

Anlage zum Schreiben vom 30.03.2007 an Kommissar Spidla

Mangelhafte Umsetzung der EU-Gleichbehandlungsrichtlinien durch das Deutsche Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)

Vorbemerkung

Das AGG ist als Art. 1 des "Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung" vom 14.08.2006 (im Folgenden "Umsetzungsgesetz") am 17.08.2006 im Bundesgesetzblatt verkündet worden¹ und nach seinem Art. 4 am Tag nach der Verkündung, also am 18.08.2006, in Kraft getreten.

Aus der Amtlichen Begründung des Umsetzungsgesetzes² ergibt sich, dass durch das Umsetzungsgesetz folgende Richtlinien in deutsches Recht transformiert worden sind:

- Richtlinie **2000/43/EG** des Rates vom 29. 06.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (ABl. EG Nr. L 180/22 v. 19.07.2000), im Folgenden **Antirassismus-RL**,
- Richtlinie **2000/78/EG** des Rates vom 27.11. 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABl. EG Nr. L 303/16 v. 02.12.2000), im Folgenden **Rahmen-RL**,
- Richtlinie **2002/73/EG** des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.09.2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen (ABl. EG Nr. L 269/15 v. 05.10.2002), im Folgenden **Genderänderungs-RL**. Die Richtlinie 76/207/EWG wird im Folgenden **Gender-RL** genannt³,
- Richtlinie **2004/113/EG** des Rates vom 13.12.2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (ABl. EG Nr. L 373/37 v. 21.12.2004), im Folgenden **Gendergleichbehandlungs-RL**.

Weitere Umsetzungsmaßnahmen sind nicht beabsichtigt.

Manfred Bruns
Sprecher des LSVD
Bundesanwalt beim
Bundesgerichtshof a.D.

Treiberstrasse 31
70619 Stuttgart
Tel.: 0711 478 09 88
Fax: 0711 478 08 99
Email:
Bruns-Stuttgart@web.de

Bundesgeschäftsstelle

Hausadresse:
Pipinstrasse 7
50667 Köln

Postadresse
Postfach 103414
50474 Köln

Tel.: 0221 9259610
Fax: 0221 92595111
Email: lsvd@lsvd.de

Internet:
<http://www.lsvd.de>

Bank für Sozialwirtschaft
BLZ 370 20 500
Kto. 708 68 00

Mildtätiger Verein
Spenden sind
steuerabzugsfähig

Offizieller Beraterstatus im
Wirtschafts- und
Sozialausschuss der
Vereinten Nationen

Mitglied im Deutschen
Paritätischen
Wohlfahrtsverband (DPWV)

Mitglied der International
Lesbian and Gay Association
ILGA

¹ BGBl. I S. 1897.

² BT-Drs 16/1780 v. 06.06.2007, S.1.

³ Die Gender-Richtlinie sowie die Richtlinien 75/117/EWG, 86/378/EWG und 97/80/EG werden mit Wirkung vom 15.08.2009 aufgehoben und durch die Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 05.07.2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung) ersetzt – Abl. EG Nr. L 204/23 v. 26.07.2006.

1. Betriebliche Altersvorsorge - § 2 Abs. 2 Satz 2 AGG

§ 2 Abs. 2 Satz 2 AGG bestimmt, dass für die betriebliche Altersvorsorge das Betriebsrentengesetz gilt. Diese Vorschrift ist in der Amtlichen Begründung des Umsetzungsgesetzes wie folgt begründet worden⁴:

„Es wird klargestellt, dass für die betriebliche Altersvorsorge die auf der Grundlage des Betriebsrentengesetzes geregelten Benachteiligungsverbote gelten. Darüber hinaus bleibt die Richtlinie 86/378/EWG (geändert durch die Richtlinie 96/97/EG) zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit maßgeblich.“

Tatsächlich enthält das Betriebsrentengesetz keinerlei Regelungen zum Diskriminierungsschutz. In § 1b Abs. 1 Satz 4 BetrAVG wird lediglich bestimmt, dass Versorgungsverpflichtungen, die auf betrieblicher Übung oder dem Grundsatz der Gleichbehandlung beruhen, der Verpflichtung aus einer Versorgungszusage gleichstehen. Gleichbehandlung ist aber etwas anderes als Diskriminierungsschutz. Während das Gleichbehandlungsgebot bedeutet, dass Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln ist und somit lediglich einen "billigenswerten" Grund für eine Ungleichbehandlung verlangt, verbieten absolute Diskriminierungsverbote jede ungleiche Behandlung aufgrund eines bestimmten Merkmals - unabhängig vom Vorliegen eines "billigenswerten" Sachgrundes. Allenfalls besonders schwerwiegende "zwingende" Gründe können eine Diskriminierung rechtfertigen.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs gehört die betriebliche Altersvorsorge zum "Arbeitsentgelt" i.S.d. Art. 141 EGV (ex Art. 119 EWG-Vertrag) und der Richtlinie 75/117/EWG⁵. Die EU-Gleichbehandlungsrichtlinien verwenden den Begriff „Arbeitsentgelt“ in diesem Sinne, wie z.B. die Begründungserwägung 13 und Art. 6 Abs. 2 der Rahmen-RL zeigen. § 2 Abs. 2 Satz 2 AGG ist deshalb mit der Antirassismus-RL, der Rahmen-Richtlinie und der Genderänderungs-RL nicht vereinbar.

Die deutschen Gerichte haben die Möglichkeit, § 2 Abs. 2 Satz 2 AGG dahin auszulegen, dass das Betriebsrentengesetz für die betriebliche Altersvorsorge nicht „ausschließlich“, sondern „ergänzend“ zum AGG gilt. Anders als in § 2 Abs. 4 AGG (siehe unten Nr. 2) fehlt nämlich in der Vorschrift der Zusatz „ausschließlich“. Außerdem enthält das AGG in § 10 Abs. 4 AGG eine Vorschrift für die „betrieblichen Systeme der sozialen Sicherheit“, die Art. 6 Abs. 2 der Rahmen-RL entspricht. Sie wäre unsinnig, wenn das AGG für die betriebliche Altersvorsorge nicht gelten würde. Andererseits ist nicht zu verkennen, dass § 2 Abs. 2 Satz 2 AGG in dieser Auslegung eigentlich sinnlos ist; denn das Betriebsrentengesetz „ergänzend“ zum AGG gilt, ist eine Selbstverständlichkeit⁶.

Der mit den Gleichstellungsrichtlinien verfolgte Zweck kann somit zwar durch eine richtlinienkonforme Auslegung von § 1 Abs. 2 Satz 2 AGG erreicht werden. **Das ge-**

⁴ BT-Drs 16/1780 S. 32.

