

**Zeitschrift für Arbeits- und
Antidiskriminierungsrecht**

ZAD

**Herausgegeben von der Forschungsstelle für Arbeits- und
Antidiskriminierungsrecht an der Fachhochschule Nordhessen – FoSAR**

in Zusammenarbeit mit:

Deutsche Gesellschaft für Antidiskriminierungsrecht – DGADR

European Anti-Discrimination Council – EAC

International Union of Specialists in Workplace Conflict Elimination – IUSTICE

Ausgabe 01/2010

Zum Geleit

In dieser Ausgabe werden zwei wesentliche Bereiche des Antidiskriminierungsrechts angesprochen: Glaubhaftmachung durch Statistik und Wahrscheinlichkeitsrechnung sowie Höhe der Entschädigung. Bislang hat sich die Literatur dieser Themen bislang nicht oder nur oberflächlich angenommen. Leider ist immer wieder festzustellen, daß bei der Auslegung des AGG Kommentatoren und Gerichte unreflektiert Sekundärquellen zitieren ohne die Primärquellen auszuwerten. Zur Höhe der Entschädigung beispielsweise fehlt bislang eine die Vorgaben der EU und der deutschen Verfassung berücksichtigende Darstellung. Häufig stammen die Kommentare und Aufsätze von Autoren, die eindeutig dem Arbeitgeberlager zuzuordnen sind, wie der Kommentar des Beck Verlages, der von einem Arbeitgeberfunktionär herausgegeben wird und an dem mehrere Autoren beteiligt sind, die der Rechtsanwaltskanzlei angehören, die eine „schwarze Liste“ über angebliche mißbräuchliche AGG Bewerber (sog. „AGG-Hopper“ oder auf deutsch: AGG-Hüpfer) verantwortet und beworben hat. Dort wurde jeder aufgenommen, der es

wagte häufiger als zweimal Ansprüche wegen Diskriminierung zu erheben. Unerheblich war, ob tatsächlich ein Gericht Mißbrauch festgestellt hatte. Der Generalverdacht reichte für die Aufnahme in die AGG-Hopper Liste aus. Es befremdet schon, wenn gerade in Deutschland die Opfer von Diskriminierung auf Listen gesetzt werden. In den USA gibt es auch eine schwarze Liste, allerdings über verurteilte Diskriminierer. Der Datenschutzbeauftragte von Baden Württemberg hat diesem Spuk ein Ende bereitet. Auf seinen Druck mußte die Anwaltskanzlei diese Datensammlung einstellen.

Weitere Artikel beschäftigen sich mit der mittelbaren Benachteiligung, dem Sprachenstreit in Rumänien und dem Jugendrecht in den USA.

Die Satire von Simplizissimus Novus beschäftigt sich mit Landesherrn und ihrer Fürsorge für die unabhängige Justiz.

Prof. Dr. Klaus Michael Alenfelder
Rechtsanwalt Frank Jansen

Inhaltsverzeichnis

Zum Geleit 1

Aktuelle Entscheidungen 3

Prof. Dr. Alenfelder

1. Wird ein befristetes Arbeitsverhältnis wegen Schwangerschaft nicht verlängert, besteht es unbefristet fort 3

2. Mobbing: 30.000 € Entschädigung und persönliche Haftung des Geschäftsführers 3

Von allem ein Bißchen 3

Simplicissimus Novus

Statistik als Mittel der Glaubhaftmachung 8

Prof. Dr. Alenfelder

1. Das Problem 8

2. Statistik und Wahrscheinlichkeitsrechnung 10

3. Abschluß 21

Höhe der Entschädigung 22

Prof. Dr. Alenfelder

1. Allgemein 22

2. Begriff „angemessene Entschädigung“, § 15 Abs. 2 AGG . 22

3. Umsatz als Maßstab der Abschreckung 41

4. Jede einzelne Diskriminierung löst Anspruch aus 42

5. Abschluß 43

Europa richtig verstehen: Streit um Sprachengesetz zwischen der Slowakei und Ungarn 44

Erika Mlejova

1. Geschichtliche Entwicklung 44

2. Das Sprachengesetz von 1995 .. 46

3. Das Sprachengesetz „reloaded“: 2009 48

4. Mythen und Wahrheiten über das Sprachengesetz 49

5. Liberalisierung oder Diskriminierung? 51

6. Fazit 52

Der Tatbestand der „mittelbaren Benachteiligung“ gem. § 3 Abs. 2 AGG und die hypothetische Betrachtungsweise in der praktischen Personalarbeit / LAG Hamm 16 Sa 544/08 53

Jan-Dirk Laker

1. Unmittelbare Benachteiligung 53

2. Gerichtsurteil zum Ändern von Tätigkeitsprofilen 55

Reform des Jugendrechts, insbesondere des Jugendstrafrechts in den Vereinigten Staaten 60

Dr. Stefan Prystawik

2. Beispiele 61

3. Alternativen zum Gefängnisaufenthalt 62

Aktuelle Entscheidungen

Prof. Dr. Alenfelder

Fachanwalt für Arbeitsrecht, Leiter der Forschungsstelle für Arbeits- und Antidiskriminierungsrecht an der Fachhochschule Nordhessen
www.alenfelder.de

1. Wird ein befristetes Arbeitsverhältnis wegen Schwangerschaft nicht verlängert, besteht es unbefristet fort

ArbG Neumünster, 27.11.2009, Az.: 3
Ca 887 b/09

Der Arbeitgeber verlängerte den befristeten Arbeitsvertrag einer Mitarbeiterin nicht, weil sie schwanger war. „Die Beklagte hat das befristete Arbeitsverhältnis mit der schwangeren Klägerin in Kenntnis der bestehenden Schwangerschaft nicht verlängert und sie damit wegen ihres Geschlechts als Frau diskriminiert“ (ArbG Neumünster 27.11.2009, Az.: 3 Ca 887 b/09, S. 6).

Jetzt erhält die Angestellte einen unbefristeten Vertrag. In einem weiteren Verfahren wurde der Klägerin eine Entschädigung in Höhe von rund einem Jahresgehalt zugesprochen. Die Verfahren betreuten Rechtsanwalt Ingo Frieters und Prof. Dr. Alenfelder.

2. Mobbing: 30.000 € Entschädigung und persönliche Haftung des Geschäftsführers

Juli 2009: 30.000 € Schmerzensgeld (gut 1 Brutto-Jahresgehalt) sprach das Arbeitsgericht Cottbus einem Opfer von Mobbing zu. Verurteilt wurde ein Pflegeheim mit ca. 60 Angestellten. Zusätzlich wurde das Pflegeheim verurteilt, noch nicht feststehende Schäden (z.B. Gesundheitsschäden) zu ersetzen. Zusätzlich erhielt das Opfer noch eine Abfindung für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses und ausstehende Gehälter für mehr als ein Jahr. Das Opfer wurde vertreten von Rechtsanwalt Frank Jansen und Prof. Dr. Alenfelder.

Von allem ein Bißchen

- ein Beitrag zur unabhängigen Justiz
oder
eine fast unglaubliche wahre
Geschichte -

Simplicissimus Novus

Es begab sich zu einer Zeit in einem Land, in dem die sogenannte

Demokratie eingeführt worden war und die Richter in Unabhängigkeit urteilen sollten. Nennen wir dieses Land B-Land. Der Landesfürst, dessen Name hier nicht weiter von Belang ist, kochte immer wieder über das, was die Richter in seinem Land da so entschieden. Am liebsten hätte er ja mit seinem engsten Kreis (Kabinett genannt) den sog. Absolutismus wieder eingeführt. Aber die Richter waren seit dem Müller von Sanssouci unabhängig und wenn überhaupt, nur mit Hilfe von Beförderungen zu beeinflussen. Was nicht immer paßgenau klappte. So wachten die Richter auch darüber, daß wenigstens etwas an demokratischen Strukturen übrig blieb. Andererseits war es auch für den Fürsten manchmal praktisch, sich hinter den Entscheidungen der Richter zu verstecken und zu erklären, daß man ja gerne ganz anders würde, aber die bösen Richter hätten ja so entschieden. Daß normenklare gesetzliche Regelungen manchmal weiter helfen könnten - auch gegen die doch all so bösen Richter - erkannten zwar Mitarbeiter des Trosses, doch fehlte es ihnen an der Möglichkeit, ihren Herrn richtig zu beraten. Mag dies am vorauseilenden Gehorsam liegen oder aber an der bürokratischen Hierarchie.

Da die Richter zumindest äußerlich nicht in ihrer Unabhängigkeit beeinträchtigt werden durften, ihnen aber doch eine Lektion erteilt werden sollte, beschloß der Fürst, alle in seiner Hauptstadt vorhandenen Gerichte in einem Gebäude zusammen zu fassen, um die Richter so besser kontrollieren zu können. Ein Justizpalast, so wie in Frankreich üblich, an einem zentralen Ort in der Stadt würde allerdings - so meinte der Fürst - sein Mißfallen gegenüber der Justiz nicht hinlänglich zum Ausdruck zu bringen. Also wies er seinen Justizminister an, einen Ort außerhalb des Zentrums zu finden, welche doch noch „angemessen“ sei.

Der Justizminister suchte und fand einen zentralen Ort zwischen Bordell, Fastfood, Autohäusern und Einkaufsmärkten und befand, dies sei der Justiz angemessen. Zum Beleg dafür einigte er sich noch mit dem Magistrat der Landeshauptstadt, daß auch die Stadt alles das, was den sozialen Niedergang bedeute, dorthin auslagere. Ganz stolz verkündete man dann gemeinsam den Bau eines „JuVZ“ (Junkers Vermögenszentrum, gemeint Justiz- und Verwaltungszentrum).

Da man zu klamm bei Kasse war, um einen solchen Bau als „Justizzentrum“

außerhalb des Stadt-Zentrums zu errichten, suchte man private Investoren (sog. PP – public partner Ship). Diese fanden sich willig, nachdem man ihnen eine Miete versprach, die 3 bzw. 7 % Rendite erbringen sollte. Um diese teure Miete ohne großes Aufsehen zahlen zu können, wurden die Richter und die so genannte Justizverwaltung gleich aufgefordert, mit dem Jahr des Einzuges 10 % des jeweiligen Gerichtshaushaltes einzusparen.

Damit die Richter aber nicht denken „was soll's“, wenn sie an einem anderen Ort arbeiten ersann man noch so einige wenig verdauliche Zutaten für das neue Gebäude.

Will nun ein Richter oder sonstiger Bediensteter der Justiz seinen Ort des Schaffens erreichen, muß er zur besseren Huldigung des Fürsten gleich ein paar Gedenkpunkte passieren.

Beim Betreten des JuVZ muß der Richter zunächst eine Karte mit dem Namen „B-Land-Card“ vor einen Kasten halten, bis dieser piepst (heute würde man diese Technik RFID-Chip nennen). Wenn dies geschehen, muß der Richter in ein Drehkreuz von ca. 2 Meter Höhe, ist aber so schmal ausgelegt, daß der Richter größere Sachen nicht mitbringen - aber auch beim Verlassen

nicht mitnehmen - kann. Sollte er jemals auf die Idee kommen, seine Akten außerhalb des JuVZ bearbeiten zu wollen, wird der Umfang der Akten dadurch von vornherein reduziert. Außerdem sollte der Richter nicht über eine zu große Leibesfülle verfügen.

Damit man auch sicher sein kann, daß sich keiner ungeziemlich verhält, wurde - zur Überwachung aller - vor und in dem Gebäude eine sog. Videoüberwachung eingebaut. Und damit auch rein gar nichts schief geht, läßt man die Besucher, wie die Richter und die Justizbediensteten darüber im unklaren, wann man sie beobachtet und wer sich die schönen Bilder hinterher ansehen darf.

Hat der Richter das Gebäude endlich richtig betreten und sein „Dienstzimmer“ erreicht, so hat er sich mit seiner „B-Land-Card“ untertänigst zu bücken oder besser vor der Tür zu knien, um seinem Landesherrn Respekt zu erweisen. Nur die von Gestalt (Körperwuchs) kleinen Leute werden verschont. Denn der Türgriff und der Türverschluss, der die Tür verriegelt, wurden nur knapp einen Meter über dem Boden angebracht. Um die Tür zu entriegeln, muß die „B-Land-Card“ vor einen herausragenden Zylinder gehalten werden, bis dieser

wiederum einen Pieps von sich gibt. Geschieht dies, ist der herausragende Zylinder solange zu drehen, bis die Verriegelung geöffnet ist. Dieses Prozedere hat auch zu erfolgen, wenn der Raum wieder verschlossen werden soll. Ob damit beispielsweise gezählt werden soll, wie oft der Richter das per Bewegungsmelder nur unzureichend beleuchtete Örtchen aufsucht, ist nicht überliefert.

Damit man die Richter nicht mißtrauisch mache, erklärte man ihnen, daß die Türöffnung behindertengerecht ausgestaltet worden sei für die, die sich in einem Rollstuhl befinden. Und gegen eine leidensgerechte Ausgestaltung eines Arbeitsplatzes dürfe man ja nichts einzuwenden haben. Diese Erklärung hatte jedoch leider zwei gravierende Mängel; der eine betrifft die Rollstuhlfahrer, der andere die anderweitig Behinderten.

Letztere, die z.B. ein Handleiden haben oder gar von Gestalt anders sind, als sogenannte normale Menschen, weil sie so auf die Welt kamen oder in Folge von Unfällen sich ihre Gestalt veränderte, können diesen Zylinder kaum oder gar nicht drehen. Man denke nur an Unfallopfer oder Fehlwüchsige, denen ein Arm ganz oder teilweise fehlt.

Sie haben nun noch mehr zu leiden. Schickt es sich doch auch nicht, statt normgerecht durch die Welt zu gehen oder wenigstens nur Rollstuhlfahrer zu sein, über eine individuelle Behinderung zu verfügen.

Die Rollstuhlfahrer kommen jetzt zwar leichter an die „Türklinke“, ansonsten wurde ihrer aber nicht gedacht. Bereits zum Erreichen des eigentlichen Gebäudeteils dürfen sie nur zu den Stunden kommen wie das gemeine Volk. Denn durch das zuvor schon erwähnte Drehkreuz gelangen sie nicht. Nur während der Zeiten für das gemeine Volk ist ein Türdurchlaß geöffnet, der es einem Rollstuhlfahrer ermöglicht, sein Richter- oder Arbeitszimmer zu erreichen. Natürlich gilt dies auch zum Verlassen des Gebäudes. Dieser Türdurchlaß dient ansonsten der Untersuchung des gemeinen Volkes, so wie heute bei einem Flughafen. Immerhin könnte ja sonst jeder ungestört in das Gebäude und wo kämen wir denn da hin, wenn jeder einfach so eine öffentliche mündliche Verhandlung besuchen könnte. Öffentlichkeit ist nun einmal immer gefährlich.

Hinzu kommt, daß im Falle eines Brandes man der Rollstuhlfahrer nur

insoweit gedachte, als sie sich in die sogenannten Fluchttreppenhäuser begeben und dort auf die Feuerwehr warten sollen, bis diese sie - im schlimmsten Fall aus dem sechsten Stockwerk - herunter trägt. Natürlich wird dieses Heruntertragen dann das erste Bestreben der Feuerwehrleute sein, die ja ansonsten nur noch den Brand löschen sollten. Sogenannte Fluchtrutschen-Schlitten, die auch andere betätigen können, um einen Rollstuhlfahrer „ins Freie“ zu bringen, gibt es nicht. Im Falle einer Totalräumung des Gebäudes wegen einer Bombendrohung oder ähnlichem haben die Rollstuhlfahrer die Wahl zwischen dem Steckenbleiben im Fahrstuhl und / oder dem Sitzenbleiben im Fluchttreppenhaus, aus dem sie die Feuerwehr dann vermutlich nicht abholen wird.

Appropo gefährlich: Da Richter, wenn sie sich zusammen finden, sich manchmal zu Terroristen entwickeln sollen, verzichte man für den Fall einer Räumung des JuVZ auf Sammelpunkte, an die - wie ansonsten üblich - alle kommen sollen. Falls die Richter doch wissen sollten, was sie ihrem Landesherrn schuldig sind, wären sie schließlich an einem solchen Sammelplatz auch wiederum besonders

gefährdet und für „echte“ Terroristen eine leichte Beute.

Für alle im Gebäude gilt die Vorgabe, sich ständig zu bewegen. Sollte man nur dasitzen und denken - was ja bekanntlich gefährliche Ideen hervorrufen kann -, geht das Licht aus um Strom zu sparen. Den Strom, den man so spart, nutzt man doch lieber für E-Justice und ECROM (Electronic-Court-Room-Management). Mit ihm sollen die Terminezettel, also der Aushang vor dem Sitzungssaal, aus dem sich ergibt, was gerade verhandelt wird, ersetzt werden. So zeigt man sich doch ganz modern und geht mit der Zeit. Die Modernität leidet nur an einem kleinen Schönheitsfehler. Bei diesen PC-Bildschirmen jener Zeit handelte es sich um sogenannte Brandlasten, die in Fluchtwegen nichts zu suchen haben. Werden doch auch heute noch über 80 % aller Brände durch Elektronik ausgelöst und sind die Teile in einem solchen Gerät hoch toxisch. Ein brandschutzgerechter Einbau in die Wand aber hätte zu viel Geld gekostet. Daher besann man sich auf den Brandschutz „light“, nämlich den Einbau eines Brandmelders über ein jedes Gerät. Schlägt ein Brandmelder an, weil das Gerät brennt und es ist gerade eine Sitzung, haben alle den Raum durch die

Tür zu verlassen, an der der Bildschirm-PC hängt, und die gute giftige Luft einzuatmen, denn nur so kann man Stellen unauffällig streichen. Kollateralschäden sind dabei in Kauf zu nehmen. Nur Private oder Unternehmer dürfen so etwas in ihren Gebäuden auch heute noch nicht.

Und die Moral von der Geschichte: Traue der Justiz doch nicht. Und wenn sie nicht gestorben sind, so leben sie heute noch.

Bleibt nur noch anzumerken, daß Ähnlichkeiten mit tatsächlichen Gegebenheiten rein zufällig sind – auch wenn man sich das alles nicht vorstellen kann.

Statistik als Mittel der Glaubhaftmachung

Prof. Dr. Alenfelder

Fachanwalt für Arbeitsrecht, Leiter der Forschungsstelle für Arbeits- und Antidiskriminierungsrecht an der Fachhochschule Nordhessen
www.alenfelder.de

1. Das Problem

Häufig begegnen dem Autor folgende Konstellationen:

- Der Arbeitgeber befördert ohne Ausschreibung einen Mann und

übergeht dabei eine Frau. Die Frau fühlt sich diskriminiert. Offen spricht man nicht über die Gründe für die Beförderung. Wie soll die Frau eine Diskriminierung glaubhaft machen?

- Seit geraumer Zeit muß eine Frau beobachten, wie Männer Vorteile erhalten, die ihr vorenthalten werden (Dienstwagen, eigenes Büro, Assistentin u.a.). Sie fühlt sich diskriminiert. Wie kann sie eine Diskriminierung glaubhaft machen?

Will ein geschickter Arbeitgeber diskriminieren, wird er dies nicht ankündigen oder auch nur andeuten. Daher ist es sehr schwierig, eine Diskriminierung glaubhaft zu machen. Es bleibt daher nur der biblische Grundsatz: An ihren Früchten werdet ihr sie erkennen (Mt. 7, 16). Oder anders ausgedrückt: Wenn jemand diskriminieren will, dann spiegelt sich das in seiner Belegschaft, insbesondere in der Zusammensetzung der Vorgesetzten. Ist der Anteil von männlichen Vorgesetzten erheblich höher als von weiblichen, dann liegt wahrscheinlich eine Diskriminierung wegen des Geschlechts vor. Dabei ist zu berücksichtigen, wie hoch der Anteil

der Frauen an den geeigneten Personen ist. Bei bestimmten Berufsgruppen ist der Anteil von Männern (Kfz Werkstatt, Physiker) oder der Frauen (Sekretärinnen, Grundschullehrerinnen) sehr hoch. Dies entspricht dann meist dem Anteil von Männern oder Frauen mit den entsprechenden Abschlüssen.

