



Ausschuss für Familie, Senioren,
Frauen und Jugend

A.-Drs. 15(12)435-(23)

Stellungnahme

**zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung
europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien
(Antidiskriminierungsgesetz - ADG-E,
BT-Dr 15/4538 vom 15.12.2004)**

Abteilungen Tarifpolitik und Recht

Berlin, 28. Februar 2005

I. Allgemeine Bewertung des Gesetzes

Das Handwerk begrüßt das vom europäischen Gesetzgeber verfolgte Ziel, europaweit gleiche Rahmenbedingungen für den Schutz vor Diskriminierungen zu schaffen. Die deutschen Handwerksunternehmen sprechen sich gegen jede Form von Diskriminierung aus. Die Umsetzung der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien 2000/43/EG, 2000/78/EG und 2002/73/EG in nationales Bundesrecht darf jedoch im Ergebnis nicht zu einer Überregulierung des bereits ausreichend und umfassend reglementierten deutschen Rechts, insbesondere des Arbeits- sowie Zivilrechts, führen. Die Benachteiligung Einzelner oder Gruppen von Arbeitnehmern ist bereits heute in Deutschland verboten. Auch haben in der Vergangenheit Diskriminierungen in der betrieblichen Praxis zu keinen wesentlichen Problemen geführt.

Die die europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien übersteigenden Regelungen des Entwurfs eines Antidiskriminierungsgesetzes lehnt das Handwerk daher vollumfänglich ab. Sie halten einer Notwendigkeitsprüfung für die Umsetzung in deutsches Recht nicht stand und gehen über die Ziele des europäischen Gesetzgebers sowie über die ursprünglichen Planungen weit hinaus.

Die im Gesetzentwurf zum Antidiskriminierungsgesetz vorgesehenen Normierungen führen zu mehr Bürokratie, Rechtsunsicherheit und unanschätzbaren Folgekosten. Sie überfordern insbesondere kleine Unternehmen mit weniger als 20 Beschäftigten und damit nicht nur rund 90 % aller Handwerksbetriebe, sondern auch ca. 90 % aller Unternehmen in Deutschland. Die verfassungsrechtlich garantierte Vertragsfreiheit droht unterlaufen zu werden. Die Entscheidungsfreiheit jedes einzelnen Unternehmers wird willkürlich eingeschränkt. Auch führen die Regelungen des Antidiskriminierungsgesetzes zu massiven organisatorischen und wirtschaftlichen Umsetzungsschwierigkeiten in den Betrieben. Aufgrund des hohen Risikos einer der Höhe nach nicht begrenzten - teilweise sogar verschuldensunabhängigen - Haftung des Arbeitgebers in Verbindung mit der gesetzlich normierten Beweislastumkehr werden zeitintensive präventive Beweissicherungsmaßnahmen notwendig. So muss der Arbeitgeber zukünftig beispielsweise Bewerbungsunterlagen archivieren und Einstellungs- oder Kundengespräche unter Hinzuziehung von Zeugen führen bzw. dokumentieren, um möglichen Benachteiligungsvorwürfen entgegen treten zu können. Sinkende Einstellungsbereitschaft der Arbeitgeber und dadurch steigende Arbeitslosenzahlen werden die Folgen sein.

Das Vorgehen der Bundesregierung steht im Übrigen im Widerspruch zu den Zielen der neuen Lissabon-Strategie. Auf Grund der ernüchternden Halbzeitbilanz der Lissabon-Strategie soll diese zukünftig auf die Steigerung des Wachstums, der Wettbewerbsfähigkeit und Beschäftigung refokussiert werden. Angesichts der vielfältigen im vorliegenden Gesetzesentwurf enthaltenen Regelungen, die noch über die europäischen Vorgaben hinausgehen, muss sich die Bundesregierung fragen lassen, wie sie es mit der Befolgung der neuen Ziele der Lissabon-Strategie hält: Stellt die Bundesregierung den gesetzgeberischen Alleingang, der den Entwurf kennzeichnet, über die Verwirklichung europäischer Zielvorgaben? Sollte die Bundesregierung an ihren überzogenen Vorstellungen festhalten, so wäre dies ein weiterer Beleg dafür, dass die politischen Versprechungen auf

europäischer Ebene oftmals bloße Lippenbekenntnisse sind, die bei der Umsetzung in nationales Recht wiederholt ignoriert und konterkariert werden.

Die dynamische Entwicklung des deutschen Handwerks wird durch die Regelungen des Gesetzesentwurfs gehemmt. Um gravierende Folgen für die deutsche Wirtschaft, vor allem für die in besonderer Weise betroffenen kleinen und mittleren Betriebe des Handwerks, zu vermeiden, sollten nur die zwingend von der EU vorgegebenen Regelungen in nationales Bundesrecht übertragen und der Kurs der Bundesregierung zum Bürokratieabbau verstärkt werden. Rechtsunsicherheiten, welche durch die zahlreiche Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe entstehen werden, sind durch Verwendung von klaren Begrifflichkeiten zu vermeiden. Nach ca. vier bis fünf Jahren sollte eine Evaluierung stattfinden, um die Auswirkungen des Gesetzes zu erfassen und so ungewollten Nebeneffekten gegensteuern zu können.

II. Im Einzelnen zum allgemeinen Teil des ADG-E

Zu § 3 ADG-E (Begriffsbestimmungen)

§ 3 definiert die Begriffe der unmittelbaren und mittelbaren Benachteiligung, der Belästigung, der sexuellen Belästigung sowie der Anweisung zur Benachteiligung.