⁵ Vgl. z.B. EuGH, Urt. v. 13.05.1986 - 170/84 (Rs. Bilka); Slg. 1986, 1607; NJW 1986, 3020; Urt. v. 17.05.1990 - C-262/88 (Rs. Barber); Slg. I 1990, 1889; NJW 1991, 2204. Davon geht auch das BAG aus, vgl. z.B. Urt. v. 20.11.1990 - 3 AZR 613/89 (Rs. Bilka); BAGE 66, 264; NZA 1991, 635; Urt. v. 07.09.2004 - 3 AZR 550/03; NZA 2005, 1239

⁶ Reichenbach/Grünekle, BetrAV 2006, 708 f.; Thüsing, BetrAV 2006, 704.

nügt aber nicht den Anforderungen von Art. 249 Abs. 3 EG, so wie der Europäische Gerichtshof die Vorschrift auslegt⁷. Danach muss sich dem Wortlaut der nationalen Gesetze entnehmen lassen, unter welchen Voraussetzungen Diskriminierungen bei der betrieblichen Altersvorsorge unwirksam sind (**Transparenzgebot**). Das ist hier aufgrund des unklaren Wortlauts von § 2 Abs. 2 Satz 2 AGG nicht der Fall.

2. Kündigungen von Beschäftigten - § 2 Abs. 4 AGG:

Nach § 2 Abs. 4 AGG gelten für Kündigungen „ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz“. In dem ursprünglichen Entwurf hatte es geheißen: „Für Kündigungen gelten vorrangig die Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes“⁸. Die jetzige Fassung beruht auf einer Empfehlung des Rechtsausschusses. Sie ist in der Beschlussempfehlung des Ausschusses wie folgt begründet worden⁹:

Die Änderung greift ein Anliegen des Bundesrates auf. Die Formulierung des Regierungsentwurfs bestimmt, für Kündigungen gälten „vorrangig“ die Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes. Das Verhältnis beider Gesetze zueinander soll dahin präzisiert werden, dass für Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz Anwendung finden. Dies erscheint sachgerechter, weil diese Regelungen speziell auf Kündigungen zugeschnitten sind. Die wesentlichen Bestimmungen des allgemeinen Kündigungsschutzes finden sich im Bürgerlichen Gesetzbuch sowie im Ersten Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes. Bestimmungen zum besonderen Kündigungsschutz enthalten zum Beispiel der Zweite Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes, Artikel 48 Abs. 2 Satz 1 des Grundgesetzes, § 9 des Mutterschutzgesetzes, §§ 18, 19 des Bundeserziehungsgeldgesetzes, § 2 des Arbeitsplatzschutzgesetzes, § 2 des Eignungsübungsgesetzes, § 85 ff., § 96 Abs. 3 des Neunten Buches Sozialgesetzbuch, § 47 des Bundespersonalvertretungsgesetzes, § 36 Abs. 3 Satz 3 des Bundesdatenschutzgesetzes, § 53 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes oder § 21f. des Wasserhaushaltsgesetzes.

Keine dieser Vorschriften zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz verbieten die Kündigung wegen der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion, der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters, der sexuellen Ausrichtung oder des Geschlechts. **Das ist mit Art 1, 2 und 3 Abs. 1 Buchst. c der Antirassismus-RL, der Rahmen-RL und der geänderten Gender-RL nicht zu vereinbaren.** Danach gelten die Diskriminierungsverbote auch für "die Entlassungsbedingungen". Unter den Begriff "Entlassungsbedingungen" fallen auch Kündigungen¹⁰.

Der Wortlaut von Art. 2 Abs. 4 AGG ist so eindeutig, dass er von den deutschen Arbeitsgerichten nicht richtlinienkonform ausgelegt werden kann.

Sie haben aber die Möglichkeit, alle Kündigungen, die gegen die europarechtlichen Diskriminierungsverbote verstoßen, als „sozial ungerechtfertigt“ im Sinne von § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG anzusehen, mit der Folge, dass diese Kündigungen rechtsunwirksam sind (§ 1 Abs. 1 KSchG).

⁷ EuGH, Urt. v. 23.05.1985 - C-29/84, Rs. Kommission/Deutschland, Slg. 1985, 1661, st. Rspr.

⁸ BT-Drs 16/1780 S. 7, 32.

⁹ BT-Drs 16/2022 v. 28. 06. 2006, S. 12.

¹⁰ Vgl. z.B. EuGH, Große Kammer, Urt. v. 11.07.2006 - C-13/05, Rs. Chacón Navas, NJW 2006, 839.

Bei Probearbeitsverhältnissen, Kleinbetrieben und bei Arbeitsverhältnissen auf Betrieben der Schifffahrt und Luftfahrt, auf die das Kündigungsschutzgesetz nicht anwendbar ist (§§ 1 Abs. 1, 23 und 24 KSchG), können die Arbeitsgerichte Kündigungen, die gegen die europarechtlichen Diskriminierungsverbote verstoßen, mit der Begründung für rechtsunwirksam erklären, dass sie gegen „Treu und Glauben verstoßen (§ 242 BGB)¹¹.

Nach § 1 Abs. 1 Satz 4 KSchG hat der Arbeitgeber „die Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung bedingen“. Bei Kündigungen, auf die das Kündigungsschutzgesetz nicht anwendbar ist, ergibt sich dasselbe aus § 46 Abs. 2 ArbGG i.V.m. §§ 138 Abs. 2 ZPO¹². Das genügt den Anforderungen von Art. 8 Abs. 1 der Antirassismus-RL, Art. 10 Abs. 1 der Rahmen-RL und der Beweislast-Richtlinie 97/80/EG¹³.

§ 2 Abs. 4 AGG hat zur Folge, dass für Klagen gegen Kündigungen die Drei-Wochen-Frist der §§ 4, 13 KSchG gilt. Die Frist verstößt nicht gegen Europarecht.

Außerdem sind die Regelungen über Schadensersatz (§ 15 Abs. 1 AGG) und Entschädigung (§ 15 Abs. 2 AGG) nicht anwendbar. Die Betroffenen haben nur Anspruch auf den Annahmeverzugslohn für die Zeiten der Nichtbeschäftigung. Das verstößt ebenfalls nicht gegen das Europarecht. Die Richtlinien verlangen nur Wiedereinstellung oder finanzielle Entschädigung¹⁴.

Der mit den Gleichstellungsrichtlinien verfolgte Zweck kann somit zwar durch eine richtlinienkonforme Auslegung von § 1 KSchG und § 242 BGB erreicht werden. **Das genügt aber nicht den Anforderungen des Transparenzgebots** (siehe oben Nr. 1 am Ende).

3. Kürzere Kündigungsfristen für jüngere Beschäftigte - § 622 Abs. 2 BGB

Nach § 622 Abs. 2 BGB sind die Kündigungsfristen für den Arbeitgeber umso länger, je länger seine Arbeitnehmer in dem Betrieb oder Unternehmen gearbeitet haben. Dabei werden Zeiten, die vor der Vollendung des 25. Lebensjahres der Arbeitnehmer liegen, nicht berücksichtigt.

Für diese Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer gibt es keine sachlichen Gründe. Die Vorschrift verstößt deshalb gegen § 1, 2 Abs. 1 Buchst. a, 3 Abs. 1 Buchst. c der Rahmen-RL.

