

Sprechzettel -
Tätigkeitsbericht ADS 2013/2014 IuR am 4.11.2015

1. Änderungsvorschläge AGG

1.1 Die Deckelung des Entschädigungsanspruchs nach § 15 Abs. 2 S. 2 AGG - Im Falle einer AGG-widrigen Nichteinstellung ist der Entschädigungsanspruch auf drei Monatsgehälter beschränkt.

Die Antirassismusrichtlinie (2000/43/EG) bestimmt in Ziffer 26 der Präambel allerdings, dass die Mitgliedsstaaten „wirksame, verhältnismäßige und abschreckende“ Sanktionen vorsehen.

Danach muss also die zu zahlende Entschädigung durch den geforderten Abschreckungscharakter eine gewisse Wirkung haben - so der EuGH im Jahr 1997 - (EuGH vom 22.4. 1997 NZA 1997, S. 645, „Draehmpaehl“): Nämlich einerseits den Arbeitgeber zukünftig zur ordnungsgemäßen Erfüllung seiner Pflichten nach dem AGG anzuhalten (spezialpräventive Funktion) und darüber hinaus Dritte von ähnlichen Verstößen abzuhalten (generalpräventive Funktion).

(In der genannten Entscheidung des EuGH war dann differenziert entschieden worden: Für den Fall, dass ein Bewerber auch bei diskriminierungsfreier Auswahl die Stelle nicht bekommen hätte, sei eine Deckelung grundsätzlich nicht zu beanstanden, allerdings in dem Fall, in dem es um den bestqualifizierten Bewerber geht, der die Stelle bei diskriminierungsfreier Auswahl bekommen hätte, sei eine Deckelung nicht möglich.)

Dabei wirkt sich die Obergrenze der drei Monatsgehälter in § 15 Abs. 2 S. 2 AGG in der Rechtsprechung faktisch wie folgt aus - und dies bei den Fällen, bei denen es eigentlich keine Begrenzung gibt, nämlich für den Fall, dass der „bestqualifizierte“/„bestplatzierte“ Bewerber nicht eingestellt wurde, aber bei Diskriminierungsfreier Auswahl eingestellt worden wäre:

„durchschnittliche“ Fälle werden mit einem/maximal zwei Monatsgehältern entschädigt, und die überdurchschnittlichen Fälle mit drei Monatsgehältern (so z.B. die Analyse bei Däubler/Bertzbach Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz - Handkommentar, § 15 Abs. 2 Randnr. 82).

Und in den Fällen, in denen die Höchstgrenze tatsächlich gilt, werden in der Regel nur Entschädigungen in Höhe von 1 bis max. 1,5 Gehältern zugesprochen.

Dies könnte in der Tat erst dann abschreckend wirken, wenn eine Vielzahl von Betroffenen klagen würde. Dies hat es nach meinen Erkenntnissen noch nicht in SH – oder überhaupt in Deutschland gegeben.

Insofern stützt die Entscheidung des EuGH aus dem Jahr 1997 (immerhin vor 18 Jahren) die Forderung nach der Streichung der Höchstgrenze, weil sich die deutsche Rechtsprechung daran orientiert und zwar auch in den Fällen, in denen eigentlich keine Obergrenze gelten soll.

Es stellt sich jetzt – fast 18 Jahre nach der EuGH Entscheidung und 10 Jahre nach dem Inkrafttreten des AGG - die Frage, ob vor dem Hintergrund des Vorgehens der deutschen Gerichte hier überhaupt noch von einer abschreckenden Wirkung gesprochen werden kann.

Das Problem ist einfach - und deshalb tut sich auch Prof. Oetker damit schwer - dass der Gedanke der Abschreckungswirkung bei Entschädigungen dem deutschen Recht einfach fremd ist. Denn nach dem deutschen Recht dient auch der Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens nur dem Ausgleich und nicht der Abschreckung – ständige Rechtsprechung des BGH (so z.B. BGH vom 4.6.1992, BGHZ 118, 312). (vgl. auch Bauer/Krieger AGG Kommentar, § 15 Rdnr. 36).

Es muss doch aber folgendes gelten:

Damit die mögliche Entschädigungszahlung tatsächlich auch Abschreckungscharakter haben kann, sollte diese nicht der Höhe nach beschränkt sein - sie sollte grundsätzlich – unter Berücksichtigung des Abschreckungscharakters - verhältnismäßig sein.

D.h. dass besonders grobe Verstöße dann eben auch mit deutlich höheren Entschädigungszahlungen belegt werden könnten.

Das AGG würde damit zugleich einen eigenen Entschädigungsanspruch definieren, der eben auch den Abschreckungsgedanken beinhaltet.

Erreicht werden könnte dies durch die einfache Streichung der Höchstbegrenzung mit einer entsprechenden Begründung.

