

Univ.-Prof. Dr. Christian Armbrüster

Richter am Kammergericht

Fachbereich Rechtswissenschaft

Bürgerliches Recht, Handels- und
Gesellschaftsrecht, Privatversiche-
rungsrecht, Internationales Privatrecht

Boltzmannstr. 1, 14195 Berlin

Telefon: (030) 838 -52167 (Durchw.)

-52181 (Schr.)

Fax: -56293

Email: armbr@zedat.fu-berlin.de

Berlin, den 14. Oktober 2008

S t e l l u n g n a h m e

zum Reformbedarf beim Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz

im Rahmen der Öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses
des Deutschen Bundestages vom 15. Oktober 2008

A. Änderung des AGG

1. Erweiterung des Kataloges der Diskriminierungsmerkmale (§ 1 AGG; BT-Drs. 16/9637, S. 2)

Das Merkmal „**Staatsangehörigkeit**“ ist bislang weder in den Richtlinien noch im AGG enthalten. Daran ist festzuhalten, da sich der Schutz vor Diskriminierung auf grundsätzlich unveränderliche Persönlichkeitsmerkmale beschränkt und jede Erweiterung um solche Merkmale, die für den Achtungsanspruch einer Person keinen vergleichbaren Stellenwert haben, den hervorgehobenen Schutz der erfassten Merkmale verwässert. Dessen ungeachtet wird in einer äußerlich an die Staatsangehörigkeit anknüpfenden Ungleichbehandlung häufig eine Diskriminierung wegen der Rasse oder ethnischen Herkunft liegen, die vom Schutz des AGG erfasst ist.

Auch das Merkmal „**soziale Herkunft oder soziale Lebensumstände**“ sollte nicht in den Katalog aufgenommen werden. Dieses Merkmal ist viel zu vage, um praktisch handhabbar zu sein. Zudem wäre Streit um eine Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen vorprogrammiert, da ein Anbieter, der auf die sozialen Lebensumstände verweist, häufig ein berechtigtes Interesse am Schutz vor einem Zahlungsausfall geltend machen wird.

2. Ersetzung der Wendung „aus Gründen der Rasse“ durch „aus rassistischen Gründen“ (§ 1 AGG; BT-Drs. 16/9637, S. 2)

Der geltende Wortlaut des AGG übernimmt die Formulierung aus der Richtlinie 2000/43/EG. Auch Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG kennt den Begriff der „Rasse“. Eine Änderung erscheint daher nicht geboten.

3. Ausdehnung des Anwendungsbereichs des AGG (§ 2 AGG; BT-Drs. 16/9637, S. 2)

Dem Vorschlag, den Anwendungsbereich des Gesetzes „auf alle Rechtsgebiete“ zu erstrecken, ist nicht zu folgen. Eine solche Ausdehnung wäre systemwidrig. Im Bereich staatlichen Handelns wird der Schutz vor rechtswidriger Ungleichbehandlung auf verfassungsrechtlicher Ebene durch Art. 3 GG gewährleistet. Innerhalb des Zivilrechts werden die relevanten Gebiete des Arbeits- sowie des allgemeinen Zivilrechts erfasst (zu Ausnahmen s. unten sub 16).

4. Streichung des Verweises auf das Betriebsrentengesetz in § 2 Abs. 2 S. 2 AGG (BT-Drs. 16/9637, S. 5; BT-Drs. 16/7536, S. 3)

Hinsichtlich der betrieblichen Altersversorgung verweist § 2 Abs. 2 S. 2 AGG auf das Betriebsrentengesetz. Zwar hat das BAG (NZA 2008, 532) die Norm nicht als Bereichsausnahme, sondern lediglich als Kollisionsregel ausgelegt, so dass das AGG nach dieser Rechtsprechung auch für die betriebliche Altersversorgung gilt. Nach der Rechtsprechung des EuGH müssen freilich dem Rechtsadressaten die ihm europarechtlich gewährleisteten Rechte hinreichend klar und genau erkennbar sein. Dem wird der derzeitige Gesetzeswortlaut nicht optimal gerecht.

