

	<p>CHRISTIAN-ALBRECHTS-UNIVERSITÄT ZU KIEL RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT</p> <p>Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht</p> <p>Univ.-Prof. Dr. Hartmut Oetker</p>	
---	--	---

CAU Kiel – Rechtswissenschaftliche Fakultät – Univ.-Prof. Dr. H. Oetker

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Innen- und Rechtsausschuss
Die Vorsitzende
Frau Barbara Ostmeier
Postfach 7121
24171 Kiel

Leibnizstraße 6
D-24118 Kiel
T +49/(0)431/880-3525
F +49/(0)431/880-5377
sekoetker@law.uni-kiel.de
www.uni-kiel.de/prof-oetker

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 18/4707

17. August 2015

Stellungnahme
zu dem Tätigkeitsbericht der
Antidiskriminierungsstelle des Landes Schleswig-Holstein
(LT-Drucks. 18/2912)

Sehr geehrte Frau Ostmeier,

entsprechend der von Ihnen mit Schreiben vom 17. Juli 2015 geäußerten Bitte nehme ich hiermit zu dem obigen Tätigkeitsbericht Stellung, darf Sie jedoch um Verständnis bitten, wenn ich mich primär auf die seitens der Antidiskriminierungsstelle unterbreiteten Änderungsvorschläge zum AGG beschränke (LT-Drucks. 18/2912, S. 10 bis 13).

1. Abschaffung der Deckelung des Entschädigungsanspruchs nach § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG

Die in § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG vorgesehene Deckelung der Entschädigung auf drei Monatsgehälter betrifft einen Sonderfall, der insbesondere auch in Rechnung stellt, dass der Arbeitgeber in der erfassten Fallgestaltung mit einer Vielzahl von Anspruchstellern konfrontiert sein kann, da der Anspruch jedem Bewerber zusteht, der auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre (siehe *Adomeit/Mohr*, AGG, 2. Aufl. 2011, § 15 Rdnr. 58; *Linck*, in: *Schaub*, Arbeitsrechts-Handbuch, 16. Aufl. 2015, § 36 Rdnr. 91; *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, 2. Aufl. 2010, § 15 Rdnr. 61; *Stein*, in: *Wendeling-Schröder/Stein*, AGG, 2008, § 15 AGG Rdnr. 47). Insoweit trägt die Deckelung dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung, ohne dass die Wirksamkeit

der Sanktion in Frage gestellt ist. In allen anderen Sachverhalten, insbesondere auch bei der Nichtberücksichtigung des bestqualifizierten Bewerbers, greift die Deckelung durch § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG nicht ein, so dass die vom Gericht als „angemessen“ erachtete Entschädigungshöhe auch den Betrag von drei Monatsgehältern übersteigen kann (*Adomeit/Mohr*, AGG, 2. Aufl. 2011, § 15 Rdnr. 70; *Linck*, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 16. Aufl. 2015, § 36 Rdnr. 90; *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, 2. Aufl. 2010, § 15 Rdnr. 73; *Schlachter*, ErfKomm. ArbR, 15. Aufl. 2015, § 15 AGG Rdnr. 10; *Thüsing*, MünchKomm. BGB, 6. Aufl. 2012, § 15 AGG Rdnr. 11, 12). Ungeachtet dessen bleibt zu beachten, dass die Deckelung in § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG ausschließlich eine auf § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG gestützte Entschädigung erfasst. Für anderweitige Entschädigungsansprüche, die von § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG unberührt bleiben (§ 15 Abs. 5 AGG) und in besonders schwerwiegenden Fällen auf eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gestützt werden können, hat die Deckelung in § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG keine Bedeutung, so dass die dortige Höhe der Entschädigung auch überschritten werden kann. Angesichts der vorstehend skizzierten normativen Rahmendaten besteht für eine Streichung von § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG keine Veranlassung.

2. Verlängerung der Anzeigefristen in den §§ 15 Abs. 4 und 21 Abs. 5 AGG

Eine Verlängerung der Anzeigefristen in den §§ 15 Abs. 4 und 21 Abs. 5 AGG ist aus Sicht des Unterzeichnenden nicht angezeigt. Der EuGH hat bereits in der Rechtssache *Bulicke* (EuGH 8.7.2010, NZA 2010, 869) ausdrücklich festgestellt, dass die zweimonatige Ausschlussfrist nicht als eine übermäßige Erschwerung für die Geltendmachung von Rechten zu bewerten ist. Zu berücksichtigen ist dabei auch, dass die Frist erst mit Kenntnis der anspruchsbegründenden Tatsachen zu laufen beginnt und dies in den besonders gravierenden Fällen eines Dauerzustandes erst mit dessen Beendigung der Fall ist (siehe BAG 16.5.2007, NZA 2007, 1154, für Mobbing-Sachverhalte). Im Übrigen können die inhaltlichen Anforderungen an die Geltendmachung auch in schweren Fällen durchaus bewältigt werden; zudem trägt der Gesetzgeber mit der Ausschlussfrist dem legitimen Anliegen nach Rechtssicherheit Rechnung, das auch der EuGH als ein grundlegendes Prinzip anerkannt hat (siehe EuGH 8.7.2010, NZA 2010, 869).

