



Magnus Gabriel Beckmann

**Das Betriebsrentenrecht
im Lichte des AGG und seiner
Diskriminierungsmerkmale**

A. Einleitung und Ziel der Untersuchung

Seit Mitte des 19. Jahrhunderts existieren in Deutschland betriebliche Versorgungsleistungen. Während in frühen Tagen der betrieblichen Altersversorgung (bAV) die Motivation zur Einrichtung solcher Leistungen zumeist in rein patriarchalischem Denken der Arbeitgeber lag¹, hat sich die Betriebsrente bis zum heutigen Zeitpunkt zu einem weit verbreiteten Instrument entwickelt, mittels dessen Arbeitgeber nicht mehr ausschließlich ihrer sozialen Verantwortung gegenüber den Arbeitnehmern begegnen. Vielmehr wird die bAV von Arbeitgebern heute auch als Instrument dazu genutzt, ihre Attraktivität als Arbeitgeber auf dem Arbeitsmarkt zu steigern – sei es, um begehrte Arbeitskräfte neu zu akquirieren, oder aber, um bereits bei ihnen beschäftigte Arbeitnehmer zum Verbleib zu bewegen. Hiermit korreliert die Feststellung, dass das Vorhandensein einer bAV mittlerweile für viele Arbeitnehmer zu den Entscheidungskriterien bei der Arbeitsplatzwahl gehört.² Neben diesen Überlegungen spielt für manchen Arbeitgeber bei der Frage nach der Einführung einer bAV zudem der positive Effekt eine gewichtige Rolle, dass die Leistungen einer bAV den Arbeitnehmern zumeist steuer- und sozialversicherungsfrei zufließen, wohingegen Gehaltserhöhungen im klassischen Sinne höhere Lohnnebenkosten mit sich bringen. Lohnsteigerungen im weiteren Sinne können somit in Form der bAV mit geringeren Mitteln bewerkstelligt werden.

Während die Einführung einer bAV früher ausschließlich im Ermessen des Arbeitgebers lag, hat sich diese Situation mit der Gesetzesnovellierung des Betriebsrentengesetzes (BetrAVG) zum 01. Januar 2002 grundlegend geändert. Seit diesem Zeitpunkt steht Arbeitnehmern gem. § 1a BetrAVG ein individueller Anspruch auf die Einführung einer bAV mit sofortiger gesetzlicher Unverfallbarkeit zu – wenn auch nur im Sinne einer Betriebsrente durch Entgeltumwandlung.³ In der Bundesrepublik beruht die Entscheidung pro/contra der Einführung einer bAV – von diesem Anspruch aus § 1a BetrAVG abgesehen – weiterhin fakultativ auf vielfältigen Erwägungen der Arbeitgeber, wohingegen die bAV in anderen Staaten teilweise eine obligatorische Leistung des Arbeitgebers darstellt.⁴

Unabhängig jedoch von den Beweggründen, aus welchen sich mancher Arbeitgeber für die Einführung einer bAV entscheidet, bleibt festzuhalten, dass die

1 *Blomeyer/Rolfs/Otto*, Einleitung Rn 1; *Langohr-Plato*, Rn 1; *Förster/Cisch/Karst*, Einführung Rn 1.

2 *Buttler*: Einführung in die betriebliche Altersversorgung, Rn 29.

3 *Förster/Cisch/Karst*, Einführung Rn 16.

4 *Recht*, in *Höfer*: Neue Chancen für Betriebsrenten, S. 6.

bAV in der Bundesrepublik Deutschland weit verbreitet ist und sich auch immer weiter durchsetzt. Im Jahr 2001 lag der Anteil der sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmer, welche zum Erhebungszeitpunkt eine Anwartschaft auf bAV besaßen, laut einer im Auftrag des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales von TNS Infratest Sozialforschung durchgeführten Studie bei 52% (ca. 14,4 Mio. der 27,9 Mio. sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmer hatten eine Anwartschaft auf bAV). Im Jahr 2007 wurde festgestellt, dass dieser Anteil in den vorangegangenen Jahren weiter angestiegen war und im Jahr 2007 bereits bei 64% (ca. 17,5 Mio. der rund 27,2 Mio. sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmern) lag, so dass in der gewerblichen Wirtschaft demnach für weit mehr als die Hälfte aller Arbeitnehmer eine bAV bestand.⁵ In diesen Zahlen enthalten sind auch circa 5,2 Millionen Pflichtversicherte des öffentlichen Dienstes, die eine Zusatzrente erhalten.⁶ Bis ins Jahr 2011 ist die Zahl der aktiven Anwartschaften nochmals deutlich von 14,6 Mio. im Jahr 2001 auf 19,6 Mio. im Jahr 2011 gestiegen, was einem Anstieg von ca. 34% in den vergangenen 10 Jahren entspricht.⁷

In der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik (DDR) hingegen waren mit der bAV vergleichbare Leistungen nicht üblich, so dass Betriebsrenten auch heute noch in den neuen Bundesländern nicht nur weiterhin seltener gewährt werden, sondern auch weitaus weniger Zusagen bestehen als in den alten Bundesländern.⁸ Jedoch ist auch in den neuen Bundesländern in den Jahren 2001 bis 2007 ein Zuwachs von ca. 85 % auf 1,4 Millionen Arbeitnehmer mit Zusatzversorgungsanwartschaften festzustellen gewesen.⁹

Die Verbreitung der bAV hängt jedoch auch hier stark „vom Wirtschaftsbereich und der Betriebsgröße“ ab.¹⁰ Während der Anteil der Beschäftigten, welche Anwartschaften erwerben, in Betriebsstätten mit weniger als 10 Arbeitnehmern nur bei 30% liegt, erwerben in Betrieben ab 50 Beschäftigten mehr als die Hälfte der Arbeitnehmer eine bAV-Anwartschaft. In Betrieben hingegen mit mehr als 1.000 Beschäftigten sind dies sogar 84 Prozent.¹¹

5 Vgl. *Uebelhack*, Rn 99;; *Kortmann*, S. 13, Tabelle Z-2.

6 *Kortmann*, S. 13, Tabelle Z-2.

7 Zur Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung im Jahr 2011 siehe auch die Arbeitsgemeinschaft für betriebliche Altersversorgung e.V. (aba): aba-Statistikreihe 2013, abrufbar unter: <http://www.aba-online.de/docs/attachments/3f4e8304-6ba1-4c93-a2be-2d197c1781dd/2a-Alterssicherungsbericht-Verbreitungsgrad-bAV-Durchfuehrungswege-2011-Dez2....pdf>.

8 *Förster/Cisch/Karst*, Einführung Rn 1 ff, 17.

9 *Kortmann*, S. 21.

10 *Uebelhack*, Rn 95.

11 Zur Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung nach Betriebsgröße im Jahr 2011 siehe die Arbeitsgemeinschaft für betriebliche Altersversorgung e.V. (aba): aba-Statistikreihe 2013, abrufbar unter: <http://www.aba-online.de/docs/attachments/38528c5f-809b-44c7-a41d-281feac76bd2/2b-Alterssicherungsbericht-bAVVerbreitung-Betriebsgrussenklassen-Dez2012-SD....pdf>.

Nicht nur die numerische Verbreitung der bAV jedoch, sondern auch ihre Bedeutung für den einzelnen Arbeitnehmer unterliegt weiterhin einem steten Wandel: Während die Leistungen der bAV im 19. Jahrhundert noch hauptsächlich eine Absicherung der Arbeitnehmer für den Notfall darstellten¹², nehmen sie heutzutage in der Bundesrepublik nicht mehr nur den Platz der Notfall-Absicherung, sondern vielmehr einen gewichtigen Platz im Gesamtsystem der Altersversorgung ein. Die bAV soll dem sogenannten „Drei-Säulen-Modell“ zufolge als zweite Säule neben der gesetzlichen Rentenversicherung als erster Säule sowie der privaten Eigenversorgung als dritter Säule die Sicherung einer angemessenen Gesamtversorgung des Arbeitnehmers nach dem Ausscheiden aus dem Arbeitsleben garantieren.¹³ So war es auch bei Einführung des BetrAVG Intention des Gesetzgebers, die bAV „als wichtige Ergänzung der sozialen Sicherung“¹⁴ durch die gesetzliche Normierung „für die begünstigten Arbeitnehmer sicherer und wirkungsvoller“ zu gestalten.¹⁵ Erst jüngst wies die damalige Bundesministerin für Arbeit und Soziales und heutige Verteidigungsministerin, Ursula von der Leyen, in einem Aufsatz darauf hin, dass die bAV nicht nur als nette Beigabe, sondern vielmehr als unverzichtbarer Bestandteil des Alterssicherungssystems in Deutschland anzusehen sei und eine zentrale Stellung als zweite Säule dieses Systems besitze.¹⁶ Gleichzeitig ist jedoch auch anerkannt, dass die bAV bislang mangels flächendeckender Durchsetzung der ihr zugedachten Rolle als „Zweite Säule“ noch nicht gerecht werden und somit auch noch nicht von einer zufriedenstellenden Verbreitung („Durchdringungsgrad“) der bAV ausgegangen werden kann.¹⁷

Aus dieser besonderen Bedeutung, ergibt, welche der bAV für einen Großteil der deutschen Arbeitnehmer zukommt, ergibt sich auch eine besondere Schutzbedürftigkeit bzgl. der Leistungen der bAV. Dies umfasst naturgemäß auch einen Schutz gegenüber Diskriminierungen. Ebenso wie in den anderen Bereichen des Arbeitsrechtes muss auch im Bereich der bAV sichergestellt werden, dass Arbeitnehmer nicht diskriminierender Weise vom Bezug einer bAV ausgeschlossen werden, geringere Leistungen der Betriebsrente erhalten, o.ä.