Eine entsprechende Klarstellung von § 2 Abs. 2 S. 2 AGG ist daher anzuraten.

5. Streichung der Beschränkung des Diskriminierungsschutzes bei Kündigungen auf die Regeln des Kündigungsschutzes (§ 2 Abs. 4 AGG; BT-Drs. 16/9637, S. 5; BT-Drs. 16/7536, S. 2)

Nach § 2 Abs. 4 AGG gelten für Kündigungen allein die Regelungen des Kündigungsschutzrechts. Dies genügt aus denselben Gründen wie bei § 2 Abs. 2 S. 2 AGG nicht den europarechtlichen Anforderungen an die Richtlinienumsetzung. Hinzu kommt, dass – worauf die EG-Kommission (K(2008) 0103, S. 3 f.) zu Recht hinweist – eine europarechtskonforme Auslegung der Generalklauseln im Einzelfall keineswegs sichergestellt ist.

Die Bereichsausnahme des § 2 Abs. 4 AGG ist daher zu streichen.

6. Erstreckung des Schutzes vor sexueller Belästigung auf das allgemeine Zivilrecht (§ 3 Abs. 4 AGG; BT-Drs. 16/9637, S. 3; BT-Drs. 16/7536, S. 3)

Der Schutz vor sexueller Belästigung ist im AGG bislang nur für das Arbeitsrecht vorgesehen (§ 3 Abs. 4 i. V. mit § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 AGG). Demgegenüber sieht die Richtlinie 2004/113/EG in Art. 2 lit. d sowie in Art. 4 Abs. 3 vor, dass im allgemeinen Zivilrechtsverkehr die sexuelle Belästigung als Diskriminierung aufgrund des Geschlechts verboten ist. § 3 Abs. 4 ist daher richtlinienkonform dahin auszulegen, dass die Beschränkung auf die Fälle des § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 AGG insoweit nicht gilt.

Zur Klarstellung empfiehlt sich eine entsprechende Änderung des § 3 Abs. 4 AGG.

7. Gleichbehandlung von Personen, die in eingetragener Lebenspartnerschaft leben, mit Ehegatten (§ 7 AGG; BT-Drs. 16/9637, S. 3; BT-Drs. 16/7536, S. 3)

Bislang sind die Regelungen zur Beihilfe, zum Familienzuschlag und zum Witwen- oder Witwergeld im Beamtenrecht sowie für Berufssoldatinnen und Berufssoldaten ausschließlich auf Ehepartner bezogen.

Diese Beschränkung ist aufgrund der Tatsache, dass es sich bei der eingetragenen Lebenspartnerschaft um eine der Ehe in vermögens- und fürsorgerechtlicher Hinsicht weitgehend gleichgestelltes Rechtsverhältnis handelt, eine unzulässige Benachteiligung aufgrund der sexuellen Identität. Da es sich, wie die EG-Kommission (K(2008)0103, S. 2) zu Recht hervorhebt, nicht um Leistungen der staatlichen Sozialsysteme, sondern um solche der betrieblichen Systeme der sozialen Sicherheit handelt, verstößt diese Ungleichbehandlung gegen Art. 3 der Richtlinie 2000/78/EG (s. dazu auch EuGH NJW 2008, 1649 ff.; eine Gleichbehandlung hingegen ablehnend wegen vermeintlich fehlender normativer Vergleichbarkeit von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft BVerfG NJW 2008, 2325 ff.)

§ 7 AGG ist daher entsprechend zu ändern.

8. Anhebung des Schutzniveaus bezüglich Geschlecht und Behinderung (§ 8 Abs. 1 AGG; BT-Drs. 16/9637, S. 3; BT-Drs. 16/7536, S. 2)

Da die Umsetzung von Richtlinien nicht zum Anlass genommen werden darf, das zuvor bestehende Schutzniveau zu senken, ist eine Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts im Arbeitsrecht nur zulässig, wenn es sich um eine unverzichtbare – und nicht nur eine wesentliche und entscheidende – Voraussetzung für die Tätigkeit handelt (so § 611a Abs. 1 S. 2 BGB a.F.).

