

Prof. Dr. Ursula Rust, Bremer Institut für deutsches, europäisches und internationales Gender-, Arbeits- und Sozialrecht, Fachbereich Rechtswissenschaft, Universität Bremen

1. Umsetzungsziele des Gesetzentwurfs

Der von den Regierungsfractionen Dezember 2004 vorgelegte Gesetzentwurf beabsichtigt, **verspätet** und auch endlich die **Antirassismusrichtlinie 2000/43/EG** sowie die **Rahmenrichtlinie 2000/78/EG** für die Merkmale Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Ausrichtung umzusetzen. Vor Fristablauf und in der zivilrechtlichen Literatur damit häufig als überschießende Umsetzung bezeichnet soll die **arbeitsrechtliche Genderrichtlinie 2002/73/EG** und die **Genderrahmenrichtlinie 2004/113/EG** in das deutsche Recht umgesetzt werden. Für diese Lösung spricht vieles. Die vier Richtlinien haben den gemeinsamen Entstehungszusammenhang der seit dem Vertrag von Amsterdam erweiterten Kompetenz der Gemeinschaft. Sie nehmen alle im ersten Erwägungsgrund u.a. auf die Grundsätze der Freiheit, der Demokratie, der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie der Rechtsstaatlichkeit Bezug, auf denen nach Art. 6 des Vertrags über die Union diese beruht. Sie stellen alle den Zusammenhang mit den Grundrechten der Europäischen Menschenrechtskonvention her, nehmen Bezug auf die sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergebenden allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts. Im zweiten Erwägungsgrund stellen alle Richtlinien zum Gebot der Gleichheit vor dem Gesetz und dem Schutz vor Diskriminierungen den Zusammenhang mit den einschlägigen völkerrechtlichen Übereinkommen her. Diese Maßstäbe sind für die Auslegung des Richtliniengleichbehandlungsrechts zu beachten, eine Aufgabe, über deren Inhalte die juristische Profession in Deutschland meist wenig gerüstet. Auch die Rechtsberatung und Rechtsprechung werden von den Richtlinien und entsprechend bei Anwendung des Umsetzungsgesetzes vor neue Herausforderungen gestellt.

Der Gesetzentwurf ist eine Umsetzung nach dem Motto „vier auf einen Streich“.¹ Für ein Umsetzungsgesetz kommt die nach allen vier Richtlinien gegebene Anforderung zum Tragen, entweder in den Umsetzungsvorschriften selbst oder durch einen Hinweis in der amtlichen Veröffentlichung auf die Richtlinie Bezug zu nehmen. Den Mitgliedstaaten ist es überlassen, die Einzelheiten der Bezugnahme zu regeln.²

¹ Ergänzte Version der ursprünglich von Bernhard Franke, Loccumer Protokolle 71/03 S. 309 ff. verwendeten Bezeichnung.

² Art. 16 II Richtlinie 2000/43/EG, Art. 18 III Richtlinie 2000/73/EG, Art. 9 I Richtlinie 2002/78/EG, Art. 17 I Richtlinie 2004/113/EG.

Der zu beratende Entwurf titelt dazu eindeutig als Gesetz zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien. Die daraus in den Gesetzbüchern nachzulesenden Normen wären dann im „Gesetz zum Schutz vor Diskriminierung“ oder im „Gesetz zum Schutz der Soldatinnen und Soldaten vor Diskriminierung“ zu finden sein. Sie würden wie auch sonst üblich nicht auf die Umsetzungsvorschriften selbst Bezug nehmen. Im Bundesgesetzblatt dürfte der Hinweis der klärende Hinweis auf die Gleichbehandlungsrichtlinien zu finden sein.

Der angestrebte Umsetzungsweg weicht gleichwohl von bisheriger Umsetzungsüblichkeit ab: Die Vorgängerrichtlinien 75/117/EWG und 76/207/EWG sollten mit den §§ 611 a, 611 b und § 612 Abs. 3 BGB umgesetzt worden. Diese Vorschriften sollen mit dem ADG und SADG aufgehoben und in das hier integriert werden. Verpflichtungen und Rechte hinsichtlich Diskriminierungen in Beschäftigung und Beruf wegen des Geschlechts wären damit künftig einfachgesetzlich hier und nicht mehr im BGB nachzulesen.

