

*Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M (Harvard), Direktor des Instituts für Arbeitsrecht und Recht der Sozialen Sicherheit, Rheinische Friedrich-Wilhelms Universität Bonn*

## **Stellungnahme zum Entwurf eines ADG – Arbeitsrechtlicher Teil (BT-Drucks. 15/4538)**

### **I. Rechtspolitischer Stellenwert**

Rechtspolitisch mag man über ein neues ADG lange streiten. Die einen beklagen den unverhältnismäßigen Eingriff in die Vertragsfreiheit, die anderen begrüßen den Fortschritt an Gerechtigkeit. Beide Seiten sind zu hören. Diskriminierungsverbote werden sicherlich nicht geschaffen, gerade um die Effizienz des Rechts zu erhöhen. Sie zielen vielmehr auf den Schutz der Menschenwürde. Dies ist ein wichtiges Anliegen, und wenn es mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts Aufgabe des Staates ist, „für einen Ausgleich der sozialen Gegensätze und damit für eine gerechte Sozialordnung zu sorgen“ (u.a. BVerfGE 22, 180, 204; 69, 272), dann kann das Arbeits- und das Zivilrecht hiervon nicht ausgenommen bleiben.

Dies verbietet jedoch nicht die Frage, wie weit Regelungen ineffizient und damit tendenziell wohlstandsfeindlich sind. Wenn ein Kompromiss zwischen Billigkeit und Effizienz zu suchen ist, muss klar sein, wie hoch denn der Preis eingeschränkter Wirtschaftlichkeit ist. Denn Bestandteil des Sozialstaatsprinzips und einer Garantie der Menschenwürde ist auch die Verpflichtung des Staates zur Sicherung der materiellen Existenz seiner Bürger: Die Berufsfreiheit braucht Arbeitsplätze, für das Recht zum Leben bedarf es der Nahrung, der Schutz der Wohnung setzt eine Wohnung voraus, das Eigentum hat Verfassungsrang. Daher scheinen einige Gedanken zur Effizienz arbeitsrechtlicher Diskriminierungsverbote nicht nur erlaubt, sondern auch sinnvoll. Bereits 1957 veröffentlichte Nobelpreisträger *Gary Becker* sein viel zitiertes Werk „The Economics of Discrimination“ und setzte damit in den USA eine Diskussion in Gang, die heute auch bei uns geführt werden muss. Wer den Diskriminierungsschutz überspannt, diskreditiert ihn und lenkt ab vom im Kern berechtigten Anliegen. Sozialpädagogischer Erziehungswille wäre ein allzu sandiges Fundament des neuen Regelwerks. Der Gesetzgeber als Erzieher ist eine reichlich ideologische Vorstellung. Er selber darf nicht unsachlich differenzieren; dass aber seine Bürger unsachlich entscheiden können, ist Bestandteil ihrer Vertragsfreiheit und im Grundsatz zu respektieren.

**Diskriminierungsverbote sollten daher nur dort geschaffen werden, wo sie notwendig sind für ein gedeihliches Zusammenleben, wo eine Differenzierung Scandalon und öffentliches Ärgernis ist.** Das ist bei der Rassendiskriminierung ohne Frage gegeben, und regelmäßig auch bei der Geschlechtsdiskriminierung zu bejahen. Warum aber die Bevorzugung älterer Arbeitnehmer stets eine zu rechtfertigende Ungleichbehandlung sein soll, leuchtet schon weniger ein. Die Gesetzgebung sollte sich zurückhalten und sich auf die tatsächlich erforderlichen Regelungen konzentrieren. Wo es keines Gesetzes bedarf, darf es kein Gesetz geben.

Auf solch grundlegende Überlegungen will ich im Folgenden jedoch nicht weiter eingehen – schon weil der Spielraum des deutschen Gesetzgebers durch die Vorgaben des Europarechts erheblich einge-

schränkt wird. Daher soll allein darauf hingewiesen werden, **wo der Fraktionsentwurf hinter dem Europarecht zurückbleibt** – wo er also nachgebessert werden müsste –, **wo er darüber hinausgeht** – wo er also nachgebessert werden könnte – **und wo er handwerklich ungeschickt oder fehlerhaft ist** – wo er also nachgebessert werden sollte. Die Reihenfolge der Paragraphen bestimmt die Reihenfolge der Kommentare.

## II. Formen der Benachteiligung – § 3 ADG-E

§ 3 ADG-E mit seiner Definition möglicher Formen der Belästigung folgt weitgehend europarechtlicher Wortwahl. Änderungen sind europarechtlich daher nicht erforderlich, aber rechtspolitisch sinnvoll. Einige handwerkliche Fehler sind zu korrigieren.

### 1. Unmittelbare Benachteiligung

§ 3 Abs. 1 Satz 1 ADG-E definiert die unmittelbare Benachteiligung. Sie liegt vor, wenn eine Person eine weniger günstige Behandlung als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.

#### a) Benachteiligungsgefahr keine Benachteiligung!

In der Begründung des Fraktionsentwurfs heißt es, es genüge zur Benachteiligung, „dass eine hinreichend konkrete Gefahr besteht, dass eine solche Benachteiligung eintritt („erfährt, erfahren hat oder erfahren würde“)“. Eine lediglich abstrakte Gefahr löse noch keine Ansprüche aus. Für eine Benachteiligung i.S. des Gesetzes reiche jedoch bereits eine Wiederholungsgefahr – bei bereits erfolgter Benachteiligung – oder eine ernsthaften Erstbegehungsgefahr (BT-Drucks. 15/4538, S. 30 unter Bezugnahme auf Palandt-*Bassenge*, BGB-Kommentar, 63. Auflage 2004, § 1004 Rn. 32). **Dies ist falsch**; ein entsprechendes Verständnis ergibt sich weder aus dem Zweck des Gesetzes, noch europarechtlichen Vorgaben. Dies würde eine deutliche Überdehnung des Diskriminierungsschutzes bedeuten, die zu uferlosen Ausweitungen führen würde.

Allerdings ist festzustellen, dass der Wortlaut des Gesetzes an die deutsche Fassung der Richtlinie 2000/43/EG anknüpft und damit nicht ganz eindeutig ist. Auch dort heißt es in Art. 2 Abs. 2 lit. a, eine unmittelbare Diskriminierung liege vor, wenn „eine Person eine weniger günstige Behandlung als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde“. Die vergangene oder hypothetische Handlung bezieht sich also nicht notwendig auf die Vergleichsperson, sondern kann sich auch auf den Benachteiligten beziehen, der Rechte aus diesem Gesetz ableiten will. **Diese sprachliche Ungenauigkeit ist jedoch ein Schnitzer der deutschen Fassung der Richtlinie**, der nicht die Absicht der Richtlinie trifft und in der inoffiziellen Fassung des Referentenentwurfs von Mai 2004 noch nicht zu finden war. Vielmehr ist der Vergleich richtig umschrieben in den Richtlinien 2000/78/EG und 76/207/EWG. Dort heißt es in Art. 2 Abs. 2, eine unmittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn „eine Person eine weniger günstige Behandlung *erfährt*, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde“. Diese weist die hypothetische und die vergangene Handlung eindeutig der Vergleichsperson zu. Nicht für eine hypothetische Handlung ist also Schadensersatz geschuldet, sondern für eine aktuelle Handlung,

die nur mit einer vergangenen oder hypothetischen Handlung verglichen werden kann. Die englische und französische Fassung aller drei Richtlinien ist hier identisch und regelt entsprechend.

