

Berlin, im März 2005  
22/05  
abrufbar unter [www.anwaltverein.de](http://www.anwaltverein.de)

**Stellungnahme**  
**des Deutschen Anwaltvereins e.V.**  
**durch die DAV-Ausschüsse Arbeitsrecht und Zivilrecht**

**zum dem**

**gemäß einer „Synopsis“ geänderten Entwurf**  
**des Gesetzes zur Umsetzung**  
**europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien**  
**- Stand 18. März 2005 -**

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

Mitglieder des Ausschusses Zivilrecht:

Rechtsanwalt Dr. Dr. h.c. Georg Maier-Reimer (Vorsitzender und Berichterstatter)

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)

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  
Ausschuss für Angelegenheiten der Europäischen Kommission des Deutschen Bundestages  
Bundesrat  
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  
Dr. Heinrich L. Kolb, MdB  
Bundesrechtsanwaltskammer  
Bundesnotarkammer  
Deutscher Notarverein e.V.  
Deutscher Richterbund e.V.  
Deutscher Steuerberaterverband  
Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände  
Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit  
Deutscher Gewerkschaftsbund  
Deutscher Arbeitsgerichtsverband e.V.  
Bundesverband der Freien Berufe  
Bund der Richterinnen und Richter der Arbeitsgerichtsbarkeit  
Bundesarbeitsgericht  
Rechtsanwaltskammern in der Bundesrepublik Deutschland  
Justizministerien und Justizverwaltungen der Bundesländer der Bundesrepublik Deutschland  
Ministerien für Arbeit der Länder  
Landesarbeitsgerichte in der Bundesrepublik Deutschland  
Institut für Arbeitsrecht und Recht der Sozialen Sicherheit der Universität Bonn (Prof. Dr. Gregor Thüsing)  
Zentralverband des Deutschen Handwerks/ZDH  
Zentralverband Deutsches Baugewerbe/ZDB  
Deutscher Industrie- und Handelstag/DIHT

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  
Ausschuss Arbeitsrecht des Deutschen Anwaltvereins  
Geschäftsführender Ausschusses der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht des Deutschen Anwaltvereins  
Zivilrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins  
Pressereferat des Deutschen Anwaltvereins  
Redaktion Anwaltsblatt / AnwBl  
Redaktion Juristenzeitung / JZ  
Redaktion Monatsschrift für Deutsches Recht / MDR  
Redaktion Neue Juristische Wochenschrift / NJW  
Neue Zeitschrift für Arbeitrecht / NZA  
Zeitschrift Recht der Arbeit / ZRA  
Frankfurter Allgemeine Zeitung / FAZ  
Handelsblatt / HB  
Süddeutsche Zeitung /SZ  
Financial Times / FT

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

*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.*

---

### **Vorbemerkung:**

Der Arbeits- und Zivilrechtsausschuss des DAV haben in der Vergangenheit zu den diversen Ansätzen, die europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien auch in der Bundesrepublik umzusetzen, bereits ausführlich Stellung genommen. Hierbei haben sich die Ausschüsse nicht nur darauf beschränkt, geplante Regelungen zu kritisieren, sondern bereits zu vielen kritischen Punkten konkrete Vorschläge zur Verbesserung unterbreitet.

Die nunmehr veröffentlichten Nachbesserungen an dem Antidiskriminierungsgesetz zeigen, dass die Fraktionen in beachtlichem Umfang sowohl Kritik als auch konkrete Verbesserungsvorschläge aufgegriffen und an dem Gesetzentwurf entsprechende Nachbesserungen vorgenommen haben. Auch wenn die Modifikationen nicht in allen Punkten gelungen erscheinen und ein Teil der Beanstandungen unbeachtet blieben, ist diese Entwicklung insbesondere im Bereich der arbeitsrechtlichen Vorschriften erfreulich und kann als Schritt in die richtige Richtung gewertet werden. Gleichwohl gibt es eine Reihe von Vorschriften, die nach wie vor einer Präzisierung bedürfen.

Das erklärte Ziel des Entwurfes ist es, vier Richtlinien 1:1 umzusetzen, jedoch mit der Maßgabe, dass auch im allgemeinen Zivilrechtsverkehr die volle Liste der unzulässigen Benachteiligungsgründe gelten soll. Der Wortlaut des Entwurfs wird diesem Anliegen – vorbehaltlich der im folgenden unterbreiteten Änderungsvorschläge – weitgehend gerecht, jedoch geht die Begründung zum Teil über den Wortlaut hinaus. Das ist in geeigneter Weise zu korrigieren. Außerdem gehen die Richtlinien in den Einzelheiten zum Teil weiter, als es nach deutschem Rechtsverständnis im allgemeinen Zivilrechtsverkehr sachgerecht ist. Insoweit sollte dann bei den einzelnen Vorschriften in der Weise differenziert werden, dass die Vorgaben der Richtlinien nur insoweit umgesetzt werden, als sie bindend sind, d.h. nur bezüglich einer Benachteiligung aus Gründen von Rasse, ethnischer Herkunft oder Geschlecht.

Dies vorausgeschickt unterbreitet der DAV nachfolgende konkreten Änderungsvorschläge, wobei Anregungen und Kritik aus vorangegangenen Stellungnahmen ausdrücklich aufrecht erhalten

bleiben, soweit dem in der Überarbeitung des Entwurfs des ADG keine Rechnung getragen wurde.

### **Änderungsvorschlag des DAV:**

#### **1. Zu § 1 ADG-E (Ziel des Gesetzes)**

§ 1 sollte wie folgt gefasst werden:

Ziel des Gesetzes ist, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu verhindern oder zu beseitigen.

#### Begründung:

Der Entwurf verwendet den Begriff „sexuelle Identität“ anstelle des richtigen und auch in der Richtlinie verwendeten Begriffs „sexuelle Ausrichtung“. Es geht hierbei nicht um die Identität des Benachteiligten, sondern um seine sexuelle Orientierung. Der fehlsame Begriff der „sexuellen Identität“ hätte zur Folge, dass ein Gesetzesanwender, der den Gesetzestext genau nimmt, eine Benachteiligung aus Gründen der sexuellen Ausrichtung nicht als erfasst ansieht.

#### **2. Zu § 2 ADG-E (Anwendungsbereich)**

§ 2 Abs. 4 sollte wie folgt neu gefasst werden:

*(4) Liegt die Benachteiligung in einer Kündigung, finden im Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes ausschließlich dessen Bestimmungen Anwendung. Dabei sind die Wertungen dieses Gesetzes zu beachten. Die gerichtliche Geltendmachung einer Benachteiligung durch eine Kündigung hat innerhalb des Frist des § 4 Kündigungsschutzgesetz zu erfolgen.*

#### Begründung:

Auch wenn die Kritik der fehlenden Abstimmung und Verzahnung des ADG-E mit anderen arbeitsrechtlichen Schutzgesetzen, insbesondere dem Kündigungsschutzgesetz aufgegriffen wurde, erscheint die Einfügung in § 2 Abs. 4 ADG-E wenig

geglückt. Der schlichte Hinweis, für Kündigungen gelten *vorrangig* die Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes, ist zur Lösung der Probleme nicht ausreichend und wirft für die Rechtsanwendung erhebliche Unklarheiten auf.

