

Dr. iur. Katharina Vera Boesche  
Wissenschaftliche Assistentin  
am Institut für deutsches und europäisches  
Wirtschafts-, Wettbewerbs- und Regulierungsrecht  
Freie Universität Berlin

## **Stellungnahme zu dem Entwurf einer weiteren Antidiskriminierungs-Richtlinie und zum Vertragsverletzungsverfahren**

**Anhörung vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages**

**15. Oktober 2008**

### **I. Vorbemerkung**

Verkürzt gesagt, ließen sich die Erfahrungen mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) in drei Schlagworte zusammenfassen: es hat wenig gebracht, wenig geschadet, aber viel gekostet. Wenig gebracht hat es, da – wie eine Auswertung der Rechtsprechung seit Inkrafttreten des AGG belegt – nur in sehr wenigen Fällen ein Verstoß gegen das AGG bejaht und eine Unterlassung oder Entschädigung zugesprochen wurde.<sup>1</sup> In den allermeisten, wenn nicht gar in allen Fällen hätten die Betroffenen sich ebenso gut auf eine Verletzung der vor Normierung des AGG geltenden Gesetze berufen können (§§ 138, 242 BGB i. V. m. Art. 3 GG). Es hat wenig geschadet, da die befürchtete Klagewelle ausgeblieben ist (s. dazu ausführlicher im Folgenden). Viel gekostet hat es, betrachtet man den finanziellen Aufwand, den die Unternehmen in entsprechende Mitarbeiterschulungen investieren mussten, ohne dass die Notwendigkeit hinterfragt wurde.

Die unter II. gemachten Ausführungen beschränken sich auf Anmerkungen zu dem Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung.<sup>2</sup> Die Darlegungen unter III. beschäftigen sich mit den im Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland geäußerten Kritik-

---

<sup>1</sup> VG Frankfurt AZ 9 E 3856/07 v. 21.4.08 – Höchstalter für Einstellung; ArbG Berlin AZ 86 Ca 1696/07 v. 22.8.08 – Staffelung der Grundvergütung nach BAT; ArbG HH AZ 20 Ca 105/07 v. 4.12.07 – Ausschluss einer muslimischen Bewerberin aus dem Auswahlverfahren um Besetzung einer Stelle des Diakonischen Werkes; ArbG Stuttgart AZ 29 Ca 2793/07 v. 5.9.07 – geschlechtsbezogene Stellenanzeige.

<sup>2</sup> KOM(2008) 426 endg – 2008/0140 (CNS) vom 7. Juli 2008.

punkten der Kommission hinsichtlich einer nicht ausreichenden Umsetzung der bisherigen Antidiskriminierungs-Richtlinien.

## II. Richtlinien-Entwurf (RL-Entw.)

Der RL-Entw. der EU-Kommission vom Juli 2008 ist letztlich nur eine konsequente Fortführung der vier bisher in deutsches Recht umgesetzten Antidiskriminierungs-RL. Das Zu-Ende-Denken begründet eine Ausweitung des Anwendungsbereichs der RL über den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die lediglich für Männer und Frauen galt, auf die anderen bekannten Diskriminierungsmerkmale Alter, Religion, Weltanschauung, Behinderung und sexuelle Ausrichtung. Da der Anwendungsbereich in § 2 Abs. 1 AGG bereits den Sozialschutz, soziale Vergünstigungen, Bildung und den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich Wohnraum, erfasst, ist er mit dem Geltungsbereich des RL-Entw. (Art. 3 Abs. 1) deckungsgleich. An dieser Stelle wäre nichts hinzuzufügen. Verkürzt gesagt, müsste der Gesetzgeber § 19 Abs. 2 lediglich auf alle übrigen Diskriminierungsmerkmale (einschließlich Frauen und Männer) ausdehnen. Damit würde Deutschland seiner Umsetzungspflicht ausreichend nachkommen. Was wie ein leichter Federstreich anmutet, würde allerdings erhebliche Konsequenzen auslösen.

1. Obgleich in den **Erwägungsgründen 1 und 16 des RL-Entw.** der **Grundsatz der Freiheit**, die **Freiheit der Vertragsschließung** und die **freie Wahl des Vertragspartners** für eine Transaktion postuliert werden, greift der RL-Entw. massiv in ebendiese Freiheiten ein. Dass die Vertragsfreiheit, sowohl als Abschluss-, als auch als Gestaltungsfreiheit für Arbeitgeber wie für Anbieter von Gütern und Dienstleistungen erheblich durch das AGG eingeschränkt wurde, bestreitet wohl niemand. Einschränkungen der Vertragsfreiheit galten bis dahin nur bei faktisch einseitiger Bestimmung des Vertragsinhalts durch die bei den Vertragsverhandlungen dominante Person, bei monopolistischer oder marktbeherrschender Stellung oder bei Verletzung der Menschenwürde und der Persönlichkeitsrechte durch anstößige Diskriminierungen als zulässig.
2. Die Bedenken gegen das AGG werden durch den RL-Entw. noch einmal drastisch verschärft: das AGG stigmatisiert jedwede Ungleichbehandlung unter Privatrechtspersonen von vornherein zur Diskriminierung. Bei der Umsetzung haben die Mitgliedstaaten wieder die Not, über komplizierte Einschränkungen und Rechtfertigungsgründe zu verhindern

versuchen, dass erwünschte und selbstverständliche Vorgänge nicht unter das Diskriminierungsverbot fallen.<sup>3</sup>