Eine richtlinienkonforme Auslegung der Vorschrift ist angesichts ihres eindeutigen Wortlauts nicht möglich.

4. Berufliche Tätigkeiten innerhalb von Kirchen - § 9 Abs. 1 AGG

§ 9 Abs. 1 AGG bestimmt, dass eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion oder Weltanschauung zulässig ist, „wenn eine bestimmte Religion oder Weltan-

¹¹ BAG, Urt. v. 23.06.1994 - 2 AZR 617/93; BAGE 77; 128; NJW 1995, 275, hinsichtlich einer Kündigung wegen Homosexualität.

¹² Vgl. BAG, Urt. v. 25.04.2001 - 5 AZR 360/99; NJW 2002, 532, 534.

¹³ Domröse, NZA 2006, 1320, 1324.

¹⁴ EuGH, Urt. v. 02.08.1993 - C-271/91, Rs. Marshall II, Slg. I 1993, 4367; EuZW 1993, 706, Rz. 25.

schauung unter Beachtung des Selbstverständnisses der jeweiligen Religionsgemeinschaft oder Vereinigung im Hinblick auf ihr Selbstbestimmungsrecht **oder** nach der Art der Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt".

Danach genügt es, dass das Abstellen auf eine bestimmte Religion dem Selbstverständnis der Kirche entspricht. Wie sich aus dem zusätzlich eingefügten Wort "oder" ergibt, **kommt es nicht darauf an, ob die Religion oder Weltanschauung nach Art der Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt.** Dadurch ist die Vorschrift der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Selbstbestimmungsrecht der Kirchen angeglichen worden.

Diese Rechtsprechung unterscheidet zwischen den katholischen Klerikern, Ordensangehörigen und Diakonissen sowie den evangelischen Pfarrern und den evangelischen und katholischen Kirchenbeamten einerseits und den sonstigen Bediensteten der Kirchen andererseits.

Für die erste Gruppe gilt ausschließlich kirchliches Recht. Für die sonstigen Bediensteten der Kirchen gilt das allgemeine Arbeitsrecht. Diese Personengruppe ist sehr groß, da zum Bereich der Kirchen nicht nur die eigentlichen Kirchenverwaltungen und ihre rechtlich selbständigen Teile gehören, sondern auch alle sonstigen Einrichtungen, die den Kirchen zugeordnet sind. Demgemäß zählen zu den sonstigen Mitarbeitern der Kirchen nicht nur die Vikare, Diakone, Pastoralassistenten und Gemeindereferenten im Angestelltenverhältnis, sondern auch die Beschäftigten in den Einrichtungen der Caritas, der Inneren Mission und der Diakonie, in den kirchlichen Kindergärten und Kindertagesstätten, in den Krankenhäusern, Alters- und Pflegeheimen, in den Privatschulen, Internaten und Ferienheimen sowie bei den Kirchenzeitungen. Für sie gilt zwar das allgemeine Arbeitsrecht, aber mit erheblichen Abweichungen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹⁵ darf bei der Prüfung der Sozialwidrigkeit von Kündigungen das den Kirchen gewährte Selbstbestimmungsrecht nicht außer Betracht bleiben. Es berechtigt die Kirchen, ihren Mitarbeitern die Beachtung jedenfalls der tragenden Grundsätze der kirchlichen Glaubens- und Sittenlehre aufzuerlegen und zu verlangen, dass sie nicht gegen die fundamentalen Verpflichtungen verstoßen, die sich aus ihrer Zugehörigkeit zur Kirche ergeben und die jedem Kirchenmitglied obliegen. Deshalb enthalten die Arbeitsverträge üblicherweise besondere Klauseln, durch die den Mitarbeitern die Pflicht auferlegt wird, ihre persönliche Lebensführung nach der Glaubens- und Sittenlehre sowie den übrigen Normen der betreffenden Kirche auszurichten.

Aus dem Selbstbestimmungsrecht der Kirchen leitet das Bundesverfassungsgericht ferner ab, dass nicht die staatlichen Gerichte, sondern allein die Kirchen darüber zu entscheiden haben, welches die tragenden Grundsätze ihrer Glaubens- und Sittenlehre sind, welche davon arbeitsvertraglich auch im außerdienstlichen Bereich eingehalten werden müssen und was als schwerer Verstoß gegen diese Grundsätze anzusehen ist. Handelt es sich danach um einen Verstoß gegen Grundpflichten, die jedes Mitglied der Kirche zu erfüllen hat, rechtfertigt das die Kündigung auch solcher Arbeitnehmer, die nicht mit geistig-religiösen Verkündigungsaufgaben betraut sind.

¹⁵

Grundlegend Beschl. v. 04.06.1985 - 2 BvR 1703/83 u.a.; BVerfGE 70, 138.

Dazu zählen z.B. der Kirchenaustritt und das öffentliche Eintreten von Mitarbeitern katholischer Einrichtungen für die Legalisierung der Abtreibung.

Nach der jetzigen Fassung des § 9 Abs. 1 AGG hat sich an dieser Rechtslage nichts geändert.

Nach Art. 4 Abs. 2 der Rahmen-RL sind dagegen Benachteiligungen nur zulässig, „wenn die Religion oder Weltanschauung dieser Person nach der Art dieser Tätigkeiten oder den Umständen ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Organisation darstellt“. Danach kommt es nicht nur auf den „Ethos“ der Organisation an, sondern auch auf die Art der Tätigkeit oder die Umstände ihrer Ausübung¹⁶. Deshalb darf z.B. nach der Richtlinie ein katholisches Krankenhaus einen Krankenpfleger, der aus der Katholischen Kirche austritt, nicht entlassen, wenn in dem Krankenhaus ein ins Gewicht fallender Anteil der Pfleger keiner Kirche angehört. Nach § 9 Abs. 1 AGG ist das dagegen weiterhin möglich. **Die Vorschrift ist deshalb nicht mit der Rahmen-RL zu vereinbaren.**

Im Falle eines Widerspruchs zwischen dem nationalen Recht und einer Richtlinie müssen die nationalen Gerichte das nationale Recht so auslegen, dass Widersprüche zur Richtlinie möglichst vermieden werden¹⁷. Das ist hier in der Weise möglich, dass man den von § 9 Abs. 1 AGG verwandten Begriff "Selbstverständnis der jeweiligen Religionsgemeinschaft" darauf bezieht, von welchen Grundsätzen sich die betreffende Kirche bei der Einstellung und Entlassung ihres Personals an der Einrichtung leiten lässt, in der der gekündigte Mitarbeiter beschäftigt war. **Das genügt aber nicht den Anforderungen des Transparenzgebots** (siehe oben Nr. 1 am Ende).

5. Entschädigung und Schadensersatz - § 15 Abs. 1 und 2 AGG

§ 15 Abs. 1 und 2 AGG verpflichten den Arbeitgeber bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot zur Leistung von Schadensersatz und wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, zur Zahlung einer Entschädigung in Geld.

