

Berlin, im September 2004
Stellungnahme Nr. 44/2004

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins

durch den Ausschuss Arbeitsrecht

zum

Entwurf eines Gesetzes zum Schutz vor Diskriminierungen (Antidiskriminierungsgesetz - ADG) der Projektgruppe EuRi des Ministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend

Mitglieder des Ausschusses Arbeitsrecht

Rechtsanwalt Prof. Dr. Heinz Josef Willemsen, Düsseldorf
Rechtsanwalt Prof. Dr. Kurt Bartenbach, Köln
Rechtsanwalt Dr. Jobst-Hubertus Bauer, Stuttgart
Rechtsanwalt Paul-Werner Beckmann, Herford
Rechtsanwalt Walther Behrens, Hamburg
Rechtsanwalt Ulrich Fischer, Frankfurt
Rechtsanwalt Roland Gross, Leipzig
Rechtsanwalt Dr. Wolfdieter Küttner, Köln
Rechtsanwältin Angela Leschnig, Würzburg
Rechtsanwalt Dr. Hans-Georg Meier, Berlin
Rechtsanwalt Prof. Dr. Klaus Neef, Hannover
Rechtsanwältin Dr. Ulrike Schweibert, Frankfurt
Rechtsanwalt Ulrich Zirnbauer, Nürnberg

zuständiger DAV-Geschäftsführer:

Rechtsanwalt Dr. Peter Hamacher, Berlin

Verteiler:

Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend

An die Mitglieder des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend des Deutschen Bundestages

An die Mitglieder des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit des Deutschen Bundestages

Bundesrat

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände

Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit

Deutscher Gewerkschaftsbund

Deutscher Arbeitsgerichtsverband e.V.

Deutscher Steuerberaterverband

Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)

Bund der Richterinnen und Richter der Arbeitsgerichtsbarkeit

Bundesarbeitsgericht

An die Mitglieder des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages

An die Mitglieder des Vorstandes des Deutschen Anwaltvereins e.V.

An die Vorsitzenden der Landesverbände des Deutschen Anwaltvereins e.V.

An die Vorsitzenden der Fach- und Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins e.V.

Bundesministerium der Justiz

Bundesrechtsanwaltskammer

An die Rechtsanwaltskammern in der Bundesrepublik Deutschland

An die Justizministerien und Justizverwaltungen der Bundesländer der Bundesrepublik Deutschland

An die Mitglieder des Ausschusses Arbeitsrecht des Deutschen Anwaltvereins

An die Mitglieder des Geschäftsführenden Ausschusses der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht des Deutschen Anwaltvereins

An die Ministerien für Arbeit der Länder

An die Landesarbeitsgerichte in der Bundesrepublik Deutschland

Forum Junge Anwaltschaft

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der Berufsverband der deutschen Rechtsanwälte und repräsentiert die Mehrheit der selbständig tätigen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte in Deutschland. Er vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene. Außerdem vertritt der Deutsche Anwaltverein die Interessen der Anwaltsnotare und Anwaltsnotarinnen.

Das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend hat den Entwurf eines Gesetzes zum Schutz vor Diskriminierungen (**Antidiskriminierungsgesetz -ADG**) der Projektgruppe EuRi vorgelegt und den einschlägig betroffenen und interessierten Verbänden zur Stellungnahme zugeleitet.

Der Arbeitsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins (DAV) hatte bereits im März 2004 zu dem Eckpunktepapier des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend vom 03. September 2003 betreffend die Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien Stellung genommen. In Anknüpfung an diese erste Stellungnahme (Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins Nr. 11/2004) hat der Ausschuss sich mit den arbeits- bzw. beschäftigungsrechtlich relevanten Bestandteilen dieses Artikel-Gesetzes befasst.

I. Vorbemerkung

Die Bundesrepublik Deutschland befindet sich mit der Umsetzung der **EU-Richtlinien 2000/43/EG, 2000/78/EG und 2002/73/EG** teilweise im Verzug.¹ Der Arbeitsrechtsausschuss begrüßt deshalb, dass nunmehr der Entwurf eines Umsetzungsgesetzes vorliegt. Um weitere Rechtsunsicherheiten und Sanktionen der Kommission zu vermeiden, sollten das Gesetzgebungsverfahren umgehend zum Abschluss gebracht und die europarechtlichen Vorgaben der Richtlinien in das nationale Recht umgesetzt werden.

