

Alexander Klose
Binger Straße 71
14197 Berlin
0049 (030) 7972530
alexander.klose@fu-berlin.de

Stellungnahme

zum Kommissionsentwurf für eine neue europäische

Antidiskriminierungsrichtlinie

im Auftrag des Deutschen Gewerkschaftsbundes

(Stand: April 2009)

Alexander Klose ist wissenschaftlicher Geschäftsführer am Law & Society Institute der Humboldt Universität (LSI Berlin). Das Antidiskriminierungsrecht gehört zu den Schwerpunkten seiner Forschungstätigkeit, deren Ergebnisse er u.a. in *Rudolf/Mahlmann* (Hrsg.), Gleichbehandlungsrecht, Handbuch, Baden-Baden: 2007 und *Däubler/Bertzbach* (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Handkommentar, Baden-Baden: 2. Auflage 2008 veröffentlicht hat. Im Jahr 2006 hatte er Gelegenheit, an der von der EU-Kommission in Auftrag gegebenen „Mapping-Studie“ mitzuwirken, die der Vorbereitung des jetzt vorgelegten Richtlinienentwurfs diente.

A.	EINLEITUNG	3
B.	ZUR STRUKTUR DES EUROPÄISCHEN GLEICHBEHANDLUNGSRECHTS..	3
I.	Allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz.....	3
II.	Besonderes Gleichbehandlungsrecht	4
III.	Defizite der bisherigen Struktur.....	5
C.	DER RICHTLINIENENTWURF, KOM (2008) 426.....	7
I.	Zweck der Richtlinie (Art. 1).....	7
	1. Zu den einzelnen Merkmalen.....	7
	2. Neue Lücke: Das Merkmal Geschlecht	9
II.	Begriff der Diskriminierung (Art. 2)	10
	1. Formen der Diskriminierung.....	10
	2. Rechtfertigungsgründe.....	11
III.	Geltungsbereich (Art. 3).....	13
	1. Erfasste Lebensbereiche	13
	2. Ausnahmen	14
IV.	Gleichbehandlung von Menschen mit Behinderung (Art. 4)	16
V.	Weitere Regelungen (Art. 5 ff.)	17
D.	AUSWIRKUNGEN AUF DAS DEUTSCHE RECHT	18
I.	Begriffsbestimmungen (§ 3 AGG).....	18
II.	Erweiterung des Maßregelungsverbots (§ 16 AGG).....	18
III.	Einbeziehung des Merkmals „Weltanschauung“ (§ 19 ff. AGG)	19
IV.	Beschränkung auf Massengeschäfte (§ 19 Abs. 1 AGG)	20
V.	Sonderegelung für Wohnungsmietverträge (§ 19 Abs. 3 AGG)	20
VI.	Familien- und erbrechtliche Schuldverhältnisse (§ 19 Abs. 4 AGG)	21
VII.	Besonderes Nähe- und Vertrauensverhältnis (§ 19 Abs. 5 AGG).....	21
VIII.	Zulässige unterschiedliche Behandlung gem. § 20 Abs. 1 AGG	21
IX.	Ausnahme für Versicherungen (§ 20 Abs. 2 S. 3 AGG)	22
X.	Legaldefinition der Antidiskriminierungsverbände (§ 23 Abs. 1 AGG).....	23
XI.	Schaffung „angemessener Vorkehrungen“	23
E.	ZUSAMMENFASSUNG UND ABSCHLIEßENDE BEWERTUNG	24

A. Einleitung

Am 2. Juli 2008 hat die EU-Kommission ihren Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, KOM (2008) 426, vorgelegt. Ziel des Entwurfs ist es, auch außerhalb von Beschäftigung und Beruf ein einheitliches Schutzniveau für Personen festzulegen, die Opfer entsprechender Diskriminierungen sind. Der Geltungsbereich der Richtlinie soll daher neben den Bereichen Sozialschutz, soziale Vergünstigungen und Bildung auch den Zugang zu Gütern und Dienstleistungen erfassen.

Zunächst soll geprüft werden, ob sich die geplante Richtlinie in die bestehende Struktur des Europäischen Gleichbehandlungsrechts einpasst. Deren Fundament bildet der Allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz, der zu den Grundprinzipien des Gemeinschaftsrechts zählt. Er wird konkretisiert durch die bereits bestehenden speziellen Diskriminierungsverbote und ihre prozeduralen und institutionellen Annexnormen im Primär- und Sekundärrecht. Geprägt durch die Rechtsprechung des EuGH hat sich so ein differenziertes Gleichstellungsregime entwickelt, in das sich die Neuregelung einzufügen hat [Abschnitte B und C].

In einem zweiten Schritt ist dann der Frage nachzugehen, welche Bedeutung die geplante Richtlinie für das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) hat. Der Schwerpunkt wird dabei im dritten Abschnitt des Gesetzes liegen, das den Schutz vor Benachteiligungen im Zivilrechtsverkehr regelt. Hier ist zu berücksichtigen, dass Diskriminierungen aus den im Richtlinienentwurf genannten Gründen im deutschen Recht bisher nur unter bestimmten Voraussetzungen (etwa bei sog. „Massengeschäften“) bzw. überhaupt nicht (aus Gründen der „Weltanschauung“) verboten sind. Ein besonderes Augenmerk ist schließlich auf den Zugang zu Wohnraum zu legen, der nicht nur in der Praxis sondern auch in der rechtspolitischen Diskussion eine große Rolle spielt [Abschnitt D].

B. Zur Struktur des europäischen Gleichbehandlungsrechts

I. Allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz

Da dem Gemeinschaftsrecht bis heute eine geschriebene Grundrechtsordnung fehlt, wie sie z.B. das Grundgesetz in den Art. 1-19 GG enthält,¹ wurde eine vergleichbare Unionsgrund-

¹ Die noch nicht in Kraft getretene EU-Grundrechtecharta enthält in Art. 21 Abs. 1 ein Verbot der Diskriminierung „insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung“.

rechtsordnung vom Europäischen Gerichtshof unter Rückgriff auf die gemeinsame Verfassungstradition der Mitgliedstaaten und völkerrechtliche Bindungen im Rahmen seiner Rechtsprechung entwickelt. Zu diesen **Unionsgrundrechten** zählt auch der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz: „Danach dürfen vergleichbare Lagen nicht unterschiedlich behandelt werden, soweit eine Differenzierung nicht objektiv gerechtfertigt ist.“² Anders als die speziellen Diskriminierungsverbote (dazu sogleich) ist der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz nicht auf bestimmte Merkmale oder Lebensbereiche beschränkt, sondern gilt **für jede ungerechtfertigte Ungleichbehandlung**.³ Zur Rechtfertigung können – jedenfalls dort, wo spezielle Vorschriften fehlen – alle möglichen Gründe herangezogen werden, die sich jedoch ihrerseits am Verhältnismäßigkeitsprinzip messen lassen müssen, also eine legitime Zielsetzung aufweisen, zur Erreichung dieses Ziels geeignet, auch unter Berücksichtigung weniger belastender Alternativen erforderlich und schließlich nach Abwägung zwischen Zielsetzung und Belastung für den von der Regelung Betroffenen angemessen sein müssen.⁴ In diesem Umfang sind Diskriminierungen im Grundsatz auch dort verboten sind, wo spezielle Regelungen nicht bzw. noch nicht geschaffen wurden.⁵

II. Besonderes Gleichbehandlungsrecht

Als Ausprägung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes dient das besondere Gleichbehandlungsrecht dessen Konkretisierung und Verwirklichung. Die primär- und sekundärrechtlichen Regelungen enthalten nicht nur ein **nach Merkmalen und Lebensbereichen differenziertes System von Rechtfertigungsgründen** sondern auch prozedurale und institutionelle Vorschriften, die der **praktischen Durchsetzung** des Gleichbehandlungsrechts dienen.

So genügt es für die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung wegen der **sexuellen Ausrichtung** im Arbeitsleben nicht, dass der Benachteiligte sich auf (irgendeinen) sachlichen Grund berufen kann. Eine Ungleichbehandlung kann hier nach Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG nur durch „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen“ gerechtfertigt werden, wozu die sexuelle Ausrichtung z.B. bei der Beratungstätigkeit für einen Schwulen- oder Lesbenverband zählen kann. Nicht gerechtfertigt wäre dagegen die Kündigung eines Transsexuel-

² EuGH, Rs. C-147/79 (Hochstrass).

³ Zum Sprachgebrauch: Im Folgenden wird der Begriff „Ungleichbehandlung“ als Oberbegriff verwandt. „Diskriminierungen“ bezeichnen dagegen Ungleichbehandlungen, die nicht gerechtfertigt sind.

⁴ Mahlmann in: Rudolf/Mahlmann (Hrsg.), Gleichbehandlungsrecht, § 3 Rz. 38ff..

