

Zwischen Gleichheit und Freiheit – das neue Anti-Diskriminierungsrecht

Symposion zum neuen Anti-Diskriminierungsrecht in Bonn von Wiss. Mitarbeiter Michael Fuhlrott, Bonn

Obwohl die entscheidenden Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft zur Bekämpfung von Diskriminierungen (Richtlinie 2000/43/EG v. 29. 6. 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABIEG 2000, Nr. L 180, S. 22 sowie Richtlinie 2000/78/EG v. 27. 11. 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABIEG 2000, Nr. L 202, S. 16) nun schon vor mehr als fünf Jahren erlassen wurden, ist der deutsche Gesetzgeber seiner Umsetzungspflicht in das nationale Recht bisher nicht nachgekommen. Der Entwurf eines Anti-Diskriminierungsgesetzes der Koalitionsfraktionen ist nach den erfolgten Neuwahlen durch den Grundsatz der parlamentarischen Diskontinuität hinfällig geworden – die Verpflichtung zur Umsetzung drängt jedoch umso mehr: Im Gegensatz zum deutschen Gesetzgeber ist die Europäische Kommission nicht untätig geblieben, Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik sind anhängig bzw. befinden sich bereits im zweiten Verfahrensstadium der Sanktionsverhängung und Strafgeldfestsetzung. Wie die Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben in das nationale Recht zu erfolgen hat, ist jedoch in den Fachkreisen nach wie vor umstritten – Diskussionsbedarf besteht.

Aus diesem Anlass veranstalteten die Gesellschaft für Europäische Sozialpolitik e.V. (GES) und das Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht der Universität Bonn (ZEW) am 6. und 7. Oktober in Bonn ein Symposion mit dem Titel "Das neue Anti-Diskriminierungsrecht: Gesetzgeberische Ziele, gestalterische Vorschläge und praktische Konsequenzen". Wie der Titel des Symposions bereits nahe legt, war es zum einen Anliegen der Veranstaltung, die Ziele des europäischen Gesetzgebers und damit den Inhalt der umzusetzenden Richtlinien darzustellen, zum anderen aber den Fokus darauf zu richten, wie der deutsche Gesetzgeber seiner Umsetzungsverpflichtung nachkommen kann, welche Änderungen der bestehenden arbeitsrechtlichen Gesetze zwingend und sinnvoll sind und welcher Federstrich vom Gesetzgeber besser unterlassen werden sollte. Bereits die Auswahl der Referenten, neben Vertretern der Wissenschaft aus Deutschland, Österreich und den Niederlanden auch aus den beteiligten Ministerien, ließ die rechtsvergleichend sinnvolle Weitung des Blickes auch auf europäische Nachbarstaaten und die dortige Umsetzungspraxis erkennen.

Nach einer Begrüßung durch den Vorsitzenden der GES Prof. *Dr. Gregor Thüsing, LL.M.*, und dem Direktor des ZEW Prof. *Dr. Wulf-Henning Roth, LL.M.* verdeutlichte ein erstes Referat von Ministerialdirigent *Dr. Hubert Weis* (Bundesjustizministerium) sowohl die Zielsetzungen des europäischen Gesetzgebers wie auch im Hinblick auf den gescheiterten Entwurf des Anti-Diskriminierungsgesetzes die des nationalen Gesetzgebers. Diese trügen vor allem der Erkenntnis Rechnung, dass eine marktliberale Wirtschaftspolitik zum einen sozialpolitisch begleitet werden müsse und die Integration von Minderheiten zum anderen auch volkswirtschaftlich sinnvoll sei. *Weis* mahnte an, den rechtlichen Konflikt zwischen Gleichheit und Freiheit *sine ira et studio* aufzulösen und eine Lösung zu finden, die sich als praktikabel und in der täglichen Rechtsanwendung als handhabbar erweise.