Mit Hilfe der Wahrscheinlichkeitsrechnung kann überprüft werden, wie hoch die Wahrscheinlichkeit für eine Diskriminierung ist. Liegt dieser Wert über 50 % ist die Diskriminierung glaubhaft gemacht, § 22 AGG. Der Arbeitgeber muß dann beweisen, daß er im konkreten Fall nicht diskriminiert hat.

Diese Methode der Glaubhaftmachung wird in Deutschland noch viel zu wenig verwendet, obwohl sie häufig das einzige Mittel der Glaubhaftmachung ist.

Einige Autoren und Gerichte haben erhebliche Schwierigkeiten mit dieser Art der Glaubhaftmachung.

Häufig wird behauptet: Aus der Statistik allein könne noch nicht auf die Motive geschlossen werden. Diese Behauptung verkennt die Funktion der

Statistik: Sie ist ein Indiz, das auf eine Diskriminierung hindeutet, ihr Vorliegen glaubhaft macht. Wenn die Zusammensetzung des Führungspersonals deutlich von der zu erwartenden Zusammensetzung abweicht, gibt es dafür höchstwahrscheinlich einen anderen Grund (Diskriminierung) als Zufall. Diese Wahrscheinlichkeit eines anderen Grundes wird mit der Wahrscheinlichkeitsrechnung festgestellt. Sollte die auffällige Zusammensetzung der Belegschaft auf anderen Gründen beruhen, kann dies der Arbeitgeber im Rahmen des Gegenbeweises vortragen und beweisen. Eine Diskriminierung ist durch Statistik und Wahrscheinlichkeitsrechnung jedenfalls glaubhaft gemacht.

Es ist zwingend, dem Arbeitgeber diese Darlegungs- und Beweislast aufzuerlegen, wie ein Blick auf die Praxis zeigt. Ein Arbeitsrichter in Bremen meinte unlängst, eine mit Statistik und Wahrscheinlichkeitsrechnung nachgewiesene Diskriminierungswahrscheinlichkeit von nahe 100 % sei kein ausreichendes Indiz, weil diese Unterrepräsentation der diskriminierten Gruppe auch andere Gründe haben könnte. So könnte es

auch daran liegen, daß sich keine Gruppenangehörigen auf Führungspositionen beworben hätten. Dazu hätte aber die Diskriminierte umfassend vortragen müssen. Abgesehen davon, daß der Richter während des Verfahrens entgegen § 139 ZPO nie auf dieses Bedenken hingewiesen hatte und die Beklagte so etwas behauptet hatte, ist ein Beschäftigter nie in der Lage, diese Anforderungen zu erfüllen. Wie soll er klären, wer sich beim Arbeitgeber beworben hat? Nur der Arbeitgeber hat dazu Unterlagen und kann sich dazu erklären.

Um es an einem Beispiel zu verdeutlichen:

Wenn beim Roulette 100 mal hintereinander rot ausgelost wird, dann wird auch ein wohlmeinender Spieler skeptisch. Er wird eine Manipulation annehmen. Natürlich ist theoretisch möglich, daß es eine natürliche Erklärung dafür gibt. Diese aber wird er vom Kasino verlangen. Nichts anderes gilt im Arbeitsleben: Wenn bei einem Unternehmen 100 Führungskräfte eingestellt werden und keine einzige Frau wurde ausgewählt, dann wundert sich auch der Wohlmeinende und verlangt eine Erklärung – außer er will es nicht sehen.

2. Statistik und Wahrscheinlichkeitsrechnung

2.1. Allgemein

Diskriminierung erfolgt in aller Regel verdeckt. Die Täter verschleiern üblicherweise ihre Motive, um Schadensersatzansprüche und Imageschaden zu vermeiden. Daher ist die Statistik eines der entscheidenden Mittel, um eine Diskriminierung glaubhaft zu machen. Der EuGH erkennt daher in ständiger Rechtsprechung an, daß statistisches Beweismaterial ausreicht, um eine Diskriminierung glaubhaft zu machen und die Beweislast auf den Arbeitgeber zu verlagern.¹ Die EU hat in ihren Richtlinien regelmäßig Statistik als zulässiges Mittel der Glaubhaftmachung genannt. Art. 2 Abs. 2 b der Richtlinie 2000/78/EG besagt, daß eine mittelbare Diskriminierung mit „allen Mitteln, einschließlich statistischer Beweise“ festgestellt werden kann.

Auch der deutsche Gesetzgeber nennt in der Begründung zum AGG die Statistik als eines der typischen Mittel

¹ Enderby EuGH 27.10.1993, Rs. C-127/92; Brunnhofer EuGH Rs. C-381/99; Nikoloudi EuGH, Rs. C-196/02; vgl. O'Mahony v Revenue Commissioners, Labour Court EDA033, Irland zu Altersdiskriminierung.

der Glaubhaftmachung.² Bereits zuvor hatte das Bundesverfassungsgericht Statistiken zur Feststellung einer Diskriminierung herangezogen.³

Das BAG hat bereits 2004 ausgeführt: „Es genügen Indizien, die aus einem regelhaft einem Geschlecht gegenüber geübten Verhalten auf eine solchermaßen motivierte Entscheidung schließen lassen (Schlachter Wege zur Gleichberechtigung 1993 S. 406)“.⁴

Wenn sich aus der Statistik ergibt, daß Frauen gegenüber Männern schlechter gestellt sind (z.B. bei Gehalt oder Position im Unternehmen), dann muß der Arbeitgeber beweisen, daß diese Unterschiede durch Umstände gerechtfertigt sind, die unabhängig sind vom Geschlecht.⁵

In den EU Nachbarstaaten werden Statistiken gleichfalls als Mittel der Glaubhaftmachung einer Diskriminierung genutzt. In den Niederlanden beispielsweise unterstellte das Gericht eine Diskriminierung, weil

² BT Drs. 16/1780 S. 47; BT Drs. 16/4153 Silvia Schmidt MdB; vgl. Schiek-Kocher, AGG, § 22 Rn. 30; Scholten, 2004, S. 95; KR-Pfeiffer, 8. Auflage, AGG Rn. 24 ff.; LAG Baden-Württemberg 18.06.2007 14 Sa 14/07; Wißmann FS Wlotzke S. 807, 810; MünchArbR-Ergbd.-Schüren § 161 Rz 56; Sievers Rn. 8.

³ BVerfG 1 BvL 12/91, 27.11.1997.

⁴ BAG 05.02.2004, 8 AZR 112/03.

⁵ Regina EuGH 09.02.1999, Rs. C-167/97.

die beklagte Wohnungsgesellschaft deutlich seltener als andere Unternehmen Wohnungen an Menschen mit Migrationshintergrund vergab. Die beklagte Gesellschaft konnte den Gegenbeweis nicht erbringen und wurde verurteilt.⁶

Wenn in einem Unternehmen bestimmte Gruppen eindeutig seltener in Führungspositionen arbeiten, dann ist dies ein klares Indiz für eine Diskriminierung.⁷

Ein Verweis auf möglicherweise ähnliche Statistiken bei anderen Unternehmen entlastet dabei den Arbeitgeber nicht. Eine rechtswidrige Diskriminierung liegt auch dann vor, wenn sie von den meisten deutschen Unternehmen praktiziert wird. Um ein Beispiel aus der Geschlechtsdiskriminierung zu anzuführen: Frauen verdienen in Deutschland für gleiche und gleichwertige Arbeit regelmäßig 25 % weniger als Männer. Ist diese Gehaltsdiskriminierung rechtmäßig, weil sie flächendeckend praktiziert wird? Sicher nicht - sie zeigt vielmehr die

⁶ Binderen ./ Kaya, 10.12.1982, NJ 1983, 687.

⁷ Schmidt, in Jansen, NJW 31/2007, S. XVIII, XX, in Ablichtung anbei; O'Conneide, Diskriminierung aus Gründen des Alters, S. 25.

Notwendigkeit, Diskriminierung entschieden zu bekämpfen.

2.2. Statistik als Mittel der Glaubhaftmachung anerkannt

Das LAG Berlin⁸ hat Statistik im Urteil vom 26.11.2008 noch einmal ausdrücklich als Indiz für Diskriminierung (im konkreten Fall: Geschlechtsdiskriminierung) anerkannt: „Statistische Angaben können grundsätzlich ein Indiz für eine Geschlechtsdiskriminierung sein“.⁹

Weiter führt das LAG Berlin aus: „Die Kammer ist der Ansicht, daß statistische Nachweise schon deswegen berücksichtigungsfähig sein müssen, da anderenfalls eine verdeckte Diskriminierung bei Beförderungen („gläserne Decke“) nicht ermittelbar wäre.

Es kann nicht sein, daß die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung Diskriminierungen nur in Form der mittelbaren Diskriminierung und der Diskriminierung, bei der der Arbeitgeber Stellen nicht geschlechtsneutral ausschreibt, zur Kenntnis nimmt. Mit

⁸ LAG Berlin Az.: 15 Sa 517/08.

⁹ LAG Berlin 26.11.2008, Az.: 15 Sa 517/08, Rn. 89.

diesen beiden Diskriminierungstypen sind praktisch sämtliche Fälle beschrieben, die in der deutschen Rechtsprechung eine Rolle spielen. Theoretisch kämen noch Fälle der offenen Diskriminierung in Betracht. In der Praxis sind sie irrelevant. Zutreffend wird davon ausgegangen, daß es Arbeitgeber gelernt hätten, wie sie eine materiell am Geschlecht orientierte Auswahlentscheidung trotz entsprechender Verbote erfolgreich tarnen können (Annuß NZA 1999, 738). Daß ein Arbeitgeber sich offen zur Diskriminierung bekennt, ist dem hiesigen Vorsitzenden in 17 Jahren nur ein Mal vor längerer Zeit passiert: Die Bewerbung eines Mannes war mit der Begründung abgelehnt worden, es handele sich um einen Frauenbetrieb, so die damalige Mitteilung des Geschäftsführers und einzigen Mannes.

Tatsächlich gibt es jedoch eine verdeckte Diskriminierung von Frauen in Deutschland, der sich die Rechtsprechung auch stellen muß.

Obwohl der Frauenanteil an den Beschäftigten in Betrieben der Privatwirtschaft 45 % beträgt, sind sie nur zu 26 % an Führungspositionen beteiligt, dies allerdings auch nur in Betrieben mit 1 - 9 Beschäftigten. Bei

Betrieben mit 500 und mehr Beschäftigten sind Frauen auf der zweiten Führungsebene zu 12 % und auf der ersten Führungsebene zu 4 % beteiligt (2. Bilanz Chancengleichheit - Frauen in Führungspositionen, hrsg. von der Bundesregierung, Februar 2006, S. 9 f.). In Großunternehmen (mindestens 20 Mio. € Jahresumsatz und/oder über 200 Beschäftigte) betrug der Frauenanteil in Führungspositionen im Jahre 1995 4,8 % und im Jahre 2004 8,2 % (a. a. O., S. 12). Anfang des Jahres 2007 lag er bei 7,5 % und im Jahre 2008 nur noch bei 5,5 % (3. Bilanz Chancengleichheit - Europa im Blick, hrsg. von der Bundesregierung, April 2008, S. 28).

Damit liegt Deutschland auf dem siebtletzten Platz von 21 untersuchten Ländern in Europa (3. Bilanz a. a. O., S. 30). Es befindet sich im unteren Drittel, während die Frauenerwerbstätigenquote im Jahre 2006 mit 62,2 % in Deutschland innerhalb Europas im oberen Drittel liegt (a. a. O., S. 24). All dies kann nicht mit einer schlechteren Qualifikation von Frauen begründet werden, da Studentinnen in den letzten 20 Jahren gegenüber den Studenten bessere Durchschnittsnoten in den Zugangszeugnissen und sie auch sonst bessere Schulabschlüsse erreichen (2.

Bilanz a. a. O., S. 15 f.). Es gibt starke Unterschiede in den Branchen. In den Banken ist jede vierte Führungskraft eine Frau (2. Bilanz a. a. O., S.14). Im Gesundheits- und Sozialwesen und der privaten Dienstleistungsbranche beträgt der Frauenanteil in Führungspositionen hingegen 40 %, im Groß- und Einzelhandel 32 % (a. a. O., S. 11). Der Frauenanteil in Führungspositionen bei den obersten Bundesbehörden stieg von 8,7 % in 1996, über 15 % in 2002 auf 20,1 % in 2006 (3. Bilanz, a. a. O., S. 31). In den hundert größten Unternehmen fanden sich im Jahre 2004 neben 685 Männern nur vier Frauen in Vorstandspositionen (2. Bilanz a. a. O., S. 12), im Jahr 2008 war es exakt noch eine Frau (3. Bilanz a. a. O., S. 29).

Bemerkenswert ist auch der Anteil von Frauen in den Aufsichtsräten in hundert größten Unternehmen im Jahre 2005. Der Anteil läge nur bei 1,5 % (2. Bilanz a. a. O., S. 13), was durchaus dem Trend entspricht, daß der Frauenanteil immer stärker abnimmt, je gewichtiger der Führungsposten ist. Tatsächlich lag der Anteil der Frauen in den Aufsichtsräten jedoch bei 7,5 %. Dies hat einen einfachen Grund: Über 80 % der Frauen erhielten ihr Mandat durch

die Arbeitnehmervvertretungen (2. Bilanz a. a. O., S. 13).

All dies kann nicht auf Zufälle zurückgeführt werden. Es kann auch nicht damit begründet werden, daß die Vereinbarkeit von Familie und Beruf in Deutschland so schlecht erklärt werden, daß Frauen sich generell nicht im selben gewährleistet ist (so aber die Vermutung des LAG München vom 7.8.2008 – 3 Sa 1112/07 – Juris Rn 52). Damit kann allenfalls Maße wie Männer für eine Berufstätigkeit entscheiden. Unter der mangelnden Vereinbarkeit von Familie und Beruf leiden Frauen auf unteren Hierarchieebenen sicherlich mindestens genauso wie Frauen in Leitungspositionen. Warum findet man Frauen daher überproportional im unteren Hierarchiesegment? Hinzukommt, daß Frauen in Leitungspositionen auf Grund der besseren Vergütung zumindest eher in der Lage wären, Kinderbetreuung etc. privat zu organisieren und zu bezahlen. Vielmehr ist davon auszugehen, daß mindestens auch diskriminierende Strukturen, Denk- oder Verhaltensweisen in den Betrieben die Aufstiegsmöglichkeiten von Frauen verhindern“ (LAG Berlin 26.11.2008, Az.: 15 Sa 517/08, Rn. 94-100).

Für die Diskriminierung wegen anderer geschützter Merkmale gilt nichts anderes.

Durch die Berücksichtigung der Statistik wird der Arbeitgeber auch nicht ungebührlich belastet oder gar zu einer Quotierung gezwungen. Das LAG Berlin führt dazu aus:

„Im Gegensatz zur Auffassung des Beklagten wird hiermit auch nicht richterrechtlich der Zwang zur Quotierung eingeführt. Jedem Arbeitgeber steht es auch weiterhin frei, Führungspositionen ausschließlich mit Männern zu besetzen. In einer gerichtlichen Auseinandersetzung muß er dann aber in der Lage sein, zumindest im zweiten Schritt die Gründe für die Bevorzugung eines Mannes nachvollziehbar zu belegen. Insofern führt die Berücksichtigung von Statistiken als Indiz für eine Diskriminierung allenfalls dazu, die jeweilige Auswahlentscheidung transparent zu gestalten. Will man sich dies sparen, was wiederum jeder Arbeitgeber frei entscheiden kann, wird faktisch allerdings ein Druck in Richtung einer gewissen Quotierung die Folge sein“.¹⁰

¹⁰ LAG Berlin 26.11.2008, Az.: 15 Sa 517/08, Rn. 106.

Diese Ausführungen gelten in gleicher Weise für den vorliegenden Fall. Die Ablehnung die manche dem statistischen Indiz entgegenbringen, hat gute Gründe: Erst die Statistik macht die verdeckte Diskriminierung deutlich. Daher ist die Statistik beispielsweise seit Jahrzehnten als Mittel der Glaubhaftmachung unstreitig und anerkannt.

2.3. Bedeutung der Wahrscheinlichkeitsrechnung

Ein entscheidendes Mittel der Glaubhaftmachung und des Beweises ist die Wahrscheinlichkeitsrechnung. Schon Voltaire bemerkte dazu: „Fast das ganze menschliche Leben beruht auf Wahrscheinlichkeiten. Alles, was uns nicht unmittelbar vor Augen geführt wird, oder von denjenigen Beteiligten als wahr erkannt wird, die offenkundig daran interessiert sein müssen, es zu leugnen, ist bestenfalls wahrscheinlich.“ Zwar gebe es ebenso wenig eine Halb-Gewißheit wie eine Halb-Wahrheit. „Etwas ist entweder sicher oder unsicher. Und da die Unsicherheit fast immer das Los des Menschen ist, würde man sich nur selten entscheiden können, wenn man auf einen (unwiderlegbaren) Beweis warten würde

[...] Dieses Studium der Wahrscheinlichkeiten ist die Naturwissenschaft der Richter; eine Wissenschaft, die ebenso Achtung heischend ist, wie deren Würde selbst, denn sie ist die Grundlage ihrer Entscheidungen. Sein ganzes Leben verbringt der Richter damit, Wahrscheinlichkeiten abzuwägen, die einen gegen die anderen, sie zu berechnen, ihre Beweiskraft zu bewerten“.¹¹

2.4. Statistik und Wahrscheinlichkeitsberechnung

Die Wahrscheinlichkeitsrechnung ermöglicht es, die Statistiken zu werten, d.h. auf ihre Aussagekraft zu überprüfen. Es kann mit mathematischer Genauigkeit geprüft werden, ob z.B. eine Statistik über die Geschlechterverteilung bei Führungspositionen auf eine Diskriminierung schließen läßt oder wahrscheinlich ein Zufall ist. Grundsätzlich ist aus einer erheblichen Ergebnisungleichheit auf eine Diskriminierung zu schließen.¹²

¹¹ zitiert nach Motsch, Vom rechtsgenügenden Beweis, 1983, S. 101.

¹² BVerfG 1 BvL 12/91, 27.11.1997; BAG 05.02.2004, 8 AZR 112/03; Schiek-Kocher, AGG § 22 Rn. 30; s. Begründung des AGG: BT Drs. 16/1780 S. 47; Schmidt, in Jansen, NJW 31/2007, S. XVIII, XX, in Ablichtung anbei;

So hat der EuGH in der Enderby Entscheidung bereits 1993 aus der Ergebnisungleichheit eine Diskriminierung abgeleitet, die der Arbeitgeber durch Sachgründe zu rechtfertigen hat: „Wenn aussagekräftige Statistiken einen deutlichen Unterschied im Entgelt zwischen zwei gleichwertigen Tätigkeiten erkennen lassen, von denen die eine fast ausschließlich von Frauen und die andere hauptsächlich von Männern ausgeübt wird, verpflichtet Artikel 119 EWG-Vertrag den Arbeitgeber, diesen Unterschied durch objektive Faktoren, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben, zu rechtfertigen“.¹³

Der Arbeitgeber muß danach also beweisen, daß die Ungleichheit auf nichtdiskriminierenden sachlichen Gründen beruht. Zur Feststellung einer

O'Conneide, Diskriminierung aus Gründen des Alters, S. 25; Enderby EuGH 27.10.1993, Rs. C-127/92; Brunnhofer EuGH Rs. C-381/99; Nikoloudi EuGH, Rs. C-196/02; Regina EuGH 09.02.1999, Rs. C-167/97; Deutsche Telekom ./ Schröder EuGH 10.02.2000, Rs. C-50/96; Nimz EuGH 07.02.1991, Rs. C-184/89; Danfoss EuGH 17.10.1989, Rs. C-109/88; vgl. Schiek-Kocher, AGG, § 22 Rn. 30; Scholten, 2004, S. 95; vgl. Irland: O'Mahony v Revenue Commissioners, Labour Court EDA033, Irland zu Altersdiskriminierung; vgl. USA: Teamsters v. United States 431 U.S. 324, 1977; Hazelwood School District v. United States, 433 U.S. 299, 1977; Castaneda v. Partida, 430 U.S. 482, 1977.

