

Berlin, im Januar 2005  
Stellungnahme Nr. 10/2005

abrufbar unter [www.anwaltverein.de](http://www.anwaltverein.de)

## **Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins**

**durch den Ausschuss Arbeitsrecht**

**zum**

### **arbeitsrechtlichen Teil des Entwurfs eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsvorschriften (Antidiskriminierungsgesetz - ADG-E)**

Mitglieder des Ausschusses Arbeitsrecht

Rechtsanwalt Prof. Dr. Heinz Josef Willemsen, Düsseldorf (Vorsitz und Berichterstatter)  
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 (Berichterstatter)  
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 (Berichterstatterin)  
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

Dr. Heinrich L. Kolb, MdB

Bundesrat

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände

Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit

Deutscher Gewerkschaftsbund

Deutscher Arbeitsgerichtsverband e.V.

Deutscher Steuerberaterverband

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

Institut für Arbeitsrecht und Recht der Sozialen Sicherheit der Universität Bonn (Prof. Dr. Gregor Thüsing)

Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)

Zeitschrift Recht der Arbeit

Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ)

Handelsblatt

Süddeutsche Zeitung

Financial Times

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.

Die Bundestagsfraktionen von SPD und Bündnis 90/Die Grünen haben am 15. Dezember 2004 den Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien vorgelegt. Zentrales Element des Artikelgesetzes ist der Entwurf eines Gesetzes zum Schutz vor Diskriminierung (Antidiskriminierungsgesetz – ADG-E), das neben differenzierten Diskriminierungsverboten im allgemeinen Rechtsverkehr zwischen Privatleuten auch arbeitsrechtliche Regelungen sowie die Einrichtung einer Antidiskriminierungsstelle des Bundes vorsieht.

Der Arbeitsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins (DAV) hat bereits im März 2004 zu dem Eckpunktepapier des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend vom 03. September 2003 betreffend die Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien sowie im September 2004 zu dem Entwurf eines Gesetzes zum Schutz vor Diskriminierungen der Projektgruppe EuRi des Ministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend Stellung genommen. In Anknüpfung an diese beiden Stellungnahmen (Stellungnahmen des Deutschen Anwaltvereins Nr. 11/2004 und Nr. 44/2004) hat der Ausschuss sich nun erneut mit den arbeits- bzw. beschäftigungsrechtlich relevanten Bestandteilen des Entwurfs des Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien befasst.

### 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.<sup>1</sup> 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.

Enttäuschend ist allerdings, dass der vorliegende Entwurf aus Sicht des Arbeitsrechtsausschusses an einer Vielzahl von Schwächen leidet, die zu beanstanden sind:

- So ist zunächst festzustellen, dass sich die Ankündigung von Frau Ministerin Zypries im Juni 2004, den **Diskriminierungsschutz mit Augenmaß** umsetzen zu wollen, nicht zu bewahrheiten scheint, denn der nunmehr vorliegende Gesetzentwurf geht nicht nur in den allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen, sondern gerade auch in den besonderen Bestimmungen in Abschnitt 2 bezüglich des Schutzes der Beschäftigten vor Benachteiligungen zum Teil **erheblich über die Mindestanforderungen hinaus**, die der europäische Normgeber gesetzt hat. Vor dem Hintergrund, dass nach allgemeiner Auffassung eine Deregulierung des Arbeitsmarktes Not tut, ist dies schlechterdings nicht nachvollziehbar.
- Die Bestimmungen des ADG-E zum Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung sind lediglich auf die vorhandenen Arbeitnehmerschutzbestimmungen aufgesattelt worden, ohne deren Zusammenspiel mit anderen Normen im einzelnen zu bedenken

---

<sup>1</sup> 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.

und sicherzustellen, dass die Regelungen zukünftig sinnvoll ineinander greifen. So bleibt **völlig offen**, wie sich beispielsweise das **Verhältnis zwischen den Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes und des Antidiskriminierungsgesetzes** darstellen soll. Auch wurde es unterlassen, die zahlreichen an das zukünftig verpönte Diskriminierungsmerkmal ‚Alter‘ anknüpfenden gesetzlichen Bestimmungen im Lichte des Antidiskriminierungsgesetzes auf ihre Haltbarkeit hin zu überprüfen. Hier will man sich offensichtlich darauf beschränken, die Formulierungen der Richtlinie im wesentlichen zu übernehmen, ohne tatsächlich zu prüfen, welche Auswirkungen dies auf die bestehenden Normen haben wird.

- An verschiedenen Stellen des Entwurfs fehlt es an der notwendigen Präzision der Terminologie. Zum Teil sind die Bezüge unklar und die Systematik führt zu Auslegungsproblemen. Dies gilt insbesondere für die Regelungen in §§ 15, 16 ADG-E betreffend Entschädigung und Schadensersatz. Diese Unschärfen führen zu bereits heute absehbaren **schwerwiegenden Auslegungs- und auch Anwendungsschwierigkeiten**, deren Lösung letztlich der Rechtsprechung überlassen bleibt. Damit bleiben aber für die Arbeitsvertragsparteien über einen langen Zeitraum hinweg eine Vielzahl **zentraler Fragen ungeklärt** – ein Zustand, der insbesondere auch im Interesse eines funktionierenden Arbeitsmarktes vermieden werden sollte.
- Die **Beweislastregelung** ist in einer Weise umgesetzt, die **Missbrauch** und damit **unnötigen gerichtlichen Auseinandersetzungen** Tür und Tor öffnet. So soll es - wie schon nach § 611a BGB - ausreichend sein, wenn ein Beschäftigter eine Diskriminierung zunächst nur plausibel darlegt, um den Arbeitgeber im Prozess veranlassen zu können, die Motive für die Ungleichbehandlung offen legen zu müssen. Zudem muss der Arbeitgeber seine Motive sodann auch noch einer Sachlichkeitskontrolle allgemeiner Art unterziehen lassen. Der Arbeitgeber soll jedenfalls nach dem Wortlaut der Norm nicht die Möglichkeit haben, bereits das Vorliegen einer Benachteiligung in Abrede zu stellen bzw. aus Gründen, die zwar nicht nach § 1 ADG-E unzulässig, wohl aber „unsachlich“ sein mögen, zwischen den Beschäftigten oder Bewerbern zu differenzieren. Sollte das so nicht der Intention des Gesetzgebers entsprechen, so sollte die Formulierung präzisiert werden.
- Es ist beabsichtigt, den Arbeitgebern ebenso wie den Tarifvertrags- und Betriebsparteien **pauschal und völlig undifferenziert** das Recht einzuräumen, Maßnahmen der sog. **positiven Diskriminierung** zu ergreifen. Mit dieser **Blankovollmacht** wird die den Mitgliedstaaten in den Richtlinien eingeräumte Kompetenz überschritten und es wird den Beschäftigten das wieder streitig gemacht, was man ihnen an sich mit dem Antidiskriminierungsgesetz geben wollte, nämlich eine diskriminierungsfreie Arbeitswelt.

Ingesamt ist festzuhalten, dass der vorliegende Entwurf *einerseits* daran krankt, dass man sich zum Teil darauf beschränkt, die Richtlinien unreflektiert „abzuschreiben“, ohne eine Abstimmung mit dem bestehenden System von Schutznormen für Beschäftigte ordnungsgemäß vorzunehmen und tatsächlich über eine sachgerechte Umsetzung der Richtlinien in das deutsche Rechtssystem nachzudenken. *Andererseits* geht der Entwurf an zahlreichen Stellen überraschend über den von der EU vorgegebenen Mindeststandard hinaus, ohne dass hierfür im Einzelnen nachvollziehbare und zwingende Gründe erkennbar wären. Es sollte unbedingt nochmals geprüft werden, ob hier nicht im Rahmen des bevorstehenden Gesetzgebungsverfahrens im Interesse eines funktionierenden Arbeitsmarktes Verbesserungen vorgenommen werden können.

## Stellungnahme zum Gesetz zum Schutz vor Diskriminierungen (Antidiskriminierungsgesetz-ADG-E)

### 1. Zu § 3 Abs. 1 ADG-E

Nach § 3 Abs. 1 ADG-E soll eine unmittelbare Benachteiligung nicht nur dann vorliegen, wenn eine Person wegen eines in § 1 genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt bzw. erfahren hat, sondern auch dann, wenn sie diese „*erfahren würde*“. Hierdurch werden von der Regelung auch Fälle einer lediglich in der Zukunft potentiell erfolgenden Diskriminierung erfasst. Der Entwurf geht insoweit nicht nur über den Wortlaut der Richtlinien 2000/78 und 2002/73 hinaus, sondern auch über die Richtlinie 2000/43. Zwar fehlt hier der Hinweis, dass eine Person eine weniger günstige Behandlung aktuell erfahren haben muss, dies ist jedoch offensichtlich auf einen Übersetzungsfehler zurückzuführen. Der Arbeitsrechtsausschuss schließt sich insoweit der Kritik des Zivilrechtsausschusses an.

Soweit in der Gesetzesbegründung ausgeführt wird, eine unmittelbare Benachteiligung müsse „*hinreichend konkret*“ bevorstehen, eine bloße abstrakte Gefahr reiche nicht aus, gibt der Arbeitsrechtsausschuss zudem zu bedenken, dass sich dieses Erfordernis im Gesetzeswortlaut nicht widerspiegelt. Es sollte nochmals überdacht werden, ob es tatsächlich erforderlich ist, auch potentiell drohende Benachteiligungen in der Zukunft bereits über das ADG-E zu sanktionieren.

### 2. Zu § 3 Abs. 3, 4 ADG-E

In § 3 Abs. 3 und 4 ADG-E heißt es, dass eine Belästigung bzw. sexuelle Belästigung vorliegt, wenn unerwünschte Verhaltensweisen eine Verletzung der Würde der betreffenden Person 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. Zudem ist zu erwägen, den ebenfalls in der Gesetzesbegründung enthaltenen Hinweis, wonach geringfügige Eingriffe nicht als Belästigung zu werten sind, in den Gesetzestext mit aufzunehmen.

### 3. Zu § 5 ADG-E

Nach § 5 ADG-E ist vorgesehen, unterschiedliche Behandlungen auch zuzulassen, wenn hiermit bestehende Nachteile aufgrund eines in § 1 ADG-E genannten Grundes ausgeglichen oder verhindert werden können. Der nach den Richtlinien bestehende Gestaltungsspielraum soll demnach in Deutschland voll umfänglich ausgeschöpft und sog. *affirmative actions* sollen auf breiter Front zugelassen werden.

Der Arbeitsrechtsausschuss ist der Auffassung, dass die in dem Entwurf des § 5 ADG-E vorgesehene Regelung zu weit gefasst ist. Folgende Aspekte sollten nochmals bedacht werden:

- Mit der gewählten Formulierung in § 5 ADG-E erteilt der Gesetzgeber allen an der Gestaltung des Arbeitslebens beteiligten Normgebern und allen Arbeitgebern unterschiedslos eine Blankovollmacht, Maßnahmen der positiven Diskriminierung zu ergreifen. Der Arbeitsrechtsausschuss hat Bedenken, ob der Gesetzgeber durch diese pauschale Delegation der von ihm anzustellenden Wertungsentscheidungen sich noch in dem von den Richtlinien aufgezeigten Rahmen bewegt. Dort heißt es jeweils, der Gleichbehandlungsgrundsatz hindere die Mitgliedsstaaten nicht daran, zur Gewährleistung der vollen Gleichstellung in der Praxis "*spezifische Maßnahmen*" beizubehalten oder zu beschließen, mit denen bestimmte Benachteiligungen ausgeglichen werden können. § 5 ADG-E hat insoweit eine deutlich überschießende Tendenz und ist nach Auffassung des Arbeitsrechtsausschusses keine ordnungsgemäße Umsetzung der Richtlinie.
- Es ist davon auszugehen, dass jedenfalls dort, wo der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung von EG-Richtlinien Gestaltungsspielräume hat und ausnutzt, die geplante Umsetzung an den Maßstäben des Grundgesetzes gemessen werden muss. Ob nun allerdings im Lichte des Art. 3 GG positive Maßnahmen in dem in § 5 ADG-E vorgesehenen Umfang zulässig sind, erscheint fraglich (vgl. hierzu auch Wendeling-Schröder, NZA 2004, 1320). Insbesondere im Bereich des öffentlichen Dienstes, wo eine unmittelbare Bindung des Arbeitgebers an die Vorgaben des Art. 3 GG außer Frage steht, ist zu erwarten, dass sog. *affirmative actions* – soweit sie sich nicht auf Frauen und Behinderte beziehen – einer rechtlichen Überprüfung nicht standhalten können. Es sollte vor diesem Hintergrund nochmals kritisch geprüft werden, ob positive Maßnahmen nach § 5 ADG-E nicht auf Maßnahmen zum Ausgleich von Nachteilen wegen des Geschlechts und wegen einer Behinderung begrenzt werden sollten.
- Nach der in § 5 ADG-E gewählten Formulierung können nicht nur der Gesetzgeber oder die Tarifvertragsparteien, sondern jeder einzelne Arbeitgeber entsprechend seiner jeweils persönlichen gesellschaftspolitischen oder weltanschaulichen Auffassung Maßnahmen der Förderung einzelner Gruppen, wie beispielsweise bestimmter ethnischer Gruppen oder religiöser Gruppen, vornehmen. Soweit damit zugleich in Rechtspositionen derjenigen eingegriffen wird, die nicht der jeweils für förderungswürdig erachteten Gruppe angehören, ist dies nicht unproblematisch. Die Möglichkeiten, die § 5 ADG-E eröffnet, sollten demnach höchstensfalls den Tarifvertragsparteien, gegebenenfalls noch den Betriebsparteien vorbehalten bleiben.
- Das in § 5 ADG-E einzig vorgesehene Korrektiv, dass die Maßnahmen der positiven Diskriminierung „geeignet und angemessen“ sein müssen, erscheint zudem zu unbestimmt und wenig praktikabel. Durch die beabsichtigte nahezu grenzenlose Ausgestaltung können Maßnahmen der positiven Diskriminierung zu einer drastischen „Umverteilung“ von Diskriminierungen auf bislang nicht diskriminierte Gruppen führen.
- Schließlich ist völlig unklar, was der Bezugspunkt für die Verhinderung oder den Ausgleich von Nachteilen mittels anderweitiger Benachteiligungen aufgrund an sich verpönder Differenzierungsmerkmale sein soll: Geht es um die allgemeine Situation im Lande, die Verhältnisse in einer bestimmten Region, in einer bestimmten Branche oder in einem bestimmten Betrieb? Können sich Arbeitgeber oder Normsetzer den Bezugspunkt jeweils nach Gutdünken aussuchen? Hier besteht nach Auffassung des Arbeitsrechtsausschusses dringender Klarstellungsbedarf.

