

ADG – einen Neuanfang sine ira et studio wagen?

Wiss. Mit. Simon Grosse-Brockhoff, Bonn

Der rot-grüne Entwurf zur Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien liegt auf Eis und wird auch in naher Zukunft in seiner jetzigen Form wohl nicht in Kraft treten. Nichtsdestotrotz müssen die europäischen Vorgaben umgesetzt werden. Grund genug also über gesetzgeberische Ziele, gestalterische Vorschläge und deren praktischen Konsequenzen (neu) zu diskutieren. Dies nahmen die Gesellschaft für Europäisches Sozialrecht e.V. und das Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht zum Anlass, am 6. und 7. Oktober 2005 mit zehn hochkarätigen Referenten und ca. 150 Teilnehmern im Festsaal der Universität Bonn darüber zu diskutieren¹.

1. Einleitend skizzierte *Ministerialdirigent im BMJ Dr. Hubert Weis* zunächst die europäischen Vorgaben und den politischen Hintergrund der RL 2000/43/EG, 2000/78/EG, 2002/73/EG und 2004/113 EG mit Blick auf die Lissabon-Strategie und wies auf die drohende Sanktionierung wegen verspäteter Umsetzung in Form eines pauschalierten Zwangsgelds hin. Aus diesem Grund sei zumindest eine 1:1 Umsetzung dringend geboten. Gleichzeitig verteidigte er den darüber hinausgehenden Entwurf eines einheitlichen Antidiskriminierungsgesetzes und die damit verfolgten Ziele des Gesetzgebers der 15. Legislaturperiode, den er im Ganzen für „maßvoll“ hielt, da er letztendlich nur zwei ohnehin schon anerkannte Rechtsgrundsätze enthalte: venire contra factum proprium bei Massengeschäften und das Transparenzgebot bei Privatversicherungen. Der Vortrag endete mit einem Aufruf zur Mäßigung in der teils fundamental geführten öffentlichen Diskussion und warb um einen Neuanfang sine ira et studio.

2. Im Anschluss betrachtete *Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M. (Harvard)* – nachdem er ebenfalls auf das deutsche Umsetzungsdefizit und daraus drohende Sanktionen hinwies² – den Fortschritt und die Weiterentwicklung des Anti-Diskriminierungsrechts in Deutschland und Europa. Dabei machte er deutlich, dass ein Vergleich mit dem US-amerikanischen Rechtsraum als den Ursprung des Anti-Diskriminierungsgedankens konkrete zukünftige Problemkonstellationen zur Herausarbeitung von Fallgruppen aufzeigen könne, schließlich entstamme der Wortlaut der europäischen Vorgaben größtenteils diesem Rechtskreis. Vor diesem Hintergrund werde sich das Anti-Diskriminierungsrecht im Kleinen (z.B. SGB IX) wie im Großen (z.B. KSchG; BetrAVG) zu einer zweiten arbeitsgerichtlich kontrollfähigen Schutzschicht etablieren. Dass dem Diskriminierungsschutz weitere Merkmale und Formen der Diskriminierung folgen werden, sei abzusehen. Der Gesetzgeber werde dabei nicht nur zur Schaffung einer rein abstrakten Gleichheit, sondern zu Angleichungsmaßnahmen im Sinne einer aktiven Chancengleichheit verpflichtet. In diesem Zusammenhang tauche unter dem Stichwort der mittelbaren Diskriminierung das Problem auf, dass der Schutz eines Merkmals ein anderes nicht geschütztes Merkmal diskriminieren könne, was zu einer Anti-Antidiskriminierungs-Gesetzgebung führen werde. *Thüsing* warnte jedoch davor, dem mit der Verwendung von Generalklauseln begegnen zu können, da jedwede Unwägbarkeit Vorlagen zum EuGH provozierte. Der Richter werde der wahre Herr des Antidiskriminierungsrechts sein, da es nicht nur zahlreiche Arbeitgeberentscheidungen verbiete, sondern darüber hinaus alle kontrollfähig mache. Eine durch den EuGH gefärbte Rechtsprechung könne aber nicht im Sinne des deutschen Rechts sein. Aufgrund der tragenden Rolle des Richters sei bei der Frage nach den Auswirkungen auf die Praxis entscheidender Parameter letztendlich neben der Rechtfertigungsebene die Beweislast. Erstere sei demgegenüber weder effektiv noch effizient: Der derzeitige Entwurf führe sich selbst aufgrund seiner zahlreichen Ausnahmen einerseits ad absurdum, gewährleiste aber gleichzeitig an anderer Stelle einen weitergehenden Schutz, dessen Kosten einen schweren Eingriff in die Wirtschaft bedeuteten. Ausweg sei allein eine Rechtfertigung im Einzelfall, die in ihrer Struktur nach der jeweiligen Diskriminierung angepasst sein müsse.

