

Prof. Dr. Peter Derleder

28209 Bremen, den 10. März 2005

Wachmannstr. 95

Telefon: 0421/34 77 046

Telefax: 0421/218-34 94

Email: derleder@uni-bremen.de

An den
Familienausschuss
des Deutschen Bundestags
Frau Kerstin Griese, MdB

Berlin

Änderungsvorschläge zum Gesetzentwurf BT-Drucksache 15/4538 vom 16.12.2004

Sehr geehrte Damen und Herren,

nach Durchführung der Anhörung zum oben genannten Gesetzentwurf mit Sachverständigen und Verbänden am 7. März 2005 hat sich eine weitere öffentliche Diskussion ergeben, in der erheblicher Druck auf die Einschränkung der Ambitionen des Gesetzentwurfs entstanden ist. Für die weitere Beratung des Gesetzentwurfs gebe ich daher folgende Anregungen:

I. Es ist leider in der Anhörung nicht genügend herausgearbeitet worden, dass der Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung im Hinblick auf die Situation des Arbeitsmarktes die weitgehenden Befürchtungen arbeitgebernaher Sachverständiger und Verbände in keiner Weise rechtfertigt. Die Führung von Arbeitsgerichtsprozessen wegen Diskriminierungen ist in den laufenden Arbeitsverhältnissen praktisch nicht zu erwarten, da niemand seinen Arbeitsplatz gefährden will. Die von Prof. Dr. Rieble im Anhörungsverfahren angesprochenen Arbeitnehmer, die praktisch innerlich schon auf ihren Arbeitsplatz verzichtet haben, sind eine Marginalgruppe ohne jede Relevanz. Was den **Zugang zu den Arbeitsplätzen** angeht, stehen heute im Durchschnitt für jeden Arbeitsplatz mehrere oder viele Bewerber zur Verfügung, bei denen keinerlei Diskriminierungsmerkmal vorliegt. Wird einer von ihnen ohne weitere Begründung genommen, ist eine Benachteiligung der anderen, insbesondere der Bewerber mit einem Diskriminierungsmerkmal, noch keineswegs zu vermuten, so dass weder ein Rechtfertigungszwang noch überhaupt ein Diskriminierungsfall zur Debatte steht. Im Hinblick darauf erweisen sich die Grundsatzargumente gegen die §§ 6 ff. ADG-E als unzutreffend. Andererseits verlieren die Einzelregelungen in den §§ 6 ff. wegen der Lage des Arbeitsmarktes erheblich an Gewicht, so dass insofern Kompromisse durchaus vertretbar sind. Vor allem das Diskriminierungskriterium des Alters ist bislang wenig durchdacht und sollte auch mit Rücksicht auf den Arbeitsmarkt und die darauf möglicherweise in Zukunft drängenden älteren Menschen in einer restriktiven Sonderbestimmung neu gefasst werden.

II. Eine entscheidende Verbesserung kann das ADG dagegen auch in der Rechtswirklichkeit für den **Zivilrechtsverkehr** herbeiführen, insbesondere auch für den von mir untersuchten Wohnungsmarkt, wo es seit je regelrechte Diskriminierungsbiographien gibt. Der Gesetzgeber kann sich für den zivilrechtlichen Diskriminierungsschutz in der Fassung des Entwurfs vom 16.12.2004 weitgehend auch auf die sehr durchdachte Stellungnahme des Zivilrechtsausschusses des Deutschen Anwaltsvereins (DAV) stützen, von dem ich bei meiner Analyse nur

in wenigen Punkten abweiche. Ganz entscheidend wird es für die Bewertung des gesamten Gesetzes sein, ob der Kontrahierungszwang zugunsten Benachteiligter, insbesondere der von der Antirassismusrichtlinie Geschützten, gehalten werden kann. Für seine Erhaltung lohnt es sich auch, in anderen Punkten Kompromisse zu machen. Am Beispiel abgewiesener ausländischer Mietbewerber lässt es sich ohne weiteres verdeutlichen, dass das gesamte Anspruchssarsenal, vom Unterlassungs- über den Beseitigungs- und den Schadensersatzanspruch, wenig Ertrag abwerfen wird, wenn ein diskriminierter Mietbewerber selbst den Zugang in eine leerstehende Wohnung nicht erstreiten kann.

III. Auf der Grundlage dieser Vorbemerkungen mache ich im folgenden einige konstruktiv gedachte Änderungs- und Ergänzungsvorschläge, die sich auf die allgemeinen und die zivilrechtlichen Bestimmungen beziehen und sich teilweise auch mit den Vorschlägen anderer Sachverständiger decken.