#### 4. Zu § 6 Abs. 1 ADG-E

Entsprechend der europarechtlichen Vorgaben, wonach es um Fragen der Ungleichbehandlung in "Beschäftigung und Beruf" geht, beschränkt sich der Anwendungsbereich des ADG-E nach **§ 6 Abs. 1 ADG-E** nicht nur auf Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, sondern schließt Auszubildende ebenso wie arbeitnehmerähnliche Personen ein.

Unklar bleibt demgegenüber, wie Organvertreter, namentlich Geschäftsführer und Vorstände – auch im Lichte der Ausnahmevorschrift des § 20 Abs. 5 ADG-E – zu behandeln sind. Es scheint dringend geboten, diese Unklarheit aufzulösen.

#### 5. Zu § 8 ADG-E

Nach **§ 8 Abs. 1 Nr. 1 ADG-E** 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 **§ 8 Abs. 1 Nr. 2 ADG-E** 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 **§ 8 Abs. 1 Nr. 2 ADG-E** auch für eine Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts gelten.

Der Ausschuss schlägt zudem eine Klarstellung dahingehend vor, dass aus Gründen der Authentizität und Glaubwürdigkeit des Unternehmens auch eine **unternehmerische Zweckbestimmung** eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen kann. 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).

#### 6. Zu § 10 ADG-E

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.

Nach Auffassung des Arbeitsrechtsausschusses ist fraglich, ob im Falle der vollständigen Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG das Alter als pauschales Differenzierungskriterium bei der Sozialauswahl weiterhin aufrecht erhalten werden kann. Dies gilt gleichermaßen für die Frage der festzusetzenden Abfindungshöhe.

Da bereits im Vorfeld der Umsetzung der Richtlinie 2000/78 außerordentlich umstritten ist, ob und ggf. in welchem Umfang Normen, die Arbeitnehmer aufgrund ihres Alters pauschal privilegieren, weiterhin Bestand haben können, erscheint es dringend geboten, dass der Gesetzgeber insoweit differenzierte und abgewogene Regelungen schafft, die den Rechtsanwender nicht einer im höchsten Maße rechtsunsicheren und streitigen Situation aussetzen.

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.

## 7. Zu § 13 ADG-E

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.

## 8. Zu § 15 Abs. 1 ADG-E

Der Arbeitsrechtsausschuss hat zu § 15 Abs. 1 ADG-E, der die Verpflichtung des Arbeitgebers zum Ausgleich immaterieller Schäden regelt, folgende Anmerkungen:

- Zunächst hält der Arbeitsrechtsausschuss die für alle Benachteiligungsfälle unterschiedslos vorgesehene verschuldensunabhängige Haftung des Arbeitgebers auf Entschädigung für problematisch. Der Europäische Gerichtshof hat zwar eine verschuldensunabhängige Haftung gefordert, wenn ein Mitgliedsstaat sich dafür entscheidet, den Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot im Rahmen einer zivilrechtlichen Haftungsregelung mit einer Sanktion zu belegen (vgl. EuGH, Urteil vom 8.11.1990, Rs.C.-177/88, EuGH vom 22.4.1997, Rs.C-180/95). In den der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalten ging es allerdings jeweils um Diskriminierungen bei der Einstellung. Soweit ein Anspruch auf Einstellung bei einer Diskriminierung ausgeschlossen und damit der Schadensersatz die einzige relevante Sanktion ist, erscheint der Ansatz nachvollziehbar. Der Arbeitsrechtsausschuss gibt aber zu bedenken, dass in den Fällen, in denen eine diskriminierende Handlung oder Regelung Unwirksamkeit zur Folge hat und hierdurch bereits sanktioniert ist, eine verschuldensunabhängige Haftung – anders als in der Gesetzesbegründung ausgeführt – nicht zwingend erscheint.
- Bedenkt man weiter, dass eine verschuldensunabhängige Haftung, d.h. de facto eine Gefährdungshaftung in unserem Rechtssystem die Ausnahme darstellt, sollte die geplante Ausgestaltung des § 15 Abs. 1 ADG-E nochmals kritisch hinterfragt werden. Auch hierdurch wird nach Auffassung des Arbeitsrechtsausschusses deutlich über das von der Richtlinie geforderte Schutzniveau hinausgegangen.
- Der Arbeitsrechtsausschuss regt an klarzustellen, dass ein Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 1 ADG-E auf eine Abfindung nach §§ 9, 10 KSchG anzurechnen ist.
- Schließlich sollte im Interesse der Praktikabilität erwogen werden, die Regelung des § 611a BGB für Bewerbungssituationen in das ADG-E zu übernehmen. Hierdurch würde den Gerichten eine Richtschnur für die Festsetzung von Entschädigungszahlungen an die Hand gegeben. Auch wenn es, wie in der Gesetzesbegründung ausgeführt, sicherlich wünschenswert erscheint, die Höhe der Entschädigung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu bemessen, ist es für die Rechtspraxis hilfreich, wenn jedenfalls für die Fälle, in denen die Bewerbung nachweislich nicht hätte erfolgreich sein können, eine Höchstbegrenzung festgeschrieben würde. Das Argument in der Gesetzesbegründung, wonach die nach § 611a BGB erforderliche Unterscheidung zwischen bestqualifizierten und nichtbestqualifizierten Bewerbern schwierig sei, vermag insoweit nicht zu überzeugen. Bei der Bemessung der Höhe der Entschädigung im Einzelfall wird ein Gericht in aller Regel nicht umhin kommen, sich mit der Frage zu beschäftigen, ob die Bewerbung bei ordnungsgemäßer Bewertung Aussicht auf Erfolg gehabt hätte.
- Ferner sei angemerkt, dass die Richtlinien 2000/43 und 2000/78 die Einführung einer Höchstbegrenzung nicht ausschließen, sondern lediglich wirksame,

verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen fordern. Im Interesse einer möglichst großen Rechtsklarheit und –sicherheit sollte nach Auffassung des Arbeitsrechtsausschusses bezüglich der Entschädigung nach § 15 Abs. 1 ADG-E nochmals erwogen werden, eine Höchstbegrenzung in dem nach den Richtlinien zulässigen Umfang vorzusehen.

## 9. Zu § 15 Abs. 2 ADG-E

Die in **§ 15 Abs. 2 ADG-E** vorgesehene Regelung erscheint sowohl grundsätzlich als auch in ihrer konkreten Ausgestaltung problematisch:

- So hat der Arbeitsrechtsausschuss erhebliche Bedenken, ob durch die schlichte Anwendung einer kollektivrechtlichen Vereinbarung überhaupt ein Diskriminierungstatbestand verwirklicht und damit ein Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 1 ADG-E ausgelöst werden kann. Dies gilt insbesondere für Verbandstarifverträge und für Betriebsvereinbarungen, die auf einem Einigungsstellenspruch beruhen. Hier war der Arbeitgeber noch nicht einmal selbst an der Normsetzung beteiligt und hat – anders als etwa beim Abschluss einer diskriminierenden Betriebsvereinbarung oder eines Firmentarifvertrages – keinerlei Einwirkungsmöglichkeit auf den Inhalt der Abrede. Gleichwohl ist er gesetzlich zur Durchführung der Norm verpflichtet.
- Nach Auffassung des Arbeitsrechtsausschusses folgt aus einem Umkehrschluss aus § 15 Abs. 2 ADG-E, dass ein Arbeitgeber für die Benachteiligung, die aufgrund einer Gesetzesanwendung eintritt, nicht haftet. Es wird ange-regt, dies zumindest in der Gesetzesbegründung klarzustellen.
- Will man eine Haftung des Arbeitgebers für die Anwendung kollektivrechtlicher Vereinbarungen nicht grundsätzlich ausschließen, so sollte zumindest sichergestellt werden, dass der Haftungsmaßstab der anerkannten Richtigkeitsvermutung solcher Vereinbarungen hinreichend Rechnung trägt. Die hierfür in § 15 Abs. 2 ADG-E gewählten Maßstäbe des Vorsatzes bzw. der groben Fahrlässigkeit erscheinen im Zusammenhang mit der Normanwendung ungeeignet. Nach Auffassung des Arbeitsrechtsausschusses sollte vielmehr eine Haftung des Arbeitgebers bei der Anwendung von Normen höchstensfalls bei offensichtlicher Unwirksamkeit oder Nichtigkeit der Norm in Betracht kommen.

## 10. Zu § 15 Abs. 3 ADG-E, § 61b ArbGG

Der Arbeitsrechtsausschuss gibt das Folgende zu bedenken:

- Die in § 15 Abs. 3 ADG-E vorgesehene Fristenregelung hat zur Konsequenz, dass in den Fällen, in denen ein Arbeitnehmer eine Kündigung nicht angreift und die Klagefrist des § 4 KSchG verstreichen lässt, auch nach mehreren Monaten noch Entschädigungs- und auch Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden können. Im Interesse der den §§ 4, 7 KSchG zugrundeliegenden Befriedungsfunktion sollte der Entwurf um eine Bestimmung ergänzt werden, die im Falle einer diskriminierenden Kündigung die Geltendmachung von Entschädigungs- und Schadensersatzansprüchen nach Ablauf der Frist des § 4 KSchG ausschließt.

- Es wird angeregt, die Fristen für die Geltendmachung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 1 ADG-E und für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen nach § 15 Abs. 4 ADG-E zu vereinheitlichen.
- Ferner schlägt der Arbeitsrechtsausschuss vor, die in **§ 15 Abs. 3 Satz 1 ADG-E** 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 **§ 15 ADG-E** 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 unverzüglich 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.

#### 11. Zu § 15 Abs. 4 ADG-E

Im Interesse einer besseren Übersichtlichkeit regt der Arbeitsrechtsausschuss an, die Bestimmungen betreffend Entschädigungsansprüche nach § 15 Abs. 1 ADG-E sowie die Bestimmungen betreffend den Ersatz materieller Schäden nach § 15 Abs. 4 ADG-E jeweils in getrennte Normen aufzunehmen. Im übrigen sei nochmals darauf verwiesen, dass die in § 15 Abs. 2 ADG-E vorgesehene Haftungsprivilegierung für die Normanwendung auch für Schadensersatzansprüche nach § 15 Abs. 4 ADG-E gelten sollte.

Es sollte erwogen werden, in Anlehnung an die Rechtsprechung des BAG bezüglich Schadensersatzansprüchen bei ungerechtfertigten Kündigungen gemäß § 628 Abs. 2 BGB im Gesetz für die Fälle, in denen Beschäftigten aufgrund diskriminierender Nichteinstellung oder Nichtbeförderung materielle Schäden entstehen, eine zeitliche Begrenzung der Schadensersatzpflicht in das Gesetz aufzunehmen (vgl. BAG v. 26.8.2001, 8 AZR 739/00).

#### 12. Zu § 16 ADG-E

Aus Gründen der Klarstellung sollte **§ 16 ADG-E** dahingehend ergänzt werden, dass sich die Norm nur auf Entschädigungen nach § 15 Abs. 1 ADG-E bezieht. Sollte sich die Norm tatsächlich auch auf Fälle des § 15 Abs. 4 ADG-E beziehen, wofür die derzeitige pauschale Inbezugnahme des § 15 ADG-E sprechen könnte, so wäre klarzustellen, an wessen Verhalten das nach § 15 Abs. 4 ADG-E erforderliche Verschulden anknüpft und in welchem Verhältnis die Norm zu den allgemeinen Haftungsregeln, insbesondere zu §§ 31, 278 und 823, 831 BGB steht.

Im Übrigen erscheint es sachgerecht, dem Arbeitgeber bei einer unzulässigen Diskriminierung eines seiner Beschäftigten durch Dritte eine Rückgriffsmöglichkeit auf diese einzuräumen.

### 13. Zu § 18 Abs. 2 ADG-E

In § 18 Abs. 2 ADG-E findet sich eine Regelung, die dem Betriebsrat oder einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft das Recht zubilligt, Verstöße des Arbeitgebers gegen Vorschriften des Beschäftigtenschutzes nach dem ADG-E nach § 23 Abs. 3 BetrVG geltend zu machen. Die Regelung ist aus Sicht des Arbeitsrechtsausschusses entweder überflüssig oder systemwidrig:

Nach § 23 Abs. 3 BetrVG kann der Betriebsrat bei groben Verstößen des Arbeitgebers gegen betriebsverfassungsrechtliche Pflichten vorgehen. Da der Arbeitgeber gemäß § 75 BetrVG (der ebenfalls ergänzt werden wird) gemeinsam mit dem Betriebsrat darüber zu wachen hat, dass die im Betrieb Beschäftigten gleichbehandelt werden, besteht auch ohne die Regelung in § 18 Abs. 2 ADG-E die Möglichkeit, bei systematisch und grob diskriminierendem Verhalten des Arbeitgebers gegen diesen vorzugehen.

Da § 23 Abs. 3 BetrVG die Einhaltung betriebsverfassungsrechtlicher Pflichten sicherstellen will, wäre § 18 Abs. 2 ADG-E, versteht man ihn als Instrument des Betriebsrats und der Gewerkschaft, sich zum Sachwalter einzelner Arbeitnehmer zu machen, systemwidrig. Auch erschiene eine solche Funktion des § 18 Abs. 2 ADG-E überflüssig, da die von Diskriminierungen Betroffenen durch das ADG-E zusätzlich zu den ohnehin bestehenden Möglichkeiten mit den Antidiskriminierungsverbänden und der Antidiskriminierungsstelle des Bundes neue Interessenvertreter bzw. Ansprechpartner zur Unterstützung in Konfliktsituationen erhalten haben.

### 14. Zu § 20 Abs. 3 ADG-E

Vgl. hierzu die Ausführungen zu § 6 Abs. 1 ADG-E.

### 15. Zu § 23 ADG-E

Der Arbeitsrechtsausschuss gibt Folgendes zu bedenken:

- Die in § 23 ADG gewählte Formulierung, die der Formulierung in § 611a BGB entspricht, erscheint missverständlich und ergänzungsbedürftig. So wird durch die Verwendung des Terminus „*Glaubhaftmachung*“ der Eindruck erweckt, die darlegungs- und beweisbelastete Partei könne sich gemäß § 294 ZPO auch der Beweismittel bedienen, die zur Versicherung an Eides Statt zugelassen sind. Tatsächlich geht es aber, wie der Begründung zu entnehmen ist, nur darum, dass Vermutungstatsachen vorgetragen werden müssen, aus denen sich schließen lässt, dass die unterschiedliche Behandlung auf einem nach § 1 ADG-E unzulässigen Grund beruht. Auch wenn dies in Rechtsprechung und Literatur zu dem wortgleichen § 611a BGB so akzeptiert war, sollte man die Gelegenheit nutzen, die Formulierung des § 23 ADG zu präzisieren, um Fehlinterpretationen vorzubeugen.