¹ Näheres zu den Veranstaltern: www.ges-bonn.de und www.zew.uni-bonn.de; zum Programm: www.jura.uni-bonn.de/index.php?id1155.

² Vgl. hierzu allein jüngst EuGH, Urteil vom 24.4.2005 – C 329/04 (Kommission/Deutschland).

3. Im Folgenden erörterte *Prof. Dr. Hermann Reichold* das Verhältnis des Diskriminierungsschutzes zum Verfassungsrecht. Ausgangspunkt seiner Argumentation war dabei die Einschätzung, dass das Verfassungsrecht zwar die maßgebende Wertordnung, nicht aber eine Ersatzordnung für das Privat- bzw. Arbeitsrecht sei. Der Konflikt zwischen Privatautonomie und Diskriminierungsschutz sei gesellschaftspolitischer Natur und müsse vom Gesetzgeber auf einfachgesetzlicher Ebene gelöst werden. Wie die Trias der französischen Revolution in die Fassaden der Kirchen eingebrannt wurde, müsse das Anti-Diskriminierungsrecht Vertragsfreiheit, Gleichheit und Sozialstaatsprinzip wahren. Eine wertungsmäßige Gewichtung habe jedoch außerhalb des Verfassungsrechts zu erfolgen. Art. 13 EG setze dabei gegenüber der Vertragsfreiheit eindeutig den Schwerpunkt auf die Gleichstellungspolitik. Insofern sei der Anwendungsbereich des Grundgesetzes nur noch in europarechtlich nicht determinierten Bereichen eröffnet. Doch Anti-Diskriminierungsgedanken seien auch dem GG nicht fremd: Auch an Art. 3 II GG könne eine deutsche Umsetzung gemessen werden, wobei ein – europarechtliche gestützter – Wandel von einer rein formellen Gleichheit zugunsten einer materiellen Gleichheit zu beobachten sei. Der verbleibende weite gesetzgeberische Spielraum werde dadurch deutlich durch das Untermaßverbot begrenzt. Einen Eingriff in die Kernbereiche der Art. 14, 12 und 2 GG sah *Reichold* weder im derzeitigen ADG-Entwurf noch in den europarechtlichen Vorgaben. Gegen Ende sprach er sich dennoch für eine 1:1 Umsetzung aus. Aus verfassungsrechtlicher Sicht sei aber zumindest bei Beweislast und Sanktionsregelungen darauf zu achten, dass nur eine evidente Diskriminierung angreifbar sein werde. Hinsichtlich des Bestimmtheitsgrundsatzes dürfe ferner nicht missverständlich sein, ob das, was nicht ausdrücklich geregelt sei, trotzdem verboten sein könnte.

