

## **Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags am 15.10.2008 zum Thema Chancengleichheit**

### **I. Zur europa- und verfassungsrechtlichen Bedeutung von Antidiskriminierungsrecht**

Antidiskriminierungsrecht verfolgt das Ziel, die gleiche Würde aller Menschen zu sichern, ihnen die gleiche Wahrnehmung von Freiheit im gesellschaftlichen Leben tatsächlich zu ermöglichen und damit zur sozialen Inklusion marginalisierter oder unterdrückter Bevölkerungsteile beizutragen. Antidiskriminierungsrecht fördert damit eine freiere und gerechtere Gesellschaft. Daher ist die wirksame Umsetzung der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien ein Gebot, das sich nicht allein aus den Pflichten Deutschlands als Mitgliedstaat der EU ergibt, sondern auch aus der grundgesetzlichen Pflicht, Grundrechte zu schützen und die Voraussetzungen für ihre Wahrnehmung zu schaffen. Die über die Umsetzung der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien hinausgehenden Gehalte des AGG sind augenfälliger Beweis, dass sich der Gesetzgeber dieser verfassungsrechtlichen Verpflichtung bewusst ist.

### **II. Zur Umsetzung der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien in Deutschland**

#### **1. Europarechtliche Anforderungen an die Reichweite des Diskriminierungsverbots**

a) Gemäß Art. 1 und Art. 3 Abs. 1 c) RL 2000/78 ist in Bezug auf das Arbeitsentgelt eine Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung verboten. Damit stellt sich die Frage, ob es europarechtskonform ist, dass homosexuellen Beamten/Beamtinnen und Soldaten/Soldatinnen, die eine eingetragene Lebenspartnerschaft begründet haben, keine Beihilfeleistungen für ihre/n Lebenspartner/in erhalten, keinen Familienzuschlag, und dass der/die Lebenspartner/in keinen Anspruch auf Hinterbliebenenversorgung hat. Auch wenn diese Leistungen gesetzlich vorgesehen sind, stellen sie Leistungen eines betrieblichen Systems der sozialen Sicherung dar und fallen damit in den Anwendungsbereich der RL 2000/78. Entscheidend ist nämlich, dass der Dienstherr als Arbeitgeber sie aufgrund des Dienstver-

hältnisses gewährt:<sup>1</sup> Nach den herkömmlichen Grundsätzen des deutschen Berufsbeamtentums werden diese Leistungen zur Alimentierung der Beamten und ihrer Familien als Gegenleistung für die von den Beamten geschuldete volle Hingabe an den Beruf erbracht.<sup>2</sup>

Die Verweigerung von Beihilfe- und Versorgungsleistungen stellt eine Ungleichbehandlung von „verpartnerten“ Beamten/Beamtinnen und Soldaten/Soldatinnen aufgrund ihrer sexuellen Ausrichtung dar. Richtige Vergleichsgruppe sind verheiratete Beamte/Beamtinnen (bzw. verheiratete Soldaten/Soldatinnen). Zur Bildung einer Vergleichsgruppe ist nämlich der nächstgelegene übergeordnete Begriff heranzuziehen. Dieser bestimmt sich nach dem Sachzusammenhang der untersuchten Regelung. Vorliegend stehen unterhaltsergänzende oder -ersetzende Leistungen in Rede. Diese Leistungen werden im Hinblick auf die durch die Heirat entstehende umfassende gesetzliche Unterhaltspflicht des Beamten / der Beamtin gewährt. Demzufolge prägt diese Unterhaltspflicht den geregelten Sachverhalt. Der nächstgelegene übergeordnete Begriff ist also die gesetzlich begründete Unterhaltspflicht für eine andere Person, mit der eine Person eine exklusive, auf Lebenszeit angelegte und rechtlich anerkannte personenrechtliche Beziehung eingegangen ist. Unter diesen Oberbegriff fallen neben der Ehe auch eingetragene Lebenspartnerschaften, die sowohl während der eingetragenen Lebenspartnerschaft als auch nach deren Aufhebung umfassende gesetzliche Unterhaltspflichten begründet (§ 5 und § 16 LPartG). Hingegen ist der Familienstand ein Oberbegriff, der noch weiter gefasst ist, also nicht der nächstgelegene übergeordnete Begriff ist. Er umfasst nämlich neben den Familienständen „verheiratet“ und „in eingetragener Lebenspartnerschaft lebend“ jedenfalls noch den Familienstand „ledig“.