3. Sonderregelung des § 9 AGG abschaffen

Einer Abschaffung der Sonderregelung in § 9 AGG steht nicht nur das durch Art. 140 GG i.V. mit Art. 137 ff. WRV gewährleistete Selbstbestimmungsrecht der Kirchen (siehe allg. BVerfG 22.10.2014, NZA 2014, 1387 ff.) entgegen, das auch durch das primäre Unionsrecht (Art. 17 Abs. 1 AEUV) sowie die EMRK (Art. 9 EMRK; siehe EGMR 12.6.2014, NZA 2015, 533 Rdnr. 127 ff.) geschützt ist. Die in dem Tätigkeitsbericht beschriebenen Defizite im sog. verkündungsfernen Bereich sind bei zutreffendem

Verständnis von § 9 AGG ohnehin nicht durch diese Norm erfasst, da die Vorschrift nur dann eingreift, wenn die unterschiedliche Behandlung wegen der Religion eine „nach der Art der Tätigkeit gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt“. Deshalb ist anerkannt, dass der sog. verkündungsferne Bereich nicht in die Privilegierung durch § 9 Abs. 1 AGG einbezogen ist (*Bauer/Krieger*, AGG, 4. Aufl. 2014, § 9 Rdnr. 15; *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, 2. Aufl. 2010, § 9 Rdnr. 22; *Oetker*, MünchArbR, 3. Aufl. 2009, § 14 Rdnr. 78 f.; *Schlachter*, Erfkomm. ArbR, 15. Aufl. 2015, § 9 AGG Rdnr. 1; *Stein*, in: *Wendeling-Schröder/Stein*, AGG, 2008, § 9 AGG Rdnr. 36; *Wedde*, in: *Däubler/Bertzsch* [Hrsg.], AGG, 3. Aufl. 2013, § 9 Rdnr. 52, 53 ff.; weitergehend wohl *Thüsing*, MünchKomm. BGB, 6. Aufl. 2012, § 9 AGG Rdnr. 13). Da der Tätigkeitsbericht für den sog. verkündungsnahen Bereich keine Beanstandungen erhebt (S. 12), entbehrt das Plädoyer für eine Abschaffung der Sonderregelung in § 9 AGG einer tragfähigen Grundlage bzw. beruht auf einer Verkennung der *lex lata*. Im Gegenteil ist der in § 9 Abs. 1 AGG normierte Vorbehalt in sog. verkündungsnahen Bereichen sogar verfassungsrechtlich unabdingbar und wird in seiner inhaltlichen Reichweite durch die nicht zur Disposition des Gesetzgebers stehende Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zum Inhalt des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts geprägt (siehe insoweit zuletzt auch EGMR 12.6.2014, NZA 2015, 533 Rdnr. 127 ff.).

4. Maßregelungsverbot des § 16 AGG auf das gesamte AGG ausweiten

Die Aussage des Tätigkeitsberichts, dass § 16 AGG in den zivilrechtlichen Sachverhalten keine Anwendung findet, trifft zwar zu, die hieraus gezogene Schlussfolgerung, hierdurch fehle ein Schutz vor Sanktionen, trifft indes nicht zu, da die von § 16 AGG untersagten Benachteiligungen auch von allgemeinen zivilrechtlichen Verbotstatbeständen erfasst werden, die insbesondere in den zivilrechtlichen Diskriminierungssachverhalt eingreifen. Eine Benachteiligung, die wegen der Ausübung von Rechten erfolgt, ist sowohl von dem Schikaneverbot (§ 226 BGB) als auch von dem Verbot eines sittenwidrigen Verhaltens (§ 138 Abs. 1 BGB) erfasst.

5. Ausweitung der Rechte von Betriebsräten und Gewerkschaften

Der Tätigkeitsbericht gibt die Rechtslage in diesem Punkt unvollständig wieder, da er das betriebsverfassungsrechtliche Normengefüge vollständig ausblendet. Bereits nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG hat der Betriebsrat die Aufgabe, darüber zu wachen, dass die zugunsten des Arbeitnehmers geltenden Gesetze durchgeführt werden. Zu den von § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG erfassten Gesetzen zählt auch das AGG (statt aller *Weber*, GK-BetrVG, 10. Aufl. 2014, § 80 Rdnr. 12, m.w.N.). Darüber hinaus umfasst das Beschwerderecht des Arbeitnehmers (§ 84 Abs. 1 BetrVG) auch Verstöße des Arbeitgebers gegen das AGG und schließlich kann der Betriebsrat über § 85 Abs. 1 BetrVG gegenüber dem Arbeitgeber auf Abhilfe hinwirken. Angesichts dessen können sich Betriebsräte bereits *de lege lata* zugunsten des Betroffenen für eine Änderung der

Situation einsetzen.

6. Abschließend sei eine Anmerkung zu der pauschalen Aussage in dem Tätigkeitsbericht gestattet, Stellenausschreibungen würden oft nicht diskriminierungsfrei formuliert (S. 7, 21 f.). Mit belastbaren empirischen Zahlen wird diese These nicht unterlegt. Eine zugegebenermaßen zufällige Stichprobe vermittelt eher einen gegenläufigen Eindruck. So lieferten die in den Kieler Nachrichten vom 08.08.2015 abgedruckten 47 Stellenangebote in 40 Fällen keinen Anlass für Beanstandungen im Hinblick auf § 11 AGG, was immerhin einer Befolungsquote von 85 % entspricht. Zu beanstanden waren lediglich drei Anzeigen, in denen „Krautfahrer“ gesucht wurden. In vier Fällen wurden ausschließlich weibliche Bezeichnungen gewählt (u.a. Raumpflegerin für Kindertagesstätte, Altenpflegerin von einer Seniorin gesucht). Bemerkenswert war auch die Anzeige des Flüchtlingsrates Schleswig-Holstein, der „neue Kolleginnen“ suchte.

Ich würde mich freuen, Ihnen mit meiner Stellungnahme gedient zu haben,
und verbleibe mit freundlichen Grüßen

Ihr

Univ.-Prof. Dr. Hartmut Oetker