Was jedoch hat man unter dem Begriff der Diskriminierung zu verstehen? Das deutsche Wort „Diskriminierung“ stammt vom lateinischen Wort *discriminare* ab, welches mit „teilen, trennen, unterscheiden“ übersetzt werden kann. Im menschlichen Zusammenleben stellt es zwar naturgemäß eine Notwendigkeit dar, Unterscheidungen vorzunehmen bzw. in bestimmten Situationen in Gruppen zu teilen oder auch bestehende Gruppen zu trennen. Folglich hat der Begriff

12 *Buttler*, Rn 22.

13 Siehe hierzu auch: *Förster/Cisch/Karst*, Einführung Rn 5; *Langohr-Plato*, Rn 7; *Recht*, in *Höfer*: Neue Chancen für Betriebsrenten, S. 5; *Buttler*: Einführung in die betriebliche Altersversorgung, Rn 17; *Fath/Urbitsch*, S. 42; *Uebelhack*, Rn 95.

14 *Förster/Cisch/Karst*, Einführung Rn 22.

15 BT-Drucks. 7/1281, S. 1.

16 *von der Leyen*, BetrAV 2012, 373.

17 So auch: *Allgaier*, NZA 2011, 786, 787.

der Diskriminierung, also des Teilens, Trennens oder Unterscheidens, zunächst dem Wortursprung zufolge keinen rein negativen Hintergrund. Den im heutigen Sprachgebrauch üblichen negativen Sinn bekommt eine Unterscheidung im Sinne einer Diskriminierung erst dann, wenn diese Unterreilung aufgrund unlauterer Beweggründe vorgenommen wird. Solche (benachteiligenden) Unterscheidungen sind im Gegensatz zu nicht benachteiligenden Unterscheidungen mit den fundamentalen Grundsätzen des Zusammenlebens der Menschen nicht zu vereinbaren.

Um vor solchen tatsächlichen Diskriminierungen zu schützen, wurde die Garantie der Freiheit der Menschen, welche stets auch den Schutz von Minderheiten vor Diskriminierungen umfasst, sowohl in der deutschen Verfassung wie auch in einem Großteil der Verfassungen anderer westlicher Nationen verbrieft.¹⁸ Auch wenn bereits 1848 die republikanische Devise „*Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich*“ in der Paulskirche Verfassungsrecht werden sollte, fand sie doch erst im Jahre 1919 tatsächlich Niederschlag in der Weimarer Verfassung (Art. 9 Abs. 1 WRV). Die Devise hat bis ins im heute gültige Grundgesetz hinein überlebt, so dass sie mittlerweile auf ca. 90 Jahre Verfassungsrang zurückblicken kann.

Vor diesem Hintergrund müsste eigentlich davon ausgegangen werden können, dass mittlerweile ein funktionierendes System zum Schutz vor Diskriminierungen bestünde und Diskriminierungen daher nicht mehr üblich seien. Der Blick auf den Alltag jedoch belehrt eines Besseren. Trotz eines Diskriminierungsverbotes von Verfassungsrang finden sich auch heute noch Diskriminierungen in den verschiedensten Situationen des alltäglichen Lebens. So war nicht ohne Grund bspw. die berufliche Gleichstellung von Mann und Frau und somit der Kampf gegen Geschlechtsdiskriminierung Gegenstand unzähliger Gerichtsurteile in den vergangenen Jahrzehnten.

Trotz des Bestehens vorgenannter verfassungsrechtlicher Garantie sowie verschiedener weiterer Vorschriften, welche Diskriminierungen verbieten, kommt es immer wieder zu Diskriminierungen von bestimmten Gruppen. Solange es jedoch einer Gesellschaft nicht gelingt, das Problem der Diskriminierungen in ihr allgemeines Bewusstsein zu rücken, wird es auch in Zukunft Diskriminierungen geben. Dies haben sowohl der nationale als auch der europäische Gesetzgeber erkannt und versuchen, mit dem Aufstellen gesetzlicher Regelungen zum Schutze benachteiligter Gruppen dazu beizutragen, die Problematik der Diskriminierung dieser Gruppen in das Bewusstsein der gesamten Gesellschaft zu rücken.

Das deutsche Arbeitsrecht, welches zumindest teilweise auch das Gebiet des Betriebsrentenrechts umfasst, ist beinahe ausschließlich unter den Vorgaben der deutschen Verfassung, der Grundrechte, entstanden. Seit geraumer Zeit jedoch ist auch das Arbeitsrecht in das europäische Kraftfeld eingetreten und hierbei vor allem in den „*Sog der Vorschriften über Gleichbehandlung und Diskriminierungsverbote*“ geraten.¹⁹ Im Arbeitsrecht ist die Diskriminierungsbereitschaft von Natur aus

18 Stork, S. 10, 81.

19 Steiner, NZA 2008, 73.

erheblich ausgeprägter als bspw. beim Umsatz von Waren und Gütern.²⁰ Diesem Umstand und der beschriebenen erheblichen Bedeutung für die Betroffenen Rechnung tragend ist der arbeitsrechtliche Teil des Betriebsrentenrechtes gemeinsam mit den übrigen Teilen des Arbeitsrechtes in den vergangenen Jahren in den Mittelpunkt europäischer und auch bundesdeutscher Antidiskriminierungsbemühungen gerückt. Diese Entwicklung kann sowohl für das Arbeitsrecht als auch für das Betriebsrentenrecht im Besonderen nur begrüßt werden.

Im Jahr 2006 hat der bundesdeutsche Gesetzgeber das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) erlassen, welches den Diskriminierungsschutz aufgreift. Schon zu Vor-AGG-Zeiten bestand jedoch sowohl auf nationaler wie auch auf internationaler Ebene bereits ein gewisser Diskriminierungsschutz:

So ergaben sich international unterschiedliche Verpflichtungen aus der UN-Charta und der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, dem Internationalen Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (CERD)²¹, dem Übereinkommen über die Beseitigung aller Formen der Diskriminierung von Frauen (CEDAW)²², dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte²³, dem Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte²⁴, dem ILO²⁵-Übereinkommen Nr. 100 ILO vom 29. Juni 1951 über die Gleichheit des Entgelts männliche und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit²⁶, dem ILO-Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf²⁷ sowie dem Rahmenabkommen zum Schutz nationaler Minderheiten.²⁸ Die Bundesrepublik war zudem bereits 1973 dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR) sowie dem Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, beide vom 19. Dezember 1966, beigetreten.²⁹

Hinsichtlich des Diskriminierungsmerkmals der Rasse, wie es sich nunmehr im AGG wiederfindet, bestand bereits seit den Sechziger Jahren das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (CERD) vom 7. März 1966. Dieses dient heute zwar weiterhin der Auslegung der europäischen Antirassismus-Richtlinie sowie des Begriffes der „Rasse und ethnischen Herkunft“ i.S.d. § 1 AGG³⁰, entfaltete selbst jedoch keine „Horizontalwirkung“ im

20 *Lobinger* in Isensee, 102, 107

21 BGBl. 1969 II, S. 961.

22 BGBl. 1985 II, S. 647.

23 BGBl. 1973 II, S. 1553.

24 BGBl. 1973 II, S. 1569.

25 Internationale Arbeitsorganisation (ILO).

26 BGBl. 1956 II S. 23.

27 BGBl. 1961 II, S. 97.

28 BGBl. 1997 II, S. 1406.

29 BGBl. 1973 II, S. 1553 sowie BGBl. 1973 II, S. 1569.

30 Zur Anwendbarkeit als Auslegungshilfe zu Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied

Verhältnis einzelner Bürger untereinander, das heißt unmittelbare Ansprüche von Privatpersonen gegen andere Privatpersonen.