Der Ausschuss ist der Auffassung, dass die Norm dahingehend präzisiert werden muss, dass für das Vorgehen gegen Kündigungen und die Rechtsfolgen einer unwirksamen Kündigung nach wie vor das Kündigungsschutzgesetz maßgeblich ist, wobei sich dies auch auf die Anforderungen an die Erhebung einer Kündigungsschutzklage erstrecken sollte. In der letzten Novelle des Kündigungsschutzgesetzes war im Interesse einer Vereinheitlichung von Fristen und der Schaffung von Rechtssicherheit in § 4 KSchG die Regelung aufgenommen worden, wonach *jede* Kündigung binnen 3-Wochen-Frist angegriffen werden muss, will man sich auf deren Rechtswidrigkeit zu berufen. Ohne die vorgeschlagene klarstellende Regelung in § 2 Abs. 4 ADG-E wäre Arbeitnehmern, die sich auf eine diskriminierende Kündigung berufen, die Möglichkeit eröffnet, gemäß § 15 Abs. 4 ADG-E innerhalb von 6 Monaten zunächst schriftlich und gemäß § 61b Abs. 1 ADG-E sodann innerhalb weiterer drei Monate klageweise Ansprüche auf Schadensersatz aufgrund einer diskriminierender Kündigung einschließlich einer Naturalrestitution geltend zu machen.

### **3. Zu § 3 ADG-E (Begriffsbestimmungen)**

#### **3.1 § 3 Abs. 1 Satz 1 sollte wie folgt gefasst werden:**

- |  |
|--|
| (1) Eine unmittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn eine Person wegen <i>eines der in § 1 genannten Gründe</i> eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. |
|--|

#### **Begründung:**

Klarstellung; Einfügung eines fehlenden Kommas nach „erfährt“.

#### **3.2 § 3 Abs. 2 sollte wie folgt gefasst werden:**

- |   |
|---|
| (2) Eine mittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen <i>einem der in § 1 genannten Gründe</i> gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen ..., es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder |
|---|

Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich.

Begründung:

Neben der Umsetzung der in § 1 eingefügten Differenzierung sollte es „benachteiligen“ statt „benachteiligen können“ heißen. Das mit dem Begriff Diskriminierung verbundene Unwerturteil setzt im Grundsatz eine bewusste und gezielte Diskriminierung voraus. Zwar ist die Frage nach dem Verschulden des Handelnden im Rahmen der Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches in § 21 Abs. 3 ADG-E geregelt. Danach ist der Benachteiligte nicht zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Jedoch muss, will man den Begriff der mittelbaren Benachteiligung nicht endlos ausweiten, schon auf Tatbestandsebene erkennbar sein, dass auch bei der mittelbaren ebenso wie bei der unmittelbaren Beeinträchtigung die Finalität der Beeinträchtigung den Unwert ausmacht und daher die Sanktion erfordert. Eine Korrektur schon auf der Tatbestandsebene ist auch deshalb erforderlich, weil Beseitigungsansprüche und möglicherweise Entschädigungsansprüche für immaterielle Schäden kein Verschulden voraussetzen. Die Formulierung „benachteiligen können“ entspricht der deutschen und französischen Fassung der Richtlinien, während die - sachgerechtere - Formulierung „benachteiligen“ der englischen Fassung entspricht. Außerhalb der bindenden Vorgaben der Richtlinien sollte auf ein finales Element abgestellt werden; dem dient ein Vorschlag zu § 19 Abs. 1.

**3.3** § 3 Abs. 3 und 4 sollten wie folgt gefasst werden:

- (3) Eine Belästigung ist eine Benachteiligung, wenn *nach der Beurteilung eines objektiven Betrachters* unerwünschte Verhaltensweisen, die mit einem *der in § 1 genannten Gründe* in Zusammenhang stehen, bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird.
- (4) Eine sexuelle Belästigung ist eine Benachteiligung ..., wenn ein *nach der Beurteilung eines objektiven Betrachters* unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten, ..., bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt, insbesondere wenn ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird.

### Begründung:

Auch nach den Änderungen der Bundesregierung sieht der DAV zumindest in Abs. 3 der Vorschrift Klarstellungsbedarf hinsichtlich der Formulierung der „unerwünschten Verhaltensweisen“. Es sollte deutlich werden, dass nicht auf die subjektive Sicht der jeweils betroffenen Person abgestellt werden soll sondern auf die Sicht eines objektiven Dritten in der Situation der betroffenen Person. Zudem ist in Abs. 3 der für § 1 vorgeschlagenen Differenzierung Rechnung zu tragen.

**3.4** Einzufügen ist zudem ein neuer § 3 Abs. 5 (der aktuelle Abs. 5 wird Abs. 6) mit folgendem Wortlaut:

(5) *Eine Belästigung im Sinne der Absätze 3 und 4 liegt nicht vor, wenn die Verletzung der Würde sich aus der Sicht eines objektiven Betrachters in der Situation der betroffenen Person als geringfügig darstellt*

### Begründung:

Die Richtlinien 2000/43 und 2000/78 sehen in Art. 2 Abs. 3 für die Definition des Begriffes „Belästigung“ vor, dass die Mitgliedstaaten den Begriff im Einklang mit den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten definieren können. Es ist dem Gesetzgeber daher möglich, eine Bagatellschwelle festzulegen. Erst ab Überschreiten dieser Geringfügigkeitsschwelle kann das Vorliegen einer Belästigung angenommen werden. Auf diese Weise wird ein Ausufern der Schadensersatzprozesse verhindert. Ein Schadensersatzanspruch ist erst in den Fällen, in denen eine mehr als geringfügige Belästigung vorliegt, gegeben und entspricht so dem Ziel des Gesetzes.

### **4. Zu § 5 ADG-E (Positive Maßnahmen)**

Die Vorschrift ist zu streichen.

### Begründung:

Die Richtlinie 2000/43/EG bestimmt in Art. 5 und die Richtlinie 2000/78/EG in Art. 7 Abs. 1 hinsichtlich positiver Maßnahmen, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz die Mitgliedstaaten nicht daran hindert, zur Gewährleistung der vollen Gleichstellung in der Praxis spezifische

Maßnahmen, mit denen Benachteiligungen aufgrund der Rasse oder ethnischen Herkunft verhindert oder ausgeglichen werden, beizubehalten oder zu beschließen. Der Gesetzgeber des Mitgliedstaates wird dadurch nur ermächtigt, spezifische Maßnahmen beizubehalten oder zu beschließen.

Die derzeitige Fassung des § 5 geht darüber weit hinaus, da er einen allgemeinen Tatbestand normiert, nach dem unterschiedliche Behandlungen generell zulässig sind, wenn sie bestehende Nachteile verhindern oder ausgleichen sollen. Eine solche Vorschrift wird von Seiten des Gemeinschaftsgesetzgebers nicht verlangt und erscheint nach Auffassung des DAV darüber hinaus für eine Rechtsanwendung zu unbestimmt. Die aktuelle Fassung eröffnet vielmehr die Möglichkeit, jegliche Maßnahmen mit dem Zweck der positiven Diskriminierung zu ergreifen. So wird die Auswahl der spezifischen Maßnahme erst vom Rechtsanwender vorgenommen, obwohl die Ermächtigung der Richtlinien zur Bestimmung von spezifischen Maßnahmen die Gesetzgeber der Mitgliedstaaten im Blick hat. Zudem stellt sich das Problem, ob Maßnahmen als zulässig einzuordnen sind, die darauf gerichtet sind, eine bestehende Diskriminierung zu verhindern, aber gleichzeitig in Rechtspositionen anderer eingreifen, die nicht zu der als förderungswürdig eingestuften Gruppe gehören.