- Darüber hinaus erscheint es problematisch, dass nach dem Wortlaut der Regelung keine Möglichkeit des Nachweises bestehen soll, dass eine Benachteiligung gar nicht stattgefunden hat. Verhält es sich nun aber so, dass – wofür der Wortlaut der Norm spricht – es ausreichend ist, wenn eine Partei Vermutungstatsachen **darlegt**, aus denen sich auf eine Benachteiligung schließen lässt, so muss die andere Partei zumindest die Möglichkeit haben, den Beweis zu erbringen, dass die Vermutungstatsachen unzutreffend sind oder aus anderen Gründen eine Benachteiligung nicht erfolgt sein kann. Andernfalls wäre es denkbar, dass ein Arbeitnehmer, der beispielsweise behauptet, aus ethnischen Gründen benachteiligt worden zu sein, die Offenlegung der der negativen Einstellungsentscheidung zugrundeliegenden Motive im Prozess auch dann erzwingen kann, wenn der Arbeitgeber in der Lage ist, den Nachweis zu erbringen, von der ethnischen Herkunft des Bewerbers keine Kenntnis gehabt zu haben. Zwar wurde dies in der Rechtsprechung zu § 611a BGB so bislang nicht gesehen. Um Missverständnissen vorzubeugen und Missbrauch von vornherein zu unterbinden, sollte die Formulierung jedoch überarbeitet werden.
- Der dritte Aspekt, der nochmals überdacht werden sollte, ist der Umstand, dass nach der Formulierung des § 23 ADG-E die beweisbelastete Partei nicht nur darlegen muss, dass andere als die in § 1 ADG-E genannten Gründe für die unterschiedliche Behandlung bestanden, sondern dass es sich insoweit auch um „*sachliche Gründe*“ handeln muss. Aus Sicht des Arbeitsrechtsausschusses ist es ein Verstoß gegen das Prinzip der Vertrags- und der allgemeinen Handlungsfreiheit, wenn zukünftig Gerichte darüber zu befinden haben, ob Motive eines Arbeitgebers, z. B. einen Bewerber abzulehnen, sachgerecht oder akzeptabel sind. Da aufgrund der Richtlinien nur sichergestellt werden muss, dass eine unterschiedliche Behandlung jedenfalls nicht aus den in § 1 ADG-E genannten Gründen erfolgt, geht § 23 ADG-E insoweit in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise über das Ziel hinaus.

#### 16. Zu § 24 Abs. 1 ADG-E

Der Arbeitsrechtsausschuss schlägt vor klarzustellen, dass auch Gewerkschaften, 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, der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, etc. vertreten, Antidiskriminierungsverbände i.S.d. § 24 ADG-E sein können. Im übrigen erscheint es aus anwaltlicher Sicht wenig praktikabel, die Zulassung von Antidiskriminierungsverbänden nur von den in § 24 Abs. 1 ADG-E genannten Voraussetzungen abhängig zu machen. Ohne ein formalisiertes Anerkennungsverfahren, etwa entsprechend § 4 UKlaG oder einem Anerkennungsverfahren nach § 13 Abs. 3 des Gesetzes zur Gleichstellung behinderter Menschen, werden Prozesse unnötig mit dem Nachweis des Vorliegens der Voraussetzungen des § 24 Abs. 1 ADG-E belastet.

#### 17. Zu § 24 Abs. 2 ADG-E

Zudem erscheint die Formulierung in § 24 Abs. 2, wonach Antidiskriminierungsverbände zur gerichtlichen Vertretung befugt sein sollen, wenn eine Vertretung durch Anwälte „*nicht geboten*“ erscheint, missverständlich. Da es nach der Gesetzesbegründung offensichtlich darum geht, Antidiskriminierungsverbände nur als Bevollmächtigte und Beistände auftreten zu lassen, wenn kein Anwaltszwang besteht, sollte

der Gesetzestext dahingehend geändert werden, dass eine Vertretung durch Anwälte „nicht gesetzlich vorgeschrieben“ ist.

**18. Zu § 24 Abs. 4 ADG-E**

Die Bestimmung des § 24 Abs. 4 ADG-E, in der ausdrücklich die Abtretbarkeit der auf Schadensersatz oder Entschädigung in Geld gerichteten Forderung aufgrund von Verstößen gegen das ADG-E geregelt wird, erscheint nicht erforderlich. Hierdurch werden Rechtsstreitigkeiten unnötig befördert. Sollte aufgrund der Bestimmungen der §§ 398 ff. BGB die Abtretbarkeit der Ansprüche aus dem Antidiskriminierungsgesetz gegeben sein, so können die Betroffenen die entsprechenden Rechte ausüben. Andernfalls besteht keine Notwendigkeit, eine solche Abtretbarkeit neu zu schaffen, um damit die Intervention von Antidiskriminierungsverbänden oder sonstigen Dritten auf breiter Basis zu etablieren. Dies gilt um so mehr, als außer Frage steht, dass die einzelnen Betroffenen ihre Rechte ohne weiteres im eigenen Namen geltend machen können.

**19. Zu §§ 26 ADG-E**

Es ist zu begrüßen, dass entgegen dem ersten Entwurf eines Antidiskriminierungsstellengesetzes nun nicht mehr vorgesehen ist, der Antidiskriminierungsstelle die Aufgabe zuzuweisen, über die in der Richtlinie angedachte Unterstützungsfunktion hinaus Bürger zu beraten und ihnen bei der Durchsetzung ihrer Rechte aktiv zu helfen. Allerdings findet sich in § 28 Abs. 2 Ziffer 3 des ADG-E noch der Hinweis, dass es zu den Unterstützungsleistungen der Antidiskriminierungsstelle auch gehören kann, zwischen den Beteiligten eine gütliche Einigung anzustreben. Aus den Gesetzesmaterialien lässt sich entnehmen, dass die Antidiskriminierungsstelle in diesem Kontext durchaus eine aktive Vermittlerrolle einnehmen kann. Zu diesem Zweck können gemäß § 29 Abs. 1 ADG-E ggf. auch Stellungnahmen der Beteiligten eingeholt werden. Zum einen ist es zweifelhaft, ob der Antidiskriminierungsstelle aufgrund der Vorgaben in der Richtlinie, die nur allgemeine Unterstützungsleistungen verlangen, tatsächlich eine derartige Mediatorfunktion zugewiesen werden muss. Zum anderen erscheint es aber auch höchst fraglich, ob die Stelle aufgrund der vorgesehenen Ausstattung einer solchen Aufgabe überhaupt gerecht werden kann. Dass dies seitens des Gesetzgebers selbst nicht ernsthaft angenommen wird, zeigt insoweit bereits die Gesetzesbegründung, wo der Hinweis aufgenommen ist, dass die Frage, ob und inwieweit die Antidiskriminierungsstelle von der Vermittlungsmöglichkeit Gebrauch macht, eine Frage der Einzelfallentscheidung ist. Vor diesem Hintergrund der schlank konzipierten Aufstellung der Antidiskriminierungsstelle erscheint es demnach sinnvoll, die Aufnahme der Ziffer 3 in § 28 Abs. 2 ADG-E als Regelbeispiel nochmals zu überdenken.

**Expertengespräch**  
**der Berichterstatter der CDU/CSU-Fraktion**  
**im federführenden Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und**  
**Jugend**  
**- MdB Hannelore Roedel und MdB Markus Grübel –**  
**zum Entwurf eines Antidiskriminierungsgesetzes**  
**am 17. Januar 2005**  
**in Berlin, Paul-Löbe-Haus**

**Erklärung für den Arbeitsrechtsausschuss**  
**des Deutschen Anwaltvereins in der Form von Thesen**

- 1** Dass Diskriminierungen wegen der von den Richtlinien erfassten Merkmale im Arbeitsleben unerwünscht und daher zu unterbinden sind, steht außer Frage. Das geltende Arbeitsrecht bietet hiergegen bereits in weiten Bereichen effektiven Schutz, indem es Ungleichbehandlungen im bestehenden Arbeitsverhältnis an das Erfordernis eines sachlichen Grundes knüpft und Kündigungen nach Ablauf der Probezeit von dem Vorliegen einer sozialen Rechtfertigung abhängig macht. Da Diskriminierungen per se kein sachlicher oder sozial gerechtfertigter Grund sind, können Betroffene sich hiergegen schon jetzt effektiv zur Wehr setzen, indem sie belastende Maßnahmen des Arbeitgebers – notfalls mit gerichtlicher Hilfe – angreifen. Bei Gleichbehandlungsverstößen bedeutet dies in der Regel, dass der oder die Benachteiligte die bislang vorenthaltene Leistung erhält (sog. „Anpassung nach oben“); im Falle der Kündigung wird diese entweder für unwirksam erklärt oder dem Kläger bzw. der Klägerin eine Abfindung zuerkannt. Die Höhe einer solchen Abfindung hängt wesentlich von der Schwere des Unrechts ab, das dem Arbeitnehmer durch die Kündigung widerfahren ist. Auf diese Weise ist schon heute eine arbeitsrechtlich wirksame Sanktion gegen diskriminierende Kündigungen gewährleistet.
- 2** Der nunmehr vorliegende Gesetzentwurf sattelt in seinem zweiten Abschnitt (arbeitsrechtlicher Teil) auf diese bereits vorhandene Arbeitnehmerschutzregelungen die – völlig unabhängig hiervon erlassenen – europarechtlichen Bestimmungen auf, indem er den Text der Richtlinien in großen Teilen wörtlich übernimmt. Eine Abstimmung mit dem vorhandenen System des Arbeitsrechts, beispielsweise im Falle der Sozialauswahl bei Kündigungen (§ 1 Abs. 2 KSchG) oder der Bemessung von Abfindungen (§§ 9, 10 KSchG) wird dabei noch nicht einmal im Ansatz erkennbar. Soweit der europäische Richtliniengeber dem nationalen Gesetzgeber Regelungsspielräume, etwa im Bereich der Rechtfertigungstatbestände oder der sog. positiven Maßnahmen einräumt, werden diese nicht etwa für eine spezifische, auf die vorhandenen Gegebenheiten des deutschen Arbeitsrechts Bezug nehmende Normsetzung genutzt, sondern unreflektiert und gewissermaßen „1:1“ an die deutschen Arbeitgeber und Tarifvertragsparteien weitergegeben. An anderen Stellen geht der Entwurf über den von der EU vorgegebenen Mindeststandard hinaus, ohne dafür nachvollziehbare Gründe zu nennen.
- 3** In dem vermutlich besonders praxisrelevanten Bereich der Altersdiskriminierung enthalten sich der Gesetzentwurf und seine Begründung jeglicher Aussage darüber, inwieweit bewährte Formen der Altersdifferenzierung, zum Beispiel im Bereich der Kündigungsfristen, Befristungstatbestände oder der Sozialplangestaltung auch nach Erlass eines Antidiskriminierungsgesetzes noch zulässig wären.
- 4** All dies wird nach Einschätzung des Arbeitsrechtsausschusses zu einer bislang nicht gekannten Verunsicherung der Parteien von Arbeits- und Kollektivverträgen führen. Solange die im Gesetz unbeantworteten Fragen und Wertungswidersprüche nicht gelöst sind, womit erst nach einer mehrjährigen Prozessflut zu rechnen sein dürfte, wird die dadurch bewirkte Rechtsunsicherheit den Arbeitsmarkt lähmen und eher Impulse

gegen als solche für mehr Beschäftigung geben. Dies gilt umso mehr, als der Entwurf an verschiedenen Stellen – zum Beispiel im Bereich der Schadensersatz- und Beweislastregelungen – den Eindruck vermittelt, dass die Beschäftigung von Arbeitnehmern *per se* eine gefahrgeneigte Tätigkeit darstelle; ferner, dass derjenige, der Verantwortung für Arbeitsplätze trägt, einer Gefährdungshaftung selbst für solche Diskriminierungen unterliegt, hinsichtlich derer ihm persönlich kein Vorwurf gemacht werden kann.

Zu den Regelungen im einzelnen ist in aller Kürze folgendes anzumerken:

- 5 Hinsichtlich der Definition der unmittelbaren Benachteiligung erhebt der Arbeitsrechtsausschuss dieselben Einwände wie der Zivilrechtsausschuss (dort Rz 10, 11). Der Begriff der Belästigung (§ 3 Abs. 3) ist ebenfalls zu weit gefasst, weil er nicht an objektive, sondern an subjektive Kriterien anknüpft und so einer „Mimosenjustiz“ Vorschub leistet. Des weiteren sollten geringfügige Eingriffe nicht als Belästigung zu werten sein.
- 6 Die Regelung zu positiven Maßnahmen (§ 5) ist als reine „Blankoermächtigung“ völlig inakzeptabel und bedarf dringend der Überarbeitung: Der Entwurf verkennt, dass es Aufgabe des nationalen Gesetzgebers ist, positive Maßnahmen selbst näher einzugrenzen, wenn er nicht die Preisgabe des Diskriminierungsschutzes „durch die Hintertür“ und/oder eine bloße „Umverteilung“ von Diskriminierungen auf andere Zielgruppen in Kauf nehmen will. Der damit verbundene Eingriff in Rechtspositionen derjenigen, die nicht der jeweils für förderungswürdig erachteten Gruppe angehören, setzt eine schwierige Abwägung der betroffenen Rechtsgüter voraus. Die Befugnis hierzu sollte allenfalls den Tarifvertrags-, gegebenenfalls noch den Betriebsparteien vorbehalten bleiben. Völlig ungeklärt ist angesichts des geradezu grenzenlosen potentiellen Anwendungsbereichs positiver Maßnahmen auch das Verhältnis zu den einzelnen Rechtfertigungstatbeständen, etwa in § 8 Abs. 1 und § 10 des Entwurfs.
- 7 Inwieweit die arbeitsrechtlichen Diskriminierungsvorschriften auch auf Dienstverträge mit Nicht-Arbeitnehmern (insbesondere *Organvertreter*, z.B. GmbH-Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft) Anwendung finden sollen, bleibt unklar, weil das Zusammenspiel von § 6 (persönlicher Anwendungsbereich) einerseits und § 20 Abs. 3 Satz 2 (entsprechende Anwendung auf zivilrechtliche Sachverhalte i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1-4) auch unter Zuhilfenahme der Gesetzesbegründung (dort S. 98/99) mehr Fragen als Antworten bereit hält. Auch das Verhältnis einer entsprechenden Anwendung der arbeitsrechtlichen Regelungen auf Organvertreter zur gesetzlich geschützten Autonomie von Aufsichtsräten und Gesellschafterversammlungen sowie die besondere Vertrauensstellung von Organvertretern bleiben in dem vorliegenden Kontext unberücksichtigt. Insoweit muss daher ebenfalls schon jetzt mit einer langen Phase der Rechtsunsicherheit und entsprechend zahlreichen Gerichtsverfahren gerechnet werden.