Gleiches gilt auch für das Übereinkommen zur Beseitigung aller Formen der Diskriminierung von Frauen (CEDAW) vom 18. Dezember 1979, von der Bundesrepublik im Jahr 1985 ratifiziert³¹, und das Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 (ÜRK)³². Ebenso wenig ergab sich aus der UN-Charta, einer Art „Weltverfassung“³³, oder aus der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte eine derartige „Horizontalwirkung“.³⁴ Vielmehr ergab und ergibt sich aus der UN-Charta eine vertikale, d.h. die Mitgliedstaaten treffende – Verpflichtungen, einer Diskriminierung aufgrund von Rasse, Geschlecht, Sprache oder Religion entbehrende staatliche Politik zu betreiben.

Da sich jedoch aus diesen Übereinkünften jeweils keine Horizontalwirkung ergab, wie sie im Verhältnis mehrerer Privatrechtssubjekte untereinander notwendig wäre, war und ist somit ein spezieller internationaler Diskriminierungsschutz des Einzelnen gegenüber anderen Privatrechtssubjekten nicht gegeben. Stattdessen

„definieren alle diese Völkerrechtsnormen gewisse Mindeststandards, die von den Staaten in völkerrechtlichen Verträgen und vor allem in ihren nationalen Rechtsordnungen nicht unterschritten, ohne weiteres jedoch überschritten werden dürfen“³⁵

Bereits seit den Anfängen eines geeinten Europas als Wertegemeinschaft standen auch hier die Gleichbehandlung und somit auch der Diskriminierungsschutz auf der Agenda der europäischen Zusammenarbeit. Am 4. November 1950 wurde durch den Europarat die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) geschaffen, welche den Genuss der in der Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten „ohne Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status“ gewährleisten soll. Dem Konventionstext kam jedoch nur die Bedeutung eines allgemeinen Gleichheitsgebots zu.

Später stellte Art. 13 EGV (der heutige Art. 19 AEUV³⁶) die Grundlage des Antidiskriminierungsrechts der Europäischen Union dar.³⁷ Art. 13 EGV wurde im Rahmen und Verlauf des Europäischen Jahres gegen den Rassismus 1997 durch

der Rasse o. der ethnischen Herkunft siehe m.w.N.: Däubler/Bertzbach-Däubler, Einleitung Rn 153, *Schöbener/Stork*, ZEuS 2004, 43, 68.

31 BGBl. 1985 II, S. 647.

32 BGBl. 1992 II, S. 122.

33 Rust/Falke-Giegerich, Einleitung Rn 24.

34 Siehe auch: Däubler/Bertzbach-Däubler, Einleitung Rn 145 m.w.N.

35 Rust/Falke-Giegerich, Einleitung Rn 15.

36 Im Nachfolgenden soll jeweils die aktuelle Rechtsgrundlage benannt werden, aktuell also der AEUV.

37 *Reppen* in Isensee, S. 20 f.; *Stork*, S. 47.

den Vertrag von Amsterdam³⁸ eingefügt. Durch ihn hat sich in den vergangenen Jahren ein eigenständiges europäisches Antidiskriminierungsrecht herausgebildet.³⁹ Allerdings entfaltet der Artikel ebenfalls keine unmittelbare Wirkung, sondern schafft vielmehr eine Gemeinschaftskompetenz, also die Befugnis, Sekundärrecht zu schaffen.⁴⁰ Auch die vier dem AGG zugrundeliegenden Richtlinien wurden teilweise auf Grundlage von Art. 19 AEUV, erlassen. Bei diesen, dem AGG zugrunde liegenden Richtlinien handelte es sich um die Folgenden:

- die auf Art. 19 AEUV gestützte Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (im Folgenden: „Antirassismus-Richtlinie“)⁴¹;
- die Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (im Folgenden: „Rahmenrichtlinie“)⁴², welche sich ausdrücklich auf den Beschäftigungsbereich beschränkt;
- die mittlerweile durch die Richtlinie 2006/54/EG ersetzte Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zuganges zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen (im Folgenden: „Gender-Richtlinie n.F.“)⁴³, welche auf den damaligen Art. 157 AEUV⁴⁴ gestützt wurde, sowie
- die Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (im Folgenden: „Gender-Richtlinie Zivilrecht“)⁴⁵, welche ebenfalls auf den damaligen Art. 19 AEUV gestützt wurde.

Der einmal eingeschlagene europäische Weg zur Verhinderung von Benachteiligungen sollte auch durch den –zumindest vorläufig gescheiterten - Vertrag über eine Verfassung für Europa (VVE)⁴⁶ weiter beschrritten werden. Hierbei sollte der

38 In Kraft getreten am 1. Mai 1999.

39 Polloczek, S. 73 f. m.w.N.

40 EuGH, Urt. v. 11. Juli 2006 – Rs. C-13/05 [*Chacón Navas*], AP Nr. 3 zu Richtlinie 2000/78/EG; Rudolf/Mahlmann-Mahlmann, § 3 Rn 54; vgl. auch: Polloczek, S. 64 f. m.w.N.

41 ABl. EG Nr. L 180 S. 22.

42 ABl. EG Nr. L 303 S. 16.

43 ABl. EG Nr. L 269 S. 15.

44 ex-Art. 141 Abs. 3 EGV.

45 ABl. EG Nr. L 373 S. 37.

46 Am 29. Oktober 2004 von den Staats- und Regierungschefs der 25 Mitgliedstaaten sowie der drei Kandidatenländer Bulgarien, Rumänien und Türkei unterzeichnet. Der Vertrag sollte nach ursprünglicher Planung am 1. Januar 2006 in Kraft treten,

damalige Art. 13 Abs. 1 EGV durch eine erneuerte Ermächtigungsgrundlage zur Bekämpfung von Diskriminierungen in Art. III-124 Abs. 1 VVE ersetzt werden.⁴⁷

Bereits vor Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrages und somit vor Einführung von Art. 13 EGV, dem heutigen Art. 19 AEUV, gab es in der Europäischen Union Bestrebungen zur Bekämpfung von diskriminierenden Unterscheidungen. Seit dem 1. Januar 1958 bis hin zum Inkrafttreten des Art. 13 Abs. 1 EGV am 1. Mai 1999 ergab sich ein gewisser Diskriminierungsschutz aus Art. 12 (nunmehr Art. 18 AEUV) und dem damaligen Art. 141 EGV (ex-Art. 119 EGV, nunmehr Art. 157 AEUV). Dieser Schutz beschränkte sich hierbei jedoch auf die Merkmale des Geschlechts und der Staatsangehörigkeit. Im Gegensatz zum später eingefügten Art. 13 Abs. 1 EGV entfalteten Art. 12 und Art. 141 EGV sogar unmittelbare Wirkung, Art. 141 darüber hinaus sogar unmittelbare horizontale Wirkung in den Beziehungen von Einzelpersonen untereinander.⁴⁸ Mit der Einführung des Grundsatzes des „gleichen Lohnes für gleiche Arbeit“ (ex-Art. 119 EWG-Vertrag, seit dem Vertrag von Amsterdam Art. 141 EGV, nunmehr Art. 157 AEUV) hatte sich die Europäische Union bereits im Jahre 1957 der Erreichung der Gleichbehandlung verpflichtet. Die Gleichbehandlung (wenn auch wie beschrieben nur in Fragen des Geschlechtes und der Staatsangehörigkeit) sollte im Rechtsraum der Europäischen Union als fundamentale Institution des täglichen wie auch des beruflichen Lebens installiert und durchgesetzt werden.

