

## Professor *Dr. Volker Rieble*, Stellungnahme zum Entwurf eines Antidiskriminierungsgesetzes (ADG-E) in der öffentlichen Anhörung zum „Antidiskriminierungsgesetz“ des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend vom 7. März 2005

### I. Allgemeines

Der Entwurf setzt mehrere Richtlinien in einem einheitlichen Gesetz um. Diese „große Lösung“, die in vielen Punkten über die Anforderungen der Richtlinien hinausgeht, wirft die Frage auf, ob nur die europarechtlich vorgegebenen Merkmale zu schützen sind.

Von zentraler Bedeutung ist dabei ein Diskriminierungsverbot zum Schutz von Vätern und Müttern mit Blick auf den Familienschutz des Art. 6 GG. Je stärker Minderheiten oder Menschen mit besonderen Merkmalen einen Sonderschutz erfahren, desto eher geraten „Normalmenschen“ ins Hintertreffen, die sich gegenüber solchen geschützten Gruppen auf keinen Sonderschutz berufen können. So führt der Schutz vor Benachteiligungen aufgrund des Alters zu der Gefahr, daß diese Privilegierung zu Lasten der „jungen Familien“ und ihrer Ernährer geht. Dies wird schon heute bei der Sozialauswahl sichtbar, wenn das Alter über die Betriebszugehörigkeit letztlich doppelt prämiert wird. Daher sollten jedenfalls Mütter und Väter in einen Diskriminierungsschutz einbezogen werden.

Auf der anderen Seite bleibt der Entwurf auf halbem Wege stehen: Er beseitigt zwar andere Antidiskriminierungstatbestände, nicht aber § 81 Abs. 2 SGB IX und läßt nicht ansatzweise erkennen, wie sich der Behindertenschutz zum Schwerbehindertenschutz verhält. Systematisch richtig ist es, jene Vorschrift zu streichen, weil Schwerbehinderte vom ADG „erst recht“ geschützt sind.

Das arbeitsrechtliche Antidiskriminierungskonzept des Gesetzes ist – das ist der zentrale Einwand – ausgesprochen intransparent und kann deswegen keine konkrete verhaltenssteuernde Wirkung erzeugen. Das löst zudem erhebliche bürokratische Folgelasten aus: zum einen durch die Notwendigkeit, die – diskriminierungsfreie – Motivation bei nahezu allen arbeitsrechtlich relevanten Maßnahmen zu dokumentieren, von der Einstellung bis zur Zielvereinbarung und der Abmahnung; zum anderen durch die Notwendigkeit, die rechtliche Komplexität zu bewältigen, die sich einerseits aus den unklaren Vorgaben ergibt (vor allem bei der Zulässigkeit von Altersdifferenzierung) und zum anderen aus der Einbettung in das bestehende Rechts- und Regelungssystem.

Der Gesetzgeber verlangt von den Arbeitgebern (und nur von diesen) eine Transparenz mit Blick auf die Diskriminierungs- und Differenzierungskontrolle, die er selbst mit diesem Entwurf nicht leistet. Zudem erwartet der Gesetzgeber von den Tarifparteien, daß diese ihre Regelungen gerade mit Blick auf die Altersdifferenzierung umarbeiten, macht aber bislang keinen Ansatz, seine eigenen Altersdifferenzierungen zu überdenken.

Insofern kommt es eben darauf an, nicht nur eine edle Gesinnung regelnd zu bekunden, sondern zu prüfen, welche Nebenwirkungen gerade dort eintreten, wo nicht diskriminiert wird. Zu diesen Kosten und dem Verwaltungsaufwand sagt die Entwurfsbegründung nichts.

## II. Einzelvorschriften

### 1. § 1

Die ausdrückliche Benennung des Zieles eines Gesetzes ist nicht erforderlich. Obwohl nicht schädlich, verstößt § 1 ADG-E gegen den Grundsatz „lex moneat, non doceat“ und stellt keine Norm dar. Die Verwendung des Begriffes „Rasse“ ist problematisch. Damit wird letztlich die nationalsozialistische Rassenlehre aufgegriffen. Bei der Formulierung „aus Gründen der Rasse“ kommt die in der Gesetzesbegründung gewünschte Distanz zu diesem Begriff nicht hinreichend zum Ausdruck. Daher sollte besser auf die Ethnie abgestellt, oder wenigstens von der „vermeintlichen Rasse“ gesprochen werden.