Die Differenzierung zwischen Beamten/Beamtinnen, die verheiratet sind, und solchen, die eine eingetragene Lebenspartnerschaft begründet haben, bedeutet auch eine Ungleichbehandlung aufgrund der sexuellen Ausrichtung. Zwar stellen die beihilfe- und versorgungsrechtliche Normen nicht auf die Heterosexualität der Anspruchsberechtigten ab. Sie greifen aber auf ein Kriterium – Ehe – zurück, welches ausschließlich von heterosexuellen Menschen erfüllt werden kann. Dies begründet eine unmittelbare Diskriminierung „verpartnerter“ homosexueller Menschen aufgrund ihrer sexuellen Ausrichtung. Anders als bei mittelbaren Diskriminierungen trifft die Ungleichbehandlung ausschließlich, und nicht nur überwiegend, eine bestimmte, nach ihrer sexuellen Ausrichtung bestimmte Gruppe. Es ist deshalb unerheblich, dass nicht ausdrücklich an die Heterosexualität angeknüpft wird. Relevant ist vielmehr die Ungleichbehandlung von zwei Teilgruppen heterosexueller und homosexueller Menschen, die sich beide dadurch kennzeichnen, dass sie in einer freiwillig begründeten rechtlich anerkannten personenrechtlichen Verbindung mit umfassenden Unterhaltspflichten

---

<sup>1</sup> Ausdrücklich in Bezug auf Deutschland: EuGH, verb. Rs. C-4/02 und C-5/02 (Schönheit und Becker), Slg. 2003, I-12575, Rn. 58-63 (für Ruhegehalt).

<sup>2</sup> Vgl. zuletzt BVerfG, Urt. v. 6.3.3007 – 2 BvR 556/04, <www.bverfg.de>, Rn. 60 f.

leben. Insofern hat der EuGH in der Rechtssache Maruko zu Recht geschlossen, dass eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund der sexuellen Ausrichtung vorliegt, wenn verheiratete und „verpartnerte“ Personen ungleich behandelt werden.<sup>3</sup> Demzufolge verstößt der Ausschluss von Beamten/Beamtinnen und Soldaten/Soldatinnen, die in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft leben, von den beamtenrechtlichen Beihilfe- und Versorgungsleistungen gegen RL 2000/78.

**b)** Gemäß Art. 5 RL 2000/78 sind für Menschen mit Behinderung „angemessene Vorkehrungen“ zu treffen, d.h. die erforderlichen Maßnahmen, um ihnen Berufszugang, -ausübung oder -aufstieg zu ermöglichen. Die dementsprechenden, in § 81 Abs. 4 SGB IX enthaltenen Pflichten des Arbeitgebers erstrecken sich indes nur auf schwerbehinderte Menschen (d.h. mit einem Grad der Behinderung ab 50 %) sowie auf Menschen mit Behinderung, die ihnen gem. § 2 Abs. 3 SGB IX gleichgestellt sind, d.h. ab einem Grad der Behinderung von 30 % bis 50 %, sofern sie ohne diese Gleichstellung keinen geeigneten Arbeitsplatz erlangen oder behalten können. Die europarechtlich geforderte Regelung für Menschen mit einem Grad der Behinderung unter 30 % fehlt. Daran ändert auch die europarechtlich gebotene Einzelfallbezogenheit der „angemessenen Vorkehrungen“ nichts; ohne gesetzliche Regelung besteht für diesen Personenkreis gerade kein Rechtsanspruch auf Prüfung und ggf. Durchführung der erforderlichen Maßnahme.