Die Definition der unmittelbaren Benachteiligung sollte präzisiert werden, um klar zu stellen, dass nicht jede eventuelle zukünftige Benachteiligung Sanktionen nach sich zieht, sondern nur, wenn eine hinreichend konkrete Gefahr besteht. Wie es auch in der Gesetzesbegründung beschrieben wird, sollte daher § 3 Abs. 1 Satz 1 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.“

Des Weiteren wurde die Definition der Belästigung gegenüber der Richtlinie ausgeweitet. Sie geht zu weit und ist unkalkulierbar. Eine Belästigung soll demnach schon dann vorliegen, wenn unerwünschte Verhaltensweisen, die mit einem in § 1 genannten Grund in Zusammenhang stehen, bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird, insbesondere wenn ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird. Diese Formulierungen fordern missbräuchliche Anschuldigungen geradezu heraus, da die Erfüllung des Tatbestandes hier unter Umständen von subjektiven Empfindungen, die naturgemäß bei jedem Menschen anders sind, abhängig gemacht wird. Die Definition sollte daher dringend um objektive Kriterien ergänzt werden. Die Gesetzesbegründung sprach für die Annahme einer Belästigung noch davon, dass die Handelnden aus der Sicht des objektiven Beobachters davon ausgehen können, dass ihr Verhalten unter den gegebenen Umständen von den Betroffenen nicht erwünscht ist oder auch nicht akzeptiert wird. Dieses objektive Kriterium sollte dringend in den Gesetzeswortlaut übernommen werden. Des Weiteren sollte die ebenfalls in der Gesetzesbegründung erwähnte Einschränkung, dass

geringfügige Eingriffe ausscheiden, unbedingt in den Gesetzestext aufgenommen werden. Dies wäre auch mit den entsprechenden EU-Richtlinien vereinbar. Ferner sollte die Belästigung auf Tatbestandsebene ausdrücklich von wiederholtem Handeln abhängig gemacht werden.

Zu § 4 ADG-E (Unterschiedliche Behandlung wegen mehrerer Gründe)

§ 4 normiert, dass sich die Zulässigkeit der unterschiedlichen Behandlungen auf jeden einzelnen Grund beziehen muss, wenn jemand wegen mehrerer der in § 1 genannten Merkmale ungleich behandelt wird.

Bereits § 7 regelt, dass jede Ungleichbehandlung grundsätzlich unzulässig ist, bzw. ein Rechtfertigungsgrund vorliegen muss. Dies gilt selbstverständlich auch, wenn die unterschiedliche Behandlung wegen mehrerer der in § 1 genannten Merkmale geschieht. Da § 4 daher keinen eigenständigen Regelungsbereich hat, sollte er gestrichen werden.

III. Im Einzelnen zum arbeitsrechtlichen Teil des ADG-E

Der Zentralverband des Deutschen Handwerks begrüßt, dass in dem neuen Entwurf von der Einführung einer gesetzlich festgelegten Mindestentschädigung für Opfer von Diskriminierungen abgesehen wird und eine vom Arbeitgeber zu zahlende Entschädigung keine "abschreckende Höhe" mehr haben muss.

Zu § 7 ADG-E (Benachteiligungsverbot)

Nach **§ 7 Abs. 1** sollen jegliche Benachteiligungen aus den in § 1 genannten Gründen untersagt werden.

Dies bedeutet: Zukünftig soll neben den allgemeinen Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz (KSchG) noch derjenige des Antidiskriminierungsgesetzes treten.

Ein gekündigter Arbeitnehmer wird sich wegen des neuen Instrumentariums der Diskriminierungstatbestände also nicht mehr allein auf die Geltendmachung der Unwirksamkeit seiner Kündigung beschränken, sondern auch gezielt gegen die Kündigung aus Gründen einer behaupteten Benachteiligung nach dem ADG-E vorgehen. Für den Arbeitgeber erhöhen sich damit das Prozessrisiko und die Gefahr rechtsmissbräuchlicher Sachverhaltsdarstellung durch den Arbeitnehmer. Der Nachweis eines ordnungsgemäßen Kündigungsverfahrens wird für den sich anschließenden Streit über die Rechtmäßigkeit einer Kündigung auf eine für den Arbeitgeber kaum beeinflussbare und unkalkulierbare Ebene verlagert. Arbeitnehmer, die vom Kündigungsschutzgesetz z.B. mangels sechsmonatiger Wartezeit oder Fehlens der vom KSchG geforderten Mindestzahl der beschäftigten Arbeitnehmer nicht erfasst werden, könnten sich über das Instrument der "Benachteiligung" auf Kündigungsschutz berufen. Die kürzlich erst

durch die Anhebung des Schwellenwertes geschaffene Erleichterung im KSchG für Betriebe mit 10 und weniger Beschäftigten würde somit konterkariert werden. Um die Verbesserung für Kleinbetriebe, die von der Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes ausgenommen sind, auch zukünftig zu gewährleisten, sollten bei einer Benachteiligung, die in Zusammenhang mit einer Kündigung steht, bei der Geltendmachung von Ansprüchen die gleichen Fristen wie bei einer "normalen" Kündigung gelten. Darüber hinaus fordert der ZDH die Bundesregierung erneut auf, den Schwellenwert im KSchG auf 20 Beschäftigte anzuheben, damit kleine Unternehmen erleichtert Einstellungen vornehmen können, ohne mit den Folgen des Kündigungsschutzgesetzes konfrontiert zu werden.

Nach **§ 7 Abs. 2** sollen individual- oder kollektivrechtliche Vereinbarungen, die im Sinne des ADG-E ungerechtfertigt benachteiligen, unwirksam sein.

Unklar ist, wie diese Regelung bestehende Betriebsvereinbarungen, Tarif- und Arbeitsverträge beeinflusst. Eine Übergangsregelung ist dem Gesetzentwurf nicht zu entnehmen.

Die Regelung in § 7 Abs. 2 ist überflüssig und sollte daher ersatzlos gestrichen werden. Dass eine Vereinbarung, die gegen das Benachteiligungsverbot verstößt, unwirksam ist, ergibt sich bereits aus § 134 BGB.