Nach dieser einleitenden Darstellung übergab Prof. *Dr. Bernd Waas* (FernUniversität Hagen), der von Beitrag zu Beitrag führte, das Wort an Prof. *Dr. Thüsing, LL.M.*, der in seinem anschließenden konzisen Vortrag über den Fortschritt des Anti-Diskriminierungsrechts in Deutschland und Europa deutlich machte, dass das derzeitige nationale Recht in keinerlei Weise genüge, um den europäischen Vorgaben gerecht zu werden. Hierbei wies *Thüsing* darauf hin, dass die Defizite beim Diskriminierungsschutz aufgrund fehlender verschuldensunabhängiger Schadensersatzansprüche nicht nur auf

Tatbestandsseite, sondern gleichermaßen auch auf Rechtsfolgenseite bestünden, da das nationale Recht bspw. bisher nicht die ausreichende Gewährleistung immateriellen Ersatzes vorsehe. *Thüsing* betonte gleichfalls, dass bei der Schaffung entsprechender nationaler Vorschriften ein Blick ins Ausland unerlässlich sei, da die Rechtsvergleichung nicht nur – mit den Worten *Zitelmanns* gesprochen – einen Vorrat an Lösungen, sondern auch an Problemen biete. Letzten Endes werde der neue Diskriminierungsschutz eine zweite arbeitsrechtliche Schutzschicht schaffen. Als Ausblick lenkte *Thüsing* das Augenmerk darauf, dass das neue Anti-Diskriminierungsrecht mit seinen enumerativen Diskriminierungsmerkmalen den Beginn einer weiteren Entwicklung darstelle, dem in naher Zukunft weitere Merkmale wie bspw. das Verbot der Anknüpfung an genetische Eigenschaften folgten. In der sich anschließenden lebhaften Diskussion erfuhr *Thüsing* viel Zuspruch für seine abschließende These, der Richter sei der wahre Herr des Anti-Diskriminierungsrechtes, da dieser mit der Festsetzung der Anforderungen an die Diskriminierungsrechtfertigung und die Beweislast in erheblichen Maße Lockerungen oder Straffungen bewirken könne.

Prof. Dr. *Herrmann Reichold* von der Eberhard-Karls-Universität Tübingen, der anschließend über Diskriminierungsschutz und Verfassungsrecht sprach, zeichnete im Hinblick auf verfassungsrechtliche Bedenken bei der Umsetzung ein entspannteres Bild: Erfolge die gebotene Umsetzung nur in dem Rahmen, wie sie europäische Vorgaben erforderten, bestünden keine ernsthaften Verfassungszweifel: Zwar schütze die Verfassung nach Art. 2, 12 und 14 GG auch einen Kernbereich privater Lebensgestaltung und unternehmerischer Freiheit, der auch einer Abwägung nach Verhältnismäßigkeitskriterien nicht zugänglich sei, ein solcher Kernbereichseingriff sei aber zumindest dem ADG-E 2004/05 und den europäischen Richtlinien nicht vorzuwerfen. Zugleich warnte *Reichold* vor einer Banalisierung der Grundrechte: Nicht jede Diskriminierung sei ein Verstoß gegen die Menschenwürde, hier müsse vorsichtiger geurteilt und eine gewisse Intensität der Beeinträchtigung vorliegen. In seinem Fazit betonte *Reichold* die grundlegende Werteentscheidung der Zivilrechtsordnung zugunsten der Vertragsfreiheit, durch das neue Diskriminierungsrecht dürfe daher nicht der Eindruck entstehen, dass alles, was nicht ausdrücklich geregelt ist, verboten sein könnte.

Gestärkt nach einer kurzen Mittagspause sprach Prof. Dr. *Wolfgang Däubler* von der Universität Bremen anschaulich zu Formen und Rechtfertigung einer Benachteiligung: Grundlegende Unterscheidung sei die zwischen einer unmittelbaren und einer mittelbaren Diskriminierung. Erstere knüpfe direkt an ein bestimmtes Merkmal einer Person an, während letztere zur Unterscheidung auf ein Merkmal abstelle, welches dem Anschein nach die Gruppe der Merkmalsträger in besonderer Weise treffe. Zu beachten sei aber, dass in beiden Fällen der Benachteiligte nicht den Beweis antreten müsse, dass er der schikanierten Gruppe selber angehöre, sondern es nach dem EuGH genüge, wenn eine Diskriminierung plausibel erscheine. Beachtenswert sei, dass zur Darlegung einer Diskriminierung im Vergleich zu einer anderen Person nicht nur an die gegenwärtige Situation, sondern gleichfalls an in der Vergangenheit liegende oder hypothetische Vergleichssituationen abgestellt werden könne.

