

Karl Riesenhuber (Hrsg.)
**Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz –
Grundsatz- und Praxisfragen**

Praxishefte
zum
Europäischen Privatrecht

Heft 2



De Gruyter Recht · Berlin

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz – Grundsatz- und Praxisfragen

Karl Riesenhuber (Hrsg.)



RECHT

De Gruyter Recht · Berlin

Ⓢ Gedruckt auf säurefreiem Papier,
das die US-ANSI-Norm über Haltbarkeit erfüllt.

ISBN 978-3-89949-445-7

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen
Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© Copyright 2007 by De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, D-10785 Berlin

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung
außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages
unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen,
Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany
Satz: DTP Johanna Boy, Brennbreg
Druck und buchbinderische Verarbeitung: AZ Druck und Datentechnik, Kempten

Inhaltsübersicht

1. Teil: Grundlagen und Übersicht	1
§ 1 Diskriminierungsverbote im Privatrecht: Europarechtliche Grundlagen <i>Karl Riesenhuber</i>	3
§ 2 Das AGG – Grundstrukturen und Richtlinienkonformität <i>Dagmar Schiek</i>	37
§ 3 Die Rechtsdurchsetzung nach dem AGG <i>Eva Kocher</i>	55
2. Teil: Diskriminierungsverbote in einzelnen Rechts- und Lebensbereichen	77
§ 4 Die Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf das Arbeitsrecht <i>Robert v. Steinau-Steinrück</i>	79
§ 5 Die Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf das Mietrecht <i>Marlene Schmidt</i>	95
§ 6 Die Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes im Freizeitbereich <i>Felix Weltri</i>	121

Autorenverzeichnis

<i>Eva Kocher</i>	Dr. iur., Privatdozentin an der Universität Hamburg
<i>Karl Riesenhuber</i>	Dr. iur., Professor an der Ruhr-Universität Bochum
<i>Dagmar Schiek</i>	Dr. iur., Professorin an der University of Leeds (UK)
<i>Marlene Schmidt</i>	Dr. iur., Privatdozentin an der Johann Wolfgang Goethe-Universität, Frankfurt am Main
<i>Robert v. Steinau-Steinrück</i>	Dr. iur., Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin
<i>Felix Welti</i>	Dr. iur., Privatdozent an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

1. Teil

Grundlagen und Übersicht

§ 1 Diskriminierungsverbote im Privatrecht: Europarechtliche Grundlagen*

Karl Riesenhuber

Übersicht

I.	Einführung	5
II.	Diskriminierungsverbote im Europäischen Privatrecht	6
1.	Primärrechtliche Grundlagen.	6
a)	Der Lohngleichbehandlungsgrundsatz des Art. 141 EG	6
b)	Die Grundfreiheiten als Diskriminierungsverbote	6
c)	Das allgemeine Verbot der Nationalitätendiskriminierung des Art. 12 EG	7
d)	Die Kompetenzgrundlage des Art. 13 EG	8
e)	Der Gleichbehandlungsgrundsatz als Allgemeiner Rechtsgrundsatz. .	8
2.	Ausgangspunkt der Rechtsangleichung im Bereich der arbeitsrechtlichen Verbote der Geschlechtsdiskriminierung.	8
a)	Die Gleichbehandlungsrichtlinie Lohn	8
b)	Die Gleichbehandlungsrichtlinie Arbeitsbedingungen	9
c)	Die Beweislastrichtlinie.	9
3.	Die neue Generation von Diskriminierungsverboten: Verbot weiterer Diskriminierungsmerkmale	10
a)	Die „Rassendiskriminierungsrichtlinie“	10
b)	Die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie	10
4.	Das Verbot der Geschlechtsdiskriminierung im Europäischen Vertragsrecht	11
5.	Partielle Konsolidierung im Bereich der arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbote	12
6.	Exkurs: Flankierende Regelungen im Europäischen Arbeitsrecht	12
III.	Schutzzinstrumente des Europäischen Antidiskriminierungsrechts – Überblick	13
1.	Der Gleichbehandlungsgrundsatz	13
a)	Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung	14
b)	Belästigung und Anweisung zur Diskriminierung	15
2.	Rechtfertigungstatbestände	15
a)	Rechtfertigung i.e.S.	15
aa)	Diskriminierungen im Bereich des Arbeitslebens	15