Die sich zum ebenfalls bestehenden Diskriminierungsschutz wegen der Behinderung stellende Frage, ob dies auch so oder anders für Diskriminierungen wegen der Behinderungen gedacht ist, klärt der Gesetzentwurf nicht. § 63 und u.a. § 81 SGB IX, eingeführt 2001, könnten als vorzeitige Teilumsetzung der Rahmenrichtlinie 200073/EG zu verstehen sein. Da für die Bundeswehr der Gesetzgeber die Option der Rahmenrichtlinie nutzen, für diesen Beschäftigungssektor Benachteiligungen wegen der Behinderung - und auch des Alters - nicht aufgrund der gemeinschaftsrechtlicher Anforderungen zu regeln, müssten abgesehen von der Bundeswehr zum Diskriminierungsschutz wegen einer Behinderung künftig Arbeitgeber und Behinderte zwei Bundesgesetze zu Rate ziehen, wenn sie Auskunft über ihre Pflichten und Rechte suchen. Im Gesetzentwurf sind Aussagen zum Verhältnis der neuen Verbandsbeteiligung zum § 61 SGB IX zu finden. Zum SGB IX käme u.a. auch noch das sozialgerichtliche Verwaltungsverfahren mit den einschlägigen Auskunfts- und Beratungspflichten des SGB I zur Anwendung kommt. Da der Behinderungsbegriff des SGB IX enger gefasst ist als der gemeinschaftsrechtliche Begriff, besteht unzweifelhaft trotz der geltenden Regeln des SGB IX Umsetzungsbedarf und das Verhältnis zum ADG sollte im weiteren Gesetzgebungsverfahren geklärt werden. Eine denkbare Lösung könnte sein, den bisherigen Benachteiligungsschutz des SGB IX bei der Neuregelung zu integrieren.

Abgesehen vom Beschäftigungssektor der Bundeswehr sollen zu allen in Art. 13 EG genannten Merkmalen der Diskriminierungsschutz Erwerbstätiger und die damit bestehenden Pflichten im ASG nachgelesen werden können. Dieser bündelnde Ansatz ist einleuchtend. Die dazu für die geschützten Merkmale verwendete Sprache bedarf für mich aber der kritischen Reflektion. Das im Gesetzestext wie in der deutschen Fassung des Art. 13 EG genannte

Merkmal Rasse wäre besser wie in der englischen Fassung „grounds of racial or ethnic origin“ mit „aufgrund rassischer oder ethnischer Herkunft“ zu bezeichnen. Die größere Präzision der englischen Sprache könnte der Orientierungspunkt sein.

2. Standards der mit Richtliniengleichbehandlungsrecht angestrebten Mindestharmonisierung

Die vier Richtlinien verwenden **einheitliche Definitionen**. Sie setzen damit einheitliche Mindeststandards für Definitionen

- der unmittelbare Diskriminierung,
- der mittelbare Diskriminierung,
- zur Belästigung und
- dem Maßregelungsverbot.

Die Genderrichtlinien regeln als weitere Diskriminierungsform die sexuelle Belästigung .

Die vier Richtlinien verwenden die sog. „**gilt-als-Regel**“. So gilt als eine dann unmittelbare Diskriminierung

- die Belästigung³,
- - nach den Genderrichtlinien – die sexuelle Belästigung und
- die Anweisung zur Diskriminierung einer Person.

Die arbeitsrechtliche Genderrichtlinie bestimmt als weitere „gilt-als-Regel“ die ungünstigere Behandlung einer Frau als Diskriminierung im Zusammenhang einer Schwangerschaft oder eines Mutterschaftsurlaub im Sinne der Mutterschutzrichtlinie 92/85/EWG. Diese Richtlinie steht Vorschriften zum Schutz der Frau, insbesondere bei Schwangerschaft und Mutterschaft, ausdrücklich nicht entgegen. Die Genderrahmenrichtlinie 2004/113/EG nimmt günstigere Bestimmungen zum Schutz der Frauen in Bezug auf Schwangerschaft oder Mutterschaft vom Anwendungsbereich aus. Die gemeinschaftsrechtlichen Grundlagen greifen also unverändert Erfahrung zum bisherigen Gleichbehandlungsrecht auf.