1. In § 1 sind die Worte "aus Gründen der Rasse" zu streichen.

Begründung: Der Begriff der Rasse sollte nach den rassistischen Exzessen der deutschen Geschichte selbst dann nicht wieder gesetzliche Dignität erhalten, wenn sich andere Mitgliedstaaten damit nicht schwer tun. Auch die Verfasser des Art. 3 Abs. 3 GG haben sich insofern nicht als hinreichend reflektiert erwiesen. Der vom DJB vorgeschlagene Begriff der "zugeschriebenen Rasse" kann ebenfalls nicht überzeugen, da er eine Art Begriffsleugnung impliziert. Es genügt vielmehr, dass im ADG eine Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft untersagt wird, da damit auch etwaige Rassenunterschiede erfasst werden.

2. In § 2 Abs. 1 Nr. 8 sollten die Worte "die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen" ersetzt werden durch die Worte "die öffentlich angeboten werden".

Begründung: Damit sollte eine Kontroverse darüber ausgeschlossen werden, dass auch Angebote von Gütern und Dienstleistungen in Tageszeitungen und sonstigen Öffentlichkeitsmedien dem Diskriminierungsverbot unterfallen.

3. § 2 Abs. 1 sollte folgender Satz 2 angefügt werden: "Eine Benachteiligung aus einem in § 1 genannten Grund liegt auch dann vor, wenn der Benachteiligende einen solchen Grund beim Benachteiligten fälschlich annimmt."

Begründung: Der Inhalt dieser Regelung ist bisher nur in § 7 Abs. 1 2. Halbsatz enthalten, soll also nur für den Schutz von Beschäftigten gelten. Das kann nicht überzeugen, da auch im Zivilrechtsverkehr die fälschliche Annahme eines Diskriminierungsmerkmals, etwa die Annahme, ein Mietbewerber sei Türke, den Benachteiligungsschutz auslösen muss. § 7 Abs. 1 2. Halbsatz ist dann zu streichen.

4. § 3 Abs. 1 Satz 1 sollte lauten: "Eine unmittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde."

Begründung: Insofern hat der Kollege Thüsing eine differenzierte Begründung gegeben.

5. In § 3 Abs. 2 ist das Wort "können" am Ende des Wenn-Satzes zu streichen.

Begründung: Es kommt auf die Unterbindung realer, nicht hypothetischer oder spekulativer Diskriminierungen an.

6. In § 20 Abs. 1 sollte folgender Satz 2 angefügt werden:

"Auch soweit zivilrechtliche Schuldverhältnisse nach Abs. 1 Nr. 1 nicht in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen, können gegenüber einer ausdrücklich benachteiligenden geschäftlichen Erklärung Ansprüche nach § 22 Abs. 1 Satz 1 geltend gemacht werden."

Begründung: § 20 Abs. 1 Nr. 1 beschränkt das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot auf Massengeschäfte und sonstige zivilrechtliche Schuldverhältnisse, 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. Da die zweite Alternative die Massengeschäfte mit umfasst, könnten die erste Alternative ersatzlos gestrichen werden, ohne dass der Geltungsbereich des Entwurfs verändert würde. Nach der besonderen Akzeptanz für die Konzentration der Norm auf die Massengeschäfte (s. etwa die Stellungnahme des DAV) dürfte jedoch die redundante Fassung zur Beruhigung der widerstreitenden Gemüter beitragen können.

Inhaltliche Bedenken bestehen nur insoweit, als Anbieter, die nicht in einer Vielzahl von Fällen vergleichbare Verträge schließen, ganz vom Diskriminierungsverbot ausgenommen werden, so etwa der kleine Vermieter, der in einer Tageszeitung eine Wohnung inseriert, aber "nicht für Behinderte". Insofern würde das Gesetz in der jetzigen Fassung solche ausdrücklichen Diskriminierungserklärungen sogar erlauben. Deswegen sollte auch dann, wenn man die Kleinanbieter, insbesondere die Kleinvermieter weniger Wohnungen, vom zivilrechtlichen Benachteiligungsverbot ausnimmt, wenigstens darauf bestanden werden, dass sie keine ausdrücklichen geschäftlichen Erklärungen mit diskriminierendem Inhalt abgeben. Dies könnte in der vorgeschlagenen Fassung durch Anfügung eines Satz 2 an § 20 Abs. 1 geschehen, aber auch durch Anfügung einer entsprechenden Bestimmung in § 22 Abs. 1.