* Für seine gedankenreiche Unterstützung bei der Vorbereitung des Beitrags, Anregungen und Diskussionen danke ich Herrn wiss. Mit. Referendar *Frank Rosenkranz*.

	bb) Diskriminierung beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen	16
	b) Positive Maßnahmen	16
3.	Rechtsdurchsetzung	17
	a) Sanktionen	17
	b) Rechtsschutz: Zugang zu Gerichten und Behörden	18
	c) Beweislast	18
	d) Benachteiligungsverbot	19
	e) Gleichstellungsbehörde	19
	f) Rechte von Organisationen	19
IV.	Europarechtsdogmatische und methodische Fragen	20
1.	Grundsatz: Keine unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinien im Privatrechtsverhältnis	20
2.	Richtlinienkonforme Rechtsfindung	22
	a) Umsetzungsdefizite im AGG	22
	b) Die Bindung der Gerichte zur richtlinienkonformen Rechtsfindung	23
	c) Die Grenzen der richtlinienkonformen Rechtsfindung	24
	d) Zum Beispiel: <i>v. Colson und Kamann</i>	25
3.	Unmittelbare Wirkung primärrechtlicher Diskriminierungsverbote?	26
	a) Einführung	26
	b) Die Entscheidung <i>Mangold</i>	26
	c) Entscheidungsanalyse: Primärrechtliches Verbot der Altersdiskriminierung	27
	d) Rückzug des EuGH	29
4.	Umsetzungsgebote, insbesondere nicht-spezifizierte Rechtsfolgen	29
	a) Nicht-spezifizierte Rechtsfolgenanordnungen	29
	b) Die Umsetzungsgebote	31
	aa) Der Äquivalenzgrundsatz	31
	bb) Der Effektivitätsgrundsatz	32
	c) Zum Beispiel: von <i>v. Colson und Kamann</i> bis <i>Draempael</i>	33
5.	Überschießende Umsetzung	35
	a) Die Auslegung überschießenden Umsetzungsrechts	35
	b) Vorlagefähigkeit im Hinblick auf überschießendes Umsetzungsrecht	36

I. Einführung

Mit dem AGG sind Diskriminierungsverbote zentraler Bestandteil des Privatrechts geworden. Allerdings ist es keineswegs so, dass es im bisherigen deutschen Privatrecht keine Diskriminierungsverbote gegeben hätte, sie ließen sich insbesondere über die mittelbare Einwirkung der Grundrechte in das Privatrecht begründen. Und der Gedanke, dass der willkürliche Rückzug vom öffentlichen Angebot als sittenwidrige Herabsetzung zu beurteilen sein kann, findet sich ebenfalls bereits seit längerem in der deutschen Rechtsprechung und Literatur.¹

Diskriminierungsverbote waren indes bislang punktuelle Eingriffe in die Privatautonomie. Ausgehend vom Grundsatz der Privatautonomie, der die Freiheit zu diskriminieren mit umfasst,² war die Diskriminierung bislang nicht eigens und nicht als solche verboten, sondern im Wesentlichen nur *als sittenwidriges Verhalten oder Persönlichkeitsverletzung* mit einer rechtsgeschäftlichen Nichtigkeitsfolge und einem deliktischen Ersatzanspruch bewehrt. Mit dem AGG ändert sich das jetzt. Der Unterschied ist durchaus qualitativ erheblich. Diskriminierung wird als solche verboten, und zwar durch ein plakatives Gesetz. Die Diskriminierungstatbestände sind – im Anschluss an die vorbestehende Dogmatik des Arbeitsrechts – im Einzelnen ausgeformt. Die Rechtsdurchsetzung wird durch eine Beweislastumkehr, die Tätigkeit einer Gleichstellungsbehörde sowie durch Rechte privater Organisationen verstärkt.