⁵ „Das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters ist somit als ein allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts anzusehen.“ EuGH, Rs. C-144/94 (Mandold), Rz. 75. Zur Bedeutung der Entscheidung ausführlich: Poloczek, Altersdiskriminierung im Licht des Europarechts, 2007, S. 119ff..

len im Hinblick auf das äußere Erscheinungsbild des Unternehmens. Dagegen bleibt es nach Art. 6 RL 2000/78/EG für Ungleichbehandlungen wegen des **Alters** – mit Rücksicht auf den besonders weiten Anwendungsbereich des Merkmals – bei den allgemeinen (geringeren) Anforderungen an eine Rechtfertigung. Eine Zwischenstellung nimmt die spezielle Rechtfertigungsmöglichkeit in Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG ein. Danach können Ungleichbehandlungen wegen der **Religion oder Weltanschauung** im Bezug auf die berufliche Tätigkeit innerhalb von Kirchen und vergleichbaren Organisationen gerechtfertigt sein, wenn die Religion oder Weltanschauung nach der Art der Tätigkeit oder der Umstände ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Organisation darstellt.

Zur praktischen Durchsetzung der Diskriminierungsverbote schreiben die Richtlinien weitgehend übereinstimmend Vertretungs-, Beteiligungs- und Unterstützungsrechte von **Antidiskriminierungsverbänden**, die Erleichterung der **Beweislast** und **Maßregelungsverbote** vor. Differenzierte Regelungen finden sich zur Frage von **Rechtsfolgen und Sanktionen**. Nur für die Merkmale Geschlecht, „Rasse“ und ethnische Herkunft haben die Mitgliedstaaten schließlich **unabhängige Stellen** einzurichten, die Betroffene bei der Wahrnehmung ihrer Rechte unterstützen, wissenschaftliche Untersuchungen durchführen sowie Berichte und Empfehlungen vorlegen sollen.

III. Defizite der bisherigen Struktur

Während die zuvor genannten Differenzierungen nach Merkmalen und Lebensbereichen (zumindest im Grundsatz) sachlich begründbar sind, weist das europäische Gleichbehandlungsrecht darüber hinaus **Lücken** auf, die sich nur aus **seiner rechtspolitischen Entwicklung** heraus erklären lassen. Ausschlaggebend ist der unterschiedliche Ansatz, der mit den RL 2000/43/EG und 2000/78/EG verfolgt wurde. Während die sog. Rahmenrichtlinie (RL 2000/78/EG) einem „**vertikalen**“ Ansatz folgt und (für die Merkmale Religion und Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Ausrichtung) lediglich das „Arbeitsleben“ erfasst, ist die „Antirassismus-Richtlinie“ (RL 2000/43/EG) mit ihrem „**horizontalen**“ Ansatz darüber hinaus auf weitere Lebensbereiche (Sozialschutz, Bildung, Güter und Dienstleistungen) anwendbar. Bei den zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Mann und Frau erlassenen Richtlinien fehlen spezielle Regelungen in den Bereichen Medien, Werbung und vor allem Bildung. Einen Überblick über den Anwendungsbereich des geltenden Richtlinienbestandes und seine (grau unterlegten) Leerstellen bietet die folgende Tabelle:

Merkmal Lebensbereich	„Rasse“ / ethnische Herkunft	Geschlecht	Religion / Weltan- schauung, Behinderung, Alter, sexuelle Ausrich- tung
Arbeitsleben	RL 2000/43/EG	RL 75/117/EWG RL 76/207/EWG i.d.F. v. RL 86/613/EWG RL 2002/73/EG RL 2006/54/EG	RL 2000/78/EG
Sozialschutz / Soziale Vergünstigungen	RL 2000/43/EG	RL 79/7/EWG RL 86/378/EWG RL 86/613/EWG	
Bildung	RL 2000/43/EG		
Güter und Dienstleis- tungen, die der Öffent- lichkeit zur Verfüg- ung stehen	RL 2000/43/EG	RL 2004/113/EG (nicht für den Inhalt von Me- dien und Werbung)	

Auch wenn diese Lücken im besonderen Gleichbehandlungsrechts angesichts der umfassenden Geltung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht zur Folge haben, dass Ungleichbehandlungen, etwa aufgrund der sexuellen Ausrichtung im Bereich Güter und Dienstleistungen schlechthin zu lässig wären, führen sie zu **wenig überzeugenden Konsequenzen**. So wäre die Diskriminierung eines Bewerbers um eine Mietwohnung wegen seiner sexuellen Ausrichtung im Grundsatz zwar ebenso verboten wie dessen Diskriminierung wegen seiner ethnischen Herkunft oder seines Geschlechts, doch nur im Hinblick auf die zuletzt genannten Merkmale garantiert ihm das Gemeinschaftsrecht bei der Rechtsdurchsetzung eine Erleichterung der Beweislast, die Unterstützung durch Antidiskriminierungsverbände oder eine unabhängige mit der Förderung der Gleichbehandlung befasste Stelle. Diese Hierarchisierung der in Art. 13 EGV genannten Merkmale ist **aus sich heraus nicht begründbar**. Sie steht vielmehr im Widerspruch zu den völkerrechtlichen Diskriminierungsverboten und führt – insbesondere bei der Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung – zu eklatanten Rechtsschutzlücken.⁶

⁶ „Grundsätzlich gibt es keinen Grund, nur Rasse und ethnische Herkunft einer horizontalen Regelung zuzuführen.“ (Mahlmann in: Rudolf/Mahlmann (Hrsg.), Gleichbehandlungsrecht, § 3 Rz. 96).

C. Der Richtlinienentwurf, KOM (2008) 426

Der Richtlinienentwurf knüpft an die auf Grundlage von Art. 13 EGV erlassenen Richtlinien RL 2000/43/EG, RL 2000/78/EG, RL 2002/73/EG und RL 2004/113/EG an. Er ist Ergebnis umfangreicher Vorarbeiten, zu denen sowohl wissenschaftliche Studien als auch öffentliche Anhörungen und Konsultationen gehörten.⁷

I. Zweck der Richtlinie (Art. 1)

Zweck der Richtlinie ist die Bekämpfung von Diskriminierungen aus Gründen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung außerhalb von Beschäftigung und Beruf. Damit soll der in Form von RL 2000/78/EG bestehende Rahmen für das Verbot von Diskriminierungen aus den genannten Gründen ergänzt und ein einheitliches Mindestschutzniveau auf europäischer Ebene geschaffen werden. Die Richtlinie ist damit darauf angelegt, die oben aufgezeigten Lücken der bestehenden Struktur des europäischen Gleichbehandlungsrechts zu schließen.

1. Zu den einzelnen Merkmalen

Im Folgenden sollen die vom Richtlinienentwurf erfassten Merkmale kurz erläutert werden, da auch die vorliegende Entwurfsbegründung auf eine Definition verzichtet:

Mit dem Merkmal **Religion** sind nicht nur die „großen Weltreligionen“ und ihre internen Untergliederungen sondern auch jede andere „umfassende, subjektiv die Persönlichkeit wesentlich ergreifende Vorstellung vom Sinn des Ganzen der Welt und der Existenz der Menschen, die durch transzendente Bezüge gekennzeichnet ist“⁸ erfasst. Damit kommt es entscheidend nicht auf Organisiertheit⁹, Gottesbegriff oder Handlungsgebote an, wohl aber auf den Bezug auf ein irgendwie konzipiertes Göttliches an.

⁷ 2004: Grünbuch der Kommission „Gleichstellung sowie Bekämpfung von Diskriminierungen in einer erweiterten europäischen Union; 2005: Rahmenstrategie der Kommission zu Nichtdiskriminierung und Chancengleichheit; 2006: „Mapping-Studie“ zu bestehenden, über die EU-Anforderungen hinausgehenden nationalen Maßnahmen und deren Auswirkungen; 2008: EPEC-Studie über Art, Ausmaß, individuelle und gesellschaftliche Kosten von Diskriminierung. An den öffentlichen Anhörungen und Online-Konsultationen beteiligten sich fast 5000 Bürger_innen und knapp 500 Organisationen.

⁸ In Anknüpfung an die Rechtsprechung des BVerfG: Mahlmann in: Rudolf/Mahlmann (Hrsg.), Gleichbehandlungsrecht, § 3 Rz. 98.

⁹ So aber Däubler in: Däubler/Bertzbach (Hrsg.), AGG, § 1 Rz. 54, der einen organisatorischen Zusammenhang fordert.