¹³ EuGH 27.10.1993, Az.: C-127/92, Leitsatz 1.

erheblichen Ergebnisungleichheit, die z.B. eine Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft beweist, ist die Bevölkerungsverteilung im Einzugsbereich des Unternehmens mit der ethnischen Zusammensetzung im Betrieb zu vergleichen.

Dabei wird mit einer Standardabweichungsanalyse festgestellt, wie wahrscheinlich es ist, daß z.B. eine bestimmte ethnische Zusammensetzung der Belegschaft Ergebnis von Zufall ist. Kann eine zufällige Zusammensetzung mit hoher Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden, liegt Diskriminierung vor.

Die Analyse erfolgt in 4 Stufen:

1. Feststellen des zu erwartenden Ergebnisses
2. Ermitteln des tatsächlichen Ergebnisses
3. Bestimmen des Unterschieds zwischen dem tatsächlichen und dem zu erwartenden Ergebnis.
4. Anwenden mathematischer Formeln um die Wahrscheinlichkeit zu ermitteln, daß der Unterschied zwischen tatsächlichem und zu erwartendem Ergebnis Folge eines Zufalls ist.

Um ein Beispiel zu nennen: Wenn man eine Münze 100 mal wirft ist das zu erwartende Ergebnis 50 mal Kopf und 50 mal Zahl. Ein zufälliges Ergebnis kann davon nach beiden Seiten abweichen (z.B. 49-51 oder 51-49). Wenn aber das tatsächliche Ergebnis sich 100 oder 0 annähert, kann unterstellt werden, daß dieses Ergebnis auf etwas anderem als Zufall beruht. Fällt also bei 100 Würfeln nur fünfmal Kopf, kann man sicher sein, daß dies durch andere Faktoren als Zufall verursacht wurde. Wird hingegen 39 mal Kopf geworfen, so ist dieses Ergebnis weder offensichtlich zufällig, noch ist es offensichtlich nicht zufällig.

In der Statistik gibt es Berechnungsformeln um die Wahrscheinlichkeit von derartigen Abweichungen zu berechnen (Standardabweichung).¹⁴

¹⁴ Weitere Erläuterungen dazu z.B.:
 Standard deviation,
http://en.wikipedia.org/wiki/Standard_deviation;
 Normal Distribution,
http://en.wikipedia.org/wiki/Normal_distribution;
http://en.wikipedia.org/wiki/Empirical_rule;
<http://www-stat.stanford.edu/~naras/jsm/NormalDensity/NormalDensity.html>;
<http://mathworld.wolfram.com/NormalDistribution.html>;
 Barnes/Conley, Statistical Evidence in Litigation, S. 135;
 Hoel, Introduction to Mathematical Statistics 58-61, 79-86 14. Aufl.;
 Mosteller/Rourke/Thomas, Probability with Statistical Applications 130-146, 270-291, 2. Aufl.

Die Standardabweichung ist danach wie folgt zu berechnen:

$$Z = \frac{O - N \cdot P}{\sqrt{N \cdot P \cdot (1 - P)}}$$

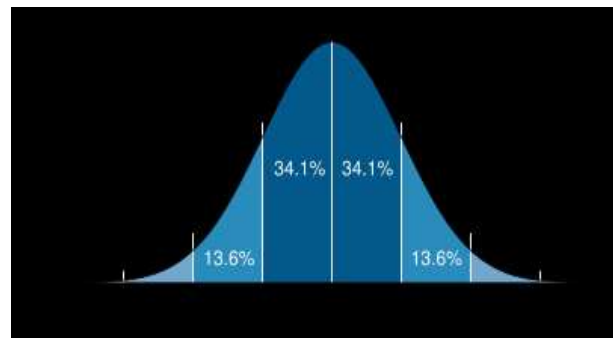
Z = Standardabweichung

O = Angehörige der Minderheiten-
 gruppe in der geprüften Gruppe

N = Größe der geprüften Gruppe

P = Prozentsatz der Minderheit an
 Gesamtgruppe, z.B. der Bevölkerung
 oder der Gesamtbelegschaft

Die Normalverteilung der Meß-
 ergebnisse ist nachfolgend grafisch
 dargestellt.



Dunkelblau: weniger als eine
 Standardabweichung. Dies umfaßt bei
 normaler Verteilung 68,27 % aller
 Ergebnisse.

Mittel- und Dunkelblau: bis zwei
 Standardabweichungen. Dies umfaßt
 bei normaler Verteilung 95,45 % aller
 Ergebnisse.

Hell-, Mittel- und Dunkelblau: bis 3
 Standardabweichungen. Dies umfaßt
 bei normaler Verteilung 99,73 % aller
 Fälle.

Standardabweichungen	Nicht zufälliges Ergebnis
Ab 1	68,26894921371%
Ab 2	95,44997361036%
Ab 3	99,73002039367%
Ab 4	99,99366575163%
Ab 5	99,99994266969%
Ab 6	99,9999980268%
Ab 7	99,99999999974%

Wissenschaftliche Sicherheit (Bereich 2 bis 3 Standardabweichungen) ist nach dem AGG nicht erforderlich. Die Statistik dient der Glaubhaftmachung einer Diskriminierung gem. § 22 AGG. Eine Diskriminierung ist glaubhaft gemacht, wenn sie wahrscheinlich ist.¹⁵ Die Wahrscheinlichkeit muß 50 % oder mehr betragen.¹⁶ Daher ist die

¹⁵ BAG vom 5. Februar 2004, EzA BGB 2002 § 611a Nr. 3; Pfarr/Bertelsmann Diskriminierung im Erwerbsleben 1989 S. 75; Schlachter Wege zur Gleichberechtigung 1993 S. 179 f., 405 f.; Westenberger Die Entschädigungs- und Beweislastregelungen des § 611a BGB im Lichte des deutschen und europäischen Rechts 2001, S. 130, 131; Schiek-Kocher, AGG, § 22 Rn. 16 ff.

¹⁶ Schiek-Kocher, AGG, § 22 Rn. 18; Stork, 2006, S. 310.

Diskriminierung bereits dann indiziert, wenn die Standardabweichung sich 1 annähert oder überschreitet. Denn ab einer Standardabweichung von 1 besteht nur noch eine Wahrscheinlichkeit von 15,9 %, daß das Ergebnis auf Zufall beruht: Nach der statistischen Normalverteilung liegt der Ergebnisanteil bis zur **Standardabweichung von 1** bei rund 68,27 %. Die Wahrscheinlichkeit, daß die diskriminierte Gruppe häufiger anzutreffen ist, liegt bei rund 15,9 %. Damit verbleibt eine **Wahrscheinlichkeit von 15,9 % für die Unterrepräsentation** der diskriminierten Gruppe. Mit einer Wahrscheinlichkeit von 84,1 % ist daher die geringere Berücksichtigung der Minderheitengruppe kein Zufall sondern Diskriminierung. Nur diese Wahrscheinlichkeit interessiert für die Prüfung, ob eine Diskriminierung vorliegt. Berücksichtigt man nur die Wahrscheinlichkeit für eine Unterrepräsentation der Minderheitengruppe so ergeben sich bei den jeweiligen Standardabweichungen folgende Wahrscheinlichkeiten:

Standardabweichungen	Diskriminierungswahrscheinlichkeit
Ab 1	84,1344746 %
Ab 2	97,7249868 %
Ab 3	99,8650102 %
Ab 4	99,9968329 %
Ab 5	99,9999713 %
Ab 6	99,9999999 %
Ab 7	100 %

2.5. Statistische Auswertung

2.5.1. Allgemein

Nachstehend wird mit Hilfe der oben vorgestellten Formel die Standardabweichung für einen Beispielbetrieb berechnet.

Dabei wird geprüft, ob eine Geschlechtsdiskriminierung von Frauen vorliegt. Eine Frau wurde bei der Beförderung in die Führungsebene 2 übergegangen.

Es wird dabei nach den Grundsätzen der Wahrscheinlichkeitsrechnung geprüft, wie wahrscheinlich es ist, daß der sehr geringe Anteil von Frauen an den Führungskräften Folge einer zufälligen Entwicklung ist, die nicht auf Benachteiligung wegen Geschlechts beruht.

2.5.2. Diskriminierung wegen Geschlechts

Statistik des Beispielunternehmens (aus einem aktuellen Fall des Autors)

Anteil der Frauen an der Bevölkerung.

Nr.	Führungsebene	Gesamtgruppe	Standardabweichung
		N	
1	1	13	-3,6056
2	2	6	-2,4495
3	3	87	-7,6119
4	4	854	-15,4671
5	Alle	960	-17,4929

Nr.	Standard-abweichung	Wahrscheinlichkeit der Diskriminierung
1	-3,605551275	Ca. 99,8 %
2	-2,449489743	Ca. 96,5 %
3	-7,611998997	Ca. 100 %
4	-15,46712158	Ca. 100 %
5	-17,49297478	Ca. 100 %

2.5.3. Ergebnis

Damit liegt im Beispiel die statistische Wahrscheinlichkeit für eine Diskriminierung hier im Bereich des Beweises und weit jenseits der vorliegend allein erforderlichen Glaubhaftmachung.

Die damit belegte Diskriminierung wegen Geschlechts bei Beförderungen zeigt eine durchgehende diskriminierende Grundhaltung, die sich selbstverständlich auch bei allen anderen Maßnahmen fortsetzt.

2.6. Statistik und Denkgesetze

Grundsätzlich ist der Richter bei der Beweiswürdigung frei, § 286 ZPO. Er ist allerdings an die Denkgesetze gebunden. Denkgesetze sind die Gesetze der Logik.¹⁷ Zu diesen zählt auch die Berücksichtigung naturwissenschaftlicher und mathematischer Erkenntnisse. Die statistische Wahrscheinlichkeitsrechnung zählt zu den anerkannten mathematischen Erkenntnissen. Daher sind bei der Beweiswürdigung die vorgetragenen Statistiken und Wahrscheinlichkeitsberechnungen zwingend zu berücksichtigen. Ein Übergehen dieser Indizien verstößt gegen die Denkgesetze.

Die obersten Gerichte haben dies in ständiger Rechtsprechung anerkannt und selbstverständlich die Mittel des statistischen Beweisverfahrens angewandt. So erklärte das BSG 1985: „Das Bundessozialgericht (BSG) hält dieses Mittel [statistisches Beweisverfahren] jedoch in ständiger Rechtsprechung für zulässig.“¹⁸

¹⁷ Zöller-Greger § 286 ZPO Rn. 13.

¹⁸ vgl. u.a. BSGE 11, 102, 113; 17, 79, 85; 19, 123, 128; 46, 136, 137; KVRs A-6100/11) und das Bundesverfassungsgericht hat dies ausdrücklich gebilligt“ (BSG 09.05.1985, Az.: 6

Ebenso hat der BFH entschieden. Die Wahrscheinlichkeitsberechnung ist danach zwingend zu berücksichtigen.¹⁹ Diese statistische Methode zählt zu den Mitteln logischer Schlußfolgerungen, die der Beweisermittlung zugrunde zu legen sind.²⁰

Der Bundesgerichtshof hat dementsprechend auf Grundlage der Wahrscheinlichkeitsrechnung eine Verurteilung zu **drei Jahren Haft** für zulässig gehalten. Der BGH führt aus²¹:

„Von gesicherten Tatsachenfeststellungen ausgehende statistische Wahrscheinlichkeitsrechnungen gehören zu den Mitteln der logischen Schlußfolgerung, welche dem Tatrichter grundsätzlich ebenso offenstehen wie andere mathematische Methoden. ... Der Bestimmung des Schuldumfangs steht rechtlich nicht entgegen, daß es sich um Wahrscheinlichkeitsaussagen handelt, welche begrifflich völlige Gewißheit des Tatrichters ausschließen. Das Landgericht hat die der Hochrechnung innewohnende Streuung

RKa 8/84; BVerfG 29.05.1978, Az.: 1 BvR 951/77; LSG Berlin 25.06.1986, L 7 Ka 6/84

¹⁹ BFH 15.09.2004, Az.: I R 62/03.

²⁰ BSG 08.04.1992, Az.: 6 RKa 27/90; BGH 16.05.1979, Az.: IV ZR 56/78; BVerwG 05.10.1990, Az.: 4 CB 1/90.

²¹ NJW 1990, 1549, 1551.

*berücksichtigt und die ermittelte Vertrauensuntergrenze als mit einer Wahrscheinlichkeit von **99,5%** zutreffend festgestellt“.*

An anderer Stelle führt der BGH aus²²:

„Im Rahmen der Würdigung von Indizien wird der Tatrichter allerdings die unangefochtenen logischen und mathematischen Regeln der Wahrscheinlichkeitsrechnung nicht verletzen dürfen“.

3. Abschluß

Wie gezeigt sind Statistik und Wahrscheinlichkeitsrechnung wichtige Instrumente der Glaubhaftmachung von Diskriminierung. Ohne sie kann das Opfer häufig die Diskriminierung nicht aufdecken. Wer diese Form der Glaubhaftmachung ablehnt, mag erklären, warum in Deutschland wegen der Wahrscheinlichkeitsrechnung zu Gefängnisstrafen verurteilt werden, diese aber für die bloße Glaubhaftmachung einer Diskriminierung nicht ausreichen soll.

²² NJW 1989, 3161, 3162.

Höhe der Entschädigung

Prof. Dr. Alenfelder

Fachanwalt für Arbeitsrecht, Leiter der Forschungsstelle für Arbeits- und Antidiskriminierungsrecht an der Fachhochschule Nordhessen
www.alenfelder.de

Eine Kernfrage für die Wirksamkeit des Diskriminierungsverbotes ist die Höhe der Geldentschädigung, die der Täter dem Opfer zahlen muß. Nachfolgend werden die Anforderungen an die Geldentschädigung näher beleuchtet.

1. Allgemein

Wegen der Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot besteht Anspruch auf Entschädigung. Ein Verschulden der beklagten Partei ist nicht erforderlich.²³ Eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts muß nicht nachgewiesen werden.²⁴ Das BAG führt dazu aus: „Bei einem Verstoß des Arbeitgebers gegen das Benachteiligungsverbot ist grundsätzlich das Entstehen eines immateriellen Schadens beim Arbeitnehmer

²³ BAG 22.01.2009, Az.: 8 AZR 906/07 Leitsatz 1, Rn. 66.

²⁴ BAG 22.01.2009, Az.: 8 AZR 906/07 Leitsatz 2, Rn. 70 ff; Meinel/Heyn/Herms AGG § 15 Rn. 37; Voigt in Schleusener/Suckow/Voigt AGG 2. Aufl. § 15 Rn. 29; Däubler/Bertzbach-Deinert 2. Aufl. § 15 Rn. 50.

anzunehmen, welcher zu einem Entschädigungsanspruch führt“.²⁵

2. Begriff „angemessene Entschädigung“, § 15 Abs. 2 AGG

Für Diskriminierung ist eine „angemessene Entschädigung“ gem. § 15 Abs. 2 S. 1 AGG zu zahlen. Dieser Begriff ist zunächst unter Berücksichtigung der EU Vorgaben auszulegen, d.h. es müssen die Vorgaben der EU berücksichtigt werden.²⁶

Diese Pflicht zur gemeinschaftskonformen, also auch richtlinienkonformen, Auslegung ergibt sich aus der „Gemeinschaftstreue“, Art.

²⁵ BAG 22.01.2009, Az.: 8 AZR 906/07 Leitsatz 2.

²⁶ EuGH 05.10.2004 - Rs. C-397 bis 403/01 Pfeiffer u.a., EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 93/104 Nr. 1; EuGH 10.04.1984 - Rs. 14/83 und Rs. 79/83, EzA § 611 a BGB Nr. 1; BAG 15.02.2005, 9 AZR 635/03; BAG 06.02.2003, EzA BGB 2002 § 611a Nr. 1; BAG 05.03.1996 EzA BGB § 611a Nr. 11; BAG 27.06.1995 - 1 ABR 62/94; BAG 15.10.1992 - 2 AZR 227/92; LAG Baden-Württemberg 21.07.1997, LAGE BGB § 613a Nr. 65; LAG Nürnberg 26.08.1996, LAGE BGB § 613a Nr. 51; der EuGH hat nationale Gerichte sogar dazu verpflichtet, nationale Vorschriften, die EU Richtlinien widersprechen, bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist nicht mehr anzuwenden, EuGH 22.11.2005, C-144/04, Mangold ./ Helm, Rz. 77 zur sachgrundlosen Befristung bei älteren Arbeitnehmern; EuGH Az.: C-350/06, Schultz-Hoff ./ Deutsche Rentenversicherung Bund und Stringer u. a., siehe Tenor der Entscheidung; Artikel 17 Richtlinie und Erwägungsgrund 35, RL 2000/78/EG vom 27.11.2000; vgl. Artikel 8 II, RL 2004/113/EG vom 13.12.2004.

10 EG Vertrag, und dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts.²⁷

Die EU Richtlinien verlangen ein Schmerzensgeld, das wirksam, verhältnismäßig und abschreckend ist.²⁸ So führt die EU Richtlinie zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf vom 27.11.2000 aus:

„Die Mitgliedstaaten sollten wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen für den Fall vorsehen, daß gegen die aus dieser Richtlinie erwachsenden Verpflichtungen verstoßen wird“.²⁹

Ebenso formuliert der EuGH in ständiger Rechtsprechung, die Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 09.02.1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen

²⁷ vgl. EuGH 6/64 – Costa ./ E.N.E.L., Slg. 1964, 1251, 1269 f.; von der Groeben/Schwarze-Zuleeg, Kommentar, 6. Aufl. 2003, Rn. 4 zu Art. 10; Callies/Ruffert-Kahl, Kommentar 2006, Rn. 40 zu Art. 10; Schiek AGG Einl. Rn. 74.

²⁸ Artikel 17 Richtlinie und Erwägungsgrund 35, RL 2000/78/EG vom 27.11.2000; vgl. Artikel 8 II, RL 2004/113/EG vom 13.12.2004; BAG 22.01.2009, Az.: 8 AZR 906/07, Rn. 82.

²⁹ Erwägungsgrund 35, 2000/78/EG vom 27.11.2000, vgl. Artikel 17 der Richtlinie.

Aufstieg setze voraus, „daß diese Sanktion zur Gewährleistung eines tatsächlichen und wirksamen Rechtsschutzes geeignet ist, eine wirklich abschreckende Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber hat und auf jeden Fall in einem angemessenen Verhältnis zum erlittenen Schaden steht. Eine rein symbolische Entschädigung würde den Erfordernissen einer wirksamen Umsetzung der Richtlinie nicht gerecht“.³⁰

Unter Berücksichtigung der zwingenden EU Vorgaben ist der Begriff „angemessene Entschädigung“, § 15 Abs. 2 S. 1 AGG, als „wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktion“ zu verstehen.

2.1. Auslegung

2.1.1. Wortlautauslegung

Zunächst ist dieser Wortlaut auszulegen.

³⁰ EuGH vom 22. April 1997, Rs. C-180/95, Nils Draehmpaehl/Urania Immobilienservice OHG, EzA BGB § 611a Nr. 12.

2.1.1.1. Abschreckend

Abschrecken heißt, jemanden von etwas abhalten, indem es erschreckend wirkt. So ist „Abschrecken“ zu verstehen als *„in furcht jagen und von etwas abhalten“*.³¹

Erschreckend und furchterregend ist etwas, das Angst verursacht. Angst ist das Gefühl einer existentiellen Furcht.

Existentielle Furcht wird nur erzeugt durch die Androhung einer existenzbedrohenden oder zumindest erheblich belastenden Sanktion.

Dies zeigt auch die allgemeine Wortverwendung des Begriffs „Abschreckung“. So wurde beispielsweise während des Kalten Krieges unter „Abschreckung“, die Androhung der atomaren Vernichtung des Gegners verstanden.

