollten Mietverhältnisse so weit wie möglich ausgenommen werden.

Privatrechtliche Versicherung

Noch problematischer dürfte sich das neue Benachteiligungsverbot für die Versicherungswirtschaft auswirken, die über **§ 20 Abs. 1 Nr. 2 ADG-E** jetzt ausdrücklich in den Anwendungsbereich mit einbezogen wird. Nicht von ungefähr befürchtet insbesondere die Versicherungswirtschaft bei unverändertem Inkrafttreten des Antidiskriminierungsgesetzes gravierende Rechtsunsicherheiten und finanzielle Belastungen: Unhaltbar scheinen dann die bisher in der Versicherungswirtschaft üblichen Beitragsgruppen, denen in aller Regel die Privilegierung bestimmter Personengruppen zugrunde liegt. Zwar können bei neu abzuschließenden Verträgen die erforderlichen Änderungen bei der Tarifikalkulation berücksichtigt werden. Bei den gegebenenfalls umzustellenden bereits abgeschlossenen und noch laufenden Verträgen aber werden die sich daraus ergebenden finanziellen Differenzen aus Rückstellungen der Unternehmen beglichen werden müssen.

Der Differenzierungsgrund in **§ 21 Nr. 5 ADG-E** entzerrt das Problem nur bedingt. Häufig kommt es vor, dass aufgrund eines bestimmten Merkmals nur erfahrungsgemäß mittelbar von einem erhöhten Risiko auszugehen ist, dieses sich aber nicht oder nur ansatzweise statistisch erfassen lässt, weil nicht ausreichend zuverlässiges Datenmaterial zur Risikoabschätzung zur Verfügung steht. Die Risikoprüfung wird in vielen Fällen aufgrund der Expertise von Fachleuten (z. B. Medizinern) durchgeführt, die wiederum ihre eigenen fachlichen Erfahrungswerte zugrunde legen. Sofern von einem erhöhten Risiko auszugehen ist, das statistisch nicht bzw. nur ansatzweise belegbar ist, steht es bislang jedem Versicherungsunternehmen frei, den Versicherungsantrag abzulehnen. Rechtlich gesehen spielen die Gründe für die Entscheidungen bezüglich der Risikoübernahme bisher keine Rolle. Die Entscheidungsfindungsprozesse sind nicht öffentlich und eine Begründung für die Ablehnung eines Antrags oder einen Risikozuschlag muss nicht gegeben werden. Dies würde sich jedoch mit Einführung des geplanten Diskriminierungsverbots im Zusammenspiel mit der Beweislastregelung ändern.

Weitere beispielhafte Bereiche, die von dem zivilrechtlichen Teil betroffen wären:

- Die **Vergabe von Warenproben** (Schenkungsvertrag) wird zu Mitnahmeeffekten der Nichtzielgruppen bzw. zum unkalkulierbaren Risiko führen. Bei Verteilung auf öffentlichen Plät-

Berlin, 25. Februar 2005

zen würde sich immer jemand finden, der bezeugt, dass gerade Ältere, Ausländer o. ä. nichts bekommen hätten, was zu zahlreichen Prozessen führen könnte und damit Marktveränderungen durch die Einführung neuer Produkte be- bzw. (ver-)hindert.

- Pauschale **Zielgruppenrabatte** zur Gewinnung neuer Käuferschichten (z. B. vom günstigeren Zeitungsabonnement bis zur ADAC-Mitgliedschaft für Jugendliche) oder als Pauschalrabatt für langjährige Kundenkontakte (Seniorenfahrkarten u. ä.) werden dann nicht mehr möglich oder für den Unternehmer zumindest risikobehaftet sein.

§ 22 ADG-E: Ansprüche

§ 22 ADG-E sieht bei einer Diskriminierung neben einem Schadensersatz- und Unterlassungsanspruch auch den Anspruch auf Abschluss des Vertrages vor. Ein solcher Kontrahierungsanspruch ist in der Richtlinie nicht vorgeschrieben und für einen wirksamen Schutz vor Benachteiligung im Privatrecht wohl auch nicht erforderlich. Insoweit dürften Schadensersatzansprüche ausreichend sein. Sofern dennoch am Kontrahierungsanspruch festgehalten wird, sollte entsprechend dem Entwurf aus dem Jahre 2001 ein Anspruch auf Abschluss des Vertrages ausgeschlossen sein, wenn über den Vertragsgegenstand bereits ein Vertrag mit einem Dritten geschlossen worden ist. Der in der Entwurfsbegründung angesprochene **§ 275 Abs. 1 BGB** greift nicht, wenn das Leistungshindernis überwindbar ist. Dies wird insbesondere bei Dauerschuldverhältnissen der Fall sein, z. B. durch Kündigung bei Miete oder Leasing.