## 5. Zu § 7 ADG-E (Benachteiligungsverbot)

§ 7 Abs. 2 sollte wie folgt ergänzt werden:

- (2) Bestimmungen in Vereinbarungen, die gegen das Benachteiligungsverbot des Absatzes 1 verstoßen, sind unwirksam. An die Stelle der unwirksamen kollektivrechtlichen Vereinbarungen tritt die Regelung, die die Vertragspartner vereinbart hätten, wenn sie die Unwirksamkeit gekannt hätten. *An die Stelle unwirksamer Gesamtzusagen oder betrieblicher Übungen tritt die Regelung, die der Arbeitgeber getroffen hätte, hätte er die Unwirksamkeit gekannt.* Kannte der Arbeitgeber im Zeitpunkt der Anwendung der kollektivrechtlichen Vereinbarung, *der Gesamtzusage oder der betrieblichen Übung* den Verstoß gegen Absatz 1, kann der oder die Beschäftigte Gleichstellung mit dem oder den bevorzugten Beschäftigten verlangen.

Begründung:

Durch den neu eingefügten § 7 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 ADG-E soll sichergestellt werden, dass Arbeitgeber nicht für Verstöße haften, von denen sie keine Kenntnis hatten. Die Beschränkung dieser Haftungsprivilegierung auf kollektivrechtliche Vereinbarungen ist nicht nachzuvollziehen. Sie sollte gleichermaßen für arbeitsvertragliche Zusagen mit kollektivem Bezug, namentlich für Gesamtzusagen und betriebliche Übungen gelten. Auch hier konnten die Arbeitgeber jedenfalls bis zum Inkrafttreten des ADG-E auf die Rechtmäßigkeit ihres Tuns vertrauen.

## **6. Zu § 10 ADG-E (Zulässige unterschiedliche Behandlung wegen des Alters)**

**6.1** § 10 sollte um folgende neue Ziffer 7 ergänzt werden:

*7. eine Berücksichtigung des Alters im Rahmen einer Auswahlrichtlinie nach § 95 BetrVG, soweit sich pauschale Bewertungen der Schutzbedürftigkeit bestimmter Altersgruppen an deren Chancen am Arbeitsmarkt orientieren.*

### Begründung:

Die in § 10 Nr. 6 ADG-E vorgesehene Regelung, wonach dem Alter im Rahmen der Sozialauswahl nach § 1 KSchG kein genereller Vorrang gegenüber anderen Auswahlkriterien zukommen darf, sondern vielmehr eine an den Besonderheiten des Einzelfalls und der individuellen Unterschiede der Beschäftigten anknüpfende Bewertung vorzunehmen ist, könnte dazu führen, dass an pauschalen Bewertungen orientierte Auswahlrichtlinien nach § 95 BetrVG als unzulässig erachtet werden. Im Interesse der Rechtssicherheit und –klarheit erscheint es sachgerecht, in einer neuen Ziffer 7 des § 10 ADG-E eine klarstellende Regelung dahingehend aufzunehmen, dass Auswahlrichtlinien, die sich auf Erfahrungswerte bezüglich der Aussichten auf dem Arbeitsmarkt stützen, nach wie vor Bestand haben können.

**6.2** Die bisherige Ziffer 7 des § 10 sollte als neue Ziffer 8 wie folgt gefasst werden:

*8. die individual- oder kollektivrechtliche Vereinbarung der Unkündbarkeit von Beschäftigten eines bestimmten Alters und einer bestimmten Betriebszugehörigkeit, wenn mit Vollendung des bestimmten Alters mit einer deutlichen Verringerung der Chancen auf dem Arbeitsmarkt zu rechnen ist; diese Voraussetzung ist jedenfalls mit Vollendung des 52. Lebensjahres erfüllt.*



### Begründung:

Die Regelung in § 10 Nr. 7 ADG-E ist zwar zu begrüßen, da ohne eine entsprechende Norm damit zu rechnen gewesen wäre, dass die zahlreichen, insbesondere tariflichen Unkündbarkeitsregelungen, die an das Alter und/oder die Betriebszugehörigkeit anknüpfen, keinen Bestand mehr hätten. Auf der Basis der nunmehr vorgesehenen Ausgestaltung der Rechtfertigungsregelung wäre es allerdings für den Arbeitgeber, der dies vor Ausspruch der Kündigung zu bedenken hat, außerordentlich schwer festzustellen, ob eine Unkündbarkeitsregelung in dem konkreten Einzelfall angewandt werden darf. Es müsste parallel stets eine alternative Sozialauswahl unter Einbeziehung des Unkündbaren vorgenommen werden. Dies stünde im Widerspruch zu der bisherigen BAG-Rechtsprechung, wonach Arbeitnehmer mit besonderem Kündigungsschutz bzw. ordentlich Unkündbare aus der Sozialauswahl auszunehmen sind.

Um die in § 10 Nr. 7 ADG-E angelegte Rechtsunsicherheit zumindest zu begrenzen, schlägt der Ausschuss vor festzuschreiben, dass jedenfalls Altersgrenzenregelungen, die an das 52. Lebensjahr anknüpfen, aufgrund der nachgewiesenen Probleme älterer Arbeitnehmer am Arbeitsmarkt Bestand haben können. Hierbei orientiert sich der Ausschuss an der Wertung, die der Gesetzgeber in § 14 Abs. 3 TzBfG getroffen hat.

**6.3** Die bisherige Ziffer 8 des § 10 sollte als neue Ziffer 9 wie folgt gefasst werden:

<p>9. Differenzierungen von Leistungen in Sozialplänen im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes <i>oder in freiwilligen Abfindungsangeboten</i>, wenn die (...), oder Beschäftigte von Leistungen des Sozialplans <i>oder des freiwilligen Abfindungsangebots</i> ausgeschlossen haben, die wirtschaftlich abgesichert sind (...).</p>
--

### Begründung:

Vor dem Hintergrund, dass zahlreiche Unternehmen auch dann, wenn sie keinen Betriebsrat haben oder eine Maßnahme planen, die keine Betriebsänderung i.S.d. § 111 BetrVG ist, freiwillige „Sozialpläne“ auflegen, auf deren Basis sie nach selbst gesetzten Regelungen Abfindungspakete anbieten, ist es dringend zu empfehlen, die in § 10 Nr. 8 ADG-E vorgesehene Differenzierungsmöglichkeiten bei der Abfindungsgestaltung im Hinblick auf das Alter auch auf

Abfindungsregelungen zu erstrecken, die nicht in Sozialplänen im Sinne des BetrVG festgeschrieben sind.