Dieses Verständnis ergibt sich auch aus der **Rechtsprechung des EuGH und der Systematik des Diskriminierungsschutzes**: Die Feststellung einer unmittelbaren Benachteiligung setzt stets einen Vergleich voraus. Ein Beschäftigter muss aufgrund eines der in § 1 genannten Merkmale eine ungünstigere Behandlung erfahren als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation. Wie dieser Vergleich konkret zu erfolgen hat, blieb bei § 611a BGB noch offen; im Grundsatz verboten war dort schlechterdings die „unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts“. Eine Definition der unmittelbaren Diskriminierung fehlte an dieser Stelle ebenso wie in dem dieser Vorschrift zugrundeliegenden Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 76/207/EWG. Eine Präzisierung der zugrunde zu legenden Vergleichsbasis bringt nunmehr § 3 Abs. 1 ADG-E, in dem er klarstellt, dass eine unmittelbare Benachteiligung nicht notwendigerweise voraussetzt, dass die herangezogene Vergleichsperson aktuell eine andersartige Behandlung erfährt; der Vergleich mit einer in der Vergangenheit liegenden oder künftigen Arbeitgebermaßnahme genügt. Der Arbeitgeber, der nie Frauen einstellt, kann danach einem abgelehnten männlichen Bewerber, der sich im Prozess zum Nachweis einer unmittelbaren geschlechtsspezifischen Benachteiligung auf diese Einstellungsgeschichte beruft, nicht entgegenhalten, er hätte die in Frage stehende Stelle nicht besetzt, so dass der Bewerber keine Benachteiligung erfahren hätte. Dieses Ergebnis ist stimmig, und obgleich in der Sache nichts Neues, mag man die Klarstellung im Wortlaut des Benachteiligungsverbots nicht zuletzt wegen dessen appellativen Charakter begrüßen. Entsprechendes gilt für den Hinweis, dass es zur Annahme einer unmittelbaren Benachteiligung ausreicht, wenn ein Beschäftigter gegenüber einem anderen benachteiligt „würde“. Der hiermit umschriebene Verzicht auf eine konkrete Vergleichsperson findet sich bereits in der Rechtsprechung sowohl des EuGH als auch des BAG zur Benachteiligung wegen der Schwangerschaft. Sie heißt nichts anderes, als dass auch der Arbeitgeber, der bislang keine männlichen Arbeitnehmer eingestellt hat, sie aber wenn, dann nur zu besseren Konditionen beschäftigten würde, unzulässig diskriminieren kann (s. für das britische Recht das House of Lords *Shamoon / Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* [2003] UKHL 11; [2003] Industrial Relations Law Reports 285). Deshalb kann es auch eine Benachteiligung wegen des Geschlechts darstellen, wenn Schwangere zurückgewiesen werden, obwohl sich keine Männer beworben haben (s. BAG v. 15.10.1992, AP Nr. 8 zu § 611a BGB; BAG v. 1.7.1993, AP Nr. 36 zu § 123 BGB). Nur deshalb heißt es – europarechtskonform – „erfährt, erfahren hat oder erfahren würde“. **Eine Ausdehnung auf konkrete Gefährdungen der Benachteiligung ist demgegenüber sinnwidrig und hat kein Vorbild im Recht anderer Rechtsordnungen.** Es brächte das Anti-Diskriminierungsrecht in die Nähe eines Gesinnungsrechts. Die praktischen Probleme wären zudem unübersehbar: Wie sieht hier die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung aus? Wer ist in den Vergleich einzubeziehen? Wie hoch soll die Entschädigung bemessen sein, und wer soll hierzu berechtigt sein? Wann ist eine Gefährdung hinreichend konkret? Auch dies zeigt, dass die Gesetzesbegründung hier allzu wortreich Dinge interpretiert, die der Verfasser schlicht nicht verstanden hat. **Nur der Vergleich kann also ein hypothetischer sein, nicht aber die benachteiligende Handlung.**

<p><b>Vorschlag:</b> Zur Korrektur empfiehlt sich die Einfügung des Wortes „erfährt“ hinter Behandlung in § 3 Abs. 1 S. 1 ADG-E sowie der Hinweis in der Begründung, dass Gefährdungen nicht erfasst sind.</p>
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

## 2. Mit einem unerlaubten Diskriminierungsgrund in Zusammenhang stehendes Merkmal

In einer anderen Hinsicht setzt die Definition die Vorgaben der Richtlinien jedoch nicht wörtlich um, sondern **erweitert sie erheblich**. Eine unmittelbare Diskriminierung liegt für den in § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 ADG-E geregelten Anwendungsbereich (d.h. im wesentlichen Beschäftigung und Beruf) auch in einer Benachteiligung wegen eines mit einem **in § 1 genannten Grund in Zusammenhang stehenden Merkmals**. Diese Vorgabe fehlt im Europarecht und so bleibt offen, welcher Art der Zusammenhang sein muss. Die Gesetzesbegründung spricht von „untrennbarem Zusammenhang“ (BT-Drucks. 15/4538, S. 31), doch findet sich diese Qualifizierung im Wortlaut des Gesetzes nicht wieder.

Eine solche Ergänzung ist europarechtlich nicht geboten und es ist unklar, welcher Zusammenhang bestehen muss (ausführlich *Thüsing*, NZA 2004, Beil. Heft 22, S. 1 ff.). Dies verwischt die Grenze zwischen unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung. Einzig für die Schwangerschaft ist der Hinweis sinnvoll. Hier entspricht er bestätigter Rechtsprechung des EuGH.

**Vorschlag:** Neufassung des § 3 Abs. 1 S. 2 ADG-E: „Eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts liegt in Bezug auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 auch im Fall einer ungünstigeren Behandlung einer Frau wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft vor“. Folgeänderung in § 8 Abs. 3 ADG-E.