Der jetzt vorliegende Entwurf wird vom Arbeitsrechtsausschuss des DAV im Wesentlichen als Schritt in die richtige Richtung bewertet. Gleichwohl bleibt anzumerken, dass im Hinblick auf die von der Bundesjustizministerin Zypries formulierten Zielrichtung einer „**Antidiskriminierung mit Augenmaß**“ aus Sicht des Arbeitsrechtsausschusses noch eine Reihe von Modifikationen sinnvoll erscheinen. Darüber hinaus erscheinen auch an einigen Stellen des Entwurfs im Interesse einer maximalen Rechtsklarheit und einer europarechtskonformen Umsetzung Ergänzungen, Präzisierungen oder Anpassungen erforderlich. Auf einige wesentliche Punkte möchte der Ausschuss bereits jetzt hinweisen, auch wenn der Entwurf des Gesetzes zum Schutz vor Diskriminierungen noch nicht als offizieller Referenten- oder Regierungsentwurf vorliegt. Der Ausschuss behält sich jedoch vor, zu einem ggf. veränderten Entwurf ergänzend Stellung zu nehmen.

II. Stellungnahme zum Gesetz über die Stelle des Bundes zum Schutz vor Diskriminierungen (Antidiskriminierungsstellengesetz - ADStG)

¹ Die Umsetzungsfrist der Richtlinie 2000/43/EG ist zum 19. Juli 2003 abgelaufen; die Umsetzungsfrist der Richtlinie 2000/78/EG ist bzgl. Religion, Weltanschauung und sexuelle Identität zum 02.12.2003 abgelaufen; bzgl. Alter und Behinderung wurde gemäß Art. 18 der Richtlinie eine Verlängerung der Umsetzungsfrist bis zum 02.12.2006 beantragt; die Umsetzungsfrist für die Richtlinie 2002/73/EG läuft erst zum 05. Oktober 2005 ab.

Die in **§ 2 Abs. 2 ADSG** vorgesehene Beratung und tätige Mithilfe der Antidiskriminierungsstelle bei der gütlichen Beilegung von Streitigkeiten ist von den Richtlinien nicht gefordert. Nach den umzusetzenden Richtlinien haben die Mitgliedstaaten lediglich sicherzustellen, dass die Antidiskriminierungsstelle *„Opfer von Diskriminierungen auf unabhängige Weise dabei (....) unterstützen, ihrer Beschwerde wegen Diskriminierung nachzugehen.“*

Der Arbeitsrechtsausschuss steht dem Beratungs- und Vermittlungsauftrag, der der Antidiskriminierungsstelle des Bundes in dem Entwurf erteilt wird, schon deshalb kritisch gegenüber, weil er über die in der Richtlinie angelegte Unterstützungsfunktion hinausgeht. Zudem sprechen auch grundsätzliche Erwägungen gegen einen derartig weit gefassten Auftrag: Es ist Aufgabe der Gewerkschaften und der sachlich zuständigen Verbände sowie der rechtsberatenden Berufe, die konkrete und individuelle Rechtsberatung und Unterstützung bei einer Einigung zwischen streitenden Parteien zu bewirken. Beratungshilfe und Prozesskostenhilfe sind ausreichende Mittel, um eine effektive Rechtsberatung und Rechtsverfolgung zu bewirken.

Ein Bedürfnis für eine staatliche Rechtsberatung und Mithilfe bei der Rechtsdurchsetzung besteht nicht und ist auch unter Gesichtspunkten der grundgesetzlich geforderten Gewaltenteilung bedenklich. Sie wäre zudem völlig fehl am Platze, wenn es um die Diskriminierung von Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst geht.

Schließlich ist zu fragen, ob die gemäß der Begründung des Gesetzentwurfes vorgesehenen Finanzmittel ausreichen können, um die Rechtsberatung sowie die Mithilfe bei der Streitbeilegung im Einzelfall zu finanzieren. Sollte der Gesetzgeber an diesen Aufgaben für die Antidiskriminierungsstelle festhalten, muss dies aus Sicht des Ausschusses zwangsläufig zu einer deutlichen Ausweitung der zur Verfügung gestellten Mittel im Bundeshaushalt führen – ein Umstand, der insbesondere im Hinblick darauf, dass weder eine europarechtliche Verpflichtung noch eine sonstige Notwendigkeit besteht, mehr als problematisch erscheint.