### 2. § 3

In **Abs. 1** Satz 1 sollte – gerade auch mit Blick auf die Wirrnis in der Entwurfsbegründung BT-Drs 15/4538 S. 30 - klargestellt werden, daß die konkrete Gefahr einer Benachteiligung noch keine Benachteiligung darstellt. Die Erstreckung auf zusammenhängende Merkmale in Abs. 1 Satz 2 ist zwar prinzipiell richtig, in seiner Reichweite aber noch zu unbestimmt. Gerade bei dem Merkmal „Alter“ ist unklar, welche zusammenhängenden Merkmale nicht für Differenzierungen herangezogen werden dürfen. Generell sollten solche Merkmale von Abs. 1 Satz 2 ausgenommen werden, die durch entsprechendes Verhalten beeinflusst werden können, weswegen ältere Arbeitnehmer keinen Diskriminierungsschutz wegen altersbedingter Schwerhörigkeit erfahren, solange sie diese durch Hörgeräte kompensieren können.

Dringend erforderlich ist eine Überarbeitung des Begriffs der Belästigung im **Abs. 3**. Während die Definition der Belästigung in den Richtlinien die Merkmale der Verletzung der Würde und des feindlichen Umfelds kumulativ verknüpft, wird im Entwurf das feindliche Umfeld nur als Beispiel für eine Verletzung der Würde genannt und die Definition somit auf diese Verletzung reduziert. Dadurch weist der Tatbestand der Belästigung eine kaum zu übertreffende Unschärfe auf, die durch die Begründung des Entwurfes, daß auch ein unvorsätzliches und einmaliges Handeln eine Belästigung darstellen könne, weiter verstärkt wird. Die Definition der Richtlinien hingegen zeigt durch das Erfordernis eines feindlichen Umfeldes und die konsequente Verwendung des Plurals in der Beschreibung desselben, daß einzelne Handlungen gerade noch keine Belästigung darstellen.

Sinnvoll ist es, sich an die Definition der sexuellen Belästigung in § 2 Abs. 2 Beschäftigtenschutzgesetz anzulehnen. Durch das Erfordernis einer erkennbaren Ablehnung gewinnt der Tatbestand klare Konturen und es wird verhindert, dass sich der Grundsatz „dulde und liquidiere“ im Diskriminierungsrecht etabliert. Europarechtlich ist eine solche Definition der Belästigung nicht zu beanstanden, da die Richtlinien ausdrücklich die Möglichkeit einräumen, den Begriff der Belästigung im Einklang mit einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten abweichend zu definieren.

### 3. § 4

§ 4 ADG-E ist überflüssig. Mehrfachdiskriminierungen setzen sich aus mehreren einzelnen Diskriminierungen zusammen und bedürfen daher keiner Sonderregelung. Statt dessen sollten aber „Schnittmengendiskriminierungen“ geregelt werden. Werden nur behinderte Frauen benachteiligt, könnte bei enger Auslegung von § 3 ADG-E angeführt werden, daß die Vergleichsgruppen der Behinderten oder der Frauen nicht benachteiligt werden und somit keine Benachteiligung aufgrund *eines* Diskriminierungsmerkmals vorliegt. Daher sollten die Absätze des § 3 ADG-E jeweils Benachteiligungen „aufgrund eines oder mehrerer in § 1 genannten Gründe“ umfassen.

### 4. § 5

§ 5 ADG-E verstößt gegen das Grundgesetz. Art. 3 Abs. 3 GG verbietet jede Differenzierung – mithin also auch die Bevorzugung – aufgrund der dort genannten Merkmale. Eine Ausnahme gilt nur für die Merkmale Geschlecht und Behinderung.

Zum anderen verstößt diese Generalermächtigung gegen die EU-Richtlinien fraglich. Diese räumen das Recht zu „positiven Maßnahmen“ ausschließlich den Mitgliedstaaten selbst ein; § 5 ADG macht hiervon keinen Gebrauch, sondern delegiert diese Befugnis.

### 5. § 6

Die Erstreckung auf Personen, deren Beschäftigungsverhältnis beendet wurde, ist überflüssig. Diskriminierende Kündigungen wirken auf ein bestehendes Arbeitsverhältnis ein. Sämtliche Rechtsbeziehungen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses beruhen auf diesem und werden ohnehin vom Diskriminierungsschutz erfaßt.

