

Für eine Auslegung des § 1 AGG „plus legem“

Durch Art. 4d des Qualifizierungschancengesetzes ist § 622 II 2 BGB (endlich) gestrichen worden. Das gibt Gelegenheit, die dogmatischen Strukturen der Küçükdeveci-Entscheidung (*EuGH*, NZA 2010, 85 = *EuZW* 2010, 177 m. Anm. *Schubert*) kurz zu rekapitulieren, aber auch über eine Erweiterung nachzudenken. Folgender fiktiver Fall: Mitarbeiter (*M*) einer Hamburger Privatbank wird von seinem Arbeitgeber von der Kundenbetreuung zum internen Dienst versetzt. Sachliche Gründe in der Leistung oder im Verhalten existieren nicht. Hintergrund ist vielmehr, dass sich Kunden beim Vorstand darüber beschwert hatten, dass *M* kein angemessenes Auftreten habe, sich mit ihnen in adäquater, gehobener Weise zu unterhalten. Man merke, so die Kunden, dass er aus einfachsten Verhältnissen komme. *M* ist mit der Versetzung nicht einverstanden.



Der Fall kann nicht unter § 1 AGG subsumiert werden, wohl aber unter Art. 21 GRCh. Dort findet sich das Merkmal „soziale Herkunft“, das zum vorliegenden Fall passend verstanden werden kann (*Hölscheidt*, in *Meyer*, GRCh, Art. 21 Rn. 44). Wie nun aber Art. 21 GRCh in § 1 AGG hineinbringen? Allein mit Küçükdeveci nicht, wohl aber mit dem dortigen dogmatischen Ausgangspunkt. Die Entscheidung sah in der RL 2000/78/EG eine Konkretisierung des Art. 21 GRCh. Dies hatte zur Folge, dass eine Kollision mit einer primärrechtsgleichen (Art. 6 EUV) Vorschrift vorlag. Für diese wirkt der Anwendungsvorrang des Unionsrechts. Einer richtlinienkonformen Auslegung stand zwar das *contra legem*-Gebot entgegen, hierauf kam es aber nicht mehr an. Auch spielte keine Rolle, dass das BGB keine Umsetzungsnorm eines unionalen Rechtsaktes war, es war schlicht ein unionsrechtliches Gebiet berührt das genügte. § 622 II 2 BGB hatte unangewendet zu bleiben. Im Beispielfall soll dagegen § 1 AGG gerade nicht unangewendet bleiben. Im Gegenteil soll § 1 AGG erweiternd ausgelegt werden, also „plus legem“, ergänzt um *alle* Merkmale des Art. 21 GRCh. Art. 51 I 1 GRCh stünde dem jedenfalls nicht entgegen. Das AGG stellt eine Umsetzung von Unionsrecht dar. Diese Erweiterung wäre damit wie bei Küçükdeveci primärrechtlich flankiert. Neu ist allerdings, dass die Antidiskriminierungs-Richtlinien nichts unmittelbar konkretisieren könnten, weil die Merkmalskataloge dort ebenfalls schmäler sind als Art. 21 GRCh. Eine Brücke stellen sie dennoch dar, wie die grundsätzlicher ausgerichteten Erwägungsgründe dieser Richtlinien zeigen. Ein entsprechender Fall könnte also vom *EuGH* mit einer plus legem-Auslegung bewertet werden. Und das ist nicht fernliegend, denn die Urteile Küçükdeveci und Dansk Industri (NZA 2016, 537) zeigen, wie weit der *EuGH* dogmatisch zu gehen bereit ist, um dem unionsrechtlichen Diskriminierungsschutz Geltung zu verschaffen (Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung!). Zur Rechtsfortbildung ist er nach Art. 19 I EUV berechtigt. Zudem wird bei einer plus legem-Auslegung methodisch das Gesetz lediglich um das ergänzt, was dort bereits angelegt ist. Etwas, was auch dem deutschen Recht nicht unbekannt ist (*BVerfG*, AP GG Art. 2 Nr. 21 – Soraya). Wie kann man das nennen? „Ergänzende unional-teleologische Auslegung“ oder „ergänzende Anwendungsverpflichtung“ (anstelle Anwendungsvorrang). Einen ultra-vires Fall sehe ich hier nicht (*BVerfG*, NZA 2010, 995 – Honeywell). Folge: Ohne neues Gesetz wären die §§ 7, 15 AGG (für *M*) anwendbar. EU-Recht ist toll!

Professor Dr. Jens Schubert, Berlin