Zu § 8 ADG-E

(Zulässige unterschiedliche Behandlung wegen beruflicher Anforderungen)

Nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 soll eine ungleiche Behandlung wegen des Geschlechts nur dann zulässig sein, wenn das Geschlecht "... unverzichtbare Voraussetzung für die Tätigkeit ist". Ungleichbehandlungen aus den anderen von dem Diskriminierungsverbot erfassten Gründen sollen demgegenüber nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 möglich sein, wenn die Gründe "... eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellen".

An Rechtfertigungsgründe aufgrund einer Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts sind daher höhere Anforderungen gestellt als an alle anderen Diskriminierungsmerkmale.

Nach den EU-Richtlinien dürfen zwar bestehende Vorschriften (hier § 611a Abs.1 Satz 2 BGB, der von "... unverzichtbare Voraussetzung für die Tätigkeit" spricht) nicht verschlechtert werden. Dennoch hält der ZDH aus Vereinfachungsgründen eine Vereinheitlichung des Gesetzestextes in den Nummern 1 und 2 für erforderlich. Für den Anwender des Gesetzes sind die sprachlichen Unterschiede der ohnehin interpretationsbedürftigen Rechtsbegriffe der Nummern 1 und 2 nur schwer erkennbar. Selbst die Rechtsprechung hat die Begrifflichkeit in § 611a Abs.1 Satz 2 BGB weit interpretiert und die an sich hohen Hürden abgesenkt.

Die Rechtfertigungsgründe der Nr. 2 sollten daher auch für eine Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts gelten.

Zu § 10 ADG-E (Zulässige unterschiedliche Behandlung wegen des Alters)

Nach § 10 soll eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters auch zulässig sein, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Darüber hinaus müssen die Mittel dieses Ziels angemessen und erforderlich sein. Anschließend zählt der Gesetzgeber unterschiedliche Behandlungen auf.

Ungeachtet der Verwendung zahlreicher unbestimmter Rechtsbegriffe stellt sich für den Arbeitgeber die Frage, ob er nun tatsächlich wegen des Alters im Rahmen seiner verfassungsrechtlich garantierten Entscheidungsfreiheit Arbeitnehmer unterschiedlich behandeln darf oder nicht. Offen bleibt außerdem, ob die zum Teil missverständlich formulierten Aufzählungen in den Nummern 1 bis 4 abschließend sind. Darüber hinaus vermittelt die Gesetzesformulierung den Eindruck, dass deren Wechselwirkung mit geltendem Recht nicht hinreichend durchdacht wurde. Zu prüfen ist in diesem Zusammenhang, ob das Alter als pauschales Unterscheidungskriterium bei der Sozialauswahl weiterhin aufrechterhalten werden kann. Dies gilt gleichermaßen für die Frage der festzusetzenden Abfindungshöhe. Die vom Arbeitgeber im Rahmen seiner Organisations- und Entscheidungsfreiheit individuell für sein Unternehmen festgelegte Personalpolitik darf nicht unterlaufen werden.

Zu § 12 ADG-E (Maßnahmen und Pflichten des Arbeitgebers)

Nach § 12 Abs. 1, Satz 1 soll der Arbeitgeber verpflichtet sein, die erforderlichen Maßnahmen zum Schutz vor Diskriminierung zu treffen. Dieser Schutz umfasst auch vorbeugende Maßnahmen (§ 12 Abs. 1, Satz 2). Außerdem soll der Arbeitgeber im Rahmen von Aus- und Fortbildung auf die Unzulässigkeit solcher Benachteiligungen hinwirken (§ 12 Abs. 1, Satz 3). Über § 12 Abs. 3 soll der Arbeitgeber auch noch vor Benachteiligungen gegenüber Beschäftigten durch Dritte schützen.

Die EU-Richtlinien fordern einen solchen übersteigerten Schutz mittels vorbeugender Maßnahmen und solchen vor Benachteiligungen durch Dritte nicht. Unklar ist, wie ein Arbeitgeber vorbeugend eine Benachteiligung unterbinden soll, insbesondere solche, die von Dritten (z. B. Kunden) gegenüber den Beschäftigten vorgenommen werden. Abgesehen davon, dass der Arbeitgeber in der Regel keinen Einfluss auf Kunden haben kann, ist nicht nachvollziehbar, welche Maßnahmen ein Arbeitgeber ergreifen könnte, um Kunden zu einem Handeln zu zwingen, welches seine Mitarbeiter in keiner Weise benachteiligt.

Die geplanten Regelungen zur Verpflichtung von vorbeugenden Maßnahmen durch den Arbeitgeber und die Ausweitung des Schutzes auf Benachteiligungen durch Dritte sind realitäts- wie praxisfremd und in den Betrieben nicht umsetzbar. Sie führen zu Rechtsunsicherheiten und sind daher zu streichen.

Auch eine kostenintensive Aus- und Fortbildung der Mitarbeiter über deren Rechte nach dem Antidiskriminierungsgesetz wären bei einer anwenderverständlichen Formulierung des Gesetzestextes überflüssig. Einer

solchen Regelung in § 12 Abs. 1, Satz 3 bedarf es daher nicht, zumal nach § 12 Abs. 4 die Bekanntmachung und der Aushang des Gesetzes bereits vorgeschrieben werden sollen.

Zu § 13 ADG-E (Beschwerderecht)

Nach § 13 Abs. 1 soll eine innerbetriebliche Beschwerdestelle benannt werden, an die sich benachteiligt fühlende Arbeitnehmer wenden können. Darüber hinaus soll der Arbeitgeber zur Prüfung der Beschwerde und Mitteilung des Ergebnisses verpflichtet werden.

Von den EU-Richtlinien werden eine solche Einrichtung und eine Prüf- bzw. Mitteilungspflicht nicht gefordert.

Diese Regelungen sind überflüssig und führen in den Betrieben zu unnötigem bürokratischen Aufwand. Sie müssen daher gestrichen werden. Schon nach geltendem Recht kann sich der benachteiligt fühlende Arbeitnehmer an seinen Arbeitgeber oder falls vorhanden, an den Betriebsrat wenden. Der Dialog zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber ist im Mittelstand gelebte Praxis und versteht sich von selbst.

