

## - Neue Perspektiven im Antidiskriminierungsrecht? –

„Das neue Antidiskriminierungsrecht: Gesetzgeberische Ziele, gestalterische Vorschläge und praktische Konsequenzen“ lautete das Thema des am 6. und 7. Oktober 2005 von der *Gesellschaft für Europäische Sozialpolitik, Bonn e.V.* und dem *Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht der Universität Bonn* im Festsaal der Rheinischen-Friedrich-Wilhelms Universität veranstalteten Symposions. Zehn namhafte Referenten widmeten sich dem kontrovers diskutierten Thema des Antidiskriminierungsrechts, zeigten Konsequenzen auf und entwickelten Lösungsvorschläge und Perspektiven für die Praxis und den zur Umsetzung der europäischen Vorgaben verpflichteten Gesetzgeber.

Nach der Begrüßung durch den Vorsitzenden der Gesellschaft für Europäische Sozialpolitik, Bonn e.V. *Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M (Harvard)* und den Geschäftsführenden Direktor des Zentrums für Europäisches Wirtschaftsrecht, *Prof Dr. Wulff-Henning Roth, LL.M*, führte *Ministerialdirigent Dr. Hubert Weis*, Unterabteilungsleiter der Abteilung „Bürgerliches Recht“ im Bundesministerium der Justiz und stellvertretender Abteilungsleiter, mit seinem Vortrag in die Problematik ein. Unter der Überschrift „Die Ziele des Gesetzgebers“ erläuterte er die Ziele des europäischen Richtliniengebers und die des deutschen Gesetzgebers mit dem der Diskontinuität zum Opfer gefallenem Entwurf eines Antidiskriminierungsgesetzes. Man müsse das Antidiskriminierungsgesetz „*sine ira et studio*“ betrachten, lautete das abschließende Fazit von *Weis*. Eine Wegmarke für die Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben sei gesetzt, in welcher Form diese weiterverfolgt werde, bleibe abzuwarten.

Es folgte ein Vortrag von *Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M (Harvard)*, Universität Bonn, der anhand von 10 zur Diskussion gestellten Thesen „Vom Fortschritt des Anti-Diskriminierungsrechts in Deutschland und Europa“ referierte. Eine Umsetzung der europäischen Richtlinien sei mangels eines umfassenden europarechtskonformen Diskriminierungsschutzes in Deutschland zwingend geboten. Der damit einhergehende Eingriff in die Privatautonomie und Vertragsfreiheit stehe dem nicht entgegen. Die Umsetzung müsse durch klare und eindeutige Regelungen erfolgen, um Rechtsunsicherheiten und der Gefahr der Vorlage durch das nationale Gericht entgegenzuwirken. Mit Blick auf die USA, dem Mutterland des Antidiskriminierungsrechts, stellte *Thüsing* die These auf, dass das jetzige Antidiskriminierungsrecht nur eine erste Etappe sei, der weitere folgen werden. Schlußendlich führte *Thüsing* im Hinblick auf die mit dem Diskriminierungsschutz zu erwartenden Folgen aus, dass im Arbeitsrecht die antidiskriminierungsrechtlichen Regelungen zu einer zweiten arbeitsrechtlichen Schutzschicht führen werden. Allerdings habe eine solche Antidiskriminierungsgesetzgebung nicht in erster Linie das Verbot zahlreicher Arbeitgeberentscheidungen zum Effekt, sondern vielmehr die umfassende Kontrollfähigkeit derselben durch die Gerichte. Somit sei der Richter der „wahre Herr des Antidiskriminierungsrechts“. Er habe es letztlich in der Hand, welche Auswirkungen das Antidiskriminierungsrecht tatsächlich haben wird.

*Prof. Dr. Hermann Reichold*, Universität Tübingen, erläuterte in seinem Vortrag das Verhältnis von „Diskriminierungsschutz und Verfassungsrecht. Hierbei beleuchtete er kurz das europäische Antidiskriminierungsrecht und die Gemeinschaftsgrundrechte, um sich sodann dem Diskriminierungsschutz aus der Sicht des Grundgesetzes sowie den Grenzen des Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers in diesem Bereich zu widmen. Als Fazit hielt *Reichold* fest, dass eine deutsche 1:1 umgesetzte Antidiskriminierungsgesetzgebung keine ernsthaften Verfassungszweifel aufwerfe, sondern vielmehr als eine Frage kluger Rechtspolitik mit Augenmaß zu begreifen sei. Einer „Veröffentlichung“ des Privatrechts solle daher möglichst entgegengewirkt werden. Es dürfe nicht der Eindruck erweckt werden, dass alles, was nicht ausdrücklich geregelt ist, verboten sein könnte.