Die europäischen Bestrebungen des Schutzes vor Diskriminierungen verfolgen allesamt die im EGV festgelegten Ziele der Europäischen Gemeinschaft der Erreichung eines hohen Beschäftigungsniveaus, eines hohen Maßes an sozialem Schutz, der Hebung des Lebensstandards und der Lebensqualität, der Solidarität und der Freizügigkeit. Diese Ziele sind den Erwägungsgründen der Richtlinie 2000/78/EG zufolge unmittelbar durch Diskriminierungen wegen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung gefährdet.⁴⁹ Hinsichtlich des Arbeitsrechts hat der Europäische Rat auf seiner Tagung am 10. und 11. Dezember 1999 in Helsinki einen beschäftigungspolitischen Leitfadens vereinbart, in welchem er explizit auf die Notwendigkeit hinwies, einen Arbeitsmarkt zu schaffen, auf welchem die Diskriminierung von benachteiligten Gruppen bekämpft werde.⁵⁰

Um das Ziel der Gleichbehandlung auch im Bereich des Arbeitsrechtes zu erreichen, hat sich die EU i.S.d. Art. 19 AEUV wiederholte Male des Mittels der

scheiterte jedoch im Ratifizierungsprozess an negativen Referenden in Frankreich wie auch in den Niederlanden.

47 *Stork*, S. 63.

48 So zu Art. 12 EGV: EuGH, Urt. v. 13. Februar 1985 – C-293/83 [*Gravier*], Slg. 1985, 593 [Rn 14 f.]; Urt. v. 02. Februar 1989 – C-186/87 [*Cowan*], Slg. 1989, 195; zu Art. 141 EGV: EuGH, Urt. v. 31. März 1981 – C-96/80 [*Jenkins*], Slg. 1981, 911; zur unmittelbaren horizontalen Wirkung des Art. 141 EGV: Urt. v. 08. April 1976 – Rs. C-43/75 [*Defrenne II*], Slg. 1976, 455 [Rn 56/58].

49 Erwägungsgrund 11 der Richtlinie 2000/78/EG.

50 Erwägungsgrund 8 der Richtlinie 2000/78/EG.

Richtlinie i.S.d. Art. 288 AEUV⁵¹ bedient, welche daraufhin von den Mitgliedstaaten innerhalb einer gewissen Frist in nationales Recht zu transformieren waren. Nach Wunsch der EU sollte die Gleichbehandlung auf diesem Wege des Transformationsprozesses auch in der Gesetzgebung der Mitgliedsstaaten Einzug halten, sofern dies bisher noch nicht ausreichend der Fall gewesen war.

Mit dem Erlass der dem AGG zugrundeliegenden europäischen Richtlinien und den hierauf folgenden nationalen Gesetzesinitiativen wurde versucht, das Ziel der Bekämpfung der Diskriminierungen im Bereich des Arbeitsrechtes weiter zu verfolgen. Vorstellung der europäischen Legislative war hierbei, durch die Einführung arbeitsrechtlicher Antidiskriminierungsbestimmungen Rechtsunsicherheiten zu beseitigen sowie eine Grundlage für ein tolerantes und benachteiligungsfreies Miteinander in der Arbeitswelt zu schaffen.⁵²

Nach Erlass der Antidiskriminierungsrichtlinien war der deutsche Gesetzgeber gehalten, den Inhalt bzw. die Vorgaben dieser Richtlinien insoweit in deutsches Recht umzusetzen, als der Inhalt der Richtlinien nicht bereits vorher dem deutschen Recht inhärent war. Im Gegensatz zu europarechtlichen Verordnungen, welche unmittelbare Wirkung entfalten, verpflichten die europäische Richtlinien mit Wirkung eines völkerrechtlichen Vertrages die Mitgliedsstaaten gem. des Art. 288 Abs. 3 AEUV⁵³, lediglich zur Umsetzung in nationales Recht (Transformation), wobei die Mitgliedsstaaten in der Wahl der Mittel der Umsetzung frei sein sollten. Die von der Gemeinschaft erlassenen Antidiskriminierungsrichtlinien verpflichteten somit zwar die Mitgliedsstaaten, den Schutz vor Benachteiligungen hinsichtlich der in den Richtlinien genannten Merkmale einfachgesetzlich zu normieren, dies jedoch frei hinsichtlich der „Wahl der Form und der Mittel“.

National ergab sich bereits vor Erlass des AGG ein gewisser Diskriminierungsschutz aus der Verfassung. In Art. 3 GG, der Zentralnorm des deutschen Antidiskriminierungsrechts, war der expliziten Ablehnung von Diskriminierungen – insbesondere mit Blick auf die Vergangenheit unter der nationalsozialistischen Herrschaft – bereits von den Vätern des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland Verfassungsrang eingeräumt worden.⁵⁴ Seither besagt das Gleichheitspostulat des Grundgesetzes, dass Menschen trotz ihrer tatsächlichen Verschiedenheit in bestimmten Beziehungen als gleich behandelt werden sollen.⁵⁵ Während Art. 3 Abs. 1 GG den allgemeinen Gleichheitssatz enthält, verbieten Art. 3 Abs. 2 und 3 GG sowohl unmittelbare wie auch mittelbare⁵⁶ Diskriminierungen nach

51 ex-Art. 249 EGV.

52 *Monen*, S. 231.

53 ex-Art. 249 Abs. 3 EGV.

54 Siehe auch: Jarass-Pierothe-Jarass, Art. 3 GG Rn 114; *Fuchs*, ZESAR 2006, 377.

55 So: *Fuchs*, ZESAR 2006, 377.

56 Mittlerweile hat sich das BVerfG der Ansicht des EuGH und des BAG angeschlossen, dass auch mittelbare Diskriminierungen in den Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG fallen, BVerfGE 95, 35, 43 f.; 104, 373, 393; 117, 219, 227 f.

bestimmten Merkmalen. Mittelbare Diskriminierungen sind verboten, soweit nicht im Einzelfall ein sachlicher Rechtfertigungsgrund besteht, unmittelbare hingegen, sofern nicht die unterschiedliche Behandlung zur Erreichung eines rechtmäßigen Zieles verhältnismäßig ist.⁵⁷ Zudem beinhaltet Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG einen Verfassungsauftrag zur Gleichstellung von Frauen.

Bereits vor Inkrafttreten des AGG legte Art. 3 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich auf nationaler Ebene fest, dass Ungleichbehandlungen auf Grund des Geschlechts, der Abstammung, der Rasse, der Sprache, der Heimat und Herkunft, des Glaubens, der religiösen und politischen Anschauungen sowie einer Behinderung⁵⁸ unzulässig waren und sind. Diese Norm stellt quasi den Menschenwürdekern des Gleichheitssatzes dar.⁵⁹ Entgegen der dem AGG zugrunde liegenden europäischen Richtlinien findet sich jedoch in Art. 3 GG kein Hinweis auf Diskriminierungen bzgl. des Alters⁶⁰ oder bzgl. der sexuellen Identität, so dass die Verfassungsnorm diesbezüglich enger gefasst ist. Noch im Jahr 1994 hatte sich im Deutschen Bundestag keine Mehrheit dafür gefunden, das Merkmal der sexuellen Identität im Katalog des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG zu verankern.⁶¹

Dennoch könnte die Lektüre des Art. 3 GG den Eindruck entstehen lassen, dass national bereits ein alle Lebensbereiche abdeckendes Diskriminierungsverbot gegeben, die Einführung des AGG und seiner Diskriminierungsverbote somit eventuell überflüssig gewesen sei.⁶² Dies kann jedoch nicht nur aufgrund der fehlenden Merkmale des Alters und der sexuellen Identität verneint werden.⁶³ Vielmehr ermangelt es dem Gleichheitssatz des Art. 3 GG als Verfassungsrecht nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes (BVerfG) sowie nach herrschender Meinung⁶⁴ der unmittelbaren Drittwirkung, so dass er nicht direkt auf die Beziehungen zwischen Privatpersonen anwendbar ist. So gelten Grundrechte grundsätzlich nur im Verhältnis Staat – Bürger. Der Einzelne hingegen - sei es Arbeitgeber wie -nehmer oder im Bereich der bAV auch die jeweilige Versorgungseinrichtung - ist nicht direkt an sie gebunden. Grundrechte binden vielmehr den Staat als Gesetzgeber oder aber auch die Tarifpartner als normsetzende Parteien.⁶⁵ Zudem hat das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG ebenso wie der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG in erster Linie

57 Siehe zu mittelbarer und unmittelbarer Benachteiligung i.S.d. Art. 3 GG auch: Jarass-Pieroth-Jarass, Art. 3 GG Rn 95 f.; ErfKomm-Schmidt, Art. 3 GG Rn 75 f.