## **2. Europarechtliche Anforderungen an Rechtfertigungen für Ungleichbehandlungen**

**a)** § 19 Abs. 3 AGG erlaubt bei der Vermietung von Wohnraum eine unterschiedliche Behandlung „im Hinblick auf die Schaffung und Erhaltung sozial stabiler Bewohnerstrukturen und ausgewogener Siedlungsstrukturen sowie ausgeglichener wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Verhältnisse.“ Die Vorschrift bezieht sich nicht ausdrücklich auf eines oder mehrere unzulässige Benachteiligungsgründe; systematisch betrachtet erfasst sie alle in § 19 Abs. 1 aufgelistete Gründe. In dieser Breite ist der Wortlaut der Norm mit den Anforderungen der Antirassismusrichtlinie (2000/43) und der Unisex-Richtlinie (2004/113) nicht vereinbar. Nach den Richtlinien kann eine Ungleichbehandlung wegen der „Rasse“ oder ethnischen Herkunft in Bezug auf zivilrechtliche Vertragsverhältnisse gar nicht gerechtfertigt werden;<sup>4</sup> eine Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts muss durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt sein, und die Mittel zur Durchsetzung dieses Ziels müssen angemessen und erforderlich sein.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> EuGH, Rs. C-267/06 ( Maruko), Urt. v. 1.4.2008, NJW 2008, 1649, Rn. 72. Der EuGH hat diese Schlussfolgerung lediglich von einer Feststellung des innerstaatlichen Gerichts abhängig gemacht, dass sich Verheiratete und „Verpartnerte“ in einer vergleichbaren Situation in Bezug auf die streitige Leistung befinden. Dies wurde hier bereits bejaht.

<sup>4</sup> Art. 4 RL 2000/43 bezieht sich allein auf Ausnahmen bezüglich der beruflichen Tätigkeit.

<sup>5</sup> Art. 4 Abs. 5 RL 2004/113.

Praktisch relevant sind Anknüpfungen an die „Rasse“ oder ethnische Herkunft;<sup>6</sup> insbesondere lässt die Norm als Möglichkeit zum Ausschluss von Wohnungsinteressierten nichtdeutscher Herkunft missverstehen.<sup>7</sup> Dies kann nach Europarecht nicht gerechtfertigt werden. Wenn demnach § 19 Abs. 3 AGG in seiner gegenwärtigen Fassung europarechtswidrig ist, so stellt sich doch die Frage, ob sich das vom Gesetzgeber mit der Norm verfolgte Ziel, Integrationsförderung zu ermöglichen,<sup>8</sup> in europarechtskonformer Weise berücksichtigen lässt. Zwar ist die Förderung des sozialen Zusammenhalts eines der Ziele, das mit der Antirassismusrichtlinie verfolgt wird.<sup>9</sup> Aber ohne normative Verankerung im operativen Teil der Richtlinie vermag dieses Ziel eine Ungleichbehandlung von Menschen wegen ihrer ethnischen Herkunft nicht zu rechtfertigen: Der auf das Arbeitsrecht beschränkte klare Wortlaut des Art. 4 der Antirassismusrichtlinie bildet die absolute Grenze jeder Auslegung. Auch Art. 5 der Richtlinie bietet keinen normativen Anknüpfungspunkt, weil er lediglich positive Maßnahmen zur Verhinderung oder zum Ausgleich von Benachteiligungen erlaubt. Soweit indes zur Integrationsförderung die Entstehung segregierter Stadtteile abgewendet werden soll, ist die Ablehnung und damit Benachteiligung von Wohnungsbewerbern aufgrund ihrer ethnischen Herkunft denotwendig erforderlich. Daher ist eine Änderung der Richtlinie 2000/43 notwendig, um zum Zwecke der Integrationsförderung Differenzierungen aufgrund der ethnischen Herkunft zuzulassen.

Solange eine solche Änderung der Antirassismusrichtlinie nicht erfolgt ist, bleibt innerstaatlich nur der Weg, die Ziele der „Schaffung und Erhaltung sozial stabiler Bewohnerstrukturen und ausgewogener Siedlungsstrukturen sowie ausgeglichener wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Verhältnisse“ ohne Anknüpfung an die ethnische Herkunft von Menschen zu verwirklichen. Die Schwierigkeit liegt darin, dass auch nicht mittelbar auf die ethnische Herkunft als Differenzierungskriterium abgestellt werden darf. Denkbar wäre es, in Anlehnung an die Verwaltungspraxis zu § 6 Nr. 3 und 4 WoFG, aus dem die Formulierung stammt,<sup>10</sup> an

---

<sup>6</sup> Eine (in der Praxis wohl seltene) Anknüpfung an das Geschlecht wäre bei europarechtskonformer Auslegung nur gerechtfertigt, wenn sie das legitime Ziel einer stabilen Bewohnerstruktur, einer ausgewogenen Siedlungsstruktur oder ausgeglichener wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Verhältnisse in verhältnismäßiger Weise verfolgt.

