

**Öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses am
Mittwoch, dem 15. Oktober 2008, 14.00 Uhr**

Schriftliche Stellungnahme von Rechtsanwalt Dr. Jobst-Hubertus Bauer, Stuttgart

Mit dem im August 2006 in Kraft getretenen AGG wurden die Vorgaben der Europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien erfüllt, teilweise sogar übererfüllt. Aus europarechtlicher Sicht besteht lediglich im Hinblick auf § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB Handlungsbedarf. Im Übrigen sind Änderungen des AGG rechtlich nicht erforderlich.

Zu den wesentlichen Änderungsvorschlägen im Einzelnen:

1. Antrag „Das europäische Antidiskriminierungsrecht weiterentwickeln“ (BT-Drucksache 16/8198)

- Ausschließliche Geltung des KSchG (§ 2 Abs. 4 AGG)

Die Europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien gelten auch für Kündigungen. Es ist aber europarechtlich nicht erforderlich, diskriminierende Kündigungen durch die im AGG vorgesehenen Ansprüche (insbesondere Schadensersatz und Entschädigung) zu sanktionieren. Vielmehr stellt es eine ausreichende Sanktion dar, dass Kündigungen, die wegen eines diskriminierenden Motivs erklärt werden, nach geltendem Recht innerhalb und außerhalb des Geltungsbereichs des KSchG unwirksam sind.

Fälle, in denen eine Kündigung zwar aus diskriminierendem Motiv erfolgt, aber ausnahmsweise objektiv sozial gerechtfertigt ist, erscheinen theoretisch. Zur Klarstellung, dass solche Kündigungen nicht sanktionslos wären, könnte § 2 Abs. 4 AGG um folgenden Satz 2 ergänzt werden:

„Unberührt bleibt die Geltendmachung eines Anspruchs nach § 15 Abs. 2, wenn eine sozial gerechtfertigte Kündigung gegen das Benachteiligungsverbot verstößt.“

- Zweimonatige Geltendmachungsfrist (§ 15 Abs. 4 AGG)

Eine kurze Geltendmachungsfrist ist aus Gründen der Rechtssicherheit erforderlich. Die gesetzliche Frist von zwei Monaten hält sich im Rahmen üblicher tariflicher Ausschlussfristen. Sie stellt daher keine unzulässige Verkürzung des Rechtsschutzes dar. Die Rechtsprechung des BAG zur Zulässigkeit einer Ausschlussfrist in vorformulierten Arbeitsverträgen ist nicht anwendbar. Es erscheint aber vertretbar, aus Gründen des Gleichlaufs die Frist in § 15 Abs. 4 AGG auf drei Monate zu verlängern.

- Verbändebeteiligung in gerichtlichen Verfahren (§ 23 Abs. 2 AGG)

Europarechtlich steht das Beteiligungsrecht von Verbänden unter dem Vorbehalt von im „nationalen Recht festgelegten Kriterien“. Es wäre daher auch zulässig, durch eine entsprechende nationale Regelung eine Beteiligung von Verbänden ganz auszuschließen. Eine Erweiterung der Verbändebeteiligung erscheint kontraproduktiv, da damit die Gefahr eines Missbrauchs des AGG noch erhöht würde.

- Maßregelungsverbot (§ 16 AGG)

Eine Maßregelung kommt der Natur der Sache nach nur in Dauerschuldverhältnissen in Betracht, bei denen der einen Vertragspartei ein Bestimmungsrecht über die andere Vertragspartei eingeräumt ist. Welche Fälle dies außerhalb des Arbeitsrechts im Bereich des allgemeinen Zivilrechts betreffen könnte, ist nicht ersichtlich. Sollten solche Fälle nicht ohnehin rein theoretisch sein, spricht nichts gegen eine Erstreckung auf das allgemeine Zivilrecht.

- Schadensersatz und Entschädigung (§ 15 Abs. 1 und 3 AGG)

Die Europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien erfordern nach ihrer Auslegung durch den EuGH eine verschuldensunabhängige Haftung für Diskriminierung. Dieses Erfordernis erfüllt der Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG, der eine verschuldensunabhängige Ersatzpflicht des Arbeitgebers für Nichtvermögensschäden statuiert. Eine europarechtliche Notwendigkeit, auch den Anspruch auf Ersatz materieller Schäden verschuldensunabhängig zu gewähren, besteht nicht. Würde auf das Verschuldenserfordernis bei § 15 Abs. 1 AGG verzichtet, stünde dies im Widerspruch zum Haftungssystem des allgemeinen Zivilrechts (z.B. § 280 Abs. 1 BGB). Hiervon sollte Abstand genommen werden. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass der Arbeitgeber nach geltendem Recht nicht nur im Falle eigenen Verschuldens auf Schadensersatz haftet, sondern dass ihm schuldhaftes Verhalten von Vorgesetzten grundsätzlich (§ 278 BGB) und von sonstigen Mitarbeitern unter den Voraussetzungen einer Nichterfüllung der Arbeitgeberpflichten nach § 12 AGG zugerechnet wird. Fälle einer Diskriminierung, in denen den Arbeitgeber kein eigenes Verschulden trifft und auch kein Verschulden Dritter zuzurechnen ist, erscheinen daher weitgehend theoretisch.