4. Nach diesen Ausführungen beleuchtete *Prof. Dr. Wolfgang Däubler* im Detail die Anforderungen des europäischen Rahmenrechts an die Rechtfertigung der unterschiedlichen Benachteiligungsformen. Einleitend verwies *Däubler* auf den engen Gestaltungsspielraum beim Diskriminierungsbegriff selbst, während dieser im Rahmen einer Rechtfertigung recht weit gefasst sei. Zwar sei der sozialökonomische Status einer Person einschließlich ihrer Qualifikation dort nicht erfasst, das Verbot einer Schlechterstellung im Vergleich zu einer auch nur hypothetischen Person erweitere jedoch den Schutz vor unmittelbarer Diskriminierung. Davon seien auch das vieldiskutierte „Pseudomerkmal“ und die „Belästigung“ erfasst. In der nachfolgenden Diskussion erhob *Thüsing* vorsichtige Zweifel, ob letztere immer diskriminierend sei. Ungeachtet dessen sei eine Rechtfertigung der Schlechterstellung nur bei „wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderungen“, die in der Tätigkeit selbst liegen müssten, unter Wahrung der Verhältnismäßigkeit möglich. Ob sich diese Anforderungen auch nach einer Kundenpräferenz richten können, hänge entscheidend davon ab, ob dies eine Fortsetzung der Tätigkeit ernsthaft in Frage stelle. Demgegenüber reiche bei einer mittelbaren Diskriminierung die Möglichkeit einer Benachteiligung, sofern sie ausreichend plausibel sei, aus, um den Diskriminierungsbegriff zu erfüllen. Je enger der Begriff der mittelbaren Diskriminierung sei, desto weiter sei seine Rechtfertigungsmöglichkeit, die dem nationalen Richter große Spielräume lasse. Insofern ließen sich nach Ansicht *Däublers* die vom BAG in einem freiheitsrechtlichen Kontext gefundenen Maßstäbe (Kopftuch-Entscheidung) auf das Anti-Diskriminierungsrecht übertragen. Dasselbe gelte auch für die Rechtsprechung des BVerfG in Sachen Zuschuss zum Mutterschaftsgeld³. Hier wurde erstmals eine faktische Benachteiligung Dritter durch eine Schutznorm angenommen. *Däubler* verwies damit auf den bereits von *Thüsing* angesprochenen Problemkreis und plädierte für eine Übertragung dieser Rechtsprechung auf die Vorschriften, die die Zahlung einer Ausgleichsabgabe wirtschaftlich vorteilhafter als die Einstellung Schwerbehinderter mache.

5. Daraufhin gab *Prof. Dr. Sudabeh Kamanabrou* einen Gestaltungsvorschlag zu den Rechtsfolgen einer unzulässigen - weil ungerechtfertigten - Benachteiligung, die den europarechtlichen Vorgaben (Teil-)Nichtigkeit/Anpassung und Sanktion genügen. So sprach sie sich dafür aus, dass benachteiligende Rechtsgeschäfte nach § 138 BGB unwirksam sein sollen und der Benachteiligte Gleichstellung verlangen können soll. Als Sanktion schlug sie eine Kombination aus verschuldensunabhängigem Bußgeld und verschuldensabhängigem Ersatz des materiellen und immateriellen Schadens bei benachteiligendem Verhalten des Arbeitgebers vor, sofern das Rechtsgeschäft bereits vollzogen wurde. Im Rahmen der Haftung des Arbeitgebers für Dritte sprach

³ BVerfG vom 18.11.2003 – 1 BvR 302/96 – NZA 2004, 33.

sich *Kamanabrou* für eine Arbeitgeberzurechnung nach Maßgabe des § 278 BGB und ein Bußgeld nach § 30 OWiG aus. Auch der Dritte selbst solle verschuldensabhängig auf Ersatz des materiellen und immateriellen Schadens haften und mit einem verschuldensunabhängigen Bußgeld bewehrt werden. Diese Kombinationslösung von Bußgeld und Schadensersatz ist in der sich anschließenden Diskussion auf Kritik gestoßen. Teilweise wurde diese Lösung als zu weit gehend betrachtet und eine zu große Belastung kleiner Unternehmen befürchtet. Aus juristischer Sicht bezweifelte *Prof. Dr. Gerhard Wagner, LL.M.*, dass der EuGH tatsächlich eine poenales Element vorschreibe. Veilmehr verlange er lediglich eine verhaltenssteuernde Sanktion. Eine solche könne aber genauso gut durch eine reine, im Sinne einer objektiven Fahrlässigkeit verschuldensabhängige Schadensersatzhaftung erzielt werden.

