

Inga Schuchmann

Fachsemester 5

Seminararbeit

**Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) als
Umsetzung der europäischen Antidiskriminierungs-
richtlinien**

Seminar „Gender im Völker- und Europarecht“

Jun.-Prof. Dr. Ulrike Lembke

Universität Hamburg im WiSe 2010/11

Literaturverzeichnis

- Adomeit, Klaus*
Mohr, Jochen
Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, Stuttgart 2007.
- Bauer, Jobst-Hubertus*
Göpfert, Burkhard
Krieger, Steffen
Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Kommentar, München 2007.
- Bauer, Jobst-Hubertus*
Evers, Malte
Schadensersatz und Entschädigung bei Diskriminierung – Ein Fass ohne Boden? In: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2006, S. 893–898.
- Bauer, Jobst-Hubertus*
Thüsing, Gregor
Schunder, Achim
Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz – Alter Wein in neuen Schläuchen? In: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2006, S. 774–778.
- Däubler, Wolfgang (Hg.)*
Bertzbach, Martin (Hg.)
Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Handkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2008.
- Diller, Martin*
Krieger, Steffen
Arnold, Christian
Kündigungsschutzgesetz plus Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Sind Arbeitnehmer in Zukunft doppelt vor Kündigungen geschützt? In: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2006, S. 887–892.

- Gestring, Norbert*
Janßen, Andrea
Ayça Polat
- Prozesse der Integration und Ausgrenzung, Türkische Migranten der zweiten Generation, Wiesbaden 2006.
- Hamacher, Hanno*
Ulrich, Christoph
- Die Kündigung von Arbeitsverhältnissen nach Inkrafttreten und Änderung des AGG, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2007, S. 657–663.
- Meinel, Gernod*
Heyn, Judith
Herms, Sascha
- Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Arbeitsrechtlicher Kommentar, 2. Auflage, München 2010.
- Müller-Glöge, Rudi (Hg.)*
Preis, Ulrich (Hg.)
- Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 6. Auflage, München 2006.
- Müller-Glöge, Rudi (Hg.)*
Preis, Ulrich (Hg.)
- Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 10. Auflage, München 2010.
- Prütting, Hans*
- Gegenwartsprobleme der Beweislast, München 1983.
- Reppen, Tilman*
- Antidiskriminierung – die Totenglocke des Privatrechts läutet, in: Josef Isensee (Hg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung, Berlin 2007, S. 11–98.

- Rust, Ursula (Hg.)*
Falke, Josef (Hg.)
- Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz mit weiterführenden Vorschriften, Kommentar, Berlin 2007.
- Säcker, Franz Jürgen (Hg.)*
Rixecker, Roland (Hg.)
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Auflage, München 2005.
- Säcker, Franz Jürgen (Hg.)*
Rixecker, Roland (Hg.)
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 5. Auflage, München 2007.
- Säcker, Franz Jürgen (Hg.)*
Rixecker, Roland (Hg.)
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Auflage, München 2009.
- Sagan, Adam*
- Die Sanktion diskriminierender Kündigungen nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2006, S. 1257–1260.
- Schiek, Dagmar (Hg.)*
- Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Ein Kommentar aus europäischer Perspektive, Oldenburg 2007.
- Schleusener, Aino*
Suckow, Jens
Voigt, Burkhard
- Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, 3. Auflage, Luchterhand 2011.

Stork, Florian

Schöbener, Burkhard (Hg.)

Das Antidiskriminierungsrecht der Europäischen Union und seine Umsetzung in das deutsche Zivilrecht, Frankfurt am Main 2006.

Thüsing, Gregor

Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Das neue Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz und andere arbeitsrechtliche Benachteiligungsverbote, München 2007.

Von Roetteken, Torsten

Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Kommentar zu den arbeits- und dienstrechtlichen Regelungen, Heidelberg 2007.

Von Medem, Andreas

Kündigungsschutz und Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Die Integration der Diskriminierungsverbote der Richtlinien 2000/78/EG, 2000/43/EG und 76/207/EWG in das deutsche Kündigungsschutzrecht, Berlin 2008.

Wendeling-Schröder, Ulrike

Stein, Axel

Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Kommentar, München 2008.

Wesseling, Anke

Die Europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien zwischen Privatautonomie und Gleichheitsgrundsatz, Analyse, Umsetzung und Aus-

wirkungen der Richtlinien 2000/43/EG, 2000/78/EG und 2004/113/EG im deutschen Zivilrecht, Bonn 2009.

Wörl, Christian

Die Beweislast nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, Eine Untersuchung des § 22 AGG, Mannheim 2009.

Gliederungsverzeichnis

LITERATURVERZEICHNIS	I
DAS ALLGEMEINE GLEICHBEHANDLUNGSGESETZ (AGG) ALS UMSETZUNG DER EUROPÄISCHEN RICHTLINIEN ZUR ANTIDISKRIMINIERUNG	1
A. Europarechtskonformität einzelner Vorschriften	1
I. Kündigungsschutz – § 2 IV AGG	2
1. Systemwiderspruch im AGG?	2
2. Richtlinienkonformität der Bereichsausnahme	3
a) Ausreichender Diskriminierungsschutz durch vorhandenes nationales Recht	3
aa) Innerhalb des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG)	3
bb) Außerhalb des KSchG	6
b) Herstellung eines richtlinienkonformen Zustands durch Auslegung	7
aa) Auslegung des § 2 IV AGG	7
bb) Auslegung der Vorschriften zum Kündigungsschutz	8
3. Rechtsfolge	10
a) Unmittelbare Wirkung von Richtlinien	10
b) Nichtanwendung des § 2 IV AGG	10
aa) Verstoß gegen das primärrechtliche Diskriminierungsverbot	11
bb) Verstoß gegen den unionsrechtlichen allgemeinen Gleichheitssatz	12
cc) Verstoß gegen das Absenkungsverbot	13
4. Fazit	13
II. Betriebliche Altersvorsorge – § 2 II 2 AGG	14
1. Einordnung als Bereichsausnahme?	14
2. Richtlinienkonformität	14
a) Ausreichender Diskriminierungsschutz durch das BetrAVG	15
b) Möglichkeit der richtlinienkonformen Auslegung	15
3. Zusammenfassung	16
III. Vermietung von Wohnraum	16
1. § 19 III AGG	16
a) RL 2000/78/EG	17
b) RL 2004/113/EG	17
c) RL 2000/43/EG	18
aa) Vorgaben durch die Richtlinie	18
	VI

bb) Einordnung als positive Maßnahme	19
2. § 19 V AGG	21
a) RL 2000/78/EG	21
b) RL 2004/113/EG	21
aa) Satz 2	22
bb) Satz 3	23
cc) Fazit	24
c) RL 2000/43/EG	24
aa) Vereinbarkeit mit der Richtlinie	24
bb) Rechtsfolge	25
3. Fazit	25
IV. Entschädigung und Schadensersatz – § 15 AGG	26
1. Vermögensschäden - § 15 I AGG	26
a) Vereinbarkeit mit den Vorgaben der Richtlinien	26
b) Richtlinienkonforme Auslegung	27
2. Nichtvermögensschäden – § 15 II AGG	28
3. Kollektivvereinbarungen – § 15 III AGG	28
a) Vereinbarkeit mit den Vorgaben der Richtlinien	29
b) Rechtsfolge	29
4. Fristen – § 15 IV AGG	30
a) Vereinbarkeit mit den Vorgaben der Richtlinien	30
aa) Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Effektivität	30
bb) Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Gleichwertigkeit	31
5. Fazit	32
B. Fazit	32

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) als Umsetzung der europäischen Richtlinien zur Antidiskriminierung

Das AGG hat, seitdem es am 18.08.2006 zur Umsetzung der vier europäischen Richtlinien zur Antidiskriminierung in Kraft getreten ist, für viele Diskussionen gesorgt.

Dabei geht es zum einen um die fragwürdige Europarechtskonformität einzelner Vorschriften, zum anderen um die Ausweitung des Antidiskriminierungsschutzes über die Anforderungen der Richtlinien hinaus auf das Zivilrecht, was vielerorts Befürchtungen über den Untergang der Vertragsautonomie hervorrief.¹ Diese Arbeit wird sich allerdings auf den ersten Aspekt konzentrieren. Die Reihenfolge der geprüften Paragraphen stellt dabei nicht die numerische Reihenfolge dar, sondern folgt einer von mir als sinnvoll erachteten thematischen Schwerpunktsetzung.

A. Europarechtskonformität einzelner Vorschriften

Am 21.03.2007, 21.10.2007 und 31.01.2008 wurde jeweils die erste Stufe des Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 258 AEUV gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen mangelhafter Umsetzung der RL 2002/73/EG, RL 2000/43/EG und RL 2000/78/EG eingeleitet. Im Oktober 2009 leitete die Europäische Kommission die zweite Stufe des Verfahrens ein, indem sie der Bundesrepublik drei mit Gründen versehene Stellungnahmen übersandte.² In ihren Entscheidungen am 28.10.2010³ und am 24.11.2010⁴ stellte sie diese Verfahren jedoch mit dem Hinweis ein, dass Deutschland mit der Vorlage von Informationen über die nationale Einführung des EU-Rechts die Kommission nun doch davon überzeugt habe, die Richtlinien hinreichend umgesetzt zu haben.⁵ Auch Gesetzesentwürfe wurden vorgelegt, um den Bestimmungen der Richtlinien nachzukommen.

¹ Siehe *Tilman Reppen*, Antidiskriminierung – die Totenglocke des Privatrechts läutet, in: Josef Isensee (Hg.), *Vertragsfreiheit und Diskriminierung*, 2007, S. 11–98.

² Kommission vom 08.10.2009, IP/09/1147; Kommission vom 29.09.2009, IP/09/1617, Kommission vom 29.10.2009, IP/09/1620.

³ Kommission vom 28.10.2010, IP/10/1429.

⁴ Kommission vom 24.11.2010, IP/10/1554.

⁵ Beschluss vom 24.11.2010, IP/10/1554.

Insbesondere da Deutschland nicht etwa eine Veränderung der Rechtslage herbeiführte, um die Bedenken der Kommission auszuräumen, sondern lediglich Informationen zur Umsetzung beziehungsweise Gesetzesentwürfe lieferte, bleibt noch genug Raum, um an dieser Entscheidung zu zweifeln. Die mehrfach gerügte Bereichsausnahme für Kündigungen oder das Verschuldenserfordernis in den Sanktionsvorschriften blieben unverändert. Im Folgenden werden daher einige Vorschriften des AGG näher auf ihre Vereinbarkeit mit den Richtlinien untersucht.

I. Kündigungsschutz – § 2 IV AGG

§ 2 IV AGG schließt Kündigungen von dem Anwendungsbereich des AGG aus und unterstellt diese ausschließlich den Vorschriften des allgemeinen und besonderen Kündigungsschutzes. Hintergrund ist die Vorstellung, die Anwendung des bestehenden Kündigungsschutzes sei sachgerechter, schließlich sei dieser speziell auf Kündigungen zugeschnitten.⁶

1. Systemwiderspruch im AGG?

Dies erscheint äußerst widersprüchlich, werden doch in § 2 I Nr. 2 AGG die Entlassungsbedingungen ausdrücklich zu dem Anwendungsbereich des AGG dazugezählt.

Teilweise wird daraus, insbesondere mit Hinweis auf die Vorschrift zum Maßregelungsgebot in § 16 AGG, der ohne die Anwendbarkeit auf Kündigungen wesentlichen Regelungsinhalt verliere, auf die Notwendigkeit der richtlinienkonformen Reduktion geschlossen, wodurch das AGG und die kündigungsrechtlichen Vorschriften nebeneinander Anwendung fänden.⁷

Allein der *scheinbare* Widerspruch hat jedoch keine Auswirkung auf die Gültigkeit der Bereichsausnahme.⁸ Schließlich ist die Kündigung nur ein spezieller, wenn auch wohl der bedeutendste⁹ Fall der Beendigung von Beschäftigungsverhältnissen. So werden durch

⁶ Wolfgang Däubler, in: ders./Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, § 2 Rn. 257; BT- Drucks. 16/2022, S. 12.