III. Stellungnahme zum Gesetz zum Schutz vor Diskriminierungen in Beschäftigung und Beruf (Arbeitsrechtliches Antidiskriminierungsgesetz-AADG)

Vorbemerkung:

Der Titel des Gesetzes ist irreführend. Gegenstand der umzusetzenden Richtlinien ist die Ungleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf - ein Terminus, der nicht mit dem Begriff des „Arbeitsrechts“ gleichzusetzen ist.

1. Zu § 2 Abs. 2 AADG

Entsprechend den europarechtlichen Vorgaben, wonach es um Fragen der Ungleichbehandlung in "Beschäftigung und Beruf" geht, beschränkt sich der Anwendungsbereich des AADG nach **§ 2 Abs. 2 AADG** nicht nur auf Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, sondern schließt arbeitnehmerähnliche Personen ebenso ein wie Richter, Beamte und Soldaten.

2. Zu § 4 Abs. 3, 4 AADG

In **§ 4 Abs. 3 und 4 AADG** heißt es, dass eine Belästigung bzw. sexuelle Belästigung vorliegt, wenn unerwünschte Verhaltensweisen eine Benachteiligung bezwecken oder bewirken. Der Gesetzgeber sollte die in dieser Vorschrift enthaltenen Begriffsbestimmungen mit subjektiver Ausrichtung, insbesondere den Begriff der unerwünschten Verhaltensweisen, durch objektive Kriterien präzisieren und so der Gefahr einer rein subjektiv determinierten "Mimosen-Justiz" entgegenzutreten. Dabei könnte auf die Formulierung in der Begründung zum Gesetzentwurf zurückgegriffen werden. Dort heißt es, dass der Handelnde aus Sicht eines objektiven Betrachters davon ausgehen können muss, dass sein Verhalten unter den gegebenen Umständen vom Betroffenen nicht erwünscht ist oder auch nicht akzeptiert wird.

3. Zu § 5 AADG

Nach **§ 5 Abs. 1 Nr. 1 AADG** soll eine unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts nur zulässig sein, wenn das Geschlecht wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit „*unverzichtbare Voraussetzung*“ für die Tätigkeit ist. Ungleichbehandlungen aus den anderen von dem Diskriminierungsverbot erfassten Gründen sollen demgegenüber nach **§ 5 Abs. 1 Nr. 2 AADG** möglich sein, wenn die Gründe „*wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung*“ darstellen, „*sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderungen angemessen*“ sind. Der Arbeitsrechtsausschuss hält die Abstufung in den Rechtfertigungsgründen nach wie vor für nicht sachgerecht: *Zum einen* sollte im Interesse eines schlanken Gesetzes möglichst mit einheitlichen Begrifflichkeiten gearbeitet werden. *Zum anderen* wird in der Praxis durch einen Verzicht auf den Rechtfertigungsgrund der „*unverzichtbaren Voraussetzung*“ das bisher durch § 611a Abs. 1 BGB bestehende Schutzniveau nicht abgesenkt (was gemäß Art. 8 Abs. 2 der RL 2002/73/EG unzulässig wäre), da die Rechtsprechung den Begriff bereits sehr weit interpretiert und damit die an sich hohen Hürden abgesenkt hat (*Schlachter* spricht demgemäß im Erfurter Kommentar, 4. Auflage, § 611a BGB, Rdnr. 22, von einer „*missglückten*“ Begriffsbildung).

Aus Sicht des Arbeitsrechtsausschusses sollten die Rechtfertigungsgründe des **§ 5 Abs. 1 Nr. 2 AADG** auch für eine Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts gelten.

Der Ausschuss schlägt zudem vor, dass klargestellt wird, dass auch eine rechtmäßige und mit den europarechtlichen Vorgaben vereinbare **unternehmerische Zweckbestimmung** eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigt. Diese unternehmerische Zweckbestimmung im Sinne einer Tendenzvorgabe muss objektivierbar sein und damit dem Missbrauch nicht zugänglich. Auf diese Weise soll sichergestellt werden, dass auch zukünftig Angebote, vor allem im Dienstleistungsbereich, für spezielle Nachfragegruppen unternehmerisch in der Weise abgedeckt werden können, dass die dafür erforderlichen subjektiven personellen Voraussetzungen an die Beschäftigten als Auswahlkriterium zulässig bleiben (z.B. Fahrlehrerin für Frauenfahrschule, weibliches Sicherheitspersonal für Frauenhotel, Trainerinnen in einem Frauenfitnessstudio).