## 3. Belästigung

Der Begriff der Belästigung in § 3 Abs. 3 ADG-E, der als Diskriminierung mit vom Anwendungsbereich des Gesetzes erfasst sein soll, ist sehr weit gefasst – weiter als es das Europarecht verlangt. Gemäß Art. 2 Abs. 3 Richtlinie 2000/43/EG, Art. 2 Abs. 3 Richtlinie 2000/78/EG und Art. 2 Abs. 2 Richtlinie 76/207/EG ist es für eine Belästigung erforderlich, dass durch die Belästigung ein „feindliches Umfeld“ geschaffen wird. Dies setzt regelmäßig kontinuierliches Handeln voraus. Bei einmalig bleibenden Handlungen bleibt der Betroffene schutzlos. Der europäische Gesetzgeber wollte also nur Belästigungen von gewisser Erheblichkeit von der Richtlinie erfassen. Er orientierte sich hier stark am US-amerikanischen Recht, das eine solche Einschränkung ebenfalls kennt (Leitentscheidung *Meritor Savings Bank v. Vinson* 477 U.S. 57 [1986]). Man mag dies begrüßen oder nicht, festzustellen ist aber, dass das deutsche Recht eine solche Erheblichkeitsschwelle *nicht* kennt, sondern allein die Verletzung der Würde der Person ausreicht – das ist aber, wie uns das Strafrecht lehrt, bereits bei jeder Beleidigung gegeben. Der deutsche Gesetzgeber würde damit in seiner Antidiskriminierungsgesetzgebung sehr viel mehr Belästigungen als etwa das französische Recht erfassen, wo Art. L. 122-49 Code du travail ausdrücklich auf die Wiederholung abstellt. Die Gefahr der uferlosen Weite sollte durch die schlichte Übernahme der europarechtlichen Vorgaben entgegnet werden.

**Vorschlag:** Ersetzung des Wortes „insbesondere“ in § 3 Abs. 3 ADG-E durch das Wort „und“.

### III. Persönlicher Anwendungsbereich – § 6 ADG-E

Nicht europarechtswidrig, sondern rechtstechnisch unglücklich ist die Regelung zum persönlichen Anwendungsbereich. § 6 ADG-E wird hier durch die Verweisung in § 20 Abs. 3 ADG-E ergänzt. Diese Verweisungstechnik über den Umweg des § 2 Abs. 1 Nr. 1 – 4 ADG-E ist unglücklich, denn sie lädt ein zu Missverständnissen und Fehldeutungen, wie sie bereits das Schrifttum aufgedeckt hat. So führt *Bauer* aus: „Meines Erachtens ist das Organverhältnis ein besonderes Vertrauensverhältnis, auf das das Diskriminierungsverbot gem § 20 V ADG-E keine Anwendung findet.“ (NZA 2005, 32, 33). Dies wäre dann klar europarechtswidrig, würde aber dem Wortlaut des Gesetzes entsprechen.

**Vorschlag:** Streichung des § 20 Abs. 3 ADG-E; Einfügung einer neuen § 6 Abs. 1 Nr. 4: „Selbständige, soweit es die Bedingungen für den Zugang zur Erwerbstätigkeit sowie den beruflichen Aufstieg betrifft“.

### IV. Rechtsfolgen – § 7 ADG-E

Gemäß § 7 Abs. 1 ADG-E sind Bestimmungen in individual- oder kollektivrechtlichen Vereinbarungen, die gegen das Benachteiligungsverbot des Absatzes 1 verstoßen, unwirksam. Die Regelung ist richtig und stimmig und ergibt sich bereits aus § 134 BGB. Es tut jedoch gut, sie ausdrücklich zu normieren, denn das Europarecht verlangt ja eine transparente Umsetzung. Die Norm ist eine effektive Sanktionierung diskriminierenden Verhaltens, wie es vom *EuGH* gefordert wird. Die große Frage stellt aber der Schritt danach: Was tritt an die Stelle der unwirksamen Vereinbarung? Bei der Kündigung ist dies klar: das Arbeitsverhältnis besteht weiter; ob dies in der Frist des § 4 KSchG geltend gemacht werden müsste oder im Hinblick auf effektive Sanktionen auch danach eine Klage möglich bleibt, ist eine andere Frage. Bei einer diskriminierenden Entgeltregel wäre aber hier zwangsläufige Folge wohl stets die Anpassung nach oben. Das kann aber gerade bei Kollektivregelungen oftmals nicht befriedigen. So kann der jüngste Arbeitnehmer etwa auf die letzte Altersstufe im Entgelt klagen, braucht also nicht Klage auf Unterlassen einer Benachteiligung zu erheben, sondern Leistungsklage auf die günstigste mögliche Regelung. Hier scheinen differenzierte Rechtsfolgenregelungen hilfreicher.

Eine Anpassung nach oben leuchtet zwar intuitiv ein, denn ansonsten würde eine Klage wegen Diskriminierung allzu leicht zu einer Klage aus Neid. Ziel des Arbeitnehmers wäre es nicht den eigenen Vorteil zu mehren, sondern den der Kollegen zu schmälern. Regelmäßig wird es den klagenden Arbeitnehmer jedoch nicht kümmern, dass der Arbeitgeber zu anderen gut ist, sondern dass er ungerechtfertigt zurückgesetzt wird und einen Vorteil vorenthalten bekommt. Es geht um den eigenen Nachteil, nicht den Vorteil des anderen. Hierauf muss die Rechtsordnung antworten. Auf der anderen Seite steht jedoch die Perspektive des Arbeitgebers und der Tarifvertragsparteien. Sie haben mit einer Zuwendung nur an die Vollzeitbeschäftigten eine bestimmte Kostenerwartung verbunden. Die Kosten aber können sich vervielfachen, wenn denn jüngere Arbeitnehmer den ältesten Arbeitnehmern gleichgestellt werden müssten. Hätte man sie vorhergesehen hätte man vielleicht auf Entgeltaltersstufen verzichtet.