7. § 20 Abs. 2 sollte lauten: "Eine Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts oder einer Behinderung ist darüber hinaus auch bei der Begründung, Durchführung und Beendigung sonstiger zivilrechtlicher Schuldverhältnisse im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 5 bis 8 unzulässig."

Begründung: § 20 Abs. 2 setzt die Antirassismusrichtlinie durch ein Benachteiligungsverbot auch bei den Gegenständen des § 2 Abs. 1 Nr. 5 bis 8 um, also auch hinsichtlich des Zugangs zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum. Für diese Schuldverhältnisse soll das Benachteiligungsverbot somit ohne die Einschränkungen des § 20 Abs. 1, insbesondere seiner Nr. 1 hinsichtlich der Massengeschäfte gelten. Die gleiche Strenge sollte aber grundsätzlich auch dem Benachteiligungsverbot hinsichtlich des Geschlechts und einer Behinderung gegeben werden, wie dies der DJB empfohlen hat. Sollte es im Prozess der politischen Beratung zu einer Abwägung zwischen der Erweiterung des Adressatenkreises des § 20 Abs. 2 und der Einschränkung oder Streichung des Kontrahierungszwangs i.S. des § 22 Abs. 2 kommen, dann wäre aber die Realisierung des Kontrahierungszwangs vorzugswürdig.

8. § 21 Satz 2 Nr. 5 ist wie folgt zu fassen:

"bei privatrechtlichen Versicherungsverträgen darin besteht, dass der unterschiedlichen Behandlung eine vertretbare, statistisch abgesicherte Risikobewertung zugrunde liegt".

Begründung: Die Diskussion hat sich an der bisherigen Fassung der Nr. 5 entzündet, die in der Tat fälschlich die Entscheidung über die versicherungsmathematische und statistische Validität von Risikobewertungen den Gerichten zuschieben würde. Insofern sollte es aber dabei bleiben, dass vertretbare unternehmerische Risikozuordnungen möglich bleiben. Der Entwurf hat allerdings lediglich Richtlinienformulierungen übernommen, die jedoch ihrerseits so diffus sind, dass sich eine sklavische Übernahme verbietet. Die hier vorgeschlagene Formulierung erlaubt aber ohne weiteres die Subsumtion der europarechtlichen Erwägungen.

Sollte der Gesetzgeber dazu neigen, eine Frauen und Männer in einer Solidargemeinschaft durch gemeinsame Risikobewertung, insbesondere etwa für Krankenversicherungskosten, zusammenzufassen, was der Unterzeichner für wünschenswert hält, dann muss er dies auch ausdrücklich im Gesetz verankern und kann nicht von der Rechtsprechung erwarten, dass sie eine solche grundlegende Umstrukturierung der Risikobewertung klandestin realisiert. Die bisherige Gesetzesfassung rechtfertigt in jedem Fall nicht die Einführung von Unisex-Tarifen.

9. In § 21 ist folgender Satz 3 anzufügen: "Eine Verletzung des Benachteiligungsverbot kann auch entfallen, wenn der Benachteiligende eine unterschiedliche Behandlung auf bestimmte Vorerfahrungen stützt, die sein Handeln nicht als missbilligenswert erscheinen lassen."

Begründung: § 20 Abs. 2 enthält ein striktes Verbot der unterschiedlichen Behandlung wegen der Rasse und der ethnischen Herkunft, d.h. ohne die Möglichkeit einer Rechtfertigung nach § 21. Dies entspricht zwar dem Wortlaut nach der Vorgabe der Antirassismusrichtlinie, ist aber nicht in vollem Umfang gerechtfertigt. Eine unterschiedliche Behandlung wegen der ethnischen Herkunft kann etwa bei einem Wohnraumvermieter ausnahmsweise dann hinzunehmen sein, wenn dieser vorher nachweisbar sehr schlechte Erfahrungen mit Mietern dieser ethnischen Herkunft gemacht hat, etwa wegen eines ungünstigen Umfeldes. Auch wenn über die Details einer erfahrungsgestützten Benachteiligung noch keine hinreichende öffentliche Diskussion geführt worden ist, sollte das Gesetz diese nicht von vornherein ächten. Deswegen empfiehlt sich die Anfügung eines Satzes 3 in § 21, der eine erfahrungsgestützte Benachteiligung nicht ausschließt.

10. An § 22 Abs. 2 Satz 2 ist folgender Satz 3 anzufügen:

"Der Anspruch auf Abschluss eines Wohnraummietvertrags kann nur solange geltend gemacht werden, als die angebotene Wohnung nicht einem Dritten überlassen worden ist."