Die **Weltanschauung** unterscheidet sich nach deutschem Rechtsverständnis von der Religion dadurch, dass ihr die Transzendenz fehlt.¹⁰ Mit Verweis auf die anderen Sprachfassungen der Rahmenrichtlinie¹¹ wird demgegenüber versucht, ein weitergehendes Begriffsverständnis zu begründen, wonach letztlich jede „feste Überzeugung“ für die der Einzelne auch persönlich einzutreten bereit ist, erfasst sein soll.¹² Auf diese Weise sollen auch engagierte Tierschützer, überzeugte Vegetarier und Partei- oder Gewerkschaftsmitglieder in den Schutzbereich einbezogen werden, vorausgesetzt, sie treten auch persönlich für bestimmte Ziele der Organisation ein.¹³ Gegen ein so weites Begriffsverständnis spricht zunächst die systematische Stellung nicht nur in der GR-Charta (Art. 10) sondern auch in der EMRK (Art. 9), wo die Weltanschauung jeweils im Zusammenhang mit der Religion und nicht mit der Meinungsfreiheit (Art. 11 GR-Charta, Art. 10 EMRK) geregelt wird.¹⁴ Auch der Vergleich mit den anderen Diskriminierungsmerkmalen spricht dafür, nur Anschauungen zu schützen, die (in einer mit der Religion vergleichbaren Weise) fundamental die Persönlichkeit ausmachen.¹⁵ Schließlich ist daran zu erinnern, dass alle Sprachfassungen von Rechtstexten des Gemeinschaftsrechts in gleicher Weise verbindlich sind, so dass der Verweis auf den Wortlaut der Richtlinie in anderen Mitgliedstaaten nicht weiterhilft.¹⁶ Der Begriff der „Weltanschauung“ ist daher eng zu verstehen als „umfassendes, grundlegendes System von Überzeugungen, in deren Rahmen Fragen menschlicher Existenz interpretiert werden“, das aber auf innerweltliche Bezüge beschränkt ist.¹⁷ Politische Gesinnungen, z.B. die Forderung nach strengeren Zuwanderungsregelungen, sind damit nur dann erfasst, wenn sie von einer solchen Weltanschauung getragen werden.

Der EuGH vertritt einen weiten Begriff der **Behinderung**, wonach Einschränkungen erfasst sein sollen, die „insbesondere auf physische, geistige und psychische Beeinträchtigungen zu-

¹⁰ BAG, 5 AZB 21/94, NZA 1995, S. 823, 827.

¹¹ So spricht die englische Fassung von „religion or belief“ (die Umsetzungsnorm allerdings von „religious belief or similiar philosophical belief“), die französische von „les convictions“, die italienische von „le convinzioni personali“.

¹² Däubler in: Däubler/Bertzbach (Hrsg.), AGG, § 1 Rz. 69.

¹³ Däubler, a.a.O..

¹⁴ Mahlmann in Rudolf/Mahlmann (Hrsg.), Gleichbehandlungsrecht, § 3 Rz. 99.

¹⁵ Rudolf in: Rudolf/Mahlmann (Hrsg.), Gleichbehandlungsrecht, § 6 Rz. 43.

¹⁶ EuGH, Rs. C-29/69 (Stauder), Rz. 3.

¹⁷ Diese Voraussetzungen erfüllen etwa Atheismus, Agnostizismus, Humanismus aber auch vom Pazifismus, Marxismus, Anarchismus oder Sozialdarwinismus.

rückzuführen“ und wahrscheinlich „von langer Dauer“ sind.¹⁸ Umstritten ist zum einen die Abgrenzung zur (chronischen) Krankheit, die überzeugend wohl nur nach der Zielsetzung der Behandlung vorgenommen werden kann,¹⁹ zum anderen die Frage, ob auch Behinderungen mit Drittschädigungspotential (z.B. Kleptomanie) erfasst sind, was mit Verweis auf die Möglichkeiten der Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen in diesen Fällen zu bejahen ist (vgl. Art. 2 Abs. 5 RL 2000/78/EG). Im vergangenen Jahr hat schließlich der EuGH entschieden, dass das Verbot der unmittelbaren Diskriminierung in RL 2000/78/EG nicht auf Personen beschränkt ist, die selbst behindert sind, sondern auch den Fall erfasst, dass ein Arbeitnehmer **wegen der Behinderung seines Kindes**, für das er im Wesentlichen die erforderlichen Pflegeleistungen erbringt, benachteiligt wird.²⁰

Die **sexuelle Ausrichtung** umfasst jede Form menschlicher Sexualität, sei sie hetero-, homo-, bisexueller oder anderer Art. Auch hier ist eine Beschränkung des Begriffs auf nicht drittschädigende Verhaltensweisen nicht erforderlich, da die Ungleichbehandlung (z.B. Pädophiler beim Zugang zu bestimmten Berufen) ohne weiteres gerechtfertigt werden kann. Demgegenüber werden Ungleichbehandlungen aufgrund der Intersexualität oder Transsexualität vom (hier nicht geregelten) Merkmal Geschlecht erfasst (s.u.).

Anders als nach dem deutschen Sprachgebrauch vermutet werden könnte, ergibt sich aus der Systematik der RL 2000/78/EG, dass das Merkmal **Alter** jede Anknüpfung an das Lebensalter erfasst.²¹ Es weist insofern eine Sonderstellung auf, als dass jeder Mensch im Laufe seines Lebens verschiedene Ausprägungen des Merkmals durchläuft.

2. Neue Lücke: Das Merkmal Geschlecht

Die Bekämpfung von Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts gehört nicht zu den Zielen der geplanten Richtlinie. Diese – im Hinblick auf die oben aufgezeigten auch hier bestehenden Lücken (insbesondere im Bereich Bildung) – überraschende Entscheidung wird von der

¹⁸ EuGH, Rs. C-13/05 (Chacon Navas), Rz. 43ff.. Damit entspricht der gemeinschaftsrechtliche Behinderungsbegriff sowohl dem internationalen Behindertenbegriff („Zu den Menschen mit Behinderungen zählen Menschen, die langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können.“ Art. 1 Abs. 2 der UN-Behindertenrechtskonvention) als auch dem des § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX, auch wenn sich der EuGH nicht auf einen festen Zeitraum (im SGB IX: sechs Monate) festgelegt hat.

¹⁹ Preis/Wolf, Anmerkung zu EuGH, Rs. C-13/05 (Chacon Navas), EzA Richtlinie 2000/78 EG-Vertrag 1999 Nr. 1, so dass auch eine symptomlose HIV-Infektion als Behinderung einzustufen wäre.

²⁰ EuGH, Rs. C-303/06 (Coleman), Rz. 56.

²¹ Wäre nur das „hohe Alter“ erfasst, würde die in Art. 6 Abs.1 lit. b RL 2000/78/EG vorgesehene Möglichkeit einer Rechtfertigung von Benachteiligungen durch die Festlegung von Mindestaltergrenzen keinen Sinn machen.

Kommission damit begründet, dass die Frist zur Umsetzung der RL 2004/113/EG gerade erst abgelaufen sei (Ende 2007) und man den für das Jahr 2010 erwarteten Bericht über ihre Durchführung abwarten wolle. Nach den bisherigen Erfahrungen mit der sehr uneinheitlichen Umsetzung der Richtlinien durch die Mitgliedstaaten und angesichts der in der Art. 3 Abs. 1 und 3 RL 2004/113/EG vorgesehenen Ausnahmen in den Bereichen Bildung, Medien und Werbung kann diese Begründung jedoch nicht überzeugen.

Besonders unverständlich erscheint die Weigerung der Kommission, das Merkmal Geschlecht in die Richtlinie mit aufzunehmen, angesichts der von ihr selbst in Erwägungsgrund 13 betonten Tatsache, dass Frauen häufig Opfer von Mehrfachdiskriminierungen sind. Gerade zu deren Bekämpfung wäre ein einheitliches Schutzniveau jedoch unerlässlich. Die Entscheidung steht schließlich auch im Widerspruch zu Art. 3 Abs. 2 EGV, der die Gemeinschaft explizit zur Förderung der Gleichstellung von Mann und Frau als Querschnittsaufgabe verpflichtet. Die Umsetzung der Richtlinie in der geplanten Form würde den Schutz vor Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts, der einmal Initialzündung des europäischen Gleichbehandlungsrechts war, zu ihrem Schlusslicht machen.

II. Begriff der Diskriminierung (Art. 2)

Die Definition des Gleichbehandlungsgrundsatzes in Art. 2 entspricht weitgehend dem bisherigen Richtlinienbestand nach Art. 13 I EGV:

1. **Formen der Diskriminierung**

Die Ausdifferenzierung des Diskriminierungsbegriffs in unmittelbare und mittelbare Diskriminierung geht auf die Rechtsprechung des EuGH zurück und fand von dort ihren Weg in das Sekundärrecht. Danach liegt eine **unmittelbare Diskriminierung** vor, wenn eine Person aufgrund bzw. wegen einer bestimmten Merkmalsausprägung in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde (Art. 2 Abs. 2 lit. a). Dies setzt nicht voraus, dass eine beschwerte Person, die behauptet, Opfer einer derartigen Diskriminierung geworden zu sein, identifizierbar ist.²² Darüber hinaus erfasst die **mittelbare Diskriminierung** dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren, die Personen mit einer bestimmten Merkmalsausprägung in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt, und die Mittel sind zur

²² EuGH, Rs. C-54/07 (Feryn), Rz. 25.

Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich (Art. 2 Abs. 2 lit. b). Einzelstaatliche Vorschriften können vorsehen, dass mittelbare Diskriminierungen auch mit Mitteln statistischer Beweise festgestellt werden können (Erwägungsgrund 14).²³

Auch wenn es bei der **Belästigung** in erster Linie um die Verletzung von Persönlichkeitsrechten geht, müssen doch die hierfür ursächlichen „unerwünschten Verhaltensweisen“ mit einem der Gründe nach Art. 1 in Zusammenhang stehen und stellen sich insofern als Diskriminierung dar. Weitere Voraussetzung ist die Würdeverletzung und die Schaffung eines feindlichen Umfeldes (Art. 2 Abs. 3). Bei der **Anweisung** zur Diskriminierung erfolgt die Ungleichbehandlung durch einen Dritten, der für den Verantwortlichen handelt und zu ihm in einem rechtlichen oder faktischen Anweisungsverhältnis steht (Art. 2 Abs. 4).

In Übereinstimmung mit Art. 2 des am 3. Mai 2008 in Kraft getretenen Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderung (UN-Behindertenrechtskonvention) wird in **Art. 2 Abs. 5** nun auch die Verweigerung angemessener Vorkehrungen (zum Begriff s.u.) für **Menschen mit Behinderungen** in Art. 4 Abs. 1 lit. b des Entwurfs als Form der Diskriminierung definiert.

2. Rechtfertigungsgründe

Die folgenden Absätze regeln die Voraussetzungen, unter denen die Mitgliedstaaten in ihren nationalen Rechtsordnungen **spezielle Rechtfertigungsmöglichkeiten** für Ungleichbehandlungen vorsehen können:

Dabei entspricht die Regelung in **Art. 2 Abs. 6**, wonach die Mitgliedstaaten festlegen können, dass **Ungleichbehandlungen wegen des Alters** keine Diskriminierung darstellen, sofern sie durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt sind und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind, inhaltlich dem oben dargestellten Rechtfertigungsgrund in Art. 6 RL 2000/78/EG. Nannte dieser entsprechend dem Geltungsbereich der Richtlinie als Regelbeispiele Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung, soll nach Art. 2 Abs. 6 S. 2 nun „insbesondere“ die Festsetzung bestimmter Altersgrenzen für den Zugang zu sozialen Vergünstigungen, zur Bildung und zu bestimmten Gütern und Dienstleistungen zulässig sein.

Angesichts des weiten Anwendungsbereichs des Merkmals Alter erscheint auch der allgemeine Rechtfertigungsgrund in Art. 2 Abs. 6 im Grundsatz angemessen. Um die Vorschrift – wie

²³ Dazu auf nationaler Ebene: LArbG Berlin-Brandenburg v. 26.11.2008 (15 Sa 517/08) – JURIS.

von der Kommission beabsichtigt – als Ausnahmeregelung eng zu begrenzen, sollten die in Satz 2 genannten Altersgrenzen weiter konkretisiert werden, etwa im Hinblick auf die mit ihnen verfolgten Ziele. Insbesondere (Höchst)Altersgrenzen im Bereich Bildung sind angesichts der Forderung nach „lebenslangem Lernen“ im Rahmen der Lissabon-Strategie kontraproduktiv. Im Bereich Güter und Dienstleistungen sollten Altersgrenzen nur zulässig sein, wenn sie der Vermeidung von Gefahren und der Verhütung von Schäden oder vergleichbaren Zielen dienen.

Für **Finanzdienstleistungen** (Versicherungs- und Bankdienstleistungen) eröffnet **Art. 2 Abs. 7** eine weitere Rechtfertigungsmöglichkeit: Hier können die Mitgliedstaaten verhältnismäßige Ungleichbehandlungen zulassen, wenn für ein Produkt die Berücksichtigung des Alters oder einer Behinderung ein zentraler Faktor bei der Risikobewertung ist, vorausgesetzt diese beruht auf exakten versicherungsmathematischen oder statistischen Daten. Auf diese Weise sollen höhere Gesamtkosten und eine geringere Deckung für die „übrigen“ Versicherten verhindert werden. Die Vorschrift entspricht im Grundsatz Art. 5 Abs. 2 RL 2004/113/EG, wonach die Mitgliedstaaten entsprechende Ungleichbehandlungen wegen des Geschlechts zulassen können. Soweit man eine solche Ausnahme im Hinblick auf die, den geringeren Gesamtkosten der „übrigen“ Versicherten gegenüberstehenden höheren Kosten für den betroffenen Personenkreis überhaupt für gerechtfertigt hält, ist jedenfalls Folgendes zu berücksichtigen: Anders als im vorliegenden Entwurf knüpft RL 2004/113/EG an die Rechtfertigungsmöglichkeit Informations-, Berichts-, Überwachungs- und Überprüfungspflichten der Mitgliedstaaten. Um die Einhaltung der Voraussetzungen zu gewährleisten und die Auswirkungen der Regelungen zu evaluieren und sie gegebenenfalls anzupassen, sind vergleichbare prozedurale Sicherungen auch in Art. 2 Abs. 7 vorzusehen. Dies erscheint umso erforderlicher, als gerade beim Zugang zur privaten Krankenversicherungs- und Kreditverträgen zahlreiche Hinweise auf Diskriminierungen vorliegen.²⁴

Nach **Art. 2 Abs. 8** berührt die Richtlinie schließlich nicht die einzelstaatlichen Maßnahmen, die zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit und zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig sind. Wie bereits bei Art. 2 Abs. 5 RL 2000/78/EG handelt es dabei um einen aufgrund seiner

²⁴ EPEC-Studie, S. 36, 46.

Allgemeinheit **subsidiären** Rechtfertigungsgrund.²⁵ Dies sollte in der Begründung klargestellt werden.

III. Geltungsbereich (Art. 3)

1. Erfasste Lebensbereiche

Der Entwurf gilt für Lebensbereiche, die bisher zwar von der RL 2000/43/EG, nicht aber von der RL 2000/78/EG erfasst sind. Diese Vereinheitlichung des Anwendungsbereichs des besonderen Gleichbehandlungsrechts ist aus den oben genannten Gründen zu begrüßen.

Im Hinblick auf die Lebensbereiche **Sozialschutz** (Art 3 Abs. 1 S. 1 lit. a), der auch die soziale Sicherheit und die Gesundheitsdienste einschließt, **soziale Vergünstigungen** (Art 3 Abs. 1 S. 1 lit. b) und **Bildung** (Art 3 Abs. 1 S. 1 lit. c) ist zu berücksichtigen, dass Leistungen hier in vielen Mitgliedstaaten (auch) von öffentlichen Trägern erbracht werden. Zwar stellt Art. 3 Abs. 1 klar, dass das Diskriminierungsverbot „für alle Personen im öffentlichen und privaten Bereich“ gilt, angesichts der bis heute ausstehenden Umsetzung der RL 2000/43/EG für öffentliche Bildungseinrichtungen etwa in Deutschland,²⁶ sollte noch deutlicher klargestellt werden, dass eine Umsetzung in Form eines zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots nicht ausreicht.²⁷

Nach Art. 3 Abs. 1 S. 1 lit. d ist darüber hinaus der **Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen**, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich Wohnraum erfasst. Die bereits aus Art. 3 Abs. 1 lit. h RL 2000/43/EG bekannte Formulierung ist nicht unumstritten. Nach zutreffender Auffassung stehen Güter und Dienstleistungen, d.h. Leistungen die üblicherweise gegen Entgelt abgegeben oder erbracht werden, der Öffentlichkeit zur Verfügung, wenn sie (z.B. am Schwarzen Brett eines Supermarkts) einer nicht von vornherein begrenzten Menge von Personen öffentlich angeboten werden.²⁸ Die Vorschrift geht damit über Art. 3 Abs. 1 RL 2004/113/EG hinaus, der nur Güter und Dienstleistungen

²⁵ Mahlmann in: Rudolf/Mahlmann (Hrsg.), Gleichbehandlungsrecht, § 3 Rz. 123.

²⁶ Zur Kritik an der bisher erfolgten „Scheinumsetzung“: Rust/Falke-Richter, § 2 Rz. 163.

²⁷ Die Notwendigkeit, den bisher nur beim Zugang zur Berufsbildung bestehenden Diskriminierungsschutz auf die nicht zur Berufsbildung zählende Bildung auszuweiten, betont Erwägungsgrund 10.