Ob arbeitnehmerähnliche Personen vollen Diskriminierungsschutz verdienen, sollte überbedacht werden. Hier besteht die Gefahr, daß die Etablierung eines „Diskriminierungs-Kündigungsschutzes“ die Marktchancen für Existenzgründer (auch: „Ich-AGs“) erschwert, weil jene gerade am Anfang ihrer Tätigkeit häufig von einem Auftraggeber abhängig sind. Hier wird sich der Auftraggeber überlegen müssen, ob er die Gefahr einer Diskriminierungskontrolle auf sich nimmt oder ein Unternehmen beauftragt, das keinesfalls als arbeitnehmerähnliche Person zu qualifizieren ist.

Schon aus systematischen Gründen ist es geboten, in § 6 klarzustellen, ob und inwieweit § 20 Abs. 3 Satz 2 ADG-E zu einer allgemeinen arbeitsrechtlichen Diskriminierungskontrolle in allen personenbezogenen Vertragsverhältnissen führen soll.

Jedenfalls muß klargestellt werden, daß Organmitglieder (GmbH-Geschäftsführer) als solche keinen Diskriminierungsschutz erfahren. Die Abberufung eines Geschäftsführers von seiner Organstellung darf schon wegen des erforderlichen Vertrauens keiner Diskriminierungskontrolle unterworfen sein. Fürsorglich empfiehlt sich eine Ausnahme für besondere „Nähe- oder Vertrauensverhältnisse“ im Sinne des § 20 Abs. 5 ADG-E auch für den arbeitsrechtlichen Teil des Gesetzes.

## 6. § 7

Mit Blick auf § 134 BGB ist **Abs. 2** überflüssig. Einseitige Rechtsgeschäfte werden von der Norm nicht erwähnt. Die Unwirksamkeit von Tarifverträgen sollte besser in einem (erleichterten) Verbandsklagverfahren nach § 9 TVG überprüft werden. Andernfalls besteht die Gefahr, daß verschiedene Gerichte eine Tarifvertragsklausel mal als wirksam, mal als unwirksam ansehen. Da die Tarifvertragsparteien in Rechtstreitigkeiten zwischen einzelnen Arbeitgebern und ihren Arbeitnehmern nicht vertreten sind, wird zudem nur über ein Verbandsklageverfahren gewährleistet, daß die Tarifpartner ihre Erwägungen vor Gericht darlegen können. Aufgrund der vielfältigen Auswirkungen insbesondere des Verbots der mittelbaren Benachteiligung ist zudem eine **Übergangsfrist für bestehende Tarifverträge** erforderlich, damit die Tarifparteien Zeit für die Anpassung ihrer komplexen Regelwerke haben.

**Abs. 3** ist ebenfalls überflüssig. Sowohl für den Arbeitgeber als auch für andere Arbeitnehmer stellen Verstöße gegen Schutzpflichten bzw. die betriebliche Ordnung bereits nach allgemeinen Regeln ein Vertragsverletzung dar. Bei Bewerbern ist eine Verletzung vertraglicher Pflichten völlig unsinnig.

## 7. § 8

**Abs. 1** sollte einen einheitlichen Rechtfertigungsmaßstab (nach Maßgabe des Abs. 1 Nr. 2) enthalten. Die Rechtsprechung des BAG zu § 611a Abs. 1 Satz 1 BGB hat das Merkmal „unverzichtbar“ für die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts bereits einschränkend ausgelegt. Eine Vereinheitlichung bedeutet daher keine richtlinienwidrige Anpassung nach unten.

**Abs. 2** ist überflüssig, da jede Berufung auf spezifische Schutzvorschriften eine Ungleichbehandlung aufgrund des zu schützenden Merkmales darstellt. Gleiches gilt für Abs. 3. Da bereits § 3 Abs. 1 Satz 2 ADG-E die ungleiche Behandlung aufgrund eines zusammenhängenden Merkmales der Ungleichbehandlung aufgrund eines in § 1 ADG-E genannten Grundes gleichstellt, ist eine eigenständige Rechtfertigungsregelung für diese zusammenhängenden Merkmale überflüssig. Weniger ist hier mehr.