<sup>7</sup> Exemplarisch die Einschätzung: „Im Bereich der Wohnraumvermietung ist der Vermieter wieder frei, auf *homogene Hausgemeinschaften* zu achten, die die Grundbedingungen eines gedeihlichen sozialen Miteinanders erwarten lassen.“ (Hervorhebung im Original) <<http://www.hausundgrund-buxtehude.de/2006/11/gleichbehandlungsgesetz.htm>>.

<sup>8</sup> BT-Drs. 16/1780, S. 42: „Die europäische Stadt setzt auf Integration und schafft damit die Voraussetzung für ein Zusammenleben der Kulturen.“

<sup>9</sup> RL 2000/43, Erwägungsgrund 8 („soziale Integration“, bezogen auf den Arbeitsmarkt), und Erwägungsgrund 9 (Diskriminierungsbekämpfung zur Herstellung des „sozialen Zusammenhalts“).

<sup>10</sup> Die Norm bezeichnet damit einen allgemeinen Grundsatz der sozialen Wohnraumförderung, z.B. um Freistellungen von dem Erfordernis eines Wohnberechtigungsscheins zu rechtfertigen. Auch § 1 Abs. 6 Nr. 2 BauGB enthält die „sozial stabile Bewohnerstruktur“ als Ziel der Bauleitplanung.

soziale Kriterien wie Arbeitslosigkeit oder den Empfang von Sozialhilfe anzuknüpfen und eine Unausgewogenheit anhand des Gemeindedurchschnitts zu bestimmen.<sup>11</sup> Anhand dieser Kriterien, die weder europa- noch verfassungsrechtlich bedenklich sind, kann ein Vermieter von Wohnraum schon jetzt in zulässiger Weise zwischen Wohnungsinteressierten differenzieren. Das darf freilich nicht ad hoc geschehen, sondern muss einem vorher entwickelten Quartiersmanagement folgen, weil nur dann die Herstellung oder Bewahrung einer stabilen Bewohnerstruktur ernsthaft verfolgt wird. Dies sollte im AGG klargestellt werden; damit würde auch die (irrtümliche oder missbräuchliche) Nutzung von § 19 Abs. 3 AGG zur Herbeiführung „homogener Hausgemeinschaften“<sup>12</sup> ausgeschlossen.

Das Ziel, die Bildung ethnisch segregierter Stadtgebiete („Ghettos“) zu verhindern, lässt sich auf diesem Wege allerdings nicht erreichen, weil hierfür auf die ethnische Herkunft abgestellt werden muss. Jeder Ersatz durch neutrale Kriterien wäre angesichts dieser Zielsetzung eine mittelbare Diskriminierung. Hier bleibt nur der Weg über eine Modifizierung der Antirassismusrichtlinie. Sie sollte zugleich sicherstellen, dass die Bestimmung der Stabilität oder der sozialen Ausgewogenheit nicht ins Belieben des Vermieters gestellt ist, sondern sich dem für das betreffende Wohngebiet allgemein verbindlich festgesetzten Inhalt dieser Begriffe orientieren muss.

**b)** Ein weiteres Problem der Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen stellt sich in Bezug auf Religionsgemeinschaften. Insoweit bestimmt § 9 Abs. 1 AGG, dass eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion zulässig ist, „wenn eine bestimmte Religion (. . .) unter Beachtung des Selbstverständnisses der jeweiligen Religionsgemeinschaft (. . .) im Hinblick auf ihr Selbstbestimmungsrecht oder nach Art der Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt“ (Hervorhebung hinzugefügt). Damit weicht die Norm von Art. 4 Abs. 2 RL 2000/87 ab.

Nach dem AGG ist das Selbstverständnis der Religionsgemeinschaft geeignet, diese Religion zur gerechtfertigten beruflichen Anforderung zu machen. Nach dem Wortlaut der Richtlinie hingegen ist das vorrangige Kriterium die Art der Tätigkeit, die „angesichts des Ethos der Organisation“ eine „wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung“ darstellen muss. Nach Gemeinschaftsrecht ist also die Art der Tätigkeit entscheidend; hierbei ist das Selbstverständnis der Religionsgemeinschaft zu berücksichtigen. Demzufolge rechtfertigt das Kriterium der Zugehörigkeit zur eigenen Religion nicht bei allen Tätigkeiten eine Ungleichbehandlung. Vielmehr ist eine Verhältnismäßigkeitsprüfung erforderlich, wobei die Zugehörigkeit zu der Religion eine „wesentliche“ berufliche Anforderung

---

<sup>11</sup> Vgl. etwa Verwaltungsvorschrift zur Sicherung von Bindungen in der sozialen Wohnraumförderung nach Wohnungsbindungsgesetz und Wohnraumförderungsgesetz (VwV-SozWo 2004), Amtsbl. Schl.-H. 2004, S. 548, Punkt 9.4.2.3, online unter <<http://shvv.juris.de/shvv/vvsh-2330.60-0001.htm>>.