Speziell für Dauerschuldverhältnissen halten wir die Begrenzung des Schadensersatzanspruchs der Höhe nach für erforderlich. Auf unsere Argumentation zu § 15 Abs. 4 wird verwiesen

FORMULIERUNGSVORSCHLAG DES DIHK ZU § 22 ABS. 3 ADG-E:

„Bei einer Verletzung ... Schaden zu ersetzen; **bei Dauerschuldverhältnissen wird die Höhe des Schadens auf höchstens drei Monatsentgelte begrenzt.**“

Abschnitt 4: Rechtsschutz

§ 23 ADG-E: Beweislast

Die Beweiserleichterung ist im Zivilrecht lediglich in Bezug auf die Diskriminierung wegen Rasse und ethnischer Herkunft durch **Art. 8 der Richtlinie 2000/43 EG** und in Bezug auf die Diskriminierung wegen des Geschlechts durch **Art. 9 der Richtlinie 2004/113/EG** vorgegeben. Selbst wenn man davon ausgeht, dass in Fällen von Diskriminierung wegen ihrer besonderen Natur für alle beteiligten Parteien eine prozessrechtlich schwierige Beweissituation besteht, ist diese nicht gewichtig

Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.

Berlin, 25. Februar 2005

genug, um die allgemeine Beweislastregel als tragende Säule des Verfahrensrechts durch eine Beweislastumkehr zu ersetzen.

Die Beweiserleichterung führt zudem zu einem für die Unternehmen inakzeptablen Verwaltungs- und Kostenaufwand: Wenn bei jedem nicht zustande gekommenen Rechtsgeschäft niedergelegt werden müsste, warum es gerade mit diesem Vertragspartner nicht abgeschlossen wurde, führt dies zu einem enormen Dokumentationsaufwand. Die Beteiligten sind sich aber oftmals gar nicht darüber bewusst, den Vertragsschluss mit einer unter das Diskriminierungsverbot fallenden Person abgelehnt zu haben, so dass sie völlig überraschend mit einer Diskriminierungsanschuldigung konfrontiert werden.

§ 24 ADG-E: Antidiskriminierungsverbände

Entsprechend den Richtlinien ist das Tätigwerden von Verbänden nur bei einem entsprechenden Wunsch eines Benachteiligten zulässig. Dies wird in **§ 24 Abs. 2 ADG-E** übernommen, wenn sie von einem Betroffenen bevollmächtigt werden oder dessen Beistand sind. Durch die ausdrücklich im ADG-E vorgesehene Möglichkeit der Antidiskriminierungsverbände, sich Schadensersatz- und sogar Entschädigungsforderungen abtreten zu lassen und im eigenen Namen einzuklagen, bekommt die Unterstützungsfunktion der Verbände eine neue, sehr gefährliche Richtung: sie gewinnen ein eigenes Interesse an Diskriminierungen. Zwar sollen die Verbände nicht gewerbsmäßig operieren. Dass die Abgrenzung aber in der Praxis kaum vorgenommen werden kann und dass gleichwohl erhebliche eigenwirtschaftliche Interessen entstehen können, wissen wir aus der Vergangenheit. Hier genügt ein Blick auf die Abmahnszene im UWG. Es sind aus der Vergangenheit ausreichend Fälle bekannt, in denen Vereine, die den Schutz des lautereren Wettbewerbs als Satzungszweck führen, sogar Wettbewerbsverstöße provozierten, um abmahnen und damit Einnahmen erwirtschaften zu können. Es hat großer Anstrengungen des Gesetzgebers und der Gerichte bedurft, um solche Missbräuche in den Griff zu bekommen.

Bei der vorgesehenen Regelung entwickeln wir uns auf die von deutscher Seite immer wieder kritisierten US-amerikanischen Verhältnisse zu. Der Verband könnte Geschädigte förmlich suchen, ihnen rechtliche Vertretung anbieten und als Erfolgshonorar einen bestimmten Prozentsatz des erstrittenen "Gewinns" vereinbaren. Der Erfolgsgrad solcher Verbände könnte an der wachsenden Mitarbeiterzahl und an der Höhe der Gehälter der dort tätigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter bemessen werden. Solche Entwicklungen sollten von vornherein vermieden und eine Abtretung mit Einbehalt der erstrittenen Schadensersatzsumme ausgeschlossen werden.

FORMULIERUNGSVORSCHLAG DES DIHK ZU § 24 ABS. 1 SATZ 2:

Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.