4. Zu § 7 AADG

Der Arbeitsrechtsausschuss weist auf einen ungelösten Wertungswiderspruch bei der Umsetzung der Vorgaben hinsichtlich der Diskriminierung wegen Alters hin: *Einerseits* hat man sich entschlossen, ungeachtet der Möglichkeit, mit der Umsetzung noch bis zum 02.12.2006 zuzuwarten, auch die Frage der Zulässigkeit der Ungleichbehandlung wegen des Alters zu regeln. *Andererseits* hat man es aber

unterlassen, sich hinreichend mit der Frage auseinander zu setzen, ob und ggf. inwieweit die bestehenden Gesetze, die an das Alter als Differenzierungskriterium anknüpfen, im Lichte der Richtlinie und dem zukünftig geltenden Diskriminierungsverbot zukünftig noch Bestand haben können.

Dies gilt beispielsweise für **§ 1 Abs. 3 und § 9 Abs. 2 KSchG**, die jeweils gesetzlich eine im Verhältnis günstigere Behandlung von älteren Arbeitnehmern gegenüber jüngeren Arbeitnehmern anordnen.

Der Arbeitsrechtsausschuss ist der Auffassung, daß im Falle der vollständigen Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG das Alter als pauschales Differenzierungskriterium bei der Sozialauswahl u.U. nicht mehr aufrecht erhalten werden kann. Zwar könnte erwogen werden, den dahinter stehenden Differenzierungsgrund der Aussichten auf dem Arbeitsmarkt aufzunehmen. Dies würde aber erhebliche Probleme in der Rechtsanwendung und Beurteilung der konkreten Umstände des Einzelfalls mit sich bringen. Dies gilt gleichermaßen für die Frage der festzusetzenden Abfindungshöhe.

Der Arbeitsrechtsausschuss ist sich im Klaren darüber, daß damit tief in das bisherige und soeben novellierte System des Kündigungsschutzes eingegriffen wird. Er verweist in diesem Zusammenhang auf seine Stellungnahme zur Reform des Kündigungsrechtes von 2003.

Der Gesetzgeber dürfte zudem nicht umhinkommen, z.B. auch die Regelungen in **§ 3 Ziffer 9 EstG, § 622 BGB, § 14 Abs. 3 TzBfG** einer kritischen Überprüfung zu unterziehen. Im Zentrum muss dabei stehen, ob legitime Ziele, also insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung für die Berücksichtigung des Alters der Beschäftigten vorliegen und ob die angewandten Mittel angemessen und erforderlich sind. Die Prüfung muss auf gesicherten empirischen Erkenntnissen bezüglich der unterschiedlichen Gruppen basieren und kann nicht mehr ohne weiteres von pauschalen und nicht fundierten Annahmen ausgehen. Mit anderen Worten, der Gesetzgeber muss eine politische Abschätzung vornehmen, die nicht abstrakt und generell, sondern immer nur konkret bezogen auf die jeweilige Situation des Mitgliedsstaates ausgerichtet sein muss.

Der Entwurf, der sich auf die Übernahme des Wortlauts des Artikels 6 der Richtlinie 2000/78/EG beschränkt, erweckt den Eindruck, dass eine hinreichende Auseinandersetzung mit diesen Fragen bislang nicht stattgefunden hat.

Der Arbeitsrechtsausschuss bezweifelt, dass angesichts der konkreten Arbeitsmarktsituation und der Vorgabe der Beschäftigungspolitik und der Fragen der beruflichen Bildung tradierte altersbezogene Grenzen, Vorgaben und Unterscheidungen ohne weiteres gerechtfertigt sind.

5. Zu § 8 AADG

Die Richtlinien stellen es in die politische Entscheidung der Mitgliedsstaaten, positive und spezifische Maßnahmen zur Förderung benachteiligter Gruppen beizubehalten oder einzuführen.

Der Arbeitsrechtsausschuss ist der Auffassung, daß **§ 8 AADG** vor diesem Hintergrund zu weit gefasst ist. Denn nach seinem Wortlaut wäre es zulässig, dass ein Arbeitgeber eine unterschiedliche Behandlung von Beschäftigten durchführt, weil er aus Gründen subjektiver Bewertung Nachteile einer Beschäftigungsgruppe ausgleichen will.