## 7. Zu § 15 ADG-E (Entschädigung und Schadensersatz)

### 7.1 § 15 Abs. 1 sollte wie folgt ergänzt werden:

(1) Bei einer Verletzung des Benachteiligungsverbotes ist der Arbeitgeber verpflichtet, den hierdurch entstehenden Schaden zu ersetzen. Dies gilt nicht, wenn der Arbeitgeber die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. *Besteht der Schaden in dem Nichtzustandekommen eines Arbeitsverhältnisses, kann der Vermögensschaden für die Dauer einer im Falle der Einstellung vereinbarten Probezeit, längstens jedoch für 6 Monate verlangt werden. Hätte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis im Falle einer Einstellung nur zu einem späteren Zeitpunkt beenden können, so verlängert sich dieser Zeitraum entsprechend.*

#### Begründung:

Aus Sicht des DAV erscheint es dringend geboten, die Grundsätze für die Bemessung von Schadensersatzansprüchen im Falle der diskriminierenden Ablehnung einer Bewerbung gesetzlich zu regeln. Andernfalls bliebe es den Gerichten überlassen, Grundsätze zu entwickeln, nach denen der Schadensersatzanspruch der Höhe nach bzw. zeitlich begrenzt ist.

Die Bemessung einer zeitlichen Höchstgrenze wirft Schwierigkeiten auf: *Einerseits* wird man bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses nicht generell davon ausgehen können, dass der Arbeitgeber einem neu eingestellten Mitarbeiter sofort zum nächstmöglichen Termin wieder gekündigt hätte. *Andererseits* muss berücksichtigt werden, dass Arbeitgeber nach der Wertung des Kündigungsschutzgesetzes grundsätzlich innerhalb der ersten 6 Monate eines Arbeitsverhältnisses frei sein sollen, dieses wieder zu beenden. Vor diesem Hintergrund plädiert der DAV für eine Lösung, wonach der Vermögensschaden ggf. für die Dauer der Probezeit, maximal jedoch für die Dauer der ersten 6 Monate zu ersetzen ist. Lediglich in den Fällen, in denen der abgewiesene Bewerber nachweislich einen Vertrag erhalten hätte, der dem Arbeitgeber die Beendigung erst zu einem späteren Termin gestattet hätte, erscheint es sachgerecht, den Vermögensschaden, liegen die sonstigen Voraussetzungen der Haftung vor, auch für diesen längeren Zeitraum auszugleichen.

**7.2** § 15 Abs. 2 sollte wie folgt ergänzt werden:

(2) Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann der oder die Beschäftigte eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen. § 15 Abs. 1 Satz 2 gilt entsprechend. Die Entschädigung darf bei Einstellungen drei Monatsgehälter nicht übersteigen, wenn der oder die Beschäftigte auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre.

Begründung:

Um Missverständnissen vorzubeugen, sollte klargestellt werden, dass eine Entschädigung durch den Arbeitgeber nicht zu zahlen ist, wenn er die der Benachteiligung zugrundeliegende Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.

**7.3** Sollte die Anregung des DAV bezüglich der Neufassung des § 2 Abs. 4 nicht aufgegriffen werden, sollte § 15 Abs. 2 am Ende noch um folgenden Satz ergänzt werden:

*Abfindungszahlungen nach §§ 9, 10 KSchG sind auf Entschädigungsleistungen nach Satz 1 anzurechnen.*

Begründung:

Wird dem Vorschlag des DAV bezüglich der Neufassung des § 2 Abs. 4 ADG-E nicht gefolgt, wäre es denkbar, dass einem Arbeitnehmer zusätzlich zu Entschädigungsleistungen nach § 15 Abs. 2 ADG-E eine Abfindung für den Verlust des Arbeitsplatzes zugesprochen würde, was einer Verdopplung der Haftung gleichkäme.

**8. Zu § 19 ADG-E (Zivilrechtliches Benachteiligungsverbot)**

**8.1** § 19 Abs. 1 sollte wie folgt gefasst werden:

(1) Eine *unmittelbare* Benachteiligung wegen eines in § 1 genannten Grundes bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse, die

1. typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen (Massengeschäfte) oder bei denen das Ansehen der Person nach der Art des Schuldverhältnisses eine nachrangige Bedeutung hat und die zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen oder
2. eine privatrechtliche Versicherung zum Gegenstand haben

ist unzulässig. *Im Anwendungsbereich von Satz 1 Nr. 1 und 2 ist auch eine mittelbare Benachteiligung unzulässig, wenn die Benachteiligung wegen eines in § 1 genannten Grundes gegenüber anderen Personen durch die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren bezweckt wird. § 20 bleibt unberührt.*

#### Begründung:

Die mittelbare Benachteiligung ist so weit definiert, dass sie keinerlei Vorsatz- oder Zweckelement auf der Seite des Benachteiligenden voraussetzt. Dies ist für die Diskriminierungsmerkmale Rasse, ethnische Herkunft und Geschlecht durch die Richtlinien 43/2000 und 2004/113 zwingend vorgegeben, aber nicht hinsichtlich einer mittelbaren Benachteiligung wegen der anderen Diskriminierungsmerkmale. Gerade bei diesen (z. B. Alter, Religion, Behinderung) ist eine unbeabsichtigte (aber vielleicht in Kauf genommene) mittelbare Benachteiligung im allgemeinen Zivilrechtsverkehr viel eher wahrscheinlich als eine solche aus Gründen der Rasse, der ethnischen Herkunft oder des Geschlechts. Die möglichen Anwendungsfälle sind völlig unabsehbar. Auch wenn in vielen Fällen eine sachliche Rechtfertigung möglich sein wird, müsste doch mit einer unzumutbaren Rechtsunsicherheit und Prozessflut gerechnet werden, wenn im Einzelfall immer die Berechtigung nachgewiesen werden musste. Deshalb sollte die Zulässigkeit der mittelbaren Benachteiligung im allgemeinen Zivilrechtsverkehr auf das durch die Richtlinien Gebotene (also die mittelbare Benachteiligung aus Gründen der Rasse, der ethnischen Herkunft oder des Geschlechts) und bezüglich der übrigen Merkmale auf beabsichtigte Benachteiligungen beschränkt werden. Dem dient die vorgeschlagene Änderung i.V.m. Absatz 2.

#### **8.2** § 19 Abs. 2 sollte wie folgt lauten:

- (2) Eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse ..., der ethnischen Herkunft *oder des Geschlechts* ist darüber hinaus auch bei der Begründung, Durchführung und Beendigung sonstiger zivilrechtlicher Schuldverhältnisse

im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 5 – 8 unzulässig.

Begründung:

Wenn mit dem Gesetz auch die Richtlinie 2004/113 umgesetzt werden soll, muss ein stringenteres Diskriminierungsverbot auch für die Benachteiligung aus Gründen des Geschlechts gelten. Die Unterschiede betreffen einmal die mittelbare Diskriminierung als auch den möglicherweise erweiterten Anwendungsbereich hinsichtlich des Merkmals „der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“, der sich aus der Verweisung auf § 2 Abs. 1 Nr. 8 gegenüber dem Anwendungsbereich gemäß § 19 Abs. 1 ergibt (siehe Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2004/113).

**8.3** § 19 Abs. 3 sollte wie folgt lauten:

(3) Bei der Vermietung von Wohnraum *stellt* eine unterschiedliche Behandlung *zur ... Schaffung ... oder* Erhaltung sozial stabiler Bewohnerstrukturen und ausgewogener Siedlungsstrukturen oder ausgeglichener wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Verhältnisse *keine Benachteiligung dar*.