- 8** § 10 des Entwurfs ist, wie bereits eingangs erwähnt, lediglich eine schlichte Wiederholung des Richtlinien textes (Art. 6 RL 2000/78 EG) und überlässt damit die „Umsetzung“ der Richtlinien in vollem Umfang der Rechtsprechung. Dies ist mit den Anforderungen an ein modernes, transparentes und auch für den juristisch nicht vorgebildeten Rechtsanwender handhabbares Arbeitsrecht nicht vereinbar.
- 9** Von der Richtlinie ist die Einrichtung einer gesonderten Beschwerdestelle (§ 13 des Entwurfs) nicht gefordert; sie sollte zur Vermeidung unnötiger Bürokratie daher unterbleiben.
- 10** Der Arbeitsrechtsausschuss hält die für alle Benachteiligungsfälle unterschiedslos vorgesehene verschuldensunabhängige Haftung des Arbeitgebers für problematisch. Sie ist nur für Diskriminierungen bei Einstellungen nachvollziehbar. In den Fällen, in denen eine Diskriminierung die Unwirksamkeit der jeweiligen Maßnahme zur Folge hat, erscheint eine verschuldensunabhängige Haftung – anders als in der Gesetzesbegründung ausgeführt – nicht zwingend.

Für den immateriellen Schaden muss nach Überzeugung des Arbeitsrechtsausschusses – ähnlich wie bereits in § 611 a BGB – eine Höchstgrenze vorgesehen werden. Die dagegen in der Gesetzesbegründung (S. 87) vorgebrachte Argumentation vermag nicht zu überzeugen. Für den materiellen Schaden bei Nichteinstellung und Kündigung sollte eine Begrenzung analog der Rechtsprechung des BAG zu § 628 Abs. 2 BGB erfolgen (BAG vom 26.08.2001, 8 AZR 739/00).

- 11** Noch nicht hinreichend durchdacht ist auch die Haftung des Arbeitgebers bei Diskriminierungen infolge der Anwendung von Gesetzen, Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen. Es ist bereits zweifelhaft, ob beim „schlichten Normvollzug“ überhaupt eine Diskriminierungshandlung des die Rechtsnorm anwendenden Arbeitgebers vorliegt. Nach Auffassung des Arbeitsrechtsausschusses sollte eine Haftung des Arbeitgebers allenfalls bei *offensichtlicher* Unwirksamkeit oder Nichtigkeit der Norm in Betracht kommen. Die jetzt im Entwurf vorgesehenen Verschuldenskriterien (Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit) sind demgegenüber kein geeigneter Anknüpfungspunkt.
- 12** Dringender Klarstellung bedarf, dass einer nach § 4 KSchG verfristeten Kündigungsschutzklage nicht doch noch über den „Umweg“ eines Schadensersatzanspruchs nach § 14 Abs. 4 des Entwurfs i.V.m. § 249 BGB (Naturalrestitution) zum Erfolg verholfen werden kann und dass auch Entschädigungs- oder Schadensersatzansprüche nach Ablauf der Frist des § 4 KSchG ausgeschlossen sind. Ebenso ist klarzustellen, dass eine Abfindung nach §§ 9, 10 KSchG auf Entschädigungs- und Schadensersatzansprüche nach § 15 des Entwurfs anzurechnen ist.
- 13** Die Frist für die Geltendmachung von Entschädigungen und Schadensersatzansprüchen nach § 15 Abs. 1 bzw. Abs. 4 sollte vereinheitlicht und auf drei Monate verkürzt werden. An die Geltendmachung sollte sich eine Klagefrist analog § 4 KSchG von drei Wochen anschließen, um schnell Rechtsklarheit im Sinne der beteiligten Partei-

en zu schaffen. Im Falle von Bewerbungen sollten die Ansprüche spätestens drei Monate nach der Bewerbung geltend gemacht werden müssen, sofern der Bewerber nicht vor Ablauf dieser Frist eine schriftliche Zwischennachricht des Arbeitgebers erhält; denn es entspricht keineswegs der allgemeinen Üblichkeit im Arbeitsleben, dass Bewerbungen entweder akzeptiert oder (ausdrücklich) abgelehnt werden.

- 14** Die Haftung des Arbeitgebers für Benachteiligung durch Dritte (§ 16 des Entwurfs) sollte nur auf Entschädigungen nach § 15 Abs. 1 erstreckt werden. Andernfalls wäre zumindest klarzustellen, an wessen Verhalten das nach § 15 Abs. 4 erforderliche Verschulden anknüpft und in welchem Verhältnis die Norm zu allgemeinen Haftungsregeln, insbesondere §§ 31, 278, 823, 831 BGB stehen.
- 15** Die Beweislastregelung in § 23 ist auch für das Arbeitsrecht misslungen (s. bereits die Stellungnahme des Zivilrechtsausschusses, dort Rz 12, der sich der Arbeitsrechtsausschuss anschließt). Auch hier würde die unreflektierte Übernahme und teilweise deutliche Übererfüllung des Richtlinien textes geradezu verheerende Auswirkungen in der Praxis heraufbeschwören. Der jetzige Text erweckt den Eindruck, dass bereits die bloße Behauptung des Klägers, gegebenenfalls unterlegt mit einer eidesstattlichen Versicherung (vgl. § 294 ZPO), zu einer Umkehr der Beweislast zum Nachteil der anderen Partei führen könnte. Es bedarf dringend der Klarstellung, dass die andere Partei zumindest auch die Möglichkeit hat, den Beweis zu erbringen, dass die Vermutungstatsachen unzutreffend sind oder aus anderen Gründen eine Benachteiligung nicht erfolgt sein kann, beispielsweise weil sie von der Existenz des in Rede stehenden Merkmals keine Kenntnis hatte.
- 16** § 24 Abs. 2 ADG sollte dahingehend geändert werden, dass Antidiskriminierungsverbände zur gerichtlichen Vertretung befugt sein sollen, wenn eine Vertretung durch Anwälte „*nicht gesetzlich vorgeschrieben*“ ist.

Die Bestimmung des § 24 Abs. 4 des Entwurfs, in der ausdrücklich die Abtretbarkeit der auf Schadenersatz oder Entschädigung in Geld gerichteten Forderung auf Grund von Verstößen gegen das ADG geregelt wird, erscheint überflüssig und sollte daher gestrichen werden.

- 17** Es ist zu begrüßen, dass entgegen dem ersten Entwurf eines Antidiskriminierungsstellengesetzes nun nicht mehr vorgesehen ist, der Antidiskriminierungsstelle die Aufgabe zuzuweisen, über die in der Richtlinie angedachte Unterstützungsfunktion hinaus Bürger zu beraten und ihnen bei der Durchsetzung ihrer Rechte aktiv zu helfen. Soweit nunmehr allerdings in § 28 Abs. 2 Ziff. 3 sich der Hinweis befindet, dass es zu den Unterstützungsleistungen der Antidiskriminierungsstelle auch gehören kann, zwischen den Beteiligten eine gütliche Einigung anzustreben, erscheint es höchst fraglich, ob die Stelle auf Grund der vorgesehenen Ausstattung einer solchen Aufgabe überhaupt gerecht werden kann. Vor dem Hintergrund der schlank konzipierten Ausstattung der Antidiskriminierungsstelle erscheint es demnach sinnvoll, die Aufnahme der Ziff. 3 in § 28 Abs. 2 als Regelbeispiel nochmals zu überdenken.

Berlin, im Februar 2005  
12/05  
abrufbar unter [www.anwaltverein.de](http://www.anwaltverein.de)

**Stellungnahme**  
**des Deutschen Anwaltvereins e.V.**  
**durch den Zivilrechtsausschuss**

**zum Entwurf**  
**der Bundestagsfraktion von SPD und Bündnis 90/Die Grünen**  
**für ein Gesetz zur Umsetzung**  
**europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien**  
**bezüglich des Anwendungsbereichs im allgemeinen Zivilrechtsverkehr**  
**- Bundestag-Drucksache 15/4538 vom 16.12.2004 -**

Mitglieder des Ausschusses:

Rechtsanwalt Dr. Dr. h.c. Georg Maier-Reimer (Vorsitzender)  
Rechtsanwalt Dr. Rupert Bellinghausen  
Rechtsanwalt Dr. Christian Bereska  
Rechtsanwalt Dr. Roland Hoffmann-Theinert  
Rechtsanwalt Jörn H. Linnertz  
Rechtsanwalt Dr. Gottfried Raiser  
Rechtsanwalt Dr. Michael Schultz (BGH)

zuständiger DAV-Geschäftsführer:

Rechtsanwalt Udo Henke



Verteiler:

Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend des Deutschen Bundestages  
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages  
Innenausschuss des Deutschen Bundestages  
Finanzausschuss des Deutschen Bundestages  
Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit des Deutschen Bundestages  
Ausschuss für Verbraucherschutz, Ernährung und Landwirtschaft des Deutschen Bundestages  
Verteidigungsausschuss des Deutschen Bundestages  
Ausschuss für Gesundheit und Soziale Sicherung des Deutschen Bundestages  
Ausschuss für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen des Deutschen Bundestages  
Ausschuss für Menschenrechte und humanitäre Hilfe des Deutschen Bundestages  
Ausschuss für Bildung, Forschung und Technikfolgenabschätzung des Deutschen Bundestages  
Ausschuss für Angelegenheiten der Europäischen Kommission des Deutschen Bundestages  
Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages  
Ausschuss für Tourismus des Deutschen Bundestages  
Bundesministerium der Justiz  
Bundestagsfraktion der SPD  
Bundestagsfraktion der CDU/CSU  
Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen  
Bundestagsfraktion der FDP  
Rechtspolitische Sprecher der Fraktionen im Deutschen Bundestag  
Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin  
Bundesnotarkammer, Köln  
Deutscher Notarverein e.V., Berlin  
Deutscher Richterbund e.V., Berlin  
Deutscher Steuerberaterverband, Berlin  
Bundesverband der Freien Berufe, Berlin  
Zentralverband des Deutschen Handwerks/ZDH, Berlin  
Zentralverband Deutsches Baugewerbe/ZDB, Berlin  
Deutscher Industrie- und Handelstag/DIHT, Berlin  
Vorstand des Deutschen Anwaltvereins  
Vorsitzende der Landesverbände des Deutschen Anwaltvereins  
Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins  
Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins  
Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des Deutschen Anwaltvereins  
Zivilrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins  
Arbeitsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins  
Pressereferat des Deutschen Anwaltvereins  
Redaktion Anwaltsblatt / AnwBl, Berlin  
Redaktion Juristenzeitung / JZ, Tübingen  
Redaktion Monatsschrift für Deutsches Recht / MDR, Köln  
Redaktion Neue Juristische Wochenschrift / NJW, Frankfurt a. M.

Diese Stellungnahme finden Sie auch auf der Internetseite des Deutschen Anwaltvereins unter: <http://www.anwaltverein.de/03/05/index.html>.

### **Vorbemerkung**

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

---

Der Entwurf sieht die Umsetzung verschiedener Richtlinien in einem einheitlichen Gesetz vor, das entsprechend den unterschiedlichen Richtlinien ganz unterschiedliche Geltungsbereiche betrifft. Der Deutsche Anwaltverein (DAV) nimmt zu dem Entwurf Stellung:

- durch den Arbeitsrechtsausschuss zu Abschnitt 2 (Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung) und die allgemeinen Bestimmungen (Abschnitte 1 und 4, soweit sie den Anwendungsbereich des Abschnitts 2 betreffen)
- durch den Zivilrechtsausschuss zu Abschnitt 3 (Schutz vor Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr) und die allgemeinen Vorschriften (Abschnitte 1 und 4), soweit sie diesen Anwendungsbereich betreffen.

Die vorliegende Stellungnahme ist diejenige des Zivilrechtsausschusses.

Der DAV begrüßt, dass – anders als vorangegangene Entwürfe – der jetzt vorliegende Entwurf den sachlichen Anwendungsbereich innerhalb des allgemeinen Zivilrechtsverkehrs im wesentlichen auf Massengeschäfte beschränkt. Damit ist den zu früheren Entwürfen geäußerten Bedenken zu einem erheblichen Teil Rechnung getragen. Auch der jetzige Entwurf will jedoch entgegen der ursprünglichen Ankündigung der Bundesministerin für Justiz die zivilrechtliche Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/43 nicht 1:1 umsetzen, sondern insofern über sie hinausgehen, als die zivilrechtlichen Diskriminierungsverbote auch auf die Benachteiligung aus Gründen des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität erstreckt werden sollen. Der DAV begrüßt die Einbeziehung der Gleichstellung von Mann und Frau in das allgemeine zivilrechtliche Diskriminierungsverbot nach Maßgabe des sachlichen Anwendungsbereichs des Entwurfs und im Vorgriff auf die zu erwartende diesbezügliche Richtlinie. Die Erstreckung des zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots auf die Benachteiligung wegen eines der anderen Merkmale bedauert der DAV. Die Erstreckung des zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots auf Benachteiligungen aus solchen Gründen lässt eine Prozessflut erwarten, nicht zuletzt deshalb, weil gerade durch diese Erstreckung die Ausnahme für Benachteiligungen aus sachlich gerechtfertigten Gründen notwendig wird.