⁷ Dagmar Schiek, in: dies., AGG, 2007, § 2 Rn. 13.

⁸ Wolfgang Däubler, in: ders./Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, § 2 Rn. 259.

⁹ Vgl. Gernod Meinel u.a., in: dies. u.a., AGG, 2. Aufl. 2010, § 2 Rn. 60.

§ 2 I Nr. 2 AGG erst einmal grundsätzlich alle Arten von Beendigungen erfasst, § 2 IV AGG schafft lediglich eine Ausnahme für den besonderen Fall von Kündigungen.¹⁰

2. Richtlinienkonformität der Bereichsausnahme

Die Bereichsausnahme könnte jedoch gegen die Vorschriften der Richtlinien verstoßen, die jeweils in Art. 3 I lit. c) die Entlassungsbedingungen ausdrücklich in den Anwendungsbereich des Antidiskriminierungsrechts mit aufnehmen.

Gemäß Art. 288 AEUV ist jeder Mitgliedstaat verpflichtet, die Ziele der erlassenen Richtlinien umzusetzen. Dies bedeutet allerdings nur, dass das materielle Recht des jeweiligen Mitgliedstaates bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist mit den Vorgaben der Richtlinien übereinstimmen muss, nicht jedoch, dass der nationale Gesetzgeber tatsächlich tätig wird, beispielsweise wenn das nationale Recht bereits den Vorgaben entspricht.¹¹

a) Ausreichender Diskriminierungsschutz durch vorhandenes nationales Recht

Entscheidend ist also, ob die nationalen Vorschriften des Kündigungsschutzes, gegebenenfalls nach richtlinienkonformer Auslegung, bereits den Vorgaben der Richtlinien genügen.

aa) Innerhalb des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG)

(1) Tatbestand

Zunächst ist festzuhalten, dass KSchG und AGG unterschiedliche Ansätze verfolgen. Während das KSchG die Wirksamkeit einer Kündigung objektiv danach beurteilt, ob sie sozial gerechtfertigt ist, stellt das AGG stets auf das Motiv des/der Arbeitgeber/in ab.¹²

Bei der Kündigung ausschließlich aufgrund eines Diskriminierungsmerkmals des § 1 AGG wäre diese in der Regel auch nach dem KSchG unwirksam, da das Vorliegen eines solchen

¹⁰ Hanno Hamacher/Christoph Ulrich, Die Kündigung von Arbeitsverhältnissen nach Inkrafttreten und Änderung des AGG, NZA 2007, S. 657 (657).

¹¹ Andreas v. Medem, Kündigungsschutz und Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Die Integration der Diskriminierungsverbote der Richtlinien 2000/78/EG, 2000/43/EG und 76/207/EWG in das deutsche Kündigungsschutzrecht, 2008, S. 153; EuGH vom 23.5.1985, Slg. 1985, 221 Rn. 23.

¹² Klaus Bertelsmann, in: Rust/Falke, AGG, 2007, § 2 Rn. 246.

Grundes keine soziale Rechtfertigung für eine Kündigung sein kann.¹³ Auch wenn mehrere Motive zusammentreffen, also sowohl eine soziale Rechtfertigung vorliegt, aber auch noch diskriminierende Motive hinzukommen, folgt aus der Rechtfertigung eines Motivs nicht automatisch die Rechtfertigung eines anderen, eventuell diskriminierenden Motivs.¹⁴

Dies gilt jedoch nur, soweit dem diskriminierenden Motiv eine tragende Rolle bei der Ungleichbehandlung zukommt. Untergeordnete Motive, auch wenn sie diskriminierend sind, sollen beim KSchG hingegen unbeachtlich sein.¹⁵ Auch mittelbare Diskriminierungen werden hier gänzlich außer Acht gelassen.¹⁶ Diese wären bei Anwendung des AGG aber ebenfalls verboten.¹⁷

Damit ist der Schutzbereich des KSchG insgesamt kleiner als der des AGG. Es kann nicht sichergestellt werden, dass das KSchG jeden möglichen Fall der Diskriminierung erfasst.¹⁸ Schon der Tatbestand einer diskriminierenden Kündigung ist also nicht hinreichend durch das KSchG abgedeckt.

(2) Beweislast

Die Art. 8 der RL 2000/43/EG, Art. 10 der RL 2000/78/EG und Art. 4 der RL 97/80/EG enthalten die europarechtlichen Vorgaben zur Beweislast im Antidiskriminierungsrecht, welche durch § 22 AGG umgesetzt wurden. Demnach muss die benachteiligte Partei lediglich Indizien beweisen, die eine auf einem in § 1 AGG normierten Motiv beruhende Benachteiligung vermuten lassen. Die andere Partei, im Falle einer Kündigung der/die Arbeitgeber/in, muss dann also beweisen, dass nicht gegen die Bestimmungen des AGG verstoßen wurde.

Gemäß § 1 II 4 KSchG hat der/die Arbeitgeber/in im Falle einer Kündigung die soziale Rechtfertigung darzulegen und zu beweisen,¹⁹ was eine vollständige Beweislastumkehr und

¹³ Hanno Hamacher/Christoph Ulrich, NZA 2007, S. 258 (258).

¹⁴ BVerfG vom 16.11.1993, NZA 1994, 745 (746); ebenso BAG vom 05.02.2004, NZA 2004, 540 (540).

¹⁵ Hanno Hamacher/Christoph Ulrich, NZA 2007, S. 657 (658).

¹⁶ Wolfgang Däubler, in: ders./Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, § 2 Rn. 263a.

¹⁷ A.A.: Hanno Hamacher/Christoph Ulrich, NZA 2007, S. 657 (658).

¹⁸ Klaus Bertelsmann, in: Rust/Falke, AGG, 2007, § 2 Rn. 251; zweifelnd auch Andreas v. Medem, Kündigungsschutz und AGG, 2008, S. 157.

¹⁹ Gregor Thüsing, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2007, § 2 Rn. 22.

damit sogar eine günstigere Regelung für den/die Arbeitnehmer/in bedeutet.²⁰ Die Vorgaben der Richtlinien sind daher in jedem Fall erfüllt.

(3) Sanktionen

In Art. 15 der RL 2000/43/EG und Art. 17 der RL 2000/78/EG wird bestimmt, dass die Sanktionsregelungen dem Ermessen und der Verantwortung der einzelnen Mitgliedstaaten überlassen werden. Einzige Bedingung ist, dass die Sanktion wirksam, verhältnismäßig und abschreckend ist. Schadensersatzansprüche sind hingegen nicht notwendig.

Teilweise wird vertreten, die Unwirksamkeit einer Kündigung erfülle bereits das Erfordernis der Abschreckung.²¹ Diese Ansicht verkennt jedoch, dass Arbeitgeber/innen, die unwirksam gekündigte Arbeitnehmer/innen während des gerichtlichen Verfahrens weiterbeschäftigen, kein wirtschaftlicher Nachteil entstünde.²² Sie können vielmehr, ohne ein wirkliches Risiko einzugehen, kündigen und es auf ein Gerichtsverfahren „ankommen lassen“. Allein die Unwirksamkeit einer Kündigung ist also keine ausreichende Abschreckung im Sinne der Richtlinien.²³

Darüber hinaus fordert Art. 6 II der RL 2002/73/EG explizit einen Anspruch auf Schadensersatz oder Entschädigung bei einer unzulässigen Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts.

Zwar würde die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses aufgrund einer unwirksamen Kündigung einer Naturalrestitution entsprechen, sodass Vermögensschäden von vornherein verhindert würden.²⁴ Allerdings ist der Ersatz für Nichtvermögensschäden nach dem KSchG ausgeschlossen. Die Vorgaben der Richtlinien enthalten jedoch keine Beschränkung des Schadensersatzanspruches auf Vermögensschäden.

²⁰ Christian Wörl, Die Beweislast nach dem AGG, Eine Untersuchung des § 22 AGG, 2009, S. 134.

²¹ Martin Diller u.a., Kündigungsschutzgesetz plus Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Sind Arbeitnehmer in Zukunft doppelt vor Kündigungen geschützt?, NZA 2006, S. 887 (888); Hanno Hamacher/Christoph Ulrich, NZA 2007, S. 657 (659); Gregor Thüsing, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2007, § 2 Rn. 23.

²² Wolfgang Däubler, in: ders./Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, § 2 Rn. 262a.

²³ Ulrike Wendeling-Schröder, in: dies./Stein, AGG, 2008, § 2 Rn. 53; i.E. auch Gernod Meinel u.a., in: dies. u.a., AGG, 2. Aufl. 2010, § 2 Rn. 63.

²⁴ Jost-Hubertus Bauer u.a., in: dies., AGG, 2007, § 2 Rn. 59

Darüber hinaus bestünde auch die Möglichkeit der Naturalrestitution in den Fällen, in denen eine diskriminierende Kündigung nach dem KSchG wirksam ist, nicht.²⁵ Ein Anspruch auf Schadensersatz wäre dann trotz Diskriminierung ausgeschlossen. Dies ist bezüglich der Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts nicht mit den Vorgaben der Richtlinien vereinbar.

Auch im Bereich der Sanktionen bleiben die Vorschriften des KSchG also hinter den Vorgaben der Richtlinien zurück.

bb) Außerhalb des KSchG

(1) Tatbestand

Außerhalb des Anwendungsbereichs des KSchG, beispielsweise bei Kleinbetrieben nach § 23 KSchG, wird die Wirksamkeit einer Kündigung nach §§ 138, 142 BGB beurteilt.

Zwar hat das BAG festgestellt, dass „zu den typischen Tatbeständen einer treuwidrigen Kündigung [...] Rechtsmissbrauch und Diskriminierungen“ zählen,²⁶ allerdings besteht dennoch ein großer Unterschied im Maßstab für die Wirksamkeit einer Kündigung. Während bei Anwendung des AGG eine Benachteiligung nur bei „wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderungen“ gemäß § 8 AGG gerechtfertigt ist, ist die Treuwidrigkeit bereits bei dem Vorliegen von sachlichen Gründen ausgeschlossen.²⁷ Dieser Maßstab entspricht keinesfalls den Vorgaben der Richtlinien zur Antidiskriminierung.

(2) Beweislast

Die Treuwidrigkeit gemäß § 242 BGB muss stets die Person beweisen, die sich darauf beruft,²⁸ bei einer Kündigung träge die volle Beweislast also den/die Arbeitnehmer/in. Eine Beweislasterleichterung ist nicht vorgesehen. Dies erfüllt eindeutig nicht die Vorgaben der Richtlinien.²⁹

²⁵ S.o.

²⁶ BAG vom 22.5.2003, 2 AZR 426/02.

²⁷ Klaus Bertelsmann, in: Rust/Falke, AGG, 2007, § 2 Rn. 251; Gregor Thüsing, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2007, § 2 Rn. 21.

²⁸ BAG vom 22.5.2003, 2 AZR 426/02.

²⁹ So auch Gregor Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Das neue Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz und andere arbeitsrechtliche Benachteiligungsverbote, 2007, Rn. 111; Christian Wörl, Die Beweislast nach dem AGG, 2009, S. 135; Gernod Meinel u.a., in: dies. u.a., AGG, 2. Aufl. 2010, § 2 Rn. 62.