Die zulässigen Ausnahmen vom Diskriminierungsverbot sind für den Bereich Beschäftigung

³ Die Mitgliedstaaten können den Begriff der Belästigung für alle in Art. 13 genannten Merkmale mit Ausnahme des Geschlechts im Einklang mit einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten definieren. Zu der auf Art. 141 Abs. 3 gestützten arbeitsrechtlichen Genderrichtlinie fehlt dieser Option, mitgliedstaatliche Besonderheiten bei der Umsetzung berücksichtigen zu dürfen. Zum Merkmal Geschlecht ist ein gemeinschaftsrechtlicher Belästigungsbegriff umzusetzen.

und Beruf einheitlich definiert ebenso wie die Bereiche des Rechtsschutzes, der Beweislast und den Sanktionen. Kohärenz besteht so bei der Festlegung verbotener Benachteiligungsformen einschließlich möglicher individueller Rechtsfolgen. Kohärent sind zum Bereich Beschäftigung und Beruf die gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen

- zum personellen und zum sachlichen Geltungsbereich,
- zur Unterrichtung,
- zum Verschlechterungsverbot,
- dem sozialen Dialog,
- dem Dialog mit Nichtregierungsorganisationen
- und zur generellen Rechtsfolge benachteiligende Regeln seien auch generell zu beseitigen.

Außerdem sind nach der Antirassismusrichtlinie und beiden Genderrichtlinien mit der Förderung der Gleichbehandlung befaste Stellen einzurichten. Dies ist das Konzept des gemeinschaftlichen Richtliniengleichbehandlungsrechts, dessen Umsetzung jetzt auf der Tagesordnung des Bundestages steht.

Die vorgeschlagene Lösung, das europäische Richtliniengleichbehandlungsrecht in zwei Bundesgesetzen umzusetzen, ist überzeugender als der Weg wäre, nur geltende Bundesgesetze zu ändern oder zu ergänzen. Das Richtliniengleichbehandlungsrecht der Gemeinschaft legt es nahe, Definitionen in einem allgemeinen Teil vor die Klammer zu ziehen wie es mit Art. 1 Abschnitt 1 ADG vorgeschlagen. Wie auch die für Rechtsberatung und Rechtsprechung erfreulich aussagefähige Begründung des Allgemeinen Teils S. 17 zeigt, ist der Ansatz besonders gut geeignet, die Kohärenz des Gemeinschaftsrechts aufzugreifen. Der allgemeine Teil soll nach dem Entwurf für die Schutzstandards zum Bereich Beschäftigung im Abschnitt 2 und für den Zivilrechtsverkehr im Abschnitt 3 und zum Rechtsschutz im Abschnitt 4 ergänzt werden. Die Stelle ist im Abschnitt 6 näher bestimmt. Da das Gemeinschaftsrecht und bestätigt in ständiger Rechtsprechung des EuGH der deutschen Üblichkeit, bei arbeitsrechtlichen Themen zwischen öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen und anderen Arbeitsverhältnissen keine Raum gibt, bleibt der angestrebte Regelungsgehalt fünften Abschnitts unklar. Auch die Begründung hilft nicht weiter. Keinesfalls dürfte beabsichtigt sein, den gemeinschaftsrechtlich bereits zum Befristungsrecht zu Recht erfolgslose Versuch zu wiederholen, weniger zielerreichende Vorschriften für Beamtenverhältnisse abzusichern.