Im Anschluss an die von *Prof. Dr. Bernd Waas*, FernUniversität Hagen, geleitete Diskussion des Auditoriums mit den bisherigen Referenten der Veranstaltung, sprach *Prof. Dr. Wolfgang Däubler*, Universität Bremen, über „Formen und Rechtfertigung einer Benachteiligung“. Er wies darauf hin, dass den Mitgliedstaaten auf der Tatbestandsebene nur sehr wenig, auf der Rechtfertigungsebene, insbesondere im Bereich der mittelbaren Diskriminierung, jedoch sehr viel größere Spielräume bei der Umsetzung der Richtlinien verblieben. Sodann stellte er ausführlich die einzelnen Voraussetzungen der

unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung sowie deren Rechtfertigungsmöglichkeiten dar. Interessante Aspekte wie der der „hypothetischen Vergleichsperson“ oder die Behandlung von Kundenpräferenzen im Rahmen der Rechtfertigung einer unmittelbaren Diskriminierung wurden ebenso eingehend thematisiert wie der Wegfall der Notwendigkeit des statistischen Beweises im Rahmen der mittelbaren Diskriminierung. Hinsichtlich der Rechtfertigungsmöglichkeiten einer mittelbaren Diskriminierung verwies *Däubler* auf eine Fortschreibung der Rechtsprechung des BAG aus der sogenannten „Kopftuch-Entscheidung“ und regte damit zu weiterer Diskussion an.

*Prof. Dr. Sudabeh Kamanabrou*, Universität Bielefeld, befasste sich in ihrem Vortrag intensiv mit den „Rechtsfolgen unzulässiger Benachteiligung im Antidiskriminierungsrecht“. Ausgehend von den europarechtlichen Vorgaben erwog sie die Unwirksamkeit benachteiligender Rechtsgeschäfte nach § 134 BGB und einen Anspruch des Benachteiligten auf Gleichstellung mit dem Bevorzugten. Bezüglich der Sanktionen für unzulässige Benachteiligungen differenzierte *Kamanabrou* zwischen der Haftung des Arbeitgebers für eigenes Verhalten, der Haftung des Arbeitgebers bei Benachteiligungen durch Dritte sowie der Haftung Dritter und entwickelte insoweit interessante Lösungen. So plädierte sie bei der Eigenhaftung des Arbeitgebers für eine Kombination aus verschuldensabhängigen Bußgeld und verschuldensabhängigen Ersatz des materiellen und immateriellen Schadens, während bei der Haftung des Arbeitgebers für benachteiligendes Verhalten Dritter eine Schadensersatzhaftung des Arbeitgebers über § 278 BGB bzw. § 30 OWiG begründet werden solle. Besonders kontrovers diskutiert wurde die Frage der Inanspruchnahme Dritter auf Ersatz des materiellen und immateriellen Schadens sowie der Zahlung eines verschuldensabhängigen Bußgeldes im Falle benachteiligender Verhaltensweisen.