3. Das **AGG** wie der **RL-Entw.** wirken **selbst diskriminierend**. Und zwar in zweierlei Hinsicht:

a) Die **Träger eines Diskriminierungsmerkmals werden grundsätzlich als schwach, hilfsbedürftig und benachteiligt eingestuft und damit benachteiligt eingestuft**. Sie werden als Merkmalsträger behandelt. **Sie haben gar keine Wahl, unauffällig zu sein, keine Sonderbehandlung zu erfahren, „normal“ behandelt zu werden**. Sie tragen ihre Merkmale Frau zu sein, alt zu sein, einen brasilianischen Vater zu haben, gehbehindert zu sein, offen und unverdeckt, sie wollen aber nicht deshalb wie auffällige Kreaturen behandelt werden. Vielleicht sind sie sogar stolz auf diese Merkmale. Die Schlechterbehandlung beginnt in Alltagssituationen zuweilen erst, wenn sie sich nicht in die Rolle des Demütigen, Bescheidenen, Hilfebedürftigen einordnen, sondern selbstbewusst „normal“ sind. Belohnt werden sie dafür nicht immer. Die Schlechterbehandlung trifft sie im alltäglichen Umgang, die vollkommen unabhängig von dem Abschluss privatrechtlicher Verträge (Blicke, Art oder Verweigerung des Begrüßens o. ä.) und nicht justitiabel sind. Zwingt das AGG, wie schon jetzt, bzgl. des Merkmals der ethnischen Herkunft und der RL-Entw. in Zukunft hinsichtlich aller Diskriminierungsmerkmale zu benachteiligungsfreiem Handeln bei der Begründung, Durchführung und Beendigung sonstiger zivilrechtlicher Schuldverhältnisse i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 5-8 AGG verstärkt dies Tendenzen der Unsicherheit, der erzwungenen Freundlichkeit, die sich in unbeobachteten Momenten auf andere Weise entlädt. Dies verdeutlicht, dass das **AGG auf der Brüderlichkeit fusst, nicht auf der Gleichheit**. Freiheit und Gleichheit sind Ideale. Als Ausfluss des Brüderlichkeitspostulats bietet es Hilfe für tatsächlich und vermeintlich Bedürftige und Benachteiligte, **das Zivil- und Arbeitsrecht ist aber nicht von Barmherzigkeit geprägt. Dies erwartet auch niemand**.

b) Das AGG und der RL-Entw. wirken zudem **diskriminierend durch die Auswahl der Merkmale**: so findet sich etwa das Gewicht nicht darunter, obgleich Menschen, selbst Kinder mit höherem Gewicht, nicht selten einer Schlechterbehandlung ausgesetzt sind und darunter viel mehr leiden, als die meisten Trägerinnen des Merkmals, Frau zu sein. Erheb-

---

<sup>3</sup> Vgl. Schwab, Schranken der Vertragsfreiheit durch die Antidiskriminierungsrichtlinien und ihre Umsetzung in Deutschland, DNotZ 2006, S. 649, 671.

liche Diskriminierungen bietet die Ungleichheit der Vermögensverteilung bei der Wahl des Fahrzeugs, bei Bildungschancen und der Wahl des Wohnsitzes (Haus im Grünen). Aber ein Diskriminierungsmerkmal wegen Vermögen bzw. Vermögenslosigkeit gibt es gleichwohl nicht. Auch die Staatsangehörigkeit oder Krankheit gehören nicht zu den Merkmalen. Man darf also eine Dienstleistung öffentlich nur für deutsche Staatsangehörige anbieten oder bestimmte Staatsangehörige ausdrücklich von dem Genuss der DL ausschließen, ohne im Sinne des AGG und des RL-Entw. zu diskriminieren. Nicht zuletzt wird durch Sprache diskriminiert, wenn sich der Gesetzgeber in seiner Umsetzungsnot einer Sprache bedient, die seine Bürger vom Verständnis ausschließt.<sup>4</sup>

Dies belegt zweierlei: **das AGG ist ein untaugliches Instrument, gesellschaftliche Ungleichheiten zu beseitigen.** Und andererseits: **Diskriminierung – Unterscheidung ist gewollt. Sie ist normaler Ausfluss zwischenmenschlichen Miteinanders.**

4. **Jeder von uns ist Träger mindestens eines der in dem abschließenden Katalog der Diskriminierungsmerkmale**, was jedem von uns bei Umsetzung des RL-Entw. das Recht gibt, bei einer Auswahl im Privatrechtsverkehr, z. B. der eines Vermieters, zu klagen. Dies schafft vermeintlich eine erhöhte Gefahr für Klagen. Wie theoretisch diese Befürchtung zumindest für den Zivilrechtsbereich geblieben ist, haben die Erfahrungen im Umgang mit dem AGG gezeigt. So hat es in diesem Bereich **nahezu keine Klagen** gegeben. Bedeutet dies, dass es keine Ungleichbehandlungen gibt? Sicher nicht. Denn dass die befürchteten Klagewellen bislang ausgeblieben sind, ist m. E. weniger eine Folge mangelnder Information, sondern belegt mal wieder, dass die **Bürger offenbar klüger sind als der Staat – in diesem Fall die EU. Sie haben noch das natürliche Gefühl für die Vertragsfreiheit verinnerlicht und wissen, dass es in manchen Situationen nur eine diskriminierende Behandlung geben kann, etwa weil ein Gut, z. B. eine Wohnung, nur einmal vergeben wird.** Auf dieser Grundlage könnte man dazu raten, die Vorgaben des RL-Entw. ohne „Murren“ ins AGG zu korporieren. Dieser Rat könnte leichteren Gewissens gegeben werden, wüsste man nicht, um den **erheblichen Aufwand**, der auf die betroffenen Unternehmen bei Umsetzung des RL-Entw. zu kommt: zum einen **technische Umbauten** wie breitere Eingänge und Fahrstühle für Behinderte, was insbes. den Einzelhandel belasten wird. **Ausnahmen für KMU** schaffen bei der Weite dieses Begriffs weitere Unsicherheiten (Einzelkaufmann bis Unternehmen mit mehreren 1.000 Mitarbeitern).

---

<sup>4</sup> Vgl. Schwab, S. 672.