Berlin, 25. Februar 2005

„(.....) aus mindestens sieben Verbänden bilden **sowie als berechtigter Verband anerkannt und in einer der Öffentlichkeit zugänglichen Liste beim Bundesverwaltungsamt eingetragen sind.**“

Abschnitt 6: Antidiskriminierungsstelle

§§ 26 bis 31 ADG-E: Antidiskriminierungsstelle des Bundes, insbesondere § 28

Auf die „Unsitte“ der EU, durch Richtlinien staatliche Stellen vorzuschreiben, wurde bereits hingewiesen. Aber daran lässt sich im vorliegenden Fall wohl nichts mehr ändern.

Dies vorausgeschickt, ist es sinnvoll, dass eine einzige Stelle beim Bund für alle Bereiche der Antidiskriminierung eingesetzt wird. Die Aufgaben und Befugnisse der deutschen Antidiskriminierungsstelle gehen aber über die durch die EU-Richtlinien gesetzten Vorgaben hinaus. Hier ist eine Beschränkung auf diese EU-Vorgaben zu fordern.

Bedenklich erscheint, dass die Antidiskriminierungsstelle des Bundes völlig einseitig auf Benachteiligte und vor allem auf Beschäftigte ausgerichtet ist. Es ist an keiner Stelle vorgesehen, dass sich auch Arbeitgeber, die mit unberechtigten Vorwürfen überzogen werden, an diese Stelle wenden können. Diese Einseitigkeit wird auch in der Darstellung der Auswirkungen von gleichstellungspolitischer Bedeutung deutlich, wo sogar von einer besonderen Ermutigung, sich gegen Diskriminierung zu wehren, gesprochen wird. Bei einer so einseitigen Ausrichtung und Informationskampagne sind Missbrauchsfälle durch unberechtigte Vorwürfe wegen des finanziellen Anreizes ohne jegliches Risiko bereits vorprogrammiert.

Die Antidiskriminierungsstelle muss eine neutrale Stelle sein. Sie darf nicht als reine Beschäftigtenberatungsstelle verstanden werden, die die Beschäftigten umfassend – und auch rechtlich - berät. Die Gesetzesbegründung formuliert, dass „im Mittelpunkt der Beratung stehen wird, die Betroffenen hinsichtlich ihrer neuen Rechte aufzuklären und sie bei der Verfolgung dieser Rechte zu unterstützen“. Danach geht der Gesetzgeber also davon aus, dass es sich nur um ein Angebot für Arbeitnehmer handeln soll bzw. er unterstellt, dass die Personen, die sich an die Stelle wenden, tatsächlich von einer Diskriminierung betroffen sind. Dieser Eindruck wird noch dadurch verstärkt, dass **§ 29 ADG-E** der Antidiskriminierungsstelle nur dann die Befugnis zugesteht, Beteiligte zur Stellungnahme aufzufordern, wenn die Person, die sich an Stelle gewandt hat, dazu ihr Einverständnis gibt. Wenn die Antidiskriminierungsstelle aber tatsächlich unvoreingenommen zwischen den Betroffenen vermitteln soll, macht eine solche Regelung nur Sinn, wenn davon ausgegangen wird, dass eine Anhörung (in der Regel) ohnehin überflüssig sei, weil das einseitig Vorgetragene ja ohnehin stimme. Die Regelung stellt deshalb eine mittelbare Vorverurteilung der Arbeitgeber dar, in deren Inte-

Berlin, 25. Februar 2005

resse es nicht ist, wenn der Bund eine solchermaßen tendenzielle Beratungsstelle einrichtet. Es sollte jedenfalls vorgesehen werden, dass die Antidiskriminierungsstelle in jedem Fall das Recht hat, alle Beteiligten der behaupteten Benachteiligung zur Stellungnahme aufzufordern. Ohne die Stellungnahmen aller Beteiligten schließt sich nämlich der Versuch einer objektiven gütlichen Streitbeilegung per se aus. Darüber hinaus würde ein solches Verfahren allen sonst in „Beschwerdeverfahren“ geltenden Verfahrensgrundsätzen (Recht auf Gehör) widersprechen, wenn einer der Betroffenen nicht gehört und trotzdem vermittelt wird.

Die EU-Richtlinien fordern eigentlich auch gar kein Beratungsangebot. Die Antidiskriminierungsstelle muss lediglich sicherstellen, dass „Opfer von Diskriminierungen auf unabhängige Weise dabei unterstützt werden, ihren Beschwerden wegen Diskriminierung nachzugehen“. Über diese Unterstützungsfunktion geht der vorliegende Entwurf weit hinaus.