²⁸ Mahlmann in: Rudolf/Mahlmann (Hrsg.), Gleichbehandlungsrecht, § 3 Rz. 89 m.w.N..

erfasst, die der Öffentlichkeit „ohne Ansehen der Person“ zur Verfügung stehen und „außerhalb des Bereichs des Privat- und Familienlebens“ angeboten werden.²⁹

Durch **Art. 3 Abs. 1 S. 2** erfährt der Anwendungsbereich dann jedoch eine wesentliche Einschränkung. So soll das Diskriminierungsverbot für Einzelne nur insoweit gelten, als sie ihre **berufliche oder gewerbliche Tätigkeit** ausüben. Rechtsgeschäfte zwischen Privatpersonen, die als solche handeln, sollen damit nicht unter die Richtlinie fallen. Begründet wird dies mit der Notwendigkeit, z.B. zwischen der Vermietung eines Zimmers in einem Privathaus und der Vermietung eines Hotelzimmers differenzieren zu können. Soweit damit der in Erwägungsgrund 17 angesprochene Schutz des Privat- und Familienlebens gewährleistet werden soll, schießt die vorgeschlagene Regelung jedoch weit über das Ziel hinaus. Sie hätte zur Folge, dass das von einem Privaten im Internet (z.B. in einem Versteigerungsportal) veröffentlichte Verkaufsangebot für ein Kfz (etwa mit dem Zusatz „nicht an Muslime“) nicht vom Schutzbereich der Richtlinie erfasst wäre. Auf diese Weise würde eine Schutzlücke entstehen, die mit dem Sinn und Zweck des Diskriminierungsverbots nicht zu vereinbaren und auch nicht mit dem Verweis auf die Freiheit der Vertragsschließung und die freie Wahl des Vertragspartners zu rechtfertigen ist (Erwägungsgrund 16).³⁰ Dies kann verhindert werden, wenn berechtigten Interessen an einer Ungleichbehandlung durch bereichsspezifische Ausnahmen (z.B. für familien- und erbrechtliche Schuldverhältnisse) und nicht durch eine pauschale Einschränkung des Anwendungsbereichs Rechnung getragen wird.

2. Ausnahmen

Ebenfalls unberührt vom Diskriminierungsverbot bleiben nach **Art. 3 Abs. 2** nationale Gesetze über den **Ehe- und Familienstand** einschließlich der Adoption und **reproduktiver Rechte**. Damit soll es den Mitgliedstaaten auch in Zukunft überlassen bleiben, ob sie gesetzlich eingetragene Partnerschaften einführen; erkennen sie solche Partnerschaften jedoch als der Ehe vergleichbar an, gilt auch hier der Gleichbehandlungsgrundsatz.³¹ Der Begriff der reproduktiven Rechte sollte erläutert werden. Es werden darunter Rechte verstanden, die sich auf sexuelle Aufklärung und Familienplanung, sexuelle Selbstbestimmung, Gewaltfreiheit und Gesundheit aber auch auf die gleichberechtigte Fürsorge von Männern und Frauen für ihre Kinder

²⁹ Geschäfte werden „ohne Ansehen der Person“ abgeschlossen, wenn es dem Anbietenden auf die Person des Vertragspartners gerade nicht ankommt.

³⁰ Dieser (einseitige) Verweis auf die Privatautonomie übersieht, dass die Durchsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes die von Diskriminierung Betroffenen davor schützt, in der Ausübung ihrer Vertragsfreiheit aus ethisch verwerflichen und ihren Achtungsanspruch verletzenden Gründen eingeschränkt zu werden.

³¹ EuGH, Rs. C-267/06 (Tadao Maruko), Rz. 73.

beziehen.³² Da diese Rechte in einem engen Zusammenhang mit der Bekämpfung von Diskriminierungen aus Gründen des Alters und des Geschlechts stehen, erscheint der generelle Ausschluss entsprechender Regelungen zumindest begründungsbedürftig.

Art. 3 Abs. 3 stellt nicht nur klar, dass die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten „für die Lehrinhalte, die Aktivitäten und die Gestaltung ihres Bildungssystems einschließlich der Sonderpädagogik“³³ unberührt bleibt, sondern enthält in Satz 2 auch eine weitere Einschränkung des Anwendungsbereichs, wonach die Mitgliedstaaten „eine Ungleichbehandlung aufgrund der **Religion oder Weltanschauung** beim Zugang zu **Bildungseinrichtungen** vorsehen“ können. Wie sich aus der Entwurfsbegründung, die lediglich vom „Zugang zu kirchlichen Bildungseinrichtungen“ spricht,³⁴ und **Art. 3 Abs. 4 S. 1 (2. Alt.)**, der einzelstaatliche Regelungen zum **Status** und zu den **Aktivitäten der Kirchen und anderer religiös oder weltanschaulich begründeter Organisationen** vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausnimmt, ergibt, sollen auf diese Weise die in den Mitgliedstaaten bestehenden Regelungen zur Autonomie von Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften gewahrt werden.³⁵ Dieses Ziel darf jedoch nicht zur Aushöhlung des Diskriminierungsschutzes führen, indem Ungleichbehandlungen beim Zugang zu **jeder** Bildungseinrichtung ohne weitere Einschränkung für zulässig erklärt werden. Das Selbstbestimmungsrecht der Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften endet dort, wo ihre Bildungseinrichtungen im öffentlich-rechtlichen Auftrag (und mit entsprechender staatlicher Förderung) betrieben werden. Daher ist bereits im Wortlaut der Vorschrift klarzustellen, dass Ungleichbehandlungen aufgrund der Religion oder Weltanschauung nur beim Zugang zu Bildungseinrichtungen mit **ausschließlich religiösem oder weltanschaulichem** Charakter rechtfertigungsfähig ist.³⁶

³² http://www2.gtz.de/gender_project/deutsch/weiterfuehend/glossar/glossar/reproduktive-rechte.htm

³³ Dabei ist zu berücksichtigen, dass nicht schon das Angebot spezieller Bildungseinrichtungen für Menschen mit Behinderungen, sondern erst die Beschränkung des Zugangs zur Regelschule zu Diskriminierungen führt. (EPEC-Studie, S. 27).

³⁴ Ob dies erforderlich ist, damit konfessionelle Schulen Schulausflüge zu religiösen Themen organisieren können, wie es in der Begründung beispielhaft heißt, erscheint jedenfalls dann zweifelhaft, wenn die Teilnahme an solchen Exkursionen für die Schüler freiwillig ist.

³⁵ Vgl. auch Erwägungsgrund 19, der auf die 11. Erklärung zum Status der Kirchen und weltanschaulichen Gemeinschaften in der Schlussakte des Amsterdamer Vertrages verweist.

³⁶ Möglicherweise handelt es sich hier auch „nur“ um einen (folgeschweren) Übersetzungsfehler. In der englischen Fassung des Satzes („Member States may provide for differences in treatment in access to educational institutions based on religion or belief.“) wird aus der Stellung des Zusatzes („based on religion or belief“) deutlich, dass er sich auf „educational institutions“ und nicht auf „differences in treatment“ bezieht. In der deutschen Fassung wird jedoch genau dieser Bezug hergestellt („Die Mitgliedstaaten können eine Ungleichbehandlung aufgrund der Religion oder Weltanschauung beim Zugang zu Bildungseinrichtungen vorsehen.“).

Ergänzt wird die Vorschrift durch **Art. 3 Abs. 4 S. 1 (1. Alt.)**, wonach nationale **Vorschriften zur Gewährleistung des säkularen Charakters des Staates und seiner Einrichtungen sowie der Bildung** nicht von der Richtlinie erfasst werden. Dies soll es den Mitgliedstaaten ermöglichen, das Tragen religiöser Symbole in Schulen zu erlauben oder zu verbieten. Verdeutlicht werden sollte jedoch, dass dabei Privilegierungen für einzelne, vermeintlich „abendländische“ Glaubensbekenndungen nicht mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz vereinbar sind. Systematisch an dieser Stelle wenig überzeugend regelt Satz 2 die Zulässigkeit von Vorschriften zur Förderung der Gleichstellung von Männern und Frauen.

Nach **Art. 3 Abs. 5** werden unterschiedliche Behandlungen aus Gründen der **Staatsangehörigkeit** nicht vom Anwendungsbereich der Richtlinie erfasst (so bereits Art. 3 Abs. 2 RL 2000/43/EG und RL 2000/78/EG). Die in der Vorschrift genannten Bedingungen für Einreise und Aufenthalt machen indes deutlich, dass es sich um hoheitliche Tätigkeiten handeln muss. Angesichts der in Deutschland geführten Diskussion um sog. „Einbürgerungstests“ sollte an geeigneter Stelle klargestellt werden, dass sich ein Anknüpfen an die Staatsangehörigkeit auch als **mittelbare Diskriminierung aufgrund der Religion** darstellen kann. So etwa, wenn bestimmte Nachteile z.B. nur für Angehörige von Staaten mit überwiegend muslimischer Bevölkerung gelten mit der Folge, dass das (in Bezug auf das Merkmal Religion) vermeintlich neutrale Kriterium „Staatsangehörigkeit“ Personen mit einer bestimmten Religion (hier dem Islam) gegenüber Personen mit einer anderen Religionszugehörigkeit besonders benachteiligt.