Die EU hat in zahlreichen Entscheidungen klargestellt, was sie unter „Abschreckung“ von Unternehmen versteht. So wurden und werden immer

³¹ Deutsches Wörterbuch, von Jacob Grimm, Wilhelm Grimm, Moriz Heyne, Rudolf Hildebrand, Matthias Lexer, Friedrich Ludwig Karl Weigand, Veröffentlicht von S. Hirzel, 1854, S. 110.

wieder Entschädigungen in erheblicher Höhe verhängt:

- 497 Mio. € gegen Microsoft, 2004 (<http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/774/341617/text/>)
- 462 Millionen € gegen den Schweizer Pharma-Konzern Hofmann-La Roche, 2001 (<http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,292146,00.html>)
- 280 Mio. € gegen Microsoft, 2006 (<http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,426368,00.html>)
- 899 Mio. € gegen Microsoft, 2008 (<http://www.taz.de/1/zukunft/wirtschaft/artikel/1/900-millionen-euro-straefe-fuer-microsoft/?src=SZ&cHash=073fab7d36>)
- 85,8 Mio. € gegen Baustoffhersteller Knauf, 2008 (<http://www.eu-info.de/eugh/knauf/>)

Der EuGH hat eindeutig festgestellt, daß eine Entschädigung in Höhe von 3 Monatsgehältern in keinem angemessenen Verhältnis zum erlittenen Schaden steht und damit erst recht keine abschreckende Wirkung hat:

„26. Das Vorbringen der deutschen Regierung, daß ein Schadensersatz von

bis zu drei Monatsgehältern über eine symbolische Entschädigung hinausgehe und dem Arbeitgeber eine erhebliche, spürbare und abschreckende finanzielle Belastung auferlege, so daß die diskriminierte Person einen beträchtlichen Schadensersatz erhalten kann ebenfalls nicht als stichhaltig angesehen werden.

27. Wie der Gerichtshof im vorerwähnten Urteil von Colson und Kamann (Randnr. 23) ausgeführt hat, muß, wenn sich die Mitgliedstaaten dafür entscheiden, die aufgrund einer durch die Richtlinie verbotenen Diskriminierung erlittenen Schäden im Rahmen einer Regelung über die zivilrechtliche Haftung des Arbeitgebers zu ersetzen, dieser Schadensersatz in einem angemessenen Verhältnis zum erlittenen Schaden stehen“.³²

Die Entscheidung des EuGH und die verhängten Strafgeelder zeigen, wie der Begriff „abschreckend“ zu verstehen ist. Dabei ist die Einschätzung der EU zur Auslegung entscheidend, da das Gesetz EU konform auszulegen ist.

³² EuGH vom 22. April 1997 Rs. C-180/95, Nils Draehmpaehl/Urania Immobilienservice OHG, Rn 26 f.

Die Notwendigkeit eines hohen Entschädigungsbetrages zeigt sich auch an folgendem fiktiven Beispiel.³³

Mit einer Diskriminierungsklage wird eine Entschädigung von 50.000 € geltend gemacht. Eine Geldentschädigung ist um so abschreckender je höher sie im Verhältnis zur Höhe des eigenen Vermögens und Einkommens ist.

Umsatz:

10.000.000.000 €

Klageforderung (Entschädigung)

50.000 €

also: **0,0005 % des Umsatzes.**

Wenn man diese Zahlen auf einen Durchschnittsverdiener umrechnet ergibt sich folgendes:

Umsatz (durchschnittliches Jahreseinkommen):

30.000 €

davon 0,0005 % als Entschädigungsbetrag: **0,15 €**

Tatsächlich zugesprochen als „abschreckend“ hohe Entschädigung, wurden rund 10.000 €, also 0,0001 % des Umsatzes (ArbG Wiesbaden

³³ angelehnt an ArbG Wiesbaden, 18.12.2008, Az.: 5 Ca 46/08.

18.12.2008, 5 Ca 46/08). Dies entspräche – ausgehend von einem Durchschnittseinkommen – einem Betrag von **1 Cent**.

Zum Vergleich: Falschparken kostet bis zu 30 €, also 0,1 % des Jahreseinkommens eines Durchschnittsverdieners. Das „Knöllchen“ dient der Abschreckung. Es soll Falschparken verhindern. Es stellt sich die Frage, was das schwerwiegendere Fehlverhalten ist: Falschparken oder die diskriminierende Verletzung der Menschenwürde? Und wenn die Rechtsordnung Falschparken mit durchschnittlich 0,1 % des Jahresgehaltes ahndet – muß da nicht die Menschenwürde stärker, also abschreckender geschützt werden als öffentliche Parkplätze?

2.1.1.2. Wirksam

Der Begriff „wirksam“ entspricht hier „abschreckend“. Durch die abschreckende Höhe soll eine Wirkung erzielt werden. Ist die Entschädigung „abschreckend“ so ist sie zugleich wirksam.

2.1.1.3. Verhältnismäßig

Verhältnismäßig ist eine Sanktion, die in einem vernünftigen Verhältnis steht zur Schädigung des Opfers und dem Ziel des Gesetzes und der Richtlinien, Diskriminierung zu verhindern. Dabei kann auch das Verschulden des Täters von Bedeutung sein. So dürfte es unangemessen sein, bei geringer Schuld eine die Existenz des Unternehmens gefährdende Entschädigung zu verhängen.

2.1.1.4. Ergebnis

Damit ist unter „angemessene Entschädigung“ in § 15 Abs. 2 S. 1 AGG eine existenzbedrohende Sanktion zu verstehen. Dieses Auslegungsergebnis wird durch die anderen Auslegungsmethoden bestätigt.

2.1.2. Historische Auslegung

Betrachtet man die Entstehung der Vorschrift und den Willen des Normgebers ist zunächst auf die EU und die zugrundeliegenden Richtlinien abzustellen. Diese betonen die fundamentale Bedeutung der Diskriminierungsfreiheit:

„Die Gleichheit vor dem Gesetz und der Schutz aller Menschen vor Diskriminierung ist ein allgemeines Menschenrecht. Dieses Recht wurde in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, im VN-Übereinkommen über die Beseitigung aller Formen der Diskriminierung von Frauen, im Internationalen Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, im Internationalen Pakt der VN über bürgerliche und politische Rechte sowie im Internationalen Pakt der VN über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte und in der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und der Grundfreiheiten anerkannt, die von allen Mitgliedstaaten unterzeichnet wurden“.³⁴

Folgerichtig verlangen sie **wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen**.³⁵

³⁴ Erwägungsgrund 3, RL 2000/43/EG; Erwägungsgrund 2, RL 2002/73/EG; Erwägungsgrund 2, RL 2000/78/EG; Erwägungsgrund 2, RL 2004/113/EG; Erwägungsgrund 2, RL 2006/54/EG.

³⁵ Erwägungsgrund 26, Artikel 15, RL 2000/43/EG; Erwägungsgrund 35, Artikel 17, RL 2000/78/EG; Erwägungsgrund 22, Artikel 8 d, RL 2002/73/EG; Erwägungsgrund 27, Artikel 8 Abs. 2, RL 2004/113/EG; vgl. Erwägungsgrund 35, Artikel 18, RL 2006/54/EG.

Artikel 8 d der Richtlinie 2004/113/EG³⁶ formuliert sogar noch deutlicher:

„Die Mitgliedstaaten treffen im Rahmen ihrer nationalen Rechtsordnung die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, daß der einer Person durch eine Diskriminierung im Sinne dieser Richtlinie entstandene Schaden gemäß den von den Mitgliedstaaten festzulegenden Modalitäten tatsächlich und wirksam ausgeglichen oder ersetzt wird, wobei dies auf eine **abschreckende und dem erlittenen Schaden angemessene Art und Weise** geschehen muß“.

Auch der nationale Gesetzgeber hat sich bei der Umsetzung der Richtlinien ähnlich geäußert.

„Die Gleichheit vor dem Gesetz und der Schutz aller Menschen vor Diskriminierungen ist ein Menschenrecht, das in Deutschland insbesondere in Artikel 3 des Grundgesetzes festgeschrieben ist“.³⁷

Weiter heißt es zu § 15 Abs. 2 AGG:

³⁶ vgl. Artikel 18, RL 2006/54/EG.

³⁷ Gesetzesentwurf BT-DrS 16/1780 S. 1, 08.06.2006.

„... die ständige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes [stellt] die Anforderung, daß zur Gewährleistung eines tatsächlichen und wirksamen Rechtsschutzes eine Entschädigung geeignet sein muß, eine wirklich abschreckende Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber zu haben und auf jeden Fall in einem angemessenen Verhältnis zum erlittenen Schaden stehen muß (EuGH RS C-180/95 vom 22. April 1997 – Draehmpaehl, DB 1997, 983 ff.)“.³⁸

Aus der Schutzpflicht des Art. 3 Abs. 2 GG folgt, daß bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen, wozu insbesondere Diskriminierungen zählen³⁹, die Entschädigung höher sein muß als etwa im sonstigen Schadensersatzrecht. Das ist auch Auffassung des Gesetzgebers. Denn dieser hat zur inhaltlichen Begründung der von ihm vorgeschlagenen Entschädigungsansprüche ausdrücklich Bezug genommen auf zwei Entscheidungen des BGH⁴⁰, in denen ausgesprochen hohe Schadensersatzansprüche zugesprochen worden sind und dies gerade unter Hinweis auf die auch vom

³⁸ Gesetzesentwurf BT-DrS 16/1780 S. 38, 08.06.2006.

³⁹ BAG AP Nr. 5 zu § 611a BGB.

⁴⁰ NJW 1996, 984, 985; NJW 1996, 985, 987.

Gesetzgeber für besonders bedeutsam gehaltenen grundrechtlichen Schutzpflichten.⁴¹

Der BGH betont in diesen Urteilen ausdrücklich, derartige Schmerzensgeldansprüche sind solche kraft Verfassung, also kraft der grundrechtlichen Schutzpflichten. Sie sind abzugrenzen von den Schmerzensgeldansprüchen nach dem herkömmlichen bürgerlichen Recht mit der dortigen Tradition zu eher niedrigen Beträgen. Der BGH führt dazu aus:

„Die Zubilligung eines solchen Anspruchs scheidet entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht an der Zweckbestimmung dieses Anspruchs. Das Berufungsgericht sieht die Funktion dieses Anspruchs zu eng, wenn es ausführt, daß er nicht auf Prävention, sondern auf billigen Ausgleich für erlittene Unbill ausgerichtet sei. Zu dieser Erwägung wird das Berufungsgericht offensichtlich durch seine auf das Schmerzensgeld abstellende Betrachtung und damit durch ein Verständnis geleitet, das dem Wesen und der Zweckbestimmung des hier erörterten Anspruchs auf eine Geldentschädigung nicht gerecht wird. Bei diesem Anspruch handelt es sich im

⁴¹ BT-Drs. 16/1780, S. 46.

eigentlichen Sinn nicht um ein Schmerzensgeld nach § 847 BGB, sondern um ein Recht, das auf den Schutzauftrag aus Art. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG zurückgeht. Die Zubilligung einer Geldentschädigung, die in Verbindung mit diesen Vorschriften ihre Grundlage in § 823 Abs. 1 BGB findet, beruht auf dem Gedanken, daß ohne einen solchen Anspruch Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts häufig ohne Sanktion blieben mit der Folge, daß der Rechtsschutz der Persönlichkeit verkümmern würde. Anders als beim Schmerzensgeldanspruch steht bei dem Anspruch auf eine Geldentschädigung wegen einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Gesichtspunkt der Genugtuung des Opfers im Vordergrund. Außerdem soll er der **Prävention** dienen (Senatsurteile vom 15. November 1994 - VI ZR 56/94 - a.a.O. S. 309 und vom 5. Dezember 1995 – VI ZR 332/94, jeweils m.w.N.). Beide Gesichtspunkte kommen bei Diskriminierungen zum Tragen.⁴²

Folgerichtig wurde dieser Gedanke des konsequenten und verfassungsgeforderten Schutzes des Persönlichkeitsrechtes vom BGH

⁴² BGH NJW 1996, 985; vgl. Thüsing, Efficiency shall prevail, 2004, S. 19: „Prävention ein wesentliches Ziel des Schadensersatzes“.

entwickelt. Dabei konstatierte der BGH, daß ein effektiver Schutz des Persönlichkeitsrechtes nur durch abschreckend hohes Schmerzensgeld gesichert werden kann⁴³. Dieser Grundsatz wurde in zahlreichen weiteren Urteilen bestätigt.⁴⁴

Diese Betonung der Abschreckung hat das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich bestätigt. Zur Festsetzung der Geldentschädigung führte es aus:

„Maßgebend sind also Präventionsgesichtspunkte, die bei der Bemessung der Geldentschädigung in den Persönlichkeitsrechtsfällen zu einer deutlichen Erhöhung der zugebilligten Entschädigung führen“ (BVerfG 08.03.2000, Az.: 1 BvR 1127/96, Rn. 9).

Auch in Hinblick auf die Schmerzensgelder bei Körper- und

⁴³ BGH 05.12.1995, NJW 1996, 984 f.

⁴⁴ BGH 12.12.1995, NJW 1996, 985 f.; Entschädigungssummen: 200.000 DM und 180.000 DM, OLG Hamburg, 3 U 60/93; OLG Hamburg 7 U 138/99; 256.000 € LG Hamburg, 324 O 280/01; 100.000 € OLG Hamburg 7 U 18/04, 09.11.2004; 76.000 €, BGH 06.10.2004, VI ZR 255/03; 158.000 DM, LG München I, 21 O 12437/99; 155.000 DM, OLG Karlsruhe, ZUMRD 1998, 453; 150.000 DM, LG Hamburg 20.07.2001, 324 O 68/01; 70.000 €, OLG Hamm, 3 U 168/03; 70.000 €, OLG München, 21 U 2664/01; 90.000 DM, LG München I, 9 O 11617/01; 30.000 DM, LG Berlin, 27 O 533/00; Vergleich in Sachen Mosley ./.. Bild: 200.000 EUR u.a. August 2009, Süddeutsche Zeitung 07.08.2009; 400.000 € OLG Hamburg, 30.07.2009, Az: 7 U 4/08.

Schockschäden ist dies erforderlich. Das Bundesverfassungsgericht erläutert dies:

„Ein solcher Gesichtspunkt [Präventionsgesichtspunkt] wird jedoch bei den Körperverletzungs- bzw. Schockschadensfällen im Zusammenhang mit der Haftung für Verkehrsunfälle nicht herangezogen. Für die unterschiedliche Behandlung lassen sich Gründe anführen. Weder erfolgt die Rechtsverletzung bei typischen Verkehrsunfällen vorsätzlich, noch ist diese durch die Verfolgung kommerzieller Interessen motiviert. Spielt der Gedanke der Gewinnerzielungsabsicht hier keine Rolle, ist ein auf Prävention zielender Ansatzpunkt für eine entsprechende Berücksichtigung als Bemessungsfaktor der Schmerzensgeldhöhe nicht gegeben. Auch ist im Regelfall nicht zu erwarten, dass von einer entsprechenden Erhöhung des Schmerzensgeldes ein potentieller Unfallverursacher veranlasst wird, sich an die Sorgfaltsanforderungen im Straßenverkehr zu halten. Eine solche Wirkung ist auch deshalb kaum zu erwarten, weil die Entschädigung im Ergebnis - so im vorliegenden Fall - nicht von dem Schädiger selbst, sondern von der Haftpflichtversicherung

getragen wird“ (BVerfG 08.03.2000, Az.: 1 BvR 1127/96, Rn. 10).

Folgerichtig betonte das Arbeitsgericht Cottbus am 08.07.2009, daß bei der Festlegung des Schmerzensgeldes wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts general-präventive Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind (ArbG Cottbus, 7 Ca 1960/08 S. 26 unveröffentlicht).

Im Gesetzgebungsverfahren wurde zur Frage nach der Auslegung des Begriffs „angemessene Entschädigung“ nur zweimal Stellung genommen. So erklärte die Behindertenbeauftragte der SPD Fraktion, Frau Silvia Schmidt, bei der Beschlußfassung am 29.06.2008:

„Auch bei der Höhe des Schadens bestehen Mißverständnisse. Es geht nicht darum, in Deutschland Schadenersatzforderungen zu ermöglichen, wie sie in den USA üblich sind. Dort haben Großkonzerne mehrere Hundert Millionen Dollar wegen Diskriminierung zahlen müssen. Die EU verlangt zwar ein abschreckend hohes Schmerzensgeld, doch liegt dies nach allgemeiner Ansicht in den europäischen Staaten im Arbeitsrecht bei **einem Jahresgehalt**, mindestens aber 30 000 Euro. Nur in schweren

Fällen kann dieser Betrag überschritten werden“.⁴⁵

Auch die Berichterstatterin des Rechtsausschusses, Frau Christine Lambrecht, MdB, erklärte in der Bundestagsdebatte zum AGG am 29.06.2006: „In den letzten Tagen wurde im Zusammenhang mit der Höhe

⁴⁵ Silvia Schmidt, MdB, Behindertenbeauftragte der SPD Bundestagsfraktion, 29.06.2006, Plenarprotokoll 16/43 S. 4151, 4152 f.; dieselbe Grußwort zur Tagung der Deutschen Gesellschaft für Antidiskriminierungsrecht, 03.02.2007; Christine Lambrecht, MdB Rechtsexpertin der SPD Bundestagsfraktion, 29.06.2006, Plenarprotokoll 16/43 S. 4036, 4037; Tobler, recht 2005, Bern, S. 220, 232; Jürgens, Das Antidiskriminierungsgesetz in der betrieblichen Praxis, S. 40; Prystawik, Diskriminierung als gesamtgesellschaftliches Problem und internationale Lösungsmodelle, Antidiskriminierungskonferenz des Deutschen Antidiskriminierungsverbands, 16.02.2006, Bonn; Jansen, ZfAD 6/2007, S. 5 ff.; ders. Tagung der Deutschen Gesellschaft für Antidiskriminierungsrecht, 03.02.2007; Alenfelder, Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht, S. 52; ders. Der Entwurf des ADG, S. 46; ders. The implementation of Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC in Germany - remedies and sanctions, Legal Seminar on the Implementation of Directives 2000/43/EG and 2000/78/EG, 20.10.2005, Brüssel; ders.: Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, Datenschutztag 2006 des Forum für Datenschutz, Frankfurt 27.04.2006; ders. Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, Tagung der Deutschen Gesellschaft für Antidiskriminierungsrecht, 03.02.2007; ders. Überblick über das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, Tagung des Kuratoriums Deutsche Altenhilfe, 22.02.2007; ders. Schulung AGG für die obersten Landesbehörden des Saarlandes, 20.06.2007, Saarbrücken; ähnlich Armbrüster: sehr hoher immaterieller Schadensersatz um Effizienz zu gewährleisten, Allgemeines Zivilrecht – Anwendungsbereich und Sanktionen, Vortrag 29.05.2006, Konferenz der FU Berlin und der Europäischen Kommission, Anti-Diskriminierungsrecht in Europa.

des Schadensersatzes darüber diskutiert, ob exorbitante Ansprüche geltend gemacht werden können, die Unternehmen womöglich in den Ruin treiben werden. Ich kann ganz deutlich sagen: In Deutschland wird es nie Schadenersatzforderungen in Höhe von mehreren hundert Millionen geben, wie sie beispielsweise in den USA üblich sind. Das wird es bei uns nicht geben. Die EU verlangt zwar ein abschreckend hohes Schmerzensgeld. Aber im Arbeitsrecht beträgt es, auch nach Ansicht anderer europäischer Staaten, maximal **ein Jahresgehalt und mindestens 30.000 Euro**. Wir haben in unserem Gesetzentwurf, wie ich finde, eine vernünftige Lösung gefunden, die sicherstellt, daß genau das, was befürchtet wurde, nicht eintreten wird, nämlich eine Überforderung der Unternehmen. Aber ich sage auch ganz klar: **Wer gegen dieses Gesetz verstößt und Menschen diskriminiert, der muß das spüren. Das muß dann Konsequenzen haben. Sonst wäre dieses Gesetz ein stumpfes Schwert**“.⁴⁶

Da nach § 66 Abs. 2 der Geschäftsordnung des Deutschen

⁴⁶ Frau Christine Lambrecht, Berichterstatterin des Rechtsausschusses des Bundestages, BT 29.06.2006, Plenarprotokoll 16/43 S. 4036, 4037.