58 Das Merkmal der Behinderung nachträglich eingefügt durch die Verfassungsreform 1994, BT-Drucks. 12/8165, S. 29.

59 Siehe auch: ErfKomm-Schmidt, Art. 3 GG Rn 65; Fuchs, ZESAR 2006, 377.

60 Vgl. Schlachter, in Richardi/Reichold, S. 355.

61 BT-Drucks. 12/8165, S. 1, 29.

62 ErfKomm-Schlachter, Vorbemerkung AGG Rn 3; Fuchs, ZESAR 2006, 377, 378.

63 Vgl. auch: Asscher-Vonk/Schlachter, RIW 2005, 503 f.

64 Ausführlich zur Wirkung von Grundrechten: Schiek, S. 77 ff.

65 Siehe auch: Steinmeyer, NZA 2004, 1257, 1258.

Abwehrfunktion und richtet sich gegen Bevorzungen oder Benachteiligungen der bezeichneten Gruppen durch den Staat und bindet alle Träger öffentlicher Gewalt.⁶⁶

Zwar ist anerkannt, dass Grundrechte auch im Verhältnis zwischen Privaten eine mittelbare Drittwirkung in Form einer Ausstrahlungswirkung besitzen, insbesondere bei Anwendung der Generalklauseln wie Treu und Glauben (§ 242 BGB), Sittenwidrigkeit (§§ 138, 826 BGB) und anderen ausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffen des Privatrechts, wie auch im Rahmen der verfassungskonformen Auslegung.⁶⁷ Auch müssen die Zivilgerichte bei der Anwendung und Auslegung privatrechtlicher Normen stets die Wertordnung berücksichtigen, die durch die Grundrechte vorgezeichnet wird.⁶⁸ Zugleich wird auch der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz⁶⁹ durch die Ausstrahlungswirkung des Art. 3 GG geprägt.⁷⁰ Subjektive Ansprüche des Einzelnen auf kompensatorische Maßnahmen hingegen lassen sich jedoch auch aus Art. 3 Abs. 3 GG nicht ableiten.⁷¹

Die verfassungsrechtlichen Vorgaben boten folglich bereits vor Inkrafttreten des AGG einen gewissen Diskriminierungsschutz, dies allerdings wohl nur durch ihre mittelbare Drittwirkung. Die Effektivität dieses Schutzes vor Diskriminierungen durch Privatpersonen jedoch war und ist äußerst begrenzt.⁷² Die Antidiskriminierungsrichtlinien der EU erforderten allerdings umfassenden Schutz, so dass trotz Bestehens der verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG eine einfachgesetzliche Umsetzung in privatrechtliche Normen zwingend notwendig war.⁷³

Neben dem verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbot ergab sich auch bereits vor Inkrafttreten des AGG ein gewisser Schutz vor Diskriminierungen aus dem allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Das BAG ging bereits vor Inkrafttreten des AGG davon aus, dass ein Verstoß gegen eines der Benachteiligungsverbote der Antidiskriminierungsrichtlinien wie der Richtlinie 2000/78/EG automatisch auch einen Verstoß gegen den

66 Dreier-Heun, Art. 3 GG Rn 105; Jarass/Pieroth-Jarass, Art. 3 GG Rn 82; Schiek-Schiek, Einl AGG Rn 38 m.w.N.

67 Grundlegend: BVerfG, Urt. v. 15. Januar 1958 - 1 BvR 400/51 - BVerfGE 7, 198, 204 ff. - "Lüth-Urteil"; BAG, Vorlagebeschluss vom 27. Juni 2006 - C 427/06; so auch die Gesetzesbegründung zum AGG, BT-Drucks. 16/1780, S. 22; Sachs-Osterloh, Art. 3 GG Rn 234; Höfer, Band I: Arbeitsrecht, ART Rn 639; Schiek-Schiek, Einl AGG Rn 38.

68 Siehe ausführlich zu diesem Thema: Pieroth/Schlink, Rn 192 ff. m.w.N.

69 Zur dogmatischen Herleitung des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsanspruches siehe: Thüsing, Rn 888 f.; Dornbusch/Fischermeier/Löwisch-Kamanabrou, § 611 BGB Rn 285 ff. m.w.N. oder auch Schaub-Linck, § 112 Rn 2 ff.

70 Vgl.: BAGE 36, 187, 192; 39, 336, 339; Jarass-Pieroth-Jarass, Art. 3 GG Rn 103; Dreier-Heun, Art. 3 Rn 92.

71 ErfKomm-Schmidt, Art. 3 GG Rn 67; Bauer/Göpfert/Krieger, Einleitung AGG Rn 26.

72 Schiek-Schiek, Einl AGG Rn 38.

73 BT-Drucks. 16/1780, S. 22.

Gleichbehandlungsgrundsatz darstelle, da dieser durch solche Richtlinien in seinem Anwendungsbereich konkretisiert werde.⁷⁴ Der sich aus dem allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ergebende Schutz erstreckt sich allerdings zum einen lediglich auf kollektive Regelungen, individuelle Vereinbarungen von Vertragsparteien hingegen werden als vorrangig betrachtet. Folglich kann sich aus einer individuellen Regelung bereits kein Verstoß gegen den allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ergeben. Zum anderen ist zu beachten, dass der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz im Gegensatz zu den Regelungen des AGG lediglich vor Verstößen im Rahmen eines bestehenden Arbeitsverhältnisses schützt, wohingegen die Begründung des Arbeitsverhältnisses von diesem Schutz gerade ausgenommen ist. Das AGG hingegen umfasst nunmehr gerade auch den vorvertraglichen Bereich der Bewerbungsphase etc. Dementsprechend geht der Schutz, wie er sich heute aus dem AGG ergibt, weiter als der des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes.

Auch auf einfachgesetzlicher Ebene waren bereits in der Vergangenheit Diskriminierungsverbote verankert. So seien hier exemplarisch § 611a BGB, das Gesetz zur Gleichstellung behinderter Menschen vom 1. Mai 2002, das Bundesgleichstellungsgesetz (BGleIG) vom 5. Dezember 2001, die Regelung des § 81 Abs. 2 SGB IX oder auch die Ausstrahlungswirkung des Art. 3 GG auf § 75 Abs. 1 BetrVG genannt. Diese Diskriminierungsverbote hatten jedoch allesamt einen jeweils sehr viel engeren Anwendungsbereich als das AGG, bspw. nur für einzelne Benachteiligungsmerkmale oder lediglich in Betrieben, in denen ein Betriebsrat besteht etc. Trotz des Bestehens dieser wie auch weiterer antidiskriminierungsrechtlicher Regelungen wie bspw. des § 4 TzBfG, des § 27 SprAuG oder des § 67 Abs. 1 S. 1 BPersVG ging die Bundesregierung im Verlauf der Entstehungsgeschichte des AGG davon aus, dass der deutsche Diskriminierungsschutz bis dato nicht hinreichend weit gefasst war. So bestanden bspw. im Zivilrecht anders als im Arbeitsrecht vor Inkrafttreten des AGG beinahe keine ausdrücklichen gesetzlich normierten Diskriminierungsverbote.⁷⁵ Der Gesetzgeber stellte fest, dass der Diskriminierungsschutz vor Inkrafttreten des AGG im Bereich der Geschlechtsdiskriminierung bereits am weitesten fortgeschritten war.⁷⁶ Bspw. fand sich in den Regelungen des BGB vor Inkrafttreten des AGG bereits das Diskriminierungsverbot bzgl. des Geschlechtes wieder. Hinsichtlich der weiteren in den Richtlinien geforderten Diskriminierungsmerkmale fand sich hingegen kein Diskriminierungsverbot im BGB.⁷⁷ Auch die arbeitsrechtlichen Spezialregelungen genügten nicht der Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien zum Schutz vor Benachteiligungen im Arbeitsrecht

74 BAG, Urt. v. 11. April 2006 – 9 AZR 528/05, BetrAV 2006, 781 f.; vgl.: *Polloczek*, S. 118.

75 Siehe auch: *Däubler/Bertzbach-Däubler*, Einleitung Rn 61.

76 BT-Drucks 16/1780, S. 22.

77 So übersichtlich: *Biester*, jurisPK-ArbR 35/2006 Anm. 6.

und waren vor dem Hintergrund der Antidiskriminierungsrichtlinien vom deutschen Gesetzgeber neu zu fassen und auf alle neuen Diskriminierungsmerkmale zu erstrecken.⁷⁸

Im Regierungsentwurf zum AGG hieß es dementsprechend auch, dass in der Bundesrepublik noch kein umfassender arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz bzgl. all jener Diskriminierungstatbestände bestehe, wie er von den europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien vorgeschrieben werde. Auch wenn das AGG nach der Intention des Gesetzgebers keinen vollständigen und abschließenden Schutz vor Benachteiligungen darstellen sollte, so war es doch Intention des Gesetzgebers, zumindest und gerade die genannten Antidiskriminierungsrichtlinien vollumfänglich umzusetzen.⁷⁹