## I. Grundsätzliches

- 1 Der DAV missbilligt jede Art der Diskriminierung. Die moralische Missbilligung der Diskriminierung legitimiert jedoch noch nicht die staatliche Durchsetzung des moralischen Prinzips mit den Mitteln des Rechtszwangs im Privatrechtsverkehr. In einer demokratischen, freiheitlichen und dem Prinzip der Toleranz verpflichteten Gesellschaft soll sich der Staat auf die Durchsetzung des ethischen Minimums beschränken. Ein staatlicher Versuch, mit erzwingbaren Rechtsnormen die Bürger zu besseren Menschen zu erziehen, wäre mit den Grundprinzipien unserer Rechtsordnung unvereinbar.
- 2 Der Entwurf soll drei in Kraft getretene Richtlinien und – im Vorgriff – eine vierte Richtlinie, deren Verabschiedung in Kürze erwartet wird, umsetzen. Die Umsetzung in einem einheitlichen Gesetz führt – soweit einheitliche Bestimmungen wie die in Abschnitt 1 und Abschnitt 4 betroffen sind – dazu, dass der höchste durch eine der Richtlinien für einen Bereich vorgegebene Standard auch auf die Umsetzung in den anderen Bereichen übertragen wird. Schon dies ist durch die Richtlinien nicht vorgegeben und kann deshalb mit gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik nicht gerechtfertigt werden. Es ist mindestens zum Teil auch in der Sache nicht angemessen, wie unten im einzelnen darzulegen sein wird.
- 3 Die für den allgemeinen Zivilrechtsverkehr geltende Richtlinie 2000/43 gilt, ebenso wie ihre Ermächtigungsnorm in Artikel 13 des EG-Vertrages nur „im Rahmen der auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten“, d. h. nur insoweit, als der Vertrag für ein bestimmtes Sachgebiet hoheitliche Maßnahmen der EG zulässt

*Zuleeg* in v. d. Groeben/Schwarze, 6. Aufl., EGV Art. 13 Rn. 12; *Epiney* in Calliess/Ruffert, 2. Aufl., EGV Art. 13 Rn. 4; ähnlich *Schwarze*, EGV Art. 13 Rn. 5 und *Geiger*, 3. Aufl., EGV Art. 13 Rn. 1,6.

Die Zuständigkeit des Rates für Rechtsakte zur Bekämpfung der Diskriminierung besteht also nur akzessorisch, im Rahmen der Grenzen der sonstigen sachlichen Zuständigkeiten der Gemeinschaft. Diese Grenzen der Zuständigkeit werden auch durch das Subsidiaritätsprinzip gemäß Artikel 5 EG-Vertrag bestimmt. Die danach vorausgesetzte Primärzuständigkeit ist im sachlichen Geltungsbereich der verschiedenen mit dem Entwurf umzusetzenden Richtlinien unterschiedlich. Jedenfalls im Bereich des allgemeinen Zivilrechtsverkehrs und der Richtlinie 2000/43 kommt dieser notwendigen Begrenzung des Geltungsbereichs Bedeutung zu, denn eine umfassende Primärzuständigkeit der EG ist hier nicht gegeben.

Die Beschränkung des Anwendungsbereichs auf die „auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten“ findet sich in derselben Weise in der Richtlinie 2000/78 und der erwarteten Gleichstellungsrichtlinie, nicht aber in der Richtlinie 76/207 in der Fassung der Änderung durch die Richtlinie 2002/73.

Der Gesetzesentwurf übernimmt diese Grenzen des Geltungsbereichs der Richtlinien nicht. Eine Übernahme dieser Grenzen durch wörtliche Wiederholung wäre auch im-

praktikabel, weil dann in jedem einzelnen Anwendungsfall die Gerichte entscheiden müssten, ob die hoheitliche Regelung des von diesem Fall berührten Sachgebiets in die Zuständigkeit der Europäischen Gemeinschaft fällt oder nicht. Die Umsetzung der Richtlinie führt deshalb zwangsläufig zu Diskriminierungsverboten, die über die Regelungskompetenz der Europäischen Gemeinschaft hinausgehen.

Die Richtlinie 2000/43 selbst unternimmt keinen Versuch, die notwendigen Grenzen ihres Geltungsbereich näher zu bestimmen. Sie genügt damit nach Auffassung des DAV nicht den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen an Begründung und Bestimmtheit von Rechtsakten der Gemeinschaft. Die Erwägungsgründe 8 und 9 genügen dafür nicht. Der Erwägungsgrund 28 versucht die Notwendigkeit der Richtlinie gegenüber dem Subsidiaritätsprinzip zu rechtfertigen; er begründet dies indessen allein aus dem Aspekt des Diskriminierungsschutzes und nicht des – zunächst einmal darzulegenden – Erfordernisses einer gemeinschaftsweiten Regelung im Rahmen der voranzusetzenden Primärzuständigkeit.

Der DAV ist daher der Auffassung, dass die Richtlinie fehlerhaft ist. Die Zweimonatsfrist für eine Klage gegen die Richtlinie (Artikel 230 EGV) ist längst abgelaufen; Mängel der Richtlinie können auch in dem von der Kommission angekündigten Vertragsverletzungsverfahren im Rahmen der Inzidentkontrolle gemäß Artikel 241 EGV voraussichtlich nicht geltend gemacht werden, weil die Bundesrepublik die Möglichkeit hatte, Nichtigkeitsklage zu erheben und der Mangel der Richtlinie von vornherein erkennbar war.

- 4 Der Gesetzesentwurf geht weit über das gemeinschaftsrechtlich Gebotene hinaus, indem er im Bereich des allgemeinen Zivilrechtsverkehrs
- die Benachteiligung auch aus anderen Gründen als denen der Rasse, der ethnischen Herkunft oder des Geschlechts regelt,
  - keinen Versuch unternimmt, die Grenzen des Geltungsbereichs der Richtlinie („im Rahmen der auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten“) in die Umsetzungsgesetzgebung zu übertragen.

Ein Verbot dieser Art ist deshalb – soweit es über das durch die Richtlinie Gebotene hinausgeht – autonom zu legitimieren, in politischer und in rechtlicher Hinsicht. Die Begründung des Gesetzesentwurfs bleibt den Beleg dafür schuldig, dass im Bereich des allgemeinen Zivilrechts ein Bedürfnis für ein Diskriminierungsverbot bestehe, jedenfalls soweit es um die Benachteiligung aus anderen Gründen als denen von Rasse, ethnischer Herkunft oder Geschlecht geht. Die in der politischen Diskussion vorherrschende moralische Begründung des erweiterten Diskriminierungsverbots vermag eine solche rechtliche Legitimation nicht zu ersetzen (siehe oben 1).

Die Begründung des Gesetzesentwurfs folgert ein Bedürfnis für ein allgemeines zivilrechtliches Diskriminierungsverbot allein aus der Tatsache, dass wenig einschlägige Rechtsstreitigkeiten bekannt seien. Sie hält dies offenbar für ein Defizit. Die vom DAV geäußerte Befürchtung einer Prozessflut wird dadurch unterstrichen.

- 5 Die teilweise vertretene Auffassung, nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erstreckte sich die Gewährleistung der Vertragsfreiheit auch auf die rea-

le Möglichkeit des Vertragsschlusses, trifft nicht zu. In den dafür angeführten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ging es immer nur um die Begrenzung der *Vertragsbindung* zur Wiederherstellung der allgemeinen Handlungsfreiheit oder zum Schutz von Mutter und Kind.

- BVerfGE 81, 242: grundrechtlich determinierte Befreiung eines Handelsvertreters von einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot
- BVerfGE 89, 214: grundrechtlich determinierte Entlassung aus einer Angehörigenbürgerschaft
- BVerfGE 103, 89: grundrechtlich determinierte Begrenzung der Wirksamkeit von Eheverträgen.

Aus keiner dieser Entscheidungen lässt sich auch nur ansatzweise entnehmen, dass die Vertragsfreiheit als Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit oder ein anderes Grundrecht einen Anspruch auf Vertragsabschluss begründen könnte.

Die – ebenfalls bereits vertretene – Behauptung, ein zivilrechtliches Diskriminierungsverbot tangiere die Vertragsfreiheit per Saldo nicht, weil der Einschränkung der Vertragsfreiheit auf der einen Seite eine entsprechende Zunahme von Vertragsfreiheit auf der anderen Seite entspreche, geht deshalb fehl. Sie setzt faktische Vertragshindernisse einer rechtlichen Beschränkung der Vertragsfreiheit gleich und setzt sich dadurch vermeintlich in die Lage, faktisch gewonnene Freiräume der sonst Benachteiligten gegen die Freiheitsbeeinträchtigung durch staatlich dekretierten Kontrahierungszwang aufzurechnen.

- 6 Entgegen einer ebenfalls zum Teil geäußerten Auffassung bedarf es eines Gesetzgebungsaktes, um auch nur das zu erreichen, was in der Richtlinie 2000/43 vorgesehen ist. Der DAV hat dies in seiner Stellungnahme 21/03 vom Mai 2003 näher ausgeführt. Die Annahme, das gleiche ergebe sich in Deutschland ohnehin aus den Generalklauseln der §§ 138, 242, 826 BGB i.V.m. Art. 3 des GG, ist irrig. Dass sich derartiges nicht aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur grundrechtlich determinierten Begrenzung der Vertragsbindung ergibt, ist oben unter 4 ausgeführt. Der Versuch, ein zivilrechtliches Diskriminierungsverbot durch Ausweitung der Generalklauseln des BGB und der Drittwirkung des Artikel 3 GG zu erreichen, müsste die bisherigen Grenzen einer Drittwirkung von Grundrechten sprengen und würde zu einer völlig uferlosen Ausdehnung der Grundrechte in den Privatrechtsbereich hinein führen. Grenzen eines solchen Verbotes, wie sie im Wortlaut der Richtlinie 2000/43 und in dem vorliegenden Gesetzesentwurf vorgesehen sind, ließen sich kaum begründen, wenn Artikel 3 GG im Privatrechtsverkehr gälte und einen Anspruch auf Vertragsabschluss begründen könnte. Jedenfalls würde sich aus einem solchen Ansatz für Jahrzehnte eine heillose Rechtsunsicherheit ergeben, bis die Rechtsprechung einigermaßen abgrenzbare Fallgruppen gebildet hätte.
- 7 Die Verabschiedung des Gesetzes in Form des vorgelegten Entwurfes würde den Rechtsalltag in Deutschland nachhaltig verändern. Denn trotz der Beschränkung im sachlichen Anwendungsbereich führt der Entwurf zu einer empfindlichen Beeinträchtigung der Vertragsfreiheit. Die Umkehr der Beweislast hat zur Folge, dass in vielen

Fällen die Ablehnung eines Vertragsabschlusses oder die Auswahl des Vertragspartners der Rechtfertigung bedarf – nach dem Entwurf sogar des Beweises sachlicher, die Entscheidung rechtfertigender Gründe. Die Erstreckung eines zivilrechtlichen Diskriminierungsverbotes auf Benachteiligungen aus anderen Gründen als denen von Rasse, ethnischer Herkunft oder Geschlecht lässt eine Prozessflut und ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit befürchten. Denn bezüglich einer Benachteiligung aus einem der anderen Gründe ist im sachlichen Anwendungsbereich des Entwurfs – in ganz anderem Maße als bei Benachteiligung aus Gründen der Rasse, der ethnischen Herkunft oder des Geschlechts – eine Ausnahme für sachlich berechtigte Differenzierungen unerlässlich. Gerade daraus entsteht dann aber ein hohes Streitpotential, welches eine anhaltende Prozessflut befürchten lässt.

- 8 Eine zivilrechtliche Regelung, die sich richtlinienkonform auf das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Rasse, der ethnischen Herkunft oder des Geschlechts beschränkt, unterliegt entgegen einer zum Teil vertretenen Auffassung nicht der Gefahr, ihrerseits wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 3 GG verfassungswidrig zu sein. Denn die Versagung eines zivilrechtlichen Schutzes vor Benachteiligung, beispielsweise aus Gründen der Religion, bedeutet nicht, dass der Einzelne von Staats wegen aufgrund seiner Religion benachteiligt würde. Ein zivilrechtlicher Sonderschutz gegen Diskriminierung aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft ist – gerade in Deutschland – auch sachlich legitim.
- 9 Für die Erweiterung des Katalogs der Diskriminierungsmerkmale spricht nicht die Überlegung, dass ohne eine solche Erweiterung die Benachteiligung aufgrund eines dieser anderen Merkmale zur Bemäntelung einer in Wirklichkeit aus Gründen der Rasse, der ethnischen Herkunft oder des Geschlechts erfolgten Benachteiligung vorgeschützt werden könne. Die Beweislastumkehr bietet insoweit hinreichenden Schutz. Würde das Verbot der Diskriminierung aus diesem Grund auf die anderen Diskriminierungsmerkmale erstreckt, so würde damit die materielle Vertragsfreiheit des einzelnen einem rein verfahrensrechtlichen Aspekt geopfert.

## II.

### Zu den einzelnen Vorschriften

- 10 Zu § 2 Abs. 1 Nr. 8

Diese Bestimmung wiederholt wörtlich den Artikel 3 Abs. 1 h der Richtlinie 2000/43. Im allgemeinen Zivilrechtsverkehr kommt diese Regelung gemäß § 20 Abs. 2 zur Anwendung, soweit es um eine mögliche Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft geht. Der DAV begrüßt diese wörtliche Übernahme der Formulierung der Richtlinie. Denn die Formulierung „Güter- und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“ bedeutet nach Auffassung des DAV nur Güter- und Dienstleistungen, die für eine Vielzahl von Fällen angeboten werden und ohne Ansehung der Person zur Verfügung stehen. Dies hat der DAV in seinen Stellungnahmen 21/03 (unter II 1) und 14/02 (unter III 3.4) ausgeführt. Der DAV ist weiterhin der Auffassung, dass auch die Worte „einschließlich von Wohnraum“ lediglich der Klarstellung dienen, dass auch Wohnraum unter die Begriffe „Güter- und Dienstleis-

tungen“ fällt und deshalb die Richtlinie (und entsprechend § 2 Abs. 1 Nr. 8) auch nur für Wohnraum gilt, der der Öffentlichkeit zur Verfügung steht. Auch dies hat der DAV in der Stellungnahme 21/03 dargelegt.

Durch die wörtliche Übernahme der Formulierung der Richtlinie ist sichergestellt, dass die Bundesrepublik insoweit den Anforderungen der Richtlinie entspricht, auch für den Fall, dass die Formulierung der Richtlinie in anderem Sinne zu verstehen sein sollte.

Die Begründung des Entwurfes (S. 73) geht davon aus, dass der Entwurf tatsächlich eine andere Formulierung verwende, nämlich sich auf Güter- und Dienstleistungen beziehe, die „öffentlich zum Vertragsschluss angeboten werden“, wofür es nach Auffassung der Begründung genüge, wenn ein Objekt durch eine Anzeige in einer Tageszeitung angeboten werde. Die Begründung geht – nach Meinung des DAV zu Unrecht – davon aus, dass die Formulierung „die öffentlich zum Vertragsschluss angeboten werden“ inhaltlich gleichbedeutend sei mit „der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“. Diese Interpretation der Richtlinie entspricht jedenfalls nicht dem unbefangenen Wortverständnis.

Die unzutreffenden Ausführungen in der Begründung sollten in geeigneter Weise korrigiert werden.