Zu § 14 ADG-E (Leistungsverweigerungsrecht)

§ 14 soll dem Beschäftigten, der sich einer Benachteiligung ausgesetzt sieht, das Recht einräumen, seine Tätigkeit ohne Verlust seines Arbeitsentgeltes einzustellen, wenn der Arbeitgeber keine oder offensichtlich ungeeignete Maßnahmen zu deren Beseitigung ergreift.

Ein Leistungsverweigerungsrecht ist weder von den Antidiskriminierungsrichtlinien gefordert noch ist diese Regelung notwendig. Zumindest sollte sich ein Arbeitnehmer nur dann auf ein Leistungsverweigerungsrecht berufen können, wenn auch ein erneutes Verlangen zumutbarer Beseitigungsmaßnahmen durch den Arbeitgeber fehlschlägt und nur die Leistungsverweigerung geeignet und angemessen ist, die Benachteiligung von dem Beschäftigten abzuwenden.

Zu § 15 ADG-E (Entschädigung und Schadensersatz)

Nach § 15 Abs. 1 kann der Arbeitnehmer zum Ausgleich des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen, wenn der Arbeitgeber gegen das Benachteiligungsverbot verstößt.

Dies bedeutet, dass immaterielle Schäden verschuldensunabhängig ersetzt werden sollen. Zwar schreiben die EU-Richtlinien vor, dass die Mitgliedsstaaten Sanktionen festlegen müssen. Aber nur die Richtlinie zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen in der Arbeitswelt regelt, dass die Sanktion in der Form von Schadensersatz oder einer Entschädigung zu erfolgen hat.

Ein sich in seiner Ehre verletzt fühlender Arbeitnehmer, der sich benachteiligt fühlt, könnte danach vom Arbeitgeber Entschädigung verlangen, selbst wenn den Arbeitgeber kein Verschulden an der Benachteiligung trifft.

Damit wird eine der Systematik unseres zivilrechtlichen Haftungssystems weitgehend wesensfremde Gefährdungshaftung vom Gesetzgeber normiert. Die Begründung, Durchführung und Beendigung eines Arbeitsverhältnisses sind aber nicht mit solchen Gefahren verbunden, wie wir sie aufgrund des Betriebes etwa eines Kraftfahrzeugs und Atomkraftwerks oder bei der Tierhaltung kennen. Der Arbeitgeber wird mit dieser Regelung nicht nur mit unkalkulierbaren Haftungsrisiken konfrontiert, sondern auch mangels fehlender Begrenzung der Entschädigungshöhe vor unabschätzbare Folgekosten gestellt.

Die Ausweitung einer verschuldensunabhängigen Haftung des Arbeitgebers auf alle Diskriminierungsmerkmale lehnt der ZDH daher entschieden ab. Ebenso das Nebeneinander von Schadenersatz und Entschädigung. Eine Begrenzung der Entschädigung der Höhe nach (wie z.B. in § 611a Abs. 3, Satz 1 BGB geregelt, Begrenzung auf drei Monatsgehälter) ist zwingende Voraussetzung.

Über **§ 15 Abs. 2** verpflichtet der Gesetzgeber den Arbeitgeber bei der Anwendung kollektivrechtlicher Vereinbarungen nur dann zur Entschädigung, wenn dieser vorsätzlich oder grob fahrlässig handelt.

Der Arbeitgeber soll danach für Regelungen eines Tarifvertrages haften, an denen er, wenn es sich nicht gerade um einen Haustarifvertrag handelt, selbst nicht mitgewirkt hat. Demzufolge konnte er auch keinen Einfluss auf eine benachteiligungsfreie Formulierung in einem solchen Tarifvertrag nehmen.

Der ZDH hält diese Regelung daher für verfehlt. Die einem Tarifvertrag zukommende und anerkannte Richtigkeitsgewähr ist vom Gesetzgeber nicht hinreichend berücksichtigt worden. Zumindest sollte eine Haftung des Arbeitgebers nicht für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, sondern allenfalls bei offensichtlicher Unwirksamkeit oder Nichtigkeit der Norm erfolgen. Eine Prüfung aller Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen auf benachteiligende Regelungen ist dem Arbeitgeber nicht zumutbar.

Im Sinne einer zügigen Rechtsklarheit sollte die in **§ 15 Abs. 3** vorgesehene Frist zur Geltendmachung der Entschädigung mit derjenigen zur Geltendmachung von Schadenersatz nach **§ 15 Abs. 4** einheitlich auf drei Monate verkürzt werden; bei einer diskriminierenden Kündigung im Hinblick auf §§ 4, 7 KSchG (Klageerhebungsfrist beträgt drei Wochen) und wegen der Einheitlichkeit sogar auf drei Wochen. Gekündigte Arbeitnehmer könnten sonst aus Diskriminierungsgründen bis zu sechs Monate mit einer Geltendmachung ihres Anspruchs zuwarten und hätten nach Artikel 3 dieses Gesetzentwurfs (Änderung des § 61 b Arbeitsgerichtsgesetz) weitere drei Monate Zeit zur Klageerhebung. Dieser ungewisse Rechtszustand von unter Umständen mindestens neun Monaten bis zu einer Klageerhebung ist dem Arbeitgeber nicht zumutbar. Bei Obsiegen des Arbeitnehmers wäre der Arbeitgeber in der Regel auch noch ohne Gegenleistung zur Zahlung des Gehalts für diesen langen und unkalkulierbaren Zeitraum verpflichtet. Arbeitsrechtsstreitigkeiten sollen wegen der besonders hohen Anforderungen an eine zeitnahe Rechtsklarheit für alle Parteien zügig erledigt werden. Auch Bewerbungsunterlagen müssten mindestens neun Monate vom Arbeitgeber aufbewahrt werden. Dies erfordert nicht nur einen höheren

bürokratischen Aufwand, sondern auch unter Umständen Kopierkosten, da die Unterlagen schnellstmöglich an die Bewerber zurückgeschickt werden sollten.