**Ausnahmen für neue Betriebe schaffen ebenso Rechtsunsicherheit.** Denn wann sind Betriebe neu? Was gilt bei Betriebsübernahmen und umfangreichen Renovierungsmaßnahmen? Die weitere Folge sind die Schulungskosten für alle Mitarbeiter. So sind die **bislang einzigen Profiteure des AGG die Berater, die mit Schulungen bei Unternehmen gutes Geld verdienen** und deren Leistungen z. T. sogar soweit gehen, den Unternehmen zu raten, wie sie die AGG-Vorschriften umgehen können, z. B. Ablehnungsentscheidungen nicht zu begründen, da jede Begründung Tatsachen enthalten kann, die ein abgelehnter Bewerber in einem späteren Prozess vorbringen könnte, durch Vermeidung von Massengeschäften, Gestaltung von Fragebögen an Bewerber mit dem Rat, Bewerbern am besten keinerlei Schriftstücke in die Hand zu geben, bei Bewerbergesprächen Anwesenheit eines Zeuge auf Seiten des Anbieters.<sup>5</sup> **Insoweit hat das AGG nicht nur nichts genutzt, sondern es schadet sogar den vermeintlich Begünstigten.**

### III. Anmerkungen zu der nicht ausreichenden Umsetzung der RL-Vorgaben (Vertragsverletzungsverfahren)

#### 1. § 19 Abs. 3 AGG

Die Kriterien der „**Schaffung und Erhaltung sozial stabiler Bewohnerstrukturen und ausgewogener Siedlungsstrukturen sowie ausgeglichener wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Verhältnisse**“ sind dem Gesetz zur sozialen Wohnraumförderung entnommen, entsprechen den Zielsetzungen staatlicher Sozial- und Bevölkerungspolitik.<sup>6</sup> **Dem Vermieter einzelner Wohnobjekte kann es allerdings kaum aufgebürdet werden, überzeugende Bevölkerungspolitik zu betreiben.** Es drängt sich daher tatsächlich der Eindruck, den die EU-Kommission gewonnen hat, auf, dass durch diese Ausnahmebestimmung einer Gettoisierung Vorschub geleistet wird. Zumal diese Ausnahme auch für eine Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft greift, die nach den EU-Vorgaben vollkommen zu Recht ausnahmslos verboten sein soll. Wäre eine Diskriminierung gerade nicht gewollt, wie dies von der BdREg im Vertragsverletzungsverfahren vorgetragen wird, hätte es dieser Ausnahmebestimmung nicht bedurft. Eine vermeintliche Besserregelung kann denjenigen, der es für sich zu nutzen weiß, gerade dazu einladen, Schaden anzurichten, indem er sich bei der Auswahl seiner Mieter auf diese Ausnahmebestimmung beruft. Ob das AGG in diesem Punkt allerdings seinen Zweck erfüllt, wage ich zu bezweifeln. Denn schlaue Vermieter, die eine bestimmte Mieterstruktur zementieren wollen, z. B. ältere Menschen ohne Kinder, werden wissen, wie

<sup>5</sup> Dazu z. B. Wackerbarth, Die Vermeidung einer ungerechtfertigten Inanspruchnahme aus dem AGG (zivilrechtlicher Teil), ZIP 2007, S. 453, 458 ff.

<sup>6</sup> Vgl. Picker, ZfA 2005, S. 167, 186; Schwab, S. 675; zu den Auswirkungen des AGG auf das Mietrecht s. z. B. Schmidt-Räntsch, NZM 2007, S. 6 ff.; Derleder, NZM 2007, S. 625 ff.; ders., NZM 2008, S. 505 ff.

sie sich – häufig wohl unter erhöhtem Begründungs- und vor allem vorsorglichen Beratungsaufwand weiterhin sichern können. Ihre wirtschaftlichen Interessen sind klar: sie befürchten, dass die Mieten sinken oder potente unproblematische Mieter ausziehen, wenn sie nur an Familien mit Kindern oder Menschen einer ethnischen Herkunft vermieten, die als weniger zahlungskräftig gilt. Zur Not gelingt ihnen dies unter zu Hilfenahme der Nachbarn und unter Verzicht auf öffentliche Inserate. **Andererseits bleiben Benachteiligte nicht rechtlos. Insbesondere bei willkürlicher Auswahl der Mieter, etwa aus Gründen der tatsächlichen oder unterstellten ethnischen Herkunft bleiben Ansprüche auf Grundlage der § 138, 242 BGB. Dadurch sind auch die Richtlinienvorgaben hinreichend umgesetzt. Da es nun aber das AGG schon einmal gibt, schadet es auch nicht, diese Ausnahme dort zu entfernen, da sie eine Einbrauchsstelle für Ungleichbehandlungen schafft.**

Das Kriterium der **50 + 1 Wohnung** birgt ebenfalls die Gefahr der willkürlichen Benachteiligung. Vermietungen erfolgen auch dann nicht unpersönlich ohne Ansehen der Person wie ihrer Bonität, wenn 51 Wohnungen vermietet werden. Stets behält sich der Vermieter die Wahl seines Mieters, insbesondere bei Wohnraum, vor. Man stelle sich vor, dass Rauchverbot gelte erst ab der 50. Zigarette.

**Die Anwendung des AGG auf die Wohnraumvermietung zeigt allerdings eines der grundsätzlichen Probleme des AGG:**

In der Regel wird nur eine Wohnung angeboten und nicht fünf oder zehn ihrer Art. Oft gibt es auch nur einen ernsthaften Bewerber. Gibt es tatsächlich zehn Interessenten, die die Wohnung wirklich beziehen wollen, kommt es stets zu Benachteiligungen. Einer wird sich benachteiligt fühlen, weil er Mann ist, eine andere, weil sie Frau ist, ein dritter, weil er eine chinesische Mutter hat, ein vierter, weil er homosexuell ist, ein fünfter, weil er Vegetarier ist, ein sechster wegen seiner Parteizugehörigkeit usw.