Der deutsche Gesetzgeber hat daher im Jahr 2006 das AGG erlassen, nachdem zunächst die Verabschiedung eines Antidiskriminierungsgesetzes (ADG) gescheitert war und bereits die Verhängung eines Bußgeldes wegen nicht rechtzeitiger Umsetzung der EU-Richtlinien drohte.⁸⁰ Der deutsche Gesetzgeber hat hierbei versucht, die Vorgaben der Richtlinien umzusetzen und gleichzeitig auch die bereits bestehenden Vorgaben des Grundgesetzes zu erfüllen.⁸¹ So diente die Einführung des AGG auch der Konkretisierung der Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG sowie des Gleichbehandlungsgebotes des Art. 3 Abs. 2 GG, so dass der Regelungszweck der Antidiskriminierungs-Richtlinien bzw. des AGG nicht allein darin bestand, zusätzliche Rechte gegen Diskriminierung einzuführen, sondern auch darin, die tatsächliche Rechtsdurchsetzung zu verbessern.⁸²

Die wesentlichen Regelungen der zugrunde liegenden Gleichbehandlungs-Richtlinien finden sich teilweise wörtlich im AGG wieder. Auch hinsichtlich der Systematik orientiert sich das AGG zu großen Teilen am Webmuster der Richtlinien⁸³ sowie am Muster des § 611a BGB, nach welchem bereits vor Inkrafttreten des AGG Benachteiligungen wegen des Geschlechtes verboten waren.⁸⁴ Das AGG lässt sich daher als „*nationale Vorschrift mit in erster Linie europarechtlichem Gehalt*“⁸⁵ beschreiben.

Den europäischen Richtlinien folgend untersagt auch das AGG Benachteiligungen anhand bestimmter, enumerativ genannter Merkmale. In § 1 AGG werden die

78 So auch: *Rühl/Schmid/Viethen*, S. 43.

79 BT-Drucks. 16/1780, S. 32.

80 EuGH, Urt. v. 28. April 2005 – Rs. C-329/04, BetrAV 2005, 494 f.; Urt. v. 23. Februar 2006 – Rs. C-43/05, AP Nr. 2 zu Richtlinie 2000/78/EG, worin der EuGH bereits festgestellt hatte, dass der deutsche Gesetzgeber seine Pflicht zur Transformation durch die Säumigkeit in der Umsetzung zweier der Antidiskriminierungsrichtlinien verletzt habe.

81 Schiek-Schiek, Einl AGG Rn 40.

82 Vgl.: *Mahlmann*, ZEuS 2002, 407, 410.

83 So: *Reppen* in Isensee, S. 33.

84 So: *Richardi*, ZfA 2008, 31, 46.

85 *Hellkamp/Rinn*, BetrAV 2008, 442.

Merkmale aufgezählt, die nicht nur Ziele des Gesetzes, sondern gleichzeitig auch Tatbestandsmerkmale der nunmehr im AGG geregelten Benachteiligungsverbote des Arbeits- (§ 7 AGG) sowie des Zivilrechts (§ 19 AGG) darstellen. Hierbei spricht das AGG nicht nur von der „Beseitigung“, sondern auch vom „Verhindern“ derartiger Benachteiligungen, so dass erkennbar nicht nur die Sanktion, sondern auch oder gerade die Prävention von Benachteiligungen Ziel dieses Gesetzes ist.

Diese Merkmale des § 1 AGG – Rasse oder ethnische Herkunft, Geschlecht, Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter sowie sexuelle Identität – entstammen Art. 19 AEUV⁸⁶, welcher allerdings nicht von sexueller Identität, sondern von sexueller Ausrichtung sprach. Die Aufzählung in § 1 AGG benennt hierbei abschließend die durch das AGG „verpönten“ Diskriminierungsmerkmale. Hey spricht daher hinsichtlich der „verpönten“ Merkmale des AGG von den „Sieben Todsünden“.⁸⁷ Andere, nicht in dieser enumerativen Aufzählung genannte Eigenschaften oder Merkmale werden folglich vom Diskriminierungsschutz (zumindest dem des AGG) ausgeschlossen.⁸⁸ Über den Gesetzeswortlaut des AGG hinausgehende, bspw. im Grundgesetz zu findende Diskriminierungsverbote wie das der politischen Anschauung, Sprache, Herkunft, Abstammung oder auch der Nichtehelichkeit dürfen aufgrund des eindeutigen Wortlautes des § 1 AGG auch nicht in diese Vorschrift hineingelesen werden.⁸⁹

Ein Novum stellt hierbei die Einbeziehung des Merkmals des „Alters“ dar. Die Implementierung dieses Merkmals birgt besondere Brisanz, da in Deutschland eine Vielzahl von tariflichen und sogar gesetzlichen Regelungen existiert, die gerade nach dem Alter differenzieren.⁹⁰ Jedoch ist gerade in alternden Gesellschaften wie der deutschen der Schutz vor Altersdiskriminierung besonders relevant⁹¹, insbesondere, da der Arbeitsmarkt für Bewerber ab 50 Jahren immer unzugänglicher geworden ist.⁹² Hierbei geht der nunmehr eingeführte Schutz vor Altersdiskriminierung sogar noch weiter und umfasst nicht nur ältere Personen, sondern gleichzeitig auch jüngere vor einer Diskriminierung wegen ihres jeweiligen - jungen oder alten - Alters.⁹³

Der Gesetzgeber hat für den Bereich des Arbeitsrechtes in den §§ 6 bis 18 AGG eine einheitliche gesetzliche Regelung des Diskriminierungsschutzes geschaffen, welche alle in den Richtlinien genannten Merkmale erfasst. Diese Neuregelung war für das Arbeitsrecht ein großer Schritt, da der Diskriminierungsschutz „bislang keinen zentralen Platz im Arbeitnehmerschutzrecht eingenommen“ hatte.⁹⁴ Auch

86 ex-Art. 13 EGV.

87 Hey, § 1 AGG Rn 2.

88 Vgl.: Thüsing, Rn 219.

89 Siehe auch: Rudolf/Mahlmann-Rudolf, § 6 Rn 42; Kamanabrou, RdA 2006, 321, 322.

90 So auch anschaulich: Willemsen/Schweibert, NJW 2006, 2583, 2585.

91 So zutreffend: Schlachter-Schlachter, S. 11.

92 Vgl.: Asscher-Vonk/Schlachter, RIW 2005, 503, 507.

93 Vgl.: Schlachter-Schlachter, S. 23.

94 Thüsing, Rn 7.

gegenüber den früheren (und mit Inkrafttreten des AGG außer Kraft getretenen) Regelungen der § 611a, 611b und § 612 Abs. 3 BGB wurde der Diskriminierungsbegriff durch das AGG noch erweitert.

Nunmehr bestimmt § 6 AGG den persönlichen und zeitlichen Anwendungsbereich dieses 2. Abschnittes des AGG. § 7 Abs. 1 AGG verbietet Benachteiligungen von Beschäftigten aufgrund der in § 1 AGG genannten Merkmale. Die Rechtsfolgen einer nicht gerechtfertigten Benachteiligung ergeben sich aus § 7 Abs. 2 AGG.⁹⁵ Die §§ 8-10 AGG hingegen weisen besondere Rechtfertigungsgründe für Benachteiligungen wegen beruflicher Anforderungen (§ 8 AGG), wegen der Religion oder Weltanschauung (§ 9 AGG) oder wegen des Alters (§ 10 AGG) aus. In den dort beschriebenen Fällen bzw. aus den hier genannten Gründen kann eine Benachteiligung, welche grundsätzlich gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 AGG in Beschäftigung und Beruf verstößt, ausnahmsweise gerechtfertigt und somit doch zulässig sein. Auch beim Vorliegen positiver Maßnahmen i.S.d. § 5 AGG kann eine Benachteiligung nach den in § 1 AGG genannten Merkmalen ausnahmsweise zulässig sein.

Die §§ 19 bis 21 AGG stehen neben dem das Berufsleben betreffenden Abschnitt und behandeln den Schutz vor Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr. Ansprüche aus einer unzulässigen Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr i.S.d. § 19 AGG ergeben sich aus § 21 AGG. Auch für diesen Bereich hat der Gesetzgeber in Form von § 20 AGG eine Ausnahmer- und Rechtfertigungsregelung geschaffen

Die §§ 31 bis 33 AGG beinhalten die Schlussbestimmungen. Hierbei ist insbesondere die Regelung des § 33 AGG wichtig, welche den zeitlichen Anwendungsbereich auf arbeitsrechtliche sowie zivilrechtliche Sachverhalte regelt.