Die Umsetzung des Richtliniengleichbehandlungsrechts hat Auswirkungen für die Bereiche des Zivil- und Arbeitsrecht sowie zum Verwaltungs- und Sozialrecht. Vier Fachgerichtsbarkeiten werden so für gerichtliche Streitigkeiten zuständig. Für die Rechtsklarheit erscheint es

besonders gelungen, die einschlägigen Benachteiligungsverbote nicht weiter auf verschiedene Einzelgesetze zu verteilen. Der gemeinschaftsrechtliche Bezugsrahmen wird für Normverpflichtete und Normberechtigte unvergleichlich besser deutlich als wenn die Lektüre verschiedener Gesetze mit unterschiedlicher zeitlicher Entstehung erforderlich werden sollte.

3. Basis der nach oben zur besseren Zielerreichung offenen Mindestharmonisierung

Der Bundesgesetzgeber steht vor der bekannten Anforderung, Gemeinschaftsrichtlinien umzusetzen. Die Vorgaben des Vertrages sind klar. Das Richtlinienziel ist verbindlich, Mittel und Wege sind offen. Hier besteht die Wahl des Mitgliedstaats.

Die vier Richtlinien sind keine weitgehend abschließende gemeinschaftsrechtliche Vorgabe mit wenig Fenstern für eine mitgliedstaatliche Regelung. Ziel ist die Mindestharmonisierung. Ihre Elemente greifen zum Bereich Beschäftigung und Beruf. Erfahrungen mit der Anwendung der Richtlinie von 1976 auf und ergänzen das Basiskonzept. Mindestharmonisierung bedeutet nicht, ein Gebiet abschließend für die Gemeinschaft zu kodifizieren. Vielmehr entsteht Sicherheit im Rahmen des nationalen Rechts auf diese Mindeststandards zu treffen, unabhängig davon, ob eine Arbeitnehmerin in Polen oder Portugal tätig ist oder Arbeitgeber sich bei der Standortwahl beispielsweise zwischen Griechenland oder Schweden entscheiden wollen. Ein Dumping-Wettbewerb ist zum Diskriminierungsschutz ausgeschlossen. Der Mindeststandard ist für die Geschützten und auch für die Verpflichteten europaweit einheitlich sein. Es wäre unzulässig wäre, die Verschlechterung eines bereits vorhandenen Standards mit der erforderlichen Umsetzung zu rechtfertigen.

Das Verschlechterungsverbot und die Standards der Mindestharmonisierung sind die Linie, die nicht unterschritten werden darf. Ebenso ist in sämtlichen Richtlinien den Hinweis zu finden, dass es zulässig und möglich ist über das Mindestniveau hinauszugehen. Jeder Gesetzgeber, der für den Mitgliedstaat die Umsetzung bestimmt, bewegt sich so in dieser Marge zwischen der Basislinie und einem möglichen Mehr. Ob ich im Basisbereich bleibe oder ich mich darüber hinaus bewege, ist keine Entscheidung, die das Gemeinschaftsrecht bestimmt. Die Entscheidung liegt bei den für die Gesetzgebung Verantwortlichen. Die Entscheidung kann je nach Mitgliedstaat verschieden auch verfassungsrechtlichen Anforderungen Rechnung zu tragen haben. Die Zielverbindlichkeit des Richtliniengleichbehandlungsrechts könnte damit aber nicht in Frage gestellt werden.

Es wäre ein Fehlverständnis der angestrebten Mindestharmonisierung, einen Vorschlag des vorliegenden Gesetzentwurfs dahingehend zu bewerten, die Richtlinie fordere diese Rege-

lung nicht deshalb könne die Ablehnung des Vorschlags hinreichend begründet werden. Vielmehr ist dann in gleicher Weise zu prüfen, ob die vorgeschlagene Regelung zielerreichend ist oder nicht. Wenn die Regelung hierzu geeignet sein würde, wäre sich eine mit dem Konzept des europäischen Gleichbehandlungsrechts vereinbare günstigere Regelung. Es gilt zunächst den Blick darauf zu richten, wo der Basislevel für die Gemeinschaft für den Bereich Beschäftigung und Beruf liegt.

Zweck ist die Bekämpfung der Diskriminierung aufgrund aller in Art. 13 EG Vertrag genannten Merkmale,⁴ also Geschlecht, rassische oder ethnische Herkunft, Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Orientierung.