**Jede Auswahl diskriminiert, denn eine Wahl treffen bedeutet zu diskriminieren, also zu unterscheiden. Die Vertragsfreiheit verträgt sich generell schwer mit einem erzwungenen Gleichbehandlungsgebot.**

**Das vermeintlich Gute, du sollst nicht unterscheiden, du sollst nicht rauchen, wird im Spiegel der Wahrnehmung zum Unsinn.** Ich darf bei Strafe nicht unterscheiden und ich darf bei Strafe nicht rauchen. Die Strafe folgt, folgt sie der menschlichen Natur, aus der Natur. Auf

gesundheitsschädliches Verhalten kann Krankheit folgen und auf gesellschaftliche Fehler ohne Heilung gesellschaftlicher Schaden. Gesetze sind heute unlogisch geworden. Auch das AGG folgt nicht mehr dem Garten der Logik. **Es fügt sich sinnvoll in eine sinnlose Ausuferung des Rechts in nicht durch gesetzliches Recht regelbare Bereiche hinein, die sich allein aus der Natur des Menschen und nicht aus der Natur des Rechts des Menschen ergeben.**

## **2. § 2 Abs. 4 AGG: Verhältnis AGG – KSchG – Ausschluss von Kündigungen aus dem Anwendungsbereich des AGG europarechtskonform?**

Die **Regelungen über den Kündigungsschutz im KSchG sind im internationalen Vergleich sehr weit gehend.** Vergleichbare Regelungen gibt es, etwa in den USA, nicht. Dort wurde ein Kündigungsschutz erst durch die Antidiskriminierungsvorschriften erreicht. **Eine Streichung des Kriteriums des Lebensalters als einer der Maßstäbe, die bei der Prüfung, ob die Kündigung sozial ungerechtfertigt war, zu berücksichtigen ist, stellt das ganze KSchG in Frage.** Die Anknüpfung an das Alterskriterium diskriminiert immer, mal in die eine, mal in die andere Richtung. Es ist ein taugliches Kriterium für den KSchG zugunsten der ArbN. Wenn dies nun durch das AGG in Frage gestellt wird, wird das KSchG pervertiert. Auch im **öffentlichen Dienst wird bei den Besoldungsstufen an das Lebensalter angeknüpft.** Das BerlArb sah darin in einer Entscheidung vom August 2008 (s. Fn.1) grds. einen Verstoß gegen das AGG. Wegen der daraus folgenden finanziellen Konsequenzen für den Arbeitgeber, das Land Berlin, hat es die Sanktionen des Verstoßes allerdings für unverhältnismäßig angesehen. **Wenn der Gesetzgeber tatsächlich an alle diese Normen, die an das Lebensalter anknüpfen, herantreten will, bedeutet dies für viele Bereiche einen vollkommenen Systemwechsel mit unüberschaubaren finanziellen Folgen für private und öffentlich-rechtliche Arbeitgeber.**

**Das AGG kann keine Anwendung auf das deutsche Kündigungsrecht finden, da Kündigungen stets benachteiligen,** es sei denn, sie beruhen auf einem in der betroffenen Person liegenden Grund. In einem Unternehmen B hat man eine inkongruente Gruppe, deren Mitglieder jeweils Träger eines oder mehrere Diskriminierungsmerkmale sind. Soll einem Mitglied aus dieser Gruppe gekündigt werden, stellt dies stets eine Benachteiligung dar. Der Betroffene ist immer jünger als andere, älter als die anderen, er ist Mann oder Frau usw. Ist die Einstellung ein positiver Akt, ist die Kündigung stets ein negativer, es sei denn, er folgt zum

Schutz (Gefahr bei Arbeit unter Gefährdungsbedingung, bei Berufskrankheiten mit dem Ausweg in ein adäquates Beschäftigungsverhältnis, etc).

### 3. Zwei-Monatsfrist, § 15 Abs. 4 AGG

Die Frist beginnt aber erst mit Kenntnis von Benachteiligung, also wenn der Betroffene um die Besserstellung eines anderen weiß. Das Wissen um die Benachteiligung ist maßgebend (§ 4 KSchG kennt sogar nur Drei-Wochenfrist). Ein Problem kann allerdings auftreten, wenn die Ablehnung ohne Gründe erfolgt. Eine Folge, die das AGG selbst ausgelöst hat (s. Anmerkung oben).

### 4. Beamtenrecht – Hinterbliebenenrente, Witwenrente, sonstige beamtenrechtliche Versorgungsansprüche – Geltung auch für eingetragene Lebenspartnerschaften?

Das Beamtenrecht wimmelt nur so von Ungleichheiten und Sonderrechten. Während Versorgungswerke sogar unverheirateten Partner als Anspruchsberechtigte anerkennen, gelten Beihilfeansprüche stets nur für Verheiratete. Zu welchen Pirouetten die Sonderregelung für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse in § 24 in der Praxis führt, zeigt die bisherige Rechtsprechung zu der Anwendung der beamtenrechtlichen Versorgungsansprüche auf eingetragene Lebenspartnerschaften. Da in den relevanten Vorschriften an die „Ehe“ angeknüpft wird, argumentieren die Gerichte – darunter auch der BGH (ähnlich auch das BVerfG für den Familienzuschlag), – dass die Betroffenen „nicht zu den Verheirateten oder in einer Ehe lebenden Versicherten zählen, weil sie einer eingetragenen Lebenspartnerschaft angehören und damit gerade nicht verheiratet sind“. **Es werde nicht an die sexuelle Orientierung, sondern an den Familienstand der Ehe angeknüpft.<sup>7</sup> Solange aber homosexuelle und lesbische Paare nicht heiraten können, vermögen sie aus eigener Kraft nie den Status des Verheiratetseins oder der Ehe erreichen. Wenn Gerichte aber auf Grundlage des AGG so argumentieren können, zwingt es die Betroffenen nahezu zu einem unmoralischen Umgehungsverhalten, wollen sie eine Benachteiligung verhindern,** etwa durch kreuzweise Heirat zwischen zwei lesbischen und homosexuellen Partnern. Argumentiert wird seitens der Gerichte damit, dass es für verheiratete Arbeitnehmer typisch sei, Kinder zu haben, mit Vorsorgekosten für Ehegatten und Kinder belastet zu sein. **Dass dieses klassische Rollenbild längst nicht mehr typisch ist für verheiratete Arbeitnehmer, wird dabei vergessen.**

---

<sup>7</sup> BGH AZ IV ZR 267/04, v. 14.02.2007.