(3) Sanktionen

In den Fällen, die nicht unter das KSchG fallen, besteht die Gefahr einer wirksamen Kündigung trotz Diskriminierung – wie oben bereits erläutert – noch viel offensichtlicher, weswegen in diesem Bereich die Vorschriften über die Sanktionen erst recht nicht den Vorgaben der Richtlinien genügen.

b) Herstellung eines richtlinienkonformen Zustands durch Auslegung

Umstritten ist nicht nur, ob durch richtlinienkonforme Auslegung die Umsetzungsdefizite des AGG ausgeglichen werden können, sondern auch, welche Folgen eine solche Auslegung mit sich brächte. Dementsprechend viele Auffassungen gibt es darüber. So wird von der uneingeschränkten Anwendbarkeit des § 2 IV AGG,³⁰ über die teilweise Anwendbarkeit des AGG auf Kündigungen – etwa durch Anwendung des § 15 II AGG³¹ oder durch Beurteilung der Wirksamkeit einer Kündigung nach dem AGG³² – bis zur vollständigen Anwendung des AGG auf Kündigungen³³ alles vertreten.

Eine Auslegung ist dann zulässig, wenn eine Deutung entsprechend den Richtlinienvorgaben mit dem Wortlaut, der Entstehungsgeschichte, der Systematik und dem Zweck des nationalen Rechts vereinbar ist.³⁴ Sie darf nicht im Widerspruch zum klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers stehen.³⁵

aa) Auslegung des § 2 IV AGG

Fraglich erscheint, ob eine richtlinienkonforme Auslegung bei § 2 IV AGG überhaupt in Betracht kommt, da der Wortlaut („Für Kündigungen gelten *ausschließlich* die Bestimmungen

³⁰ Hanno Hamacher/Christoph Ulrich, NZA 2007, S. 657 (661).

³¹ Jost-Hubertus Bauer u.a., in: dies., AGG, 2007, § 2 Rn. 65.

³² Adam Sagan, Die Sanktion diskriminierender Kündigungen nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, NZA 2006, S. 1257 (1260).

³³ Dagmar Schiek, in: dies. AGG, 2007, § 2 Rn. 12; Gregor Thüsing, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2007, § 2 Rn. 12; Wolfgang Däubler, in: ders./Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, § 2 Rn. 263; Gernod Meinel u.a., in: dies. u.a., AGG, 2. Aufl. 2010, § 2 Rn. 66.

³⁴ Gregor Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, Rn. 40.

³⁵ BAG vom 18.2.2003, ABR 2/02.

zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz.“) eindeutig ist und somit gegen jegliche Anwendung des AGG auf Kündigungen spricht.

Insbesondere durch die Aufhebung des § 10 Nr. 6 und 7 AGG durch das „Zweite Gesetz zur Änderung des Betriebsrentengesetzes und anderer Gesetze“ (BetrAVGuaÄndG) konkretisierte sich auch der Wille des Gesetzgebers. § 10 Nr. 6 und 7 AGG bezogen sich beide ausdrücklich auf Kündigungen und standen somit im Widerspruch zu einer vollständigen Bereichsausnahme. Durch die Beseitigung des Widerspruches ist nun deutlich, dass es dem Willen des Gesetzgebers entspricht, durch § 2 IV AGG Kündigungen gänzlich von dem Anwendungsbereich des AGG auszunehmen.³⁶

Für eine europarechtskonforme Auslegung, die dazu führen soll, dass sich durch § 2 IV AGG zwar die Beurteilung der Wirksamkeit einer Kündigung allein nach den nationalen Kündigungsvorschriften richten, im Bereich der Sanktionen jedoch das AGG mit § 15 II AGG angewendet werden soll³⁷ – oder umgekehrt³⁸ – lässt § 2 IV AGG demnach keinen Raum³⁹.

Auch eine Auslegung, nach der nur solche Kündigungen vom Anwendungsbereich des AGG ausgeschlossen werden sollen, die dem KSchG unterfallen, würde keinen richtlinienkonformen Zustand herstellen. Zum einen entspricht auch das KSchG nicht den Vorgaben der Richtlinien, zum anderen wäre es sinnwidrig, wenn Kündigungen, die aus dem Anwendungsbereich des KSchG fallen, mit den weitergehenden Sanktionen des AGG belegt würden.⁴⁰

bb) Auslegung der Vorschriften zum Kündigungsschutz

Eine europarechtskonforme Auslegung könnte allerdings auch, so beispielsweise *Monika Schlachter*⁴¹ oder *Hanno Hamacher/Christoph Ulrich*⁴², an die nationalen Kündigungsvorschriften anknüpfen. Innerhalb des KSchG sollen die Diskriminierungsverbote und Rechtfertigung

³⁶ *Aino Schleusener* in: ders. u.a., AGG, 3. Aufl. 2011, § 2 Rn. 33.

³⁷ *Martin Diller u.a.*, NZA 2006, S. 887 (890); *Gernod Meinel u.a.*, in: dies. u.a., AGG, 2. Aufl. 2010, § 2 Rn. 66.

³⁸ *Adam Sagan*, NZA 2006, S. 1257 (1260).

³⁹ *Klaus Adomeit/Jochen Mohr*, in: dies., AGG, 2007, § 2 Rn. 215; *Hanno Hamacher/Christoph Ulrich*, NZA 2007, S. 657 (659).

⁴⁰ Vgl. *Jobst-Hubertus Bauer u.a.*, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz – Alter Wein in neuen Schläuchen?, NZA 2006, S. 774 (777).

⁴¹ *Monika Schlachter*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, AGG, 10. Aufl. 2010, § 2 Rn. 17.

⁴² *Hanno Hamacher/Christoph Ulrich*, NZA 2006, S. 657 (658 f.).

tigungsgründe demnach durch die unbestimmten Rechtsbegriffe innerhalb der Auslegung berücksichtigt werden, außerhalb des KSchG entsprechend durch die zivilrechtlichen Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB.⁴³ Dabei müsse man der in § 22 AGG vorgesehenen Beweislasteichterung dadurch gerecht werden, dass im Rahmen der Auslegung auch die Grundsätze der abgestuften Darlegungs- und Beweislast des § 138 II, III ZPO berücksichtigt würden.⁴⁴

Dies widerspräche auch nicht dem klaren Willen des Gesetzgebers. Schließlich habe dieser durch die Einführung der Bereichsausnahme des § 2 IV AGG gerade deutlich gemacht, der Auffassung zu sein, das vorhandene nationale Kündigungsschutzrecht genüge den Anforderungen der Richtlinie.⁴⁵

Allerdings würde allein dadurch noch kein richtlinienkonformer Zustand hergestellt werden, da die in den Richtlinien geforderte Sanktion weiterhin nur in der Unwirksamkeit der Kündigung bestünde, was aber, wie bereits dargestellt, nicht ausreichen kann. Darüber hinaus kann auch der geforderte Entschädigungsanspruch für Benachteiligungen wegen des Geschlechts nicht durch Auslegung hergestellt werden.⁴⁶

Insbesondere einer richtlinienkonformen Auslegung der §§ 138, 242 BGB würde darüber hinaus das Transparenzgebot entgegenstehen, nach dem Mitgliedstaaten dazu verpflichtet sind, die Richtlinien so umzusetzen, dass der/die Einzelne seine/ihre Rechte im vollen Umfang erkennen und gegebenenfalls vor den nationalen Gerichten geltend machen kann.⁴⁷ Dem Wortlaut der §§ 138, 242 BGB ist jedoch weder zu entnehmen, unter welchen Voraussetzungen diskriminierende Kündigungen unwirksam sind, noch geben sie Aufschluss über die unzulässigen Unterscheidungsmerkmale oder Rechtfertigungsgründe. Dies kann dem Erfordernis der transparenten Umsetzung nicht genügen.⁴⁸ Damit kann auch eine richtlinienkonforme Auslegung der nationalen Vorschriften zum Kündigungsschutz keinen Zustand herstellen, der den

⁴³ Vgl. *Aino Schleusener* in: ders. u.a., AGG, 3. Aufl. 2011, § 2 Rn. 34; *Monika Schlachter*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, AGG, 10. Aufl. 2010, § 2 Rn. 17.

⁴⁴ *Hanno Hamacher/Christoph Ulrich*, NZA 2006, S. 657 (659).

⁴⁵ *Aino Schleusener* in: ders. u.a., AGG, 3. Aufl. 2011, § 2 Rn. 36.

⁴⁶ *Hanno Hamacher/Christoph Ulrich*, NZA 2006, S. 657 (659 f.).

⁴⁷ EuGH vom 10.05.2001, Rs. C-144/99.

⁴⁸ *Wolfgang Däubler*, in: ders./Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, § 2 Rn. 262a; *Adam Sagan*, NZA 2006, S. 1257 (1258); *Andreas v. Medem*, Kündigungsschutz und AGG, 2008, S. 189 f.; zweifelnd auch *Gregor Thüsing*, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2007, § 2 Rn. 24.

Vorgaben der Richtlinien entspricht. Die Vorschrift des § 2 IV AGG ist damit richtlinienwidrig.

3. Rechtsfolge

Allerdings ist nicht eindeutig, welche Rechtsfolge die Richtlinienwidrigkeit mit sich bringt.

a) Unmittelbare Wirkung von Richtlinien

Richtlinien entfalten grundsätzlich erst nach der Umsetzung durch den jeweiligen Mitgliedstaat ihre Wirkung.⁴⁹ Eine unmittelbare Wirkung besteht nur in Ausnahmefällen, wenn die Richtlinie durch den Mitgliedstaat nicht fristgerecht oder unvollständig umgesetzt wurde und sie so konkret gefasst ist, dass daraus unmittelbar ohne weiteren Umsetzungsakt Rechte für den/die Einzelne/n abgeleitet werden können.⁵⁰

Diese Drittwirkung besteht allerdings nur in vertikaler Richtung, also zwischen Bürger/in und Staat, nicht jedoch horizontal zwischen den Bürger/innen untereinander, so dass diese sich auf die Richtlinie in der Regel nicht berufen können.⁵¹

b) Nichtanwendung des § 2 IV AGG

Scheitert es bei einer nationalen Vorschrift sowohl an der richtlinienkonformen Auslegung als auch an der unmittelbaren Drittwirkung, weil es sich um einen Rechtsstreit zwischen Privaten handelt, bleibt es grundsätzlich bei der Wirksamkeit des nationalen Rechts trotz Richtlinienwidrigkeit.⁵² Auswirkung des Umsetzungsdefizites ist dann lediglich ein Schadensersatzanspruch gegen den Staat.⁵³ Dementsprechend wird § 2 IV AGG von manchen Stimmen auch für (zumindest teilweise) richtlinienwidrig, aber dennoch anwendbar gehalten.⁵⁴

Anders sieht es jedoch bei dem Verstoß gegen unionsrechtliches Primärrecht aus. In einem solchen Fall ist das primärrechtswidrige nationale Recht nicht anwendbar, soweit sich der

⁴⁹ Gregor Thüsing, *Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz*, 2007, Rn. 36.

⁵⁰ Dagmar Schiek, in: dies. *AGG*, 2007, Einl. Rn. 73.

⁵¹ EuGH vom 05.10.2004, Rs. C-397/01 bis C-403/01 – *Pfeiffer*.

⁵² Hanno Hamacher/Christoph Ulrich, *NZA* 2006, S. 657 (660 f.).

⁵³ Gregor Thüsing, *Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz*, 2007, Rn. 41.