6. Im weiteren Verlauf referierte *Prof. Dr. Volker Rieble* über Auswirkung des Anti-Diskriminierungsrechts auf Tarifverträge und die damit verbundene zukünftige Herausforderung für die Tarifvertragsparteien. Zentrales Problem war für ihn die Altersdiskriminierung in Tarifklauseln. Spätestens mit Ablauf ihrer Umsetzungsfrist sei die RL 2000/78/EG bei der Auslegung von Tarifvorschriften heranzuziehen. Ungleichbehandlungen aufgrund des Alters ließen sich in der Regel nur nach Art. 6 der RL rechtfertigen. *Rieble* sprach sich dafür aus, dass der deutsche Gesetzgeber aus Gründen der Rechtssicherheit alle Rechtfertigungsgründe abschließend und konkret benennen solle. Zu diesem Zwecke biete es sich an, die in Art. 6 der RL genannten Gründe zu übernehmen. Klauseln wie Lohnstaffelungen u.ä., die an das Alter anknüpfen, seien danach nicht mehr haltbar und sollten gegen eine Staffelung nach Berufserfahrung ausgetauscht werden. Auch *Rieble* sprach das Problem der faktischen Diskriminierung durch Schutzvorschriften an: Tarifklauseln, die ältere Menschen bevorzugen, können zwar Jüngere gerechtfertigt diskriminieren. Dies verschlechtere aber gleichzeitig ihre Beschäftigungschancen am Arbeitsmarkt. Umgekehrt müssten aus selbem Gedanken heraus Lohnabschläge für neu eingestellte, ältere Arbeitnehmer gerechtfertigt sein, da sie deren Chancen am Arbeitsmarkt verbesserten. Gerade in der Altersdiskriminierung zeige sich eine Art Boomerang-Effekt, dem nur durch von *Thüsing* eingangs bereits propagierte Anti-Antidiskriminierungstendenzen begegnet werden könne. Die anschließende Diskussion zeigte ein Problem ganz deutlich: Die Arbeitgeber sind einseitig in die Pflicht genommen, diesen Vorgaben nachzukommen. Das sie dabei auf den good-will der Gewerkschaften angewiesen sind, macht ihre Pflichterfüllung faktisch nahezu unmöglich. Interessant erschien in diesem Zusammenhang der Vorschlag von *Prof. Dr. Robert Rebhahn (Wien)*, eine Art Teilnichtigkeitsklausel einzuführen.

7. Am Ende des ersten Veranstaltungstages beurteilte *Prof. Dr. Markus Stoffels* die Auswirkung des Anti-Diskriminierungsrechts auf den Kündigungsschutz. Danach müsse das derzeitige Bestandsschutzprinzip des KSchG mit dem Anti-Diskriminierungsrecht kombiniert werden. Allen Referenten und Teilnehmern war dabei unklar, was die RL unter einer „Vorrangigkeit“ des Kündigungsschutzes verstehen will. *Stoffels* begegnete dem damit, dass im Ergebnis keine Diskriminierung „übrig“ bleiben dürfe. Das deutsche Arbeitsrecht kenne außerhalb des KSchG bereits ein eine allgemeine Willkürkontrolle über die §§ 138, 242 und § 612a BGB, die diskriminierenden Kündigungen wegen eines in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmals unterbinden könnten. Lediglich Diskriminierungen wegen der sexuellen Identität und des Alters seien davon nicht erfasst. Daher sprach sich *Stoffels* mit Blick auf das Transparenzgebot für eine gesetzliche Regelung aus. Dieser Mangel werde aber zumindest durch die Sozialauswahl bezüglich einer Ungleichbehandlung wegen des Alters innerhalb des Anwendungsbereichs des KSchG kompensiert, da diese nach Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG gerechtfertigt sei. Im weiteren Verlauf widmete sich *Stoffels* einzelnen Problemfeldern der Altersungleichbehandlung im Kündigungsschutz, dessen tariflicher Verbesserung sowie möglichen Sanktionsformen im Falle ungerechtfertigter Diskriminierung.