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

Nach den beiden genannten Vorschriften gilt sowohl für das Arbeitsleben als auch für alle anderen zivilrechtlichen Bereiche eine zweimonatige Frist für die schriftliche Anzeige der geltend gemachten Ansprüche der Betroffenen. Erfolgt diese erst später als zwei Monate nach der Benachteiligung oder nachdem der Betroffene Kenntnis von der Benachteiligung erhalten hat, dann sind alle Ansprüche ausgeschlossen (soweit die Benachteiligung nicht noch andauert).

Beispielsfall im Tätigkeitsbericht :

Eine 13jährige wird beim Lösen eines Fahrscheins für den ÖPNV vom Busfahrer rassistisch beleidigt und benachteiligt - sie muss trotz ihres Alters, dass sie eigentlich zum Lösen eines Schülertickets berechtigt, ein Erwachsenenticket bezahlen. Der Busfahrer sagte dazu „Neger zahlen eben mehr“.

Gerade diese Art der Benachteiligung, das Alltagsrassismus verletzt die Würde der Betroffenen ganz erheblich und es ist nachvollziehbar, dass Menschen, denen dies widerfährt, einfach Zeit brauchen, dies zu verarbeiten und zu überlegen, mit wem sie darüber sprechen können. Es ist meine Erfahrung - ganz besonders über viele Gespräche am Rande der Veranstaltungen, die ich besucht habe - dass viele Menschen deshalb ihre Rechte nicht geltend machen, sie verlieren ihre Ansprüche durch diese kurze Ausschlussfrist.

Es geht bei der Frist auch nicht nur um eine Frist im Arbeitsleben, sondern generell auch für die anderen zivilrechtlichen Sachverhalte.

Im Übrigen geht es - als Erwiderung auf Prof. Oetker - mitnichten darum, diese Frist als rechtswidrige Verkürzung anzusehen. Sicher ist diese Frist rechtmäßig. Aber die Frage muss doch lauten, ob sie auch sinnvoll ist? Das ist ja leider eine Frage, die wir Juristen nicht immer im Fokus haben.... Daher sind die Anmerkungen der hierzu ablehnenden Stellungnahmen aus meiner Sicht nicht ganz so relevant.

1.3 Sonderregelung des § 9 AGG einschränken

Klarstellung:

Der Vorschlag der Antidiskriminierungsstelle bezieht sich darauf, in der Norm des § 9 AGG deutlich zu machen, dass das Recht der Kirchen Arbeitnehmer oder Bewerber wegen ihrer Religion oder Weltanschauung

ungleich behandeln zu dürfen, auf den sogenannten verkündungsnahen Bereich beschränkt ist.

Anhand der zu diesem Punkt eingegangenen Stellungnahmen wird ersichtlich, dass dies genau das Problem darstellt:

Prof. Oetker und z.B. auch der Schleswig-Holsteinische Richterverband gehen davon aus, dass 9 Abs. 1 AGG eben im verkündungsfernen Bereich nicht greift.

Demgegenüber ist nach der Stellungnahme des Erzbistums Hamburg als auch der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Norddeutschland genau anderslautend:

Die evangelische Kirche geht davon aus, dass es eine solche Unterscheidung in verkündungsnah und verkündungsfern gar nicht geben darf und dass alle Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter von Kirche und Diakonie grundsätzlich einer Gliedkirche der evangelischen Kirche in Norddeutschland angehören müssen. Ausnahmen sind nur dann möglich, wenn andere geeignete Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter nicht zu gewinnen sind.

Das Erzbistum Hamburg zitiert Entscheidungen zum Beleg der Tatsache, dass der jeweilige kirchliche Dienstgeber die Anforderungen an die Bewerber selbst festlegen darf – die zitierten Entscheidungen beziehen sich allerdings ohnehin auf den verkündungsnahen Bereich.

Dabei ist die Diakonie nach eigenen Angaben einer der größten Arbeitgeber in Deutschland: nach Angaben der eigenen Webseite sind 464.828 hauptamtliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter dort beschäftigt sowie rund 700.000 Ehrenamtler dort tätig. Zur Diakonie gehören 30.093 Einrichtungen und Dienste wie Pflegeheime und Krankenhäuser, Beratungsstellen und Sozialstationen – Werkstätten für Menschen mit Behinderung, Flüchtlings- und Migrationsberatungsstellen, und z.B. auch Frauenhäuser, Kitas und Hospize.

D.h., dass die Diakonie inzwischen ein bedeutender Arbeitgeber geworden ist und viele Teilbereiche der sozialen Arbeit werden nicht aus kirchlichen Mitteln finanziert, sondern auch mit staatlichen Geldern unterstützt, denkt man z.B. an den Kita-Bereich.

Gleiches gilt für die Caritas, bei der 590.401 Menschen beschäftigt sind und in 24.248 Einrichtungen arbeiten.

Beide Verbände gemeinsam beschäftigen im sozialen Bereich damit mehr als eine Million Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.