Dieses Ergebnis lässt sich im Rahmen einer richtlinienkonformen Auslegung erreichen. Zur Klarstellung empfiehlt sich jedoch eine entsprechende Gesetzesänderung.

9. Präzisierung der Anforderungen an Abweichungen von der Entgeltgleichheit (§ 8 Abs. 2 AGG; BT-Drs. 16/9637, S. 3; BT-Drs. 16/7536, S. 2)

Die geforderte Präzisierung kann der Rechtsprechung überlassen werden, da die Regelung in § 8 Abs. 2 AGG gerade den Grundsatz der Entgeltgleichheit betont, indem er bestimmte Rechtfertigungsmöglichkeiten ausschließt.

10. Einschränkung des Privilegs für Religionsgemeinschaften (§ 9 Abs. 1 AGG; BT-Drs. 16/9637, S. 3; BT-Drs. 16/7536, S. 3)

Das Privileg für Religionsgemeinschaften widerspricht in mehrerlei Hinsicht den Vorgaben der Richtlinie 2000/78/EG. Nach Art. 4 Abs. 2 jener Richtlinie ist eine Ungleichbehandlung nur dann gerechtfertigt, wenn die Religion (oder Weltanschauung) nach der Art der Tätigkeit oder den Umständen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt.

Demgegenüber sieht § 9 Abs. 1 AGG auch vor, dass allein das Selbstverständnis und das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaft genügt. Zudem fehlt die Einschränkung, dass die berufliche Anforderung wesentlich und entscheidend sein muss.

§ 9 Abs. 1 AGG ist daher entsprechend zu ändern.

11. Ergänzung von § 10 S. 3 Nr. 4 AGG (BT-Drs. 16/9637, S. 3)

Ist eine Ungleichbehandlung wegen des Alters zulässig, so darf diese nicht zu einer Benachteiligung wegen des Alters führen. Diese in Art. 6 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG vorgesehene Einschränkung fehlt bislang in § 10 S. 3 Nr. 4 AGG.

Insoweit ist § 10 S. 3 Nr. 4 AGG zu ergänzen.

12. Einführung eines Auskunftsrechts von Betroffenen oder Verbänden gegenüber der diskriminierenden Stelle oder Person (zu §§ 15, 21 AGG; BT-Drs. 16/9637, S. 2)

Ein Auskunftsrecht im Vorfeld eines gerichtlichen Verfahrens würde inhaltlich auf einen Begründungszwang der (angeblich) diskriminierenden Stelle oder Person für ihr Verhalten hinauslaufen.

Ein solcher genereller außergerichtlicher Begründungszwang ist bislang im AGG gerade nicht vorgesehen, und dies zu Recht, da er ein die Privatautonomie übermäßig einschränkendes Novum im deutschen Zivilrecht darstellen würde. Dem berechtigten Anliegen, bei begründeten Anhaltspunkten für eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung vom Gegner Rechenschaft zu verlangen, wird durch die Beweiserleichterung nach § 22 AGG hinreichend Rechnung getragen. Wird dem Anspruchsteller im Vorfeld eines Gerichtsverfahrens eine tatsächlich fehlende Ungleichbehandlung oder eine bestehende Rechtfertigung ohne nachvollziehbaren Grund nicht mitgeteilt, so kann dies nach den Regeln der ZPO zu einer Kostentragungslast des

Beklagten trotz seines Obsiegens führen. Damit ist der Anspruchsteller hinreichend geschützt. Ein zusätzlicher Auskunftsanspruch, der konsequenterweise auch eigenständig gerichtlich einklagbar sein müsste, würde hingegen weitere Gerichtsverfahren nach sich ziehen, ohne dass die berechtigten Schutzinteressen des Anspruchstellers dies gebieten.