Nach **§ 15 Abs. 4** soll der Arbeitnehmer neben einem Anspruch auf Entschädigung auch noch einen Anspruch auf Schadensersatz gegenüber dem Arbeitgeber geltend machen können, wenn dieser gegen das Benachteiligungsverbot verstößt und den Verstoß zu vertreten hat.

Eine solche Kumulation von Entschädigung und Schadensersatz wurde von den europäischen Richtlinien nicht gefordert und ist auch nicht notwendig, da bereits ausreichend Schutz über das zivilrechtliche Haftungssystem besteht. Entgangenen Gewinn in Höhe des Entgeltes im Falle einer Einstellung kann der abgelehnte Bewerber auch ohne eine Regelung im ADG durchsetzen. Darüber hinaus müssten die Haftungsprivilegien des § 15 Abs. 2 ebenso für Schadensersatzansprüche gelten.

Zu § 16 ADG-E

(Entschädigung durch den Arbeitgeber bei Benachteiligung durch Dritte)

Nach **§ 16 Nr. 1** soll der Arbeitgeber auch zur Zahlung einer Entschädigung verpflichtet sein, wenn die Benachteiligung wegen eines Diskriminierungsgrundes durch Beschäftigte erfolgt, die im Namen des Arbeitgebers Weisungen erteilen dürfen.

Der Arbeitgeber ist danach verschuldensunabhängig für das Verhalten seiner Führungsmitarbeiter verantwortlich. Selbst das Verhalten des Führungsmitarbeiters ist nicht auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt.

Einer solchen Regelung bedarf es wegen § 278 BGB (Haftung des Arbeitgebers für schuldhaftes Verhalten des Erfüllungsgehilfen) nicht. Zumindest sollte die Haftung des Arbeitgebers analog § 278 BGB und wie in § 16 Nr. 2 nachvollziehbar normiert, auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt werden.

Nach **§ 16 Nr. 2** dehnt der Gesetzgeber die Haftung des Arbeitgebers sogar auf Benachteiligungen aus, die durch sonstige Beschäftigte oder Dritte begangen werden, wenn der Arbeitgeber schuldhaft gehandelt hat.

Dies bedeutet, der Arbeitgeber soll für durch Kunden, Lieferanten oder Leiharbeitnehmer begangene Benachteiligungen gegenüber seinen Beschäftigten einstehen. Wird beispielsweise die Angestellte einer Bäckerei von einem Kunden in diskriminierender Weise beschimpft, muss der Arbeitgeber diese Belästigung unterbinden. Anderenfalls macht er sich unter Umständen entschädigungspflichtig.

Mangels Einflussmöglichkeit des Arbeitgebers auf einen solchen Kunden lehnt der ZDH diese Regelung entschieden ab. Dem Arbeitgeber wird es überwiegend überhaupt nicht möglich sein, auf einen Kunden einzuwirken, der sich nicht in dem gewünschten Maß korrekt verhält; er unterliegt nicht dem Verantwortungs- und Kontrollbereich des Arbeitgebers. Die praktische Umsetzbarkeit dieser Regelung ist äußerst zweifelhaft und führt zu hoher Rechtsunsicherheit bei den

Anwendern, denen der Gesetzentwurf verschweigt, welche Maßnahmen überhaupt ergriffen werden können, um gesetzesstreu zu handeln. Insoweit geht der Gesetzentwurf wieder einmal in nicht hinnehmbarer Art und Weise über die europarechtlichen Vorgaben hinaus und überreguliert die bereits bestehenden arbeitsrechtlichen Regelungen zu Lasten der Arbeitgeber ohne nachvollziehbare und sachliche Gründe darzulegen.

Zu § 18 ADG-E (Soziale Verantwortung der Beteiligten)

Nach § 18 Abs. 2 steht dem Betriebsrat oder einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft ein Klagerecht zu, wenn der Arbeitgeber gegen das Benachteiligungsverbot verstößt.

Dabei wird auf eine Regelung im Betriebsverfassungsgesetz verwiesen, nach der der Arbeitgeber zu einem Handeln, Dulden oder Unterlassen verpflichtet werden kann. Betriebsrat oder Gewerkschaft sollen selbst dann klagen können, wenn der scheinbar betroffene Arbeitnehmer dies überhaupt nicht möchte. Insoweit würde der Betriebsfrieden nachhaltig gestört werden, wenn sich ein Betriebsrat mit dem Arbeitgeber auseinandersetzt, obwohl der sich benachteiligt fühlende Beschäftigte einen solchen Konflikt, geschweige denn eine Klage gegen seinen Arbeitgeber, nicht befürwortet.

Ein solches Klagerecht wird von den EU-Richtlinien aus gutem Grund nicht gefordert. Mit dieser Regelung wird nämlich die vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat gefährdet. Darüber hinaus ist die Regelung überflüssig, denn bereits heute kann gegen einen Arbeitgeber vorgegangen werden, welcher grob gegen seine betriebsverfassungsrechtlichen Pflichten verstößt. Ein Verstoß gegen Antidiskriminierungsvorschriften fällt unseres Erachtens nicht darunter und würde eine Ausweitung der betriebsverfassungsrechtlichen Normen darstellen.

IV. Im Einzelnen zum zivilrechtlichen Teil des ADG-E

Zu § 20 ADG-E (Zivilrechtliches Benachteiligungsverbot)

§ 20 Abs. 1 regelt ein allgemeines Diskriminierungsverbot. Dieses gilt für Schuldverhältnisse, die typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen (sog. Massengeschäfte) sowie bei privatrechtlichen Versicherungsverträgen. Danach sind Benachteiligungen wegen aller in den vier EU-Richtlinien genannten Merkmale grundsätzlich unzulässig. In § 20 Abs. 2 ist ein zusätzliches erweitertes Diskriminierungsverbot für die Merkmale der Rasse und der ethnischen Herkunft geregelt.