<sup>12</sup> Vgl. Fn. 7.

bilden muss. Hieran ändert auch Erwägungsgrund 24 der Richtlinie nichts. Danach wird der Status, den Religionsgemeinschaften nach dem Recht der Mitgliedstaaten genießen, geachtet. Dies setzt Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie dadurch um, dass er eine Berücksichtigung des Ethos der Religionsgemeinschaft verlangt. Das sich danach ergebende Erfordernis der differenzierten Bewertung innerkirchlicher Tätigkeiten beeinträchtigt nämlich nicht den Status der Religionsgemeinschaft.

### **3. Europarechtliche Anforderungen an Sanktionen**

a) Die europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien verlangen die Festlegung von Sanktionen für Verstöße gegen die innerstaatlichen Normen zur Umsetzung der Richtlinien; diese können auch Schadensersatz umfassen,<sup>13</sup> bei Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts müssen sie es sogar.<sup>14</sup> Das AGG sieht sowohl in seinem arbeitsrechtlichen Teil (§ 15 Abs. 1) als auch in seinem zivilrechtlichen Teil (§ 21 Abs. 2) Schadensersatzansprüche nur bei Verschulden (des Arbeitgebers bzw. des benachteiligenden zivilrechtlichen Vertragspartners) vor. Dabei wird das Verschulden vermutet; der Benachteiligte kann sich jedoch exkulpieren. Darüber hinaus besteht im Arbeits- und Zivilrecht ein ebenfalls verschuldensabhängiger Anspruch auf Entschädigung für Nichtvermögensschäden (§ 15 Abs. 2 und § 21 Abs. 2 S. 3);<sup>15</sup> im Zivilrecht bestehen zudem Beseitigungs- und Unterlassensansprüche (§ 21 Abs. 1).

Diese Regelungen zum Ersatz des materiellen und immateriellen Schadens werden den Anforderungen des europäischen Gemeinschaftsrechts nicht gerecht: Zwar räumt das Europarecht den Mitgliedstaaten grundsätzlich die freie Wahl der Sanktionen ein.<sup>16</sup> Aber die gewählten Sanktionen müssen wirksam sein, auf den Diskriminierenden abschreckend wirken und in einem angemessenen Verhältnis zum Schaden stehen.<sup>17</sup> Das gilt erst recht, soweit die Richtlinien die Wahlfreiheit im Falle von Diskriminierungen wegen des Geschlechts ausdrücklich eingeschränkt haben. Im Rahmen des dort angeordneten Schadensersatzes muss der Schaden „auf eine abschreckende und dem erlittenen Schaden angemessene Art und Weise“ „tatsächlich und wirksam ausgeglichen“ werden.<sup>18</sup> In beiden Konstellationen ist also die Wirksamkeit der Sanktion ein wesentliches Kriterium für ihre europarechtliche Zulässigkeit. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist das Verschuldens-

---

<sup>13</sup> Art. 15, RL 2000/43, Art. 17 RL 2000/78, Art. 14 RL 2004/113, Art. 25 RL 2006/54.

<sup>14</sup> Art. 8 Abs. 2 RL 2004/113 und Art. 18 RL 2006/56.

<sup>15</sup> Zur Verschuldensabhängigkeit dieser Ansprüche: Armbrüster, in Rudolf/Mahlmann, Gleichbehandlungsrecht, 2007, § 7 Rn. 182 (zum Zivilrecht) und Voggenreiter, a.a.O., § 8 Rn. 63-65 (zum Arbeitsrecht).

<sup>16</sup> EuGH, Rs. C- 14/83 (von Colson und Kamann), Slg. 1984, 1891, Rn. 18.

<sup>17</sup> EuGH, Rs. C- 14/83 (von Colson und Kamann), Slg. 1984, 1891, Rn. 23.