Der Arbeitsrechtsausschuss ist der Auffassung, daß solche "positiven Maßnahmen" ausschließlich vom Gesetzgeber, ggf. von den Tarifvertragsparteien ergriffen werden dürfen, weil ansonsten die Gefahr besteht, dass auf der Ebene der Rechtsanwendung das Ziel der Richtlinie, unterschiedliche Behandlung zu vermeiden, unterlaufen wird. Nach der Auffassung des Arbeitsrechtsausschusses soll es nicht so sein dürfen, daß ein Arbeitgeber bevorzugt Gruppen von Beschäftigten mit bestimmten Kriterien einstellt, z. B. der sexuellen Identität oder der ethnischen Herkunft, mit der Begründung, diese Gruppen seien in der Gesellschaft oder in bestimmten Berufsgruppen benachteiligt. Solche »*affirmative actions*« sind ausschließlich Aufgabe staatlicher Gestaltung des Arbeitsmarktes und können nicht in das Belieben einzelner Arbeitgeber gestellt werden.

6. Zu § 12 AADG

Von den Richtlinien ist die Einrichtung einer **gesonderten** Beschwerdestelle **nicht** gefordert. Nach Auffassung des Arbeitsrechtsausschusses sollte sie nicht zuletzt im Interesse der Vermeidung unnötiger bürokratischer Verfahren und Hürden unterbleiben.

Insbesondere in den Fällen, in denen die Einrichtung von Vertretungsorganen der Beschäftigten bereits gesetzlich vorgesehen ist (z.B. Betriebs- oder Personalrat), ist eine neue gesetzliche Regelung unnötig und überflüssig und führt eher zu einer verunsichernden Konkurrenzsituation. Schon nach geltendem Recht ist es zweifelsfrei, daß jeder Beschäftigte die Möglichkeit hat, sich bei seinem Arbeitgeber zu beschweren.

7. Zu § 14 AADG, § 61b ArbGG

Der Arbeitsrechtsausschuss schlägt vor, die in **§ 14 Abs. 2 Satz 1 AADG** vorgesehene 6-Monats-Frist auf 3 Monate zu verkürzen und eine anschließende Klagefrist, konform mit **§ 4 KSchG**, von 3 Wochen vorzusehen, um so schnell Rechtsklarheit im Sinne der beteiligten Parteien zu schaffen.

Zudem ist der Ausschuss der Auffassung, dass aus Gründen der Rechtssicherheit, des Datenschutzes und des Verwaltungsaufwandes Ansprüche nach **§ 14 ADGG** wegen Bewerbung spätestens 3 Monate nach der Bewerbung geltend gemacht werden müssen, sofern dem Bewerber nicht vor Ablauf der 3 Monate eine schriftliche Zwischennachricht des Arbeitgebers zugeht. Erteilt der Arbeitgeber einen solchen Zwischenbescheid, soll die 3-Monats-Frist erneut zu laufen beginnen.

Es entspricht keineswegs der Üblichkeit, dass alle Bewerbungen entweder abgelehnt oder aber akzeptiert werden. Der jetzige Gesetzesvorschlag enthält für diese häufige Fallkonstellation keine Rechtssicherheit für den Beginn der Frist. Durch den Änderungsvorschlag soll erreicht werden, daß ein Arbeitgeber nicht verpflichtet ist, möglicherweise über Jahre die Bewerbungsunterlagen einer Vielzahl von Bewerbern aufzubewahren, um in späteren Schadensersatzprozessen beweisfähig zu sein. Gleichzeitig soll erreicht werden, dass Arbeitnehmer in einem angemessenen Zeitraum Klarheit über das Schicksal einer Bewerbung erhalten.

8. Zu § 18 AADG

Der Arbeitsrechtsausschuss schlägt vor klarzustellen, dass auch den Gewerkschaften und Arbeitnehmer- und Beschäftigtenvereinigungen, deren satzungsgemäßes Ziel die allgemeine Wahrung und Förderung der Beschäftigungsrechte ihrer Mitglieder ist, ohne dass sie speziell die Interessen von Personen im Zusammenhang mit der Rasse etc. vertreten, eine Prozessstandschaft i.S.d. **§ 18 AADG** zukommt.

Bei Fragen wenden Sie sich bitte an die Berichterstatter: Rechtsanwalt Ulrich Fischer, Scheffelstr. 11, D-60318 Frankfurt am Main, Tel.: +49 (0) 69 95 52 96 04, Fax: +49 (0) 69 95 52 96 07, E-Mail: ufischer@ulrichfischer.de oder Rechtsanwältin Dr. Ulrike Schweibert, Taunusanlage 11, D-60329 Frankfurt am Main, Tel.: +49 (0) 69 27 30 8-1 66, Fax: + 49 (0) 69 23 26 64, E-Mail: ulrike.schweibert@freshfields.com.