Beim Erlass des AGG hatte der Gesetzgeber auch die besondere Konstellation zu beachten, dass Art. 3 Abs. 2 und 3 GG bislang mangels unmittelbarer Wirkung nicht in zwischen Privatrechtssubjekten bestehende Vertragsfreiheit eingriffen. Die Vertragsfreiheit besteht im Hinblick auf die bAV grundsätzlich auch für die materielle Ausgestaltung von Versorgungszusagen der bAV⁹⁶ und fand ihre Grenze somit bislang v.a. in den Verfassungsnormen der Gleichbehandlung, der Gleichberechtigung sowie dem europarechtlichen Lohnleichheitsgebot des Art. 157 AEUV und anderen, einfachgesetzlichen nicht abdingbaren Rechtsvorschriften.

Durch die Ausarbeitung der arbeitsrechtlichen und zivilrechtlichen Diskriminierungsverbote des AGG greift der Gesetzgeber nunmehr in ebenjene Beziehungen zwischen Privaten ein, in welchen grundsätzlich die Vertragsfreiheit garantiert ist.⁹⁷ Diese Entwicklung ergibt sich allerdings bereits aus dem Gedanken, dass das

95 Zu den Rechtsfolgen einer Benachteiligung im Sinne des § 7 Abs. 1 AGG siehe auch: B.V.

96 Siehe zur Frage der Vertragsfreiheit im Bereich der bAV:*Höfer*, Band I: Arbeitsrecht, ART Rn 641.

97 Zur Frage des Eingriffs in die garantierte Vertragsfreiheit zwischen Privaten siehe: *Thüsing*, Rn 47.

Schlagwort der „Antidiskriminierung“ gerade im rechtsgeschäftlichen Bereich eine Antithese zur Privatautonomie darstellt. Die Wahlfreiheit wird hier (und nunmehr im Bereich des AGG) bewusst zugunsten des Schutzes vor Diskriminierungen eingeschränkt.⁹⁸

Das AGG geht als „echter“ Diskriminierungsschutz in einigen Punkten über das bisher bekannte reine Gleichbehandlungsrecht hinaus.⁹⁹ So wird nunmehr bspw. bei der Überprüfung des Vorliegens einer unmittelbaren Benachteiligung i.S.d. § 3 Abs. 1 AGG nicht nur auf reale, sondern auf hypothetische Vergleichspersonen abgestellt. Weiter wird nach dem AGG eine Belästigung einer unzulässigen Diskriminierung gleichgestellt und selbst bloße Anweisungen zu entsprechendem Verhalten als Benachteiligung klassifiziert. Eine Benachteiligung ist somit nach dem neuen Recht weit früher gegeben als nach altem Recht.¹⁰⁰

Der weiterhin bedeutsame allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz unterscheidet sich hingegen eindeutig von dem besonderen Diskriminierungsschutz, wie ihn nunmehr bspw. die Regelungen des AGG¹⁰¹ bieten. Im besonderen Diskriminierungsschutz wird im Gegensatz zum allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz „gerade keine generelle Pflicht zur Gleichbehandlung aufgegeben, sondern nur das Verbot der Benachteiligung aus bestimmten, ausdrücklich normierten [„verpönten“] Gründen“¹⁰² untersagt. Während der Gleichbehandlungsgrundsatz also eine generelle arbeitsrechtliche Gleichbehandlung vorschreibt, sofern nicht sachliche Differenzierungsgründe gegeben sind, sind im besonderen Diskriminierungsschutz lediglich Unterscheidungen anhand bestimmter „verpönter“ Merkmale untersagt.¹⁰³

Im besonderen Diskriminierungsschutz wie dem AGG werden folglich einzelne, gesellschaftlich als besonders schützenswert angesehene Gruppen mittels spezieller Diskriminierungstatbestände geschützt, wohingegen der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz grundsätzlich jede sachfremde Differenzierung verbietet. Die Diskriminierungsverbote stellen sich somit als Werturteile dar, welche festlegen, dass bestimmte Merkmale als für eine unterschiedliche rechtliche Behandlung untauglich gelten.¹⁰⁴ Die besonderen Diskriminierungsverbote, wie sie das AGG¹⁰⁵

98 Anschaulich hierzu: *Lobinger*, in *Isensee*, S. 112.

99 So auch: *Cisch/Böhm*, BB 2007, 602; *Langohr-Plato*, Rn 1468 ff.

100 Zum Vergleich zur bisherigen Rechtslage siehe auch: *Däubler/Bertzbach-Däubler*, Einleitung Rn 32 ff.

101 Auch bereits vor Inkrafttreten des AGG gab es im deutschen Recht besonderen Diskriminierungsschutz, so bspw. in den § 4 Abs. 1, 2 TzBfG und § 9 Nr. 2 AÜG.

102 *Thüsing*, Rn 145.

103 Siehe vertiefend zu den Unterschieden zwischen dem allg. arbeitsrechtl. Gleichbehandlungsgrundsatz und besonderem Diskriminierungsschutz: *Thüsing*, Rn 145 f., 890.

104 Vgl.: *Wiedemann, H.*, S. 40.

105 Weitere Beispiele für solche besonderen Diskriminierungsverbote stellen Art. 3 Abs. 2 S. 1 und Abs. 3 S. 1 GG oder aber auch die Art. 19 und Art. 157 AEUV dar.

nunmehr beinhaltet, verbieten es nunmehr, ein persönliches Merkmal (bspw. das Alter, Geschlecht, Rasse etc.) ohne zwingenden Grund zum Anlass unterschiedlicher Behandlungen zu nehmen.¹⁰⁶

Da das AGG schlussendlich unter großem Zeitdruck verabschiedet wurde, haben sich allerdings auch gewisse „Strickfehler“ in das neue Gesetz eingeschlichen. Dies lässt sich bereits daran erkennen, dass die §§ 10 und 20 AGG bereits kurze Zeit nach Inkrafttreten des AGG nachträglich korrigiert werden mussten.¹⁰⁷ Die tlw. mangelhafte Umsetzung der Richtlinien erweckte daher auch bereits in kürzester Zeit die Kritik der Literatur, wo bspw. hinsichtlich des AGG von einem „Flickwerk“ die Rede war.¹⁰⁸ Folgendes Zitat fasst die Kritik anschaulich zusammen: „*Ein Handwerker, der so arbeiten würde wie unser Gesetzgeber, wäre in kürzester Zeit pleite.*“¹⁰⁹

Die zuvor befürchtete Klageflut vor deutschen Gerichten ist jedoch ausgeblieben. Mittlerweile, mehr als sieben Jahre nach Inkrafttreten des AGG, kann konstatiert werden, dass das AGG entgegen aller Befürchtungen weder die befürchtete Klagewelle noch den von ärgsten Skeptikern prophezeiten wirtschaftlichen Abschwung zur Folge gehabt hat.¹¹⁰

Hinsichtlich des Betriebsrentenrechts hingegen beinhaltet das AGG durchaus problematische Regelungen. So stellte sich nach Inkrafttreten des AGG zunächst die Frage, ob das AGG und insbesondere auch der 2. Abschnitt des AGG, welcher ausdrücklich den „Schutz von Beschäftigten vor Benachteiligungen“, also den Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht behandelt, die bAV überhaupt berühren und die bAV somit von den Vorgaben des AGG betroffen sein würde. Dies war aufgrund des verwirrenden Gesetzeswortlauts des § 2 Abs. 2 S. 2 AGG, nach welchem „für die betriebliche Altersvorsorge [...] das Betriebsrentengesetz“ gelte, zunächst höchst umstritten und musste höchstrichterlich geklärt werden. Teilweise wurde in der Literatur bis zu dieser Klärung durch das BAG teilweise vertreten, dass der Wortlaut des § 2 Abs. 2 S. 2 AGG klarstelle, das Betriebsrentenrecht sei gänzlich aus dem Anwendungsbereich des AGG herausgenommen.¹¹¹ Heute ist jedoch geklärt, dass das AGG mittels seiner Diskriminierungstatbestände auch das Betriebsrentenrecht berührt.¹¹² Ebenso wie das restliche deutsche Arbeitsrecht hat somit

106 Siehe auch: *Wiedemann, H.*, S. 11.

107 Die Korrektur geschah durch Art. 8 des „Zweiten Gesetzes zur Änderung des Betriebsrentengesetzes“ vom 2. Dezember 2006.