<p>Art. 1 RL2000/43/EG</p> <p>Zweck dieser Richtlinie ist die Schaffung eines Rahmens zur Bekämpfung der Diskriminierung aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft im Hinblick auf die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung in den Mitgliedstaaten</p>	<p>Art. 1 RL 2000/78/EG</p> <p>Zweck dieser Richtlinie ist die Schaffung eines allgemeinen Rahmens zur Bekämpfung der Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung in Beschäftigung und Beruf im Hinblick auf die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung in den Mitgliedstaaten.</p>	<p>Art. 1 I RL 76/207, RL2 002/73/EG</p> <p>Die Richtlinie hat zum Ziel, daß in den Mitgliedstaaten der Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen ... verwirklicht wird.</p>
--	--	---

So fehlt bei der Kritik zur Umsetzung der als Mindestbestandteil des Rechtsschutzes geforderten Verbandsbeteiligung mit § 24 ADG-E die Prüfung, ob der Vorschlag als Überschreitung des Mindestniveaus zu werten ist. Der Wortlaut aller Richtlinien spricht eher dagegen.

<p>Art. 7 II RL2000/43/EG Art. 9 II RL 2000/78/EG Art. 6 III ZL 2002/73/EG</p> <p>Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Verbände, Organisationen oder andere juristische Personen, die gemäß den in ihrem einzelstaatlichen Recht festgelegten Kriterien ein rechtmäßiges Interesse daran haben, für die Einhaltung der Bestimmungen dieser Richtlinie zu sorgen, sich entweder im Namen der beschwerten Person oder zu deren Unterstützung und mit deren Einwilligung an den in dieser Richtlinie zur Durchsetzung der Ansprüche vorgesehenen Gerichts- und/oder Verwaltungsverfahren beteiligen können.</p>

Der personelle Geltungsbereich hat mindestens zu umfassen

<p>Art. 3 I RL 2000/43/EG Art. 3 I RL 2000/78/EG Art. 3 I RL 2002/73/EG</p> <p>Im Rahmen der auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten für alle Personen in öffentlichen und privaten Bereichen, einschließlich öffentlicher Stellen, in Bezug auf die Bedingungen - einschließlich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen - für den Zugang zu unselbständiger und selbständiger Erwerbstätigkeit ...</p>
--

⁴ Englische Fassung: sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation

Abschnitt 5 ADG-E kann so nicht als Begrenzung des Anwendungsbereichs auszulegen sein.

Sachlich sind zumindest vier Bereiche bei der Umsetzung in den Geltungsbereich einzubeziehen

Art. 3 I RL2000/43/EG, 2000/78/EG, 2002/73/EG

- a) Bedingungen einschließlich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen für den Zugang einschließlich des beruflichen Aufstiegs;
- b) Zugang zu allen Formen und allen Ebenen der Berufsberatung ... einschließlich der praktischen Berufserfahrung;
- c) die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich Entlassungsbedingungen und Arbeitsentgelt;
- d) Mitgliedschaft und Mitwirkung in einer Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberorganisation oder einer Organisation, deren Mitglieder einer bestimmten Berufsgruppe angehören

Die unmittelbare Diskriminierung wird einheitlich definiert.

unmittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn eine Person wegen eines der in Artikel 1 genannten Gründe in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.

Soweit in der Definition der Antirassismusrichtlinien der Hinweis auf die erfolgte Behandlung fehlt, entspricht die im Amtsblatt veröffentlichte Fassung weder dem Wortlaut der vorbereitenden Kommissionsmitteilung noch der englischen Fassung und kann deshalb als ein Übersetzungsfehler zur Klärung der Mindeststandards vernachlässigt werden.

Das Mindestniveau der mittelbaren Diskriminierung ist so zu lesen.