IV. Gleichbehandlung von Menschen mit Behinderung (Art. 4)

Die Vorschrift konkretisiert das Verbot der Diskriminierung durch Verweigerung angemessener Vorkehrungen (vgl. Art. 2 Abs. 5) und dient damit der Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention.³⁷ Der Artikel ist aus sich heraus nur schwer verständlich und bedarf der sprachlichen Überarbeitung.

In Art. 4 Abs. 1 lit. a wird zunächst die **allgemeine** Pflicht statuiert, dass Maßnahmen, die im Anwendungsbereich der Richtlinie einen effektiven diskriminierungsfreien Zugang für Menschen mit Behinderung gewährleisten, im Voraus vorgesehen werden müssen. Darüber hinaus ist gem. Art. 4 Abs. 1 lit. b für individuell angemessene Vorkehrungen zu sorgen, wenn dies

³⁷ Die UN-Behindertenrechtskonvention wurde von der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten unterzeichnet. Sie ist Ausdruck eines Paradigmenwechsels im internationalen Behindertenrecht. An die Stelle des traditionellen Fürsorgegedankens tritt das Recht auf umfassende Teilhabe behinderter Menschen am Leben in der Gesellschaft. So heißt es in Art. 1: „Zweck dieses Übereinkommens ist es, den vollen und gleichberechtigten Genuss aller Menschenrechte und Grundfreiheiten durch alle Menschen mit Behinderungen zu fördern, zu schützen und zu gewährleisten und die Achtung der ihnen innewohnenden Würde zu fördern.“

im Einzelfall erforderlich ist.³⁸ Beide Gebote stehen unter dem Vorbehalt, dass die zur ihrer Einhaltung erforderlichen Maßnahmen keine unverhältnismäßige Belastung bedeuten, wobei Art. 4 Abs. 2 eine nicht abschließende Aufzählung von Faktoren enthält, die bei der Beantwortung dieser Frage zu berücksichtigen sind.³⁹ Hervorzuheben ist, dass die Belastung jedenfalls dann nicht unverhältnismäßig ist, wenn sie durch Maßnahmen im Rahmen der Gleichbehandlungspolitik der Mitgliedstaaten „in ausreichendem Maße“ ausgeglichen wird (so bereits Art. 5 RL 2000/78/EG).

Darüber hinaus sollen nur „angemessene Veränderungen und Anpassungen“ jedoch keine grundlegende Veränderung der Leistung oder die Bereitstellung von Alternativen verlangt werden können. Diese Einschränkung der Pflicht zu Schaffung angemessener Vorkehrungen auch dort, wo diese keine unverhältnismäßigen Belastungen bedeuten, überzeugt nicht und findet auch keine Entsprechung in der UN-Behindertenrechtskonvention.⁴⁰

V. Weitere Regelungen (Art. 5 ff.)

Die folgenden Artikel des ersten Kapitels entsprechen weitgehend dem bisherigen Richtlinienbestand nach Art. 13 EGV. So ermöglicht es Art. 5 den Mitgliedstaaten zur Gewährleistung voller Gleichstellung in der Praxis **positive Maßnahmen** zu ergreifen und Art. 6 stellt klar, dass die Richtlinie lediglich **Mindestanforderungen** formuliert, die die Mitgliedstaaten übertreffen dürfen; wo dies bereits der Fall ist, darf die Umsetzung der Richtlinie nicht zur Rechtfertigung eines Absenkung des Schutzniveaus dienen.

Im zweiten Kapitel („Rechtsbehelfe und Rechtsdurchsetzung“) finden sich Vorschriften zur Verbesserung des **Rechtsschutzes** (Art. 7)⁴¹ und zur Erleichterung der **Beweislast** (Art. 8) für mögliche Opfer von Diskriminierungen, zum Schutz vor **Viktimisierung** (Art. 9), zur **Unter-**

³⁸ Der Begriff der „angemessenen Vorkehrungen“ findet sich bereits in Art. 5 RL 2000/78/EG und in der Art. 2 der UN-Behindertenrechtskonvention. Darunter werden die geeigneten und in einem konkreten Fall erforderlichen Änderungen und Anpassungen verstanden, die vorgenommen werden, um zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen alle Menschenrechte und Grundfreiheiten genießen oder ausüben können. Damit erhalten Menschen mit Behinderung einen Anspruch, z.B. auf die Herstellung eines barrierefreien Zugangs zu Geschäften oder Wohnungen.

³⁹ Genannt werden: Art der Organisation, Kosten der Maßnahme, Lebenszyklus der Güter und Dienstleistungen sowie mögliche Vorteile eines verbesserten Zugangs für Menschen mit Behinderung. In der Begründung darüber hinaus die Größe des Unternehmens.

⁴⁰ Nach Art. 4 Abs. 3 nicht erfasst sind schließlich gemeinschaftsrechtliche und nationale Bestimmungen über den Zugang zu – nicht näher konkretisierten – „besonderen Gütern und Dienstleistungen“.

⁴¹ Bei der Regelung in Art. 7 Abs. 2 fällt auf, dass das „rechtmäßige Interesse“ von Verbänden und Organisationen für die Einhaltung der Bestimmungen der Richtlinie zu sorgen, nicht mehr von im nationalen Recht festgelegte Kriterien abhängig gemacht wird (so noch Art. 9 Abs. 2 RL 2000/78/EG). Zu den Auswirkungen auf das AGG s.u..

richtung der Betroffenen über ihre Rechte (Art. 10), zum Dialog mit einschlägigen Interessengruppen (Art. 11) sowie zur Einrichtung einer **mit der Förderung der Gleichbehandlung befassten Stelle** (Art. 12).

Die im abschließenden dritten Kapitel enthaltenen „Schlussbestimmungen“ verpflichten die Mitgliedstaaten, die **Einhaltung** des Gleichbehandlungsgrundsatzes sicherzustellen (Art. 13) und wirksame, verhältnismäßige und abschreckende **Sanktionen** bei Zuwiderhandlungen zu verhängen und durchzusetzen (Art. 14).⁴² Den Mitgliedstaaten wird zur **Umsetzung** der Richtlinie eine Frist von zwei Jahren gesetzt, die für Art. 4 auf vier Jahre verlängert werden kann (Art. 15). Sie haben der Kommission regelmäßig die erforderlichen Informationen zur Verfügung zu stellen, die diese für die Erstellung eines dem Europäischen Parlament und dem Rat vorzulegenden **Berichts** über die Anwendung der Richtlinie benötigt (Art. 16).

D. Auswirkungen auf das deutsche Recht

Mit dem AGG sollten die geltenden Antidiskriminierungsrichtlinien in deutsches Recht umgesetzt werden. Dabei ging der Gesetzgeber an einigen Stellen über die europäischen Vorgaben hinaus,⁴³ an anderen Stellen blieb er dahinter zurück.⁴⁴ Im Folgenden soll untersucht werden, welchen rechtlichen Änderungsbedarf der Erlass der geplanten Antidiskriminierungsrichtlinie verursachen würde.

I. Begriffsbestimmungen (§ 3 AGG)

Die in § 3 AGG enthaltene Bestimmung des Begriffs der Benachteiligung muss im Hinblick auf Art. 2 Abs. 5 des Richtlinienentwurfs um die „Verweigerung angemessener Vorkehrungen für Menschen mit Behinderungen“ ergänzt werden. Unabhängig vom Erfolg des Entwurfs schreibt das auch Art. 2 der UN-Behindertenrechtskonvention vor.

II. Erweiterung des Maßregelungsverbots (§ 16 AGG)

Schutz vor Benachteiligungen, die als Reaktion auf eine Beschwerde oder auf die Einleitung eines Verfahrens zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes erfolgen, besteht nach

⁴² Dies entspricht den Anforderungen der Rahmen- und der Antirassismusrichtlinie. Schadensersatzleistungen an die Opfer wie etwa in Art. 8 Abs. 2 RL 2004/113/EG sind dagegen nicht vorgeschrieben.

⁴³ So etwa mit der Einbeziehung aller Merkmale des Art. 13 EGV in den Schutz vor Benachteiligungen im Zivilrechtsverkehr §§ 19ff..

⁴⁴ Vgl. das Aufforderungsschreiben der EU-Kommission v. 31. Januar 2008, mit dem diese unzureichende Umsetzung der RL 2000/78/EG gerügt und ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik eingeleitet hat.

§ 16 AGG bisher nur im Arbeitsleben. Der Richtlinienentwurf fordert dagegen in Art. 9 Viktimisierungsschutz in allen von ihm erfassten Lebensbereichen.