⁵⁴ Hanno Hamacher/Christoph Ulrich, *NZA* 2006, S. 657 (661).

nationale Gesetzgeber im Geltungsbereich des Unionsrechts bewegt,⁵⁵ weswegen ein großer Teil der Literatur § 2 IV AGG für unanwendbar hält.⁵⁶

aa) Verstoß gegen das primärrechtliche Diskriminierungsverbot

In der Mangold-Entscheidung vom 22.11.2005⁵⁷ wurde die Nichtanwendbarkeit des § 14 III 4 TzBfG aufgrund des Verstoßes gegen das Verbot der Altersdiskriminierung festgestellt, wobei nicht auf die entsprechende Richtlinie abgestellt, sondern der Grundsatz des Verbots der Altersdiskriminierung als ein ungeschriebener Bestandteil des gemeinschaftlichen Primärrechts beurteilt wurde.⁵⁸ Dieses primärrechtliche Diskriminierungsverbot (inzwischen Art. 20 EU-GRCharta, § 2 EUV) ist auch auf die anderen Diskriminierungsmerkmale des § 1 AGG zu übertragen.⁵⁹

Umstritten ist dabei, wie weit die Folgen der Mangold-Entscheidung reichen und wann eine Norm gegen das primärrechtliche Diskriminierungsverbot verstößt.

Teilweise wird vertreten, gegen das primärrechtliche Diskriminierungsverbot würden nur solche Normen verstoßen, die selbst diskriminierten, wie etwa der § 14 III 4 TzBfG, der selbst unmittelbar eine Altersdiskriminierung enthält. Die Herausnahme von Kündigungen aus dem Anwendungsbereich des AGG würde hingegen nicht selbst diskriminieren und verstoße mithin auch nicht gegen das primärrechtliche Diskriminierungsverbot.⁶⁰

Dem wird allerdings entgegengehalten, dass eine sehr viel weitergehende Missachtung des Diskriminierungsverbotes vorläge, wenn sogar ein ganzer Sachbereich schon von der Anwendung des Antidiskriminierungsrechts ausgeschlossen wird.⁶¹

⁵⁵ EuGH vom 09.03.1987, Rs. C-106/77; *Wolfgang Däubler*, in: ders./Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, Einleitung, Rn. 101.

⁵⁶ *Dagmar Schiek*, in: dies. AGG, 2007, § 2 Rn. 12; *Gregor Thüsing*, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2007, § 2 Rn. 26; *Wolfgang Däubler*, in: ders./Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, § 2 Rn. 263; *Aino Schleusener* in: ders. u.a., AGG, 3. Aufl. 2011, § 2 Rn. 35.

⁵⁷ EuGH vom 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold*.

⁵⁸ *Gregor Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, Rn. 42.

⁵⁹ *Christian Wörl*, Die Beweislast nach dem AGG, 2009, S. 141

⁶⁰ *Hanno Hamacher/Christoph Ulrich*, NZA 2006, S. 657 (660 f.); *Andreas v. Medem*, Kündigungsschutz und AGG, 2008, S. 199 ff.

⁶¹ *Wolfgang Däubler*, in: ders./Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, § 2 Rn. 262;

Ein Verstoß gegen das primärrechtliche Diskriminierungsverbot müsse also auch dann vorliegen, wenn die nationale Norm nicht an ein Diskriminierungsmerkmal, sondern, wie bei der Kündigung, an einen Sach- oder Regelungsbereich anknüpft.⁶²

Das Besondere an den Antidiskriminierungsrichtlinien ist, dass sie lediglich der Präzisierung eines allgemeinen Grundsatzes des primären Unionsrechts, nämlich des Rechts auf Nichtdiskriminierung, dienen. Diesen Richtlinien kommt daher eine weiter reichende Bedeutung zu, als dies für Richtlinien, die normalerweise dem Sekundärrecht zuzuordnen sind, gilt. Um den Vorrang der allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts zu realisieren, sind daher entgegenstehende nationale Vorschriften nicht anwendbar.⁶³

Damit verstößt § 2 IV AGG gegen das primärrechtliche Diskriminierungsverbot. § 2 IV AGG befindet sich auch eindeutig im Geltungsbereich des Unionsrecht, mit der Folge, dass diese Norm – zumindest wenn es sich nicht um eine Streitigkeit zwischen Privaten handelt – als nicht anwendbar anzusehen ist.

bb) Verstoß gegen den unionsrechtlichen allgemeinen Gleichheitssatz

Darüber hinaus wird der Verstoß gegen den unionsrechtlichen allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 20 EU-GRCharta, § 2 EUV) geltend gemacht, nachdem Gleiches nicht ohne sachlichen Grund ungleich geregelt werden darf. Es sei kein sachlicher Grund ersichtlich, Kündigungen anders als anderes Verhalten von Arbeitgeber/innen vom Anwendungsbereich des Antidiskriminierungsrechts auszunehmen.⁶⁴ Von der Gegenseite wird angeführt, als sachlicher Grund reiche die den Mitgliedstaaten durch Art. 288 III AEUV überlassene Gestaltungsfreiheit hinsichtlich der Umsetzung der Richtlinien, da das bestehende Kündigungsschutzrecht bereits in großen Teilen Schutz vor diskriminierenden Kündigungen böte.⁶⁵ Dass dies nicht der Fall ist, wurde bereits ausführlich erläutert.

Damit verstößt die Bereichsausnahme des § 2 IV AGG auch gegen den unionsrechtlichen allgemeinen Gleichheitssatz.

⁶² *Adam Sagan*, NZA 2006, S. 1257 (1259).

⁶³ *Torsten v. Roetteken*, in: ders., AGG, 2007, § 1 Rn. 26.

⁶⁴ *Gregor Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, Rn. 115; *Wolfgang Däubler*, in: ders./Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, § 2 Rn. 262a; ähnlich auch *Gernod Meinel u.a.*, in: dies. u.a., AGG, 2. Aufl. 2010, § 2 Rn. 63.

⁶⁵ *Andreas v. Medem*, Kündigungsschutz und AGG, 2008, S. 200 ff.

cc) Verstoß gegen das Absenkungsverbot

Schließlich könnte § 2 IV AGG auch noch gegen das Absenkungsverbot verstoßen, welches in Art. 8 II der RL 2000/78/EG, Art. 6 II der RL 2000/43/EG und Art. 8e II der RL 2002/73/EG verankert ist. Es besagt, dass durch die Umsetzung der Richtlinien das bestehende nationale Schutzniveau in Bezug auf Diskriminierungen nicht herabgesetzt werden darf.

Mit der Umsetzung der Richtlinien durch das AGG wurden durch Art. 3 X Nr. 2, XIV UmsetzungsG §§ 611a BGB a.F. und 81 II SGB IX a.F. aufgehoben, welche auch Schutz vor diskriminierenden Kündigungen boten. Durch die Bereichsausnahme des § 2 IV AGG wurde mit dem AGG kein Ausgleich hierfür geschaffen.⁶⁶

Ob das Absenkungsverbot primärrechtlich zulässig ist, ist allerdings fraglich, da es nicht mehr, wie durch die Richtlinien eigentlich angestrebt, einen harmonisierten Mindeststandard herzustellen versucht, sondern die Festschreibung von Höchststandards.⁶⁷ Außerdem würde der Verstoß gegen das Absenkungsverbot allenfalls zur Unanwendbarkeit des Art. 3 XIV UmsetzungsG führen, der die Aufhebung der §§ 611a BGB und 81 II SGB IX a.F. bestimmte, wodurch diese Normen weiterhin Anwendung fänden. Die Unanwendbarkeit des § 2 IV AGG kann damit allerdings nicht begründet werden.⁶⁸

4. Fazit

§ 2 IV AGG verstößt sowohl gegen das primärrechtliche Diskriminierungsverbot als auch gegen den unionsrechtlichen allgemeinen Gleichheitssatz und unterliegt damit einem Anwendungsverbot.

⁶⁶ Wolfgang Däubler, in: ders./Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, § 2 Rn. 262a.

⁶⁷ Gregor Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, Rn. 545; *Andreas v. Medem*, Kündigungsschutz und AGG, 2008, S. 219 f.

⁶⁸ Hanno Hamacher/Christoph Ulrich, NZA 2006, S. 657 (661); *Andreas v. Medem*, Kündigungsschutz und AGG, 2008, S. 220.

II. Betriebliche Altersvorsorge – § 2 II 2 AGG

„Für die betriebliche Altersvorsorge gilt das Betriebsrentengesetz“. Diese auf den ersten Blick selbstverständliche Aussage des § 2 II 2 AGG führt jedoch zu Unklarheiten bezüglich der Anwendbarkeit des AGG in diesem Gebiet.

1. Einordnung als Bereichsausnahme?

So wird vertreten, durch die Vorschrift wäre eine vollständige Bereichsausnahme für die betriebliche Altersvorsorge vom Anwendungsbereich des AGG geschaffen.⁶⁹ Dies lässt sich im Gegensatz zu der klar formulierten Bereichsausnahme für Kündigungen in Absatz IV („ausschließlich“) aus dem Wortlaut allerdings nicht eindeutig herauslesen. Auch die Aufnahme von aus dem Betriebsverhältnis Ausgeschiedenen in den Schutzbereich durch § 6 I 2 AGG deutet darauf hin, dass das AGG auch für die betriebliche Altersvorsorge gelten soll. Ebenso bezieht sich § 10 Nr. 4 AGG auf die betriebliche Altersvorsorge. Dies würde gegen eine Einordnung des § 2 II 2 AGG als Bereichsausnahme sprechen.⁷⁰

In der Begründung zu § 2 II AGG wird allerdings „klargestellt, dass für die betriebliche Altersversorgung die auf der Grundlage des Betriebsrentengesetzes geregelten Benachteiligungsverbote gelten. Darüber hinaus bleibt die RL 86/378/EWG⁷¹ [...] maßgeblich.“⁷² Dies kann schon eher als die Einordnung des § 2 II 2 AGG als Bereichsausnahme verstanden werden.⁷³ Eindeutig ist auch diese Formulierung jedoch nicht.

2. Richtlinienkonformität

Für die Richtlinienkonformität des § 2 II 2 AGG wäre die Einordnung als Bereichsausnahme zumindest dann unschädlich, wenn eine Bereichsausnahme für die betriebliche Altersvorsorge mit den Vorgaben der Richtlinien vereinbar wäre. Die RL 86/378/EWG, auf die in der Gesetzesbegründung Bezug genommen wird, regelt ein Diskriminierungsverbot bei der betriebli-

⁶⁹ Peter Schrader/Jens Schubert, in: Däubler/Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, § 2 Rn. 128 ff.; Jost-Hubertus Bauer u.a., in: dies., AGG, 2007, § 2 Rn. 46.

⁷⁰ So auch Aino Schleusener in: ders. u.a., AGG, 3. Aufl. 2011, § 2 Rn. 19.

⁷¹ Geändert durch RL 96/97/EG.

⁷² BT-Drucks. 16/1780, S. 32.