Begründung:

Die im Entwurf vorgesehene Formulierung „kann ... zulässig sein“ gibt keinerlei Anhaltspunkte darüber, ob eine solche unterschiedliche Behandlung zulässig ist oder nicht. Das Gesetz sollte auch nicht die Rechtsfolge zur Disposition, d.h. in das Ermessen des Richters, stellen, sondern klar stellen, dass eine solche unterschiedliche Behandlung keine Benachteiligung ist. Nur bei diesem Verständnis ist die Regelung richtlinienkonform, wenn die Unterscheidung aus Gründen der Rasse, der ethnischen Herkunft oder des Geschlechts erfolgt.

Die Worte „im Hinblick auf“ sind schwammig. Es ist unklar, ob damit der Zweck der unterschiedlichen Behandlung oder das gesetzgeberische Motiv gewissermaßen als Begründung angesprochen sein soll. Die Ersetzung dieser Worte durch das zweckgerichtete Wort „zur“ stellt klar, dass es um den Zweck der unterschiedlichen Behandlung geht.

**8.4** § 19 Abs. 5 sollte wie folgt lauten:

(5) Die Vorschriften dieses Abschnitts finden *insbesondere* keine Anwendung auf die *Begründung, Durchführung und Beendigung* zivilrechtlicher

Schuldverhältnisse, bei denen ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis der Parteien oder ihrer Angehörigen begründet wird, *oder die auf einem solchen Nähe- oder Vertrauensverhältnis beruhen*. Bei Mietverhältnissen *ist* dies insbesondere der Fall ..., wenn *zufolge des Mietverhältnisses* die Parteien oder ihre Angehörigen Wohnraum *in demselben Gebäude* nutzen.

Begründung:

- (1) Das Wort „insbesondere“ im ersten Satz macht deutlich, dass die Bestimmung (ebenso wie Absatz 4) nur der Klarstellung dient. Dies ist im Verhältnis zu Absatz 1 Nr. 1 offensichtlich. Es ist aber auch im Verhältnis zu Absatz 2 i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 8 nicht anders, wo es um Güter oder Dienstleistungen geht, „die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“. Wäre damit – wie die Begründung zu § 2 ausführt – jedes öffentliche Angebot eines Vertrages, einschließlich einer Kleinanzeige in einer Zeitung, gemeint, so würde § 19 Abs. 5 eine echte Ausnahme darstellen, die im Anwendungsbereich des Absatzes 2 (Benachteiligung aus Gründen der Rasse, ethnischen Herkunft oder des Geschlechts) richtlinienwidrig wäre.

§ 2 Abs. 1 Nr. 8 übernimmt wörtlich die Formulierung aus der Richtlinie 2000/43: „Güter und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich Wohnraum“. Diese Formulierung ist auslegungsbedürftig. In der Richtlinie 2004/113 (Art. 3 Abs. 1) ist dieselbe Formulierung um die Worte „ohne Ansehung der Person“ ergänzt, dafür fehlt aber die ausdrückliche Einbeziehung von Wohnraum. Nach Auffassung des DAV sind damit nur solche Güter und Dienstleistungen erfasst, die in einer Vielzahl von Fällen zur Verfügung stehen. Denn eine Leistung, die insgesamt nur einmal für eine einzelne Person oder Personengemeinschaft zur Verfügung steht, steht nicht „der Öffentlichkeit zur Verfügung“, auch wenn derjenige, dem sie im Ergebnis gewährt wird, aus der Öffentlichkeit ausgewählt wird. Gleiches gilt, wenn die Leistung ein persönliches Näheverhältnis oder ein Vertrauen begründet oder voraussetzt. Die Worte „einschließlich Wohnraum“ in der Richtlinie sind nach Auffassung des DAV als Klarstellung dahin zu verstehen, dass auch Wohnraum unter den Begriff „Güter oder Dienstleistungen“ fällt; auch bei Wohnraum ist nach diesem Verständnis Voraussetzung der Anwendung, dass er der Öffentlichkeit zur Verfügung steht, d.h. von einer Vielzahl von Personen in Anspruch genommen werden könnte, was den Anwendungsbereich auf gewerbliche Vermieter beschränkt. Nach diesem Verständnis der Richtlinie bedeutet § 19 Abs. 1 Nr. 1 daher lediglich eine zutreffende Konkretisierung des Anwendungsbereichs

auf „Güter oder Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich Wohnraum“ ohne Verengung.

Der DAV verkennt nicht, dass die Formulierung der Richtlinie auch anders ausgelegt werden könnte. Die Auslegung sollte jedoch den Gerichten ggf. unter Vorlage an den Europäischen Gerichtshof zur Sicherstellung einer europaweit einheitlichen Auslegung überlassen werden. Die Begründung zu § 2 Abs. 1 Nr. 8 unterstellt demgegenüber die Auslegung, dass bereits ein öffentliches Angebot – z.B. in einer Kleinanzeige in einer Zeitung – genügt, um das Merkmal „der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“ zu erfüllen. Wäre dies richtig, so würde § 19 Abs. 2 den sachlichen Anwendungsbereich über den § 19 Abs. 1 Nr. 1 hinaus erweitern; eine Ausnahme i.S.v. Absatz 5 wäre dann in diesem erweiterten Anwendungsbereich richtlinienwidrig. Die Methode, einen möglicherweise weiteren Anwendungsbereich für die Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder ethnischen Herkunft durch wörtliche Übernahme der Formulierung der Richtlinie vorzusehen, ist zu begrüßen. Dadurch ist die Möglichkeit entsprechender Auslegung zur Gewährleistung der Richtlinienkonformität eröffnet. Wegen des Ziels, auch die Richtlinie 2004/113 umzusetzen, sollte aber die Benachteiligung aus Gründen des Geschlechts in der gleichen Weise erfasst werden.

Es ist aber bedauerlich, dass die Begründung des Entwurfs eine (vielleicht mögliche, aber keineswegs zwingende) Auslegung suggeriert, die, wäre sie richtig, zur Folge hätte, daß der Absatz 5 gegen die Richtlinie verstößt. Im Gesetzgebungsverfahren sollte in geeigneter Weise zum Ausdruck gebracht werden, dass die Ausführungen der Begründung zu der Bedeutung der Worte „Waren oder Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich Wohnraum“ obsolet ist.

- (2) Der Satz 2 sollte festlegen, dass in den beschriebenen Fällen ein hinreichendes Näheverhältnis gegeben ist. Eine Kann-Vorschrift erreicht das Ziel nicht.
- (3) Maßgebend kann nicht die Nämlichkeit des Grundstückes (das heißt die eingetragene Parzelle) sein, sondern nur die Nämlichkeit des Gebäudes.
- (4) Die übrigen Vorschläge sind redaktioneller Art und bedürfen keiner weiteren Erläuterung.