13. Verlängerung der Klagefristen (§§ 15 Abs. 4, 21 Abs. 5 AGG; BT-Drs. 16/9637, S. 3; BT-Drs. 16/7536, S. 2)

Das geltende AGG sieht Klagefristen von zwei Monaten für die Geltendmachung von Ansprüchen vor.

Diese Fristen würden jedenfalls dann die europarechtlich gebotene effektive Rechtsdurchsetzung gefährden, wenn sie rein objektiv liefen, also unabhängig von einer Kenntnis des Betroffenen von der Benachteiligung und dem Anspruchsgegner. Dies ist jedoch nach § 15 Abs. 4 S. 2 Fall 2 AGG (Arbeitsrecht) sowie nach § 21 Abs. 5 S. 2 AGG (allgemeines Zivilrecht) grundsätzlich nicht der Fall.

Problematisch sind allein die Fälle einer Bewerbung oder eines beruflichen Aufstiegs (§ 15 Abs. 4 S. 2 Fall 1 AGG); hier soll die Frist bereits mit dem Zugang der Ablehnung beginnen. Hier wird der EG-Kommission (K(2008) 0103, S. 7 f.) darin zu folgen sein, dass die Frist jedenfalls deshalb auf drei Monate anzuheben ist, weil dies vom BAG für arbeitsvertraglich begründete Ausschlussfristen so entschieden worden ist. Nur dies entspricht der Vorgabe in Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG, dass gemeinschaftsrechtlich begründete Ansprüche nicht unter schwierigeren Voraussetzungen durchsetzbar sein dürfen als vergleichbare mitgliedstaatlich begründete Ansprüche.

§ 15 Abs. 4 S. 2 Fall 1 AGG ist daher entsprechend zu ändern.

14. Erweiterung der Sanktionen

a) Streichung der Höchstgrenze (§ 15 Abs. 2 S. 2 AGG; BT-Drs. 16/9637, S. 3)

Die Beschränkung des Entschädigungsanspruchs auf drei Monatsgehälter in § 15 Abs. 2 S. 2 AGG ist europarechtskonform; sie bietet den gebotenen effektiven Schutz vor Benachteiligung und ist daher beizubehalten. Eine Erhöhung oder gar der Wegfall der Grenze für diesen Anspruch auf Ersatz eines immateriellen Schadens würde Missbräuchen Vorschub leisten, ohne dass dem ein berechtigtes Interesse tatsächlich Schutzbedürftiger gegenüberstünde.

b) Einführung eines Kontrahierungszwangs (zu §§ 15, 21 AGG; BT-Drs. 16/9637, S. 3)

Der Gesetzgeber hat für das Arbeitsrecht ausdrücklich geregelt, dass ein Anspruch auf Abschluss eines begehrten Arbeitsvertrages nicht besteht (§ 15 Abs. 6 AGG). Für das allgemeine Zivilrecht hat er die Frage in § 21 AGG nicht ausdrücklich beantwortet, sondern umgekehrt sogar jeden Hinweis auf die Thematik in früheren Begründungen in der Regierungsbegründung zum AGG getilgt.

Im Arbeitsrecht ist an der geltenden Regelung bereits deshalb festzuhalten, weil jede Abweichung zu einer Benachteiligung anderer Arbeitssuchender führen würde; durch eine rechtswidrige Ungleichbehandlung vermehrt sich die Zahl der vorhandenen Arbeitsplätze nicht.

Aber auch im allgemeinen Zivilrecht sprechen die besseren Gründe gegen einen Kontrahierungszwang: Das Europarecht gebietet ihn nicht. Er erzwänge Vertragsverhältnisse, bei denen es zwar nicht formal, wohl aber materiell von vornherein an der Grundvoraussetzung einer privatautonomen Einigung mit der Folge eines rechtsgeschäftlich begründeten Vertrauensverhältnisses (vgl. § 242 BGB) fehlen würde. Der Kontrahierungszwang wäre zudem systemfremd, da es regelmäßig nicht um die Sicherstellung des Zugangs zu einem dringend benötigten und anderweitig nicht beschaffbaren Gutes geht, sondern um die Abwehr eines herabwürdigenden Angriffs auf die Persönlichkeit. Hierfür aber bietet der Entschädigungsanspruch nach § 21 Abs. 2 S. 3 AGG eine adäquate und wirksame Sanktion, die überdies dem Grad der Herabwürdigung angemessen Rechnung trägt (eingehend *Armbrüster*, NJW 2007, 1494 ff.).