Die europäischen Richtlinien (Antirassismusrichtlinie 2000/43/EG sowie die Unisexrichtlinie 2004/113/EG) verlangen ein Benachteiligungsverbot für das allgemeine Zivilrecht. Danach wäre es ausreichend, Benachteiligungen wegen der

Merkmale *Rasse / ethnische Herkunft* sowie *Geschlecht* in einem zivilrechtlichen Benachteiligungsverbot zu sanktionieren. Durch die Aufnahme der weiteren Merkmale *Religion* oder *Weltanschauung, Behinderung, Alter* und *sexuelle Identität* in das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot geht der deutsche Gesetzgeber weit über die Anforderungen der Richtlinien hinaus. Gerade diese - von Brüssel nicht gewollte - Ausweitung des Anwendungsbereiches zieht ein kompliziertes Regel-Ausnahme-Verhältnis nach sich, da für die verschiedenen Merkmale unterschiedliche Rechtfertigungsanforderungen gelten. Der deutsche Gesetzgeber sollte die Vorgaben aus Brüssel, um unnötige Bürokratie zu vermeiden, hier 1:1 umsetzen und das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot demnach auf eine Diskriminierung aus Gründen der *Rasse / ethnischer Herkunft* und des *Geschlechts* beschränken.

Der unbestimmte Rechtsbegriff des "Massengeschäfts" birgt hochgradige Rechtsunsicherheiten und sollte deshalb im Gesetz näher definiert werden. Gerade im handwerklichen Bereich könnten hier mannigfaltige Probleme auftauchen. Dies hängt davon ab, inwieweit das Anbieten eines handwerklichen Gewerks bzw. das Erbringen einer handwerklichen Leistung als Massengeschäft im Sinne des Entwurfes anzusehen ist. Zwar bietet etwa ein Dachdeckerbetrieb im konkreten Fall ein auf den jeweiligen Kunden gesondert zugeschnittenes Lösungspaket an. Derartige Werk- und Kaufverträge über Dachdeckerarbeiten werden jedoch durch Handwerksbetriebe in einer Vielzahl von Fällen abgeschlossen. Inwieweit das Ansehen der einzelnen Person (abgesehen von der Zahlungsfähigkeit sowie der Zahlungswilligkeit) bei Abschluss dieses Geschäftes eine Rolle spielt, ist auslegungsfähig. Käme man demnach dazu, dass das Ansehen der Person keine oder nur eine geringe Rolle spielt und derartige Verträge zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen, wäre die alltägliche Auftragsabwicklung im handwerklichen Bereich vom Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbot des Antidiskriminierungsgesetzes voll umfänglich erfasst.

Folgendes Beispiel soll die Tragweite des Gesetzentwurfs für die handwerkliche Auftragsabwicklung verdeutlichen: Ein Handwerksbetrieb weigert sich, einem bestimmten Kunden gegenüber Werkleistungen zu erbringen. Dieser war bereits früher durch schlechte Zahlungsmoral aufgefallen und hatte vermehrt zu spät oder gar nicht bezahlt. Nach heutigem Recht kommt zwischen beiden Parteien kein Schuldverhältnis zustande. Erfüllt der abgelehnte Kunde nun ein Merkmal des Antidiskriminierungsgesetzes, wie beispielsweise die Herkunft aus einem anderen Kulturkreis, bietet ihm nun § 22 die Möglichkeit, auf Beseitigung, Unterlassung oder aber auch auf Vertragsabschluss und Schadensersatz zu klagen. Dieser im Gesetzentwurf vorgesehene Kontrahierungszwang ist abzulehnen. Der Kunde muss die Möglichkeit, dass die Ablehnung seines Auftrages aufgrund seiner Herkunft aus einem anderen Kulturkreises erfolgt sei, zunächst nur noch glaubhaft machen. Durch die in § 23 (s. unten) vorgesehene Beweislastverschiebung muss der Handwerksbetrieb nun beweisen, dass die Herkunft aus einem anderen Kulturkreis nicht der Grund für die Auftragsablehnung war, sondern vielmehr die frühere schlechte Zahlungsmoral. Daraus resultieren umfangreiche Dokumentations- und Aufbewahrungspflichten, um im Bedarfsfall jede Auftragsablehnung genau dokumentieren zu können. Die Handwerksbetriebe werden hier einmal mehr mit bürokratischen, fachfremden

Aufgaben überzogen, des Weiteren ist eine Prozess- und Kostenlawine zu befürchten.

Auf der anderen Seite gilt das oben Gesagte nicht nur für Kunden, sondern eventuell auch im Bereich der Auftragsvergabe an Sub- und Kleinunternehmer. Hier zeichnet sich eine Doppelbelastung sowohl als Auftraggeber als auch als Auftragnehmer für das Handwerk ab. Sinn und Zweck des Gesetzes soll es doch sein, den geschützten Personengruppen einen leichteren Zugang zu den sog. Bargeschäften des täglichen Lebens zu ermöglichen, eben der Behindertengruppe, die Hotelzimmer reservieren will oder den Ausländern, denen der Zutritt zu gastronomischen Einrichtungen verwehrt bleibt. Für wen man mit dem Decken eines Daches, der umfangreichen Bindung von Material, Personal und finanzieller Mittel in Vorleistung tritt, sollte man sich jedoch noch immer frei aussuchen können. Bei diesen Geschäften handelt es sich gerade nicht um die sog. Bargeschäfte des täglichen Lebens. Handwerkliche Gewerke zeichnen sich durch äußerst individuelle Leistungen aus, die oft durch die persönlichen Vorstellungen des Vertragspartners noch spezifiziert werden. Daher sollte eine entsprechende Klarstellung erfolgen, dass die individuelle Leistungserbringung in Ausübung handwerklicher Tätigkeiten aufgrund der oben genannten Gründe nicht unter den Begriff des Massengeschäfts im Sinne des § 20 Abs. 1, S. 1, 1. und insbesondere 2. Alt. ADG-E fällt.