## **9. Zu § 20 ADG-E (Zulässige unterschiedliche Behandlung)**

§ 20 Abs. 1 sollte wie folgt gefasst werden:

Eine ... Benachteiligung ... *liegt nicht vor*, wenn für eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters, der sexuellen *Ausrichtung* oder des Geschlechts ein sachlicher Grund vorliegt. Dies ... *ist insbesondere der Fall ...*, wenn die unterschiedliche Behandlung

1. (keine Änderung)
2. (keine Änderung)
3. besondere Vorteile gewährt und *eine solche Bevorzugung dem öffentlichen Interesse nicht zuwiderläuft ...*;
4. (keine Änderung)
5. bei privatrechtlichen Versicherungsverträgen darin besteht, dass ein in Satz 1 genannter Grund ein *vertretbarer* Faktor bei einer ... Risikobewertung ist. Geschlechtsspezifische Unterscheidungen bei Prämien und Leistungen nach privatrechtlichen Versicherungsverträgen sind nur zulässig, wenn die Berücksichtigung des Geschlechts bei einer auf relevanten und genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruhenden Risikobewertung ein bestimmender Faktor ist. Kosten, die im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Mutterschaft entstehen, dürfen nicht geschlechtsspezifisch in Ansatz gebracht werden.

Begründung:

- (1) Die Beispiele sollten sichere Anwendungsfälle der Rechtfertigung durch sachlichen Grund sein. Die einzelnen Elemente sind unvermeidbar bereits offen formuliert, so dass Wertungselemente schon bei der Subsumption unter den einzelnen Beispielsfall berücksichtigt werden können. Es bedarf dann nicht nochmals einer zweiten allgemeinen Wertung, ob der Einzelfall tatsächlich als sachlicher Grund anzusehen ist.
- (2) Die vorgeschlagene Formulierung der Nr. 3 bringt das Gemeinte deutlicher zum Ausdruck als diejenigen des Entwurfs.
- (3) Die Formulierung des Entwurfs für Nr. 5 Satz 1 hätte zur Folge, dass Versicherer in ihren Tarifen nur aufgrund „genauer versicherungsmathematischer und statistischer Daten“ Differenzierungen der Risikobewertung vornehmen dürfen. Solche Daten liegen für viele, von Versicherern als Sonderrisikoklassen angesehene Personengruppen nicht vor, und ihre Erhebung wäre auch unverhältnismäßig oder unmöglich. Eine Differenzierung nach Risikoklassen wäre nach der Bestimmung insgesamt unmöglich, wenn bestimmte neue

Risiken auftreten, die sich - tatsächlich oder nach dem jedenfalls zunächst vorherrschenden Eindruck - auf bestimmte Teile der Bevölkerung konzentrieren.

Das Interesse der Versicherer an Geschäftsabschlüssen stellt sicher, dass Verträge nicht aufgrund einer Diskriminierungsmentalität abgelehnt werden. Wenn ein Versicherer aus einem der in § 1 genannten Gründe einen Abschluss ablehnt oder höhere Prämien verlangt, beruht dies deshalb auf einer – vielleicht unsachgemäßen – Risikoeinschätzung. Es ist Aufgabe des Marktes zu verhindern, dass willkürliche Differenzierungen in den Versicherungsbedingungen getroffen werden. Dagegen könnte ein Zivilgericht die Aufgabe nicht leisten, die Belastbarkeit statistischer oder versicherungsmathematischer Daten zu überprüfen oder daraus gar nachzurechnen, ob Tariffdifferenzierungen ihrem Umfang nach sachlich legitimiert sind.

- (4) Die beiden letzten Sätze der Nummer 5 beruhen auf der Richtlinie 2004/113. Insoweit sollte vorgesehen werden, dass diese Bestimmungen erst am 21. Dezember 2007 in Kraft treten, damit die Versicherer hinreichend Zeit haben, die erforderlichen Daten zu erheben und ihr allgemeines Prämiengerüst an die besonderen Anforderungen des Satzes 3 anzupassen.
- (5) Zu dem Begriff „sexuelle Ausrichtung“ statt „sexuelle Identität“ s. oben unter 1. (zu § 1).

#### **10. Zu § 21 ADG-E (Ansprüche)**

Die Vorschrift sollte wie folgt gefasst werden:

- (1) Der Benachteiligte kann bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot unbeschadet weiterer Ansprüche die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann er auf Unterlassung klagen.
- (2) Im Falle einer Vertragsverweigerung kann der Benachteiligte den Abschluss eines Vertrages nur *aufgrund eines Verstoßes gegen § 19 Abs. 1* verlangen, *und nur wenn der Vertragsabschluß ohne den Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot erfolgt wäre. ... Lässt sich die Gegenleistung, die ohne Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot vereinbart worden wäre oder sonst gegolten hätte, nicht ermitteln, so ist die übliche Gegenleistung maßgebend. Lässt sich auch eine übliche Gegenleistung nicht ermitteln, so ist die Gegenleistung ... nach § 315 Abs. 3 und § 316 des Bürgerlichen Gesetzbuches*

zu .... bestimmen.

- (3) Bei einer Verletzung des Benachteiligungsverbotes ist der Benachteiligende verpflichtet, den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen. ... Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann der Benachteiligte eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen. *Die Ersatzpflicht und die Entschädigungspflicht ist ausgeschlossen, wenn der Benachteiligende die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.*
- (4) *Kommt im Falle einer Benachteiligung aus Gründen der Rasse, der ethnischen Herkunft oder des Geschlechts eine Beseitigung der Beeinträchtigung nach deren Art oder nach den Umständen des Falles nicht in Betracht, so kann der Benachteiligte wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen, auch wenn der Benachteiligte die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Das gleiche gilt, wenn im Falle eines Verstoßes gegen § 19 Abs. 2, der nicht die Voraussetzungen des § 19 Abs. 1 erfüllt, ein Anspruch auf Vertragsabschluß gemäß Absatz 2 ausgeschlossen ist.*
- (5) *Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot in § 19 sind in den Absätzen 1 bis 4 abschließend geregelt. Ansprüche aus unerlaubter Handlung auf anderer Grundlage bleiben unberührt.*
- (6) Auf eine Vereinbarung, die von dem Benachteiligungsverbot *befreit oder die Rechtsfolgen eines Verstoßes vor Beendigung der Benachteiligung abweichend regelt*, kann sich der Benachteiligende nicht berufen.
- (7) Ein Anspruch nach Absätzen 1 bis 4 muss innerhalb einer Frist von sechs Monaten *schriftlich* geltend gemacht werden. Nach Ablauf der Frist kann der *Benachteiligte* den Anspruch nur geltend machen, wenn er .... ohne Verschulden an der Einhaltung der Frist verhindert war *und den Anspruch unverzüglich nach Behebung des Hindernisses schriftlich geltend macht.*

#### Begründung:

- (1) Ein Anspruch auf Vertragsabschluß – ob als Beseitigungsanspruch oder als Schadensersatzanspruch – sollte nur im Anwendungsbereich des § 19 Abs. 1 in Betracht kommen. Wenn – entsprechend der Auslegung des DAV – § 19 Abs. 1 Nr. 1 lediglich eine zutreffende Konkretisierung des Merkmals „der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“ enthält, ist § 19 Abs. 2 gegenstandslos. Die Beschränkung des Anspruchs auf Vertragsabschluß auf die Fälle des § 19 Abs. 1 ist dann ebenfalls gegenstandslos. Wenn jedoch – entgegen der Auffassung des DAV – das Merkmal „der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“ weiter ausgelegt werden sollte, hat § 19 Abs. 2 einen realen

Anwendungsbereich; für diesen ist dann die zu Absatz 2 vorgeschlagene Beschränkung relevant. Die Richtlinien erfordern lediglich wirksame Sanktionen. Ein Anspruch auf Vertragsabschluß ist nicht geboten; Schadensersatz genügt. In diesem möglicherweise erweiterten Anwendungsbereich des Verbotes würde ein Anspruch auf Vertragsabschluß übermäßig in die persönlich gestalteten und bestimmten Rechtsverhältnisse des einzelnen eingreifen. Deshalb sollte für diesen Anwendungsbereich ein solcher Anspruch ausgeschlossen werden.