c) Einführung eines Ordnungswidrigkeitstatbestands (zu §§ 15, 21 AGG; BT-Drs. 16/9637, S. 3)

Der Gesetzgeber hat sich dagegen entschieden, neben den oder anstelle der zivilrechtlichen Sanktionen (§§ 15, 21 AGG) auch einen neuen Ordnungswidrigkeitstatbestand der Benachteiligung einzuführen. Dies verdient Zustimmung, denn der Verstoß liegt in einem Fehlverhalten im Privatrechtsverkehr, so dass auch die Sanktion privatrechtlicher Natur sein sollte. Zudem werden Betroffene die Ungleichbehandlung regelmäßig effektiver geltend machen, als dies durch ein Ordnungswidrigkeitsverfahren möglich wäre. Die Gerichte haben mit der ihnen obliegenden Bemessung des Entschädigungsanspruchs nach § 21 Abs. 2 S. 3 AGG ein geeignetes Instrument an der Hand, um dort, wo dies angesichts der Schwere des Angriffs geboten ist, abschreckende Sanktionen zu verhängen.

d) Streichung des Verschuldenserfordernisses für Schadensersatzansprüche (§ 15 Abs. 1 S. 2 und Abs. 3, § 21 Abs. 2 S. 2 AGG; BT-Drs. 16/9637, S. 3; BT-Drs. 16/7536, S. 3)

Nach der Rechtsprechung des EuGH zum Arbeitsrecht (NJW 1997, 1839 ff.) ist das Verschuldenserfordernis für Schadensersatzansprüche europarechtswidrig. Diese Rechtsprechung ist verfehlt, da sie entgegen dem Subsidiaritätsprinzip in unzulässiger Weise in die Regelungsautonomie des einzelstaatlichen Gesetzgebers eingreift. Die Richtlinien schreiben effektive Sanktionen vor, sie regeln aber weder deren Art noch ihre Anforderungen im Einzelnen. Der deutsche Gesetzgeber hätte daher auf einen Schadensersatzanspruch auch völlig verzichten können. Wenn er gleichwohl einen solchen vorsieht, muss es ihm nach dem Subsidiaritätsgrundsatz frei stehen, diesen Anspruch konform zur eigenen Zivilrechtsordnung auszugestalten. Im deutschen Recht ist aber das Vertretenmüssen Regelvoraussetzung für einen Schadensersatzanspruch, mit wenigen Ausnahmen in Bereichen besonders gefährträchtigen Verhaltens, worum es hier nicht geht.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist das Verschuldenserfordernis daher bereits im Arbeitsrecht europarechtskonform, da der bisherigen EuGH-Rechtsprechung nicht zu folgen ist. Jedenfalls muss eine Übertragung dieser arbeitsrechtlichen Rechtsprechung auf das allgemeine Zivilrecht ausscheiden.

15. Erstreckung des Maßregelungsverbots des § 16 AGG auf das allgemeine Zivilrecht (BT-Drs. 16/9637, S. 5; BT-Drs. 16/7536, S. 2)

Das Maßregelungsverbot des § 16 AGG bezieht sich allein auf das Arbeitsrecht. Demgegenüber enthalten die zugrunde liegenden Richtlinienvorgaben (Art. 9 der Richtlinie 2000/43/EG und Art. 11 der Richtlinie 2000/78/EG) keine entsprechende Einschränkung.

Zwar wird der Hauptanwendungsbereich des Maßregelungsverbots bei den Arbeitsverhältnissen liegen. Gleichwohl ist das in § 16 AGG enthaltene Verbot auf das allgemeine Zivilrecht zu erstrecken.