**Konsequent wäre diese Begründung nur, wenn generell Partner mit doppeltem Einkommen und ohne Kinder von den Vorzügen der beamtenrechtlichen Versorgungsansprüche ausgenommen oder für sie Sonderregelungen geschaffen würden, dann müssten diese gleichermaßen für heterosexuelle wie für gleichgeschlechtliche Paare gelten.** Hier ist aber nicht erkennbar, dass solche Sonderregelungen für heterosexuelle Paare etabliert werden sollen.

Für den zivilrechtlichen Bereich sieht Art. 3 Abs. 2 des RL-Entw. zwar vor, dass einzelstaatliche Gesetze über den Ehe- und Familienstand von der Richtlinie unberührt bleiben, aus der Begründung der EU-Kommission wird aber deutlich, dass, **wenn ein Mitgliedstaat gesetzlich eingetragene Partnerschaften einführt und als der Ehe vergleichbar anerkennt, der Gleichbehandlungsgrundsatz auch in diesem Bereich gelten soll. Die Folge daraus kann nur sein, dass die versorgungsrechtlichen und sonstigen berufsrechtlichen Regelungen, die an die Ehe nicht als Familienstand, sondern als Ausdruck einer Form der geschlechtlichen Orientierung anknüpfen, auch für eingetragene Lebenspartnerschaften gelten sollten.** Die Rechtsprechung der letzten zwei Jahre hat gezeigt, dass die subsidiäre Anwendung von Vorschriften außerhalb des AGG den Betroffenen in diesem Punkt nicht zu einer Gleichbehandlung verhelfen konnte, **so dass es einer Streichung oder zumindest Änderung des § 24 bedarf.** Dies wird konsequenter Weise dann auch für alle von dem RL-Entw. erfassten Tatbestände (Rechtsgeschäfte außerhalb des Privat- und Familienlebens) gelten müssen.

Ob auf Dauer der Einwand trägt, eine allgemeine rechtliche Gleichstellung der Lebenspartnerschaft mit der Ehe bestehe im dt. Recht nicht (so das BVerfG), erscheint zweifelhaft, mag aber zum jetzigen Zeitpunkt noch ein tauglicher Einwand gegen eine Gleichbehandlung sein. Allerdings ist eine teilweise Gleichstellung in Bereichen des Bundesbeamtenrechts bereits erfolgt, so dass es nur eine Frage der Zeit zu sein scheint, bis dies auch für das Besoldungsrecht und das Beamtenversorgungsrecht ausdrücklich normiert wird. Möglicher Weise wird die Entscheidung des **EuGH in dem Vorabentscheidungsersuchen** des BayrVGH für Klarheit sorgen.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Vorabentscheidungsersuchen v. 20.6.2006, ABl. C 224/20, S. 20, anhängig beim EuGH unter Rs. C-267/06; in den Schlussanträge des Generalanwalts Colomer v. 6.9.2007 sieht er eine unzulässige Benachteiligung.

## 5. Schadensersatzanspruch

Art. 14 RL-Entw. entspricht den Sanktionsregelungen der anderen RL. Zur Umsetzung genügen der Beseitigungsanspruch und der Unterlassungsanspruch wie in § 21 AGG normiert. Beide setzen kein Verschulden voraus. Schadensersatz in Form der Naturalrestitution, Ersatz für materielle Schäden (Vermögensschäden) in Geld, Entschädigung für immaterielle Schäden (Schmerzensgeld) wie sie § 15 und § 21 vorsehen, sind jeweils verschuldensabhängig ausgestaltet. **Der Vorwurf der EU-Kommission, die SEA im AGG setzten Verschulden voraus und verstießen damit gegen die EU-RL, ist unbegründet. Schließlich müssen die MS nach den EU-Vorgaben als Sanktion nicht zwingend einen SEA regeln.** Das Verschuldenserfordernis ist dem deutschen Schadensersatzrecht immanent. Es ist auch notwendig, um ausufernde Sanktionen zu vermeiden. Bei einer unmittelbaren Diskriminierung wird schon per se Vorsatz oder zumindest Fahrlässigkeit impliziert. Lediglich wenn die Annahme von Tatsachen oder die unrichtige Bewertung von Tatsachen auf einem unverschuldeten Irrtum beruhte, befreit dies von der Haftung. Schwieriger aus Sicht desjenigen, der sich dem Vorwurf einer Benachteiligung ausgesetzt sieht, wird es bei einer mittelbaren Diskriminierung: Möglich ist, dass er den Benachteiligungseffekt gar nicht erkannte. Beruht dies nicht auf Fahrlässigkeit, muss eine Schadensersatzhaftung ausgeschlossen sein. Eine Sanktion für nicht erkennbare Benachteiligung ist weder wirksam, noch abschreckend, sondern einfach nur unverhältnismäßig.<sup>9</sup> Unvereinbar mit den rechtsstaatlichen Grundsätzen ist eine um der Abschreckung willen verhängte Sanktion für vermutete, nicht bewiesene Verstöße gegen das AGG. Strafähnliche Sanktionen sind dem deutschen Recht bislang – bis auf die Mehrerlösansprüche im UWG und GWB – fremd. Schadensersatz dient der Naturalrestitution und nicht der Abschreckung und Abstrafung des Betroffenen oder gar der Generalprävention.

## 6. Beweislastverteilung – Beweislastumkehr oder nur Erleichterung des Beweises?

§ 22 genügt zwar inhaltlich den Vorgaben der EU-Richtlinien, er ist aber sprachlich missglückt und – nahe man ihn beim Wort – juristisch kaum handhabbar. Klarer und auch dem Sinne der Antidiskriminierungs-RL (engl. und franz. Fassung) näher, wäre folgende Formulierung:

---

<sup>9</sup> Vgl. Stellungnahme des DAV.