Der Ausschluss gilt unabhängig davon, ob der Vertragsschluss sonst als Beseitigung oder als Schadensersatz verlangt werden könnte.

- (2) Der Schadensersatzanspruch und der Entschädigungsanspruch sollte jedenfalls verschuldensabhängig sein. Dies entspricht den allgemeinen Prinzipien des deutschen Rechts. Es ist nicht ersichtlich, weshalb gerade für das Diskriminierungsverbot anderes gelten sollte.
- (3) Eine Ausnahme hiervon ist aber im Rahmen der bindenden Vorgaben der Richtlinien angezeigt. Diese verlangen wirksame, abschreckende und verhältnismäßige Sanktionen. Ein Verhalten, das nicht zu vertreten ist, kann durch Abschreckung nicht beeinflusst werden; deshalb besteht insoweit keine Notwendigkeit der Sanktion zum Zweck der Abschreckung. Dagegen besteht die Notwendigkeit einer Sanktion möglicherweise hinsichtlich des Erfordernisses der Wirksamkeit der Sanktion. Wenn ein Beseitigungsanspruch eingreift, ist dies der wirksamste Schutz. Kommt dagegen eine Beseitigung nicht in Betracht, so kann unter dem Aspekt der Wirksamkeit eine Entschädigungspflicht geboten sein. Dem genügt der vorgeschlagene Absatz 4. Die Vorschrift erfaßt auch den Fall, daß im Falle einer unzulässigen Vertragsverweigerung aus Gründen von Rasse, ethnischer Herkunft oder Geschlecht ein Anspruch auf Vertragsabschluß deshalb ausgeschlossen ist, weil die Benachteiligung nicht die Voraussetzung des § 19 Abs. 1 erfüllt. Dies ist im letzten Satz der vorgeschlagenen Nummer 4 ausdrücklich gesagt, aber möglicherweise entbehrlich, da es bereits durch die Worte „nach den Umständen des Falles“ im ersten Satz indiziert ist.
- (4) Dass die Leistung hinreichend bestimmt sein muss, ist selbstverständlich und bedarf keiner ausdrücklichen Regelung. Der Benachteiligte kann nur Anspruch auf den Vertrag haben, der ohne Benachteiligung zustande gekommen wäre. Diese Voraussetzungen muss er beweisen.

Als Gegenleistung sollte in erster Linie diejenige angesetzt werden, die ohne die Benachteiligung zustande gekommen wäre. Ist diese nicht nachweisbar, so muss es als nächstes auf die übliche Gegenleistung ankommen, auch wenn diese höher oder niedriger ist, als es der Billigkeit entspricht. Werden die Waren oder Dienstleistungen des

Benachteiligten üblicherweise zu einem (gemessen an der allgemeinen Übung oder dem Verkehrswert) relativ hohen oder niedrigen Preis angeboten, so muss es damit sein Bewenden haben. Nur wenn diese Gegenleistung nicht feststellbar ist, kann es in letzter Instanz auf die Billigkeit im Sinne der §§ 315 Abs. 3, 316 BGB ankommen.

- (5) Nach Absatz 5 sollen Ansprüche aus unerlaubter Handlung unberührt bleiben. Das ADG ist aber möglicherweise Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB. Wird das so gesehen, so ist die Beschränkung der Ansprüche aus dem Gesetz weitgehend wirkungslos. Es ist daher klarzustellen, dass nur Ansprüche aus unerlaubter Handlung auf anderer Grundlage unberührt bleiben.
- (6) Der Vorschlag zu Absatz 6 soll klarstellen, daß nachträgliche Regelungen der Rechtsfolgen, sei es durch Vergleich oder auch Verzicht, möglich bleiben.
- (7) Der Vorschlag zu Absatz 7 bedarf keiner Erläuterung.

#### **11. Zu § 22 ADG-E (Beweislast)**

§ 22 ADG-E sollte wie folgt gefasst werden:

Wenn im Streitfall die eine Partei *mit den im jeweiligen Verfahren zulässigen Beweismitteln Tatsachen*, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 genannten Grundes vermuten lassen, *überwiegend wahrscheinlich macht*, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass *eine Benachteiligung nicht aus einem in § 1 genannten Grund erfolgte oder andere als in § 1 genannte Gründe* die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen oder die unterschiedliche Behandlung wegen eines in § 1 genannten Grundes nach Maßgabe dieses Gesetzes zulässig ist.

#### Begründung:

Wie bereits in vorangegangenen Stellungnahmen ausgeführt, ist der Terminus der „Glaubhaftmachung“ irreführend, da er zunächst an die Bestimmung des § 294 ZPO anzuknüpfen scheint. Nach der Begründung soll es sogar genügen, wenn die Indiztatsache vorgetragen wird. Zur Vermeidung von Missverständnissen sollte deshalb in der Formulierung des Gesetzes klargestellt werden, dass die Partei, die sich auf eine Benachteiligung beruft, die Vermutungstatsache überwiegend wahrscheinlich macht. Das ist nach allgemeiner Meinung das in § 294 ZPO vorgesehene Beweismaß. Die erforderlichen Beweismittel richten sich nach dem jeweiligen Verfahren - eine eidesstattliche Versicherung ist für anspruchsbegründende Tatsachen nur im Eilverfahren zugelassen. Mit der vorgeschlagenen Formulierung wird

klargestellt, dass die Indiztatsache überwiegend wahrscheinlich sein muss. Die andere Partei hat dann die Möglichkeit, entweder die überwiegende Wahrscheinlichkeit der Indiztatsachen zu entkräften oder zu beweisen, dass entweder der in § 1 genannte Grund nicht der Grund für die unterschiedliche Behandlung war, oder dass die unterschiedliche Behandlung berechtigt war.

Den Anforderungen der Richtlinien ist mit der vorgeschlagenen Änderung genügt. Die deutsche Fassung der Richtlinien spricht zwar von „glaubhaft machen“. Wie schon zu § 611 a BGB ist damit jedoch nur das Beweismaß gemeint; über die Beweismittel soll damit nichts gesagt sein. Dies ergibt vor allem auch ein Vergleich mit der englischen und der französischen Fassung, wo es „establish“ oder „établir“ heißt.