⁷³ Gregor Thüsing, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2007, § 2 Rn 27.

chen Altersvorsorge nur hinsichtlich des Geschlechts. Jeweils in Art. 3 I lit. c) werden aber in der RL 2000/78/EG und in der RL 2000/43/EG Ungleichbehandlungen in Bezug auf das Arbeitsentgelt, dem auch die Leistungen zur betrieblichen Altersvorsorge zugeordnet werden,⁷⁴ als unzulässig festgelegt. Dadurch wird in den Richtlinien der Schutzbereich auch auf die übrigen Diskriminierungsmerkmale des § 1 AGG ausgeweitet.

a) Ausreichender Diskriminierungsschutz durch das BetrAVG

Eine Bereichsausnahme für die betriebliche Altersvorsorge wäre demnach nur mit den Richtlinien vereinbar, wenn das BetrAVG (Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung) bereits den Anforderungen der Richtlinien genügen würde. Im BetrAVG gibt es allerdings kein umfassendes Diskriminierungsverbot.⁷⁵ Eine Bereichsausnahme für die betriebliche Altersvorsorge würde demnach klar den Vorgaben der Richtlinien widersprechen.

b) Möglichkeit der richtlinienkonformen Auslegung

Anders als § 2 IV AGG bietet der Wortlaut des § 2 II 2 AGG mehr Spielraum für eine richtlinienkonforme Auslegung. So stünde die Geltung von AGG und BetrAVG nebeneinander nicht im Widerspruch zum Wortlaut des § 2 II 2 AGG. Auch die oben aufgeführte Bezugnahme des AGG auf die betriebliche Altersvorsorge durch §§ 6 I 2, 10 Nr. 4 AGG legt eine dahingehende Auslegung nahe.⁷⁶ Dem wird zum Teil entgegengehalten, der Gesetzgeber habe durch die Gesetzesbegründung seinen Willen zum Ausdruck gebracht, durch § 2 II 2 AGG eine Bereichsausnahme zu erstellen.⁷⁷

Allerdings hat der Gesetzgeber durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Betriebsrentengesetzes und anderer Gesetze, durch das beispielsweise Widersprüche zu der Bereichsausnahme der Kündigung in § 2 IV AGG gestrichen wurden, die Bezugnahmen zur betrieblichen Altersvorsorge im AGG beibehalten. Im Gegenzug zu der Bereichsausnahme der Kündigung lässt sich daraus also schließen, dass er diesen Bereich gerade nicht vollständig aus dem Anwen-

⁷⁴ Peter Schrader/Jens Schubert, in: Däubler/Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, § 2 Rn. 136.

⁷⁵ Gregor Thüsing, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2007, § 2 Rn. 27; Dagmar Schiek, in: dies. AGG, 2007, § 2 Rn. 9.

⁷⁶ So auch Ursula Rust, in: dies./Falke, AGG, 2007, § 2 Rn. 216 f.; Aino Schleusener in: ders. u.a., AGG, 3. Aufl. 2011, § 2 Rn. 19.

⁷⁷ Peter Schrader/Jens Schubert, in: Däubler/Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, § 2 Rn. 130, 134.

dungsbereich des AGG ausnehmen wollte.⁷⁸ Eine richtlinienkonforme Auslegung des § 2 II 2 AGG ist also möglich und damit auch geboten. Folglich sind AGG und BetrAVG nebeneinander anzuwenden.

3. Zusammenfassung

Genau wie die Bereichsausnahme für Kündigungen ist auch eine Bereichsausnahme für die betriebliche Altersvorsorge nicht von den Vorgaben der Richtlinien gedeckt, da bereits vorhandenes nationales Recht den Vorgaben nicht genügt. Im Gegensatz zu § 2 IV AGG bietet der Wortlaut des § 2 II AGG genug Spielraum für eine richtlinienkonforme Auslegung, die dazu führt, dass in den Fällen der betrieblichen Altersvorsorge AGG und BetrAVG nebeneinander angewendet werden können.

III. Vermietung von Wohnraum

Die Vermietung von Wohnraum wird in verschiedenen Vorschriften des AGG behandelt.

So wird in § 19 III AGG festgelegt, wann eine zulässige unterschiedliche Behandlung vorliegt, § 19 V 2 und 3 AGG stellen Regelungsbeispiele für Bereichsausnahmen beziehungsweise Rechtfertigungsgründe für unterschiedliche Behandlungen bezüglich der Vermietung von Wohnraum dar.

1. § 19 III AGG

§ 19 III AGG erklärt eine ungleiche Behandlung hinsichtlich der in § 1 AGG normierten Diskriminierungsmerkmale bei der Vermietung für Wohnraum dann für zulässig, wenn diese auf die „Schaffung und Erhaltung sozial stabiler Bewohnerstrukturen und ausgewogener Siedlungsstrukturen, sowie ausgeglichener wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Verhältnisse“ ausgerichtet ist. Diese Ziele entsprechen den Regelungen des § 6 I Nr. 3 und 4 des Wohnraumförderungsgesetzes (WoFG), die die Grundsätze einer sozialen Stadt- und Wohnungspo-

⁷⁸ So auch *Gregor Thüsing*, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2007, § 2 Rn. 27; *Aino Schleusener* in: ders. u.a., AGG, 3. Aufl. 2011, § 2 Rn. 19.

litik erfüllen sollen.⁷⁹ Wesentliche Ziele sind dabei die Verhinderung von Ghettoisierung und Entmischung.⁸⁰ Ob diese Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung, die systematisch eigentlich in § 20 AGG angesiedelt werden müsste, den Vorgaben der Richtlinien entspricht, ist jedoch zweifelhaft.

a) RL 2000/78/EG

Die Richtlinie 2000/78/EG, die sich mit der Diskriminierung aufgrund der Merkmale Religion, Alter, Behinderung und der sexuellen Identität in Beschäftigung und Beruf befasst, enthält keine Vorgaben bezüglich des allgemeinen Zivilrechts. Das Vorhandensein eines Rechtfertigungsgrundes für Diskriminierungen ist daher diesbezüglich unproblematisch und verstößt nicht gegen europarechtliche Vorgaben.⁸¹

b) RL 2004/113/EG

Die Richtlinie 2004/113/EG erklärt in Art. 4 V eine unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts im Zivilrecht dann für zulässig, wenn damit ein legitimes Ziel unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsprinzips verfolgt wird. Dies stellt grundsätzlich eine Ermächtigungsgrundlage für das Schaffen eines Rechtfertigungsgrundes zur Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts dar. Dem Wortlaut des § 20 I 1 AGG nach ist für eine Rechtfertigung zwar bereits ein sachlicher Grund ausreichend. Im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung muss allerdings zumindest für das Unterscheidungsmerkmal des Geschlechts die Verhältnismäßigkeit als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal hinzugedacht werden, um so den Anforderungen aus Art. 4 V der RL 2004/113/EG gerecht zu werden.⁸²

⁷⁹ Florian Stork, Das Antidiskriminierungsrecht der Europäischen Union und seine Umsetzung in das deutsche Zivilrecht, 2006, S. 293.

⁸⁰ Gregor Thüsing, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2007, § 19 Rn. 82.

⁸¹ Florian Stork, Das Antidiskriminierungsrecht der EU, 2006, S. 296.

⁸² Gregor Thüsing, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2007, § 20 Rn. 12; Dagmar Schiek, in: dies. AGG, 2007, § 20 Rn. 2.

Da ein Rechtfertigungsgrund also bereits das Verhältnismäßigkeitsprinzip berücksichtigen muss, ist die Schaffung eines Rechtfertigungstatbestands für Ungleichbehandlungen aufgrund des Geschlechts mit den Vorgaben der RL 2004/113/EG vereinbar.⁸³

c) RL 2000/43/EG

Problematisch wird der Rechtfertigungsgrund des § 19 III AGG allerdings im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit der RL 2000/43/EG, die sich mit den Diskriminierungsmerkmalen der „Rasse“⁸⁴ und der ethnischen Herkunft befasst.

aa) Vorgaben durch die Richtlinie

Als Rechtfertigungsgründe für eine zulässige Ungleichbehandlung wegen der „Rasse“ oder ethnischen Herkunft sieht diese abschließend in Art. 4 wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen, sowie in Art. 5 positive Maßnahmen vor.

Umso erstaunlicher ist es, dass zum Teil keinerlei Zweifel an der Zulässigkeit der Übernahme der Ziele des WoFG zur Schaffung eines neuen Rechtfertigungsgrundes ohne Ermächtigung in der entsprechenden Richtlinie zu bestehen scheinen. Vielmehr soll die Zielübernahme dazu führen, dass bei der Auswahl von Mieter/innen insbesondere auch Merkmale wie die „Rasse“ oder ethnische Herkunft berücksichtigt werden dürfen.⁸⁵ Inwiefern diese Zielübernahme das Vorhandensein einer Grundlage in den Richtlinien entbehrlich macht, ist allerdings nicht ersichtlich.

Eggert stellt zwar immerhin das Fehlen eines solchen Rechtfertigungsgrundes in der RL 2000/43/EG fest, sieht die Schaffung eines solchen durch § 19 III AGG aber dennoch nach sinn- und zweckmäßiger Auslegung von den Richtlinien gedeckt, da andernfalls ein krasser Gegensatz zu Erwägungsgrund Nr. 9 der RL 2000/43/EG, der den sozialen Zusammenhalt und die Solidarität als schutzwürdige Ziele erklärt, entstünde.⁸⁶

⁸³ *Gregor Thüsing*, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2007, § 19 Rn. 89.

⁸⁴ Der Begriff entstammt den Richtlinien und wird daher trotz des Bezuges zu rassistischen Theorien verwendet.

⁸⁵ *Jost-Hubertus Bauer u.a.*, in: dies., AGG, 2007, § 19 Rn. 14.

⁸⁶ *Sabine Eggert*, in: Rust/Falke, AGG, 2007, § 19 Rn. 122.

Grundlagen für die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen können aber nur durch die Richtlinien selbst, nicht jedoch durch die Erwägungsgründe geschaffen werden. Diese können lediglich zur Auslegung der betreffenden Richtlinie herangezogen werden.⁸⁷ Ein vermeintlicher Widerspruch zu einem Erwägungsgrund kann daher keinesfalls dazu führen, dass ein von dem nationalen Gesetzgeber geschaffener Rechtfertigungstatbestand als mit der Richtlinie vereinbar angesehen wird, wenn diese selbst einen solchen nicht vorsieht.

§ 19 III AGG kann den Anforderungen der RL 2000/43/EG daher nur in soweit genügen, als dass durch ihn Vorhaben als zulässig erklärt werden, die als positive Maßnahme im Sinne des Art. 5 der Richtlinie verstanden werden können. Da dies aus dem Wortlaut des § 19 III AGG nicht hervorgeht, muss dieser Regelungsgehalt durch richtlinienkonforme Auslegung ermittelt werden. Über den Anwendungsbereich einer positiven Maßnahme hinaus ist die Vorschrift allerdings europarechtswidrig.⁸⁸

bb) Einordnung als positive Maßnahme

Aber auch die Einordnung des § 19 III AGG als positive Maßnahme dürfte lediglich einen geringen Anwendungsbereich haben, da die Anforderungen des § 5 AGG sehr hoch sind. So wird verlangt, dass das Vorhaben eine gezielte Maßnahme zur Förderung einer bisher benachteiligten Gruppe verfolgt.

Darüber hinaus muss eine positive Maßnahme nach § 5 AGG stets dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügen.⁸⁹ Hier stellt sich schon im Rahmen der Geeignetheit die Frage, ob das Ziel, nämlich die Schaffung und Erhaltung sozial stabiler Bewohnerstrukturen und ausgewogener Siedlungsstrukturen, sowie ausgeglichener wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Verhältnisse, durch die Verringerung von Ausländeranteilen, beispielsweise durch Quoten in den betreffenden Wohnbeständen, erreicht werden kann.

⁸⁷ Florian Stork, Das Antidiskriminierungsrecht der EU, 2006, S. 294.

⁸⁸ So auch Gregor Thüsing, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2007, § 19 Rn. 89; Barbara Ambrosius, in: Däubler/Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, § 19 Rn. 50; Dagmar Schiek, in: dies. AGG, 2007, § 19 Rn. 22; Anke Wesseling, Die Europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien zwischen Privatautonomie und Gleichheitsgrundsatz, Analyse, Umsetzung und Auswirkungen der Richtlinien 2000/43/EG, 2000/78/EG und 2004/113/EG im deutschen Zivilrecht, 2009, S. 291.

⁸⁹ Anke Wesseling, Die Europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien, 2009, S. 291.