„Wenn im Streitfall die eine Partei **Tatsachen darlegt**, wonach eine Benachteiligung **überwiegend wahrscheinlich vorgelegen** hat, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Benachteiligungsverbote vorgelegen hat.“

Die Vorschrift des § 22 bezieht sich schon jetzt auf alle Benachteiligungsmerkmale.<sup>10</sup> Wer sich auf eine Benachteiligung beruft, muss die anspruchsbegründenden Tatsachen darlegen,<sup>11</sup> diese müssen eine Benachteiligung „vermuten lassen“. Er trägt damit jedoch – anders als nach § 823 BGB - nicht den Vollbeweis,<sup>12</sup> da er weder die Kausalität der Benachteiligung noch ein die Schadenshaftung begründendes Verschulden darzulegen hat. Bestreitet der Beklagte die Tatsachen nicht, kommt es auf Beweisfragen nicht an. Bestreitet er hingegen die dem Geschehen zugrunde liegenden Tatsachen, hat der Kläger diese, nicht aber die Benachteiligung, mit den Beweismitteln der ZPO (Zeugen-, Urkundsbeweis, Parteivernehmung<sup>13</sup> etc.) zu beweisen.<sup>14</sup> Nur bei schlüssigem Tatsachenvortrag kommt es auf die zweite Stufe der Beweisführung an.<sup>15</sup> Bloßes Bestreiten genügt dann nicht mehr, vielmehr trägt der Beklagte die volle Beweislast dafür, dass eine Ungleichbehandlung nicht vorliegt, dass diese zulässig oder ein sachlicher Rechtfertigungsgrund gegeben war.

**„Indizien beweisen“ ist eigentlich Widerspruch in sich. Gemeint ist wohl ein Herabsenken des Beweismaßes auf eine Wahrscheinlichkeit<sup>16</sup> bzw. überwiegende Wahrscheinlichkeit abgesenkt.**<sup>17</sup> Es bedarf also nicht der für den Vollbeweis erforderlichen Überzeugung des Richters von der Wahrheit der Tatsachenbehauptung bzw. einer sehr hohen Wahrscheinlichkeit einer Tatsache, „der den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen.“<sup>18</sup> Problem: Subjektivität der richterlichen Überzeugungsbildung und der damit verbundenen Rechtsunsicherheit. Folge: Er muss daher umso kritischer prüfen, ob der behauptete Tatsachenvortrag zumindest schlüssig das behauptete Recht ergibt. Bleiben Unklarheiten,

<sup>10</sup> Zu den einzelnen Benachteiligungsmerkmalen z.B. *Thüsing*, NZA 2001, 1061 ff.; *Säcker*, BB-Spezial 6/2004, 16 ff.; *Schiek*, (o. Fn.9), 48 ff.; *Bauer*, NJW 2001, 2672, 2673 ff.

<sup>11</sup> Vgl. BT-Drs. 15/4538, S. 45.

<sup>12</sup> Mißverständlich die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 15/4538, S. 45.

<sup>13</sup> Vgl. Art. 7 II RL 2000/43/EG, Art. 6 III RL 2002/73/EG, Art. 9 II RL 2000/78/EG; da es häufig an einem Zeugen- oder Urkundsbeweis fehlt, bleibt nur das Beweismittel der Parteivernehmung (§§ 445 ff. ZPO), dazu *BGH NJW* 1985, 1216 f.

<sup>14</sup> Vgl. *Mahlmann*, ZEuS 2002, 407, 423; zur Beweislastverteilung *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 16. Aufl. (2004), § 122 Rdnr.9.

<sup>15</sup> Vgl. *Prütting*, RdA 1999, 107, 111.

<sup>16</sup> Vgl. *BAG NZA* 2004, 540 ff.; *Prütting*, (o. Fußn.19), S. 339; *Pfarr/Bertelsmann*, Diskriminierung im Erwerbsleben, 1989, S. 75; *Schlachter*, Wege zur Gleichberechtigung, 1993, S. 179 ff, 405 ff.; *Westenberger*, (o. Fußn.26), S. 130 f.

<sup>17</sup> Z.B. *BGHZ* 53, 245 ff.; *BGH MDR* 1983, 749 ff.; *Scherer*, (o. Fußn.24), S. 40; das *BAG* hält eine bloße Wahrscheinlichkeit für ausreichend, *NZA* 2004, S. 540 ff.

<sup>18</sup> *BGHZ* 53, 245, 256 - Anastasia; vgl. auch *BGH NJW* 2003, 1116 f.

muss er den Antrag zurückweisen.<sup>19</sup> Allerdings hat auch die Rechtsprechung zu § 823 BGB in Situationen, die typischer Weise Beweisschwierigkeiten aufweisen, das Absenken des Wahrscheinlichkeitsgrades anerkannt.<sup>20</sup> Werden Waren oder Leistungen allgemein und öffentlich angeboten, aber Menschen z.B. wegen ihrer ethnischen Herkunft oder wegen ihrer sexuellen Ausrichtung verweigert, so spricht die **typische Lebenserfahrung dafür, dass dies für die Verweigerung eines Vertragsabschlusses oder der Aufnahme in einen Verein maßgeblich war**. Der Beklagte hat dann die Gründe für den Ausschluss vom allgemein zugänglichen Leitungsverkehr darzulegen (z.B. erschöpfte Kapazität einer Ware, mangelnde Zahlungsfähigkeit des Kunden, Forderungsrückstände).<sup>21</sup> **In solchen Fällen wird auch i. R. d. § 823 BGB auf den Sorgfaltspflichtverstoß geschlossen, wenn die kausale Verknüpfung des Unterscheidungsmerkmals und der Ungleichbehandlung schwer zu beweisen ist.**<sup>22</sup> Zudem genügt bei der Schadensermittlung je nach Einzelfall gem. § 287 ZPO eine „höhere oder deutlich höhere Wahrscheinlichkeit für die Überzeugungsbildung.“<sup>23</sup>