## 8. § 9

Der Entwurf erweckt den Eindruck, als wolle er nur den Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften eine Benachteiligungsmöglichkeit einräumen, während die Richtlinie jede Organisation erfaßt, deren Ethos auf einer Religion oder Weltanschauung beruht. Relevant wird dieser Unterschied vor allem in den sog. Tendenzunternehmen, aber auch in rechtlich selbständigen Einrichtungen der Kirchen (Krankenhäuser). Problematisch ist die Beschränkung auf Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften auch mit Blick auf weltanschaulich oder konfessionell geprägte Koalitionen, man denke an den Bund katholischer Unternehmer oder die Christlichen Gewerkschaften. Diese haben kein Differenzierungsrecht. Das kann gegen Art. 9 Abs. 3 GG verstoßen, weil Koalitionen grundsätzlich Zweckautonomie zukommt. Insofern wirft die verengte Fassung des Entwurfes erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken auf. Es sollte die Formulierung aus der Richtlinie 2000/78/EG übernommen werden.

## 9. § 10

Die pauschale Übernahme der Rechtfertigungsmöglichkeiten für eine Altersdifferenzierung aus den Richtlinien verursacht extreme Rechtsunsicherheit: Was ist ein legitimes Ziel? Was heißt Angemessenheit und Erforderlichkeit der Mittel? Dies muß so die Rechtsprechung entscheiden, weswegen die häufige und oft sinnvolle Altersdifferenzierung in bestehenden Regelungssystemen für alle Beteiligten in Frage gestellt wird. Deswegen sollte der Gesetzgeber als Adressat des Art. 6 RL 78/2000/EG für die Kernfragen selbst eine Antwort geben:

- Ist die allgemeine Altersgrenze, die auf den Übertritt in die Altersversorgung abstellt, in Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen noch zulässig?
- Dürfen ältere Arbeitnehmer noch tariflich unkündbar gestellt werden (zu Lasten der jüngeren)?
- Unter welchen Rechtfertigungsaspekten ist ein Entlohnungssystem, das an das Alter anknüpft (Seniorität, Berufserfahrung) zulässig?
- Inwiefern darf im Recht der betrieblichen Altersversorgung an das Alter angeknüpft werden?

Die Unternehmen und Beschäftigten werden durch die Wechselwirkung mit gesetzlichen Arbeitsbedingungen zusätzlicher Unsicherheit ausgeliefert. Das betrifft etwa die Befristungserlaubnis für Ältere nach § 14 Abs. 3 TzBfG. Vor allem aber muß der Gesetzgeber sagen, welche Auswirkungen § 10 ADG-E auf das Gebot der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG hat: Denn dort ist zwar die doppelte Altersprivilegierung (Lebensalter + Betriebszugehörigkeit) vorgeschrieben, doch bleiben große Anwendungsspielräume, die ihrerseits der Altersdiskriminierungskontrolle zugänglich sind, insbesondere die in Auswahlrichtlinien anzutreffenden Punkteschemata. Hier muß der Gesetzgeber selbst die Verantwortung übernehmen, will er nicht riskieren, daß auf Jahre hinaus keine rechtssichere Sozialauswahl mehr möglich ist.

Ähnliches gilt für die Altersbevorzugung bei Abfindungen (im Sozialplan oder nach § 9 Abs. 2 KSchG) bis hin zu verlängerten Kündigungsfristen nach § 622 Abs. 2 BGB. Selbst wenn man verlängerte Kündigungsfristen nach Dienstjahren hinnehmen möchte, ist doch nicht erkennbar, weswegen Beschäftigungszeiten vor dem 25. Lebensjahr auszublenden sind. Weswegen wird der Unverfallbarkeitsschutz des § 1b BetrAVG den „Unter-30-Jährigen“ vorenthalten? Ist es nach § 10 Satz 2 Nr. 4 BetrAVG zulässig, die Versorgungszusage des Arbeitgebers auf Beschäftigungsjahre ab dem 25. Lebensjahr zu beschränken – obschon dies mit Blick auf die Entgeltfunktion der Altersversorgung eine kaum zu rechtfertigende Diskriminierung der Jugend bedeutet? Und dürfen Anwartschaftszuwächse für die Zeit ab dem 60. Lebensjahr beschränkt werden?