Die Verpflichtung zum Schadensersatz besteht aber nur, wenn der Arbeitgeber die Pflichtverletzung zu vertreten hat. Hat der Arbeitgeber in Anwendung einer kollektivrechtlichen Vereinbarung gehandelt, braucht er **die Entschädigung nur zu leisten, wenn er vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat** (§ 15 Abs. 3 AGG). Das widerspricht der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, wonach ein Mitgliedstaat, der sich für eine Sanktion in Form einer Entschädigungsregelung entschieden hat, diese nicht von einem Verschulden abhängig machen darf¹⁸.

Die Regelungen verstoßen außerdem hinsichtlich des Merkmals **Geschlecht** gegen Art. 8e Abs. 2 der geänderten Gender-RL und hinsichtlich des Merkmals **Behinde-**

¹⁶ Hammer, Ulrich, in: Rust, Ursula, u.a. (Hrsg.): Die Gleichbehandlungsrichtlinien der EU und ihre Umsetzung in Deutschland - Rehburg-Loccum: Evang. Akad. Loccum, 2003, S. 181, 192, 194 f.

¹⁷ Vgl. z.B. Urt. v. 05.10.2004 - C-397-403/01, Rs. Pfeiffer, Slg. I 2004, 8835, NJW 2004, 3547, Rz 113 f. m.w.Nachw.

¹⁸ Vgl. u.a. EuGH, Urt. v. 08.11.1990 – C-177/88 (Rs. Dekker); Slg. I 1990, 3941; NJW 1991, 628 Rz. 25; Urteil v. 22. 04.1997 - C-180/95 – (Rs. Drähmpähl); Slg. I 1997, 2195; NJW 1997, 1839, Rz. 18. Thüsing, NZA 2005, 32, 35; 2006, 774, 775; Wagner/Potsch, JZ 2006, 1085, 1091.

rung gegen Art. 8 Abs. 2 der Rahmen-RL. Danach **darf das Schutzniveau bei der Umsetzung der Richtlinien nicht abgesenkt werden.**

Das Verbot der Benachteiligung wegen des Merkmals Geschlecht war bisher in den §§ 611a, 611b und 612 Abs. 3 BGB geregelt. Diese Vorschriften sind durch Art. 3 Abs. 14 des Umsetzungsgesetzes aufgehoben worden. Nach § 611a Abs. 2 BGB konnten Beschäftigte eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen, wenn der Arbeitgeber bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses gegen das Verbot der Benachteiligung wegen des Geschlechts verstoßen hatte. Der Anspruch setzte kein Verschulden des Arbeitgebers voraus.

Dasselbe ergab sich für schwerbehinderte Beschäftigte aus § 81 Abs. 2 Nr. 2 SGB IX, wenn sie bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses wegen ihrer Behinderung benachteiligt worden waren. Diese Vorschrift ist durch Art. 3 Abs. 10 des Umsetzungsgesetzes so geändert worden, dass sie nur noch das Verbot der Benachteiligung schwerbehinderter Beschäftigter wiederholt und im Übrigen auf die Regelungen des AGG verweist.

6. Fristen - § 15 Abs. 4 AGG

Nach § 15 Abs. 4 AGG müssen Ansprüche von Beschäftigten auf Schadensersatz (§ 15 Abs. 1 AGG) und Entschädigung (§ 15 Abs. 2 AGG) innerhalb einer Frist von zwei Monaten schriftlich geltend gemacht werden, es sei denn, die Tarifvertragsparteien haben etwas anderes vereinbart. Die Frist beginnt normalerweise zu dem Zeitpunkt, in dem die Beschäftigten von der Benachteiligung Kenntnis erlangen. Im Falle einer Bewerbung oder eines beruflichen Aufstiegs beginnt die Frist aber bereits mit dem Zugang der Ablehnung.

§ 21 Abs. 5 enthält für die Geltendmachung von Ansprüchen wegen einer Verletzung des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots eine ähnliche Regelung. Dort heißt es zusätzlich: „Nach Ablauf der Frist kann der Anspruch nur geltend gemacht werden, wenn der Benachteiligte ohne Verschulden an der Einhaltung der Frist gehindert war. In der Amtlichen Begründung wird dazu gesagt¹⁹:

„Es handelt sich um eine gesetzliche Ausschlussfrist, die drei²⁰ Monate nach Entstehung des Anspruchs abläuft. Satz 2 stellt klar, dass nach Fristablauf der Anspruch nur geltend gemacht werden kann, wenn der Benachteiligte erst nach Fristablauf von den anspruchsbegründenden Tatsachen Kenntnis erlangt, ohne dass dies von ihm zu vertreten ist.“

In § 15 Abs. 4 AGG fehlt der Zusatz, dass die Ansprüche trotz Fristablaufs noch geltend gemacht werden können, wenn der Benachteiligte ohne Verschulden an der Einhaltung der Frist gehindert war. Deshalb können **die Ansprüche von Bewerbern auf Schadensersatz und Entschädigung durch Ablauf der Ausschlussfrist bereits untergegangen sein, bevor diskriminierte Bewerber erfahren, dass sie bei der Ablehnung benachteiligt worden sind.** Das ist mit der Rechtsprechung des

¹⁹ BT-Drucks. 16/1780 S. 47.

²⁰ Die Frist ist aufgrund der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses auf zwei Monate verkürzt worden, BT-Drucks. 16/2022, S. 6.

Europäischen Gerichtshofs nicht vereinbar. Danach dürfen Klagefristen die Effektivität der Rechtsdurchsetzung nicht unmöglich machen oder übermäßig erschweren²¹.

7. Beweislast - § 22 AGG

Art. 8 der Antirassismus-RL, Art. 10 der der Rahmen-RL, Art. 4 der Beweislast-RL 97/98/EG und Art. 9 der Gendergleichbehandlungs-RL sehen vor, dass sich der Beklagte entlasten muss, wenn Benachteiligte **Tatsachen glaubhaft machen**, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Benachteiligung vermuten lassen. Nach § 22 AGG tritt die Umkehrung der Beweislast dagegen erst ein, wenn Benachteiligte solche **Tatsachen beweisen**.

Die Fassung der Vorschrift beruht auf der Empfehlung des Rechtsausschusses und ist von ihm wie folgt begründet worden²²:

„Die Diskussion des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes hat gezeigt, dass der – bereits in § 611a BGB – verwendete Begriff der „Glaubhaftmachung“ oftmals dahingehend missverstanden wird, er beziehe sich auf § 294 der Zivilprozessordnung (ZPO) und lasse die eidesstattliche Versicherung als Beweismittel zu. Es ist insoweit eine sprachliche Neufassung zur Bestimmung des Beweismaßes erfolgt. Dies ist eine erforderliche Klarstellung für die Praxis; eine Rechtsänderung ist damit nicht verbunden. Die Vorgaben der einschlägigen Richtlinien werden nach wie vor erfüllt.“

Das ist tatsächlich nicht der Fall. „Bewiesen“ sind nur solche „Vermutungstatsachen“, von denen das Gericht so überzeugt ist, dass vernünftige Zweifel schweigen. Die Wahrscheinlichkeit muss bei über 90 % liegen. Für eine Glaubhaftmachung genügt es dagegen, dass das Gericht die fraglichen Tatsachen für überwiegend wahrscheinlich hält. Es genügt deshalb, dass die Wahrscheinlichkeit über 50 % liegt²³.