III. Einbeziehung des Merkmals „Weltanschauung“ (§ 19 ff. AGG)

Während das arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbot in § 7 AGG für alle in Art. 13 EGV genannten Gründe gilt, wurde das Merkmal „Weltanschauung“ auf Empfehlung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages aus dem zivilrechtlichen Diskriminierungsverbot des § 19 AGG herausgenommen. Begründet wurde dies mit der Gefahr, dass Anhänger rechtsradikalen Gedankenguts aufgrund der Vorschrift versuchen könnten, sich Zugang zu Geschäften zu verschaffen, die ihnen aus aner kennenswerten Gründen verweigert würden.⁴⁵ Die setzt zunächst voraus, dass es sich bei den vertretenen Positionen überhaupt um „Weltanschauungen“ handelt. Wie oben ermittelt wurde, ist dabei zwischen singulären politischen Überzeugungen und einem - der Religion in Umfang und Wertigkeit für den einzelnen entsprechenden - umfassenden Sinnsystem zu unterscheiden. Nur wenn das rechtsradikale Gedankengut diesen Voraussetzungen entspricht, kommt eine Diskriminierung überhaupt in Betracht.⁴⁶ Ein genereller Ausschluss des Merkmals Weltanschauung kann dann jedoch bereits aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht überzeugen, da Art. 4 GG Religion und Weltanschauung in gleicher Weise schützt und eine willkürliche Differenzierung verbietet.⁴⁷ Die Benachteiligung Rechtsradikaler allein aufgrund ihrer (etwa sozialdarwinistischen) Weltanschauung ist zwar aus politischen Gründen aner kennenswert, bildet jedoch gerade keinen sachlichen Grund für eine Rechtfertigung. Etwas anderes gilt für die (begründete) Furcht vor Gewalttätigkeiten und erst recht bei der Begehung von Straftaten (z.B. bei Beleidigungen anderer Kunden oder volksverhetzenden Äußerungen).

Diese Rechtsauffassung entspricht dem vorliegenden Entwurf: Da die Richtlinie nach Art. 3 I i.V.m. Art. 1 Schutz vor Diskriminierung aus Gründen der Weltanschauung auch im Bereich des Zivilrechtsverkehrs bieten soll, ist § 19 AGG entsprechend zu erweitern. Eine Rechtfertigungsmöglichkeit aus den oben dargestellten Gründen (Gewalttätigkeiten, Straftaten) enthält Art. 2 Abs. 8.

⁴⁵ BT-Drs. 16/2022, S. 13.

⁴⁶ Anhänger eines weiten Begriffs der Weltanschauung (s.o.) wollen – ohne weitere Begründung – Auffassungen, die sich offen gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung stellen oder für eine generelle Abschaffung der Diskriminierungsverbote streiten, aus dem Schutzbereich des AGG herausnehmen, Däubler in: Däubler/Bertzbach (Hrsg.), AGG, § 1 Rz. 71 m.w.N..

⁴⁷ Rudolf (in: Rudolf/Mahlmann (Hrsg.), Gleichbehandlungsrecht, § 6 Rz. 21) spricht von „Systemwidrigkeit“.

IV. Beschränkung auf Massengeschäfte (§ 19 Abs. 1 AGG)

§ 19 AGG beschränkt das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot - mit Ausnahme der Merkmale „Rasse“ und ethnische Herkunft - auf sog. Massengeschäfte und vergleichbare Geschäfte. Darunter sind nach § 19 Abs. 1 AGG Geschäfte zu verstehen, die zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen und bei denen das Ansehen der Person eine nachrangige oder überhaupt keine Bedeutung hat. Demgegenüber erfasst der Richtlinienentwurf den Zugang zu Gütern und Dienstleistungen in Art. 3 Abs. 1 nur unter der Voraussetzung, dass der Diskriminierende in Ausübung seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt. § 19 I AGG geht damit einerseits über den Richtlinienentwurf hinaus (was, das es sich dabei nur um Mindestanforderungen handelt, unschädlich ist), bleibt andererseits aber auch hinter ihm zurück (und wäre insoweit anpassungsbedürftig): Die deutsche Vorschrift ist weiter, da Massengeschäfte und vergleichbare Geschäfte zwar regelmäßig aber nicht ausschließlich in Ausübung einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit erfolgen. Auch die bereits oben angesprochenen Fälle, in denen Privatpersonen im Internet Geschäfte in einer Vielzahl von Fällen tätigen ohne dabei eine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit auszuüben, sind von § 19 I AGG erfasst.⁴⁸ Die Vorschrift ist dagegen enger, als nach dem Richtlinienentwurf **sämtliche Geschäfte** von Unternehmern zu erfassen wären, d.h. auch solche, bei denen eine Risikoprüfung oder eine individuelle Auswahl des Vertragspartners erfolgt.⁴⁹ Obsolet wäre danach die Spezialregelung in § 19 Abs. 5 S. 3 AGG, wonach die Vermietung von Wohnraum in der Regel kein Massengeschäft sein soll, wenn der Vermieter insgesamt nicht mehr als 50 Wohnungen vermietet. Auch hier käme es in Zukunft allein darauf an, ob die Vermietung in Ausübung einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit erfolgt. Für die ebenfalls von § 19 Abs. 1 AGG erfassten Verträge über privatrechtliche Versicherungen ergibt sich dagegen keine Änderung, da diese ausschließlich im Rahmen unternehmerischer Tätigkeit angeboten werden.

V. Sonderregelung für Wohnungsmietverträge (§ 19 Abs. 3 AGG)

Nach § 19 Abs. 3 AGG ist eine ungleiche Behandlung bei der Vermietung von Wohnraum zulässig, wenn dies zur Schaffung und Erhaltung sozial stabiler Bewohnerstrukturen und ausgewogener Siedlungsstrukturen sowie ausgeglichener wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Verhältnisse notwendig ist. Der Richtlinienentwurf sieht jedoch eine so weite Einschränkung

⁴⁸ Franke/Schlichtmann in: Däubler/Bertzbach (Hrsg.), AGG, § 19 Rz. 27.

⁴⁹ Weitere Voraussetzung ist, dass die Güter oder Dienstleistungen der „Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“, d.h. öffentlich angeboten werden. Davon ist bei unternehmerischer Tätigkeit in aller Regel auszugehen.

des Diskriminierungsverbots lediglich für das Merkmal Alter vor (Art. 2 Abs. 6), so dass auch in Zukunft die Auswahl neuer Mieter entsprechend der Altersstruktur der bereits vorhandenen Mieter zulässig wäre. Für die übrigen Merkmale stellt sich wie bereits bei der Antirassismusrichtlinie die Frage, ob die Vorschrift einer **richtlinienkonformen Reduktion** zugänglich ist.⁵⁰ Folgt man dem, wären Ungleichbehandlungen allenfalls dann zulässig, wenn sie der Förderung der Integration (z.B. von Menschen mit Behinderung) dienen.

VI. Familien- und erbrechtliche Schuldverhältnisse (§ 19 Abs. 4 AGG)

Die Ausnahmevorschrift des § 19 Abs. 4 AGG, wonach das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot keine Anwendung auf familien- und erbrechtliche Schuldverhältnisse (z.B. Verlöbnis, Eheschließung, Erbvertrag) findet, ist mit dem Richtlinienentwurf **vereinbar**, da solche Rechtsverhältnisse nicht in Ausübung einer unternehmerischen Tätigkeit begründet werden.

VII. Besonderes Nähe- und Vertrauensverhältnis (§ 19 Abs. 5 AGG)

§ 19 Abs. 5 S. 1 AGG enthält einen Ausschlussstatbestand für Schuldverhältnisse, bei denen ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis der Parteien oder ihrer Angehörigen begründet wird. Hier ist zu **differenzieren**: Während es bei dem im Folgesatz beispielhaft genannten Fall eines Mietverhältnisses, bei dem die Parteien und ihre Angehörige Wohnraum auf demselben Grundstück nutzen, wohl in aller Regel an einer unternehmerischen Tätigkeit fehlen wird, ist in anderen Fällen (z.B. bei privaten Verträgen mit einer Pflegekraft) berufliches oder gewerbliches Handeln durchaus denkbar. Da der Richtlinienentwurf insoweit jedoch keine Ausnahme vorsieht, ist § 19 Abs. 5 AGG entsprechend auf nicht unternehmerische Tätigkeiten einzuschränken.

VIII. Zulässige unterschiedliche Behandlung gem. § 20 Abs. 1 AGG

Nach § 20 Abs. 1 S. 1 AGG sind Ungleichbehandlungen wegen der Religion, einer Behinderung, des Alters und der sexuellen Identität oder des Geschlechts gerechtfertigt, wenn ein sachlicher Grund vorliegt. Ein vergleichbarer allgemeiner Rechtfertigungsgrund findet sich im Richtlinienentwurf nur für das Merkmal Alter (Art. 2 Abs. 6). Nur unter bestimmten Voraussetzungen sind darüber hinaus Ungleichbehandlungen aufgrund der Religion und Weltanschauung (Art. 3 Abs. 3) und der Behinderung (Art. 4 Abs. 3) zulässig. Einen Rechtfertigungsgrund für Ungleichbehandlungen wegen der sexuellen Ausrichtung ist dagegen nicht

⁵⁰ Ausführlich auch zu den Gefahren einer solchen Auslegung: Armbrüster in: Rudolf/Mahlmann (Hrsg.), Gleichbehandlungsrecht, § 7 Rz. 109 ff..

vorgesehen. Der einheitliche Rechtfertigungsgrund in § 20 Abs. 1 AGG wird sich angesichts dieser differenzierten Anforderungen nicht halten lassen.