108 *Biester*, jurisPR-ArbR 35/2006 Anm. 6; ebenso: *Bauer/Preis/Schunder*, NZA 2006, 1261, 1263.

109 *Bauer/Thüsing/Schunder*, NZA 2006, 774.

110 Zu diesem Ergebnis kommen auch: *Wendeling-Schröder*, NZA 2007, 1399; *Busch*, Der Personalrat 2008, 284; *Bissels/Lützelers*, BB 2008, 666, 671; *Watzenberg*, NJ 2008, 433.

111 Siehe bspw.: *Däubler/Bertzbach-Däubler*, Einleitung AGG Rn 11; zum genauen Streitstand und der Entscheidung des BAG siehe: B.I.

112 Ausführlich zur Diskussion sowie der klärenden Rechtsprechung des BAG hinsichtlich dieser Frage vgl. unten: B.III.

auch das Betriebsrentenrecht durch die Einführung des AGG eine zusätzliche europarechtliche Prägung erhalten und muss den Anforderungen des AGG genügen.¹¹³

Ziel dieser Arbeit soll sein, einen Überblick über die Auswirkungen der Diskriminierungstatbestände des AGG bzw. auch der dem AGG zugrundeliegenden Richtlinien auf das Betriebsrentenrecht zu verschaffen. Inwiefern sind bspw. in Versorgungszusagen enthaltene Regelungen noch wirksam? Inwiefern wird es nötig sein, diese Regelungen anzupassen bzw. eventuell durch diese Regelungen benachteiligte Arbeitnehmer oder deren Angehörige mit Nicht-Benachteiligten gleichzustellen? Und wie wird in solchen Fällen die Gleichstellung in der Praxis aussehen? Inwiefern zwingt das AGG zu einer Anpassung der Praktiken der bAV? Diese Fragen sollen in dieser wissenschaftlichen Arbeit erörtert und - sofern möglich - beantwortet werden.

Da die Frage nach einer möglichen Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung im Gleichbehandlungsrecht stets eine Kernfrage darstellt¹¹⁴, gilt dies auch und insbesondere bei der Frage der Ausgestaltung von Betriebsrenten. Auch hier können Ungleichbehandlungen durchaus legitimiert sein und somit keine ungerechtfertigte Benachteiligung i.S.d. AGG darstellen. Bzgl. verschiedener bislang üblicher Regelungen im Bereich des Betriebsrentenrechts besteht jedoch seit Einführung des AGG Unklarheit: Sind diese Regelungen noch rechtmäßig oder ist der Einführung des AGG durch eine Abänderung der Regelungen Rechnung zu tragen?

Bei der Klärung dieser Frage auch stets der Standpunkt des Arbeitgebers berücksichtigt werden. „*Da die betriebliche Altersversorgung ihrer Natur nach die [freiwillige] Übernahme von Risiken durch den Arbeitgeber ist, ist es deshalb ein legitimes Ziel des Arbeitgebers, die von ihm übernommenen Risiken zu begrenzen und vor allem kalkulierbar zu machen.*“¹¹⁵ Dieser Gedankengang stellt möglicherweise ebenso wie die Überlegungen, dass die bAV aufgrund ihrer Bedeutung für das Altersversorgungssystem attraktiv und zeitgemäß zu halten ist¹¹⁶, eine gewisse Rechtfertigung in Benachteiligungsfällen i.R.d. bAV dar.

Noch mehr als sechs Jahre nach Inkrafttreten des AGG scheinen diese (teilweise weiterhin ungeklärten) Fragen die Praxis der bAV zu erschweren. So stellt bspw. das Ende 2011 erschienene „Lexikon Altersversorgung: Ausgabe 2012“ schlichtweg unter dem Begriff des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes fest: „*Viele Fragen sind derzeit im Zusammenhang mit dem AGG zu klären. Dies gilt auch für den Bereich der betrieblichen Altersversorgung.*“¹¹⁷ Durch diese Arbeit soll bzgl. der durch das AGG eingeführten Diskriminierungsmerkmale zur Klärung dieser Frage beigetragen werden. Ein besonderer Schwerpunkt soll hierbei auf der Behandlung jener Diskriminierungsmerkmale liegen, welche durch das AGG neu eingeführt wurden, genauer jene des „Alters“, der „sexuellen Identität“ sowie der „Behinderung“.

113 Thüsing, ZfA 2001, 397.

114 Rudolf-Mahlmann-Mahlmann, § 3 Rn 107.

115 Schmidbauer/Schmidbauer, S. 69.

116 von der Leyen, BetrAV 2012, 373.

117 Fath/Urbitsch, S. 2.

Hierbei sollen die Auswirkungen des AGG auf das Betriebsrentenrecht untersucht werden und – so weit möglich – Unklarheiten bzgl. der Auswirkungen des Antidiskriminierungsrechtes auf die bAV beseitigt und soweit möglich ein Ausblick auf aktuelle Veränderungen wie bspw. durch die Ratifizierung der Grundrechte-Charta (GRC) der EU gegeben werden. Nicht im Detail behandelt werden soll hingegen die zunächst in Rechtsprechung und Literatur äußert umstrittene Frage nach dem möglichen Bestehen eines primärrechtlichen Verbotes der Altersdiskriminierung, wie sich dies aus der *Mangold*-Entscheidung¹¹⁸ zu ergeben schien. Diese Frage ist seit dem Inkrafttreten der GRC obsolet geworden, da sich aus der GRC seitdem ein primärrechtliches Verbot der Altersdiskriminierung ergibt.¹¹⁹ Zudem ist der an die *Mangold*-Entscheidung anknüpfende Streit für die vorliegende Arbeit nicht weiter relevant, da ein solches primärrechtliches Verbot nach Rechtsprechung des EuGH der Altersdiskriminierung lediglich iRv Sachverhalten Anwendung findet, die einen gemeinschaftsrechtlichen Bezug hätten.¹²⁰ Ein solcher gemeinschaftsrechtlicher Bezug wird jedoch in den Fällen der bAV grundsätzlich nicht gegeben sein.

Dass die Umsetzung der europäischen Vorgaben entgegen der Erwartungen und Hoffnungen zumindest im Bereich der bAV gerade nicht dazu beigetragen hat, Rechtsunsicherheiten zu beseitigen, sondern vielmehr für diesen speziellen Bereich des Arbeitsrechts einige neue Zweifelsfälle herauskristallisiert hat, ist für die Verfolgung des Zieles, die bAV zu verbreiten, ein untragbarer Zustand. Wie *Steinmeyer* anschaulich beschreibt, soll es nicht sein, dass „jeder Arbeitgeber, der betriebliche Altersversorgung zugesagt hat oder zusagen will, [...] bei dem Gedanken an Fragen einer möglichen Diskriminierung verständlicherweise ein flaes Gefühl in der Magengegend“¹²¹ habe.

Eine solche Unsicherheit ist einer (gewünschten) weiteren Verbreitung der bAV zur Absicherung der Arbeitnehmer nicht förderlich. Diese Arbeit soll daher mit ihrer Darstellung der Auswirkungen der Einführung des AGG auf die bAV Unklarheiten so weit wie möglich ausräumen und somit auch dazu beitragen, dass bestimmte „Fehler“ im Hinblick auf Betriebsrenten in Zukunft nicht mehr begangen werden bzw. darauf hingearbeitet werden kann, die Fehler der Vergangenheit – soweit nötig – zu berichtigen.

118 EuGH, Urt. v. 22. November 2005 – Rs. C-144/04 [*Mangold*], Slg. 2005, I-9981 ff. = AP Nr. 1 zu Richtlinie 2000/78/EG.

119 Siehe zur Frage der Anwendung des primärrechtlichen Altersdiskriminierungsverbotes vor Inkrafttreten des AGG auch unten: B.III.5.c); vertiefend zu den Auswirkungen der EuGH-Rechtsprechung, insbes. in den Rechtssachen „*Mangold*“ und „*Küçükdeveci*“; siehe auch: *Adomeit/Mohr*, § 1 AGG Rn 11 ff.; *Meinel/Heyn/Herms*, Einl. Rn 4 ff.

120 Vgl. EuGH, Urt. v. 23. September 2008 – Rs. C - 427/06 [*Bartsch*], Slg 2008, I-7245 ff. = AP Nr. 11 zu Richtlinie 2000/78/EG; ebenso auch BAG, Urt. v. 14. Oktober 2008 – 9 AZR 511/07, AP Nr. 41 zu § 1 TVG Altersteilzeit.

121 *Steinmeyer*, BetrAV 2006, 601, 602.