Damit steht die Praxis vor einer neuen Rechtslage, die in ihrer Reichweite und ihren Auswirkungen den Änderungen des Bürgerlichen Rechts durch die Schuldrechtsmodernisierung von 2002 sicher in nichts nachsteht. Mag das Gesetz wegen seiner sachlichen Geschlossenheit und seiner speziellen Normierung auch als weitgehend gesondert erscheinen, so sind doch seine allesdurchdringenden Wirkungen nicht zu unterschätzen.³ Mit der Schuldrechtsmodernisierung teilt das neue Gesetz zudem den europarechtlichen Hintergrund. Dieser wird, wie die Erfahrung zeigt, oft unterschätzt, ungeachtet seiner potentiell außerordentlichen Hebelwirkung.

¹ Eingehend *Riesenhuber*, Rechtsangleichung: Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie, in: *Riesenhuber/Nishitani* (Hrsg.), *Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie* (in Vorbereitung für 2007), § 2.

² *Neuner*, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, JZ 2003, 57, 59. S.a. *Picker*, Antidiskriminierungsprogramme im freiheitlichen Privatrecht, in: E. Lorenz (Hrsg.) *Karlsruher Forum 2004: Haftung wegen Diskriminierung*, Karlsruhe 2005, S. 43–54.

³ S. exemplarisch die Beiträge von *v. Steinau-Steinrück*, *M. Schmidt*, und *Welti* im nachfolgenden 2. Teil, §§ 4–6.

II. Diskriminierungsverbote im Europäischen Privatrecht

Diskriminierungsverbote sind im Europäischen Privatrecht keine Neuheit. Im Gegenteil gehören sie geradezu zu den Grundlagen des Europäischen Rechts. Geändert hat sich freilich im Laufe der Entwicklung das *telos* der Diskriminierungsverbote. Stand am Anfang der wirtschaftliche Aspekt der Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen im Vordergrund, so geht es in jüngerer Zeit um den gesellschaftlichen (sozialen) Zweck des Schutzes von Grundrechten.⁴

1. Primärrechtliche Grundlagen

a) Der Lohngleichbehandlungsgrundsatz des Art. 141 EG

Das zeigt sich besonders in den primärrechtlichen Grundlagen.⁵ Hervorzuheben ist hier zuerst der arbeitsrechtliche Lohngleichbehandlungsgrundsatz des Art. 141 EG, der bereits im römischen EWG-Vertrag von 1957 als Art. 119 enthalten war. Die auch zwischen Privaten unmittelbar anwendbare Vorschrift verbietet die Lohndiskriminierung wegen des Geschlechts. In den EWG-Vertrag war die Vorschrift aufgenommen worden, weil das französische Recht Entsprechendes schon bestimmte und Frankreich ohne die Erstreckung auf alle Mitgliedstaaten einen Standortnachteil im Wettbewerb besorgte.⁶

b) Die Grundfreiheiten als Diskriminierungsverbote

Geht man weiter vom Speziellen zum Allgemeinen vor, so enthalten zweitens die Grundfreiheiten – Warenverkehr, Dienstleistung, Arbeitnehmerfreizügigkeit, Niederlassung, Kapital – auch Diskriminierungsverbote.⁷

⁴ Vgl. die Begründung zum Vorschlag für die spätere Richtlinie 2004/113, KOM(2003) 657 endg., S. 2.

⁵ Dazu auch Schiek-Schiek, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) (2007), Einl. AGG Rn. 24–27.

⁶ Preis/Mallossek, in: Oetker/Preis (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (EAS) (Stand März 2007) B 4000 Rn. 5; von der Groeben/Schwarze-Rust, EUV/EGV – Kommentar, Bd. 1 (6. Aufl. 2003), Art. 141 EG Rn. 5; Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (1996), S. 89 f.

⁷ Ehlers, Allgemeine Lehren, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten (2. Aufl. 2005), § 7 Rn. 2 ff.