Diesem zweiten Einwand trägt die Rechtsprechung des BAG bei der Benachteiligung Teilzeitbeschäftigter zumindest *obiter dictum* Rechnung, wenn die Tarifvertragsparteien einen eindeutigen Dotierungsrahmen vorgegeben haben (u.a. BAG v. 24.5.2000, AP Nr. 79 zu § 2 BeschFG 1985). Das werden sie selten tun, aber die Frage stellt sich, ob sie es müssen. Andere sind großzügiger (*Wiedemann/Peters*, RdA 1997, 100, 107). Sie betonen zu Recht den stets engen Zusammenhang von Leistungsgewährung und Adressatenbestimmung. Hier Grenzen zu ziehen hat viel für sich und dem entspricht in der Tendenz auch die neuere Rechtsprechung anderer Senate beim allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Danach verpflichtet der Gleichbehandlungsgrundsatz einen Arbeitgeber, der durch ein sachlich nicht gerechtfertigtes Merkmal eine außerordentlich kleine Gruppe der Belegschaft bessergestellt hat, nicht, diesen Vorteil allen Beschäftigten einzuräumen. Das der Pflicht zur Gleichbehandlung zugrunde liegende Gebot der Verteilungsgerechtigkeit trage diese Ausweitung nicht, weil in Fällen dieser Art die Freiheit des Arbeitgebers in der Bestimmung des Dotierungsrahmens freiwilliger Leistungen besonders nachhaltig verletzt werden würde und zu unverhältnismäßig hohen weiteren finanziellen Belastungen des Arbeitgebers führte (BAG v. 13.2.2002 – 5 AZR 713/00, AP Nr. 184 zu § 242 BGB Gleichbehandlung – 4 % der Belegschaft). Dies findet Vorläufer in der Rechtsprechung zur Ausgestaltung von Sozialplänen. Werden in Sozialplänen Arbeitnehmer unter Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes benachteiligt, darf dies in Individualprozessen der schlechter gestellten Arbeitnehmer nicht dazu führen, dass die finanzielle Gesamtausstattung des Sozialplans wesentlich erhöht wird. Nur solange einzelne Arbeitnehmer benachteiligt worden sind und die hierdurch verursachten Mehrbelastungen des Arbeitgebers nicht ins Gewicht fallen, kann einem benachteiligten Arbeitnehmer wegen Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes der korrigierte volle Abfindungsbetrag zugesprochen werden (BAG v. 26.6.1990 – 1 AZR 263/88, BAGE 65, 199, 207 = AP Nr 56 zu § 112 BetrVG 1972 = SAE 1991, 176 mit Anmerk. *Rieble*).

**Vorschlag:** Eine differenzierte Rechtsfolgenregelung könnte in einer Ergänzung zu § 7 Abs. 2 S. 2 ADG-E erfolgen: „An ihre Stelle tritt die Regelung, die die Vertragspartner geschlossen hätten, hätten sie um die Unwirksamkeit der Vereinbarung gewusst. Kannte der Arbeitgeber den Verstoß gegen § 1 im Zeitpunkt der Benachteiligung, dann kann der oder die Beschäftigte Gleichstellung mit dem oder den rechtswidrig bevorzugten Beschäftigten verlangen. Tarifvertragliche Regelungen sind unwirksam erst ab rechtskräftiger gerichtlicher Feststellung eines Verstoßes gegen § 1“.

## V. Rechtfertigung – 8 ADG-E

### 1. Unterschiedlicher Rechtfertigungsmaßstab

§ 8 Nr. 1 ADG-E regelt die berufliche Anforderung wegen des Geschlechts, Nr. 2 enthält die berufliche Anforderung bezüglich aller übrigen in § 1 genannten Gründe. Diese **Unterscheidung** wurde nach Begründung des Gesetzesentwurfs notwendig, weil bei der Umsetzung der Richtlinien bereits bestehende Vorschriften nicht verschlechtert werden dürfen (BT-Drucks. 15/4538, S. 32). Dies dürfte unzutreffend sein, auch wenn Art. 8e Abs. 2 Richtlinie 76/207/EWG es verbietet, die Umsetzung der Richtlinie zur Rechtfertigung einer Absenkung des bereits garantierten Schutzniveaus in Bezug auf Diskri-

minierungen in den von der Richtlinie abgedeckten Bereichen zu nutzen. Damit dieses Verbot greift, müsste die Umsetzung zur Rechtfertigung einer Minderung des Schutzes herangezogen werden. Das ist hier nicht der Fall – anders als wenn etwa die Einführung eines Diskriminierungsverbots zum Schutz von Behinderung zur Abschaffung von Einstellungsquoten für Behinderte herangezogen würde. Vorliegend ist der neu geschaffene Beschäftigtenschutz nicht Argument zur Absenkung von Schutzstandards in anderen Bereichen. Zum anderen hat der europäische Gesetzgeber selbst einen einheitlichen Schutzstandard eingeführt. In Art. 2 Abs. 6 der Richtlinie 76/207/EWG findet sich seit seiner Änderung durch Richtlinie 2002/73/EG auf europäischer Ebene der gleiche Maßstab zur Rechtfertigung bei der Geschlechtsdiskriminierung wie in Art. 4 Richtlinie 2000/43/EG und Art. 4 Richtlinie 2000/78/EG in Bezug auf die übrigen Diskriminierungsverbote. Man tat dies, um die Maßstäbe einander anzugleichen. Dies aber wäre ohne Wirkung, wenn man gleichzeitig mit Einfügung des Art. 8e Abs. 2 Richtlinie 76/207/EWG durch Richtlinie 2002/73/EG ein europarechtliches Verbot geschaffen hätte, das den Mitgliedstaaten verbietet, eben diese Angleichung nachzuvollziehen. Die These der Bundesregierung könnte daher nur dann zutreffen, wenn man davon ausgeht, das die deutsche Umsetzung in § 611a Abs. 1 S. 2 BGB bereits über das hinausging, was durch die Richtlinie 76/207/EWG vor ihrer Änderung durch Richtlinie 2002/73/EG geboten war, und dieser erhöhte Maßstab nun beibehalten werden müsste. Dass die zweite Annahme falsch ist, wurde bereits gesagt, dass die erste falsch ist, liegt nahe: „Unverzichtbar“ (§ 611a Abs. 1 S. 2 BGB) ist nicht strenger als „unabdingbare Voraussetzung“ (Art. 2 Abs. 2 Richtlinie 76/207/EWG a.F.). Man hätte also alle für alle Gründe einen einheitlichen Maßstab der Rechtfertigung heranziehen können – wie es andere Mitgliedstaaten auch getan haben, s. z.B. Art. L. 122-45 Code du travail; wie der deutsche Gesetzgeber allerdings §§ 9, 20 österr. GIBG.

**Vorschlag:** Streichung des § 8 Abs. 1 Nr. 1 und des Wortes „sonstige“ in Nr. 2.

## 2. Gleichwertige Arbeit

§ 8 Abs. 2 ADG-E greift die Vorschrift des § 612 Abs. 3 BGB auf und erstreckt den Grundsatz der Entgeltgleichheit über das Geschlecht hinaus auf alle in § 1 genannten Gründe. Der deutsche Gesetzgeber würde **mehr tun als europarechtlich geboten**. Art. 141 Abs. 1 EG gebietet allein die Gleichbehandlung von Männern und Frauen. Der Entwurf geht über den Kontext der Geschlechtsdiskriminierung hinaus und schafft eine Norm, die **große dogmatische wie praktische Schwierigkeiten** bereitet. Weder in Art. 141 EG noch in der Richtlinie 75/117/EWG sind Anhaltspunkte für die Bestimmung gleichwertiger Arbeit erkennbar (zu Argumenten für und gegen das Konzept gleichwertiger Arbeit *Thüsing*, NZA 2000, 570, 572 ff.).