Art. RIL2000/43/EG	Art. 2 II b RL 2000/78/EG	
liegt eine mittelbare Diskriminierung vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen, die einer Rasse oder ethnischen Gruppe angehören, in besonderer Weise benachteiligen können, 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.	mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung, einer bestimmten Behinderung, eines bestimmten Alters oder mit einer bestimmten sexuellen Ausrichtung gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn: i) diese sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt, und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich, oder ii) der Arbeitgeber oder jede Person oder Organisation, auf die diese Richtlinie Anwendung findet, ist im Falle von Personen mit einer bestimmten Behinderung aufgrund des einzelstaatlichen Rechts verpflichtet, geeignete Maßnahmen ... vorzusehen, um die sich durch diese Vorschrift, dieses Kriterium oder dieses Verfahren ergebenden Nachteile zu beseitigen.	

Die Belästigung ist mindestens als

unerwünschte Verhaltensweisen, die mit einem der geschützten Gründe in Zusammenhang stehen und bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird

zu definieren. Auch einmaliges Handeln kann die Verletzung bewirken.

Zur Anweisung ist der Mindeststandard die „Gilt-als Regel“ Danach ist der Mindeststandard, dass

die Anweisung zur Diskriminierung einer Person wegen eines der geschützten Gründe nach als Diskriminierung gilt.

Die Anweisung ist wie eigenes Handeln zu werten.

Der Mindeststandard der Sanktion kann die Abschreckung sein. Die Sprache mag Widerstand hervorrufen.

Art. 15 S. 2 RL2000/43/EG	Art. 17 S. 2 RL 2000/78/EG	Art. 6 II RL2002/73/EG
Die Sanktionen, die auch Schadenersatzleistungen an die Opfer umfassen können, müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein	Die Sanktionen, die auch Schadenersatzleistungen an die Opfer umfassen können, müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein	Die Mitgliedstaaten treffen im Rahmen ihrer nationalen Rechtsordnung die erforderlichen Maßnahmen um sicherzustellen, dass der einer Person entstandene Schaden tatsächlich und wirksam ausgeglichen oder ersetzt wird, wobei die auf eine abschreckende und dem erlittenen Schaden angemessene Art und Weise geschehen muss; daher darf ein solcher Ausgleich oder eine solche Entschädigung nur in den Fällen durch eine im Voraus festgelegte Höchstgrenze begrenzt werden, in denen der Arbeitgeber nachweisen kann, dass der Schaden allein darin besteht, dass die Berücksichtigung seiner/ihrer Bewerbung verweigert wird.

Der Gerichtshof hat solche harschen Wort zum deutschen Umsetzungsgesetz von 1980 gefunden und seitdem kontinuierlich als Standards für Sanktionen bestätigt. Es ist der Rahmen, die alle Vorschläge über Höchstgrenzen beachten und gleichzeitig die erwarteten Auswirkungen für die Zielerreichung bewerten müssten.

Die Rechtsprechung des Gerichtshofs zum Anspruch auf effektiven Rechtsschutz ist ein für die Entwicklung des Gleichbehandlungsrechts außerdem bedeutsames Beispiel einer gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung nationalen Rechts. Art. 6 Richtlinie 76/207/EWG

verpflichtete die Mitgliedstaaten bis zur Änderungsrichtlinie 2002 „die innerstaatlichen Vorschriften (zu erlassen), die notwendig sind, damit jeder, der sich wegen Nichtanwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ... auf seine Person für beschwert hält, nach etwaiger Befassung anderer zuständiger Stellen seine Rechte gerichtlich geltend machen kann.“ Hieraus folgerte der Gerichtshof die Verpflichtung der Mitgliedstaaten Maßnahmen zu ergreifen, die für die Erneuerung des Richtlinienziels hinreichend wirksam sind und auf die sich Betroffene vor den nationalen Gerichten tatsächlich berufen können. Mögliche Maßnahmen wären aus Sicht des EuGH

- die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Einstellung des diskriminierten Bewerbers oder
- eine im Verhältnis zum erlittenen Schaden angemessene finanzielle Entschädigung, die ggf. durch eine Bußgeldregelung verstärkt wird.