**Bei offenkundigen Diskriminierungen wird i. d. R. die Darlegung genügen, dass der Beklagte sich gegen den Kläger wegen seines Mann- oder Frauseins oder seiner ethnischen Herkunft entschieden hat.** Bewirbt sich eine Frau mit heller Hautfarbe um die Stelle eines Doorman in einem Hotel, das diese Stelle seit Jahren nur mit Männern dunklerer Hautfarbe besetzt, spricht diese Praxis für ein diskriminierendes Verhalten. Entsprechendes gilt, wenn ein Hotel seit Jahren Männer mit dunklerer Hautfarbe, die sich um die Stelle eines Kellners bewerben, auf die Stelle eines Doorman setzen. Eine offenkundige Benachteiligung liegt ebenso vor, wenn Versicherungen allein wegen des Geschlechts unterschiedliche Tarife anbieten. Hier erschöpft sich der Sachvortrag und ggf. die Beweislast darin, die eigenen Erfahrungen bei Abschluss des Versicherungsvertrages darzulegen und die entsprechenden Vertragsbedingungen als Beweismittel vorzulegen. Auch, dass Banken häufig, trotz beruflicher Qualifikation Bewerber wegen ihrer ethnischen Herkunft nicht einstellen, weil dies angeblich die Kunden irritieren würden, ist nicht nur rückständig, sondern ebenfalls offenkundig diskriminierend.

<sup>19</sup> Vgl. *Scherer*, (o. Fußn.24), S. 59 f.; *Walker*, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozeßrecht und im arbeitsgerichtlichen Verfahren, 1993, Rdnr.316.

<sup>20</sup> *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, (o. Fußn.16), § 112 Rdnr.13, § 114 Rdnr.19

<sup>21</sup> *Bezenberger*, AcP 1996, 395, 432.

<sup>22</sup> Vgl. *MünchKommBGB/Wagner*, Bd. 5, 4. Aufl. (2004), § 823 Rdnr.356, 315; vgl. auch *BGH NJW* 1985, 1774 f.; *BGH NJW* 1983, 2935.

<sup>23</sup> Vgl. *BGH NJW* 2003, 1116 f.; *BGH VersR* 1970, 924, 926 f.; *BGHZ* 137, 142 ff.

**Fehlt es an einer länger geübten Benachteiligungspraxis oder an AGB, bedarf es hingegen mehr, als des bloßen Hinweises auf das Merkmal, dessen Träger man ist.** Es kann allerdings der Bezug auf eine günstigere Behandlung genügen, die einer Vergleichsperson, die nicht über das Benachteiligungsmerkmal verfügt, zu Teil wird, wurde oder würde. Es genügt daher in Einklang mit den Richtlinien<sup>24</sup> bei unmittelbaren Diskriminierungen das Projizieren auf eine hypothetische Person<sup>25</sup> und bei mittelbaren Diskriminierungen ein Benachteiligenkönnen.

**Da es in Diskriminierungsfällen häufig an Beweismitteln fehlt, begnügt sich die Rechtsprechung zu § 611 I 3 häufig mit Indizien,** wie „in-Endungen“ in Stellenausschreibungen (Volljuristin, Anwältin, Wiedereinsteigerin).<sup>26</sup> Das Vergehen einer geschlechtsbezogenen Ausschreibung begründet danach grds. die Vermutung, dass ein Arbeitnehmer wegen seines Mann- oder Frauseins, und zwar unabhängig davon, ob noch andere Gründe wie berufliche Erfahrung und Examensnoten für die Einstellungsentscheidung maßgebend sind (vgl. § 4), benachteiligt worden ist. Kann man über diese Fälle der Stellenausschreibungen trefflich streiten, sind in anderen Fällen Indizien deutliche Hinweise, die eine Benachteiligung wahrscheinlich machen. Werden z.B. nur 10 % der Frauen bei gleicher Arbeit, aber 50 % ihrer männlichen Kollegen über Tarif bezahlt, ist dies wegen der zahlenmäßig größeren Betroffenheit der Angehörigen eines Geschlechts ein Indiz für eine Benachteiligung wegen des Geschlechts.<sup>27</sup> Auch die Frage nach einer Schwangerschaft der Bewerberinnen kann ein solches Indiz sein, sie ist es aber nicht, wenn sich nur Frauen um eine ausgeschriebene Stelle beworben haben, denn alle Frauen könnten schwanger sein bzw. es werden.<sup>28</sup> Die Bedeutung von Indizien wird sich nun auf alle Merkmale ausdehnen, und zwar, wenn der Regierungsentwurf in der jetzigen Form Gesetz wird, nicht nur zugunsten aller Beschäftigten, sondern auch im Zivilrechtsverkehr. **Da sich der Indizienbeweis auf andere Tatsachen bezieht, die erst den Schluss auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Merkmals rechtfertigen sollen, ist entscheidend, dass der Richter am Ende von der Wahrscheinlichkeit der Haupttatsache überzeugt ist.**<sup>29</sup>

<sup>24</sup> Jeweils Art. 2 II 2 lit. a) der Richtlinien 2000/43/EG, 2000/78/EG und 2002/73/EG und Art. 2 lit. a) RL 2004/113/EG.

<sup>25</sup> Vgl. § 3 II TzBfG.

<sup>26</sup> BVerfGE 89, 276; BAG AuA 2000, 281 ff.; BAG NZA 2004, 540 ff.; MünchKommBGB/Müller-Glöge, (o. Fußn.19), § 611a Rdnr.82

<sup>27</sup> Vgl. BAG NZA 1993, 891 ff.

<sup>28</sup> BAG NJW 1987, 397 ff.

<sup>29</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald, (o. Fußn.16), § 109 Rn.15 f.