Wichtig wäre hier noch zu erwähnen, dass die kirchlichen Einrichtungen im karitativen Bereich in der Weimarer Republik eigenständige

Rechtsträger waren und – anders als heute – nicht dem kirchlichen Bereich zugeordnet wurden. Die Dienst- und Arbeitsverhältnisse wurden damals nicht eigenständig nach Kirchenrecht geregelt.

Erst mit der Gründung der Bundesrepublik Deutschland gewann das Selbstbestimmungsrecht (Art 137 Abs 3 WRV und später Art. 140 GG) auch im karitativen Bereich an Bedeutung.

Hier besteht durchaus das Bedürfnis nach Klärung der Frage – gibt es ihn nun denn den verkündungsfernen Bereich in dem § 9 AGG keine Anwendung findet? Oder muss der Gärtner in der Kita oder die Küchenhilfe, die Reinigungskraft unbedingt der jeweiligen Religionsgemeinschaft zugehörig sein?

Kann wirklich für all diese Arbeitsplätze gelten, dass man diese nur bekleiden kann, wenn eine entsprechende Religionszugehörigkeit vorliegt? Menschen, die für soziale Berufe ausgebildet sind und einer anderen Religionsgemeinschaft angehören oder eben auch keiner, sind hier – nach Auffassung der Kirche - vollständig ausgeschlossen. Ist das kirchliche Selbstbestimmungsrecht wirklich vollkommen schrankenlos?

Dazu kommt auch die Frage nach dem Absatz zwei der Norm, nach dem von der Arbeitnehmerin und dem Arbeitnehmer bestimmte Loyalitätspflichten verlangt werden können, die bis in das Privatrecht ausstrahlen. Diese Norm ist z.B. die Grundlage für die Kündigung von Menschen, die z.B. bei der Caritas beschäftigt waren und sich dann zu ihrer Homosexualität bekennen, bzw. bei denen der Arbeitgeber davon zufällig erfährt.

(EGMR – Ausgleich zwischen Grundrechten und dem Selbstbestimmungsrecht – nicht grundsätzlich Vorrang des Selbstbestimmungsrechts.)

Nach unserer Bewertung – sie finden hier einen Beispielsfall auch im Bericht auf S. 26 – sollte der Einschätzung von Prof. Oetker folgend der § 9 AGG nur im verkündungsnahen Bereich Anwendung finden – dies sollte in der Norm ausdrücklich festgeschrieben werden.

Dies fordern im Übrigen auch zwei Expertisen, die im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes im Jahr 2010 erstellt wurden: „Diskriminierung aufgrund der islamischen Religionszugehörigkeit im Kontext Arbeitsleben – Erkenntnisse, Fragen und Handlungsempfehlungen“
rechtswissenschaftliche Expertise von Prof. Dr. Dorothee Frings (S. 104)

und sozialwissenschaftliche Expertise von Mario Peucker vom Europäischen Forum für Migrationsstudien (S. 71).

1.4 Das Maßregelungsverbot des § 16 AGG auf das gesamte AGG ausweiten - Nach dieser Norm des AGG darf ein Arbeitgeber Beschäftigte nicht wegen der Inanspruchnahme von Rechten nach dem AGG oder wegen der Weigerung eine gegen das AGG verstoßende Anweisung auszuführen, nicht benachteiligen.

Die Gefahr, dass ein Betroffener „viktimsiert“ wird, besteht für alle Rechtsgeschäfte – entweder, weil sie z.B. wie die Wohnraummiete ein Dauerschuldverhältnis darstellen oder weil die Massengeschäfte des Alltags wiederholt werden (z.B. Einkauf in demselben Lebensmittelgeschäft).

Hier möchte ich eigentlich nur bekräftigen, was der Schleswig-Holsteinische Richterverband hierzu in der Stellungnahme als Unterstützung zu unserem Vorschlag geschrieben hat: Das Maßregelungsverbot hat im AGG eine wesentlich stärkere Signalwirkung! Spielte diese keine Rolle, so könnte man, den Einwänden von Prof. Oetker folgend, das Maßregelungsverbot sogar im AGG ganz abschaffen: schließlich gilt es auch im Arbeitsleben aus arbeitsvertraglichen Nebenpflichten und unmittelbar aus dem BGB (§ 226 und 138 Abs. 1)

1.5 Ausweitung der Rechte von Betriebsräten und Gewerkschaften

Nach § 17 AGG kann auch der Betriebsrat oder der Personalrat für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer tätig werden, bei einem „groben Verstoß“ des Arbeitgebers.

Es muss aber jeder Verstoß des Arbeitgebers gegen das AGG dazu führen können, dass sich der Betriebs-/Personalrat für die Belegschaft einsetzen.

Nun kann man lange darüber streiten, was hier vorrangig gilt – das allgemeine Betriebsverfassungsrecht oder das AGG als speziellere Norm. Gehen wir doch einfach davon aus, dass es so ist, wie Prof Oetker sagt: Betriebsräte können sich bereits de lege lata (nach bestehendem Recht) für die Belange der Betroffenen einsetzen.

Ich denke, die Norm müsste dann eben zur Klarstellung angepasst werden.