## 10. § 11

Der Verweis nur auf § 7 Abs. 1 ADG-E kann mißverstanden werden. Ist eine Ungleichbehandlung im Sinne des § 7 Abs. 1 ADG-E durch die §§ 8 bis 10 ADG-E gerechtfertigt, ist auch eine Ausschreibung des Arbeitsplatzes unter Bezugnahme auf diese Ungleichbehandlung möglich. Daher sollte § 11 ADG-E auf die §§ 7 – 10 ADG-E verweisen. Zudem fehlt eine Definition, was „Ausschreibung“ heißt.

Die bloße mündliche Bekanntgabe freier Stellen auf Betriebsversammlungen oder an Einzelpersonen sollte ausgenommen werden.

#### 11. § 12

Der Pflichtenbereich des Arbeitgebers aus **Abs. 1** muß – wie auch in § 2 Abs. 1 Beschäftigtenschutzgesetz - auf den Schutz vor Benachteiligungen am Arbeitsplatz oder in der beruflichen Sphäre beschränkt werden. Der Arbeitgeber kann nicht zu Schutzmaßnahmen auch für das Privatleben seiner Beschäftigten verpflichtet sein. Klarstellend muß ergänzt werden, daß der Arbeitgeber zu Schutzmaßnahmen nur entsprechend seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit verpflichtet ist.

Gleiches gilt für **Abs. 2**. Nur das Fehlverhalten am Arbeitsplatz bzw. in der beruflichen Sphäre kann vom Arbeitgeber zum Anlaß für Sanktionen genommen werden. Alles andere würde einen unzulässigen Eingriff in das Privatleben der Beschäftigten darstellen.

Auch **Abs. 3** sollte auf Benachteiligungen „am Arbeitsplatz“ begrenzt werden. In der Praxis werden erhebliche Streitigkeiten über „im Einzelfall geeignete, erforderliche und angemessene Maßnahmen“ entstehen. Dem Arbeitgeber kann nicht zugemutet werden, gegenüber belästigenden Kunden grundsätzlich Hausverbote oder Belieferungssperren auszusprechen. Dies würde eine Sanktionierung diskriminierenden Verhaltens der Kunden darstellen, für die nicht der Arbeitgeber, sondern der Staat zuständig ist.

#### 12. § 13

Die Vorschrift ist überflüssig, weil jeder Arbeitnehmer bereits aus § 84 BetrVG ein Beschwerderecht hat. Zudem müßte das Verhältnis beider Normen klargestellt werden.

#### 13. § 14

Allein durch unterschiedliche Ziele lassen sich ansonsten gleiche Normen nicht rechtfertigen. Wenn § 14 ADG-E bei geringerer Eingriffstiefe als § 273 BGB greifen soll, ist dies ausdrücklich zu benennen. Verfolgt die Norm ein anderes Ziel, stellt aber gleiche Anforderungen an die Voraussetzungen eines Leistungsverweigerungsrechtes, kann sie gestrichen werden.

Andernfalls sollte jedenfalls klargestellt werden, daß geringfügige Belastungen mit Blick auf § 320 Abs. 2 BGB keine „Selbstbeurlaubung“ rechtfertigen. Zudem muß prozedural geregelt werden, daß der Arbeitnehmer zuerst seine Benachteiligung und damit sein Begehren nach Abhilfe durch den Arbeitgeber geltend machen muß und sich sodann vor dem Fernbleiben von der Arbeit auf das Leistungsverweigerungsrecht berufen muß. Andernfalls kann die Vorschrift als Generalentschuldigungsgrund für Fernbleiben von der Arbeit genutzt werden.

#### 14. § 15

Durch die Gefährdungshaftung in **Abs. 1** muß der Arbeitgeber ein diskriminierungsfreies Umfeld garantieren – ab Beginn der Ausschreibung eines Arbeitsplatzes bis zu dessen Abschaffung. Die Feststellung des EuGH, daß eine verschuldensabhängige Haftung als Sanktion unzureichend sei,



läßt sich nicht pauschal von der Einstellung auf alle Benachteiligungsfälle übertragen. In bestehenden Arbeitsverhältnissen haben die Beschäftigten schon durch das Leistungsverweigerungsrecht ein wirkungsvolles Druckmittel gegen den Arbeitgeber, das ebenfalls unabhängig von einem Verschulden besteht.