Bundestages die Berichte der Berichterstatter die Beschlussempfehlung des federführenden Ausschusses mit Begründung sowie die Ansicht der Minderheit und die Stellungnahmen der beteiligten Ausschüsse enthalten, geben die von der Berichterstatterin genannten Summen die Überlegungen des Gesetzgebers zu dieser Frage wieder.

Bemerkenswert ist, daß diese Ausführungen die einzigen Äußerungen zur Definition der „angemessenen Entschädigung“ gem. § 15 Abs. 2 AGG sind, die anlässlich des Gesetzgebungsverfahrens gefallen sind. Es gab keinerlei andere Vorschläge oder Kritiken an diesen Äußerungen. Auch nach Verabschiedung wurde diesen Einschätzungen nicht widersprochen. Daher handelt es sich um den Willen des nationalen Gesetzgebers, die Entschädigung in der beschriebenen Höhe festzulegen.

Damit deckt sich der Wille des europäischen Gesetzgebers nach abschreckend hohen Sanktionen mit dem des nationalen Gesetzgebers und den Ausführungen in den in der Gesetzesbegründung in bezug genommenen Urteilen des BGH.

2.1.3. Teleologische Auslegung

Auch bei Anwendung der teleologischen Auslegungsmethode ergibt sich nichts anderes. Diskriminierung ist Verletzung der Menschenwürde. Diese ist gem. Art. 1 GG unantastbar. Ziel des Gesetzes ist es, die Menschenwürde umfassend zu schützen.⁴⁷ Wie in der Begründung des Gesetzesentwurfs ausführlich dargestellt, erleiden viele Menschen in Deutschland Diskriminierung.⁴⁸ Daher ist zum Schutze vor Diskriminierung eine abschreckend hohe Sanktion erforderlich, die Beschäftigte insgesamt und nicht nur den Betroffenen vor Diskriminierung schützt. Nur wenn die Entschädigung tatsächlich abschreckend, also furchterregend wirkt, werden Diskriminierer ihr Verhalten ändern. Bei niedrigen Entschädigungssummen hingegen werden sie bestätigt, da sie gleichsam sorgenfrei diskriminieren können.

So hat das Arbeitsgericht Wiesbaden einen großen deutschen Versicherungskonzern wegen zweier Diskriminierungen wegen Geschlechts verurteilt. Dabei sprach es ein Schmerzensgeld von knapp 11.000 €

⁴⁷ BT-Drs. 16/1780, S. 2.

⁴⁸ BT-Drs. 16/1780, S. 23 ff.

aus.⁴⁹ Diese Verurteilung bestärkte die diskriminierende Versicherung: „Der Anwalt des Unternehmens, einer der großen Versicherer Deutschlands, spricht zufrieden davon, daß die 11.000 Euro für seinen Mandanten „natürlich“ verschmerzbar seien“.⁵⁰ Dies zeigt, daß niedrige Entschädigungssummen keinerlei abschreckenden Effekt haben. Sie ermutigen vielmehr Täter und potentielle Täter.

2.1.4. Systematische Auslegung

Die nach dem Willen des nationalen Gesetzgebers vorgesehene Höhe des immateriellen Schadensersatzes entspricht im übrigen bereits den in anderen deutschen Vorschriften festgelegten Beträgen. Der Arbeitgeber, der vorsätzlich oder fahrlässig gegen das Arbeitszeitgesetz verstößt, muß nach § 22 ArbZG mit einem Bußgeld bis zu 15.000 € rechnen. Wiederholt er den Verstoß, kann er mit bis zu einem Jahr Gefängnis bestraft werden. Verstößt der Arbeitgeber gegen das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit, kann er sich nach § 1 SchwarzarbG auf ein Bußgeld bis zu 300.000 € einstellen, bis

zu 500.000 € werden bei Verstößen gegen das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz fällig.

Damit entspricht die vorgesehene Höhe der Entschädigung gem. § 15 Abs. 2 AGG der Systematik des deutschen Rechts. Allerdings ist zweifelhaft, ob dies ausreicht, um die EU Vorgaben der abschreckend hohen Sanktion zu erfüllen. Im Vergleich zu den Beträgen, die die EU in Kartellverfahren zur Abschreckung für erforderlich hält, sind ein Jahresgehalt, mindestens jedoch 30.000 € pro Diskriminierung deutlich zu wenig. Dieses Problem wurde mittlerweile auch von Angehörigen des Bundestages erkannt. So erklärte die Behindertenbeauftragte der SPD Bundestagsfraktion, Frau Silvia Schmidt, MdB: „Allerdings ist sehr zweifelhaft, ob diese sehr zurückhaltende Bemessung des Schmerzensgeldes ausreicht, um abschreckend und generalpräventiv zu wirken, wie dies die EU Richtlinien zwingend vorschreiben“.⁵¹

⁴⁹ ArbG Wiesbaden, 18.12.2008, Az.: 5 Ca 46/08.

⁵⁰ Süddeutsche Zeitung, 19.12.2008, „Billige Diskriminierung“.

⁵¹ Capital Online 09.02.2007.

2.1.5. Rechtsvergleichende

Auslegung

Auch im Vergleich zu den europäischen Nachbarstaaten erscheint es fraglich, ob ein Schadensersatz in Höhe eines Jahresgehaltes, mindestens aber 30.000 € wirklich abschreckend im Sinne der EU Vorgaben ist. **Frankreich** beispielsweise hat die Vorgaben der EU deutlich konsequenter umgesetzt. Zusätzlich zu den zivilrechtlichen Folgen wird Diskriminierung als Straftat verfolgt. Nach § 225 des französischen Strafgesetzbuches wird Diskriminierung mit **3 Jahren Haft und 45.000 € Bußgeld** bestraft. In schweren Fällen beträgt die Strafe **5 Jahre Haft und 75.000 € Bußgeld**

2.1.6. Ergebnis der Auslegung

Der Begriff „angemessene Entschädigung“ in § 15 Abs. 2 AGG ist daher als existenzbedrohenden Sanktion zu verstehen. Nach dem Willen des nationalen Gesetzgebers ist in der Regel ein Betrag in Höhe eines Jahresgehaltes, mindestens aber 30.000 € pro Diskriminierung anzunehmen. Nach in der Literatur vertretener Ansicht, sind je Diskriminierung mindestens 6

Monatsgehälter als Entschädigung anzunehmen.⁵² Das LAG Hamm hat am 26.02.2009 wegen einer Diskriminierung 6 Monatsgehälter zugesprochen und dabei auf Prävention abgestellt.⁵³ Das Arbeitsgericht Cottbus hat am 08.07.2009 ein Jahresgehalt als Schmerzensgeld wegen Mobbings zugesprochen, ohne daß eine Diskriminierung geltend gemacht war. Der materielle Schaden wurde ebenfalls zugesprochen.⁵⁴ Im Wege eines Vergleichs erhielt ein diskriminierter Bewerber eine Entschädigung in Höhe von 14,5 Monatsgehältern.⁵⁵

Auch der sich danach ergebende Betrag dürfte jedoch in der Regel zu niedrig sein. Streng genommen wäre es daher sinnvoller zur Herstellung der Abschreckung auf die wirtschaftliche Leistungskraft der beklagten Partei abzustellen.⁵⁶

⁵² JURIS Kommentar AGG, von Roetteken § 15 Rn. 59 a.E.

⁵³ LAG Hamm, 26.02.2009, Az.: 17 Sa 923/08.

⁵⁴ ArbG Cottbus, 08.07.2009, Az.: 7 Ca 1960/08.

⁵⁵ LAG Berlin-Brandenburg, 04.06.2009, Az.: 20 Sa 808/08.

⁵⁶ so z.B. Jansen, Tagung der Deutschen Gesellschaft für Antidiskriminierungsrecht, 03.02.2007; ders. 3. Deutscher Antidiskriminierungstag, 18.07.2008.

2.2. sog. Gegenargumente

2.2.1. Allgemein

Die sich danach ergebenden Entschädigungsbeträge sind in der Regel aus der Sicht des Arbeitgebers gering ist. Aus Sicht eines Normalverdieners hingegen mag der Betrag beachtlich erscheinen.

Die Höhe des Betrages wurde ausführlich begründet. Nachstehend wird auf mögliche Gegenargumente gegen die Höhe der Entschädigung und das AGG insgesamt eingegangen. Bei näherer Betrachtung erkennt man diese gern vorgetragenen Argumente als das was sie tatsächlich sind – Scheinargumente, die in der Regel wie folgt zusammenzufassen sind: „Das haben wir noch nie so gemacht!“ und „Wo kommen wir denn da hin!“

Üblicherweise werden diese Bedenken eingekleidet in Formulierungen wie: „Dies verstößt gegen die deutsche Rechtstradition“ (= Das haben wir noch nie so gemacht) Oder: „Es gilt amerikanische Verhältnisse zu verhindern.“ (= Wo kommen wir denn da hin!)

Dazu vorab einige Anmerkungen, bevor die verschiedenen „Argumente“ vorgestellt werden:

1. Das Gesetz ist neu und beruht auf neuen Vorgaben der EU. Ein „Das haben wir noch nie so gemacht“ ist zutreffend und bei neuen Gesetzen wohl nicht zu verhindern. Warum dies eine Anwendung neuer Gesetze verbieten soll, bleibt unklar.
2. Diskriminierung ist in vielen Bereichen an der Tagesordnung (schlechtere Vergütung von Frauen für gleiche Arbeit, schlechtere Karrierechancen für Frauen, Ablehnung älterer Bewerber, Nachteile wegen Behinderung und ethnischer Herkunft). In vielen Bereichen ist Deutschland schlußlicht. Deshalb hat sich der Bundestag bewußt dafür entschieden, dies abzuschaffen. Eine Änderung ist daher politisch gewollt und erforderlich. Wem dies nicht gefällt, dem bleibt es unbenommen, dagegen politisch tätig zu werden oder eine Partei zu wählen, die seine Vorstellungen teilt. Auf dem Umweg über eine,

möglicherweise bewußte Fehlinterpretation den Willen des Gesetzgebers aushebeln zu wollen, ist jedoch rechtsmißbräuchlich und unzulässig. Ein solches Vorgehen ist letztlich der Aufruf, ein demokratisch beschlossenes Gesetz über die ideologische Fehlinterpretation auszuhebeln. Das widerspricht der Gewaltenteilung und den Vorgaben des Grundgesetzes.

2.2.2. sog. „Gegenargumente“ im einzelnen

2.2.2.1. AGG schafft Vertragsfreiheit ab

Einige behaupten, das AGG beschränke die Vertragsfreiheit. Das ist falsch: Das AGG schafft erst Vertragsfreiheit. Vor dem AGG gab es Vertragsfreiheit nur für Arbeitgeber, die nach Belieben diskriminieren durften. Jetzt erhalten die Arbeitnehmer Vertragsfreiheit, da sie verlangen können, sachlich beurteilt zu werden: Freiheit von Diskriminierung statt Freiheit zur Diskriminierung.

Nähme man das Argument ernst, müßte man auch die Abschaffung von Kündigungsschutz und Mieterschutz verlangen. Hintergrund dieses Arguments dürfte die Wertung sein, daß der Schutz vor Diskriminierung als kein hinreichend schützenswertes Ziel angesehen wird. Dies aber verkennt die zentrale Bedeutung der Menschenwürde für die deutsche Rechtsordnung.

2.2.2.2. AGG ist kein Gesinnungsrecht

Andere behaupten, das AGG sei ein Gesinnungsrecht. Das ist offensichtlich abwegig: Das AGG bestraft nicht eine Gesinnung, es verbietet, Mitmenschen zu entwürdigen. Von Arbeitgebern verlangt das AGG insbesondere, statt nach Vorurteilen nach Sachgründen einzustellen, zu befördern und zu bezahlen.

2.2.2.3. Gesetze ändern Bewußtsein

Schließlich wird vorgetragen: Gesetze verändern nicht die diskriminierende Grundhaltung und können daher

Diskriminierung in der Gesellschaft nicht ausschließen.

Richtig ist: Es wird immer Menschen geben, die ihre Mitmenschen entwürdigen und diskriminieren. Genauso wie es Menschen gibt, die stehlen und morden, obwohl es unter Strafe steht. Sollen wir das Strafgesetzbuch abschaffen, weil es noch Verbrecher gibt? Nein – durch Gesetze werden die verbotenen Handlungen nicht abgeschafft, aber eins wird allen klar: Diese Handlung ist gesellschaftlich geächtet. Und genau das führt bei vielen zum Umdenken und damit zur Änderung der Grundhaltung. Außerdem: nur durch das AGG kann sich das Opfer wirksam gegen Entwürdigung wehren.

2.2.2.4. Versachlichung der Personalarbeit statt Bürokratisierung

Gerne tragen Arbeitgeberfunktionäre vor, das AGG schaffe teure Bürokratie. Arbeitgeber müssten genauer dokumentieren als früher. Das Gesetz selber schreibt so etwas nicht vor. Allerdings sollte ein Arbeitgeber in der Lage sein, darzustellen nach welchen Kriterien er eine Einstellung oder Beförderung durchgeführt hat. Das setzt

voraus, daß er die Auswahlkriterien vorher festgelegt hat und diese bei den Bewerbern geprüft hat. Das jedoch sollte für vernünftige Personalarbeit selbstverständlich sein. Wie soll eine Personalentscheidung getroffen werden, wenn man nicht weiß, was der Bewerber mitbringen muß? Insgesamt ist die Personalarbeit mit dem AGG nicht aufwendiger als vorher. Sie ist jedoch anders, nämlich sachlicher.

2.2.2.5. Kein nennenswerter Mißbrauch des Gesetzes

Immer wieder wird von angeblichem Massenmißbrauch des AGG erzählt. Eine Klagewelle von Berufsbewerbern wurde prophezeit. Gesehen hat diese Berufsbewerber noch niemand: Es gibt keine Hinweise auf einen Massenmißbrauch des AGG. Zur Abwehr der nichtvorhandenen Gefahr wurde gar zeitweise eine schwarze Liste ins Internet gestellt, um Menschen zu brandmarken, die sich gegen Diskriminierung wehren. Dort kann sich jeder Arbeitgeber über angeblich „renitente“ Arbeitnehmer informieren und diese melden.

Während andere Staaten Diskriminierer auf schwarze Listen setzen⁵⁷, wurden in Deutschland die Opfer angeprangert, die es wagen, sich zur Wehr zu setzen.⁵⁸ Ein Vorgang, der an Absurdität nicht zu übertreffen ist: Dies zeigt, für wie selbstverständlich viele Diskriminierung als ihr „gutes Recht“ ansehen, das es zu verteidigen gilt. Daran wird deutlich, wie wichtig die konsequente Anwendung des AGG ist.

2.2.2.6. Vorrang der nationalen Traditionen?

Einige Sprachrohre der Arbeitgeberverbände haben das AGG scharf kritisiert.

Die EU mische sich ohne Not in deutsche Angelegenheiten. Diskriminierungsschutz müsse nach den nationalen Traditionen geregelt werden. Eine neue Richtlinie verstoße gar gegen das Subsidiaritätsprinzip.

Das sind Scheinargumente:

⁵⁷ z.B. USA Office of Federal Contract Compliance Programs, OFCCP, www.dol.gov/esa/ofccp/index.htm.

⁵⁸ dieses sog. AGG Hopper Archiv wurde wegen erheblicher Datenschutzmängel am 15.08.2009 geschlossen.

Es gibt keine nationalen Rechts-traditionen zum wirksamen Schutz vor Diskriminierung, wie die Gesetzesbegründung zum AGG ausdrücklich betont.⁵⁹ Sonst hätten es Frauen und Ältere nicht so schwer auf dem Arbeitsmarkt. Die nationale Tradition besteht darin, daß Arbeitgeber die Freiheit zur Diskriminierung auskosten durften und allenfalls ein Trinkgeld zahlen mußten, wenn sie denn einmal verurteilt werden. Diese unselige Tradition müssen wir endlich überwinden – und genau dies verlangt das AGG.

Das vielbeschworene Subsidiaritätsprinzip ist gleichfalls vorgeschoben: Dieses sieht vor, wenn etwas besser auf nationaler Ebene geregelt werden kann, soll sich die EU nicht einmischen. In Deutschland aber fehlt der wirksame Diskriminierungsschutz in vielen Fällen. Absurd ist es aus dem Fehlen des dringend nötigen Schutzes zu schließen, die Regelung der EU sei überflüssig.

⁵⁹ BT Drs. 16/1780 S. 23

2.2.2.7. Wirtschaftlichkeit

Immer wieder wurde und wird behauptet, Diskriminierungsverbote schaden der Wirtschaft und führen zu mehr Arbeitslosigkeit. Das ist falsch. Diskriminierung ist nicht nur unmoralisch, Diskriminierung ist auch wirtschaftlich schädlich. Jede Untersuchung zeigt – Diskriminierung ist wirtschaftlich ineffizient, sie schmälert den Gewinn der Unternehmen.

Befragte Unternehmen bestätigten unter anderem folgende Vorteile der Diskriminierungsfreiheit:

Der Krankenstand sinkt und Mitarbeiter können besser an das Unternehmen gebunden werden. Zudem können neue Märkte und neue Kunden erreicht werden. Generell verbessern sich die Leistungen. Auch das Ansehen bei Kunden und potentiellen Mitarbeitern verbessert sich deutlich.

Vor allem aber: die Qualität der Mitarbeiter wird besser. Entscheidet ein Unternehmen konsequent nach Leistung statt nach Vorurteilen, werden die besseren Mitarbeiter eingestellt und befördert. Und dadurch gewinnt das Unternehmen insgesamt. Schließlich

sind auch die Mitarbeiter besser motiviert, denn sie sehen, daß ihre Leistung sich für sie lohnt (höherer Lohn und Beförderung).

Diskriminierungen sind im übrigen auch aus folgenden Gründen wirtschaftlich ineffizient:

- Know-How-Träger mit kostenintensive Aus- und Weiterbildungen wandern ab
- Mitarbeiter mit zerstörter Motivation erbringen Schlechtleistungen bei hohen Kosten
- Forschungsergebnisse werden zum neuen Arbeitgeber mitgenommen
- Kundenzufriedenheit nimmt ab, wenn verärgerte Beschäftigte die Kunden betreuen sollen
- hohe Fehlzeiten schmälern den Gewinn
- Zusatzkosten durch häufige Fluktuation der Beschäftigten

Mobbing und Diskriminierung kosten die Unternehmen in Deutschland jedes Jahr hohe Summen. Die Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin bezifferte allein die Kosten die durch Mobbing den Unternehmen jährlich entstehen auf 11,2 Mrd. €.⁶⁰

⁶⁰ Jürgen Heidenreich, Kostenfaktor Mobbing, 2007, S. 26.

Die massiven Auswirkungen auf die Opfer und deren Leistung für das Unternehmen zeigen sich an einer Untersuchung der Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin aus dem Jahre 2002:

Auswirkungen von Mobbing auf das Arbeits- und Leistungsverhalten	%
Ich war demotiviert	71,9 %
Ich entwickelte starkes Mißtrauen	67,9 %
Ich wurde nervös	60,9 %
Ich war verunsichert	60 %
Ich habe mich zurückgezogen	58,9 %
Ich fühlte mich ohnmächtig	57,7 %
Ich habe innerlich gekündigt	57,3 %
Es kam zu Leistungs- und Denkblockaden	57 %
Ich zweifelte an meinen Fähigkeiten	54,3 %
Ich wurde ängstlich – hatte Angstzustände	53,2 %
Ich war unkonzentriert bei der Arbeit	51,5 %
Ich wurde gereizt/aggressiv	41,2 %
Es traten vermehrt Fehler auf	33,5 %
Ich fühlte mich schuldig/verantwortlich	25 %
Es kam zu keinen Auswirkungen	1,3 %

(Bärbel Meschkutat/Martina Stackelbeck/Georg Langenhoff unter Mitarbeit von Vanessa Messal, Der

Mobbingreport, Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin, 2002, Forschungsbericht 951, S. 77).