Eine richtlinienkonforme Auslegung der Vorschrift ist angesichts ihres eindeutigen Wortlauts nicht möglich. Der Gesetzgeber hat sich bewusst für diesen abweichenden Wortlaut entschieden.

§ 22 AGG verstößt außerdem hinsichtlich der Merkmale **Geschlecht** und **Behinderung** gegen das Gebot, dass **das Schutzniveau bei der Umsetzung der Richtlinien nicht abgesenkt werden darf** (siehe Seite 7 oben). Nach § 611a Abs. 1 Satz 3 BGB a.F. und § 81 Abs. 2 Satz 3 SGB IX genügt für die Umkehrung der Beweislast die Glaubhaftmachung von Vermutungstatsachen.

8. Zulässige Benachteiligungen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen - § 19 Abs. 3 und 5 AGG

§ 19 Abs. 3 AGG erlaubt Benachteiligungen bei der Vermietung von Wohnraum, wenn dies zum Zwecke der Schaffung und Erhaltung sozial stabiler Bewohnerstrukturen und ausgewogener Siedlungsstrukturen sowie ausgeglichener wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Verhältnisse geschieht (§ 19 Abs. 3 AGG). Das verstößt gegen die Antirassismus-RL und die Gendergleichbehandlungs-RL, weil diese Richtlinien solche Einschränkungen nicht zulassen.

²¹ EuGH (Fünfte Kammer), Urt. 02.02.2001 - C-52 u. 53/99 (Rs. Camarotto u. Vignone); Slg. I 2001, 1395 Rz. 30.

²² BT-Drs. 16/2022, S. 13.

²³ Boesche, EuZW 2005, 264, 265 f.; Windel, RdA, 2007, 1, 3 f. Koch; Wackenbarth, ZIP 2007, 453, 456.

§ 19 Abs. 5 AGG bestimmt, dass das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot keine Anwendung findet auf „Schuldverhältnisse, bei denen ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis der Parteien oder ihrer Angehörigen begründet wird. Bei Mietverhältnissen kann dies insbesondere der Fall sein, wenn die Parteien oder ihre Angehörigen Wohnraum auf demselben Grundstück nutzen“.

Das ist nicht mit der Antirassismus-RL zu vereinbaren. In der Begründungserwägung 4 dieser Richtlinie heißt es zwar:

„Ferner ist es wichtig, dass im Zusammenhang mit dem Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen der Schutz der Privatsphäre und des Familienlebens sowie der in diesem Kontext getätigten Geschäfte gewahrt bleibt.“

Der Text der Richtlinie selbst enthält aber keine entsprechende Einschränkung. Die „vereinsamte“ Begründungserwägung 4 berechtigt deshalb nicht zu solchen Beschränkungen des Diskriminierungsschutzes (siehe dazu auch unten Seite 12 ff.).

9. **Benachteiligung verpartnerter Beamter, Richter und Soldaten beim „Arbeitsentgelt“**

Verheiratete Beamte, Richter und Berufssoldaten erhalten einen **Familienzuschlag**, ihre Ehegatten erhalten in Krankheits-, Pflege- und Geburtsfällen eine **Beihilfe** und, wenn die Beamten, Richter und Berufssoldaten versterben, ein **Witwen- oder Witwergeld**.

Verpartnerne Beamte und ihre Partner erhalten diese Leistungen nicht. Lediglich bei der Beihilfe haben die Bundesländer Berlin, Nordrhein-Westfalen, Schleswig-Holstein und Mecklenburg-Vorpommern ihre verpartnernten Beamten mit ihren verheirateten Beamten gleichgestellt

Der Familienzuschlag war bisher im Bundesbesoldungsgesetz (§§ 39, 40 Abs. 1 BBesG) und das Witwen oder Witwergeld im Beamtenversorgungsgesetz (§§ 19 ff. 28 BeamtVG) für alle Beamten, Richter und Berufssoldaten bundeseinheitlich geregelt. In Zukunft können der Bund und die Länder die Besoldung und Versorgung jeweils für ihre Beamten unterschiedlich regeln. Bei den Berufssoldaten durfte das der Bund schon bisher.

Die Beihilfe ist im Bund und in den Bundesländern Brandenburg, Niedersachsen, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen in Verwaltungsanweisungen, in den übrigen Bundesländern in Gesetzen und Rechtsverordnungen geregelt.

Das Bundesbesoldungsgesetz, das Beamtenversorgungsgesetz sind bisher nicht an die Rahmen-RL angepasst worden. Dasselbe gilt für die Beihilferegulungen mit Ausnahme der genannten vier Bundesländer. 24 AGG bestimmt zwar, dass die Vorschriften des Gleichbehandlungsgesetzes für die Beamten und Richter „unter Berücksichtigung ihrer besonderen Rechtsstellung entsprechend“ gelten. Für die Soldaten gilt Gleiches aufgrund des Soldatinnen- und Soldaten-Gleichbehandlungsgesetzes (Art. 2 des Umsetzungsgesetzes). Dadurch werden aber diskriminierende Vorschriften in anderen Bundesgesetzen wie z.B. die Vorschriften über den Familienzuschlag im Bundesbesoldungsgesetz und über das Witwen- und Witwergeld im Beamtenversorgungsgesetz nicht außer Kraft gesetzt. Denn das Gleichbehand-

lungsgesetz gilt nur für das Handeln der Verwaltung gegenüber Beamten, Richtern und Soldaten wie z.B. für ihre Einstellung, ihre Beförderung und ihre Entlassung²⁴.

9.1. Mittelbare Benachteiligung wegen der sexuellen Identität beim Arbeitsentgelt

Die Benachteiligung verpartnerter Beamter, Richter und Berufssoldaten beim Familienzuschlag, bei der Beihilfe und beim Witwen- oder Witwergeld verstößt gegen Art. 1, 2 Abs. 2 Buchst. b, 3 Abs. 1 Buchst. c der Rahmen-RL. Denn diese Leistungen gelten europarechtlich als „**Arbeitsentgelt**“. Unter diesen Begriff fallen nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Art. 141 Abs. 2 EGV (ex Art. 119 EGV) und zu den Richtlinien über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen alle gegenwärtigen oder künftigen Leistungen, die der Arbeitgeber oder Dienstherr dem Beschäftigten aufgrund des Beschäftigungsverhältnisses gewährt unabhängig davon, ob sie aufgrund eines Arbeitsvertrags, kraft einer Rechtsvorschrift oder freiwillig gewährt werden. Entscheidend ist der Zusammenhang mit dem Beschäftigungsverhältnis²⁵. Der ist hier jeweils gegeben.