Als Beispiel mag wiederum das Arbeitsrecht dienen. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit umfasst nach Art. 39 Abs. 2 EG „die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen“. ⁸ Dieses Diskriminierungsverbot richtet sich freilich zuerst an Mitgliedstaaten und Gemeinschaft. Indes hat der Europäische Gerichtshof ihm im Fall *Angonese* darüber hinaus eine unmittelbare Drittwirkung auch zwischen Privaten beigelegt und daher einen nur lokal erhältlichen Mehrsprachigkeitsnachweis als unzulässiges Einstellungskriterium angesehen. ⁹

*c) Das allgemeine Verbot der Nationalitätsdiskriminierung
des Art. 12 EG*

Schließlich sei das allgemeine Verbot der Nationalitätsdiskriminierung hervorgehoben, das Art. 12 EG begründet. Freilich kommt dem allgemeinen Gebot neben den speziellen Gewährleistungen durch die Grundfreiheiten nur eine untergeordnete Rolle zu; es ist subsidiär gegenüber den „besonderen Bestimmungen“ des EG-Vertrags. ¹⁰ In der Rechtsprechung spielt es daher keine hervorgehobene Rolle. Ob auch Art. 12 EG zwischen Privaten unmittelbar anwendbar ist, ist zudem umstritten. ¹¹

⁸ Streinz-Franzen, EUV/EGV – Kommentar (2003), § 39 EG Rn. 83 ff.; eingehend Hanau/Steinmeyer/Wank-Hanau, Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts (2002), § 15 Rn. 148–232.

⁹ EuGH v. 6.6.2000 – Rs. C-281/98 *Angonese*, Slg. 2000, I-4139. Kritisch Riesenhuber, Europäisches Vertragsrecht (2. Aufl. 2006), Rn. 100 f.

¹⁰ Vgl. EuGH v. 12.5.1998 – Rs. C-336/96 *Gilly*, Slg. 1998, I-2793 Rn. 37; Schwarze-Holoubek, EUV/EGV – Kommentar (2000), Art. 12 EG Rn. 8.

¹¹ Riesenhuber (Fn. 9), Rn. 100 f.; für eine (nur) mittelbare Drittwirkung Schwarze-Holoubek, (Fn. 10) Art. 12 EG Rn. 14, 25–27; von der Groeben/Schwarze-Zuleeg (Fn. 6), Art. 12 Rn. 17; Calliess/Ruffert-Epinay, EUV/EGV – Kommentar (2. Aufl. 2002), Art. 12 EG Rn. 19; wohl auch Streinz-Streinz (Fn. 8), Art. 12 EG Rn. 39 (aber mit Hinweis auf die *Angonese*-Rechtsprechung); grundsätzlich für eine unmittelbare Drittwirkung Grabitz/Hilf-v. Bogdandy, Bd. 1 (Stand 10/2006), Art. 12 Rn. 26–28, allerdings mit der Einschränkung, die Vertragsabschlussfreiheit bleibe davon wegen ihrer fundamentalen Bedeutung unberührt (nur Art. 82 EG).

d) Die Kompetenzgrundlage des Art. 13 EG

Nicht als eigenständiges Diskriminierungsverbot, aber als Kompetenzgrundlage und als Ausdruck des Prinzips der Gleichbehandlung spielt schließlich auch Art. 13 EG eine – freilich beschränkte – Rolle.¹² Die Vorschrift ermächtigt den Rat „geeignete Vorkehrungen [zu] treffen, um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen“.

e) Der Gleichbehandlungsgrundsatz als Allgemeiner Rechtsgrundsatz

Die Gesamtheit der primärrechtlichen Einzelregelungen begründet ein verhältnismäßig dichtes, wenn auch nicht systematisch geordnetes oder lückenloses Netz von Diskriminierungsverboten. Der EuGH spricht deswegen öfter vom Gleichbehandlungsgrundsatz als Allgemeinem Grundsatz des Primärrechts.¹³ Praktische Folgen hat er daran freilich – sieht man von einer später (IV.3.) erörterten Ausnahme ab – bislang nicht geknüpft. Der Topos vom Allgemeinen Grundsatz wird eher als eine Art Argumentationshilfe herangezogen.¹⁴

*2. Ausgangspunkt der Rechtsangleichung im Bereich
der arbeitsrechtlichen Verbote der Geschlechtsdiskriminierung*

a) Die Gleichbehandlungsrichtlinie Lohn

Von hier ausgehend hat die Gemeinschaft aber auch im Wege der eigenen sekundärrechtlichen Rechtsetzung Diskriminierungsverbote begründet bzw.