16. Beschränkung der Ausnahmen im allgemeinen Zivilrecht auf persönliche Nähe- und Vertrauensverhältnisse (§ 19 Abs. 1 AGG; BT-Drs. 16/9637, S. 3)

Die grundsätzliche Begrenzung des allgemeinen zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots in § 19 Abs. 1 AGG auf sog. Massengeschäfte und ihnen gleichgestellte Geschäfte ist sachgerecht. Bereits die im geltenden Recht zusätzlich aufgenommene Erstreckung auf private Versicherungsverträge ist nicht unbedenklich, da sie dem Umstand nicht Rechnung trägt, dass das Geschäftsmodell der Privatversicherung im Gegensatz zu Massengeschäften gerade auf Differenzierungen auch nach persönlichen Merkmalen angelegt ist. Freilich ist diese Erstreckung hinsichtlich des Merkmals Geschlecht durch die Richtlinie 2004/113/EG vorgegeben.

Würde man den Anwendungsbereich des Benachteiligungsverbots noch weiter ausdehnen, so wäre damit eine nicht mehr hinnehmbare Einschränkung der Privatautonomie verbunden. Das berechtigte Grundanliegen der Antidiskriminierungsrichtlinien und des AGG besteht darin, solche Benachteiligungen zu unterbinden, die für den Betroffenen deshalb eine unerträgliche Ausgrenzung bedeuten, weil personenbezogene Differenzierungen in dem jeweiligen Geschäftsfeld regelmäßig gerade nicht vorgenommen werden. Gerade dann liegt in der nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung ein unerträglicher Angriff auf den Geltungsanspruch der Person. Anders ist die Lage hingegen in Bereichen, in denen die Person des Vertragspartners für die Entscheidung über Abschluss und Inhalt des Vertrages nicht nur von untergeordneter Bedeutung ist, wie beispielsweise bei Bankgeschäften. Die grundgesetzlich geschützte Privatautonomie würde übermäßig eingeschränkt, wenn auch in diesen Fällen – ohne dass der Richtliniengeber dies fordert – die Anbieter unter den scharfen Rechtfertigungszwang des AGG gestellt würden.

17. Streichung der Ausnahme für Strukturmaßnahmen in Wohnsiedlungen (§ 19 Abs. 3 AGG; BT-Drs. 16/9637, S. 3; BT-Drs. 16/7536, S. 2)

Nach § 19 Abs. 3 AGG ist eine Ungleichbehandlung zulässig, wenn dies zur Schaffung und Erhaltung sozial stabiler Bevölkerungsstrukturen und ausgewogener Siedlungsstrukturen sowie ausgeglichener wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Verhältnisse geboten ist.

Diese Ausnahme ist in der Richtlinie 2000/43/EG nicht vorgesehen. Das gesetzgeberische Regelungsziel besteht freilich darin, „die Voraussetzungen für ein Zusammenleben der Kulturen ohne wechselseitige Ausgrenzung“ zu stärken (BT-Drs. 16/1780, 42). In der Tat würde dann, wenn jegliche Differenzierung zugunsten ausgewogener Strukturen untersagt wäre, die Integration durch Ghettoisierung gefährdet und damit ein wesentliches Ziel der Richtlinie verfehlt werden. Daher ist das Benachteiligungsverbot der Richtlinie teleologisch zu reduzieren, so dass § 19 Abs. 3 AGG bei der gebotenen engen Auslegung der darin enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe richtlinienkonform ist (näher *Armbrüster*, in: Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, § 19 Rn. 26 ff.).