Insbesondere eine **Ausweitung des Konzepts** gleichwertiger Arbeit auf andere Unterscheidungsmerkmale als das Geschlecht erscheint **sinnwidrig**. Dieses wurde geschaffen, um der geringeren Entlohnung von typischen „Frauenberufen“ entgegenzuwirken, die nach Ausbildungsstand, Anforderungen und Ertrag anderen Tätigkeiten, die typischerweise von männlichen Arbeitnehmern wahrgenommen werden, gleichzuordnen sind. Dies lässt sich auf andere Diskriminierungsmerkmale nicht übertragen, da es keine typischen „Katholikenberufe“, „Homosexuellenberufe“ oder „Seniorenberufe“ gibt. Zu Recht finden sich daher außerhalb der Geschlechtsdiskriminierung keine Parallelen im ausländischen Recht.

Würde man die Regelung tatsächlich in Kraft setzen dann könnte eine Ungleichbehandlung eines höheren Entgelts für **ältere Arbeitnehmer** nicht entsprechend § 10 durch sachliche Gründe gerechtfertigt werden. Es ist fraglich, ob der deutsche Gesetzgeber das will.

**Vorschlag:** Ersetzen der Wörter „eines in § 1 genannten Grundes“ durch das Wort „Geschlecht“ in § 8 Abs. 2 ADG-E

## VI. Entschädigung und Schadensersatz – § 15

Die Regelung ist gänzlich neu und nicht sehr glücklich. **Hier muss dringend nachgebessert werden.** Drei Dinge fallen auf: Immaterieller Schaden ist auch da ersetzbar, wo materieller Schaden nicht ersetzbar ist. Auch wird zuweilen ein immaterieller Schaden bei einer Benachteiligung i.S. des Gesetzes nicht eingetreten sein; die Rechtsfolgenregelung läuft dann leer. Zum Dritten: Die fehlende Höchstgrenze beim materiellen Schaden kann zu erheblichen Mehrbelastungen führen, insb. bei der diskriminierenden Verweigerung einer Einstellung.

In der Entwurfsbegründung heißt es, dass **Nichtvermögensschäden** regelmäßig bei einer ungerechtfertigten Benachteiligung aus den in § 1 ADG-E genannten Gründen vorliegen. Die Schwelle hierfür ist jedoch so niedrig nicht: letztlich geht es um die Achtung der Menschenwürde und des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit. Der Beschäftigte muss „herabgewürdigt“ werden, ihm müssen sachwidrig die Chancen einer gleichberechtigten Teilnahme am Arbeitsleben einzig auf Grund seines Soseins genommen werden. Dies ist regelmäßig zumindest nicht bei mittelbaren Diskriminierungen anzunehmen. Andere Fälle sind denkbar. § 15 ADG-E läuft dann leer.

Problematischer noch die **fehlende Höchstgrenze**: In der Begründung des Entwurfs heißt es, dass eine Unterscheidung zwischen den Bewerbern, die ohne Benachteiligung eingestellt worden wären, und denen, die auch bei benachteiligungsfreier Auswahl ohne Erfolg geblieben wären, sinnlos ist, da diese Unterscheidung nur den unterschiedlichen materiellen Schaden betrifft, der aber nicht nach § 15 Abs. 1 ADG-E ersetzt wird. Dennoch wäre es sinnvoll gewesen, die Beschränkung beizubehalten. Die Begründung des Referentenentwurfs führt freilich aus, da es hier um den Ausgleich immaterieller Schäden gehe, stelle das Monatseinkommen, auf das § 611a BGB abstellt, keine sachgerechte Bemessungsgröße dar (BT-Drucks. 15/4538, S. 35). Auch bei § 611a Abs. 3 BGB ging es aber allein um den Ersatz von Nichtvermögensschäden: Wäre der Bewerber auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden, so ist ihm durch die Benachteiligung ein Vermögensschaden nicht entstanden. Die Beschränkung dient der Kalkulierbarkeit. Die Kalkulierbarkeit dient der abschreckenden Wirkung. Darum aber geht es dem Gesetz ja auch, wie die Zielformulierung in § 1 des Entwurfs belegt. Richtigerweise hat der österreichische Gesetzgeber daher eine solche Höchstgrenze formuliert. Sie liegt bei diskriminierenden Einstellungspraktiken bei **500 €** (s. §§ 12 Abs. 1, 26 Abs. 1 GIBG), und damit deutlich niedriger als ehemals durch § 611a BGB festgelegt. Dies kann Richtwert auch für den deutschen Gesetzgeber sein; will er großzügiger sein, sollte er sich an den drei Monatsverdiensten des § 611a BGB orientieren. Was darüber hinausgeht, ist weder durch das Grundgesetz, noch vom Europarecht noch von der Sache her geboten. Der österreichische Wert scheint sinnvoll insb. im Hinblick auf die regelmäßig geringeren Summen, die als Schmerzensgeld bei Körperverletzung zugespro-

chen werden. Dann kann der Schadensersatz für Benachteiligungen nicht deutlich höher angesetzt werden.

Wenig glücklich ist auch die **Privilegierung der Tarifvertragsparteien**. Mag man auch rechtspolitisch hierfür viel Sympathie haben, so bliebe doch selbst schuldhaft, weil leicht fahrlässige Diskriminierung folgenlos. Seit der Entscheidung Draehmpaehl wissen wir jedoch, dass aller Schaden einer Diskriminierung auch bei fehlendem Verschulden ersetzt werden muss (EuGH v. 22.4.1997, Rs. C-180/95, NJW 1997, 1839). In anderen Ländern gibt es sogar eine Haftung der Tarifvertragsparteien selbst. Es ist gut, dass wir die nicht normiert haben, was jetzt aber anvisiert wurde, ist europarechtswidrig. Wie eine sinnvolle – und europarechtskonforme! – tarifvertragsspezifische Regelung aussehen kann, die der größeren Richtigkeitsgewähr dieses Regelungsinstruments Rechnung trägt, zeigt der Vorschlag für eine Ergänzung des § 7 Abs. 2 ADG-E.