## 11 Zu § 3 – Begriffsbestimmungen

### 11.1 Zu Absatz 1 (unmittelbare Benachteiligung)

Der erste Satz muss wie folgt lauten:

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

Begründung:

In dem Entwurf fehlt das in dieser Formulierung hervorgehobene Verb „erfährt“. Das hat zur Folge, dass Subjekt der am Ende des Satzes stehenden Prädikate „erfährt, erfahren hat oder erfahren würde“ nicht die andere Person ist, sondern derjenige, um dessen (mögliche) Diskriminierung es geht. Das hat die weitere Folge, dass eine „unmittelbare Benachteiligung“ bereits dann vorliegen kann, wenn eine weniger günstige Behandlung noch gar nicht erfolgt ist, sondern nur erwartet wird. Dies ist ausweislich der Begründung (Seite 74) gewollt. Auch hier entspricht die Begründung nicht dem Gesetzestext des Entwurfs. Denn die Begründung (S. 74 zu § 3 Abs. 1 erster Absatz) geht zunächst von einem Text aus, der so lautet, wie es oben vorgeschlagen ist („eine weniger günstige Behandlung *erfährt*, als eine andere Person ..“). Im weiteren Text der Begründung wird dann aber ausgeführt, dass auch bereits die Gefahr einer Benachteiligung als Benachteiligung gelten soll; dies entspricht dann dem Gesetzestext des Entwurfs. Durch die Gleichstellung einer erwarteten Benachteiligung mit einer bereits erfolgten Benachteiligung verwischen sich die Unterschiede zwischen einer Unterlassungsklage wegen erfolgter Verletzungen und einer vorbeugenden Unterlassungsklage, von den Sanktionen des Schadensersatzes ganz zu schweigen. Nach dem Entwurf könnte ein Betroffener Schadensersatz (für materielle und immate-

rielle Schäden) mit der Begründung verlangen, er habe sich um einen Vertrag gar nicht erst bemüht, weil ja von vornherein festgestanden habe, dass er benachteiligt worden wäre, und damit sei der Tatbestand erfüllt.

Der Entwurf entspricht in diesem Punkt nur scheinbar der Richtlinie 2000/43; in Wirklichkeit enthält der deutsche Wortlaut der Richtlinie 2000/43, wie der Vergleich mit den englischen und französischen Fassungen zeigt, einen Übersetzungsfehler, welcher in der deutschen Fassung der (insoweit gleichlautenden) Richtlinie 2000/78

#### 11.2 korrigiert ist. Zu Absatz 2 (mittelbare Benachteiligung)

Die Tatbestände des Entwurfs verwenden zwar nicht den Begriff der Diskriminierung. Der Entwurf wird aber nicht nur in seinem Titel durch das Unwerturteil getragen, das sich mit einer Diskriminierung verbindet. Dieses Unwerturteil knüpft an die bewusste, ja gezielte Diskriminierung an. Eine unmittelbare Benachteiligung kann nach der Begriffsbestimmung praktisch nur vorsätzlich erfolgen, weil die weniger günstige Behandlung sonst nicht „wegen“ des jeweiligen Merkmales erfolgen würde. Diesen Zusammenhang stellt die Begründung (Seite 109 letzter Absatz) auch fest, allerdings erst auf der Ebene des Verschuldens. Es ergibt sich aber aus dem im Begriff der unmittelbaren Benachteiligung vorausgesetzten Motivationszusammenhang, dass der Vorsatz hier bereits Element des Tatbestandes ist.

Bei der mittelbaren Benachteiligung kann dies anders sein. Die Begründung (S. 109 f) geht denn auch davon aus, dass eine mittelbare Benachteiligung fahrlässig (und ggf. schuldlos) erfolgen könne. Auch im Falle schuldloser mittelbarer Benachteiligung wären die Beseitigungsansprüche gemäß § 22 Abs. 1 gegeben.

Auch eine mittelbare Benachteiligung verdient das vorausgesetzte Unwerturteil aber nur, wenn sie vorsätzlich erfolgt. Dies sollte in Absatz 2 insoweit klargestellt werden, als die Bundesrepublik gemeinschaftsrechtlich nicht gebunden ist. In Betracht kommt – insoweit – eine Ersetzung des Wortes „benachteiligen können“ durch „*benachteiligen sollen*“ und im übrigen (bezüglich Rasse, ethnischer Herkunft, Geschlecht) durch „*benachteiligen*“.

Die Formulierung „benachteiligen können“ entspricht der deutschen Fassung der Richtlinie 2000/43. Diese entspricht insoweit der französischen Fassung („est susceptible d’entraîner un désavantage“), während die englische Fassung jedenfalls eine aktuelle Benachteiligung verlangt („would put persons ... at a particular disadvantage“). Mit der Formulierung „benachteiligen sollen“ bliebe der Entwurf hinsichtlich der Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft und, nach Verabschiedung der Gleichstellungsrichtlinie, des Geschlechts hinter den Richtlinien zurück. Im allgemeinen Zivilrechtsverkehr liegt die Möglichkeit unbeabsichtigter mittelbarer Benachteiligungen aus solchen Gründen jedoch eher fern.

Durch die Erstreckung des Katalogs von Diskriminierungsmerkmalen ergeben sich aber auch bei mittelbaren Benachteiligungen möglicherweise Weiterungen, die keinesfalls angemessen sind. Als Beispiel sei nur ein Restaurant genannt, das bei der Zubereitung der Speisen die besonderen Speisevorschriften des mosaischen oder islamischen Glaubens nicht befolgt. Die Folge ist, dass ein strenggläubiger Jude oder Moslem in diesem Restaurant nicht essen kann. Nach dem Entwurf hätte er Anspruch

auf Beseitigung sowie Schadensersatzansprüche. Mit der vorgeschlagenen Formulierung „benachteiligen sollen“ wäre klargestellt, dass eine unzulässige mittelbare Benachteiligung nur dann vorliegt, wenn der Restaurantbetreiber keine diesen Speisegesetzen genügenden Mahlzeiten anbietet, *um* auf diese Weise Moslems und Juden aus dem Lokal fernzuhalten.

**12** Zu § 4 – Unterschiedliche Behandlung wegen mehrerer Gründe

Die Sätze 1 und 2 dieser Bestimmung besagen dasselbe. Die beiden Sätze sollten in einen einheitlichen Satz wie folgt zusammengefasst werden:

*Erfolgt eine unterschiedliche Behandlung wegen mehrerer der in § 1 genannten Gründe, so kann diese unterschiedliche Behandlung gemäß §§ 8-10 und 21 nur gerechtfertigt werden, wenn sich die Rechtfertigung auf alle diese Gründe erstreckt, deretwegen die unterschiedliche Behandlung erfolgte.*

**13** Zu § 20 – Zivilrechtliches Benachteiligungsverbot

Zu § 20 Abs. 4 sollte die Begründung deutlich machen, dass diese Bestimmung nur der Klarstellung dient. Wird dies nicht deutlich gemacht, so könnten aus dieser Bestimmung möglicherweise Folgerungen hinsichtlich der Auslegung der Tatbestände des Absatzes 1 und des Absatzes 2 i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 5-8 gezogen werden: wenn sich der Gesetzgeber veranlasst sieht, eine Bestimmung wie die in Absatz 4 aufzunehmen, folgt daraus, dass die Tatbestände jedenfalls bis an familien- oder erbrechtliche Schuldverhältnisse heranreichen könnten. Wird die Bestimmung gestrichen, so sollte ebenfalls deutlich gemacht werden, dass sie deshalb gestrichen wird, weil sie überflüssig ist.

**14** Zu § 21 Nr. 5 – Risikobewertung durch Versicherer

Die Möglichkeit für Versicherungsunternehmen, eine unterschiedliche Behandlung nur mit einer Risikobewertung zu rechtfertigen, die „auf relevanten und genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten“ beruht, ist zu eng. Die Regelung würde es Versicherungsunternehmen untersagen, bei neu auftretenden Risiken, die nach dem ersten Eindruck bestimmte Personengruppen besonders treffen, schnell zu reagieren, bevor zuverlässige statistische Daten verfügbar sind, die die Grundlage für eine versicherungsmathematische Berechnung sein können. Es muss genügen, dass der unterschiedlichen Behandlung *vertretbare Annahmen zur Risikobewertung* zugrunde gelegt werden.

Es darf unterstellt werden, dass Versicherungsunternehmen ein Interesse an Versicherungsabschlüssen haben und einzelne Personengruppen deshalb nicht aufgrund einer diskriminierenden Mentalität zurückweisen. Wenn sie von solchen Personen möglicherweise unberechtigt erhöhte Prämien verlangen, entspricht es unserem System der Marktwirtschaft, sich darauf zu verlassen, dass der Betroffene dann bei einem anderen Versicherer zu sachgerechten Konditionen abschließen kann.

Die Überprüfung der Tarife von Versicherern ist nicht Sache der Zivilgerichte und würde diese überfordern. Sie ist insbesondere auch mit der Überprüfung allgemeiner Geschäftsbedingungen nicht vergleichbar. Denn deren Kontrolle ist beschränkt auf Be-

stimmungen, die „von Rechtsvorschriften abweichen oder diese ergänzen“ (§ 307 Abs. 3 Satz 1 BGB). Die umfasst also nicht die Primärleistungspflichten – abgesehen von der Überprüfung hinsichtlich ihrer Klarheit; darum geht es hier aber nicht.

## **15** Zu § 22 – Ansprüche

### **15.1** Befristung

Für die Ansprüche wegen (angeblicher) Diskriminierung sollte insgesamt – entsprechend der Sechs-Monats-Frist in § 15 Abs. 3 ADG-E – eine kurze Verjährungsfrist oder Ausschlussfrist bestimmt werden, binnen welcher die Ansprüche (schriftlich) geltend zu machen sind. Ohne eine solche Befristung wären Unternehmen nicht nur gehalten, Aufzeichnungen über Geschäftsvorfälle entsprechend den handels- und steuerrechtlichen Vorschriften aufzubewahren, sondern auch die Dokumentation über alle nicht abgeschlossenen Geschäfte für 10 Jahre (bis zum Ablauf der absoluten Verjährungsfrist gemäß § 199 Abs. 3 BGB) zu verwahren. Dies wäre völlig unzumutbar. Außerdem erledigt sich der Schutzzweck des Gesetzes praktisch sofort, wenn der (vermeintlich) Diskriminierte an seiner (möglichen) Benachteiligung keinen Anstoß nimmt. Nimmt er daran Anstoß, so ist es ihm zuzumuten, seine Rechte alsbald geltend zu machen. Ohne eine knapp bemessene Frist wird den Machenschaften zweifelhafter Prozesstreiber Vorschub geleistet, die nach vermeintlichen Diskriminierungsopfern suchen, um ihnen zunächst einmal das verletzte Gefühl einzureden, diskriminiert worden zu sein.

### **15.2** Anspruch auf Vertragsabschluss

Abweichend von dem Diskussionsentwurf vom Dezember 2001 ist in § 22 Abs. 2 des Entwurfes nicht mehr vorgesehen, dass der Abschluss eines Vertrages nicht verlangt werden kann, wenn ein Vertrag über den Vertragsgegenstand schon mit einem Dritten abgeschlossen wurde. Die Begründung (S. 107) geht davon aus, dass in diesen Fällen der Anspruch auf Vertragsabschluss an dessen Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB) scheitert. Diese Annahme sieht die Dinge zu einfach. Im allgemeinen Zivilrechtsverkehr wird – wegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 20 Abs. 1 Nr. 1 und nach dem oben dargelegten Verständnis von § 2 Abs. 1 Nr. 8 i.V.m. § 20 Abs. 2 des Entwurfes – eine solche Konstellation praktisch nicht eintreten können. Versteht man dagegen den § 2 Abs. 1 Nr. 8 anders, nämlich so wie die Begründung (oben unter II 11.1), so ist auch im allgemeinen Zivilrechtsverkehr möglich, dass der Tatbestand der Benachteiligung erfüllt und der Vertragsgegenstand anderweitig vergeben ist. Es ist indessen zweifelhaft, ob in all diesen Fällen Unmöglichkeit vorliegt. Einmal könnte der Schuldner (d. h. derjenige, dem die Benachteiligung vorzuwerfen ist) möglicherweise den Vertragsgegenstand durch entsprechende Abstandszahlungen zurückerwerben. Es würde sich dann die Frage stellen, zu welchen Aufwendungen er ggf. gemäß § 275 Abs. 2 BGB verpflichtet ist. Es sind aber auch ganz andere Fälle denkbar – insbesondere im Arbeitsrecht. Ist die ausgeschriebene Stelle aufgrund einer unzulässigen Benachteiligung vergeben worden, so ist es dem Arbeitgeber trotzdem möglich, einen weiteren Anstellungsvertrag abzuschließen. Dass hierauf sinnvollerweise kein Anspruch bestehen kann, liegt auf der Hand. Demgemäß ist ein solcher Anspruch auch durch § 611a Abs. 2 zweiter Halbsatz BGB ausgeschlossen. Das ADG sollte jedenfalls

ausdrücklich bestimmen, dass ein Anspruch auf Vertragsabschluß ausgeschlossen ist, wenn über den Vertragsgegenstand bereits ein Vertrag mit einem Dritten geschlossen wurde.

Die Begründung (S. 108) erörtert die Möglichkeit eines Anspruchs auf einen Vertragsabschluss als Kausalitätsproblem. In den in der Begründung erörterten Beispielfällen fehlt es aber bereits am Tatbestand: die Benachteiligung erfolgte in den erörterten Fällen eben nicht wegen des einzelnen Diskriminierungsmerkmals, sondern aus den anderen in der Begründung angeführten Überlegungen (Solvvenz, besondere Fähigkeiten und Kenntnisse).

### 15.3 Zu Absatz 3

Nach Satz 3 kann der Benachteiligte Entschädigung für immaterielle Schäden verlangen. Die Stellung dieses Satzes ebenso wie die insoweit korrespondierenden Vorschriften von § 15 Abs. 1 und § 15 Abs. 4 legen es nahe, dass der Anspruch auf Entschädigung für immaterielle Schäden (anders als der Anspruch auf Ersatz des materiellen Schadens) von einem Verschulden nicht abhängig sein soll. Welche Relevanz dies hat, hängt davon ab, unter welchen Voraussetzungen eine ungewollte Benachteiligung aus den in § 1 genannten Merkmalen denkbar ist (dazu oben II 11.2). Schon die Entschädigung für immaterielle Schäden ist im deutschen Recht eine Ausnahme, die nur unter besonderen Voraussetzungen vorgesehen ist. Eine verschuldensunabhängige Verpflichtung zur Entschädigung für immaterielle Schäden wegen einer Diskriminierung ist besonders problematisch. Wenn die Diskriminierung – insbesondere aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft, aber auch wegen einer Behinderung oder des Alters – in verletzender Form erfolgt, werden ohnehin die Voraussetzungen einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vorliegen, so dass ggf. auf dieser Grundlage eine Entschädigung verlangt werden kann.