18. Streichung des Schwellenwerts von 50 Wohnungen bei der Wohnraummiete (§ 19 Abs. 5 S. 3 AGG; BT-Drs. 16/9637, S. 3)

Die Vermietung von Wohnraum ist nach den Maßstäben des § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG regelmäßig kein Massengeschäft, da für den Vermieter die Person des Mieters typischerweise nicht nur von nachrangiger Bedeutung ist. Gleichwohl ordnet der Gesetzgeber des AGG die Wohnraummiete nur dann nicht als Massengeschäft ein, wenn der Vermieter nicht mehr als 50 Wohnungen vermietet (§ 19 Abs. 5 S. 3 AGG). Diese Vermutung gegen ein Massengeschäft ist widerleglich.

Der Gesetzgeber trägt mit dieser Regelung dem Umstand Rechnung, dass bei größeren Wohnungsbeständen die Person des Mieters (abgesehen von seiner Solvenz) oft eine untergeordnete Bedeutung haben wird. Der Schwellenwert bringt – wenngleich sich im Einzelnen Berechnungsfragen stellen (z.B. gemischte Mietverhältnisse; Zurechnung zu Eheleuten oder GmbHs mit identischem Gesellschafterkreis) – insgesamt der Praxis Rechtssicherheit; er sollte daher beibehalten werden.

19. Änderung der Beweiserleichterung in eine Beweislastumkehr (§ 22 AGG; BT-Drs. 16/9637, S. 2; BT-Drs. 16/7536, S. 2)

Hinsichtlich der Beweislast weicht der geltende § 22 AGG insofern von den allgemeinen Regeln ab, als es genügt, dass der Anspruchsteller „Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 genannten Grundes vermuten lassen“.

Eine darüber hinausgehende Umkehrung der Beweislast ist abzulehnen. Sie würde im Zusammenwirken mit den Regelungen zu Ansprüchen (§§ 15, 21 AGG) zu einer unzumutbaren Belastung des Anspruchsgegners führen. Zudem entstünde ein sachlich nicht begründbarer Unterschied zur Beweislastverteilung bei sonstigem behaupteten rechtswidrigen Verhalten wie etwa einer Körperverletzung i. S. von § 823 Abs. 1 BGB.

20. Erweiterung der Verbandsklagemöglichkeit (§ 23 AGG; BT-Drs. 16/9637, S. 2; BT-Drs. 16/7536, S. 2)

Die Einschränkungen in § 23 AGG (insbesondere: keine Gewerbsmäßigkeit des Verbandes; mindestens 75 Mitglieder; gerichtliche Mitwirkung nur in Verfahren ohne Anwaltszwang) sind europarechtskonform, da die Richtlinien insoweit gemäß dem europarechtlichen Subsidiaritätsprinzip keine näheren Vorgaben machen, sondern die Ausgestaltung den Mitgliedstaaten überlassen. Die genannten Einschränkungen beeinträchtigen eine effektive Geltendmachung der Rechte nicht unsachgemäß.

Zugleich sind die Einschränkungen sachlich geboten. So beruht das Erfordernis fehlender Gewerbsmäßigkeit auf den negativen Erfahrungen, die mit sog. Abmahnvereinen gemacht worden sind; niemand soll daher aus einer Ungleichbehandlung anderer ein Geschäft machen können. Die Mindestmitgliederzahl verbürgt die Funktionsfähigkeit des jeweiligen Verbandes. Eine Mitwirkungsbefugnis in Gerichtsverfahren mit Anwaltszwang liefe dem durch jenen Zwang geschützten Interesse an einer effektiven und sachgerechten Verfahrensführung zuwider.

B. Weiterentwicklung des europäischen Antidiskriminierungsrechts (BT-Drs. 16/8198)

Die Forderung nach einer Weiterentwicklung des europäischen Antidiskriminierungsrechts hat sich insoweit zwischenzeitlich erledigt, als die EG-Kommission einen Richtlinienentwurf veröffentlicht hat (KOM(2008) 426 endg. vom 2.7.2008). Dieser bezweckt eine Erstreckung der Diskriminierungsmerkmale Religion/Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Orientierung auf den allgemeinen Zivilrechtsverkehr.