Die Vereinheitlichung von Schadensersatz und Entschädigung erscheint auch notwendig aus einem anderen Grund: § 15 Abs. 3 ADG-E schreibt eine **Ausschlussfrist** von sechs Monaten zur Geltendmachung des Entschädigungsanspruchs fest. Für Ansprüche auf Ersatz des materiellen Schadens greift Abs. 3 nicht. Hier ist maßgeblich für die Länge der Frist in erster Linie die allgemein für Schadensersatzansprüche im angestrebten Arbeitsverhältnis vorgesehene Ausschlussfrist, die jedoch anders als ehemals bei § 611 a Abs. 4 BGB nicht auf zwei Monate Mindestfrist verlängert wird. Hier hat sich die Rechtsstellung des Beschäftigten verschlechtert. Ist die Ausschlussfrist arbeitsvertraglich bestimmt, greift ggf. die Inhaltskontrolle nach § 307 BGB, für die Abs. 3 einen Anhalt bieten kann (hierzu ausführlich HWK-*Thüsing*, § 611 BGB Rn. 425 ff.). Ist keine Ausschlussfrist bestimmt, dann greift die dreijährige Verjährungsfrist des § 195 BGB. Die positive Kenntnis des Benachteiligten von der Benachteiligung ist hier nicht Voraussetzung zum Beginn der Frist; es reicht grob fahrlässige Unkenntnis, s. § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB. Diese Fristlänge läuft freilich den Absichten des Gesetzgebers entgegen. In der Gesetzesbegründung heißt es ausdrücklich, „dem Arbeitgeber [soll] nicht zugemutet werden, Dokumentationen über Einstellungsverfahren etc. bis zum Ablauf der allgemeinen Verjährungsfrist von 3 Jahren aufbewahren zu müssen“ (BT-Drucks. 14/4538, S. 35). Er wird dies dennoch tun, will er hinreichend substantiiert das Vorbringen des Klägers zur Geltendmachung eines Vermögensschadens bestreiten, zumal auch hier die Beweislastregel des § 23 gilt.

**Vorschlag:** Streichung der Wörter „zum Ausgleich des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist“ in § 15 Abs. 1; Einfügung eines § 15 Abs. 1 S. 2: Die Entschädigung umfasst auch den Ausgleich eines Nichtvermögensschadens; für diesen können höchstens [drei Monatsgehälter / 500 €] geltend gemacht werden.“. Streichung der Abs. 2 und 4.

## VII Haftung für Dritte – § 16

Die Haftung für Dritte geht sehr weit – wiederum mit US-amerikanischem Vorbild (Leitentscheidungen *Faragher v. Boca Raton*, 118 S.Ct. 2275 (1998); *Burlington Ind. v. Ellerth*, 118 S.Ct. 2257 (1998) – dort jedoch allein für den Bereich der Belästigung). In seiner Ausdehnung auch auf andere Formen der Benachteiligung ist dies ein **deutscher Sonderweg**. **Europarechtlich** ist er **nicht geboten**. Der

Arbeitgeber muss sich das Verhalten vorgesetzter Arbeitnehmer nach Stellvertretungsregeln zurechnen lassen, für die Diskriminierungen von dem Arbeitnehmer gleichrangigen Kollegen haftet er nach Art eines Organisationsverschuldens, wenn er nicht geeignete Vorkehrungen zur Verhinderung solcher Belästigungen trifft (im Einzelnen vgl. die Nachweise bei *Thüsing*, NZA 1999, 694). Es ist schon etwas verwunderlich, dass man zwar eine Haftung des Arbeitgebers für eine Diskriminierung durch Dritte normiert hat, nicht aber die Haftungsgrundlage für den unmittelbar handelnden Dritten selbst. Der Arbeitgeber haftet damit strenger als der, der selber diskriminiert. Das ist ein eklatanter Wertungswiderspruch, der europarechtlich nicht vorgegeben ist. **Hier besteht dringender Handlungsbedarf.**

Die Einbeziehung Dritter steht in Widerspruch zu den anerkannten Rechtfertigungsmöglichkeiten bei § 611a BGB. Die Bundesregierung hat als Antwort auf eine Aufforderung des EuGH (EuGH v. 21.5.1985 – Rs. 248/83, Slg. 1985, 1459, 1484) in einer Stellungnahme an die Europäische Kommission **Beispiele** gegeben, die sie als auf Grund Unverzichtbarkeit gerechtfertigte Ungleichbehandlung der Geschlechter betrachtet (BArbBl. 1987/11, S. 40 f.) Dazu gehörten Tätigkeiten in Ländern außerhalb der EG, in denen auf Grund gesetzlicher Vorschriften und religiöser Überzeugung oder kultureller Besonderheiten nur ein Geschlecht akzeptiert wird. Hier durfte er also solche Benachteiligungen nachvollziehen und gerade deshalb selber benachteiligen. Nun müsste der Arbeitgeber sogar für die fremden Benachteiligungen durch solche Kunden haften. Das passt nicht zusammen.

Auch auf die unglücklichen praktischen Konsequenzen ist schon im Schrifttum hingewiesen worden (s. *Bauer/Thüsing/Schunder*, NZA 2005, 32, 35). Wie sollen die Maßnahmen gegen die Kunden aussehen: Muss jeder einzelne Kunde angesprochen werden, der sich ersichtlich lieber von einer jungen Frau als von einem älteren Mann beraten lässt? Wie begegnet man Kunden, die ein islamisches Kopftuch zurückweisen? Ein Werbeschild für mehr Toleranz aufzustellen vermag wohl kaum Vorurteile abzubauen. Solche Maßnahmen könnten überdies eher kontraproduktiv wirken, indem Kunden erst durch sie auf bestimmte Merkmale einzelner Mitarbeiter (das Kopftuch oder die südländische Abstammung) aufmerksam würden.

<p><b>Vorschlag:</b> Streichung des § 16 ADG-E und des § 12 Abs. 3 ADG-E oder – entsprechend internationalem Vorbild – zumindest Beschränkung auf Fälle sexueller Belästigung.</p>
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

## VIII. Einzelfragen

Unter den konzeptionellen Einzelfragen im Hinblick auf bestimmte Merkmale der Benachteiligung und bestimmte Arbeitgeber sollen nur die wichtigsten Bereiche der Europarechts- oder Verfassungswidrigkeit und die auffälligsten handwerklichen Ungenauigkeiten aufgegriffen werden.

### 1. Altersdiskriminierung

Nicht geglückt ist auch § 10 ADG-E zur Rechtfertigung der Benachteiligung wegen des Alters. Die jetzige Regelung bleibt in Andeutungen stecken im Hinblick auf die Frage, wann eine Ungleichbehandlung zulässig ist. Hier wären klarere Worte hilfreich. Soll die Sozialauswahl in ihrem bisherigen Modell unangetastet bleiben? Der Gesetzgeber sollte sagen, ob er vom Fortbestand der bisherigen

Rechtsprechung zu § 1 Abs. 3 KSchG ausgeht, und wie er zu Sozialplänen und den dort praktizierten Abfindungsregelungen steht. Wenn er dies unterlässt, liegt die Frage wohl sehr bald beim EuGH.