Das Haftungsprivileg des § 15 Abs. 3 AGG betrifft den Sonderfall, dass der Arbeitgeber nicht selbst – quasi aus eigenem Entschluss – diskriminiert, sondern eine diskriminierende Vereinbarung der Tarif- oder Betriebsparteien anwendet. Dabei ist zu berücksichtigen, dass solche Kollektivvereinbarungen (Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen) rechtlich zwingend gelten, d.h. der Arbeitgeber kein Wahlrecht hat, ob er von einer möglicherweise diskriminierenden Bestimmung Gebrauch macht oder nicht. Schon aus Verantwortungsgesichtspunkten kann dem Arbeitgeber nicht die Haftung auferlegt werden für diskriminierende Regelungen, an denen er selbst entweder gar

nicht (Tarifverträge) oder nur teilweise (Betriebsvereinbarungen) beteiligt war. Die in § 15 Abs. 3 AGG vorgesehene Begrenzung der Arbeitgeberhaftung auf Fälle, in denen er vorsätzlich oder grob fahrlässig den diskriminierenden Inhalt einer Kollektivvereinbarung verkennt, ist sachgerecht und im Rahmen der notwendigen Integration von Richtlinienbestimmungen in das System des nationalen Rechts europarechtlich zulässig.

- Beweislastregelung (§ 22 AGG)

§ 22 AGG beinhaltet gegenüber § 611a Abs. 1 Satz 3 BGB a.F. keine Verschlechterung der Beweislast zu Lasten des Arbeitnehmers. Den in § 611a BGB a.F. verwendeten Begriff der „Glaubhaftmachung“ hat das BAG schon bisher als „Beweis von Indizien“ ausgelegt. Der Wortlaut von § 22 AGG hat diese Rechtsprechung übernommen, ohne inhaltlich etwas an den Voraussetzungen der Beweisführung zu ändern.

- Rechtfertigungsgrund der beruflichen Anforderungen (§ 8 Abs. 1 AGG)

Soweit § 8 Abs. 1 AGG zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung eine „entscheidende“ berufliche Anforderung voraussetzt, entspricht dies der früheren Rechtslage, nach der eine unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts zulässig war, wenn das Geschlecht wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine „unverzichtbare“ Voraussetzung für die Tätigkeit ist (§ 611a Abs. 1 Satz 2 BGB a.F.). Die Begriffe „entscheidend“, „unverzichtbar“ und „unabdingbar“ (Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 76/207/EWG) sind synonym.

- Betriebliche Altersvorsorge (§ 2 Abs. 2 Satz 2 AGG)

Das BAG hat bereits festgestellt, dass § 2 Abs. 2 Satz 2 AGG – im Unterschied etwa zu § 2 Abs. 4 AGG – keine ausschließliche Geltung des Rechts der betrieblichen Altersvorsorge anordnet. Die Vorschrift schließt eine Anwendung des AGG nur insoweit aus, als das Betriebsrentenrecht selbst Regelungen über die Zulässigkeit von Differenzierungen wegen eines in § 1 AGG genannten Merkmals enthält. Dies ist sachgerecht, da es sonst Widersprüche zwischen zwei gesetzlichen Regelungen (AGG und BetrAVG) geben könnte.

2. Antrag „Effektiven Diskriminierungsschutz verwirklichen“ (BT-Drucksache 16/9637)

- Rechte von Verbänden

Siehe oben.

- Beweiserleichterung

Siehe oben.

- Auskunftsrecht

Ein Auskunftsrecht gegenüber der diskriminierenden Stelle oder Person würde im Widerspruch zur Beweiserleichterung des § 22 AGG stehen. Die Beweiserleichterung ist gerade darin begründet, dass (vermeintlich) diskriminierten Personen nach allgemeinen Grundsätzen des deutschen Rechts kein Auskunftsanspruch gegen den möglichen Anspruchsgegner zusteht. Deshalb senkt § 22 AGG – europarechtskonform – den Beweismaßstab für die Geltendmachung einer verbotenen Benachteiligung ab.

- Geltendmachungsfrist

Siehe oben.

- Schadensersatzanspruch

Der Schadensersatzanspruch des § 15 Abs. 1 AGG ist auch nach der derzeitigen Fassung in der Höhe unbegrenzt. Er ist nach allgemeinen schadensersatzrechtlichen Grundsätzen (Differenzhypothese) zu ermitteln. Die Aufnahme eines Anspruchs auf Begründung eines Vertragsverhältnisses wäre verfassungsrechtlich unzulässig, da sie die durch Art. 2 Abs. 1 GG garantierte Vertragsautonomie verletzen würde.

- Rechtfertigungsgrund der beruflichen Anforderungen

Siehe oben.

- Streichung von § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB

Die Vorschrift des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB, nach der Beschäftigungszeiten erst ab dem 25. Lebensjahr zu einer Verlängerung der gesetzlichen Kündigungsfristen führen können, ist europarechtswidrig. Die Regelung sollte gestrichen werden.