An die nationale deutsche Gerichtsbarkeit folgte der Hinweis,

- „das zur Durchführung der Richtlinie erlassene Gesetz unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihm das nationale Recht einräumt, in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts auszulegen und anzuwenden.“⁵

Die Abschreckung vor Normverletzung ist die Basislinie. Das zulässige Mehr hat der Gerichtshof für zivilrechtliche Reaktionen vor langem als möglich benannt. Der Gesetzentwurf sieht diesen Weg nicht vor. Die Erfahrungen des letzten 30 Jahre könnten Anlaß geben, bei den Sanktionen differenzierter auf die erfolgte Verletzung reagieren zu können, also vom Ausgleich des immateriellen Schadens bis im Einzelfall der Einstellung. Erst damit würden die Gleichbehandlung der im privaten und im öffentlichen Sektor Beschäftigten eintreten können.

Alle Richtlinien legen Gewicht darauf, dass sowohl im Einzelfall die Folgen der nachteiligen Vorschrift beseitigt werden. Dies ist bei einer Entgeltdiskriminierung die Angleichung nach oben solange keine andere Regelung getroffen worden ist.

Die diskriminierende Norm steht als der einzig mögliche Bezugspunkt zur Verfügung, solange keine diskriminierungsfreie Norm anwendbar ist. Versuche, diese zu Art. 12 und 141 I, II EG vom EuGH entwickelten Standards durch Richtliniengleichbehandlungsrecht zu ändern, können nicht erfolgreich sein. Die besondere Verantwortung der Sozialpartner, das eigene Regelwerk diskriminierungsfrei zu ordnen, wird vielmehr betont.

Das von Deutschland wie von allen Mitgliedstaaten zu sichernde Mindestniveau ist,

die erforderlichen Maßnahmen, (zu treffen) um sicherzustellen, dass

- a) die Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die dem Gleichbehandlungsgrundsatz zuwiderlaufen, aufgehoben werden;
- b) die mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz nicht zu vereinbarenden Bestimmungen in Arbeits- und Tarifverträgen, Betriebsordnungen und Statuten der freien Berufe und der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen für nichtig erklärt werden oder erklärt werden können oder geändert werden.

Prominent wird dies für den Bereich der Tarifverträge auch im Hinblick auf Art. 9 Abs. 3 GG diskutiert. Nach der ständigen und vom BVerfG zur Deutschen Bundespost und der Telekom bestätigten Rechtsprechung sind die Standards in gleicher Weise für alle Rechtsquellen anzuwenden, sind also von der Einzelvereinbarung über die Betriebsvereinbarung bis zum Tarifvertrag oder der gesetzlichen Norm anzuwenden.

4. Schadensverhütung als ein zulässiges Mehr

Die Folie der Richtlinien sind 30 Jahre Anwendung der Basisrichtlinie. Die arbeitsrechtliche Genderrichtlinie will Benachteiligungen verhindern oder beseitigen. Diese Doppelung ist hat Bedeutung. Es ist ein Kerngedanke des europäischen Geschlechtergleichbehandlungsrechts, dass der Gedanke auch hier gelten sollte: Schaden zu verhindern ist besser als den eingetretenen Schaden auszugleichen. Ausdrücklich ist die Mindeststandard der arbeitsrechtlichen Genderrichtlinie. Ausgehend von diesen Gedanken ist die Kritik zu spiegeln, § 3 würde sich unzutreffend an dem Wortlaut der Antirassismusrichtlinie mit der mittelbaren Diskriminierung orientieren. Das Gemeinschaftsrecht verlange nicht eine ernsthafte Erstbegehungsfahr auch aufzugreifen oder auch für die Wiederholungsgefahr Instrumente zur Verfügung zu stellen. Dies stimmt: Und der Vergleich der englischen Fassung zeigt eindeutig, es wird in der deutschen Übersetzung der ersten Gleichbehandlungsrichtlinie im Wortlaut ein Standard benannt, der für eine hypothetische Handlung Schutz verlangen könnte. Wo dann allerdings der Zusammenhang einer mittelbaren Diskriminierung liegen könnte, wie mehrfach kritisiert, wird nicht begründet und könnte wohl auch nicht erklärt werden. Auch die mittelbare Diskriminierung ist genauso wenig als hypothetische Handlung zu messen.