**Eine Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft kann in keinem Fall sachlich gerechtfertigt sein. Entsprechendes gilt für Benachteiligungen wegen des Geschlechts beim Abschluss von Versicherungen.** Benachteiligungen aus anderen Gründen können im Zivilrechtsverkehr hingegen gem. § 21 zulässig sein. **Allerdings gibt hier die vorhandene Rechtsprechung Maßstäbe vor:** So gibt es keine sachlichen Gründe dafür, dass ein Homosexuellen-Chor mit dem Namen „Querflöten“ nur wegen der sexuellen Neigungen seiner Mitglieder nicht in einen Sängerbund mit Monopolstellung aufgenommen wird.<sup>30</sup> In anderen Fällen, in denen der Beklagte eine Chance der Anerkennung seiner Rechtfertigung hat, wird er sich leicht einer **Offenbarungs- und Dokumentationspflicht** ausgesetzt sehen (z.B. Unterlagen von 300 Bewerbern aufzubewahren), **obgleich ein Arbeitgeber oder eine Dienstleistungsgesellschaft als Ausfluss der Privatautonomie nicht verpflichtet ist, dem unberücksichtigt gebliebenen Bewerber die Auswahlgründe mitzuteilen. Ein privater Arbeitgeber ist keine Behörde, die dem Bürger einen beantragten begünstigenden Verwaltungsakt versagt und dies begründen muss; er unterlässt nur die Abgabe einer Willenserklärung.**<sup>31</sup> Nun wird von ihm verlangt, dass er gute (im Zweifel gut erdachte) Gründe liefert, die seine Entscheidung als die Objektivste der Welt erscheinen lassen.<sup>32</sup> Dazu reicht es u. U. nicht aus, auf die bessere Eignung des ausgewählten Kandidaten gegenüber seinen Mitbewerbern zu verweisen. Auch Bewerber, die bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wären, erhalten eine Entschädigung, wenn sie durch die Formulierung der Stellenausschreibung und Durchführung des Bewerbungsverfahrens (Nichteinladung zum Vorstellungsgespräch) wegen eines bei ihnen vorhandenen Merkmals benachteiligt wurden. Es bedarf keiner besonderen Phantasie, den Begründungsaufwand eines Vermieters zu ermessen, der zehn Interessenten abgelehnt und sich für einen elften entschieden hat, und nun nachweisen muss, dass eine Benachteiligung wegen des Alters des 1. Bewerbers, der Abstammung des 2. Bewerbers oder der Weltanschauung des 3. Bewerbers nicht entscheidungserheblich war.<sup>33</sup> Ausreichend ist zudem, wenn in einem „Motivbündel“, dass die Entscheidung beeinflusst hat, das Benachteiligungsmerkmal als ein Kriterium enthalten ist (§ 4).<sup>34</sup> Entsprechendes gilt für ein Verhalten und Äußerungen während eines Beschäftigungsverhältnisses – falls es dazu überhaupt noch kommt -, bzgl. der Entlohnung und Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses. Jeder,

<sup>30</sup> So *LG Karlsruhe* NJW-RR 2002, 111 f.; vgl. auch *BGHZ* 63, 282, 284 f.; *BGHZ* 93, 151, 154; *BGH* NJW 1985, 1216 f.; *BGH* NJW 1999, 1326 ff.; *KG* NJW-RR 1993, 183, 184; *BVerfG* NJW-RR 1989, 636; *BGH* NJW 1980, 186 f.

<sup>31</sup> MünchKommBGB/*Müller-Glöge*, (o. Fußn.19), § 611a Rdnr.38.

<sup>32</sup> Kritisch zur Umkehr der Beweislast zu Lasten des „Inkriminierten“ *Adomeit*, NJW 2002, 1622 f.; zur Entschädigung *Annuß*, NZA 1999, 738, 740 f.

<sup>33</sup> Vgl. *Adomeit*, (o. Fußn.55), 1623.

<sup>34</sup> *BVerfGE* 89, 276; *BAG* NZA 2004, 540 ff.

der eine Benachteiligung wahrscheinlich begangen hat, ist schnell einem Dutzend Entschädigungs- oder Vertragsabschlußforderungen ausgesetzt.

Da nach § 22 nur das zugrunde liegende Verhalten dargelegt werden muss, nicht aber die darin liegende Benachteiligung, denn diese wird vermutet, und auch nicht die Kausalität, führt § 22 mit der eingeschränkten Beweislastumkehr im Zivilrecht zu einer Verschärfung gegenüber dem geltenden Recht. Im Arbeitsrecht hat die als kompliziert geltende Vorschrift des § 611a I 3 BGB zwar bereits den Weg bereitet für § 22, die Beweislastvorschrift ist daher nicht grds. systemfremd, aber in dieser Form auch nicht systembereichernd. **Der missverständliche Begriff der Vermutung sollte durch den der Wahrscheinlichkeit ersetzt werden.**

### 7. Aufgabe des Begriffs von der „Rasse“

Der Begriff der „Rasse“ wurde hier bewusst nicht verwendet. Man muss sich nicht der Sprache der „Täter“ bedienen, um etwas zu benennen, was es nicht gibt.<sup>35</sup> Es wird der falsche Schluss gezogen, wenn festgestellt wird, dass es zwar keine menschlichen Rassen im biologischen Sinne gebe und gleichwohl an dem Begriff festgehalten wird. Hinter dem Euphemismus der „Signalwirkung“, die vermeintlich von der Begriffsnutzung ausgehen soll,<sup>36</sup> **birgt jede Benutzung des Begriffs eine weitere Verletzung, eine erneute Stigmatisierung, die überflüssig ist.** Wer möchte sich schon auf eine Diskriminierung wegen seiner „Rasse“ berufen? Zudem reicht das Merkmal der „ethnischen Herkunft“ vollkommen aus; eine mangelnde Richtlinienumsetzung könnte also niemandem vorgehalten werden. **Der deutsche Gesetzgeber sollte daher, statt die bemühten Rechtfertigungsversuche der EU-Kommission zu übernehmen,<sup>37</sup> den Begriff aufgeben. Davon würde eine echte Signalwirkung ausgehen.**

---

<sup>35</sup> Um dies zu erkennen, muß man nicht erst *Klemperes* „LTI“ über die Sprache des Dritten Reiches (Lingua Tertii Imperii) lesen; lesenswert ist es allemal.

<sup>36</sup> So die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 15/4538, S. 28.

<sup>37</sup> BT-Drs. 15/4538, S. 28.