Dabei wird auf neue Studien⁹⁰ verwiesen, aus denen hervorgehe, dass sich weniger die ethnische Homogenität von Wohnungsbeständen negativ auf die soziale Situation auswirke, sondern dies vielmehr durch „Massierung“ von Mietgruppen bewirkt werde, die auch unabhängig von ihrer ethnischen Herkunft sozial benachteiligt sind.⁹¹ Ein gewisses Maß an Homogenität im engeren Umfeld der Wohnung könne sogar häufig Konflikte vermeiden. Die Verhinderung von Ghettoisierung könne daher lediglich einen sachlichen Grund im Sinne des § 20 I 1 AGG darstellen, welcher für die Diskriminierungsmerkmale der „Rasse“ und der ethnischen Herkunft jedoch nicht gilt. Die Einordnung einer Abweisung von Mieter/innen als positive Maßnahme ließe sich daher in der Praxis nur schwer begründen. Notwendig sei eine gezielte Planung und ein gut ausgearbeitetes Konzept.⁹²

Ambrosius sieht in begrenzenden Förderquoten, die einer benachteiligten ethnischen Gruppe solange Vorrang gewähren, bis die Quote erfüllt ist, zwar eine positive Maßnahme, stützt die Verhältnismäßigkeit allerdings auf das Ziel, der Integration der betreffenden Minderheit zu dienen und ihr einen berechtigten Anteil am Wohnraum zu verschaffen.⁹³

Dies widerspricht zwar nicht dem in § 19 III AGG normierten Ziel der Schaffung und Erhaltung sozial stabiler Wohnverhältnisse, weicht allerdings schon in seinem Wortlaut erheblich von ihm ab. Auch wenn man den Sinn und Zweck des § 19 III AGG im Hinblick auf die Zielübernahme des WoFG betrachtet, so steht vor allem die Verhinderung von Ghettoisierung und Entmischung im Vordergrund der Regelung. Die Zusicherung des berechtigten Anteils am Wohnraum für eine ethnisch benachteiligte Gruppe fällt daher gerade nicht unter die in § 19 III AGG normierten Ziele.

Dies bedeutet nicht, dass einer Förderquote generell der Charakter einer positiven Maßnahme abgesprochen wird. Sie wird lediglich aus dem Anwendungsbereich des § 19 III AGG herausgenommen und muss sich, wie alle positive Maßnahmen, an den Maßstäben des § 5 AGG messen lassen. Damit bleibt es bei einem sehr geringen Anwendungsbereich des § 19 III AGG bei richtlinienkonformer Auslegung.

⁹⁰ Norbert Gestring u.a., Prozesse der Integration und Ausgrenzung, Türkische Migranten der zweiten Generation, 2006, S. 102 f.

⁹¹ Vgl. Dagmar Schiek, in: dies. AGG, 2007, § 19 Rn. 23.

⁹² Gregor Thüsing, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2007, § 19 Rn. 83.

⁹³ Barbara Ambrosius, in: Däubler/Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, § 19 Rn. 50.

2. § 19 V AGG

§ 19 V beinhaltet eine Bereichsausnahme für die Anwendung des AGG im Bereich der zivilrechtlichen Schuldverhältnisse, „bei denen ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis begründet wird“. Satz 2 und 3 enthalten Regelbeispiele für Mietverhältnisse.

a) RL 2000/78/EG

Die Richtlinie bezüglich der Diskriminierungsmerkmale Religion, Alter, Behinderung und sexuelle Identität enthält keine Vorgaben im Zivilrecht, sondern beschränkt den Diskriminierungsschutz auf die Bereiche Beschäftigung und Beruf. Damit ist die zivilrechtliche Bereichsausnahme des § 19 V AGG unproblematisch mit der RL 2000/78/EG vereinbar.

b) RL 2004/113/EG

In Art. 3 I der RL 2004/113/EG wird der Geltungsbereich des Antidiskriminierungsrechts ausdrücklich auf Güter und Dienstleistungen beschränkt, „die außerhalb des Bereichs des Privat- und Familienlebens und der in diesem Kontext stattfindenden Transaktionen angeboten werden“. Außerdem wird die Bedeutung der Privatsphäre durch den Erwägungsgrund Nr. 3 der Richtlinie noch einmal hervorgehoben, in dem bestimmt wird, dass Grundrechte wie der Schutz des Privat- und Familienlebens nicht durch das Antidiskriminierungsrecht eingeschränkt werden dürfen.

Dennoch gibt es eine Ansicht, nach der § 19 V AGG für Ungleichbehandlungen aufgrund des Geschlechts dem Anwendungsverbot unterliege, da die RL 2004/113/EG Vermieter/innen nicht die Möglichkeit eröffne, im Wege einer Bereichsausnahme vollkommen vom Antidiskriminierungsrecht freigestellt zu werden.⁹⁴ Gerade dies wird jedoch durch Art. 3 I der Richtlinie ermöglicht, weswegen diese Ansicht nur schwer zu begründen ist.

Allerdings bietet die Richtlinie nur eine Grundlage für die Bereichsausnahme zur Wahrung des Privat- und Familienlebens, was dem besonderen Näheverhältnis und damit der ersten Alternative des Satzes 1 gleichkommt. Für eine Bereichsausnahme im Bereich besonderer

⁹⁴ *Dagmar Schiek*, in: dies. AGG, 2007, § 19 Rn. 26.

Vertrauensverhältnisse gibt es in der Richtlinie keine Anhaltspunkte, weswegen der Schutzbereich nicht über den der ersten Alternative hinausgehen darf und daher in diesem Sinne auszu-legen ist, sodass dieser Alternative keine eigenständige Bedeutung zukommt.⁹⁵

Weniger klar ist jedoch, inwieweit die Regelbeispiele für Mietverhältnisse in Satz 2 und 3 mit den Vorgaben der Richtlinie vereinbar sind.

aa) Satz 2

Satz 2 normiert die Vermutung, dass bei Mietverhältnissen insbesondere dann ein Näheverhältnis gemäß Satz 1 gegeben ist, wenn entweder die Partei selbst oder Angehörige Wohnraum auf demselben Grundstück nutzen.

(1) Vereinbarkeit mit den Vorgaben der Richtlinie

Dies erscheint sehr zweifelhaft, wenn man bedenkt, dass nach dieser Vermutung auch dann ein besonderes Näheverhältnis gegeben sein soll, wenn der/die Vermieter/in eines Hochhauses im Erdgeschoss, die andere Partei mehrere Stockwerke über ihm/ihr wohnt. Hier wird deutlich, dass der Begriff des Grundstücks nicht geeignet ist, den Bereich der Privatsphäre zu bestimmen. Gerade diese stellt aber die Grundlage für die Bereichsausnahme in der Richtlinie dar. Die Festlegung des Näheverhältnisses über den undifferenzierten Begriff des gemeinsam genutzten Grundstücks ist daher nicht mit den Vorgaben der Richtlinie vereinbar.⁹⁶

(2) Richtlinienkonforme Auslegung

Allerdings handelt es sich bei der Regelung des Satzes 2 um ein Regelbeispiel, zudem stellt das besondere Näheverhältnis einen unbestimmten Rechtsbegriff dar. Insbesondere auf der Rechtsfolgenseite ist durch das den Gerichten eingeräumte Ermessen also eine restriktive und richtlinienkonforme Auslegung möglich.⁹⁷ Dabei ist die Wertung des Bundesverfassungsge-

⁹⁵ *Gregor Thüsing*, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2007, § 19 Rn. 105; *Silke Bittner*, in: Rust/Falke, AGG, 2007, § 19 Rn. 135 ff.

⁹⁶ *Sabine Eggert*, in: Rust/Falke, AGG, 2007, § 19 Rn. 140 f.; *Gregor Thüsing*, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2007, § 19 Rn. 116 f.

⁹⁷ *Barbara Ambrosius*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, § 19 Rn. 60; *Silke Bittner*, in: Rust/Falke, AGG, 2007, § 19 Rn. 140.

richts zu berücksichtigen, nach der die Privatsphäre ein abgeschirmter Bereich privater Lebensgestaltung ist, in dem eine Person „unbeobachtet sich selbst überlassen ist oder mit Personen (...) besonderen Vertrauens ohne Rücksicht auf gesellschaftliche Verhaltenserwartungen verkehren kann“⁹⁸. Ein besonderes Näheverhältnis läge dann zum Beispiel vor, wenn die Wohnung des/der Vermieter/in direkt an die Wohnung der anderen Partei angrenzt.

bb) Satz 3

Das Regelbeispiel des Satzes 3 vermutet, dass der durch § 19 I 1 AGG auf Massengeschäfte begrenzte Anwendungsbereich des Antidiskriminierungsrechts dann nicht erreicht wird, wenn ein/e Vermieter/in nicht mehr als 50 Wohnungen vermietet.

(1) Vereinbarkeit mit den Vorgaben der Richtlinie

Eine Bereichsausnahme für kleinere Geschäfte, die nicht als Massengeschäfte angesehen werden, ist in der Richtlinie nicht ausdrücklich vorgesehen. Gestützt werden kann diese Bereichsausnahme lediglich auf Art. 3 I der Richtlinie, der das Antidiskriminierungsrecht auf Personen begrenzt, „die Güter und Dienstleistungen bereitstellen, die der Öffentlichkeit ohne Ansehen der Person zur Verfügung stehen“.⁹⁹ Eine feste Grenze von 50 vermieteten Wohnungen ist dabei kaum geeignet, um festzustellen, ob im konkreten Fall das Ansehen der Person, nämlich des/der Mieter/in, für den/die Vermieter/in nicht oder zumindest nur von nachrangiger Bedeutung ist.

(2) Richtlinienkonforme Auslegung

Allerdings handelt es sich auch bei dieser Bereichsausnahme um ein Regelungsbeispiel, weswegen den Gerichten durch das ihnen eingeräumte Ermessen der Weg zur richtlinienkonformen Auslegung eröffnet wird.¹⁰⁰ Statt auf die feste Grenze von 50 vermieteten Wohnungen ist auf das Merkmal der Bedeutung des Ansehens der Person für den/die Mieter/in abzustellen. Dies ist dann zu bejahen, wenn der/die Vermieter/in grundsätzlich mit jeder (zahlungsfähigen

⁹⁸ BVerfG vom 12.09.1994, NJW 1995, 1477 (1477).

⁹⁹ Anke Wesseling, Die Europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien der EU, 2009, S. 292.

¹⁰⁰ Gregor Thüsing, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2007, § 19 Rn. 104.

und -bereiten) Person einen Mietvertrag abschließen würde, ohne auf weitere Merkmale zu achten. Dabei kommt es nicht auf die Sicht des/der einzelnen Vermieters/Vermieterin an, sondern darauf, ob es auf die Merkmale typischerweise und auch vernünftigerweise nicht ankommt. Andernfalls stünde es in der Entscheidung des/der Vermieters/Vermieterin, ob es zur Anwendung des AGG kommt oder nicht.¹⁰¹ Weiter zu berücksichtigen sind allerdings die Umstände des Einzelfalls, etwa die Organisation der Vermietung.¹⁰² Im Ergebnis können daher Vermietungen von weniger als 50 Wohnungen ebenfalls dem Anwendungsbereich des AGG unterfallen; im Umkehrschluss aber auch Vermietungen von mehr als 50 Wohnungen aus dem Anwendungsgebiet des AGG herausfallen.

cc) Fazit

Nach richtlinienkonformer Auslegung dient Satz 1 dazu, den Schutz des Privat- und Familienlebens zu wahren, weswegen das AGG in diesem Bereich keine Anwendung findet.