Zu § 21 ADG-E (Zulässige unterschiedliche Behandlung)

§ 21 stellt klar, dass eine Verletzung des Benachteiligungsverbot es nicht gegeben ist, wenn für die unterschiedliche Behandlung ein sachlicher Grund vorliegt. Dies gilt jedoch nur für die Merkmale *Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter, sexuelle Identität* oder *Geschlecht*.

Da für die unterschiedlichen Merkmale unterschiedliche Rechtfertigungsgründe vorgesehen sind, entsteht hier eine komplizierte Regel-Ausnahme-Vorschrift. Eine unterschiedliche Behandlung wegen des Merkmals *Rasse / ethnische Herkunft* kann beispielsweise überhaupt nicht gerechtfertigt werden. Würde sich der Entwurf hier auf die beiden Merkmale *Rasse / ethnische Herkunft* und *Geschlecht*, wie von Brüssel gefordert, beschränken, könnte der Paragraph insofern vereinfacht werden, als dass nur Rechtfertigungsgründe für das Merkmal *Geschlecht* aufgeführt werden müssten.

Zu § 22 ADG-E (Ansprüche)

Bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot sieht § 22 sowohl Beseitigung der Beeinträchtigung und ihre künftige Unterlassung im Falle der Wiederholungsgefahr (§ 22 Abs. 1) sowie auch einen Kontrahierungszwang (§ 22 Abs. 2) vor. Daneben regelt Abs. 3 des § 22 Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche, wobei der Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens wiederum verschuldensunabhängig sein soll.

Die Privatautonomie bzw. die Vertragsfreiheit ist ein durch die Verfassung geschütztes Gut, in das hier durch einen Kontrahierungszwang eingegriffen wird. Eine so weitgehende Sanktion ist durch die Vorgaben aus Brüssel nicht gefordert und daher abzulehnen. Zu den Schadenersatz- und Entschädigungsansprüchen siehe oben die Bewertung zu § 15.

Des Weiteren sollte für die Ansprüche wegen Diskriminierung insgesamt - entsprechend der Sechsmonatsfrist in § 15 Abs. 3 - eine kurze Verjährungsfrist oder Ausschlussfrist bestimmt werden, binnen welcher die Ansprüche geltend zu machen sind. Ohne eine Befristung wären Unternehmen nicht nur gehalten, Aufzeichnungen über Geschäftsvorfälle entsprechend den handels- und steuerrechtlichen Vorschriften aufzubewahren, sondern auch die Dokumentation über alle nicht abgeschlossenen Aufträge für 10 Jahre (bis zum Ablauf der absoluten Verjährungsfrist gemäß § 199 Abs. 3 BGB) zu verwahren. Dies wäre völlig unzumutbar.

Zu § 23 ADG-E (Beweislast)

§ 23 normiert eine Beweislasterleichterung für den Kläger. Zwar muss er weiterhin den vollen Beweis dafür antreten, dass eine Ungleichbehandlung erfolgte, die Tatsache, dass die Ungleichbehandlung auf einem nach § 1 unzulässigen Grund beruht, muss er jedoch nur noch glaubhaft machen. Sind diese Vermutungstatsachen streitig, so reicht es aus, wenn das Gericht das Vorliegen dieser Vermutungstatsachen für überwiegend wahrscheinlich hält. Die beklagte Partei trägt dann die Beweislast dafür, dass die Ungleichbehandlung aus anderen als in § 1 genannten, sachlichen Gründen gerechtfertigt war. Damit liegt eine teilweise Beweislastumkehr zugunsten des (eventuell) Benachteiligten vor.

Diese Beweislastverteilung ist durch die EU-Vorgaben lediglich hinsichtlich der Unterscheidungsmerkmale Rasse / ethnische Herkunft vorgegeben. Die Erstreckung auf alle Diskriminierungsmerkmale stellt sich somit wiederum als Übererfüllung dar. Ansonsten erfolgt die Beweislastverteilung hier nach dem Prinzip, wie es auch § 611a Abs. 1 Satz 3 BGB normiert. Die Gefahr dieser Regelung besteht hier im Zusammenspiel mit anderen, über die EU-Vorgaben hinausgehenden, Regelungen, wie beispielsweise dem verschuldensunabhängigen Entschädigungsanspruch des Nichtvermögensschadens in § 12. Durch das Zusammenspiel dieser Vorschriften werden Regelungen erreicht, die weit über die Vorgaben aus Brüssel hinausgehen.

Aufgrund des Ausnahmecharakters der Beweislastumkehr plädieren wir insoweit ebenfalls für eine Umsetzung 1:1 entsprechend den EU-Vorgaben.

Zu § 24 ADG-E (Unterstützung durch Antidiskriminierungsverbände)

§ 24 schafft die Möglichkeit für sog. Antidiskriminierungsverbände, Ansprüche für Benachteiligte in Gerichtsverfahren ohne Anwaltszwang durchzusetzen. Soweit es ihrem Satzungszweck entspricht, können diese Verbände rechtsberatend tätig werden, sie sind insoweit von den Qualifikationserfordernissen des Rechtsberatungsgesetzes befreit.

Absatz 4 der Vorschrift räumt den Benachteiligten das Recht ein, Ansprüche auf Schadenersatz oder Entschädigung in Geld aus den §§ 15 oder 22 des ADG-E zur gerichtlichen und außergerichtlichen Einziehung an die Diskriminierungsverbände abzutreten.