In dem Entwurf vom Dezember 2001 (auch in der Fassung des Diskussionsentwurf vom 17. Februar 2002) war vorgesehen, dass die angemessene Entschädigung in Geld nur für die Fälle verlangt werden kann, in denen sich die Benachteiligung nicht durch Anspruch auf einen Vertragsabschluß oder in anderer Weise ausgleichen läßt. Der Entschädigungsanspruch war also ein Surrogat für einen Beseitigungsanspruch. Unter diesen Voraussetzungen könnte eine verschuldensunabhängige Entschädigungspflicht vertretbar sein. In dem jetzt vorliegenden Entwurf soll dagegen ein Anspruch auf Entschädigung offenbar (verschuldensunabhängig) zusätzlich zu Ansprüchen auf Beseitigung oder Schadensersatz (als Naturalrestitution oder in Geld) bestehen. Das geht zu weit.

Die Richtlinie schreibt in Art. 15 vor, dass die Sanktionen im Fall von Verletzungen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssen. Sanktionen für unverschuldete Benachteiligungen können nicht abschrecken und sind auch nicht wirksam im Sinne einer Verhinderung von Benachteiligungen. Sie sind vielmehr unverhältnismäßig. Sollte die Bundesrepublik gleichwohl gemeinschaftsrechtlich gehalten sein, den Verletzer – gegebenenfalls auch verschuldensunabhängig – zur Zahlung einer Entschädigung für immaterielle Schäden zu verpflichten, so sollte dies jedenfalls auf den Bereich beschränkt werden, der durch die Richtlinien zwingend vorgegeben ist.

Dies ist die Diskriminierung aus Gründen der Rasse, der ethnischen Herkunft oder des Geschlechts, und auch dies nur „im Rahmen der auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten“.

#### 15.4 Vergleichsfähigkeit

Nach § 22 Abs. 5 ADG-E sind die Bestimmungen über das Benachteiligungsverbot und die daraus folgenden Ansprüche unabdingbar. Es sollte klargestellt werden, dass die Möglichkeit einer vergleichweisen Regelung dadurch nicht berührt wird.

#### 16 Zu § 23 – Beweislast

##### 16.1 Voraussetzung der Beweislastregelung soll sein, dass eine Partei „Tatsachen glaubhaft macht“, die eine Benachteiligung vermuten lassen. Nach der Begründung (S. 111) soll es dafür genügen, wenn Vermutungstatsachen *vorgetragen* werden. Das ist jedenfalls verfehlt. Aber auch der Text des Entwurfes, wonach die Tatsachen glaubhaft gemacht werden müssen, ist missverständlich. Die Glaubhaftmachung erfordert nach dem allgemeinen zivilprozessualen Verständnis, dass die „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ im Unterschied zum Beweises zur vollen Überzeugung des Richters dargetan ist

Musielak/Huber, ZPO 4. Aufl., § 294 Rn. 3 m.w.N.

Es geht also um ein geringeres Beweismaß als bei dem Erfordernis eines vollen Beweises. Wo die ZPO voraussetzt, dass tatsächliche Behauptungen glaubhaft gemacht werden, kann dies gemäß § 294 ZPO mit allen Beweismitteln, einschließlich einer Versicherung an Eides Statt, geschehen. Dies betrifft innerhalb der ZPO nur bestimmte Verfahrensarten. Es sollte mindestens in der Begründung klargestellt werden, dass die Worte „glaubhaft machen“ in § 23 das Beweismaß betreffen und dass damit nichts über die Art der Beweismittel gesagt ist. So wird das Erfordernis der Glaubhaftmachung in § 611a Abs. 1 S. 3 BGB verstanden

Erman/Edenfeld, BGB 11. Aufl., § 611a Rn. 13; MünchKomm BGB/Müller-Glöge, 4. Aufl., § 611a Rn. 80 ff.

Anlass zu einer solchen Klarstellung besteht nicht zuletzt deshalb, weil nach der vorliegenden Begründung die Indiztatsachen nur *vorgetragen* werden müssen und weil die Begründung zu dem Diskussionsentwurf vom 10.12.2001 (S. 44 zu § 319c BGB-E in der damaligen Entwurfsfassung) ausführte, eine eidesstattliche Versicherung genüge zur Glaubhaftmachung (dagegen schon die Stellungnahme des DAV 14/02 S.12).

Welche Beweismittel zulässig sind, muss, wie allgemein in der ZPO, von der Verfahrensart abhängen. Bei der jetzigen Formulierung besteht eben aufgrund des § 294 ZPO die Gefahr der Auslegung, dass eine bloße eidesstattliche Versicherung auch in einem ordentlichen Verfahren zur Umkehr der Beweislast genügt, selbst wenn der Gegner durch entsprechende oder gar stärkere Beweismittel die Vermutungstatsachen widerlegt oder ihre „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ ausräumt.

Zwar verwendet der deutsche Text der Richtlinie auch das Wort „glaubhaft machen“. Damit kann aber in dem gemeinschaftsrechtlichen Kontext nicht die Glaubmachung im Sinne des § 294 ZPO, d. h. durch eidesstattliche Versicherung, gemeint sein. Der

englische und der französische Text der Richtlinie verwenden hier die Worte „*establish*“ und „*établir*“, die sogar das Erfordernis eines vollen Beweises der Vermutungstatsachen nahelegen.

**16.2** Auch die Rechtsfolge der Beweislastregel in § 23 geht weit über das durch die Richtlinie gebotene Maß hinaus. Denn:

- sie lässt nicht den Beweis zu, dass eine Benachteiligung aus Gründen des genannten Diskriminierungsmerkmals nicht stattgefunden hat;
- aufgrund der Erweiterung der Diskriminierungsmerkmale lässt sie auch nicht den Nachweis zu, dass die Benachteiligung aufgrund eines der anderen in den Katalog aufgenommenen Merkmale erfolgte (was nach der Richtlinie zulässig wäre);
- noch weitergehend will sie den Gegenbeweis nur damit zulassen, dass andere *sachliche* Gründe zu der unterschiedlichen Behandlung geführt haben. Das Freiheitsgrundrecht, eine Entscheidung aus ganz subjektiven, und deshalb anderen als sachlichen Gründen zu treffen, wird damit beschnitten.

Eine solche Beschränkung der Möglichkeiten des Gegenbeweises mag im Bereich des Arbeitsrechts sachgerecht sein – die Formulierung stammt aus § 611a BGB. Für das allgemeine Zivilrecht ist sie unsachgemäß.

**17** Zu § 24 – Antidiskriminierungsverbände

**17.1** Die Bestimmung schafft die Möglichkeit für sog. Antidiskriminierungsverbände, Ansprüche für Benachteiligte durchzusetzen. Der Entwurf begründet dies damit, dass nach den Richtlinien eine Unterstützung durch Verbände vorgesehen ist (Art. 7 Abs. 2 Antirassismusrichtlinie 2000/43/EG, Art. 9 Abs. 2 Rahmenrichtlinie Beschäftigung 2000/78/EG, Art. 6 Abs. 3 der revidierten Gleichbehandlungsrichtlinie wegen des Geschlechts 2002/73/EG, Art. 7 Abs. 3 der Gleichbehandlungsrichtlinie wegen des Geschlechts außerhalb der Arbeitswelt (Entwurf vom 06.10.2004)) und die besonderen Berechtigungen von Antidiskriminierungsverbänden ein weiteres Instrument zur effektiven Durchsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes darstellen (Seite 113 der Begründung).

Dabei ist zu kritisieren, dass die notwendigen fachlichen und qualitativen Voraussetzungen an Antidiskriminierungsverbände im Entwurf nicht geregelt werden. So enthält § 24 Abs. 1 S. 1 keinen Hinweis auf eine erforderliche juristische Qualifikation, die zur effektiven Vertretung von Benachteiligten zwingend erforderlich ist. Neben qualitativen Anforderungen fehlt darüber hinaus ein zentrales Anerkennungsverfahren für Antidiskriminierungsverbände. Die Übertragung von Klagebefugnissen nach § 24 Abs. 2 – 4 allein an eine bestimmte Mitgliederzahl anzuknüpfen, ist nicht sachgerecht.

Ohne förmliches Anerkennungsverfahren mit einer Liste der anerkannten Verbände (vgl. § 4 UKlaG) müsste überdies das angerufene Gericht in jedem Einzelfall prüfen, ob die Voraussetzungen des § 24 erfüllt sind. Das ist unzweckmäßig. Auch ist unklar, wie das Gericht sich zum Beispiel über die Mitgliederzahl Gewissheit verschaffen soll.

- 17.2** Nach dem Entwurf sollen Antidiskriminierungsverbände befugt sein, für einen Benachteiligten vor Gericht in der Verhandlung aufzutreten. Dieser Bestimmung widmet die Begründung lediglich einen knappen Absatz. Sie wirft erhebliche Probleme auf.
- (a) Während Verbände nach dem UKlaG nur – allgemein – auf Unterlassung klagen, nicht aber die Rechte einzelner (tatsächlich oder vermeintlich) Geschädigter geltend machen können, sollen die Antidiskriminierungsverbände die Rechte anderer vor Gericht vertreten können. Vergleichbar ist allenfalls § 11 ArbGG über die Vertretung durch Gewerkschaftsvertreter im Arbeitsgerichtsverfahren. Ein Unterschied besteht aber schon darin, dass nach § 24 Abs. 2 die Antidiskriminierungsverbände nach dem Entwurf als solche (und nicht ihre Vertreter) sollen auftreten können. Dies ist auch deshalb befremdlich, weil die Verbände nicht rechtsfähig zu sein brauchen. Es ist im übrigen unklar, ob die Verbände nur in der Verhandlung als Bevollmächtigte auftreten können oder ob sie die gesamte Prozessvertretung sollen übernehmen können.
- (b) Die Befugnis der Verbände zur Vertretung unterscheidet sich (von der Befugnis von Gewerkschaftsvertretern abgesehen) grundlegend von den sonst für Verbände vorgesehenen Rechten. Diese können – gewissermaßen als Vertreter des öffentlichen Interesses – Unterlassung von gesetzwidrigem oder unredlichem Verhalten verlangen, nicht aber Individualrechte eines einzelnen verfolgen mit all den Gefahren, die dies für den Vertretenen haben kann.
- (c) Die Berechtigung von Antidiskriminierungsverbänden nach § 24 Abs. 2 zur Rechtsvertretung ohne Nachweis jeglicher Qualifikation in Verfahren, in denen eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist (Amtsgericht, Arbeitsgericht), läuft dem Ziel des Entwurfes (effektive Rechtsdurchsetzung) entgegen. Die geschäftsmäßige Vertretung in Rechtsangelegenheiten ist die zentrale Aufgabe der Anwaltschaft. Juristische Qualifikation und Erfahrung sind zwingend erforderlich um Konflikte aufzubereiten und insbesondere komplexe Sachverhalte auf das Wesentliche und rechtlich Erhebliche so zu konzentrieren, dass sie nach den Spielregeln eines gerichtlichen Verfahrens effektiv gelöst werden können. Jede weitere Verwässerung dieser zentralen Aufgabe der Anwaltschaft ist abzulehnen.
- (d) Die Anwaltschaft hat auch die Funktion, unnötige Prozesse durch außegerichtliche Regelung oder Ausfilterung aussichtsloser Fälle zu verhindern. Ob ein Verband, an den keine weiteren Qualifikationsanforderungen gestellt werden, diese Funktion wahrnehmen könnte und wollte, erscheint zweifelhaft. Nach dem Verbandszweck ist eher zu befürchten, dass solche Verbände dem Betroffenen erst das Gefühl vermitteln, diskriminiert worden zu sein, und sie dadurch zu einer Klage bewegen. Die sich dann ergebende Prozeßflut ist geeignet, die begrenzten Ressourcen der Justiz zu blockieren. Wirklich Diskriminierte hätten den Nachteil davon.
- (e) Für die Anwaltschaft gelten umfangreiche Berufspflichten, nicht zuletzt die Verschwiegenheitsverpflichtung und das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen. Diese Pflichten sind unerlässlich im Interesse der Mandanten. Für einen Verband, der fremde Rechtsangelegenheiten vertritt, müssten entsprechende Regeln gelten. Der Entwurf enthält nichts darüber.

- (f) Die ausdrückliche Befreiung der Verbände von den Qualifikationserfordernissen des Rechtsberatungsgesetzes ist deshalb abzulehnen.
- 17.3** Nach § 24 Abs. 4 soll die Abtretung der Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche möglich sein. Schon dies ist problematisch. Denn der Entschädigungsanspruch – also der Anspruch auf Entschädigung für immaterielle Schäden – hat seine Wurzel in dem Persönlichkeitsrecht der Betroffenen und ist im Sinne der Marlene-Dietrich-Entscheidung des Bundesgerichtshofs (NJW 2000, 2195) nicht den vermögenswerten Bestandteilen des Persönlichkeitsrechts zuzuordnen. Aus der Einbettung der Bestimmung über die Abtretbarkeit in den § 24 ergibt sich zudem, dass vor allem an die Abtretung an Verbände gedacht ist. Die Möglichkeit einer solchen Abtretung läuft dem Schutzzweck und dem Zweck der Entschädigung (insbesondere dem der Genugtuungsfunktion der Entschädigung) zuwider. Genugtuung läßt sich durch Abtretung des Anspruchs nicht erzielen; die Entschädigung kann deshalb nach Abtretung des Anspruchs auch nicht der Herstellung des Rechtsfriedens dienen. Die Möglichkeit der Abtretung an Verbände gibt Anlaß zu der Befürchtung, dass mit der Verfolgung angeblicher oder tatsächlicher Diskriminierungen Geschäfte gemacht werden und der Schutz der Betroffenen zu deren Nachteil kommerzialisiert wird. Diese Sorge besteht um so mehr, als keinerlei Qualifikationsanforderungen an die Verbände gestellt werden, dazu siehe oben unter 8.1.
- 17.4** Die Regelung des § 24 ist insgesamt abzulehnen, da allein durch den individuellen Rechtsschutz und die schon vorhandenen Verbandsklagemöglichkeiten der Diskriminierungsschutz effektiver und besser gestaltet und gesichert werden kann als mit einer zusätzlichen Privilegierung von Antidiskriminierungsverbänden, die zudem keinerlei Qualifikationen nachweisen müssen. Dies gilt gerade auch im Hinblick auf den vom Verbraucher und Landwirtschaftsministerium vorgestellten Gesetzentwurf zur Regelung von Verbands-, Muster- und Gruppenklagen (GVMuG), der ebenfalls qualitative Kriterien für die Anerkennung von klagebefugten Verbänden aufstellt.