<sup>18</sup> Art. 8 Abs. 2 RL 2004/113 und Art. 18 RL 2006/56.

erfordernis indes mit dem Erfordernis des wirksamen Schadensausgleichs nicht vereinbar.<sup>19</sup> Diese Schlussfolgerung ergibt sich zudem aus dem Wortlaut der Richtlinien. Sie verlangen Sanktionen im Falle eines „Verstoßes“, beschränken diese also gerade nicht auf schuldhaft begangene Rechtsverletzungen. Es genügt auch nicht, einen verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch lediglich für eine Schadensart (materiellen oder immateriellen Schaden) zu schaffen, weil das Europarecht wirksame Sanktionen fordert, die im angemessenen Verhältnis zum gesamten Schaden stehen.

Etwas anderes könnte sich nur ergeben, wenn neben den Ansprüchen auf Ersatz des materiellen und immateriellen Schadens noch weitere wirksame Sanktionen mit Abschreckungseffekt bestünden. Die Beseitigungs- und Unterlassensansprüche genügen hierfür nicht. Sie beziehen sich nämlich nur auf die Fortdauer einer Benachteiligung (Beseitigungsanspruch) bzw. die künftige erneute Benachteiligung (Unterlassensanspruch), nicht aber auf die bereits begangene und abgeschlossene Benachteiligung. Sie erfassen und sanktionieren also nicht die durch eine bereits begangene Benachteiligung verursachten materiellen und immateriellen Schäden. Auch ist der Beseitigungsanspruch nicht auf Herstellung des Zustands gerichtet, der bei Unterlassen der Benachteiligung bestünde, also nicht auf den begehrten Vertragsschluss, sondern lediglich auf benachteiligungsfreie Neuentscheidung.<sup>20</sup> Der durch die Benachteiligung zugefügte Schaden, insbesondere die diskriminierende Herabwürdigung und Ausgrenzung, wird mithin nicht erfasst. Die Beseitigungs- und Unterlassensansprüche können es daher nicht kompensieren, dass das geltende deutsche Recht mit dem Verschuldenserfordernis keinen wirksamen Schadensausgleich vorsieht. Andere Sanktionen (etwa Ordnungswidrigkeiten- oder Strafrecht), die als kompensierende Ergänzung des verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruchs in Betracht kommen könnten, existieren im deutschen Recht nicht.

**b)** Soweit das AGG in seinem arbeitsrechtlichen Teil verschuldensabhängige Schadensersatzansprüche für Benachteiligungen aufgrund des Geschlechts oder einer Behinderung statuiert, verstößt es zugleich gegen das gemeinschaftsrechtliche Verschlechterungsverbot.<sup>21</sup> In beiden Bereichen existierten nämlich vor Erlass des AGG günstigere Regelungen: Gemäß § 611a BGB bestand ein verschuldensunabhängiger Entschädigungsanspruch bei Verstoß gegen das Verbot der Benachteiligung aufgrund des Geschlechts. Gleiches galt gemäß § 81 Abs. 2 SGB IX für eine Benachteiligung schwerbehinderter Menschen wegen ihrer Behinderung.

---

<sup>19</sup> EuGH, Rs. C-177/88 (Dekker), Rn. 24 f. und Urteilstenor, Nr. 3), bestätigt durch EuGH, Rs. C-180/95 (Draehmpaehl), Slg. 1997, I-2197, Rn. 17-19.

<sup>20</sup> Armbrüster, in: Rudolf/Mahlmann, Gleichbehandlungsrecht, 2007, § 7 Rn. 166-168.

<sup>21</sup> Art. 8 Abs. 2 RL 2000/78, Art. 27 Abs. 2 RL 2006/56.