Die Richtlinien aus Brüssel schreiben lediglich ein Beteiligungsrecht für die Antidiskriminierungsverbände an Gerichtsverfahren fest, und dies auch nur mit der Einwilligung der Benachteiligten. Auch hier schießt der deutsche Gesetzgeber abermals über das Ziel hinaus. Dem Ziel des Gesetzentwurfes, eine effektive Rechtsdurchsetzung für Diskriminierungsopfer zu erreichen, läuft die Berechtigung dieser Antidiskriminierungsverbände zur Rechtsvertretung ohne Nachweis jeglicher Qualifikation zuwider. Die Einräumung solch weit reichender Befugnisse für die eventuell Diskriminierten ohne die Festlegung von speziellen Qualifikationsanforderungen an die Verbände ist deshalb, genau wie die Befreiung von den Qualifikationserfordernissen des Rechtsberatungsgesetzes, abzulehnen.

Auch mit der Abtretbarkeit der Forderungen gemäß § 24 Abs. 4 geht der Gesetzentwurf über die Vorgaben aus Brüssel hinaus. Bei den in der Vorschrift genannten Ansprüchen auf Schadenersatz oder Entschädigung in Geld handelt es sich um Ansprüche wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Die Abtretbarkeit höchstpersönlicher Ansprüche bzw. von Ansprüchen auf eine Geldforderung die aus einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts entstanden sind, ist in Literatur und Wissenschaft äußerst umstritten. Allein der Hinweis in der Gesetzesbegründung auf die "Marlene Dietrich Entscheidung" des BGH aus dem Jahr 2000 kann nicht rechtfertigen, dass höchstpersönliche Ansprüche nunmehr uneingeschränkt abtretbar sein sollten. Neben der Tatsache, dass der diskriminierte Arbeitnehmer nach der Abtretung im Prozess zum Zeugen werden kann, entsteht durch diese Abtretungsmöglichkeit ein den Rechtsfrieden zwischen den Parteien gefährdendes Factoring. Des Weiteren kann der Arbeitnehmer nach der Abtretung nicht mehr über den Anspruch verfügen, und insoweit beispielsweise keinen Vergleich mit seinem Arbeitgeber mehr schließen.

Aus den aufgezeigten Gründen sind die Abtretbarkeit der Forderung sowie die weit reichenden Befugnisse der Antidiskriminierungsverbände abzulehnen.

V. Antidiskriminierungsstelle des Bundes

Zu §§ 26 ff. ADG-E

Der Zentralverband des Deutschen Handwerks begrüßt, dass die zu errichtende Antidiskriminierungsstelle beim BMFSFJ nach dem Vorbild anderer Beauftragter der Bundesregierung allein auf Bundesebene geschaffen werden soll. Einer Antidiskriminierungsstelle für sämtliche in den europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien vorgegebenen Merkmale bedarf es jedoch nicht. Diese Regelung geht über die Anforderungen der europäischen Richtlinien hinaus, welche eine entsprechende Stelle nur für die Bereiche Rasse/ ethnische Herkunft und Geschlecht fordern.

Die §§ 26 ff. regeln die Errichtung einer Stelle des Bundes zum Schutz vor Benachteiligung wegen der in § 1 des Gesetzentwurfs genannten Gründe, diese

Stelle ist beim Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend einzurichten. Ihr sind die notwendigen Personal- und Sachausstattungen zur Verfügung zu stellen.

Gemäß § 28 können sich Personen, welche wegen eines in § 1 des Gesetzentwurfs genannten Grundes benachteiligt fühlen, an die Antidiskriminierungsstelle des Bundes wenden. Diese soll über die Ansprüche und Möglichkeiten des rechtlichen Vorgehens informieren, Beratung durch andere Stellen vermitteln oder auch eine gütliche Beilegung zwischen den Beteiligten anstreben.

§ 29 räumt der Antidiskriminierungsstelle das Recht ein, Beteiligte an Diskriminierungsverfahren um Stellungnahmen zu ersuchen, dies jedoch nur soweit sich die vermeintlich benachteiligte Person hiermit einverstanden erklärt hat.

Die Errichtung der Antidiskriminierungsstelle beim Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend auf Bundesebene erscheint sinnvoll. Aufgrund der übergeordneten Aufgabenstellung geschieht dies auf Bundesebene sachnah, ein kostenintensiver Unterbau auf Länderebene wird dadurch vermieden. Durch die Weisungsunabhängigkeit der Leitung ist die Unabhängigkeit der Stelle auch gewährleistet.

§ 28 räumt jedoch der Antidiskriminierungsstelle eine Zuständigkeit für alle in § 1 genannten Merkmale ein. Die Richtlinien hatten die Einrichtung einer solchen Stelle jedoch nur für Diskriminierung nach den Merkmalen *Rasse / ethnische Herkunft* bzw. *Geschlecht* gefordert. Der europäische Gesetzgeber wollte hier eine Stelle schaffen, welche sich auf die Beratung von Benachteiligungen wegen dieser Merkmale beschränkt und konzentriert, um hier für eine effektive Rechtsdurchsetzung zu sorgen. Die Beschränkung auf zwei Merkmale aus den verschiedenen Richtlinien entspricht hier den Vorgaben für das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot, bei dem Brüssel auch nur die Benachteiligungen wegen der Merkmale *Rasse / ethnische Herkunft* und *Geschlecht* sanktioniert sehen wollte. Der deutsche Gesetzgeber sollte hier den Vorgaben aus Brüssel folgen und die Antidiskriminierungsstelle entsprechend den europäischen Vorgaben ins deutsche Recht umsetzen.

Die Befugnisse nach § 29 bei Einverständnis des Benachteiligten von den anderen Beteiligten Stellungnahmen einzuholen, ist nicht zu beanstanden. Die Erläuterung innerhalb der Gesetzesbegründung, dass eine solche Verpflichtung zur Abgabe von Stellungnahmen nicht besteht, sollte jedoch zur Klarstellung in der Regelung selbst erwähnt werden.

Berlin, 28. Februar 2005