86 % der Opfer erkrankten. Kurzfristige Erkrankungen traten bei 36,6 % auf. Jeder Dritte erkrankte längerfristig davon über die Hälfte über 6 Monate und jeder vierte war 6-11 Monate erkrankt. Jeder fünfte davon war sogar länger als 1 Jahr erkrankt. 18,6 % traten wegen Mobbings eine Kur an. Jedes sechste Opfer suchte wegen Mobbings ein Krankenhaus auf. 1/3 der Opfer mußten von Therapeuten betreut werden.⁶¹

Folgende Krankheiten wurden durch das Mobbing ausgelöst⁶²:

- Schlafstörungen
- Kopfschmerzen
- Migräneanfälle
- Atemnot
- Lähmungserscheinungen
- Neurodermitis

⁶¹ Bärbel Meschkutat/Martina Stackelbeck/Georg Langenhoff unter Mitarbeit von Vanessa Messal, Der Mobbingreport, Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin, 2002, Forschungsbericht 951, S. 79.

⁶² Bärbel Meschkutat/Martina Stackelbeck/Georg Langenhoff unter Mitarbeit von Vanessa Messal, Der Mobbingreport, Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin, 2002, Forschungsbericht 951, S. 79.

- Depression
- Erkrankung im Magen und Darmbereich
- Herz-Kreislaufkrankungen
- Krebserkrankung

Aber selbst wenn man unterstellt, Diskriminierung würde die Unternehmensgewinne steigern – wäre das ein Grund Diskriminierung zu akzeptieren? Oder genauer gefragt: was ist uns die Menschenwürde wert?

Und wenn Wirtschaft vor Menschenwürde geht, was opfern wir als nächstes?

Zutreffend hat Norbert Blüm dieses Problem mit Blick auf die Globalisierungsdiskussion angesprochen: „mancherorts [wird] die Globalisierung verstanden ... als Kostenwettbewerb, also reduziert: Wer produziert am billigsten? Der gewinnt. Wenn das das Motto der Globalisierung ist, dann müssen wir wieder zurück ins 19. Jahrhundert, dann müssen wir Kinderarbeit einführen. Die ist immer billiger. Oder dann müssen wir Arbeitsschutz aufgeben. In China haben sie pro Jahr im Bergbau 6000 Tote. Also wer damit konkurrenzfähig sein

will, muss den Arbeitsschutz abbauen“.⁶³

Eins muß endlich erkannt werden: Wer diskriminiert, wer mobbt, wer entwürdigt, tritt die Menschenwürde mit Füßen.

Das AGG setzt das Versprechen des Grundgesetzes um: Die Würde des Menschen ist unantastbar, Art. 1 GG.

3. Umsatz als Maßstab der Abschreckung

Der sich nach diesen Überlegungen ergebende Entschädigungsbetrag ist unter Berücksichtigung des Wortlautes und der Vorgaben der EU in der Regel zu niedrig. Streng genommen wäre es daher sinnvoller zur Herstellung der Abschreckung auf die wirtschaftliche Leistungskraft des Täters abzustellen.

Wie ausgeführt muß die Entschädigung, um den verfassungs- und europarechtlichen Ansprüchen zu genügen, abschreckend hoch sein. Erst wenn das Schmerzensgeld im Vergleich zum Umsatz beachtenswert hoch ist, wird es als abschreckend vom Täter wahrgenommen. Diese Schwelle wird

⁶³ Interview im Deutschlandfunk, 29.01.2009, <http://www.dradio.de/dlf/sendungen/zeitzeugen/917500/>

erst ab wenigstens 1 – 2 % des Umsatzes erreicht.⁶⁴ Ein Abstellen auf den Gewinn des Unternehmens ist unbrauchbar, da dieser durch Abrechnungsmanipulationen unschwer zu steuern ist und daher wenig über die tatsächliche Abschreckungsschwelle aussagt.

Das Schmerzensgeld ist steuerlich als Betriebsausgabe absetzbar, denn Schadensersatzleistungen eines Unternehmers stellen betrieblich veranlaßte Aufwendungen dar und sind demnach als Betriebsausgaben abzugsfähig, wenn sie auf betrieblicher Veranlassung beruhen.⁶⁵ Daher muß der immaterielle Schadensersatz gegenüber Unternehmen deutlich höher angesetzt werden, als dies zum Schutz von Persönlichkeitsrechten gegenüber Privaten erforderlich ist.

Andernfalls ist eine Abschreckung nicht zu erzielen. Dies verstieße gegen die zwingenden Vorgaben der Verfassung wie sie in den oben genannten Urteilen des Bundesverfassungsgerichts gem. § 31 BVerfGG binden formuliert worden

⁶⁴ Jansen, Tagung der Deutschen Gesellschaft für Antidiskriminierungsrecht, 03.02.2007; ders. 3. Deutscher Antidiskriminierungstag, 18.07.2008; vgl. Weiß, Zeitschrift für Arbeits- und Antidiskriminierungsrecht 1/2009 S. 2 ff.

⁶⁵ BFH 01.12.2005 – Az. IV R 26/04.

sind sowie gegen die ebenfalls zwingenden EU Vorgaben.

4. Jede einzelne Diskriminierung löst Anspruch aus

Bei der Berechnung der Entschädigung ist zu beachten, daß **jeder** einzelne Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot für sich genommen ausreicht, um die volle Haftung des Urhebers auszulösen.⁶⁶

Das LAG Berlin-Brandenburg führte dazu am 05.12.2007 aus: „Insbesondere muss jeder Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot für sich genommen ausreichen, um die volle Haftung des Urhebers auszulösen (ErfK/Schlachter § 15 AGG Rn. 1)“.⁶⁷

Hat der Arbeitgeber den Beschäftigten in mehreren Fällen diskriminiert, ist es eigentlich erforderlich, den Gesamtbetrag der Entschädigung deutlich über die Summe der Einzelentschädigungen hinaus zu erhöhen. Der Arbeitgeber hat dann die Menschenwürde und die gesetzlichen Vorgaben hartnäckig mißachtet. Bei der Intensität der Rechtsverletzungen ist

⁶⁶ ErfK/Schlachter § 15 AGG Rn. 1; LAG Berlin-Brandenburg 05.12.2007, Az.: 24 Sa 1684/07 Rn. 42.

⁶⁷ LAG Berlin-Brandenburg 05.12.2007, Az.: 24 Sa 1684/07 Rn. 42.

eine Erhöhung angemessen und zur Herstellung einer abschreckenden Wirkung beim Arbeitgeber erforderlich.

Eine Begrenzung der Entschädigungsansprüche für eine Vielzahl von Diskriminierungen quasi als Rabattierung (Mengenrabatt) ist danach ausgeschlossen. Andernfalls wäre jede beliebige Anzahl von Diskriminierungen im Arbeitsverhältnis grundsätzlich mit einer Einmalzahlung in Höhe einer angenommenen Obergrenze abgedeckt. Dies würde dazu führen, daß ein Arbeitgeber, der einmal diskriminiert hat, dies unbekümmert beliebig oft wiederholen könnte.

Die Annahme einer Obergrenze würde letztlich unterstellen, daß nach der ersten Diskriminierung jede weitere das Opfer nicht mehr zusätzlich belastet. Eine solche Überlegung ist berechtigt, wenn es beispielsweise um Glasflaschen geht. Diese sind nach dem ersten Angriff (Zerschmettern) so zerstört, daß weitere Angriffe den Schaden nicht mehr erhöhen. Die Menschenwürde jedoch kann nicht mit einer Glasflasche verglichen werden. Diskriminierungen sind Angriffe auf die Menschenwürde. Jeder neue Angriff ist für sich eine Verletzung dieser Menschenwürde. Die Menschenwürde

existiert auch nach dem ersten Angriff fort und kann daher mit jedem neuen Angriff wieder verletzt werden. Sogar nach dem physischen Tod existiert das dieses Recht fort als postmortales Persönlichkeitsrecht.⁶⁸ Daher führt jede Diskriminierung erneut zu einem eigenständigen Anspruch auf Entschädigung.

5. Abschluß

Die Vorgaben zur Höhe der Entschädigung sind klar: EU und Bundesverfassungsgericht verlangen zwingend abschreckend hohe Entschädigungen, die eine Prävention sicherstellen.

Im verwandten Rechtsgebiet des Persönlichkeitsschutzes im Presserecht haben dies die Gerichte bereits umgesetzt. Die Arbeitsgerichtsbarkeit ist jetzt gefordert sich den Kollegen der Zivilgerichte anzuschließen und endlich einen wirksamen Schutz des Persönlichkeitsrechts am Arbeitsplatz umzusetzen. Immerhin ist jeder Angriff auf das Persönlichkeitsrecht ein Angriff

⁶⁸ BVerfG 24.02.1971, Az.: 1 BvR 435/68; BGH 08.06.1989, Az.: I ZR 135/87.

auf die Menschenwürde und damit auf das Herz des Grundgesetzes:

Die Würde des Menschen ist unantastbar, Art. 1 GG.

Hoffentlich gelingt es den deutschen Gerichten dies auch im Arbeitsrecht durchzusetzen. Andernfalls sind entsprechende Urteil des EuGH oder des EGMR nur eine Frage der Zeit.

Europa richtig verstehen: Streit um Sprachengesetz zwischen der Slowakei und Ungarn

Erika Mlejova

Dipl. Wirtschaftsjuristin, Junior Fellow der Forschungsstelle für Arbeits- und Antidiskriminierungsrecht an der Fachhochschule Nordhessen

Die Slowakei und Ungarn sind seit dem Jahr 2004 rechtmäßige Mitglieder der Europäischen Union. Das Verhältnis zwischen den Nachbarnländern bleibt jedoch sehr angespannt.

Die Erinnerungsgeschichte, die wechselseitige Widersprüche, die Suche nach den Schuldigen haben entzündbaren Boden hinterlassen. Um die heutigen Ereignisse besser verstehen zu können, bedarf es einen Rückblick in die Geschichte der beiden Länder.

1. Geschichtliche Entwicklung

Seit dem 10. Jahrhundert hat die Slowakei der Oberungarn angehört. Fast neunhundert Jahren befand sich das slowakische Sprach- und Kulturgebiet innerhalb des ehemaligen ungarischen Staates.

Bis zum Ende des 18. Jahrhunderts galt in allen Verwaltungen Latein als Amtsprache der Ungarn. Erst in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts mit der Einführung der magyarischen Sprache in Ungarn begann ein Kampf um die Sprache zwischen Slowaken und Magyaren.⁶⁹

Der slowakische Volksboden dürfte älter als das Erscheinen von Magyaren im 10. Jahrhundert sein. Die Befunde der sogenannten nomadischen Keramik weisen auf die älteste slawische Ansiedler in dem Karpatenkessel im 5. Jahrhundert auf.⁷⁰

Erst nach dem 1. Weltkrieg im Jahr 1918 wurde die erste gemeinsame Tschechoslowakische Republik gegründet. Nach einer Volkszählung im Jahr 2001 leben in der Slowakei 520 528 ethnische Ungarn, die 9,7 % der Gesamtbevölkerung und damit die

⁶⁹ Diels, P., Die slavischen Völker, 1963, S. 55.

⁷⁰ Točík, A., Nove nálezy na juhozápadnom Slovensku (Neue Funde in der südwestlichen Slowakei, 1962, S. 210 in: Sedlak, V., Studia Historica slovacica, Band: XVIII, 1994.

größte Minderheit im Land darstellen. Sie leben im grenznahen Gebiet zu Ungarn was historisch bedingt ist.⁷¹

Nach dem ersten Weltkrieg wurden Friedensverträge für Deutschland im französischen Versailles und für Ungarn im französischen Trianon abgeschlossen. Vielvölkerstaat Ungarn, in dem die ethnischen Ungarn nunmehr 56% darstellten, wurde aufgeteilt. Das Land verlor 2/3 seines Landes. Damals gerieten 3,2 Millionen Ungarn außerhalb des Staatsgebietes. In Ungarn selbst verblieben auch viele Minderheiten, zum Beispiel 551.211 Deutsche. Die Angehörige der deutschen Minderheiten sind aber nach dem zweiten Weltkrieg mit einem Beschluß der Siegermächte nach Deutschland vertrieben worden. Die Beneš- Dekrete beschlossen auch die Vertreibung der Deutschen und Ungarn aus der damaligen Tschechoslowakei.⁷²

Nach dem ersten Wiener Schiedsspruch im November 1938, der durch Außenministers des Deutschen Reiches und Italien beschlossen war, wurden die Gebiete der Südslowakei

mit ungarischer Bevölkerungsmehrheit von der Tschechoslowakei abgetrennt und den Ungarn zugeteilt. Slowakische Bevölkerung wurde somit der Gewalt, Diskriminierung und Vertreibung aufgesetzt. Slowakische Bibliotheken wurden geschlossen und die slowakischen Bücher verbrannt.⁷³

Nach dem zweiten Weltkrieg wurde die Slowakei der Tschechoslowakei erneut zugeteilt und Teil der ungarischen Bevölkerung auf der Grundlage der Beneš - Dekrete enteignet.

Erst im Umbruchsjahr 1989 haben die ungarischen Minderheiten für ihren Gebiet in Südslowakei Autonomiestatus gefordert. In der gemeinsamen Tschechoslowakischen Republik, wo die slowakische Bevölkerung gegenüber Tschechien selbst Minderheit darstellte, war die Forderung der ungarischen Minderheit jedoch nicht realisierbar.

Nach der politischen Wende im Jahr 1989 wächst in der Slowakei das Gefühl der gesellschaftlichen Benachteiligung unter der ungarischen Minderheit einerseits und die Furcht der

⁷¹ Ungarisch in der Slowakei, <http://ec.europa.eu/education/language/gefunden> 13.09.2009.

⁷² <http://brimbog.wordpress.com/2009/06/10/slowakisch-ungarische-beziehung-und-die-rechtsradikalen/>

⁷³ Deák, Ladislav, Viedenská arbitráž 2. November 1938, Matica slovenská, 2002.

slowakischen Bevölkerung vor der Vision eines Großungarns anderseits.⁷⁴

Die Europäische Kommission hatte der Beachtung der Minderheitsrechte der in der Slowakei lebenden ungarischen Minderheit aufgrund der schwierigen historischen Verhältnisse zwischen den beiden Ländern schon bei der Verhandlungen des Beitrittes zur EU große Aufmerksamkeit gewidmet. Bei der Bewertung der Situation der ungarischen Minderheit in der Slowakei war die Europäische Kommission im Gesamtdokument im Jahr 1998 sehr besorgt.⁷⁵

2. Das Sprachengesetz von 1995

Das neue Sprachengesetz Nr. 270/1995 G.S. der vom slowakischen Parlament der Mečiar's Regierung am 15. November 1995 angenommen und am 1. Januar 1996 in Kraft getreten ist, hat bei Ungarn negative Reaktionen hervorgerufen.

Die Regierung der Slowakischen Republik hat aber gemäß Art. 6 der slowakischen Verfassung Nr. 460/1992

⁷⁴ Kipke, Rüdiger: Die Politischen Systeme Tschechiens und der Slowakei, 2002, S.133.

⁷⁵ http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/1999/composite_de.pdf, gefunden 13.09.2009.

G.S. präzisiert, daß die slowakische Sprache jeder anderen Sprache vorgeht. Die slowakische Sprache sollte für die Kontakte im öffentlichen Bereich, in der Verwaltung, im Justizverfahren, im Erziehungssystem, in den Medien sowie bei kulturellen Ereignissen als auch bei öffentlichen Veranstaltungen benutzt werden. Der Gebrauch der Sprache der nationalen Minderheiten wurde in dem Sprachengesetz vom Jahr 1995 nicht geregelt.

Als Instrument zur Verbesserung dieser Lage wurde von der slowakischen Regierung vorgeschlagen ein alternatives Schulsystem einzuführen, in dem die rein ungarischen Schulen durch slowakisch-ungarischen Unterricht ergänzt werden. Ziel war es, den Angehörigen der ungarischen Minderheit das Erlangen besserer Kenntnisse der slowakischen Sprache zu ermöglichen. Damit sollte Zweisprachigkeit erreicht werden, welche die Grundbedingung für eine umfassende gesamtgesellschaftliche Betätigung sein sollte.⁷⁶

Der damalige ungarische Außenminister László Kovács erklärte, daß slowakisches Sprachengesetz dem vom 19. März 1995 in Paris

⁷⁶ Pressemitteilung Nr. 11/95 der Botschaft der Slowakischen Republik in der Bundesrepublik Deutschland, 24. November 1995.

abgeschlossenen Grundlagenvertrag zwischen Ungarn und Slowakei widerspreche, den die beiden Staaten im Rahmen von der Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa (OSZE) garantierten Stabilitätspaktes geschlossen haben. Oberstes Gericht in der Slowakei sollte demnach die Frage der Vereinbarkeit des Sprachengesetzes mit Art. 34 der slowakischen Verfassung überprüfen.⁷⁷

Die Slowakische Republik hat die Rahmenübereinkommen des Europarates zum Schutz der nationalen Minderheiten Europäische Charta der Regional- und Minderheitssprachen am 5. September 2001 ratifiziert.

Daher sollte überprüft werden, ob die Zweckdienlichkeit der gesetzgeberischen und anderen Maßnahmen, die ein Vertragsstaat zur Durchführung des Übereinkommens getroffen hat auch international annehmbar ist.

Während der Mečiar - Regierung und seiner in Jahren 1994 -1998 autokratisch bezeichneten Politik wurden nämlich die Zeugnisse für die Schüler der ungarischen Minderheit an der ungarischen Schulen in der

⁷⁷

www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=19951148, gefunden 10.09.2009.

slowakischen Sprache aufgestellt. Auch wenn das Verfassungsgericht die Bestimmungen des Sprachengesetzes wegen Nicht-Berücksichtigung der verfassungsgeschützten Minderheitsrechte teilweise für nichtig erklärt hat, diese Entscheidung wurde von der damaligen Regierung jedoch nicht berücksichtigt.⁷⁸

Die Regierung von Mikuláš Dzurinda wurde aufgrund ihrer ungarischen Koalitionspartner, sowie der aufmerksamen westlichen Beobachter aus der Europäischen Union verpflichtet, die Minderheitsrechte in der Slowakei an das Niveau der westlichen europäischen Ländern zu bringen.

§ 3 Abs.3 und § 4 Abs.3 des Sprachengesetzes vom Jahr 1995 wurden im Jahr 1999 durch das neuen Sprachengesetz Nr. 5/1999 G.S. geändert. Die Zeugnisse und die pädagogische Dokumentation auf den Schulen der nationalen Minderheiten wurden zweisprachig geführt. Auch das Gesetz über das Gebrauch der Sprachen der nationalen Minderheiten Nr.184/1999 G.S wurde unter Dzurinda Regierung im Jahr 1999 erlassen. Der § 10 des Sprachengesetzes Nr. 270/1995

⁷⁸ Robin Schmied- Kowarczik: Die europäische Union und ihre ethnische Minderheiten, 2007, S.168.

G.S., wonach für jede Übertretung des Gesetzes eine Verwaltungsbusse zwischen 50 000 und 500 000 Kronen erteilt wurde, ist durch Gesetz Nr.184/1999 G.S. erhoben worden.

Das Sprachengesetz Nr. 5/1999 G.S. hat die Sprache einer Minderheit als zweite Amtssprache in Gemeinden anerkannt, in deren nationale Minderheit mindestens 20 % der gesamten Bevölkerung darstellt. Die ungarische Koalitionspartei SMK (slowakisch: Strana maďarskej koalície - Partei der ungarischen Koalition) hat gegen das Gesetz votiert und gleichzeitig die Anerkennung der ungarischen Sprache als gleichberechtigte Zweitsprache in den betreffenden Gemeinden gefördert. Der nationalistische Flügel der parlamentarischen Opposition könnte die Förderung der SMK mit der Gewinnung der Mehrheit der slowakischen Bevölkerung erfolgreich bekämpfen.⁷⁹

Seitdem ist das Gefühl der gesellschaftlichen Benachteiligung unter der ungarischen Minderheit immer mehr verbreitet. Auch die Außen- und

Innenpolitik beiden Ländern ist durch die Geschichte und Erinnerung geprägt.