Allerdings **unterscheiden** die Dienstherrn bei der Gewährung des Familienzuschlags, der Hinterbliebenenversorgung und der Beihilfe **nicht nach der sexuellen Identität der Beamten, sondern danach, ob sie verheiratet oder verpartnert sind**. Darauf hat auch das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil zum Familienzuschlag für Beamte abgestellt²⁶. Das Gericht meint: „Der sachliche Unterschied, der die unterschiedliche besoldungsrechtliche Behandlung von verheirateten und in einer Lebenspartnerschaft lebenden Beamten rechtfertigt, ist nicht Heterosexualität bei den Verheirateten und Homosexualität bei den Lebenspartnern. Homosexualität der Partner ist nicht zwingendes Merkmal der eingetragenen Lebenspartnerschaft.“

Daran ist richtig, dass eine bestimmte sexuelle Identität nicht Voraussetzung für die Eingehung einer Ehe oder Lebenspartnerschaft ist²⁷. Eine Ehe mit einem verschiedengeschlechtlichen Partner kann ebenso durch einen Homosexuellen begründet werden wie eine Lebenspartnerschaft mit einem gleichgeschlechtlichen Partner durch einen Heterosexuellen. Insoweit kann aber nicht außer Betracht bleiben, dass sich das Rechtsinstitut der Ehe typischerweise an heterosexuelle Menschen richtet und die eingetragene Lebenspartnerschaft typischerweise an homosexuelle Menschen, denen auf diese Weise eine rechtliche Absicherung einer auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft ermöglicht wird²⁸. Infolgedessen bewirkt eine an den Fami-

²⁴ Das hat nach unserer Auffassung zur Folge, dass der Bund und die Bundesländer, bei denen die Beihilfe nur in Verwaltungsvorschriften geregelt ist, bei der Ausführung dieser Verwaltungsvorschriften § 24 AGG beachten müssen. Das wird aber vom Bundesministerium des Innern mit Nachdruck bestritten.

²⁵ Vgl. z.B. EuGH, Urt. v. 17.05.1990- C-262/88 (Rs. Barber), Slg. 1990, I-1889; NJW 1991, 2204; für die Beamtenversorgung siehe EuGH, Urt. v. 23.10.2003 - C- 4 u.5/02 (Rs. Schönheit u.a.); Slg. I 2003, 12575; DVBl. 2004, 188.

²⁶ Urt. v. 26.01.2006 - 2 C 43.04; BVerwGE 125, 79 Rz 14.

²⁷ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 06.12.2005 - 1 BvL 3/03; BVerfGE 115, 1, 23.

²⁸ So die Amtliche Begründung des Lebenspartnerschaftsgesetzes, BT-Drs. 14/3751 S. 33.

lienstand „verheiratet“ oder „verpartnert“ anknüpfende Unleichbehandlung mittelbar eine Ungleichbehandlung wegen der sexuellen Identität der Partner²⁹.

Eine solche mittelbare Diskriminierung verstößt ebenfalls gegen die Rahmen-RL. Nach Art. 2 Abs. 2 Buchst. b liegt eine mittelbare Benachteiligung vor, "wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen mit einer (.....) bestimmten sexuellen Ausrichtung gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn diese Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt, und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich".

Das Kriterium "Familienstand" mag dem Anschein nach neutral sein. Es führt aber dazu, dass Lebenspartner von verpartnerten Beamten, Richtern und Berufssoldaten gegenüber Ehegatten beim Familienzuschlag, bei der Beihilfe und bei der Hinterbliebenenversorgung benachteiligt werden, obwohl die Beamten, Richter und Berufssoldaten genauso für ihre Partner einstehen müssen wie Ehegatten. Das Überarbeitungsgesetz³⁰ hat die Lebenspartnerschaft zivilrechtlich völlig der Ehe angeglichen. Lebenspartner sind ihren Partnern in gleicher Weise zum Unterhalt verpflichtet wie Ehegatten. Sie leben, wenn sie nichts anderes vereinbart haben, wie Ehegatten im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft und bilden daher wie Eheleute eine Gemeinschaft des Erwerbs und des Verbrauchs. Dementsprechend findet auch bei ihnen ein Versorgungsausgleich statt, wenn ihre Lebenspartnerschaft aufgehoben wird. Der einzige Unterschied zwischen Lebenspartnern und Ehegatten ist die sexuelle Ausrichtung, die die Lebenspartner daran hindert, ebenfalls eine Ehe einzugehen.

Als rechtmäßiges Ziel, das diese Diskriminierung rechtfertigen könnte, käme allenfalls die Förderung der Ehe in Betracht, weil die Ehe eine rechtliche Absicherung der Partner bei der Gründung einer Familie mit gemeinsamen Kindern ermöglichen soll³¹. Hier muss man aber unterscheiden. Es geht in diesen Fällen nicht um die Rechtfertigung von Mehrzahlungen an verheiratete Beamte, Richter und Berufssoldaten, sondern um ihre Versagung gegenüber verpartnerten Beschäftigten. Diese Versagung ist nicht geeignet, die Ehe zu fördern. Gleichgeschlechtlich ausgerichtete Menschen könne durch Gehaltsabzüge nicht dazu veranlasst werden, auf die Eingehung einer Lebenspartnerschaft mit einem gleichgeschlechtlichen Partner zu verzichten und stattdessen eine Ehe mit einem verschiedengeschlechtlichen Partner einzugehen³². Der Schutz der Ehe erfordert keine Benachteiligung eingetragener Lebenspartner³³.

²⁹ Schmidt in FS Wissmann, 2005, 80, 84; Rengier, BB, 2005, 2574, 2577 f.; ders. NZA 2006, 1251, 1252.

³⁰ Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts vom 15.12.2004, BGBl I S. 3396.

³¹ BVerfG, (3. Kammer des ersten Senats), Beschl. v. 04.10.1993 - 1 BvR 640/93, NJW 1993, 3058.

³² Bergwitz, ZTR 2004, 512, 515 f.; Schmidt in FS Wissmann, 80, 88 f.; Rengier, BB 2005, 2574, 2578.

³³ BVerfG, Urt. v. 17.07.2002 – 1 BvF 1/01 und 2/01; BVerfGE 105, 313, 346 f., 348; vgl. dazu auch EGMR (1. Kammer) v. 24.07.2003 - 40016/98, Fall Karner v. Österreich, Tz. 37 ff., deutsche Übersetzung <http://www.typo3.lsvd.de/535.0.html>.

Er kann daher die Benachteiligung gleichgeschlechtliche Lebenspartner nicht rechtfertigen³⁴.

Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass der Bund und die Länder durch die Versagung der Vergünstigungen Leistungen einsparen; denn sie verwenden diese Einsparungen nicht gezielt zur Förderung von Ehen. Hinzu kommt, dass die Anzahl der Lebenspartner noch sehr gering ist und dass es daher nur sehr wenige verpartnerte Beamte, Richter und Berufssoldaten gibt. Die eingesparten Mittel sind deshalb außerordentlich gering. Da diese geringen Mittel außerdem nicht gezielt zur Förderung von Ehen eingesetzt werden, ist die Diskriminierung von verpartnerten Beamten, Richtern und Berufssoldaten zur Förderung von Ehen ungeeignet. § 2 Abs. 2 Buchst. b der Rahmenrichtlinie verlangt aber nicht nur, dass die Diskriminierung durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt ist, sie muss auch „zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich“ sein. Das ist bei Versagung der Vergünstigungen nicht der Fall.