Diesen Ausführungen um den Tatbestand und das Vorliegen einer Diskriminierung schloss sich ein inhaltsreicher Vortrag von Prof. Dr. *Sudabeh Kamanabrou* (Universität Bielefeld) zu den Rechtsfolgen unzulässiger Benachteiligung an: Die eindeutigen europarechtlichen Vorgaben erforderten hier die Möglichkeit im deutschen Recht, benachteiligende Regelungen in Arbeits- und Tarifverträgen sowie in Betriebsvereinbarungen für nichtig erklären zu können. Der Verstoß gegen die nationalen Umsetzungsnormen müsse wirksame und abschreckende, aber gleichermaßen verhältnismäßige Sanktionen vorsehen, wobei hierbei auch die Einführung einer verschuldensunabhängigen zivilrechtlichen Arbeitgeberhaftung europäische Vorgabe sei. Um der europäischen Vorgabe der Schaffung einer effizienten Sanktion gerecht zu werden, warb *Kamanabrou* für die Einführung einer doppelten

Haftung des Arbeitgebers in Form eines verschuldensabhängigen Bußgeldes und verschuldensabhängigem Ersatz des materiellen und immateriellen Schadens bei Benachteiligungen. Auch sei der Arbeitgeber haftbar, wenn benachteiligungsbeinhaltende Regelungen einer Kollektivvereinbarung Anwendung fänden. Gleichmaßen wie für eigenes Handeln müsse der Arbeitgeber getreu der bürgerlich-rechtlichen Zurechnungsnormen für das Verhalten seiner leitenden Angestellten haften.

Der letzte Block des ersten Veranstaltungstages stand im Zeichen tarifvertraglicher Herausforderungen und Auswirkungen auf den Kündigungsschutz durch die Umsetzungsvorgaben. Prof. *Dr. Volker Rieble* vom Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht in München (ZAAR) diskutierte die Möglichkeiten der Berücksichtigung des Lebensalters in tarifvertraglichen Regelungen, bei der aufgrund der Verlängerung der Umsetzungsfrist bis zum 2. 12. 2006 eine zwingende Berücksichtigung der Gerichte bei der Auslegung von Gesetzen und Tarifvorschriften erst nach Ablauf dieses Datums vorzunehmen sei. Hinsichtlich des Altersmerkmals hob *Rieble* hervor, dass Art. 6 der RiLi 2000/78/EG zudem die Möglichkeit der Mitgliedsstaaten vorsehe, Ungleichbehandlungen wegen des Alters im Rahmen des nationalen Rechts zu ermöglichen, sofern diese objektiv und angemessen seien und zur Erreichung eines legitimen Zieles führten. Dies könne, so *Rieble*, die Altersungleichbehandlungen in den meisten Tarifverträgen rechtfertigen, allerdings bedürfe es hierfür zuerst noch der nationalen gesetzlichen Normierung. Solange dies nicht geschehe, bestünde eine gefährliche Rechtsunsicherheit, die im Hinblick auf eine Erhöhung nach oben erhebliche Risiken berge. Nicht rechtfertigungsfähig sei jedenfalls eine Staffelung der Löhne nach dem Lebensalter, ein möglicher Ersatz hierfür könne jedoch bei anspruchsvolleren Tätigkeiten in der Gehaltstaffelung nach Berufserfahrung gefunden werden.