Ein großes Problem bilden dann auch die **Altersgrenzenregelungen**. Der deutsche Gesetzgeber sollte klar sagen, ob er einen obligatorischen Ruhestand weiterhin für zulässig hält oder nicht. Der jetzige Entwurf eines ADG gibt hierzu keine Auskunft, die Richtlinie 2000/78/EG verhält sich dazu leider nicht eindeutig. In Erwägungsgrund Nr. 14 wird festgestellt, die Richtlinie berühre „die einzelstaatlichen Bestimmungen über die Festsetzung der Altersgrenzen für den Eintritt in den Ruhestand“ nicht. Wer erwartet, dass dies nun auch in den in der Richtlinie (und nun auch im ADG-E) aufgeführten Beispielfällen bestätigt wird, ist enttäuscht. Die Festsetzung eines Höchstalters für die aktive Tätigkeit fehlt gerade. Wahrscheinlich konnte man sich im Verfahren zur Entstehung der Richtlinie auf eine klare Antwort nicht einigen. Also bleibt nun die Aufgabe, eine Auslegung anhand des Telos des Gemeinschaftsrechts zu versuchen. Herr Kollege *Wiedemann* und ich haben zu den Konsequenzen dieser Regelungen ja schon in der NZA geschrieben (NZA 2002, 1234). Ich glaube, viel spricht dafür, der *EuGH* könnte für den Regelfall die Altersgrenzenvereinbarung als unzulässig bewerten. Will der deutsche Gesetzgeber das nicht, dann sollte er dies ausdrücklich sagen. Bis Luxemburg entscheidet, bestünde dann Rechtssicherheit. Möglich erscheint insoweit eine ausdrückliche Festlegung im ADG oder aber eine Ergänzung zu § 41 SGB VI.

**Vorschlag:** Der Gesetzeswortlaut sollte deutlich machen, unter welchen Voraussetzungen weiterhin Ruhestandsregelungen zulässig sind, ob die bisherige Praxis der Tarifvertragsparteien zum Ausschluss von Kündigungen älterer Arbeitnehmer weiterhin gültig ist, wie es sich mit den üblichen Differenzierungen in Sozialplänen verhält, und ob die Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG neuen Regeln folgen muss.

## 2. Diskriminierung wegen der Behinderung

Bei der Umsetzung der Diskriminierung wegen der Behinderung fällt auf, dass bislang übersehen wurde **§ 81 Abs. 2 SGB IX abzuschaffen**. Dies müsste nachgeholt werden.

Umsetzungsdefizite existieren vor allem im Hinblick auf Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG. Dieser ist durch § 81 Abs. 4 SGB IX nicht hinreichend umgesetzt. Einen behinderten wie einen nicht behinderten Menschen zu behandeln ist oftmals nicht genug; die Benachteiligung, die er in seine Arbeit mitbringt, muss kompensiert werden, um ihm gleichberechtigte Teilhabe am Arbeitsleben zu ermöglichen. Hier gehen Förderung und Gleichbehandlung ineinander über, nicht als freiwilliges Entgegenkommen, wie es § 5 ermöglicht, sondern als bindende Pflicht. Eben hier greift das ADG zu kurz, denn in Art. 5 entscheidet sich die Richtlinie 2000/78/EG klar für eine Gleichstellung, nicht bloß Gleichbehandlung. Dort heißt es: „Um die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Menschen mit Behinderungen zu gewährleisten, sind, soweit erforderlich, angemessene Vorkehrungen zu treffen, um den Betroffenen den Zugang zur Beschäftigung, eine Teilnahme am Arbeitsmarkt und einen beruflichen Aufstieg zu ermöglichen, sofern dies keine unbillige Härte darstellt“. Dieser Aspekt der Nicht-Diskriminierung behinderter Menschen wurde in den ADG-E nicht aufgenommen sondern bleibt weiterhin – unvollkommen – in § 81 Abs. 4 SGB IX geregelt. Hier wurde getrennt, was zusammengehört, definiert doch Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG die Diskriminierung Behinderter unter Einbeziehung

der Förderungspflichten. Dies hat der deutsche Gesetzgeber nicht aufgegriffen und dies ist ein systematischer Bruch, den handwerklich gute Gesetzgebung vermieden hätte. § 81 Abs. 4 SGB IX wiederum genügt nicht als Umsetzung denn dieser greift erst im bestehenden Arbeitsverhältnis; zudem hat das SGB IX einen anderen persönlichen Anwendungsbereich als das ADG (s. bereits *Thüsing*, ZfA 2001, 397).

**Vorschlag:** Aufnahme einer dem § 81 Abs. 4 SGB IX entsprechenden und europarechtskonform erweiterten Regelung in das ADG, etwa als § 11.

### 3. Kirchen und Weltanschauungsgemeinschaften

Nachzubessern ist auch im Hinblick auf § 9 ADG-E – nicht so sehr im Hinblick auf eine mögliche Europarechtswidrigkeit, sondern wegen drohender Verfassungswidrigkeit. Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV sagt den Religionsgemeinschaften und den ihnen zugeordneten Einrichtungen Freiheit bei der Ordnung und Verwaltung ihrer Angelegenheit innerhalb der Schranken der für alle geltenden Gesetze zu. Die Begriffe der Ordnung und Verwaltung sind weit auszulegen. Dazu gehören karitative Tätigkeit genauso wie das kirchliche Dienst- und Arbeitsrecht (S. BVerfGE 70, 138 (162); BVerfGE 57, 220 (142); BVerfGE 53, 366 (391); BVerfGE 46, 73 (85)). Diese verfassungsrechtlich gewährleistete Freiheit bestimmt seit nun mehr als 85 Jahren das Verhältnis zwischen Staat und Kirche. Auf ihrem Boden konnte sich ein Verhältnis der Unabhängigkeit bei wechselseitiger Kooperation entwickeln. In diese Freiheit, wie sie insbesondere in den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 4.6.1985 (BVerfGE 70, 138, 168 ff.) hilfreiche Konkretisierung erfahren hat, greift das geplante Antidiskriminierungsgesetz ein, sollte es denn so in Kraft treten wie es in § 9 ADG-E formuliert wurde.

Wieweit die Regelungen des Entwurfs von denen des *status quo* entfernt sind, kann am besten durch illustrierende Beispiele verdeutlicht werden. Bislang entspricht es vielfach bestätigter Rechtsprechung und ganz herrschender Meinung im Schrifttum, dass die Kirchen bei der Einstellung ihrer Mitarbeiter bevorzugt auf Bewerber der eigenen Konfession zurückgreifen können. Dies ist in Zukunft fraglich, zumindest dort, wo Tätigkeiten nicht nur von Angehörigen der eigenen Konfession wahrgenommen werden, sondern auch – und sei es nur in Ermangelung geeigneter Bewerber mit einer der Kirche entsprechenden Glaubensüberzeugung – von andersgläubigen Arbeitnehmern verrichtet werden.