Insoweit kann es nicht streitig sein, dass eine Rechtsfolge erst als Folge einer vorherigen Handlung eintreten kann. Das ergibt aber nichts zu dem Problem, warum der Gesetzgeber schlecht beraten sein sollte, für den Fall einer ernsthaften Gefahr der Rechtsverletzung die Gefahr dadurch zu verhindern, dass vorbeugend eine Unterlassung realisiert werden könnte. Es ist doch Ziel aller Richtlinien, Diskriminierungen zu bekämpfen. Für die durch Erfahrung ergänzte Fassung der Genderrichtlinie ist die Pflicht der Prävention als dem Schadensausgleich vorzugswürdig geworden. Wenn nun für die deutsche Umsetzung dieser Schutzstan-

⁵ Rs 14/83, Slg. 1984, 1891, Rn. 23; Rs. 79/83, Slg. 1984, 1921, Rn. 18.

dard nicht nur zum Merkmal Geschlecht verankert werden soll, liegt dies oberhalb der Basislinie und unzweifelhaft im Bereich der Zielförderung. Das Ziel, den Schaden zu verhüten, ist eine intelligente Lösung als nur Normverletzter in die Pflicht zu nehmen und bei einer erkennbaren Normverletzung abwarten zu müssen. Insofern sollte der Vorschlag beibehalten und in der Begründung darauf hingewiesen werden, dass hier zielführend der auch im deutschen Arbeitsrecht sonst vertraute Gedanke eines vorbeugenden Unterlassungsschutzes begründet werden soll.

Die kann praktisch heißen: Warum soll es akzeptabel sein, dass in Zeitungsannoncen für Tätigkeiten, die unabhängig vom Alter sämtliche Menschen ausüben können, verlangt wird, „Wir suchen eine dynamische junge Persönlichkeit“. Hier ist die ernste Rechtsgefährdung zu befürchten. Muss hier im Einzelfall erst der Bewerber oder die Bewerberin die Ablehnung erfahren, um sich dann gegen dieses Handeln zu wehren?

5. Warum zum Merkmal Alter die Fristverlängerung nicht ausschöpfen?

Der Gesetzentwurf will das Merkmal Alter, zu dem eine dreijährige Verlängerung kurz vor Fristablauf von der Bundesregierung angemeldet worden ist, gleichwohl mit dem ADG regeln. Dies steht im Widerspruch damit, dass die Fristverlängerung zutreffend mit den zahlreichen zur Altersdiskriminierung offenen Fragen begründet werden konnte. Der Rechtszustand ist heute nicht anders. Kann das Merkmal Alter beim Kündigungsschutz weiter berücksichtigt werden? Die altersgestufte Entgelttarifverträge mit dem ADG vereinbar. Hier die Zeit der Fristverlängerung auszuschöpfen, könnte auch den Tarifvertragsparteien eine letzte Gelegenheit geben, das Tarifrecht wo geboten zu ändern. Sonst würde die zur Teilzeitarbeit bekannte für alle nicht überzeugende unregelte, durch Fallrecht bestimmte Rechtssituation zum Bereich der Altersdiskriminierung wiederholt werden können.

6. Warten auf den EuGH?

Es erscheint unrealistisch darauf zu hoffen, der Vorgriff auf die 2005 bzw. 2007 spätestens zur Umsetzung anstehenden beiden Genderrichtlinien könnten den Europäischen Gerichtshof zur Wertung der Nichtverletzung veranlassen. Vielmehr ist entscheidend, dass die Frist der 2000er Richtlinien abgelaufen ist. Seitens der Bundesgesetzgebung steht eine erneute Inanspruchnahme außerdem dadurch zu befürchten, dass die Länder bisher nicht tätig geworden sind. Die fehlende bundesstaatliche Umsetzung gab Anlaß zu dem gegen Österreich eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahren. Ob es da hilfreich sein könnte, im ADG orientiert an Österreich im Bundesgesetz die Länder zur eigenen Umsetzung aufzufordern, ist so fraglich und jedes Bundesland hat seiner Umsetzungspflicht verspätet nachzukommen.