Im Hinblick auf die in Satz zwei genannten Regelbeispiele gilt folgendes: Aus Gründen der Gefahrvermeidung, der Verhütung von Schäden oder Zwecken vergleichbarer Art (Nr.1) sind nur Ungleichbehandlungen wegen des Alters (und des Geschlechts) rechtfertigungsfähig (z.B. Altersgrenzen bei gefährlichen Sportarten). Dagegen wird einem Rollstuhlfahrer der Zugang zu einer Gaststätte nicht mehr mit dem Hinweis darauf verwehrt werden können, er würde im Fall eines Brandes den Fluchtweg versperren, da er nun einen Anspruch auf „angemessene Vorkehrungen“ geltend machen kann.⁵¹ Dies gilt auch für das Bedürfnis nach Schutz der Intimsphäre oder der persönlichen Sicherheit (Nr.2), womit in erster Linie sozial erwünschte Ungleichbehandlungen wegen des Geschlechts (z.B. spezielle Öffnungszeiten in Schwimmbädern) gerechtfertigt werden könnten, nicht aber ein nur subjektiv empfundenes Sicherheitsbedürfnis etwa gegenüber Angehörigen einer bestimmten Religion. Auch die Gewährung bestimmter Vorteile (Nr.3) ist mangels entsprechender Ausnahmen im Richtlinienentwurf auf die Merkmale Geschlecht und Alter zu begrenzen, es sei denn es handelt sich dabei um positive Maßnahmen i.S.d. Art. 5 des Richtlinienentwurfs. § 20 Abs. 1 Nr. 4 ermöglicht schließlich die Benachteiligung von Glaubensfremden und die Bevorzugung von Glaubensgenossen. Eine entsprechende Ausnahme vom Diskriminierungsverbot enthält der Richtlinienentwurf lediglich für den Zugang zu Bildungseinrichtungen. Dagegen wäre die Weigerung eines muslimischen Gewerbetreibenden, Kundinnen ohne Kopftuch zu bedienen,⁵² nicht (mehr) zu rechtfertigen.

IX. Ausnahme für Versicherungen (§ 20 Abs. 2 S. 3 AGG)

Während § 20 Abs. 2 S. 1 AGG strenge Anforderungen an die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen wegen des Geschlechts bei Prämien und Leistungen einer privatrechtlichen Versicherung statuiert, ist eine Ungleichbehandlung wegen der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität nach § 20 Abs. 2 S. 3 AGG hier bereits zulässig, wenn diese auf „anerkannten Prinzipien risikoadäquater Kalkulation“ beruht. Eine versicherungsmathematisch ermittelte Risikobewertung unter Heranziehung statistischer Erhebungen wird lediglich als Beispiel genannt („insbesondere“). Da jedoch für die Prinzipien risikoadäquater

⁵¹ Lediglich allgemeine Maßnahmen zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit, zum Schutz der Gesundheit und zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer können auf Art. 2 Abs. 8 des Richtlinienentwurfs gestützt werden.

⁵² So das in der amtlichen Begründung genannte Beispiel.

Kalkulation kein Anerkennungsverfahren besteht, besteht ein weiter Beurteilungsspielraum mit der Folge, dass letztlich jeder nicht offensichtlich unsachgemäße Grundsatz zur Risikobewertung herangezogen werden kann.⁵³ Demgegenüber beschränkt Art. 2 Abs. 7 des Richtlinienentwurfs die Möglichkeit einer Rechtfertigung zunächst auf die Merkmale Alter und Behinderung. Daraus folgt im Umkehrschluss, dass Ungleichbehandlungen wegen der **Religion und Weltanschauung** oder der **sexuellen Ausrichtung** generell unzulässig sind. Weiterhin setzt der Entwurf voraus, dass für ein Produkt die Berücksichtigung des **Alters** oder einer **Behinderung** ein zentraler Faktor bei der Risikobewertung ist und diese auf exakten versicherungsmathematischen oder statistischen Daten beruht. Dies hat zur Folge, dass auch für diese Merkmale die strengen Anforderungen des § 20 Abs. 2 S. 1 AGG zu gelten haben. Für Ungleichbehandlungen, die lediglich mit (vermeintlichem) Erfahrungswissen begründet werden, bleibt daher kein Raum. Wo entsprechende Daten (noch) fehlen, muss auf eine Differenzierung verzichtet werden.

X. Legaldefinition der Antidiskriminierungsverbände (§ 23 Abs. 1 AGG)

§ 23 Abs. 1 AGG definiert Antidiskriminierungsverbände als Personenzusammenschlüsse, die nicht gewerbsmäßig und nicht nur vorübergehend entsprechend ihrer Satzung die besonderen Interessen von benachteiligten Personen oder Personengruppen nach Maßgabe von § 1 wahrnehmen. Die folgenden Beteiligungsrechte an gerichtlichen Verfahren zur Durchsetzung der Ansprüche nach dem AGG stehen ihnen darüber hinaus nur zu, wenn sie mindestens 75 Mitglieder haben oder einen Zusammenschluss aus mindestens sieben Verbänden bilden. Damit machte der deutsche Gesetzgeber in einer (zu) restriktiven Weise von der ihm in Art. 9 Abs. 2 RL 2000/78/EG eingeräumten Möglichkeit Gebrauch, Befugnisse nur solchen Verbänden zuzugestehen, die bestimmte, im nationalen Recht festgelegte Kriterien erfüllen. Art. 7 Abs. 2 des Richtlinienentwurfs sieht solche „nationalen Definitionsvorbehalte“ nicht mehr vor und entspricht damit im Ergebnis der Einschätzung der EU-Kommission im Vertragsverletzungsverfahren, wonach das AGG mit der einschränkenden Definition auf Verbände, die mindestens 75 Mitglieder haben sowie „nicht gewerbsmäßig“ tätig sind, den Rechtsschutz unzulässig verkürzt habe.

XI. Schaffung „angemessener Vorkehrungen“

Die EU-Kommission hat im Vertragsverletzungsverfahren darauf hingewiesen, dass das deutsche Recht abweichend von Art. 5 RL 2000/78/EG noch immer keine angemessenen Vorkehr-

⁵³ Armbrüster in: Rudolf/Mahlmann (Hrsg.), Gleichbehandlungsrecht, § 7 Rz. 154.

rungen enthalte, um Menschen mit Behinderung Zugang zur Beschäftigung, die Ausübung eines Berufes, den beruflichen Aufstieg und die Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen zu ermöglichen.⁵⁴ Die Notwendigkeit einer entsprechenden Regelung bestünde nach Art. 4 des Richtlinienentwurfs für den gesamten Anwendungsbereich des AGG.

E. Zusammenfassung und abschließende Bewertung

Der Richtlinienentwurf ist als ein weiterer großer Schritt auf dem Weg zu einem einheitlichen und umfassenden europäischen Gleichbehandlungsrechts zu begrüßen. Das Ziel, bestehende Schutzlücken zu schließen, wird weitgehend erreicht. Kritisch hervorzuheben sind vor allem die fehlende Einbeziehung des Merkmals Geschlecht, die Beschränkung des Anwendungsbereichs auf den Zugang zu Gütern und Dienstleistungen, die in Ausübung beruflicher oder gewerblicher Tätigkeit angeboten werden, und die zu weit gehenden Rechtfertigungsmöglichkeiten für Ungleichbehandlungen wegen der Religion und Weltanschauung.

Da sich der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung der geltenden Antidiskriminierungsrichtlinien für eine (weitgehend) einheitliche Umsetzung auch im Zivilrechtsverkehr entschieden hat, wäre der Umsetzungsbedarf überschaubar. Er beträfe in erster Linie die (Nicht)Einbeziehung des Merkmals „Weltanschauung“, die Beschränkung des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots auf Massengeschäfte und die über den Richtlinienentwurf hinausgehenden Rechtfertigungsmöglichkeiten. Unabhängig vom Erfolg des Richtlinienentwurfs besteht jedoch dringender Reformbedarf bei der Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Menschen mit Behinderungen durch Gewährleistung angemessener Vorkehrungen.

⁵⁴ Weite Teil des deutschen Behindertenrechts sind bisher auf Menschen mit Schwerebehinderungen und ihnen gleichgestellte Menschen beschränkt (§ 68 Abs. 1 SGB IX). Demgegenüber ist sowohl der Behindertenbegriff des Richtlinienentwurfs als auch der der UN-Behindertenrechtskonvention weiter und macht die Einbeziehung auch „einfachbehinderter“ Menschen erforderlich.