Für diese verschuldensunabhängige Haftung hatte der EuGH zum Ausdruck gebracht, daß eine Begrenzung der Haftungssumme zulässig sein kann. Auch wenn eine Bemessung der Höchstgrenze nach dem Monatseinkommen für nicht sachgerecht erachtet wird, ist damit noch nicht gesagt, daß es überhaupt keine sachgerechte Höchstgrenze gibt. Hält man sich vor Augen, daß § 23 Abs. 3 Satz 5 BetrVG durchaus in der Lage ist, mit 10.000 € eine absolute Obergrenze für strafähnliche Ordnungsgelder festzulegen, kann auch im Diskriminierungsrecht eine vergleichbare Regelung gefunden werden.

Bei **Abs. 2** fällt auf, daß das „Irrtumsprivileg“ auf Kollektivverträge beschränkt ist. Damit wäre der Arbeitgeber für die Anwendung diskriminierender Gesetze, die wegen Verstoßes gegen Art. 3 GG unwirksam sind, im vollen Umfang entschädigungspflichtig. Besonders trifft dies den Staat als Arbeitgeber. Daher ist Absatz 2 entsprechend auf Gesetze auszudehnen.

Tarifparteien sind selbst nicht zur Entschädigung für diskriminierende Tarifnormen verpflichtet, ebensowenig die Betriebsparteien oder eine Einigungsstelle. Das erstaunt angesichts des vom Entwurf behaupteten Unrechtscharakters. Gerade Altersdifferenzierungen fallen stark in die Verantwortung der Kollektivparteien. Praktisch kann diese Frage auch werden, wenn es um den Arbeitsplatzverlust durch Tarifdispens geht. Wenn die Tarifparteien einem Betrieb, der überwiegend ungelernete Frauen beschäftigt, die Zustimmung zur Standortsicherung verweigern (vgl den Fall Märklin), so kann diese mittelbare Frauenbenachteiligung auch daran liegen, daß nur wenige Frauen des Betriebes organisiert sind.

Bei Bewerbungen hilft die Ausschlußfrist des **Abs. 3** nicht, weil der Arbeitgeber den Zugang der Ablehnung nicht effektiv beweisen kann. Wegen der Beweislage müßte er seine Auswahlentscheidung umfassend dokumentieren und hierzu die Bewerbungsunterlagen aller Bewerber ad ultimo aufbewahren. Es fehlt eine absolute Frist von beispielsweise einem Jahr ab Stellenvergabe.

**Abs. 4** ist überflüssig. Da jede Benachteiligung eine Pflichtverletzung darstellt, sind die Voraussetzungen für den Schadensersatzanspruch nach Abs. 4 mit denen für einen Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB identisch.

## 15. § 16

Nr. 2 ist in seiner kumulativen Verknüpfung der beiden Voraussetzungen „Benachteiligung durch Beschäftigte oder Dritte“ und „Verletzung der Pflichten aus § 12 Abs. 1 bis 3 ADG-E“ zu weit. Vielmehr ist erforderlich, daß der Betroffene benachteiligt wurde, *weil* der Arbeitgeber seine Pflichten verletzt hat, mithin eine **Kausalität** zwischen der Pflichtverletzung und dem Erfolg vorliegt. Andernfalls wäre nicht einmal erforderlich, daß gerade der Betroffene durch die verletzte Pflicht geschützt werden sollte.

Darüber hinaus muß das Verhältnis der Ansprüche aus § 16 Nr. 2 und § 22 Abs. 3 geklärt werden. Es dürfte sich um eine Gesamtschuld im Sinne des § 421 BGB handeln, so daß auf den Gesamtschuldnerausgleich zwischen Arbeitgeber und Drittem nach § 426 Abs. 1 BGB mangels ausdrücklicher Regelungen der Maßstab des § 254 BGB anzuwenden ist. Dabei dürfte regelmäßig das handlungsbezogene Verschulden des benachteiligenden Dritten das Verschulden des Arbeitgebers, mangelnde Schutzvorkehrungen getroffen zu haben, übersteigen.

Handelt es sich bei dem Dritten um einen Arbeitnehmer, ist mehr als fraglich, ob die Arbeitnehmerhaftungsprivilegien Anwendung finden. Zwischen Arbeitnehmern wird es vielfach um zwischenmenschliche Belästigungen gehen, die nicht im vom Arbeitgeber organisierten Arbeitsprozeß ihre Ursache haben. Deswegen muß der Gesetzgeber gewärtigen, daß seine Sanktionen vielfach auf die handelnden Arbeitnehmer überwältigt werden können.