**Expertengespräch**  
**der Berichterstatter der CDU/CSU-Fraktion**  
**im federführenden Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und**  
**Jugend**  
**- MdB Hannelore Roedel und MdB Markus Grübel –**  
**zum Entwurf eines Antidiskriminierungsgesetzes**  
**am 17. Januar 2005**  
**in Berlin, Paul-Löbe-Haus**

**Erklärung für den Zivilrechtsausschuss**  
**des Deutschen Anwaltvereins in der Form von Thesen**

Der Entwurf soll verschiedene Richtlinien umsetzen. Er berührt mehrere Sachgebiete, nämlich die Bereiche Arbeit und Beschäftigung, das allgemeine Zivilrecht und das Recht der Soldatinnen und Soldaten. Der Deutsche Anwaltverein nimmt zu dem Entwurf Stellung, soweit er die Bereiche Arbeitsrecht und Beschäftigung einerseits und den Bereich allgemeines Zivilrecht andererseits betrifft. Für diese Bereiche sind unterschiedliche Ausschüsse des DAV zuständig. Die Stellungnahme erfolgt deshalb geteilt. Die geteilte Stellungnahme betrifft auch die allgemeinen Bestimmungen des Entwurfs. Denn diese sind für den Bereich Arbeit und Beschäftigung zum Teil anders zu bewerten als für den Bereich des allgemeinen Zivilrechts. Aus der unterschiedlichen Bewertung kann sich die Notwendigkeit ergeben, auch die allgemeinen Bestimmungen des Entwurfs aufzuteilen und für die verschiedenen Bereiche auszu-differenzieren. Die Angemessenheit der Regelung für den einzelnen Bereich ist vorrangig gegenüber dem Wunsch nach einer einheitlichen und „schlanken“ Gesamtregelung.

**18** Keine 1:1 Umsetzung

Im Bereich des allgemeinen Zivilrechts geht der Entwurf entgegen früheren Erklärungen der Bundesministerin für Justiz über eine 1:1 Umsetzung der Richtlinie 2000/43 hinaus, indem er auch Benachteiligungen aus Gründen des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der „sexuellen Identität“ regelt. Abgesehen von der Einbeziehung des Verbots der Benachteiligung wegen des Geschlechts bedauert der Zivilrechtsausschuss den in dem erweiterten Verbot liegenden unnötig tiefen Eingriff in die Vertragsfreiheit und befürchtet eine Prozessflut als Folge eines solchen Gesetzes. Andererseits beschränkt der Entwurf den sachlichen Anwendungsbereich der zivilrechtlichen Diskriminierungsverbote außerhalb der Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder ethnischen Herkunft im Grundsatz auf Massengeschäfte und beschränkt sich hinsichtlich der Diskriminierung aus Gründen der Rasse oder ethnischen Herkunft auf eine 1:1 Umsetzung. Dies wird begrüßt.

**19** Umsetzung erfordert Gesetzgebungsakt

Zur Umsetzung der Richtlinie 2000/43 in das Deutsche Recht bedarf es eines Aktes des Gesetzgebers. Die Annahme, das durch die Richtlinie Gebotene ergebe sich in Deutschland ohnehin aus den Generalklauseln der §§ 138, 242, 826 BGB i.V.m. Artikel 3 des Grundgesetzes, ist irrig. Der Versuch, der Richtlinie durch eine entsprechende Ausweitung der Generalklauseln und der Drittwirkung des Artikel 3 GG gerecht zu werden, müsste die bisherigen Grenzen einer Drittwirkung von Grundrechten sprengen und würde zu einer völlig uferlosen Ausdehnung der Grundrechte in den Privatrechtsbereich hinein führen. Die auch in dem jetzt vorliegenden Entwurf vorgesehenen Grenzen eines Diskriminierungsverbotes ließen sich von einem solchen Ausgangspunkt her kaum begründen; jedenfalls ergäbe sich daraus eine heillose Rechtsunsicherheit.

**20** Wesentliche Rechtsänderung

Die Verabschiedung des Gesetzes in Form des vorgelegten Entwurfes würde den Rechtsalltag in Deutschland nachhaltig verändern. Denn trotz der Beschränkung im

sachlichen Anwendungsbereich führt der Entwurf zu einer empfindlichen Beeinträchtigung der Vertragsfreiheit.

**21** Beschränkung der Vertragsfreiheit

Die zum Teil vertretene Auffassung, ein zivilrechtlicher Schutz vor Diskriminierung führe zu einer Zunahme der Vertragsfreiheit der sonst Diskriminierten und beeinträchtige die Vertragsfreiheit deshalb per saldo nicht, beruht auf einer unzulässigen Gleichsetzung faktischer Vertragshindernisse mit einer rechtlichen Beschränkung der Vertragsfreiheit. Die zur Rechtfertigung dieser Gleichsetzung angeführten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 81, 242; 89, 214; 103, 89) tragen die hier abgelehnte Auffassung nicht. Diese bezeichnet die faktische Unzugänglichkeit bestimmter Güter oder Dienstleistungen als Unfreiheit und setzt sich dadurch vermeintlich in die Lage, faktisch gewonnene Freiräume der sonst Benachteiligten gegen die Freiheitsbeeinträchtigung durch staatlich dekretierten Kontrahierungszwang aufzurechnen.

**22** Überschreitung der EG Kompetenz

Die Richtlinie gilt ebenso wie die Ermächtigungsnorm in Artikel 13 des EG-Vertrages nur „im Rahmen der auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten“, d. h. nur insoweit, als der EG-Vertrag für ein bestimmtes Sachgebiet hoheitliche Maßnahmen der EG zulässt. Die Grenzen dieser Zuständigkeit werden auch durch das Subsidiaritätsprinzip gemäß Art. 5 EG-Vertrag bestimmt. Diese Beschränkung des Anwendungsbereichs der Richtlinie übernimmt der Entwurf nicht. Es ist auch nicht möglich, diesen Vorbehalt in praktikabler Form in ein Umsetzungsgesetz zu übernehmen. Deshalb geht der Entwurf praktisch unvermeidlich über die von der Richtlinie selbst gezogenen, aber nicht näher konkretisierten Grenzen hinaus. Die Konkretisierung dieser Grenzen zur Erfüllung der gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen an Begründung und Bestimmtheit eines Rechtsaktes ist bei den Organen der europäischen Gemeinschaft einzufordern.

**23** Kein Bedürfnis für allgemeines Diskriminierungsverbot

Der Entwurf geht deshalb hinsichtlich des sachlichen Anwendungsbereichs und außerdem hinsichtlich des Katalogs der Diskriminierungsmerkmale über das gemeinschaftsrechtlich Gebotene hinaus. Darum kann er nicht durch eine gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung der Bundesrepublik legitimiert werden. Vielmehr bedarf er der autonomen Rechtfertigung in rechtlicher wie politischer Hinsicht. Ein Bedürfnis nach verstärktem Diskriminierungsschutz im allgemeinen Zivilrecht in der Rechtswirklichkeit ist in der Begründung des Entwurfs nicht dargetan. Ein Bedürfnis ist dem Zivilrechtsausschuss auch nicht erkennbar – abgesehen von dem Bereich sexueller Belästigungen, deren Eindämmung aber kein allgemeines Diskriminierungsverbot rechtfertigt. Die Begründung folgert ein Bedürfnis allein aus der Tatsache, dass wenig einschlägige Rechtsstreitigkeiten bekannt seien, sie will offenbar Rechtsstreitigkeiten stimulieren.

**24** Rechtsunsicherheit und Prozessflut

Die Erstreckung des zivilrechtlichen Diskriminierungsverbotes auf die anderen Diskriminierungsmerkmale lässt ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit befürchten. Denn für die sonstigen Diskriminierungsmerkmale ist – in ganz anderem Maße als bei Benachteiligungen aus Gründen der Rasse, der ethnischen Herkunft oder auch des Geschlechts – eine Ausnahme für sachlich berechtigte Differenzierungen unerlässlich. Gerade daraus entsteht dann aber ein hohes Streitpotential, welches eine anhaltende Prozessflut befürchten lässt.

**25** Enges Diskriminierungsverbot unbedenklich

Eine zivilrechtliche Regelung, die sich auf das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Rasse, der ethnischen Herkunft oder des Geschlechts beschränkt, unterliegt nicht der Gefahr, ihrerseits wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 3 GG verfassungswidrig zu sein. Denn die Versagung eines zivilrechtlichen Schutzes vor Benachteiligung, beispielsweise aus Gründen der Religion, bedeutet nicht, dass der Einzelne von Staats wegen aufgrund seiner Religion benachteiligt würde. Ein zivilrechtlicher Sonderschutz gegen Diskriminierung aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft ist – gerade in Deutschland – auch sachlich legitim.

**26** Keine Erweiterung aus Verfahrensgründen

Für die Erweiterung des Katalogs der Diskriminierungsmerkmale spricht nicht die Überlegung, dass ohne eine solche Erweiterung die Benachteiligung aufgrund eines dieser anderen Merkmale zur Bemäntelung einer in Wirklichkeit aus Gründen der Rasse, der ethnischen Herkunft oder des Geschlechts erfolgten Benachteiligung vorgeschützt werden könne. Die Beweislastumkehr bietet insoweit hinreichenden Schutz. Würde das Verbot der Diskriminierung aus diesem Grund auf die anderen Diskriminierungsmerkmale erstreckt, so würde damit die materielle Vertragsfreiheit des einzelnen einem rein verfahrensrechtlichen Aspekt geopfert.

**27** Subjektive Elemente der Diskriminierung

Das mit dem Begriff der Diskriminierung verbundene Unwerturteil setzt bewusste Benachteiligung voraus. Dies ist in der Definition der unmittelbaren Benachteiligung, die „wegen“ des einzelnen Merkmals erfolgen muss, durch die Motivationsverknüpfung vorgegeben. Bei mittelbaren Benachteiligungen soll es nach dem Entwurf offenbar anders sein. Eine Erstreckung des Verbots auf unbeabsichtigte Benachteiligungen bedürfte in jedem Fall der Begründung - schon beim Tatbestand und nicht erst bei den verschuldensunabhängigen Rechtsfolgen. Dies gilt auch und gerade für mittelbare Benachteiligungen.

**28** Prospektive Diskriminierung

Die Definition der Benachteiligung in § 3 des Entwurfes ist zu weit, weil sie eine zu erwartende Benachteiligung bereits als aktuelle Benachteiligung behandelt. Damit

werden die Unterschiede zwischen den Anforderungen an eine Unterlassungsklage wegen bereits erfolgter Verletzungen und einer vorbeugenden Unterlassungsklage verwischt und es werden auch andere Rechtsfolgen an eine nur erwartete Diskriminierung geknüpft.

Die Behandlung einer prospektiven Benachteiligung als aktuelle Benachteiligung ergibt sich daraus, dass im ersten Satzteil das Verb „erfährt“ fehlt. Dies ist ausweislich der Begründung gewollt. Der Entwurf entspricht in diesem Punkt nur scheinbar der Richtlinie 2000/43; in Wirklichkeit enthält der deutsche Wortlaut der Richtlinie 2000/43, wie der Vergleich mit den englischen und französischen Fassungen zeigt, einen Übersetzungsfehler, welcher in der deutschen Fassung der (insoweit gleichlautenden) Richtlinie 2000/78 korrigiert ist.

## 29 Entkräftung der Vermutung

Die Beweislastregel in § 23 geht weit über das durch die Richtlinie gebotene Maß hinaus. Denn:

sie lässt nicht den Beweis zu, dass eine Benachteiligung nicht aus Gründen des genannten Diskriminierungsmerkmals stattgefunden hat;

aufgrund der Erweiterung der Diskriminierungsmerkmale lässt sie auch nicht den Nachweis zu, dass die Benachteiligung aufgrund eines der anderen in den Katalog aufgenommenen Merkmale erfolgte (was nach der Richtlinie zulässig wäre);

noch weitergehend will sie den Gegenbeweis nur damit zulassen, dass andere *sachliche* Gründe zu der unterschiedlichen Behandlung geführt haben. Das Freiheitsgrundrecht, eine Entscheidung aus ganz subjektiven, und deshalb anderen als sachlichen Gründen zu treffen, wird damit beschnitten.

Eine solche Beschränkung der Möglichkeiten des Gegenbeweises mag im Bereich des Arbeitsrechts sachgerecht sein – die Formulierung stammt aus § 611a BGB. Für das allgemeine Zivilrecht ist sie unsachgemäß.

## 30 Risikobewertung von Versicherern

Nach § 21 Nr. 5 sollen Versicherungsunternehmen in die Risikobewertung eines potentiellen Versicherungsnehmers die im Entwurf genannten Gründe nur auf der Grundlage von genauen statistischen Daten einbeziehen dürfen. Diese Beschränkung der Möglichkeit einer sachlichen Rechtfertigung geht zu weit. Es muss genügen, dass die Risikobewertung auf vertretbaren Grundlagen beruht. Das wirtschaftliche Interesse von Versicherungsunternehmen an Geschäftsabschlüssen stellt sicher, dass solche Geschäfte nicht aus einer diskriminierenden Mentalität heraus abgelehnt werden. Die Überprüfung der Tarife von Versicherern ist nicht Sache der Zivilgerichte. Denn es geht dabei – anders als bei der Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen – um die Kontrolle der Primärpflichten. Ein Zivilgericht könnte dies nicht leisten.

**31** Immaterielle Schäden

Im Falle einer Verletzung des Diskriminierungsverbotes soll der Verletzer nach § 22 Abs. 3 des Entwurfs auch eine Entschädigung in Geld für immaterielle Schäden schulden. Schon dies ist ein Fremdkörper im deutschen Recht. Erst recht ist eine verschuldensunabhängige Verpflichtung zur Entschädigung für immaterielle Schäden mit den Grundsätzen des deutschen Rechts unvereinbar.

Zwar schreibt die Richtlinie wirksame Sanktionen vor. Wenn daraus abgeleitet wird, dass der Verletzer – gegebenenfalls auch verschuldensunabhängig – zur Zahlung einer Entschädigung für immaterielle Schäden verpflichtet werden muss, so sollte dies jedenfalls auf den Bereich beschränkt werden, der durch die Richtlinie zwingend vorgegeben ist. Dies ist die Diskriminierung aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft, und auch dies nur „im Rahmen der auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten“.