Dem sehr praxisrelevanten Thema „Altersdiskriminierung und Tarifvertrag“ widmete sich der Vortrag von *Prof. Dr. Volker Rieble*, ZAAR München. Er thematisierte Fragen der Rechtfertigung von Lohnstaffelungen nach dem Lebensalter und Regelungen der tariflichen Unkündbarkeit ab einem bestimmten Lebensalter. Zwar sei eine Rechtfertigung der meisten an das Merkmal Alter anknüpfenden Diskriminierungen nach Art. 6 RiLi 2000/78/EG möglich, allerdings bestehe bei vielen Tarifbestimmungen eine erhebliche Rechtsunsicherheit, solange der Gesetzgeber keine ausdrückliche Normierung der Rechtfertigungsvoraussetzungen vornehme. Das Umsetzungsgesetz sollte daher konkrete Ausnahmen vom Verbot der Altersdiskriminierung benennen und zusätzlich die Rechtfertigungsgründe aus Art. 6 RiLi 2000/78/EG übernehmen, um eine Übererfüllung zu vermeiden. Letztlich sei die Zulässigkeit solcher Regelungen aber stets und in erster Linie auch eine Frage der Verhältnismäßigkeit. Konkret führte *Rieble* aus, dass seiner Ansicht nach eine Staffelung der Löhne nach dem Alter der Beschäftigten nicht zu rechtfertigen sei, allenfalls bei anspruchsvolleren Tätigkeiten durch eine Staffelung nach Berufserfahrung ersetzt werden könne. Allerdings sei es möglich, Schutzvorschriften zu Gunsten älterer Arbeitnehmer zu streichen, mit dem Ziel, die Beschäftigungschancen älterer Arbeitnehmer durch eine Angleichung von Leistung und Gegenleistung zu verbessern.

Den Abschluss des ersten Veranstaltungstages bildete der Vortrag von *Prof. Dr. Markus Stoffels*, Universität Passau, zum Thema „Auswirkungen des Antidiskriminierungsrechts auf den Kündigungsschutz“. Zu Beginn stellte *Stoffels* fest, dass das deutsche Kündigungsschutzrecht einen den europäischen Standards entsprechenden und umfassenden Schutz vor Diskriminierungen biete, allerdings außerhalb des Anwendungsbereichs dieses Gesetzes die heranzuziehenden Generalklauseln der §§ 242, 138 BGB sowie das Maßregelungsverbot des § 612a BGB Schutzdefizite hinsichtlich des Merkmals der sexuellen Identität und des Alters bei diskriminierenden Kündigungen aufwiesen. Daher müsse zumindest im Hinblick auf diese Merkmale eine gesetzliche Regelung erfolgen. Durch die europäischen Vorgaben sei der deutsche Gesetzgeber somit gezwungen, sein Konzept des Bestandschutzes mit speziellem Antidiskriminierungsrecht zu kombinieren, was sich eher nachteilig auf Stringenz und Transparenz des Kündigungsrechts auswirke. Nach diesen grundsätzlichen Ausführungen wandte sich *Stoffels* einzelnen, besonders praxisrelevanten Problemfeldern zu.

*Prof. Dr. Waltermann*, Universität Bonn, referierte umfassend zum Thema der „Altersdiskriminierung“. Nach einführenden Worten zur Rechtslage und dem Diskussionsstand nach nationalem Recht, wandte sich *Waltermann* den gemeinschaftsrechtlichen Gestaltungsvorgaben zu. Hierbei betonte er,

dass Ausnahmen nach Art. 6 Abs. 1 RiLi 2000/78/EG möglich seien, wenn sie ein legitimes Ziel verfolgen und im Hinblick auf die Mittel verhältnismäßig sind. Der Gesetzgeber sei aufgerufen, im Rahmen der eröffneten Gestaltungsspielräume die europäischen Vorgaben umzusetzen. Dabei solle möglichst auf Genarklausen verzichtet werden, um Rechtsunsicherheiten zu vermeiden. Sodann unterzog *Waltermann* die einzelnen Stadien eines Arbeitsverhältnisses näherer Betrachtung und wies auf die für den Bereich der Altersdiskriminierung sensiblen Bereiche hin. So sei zwar bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich Chancengleichheit zwischen älteren und jüngeren Arbeitnehmern zu gewährleisten, allerdings seien Ausnahmen zum Zwecke der Schaffung einer ausgewogenen Altersstruktur im Betrieb legitim. Im Hinblick auf den Inhalt des Arbeitsverhältnisses thematisierte *Waltermann* die Problematik der Staffelung des Arbeitsentgelts nach dem Lebensalter, die er als zulässig erachtete, sofern der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt bleibe. Das Gleiche gelte für an das Alter anknüpfende Regelungen über Zusatzurlaub, kürzere Arbeits- oder Erholungszeiten. Im Hinblick auf das Stadium der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses betonte *Waltermann* die Unbedenklichkeit der bestehenden Gesetzesfassung des § 1 Abs. 3 KSchG. Altersgrenzenregelungen seien, sofern sie allgemeine Altersgrenzen festsetzen, unzulässig, während sie als Reaktion auf die besonderen Anforderungen einer bestimmten Berufstätigkeit oder eines bestimmten Arbeitsplatzes nach Art. 4 RiLi 2000/78/EG gerechtfertigt seien. Der Übergang vom Erwerbsleben in den Ruhestand könne allerdings auch durch Rahmenregelungen, die das 65. Lebensjahr als arbeitsrechtliche Regelaltersgrenze vorsehen, zufriedenstellend gelöst werden.