#### **16. § 17**

Die Norm ist überflüssig, weil § 612a BGB bereits ein Maßregelungsverbot enthält. Zudem ist sie unsauber formuliert, weil sie (anders als § 612a BGB) nicht hinreichend klarstellt, daß die Inanspruchnahme von Rechten in zulässiger Weise erfolgen muß.

#### **17. § 18**

Die Möglichkeit, die Abs. 2 dem Betriebsrat oder einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft einräumt, ist schlechthin systemfremd. Das Verfahren nach § 23 Abs. 3 BetrVG sichert spezifische betriebsverfassungsrechtliche Pflichten, während mit dem Diskriminierungsverbot allgemeine Rechtspflichten des Arbeitgebers betroffen sind. Das Beschlußverfahren mit Amtsermittlung und Kostenfreiheit paßt als Verfahrensart nicht. Deutlich wird das im betriebsratslosen Betrieb, bei dem dann die Gewerkschaft ein betriebsverfassungsrechtliches Beschlußverfahren einleiten kann. Angesichts der Möglichkeit zur Verbandsklage gem. § 24 ADG-E und des gewerkschaftlichen Rechtsschutzes ist dieses Verfahren überflüssig.

Vor allem aber führt es zu einer mit Blick auf das Rechtsstaatsprinzip bedenklichen Bevormundung des Betroffenen: Denn die Verbandsklage wie gewerkschaftlicher Rechtsschutz setzen voraus, daß das betroffene Individuum einwilligt. Hier dagegen kann über seinen Kopf, ja gegen seinen ausdrücklichen Willen entschieden werden. Bei nicht offenkundigen Diskriminierungsmerkmalen (sexueller Identität, Behinderung) könnten Betriebsrat und Gewerkschaft sogar zum „Zwangs-Outing“ greifen. Das ist abseitig.

#### **18. § 19**

Diese Norm ist in nahezu allen Bestandteilen völlig unklar. Die Richtlinien zielen auf die Großverbände des Arbeitslebens, also die Tarifparteien. Nr. 1 hingegen erfaßt auch Kleinstvereinigungen, die ihrerseits gerade von diskriminierungsgeschützten Minderheiten gegründet sein können. Ein pauschaler Aufnahmeanspruch nähme solchen Gruppen das von Art. 9 Abs. 3 GG garantierte Recht, sich selbst beschränkt auf eigene Betroffenheit zu organisieren und überspielte ihre freie kollektive Entscheidung zu den persönlichen Mitgliedsvoraussetzungen. Hierin liegt ein unzulässiger Eingriff in die mit der Koalitionsfreiheit verbundene



Zwecksetzungsautonomie. Ferner ist unklar, wie in Nr. 1 Arbeitgeberverbände von Unternehmensverbänden abzugrenzen sind.

Ebenfalls ungeklärt ist die Reichweite von Nr. 2 2. Alt. Fallen unter diese Vereinigungen auch Sportvereine, Parteien und Netzwerke? Unverständlich ist schließlich die Erwähnung der „jeweiligen Zusammenschlüsse“. Sind damit Dachverbände gemeint, so können die für eine Mitgliedschaft einzig in Betracht kommenden Vereine und Verbände keine Diskriminierungsmerkmale aufweisen. Ein einzelnes Individuum kann aber keinen Anspruch auf Mitgliedschaft haben, ohne daß dies einen Eingriff in die Organisationsfreiheit der Verbände darstellen würde.

Schließlich ist zu klären, was „Mitwirkung“ bedeutet. Verbandsinterne Ämtervergabe und vor allem Wahlakte können keiner Diskriminierungskontrolle unterzogen werden.

#### **19. § 24**

Die Abtretbarkeit der Forderungen aus dem ADG-E ist von den Richtlinien nicht gefordert. Um die mit Abs. 4 verfolgten Ziele zu erreichen, reichte eine Prozeßstandschaft der Antidiskriminierungsverbände.

Das gewährleistet zudem, daß die Rechte des Betroffenen primär in seinem Interesse ausgeübt werden und nicht im Interesse des Verbandes.

#### **10. § 33**

Die Norm ist überflüssig. Selbst angesichts der vielen lediglich feststellenden Normen im ADG-E bleiben selbstverständlich allgemeine Bestimmungen anwendbar, soweit das Gesetz nicht etwas Abweichendes bestimmt.