### III. Zur Weiterentwicklung des europäischen Antidiskriminierungsrechts

Die Europäische Kommission hat am 2. Juli 2008 den Vorschlag einer Richtlinie zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion, der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung vorgelegt.<sup>22</sup> Er soll Diskriminierungen aus diesen Gründen in den von der Antirassismusrichtlinie umfassten Bereichen außerhalb des Berufs- und Arbeitslebens. Aus völker-, europa- und verfassungsrechtlicher Sicht ist es zu begrüßen, dass die Kommission mit ihrem Richtlinienvorschlag einen horizontalen Ansatz, also eine Angleichung der Regelungsbereiche für alle Diskriminierungsmerkmale, verfolgt. Der bisherige Ansatz hat zu einer faktischen Hierarchie der Diskriminierungsverbote geführt, bei denen das Merkmal „Rasse“ und ethnische Herkunft den am weitesten reichenden Schutz genießt. Jedoch besteht weder im primären Europarecht, noch im Völkerrecht oder im deutschen Verfassungsrecht eine Rangfolge zwischen den speziellen Diskriminierungsverboten.<sup>23</sup> Zugleich sind die EU-Mitgliedstaaten gerade aufgrund ihre menschenrechtlichen Bindungen nach Völkerrecht zur Bekämpfung von Diskriminierung durch Privatpersonen verpflichtet.<sup>24</sup> Der horizontale Ansatz ermöglicht zugleich es, das Menschenrechtsprofil der EU und ihrer Mitgliedstaaten, das zentrale Element des europäischen Integrationsprojekts ist, zu schärfen: Er verankert den Grundwert der gleichen Würde und Freiheit aller Menschen und ermöglicht tatsächlich die gleiche Teilhabe aller am gesellschaftlichen Leben.

Allerdings muss ein horizontaler Ansatz dann auch konsequent durchgeführt werden. Es kann daher nicht überzeugen, dass die Europäische Kommission die Aufnahme des Merkmals „Geschlecht“ in ihren Richtlinienvorschlag mit dem Verweis auf den 2010 von ihr zu erstellenden Bericht über die Umsetzung der Unisex-Richtlinie verweigert.<sup>25</sup> Dieser Bericht muss nämlich die nicht geregelten Bereiche<sup>26</sup> nicht erfassen; weitergehende Erkenntnisse, als sie heute schon vorhanden sind, sind daher nicht zu erwarten. Zudem ergibt sich die Notwendigkeit einer gleichzeitigen Regelung von Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in den noch nicht erfassten Bereichen aus der Querschnittsklausel des Art. 3 Abs. 2 EG. Danach hat die Gemeinschaft bei allen Tätigkeiten Ungleichheiten zwischen Männern und

---

<sup>22</sup> KOM(2008) 426 endg., vom 2.7.2008.

<sup>23</sup> Soweit völkerrechtlich einzelne Merkmale (insbes. sexuelle Identität, Alter) nicht ausdrücklich den Diskriminierungsverboten unterfallen, werden sie von der Kategorie des „sonstigen Status“ erfasst. Im Verfassungsrecht sichert die „neue Formel“ des Bundesverfassungsgerichts, dass auch bei den nicht ausdrücklich genannten Merkmalen, die personenbezogen sind, erhöhte Anforderungen an eine Rechtfertigung bestehen, vgl. BVerfGE 81, 208 (224); 82, 126 (146).

<sup>24</sup> Eingehend: Rudolf, in Rudolf/Mahlmann, Gleichbehandlungsrecht, 2007, § 2 Rn. 32-36.

<sup>25</sup> KOM(2008) 426 endg., vom 2.7.2008, S. 4.

<sup>26</sup> Sozialschutz, einschließlich der sozialen Sicherheit und der Gesundheitsdienste, soziale Vergünstigungen und Bildung.



Frauen zu beseitigen. Das bedeutet, dass sie in ihrem Richtlinienvorschlag jedenfalls Mehrfachdiskriminierung zu erfassen hat, d.h. solche Fälle, in denen die Diskriminierung aufgrund eines erfassten Merkmals mit der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zusammentrifft. Eine spezielle Vorschrift zur Mehrfachdiskriminierung fehlt indes in dem Vorschlag.<sup>27</sup> Darüber hinaus verlangt die Querschnittsklausel aber auch, in dem Tätigkeitsbereich insgesamt Ungleichheiten zwischen Männern und Frauen zu beseitigen. Wenn also die Gemeinschaft tätig wird, kann sie nicht – wie die Kommission dies versucht – die Geschlechtergleichheit gleichsam ausblenden. Angesichts der Tatsache, dass Frauen keine Minderheit bilden, liegt es freilich nahe, hierfür ein eigenes Rechtsinstrument zu schaffen.

Professor Dr. Beate Rudolf

---

<sup>27</sup> Erwägungsgrund 13 nennt das Problem und die Verpflichtung aus Art. 3 Abs. 2 EG, ohne dann die normativen Folgen zu ziehen (S. 16). Der Verweis darauf, dass die Mitgliedstaaten dies in ihren Antidiskriminierungsstellen berücksichtigen *können* (S. 4), genügt nicht – schon deshalb, weil die Gemeinschaft damit gerade nicht tätig wird.