Abgerundet wurde die Veranstaltung durch zwei rechtsvergleichenden Vorträge .

*Prof. Dr. G.J.J. Heerma van Voss*, Universität Leiden, Niederlande, stellte in seinem Vortrag die Grundzüge des niederländischen Antidiskriminierungsrechts dar. Illustriert anhand zahlreicher Beispiele aus der Praxis der seit 1994 existierenden Gleichbehandlungsstelle, erarbeitete *van Voss* die Unterschiede und Gemeinsamkeiten des deutschen und niederländischen Antidiskriminierungsrechts. *Van Voss* betonte, dass in den Niederlanden bereits seit 1994 ein Gesetz zur Gleichbehandlung bestehe, das aufgrund der neuen europäischen Vorgaben 2003 und 2004 um Regelungen zum Schutz vor Diskriminierungen wegen einer Behinderung und des Alters ergänzt worden sei. Insoweit stelle insbesondere das erst kürzlich normierte Verbot der Altersdiskriminierung auch in den Niederlanden ein Thema mit hoher Brisanz dar. Abschließend beleuchtete *van Voss* die in den verschiedenen Stadien eines Arbeitsverhältnisses möglichen Einfallstore für antidiskriminierungsrechtliche Fragestellungen und zeigte Gemeinsamkeiten und Unterschiede zum deutschen Recht auf.

Einen Überblick über die Umsetzung der europäischen Vorgaben im österreichischen Recht lieferte der Vortrag von *Prof. Dr. Robert Rebhahn*, Universität Wien. Anhand eines Streifzugs durch die Systematik des österreichischen Gleichbehandlungsgesetzes (GIBG) von 2004 verdeutlichte *Rebhahn* die Stärken und Schwächen des GIBG. Die getroffenen Regelungen zur Rechtfertigung einer Diskriminierung bewertete *Rebhahn* als wenig hilfreich, da sie weitgehend an den Richtlinien text angelehnt seien, ohne ihn zu konkretisieren und zu systematisieren. Hinsichtlich der Rechtsfolgen einer unzulässigen Benachteiligung führte er aus, dass in der Regel ein Ersatz des Differenz(vermögens)schadens und eine Entschädigung für die persönliche Benachteiligung erfolge. Ein Anspruch auf Einstellung oder Aufstieg werde nicht gewährt. Kritisch äußerte sich *Rebhahn* auch in Bezug auf die Regelung zur Beweislast, die ggf. hinter den europäischen Anforderungen zurückbleiben könnte. Zusammenfassend hielt *Rebhahn* fest, dass die Grundstimmung in Österreich bzgl. des Antidiskriminierungsrechts eher als „unaufgeregt“ bezeichnet werden könne, was wohl an der erfolgten 1:1 Umsetzung der europäischen Vorgaben liege. Die praktische Bedeutung des Antidiskriminierungsrechts sei bislang jedoch noch nicht abzusehen und bleibe daher abzuwarten.

Die Veranstaltung hat gezeigt, dass das neue Antidiskriminierungsrecht noch viele Fragen und Probleme aufwirft. Sie hat jedoch gleichzeitig interessante Denkanstöße gegeben und Lösungsansätze aus Wissenschaft und Praxis aufgezeigt. Nun ist es am deutschen Gesetzgeber ein Gesetz zu schaffen, dass sowohl den europäischen Vorgaben als auch den tatsächlichen Gegebenheiten hinreichend gerecht wird.

*Ass. jur. Daniela Jamann, wissenschaftliche Mitarbeiterin, Bonn*