## 12. Zu § 23 ADG-E (Unterstützung durch Antidiskriminierungsverbände)

12.1 **§ 23 Abs. 1 und 2** (der bisherige Abs. 2 wird Abs. 3, der bisherige Abs. 3 wird Abs. 4) sollten wie folgt gefasst werden:

- |  |
|--|
| <p>(1) Antidiskriminierungsverbände sind Personenzusammenschlüsse, die nicht gewerbsmäßig und nicht nur vorübergehend entsprechend ihrer Satzung die besonderen Interessen von benachteiligten Personen oder Personengruppen nach Maßgabe des § 1 wahrnehmen. <i>Die Befugnisse nach Absätzen 3 bis 5 dieser Vorschrift stehen ihnen nur zu, wenn sie vom Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit anerkannt sind.</i></p> <p>(2) Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit erteilt die Anerkennung auf Antrag des Verbandes, wenn der Verband</p> <ol style="list-style-type: none"><li>1. mindestens 75 Mitglieder hat,</li><li>2. <i>nach der Zusammensetzung seiner Mitglieder oder Mitgliedsverbände dazu berufen ist, Interessen von benachteiligten Personen oder Personengruppen nach Maßgabe des § 1 auf Bundesebene zu vertreten,</i></li><li>3. <i>im Zeitpunkt der Anerkennung mindestens 3 Jahre besteht und diesem Zeitraum im Sinne der Nummer 1 tätig gewesen ist</i></li></ol> <p><i>und</i></p> |
|--|

4. *die Gewähr für eine sachgerechte Aufgabenerfüllung bietet; dabei sind Art und Umfang seiner bisherigen Tätigkeit, der Mitgliederkreis sowie die Leistungsfähigkeit des Vereins zu berücksichtigen*

Begründung:

Die bisherige Regelung zu den Antidiskriminierungsverbänden ist als zu weit gehend zu kritisieren. Zwar sehen die Richtlinien ausdrücklich eine Unterstützung durch Verbände vor (Art. 7 Abs. 2 RL 2000/43/EG, Art. 9 Abs. RL 2000/78/EG sowie Art. 6 Abs. 3 RL 2002/73/EG). Genaue Anforderungen an die Verbände überlässt das Europarecht jedoch ausdrücklich der Ausgestaltung der Mitgliedstaaten. Der Gesetzgeber sollte diesen Spielraum nutzen.

Der bisherige Entwurf führt zur erheblicher Rechtsunsicherheit, da die Gerichte zunächst einmal prüfen müssten, ob überhaupt die gesetzlichen Voraussetzungen für einen Diskriminierungsverband gegeben sind. Insbesondere die Anzahl der Mitglieder sowie die Voraussetzung der nicht nur vorübergehenden Tätigkeit dürften die Gerichte vor erhebliche Schwierigkeiten stellen.

Durch das vorgeschlagene Anerkennungsverfahren durch das Bundesministerium für Arbeit werden diese Unsicherheiten beseitigt. Nur wer über eine Anerkennung verfügt, kann die Rechte nach Maßgabe dieser Vorschrift geltend machen. Dies widerspricht nach Auffassung des DAV auch nicht den Antidiskriminierungsrichtlinien. Die Anerkennung ist als gebundene Entscheidung ausgestaltet und entfaltet dementsprechend keine zusätzlich zu den einzelnen Kriterien durch die Ausübung hinzutretende Verfahrenshürde. Der Katalog besteht aus Elementen des bisherigen Entwurfs der Bundesregierung sowie aus den anerkannten und in der Praxis bewährten Elementen des § 13 Abs. 3 des Gesetzes zur Gleichstellung behinderter Menschen, mit dem Unterschied, dass ein Antidiskriminierungsverband selbst berechtigt ist, einen Anerkennungsantrag zu stellen, sodass es keines Vorschlages durch einen Beirat wie im Schwerbehindertenrecht bedarf.

**12.2 § 23 Abs. 4** im aktuellen Entwurf der Bundesregierung (Abtretung und Einziehung durch einen Antidiskriminierungsverband) ist zu streichen. Die Nummerierung des Abs. 5 bleibt damit trotz der Einfügung des neuen Abs. 2 erhalten.

Begründung:

Die Beibehaltung der Vorschrift über Abtretung und Einziehung von Forderungen durch Antidiskriminierungsverbände erscheint konstruktiv nicht sinnvoll und ist auch gemeinschaftsrechtlich nicht geboten. Es steht außer Frage, dass die einzelnen Betroffenen ihre Rechte im eigenen Namen geltend machen können und sich hierbei nach Maßgabe der vorherigen Absätze von Antidiskriminierungsverbänden unterstützen lassen können. Sollte aufgrund der Bestimmungen der §§ 398 ff. BGB die Abtretbarkeit von Ansprüchen nach dem Antidiskriminierungsgesetz gegeben sein, können die Betroffenen diese Rechte auch ohne eine ausdrückliche Klarstellung in § 23 Abs. 4 S. 1 des bisherigen Entwurfes ausüben.

Der DAV sieht keine Notwendigkeit, eine solche Abtretbarkeit neu zu schaffen, um damit die Intervention von Antidiskriminierungsverbänden oder sonstigen Dritten auf breiter Basis zu etablieren. Auch ist zu berücksichtigen, dass Ansprüche nach dem ADG als Ausfluss des Persönlichkeitsrechts des einzelnen auf Entschädigung immaterieller Schäden gerichtet sein. Eine Abtretung an Dritte, insbesondere an Antidiskriminierungsverbände, läuft dem Schutzzweck dieser Ansprüche zuwider. Insbesondere die einen Entschädigungsanspruch maßgeblich charakterisierende Genugtuungsfunktion zugunsten des Betroffenen lässt sich durch eine Abtretung des Anspruchs nicht erzielen.

### **13. Zu § 33 ADG-E (Übergangsbestimmungen)**

§ 33 Absatz 1 sollte wie folgt modifiziert werden:

*Rechte aus den Abschnitten 2 und 3 dieses Gesetzes können nur geltend gemacht werden, wenn und soweit die Benachteiligung nach dem ..[Datum des Inkrafttretens des Gesetzes]. erfolgt ist. Für Benachteiligungen, die vor dem ... [Datum des Inkrafttretens des Gesetzes] erfolgt sind, ist das vor dem ...[Datum des Inkrafttretens des Gesetzes] maßgebliche Recht anzuwenden.*

#### Begründung:

Die vorgeschlagene Übergangsregelung sollte zur Klarstellung aufgenommen werden. Damit ist sichergestellt, dass beispielsweise Ansprüche aufgrund nach dem ADG unwirksamer Vereinbarungen, die vor dem Inkrafttreten des ADG abgeschlossen wurden, die jedoch gemäß § 7 Abs. 2 S. 2 ADG-E umzudeuten sind, erst ab dem Inkrafttreten des Gesetzes realisiert werden können. Andernfalls würde das Gesetz eine rückwirkende Wirkung entfalten, was mit den Grundsätzen des Vertrauensschutzes nicht vereinbar wäre.

Im übrigen ist die bisherige Formulierung des § 33 Abs. 1 sprachlich unpräzise und es erscheint ausreichend, in Satz 2 des Absatzes 1 zu regeln, dass für Benachteiligungen, die vor dem

Inkrafttreten des ADG erfolgt sind, weiterhin insbesondere die §§ 611a, 611b und 612 BGB, die mit dem Inkrafttreten des ADG aufgehoben werden, maßgeblich sind.

#### **14. Zu § 61b ArbGG (Klage wegen Benachteiligung)**

In § 61b ArbGG ist jeweils der Hinweis auf § 16 ADG zu streichen.

##### Begründung:

Im Hinblick darauf, dass § 16 ADG-E, in dem bislang die Haftung für Dritte geregelt war, ersatzlos gestrichen wurde, ist in § 61b ArbGG nur noch § 15 ADG in Bezug zu nehmen.