Gleichmaßen große praktische Bedeutung kam den Fragestellungen zu, denen sich hieran anschließend Prof. *Dr. Markus Stoffels* (Universität Passau) in seinen Ausführungen zu den Folgen des neuen Anti-Diskriminierungsrechts auf den Kündigungsschutz widmete. *Stoffels* verglich zunächst den ADG-Entwurf mit den europäischen Vorgaben und kam zu dem Ergebnis, dass sich der Entwurf auf das Notwendigste beschränkt habe. Weiterhin rief *Stoffels* in Erinnerung, dass die Entscheidungen des Verfassungsgerichts zur Kleinbetriebsklausel mit der Heranziehung des § 242 BGB bereits in Verbindung mit Art. 3 Abs. 3 GG Schutz vor zahlreichen Diskriminierungen biete, die lediglich noch um das Alter und die sexuelle Orientierung zu ergänzen seien. Für das Kündigungsrecht genügten daher marginale Ergänzungen bezüglich dieser Merkmale. Auch die Berücksichtigung des Lebensalters dürfe bei Kündigungen weiterhin erfolgen, da hierfür Art. 6 der RiLi 2000/78/EG eine Rechtfertigung zulasse. Nach einer Zusammenschau weiterer einzelner Problemfelder schloss sich eine lebhafte und intensive Diskurs mit dem Plenum an, die die große Bedeutung dieser beiden Regelungskomplexe, insbesondere für die Rechtspraxis bei Kündigungsrechtsstreitigkeiten oder der Verhandlung von Tarifverträgen, bekräftigte.

Der zweite Symposionstag stand im Zeichen von Altersdiskriminierung und rechtsvergleichender Betrachtung. Prof. *Dr. Raimund Waltermann* (Universität Bonn) sprach ausführlich zum Thema Altersdiskriminierung, welches in den Vorträgen und Diskussionen am Vortag schon viel Aufmerksamkeit erfahren hatte. Einleitend stellte *Waltermann* die relevanten Regelungsbereiche dar, die von Beendigung von Arbeitsverhältnissen bei Erreichung eines bestimmten Lebensalters über Altersbegrenzungen bei Einstellungen bis hin zu Zusatzurlaubsregelungen für Ältere und der Gehaltsstaffelung reichten und kam zu dem Schluss, dass das bisherige Erwerbsleben durch Altersunterschiede in hohem Maße strukturiert sei. Nach einem Überblick über die Formen mittelbarer und unmittelbarer Diskriminierung stellte *Waltermann* die Ausnahmeregelung des Art. 6 RiLi 2000/78/EG in den Mittelpunkt, deren einzelne Anforderungen an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

noch herauszuarbeiten seien. Rechtlich unzweifelhaft sei die zwingend vorzunehmende Gleichbehandlung Älterer und Jüngerer bei Einstellungen, wenngleich Differenzierungen möglich seien, sofern besondere berufliche Anforderungen nach Art. 4 Abs. 1 der RiLi bestünden. Anknüpfend an den Vortrag von *Rieble* am Vortrag zeichnete *Waltermann* bei der Zulässigkeit von Gehaltsstaffelungen nach dem Alter ein vorsichtigeres Bild, eine solche Staffelung könne zulässig sein, sofern sie verhältnismäßig erfolge und eine ausgefeiltere Differenzierung vornehme. Beim Übergang vom Erwerbsleben in den Ruhestand empfahl *Waltermann* die Überprüfung der bisherigen starren Altersgrenzeregelungen und gegebenenfalls die Ersetzung durch (individuell ausgehandelte) Rahmenregelungen, die Arbeitnehmern, die länger arbeiten wollten, diese Möglichkeit gewährten.