*Beispiel: Eine katholische Kirchengemeinde schreibt die Stelle eines Organisten aus. Da ein geeigneter Musiker mit katholischem Bekenntnis nicht vorhanden ist, wird ein Protestant eingestellt. Hier ist fraglich, ob zukünftig dennoch bevorzugt auf einen katholischen Bewerber in späteren Besetzungen zurückgegriffen werden kann.*

*Beispiel: Ein evangelischer Kindergarten hat sowohl katholische als auch evangelische als auch nicht christliche Erzieherinnen. Bei der Neubesetzung einer Erzieherinnenstelle möchte man vor allem protestantische Bewerberinnen berücksichtigen. Es ist fraglich, ob dies weiterhin möglich ist.*

Die Antwort entscheidet sich derzeit an § 9 ADG-E. Es kommt darauf an, ob die Religion „angesichts des Selbstverständnisses der jeweiligen Religionsgesellschaft ... nach der Art der bestimmten beruflichen Tätigkeit oder Bedingung ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßig und gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt“. Weil hier bei vergleichbaren Tätigkeiten auf das gewünschte Bekenntnis verzichtet wurde, scheint die Voraussetzung des übereinstimmenden Bekenntnisses nicht wesentlich zu sein – sonst wäre ja nicht auf sie verzichtet worden.

Unzulässig könnte auch die Zurückweisung von Arbeitnehmern wegen praktizierter Homosexualität sein. Ihre Rechtfertigung bemisst sich vor allem nach § 9 Abs. 2 ADG-E. Das Recht der Kirchen, Loyalität ihrer Mitarbeiter einzufordern, ist hier nur im Hinblick auf das Diskriminierungsverbot wegen der Religion garantiert, nicht aber im Hinblick auf das wegen der sexuellen Identität. Nach der derzeitigen Fassung des ADG-E bestünde eine große Gefahr, dass die Gerichte im Widerspruch zur bisherigen Rechtsprechung die arbeitsrechtliche Sanktionierung sexuellen Verhaltens, das mit den Vorgaben der Dienstgemeinschaft unvereinbar ist, verbieten werden.

Nimmt man bei diesen Fallgestaltungen am kirchlichen Selbstbestimmungsrecht Maß, so wie es durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ausgeformt wurde, so wird man in vielen Fällen zu einer Verfassungswidrigkeit dieser Regelung kommen. Sinnvoll ist daher die Ergänzung, dass es gerade die Kirchen sind, die es bestimmen, wann eine bestimmte Religion oder Weltanschauung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt. Das **BVerfG** führte aus, dass es „grundsätzlich den verfassten Kirchen überlassen [ist], verbindlich zu bestimmen, was ‚die Glaubwürdigkeit der Kirche und ihrer Verkündigung erfordert‘, was ‚spezifisch kircheneigene Aufgaben‘ sind, was ‚Nähe‘ zu ihnen bedeutet, welches die ‚wesentlichen Grundsätze der Glaubens- und Sittenlehre‘ sind und was als – gegebenenfalls schwerer – Verstoß gegen diese anzusehen ist“ (BVerfG v. 4.6.1985 – 2 BvR 1703/83, BVerfGE 70, 138, 168). Denn zu all dem bedarf es des *sentire cum ecclesia*; das kann von einem weltlichen Gericht nicht verlangt werden. Die Autonomie und die aus ihr resultierenden kirchlichen Vorgaben finden ihre Grenzen erst in den Grundprinzipien der Rechtsordnung, wie dem allgemeinen Willkürverbot, der Wahrung der guten Sitten und dem *ordre public* (BVerfG v. 4.6.1985 – 2 BvR 1703/83, BVerfGE 70, 138, 168.). Daher ist der Einschub des § 9 Abs. 2 ADG-E, dass die Rechtfertigung „nach der Art der bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung“ bestehen müsse, ein Zusatz der funktionslos ist, und wo er es nicht sein sollte, wäre er angesichts der einschränkungslosen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verfassungswidrig. Dass aber der Europäische Gesetzgeber diesen Verfassungsrahmen akzeptieren wollte, zeigt schon Erwägungsgrund 24 der Richtlinie 2000/78/EG. „Die Europäische Union hat in ihrer der Schlussakte zum Vertrag von Amsterdam beigefügten Erklärung Nr. 11 zum Status der Kirchen und weltanschaulichen Gemeinschaften ausdrücklich anerkannt, dass sie den Status, den Kirchen und religiöse Vereinigungen oder Gemeinschaften in den Mitgliedstaaten nach deren Rechtsvorschriften genießen, achtet und ihn nicht beeinträchtigt und dass dies in gleicher Weise für den Status von weltanschaulichen Gemeinschaften gilt“. Daran sollte sich auch der deutsche Gesetzgeber orientieren.

Änderungen sind daher auch in § 9 Abs. 2 ADG-E erforderlich. Die Exemption des Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG greift anders als § 9 ADG-E über das Verbot der Diskriminierung wegen der Religion hinaus auf jedes Diskriminierungsverbot: **Nicht nur eine Erlaubnis zur Unterscheidung nach der Religion des Arbeitnehmers, sondern eine Erlaubnis zur Unterscheidung wegen der Religion des**

**Arbeitgebers.** Mit anderen Worten: Die Sonderstellung der Kirche bezieht sich nicht allein auf eine Benachteiligung wegen der Religion, sondern fußt in der Religion der Kirche, die in einem Konflikt auch zu einem nicht-religiösen Verhalten des Arbeitnehmers stehen kann. Dies umfasst auch das Recht zu arbeitsrechtlichen Konsequenzen bei homosexuellem Verhalten im Widerspruch zu den Anforderungen der kirchlichen Dienstgemeinschaft. Der britische Gesetzgeber hat dies ausdrücklich in seine Umsetzung des Diskriminierungsverbotes mit hineingeschrieben. Dieses Verständnis spiegelt sich in der Umsetzung der Richtlinien im britischen Recht, s. Regulation 7 (3) Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations 2003. Auch hier kann eine Kirche einen Arbeitnehmer wegen seiner sexuellen Orientierung benachteiligen, wenn dies erforderlich ist „to comply with the doctrines of the religion“, oder Gläubige andernfalls Anstoß nehmen könnten.

**Vorschlag:** § 9 Abs. 1 ADG-E Streichen der Worte „nach der Art der bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung“ sowie der Worte „wesentliche, rechtmäßige und“. Einfügen eines S. 2: „Diese Anforderungen werden in den Grenzen des verfassungsrechtlichen Selbstbestimmungsrecht durch die Kirchen und Weltanschauungsgemeinschaften festgelegt“. In Abs. 2 ersetzen der Worte „Verbot unterschiedlicher Behandlung wegen der Religion oder Weltanschauung“ durch das Wort „Gesetz“.

## **IX. Zusammenfassung**

Änderungen sind europarechtlich geboten insb. in § 15 ADG sowie im Hinblick auf Art. 5 Richtlinie 2000/78/EG; sie sind verfassungsrechtlich geboten in § 9 ADG, sie sind sinnvoll in § 3, § 6 Abs. 1, § 7 Abs. 2, § 6, § 8 Abs. 1 und Abs. 2, § 10 und § 16 ADG-E.