¹² Dazu eingehend und treffend GA *Geelhoed*, Schlussanträge v. 16.3.2006 – Rs. C-13/05 *Chacón Navas*, Slg. 2006, I-6467 Rn. 46–56; s. auch GA *Mazák*, Schlussanträge v. 15.2.2007 – Rs. C-411/05 *Palacios de la Villa*, (noch nicht in Slg.) Rn. 95, 138.

¹³ S. nur EuGH v. 11.7.2006 – Rs. C-13/05 *Chacón Navas*, Slg. 2006, I-6467 Rn. 55 f.; EuGH v. 22.11.2005 – Rs. C-144/04 *Mangold*, Slg. 2005, I-9981 Rn. 74 ff. Dazu GA *Mazák*, Schlussanträge v. 15.2.2007 – Rs. C-411/05 *Palacios de la Villa*, (noch nicht in Slg.) Rn. 87 ff.

¹⁴ S.a. *Domröse*, Krankheitsbedingte Kündigung als Verstoß gegen das Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung in Beschäftigung und Beruf?, NZA 2006, 1320, 1323 f.

ausgestaltet. Ausgangspunkt für die Rechtsetzungstätigkeit war aus nahe liegenden Gründen das Verbot der Geschlechtsdiskriminierung im Bereich des Lohns. Die Richtlinie 75/117/EWG¹⁵, wie schon die Bezeichnung erkennen lässt aus dem Jahr 1975, gestaltet das primärrechtliche Diskriminierungsverbot des Art. 141 EG näher aus. Die Umsetzung erfolgte in Deutschland durch § 612 Abs. 3 BGB a.F.

b) Die Gleichbehandlungsrichtlinie Arbeitsbedingungen

Über den Bereich des Lohns hinaus geht die bald darauf folgende Richtlinie 76/207/EWG¹⁶. Sie erstreckt das Verbot der Geschlechtsdiskriminierung nun auch auf den Bereich der Arbeitsbedingungen. Die Umsetzung erfolgte in Deutschland durch den früheren § 611a BGB. Hier tat sich der Gesetzgeber vor allem mit der Bewehrung des Diskriminierungsverbots schwer und hatte mehrfach Anlass zur Nachbesserung aufgrund von Vorgaben des EuGH (s. noch unten, IV.4.).

c) Die Beweislastrichtlinie

Weitere Richtlinien haben diese Diskriminierungsverbote im Folgenden ergänzt, teilweise auch als Reaktion auf die Rechtsprechung des EuGH¹⁷. Hervorhebung verdient die Beweislastrichtlinie 97/80/EG¹⁸. Für den Bereich der arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbote bezweckt sie eine Effektuierung des Gleichbehandlungsgrundsatzes durch eine Beweiserleichterung. Wenn ein vermeintliches Diskriminierungsopfer im behördlichen oder gerichtlichen Verfahren Tatsachen glaubhaft macht, die das Vorliegen einer Diskriminierung vermuten lassen, obliegt es dem angeblichen Diskriminanten, zu beweisen, dass keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorgelegen hat (s. noch unten, III.3.c)).

¹⁵ Richtlinie 75/117/EWG des Rates vom 10.2.1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen, ABl. 1975 L 45/19.

¹⁶ Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9.2.1976 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. 1976 L 39/40.

¹⁷ So insbesondere zur Beweislast; s. EuGH v. 27.10.1993 – Rs. C-127/92 *Enderby*, Slg. 1993, I-5535 Rn. 13 f.

¹⁸ Richtlinie 97/80/EG des Rates vom 15.12.1997 über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, ABl. 1997 L 14/6.