Satz 2 und 3 bieten durch das jeweils eingeräumte Ermessen genügend Raum für eine richtlinienkonforme Auslegung und genügen dann auch den Vorgaben der Richtlinie.

c) RL 2000/43/EG

aa) Vereinbarkeit mit der Richtlinie

Die Richtlinie 2000/43/EG bietet keine Anhaltspunkte für eine Bereichsausnahme im Bereich des Zivilrechts für die Diskriminierungsmerkmale „Rasse“ und ethnische Herkunft. Lediglich der Erwägungsgrund Nr. 4 weist darauf hin, dass der „Schutz der Privatsphäre und des Familienlebens sowie der in diesem Kontext getätigten Geschäfte“ gewahrt werden müsse.

Wie oben bereits erwähnt, kann ein Erwägungsgrund allein jedoch keine Ermächtigung für die Schaffung nationaler Ausnahmen vom Antidiskriminierungsrecht darstellen. Dass für zivilrechtliche Geschäfte im Privat- und Familienleben eine Bereichsausnahme für das Antidiskriminierungsrecht hinsichtlich der Diskriminierungsmerkmale der „Rasse“ und ethnischen Herkunft gerade nicht gewollt ist, folgt auch im Umkehrschluss aus dem Vorhandensein einer

¹⁰¹ *Gregor Thüsing*, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2007, § 19 Rn. 17 ff.

¹⁰² *Gregor Thüsing*, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2007, § 19 Rn. 125.

solchen Regelung in Art. 3 I der Richtlinie 2004/113/EG. Damit ist die Vorschrift des § 19 V AGG nicht mit der RL 2000/43/EG vereinbar, also europarechtswidrig. Eine richtlinienkonforme Auslegung kommt nicht in Betracht.

bb) Rechtsfolge

Umstritten ist allerdings, welche Folgen dies nach sich zieht. Während einerseits ein vollständiges gemeinschaftliches Anwendungsverbot des § 19 V AGG für die Diskriminierungsmerkmale der „Rasse“ und ethnischen Herkunft (und sogar des Geschlechts, s.o.) gefordert wird,¹⁰³ halten es andere Stimmen in der Literatur für notwendig, durch restriktive Auslegung des § 19 V AGG zu gewährleisten, dass nicht in den engsten Lebensbereich der durch das AGG verpflichteten Personen eingegriffen werde.¹⁰⁴ Nach dieser Ansicht sei § 19 V AGG durch Auslegung in einen richtlinienkonformen Zustand zu bringen. Hierbei wird jedoch verkannt, dass ohne Ermächtigungsgrundlage in der entsprechenden Richtlinie nicht einfach ein Rechtfertigungsgrund geschaffen werden darf.

Aus dem Verstoß gegen die RL 2000/43/EG und damit gegen das durch sie präzisierte unionsrechtliche Diskriminierungsverbot folgt daher die Unanwendbarkeit¹⁰⁵ des § 19 V AGG bezüglich der Unterscheidungsmerkmale „Rasse“ und ethnische Herkunft.

3. Fazit

§ 19 AGG ist ein gutes Beispiel dafür, wie kompliziert es sein kann, in einem einheitlichen Konzept den verschiedenen Anforderungen der jeweiligen Richtlinien gerecht zu werden. Das Resultat ist die unterschiedliche Anwendbarkeit, je nach Unterscheidungsmerkmal und Absatz, und damit eine große Unüberschaubarkeit. Für die Merkmale der „Rasse“ und der ethnischen Herkunft ist § 19 III AGG nur für den seltenen Fall anwendbar, dass das konkrete Vorhaben als positive Maßnahme im Sinne des § 5 AGG eingestuft werden kann. § 19 V AGG ist für diese Merkmale hingegen europarechtswidrig und unterliegt einem Anwendungsverbot.

¹⁰³ *Dagmar Schiek*, in: dies. AGG, 2007, § 19 Rn 26.

¹⁰⁴ *Silke Bittner*, in: Rust/Falke, AGG, 2007, § 19 Rn. 132; *Barbara Ambrosius*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, § 19 Rn. 59.

¹⁰⁵ Siehe vorherige Ausführungen, S. 9 ff.

IV. Entschädigung und Schadensersatz – § 15 AGG

§ 15 AGG dient der Umsetzung von Art. 15 RL 2000/43/EG, Art. 17 RL 2000/78/EG, Art. 6 II der RL 2002/73/EG und Art. 8 II der RL 2004/113/EG, die die Mitgliedstaaten dazu verpflichten, Sanktionen festzulegen, die bei einem Verstoß gegen die jeweiligen nationalen Antidiskriminierungsvorschriften zu verhängen sind. Diese Sanktionen müssen nach dem Gebot der effektiven Sanktionierung wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein. Eine Verpflichtung zur Schaffung eines Anspruches auf Ersatz des materiellen Schadens enthalten nur Art. 6 II der RL 2002/73/EG und Art. 8 II der RL 2004/113/EG für eine Benachteiligung wegen des Geschlechts.

1. Vermögensschäden - § 15 I AGG

§ 15 I AGG verpflichtet den/die Arbeitgeber/in verschuldensabhängig bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot wegen eines der in § 1 AGG genannten Diskriminierungsmerkmale – also nicht nur wegen des Geschlechts – zum Ersatz des dadurch entstandenen materiellen Schadens.

a) Vereinbarkeit mit den Vorgaben der Richtlinien

Europarechtlich ist dies hinsichtlich des Erfordernisses des Verschuldens problematisch. Seit der „Draempaehl-Entscheidung“,¹⁰⁶ in der der EuGH forderte, dass die Sanktionsregelung des damaligen § 611a BGB nicht von einem Verschulden abhängig gemacht werden dürfe, wird weitestgehend von der Unvereinbarkeit mit den Vorgaben der Richtlinien ausgegangen,¹⁰⁷ da dem Erfordernis der abschreckenden Sanktionierung ansonsten nicht Genüge getan werden könne.¹⁰⁸ Demnach müsse bereits der Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot ausreichend sein, um die Haftung zu begründen.¹⁰⁹

¹⁰⁶ EuGH vom 22.04.1997, Rs. C-180/95.

¹⁰⁷ *Eva Kocher*, in: Schiek, AGG, 2007, § 15 Rn. 20; *Gregor Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, Rn. 536; *Gernod Meinel u.a.*, in: dies. u.a., AGG, 2. Aufl. 2010, § 15 Rn. 2.

¹⁰⁸ *Olaf Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, § 15 Rn. 5, 30.

¹⁰⁹ *Gernod Meinel u.a.*, in: dies. u.a., AGG, 2. Aufl. 2010, § 15 Rn. 34.

Dagegen wird eingewendet, § 15 I AGG diene gar nicht dem effektiven Rechtsschutz, da dieser durch den Ersatz des immateriellen Schadens gemäß § 15 II AGG gewährleistet sei und es sich bei materiellen Schäden lediglich um Begleitschäden handele.¹¹⁰ Diese Ansicht verkennt jedoch, dass zur Herstellung eines effektiven Rechtsschutzes und einer abschreckenden Wirkung gerade der vollständige Ersatz eines entstandenen Schadens notwendig ist. Dies kann durch den Ersatz des lediglich immateriellen Schadens aber gerade nicht gewährleistet werden¹¹¹. Folglich verstößt das Verschuldenserfordernis des § 15 I 2 AGG gegen die Vorgaben der Richtlinien.¹¹²

b) Richtlinienkonforme Auslegung

Teilweise wird angenommen, aus dem Wortlaut des Vertretenmüssens folge unbedingt das Erfordernis des Verschuldens.¹¹³ Dies wird mit der Anlehnung an § 280 I 2 BGB begründet, der insbesondere zur Geltung von §§ 276-278 BGB führt. Eine richtlinienkonforme Auslegung wäre dann aufgrund der eindeutigen Wortlautgrenze nicht möglich.

Allerdings setzt diese Ansicht zu pauschal Vertretenmüssen und Verschulden (Vorsatz und Fahrlässigkeit) gleich. Vorsatz und Fahrlässigkeit hat ein/e Schuldner/in nach § 276 I 1 BGB jedoch nur zu vertreten, „wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses [...] zu entnehmen ist.“ Daraus folgt, dass ein Vertretenmüssen nicht unbedingt mit dem Verschulden einhergehen muss und vielmehr mit dem Begriff der Zurechnung gleichzusetzen ist.¹¹⁴

Richtigerweise bietet der Wortlaut also einen Auslegungsspielraum dahingehend, dass jede Benachteiligung einen Schadensersatzanspruch auslöst, die dem/der Arbeitgeber/in zurechenbar ist, wobei es auf ein Verschulden nicht ankommt.¹¹⁵ Im Ergebnis stimmt diese Ansicht mit

¹¹⁰ *Jobst-Hubertus Bauer/Malte Evers*, Schadensersatz und Entschädigung bei Diskriminierung – Ein Fass ohne Boden?, NZA 2006, S. 893 (893); *Jost-Hubertus Bauer u.a.*, in: dies., AGG, 2007, § 15 Rn. 15.

¹¹¹ *Eva Kocher*, in: Schiek, AGG, 2007, § 15 Rn. 20.

¹¹² So auch *Torsten v. Roetteken*, in: ders., AGG, 2007, § 15 Rn. 50.

¹¹³ Vgl. *Klaus Adomeit/Jochen Mohr*, in: dies., AGG, 2007 § 15, Rn. 20.

¹¹⁴ *Stephan Grundmann*, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2007, § 276 Rn. 4.

¹¹⁵ *Gernod Meinel u.a.*, in: dies. u.a., AGG, 2. Aufl. 2010, § 15 Rn. 35.

denen überein, die die Möglichkeit einer richtlinienkonformen Auslegung ablehnen und die Unanwendbarkeit des Verschuldenserfordernisses bejahen.¹¹⁶

2. Nichtvermögensschäden – § 15 II AGG

§ 15 II AGG schreibt einen Entschädigungsanspruch für solche Schäden vor, die nicht Vermögensschäden sind. Strittig ist, ob § 15 II AGG ein Verschuldenserfordernis enthält. Ein solches wäre genau wie das in Absatz I richtlinienwidrig. Zum Teil wird argumentiert, dass § 15 II dem Wortlaut nach als Rechtsfolgenbestimmung einzuordnen sei, weswegen ein Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens immer dann bestehe, wenn die Voraussetzungen des § 15 I AGG erfüllt seien.¹¹⁷ Die Gegenmeinung sieht in § 15 II AGG eine verschuldensunabhängige Norm.¹¹⁸

Letztendlich kann diese Entscheidung jedoch dahinstehen. In der Gesetzesbegründung wird klargestellt, dass für den Anspruch auf Ersatz des materiellen Schadens, im Gegensatz zur Entschädigung nach Absatz II, ein Vertretenmüssen erforderlich ist.¹¹⁹ Daraus lässt sich schlussfolgern, dass dieses Erfordernis für die in Absatz II geregelte Entschädigung gerade nicht erwünscht ist. Damit ist in jedem Fall genug Raum für eine richtlinienkonforme Auslegung geboten, dahingehend, dass ein Verschulden nicht erforderlich ist.¹²⁰ Käme man im obigen Streit zu dem Ergebnis, dass § 15 II AGG aufgrund der Rechtsfolgenregelung das Verschulden voraussetze, so wäre das Ergebnis nach richtlinienkonformer Auslegung dasselbe.

3. Kollektivvereinbarungen – § 15 III AGG

§ 15 III AGG bestimmt eine Haftungserleichterung für den/die Arbeitgeber/in bei der Anwendung von kollektivrechtlichen Vereinbarungen. In diesem Fall ist er/sie zur Entschädi-

¹¹⁶ *Olaf Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, § 15 Rn. 30; *Eva Kocher*, in: Schiek, AGG, 2007, § 15 Rn. 20.

¹¹⁷ *Klaus Adomeit/Jochen Mohr*, in: dies., AGG, 2007, § 15 Rn. 3; *Gregor Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, Rn. 516.