Es ist deshalb klarzustellen, dass die Antidiskriminierungsstelle des Bundes zu den rechtlichen Grundlagen des Diskriminierungsschutzes und möglichen externen Anlaufstellen, die sich mit der Thematik befassen, Auskünfte erteilt und nicht eine „Beschäftigten-Beratungsstelle“ des Bundes eingerichtet wird.

Einführung einer Schlichtungsstelle:

Ziel des Gesetzes muss es sein, Diskriminierungen zu vermeiden und denjenigen, die diskriminiert wurden, Genugtuung zu verschaffen. Ersteres kann nur das Ergebnis eines „Erziehungsprozesses“ sein. Dem Betroffenen mag in vielen Fällen eine Entschuldigung des Verletzers mehr Genugtuung verschaffen als eine Zahlung in die Kasse eines Antidiskriminierungsverbands. Der Gesetzgeber trägt solchen Konstellationen an anderer Stelle dadurch Rechnung, dass er die Klage nur zulässt, wenn vorher nachweislich ein Schlichtungsverfahren stattgefunden hat – so etwa bei Ehrverletzungen und Nachbarstreitigkeiten nach § 15 a EGZPO. Es ist völlig unverständlich, dass er in Diskriminierungsfällen diesen Weg offenbar nicht gehen will, zumal es sich dabei oft um typische Ehrverletzungen handeln dürfte. Als Schlichtungsstelle bietet sich die Antidiskriminierungsstelle des Bundes an.

FORMULIERUNGSVORSCHLAG DES DIHK FÜR EINEN NEUEN § 29 a ADG-E:

„§ 29 a Schlichtungsstelle

- (1) Die zur Leitung der Antidiskriminierungsstelle des Bundes bestellte Person bestimmt, dass am Ort der Antidiskriminierungsstelle oder an anderen Orten eine oder mehrere Gütestellen errichtet werden, die jeweils aus einem oder einer vorsitzenden Person und zwei beisitzenden Personen bestehen. Der Vorsitz kann nur von einer Person ausgeübt werden, welche die Befähigung zum Richteramt besitzt. Als beisitzende Personen werden Vertreter oder Vertreterinnen von Unternehmerorganisationen einerseits und von Arbeitnehmer- oder Verbraucherorga-**

Berlin, 25. Februar 2005

nisationen andererseits tätig. Auf eine gleichmäßige Besetzung mit Personen weiblichen und männlichen Geschlechts ist zu achten. Die Tätigkeit ist ehrenamtlich. Die Mitglieder der Gütestellen haben Anspruch auf Aufwandsentschädigung sowie Reisekostenvergütung, Tagegelder und Übernachtungsgelder. Das Nähere regelt eine von der Leitung der Antidiskriminierungsstelle erlassene Richtlinie.

- (2) Die Erhebung der Klage auf Schadensersatz oder Entschädigung auf Grund des § 15 Abs. 1 bis 4 und des § 22 Abs. 1 und 3 ist erst zulässig, nachdem vor einer in Abs. 1 genannten Gütestelle versucht worden ist, die Streitigkeit einvernehmlich beizulegen. Der Kläger oder die Klägerin hat eine von der Gütestelle ausgestellte Bescheinigung über den erfolglosen Einigungsversuch mit der Klage einzureichen. Diese Bescheinigung ist ihm oder ihr auf Antrag auch auszustellen, wenn binnen einer Frist von drei Monaten das von ihm oder ihr beantragte Einigungsverfahren nicht durchgeführt worden ist.“**

Fazit:

Insgesamt geht der deutsche Gesetzesentwurf leider wieder einmal erheblich über das durch die EU-Richtlinien vorgeschriebene Maß hinaus. Dies gilt auch für den arbeitsrechtlichen Teil, obwohl dies erstaunlicherweise immer wieder abgestritten wird. Es ist festzustellen, dass die unklaren Begriffe zu erheblicher Rechtsunsicherheit und vielen Rechtsstreitigkeiten führen werden. Das Gesetz ist geradezu darauf angelegt, es missbräuchlich zu Lasten von Wirtschaft und privaten Vermietern zu verwenden. Es besteht daher erheblicher Änderungsbedarf.

gez. RA Dr. Christian Groß
Leiter des Referats Zivilrecht

Tel.: 030/ 20308-2723

Fax: 030/20308-5-2723

Email: gross.christian@berlin.dihk.de

gez. RA Hildegard Reppelmund
Leiterin des Referats Arbeitsrecht

030/ 20308-2702

030/20308-5-2702

reppelmund.hildegard@berlin.dihk.de