3. Das Sprachengesetz „reloaded“: 2009

Der Nationalrat der Slowakischen Republik, als einziger Träger der legislativen Gewalt in der Slowakei hat am 30 Juni 2009 das neue Sprachengesetz erlassen, das am 1. September 2009 in Kraft trat.

Die ungarische Regierung behauptet, daß das slowakische Sprachengesetz die Rechte der ungarischen Minderheit einschränkt.

Seitens der slowakischen Regierung geht es um eine " Medienkampagne in Ungarn und der EU". " Wir betreiben angeblich sprachlichen Holocaust, Rassismus, Genozid, und kleben gelbe Sterne (an die Ungarnslowaken)", so der Außenminister der Slowakischen Republik Lajčák für "Die Welt" vom 27. August 2009. Das Gesetz werde "schwer fehlinterpretiert. Angeblich verwehren wir den Ungarn, Ungarisch zu reden, und verhindern ungarische Hochzeiten und Begräbnisse. Die Slowaken betrachten solche Vorwürfe als Unrecht", fügte Lajčák zu.

⁷⁹ Kipke, Rüdiger: Die Politischen Systeme Tschechiens und der Slowakei, 2002, S.133.

Ungarns Außenminister Peter Balázs hat der Regierung in Bratislava Ungarn-Feindlichkeit vorgeworfen. "Die slowakische Regierung baut recht stark auf die Ungarn-Feindlichkeit. Das ist dort Regierungspolitik", sagte Balázs in einem Interview mit der Tageszeitung "Der Standard" am 25. August 2009.

4. Mythen und Wahrheiten über das Sprachengesetz

Professor Istvan Kenesei, Direktor am Sprachwissenschaftlichen Institut der Ungarischen Akademie der Wissenschaften versuchte das slowakische Sprachengesetz aus linguistischer Sicht zu analysieren.⁸⁰

Kenesei kritisiert vor allem § 5 Abs. 5 des Sprachengesetzes, in dem die Drucksachen, die Programme, Kataloge, die in der Sprache der nationalen Minderheiten gedruckt werden, gleichzeitig die identische Formulierungen in der Landessprache beinhalten müssen. Aus Keneseis linguistischer Sicht widerspricht dies der alten Wahrheit, daß die Ausdrucksweise in allen Sprachen gleich sein muss.

⁸⁰

www.nordschleswiger.dk/SEEEMS/19708.asp?artid=16016, gefunden 20.08.2009.

Dabei ist in der Sprachlehrforschung die Vielfalt von theoretischen und methodischen Ansätzen sehr unübersichtlich. Deren Protagonisten erstreiten oftmals zwanghaft das Recht auf den Besitz der Wahrheit. Die herrschenden Trends, Theorien, Hypothesen oder politische Diskussionen dürfen aber die Fremdsprachendidaktik nicht beeinflussen. Zur Klärung der sprachbezogener Probleme ist Sprachlernforschung, Lexikographie, sprachwissenschaftliche Sichtweise und Praxisrelevanz erforderlich.⁸¹

Professor Kenesei stellt auch § 5 Abs.7. des slowakischen Sprachengesetzes in Frage, wonach die Beschriftung von Denkmälern, Gedenkstätten in der Landessprache erfolgen. Fremdsprachige Inschriften sind erst nach dem Text in der Landessprache mit der kleinen Schriftart zu beschriften. Nach Kenesei widerspricht diese Vorschrift der Gleichstellung der Sprachen in Hinblick auf deren ausdrucksstarke Befugnisse.

Gemäß § 8 Abs.4 des slowakischen Sprachengesetzes sind die rechtliche Schritte in dem Arbeitsverhältnis in der

⁸¹ Theo Harden, Angewandte Linguistik und Fremdsprachendidaktik, 2006.

Landessprache zu führen. Neben der Landessprache können die Verträge auch in der Sprache der Minderheiten parallel ausgefertigt werden.

In dem Gesundheitswesen ist die Staatsprache zu gebrauchen. Die Kommunikation des Personals mit den Patienten ist jedoch auch in derer Muttersprache möglich. In den Gemeinden, in denen die Angehörige der Nationalminderheit mindestens 20 % der gesamten Bevölkerung darstellt, ist die Sprache der Minderheit auch in den öffentlichen Einrichtungen aufgrund der speziellen Vorschriften als Amtssprache legal. Das Personal ist aber nicht gleichzeitig verpflichtet, die Sprache der Minderheiten und ethnischen Gruppen zu beherrschen.

Professor Kenesei ist der Ansicht, daß solche Regelungen die Rechte der Minderheiten in den Gemeinden einschränken, in den die Anzahl der Minderheiten weniger als 20 % ist.

Der Außenminister der Slowakischen Republik Lajčák rechtfertigte die Aussage des Kenesei damit, daß die Slowakische Republik vom Prinzip der Bilingualität ausgeht. Daher soll die Staatsprache neben und nicht anstatt der Minderheitssprache benutzt werden. In Übereinstimmung mit dem Art. 34

Abs. 3 der Verfassung der Slowakischen Republik vom 1. September 1992 darf die Ausübung der verankerten Rechte der nationalen Minderheiten und ethnischen Gruppen angehörenden Bürger nicht zur Bedrohung der Souveränität und territorialen Integrität Slowakischen Republik und zur Diskriminierung ihrer übrigen Bevölkerung führen.

Wie aus dem § 7 Abs.2 des neuen Sprachengesetzes vorgeht, die Rechte der Angehörigen der nationalen Minderheiten und ethnischen Gruppen, die Landessprache nicht beherrschen, wird in besonderen Vorschriften des Gesetzes Nr.184/1999 G.S. über die Benutzung der Sprachen der nationalen Minderheiten garantiert.

Die Kommunikation der Patienten und Klienten in den Gesundheits- und Sozialeinrichtungen in den ethnisch gemischten Gebieten in ihrer Minderheitssprache ist durch § 8 Abs.4 des Sprachengesetzes sogar verbessert. Bisher durften die Patienten in deren Muttersprache nur in dem Fall kommunizieren, wenn die Staatsprache nicht beherrschen.

Durch das Sprachengesetz eingeführter Sanktionsmechanismus betrifft nicht die Kommunikation zwischen den Patienten

und Klienten der Gesundheits- und Sozialeinrichtungen.

Die Rechte der Angehörigen der nationalen Minderheit auf Bildung in der Muttersprache bleiben durch die Führung der pädagogischen und anderen Dokumentation neben der Sprache der nationalen Minderheit auch in der Staatsprache in den Schulen, in denen in der Sprache der Nationalminderheit unterrichtet und ausgebildet wird, gemäß des § 4.Abs. 3 des Sprachengesetzes unberührt.

Das Recht auf Bildung und Ausbildung in der Muttersprache und die Bewahrung der sprachlichen und kulturellen Identität insbesondere der ungarischen nationalen Minderheit ist per Gesetz gewährleistet und garantiert.⁸²

5. Liberalisierung oder Diskriminierung?

Aus Sicht des Außenministeriums der Slowakischen Republik ist die Benutzung der Minderheitssprachen durch die Novelle des Gesetzes über die Staatsprache in keiner negativen Art

82

www.nordschleswiger.dk/SEEEMS/19708.asp?artid=16016, gefunden 20.08.2009.

berührt. Der Gebrauch der Minderheitssprache wurde sogar in manchen Bereichen erweitert. Der slowakische Außenminister Lajčák spricht sogar über Liberalisierung der Verwendung der Sprache der ungarischen nationalen Minderheit. Es handelt sich beispielsweise um regionale und lokale Rundfunksendungen, wonach gemäß § 5 Abs.1 Buchstabe b die ganze Sendung auch in der Landessprache in der Vergangenheit auszustrahlen war, aufgehoben ist.⁸³

Das Sprachengesetz legt fest, daß in der öffentlichen Kommunikation in erster Linie die slowakische Sprache verwendet werden muss, andernfalls droht eine Strafe von bis zu 5.000 Euro. Die Sanktionierung, laut der Slowakei, betrifft ausschließlich juristische Personen, bzw. Unternehmen. Die einzelnen Personen sind von der Sanktionierung nicht betroffen. Ungarn betrachtet das Sprachengesetz als Diskriminierung der Angehörigen der ungarischen Minderheit in der Slowakei, die Amtswege nicht mehr ausschließlich auf Ungarisch absolvieren kann, und

83

www.nordschleswiger.dk/SEEEMS/19708.asp?artid=16016, gefunden 20.08.2009.

verlangt die Rücknahme des Gesetzes.⁸⁴

6. Fazit

Die internationalen Standards, wie auch Europäische Charta der Regional- oder Minderheitensprachen vom 5. November 1992 im Bereich des Schutzes der Menschenrechte der Angehörigen von nationalen Minderheiten haben die alle Vertragsparteien verpflichtet, jede ungerechtfertigte Unterscheidung, Ausschließung, Einschränkung oder Bevorzugung zu beseitigen, die den Gebrauch einer Regional- oder Minderheitensprache betrifft und darauf ausgerichtet ist, die Erhaltung oder Entwicklung einer Regional- oder Minderheitensprache zu beeinträchtigen oder zu gefährden.

Die Art und Umfang der Maßnahmen, die getroffen werden, um diese Charta die Wirksamkeit verleihen, sind flexibel festzulegen, wobei die Wünsche der Gruppen, die diese Sprachen gebrauchen, berücksichtigt und ihre Traditionen und Eigenarten geachtet werden.⁸⁵

⁸⁴

www.orf.at/?href=http%3A%2F%2Fwww.orf.at%2Ftiker%2F339770.html, gefunden am 1.9.2009.

⁸⁵ EU-Charta der Regional- oder Minderheitensprachen, Art. 7. Abs. 2, 5.

Seit dem Bestehen der Slowakischen Republik sind die Slowakei und Ungarn in einem Dauerkonflikt.

Mit der Novelle des Sprachengesetzes haben die slowakische Politiker auf die Aussagen des ungarischen Politikers der Rechtspartei Fidesz Viktor Orbán, die Südslowakei das Karpatenbecken, also ein Teil des gesamten Ungarns sei, reagiert. Die Tatsache, daß in der Südslowakei die Angehörige der ungarischen Minderheit Mehrheit des gesamten Bevölkerung in dieser Region darstellen, erweckt bei den ungarischen Bevölkerung die Ansicht, daß es sich um Teil des Ungarns unter die fremden Verwaltung handelt.⁸⁶ So ist auch die gesamte Bevölkerung nationalistisch leicht zu manipulieren.

Die Interessen der ungarischen Minderheit müssen geschützt werden. Das ist legal. Leider versucht man durch die nationalistische Parolen der Politiker beiden Ländern von tatsächlichen Problemen in Lande abzulenken. Weder die slowakische Minderheit im Ungarn als auch die ungarische Minderheit in der Slowakei sind existentiell gefährdet. Durch ausführliche Information des Sprachengesetzes könnten aber viele Konflikte vermieden werden.

⁸⁶ Pester Lloyd, 34-2009, 20.08.2009.

"Es macht keinen Unterschied, ob man Ungar oder Slowake ist. Wir sind alles Menschen! Wir Slowaken leben in dieser Region doch schon seit vielen Jahrhunderten in friedlicher Nachbarschaft mit den Ungarn zusammen", sagte eine in den slowakischen Donaustadt Dunajská Streda mit überwiegend Bevölkerung der ungarischen Minderheit lebende Slowakin.⁸⁷

Bei diesen Aussagen stellt sich die Frage, ob die slowakischen und ungarischen Politiker verstanden haben, was Europa ist.

Der Tatbestand der „mittelbaren Benachteiligung“ gem. § 3 Abs. 2 AGG und die hypothetische Betrachtungsweise in der praktischen Personalarbeit / LAG Hamm 16 Sa 544/08

Jan-Dirk Laker, LL.M.

Dipl. Wirtschaftsjurist, Senior Fellow der Forschungsstelle für Arbeits- und Antidiskriminierungsrecht an der FH-Nordhessen

⁸⁷ Jan-Uwe Stahr: Ungarisches Leben jenseits der Landesgrenzen, Deutschlandfunk, <http://www.dradio.de/dlf/sendungen/gesichtereuropas/998012/>, gefunden 18.07.2009.

1. Unmittelbare Benachteiligung

Für den betrieblichen Praktiker ist der Tatbestand der „unmittelbaren Benachteiligung“ gem. § 3 Abs. 1 AGG als relativ gut handhabbar einzustufen.

§ 3 Abs. 1, S.1 AGG / Unmittelbare Benachteiligung

Eine unmittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn eine Person wegen eines im § 1 genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.

Um in der praktischen Personalarbeit nicht versehentlich einen unmittelbaren Benachteiligungstatbestand zu schaffen und damit das Haftungsrisiko des Unternehmens zu erhöhen sowie gleichzeitig die Lebensqualität des betroffenen Mitarbeiters zu minimieren, ist lediglich sicher zu stellen, daß jede Ungleichbehandlung von einzelnen Personen oder Personengruppen die eine direkte Anknüpfung an die gesetzlichen Benachteiligungsgründe des § 1 AGG aufweist, durch die Ausnahmetatbestände der §§ 8-10

AGG gerechtfertigt ist, womit keine Benachteiligung aus der Ungleichbehandlung resultiert.

Oder anders herum betrachtet: In der praktischen Personalarbeit ist die unmittelbare Benachteiligung relativ ungeeignet dazu, dem einigermaßen über Antidiskriminierungsrecht aufgeklärten

Personalverantwortlichen

„versehentlich“ unterlaufen zu können. Dies deshalb, da Fallkonstellationen der unmittelbaren Benachteiligung – in ihrer Tatbestandsnatur liegend – relativ „plump, weil offensichtlich an die Benachteiligungsgründe anknüpfend, daher kommen“. Beispielhaft sei hier die Nichteinstellung von Bewerberinnen auf Grund des Geschlechts, der Ausschluß bestimmter Mitarbeitergruppen von betrieblichen Bildungsangeboten auf Grund ihres Lebensalters, die Schlechterstellung von gleichgeschlechtlichen eingetragenen Lebenspartnerschaften bei betrieblichen Sonderleistungen gegenüber der Ehe, die Ablehnung der Beförderung von körperlich behinderten Menschen auf Positionen mit Kundenkontakt genannt.⁸⁸

⁸⁸ Unter sachverhaltsspezifischer Prüfung deren Legitimität vor dem Hintergrund der §§ 8-10 AGG.

Die unmittelbare Benachteiligung ist für den durchschnittlich sensibilisierten Personalverantwortlichen also erkennbar (transparent) und damit handhabbar.

I. Mittelbare Benachteiligung

Anders stellt sich die Situation bei dem Tatbestand der mittelbaren Benachteiligung gem. § 3 Abs. 2 AGG dar.

§ 3 Abs. 2 AGG / Mittelbare Benachteiligung

Eine mittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen einer in § 1 genannten Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich.

Im Gegensatz zu der unmittelbaren Benachteiligung die für den Praktiker relativ transparent ist, ist die mittelbare Benachteiligung in der praktischen Personalarbeit als „trickreich, weil verdeckt auftretend“ einzustufen. Die tatbestandsimmanente Schwierigkeit

bzgl. der Identifizierbarkeit mittelbarer Benachteiligung gründet darauf, daß auf **dem Anschein nach neutrale Vorschriften**⁸⁹, **Kriterien oder Verfahren, die in besonderer Weise benachteiligen können**, abgestellt wird. Also bereits die Geeignetheit von Vorschriften, Kriterien oder Verfahren zur besonderen Benachteiligung kann ausreichend sein für eine Tatbestandsbegründung, soweit diese den Verdachtsmoment in sich tragenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren angewandt werden und hierdurch eine Benachteiligung eintritt.⁹⁰ Erschwerend hinzu kommt noch, daß es sich zudem tatbestandlich um anscheinend neutrale Vorschriften, Kriterien und Verfahren handelt. Um mittelbare Benachteiligungstatbestände zu identifizieren und damit das Haftungsrisiko zu minimieren, muss der Personalverantwortliche also zu Erst die nicht zu unterschätzende Hürde des bestehenden Neutralitätsanscheins überwinden, indem er bei vermeintlich unkritischen (weil neutralen) Vorschriften, Kriterien

⁸⁹ Neutral Vorschriften sind solche, die nicht an ein Merkmal des § 1 AGG anknüpfen. Vgl.: Anwaltkommentar Arbeitsrecht, Band 1, Hümmelich/Boecken/Düwell, Deutscher Anwalt Verlag, Bonn 2008, § 3 AGG, Rn.9.

⁹⁰ Unter sachverhaltsspezifischer Prüfung der tatbestandsimmanenten sachlich objektiven Rechtfertigung im Rahmen des § 3 Abs. 2 AGG.

und Verfahren in die Prüfung auf deren Geeignetheit zur Benachteiligung eintreten muss. Dies ist wesentlich aufwendiger, fehlerträchtiger und bedarf eines deutlich höheren Kenntnisstands sowie Sensibilisierungsgrads vom Personalverantwortlichen, als dies bei der Identifizierung von unmittelbaren Benachteiligungstatbeständen der Fall ist.

Folglich ist bei der Prüfung auf mittelbare Benachteiligung eine hypothetische Betrachtung notwendig, wonach zu ermitteln ist, ob die zu prüfenden Maßnahmen generell dazu geeignet⁹¹ sind eine Benachteiligung auszulösen.

2. Gerichtsurteil zum Ändern von Tätigkeitsprofilen

Das LAG Hamm hat mit seinem Urteil vom 17.7.2008 entschieden⁹², daß sofern ein Anforderungsprofil in einem Unternehmen so modifiziert wird, daß die Beherrschung der deutschen Sprache in Wort und Schrift vom Stelleninhaber verlangt wird, nachdem dieser zuvor ohne diese Kenntnisse die Funktion über Jahre hinweg

⁹¹ ErfK, Schlachter, 40, § 3 AGG, Rn. 8.

⁹² LAG Hamm, 17.7.2008, 16 Sa 544/08.

beanstandungslos ausgeführt hatte, hierin eine mittelbare Benachteiligung des Arbeitnehmers wegen seiner ethnischen Herkunft liegt⁹³, soweit die Arbeit so organisiert werden kann, daß die schriftliche Sprachbeherrschung nicht erforderlich ist. Gemäß den Ausführungen des Gericht⁹⁴ besitzt der Arbeitnehmer auf Grund der Tatsache, daß er gebürtiger Spanier mit spanischer Schulbildung ist, die ihm nun (neuerdings) umfänglich abverlangten deutschen Sprachkenntnisse nicht. Die Modifikation des Anforderungsprofils stellt mit der Aufnahme gesteigerter Deutschkenntnisse in diesem Fall also eine Maßnahme dar, die dazu geeignet ist, Personen wegen ihrer ethnischen Herkunft (mittelbar) zu benachteiligen. Aus dem Ausland stammende Arbeitnehmer die die deutsche Sprache nicht beherrschen, werden somit wegen ihrer ethnischen Herkunft – woran die beherrschte Muttersprache i.d.R. geknüpft ist – schlechter gestellt als vergleichbare deutsche Arbeitnehmer,

⁹³ Anmerkung des Verfassers: Nach neuerer Rechtsprechungsentwicklung scheint es für das Vorliegen einer Benachteiligung nun unerheblich zu sein, ob eine Umorganisation der Arbeit, aus der eine Ungleichbehandlung resultiert, durch den Arbeitgeber möglich wäre. Siehe BAG, Pressemitteilung Nr. 54/09 (Urteil 28. Mai 2009 - 8 AZR 536/08 zum Zeitpunkt der Erstellung dieses Aufsatzes noch nicht veröffentlicht). Gemäß den Ausführungen in der Pressemitteilung, steht es dem Arbeitgeber grundsätzlich frei festzulegen, welche Arbeiten auf einem zu besetzenden Arbeitsplatz zu erbringen sind.