9.2. Zur Auslegung der Begründungserwägung 22

Fraglich ist lediglich, ob die Begründungserwägung 22, die nicht in den Text der Richtlinie aufgenommen wurde, den Geltungsbereich der Richtlinie einschränkt. Die Begründungserwägung lautet: "Diese Richtlinie lässt die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften über den Familienstand und davon abhängige Leistungen unberührt."

Die Begründungserwägung war im Kommissionsentwurf der Richtlinie nicht vorgesehen³⁵. In der Beratung der Gruppe Sozialfragen des Rates wurde dann vorgeschlagen, folgende Begründungserwägung aufzunehmen: „Die vorliegende Richtlinie lässt die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften über den Familienstand unberührt und verpflichtet die Mitgliedstaaten daher nicht dazu, Leistungen, die Ehepartnern gewährt werden, auch in eheähnlicher Gemeinschaft lebenden Personen zu gewähren“³⁶. Die Kommission hielt die Formulierung für überflüssig. Während Deutschland und Irland sich für den vollständigen Text einsetzten, sprachen sich Belgien und Schweden dafür aus, die Passage „und verpflichtet ... gewährleisten“ zu streichen³⁷. Auf den Vorschlag des Vorsitizes wurde schließlich die verabschiedete Fassung aufgenommen³⁸. Obwohl damit offenkundig zwischen den Mitgliedstaaten unterschiedliche Auffassungen herrschten, wurde der Richtlinienentwurf nicht geändert. Dies hätte auch Einstimmigkeit vorausgesetzt. Der gefundene Kompromiss übernimmt eher die von Deutschland und Irland verfolgte Position und strafft diese lediglich sprachlich. Die Langfas-

³⁴ Rengier, Fn. 12, S. 2578; Bergwitz, ZTR 2004, 512, 515 f.; Blomeyer/Otto/Rolfs, BetrAVG, 4.Aufl., Anh. § 1 Rz 207; Schmidt in FS Wissmann, 2005, 80, 88 f.

³⁵ KOM(1999) 565 endg., AmtsBl. EU 1999, C 177/E 42.

³⁶ Vgl. Begründungserwägung 11b im Prot. 6434/00; <http://register.consilium.europa.eu/pdf/de/00/st06/06434d0.pdf>.

³⁷ Prot. 6941/00, Fußn. 7 zu Begründungserwägung 11a <http://register.consilium.europa.eu/pdf/de/00/st06/06941d0.pdf>. und Prot. 11682/00, Fußn. 13 zur Begründungserwägung 11 a <http://register.consilium.europa.eu/pdf/de/00/st11/11682d0.pdf>.

³⁸ Prot. 12269/00, 21. Begründungserwägung <http://register.consilium.europa.eu/pdf/de/00/st12/12494d0.pdf>.

sung zeigt aber, dass es dem Rat bei dem Begriff „Familienstand“ um das Verhältnis von Ehe und eheähnlicher Gemeinschaft und damit um das Verhältnis von verbindlicher zu unverbindlicher Lebensgemeinschaft ging. Von gleichgeschlechtlichen eingetragenen und damit rechtlich wie die Ehe verbindlichen Partnerschaften mit Unterhaltsverpflichtungen war keine Rede.

Für diese Auslegung spricht auch, **dass der Sinn der Begründungserwägung 22 nach dem Prinzip des „effet utile“ zu ermitteln ist.** Zu fragen ist also, auf welche Weise das Ziel der Richtlinie am besten verwirklicht werden kann. Ziel der Richtlinie ist „die Schaffung eines allgemeinen Rahmens zur Bekämpfung der Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung in Beschäftigung und Beruf im Hinblick auf die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung in den Mitgliedstaaten“³⁹. Der Grundsatz der Gleichbehandlung wird aber am besten verwirklicht, wenn die Begründungserwägung so einschränkend ausgelegt wird wie das ihre Entstehungsgeschichte nahe legt⁴⁰.

9.3. Bedeutung und Rechtswirkung von Begründungserwägungen

Begründungserwägungen sind das Resultat der in Art. 253 EG-Vertrag statuierten Begründungspflicht für Rechtsakte der Gemeinschaft, die dem Europäischen Gerichtshof die Ausübung seiner Rechtskontrolle und den Mitgliedstaaten die Unterrichtung darüber ermöglichen soll, in welcher Weise die Gemeinschaftsorgane den Vertrag angewandt haben. Die Begründungserwägungen haben daher dieselbe Bedeutung wie die Amtlichen Begründungen deutscher Gesetze. Daraus wird in der Literatur allgemein gefolgert, dass Begründungserwägungen eine wichtige Auslegungshilfe sind, dass sie aber einen entgegenstehenden Wortlaut der Richtlinie bzw. des Gesetzes nicht außer Kraft setzen können. Deshalb müssen einschränkende Begründungserwägungen in der Richtlinie selbst wiederholt werden, wenn sie Rechtswirkungen entfalten sollen⁴¹.

Dafür sprechen auch die besonderen Entstehungsbedingungen von Begründungserwägungen. Ihre redaktionelle Abfassung erfolgt sehr oft in letzter Minute durch die an den Verhandlungen beteiligten Juristen, ohne dass der Ministerrat gewillt ist, das Verhandlungspakt der gefundenen Kompromisse noch einmal aufzuschnüren. Dies ist besonders problematisch, weil sich in den Begründungserwägungen häufig wieder findet, worauf sich die Mitgliedsstaaten nicht einigen konnten⁴².

³⁹ Vgl. Art. 1 der Richtlinie.

⁴⁰ Rengier, NZA 2006, 1251, 1253; Stüber, NJW 2006, 1774, 1776.

⁴¹ Redeker/Karpenstein, NJW 2001, 2825, 2830; Redeker, ZRP 2004, 160, 162; Thüsing, NZA 2001, 1061, 1064 Fn. 28; Schmidt/Senne, RdA 2002, 80, 84 f.; Schlachter, GS Blomeyer, 2003, 355, 363 f.; Zöllner, GS Blomeyer, 2003, 517, 529 f.; Hailbronner, NJW 2004, 2185, 2187; ders. ZAR 2004, 163, 165; Stüber, NJW 2003, 2721, 2723; ders. NJW 2006, 1774, 1775 f.; Bertelsmann, ZESAR 2005, 242, 250; ders. in: Rust, Ursula u.a. (Hrsg.): Die Umsetzung der EU-Gleichbehandlungsrichtlinien in Deutschland - Rehburg-Loccum: Evang. Akad. Loccum, 2005, S. 81, 99f.; Rieble/Zedler, ZfA 2006, 273, 297; Kamanabrou, NJW 2006, 321, 331; Rengier, NZA 2006, 1251, 1252 f.; Wackerbarth, ZIP 2007, 453, 454.