¹¹⁸ *Olaf Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, § 15 Rn. 58; *Jost-Hubertus Bauer u.a.*, in: dies., 2007, § 15 Rn. 33; *Burkhard Voigt*, in: Schleusener u.a., AGG, 3. Aufl. 2011, § 15 Rn. 40.

¹¹⁹ BT-Drucks. 16/1780, S. 38.

¹²⁰ *Gernod Meinel u.a.*, in: dies. u.a., AGG, 2. Aufl. 2010, § 15 Rn. 54 f.; *Eva Kocher*, in: Schiek, AGG, 2007, § 15 Rn. 26; *Jost-Hubertus Bauer u.a.*, in: dies., AGG, 2007, § 15 Rn. 6.

gung lediglich bei vorsätzlichem oder grob fahrlässigem Handeln verpflichtet. Hintergrund ist nach der Gesetzesbegründung die „vermutete höhere Richtigkeitsgewähr“ solcher Kollektivvereinbarungen, die es rechtfertige, den/die Arbeitgeber/in im Vergleich zu Maßnahmen, für die er/sie allein verantwortlich ist, zu entlasten.¹²¹

a) Vereinbarkeit mit den Vorgaben der Richtlinien

Eine solche Unterscheidung zwischen Kollektivvereinbarung und sonstigen Maßnahmen durch den/die Arbeitgeber/in ist in den Richtlinien nicht vorgesehen. Für Kollektivvereinbarungen gilt daher das oben Gesagte, nämlich dass nach den Vorgaben der Richtlinien eine Entschädigung nicht von dem Verschulden des/der Arbeitgeber/in abhängig gemacht werden darf. Die Haftungsprivilegierung des § 15 III AGG verstößt gegen diese Vorgaben und ist damit richtlinienwidrig.¹²² Sowohl der Wortlaut des § 15 III AGG, als auch der durch die Gesetzesbegründung eindeutige Wille des Gesetzgebers schließen eine richtlinienkonforme Auslegung aus.

b) Rechtsfolge

Zum Teil wird vertreten, es greife lediglich die vertikale Drittwirkung der Richtlinien im Verhältnis zu einem/einer staatlichen Arbeitgeber/in. Außerdem sei § 15 III AGG wegen eines Verstoßes gegen Primärrecht unanwendbar, wenn ein Verstoß gegen das Verbot der Geschlechterdiskriminierung beim Entgelt gemäß Art. 157 AEUV vorliege. In beiden Fällen folge daraus die verschuldensunabhängige Haftung bei Kollektivvereinbarungen¹²³, wobei diese im ersten Fall sehr eingeschränkt ist.

Dabei wird jedoch die Bedeutung der Antidiskriminierungsrichtlinien verkannt. Wie oben bereits erläutert, konkretisieren sie das primärrechtliche Diskriminierungsverbot, weswegen entgegenstehende Normen unangewendet bleiben müssen. Durch die gemilderte Haftung wird zwar der Tatbestand der Diskriminierung nicht beeinträchtigt, allerdings dienen die durch die Richtlinien vorgeschriebenen Sanktionen dazu, einen effektiven Rechtsschutz vor Diskriminie-

¹²¹ BT-Drucks. 16/1780, S. 38.

¹²² So auch *Axel Stein*, in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, 2008, § 15 Rn. 59; *Gernod Meinel u.a.*, in: dies. u.a., AGG, 2. Aufl. 2010, § 15 Rn. 81; *Eva Kocher*, in: Schiek, AGG, 2007, § 15 Rn. 52.

¹²³ *Gregor Thüsing*, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2007, § 15 Rn. 39.

rungen zu gewährleisten. Ein Verstoß gegen diese Vorgaben bedeutet daher auch einen Verstoß gegen das primärrechtliche Diskriminierungsverbot. § 15 III AGG unterliegt folglich dem Anwendungsverbot.¹²⁴

4. Fristen – § 15 IV AGG

Absatz IV legt die Frist für die schriftliche Geltendmachung eines Anspruches gegenüber dem/der Arbeitgeber/in nach Absatz I oder II auf zwei Monate fest. Die Frist beginnt bei Kenntnis zu laufen. Eine Ausnahme besteht nur im Bereich der Bewerbung und des beruflichen Aufstiegs, hier beginnt die Frist bereits mit Zugang des Ablehnungsbescheids.

a) Vereinbarkeit mit den Vorgaben der Richtlinien

Nach Art. 7 III RL 2000/43/EG, Art. 9 III RL 2000/78/EG und Art. 6 IV RL 2002/73/EG sind nationale Ausschlussfristen ausdrücklich zulässig. Dementsprechend halten große Teile der Literatur Absatz IV auch für unproblematisch.¹²⁵ Zu beachten sind jedoch der Grundsatz der Effektivität, nach dem die Ausübung der gemeinschaftlichen Rechte nicht übermäßig erschwert oder praktisch unmöglich gemacht werden darf, sowie der Grundsatz der Gleichwertigkeit, nach dem die Durchsetzung der Entschädigungsansprüche nicht ungünstiger ausgestaltet werden darf als bei entsprechenden Klagen wegen national begründeten Ansprüchen.¹²⁶

aa) Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Effektivität

Mit dem Grundsatz der Effektivität unvereinbar könnte die Ausnahme für Bewerbungen und berufliche Aufstiege sein. Im Normalfall wird die abgelehnte Person nur durch Erhalt der Ablehnung keine Kenntnis von den Umständen erlangen, die einen Anspruch nach § 15 AGG begründen könnten.¹²⁷ Dies bedeutet eine erhebliche Erschwerung der Wahrung dieses Rechts.

¹²⁴ So auch *Olaf Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, § 15 Rn. 93; *Eva Kocher*, in: Schiek, AGG, 2007, § 15 Rn. 52; *Torsten v. Roetteken*, in: ders., AGG, 2007, § 15 Rn. 68.

¹²⁵ *Jost-Hubertus Bauer u.a.*, in: dies., AGG, 2007, § 15 Rn. 46 ff.; *Gregor Thüsing*, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2007, § 15 Rn. 43 ff.

¹²⁶ EuGH vom 16.5.2000, Rs. C-78/98, Rn. 31.

¹²⁷ *Andreas Bückler*, in: Rust/Falke, AGG, 2007, § 15 Rn. 51.

So wurde auch bezüglich des § 611a IV BGB a.F. geltend gemacht, der Fristbeginn mit Zugang verstoße gegen den Grundsatz der Effektivität und müsse daher richtlinienkonform ausgelegt werden.¹²⁸ Dies ist dahingehend möglich, dass nur eine solche Ablehnung die Frist in Gang setzt, durch die der abgelehnten Person die maßgeblichen Auswahlgründe nachvollziehbar offengelegt werden. Eine nichtbegründete Ablehnung oder eine, die die abgelehnte Person durch falsche oder lückenhafte Angaben täuscht, führt demnach nicht zum Laufen der Frist.¹²⁹ Nur bei dieser Auslegungsmöglichkeit ist der Grundsatz der Effektivität gewahrt.

bb) Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Gleichwertigkeit

Als entsprechende Fristen kommen nur gesetzliche in Betracht. Die vom BAG verworfene Zweimonatsfrist und die stattdessen akzeptierte Dreimonatsfrist in Formulararbeitsverträgen¹³⁰ ist daher kein Maßstab.¹³¹ Auch die kurzen Fristen nach § 4 KSchG und § 17 TzBfG können mangels Vergleichbarkeit nicht herangezogen werden, da dort die außerordentlich kurze Frist dadurch erforderlich ist, weil diese Vorschriften der Bestandsklärung eines Arbeitsverhältnisses dienen.¹³² Orientierungsmaßstab ist daher die gesetzliche Verjährungsfrist von drei Jahren nach § 195 BGB. Daran gemessen, kann die Ausschlussfrist des § 15 IV AGG dem Grundsatz der Gleichwertigkeit nicht genügen. Eine Auslegung ist aufgrund der festen Wortlautgrenze und dem sich daraus ergebenden entgegenstehenden Willen des Gesetzgebers nicht möglich.

Rechtsfolge ist daher durch den Verstoß gegen die Richtlinien und damit gegen das durch sie präzisierte unionsrechtliche Diskriminierungsverbot die Unanwendbarkeit¹³³ von § 15 IV AGG, womit für Ansprüche nach § 15 AGG die gesetzliche Frist von drei Jahren nach § 195 BGB gilt.¹³⁴

¹²⁸ *Rudi Müller-Glöge*, in: MüKo, BGB, 4. Aufl. 2005, § 611a Rn. 87; *Monika Schlachter*, in: Erfurter Kommentar, Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2006, § 15 Rn. 40.

¹²⁹ *Torsten v. Roetteken*, in: ders., AGG, 2007, § 15 Rn. 105; HK-AGG-*Deinert*, § 15, Rn. 105.

¹³⁰ BAG vom 28.9.2005, 5 AZR 52/05.

¹³¹ *Gernod Meinel u.a.*, in: dies. u.a., AGG, 2. Aufl. 2010, § 15 Rn. 89.

¹³² *Eva Kocher*, in: Schiek, AGG, 2007, § 15 Rn. 56; *Axel Stein*, in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, 2008, § 15 Rn. 66.

¹³³ Vgl. Ausführungen auf S. 9 ff.; vgl. *Torsten v. Roetteken*, in: ders., AGG, 2007, § 1 Rn. 26

¹³⁴ So auch *Eva Kocher*, in: Schiek, AGG, 2007, § 15 Rn. 56; im Ergebnis auch *Torsten v. Roetteken*, in: ders., AGG, 2007, § 15 Rn. 108; a.A. *Jost-Hubertus Bauer u.a.*, in: dies., AGG, 2007, § 15 Rn. 46 f.

5. Fazit

Aufgrund der Richtlinienwidrigkeit eines Verschuldenserfordernisses im Bereich der Sanktionen ist durch richtlinienkonforme Auslegung und das Anwendungsverbot der Zustand herzustellen, dass dieses Erfordernis weder bei konkreten Maßnahmen noch bei der Verwendung von Kollektivvereinbarungen zulässig ist. Der Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot reicht demnach in allen Bereichen aus, um schadensersatz- und entschädigungspflichtig zu sein. Die Frist für die Geltendmachung dieses Anspruches beträgt nach § 195 BGB drei Jahre.

B. Fazit

Schon bei der Untersuchung einer kleinen Auswahl der „kritischen“ Regelungen des AGG fällt auf, dass große Umsetzungsdefizite im Hinblick auf die Vorgaben der Richtlinien bestehen. Dabei steht der Wortlaut oder der Wille des Gesetzgebers häufig so klar im Widerspruch zu den Richtlinienvorgaben, dass auch eine richtlinienkonforme Auslegung nicht mehr möglich ist und die betreffenden Vorschriften dem Anwendungsverbot unterliegen¹³⁵. Auch die Schwierigkeiten, verschiedene Richtlinien mit jeweils unterschiedlich weitreichendem Geltungsbereich in einem einheitlichen Konzept unterbringen zu wollen, wurden deutlich.

Vor diesem Hintergrund erscheint die Einstellung des Vertragsverletzungsverfahrens gegen die Bundesrepublik Deutschland besonders überraschend. Es bleibt nun nur noch abzuwarten, ob sich die Kommission der nächsten Amtszeit dieser Auffassung anschließen oder ob die Frage der Europarechtskonformität des AGG neu gestellt wird.

¹³⁵ Teilweise wird jedoch ein Anwendungsverbot verneint, wenn es sich um einen Rechtsstreit zwischen Privaten handelt, *Hanno Hamacher/Christoph Ulrich*, NZA 2006, S. 657 (661); siehe auch vorherige Ausführungen, S. 9