Begründung: Die vorgeschlagene Fassung stellt klar, dass bei Wohnraum ein benachteiligter Mietbewerber sich auch dann auf den Kontrahierungszwang berufen kann, wenn der Vermieter die angebotene Wohnung anderweit vermietet, aber noch keinem Dritten überlassen hat. Erfahrungsgemäß werden auf dem Wohnungsmarkt benachteiligte Ausländer häufig damit abgespeist, dass die Wohnung bereits vermietet sei. Dies lässt sich häufig von Seiten des Mietbewerbers nicht klären. Oft wird erst nach einiger Zeit das Fortbestehen des Leerstands deutlich. Insofern ist es geboten, den Anspruch auf Abschluss eines Mietvertrages solange

aufrecht zu erhalten, als die Wohnung noch keinem Dritten überlassen worden ist. Ist dies bereits der Fall, kann nur ein Schadensersatzanspruch bestehen.

11. § 22 Abs. 3 Satz 3 sollte als Satz 2 an Satz 1 angefügt werden. Der bisherige Satz 2 sollte als Satz 3 wie folgt lauten:

"Ein Anspruch besteht nicht, wenn der Benachteiligte die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat."

Begründung: Der Streit über die Verschuldensabhängigkeit des Ersatzanspruchs wegen eines immateriellen Schadens wird dadurch ausgeräumt, dass das Verschuldenserfordernis in dem vorgeschlagenen Satz 3 auf die beiden Formen des Schadensersatzanspruchs in Satz 1 und Satz 2 bezogen wird. Das möglicherweise verfolgte Projekt einer verschuldensunabhängigen Entschädigung für immaterielle Schäden sollte aufgegeben werden, da es für die Durchsetzung eines diskriminierungsfreien Umgangs mit Minderheiten einer entsprechenden Veränderung der sozialen und rechtlichen Anschauungen bedarf, also auch der Herstellung entsprechender sittlicher Anschauungen. Dafür wäre ein Entschädigungsanspruch gegen einen schuldlosen Vertragspartner kontraproduktiv.

12. § 22 sollte folgenden Abs. 6 erhalten:

"Die Ansprüche nach Abs. 1 bis 3 verjähren in sechs Monaten. Die Verjährung beginnt, wenn der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste, spätestens aber in drei Jahren nach dem Eintritt der Benachteiligung."

Begründung: Eine kurze Verjährungsfrist von sechs Monaten sollte es ausschließen, dass Diskriminierungskontroversen über zu lange Zeit hinweggeschleppt werden. Der Verjährungsbeginn bedarf jedoch der subjektiven Anknüpfung im Sinne des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB, da die Diskriminierung dem Benachteiligten oft erst nach einiger Zeit erkennbar wird, wie dies bei Entdeckung des späteren Leerstands einer angebotenen, aber nicht vermieteten Wohnung deutlich wird. Die Höchstfrist sollte aber drei Jahre betragen.

13. § 23 sollte wie folgt gefasst werden:

"Wenn im Streitfall die eine Partei Tatsachen als überwiegend wahrscheinlich glaubhaft macht, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 genannten Grundes vermuten lassen, trägt die andere Partei, falls sie die dargelegten Tatsachen durch Gegenbeweis nicht ausräumen kann, die Beweislast dafür, dass 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: Mit dieser Fassung kann vermieden werden, dass eine Vermutung auf Indiztatsachen gestützt wird, die der Benachteiligte durch Gegenbeweis ausräumen kann. Ferner ist eine Einschränkung des die Vermutung widerlegenden Beweises auf rein sachliche Gründe nicht zu rechtfertigen, da auch nicht diskriminierende persönliche Gründe zulässig sind.

14. § 24 Abs. 2 Satz 1 sollte am Ende nach Ersetzung des Punktes durch ein Komma mittels Anfügung des folgenden Halbsatzes ergänzt werden:

"falls eine anwaltliche Vertretung nicht zu erlangen ist."

Begründung: Die Prozessvertretung benachteiligter Personen sollte primär dem Individualprozess überlassen werden. Die Erfahrungen mit wettbewerbsrechtlichen Abmahnvereinen, die aus Abmahnungen ihr Geschäft machen, sollte auch dazu führen, dass eine Prozessbevollmächtigung für Verbände vor den unteren Instanzgerichten nur dann zugelassen wird, falls eine anwaltliche Vertretung nicht mit zumutbarer Anstrengung zu erlangen ist.

Falls die Diskussion weiterer Veränderungen des Gesetzentwurfs weiteren juristischen Beratungsbedarf ergeben sollte, stehe ich dafür gerne zur Verfügung.

Mit bestem Gruß
Ihr

Peter Derleder