⁴² Redeker/Karpenstein, NJW 2001, 2825, 2830.

Das Bundesverwaltungsgericht⁴³ meint dagegen, die Begründungserwägung 22 gebe gemäß Art. 253 EGV einen der Gründe wieder, von dem der Rat sich bei Erlass der Richtlinie habe leiten lassen. Sie sei mitentscheidend für ihre Auslegung. Das gelte auch dann, wenn die Begründungserwägung – wie im vorliegenden Fall – nicht in den Text der Richtlinie aufgenommen worden sei.

Das Bundesverwaltungsgericht beruft sich für seine Auffassung auf das Urteil des EuGH v. 23.02.1988 - 131/86; Slg. I 1988, 905, Rz. 37. In dem zitierten Urteil ging es aber nicht um diese Frage, sondern um die Frage, ob eine vom Generalsekretariat des Rates vorgenommene Änderung einer Begründungserwägung verbindlich ist. Das hat der EuGH mit der vom Bundesverwaltungsgericht zitierten Rz. 37 verneint. Sie lautet: „Daraus ergibt sich, dass die Begründung wesentlicher Bestandteil eines Rechtsaktes ist. Folglich sind weder der Generalsekretär des Rates noch die Bediensteten seines Generalsekretariats befugt, die Begründung des Rechtsaktes zu ändern, die der Rat beschlossen hat.“ Die Entscheidung gibt daher nichts dafür her, welche Bedeutung eine einschränkende Begründungserwägung hat, die im Text der Richtlinie nicht wiederholt wird. Es gibt auch sonst keine Entscheidung des EuGH die die Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts stützen könnte. Im Urteil des EuGH vom 13.07.1989 – Rs. 215/88, Slg. I 1989, 2789, Tz. 31 – heißt es im Gegenteil: „Eine Begründungserwägung einer Verordnung kann zwar dazu beitragen, Aufschluss über die Auslegung einer Rechtsvorschrift zu geben, sie kann jedoch nicht selbst eine solche Vorschrift darstellen“.

An den Grundsatz, dass einschränkende Begründungserwägungen in der Richtlinie selbst wiederholt werden müssen, wenn sie Rechtswirkungen entfalten sollen, hat sich der Europäische Gesetzgeber bei den anderen einschränkenden Begründungserwägungen der Rahmen-RL gehalten⁴⁴. Für die in der Begründungserwägung 22 erwähnten Leistungen, die vom Familienstand abhängen, findet sich dagegen in der Richtlinie keine korrespondierende Ausnahmeregelung. Nach dem Richtlinien-text ist die Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung beim Arbeitsentgelt ausnahmslos verboten. Dieses Verbot kann deshalb durch die „vereinsamte“ Begründungserwägung 22 nicht eingeschränkt werden.

Das Verbot der mittelbaren Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung beim Arbeitsentgelt gilt deshalb uneingeschränkt für verpartnerte Beamte, Richter und Berufssoldaten. Das Bundesbesoldungsgesetz, das Beamtenversorgungsgesetz und die Beihilfavorschriften des Bundes und der Länder verstoßen daher gegen die Richtlinie 2000/78/EG. Sie lassen sich nicht richtlinienkonform auslegen, weil ihr Wortlaut eindeutig ist.

10. Antidiskriminierungsverbände - § 23 Abs. 2 AGG

Nach § 23 Abs. 2 AGG ist Antidiskriminierungsverbänden im Rahmen ihres Satzungszwecks die Besorgung von Rechtsangelegenheiten Benachteiligter gestattet. Sie können außerdem im Rahmen ihres Satzungszwecks in gerichtlichen Verfahren, in denen eine Vertretung durch Anwälte und Anwältinnen nicht gesetzlich vorgeschrieben ist, als Beistände Benachteiligter auftreten. Das bedeutet Folgendes:

⁴³ Urt. v. 26.01.2006 – 2 C 43.04; BVerwGE 125, 79, Rz. 16, zum Familienzuschlag.

⁴⁴ Ausgenommen die Begründungserwägung 14.

Antidiskriminierungsverbände sind bei erstinstanzlichen Verfahren vor den Verwaltungsgerichten als **Bevollmächtigte** zugelassen (§ 67 Abs. 2 VwGO). Außerdem können Behindertenverbände für Behinderte deren Rechte vor den Gerichten geltend machen (§ 63 SGB IX).

Sonst sind Antidiskriminierungsverbände in Verfahren

- vor den Zivilgerichten (§ 157 ZPO),
- den Arbeitsgerichten (§ 11 Abs. 3 ArbGG i.V.m. § 157 ZPO),
- den Verwaltungsgerichten (§ 67 Abs. 1 VwGO),
- den Sozialgerichten (§ 73 Abs. 6 SGG i.V.m. § 157) ZPO und
- den Finanzgerichten (§ 62 Abs. 2 Satz 2 FGO)

als Bevollmächtigte ausgeschlossen. Das gilt auch, wenn sie als Partei einen ihnen abgetretenen Anspruch geltend machen.

Bei den Zivilgerichten können Antidiskriminierungsverbände nur in Verfahren vor den Amtsgerichten als **Beistände** auftreten, ausgenommen Verfahren in Familiensachen (§ 78 ZPO).

Bei den Arbeits- und den Verwaltungsgerichten sind sie bei Verfahren erster Instanz als Beistände zugelassen (§ 11 ArbGG, § 67 VwGO), bei den Sozial- und Finanzgerichten bei Verfahren der ersten und zweiten Instanz (§§ 73, 166 SGG, §§ 62, 62a FGO).

Die Beschränkung der Antidiskriminierungsverbände auf eine Beistandsrolle in Verfahren ohne Anwaltszwang ist mit Art. 7 Abs. 2 der Antirassismus-RL, Art. 9 Abs. 2 der Rahmen-RL, Art. 6 Abs. 3 der geänderten Gender-RL und Art. 8 Abs. 3 der Gendergleichbehandlungs-RL nicht vereinbar. Diese Vorschriften verlangen die prozessrechtliche Einbeziehung der betroffenen Verbände in sämtlichen möglichen Gerichts- und Verwaltungsverfahren („any judicial and/or administrative procedure“ bzw. „toute procédure judiciaire et/ou administrative“)⁴⁵.

Die Rolle des Beistands ist im Übrigen keine effektive Umsetzung, denn der Beistand kann nur in der mündlichen Verhandlung tätig werden und ist an das Verhalten der Partei gebunden. Sobald diese den Gerichtssaal verlässt, verliert der Beistand seine prozessualen Rechte. Damit ist die „kleine Beistandslösung“ des § 23 Abs. 2 AGG ist deshalb mit den Vorgaben der Richtlinien nicht zu vereinbaren.

⁴⁵

Kocher, JZ 2005, 518, 519.