⁹⁴ LAG Hamm, 17.7.2008, 16 Sa 544/08, Entscheidungsgründe Rn. 29.

welche die Beherrschung der deutschen Sprache wesentlich leichter erfüllen können.⁹⁵

2.1. Einzelstimmen – Einordnung des Urteils als „falsch“

Eine Fachveröffentlichung⁹⁶ ist im Zusammenhang mit dem zuvor thematisierten Urteil heraus zu stellen. Der Autor kommt hierin zu dem Schluß, daß die vom LAG Hamm gesehene mittelbare Benachteiligung auf Grund der ethnischen Herkunft *nicht* gegeben sei, da es an einer Ungleichbehandlung als Voraussetzung für eine Benachteiligung fehlen würde, was daraus folgen soll, daß die gesteigerten Deutschkenntnisse wie sie im Rahmen des modifizierten Stellenprofils gefordert würden, für Deutsche wie ausländische Mitarbeiter (Mitarbeiter mit Migrationshintergrund) gleichermaßen gelten.⁹⁷

2.2. Fälschliche Einordnung des Urteils als „falsch“

Der zuvor dargestellten Ansicht kann aus Sicht des Verfassers nicht gefolgt werden. Bei der Prüfung, ob hier eine mittelbare Benachteiligung zu bejahen ist kann eine Ungleichbehandlung nicht mit der Begründung verneint

⁹⁵ LAG Hamm, 17.7.2008, 16 Sa 544/08, Rn. 35.

⁹⁶ Wolf Hunold, DB 2009, 846-850.

⁹⁷ Wolf Hunold, DB 2009, 846-850, VI.3.

werden, die zur Prüfung stehende Maßnahme (hier Anwendung des modifiziertes Stellenprofils) sei auf beide Gruppen, also Arbeitnehmer mit und ohne Migrationshintergrund, anwendbar. Die Ungleichbehandlung im Bezug auf eine Gruppe muss nicht zwingend daraus folgen, daß diese Maßnahme gerade nur auf eine – anstatt auf beide – Gruppe(n) zur Anwendung gebracht wird, also das über die Ausgestaltung des Geltungsbereichs der Maßnahme eine Ungleichbehandlung erzeugt wird. Das Vorliegen einer Ungleichbehandlung lediglich an dem Ausschluß der Anwendung der Maßnahme auf eine der beiden Gruppen fest zu machen⁹⁸, ist zu kurz gegriffen.

So kann auch aus einer identischen Anwendung der Maßnahme auf beide Gruppen sehr wohl eine Ungleichbehandlung zwischen beiden Gruppen resultieren, da die Maßnahme inhaltlich – abgestellt auf die jeweiligen individuellen Gruppenmerkmale - zu einer Ungleichbehandlung der Mitglieder einer Gruppe gegenüber den Mitgliedern der anderen Gruppe⁹⁹

führen kann (geeignet ist). Im vorliegenden Urteil geht es um die Anforderungen bzgl. der Deutschkenntnisse, die an Stelleninhaber gestellt werden. Es liegt in der Natur der Sache, daß Arbeitnehmer mit Migrationshintergrund durch eine derartige Anforderung in anderer Qualität „belastet“ werden, als dies Arbeitnehmer ohne Migrationshintergrund (Vergleichsgruppe) werden. Die Ungleichbehandlung folgt im Moment der Anwendung der Maßnahme auf die Gruppe aus dem Maßnahmeninhalt (Regelungsinhalt), in Verbindung mit dem spezifischen Gruppenmerkmal. Die Maßnahme, die konsequent auf beide Gruppen zur Anwendung kommt, entfaltet bei der Gruppe der Personen mit Migrationshintergrund eine quantitativ wie qualitativ anderen Wirkung, als bei der Gruppe ohne Migrationshintergrund, womit eine Ungleichbehandlung zu bejahen ist. Kann diese Ungleichbehandlung nicht durch die tatbestandsimmanenten Rechtfertigungsgründe des § 3 Abs. 2 AGG gerechtfertigt werden, wird im Moment der Anwendung der Maßnahme aus der Ungleich-

⁹⁸ Wie offensichtlich vertreten. Siehe oben III.1.

⁹⁹ Zur (Vergleichs-)Gruppenbildung siehe auch: Arbeitsrecht Handkommentar, Däubler u.A., Nomos, Baden- Baden 2008, § 3 AGG Rn. 10 f.; AGG

Kommentar, Bauer, Göpfert, Krieger, 2. Auflage. C.H. Beck, München 2008, § 3 Rn. 24 ff.

behandlung eine mittelbare Benachteiligung mit allen Sanktionsoptionen des AGG.

ErfK, Schlachter, 40, § 3 AGG Rn. 6

...eine Benachteiligung ist mittelbar Merkmalsbedingt, wenn als Differenzierungskriterium, das die nachteiligen Folgen herbei führt, zwar nicht unmittelbar die Zugehörigkeit zur geschützten Gruppe dient, wohl aber solche Merkmale, die von Gruppenmitgliedern erheblich häufiger als von anderen Personen erfüllt werden. In diesem Fall ist wegen der typischerweise überwiegend gruppenangehörigen Personen treffenden nachteiligen Wirkung zu vermuten, daß gerade die Gruppenzugehörigkeit maßgebliche Ursache der Benachteiligung war. ...

2.3. Empfehlung für die praktische Personalarbeit

Der Personalverantwortliche in der Praxis tut sicher gut daran, sich bzgl. des sowieso schon als „schwierig“ zu klassifizierenden Umgangs¹⁰⁰ mit mittelbaren

¹⁰⁰ Siehe oben II.

Benachteiligungstatbeständen, nicht weiter verunsichern zu lassen. Bei der generell schon schwierigen „Handhabung“ dieser Benachteiligungsart, sollte man nicht auf das verlockende, aber „dünne Eis“ folgen, wonach die gruppenspezifischen Wirkungen von Maßnahmen ausgeblendet werden (können). Die mittelbare Benachteiligung folgt nicht zwingend aus einer inkonsistenten Anwendung von Maßnahmen und Regelungen auf eine Gruppe im Vergleich bzw. im Verhältnis zu ihrer Vergleichsgruppe. Nur weil eine konsistente (identische) Anwendung auf beide Gruppen gegeben ist, bedeutet dies nicht, daß keine Ungleichbehandlung gegeben ist und damit eine mittelbare Benachteiligung kategorisch ausgeschlossen werden kann. Die Argumentation, daß eine Benachteiligung deshalb nicht gegeben ist, weil beide Gruppen der Anwendung der Maßnahme gleichsam ausgesetzt sind, kann nicht tragen, da hierbei die unterschiedlichen Wirkungen – bezogen auf die verschiedenen Gruppencharakteristika (im Urteil: Arbeitnehmer mit und ohne Migrationshintergrund) – unberücksichtigt bleiben.¹⁰¹ Und eben auch in

¹⁰¹ Siehe hierzu auch oben Fußnote Nr. 12.

diesen Effekten können merkmalsbedingte Benachteiligungen liegen.

Als bewußt überspitzt dargestelltes Beispiel sei hier ein Personalauswahlverfahren angeführt, das offen auch optische Parameter in der Form berücksichtigt, daß weibliche Kandidaten die ein Kopftuch tragen ausgesondert werden. Einem solchen Auswahlverfahren ist nicht alleine deshalb die Benachteiligungsfreiheit wegen vermeintlich nicht vorliegender Ungleichbehandlung zu attestieren, nur weil das Auswahlverfahren auf Alle – also auf Muslime und Christen – gleichermaßen zur Anwendung kommt. Entscheidend ist viel mehr die unterschiedliche Wirkung innerhalb der Gruppen. Während das Auswahlparameter die christliche Vergleichsgruppe nicht tangieren wird, wird ein signifikanter Wirkungseffekt in der muslimischen Gruppe gegeben sein. Womit – wenn keine tatbestandsimmanente Rechtfertigung gem. § 3 Abs. 2 AGG gegeben ist, eine mittelbare Benachteiligung auf Grund der Religion besteht.

Personalverantwortliche sind gut damit beraten, sich bzgl. der Identifikation von mittelbar

benachteiligenden Maßnahmen, Regelungen und Vorschriften, strikt der (mittlerweile) in der Literatur etablierten (Vergleichs-)Gruppen Theorie zu folgen; jedenfalls keinesfalls solchen Mindermeinungen, die diese mittlerweile als etabliert zu bezeichnenden Theorien völlig negieren.

Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle auf die Grundsatzentscheidung „Feryn“ des EuGH¹⁰²¹⁵ hingewiesen, wonach eine unmittelbare Diskriminierung nicht voraus setzt, daß eine beschwerte Person, die behauptet, Opfer einer derartigen Diskriminierung geworden zu sein, auch zwingend identifizierbar sein muss.¹⁰³

¹⁰² 10.07.2008, C-54/07.

¹⁰³ Ebenda, Rn. 25.

Reform des Jugendrechts, insbesondere des Jugendstrafrechts in den Vereinigten Staaten

Dr. Stefan Prystawik

Professor of European Studies,
University of Maryland, Reston College
Research Academy (UMUC Europe),

Senior Fellow, Forschungsstelle für
Arbeits- und Antidiskriminierungsrecht
an der Fachhochschule Nordhessen
(FoSAR)

1. Problemlage

Zu den Nichtregierungsorganisationen, die auch heute im Bereich der Weiterentwicklung von Bürgerrechten in den USA tätig sind, zählt das Southern Poverty Law Center (SPLC¹⁰⁴). Dieses sieht sich in einer Langzeitverpflichtung, die Rechte solcher Kinder zu schützen, die in die Mühlen der Jugendjustiz geraten sind und ihnen sinnvolle Behandlungs- und Beschäftigungsmöglichkeiten zu bieten, die ihrer gesellschaftlichen Rehabilitation dienen.

¹⁰⁴ Southern Poverty Law Center, 400 Washington Ave., Montgomery, AL 36104.

Im Gegensatz zu landläufigen Fehleinschätzungen sind die wenigsten Kinder, die im Gefängnis sitzen, gefährliche Straftäter. Die meisten sind nicht gewalttätig. Im Landesdurchschnitt leiden acht von zehn unter emotionalen Symptomen oder sonstigen Lernschwächen. Fast alle kommen aus armen Familien, zwei Drittel sind Farbige oder Latinos.

Viele dieser Kinder gehören einfach nicht in den Strafvollzug – aber sie enden dort aufgrund unzureichender Förderschulprogramme und zu sehr auf Strafe ausgelegter Schuldisziplinvorschriften.

Der Gefängnisaufenthalt brutalisiert die Kinder und zerreißt die Familien. Er zehrt an den Staatsmitteln und bewirkt gleichzeitig wenig, wenn überhaupt, um die Kriminalität zu senken. Jugendgefängnisse sind oft Orte der Gewalt, bieten keine nennenswerte Resozialisierung, Behandlung oder Erziehung. Dauerstudien haben wiederholt belegt, daß Jugendliche, die aus Jugendgefängnissen entlassen wurden, wahrscheinlich wieder straffällig werden. Experten sind sich darüber einig, daß es einen direkten Weg vom Jugendstrafvollzug in das Gefängnisystem für Erwachsene gibt.

Ziel der Reformansätze im Jugendrecht ist eine Intervention in die Lebenssituationen der verletzlichsten Mitglieder der Gesellschaft, um den steten Fluß von Kindern in das Gefängnisssystem für Erwachsene zu unterbinden – einen Weg, der unter dem Begriff „School-to-Prison Pipeline“ bekannt wurde. Die aktuelle Kampagne umfaßt Klageverfahren, legislative Lobbyarbeit, Stadtteilarbeit und öffentliche Fortbildung, um eine Reform des Jugendrechts in sieben Bundesstaaten im Südosten der USA durchzusetzen.

2. Beispiele

2.1. Mississippi Youth Justice Project

Seit 2005 hat das **Mississippi Youth Justice Project** sowohl mit Fürsprechern an der Basis als auch mit der Regierung des Bundesstaats zusammengearbeitet, um größere systemische Reformen in diesem Bundesstaat zu erreichen, welche die Rahmenbedingungen für beispielhafte Jugendstrafvollzugsprogramme im ganzen Land erschaffen sollen. Ein vom Justizministerium in Washington erstellter Bericht zeigt eine Chronik schlimmster Mißhandlungen in

Jugendeinrichtungen des Staates Mississippi: Kinder wurden regelmäßig geschlagen, gefesselt oder angebunden. Suizidgefährdete Mädchen wurden in dunkle Einzelzellen ohne Lüftung oder Toiletten eingesperrt. Grundbedürfnisse der Kinder, wie Bildung oder ausreichende medizinische Versorgung wurden nicht erfüllt. Bundesstaatliche Gesetze, die in 2005 und 2006 verabschiedet wurden, bauen nun das staatliche System um: zu einem System, das statt auf Gefängnisaufenthalte überwiegend auf wohnortbezogene Behandlung setzt.

2.2. Juvenile Justice Project of Louisiana

In Louisiana wird das **Juvenile Justice Project of Louisiana** (JJPL) durch das SPLC unterstützt. Seit dem Jahre 2000 arbeitet man dort mit dem JJPL zusammen, um einen Vergleich mit dem Bundesstaat und dem U.S. Justizministerium zu verhandeln, der den Bundesstaat verpflichtet, Gewalt in Jugendstrafeinrichtungen zu reduzieren und gleichzeitig die medizinischen sowie psychiatrischen Dienste in diesen Einrichtungen zu verbessern.

2.3. Alabama Youth Justice Coalition

Das SPLC ist ebenso Mitglied der **Alabama Youth Justice Coalition**, ein Projekt der Zusammenarbeit zwischen Kinderrechts-, Behinderten- und anderen Fürsprachegruppen im gesamten Bundesstaat. Obschon die Zahl der von Jugendlichen begangenen Straftaten in Alabama in den vergangenen zehn Jahren stark gefallen ist, gab es einen dramatischen Anstieg der Anzahl von Kindern in geschlossenen Jugendstrafeinrichtungen. Alabama hat dadurch jetzt zahlenmäßig mit die meisten jugendlichen Strafgefangenen in den Vereinigten Staaten. Etwa acht von zehn Kindern, die 2006 in Alabama eingesperrt wurden, kamen aufgrund nicht-gewaltbedingten Fehlverhaltens ins Gefängnis.

2.4. Southern Juvenile Defender Center

Darüber hinaus betreiben die Jugendrechtsaktivisten das **Southern Juvenile Defender Center** (SJDC), ein sieben Bundesstaaten umfassendes Projekt, das darauf abzielt, die Qualität der Verteidigung für mittellose Kinder in Strafverfahren zu verbessern. Das SJDC führt Fortbildungsseminare für Strafverteidiger durch und stellt

Unterstützung in Form von Forschung, Fallarchiven und Verfahrenshilfen zur Verfügung.

3. Alternativen zum Gefängnisaufenthalt

3.1. Prävention¹⁰⁵

Kinder ins Gefängnis zu stecken schadet nicht nur dem Kindeswohl, sondern richtet sich gegen jeglichen zentralen Wert des Jugendstrafsystems. Rehabilitierung, Behandlung, Berechenbarkeit, öffentliche Sicherheit und der Glaube an das Potential von Kindern werden allesamt untergraben, wenn wir uns auf Jugendgefängnisse als Einrichtung verlassen, die sich um junge Menschen in Schwierigkeiten kümmern soll. Abgesehen von der chaotischen Gewalt, der es ausgesetzt ist und dem Schmerz der Trennung von der Familie, wird eine Haftstrafe niemals einen positiven Einfluß auf das Leben eines Kindes haben; tatsächlich kommen viele Jugendliche verhärtet und mit größerer Wahrscheinlichkeit, wieder straffällig zu werden aus dem

¹⁰⁵ The Juvenile Justice Project of Louisiana, 1600 Oretha Castle Haley Blvd., New Orleans, LA 70113.

Gefängnis. Das Leben der Kinder wird durch das Gefängnis so zerrissen, daß sie es sehr schwer haben, wenn es nicht gar unmöglich wird, wieder Fuß zu fassen, wenn sie zurück nach Hause kommen. Sie haben es versäumt, Möglichkeiten zur Bildung, Berufschancen und solche der persönlichen Entwicklung wahrzunehmen, die alle ein natürlicher Teil eines gesunden Heranwachsens sind. Um ihre Teenagerzeit gebracht, verlieren die Jugendlichen die Chance zu Selbstverwirklichung und Wachstum ihrer Persönlichkeit.

Angesichts der verheerenden Auswirkungen, die das Gefängnis auf die Kindheit hat, vertritt die Organisation JJPL die Auffassung, es sei unabweisbar, daß der Bundesstaat Louisiana in zahlenmäßig mehr und bessere Alternativen als den Gefängnisaufenthalt investiert. Stadtteilbezogene Alternativprogramme belassen Kinder in enger Beziehung zu ihren Familien und Freunden, während sie gleichzeitig individuelle Behandlung sicherstellen und die Jugendlichen in Strukturen einbinden, in denen sie in angemessener Weise für ihr Handeln Verantwortung übernehmen müssen. Da solche Programme relativ klein angelegt und in der örtlichen Gemeinschaft vernetzt sind, können

Interventionen im Rahmen bestehender Ressourcen einsetzen. Dies sind z.B. Schulen, Familien, Mentoring-Programme, psychologische Betreuung usw. – dies stärkt die Ansatzpunkte, nachhaltige Erfolge zu erzielen. Die Organisatoren machen im Rahmen ihrer öffentlichen Aufklärungs- und Fortbildungsinitiativen deutlich, daß sie den Schwerpunkt dieser wichtigen Arbeit in ortsbezogenen Alternativen zum Gefängnisaufenthalt sehen. In diesem Zusammenhang suchen sie die Kooperation mit örtlichen Anbietern sozialer Dienste, um so Herangehensweisen zu koordinieren, die effektive Alternativen in den örtlichen Gemeinschaften im ganzen Bundesstaat verankern.

3.2. Aktueller Vergleich¹⁰⁶ in Mississippi

In einem bahnbrechenden und wegweisenden Vergleichsverfahren vor dem United States District Court for the Southern District of Mississippi haben die Kläger **Mississippi Protection and**

¹⁰⁶ United States District Court for the Southern District of Mississippi, Southern Division, Case No. 1:09 cv 267 LG-RHN; Complaint for Injunctive and Declaration Relief, Amended Settlement Agreement (Kopie der Fallakte beim Autor erhältlich: smpr@maryland.usa.com).

Advocacy System gegen **Harrison County Mississippi** in kürzester Zeit - zwischen Einreichen der Klage und Herbeiführung des Vergleichs vergingen nur sechs Monate – grundlegende Rechte u.a. für minderjährige Gefängnisinsassen durchgesetzt sowie deren Einhaltung und Umsetzung sichergestellt.

Es empfiehlt sich in diesem Zusammenhang die Lektüre sowohl der Klageschrift als auch der Vergleichsentscheidung vom 30. September 2009, die dem Autor in Kopie vorliegen.

Der Vergleich ist ein gutes Beispiel dafür, was bürgerschaftliches Engagement in kurzer Zeit zum Nutzen aller bewegen kann. Wenn Politik, Rechtsordnung und Gesellschaft dies anerkennen und entsprechend kooperieren, lassen sich Mißstände kurzfristig erkennen und abstellen. Wirklicher gesellschaftlicher Fortschritt basiert auf exakt solchen Strukturen, nach denen man in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union bislang vergeblich Ausschau hält.

Impressum:

Zeitschrift für Arbeits- und Antidiskriminierungsrecht

Herausgeber:

Prof. Dr. Klaus Michael Alenfelder
Frank Jansen

Redaktion:

Prof. Dr. Alenfelder, Wolfsgasse 8,
53225 Bonn
Verantwortlich im Sinne des
Presserechts

Verlag: Eigenverlag der Fosar

Erscheinungsweise: Quartalsweise

Urheber und Verlagsrechte:

Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze, denn diese sind geschützt soweit sie vom Einsender oder von der Redaktion erarbeitet oder redigiert worden sind. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlags in

irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm oder andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere von Datenverarbeitungsanlagen verwendbare Sprache übertragen werden.

Manuskripteinsendungen werden an die Redaktion erbeten. Keine Haftung für unverlangt eingesandte Manuskripte. Mit der Annahme zur Alleinveröffentlichung erwirbt der Verlag alle Rechte, einschließlich der Befugnis zur Einspeisung in eine Datenbank.

Zitierweise: ZAD

ISSN: 1869-2192