8. Am nächsten Veranstaltungstag gab *Prof. Dr. Raimund Waltermann* einen weiteren Einblick in das Altersdiskriminierungsrecht, indem er zunächst die Regelungen der Richtlinie im Einzelnen hervorhob, um sich dann vertieft einzelnen Anwendungsfällen und der Umsetzung der RL zu widmen. Eine Ungleichbehandlung jeglichen Alters könne nach Art. 6 der RL bei verhältnismäßiger Verfolgung eines legitimen Zwecks gerechtfertigt sein. Wie schon *Thüsing* und *Rieble* zuvor sprach er sich für eine genau determinierte gesetzgeberische Entscheidung bei einer Umsetzung dieser Rahmenvorschrift aus. Daraufhin untersuchte *Waltermann* jede einzelne Phase eines

„Beschäftigungslebens“ von Regelungen über die Einstellung, Gehaltsstaffelung, Zusatzurlaub, Altersteilzeit bis hin zum Eintritt in den Ruhestand, wies auf Rechtfertigungsprobleme auf und lieferte mögliche Lösungsansätze für die Umsetzung. Entgegen seiner Vorredner hielt er Lohnstaffelungen nach Alter im Rahmen der Verhältnismäßigkeit für zulässig. Ferner forderte er die Schaffung der Möglichkeit in § 112 Abs. 5 BetrVG, Sozialplanleistungen ebenfalls dementsprechend gestalten zu können.

9. *Prof. Dr. Hermaa van Voss (Leiden)* lieferte sodann einen Streifzug durch das niederländische Anti-Diskriminierungsrecht. Die Idee des Anti-Diskriminierungsschutzes ist für europäische Verhältnisse in den Niederlanden vergleichsweise alt. So existierte bereits 1994 ein erstes umfassendes Gleichbehandlungsgesetz. Europäischen Vorgaben, die damit noch nicht umgesetzt worden waren, wurden bereits 2003 in niederländisches Recht transformiert. Interessant erschien, dass vor einer richterlichen Kontrolle dieser Vorschriften eine Streitbeilegung durch soft-law mit Hilfe einer Art Ethikkommission versucht wird. Auch im richterlichen Verfahren habe die Einschätzung dieser Instanz bedeutendes Gewicht, wenn ihr auch kein bindender Charakter zugeschrieben werden kann. Auch bei *van Voss* lag der Schwerpunkt der Ausführungen auf dem niederländischen Altersdiskriminierungsschutz, der den Vortrag *Waltermanns* in dieser Hinsicht ergänzte.

10. Zu guter letzt gab *Prof. Dr. Robert Rebhahn (Wien)* einen strukturellen Einblick in das österreichische GIBG 2004, welches die Anti-Diskriminierungsrichtlinien in nationales Recht transformiert, und verglich die Ansätze und Ziele des österreichischen Gesetzgebers mit denen des deutschen. Festzuhalten bleibt, dass die österreichische Umsetzung dabei nicht über die Vorgaben der RL hinausgegangen ist. Dadurch sei die Grundstimmung in allen politischen Lagern deutlich entspannter als in Deutschland, wo an entscheidenden Stellen nach wie vor eine vergleichsweise hitzige Diskussion geführt werde. Im Vergleich zum verstorbenen deutschen ADG-Entwurf wurde nach diesem abschließenden Vortrag eines deutlich: der österreichische Entwurf erscheint nicht nur handwerklich geglückter, sondern erfüllt auch tatsächlich das, was *Weis* eingangs forderte: Eine sachliche Diskussion sine ira et studio!

Das Symposium gab einen detaillierten Einblick in den Stand der aktuellen Diskussion zum ADG. Dies lag nicht nur an den hochwertigen Beiträgen der Referenten, die inhaltlich gut aufeinander abgestimmt waren, sondern auch an einem sachkundigen Auditorium, dass in der Diskussion teils neue Denksätze liefern konnte. Eine Fragestellung blieb allerdings: Wer schützt den Diskriminierten vor Anti-Diskriminierung?