Auf den ersten Blick ist damit für das AGG kein besonderer Änderungsbedarf verbunden, da der deutsche Gesetzgeber diese Merkmale (mit Ausnahme der Weltanschauung) bereits durch eine „überschießende“ Umsetzung der bestehenden Richtlinien in den §§ 19 ff. AGG umgesetzt hat.

Bei näherem Hinsehen ergeben sich jedoch auch einige gravierende Auswirkungen. Sie betreffen die Ausdehnung auf andere als Massengeschäfte und insbesondere den Versicherungssektor, in dem bereits bislang – wie oben ausgeführt – in bedenklicher Gleichsetzung mit Massengeschäften ein grundsätzliches Differenzierungsverbot vorgesehen ist. Dieses Verbot ist dadurch für die Praxis handhabbar gemacht worden, dass § 20 Abs. 2 S. 1 und 3 AGG hinsichtlich der Anforderungen an die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung differenziert. Anders als hinsichtlich des Geschlechts, wofür bereits strenge Richtlinienvorgaben bestehen, wird dadurch für die übrigen Merkmale nicht allein eine Rechtfertigung anhand von „relevanten und genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten“ zugelassen, sondern es wird auf die anerkannten Prinzipien risikoadäquater Kalkulation abgestellt.

Damit eröffnet der deutsche Gesetzgeber Differenzierungsmöglichkeiten auch dort, wo Statistiken (noch) fehlen. Er sichert damit die bewährten Grundsätze für die Gestaltung von Prämien und Versicherungsbedingungen, die insbesondere die Nutzbarmachung medizinischen Erfahrungswissens einschließen. Dies ist deshalb sachgerecht, weil es im Versicherungssektor geboten ist, risikoadäquat zu differenzieren; die Versicherung ist damit als Geschäftsmodell auf Ungleichbehandlungen geradezu angelegt, um einen gerechten Risikoausgleich innerhalb des Kollektivs zu erreichen. Zutreffend hebt die Regierungsbegründung zu § 20 Abs. 2 AGG daher hervor, dass es im Versicherungsbereich allein darum geht, die Versicherungsnehmer vor Willkür zu schützen, nicht aber die auch im Interesse der Versicherten erforderlichen Differenzierungen nach dem Risiko unmöglich zu machen (BT-Drs. 16/1780, S. 45).

Diese Zielsetzung würde gefährdet, wenn – wie jetzt in Art. 2 Abs. 7 des Richtlinienvorschlags vorgesehen – die Mitgliedstaaten die Verwendung der Merkmale Alter und Behinderung bei der Tarifierung ausschließen könnten, sofern nicht relevante und exakte versicherungsmathematische oder statistische Daten eine Rechtfertigung ermöglichen. Jener Regelungsvorschlag sollte daher zugunsten eines an § 20 Abs. 2 S. 3 AGG orientierten Rechtfertigungstatbestands gestrichen werden.

C. Ergebnisse

I. Änderungsbedarf zum AGG

Hinsichtlich der in Rede stehenden Regelungen des AGG besteht überwiegend kein Änderungsbedarf.

Geboten sind Änderungen allerdings bei § 2 Abs. 4 AGG (oben sub 5), bei § 7 AGG (oben sub 7), bei § 9 Abs. 1 AGG (oben sub 10), bei § 10 S. 3 Nr. 4 AGG (oben sub 11), bei § 15 Abs. 4 S. 2 Fall 1 AGG (oben sub 13) und bei § 16 AGG (oben sub 15).

Zur Klarstellung empfehlen sich darüber hinaus Änderungen bei § 2 Abs. 2 S. 2 AGG (oben sub 4), bei § 3 Abs. 4 AGG (oben sub 6) und bei § 8 Abs. 1 AGG (oben sub 8).

II. Änderungsbedarf zum Richtlinienvorschlag

Auf europäischer Ebene sollte Deutschland insbesondere darauf hinwirken, dass Art. 2 Abs. 7 des Richtlinienvorschlags der EG-Kommission durch einen an § 20 Abs. 2 S. 3 AGG orientierten Rechtfertigungstatbestand ersetzt wird.