Unmittelbar hieran schloss sich die rechtsvergleichende Betrachtung der Diskriminierungsproblematik an: Prof. Dr. G.J.J. *Heerma van Voss* (Universität Leiden) beschrieb die rechtliche Entwicklung in den Niederlanden, die bereits vor den europarechtlichen Vorgaben Diskriminierungsschutz kannte: Seit 1994 bestehe in den Niederlanden eine Kommission für Gleichbehandlung, an die sich der Einzelne mit Beschwerden richten könne. Bereits im Jahr 2003 sei überdies eine Umsetzung der fraglichen Richtlinien mit einer Differenzierung zwischen mittelbarer und unmittelbarer Diskriminierung in das nationale Recht erfolgt, bei der Behandlung von Einzelfällen bestünden aber nach wie vor Schwierigkeiten, weshalb sich ein Blick zur Entwicklung des Diskriminierungsschutzes und deren effektiver Anwendung in die U.S.A. anbiete. Zu beachten sei hierbei allerdings, dass die amerikanische *case law* basierte Diskriminierungsrechtsprechung hierfür in Gesetze und abstrakte Regelungen umzuwandeln sei, was eine gewisse Hürde darstelle. Auch in Österreich sind die europäischen Richtlinien bereits seit dem Jahr 2004 mittels des Gleichbehandlungsgesetz (GIBG) umgesetzt worden, wie Prof. Dr. *Robert Rebhahn* (Universität Wien) berichten konnte, die Grundstimmung in Österreich sei, anders als in Deutschland, "unaufgeregt". Neben der Beeinträchtigung der Würde des Opfers sei aber dort im Unterschied zu dem deutschen Entwurf zusätzlich ein Nachteil auf die berufliche Entwicklung Tatbestandsvoraussetzung, wodurch das österreichische Diskriminierungsrecht neben seiner restriktiven Handhabe durch die Gerichte eine weniger bedeutende Rolle als in Deutschland spielen werde. Im Einzelnen sehe das GIBG ein ausgefeiltes System verschiedener Ersatzansprüche vor, wie bspw. die Regelung des § 12 GIBG zeige, die mit elf Absätzen eine Vielzahl verschiedener Ausgleichsansprüche gewähre. Bedenklich im Hinblick auf die europarechtlichen Umsetzungsvorgaben sei allerdings die Begrenzung der Ersatzansprüche bei Immaterialschäden, die einen Pauschalbetrag vorsähen. Ebenfalls als problematisch könnten sich die österreichischen Beweislastregelungen erweisen, da das GIBG die "Wahrscheinlichkeit" einer Diskriminierung verlange, die europäischen Vorgaben hier aber weniger strenge Voraussetzungen anordneten. Diskutiert werde überdies noch die Ersatzfähigkeit des Verlustes von Chancen als ersatzfähiger materieller Schaden, hierbei, so *Rebhahn*, dürfte es wohl aber an der Kausalität fehlen, da eine Chance eine bloße Aussicht, aber noch keine verfestigte Rechtsposition darstelle. Bei einer Gesamtwürdigung der Umsetzungsvorgaben sei festzustellen, dass sich die österreichischen Regelungen eng an den Text der Richtlinie anlehnen, bisweilen sogar dort Passagen der Richtlinie wörtlich übernehmen, wo eine Konkretisierung durch den nationalen Gesetzgeber notwendig gewesen sei.

Abschließend ist festzuhalten, dass das Ziel des Symposiums, die europarechtlichen Vorgaben aufzuzeigen, Probleme bei der Umsetzung zu benennen und zugleich konstruktive Vorschläge unter Berücksichtigung der praktischen Konsequenzen herauszuarbeiten, erreicht wurde. Die Diskussion, die die Schaffung eines künftigen Gesetzesentwurfes begleiten wird, dürfte durch die vielen neuen

Anregungen und fruchtbaren Überlegungen erheblich bereichert werden. Hierbei sollten aber auch die Regelungen europäischer Nachbarstaaten, die bereits eine Umsetzung vorgenommen haben, prüfend betrachtet und gewichtet werden, Gutes gilt es zu erkennen und übernehmen, Schlechtes zu streichen. Einen ersten Anhaltspunkt dürfte zudem der ADG-Entwurf der letzten Legislaturperiode bieten, der nicht vorschnell aufgegeben werden sollte. Eines erscheint jedoch bereits jetzt gewiss: Die Auseinandersetzung mit dem Anti-Diskriminierungsrecht in Europa und Deutschland hat gerade erst begonnen, sie wird in Zukunft im Arbeitsrecht eine entscheidende Rolle spielen. Einen maßgeblichen Einfluss bei dieser Entwicklung werden vor allem die Gerichte haben.